

Der Schutz vor unerwünschter Werbung

– Der Interessenkonflikt zwischen Werbendem und Beworbenem –

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktors der Rechte an der
Juristischen Fakultät
der Universität Augsburg

vorgelegt von
Daniel Giese

2021

Erstgutachter:
Zweitgutachter:

Prof. Dr. Christian Gomille
Prof. Dr. Martin Maties

Tag der mündlichen Prüfung:

08. Juni 2021

Vorwort

Nach dem Abschluss des Studiums der Rechtswissenschaften Ende 2015 entschied ich mich – interessiert durch die zu der Zeit hitzig geführte Kontroverse über die Zulässigkeit von Internet-Werbeblockern – zur Anfertigung dieser Arbeit. Sie wurde 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Gomille, der sich bereit erklärte, mich auf diesem Weg zu begleiten und mir durch seine Fragestellungen und Ratschläge half, das Arbeitsthema aus mehreren Blickwinkeln zu durchleuchten. Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Prof. Dr. Maties für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Ich danke meiner Freundin Nahid, die mir zur Motivation stets zur Seite stand. Meinem Freund Armin danke ich für seine umfassende Korrekturhilfe und die sportliche Laufunterstützung neben dem Schreiben. Ich danke zudem meiner Schwester Kristin für ihr offenes Ohr.

Besonders herzlicher Dank gebührt meiner Mutter, der ich diese Arbeit widme. Ohne sie wäre die Anfertigung dieser Arbeit und der Abschluss meines Studiums nicht möglich gewesen.

Hamburg, den 20. Juni 2021

Daniel Giese

Inhaltsverzeichnis

Teil I	Einleitung	1
Kapitel 1	Arbeitsthema	1
§ 1	Ausgangslage und Problemstellung	1
§ 2	Ziel der Arbeit	2
§ 3	Gang der Untersuchung	2
Kapitel 2	Werbung – eine Bestandsaufnahme.....	3
§ 1	Begriffsbestimmung	4
§ 2	Werbemittel und Werbeträger	4
§ 3	Historische Entwicklung	5
§ 4	Abgrenzungsmöglichkeiten zwischen den Werbeträgern	7
A.	Notwendigkeit einer Differenzierung	7
B.	Handlungsschwerpunkt der Werbeform	8
C.	Charakteristika von Direktwerbung	8
D.	Charakteristika medienfinanzierender Werbung	9
§ 5	Aufmerksamkeit als Tausch- und Zahlungsmittel	10
§ 6	Ab wann Werbung als unerwünscht gilt	13
Kapitel 3	Gegenüberstellung der widerstreitenden Interessen.....	14
§ 1	Drittwirkung der Grundrechte	14
A.	Schutzpflichtenfunktion	15
B.	Ausstrahlungswirkung (mittelbare Drittwirkung)	16
C.	Zwischenergebnis	16
§ 2	Beteiligte Parteien und deren jeweilige Interessen	17
§ 3	Verfassungsrechtliche Einordnung der vertretenen Interessen	19
Kapitel 4	Verfassungsrechtlicher Schutz von Werbung.....	19
§ 1	Verfassungsrechte der werbenden Unternehmen	19
A.	Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG	19
B.	Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	22
§ 2	Verfassungsrechte des Medienunternehmens	23
A.	Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG	23
B.	Medienfreiheiten des Art. 5 GG	23
I.	Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	24
1.	Allgemeine Ausführungen zum Schutzbereich	24
2.	Pressefreiheit im digitalen Zeitalter	24
3.	Reichweite der Pressefreiheit	25
II.	Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG	27
1.	Rundfunkbegriff	27

2.	Reichweite des Schutzbereichs.....	28
III.	Zwischenergebnis.....	29
C.	Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG	29
D.	Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG	30
§ 3	Zwischenergebnis	30
Kapitel 5	Verfassungsrechtlicher Schutz vor unerwünschter Werbung	31
§ 1	Schutz des Beworbenen	31
A.	Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG	31
I.	Merkmale des Persönlichkeitsrechts.....	31
II.	Abgrenzung des zivil- und verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts.....	32
III.	Persönlichkeitsrechtlicher Schutzbereich.....	33
1.	Strukturierung des Persönlichkeitsrechts anhand von Fallgruppen.....	34
a)	Recht in Ruhe gelassen zu werden i. V. m. der personalen Selbstbestimmung	34
b)	Schutzanspruch vor Werbung wegen ihrer Art und Intensität	35
2.	Strukturierung des Schutzbereichs durch die Sphärentheorie	36
3.	Stellungnahme zur Strukturierung des Schutzbereichs	36
IV.	Sphärentheorie i. V. m. dem personalen Selbstbestimmungsrecht	37
1.	Ubiquität des geschützten Bereichs und Sphärentheorie als Einordnungshilfe.....	38
2.	Intimsphäre	38
3.	Privatsphäre	39
4.	Öffentlichkeitssphäre.....	40
5.	Sphärentheorie als Bewertungsinstrument innerhalb der Abwägung.....	41
V.	Unternehmenspersönlichkeitsrecht	42
B.	Negative Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG	42
I.	Existenz und Reichweite der negativen Informationsfreiheit	43
1.	Zur Existenz der negativen Informationsfreiheit.....	43
2.	Stellungnahme	44
3.	Reichweite des Schutzbereichs.....	44
a)	Negative Informationsfreiheit zum Schutz vor Werbung in der Rechtsprechung	44
b)	Negative Informationsfreiheit zum Schutz vor Werbung in der Literatur	46
II.	Herleitung des Schutzanspruches der negativen Informationsfreiheit.....	47
1.	Ausfüllung des Schutzbereichs durch die Rechtsprechung in den USA	47
a)	Entwicklung und Einordnung.....	47
b)	Zwei-Stufen-Prüfung.....	48
2.	Stellungnahme zur Anwendung der captive audience doctrine.....	49
a)	Untersuchung der aufgestellten Thesen	49
a.	Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf den geschäftlichen Bereich	50

b.	Keine Notwendigkeit, zwischen Privat- und Öffentlichkeitsbereich abzugrenzen	50
c.	Blockade der Kommunikationsmittel	51
b)	Schlussfolgerung zur captive audience doctrine	52
3.	Recht auf Nichtwissen in Bezug auf allgemein zugängliche Informationen.....	53
a)	Negative Informationsfreiheit in Anlehnung an die positive Informationsfreiheit	53
b)	Übertragung auf den Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit	54
c)	Verhältnis der negativen Informationsfreiheit zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht.....	55
C.	Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG	58
D.	Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG	59
E.	Zusammenfassung zum grundrechtlichen Schutz vor Werbung	60
§ 2	Verfassungsrechte des Anbieters von Schutzmaßnahmen gegen Werbung	61
§ 3	Unerwünschte Werbung auf Ebene der Europäischen Grundrechte.....	61
A.	Grundlagen und Relevanz für das Arbeitsthema.....	61
B.	Schutz von Werbung auf primärrechtlicher Ebene	62
I.	Freiheit der Meinungsäußerung, Art. 10 EMRK, 11 Abs. 1 EU-GrCh	62
II.	Medienfreiheit, Art. 11 Abs. 2 EU-GrCh.....	62
III.	Berufsfreiheit, Art. 15 EU-GrCh.....	62
IV.	Unternehmerische Freiheit, Art. 16 EU-GrCh	63
C.	Schutz vor Werbung auf primärrechtlicher Ebene	63
D.	Wertungen aus EU-Sekundärrecht	64
§ 4	Zusammenfassung zu Kapitel 5	67
Kapitel 6	Grundsätzliche vorherige Überlegungen.....	68
§ 1	Verhältnis von Persönlichkeits- und Lauterkeitsschutz	68
§ 2	Rechtliche Vorüberlegungen zum Lauterkeitsrecht.....	70
A.	Geschäftliche Handlung im Lauterkeitsrecht	70
I.	Geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.....	70
1.	Geschäftliche Handlung als Abgrenzungskriterium.....	70
2.	Tatbestandsmerkmale	70
a)	Verhalten einer Person im geschäftlichen Verkehr	70
b)	Objektiver Zusammenhang zwischen dem Verhalten und der Förderung des Wettbewerbs.....	71
B.	Unzumutbare Belästigung gem. § 7 UWG.....	72
I.	Begriffliche Einordnung der unzumutbaren Belästigung	73
II.	Werbebegriff in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG.....	74
III.	Gesetzliche Fallbeispiele des § 7 Abs. 2 UWG	76
§ 3	Einwilligung in Werbung auf Ebene des Persönlichkeitsrechts	76
A.	Zum Erfordernis einer Einwilligung	76

B.	Einwilligungsvoraussetzungen.....	77
I.	Ausdrückliche Erklärung	78
II.	Fehlende ausdrückliche Erklärung.....	78
1.	Mutmaßliche Einwilligung	78
2.	Konkludente Einwilligung durch Öffnung des geschützten Bereichs.....	78
III.	Einwilligungsfreie Werbeformen.....	82
Kapitel 7	Schutz vor Direktwerbung.....	82
§ 1	Briefkastenwerbung	82
A.	Begriff und wirtschaftliche Bedeutung	82
B.	Rechtliche Beurteilung.....	83
I.	Nicht adressierte Briefkastenwerbung	83
1.	Wettbewerbsrechtsrechtliche Beurteilung	83
2.	Deliktsrechtliche Beurteilung	84
a)	Allgemeines Persönlichkeitsrecht	84
a.	Briefkasten als Teil der Privatsphäre	84
b.	Briefkastenwerbung als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht	85
b)	Eigentums- und Besitzstörung, §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 903, 862 BGB.....	86
II.	Adressierte Briefwerbung	87
1.	Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit.....	87
2.	Deliktsrechtsrechtliche Zulässigkeit.....	88
C.	Schutzmöglichkeiten	90
I.	Opt-out durch Briefkastenaufkleber gegen Direktwerbung.....	90
1.	Grundsätzliche Reichweite eines Opt-outs.....	91
2.	Opt-out gegenüber bestimmter Briefkastenwerbung.....	92
3.	Opt-out gegenüber Zeitschriftenwerbung.....	94
II.	Opt-out durch individuell mitgeteilten Widerspruch	95
III.	Opt-out durch Robinsonlisten	96
D.	Ergebnis zur adressierten und nicht-adressierten Briefkastenwerbung.....	97
§ 2	Telefonwerbung	98
A.	Begriff und wirtschaftliche Bedeutung	98
B.	Rechtliche Beurteilung	98
I.	Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern und natürlichen Personen.....	99
1.	Lauterkeitsrechtliche Beurteilung.....	99
2.	Deliktsrechtsrechtliche Beurteilung.....	99
II.	Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern und juristischen Personen...101	
1.	Lauterkeitsrechtliche Beurteilung.....	101
a)	Diskrepanz gegenüber der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation	101

b)	Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung.....	102
2.	Deliktsrechtsrechtliche Beurteilung.....	103
C.	Hohe Einwilligungsanforderungen zum Schutz von Verbrauchern.....	103
I.	Ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers.....	103
II.	Einwilligung des Verbrauchers durch vorformulierte Vertragsbedingungen	104
§ 3	E-Mail-Werbung.....	106
A.	Begriff und wirtschaftliche Bedeutung	106
B.	Rechtliche Beurteilung	106
I.	Begriffliche Einordnung von E-Mail-Werbung.....	106
II.	Lauterkeitsrechtsrechtliche Zulässigkeit.....	107
III.	Deliktsrechtsrechtliche Zulässigkeit	108
1.	Verletzung des Persönlichkeitsrechts	108
2.	Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.....	111
3.	Negative Informationsfreiheit.....	112
IV.	Kennzeichnungspflichten kommerzieller Kommunikation	113
C.	Einwilligungsvoraussetzungen und Besonderheiten des § 7 Abs. 3 UWG.....	114
I.	Einwilligung in E-Mail-Werbung	114
II.	Besonderheit des Double-Opt-ins	115
III.	Der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG	116
D.	Schutzmöglichkeiten	117
I.	Wegwerf-E-Mail-Adressen.....	117
II.	Filterprogramme.....	118
III.	Verhaltensorientierung.....	118
IV.	Internet-Beschwerdestelle	118
§ 4	Ansprechen in der Öffentlichkeit.....	119
A.	Begriff und wirtschaftliche Bedeutung	119
B.	Rechtliche Beurteilung.....	119
I.	Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit	119
1.	Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur.....	119
2.	Stellungnahme	120
3.	Weitere Beispiele für Belästigungen innerhalb der Öffentlichkeit.....	121
II.	Deliktsrechtliche Zulässigkeit.....	122
C.	Schutzmöglichkeiten vor Werbung in der Öffentlichkeit	123
I.	Widerspruchsmöglichkeit	123
II.	„Werbefreie Zonen“	123
§ 5	Haustürwerbung/Vertreterbesuche	124
A.	Beispiele aus der Rechtsprechung.....	124
B.	Stellungnahme und eigener Ansatz	125

§ 6	Push-Technologie auf Smartphones	126
A.	Begriffliche und technische Einordnung.....	126
B.	Rechtliche Beurteilung.....	126
I.	Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit	126
II.	Deliktsrechtliche Zulässigkeit.....	127
III.	Einwilligungsvoraussetzungen.....	128
§ 7	Weitere Formen der Direktwerbung.....	129
A.	Btx-Werbung.....	129
B.	Telefax-Werbung.....	130
C.	SMS-Werbung.....	130
§ 8	Wesentliche Erkenntnisse für den Schutz gegen Werbung	131
Kapitel 8	Schutz vor in Medieninhalten integrierter Werbung.....	133
§ 1	Weiterer Gang der Untersuchung	134
§ 2	Übersicht der werbefinanzierten Medienplattformen	134
A.	Fernsehen als Werbemedium	135
I.	Entwicklung und wirtschaftliche Bedeutung	135
II.	Werbeformen im Fernsehen.....	135
1.	Programminterne Werbung	136
2.	Programmexterne Werbung.....	136
B.	Internet als Werbemedium	137
I.	Werbemöglichkeiten im digitalen Zeitalter	137
II.	Werbeformen im Internet.....	138
1.	Werbebanner.....	139
2.	Pop-up- und Pop-under-Werbung.....	140
3.	Interstitials	140
4.	Links zu Werbezwecken, insbesondere Affiliate-Marketing	140
5.	Audiovisuelle Werbung.....	141
6.	Native Werbung.....	141
§ 3	Gesetzlicher Rahmen medialer Werbeplattformen.....	142
§ 4	Delikts- und lauterkeitsrechtliche Beurteilung medialer Werbung	143
A.	Unzumutbare Belästigung	143
I.	Fernsehwerbung	143
1.	Betroffene Interessen	143
2.	Persönlichkeitsrechtliche Einordnung	144
3.	Unzumutbare Belästigung, § 7 UWG.....	145
II.	Weitere Werbeformen in Film und Fernsehen.....	146
III.	Internetwerbung	148
1.	Persönlichkeitsrechtliche Einordnung	148

2.	Deliktsrechtliche Beurteilung	148
3.	Lauterkeitsrechtliche Beurteilung.....	149
4.	Negative Informationsfreiheit.....	150
a)	Heranziehung in der Rechtsprechung zum Schutz vor Internetwerbung	150
b)	Stellungnahme.....	150
B.	Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung der Werbeblockierung	151
Kapitel 9	Werbeblocker – eine rechtliche Untersuchung.....	151
§ 1	Gang der rechtlichen Untersuchung.....	151
§ 2	Begriffliche und technische Einordnung	152
A.	Fernseh-Werbeblocker	152
I.	Fernsehfee der TC Unterhaltungselektronik AG	152
II.	Hopper von Dish Network	153
III.	Stellungnahme.....	154
IV.	Blockade programmexterner Werbung.....	154
V.	Blockade programmintegrierter Werbung	154
VI.	Zwischenergebnis.....	155
B.	Internet-Werbeblocker.....	155
I.	Historische Entwicklung	156
II.	Formen von Internet-Werbeblockern.....	157
1.	Unterschiede zwischen vollständigen und differenzierenden Werbeblockern.....	158
2.	Grundlagen zur technischen Funktionsweise des Internets	160
3.	Werbeblocker im Internetbrowser	163
4.	Blockieren auf Netzwerkebene durch Internetserviceprovider	164
5.	Geräteübergreifende Werbeblockierung durch Netzwerktechnologien	166
6.	Weniger verbreitete Schutzmöglichkeiten.....	167
III.	Blockade von Internetwerbung	168
IV.	Adblocker als Sicherheitswerkzeug im Internet	169
1.	Präventiver Schutz gegen Malvertising	169
2.	Schutz vor Tracking.....	170
§ 3	Rechtliche Beurteilung von Werbeblockern.....	171
A.	Lauterkeitsrechtliche Beurteilung	171
I.	Grundsätze zur lauterkeitsrechtlichen Untersuchung.....	171
II.	Gezielte Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG.....	172
1.	Geschäftliche Handlung.....	172
a)	Angebot kostenpflichtiger Werbeblocker	172
b)	Angebot kostenloser Werbeblocker	172
a.	Vollständige Werbeblocker.....	172
b.	Differenzierende Werbeblocker als einheitliche geschäftliche Handlung.....	173

2.	Mitbewerberverhältnis	175
a)	Entwicklung des Mitbewerberbegriffs	175
b)	Mitbewerberbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	175
a.	Enger Mitbewerberbegriff	176
b.	Weiter Mitbewerberbegriff	177
c)	Reichweite des Mitbewerberbegriffes in der Literatur	178
d)	Stellungnahme	180
a.	UWG als Sonderdeliktsrecht	180
b.	Konkurrenzmoment als Mindestfordernis	183
e)	Mitbewerberbegriff im Anwendungsbereich des § 4 UWG	184
f)	Mitbewerberstellung zwischen den Akteuren der Werbeblockierung	185
a.	Vollständige Werbeblockierung	185
b.	Differenzierende Werbeblockierung	187
c.	Zwischenergebnis	189
3.	Gezielte Behinderung	189
a)	Verdrängungsabsicht	190
b)	Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten	190
c)	Fallgruppen der gezielten Mitbewerberbehinderung	191
a.	Absatzbehinderung	191
b.	Produktbezogene Behinderung	191
c.	Werbebehinderung	192
d.	Boykottaufruf	192
d)	Stimmen in der Rechtsprechung zur gezielten Behinderung	193
a.	Verneinung der gezielten Behinderung	193
b.	Bejahung der gezielten Behinderung	195
e)	Stimmen in der Literatur zur gezielten Behinderung	197
a.	Verneinung der gezielten Behinderung	197
b.	Bejahung der gezielten Behinderung	198
f)	Eigener Ansatz zur Werbeblockierung	200
a.	Verdrängungsabsicht	200
b.	Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten	201
c.	Allgemeine Marktbehinderung	221
d.	Zwischenergebnis	223
g)	Eigener Ansatz zum Angebot einer Whitelist	224
a.	Verdrängungsabsicht	224
b.	Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten	225

h)	Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten durch Werbeersetzung.....	226
III.	Nachahmungsschutz vor der Werbeersetzung durch Werbeblocker-Betreiber	227
1.	Vorliegen einer Nachahmungshandlung gem. § 4 Nr. 3 a) – c) UWG.....	228
2.	Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes.....	228
3.	Wettbewerbliche Eigenart	228
4.	Herbeiführen einer Täuschung über die betriebliche Herkunft	229
IV.	Aggressive geschäftliche Handlung durch differenzierende Werbeblocker, § 4a UWG.....	229
1.	Ansichten in der Rechtsprechung und Literatur	230
2.	Eigener Ansatz.....	232
a)	Anwendungsbereich der Norm.....	232
b)	Voraussetzungen des Tatbestands.....	234
a.	Vorliegen eines qualifizierten Einflussmittels gem. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 UWG	234
b.	Vorliegen einer unzulässigen Beeinflussung gem. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG	234
c)	Zwischenergebnis.....	237
V.	Eingriff in eine fremde Vertragsbeziehung.....	238
VI.	Verleiten zum Vertragsbruch durch Angebot von Internet-Werbeblockern.....	238
1.	Vertragsschluss zwischen Seitenbesucher und Medienunternehmen.....	239
a)	Allgemeine Regelungen zum Vertragsschluss	239
b)	Vertragsschluss durch Aufsuchen einer Internetseite	239
c)	Vertragsschluss durch Interaktion mit einer Internetseite	241
d)	Vertragsschluss durch kommunikationstechnische Schutzvorrichtungen	241
e)	Faktisches Vertragsverhältnis.....	242
2.	Verleiten zum Vertragsbruch.....	243
VII.	Verleiten zur Verletzung des virtuellen Hausrechts von Internetseitenbetreibern.....	244
1.	Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur	244
2.	Eigene Stellungnahme	245
a)	Keine Notwendigkeit für ein virtuelles Hausrecht	245
b)	Kein Verstoß gegen virtuelles Hausrecht.....	247
VIII.	Netzneutralität und Adblocker auf Netzwerkebene	248
1.	Angebot eines VPNs oder Proxys.....	248
2.	Integration eines Werbeblockers auf Netzwerkebene durch Internetserviceprovider	248
B.	Urheberrechtliche Beurteilung	250
I.	Einführung zu den geschützten Werken im Urhebergesetz	250
1.	Urheberrechtliches Werk	250
2.	Persönlicher Schaffensprozess.....	250
3.	Wahrnehmbare Form	251

4.	Individualität.....	251
5.	Verwandte Schutzrechte	251
II.	Internetseiten und mediale Inhalte im urheberrechtlichen Kontext	251
1.	Ansicht in der Rechtsprechung.....	252
2.	Ansicht in der Literatur.....	253
3.	Eigener Ansatz zur Anwendung urheberrechtlicher Normen.....	254
a)	Werkfähigkeit der einzelnen Elemente als Bestandteil einer Webseite	254
b)	Urheberrechtlicher Schutz des Quellcodes.....	255
c)	Urheberrechtlicher Schutz der Oberfläche	256
d)	Leistungsschutzrechte eines Seitenbetreibers	258
e)	Zwischenergebnis.....	258
III.	Urheberrechtlicher Eingriff durch Werbeblocker	258
1.	Ansicht in Rechtsprechung und Literatur	258
2.	Eigener Ansatz.....	260
a)	Keine Eingriffsmodalität	260
b)	Schlichte Einwilligung	262
3.	Entstellung, § 14 UrhG	264
4.	Verletzung des Leistungsschutzrechts des Datenbankherstellers.....	264
5.	Eingriff in urheberrechtlich geschützte Werbung.....	264
IV.	Täterschaft nach dem Urhebergesetz	265
C.	Deliktsrechtliche Beurteilung.....	265
I.	Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	265
1.	Ansicht in der Rechtsprechung.....	266
2.	Ansicht in der Literatur.....	266
3.	Eigener Ansatz.....	267
II.	Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB.....	269
D.	Kartellrechtliche Beurteilung	270
I.	Vorliegen des relevanten Markts	270
II.	Missbräuchliche Ausnutzung.....	272
III.	Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen.....	273
IV.	Zwischenergebnis.....	273
E.	Zusammenfassung der Ergebnisse zu Adblockern.....	273
Kapitel 10 Schutzmöglichkeiten und Handlungsalternativen der Werbeindustrie ..		274
§ 1	Maßnahmen der Medienunternehmen und Werbenden gegen die Werbeblockierung.....	274
A.	Handlungsmöglichkeiten der Medienunternehmen.....	274
I.	Handlungsmöglichkeiten, die auf inhaltlichen Änderungen beruhen.....	274
1.	Werbung wird Programm – Werbeformen, die nicht blockiert werden können	274
2.	Verminderte Qualität der redaktionellen Inhalte	275

II.	Technische Handlungsmöglichkeiten	276
1.	Anknüpfung an die Übertragungsweise von Datenpaketen.....	276
2.	Anti-Adblock-Sperren	276
3.	Adblock-Blocker.....	277
4.	Rechtsfragen	278
B.	Rechtliche Zulässigkeit eines Skripts zur Erkennung eines installierten Adblockers.....	278
I.	Vereinbarkeit mit dem Telemediengesetz.....	279
II.	Vereinbarkeit mit europäischem Recht.....	279
1.	ePrivacy-Richtlinie	279
a)	Speicherung und Zugriff auf Informationen im Endgerät des Nutzers	280
b)	Ausnahmetatbestand gem. Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-Richtlinie.....	280
c)	Keine Anwendung der Norm aus teleologischen Gesichtspunkten	281
2.	Datenschutzgrundverordnung und ePrivacy-Verordnung	283
C.	Unzumutbare Belästigung durch Werbenachrichten trotz installiertem Werbeblocker....	284
I.	Ausspielen nicht blockierbarer Werbung.....	284
II.	Adblock-Blocker	285
1.	Unlauterkeit gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG	285
2.	Unlauterkeit gem. § 7 Abs. 1 UWG	286
3.	Keine Unlauterkeit durch qualitative Minderung der redaktionellen Inhalte.....	288
D.	Umgehung der Anti-Adblock-Sperre durch den Einsatz eines Werbeblockers	288
I.	Beurteilung in der Rechtsprechung.....	289
II.	Beurteilung in der Literatur.....	290
III.	Eigener Ansatz	291
§ 2	Vertragliche Ansprüche gegen die Besucher medialer Werbeplattformen.....	293
A.	Vertragsverhältnis zwischen Medienunternehmen und Konsumenten	293
B.	Ansprüche aus Vertrag gegen den Werbeblockernutzer	293
I.	Vertragsschluss im Internet.....	293
II.	Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	294
III.	Wirksame Einbeziehung der AGB.....	294
1.	Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB	294
2.	Überraschende Klausel gem. § 305c BGB	295
IV.	Inhaltliche Kontrolle	296
1.	Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	296
2.	Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	297
3.	Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB	298
4.	Zwischenergebnis	300
§ 3	Marktgesteuerte Entwicklung zu “akzeptabler” Werbung	300
§ 4	Geschäftsmodelle neben der Werbefinanzierung	301

A.	Bezahlschranken.....	301
B.	Micropayments.....	302
C.	Crypto Mining.....	302
§ 5	De lege ferenda im Hinblick auf Werbung im Internet.....	303
A.	Erfordernis eines gesetzlichen Adblocker-Verbots.....	303
I.	Bisherige Entwicklungen in der Legislative.....	303
II.	Stellungnahme.....	304
1.	Einseitige Abwägung der Interessen der Medienunternehmen.....	304
2.	Keine Unterschreitung der Schutzpflichten.....	305
a)	Rang des Grundrechts.....	305
b)	Beeinträchtigung.....	305
c)	Schwere des drohenden Eingriffs.....	305
d)	Möglichkeit der Seitenbetreiber zu effektivem Selbstschutz.....	306
e)	Gegenüberstehende Belange und Grundrechte.....	306
B.	Erfordernis einer Werberegulierung am Vorbild des Rundfunkstaatsvertrags.....	306
I.	Vorteile einer Werberegulierung.....	307
II.	Nachteile einer Werberegulierung.....	307
III.	Keine Notwendigkeit gesetzlichen Einschreitens.....	307
1.	Adblocker als Kompromiss.....	307
2.	Privatwirtschaft setzt Anreize für verträglichere Werbeformen.....	308
Kapitel 11	Zusammenfassende Darstellung.....	309
§ 1	Ergebnisse Teil I.....	310
§ 2	Ergebnisse Teil II.....	311
§ 3	Ergebnisse Teil III.....	312
Kapitel 12	Ausblick.....	317
Literaturverzeichnis.....		319

Abkürzungsverzeichnis

Die verwendeten Abkürzungen lassen sich den Werken

Kirchner, H., Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin/Boston 2018

und

Duden, K., Duden – Die deutsche Rechtschreibung, Berlin 2017

entnehmen.

Teil I – Einleitung

Kapitel 1 Arbeitsthema

§ 1 Ausgangslage und Problemstellung

Ob Tech-Nick¹, Käpt'n Iglo² oder das HB-Männchen³, zumindest eine dieser Werbefiguren ruft Assoziationen mit bestimmten Unternehmen und Produkten hervor. Der Grund hierfür liegt teilweise in der Originalität der Werbefiguren und deren Geschichten, aber zum Großteil an der Häufigkeit und Allgegenwärtigkeit der dazugehörigen Werbekampagne. Schätzungen aus dem Marketingbereich gehen von durchschnittlich 3000 – 6000 Werbekontakten pro Tag und Kopf aus.⁴ Bei der Zeitungslektüre, auf dem Weg zur Arbeit vorbei an Litfaßsäulen oder beim abendlichen Fernsehprogramm, überall finden sich Werbenachrichten, die nach der Aufmerksamkeit ihrer Zielgruppe trachten. Nur eine verschwindend geringe Zahl überschreitet jedoch die Schwelle zum Bewusstsein des gewünschten Werbeadressaten. Für die Werbeindustrie stellt dies ein Problem dar. Dessen Lösung suchen die Verantwortlichen seit Jahrzehnten in der Optimierung von Quantität, Auffälligkeit und Aufdringlichkeit der Werbebotschaften. Dieser Modus Operandi hat zur Folge, dass die Werbeadressaten ständig neuen Belästigungen ausgesetzt sind, was zumeist zum Gegenteil des gewünschten Effekts führt: Die Akzeptanz von Werbung innerhalb der Bevölkerung schwindet.⁵ Statt mehr Werbung zu rezipieren, versuchen immer mehr Menschen als Gegenreaktion auf die kommerzielle Reizüberflutung Möglichkeiten zu finden, dem Informationsfluss, der sie erreicht, wieder Herr zu werden. Briefkastenaufkleber, ein Eintrag in die Robinsonliste, das Wegschalten bei Fernsehwerbung, aber auch die Verwendung von Werbeblockern sind nur einige der ergriffenen Maßnahmen.

Werbeblocker haben dabei in letzter Zeit besondere Aufmerksamkeit erfahren. Dritte haben die steigende Nachfrage nach Werbeschutz als wirtschaftliche Chance ergriffen und an technischen Lösungen gearbeitet, die den Nutzern bei der Durchsetzung des Wunsches nach Schutz vor Werbung neue Handlungsspielräume ermöglichen. Die hierdurch gewonnene Möglichkeit der

¹ Werbefigur der MediaMarktSaturn Retail Group GmbH.

² Werbefigur der Iglo GmbH.

³ Werbefigur der Zigarettenmarke HB.

⁴ *Thielsch/Brandenburg*, Praxis der Wirtschaftspsychologie II, S. 248; Übersicht der Studie des IMK: Privates Institut für Marketing und Kommunikation (2004) als Artikel „Mehr als 6 000 Werbekontakte pro Tag“, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/management/konsumenten-mehr-als-6-000-werbekontakte-pro-tag/2384706.html>.

⁵ Statistik „Störende und hilfreiche Werbung (2017)“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/infografik/9638/stoerende-und-hilfreiche-werbung/>.

Werbefilterung auf medialen Werbeplattformen hat juristisch, politisch und wirtschaftlich den Interessenskonflikt zwischen Werbenden und Beworbenen hochkochen lassen.

§ 2 Ziel der Arbeit

Die juristische Untersuchung dieser Ausgangssituation und des sich stets erneuernden Konfliktfelds zwischen Werbendem und Beworbenem hat sich diese Arbeit als Arbeitstitel verschrieben.

Es sollen die verschiedenen Handlungsweisen und die damit zusammenhängenden Interessen der beteiligten Parteien erläutert und rechtlich bewertet werden. Der Untersuchungsgegenstand ist dabei auf Fragen beschränkt, die unmittelbar die Existenz eines Schutzanspruches und dessen Reichweite vor unerwünschter Werbung betreffen. Die Arbeit setzt sich dabei gezielt mit der Art und Weise der Werbezustellung und nicht dem Inhalt der Werbung selbst auseinander. Das heißt, vom Thema ausgeschlossen sind gesetzlich vorgeschriebene inhaltliche Werbeverbote⁶ oder solche, die sich aus dem diffamierenden Inhalt der Werbung ergeben. Es geht zudem exklusiv um kommerzielle Werbung. Ideelle Werbung ist von der Bearbeitung ausgeschlossen.

§ 3 Gang der Untersuchung

Die anfangs geschilderte Ausgangslage verdeutlicht bereits, dass die rechtliche Untersuchung zwischen zwei verschiedenen Gruppen von Werbeformen differenziert. Zu nennen ist einerseits mediale Werbung und andererseits Direktwerbung. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt im Internet-Werberecht, das zum Zeitpunkt des Verfassens dieser Arbeit aufgrund seiner Entwicklungsoffenheit und seiner gesellschaftlichen omnipräsenten Stellung den wohl wichtigsten Brandherd im Interessenkonflikt zwischen Werbenden und Beworbenen darstellt. Nichtsdestotrotz sind auch Formen der Direktwerbung Teil dieser Arbeit. Ihrem längeren Bestehen geschuldet, existiert zu diesen Marketinginstrumenten bereits eine gewachsene Rechtsprechung, die Ansatzpunkt für weitere Ausführungen sein soll. Die entwickelten Grundsätze sollen kritisch beleuchtet werden und es soll nach Schnittmengen zwischen den klassischen und neuen Werbeformen gesucht werden, sodass aufgestellte Rechtsansichten, sofern dies möglich ist, auch auf die neuen Medien übertragen werden können.

Der Gang der Untersuchung sieht vor, dass vorab eine begriffliche Einordnung des Arbeitsthemas vorgenommen wird. Es wird zunächst dargelegt, was unter Werbung im vorliegenden

⁶ Es sind inhaltliche Werbeverbote gemeint, wie diese unter anderem bei Tabakwerbung und Waffenwerbung bestehen.

rechtlichen Kontext zu verstehen ist und wie sich diese über die Zeit zu einem immensen Wirtschaftsfaktor entwickelt hat, der in Deutschland Umsätze bis nahezu 26 Milliarden Euro⁷ erzielt. Im Fortgang wird anhand von Beispielen erläutert, inwieweit der Zusatz „unerwünscht“ im Hinblick auf das Arbeitsthema zu verstehen ist. Nachdem mit der Erläuterung und der Einordnung von Werbung sowie dem Kriterium der Unerwünschtheit zwei der drei Bestandteile des Arbeitstitels vorgestellt sind, geht es im nächsten Teil um den Schutzanspruch des Einzelnen vor Werbenachrichten. Zunächst gehört hierzu die Darstellung der beteiligten Parteien und deren jeweiligen Interessen, um daraufhin diese Interessen verfassungsrechtlich einzuordnen, sodass diese für eine später stattfindende Interessenabwägung über die Drittwirkung der Grundrechte herangezogen werden können. Hier wird sowohl auf Bundes- als auch auf EU-Verfassungs- und Sekundärrecht einzugehen sein. Im Anschluss ist die Arbeit in drei größere Teilbereiche aufgegliedert, die den Konflikt im Speziellen betrachten. Der erste Teil befasst sich mit der Bewertung der einzelnen Werbeträger im Direktmarketing und den für die Werbeadressaten bestehenden Schutzmöglichkeiten. Inhaltlich ist hier auf gesetzliche Zulässigkeitsvoraussetzungen und die rechtliche Bewertung von möglichen Schutzmaßnahmen einzugehen. Nachfolgend geht es im zweiten Teil um die rechtliche Beurteilung medialer Werbeplattformen. Hier ist einerseits darauf einzugehen, inwieweit Werbende und Medienunternehmen gesetzlichen Einschränkungen auf ihrer Werbeplattform unterliegen, andererseits, ob Dritte Werblocker an Medienkonsumenten vertreiben dürfen, um diesen einen werbefreien Genuss medialer Inhalte zu ermöglichen. Den Abschluss der Trilogie bildet die rechtliche Bewertung von Gegenmaßnahmen der Werbenden. Die Untersuchung geht auf Abwehrmaßnahmen, aber auch Handlungsalternativen ein. Zum Schluss steht ein zusammenfassendes Resümee der Ergebnisse und ein Ausblick auf die zu erwartenden zukünftigen Entwicklungen.

Kapitel 2 Werbung – eine Bestandsaufnahme

Werbung umfasst ein weitgefächertes Gebiet. Es existieren unterschiedliche Werbeträger, aber auch verschiedene Interessen, die im Zusammenhang mit Werbung verfolgt werden. Vor der rechtlichen Auseinandersetzung sind daher die wesentlichen Grundlagen zu erläutern, um den Konflikt richtig einordnen zu können.

⁷ ZAW, Werbung 2016, S. 22.

§ 1 Begriffsbestimmung

Werbung in ihrer allgemeinen Form ist zunächst ein wesentlicher Bestandteil der menschlichen Kommunikation. Losgelöst von der mit dem Begriff heutzutage assoziierten Kommerzialisierung hat Werbung zunächst zum Ziel, andere Menschen durch ein bewusstes oder unterbewusstes Einwirken in deren Handeln oder Denken zu beeinflussen.⁸

Die Form von Werbung, die den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet, ist Wirtschaftswerbung. Wirtschaftswerbung unterscheidet sich vom allgemeinen Werbebegriff nur dadurch, dass sie ein ökonomisches Motiv beinhaltet.⁹ So verwenden Unternehmen Werbung als Instrument, um durch planmäßige Beeinflussung der Adressaten diese in ihrer Kaufentscheidung zu beeinflussen. Im Wesentlichen handelt es sich bei Wirtschaftswerbung daher um „jede Äußerung zum Ziel der Absatzförderung“¹⁰.

Die Arbeit setzt aus mehreren Gründen den Untersuchungsschwerpunkt auf Wirtschaftswerbung. So ist Wirtschaftswerbung heutzutage die Werbeform, von der aufgrund des dahinter stehenden wirtschaftlichen Interesses und der Allgegenwärtigkeit im Alltag das größte Störpotential für die Allgemeinheit ausgeht. Idealwerbung kommt dagegen eine nicht bemerkenswerte Stellung auf dem Werbemarkt zu, sodass es für die Untersuchung des Schutzanspruches vor Werbung ebenfalls eine hier zu vernachlässigende Bedeutung hat. Abschließend sehen auch die Europäische Union sowie der BGH mit Werbung grundsätzlich ein wirtschaftliches Interesse verbunden.¹¹

§ 2 Werbemittel und Werbeträger

Die Kommunikationshandlung – also die Äußerung – erfolgt mit Hilfe eines Werbemittels und Werbeträgers.¹² Werbemittel sind für die Werbung geschaffene Gestaltungsformen von Werbebotschaften.¹³ Dies können Plakate, Pop-ups oder Werbespots sein. Werbeträger sind hingegen die Medien, die zur Verbreitung der Werbemittel an die Werbeadressaten genutzt werden.¹⁴

⁸ Vgl. die Beispiele bei *Scherer*, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 19 f.

⁹ *Scherer*, *Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung*, S. 20.

¹⁰ So *Knickenberg*, *Programmfreiheit contra Sponsoring*, S. 5, m. N. a. *Behrens*, *Absatzwerbung*, S. 12; *Henning-Bodewig*, *GRUR Int.* 1987, 538 (548).

¹¹ Als Beispiel hierfür dient Art. 2 a) der Richtlinie 2006/114/EG des europäischen Parlaments und des Rates über irreführende und vergleichende Werbung vom 12. Dezember 2006: „Werbung“ [ist] jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern“; vgl. auch BGH, *Beschl. v. 20.05.2009 – I ZR 218/07*, Rn. 13 – E-Mail-Werbung II.

¹² *Siegert/Brecheis*, *Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft*, S. 28.

¹³ *Ausschuss für Definitionen zu Handel und Distribution*, Katalog E: Definitionen zu Handel und Distribution, S. 179; *Carjell/Urban*, *Multimedia Marketing*, S. 283.

¹⁴ *Ausschuss für Definitionen zu Handel und Distribution*, Katalog E: Definitionen zu Handel und Distribution, S. 179; *Carjell/Urban*, *Multimedia Marketing*, S. 283.

Hierzu zählt beispielhaft das Internet, das Fernsehen oder die Zeitschrift. Werbeträger können zur Finanzierung der redaktionellen Inhalte von Medienunternehmen dienen. Dort erreichen sie den Beworbenen erst, wenn dieser sich für den Medienkonsum entscheidet. Werbeträger können aber auch ohne Bezug zu redaktionellen Inhalten an den Werbeadressaten direkt übermittelt werden. Eine genaue Unterscheidung ist hier für die rechtliche Bewertung von Bedeutung, da jedem Werbeträger unterschiedliche Charakteristika wie Belästigungsgrad und dahinterstehende Interessen zugeordnet werden können. Systematisch baut die Arbeit hierauf auf, indem die einzelnen Werbeträger anhand gemeinsamer Eigenschaften unterteilt und rechtlich bewertet werden.

§ 3 Historische Entwicklung

Viele Werbeformen, wie wir sie heute kennen, existieren erst seit wenigen Jahrzehnten. Der Gedanke, jemand anderen durch Anpreisung, Anregung oder Suggestion zum Kauf eines Produktes zu bewegen, existiert jedoch bereits seit Jahrtausenden.

Bereits 3000 v. Chr. wurden in Ägypten Botschaften auf Papyrus und Stoff geschrieben.¹⁵ Marktwirtschaftlich wurde Werbung jedoch erst zu dem Zeitpunkt relevant, ab dem es nicht mehr darum ging, seinen Eigenbedarf zu erwirtschaften, sondern aufgrund effektiverer Produktionsmöglichkeiten das Ziel verfolgt wurde, Überschüsse zu erzielen, um diese sodann gewinnbringend auf dem Markt abzusetzen. Durch den Wegfall von Zunftordnungen, die auch Vorschriften zum Wettbewerbsverhalten enthielten und dem daraus folgenden Erstarken der wirtschaftlichen Konkurrenz wurde der Weg für die Verbreitung von Werbung freigemacht. Der nächste geschichtliche Meilenstein begann mit der Globalisierung. Durch neue zum Handel bereitstehende Lebensmittel wie Obst und Gewürze musste das Interesse der Bürger an diesen geweckt werden. Hierzu griff man auf Werbung zurück.¹⁶

Nachdem ein Wettbewerbsumfeld durch den Wegfall strenger gesellschaftlicher Konventionen und dem durch die Industrialisierung hervorgerufenen Produktionsüberschusses von Waren entstand, stieg der Werbeeinsatz exponentiell an.¹⁷ Dies lag hauptsächlich an dem neu entstandenen Konkurrenzdenken zwischen Unternehmern. Benutzte der Mitbewerber Werbemaßnahmen, so war dem anderen bereits aus wettbewerbsrechtlichen Gründen geraten, gleichviel und wohl sogar gleich mehr und auffälligere Werbemaßnahmen zu ergreifen.

¹⁵ *Holland*, Direktmarketing, S. 1.

¹⁶ *Schnierer*, Soziologie der Werbung, S. 18 ff., beispielweise versprach das erste Londoner Kaffeehaus eine verdauungsfördernde, Schwindsucht heilende und vor Fehlgeburten schützende Wirkung durch Kaffee als neues Getränk aus Übersee.

¹⁷ *Scherer*, Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, S. 22 f.

Von diesem Zeitpunkt an hat sich die Grundidee kaum geändert, die Wahl der Werbeträger – das heißt die Art und Weise wie Werbung transportiert wird – allerdings schon. Während anfangs die menschliche Stimme als Werbeträger diente, zogen mit dem Voranschreiten von Entwicklungen aus dem Bereich der Informations- und Kommunikationsmedien die Werbeträger mit. Angefangen mit dem Buchdruck in der Mitte des 15. Jahrhunderts und dem darauffolgenden Zeitungsdruck, über die Erfindung des Radios und der Einführung der ersten Fernseher, bis hin zu Computern und dem Internet¹⁸ ist auch in Zukunft mit dem Entstehen neuer Werbeformen durch Innovationen wie der „Virtual“ und „Augmented Reality“ zu rechnen.¹⁹

Von den Anfängen der kommerziellen Werbung bis heute hat Werbung durch den Übergang von der Industrie- zur Informationsgesellschaft und dem damit in Verbindung stehendem drastischen Anstieg des Medienkonsums seinen bisher wohl stärksten Wachstumsschub erfahren. Insbesondere durch die massentaugliche Einführung des Hörfunks und des Fernsehens Mitte des letzten Jahrhunderts hat der Medienkonsum immens an Bedeutung gewonnen. Mit dem steigenden Interesse der Bevölkerung an den verfügbaren Inhalten wurde auch nach neuen Monetarisierungsmöglichkeiten gesucht, die dem Bedürfnis der schnellen Informationsverbreitung gerecht werden. Die Schaltung von Werbung zeigte sich schnell als effektivstes Mittel, um sowohl möglichst viele Leute in den Genuss von Medien zu bringen, als auch möglichst hohe Umsätze zu erzielen.

Während physische Güter wie Zeitschriften oder Enzyklopädien an Wichtigkeit verlieren, gewinnen digitale Informationsseiten aufgrund des durch die Mobilität gewährleisteten Komforts und der hiermit einhergehenden digitalen Durchdringung des gesellschaftlichen Lebens immer mehr an Bedeutung. Damit einher geht aber auch die immer häufigere Konfrontation mit kommerziellen Werbenachrichten. Online-Inhalte werden nur selten durch den Konsumenten unmittelbar bezahlt. Stattdessen ist in den letzten Jahrzehnten die Werbefinanzierung immer prominenter geworden. Die Werbeindustrie ist zu einem riesigen Markt herangewachsen. Im internationalen Vergleich lag die deutsche Werbewirtschaft 2014 auf Platz fünf mit einem Werbeumsatz in Höhe von 25,3 Milliarden US-Dollar.²⁰

¹⁸ Vgl. *Carjell/Urban*, Multimedia Marketing, S. 13 ff.; *Holland*, Direktmarketing, S. 1 ff., 5.

¹⁹ Vgl. hierzu z. B. diese Internetseite, die auf die durch VR neu entstehenden Werbemöglichkeiten hinweist, abrufbar unter: <https://www.thinkwithgoogle.com/intl/de-de/article/die-bedeutung-von-virtual-reality-fur-die-werbung-der-zukunft/>.

²⁰ ZAW, Werbung 2016, S. 22.

§ 4 Abgrenzungsmöglichkeiten zwischen den Werbeträgern

A. Notwendigkeit einer Differenzierung

In der Kommunikations- und Medienwissenschaft ist Werbung nicht gleich Werbung. Differenziert wird unter anderem zwischen Massenwerbung und Individual- bzw. Direktwerbung, Produktplatzierung und Schleichwerbung, Digital- und Analogwerbung. Auch diese Arbeit wird in der weiteren Darstellung zwischen zwei Werbekategorien differenzieren. Dies folgt einerseits aus der Tatsache, dass beiden Werbekategorien unterschiedliche Belästigungspotentiale eigen sind. Andererseits führen die Interessen der beteiligten Parteien, die durch die Werbeschaltung, aber auch deren Blockierung betroffen sind, zu einer Zweiteilung.

Hierzu ist Folgendes auszuführen: Kommerzielle Kommunikation kann ein Zwei-Parteien-Verhältnis darstellen, bei dem sich Werbender und Beworbener gegenüberstehen. Diese Form von Werbung ist zumeist dadurch gekennzeichnet, dass der Umworbene direkt angesprochen wird. Zielobjekt ist die individuelle Person, zu welcher der Werbende einen unmittelbaren Kontakt herstellen möchte.²¹ Diese als Direktwerbung bezeichnete Werbeform kennzeichnet sich durch eine aktive, direkte und individuelle Handlung gegenüber den Beworbenen und einem dadurch grundsätzlich hohen Einwirkungsgrad und – im Falle der Unerwünschtheit – hohen Belästigungsgrads. Typische Werbeträger sind Haustür-, Briefkasten-, Telefon- und E-Mail-Werbung sowie das Ansprechen in der Öffentlichkeit.

Die hiervon zu differenzierende zweite Werbekategorie ist Werbung, die auf Medienplattformen zur Finanzierung dortiger redaktioneller Inhalte geschaltet wird. Hier stehen sich weiterhin Werbender und Beworbener gegenüber, jedoch stößt der Betreiber der Medienplattform als intermediäre dritte Partei hinzu. Diese Werbeform wird nachfolgend als mediale Werbung oder medienfinanzierende Werbung bezeichnet. Werbeträger sind unter anderem das Fernsehen und das Internet. Mediale Werbung tritt dabei häufig als Massenwerbung in Erscheinung. Massenwerbung bildet das Gegenteil der Direktwerbung. Denn hier steht nicht die direkte Ansprache des Individuums im Vordergrund, sondern das Erreichen einer möglichst großen Werbeadressatengruppe.²²

²¹ Vgl. BGH, WRP 2016, 493 – No-Reply-E-Mail; OLG Nürnberg, GRUR-RR 2006, 26 (27); vgl. auch Art. 4 Abs. 3 f) des Vorschlags 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/2017/010 final – 2017/03 (COD).

²² Massen- bzw. Allgemeinwerbung ist dann gegeben, wenn Werbeformen zum Zeitpunkt ihres Einsatzes noch nicht persönlich adressiert sind, vgl. OLG Nürnberg, GRUR-RR 2006, 26 (27).

B. Handlungsschwerpunkt der Werbeform

Die Werbeformen lassen sich auch anhand ihres Handlungsschwerpunktes abgrenzen. Der Handlungsschwerpunkt ist immer bei demjenigen zu verorten, dessen Handlung gewichtet zur Suggestion der Werbebotschaft geführt hat. Diese Unterteilung ist daher von Vorteil, da es rechtlich im Hinblick auf die abwägungsrelevanten Persönlichkeitsgüter, das Vorliegen einer Einwilligung, aber auch der Eingriffsintensität einen Unterschied machen muss, ob der Beworbene die Werbequelle zunächst freiwillig aufgesucht hat. Die Heranziehung des Handlungsschwerpunkts zur Unterteilung von Werbeformen ähnelt dabei den Überlegungen aus dem Marketingbereich, Werbeformen in Push- und Pull-Medien zu unterteilen.²³ Push-Medien sind die Medien, die der Empfänger nur sehr allgemein beeinflussen kann, die primär dem Empfang dienen und deren Inhalte von den Sendern gesteuert werden.²⁴ Pull-Medien hingegen sind solche, die der Rezipient gezielt auswählt und abrufen. Ohne eine zeitlich vorgeschaltete Handlung des Empfängers erfolgt auch keine Werbewirkung bei diesem. Typische Push-Werbeformen sind Briefkasten-, Telefon- und E-Mail-Werbung. Internetwerbeformate wie Banner und Interstitials müssen allerdings vom Nutzer zuvor abgerufen werden, sodass es sich hierbei um Pull-Medien handelt.²⁵

C. Charakteristika von Direktwerbung

Bei Direktwerbung steht die Individualität des Werbeadressaten im Vordergrund.²⁶ Direktwerbung hat somit eine höhere Zielgruppensicherheit, da durch gut gepflegte Datenbanken, die persönliche Informationen über Einzelne oder Bevölkerungsgruppen bereithalten, Werbende viel genauer auf Kundeninteressen eingehen können, was zu einer besseren Konversionsrate²⁷ führt und somit zugleich geringere Streuverluste erzeugt. Während beispielweise bei Radiowerbung nur auf den Musikgeschmack der Zuhörer geschlossen werden kann und darauf basierend Annahmen getroffen werden, welche Produktkategorie ansprechend beworben werden könnte, gibt es für Werbende bei adressierter Briefwerbung vielfache Individualisierungsmöglichkeiten, da hier gezielt Kundeninformationen aus einer Kundendatenbank erhoben werden

²³ Dittmar, Grundlagen der Medienwissenschaft, S. 51 f.

²⁴ Dittmar, Grundlagen der Medienwissenschaft, S. 51.

²⁵ Vgl. zum technischen Ablauf und weiteren Ausführungen: Teil III, Kapitel 9, § 2 B. II. 2.

²⁶ Vgl. zur Einordnung des Begriffs *Holland*, Direktmarketing, S. 5 ff.

²⁷ Rate von Werbeempfängern, die sich letztlich auch für das beworbene Produkt entscheiden.

können.²⁸ Dem haftet allerdings die potentielle Gefahr an, dass systematisch Daten zu Werbezwecken durch Unternehmen gesammelt werden. Die Individualität des Einzelnen wird als wirtschaftliches Gut devaluiert.

Für die Wirksamkeit der Individualwerbung sind Informationen über den Werbeadressaten essentiell, denn die nicht-medial verbreitete Direktwerbung kann entgegen medialer Werbung nicht von der Verknüpfung mit dem inhaltlichen Kontext von redaktionellen Inhalten profitieren und muss daher aus sich heraus die Aufmerksamkeit der Adressaten generieren, indem sie an dessen vermeintliche Interessen anknüpft.²⁹

Des Weiteren kann Direktwerbung auch von der medienfinanzierenden Werbung anhand des Handlungsschwerpunkts abgegrenzt werden. Direktwerbung kennzeichnet sich dadurch, dass der Handlungsschwerpunkt beim Werbenden liegt, wenn dieser aktiv in den Bereich des Adressaten eindringt, ohne dass dieser sich durch eine zeitlich vorgeschaltete Handlung der Werbung freiwillig ausgesetzt hätte. Der Beworbene spielt in diesem Fall einen passiven Part, wenn er einen Empfangsapparat wie einen Briefkasten oder ein Telefon bereithält, während der Werbende aktiv seine Werbebotschaft in die Bewusstseinssphäre des Werbeadressaten bringt.

D. Charakteristika medienfinanzierender Werbung

Bei medienfinanzierender Werbung handelt es sich zumeist um Massenwerbung. Bereits genannte Werbeträger wie Fernseh- und Webseitenwerbung zielen darauf ab, ein möglichst großes Publikum anzusprechen, das zwar auch teilweise aufgrund von Daten spezifisch ausgewählt wird, jedoch nicht den Grad an Individualität erreicht, wie dies bei Direktwerbung der Fall ist.

Auch der Handlungsschwerpunkt, der zur Werbesuggestion führt, ist bei medialer Werbung ein anderer als bei Direktwerbung. So liegt der Schwerpunkt bei medialer Werbung zumeist beim Beworbenen, wenn dieser im Wissen um die Möglichkeit der Suggestion von Werbung sich dieser trotzdem freiwillig aussetzt, indem er die Öffentlichkeit, Fernsehsender, Kinofilme oder das Internet aufsucht. Der Werbende ist hier derjenige, der etwas zum Zugriff für andere bereitstellt, namentlich die Medienplattform. Er errichtet eine Werbequelle, sei es durch das Schalten von Werbebannern auf Internetseiten oder durch das Aufhängen von Werbeplakaten an Litfaßsäulen. Erst durch das Einschalten des TV-Geräts, dem Besuch der Webseite oder dem Aufsuchen der Öffentlichkeit kann die Werbung ihre Wirkung entfalten. Der zur Suggestion

²⁸ Beispielhaft in *Duhigg*, Macht der Gewohnheit, Kap. 7.

²⁹ *Siegert/Brecheis*, Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft, S. 22.

führende Handlungsschwerpunkt liegt folglich beim Beworbenen, der die werbende Quelle aufsucht.

Durch diesen passiven Kontakt gegenüber dem Beworbenen kann dieser der Werbung auch einfacher ausweichen, indem er wegschaut, Fernsehwerbung wegschaltet oder bestimmte Internetseiten nicht aufruft. Medienfinanzierende Werbung hat daher häufig einen geringeren Störfaktor als Direktwerbung.

Aufgrund der unterschiedlichen Wirkintensität und der divergenten Zusammensetzung der Beteiligten zwischen Direktwerbung und medialer Werbung ist im weiteren Gang der Untersuchung zwischen diesen zu differenzieren.

§ 5 Aufmerksamkeit als Tausch- und Zahlungsmittel

Wie aus obigen Ausführungen bereits hervorgeht, kommt medialer Werbung die Besonderheit zu, dass nicht nur der Werbende ein Interesse an der Existenz der Werbeschaltung hat. So steht neben dem Werbenden, der eine bestimmte kommerzielle Botschaft über ein Produkt oder eine Dienstleistung an seine Zielgruppe kommunizieren will, das Medienunternehmen, welches auf seinen Medienplattformen dem Werbenden Werbeflächen zur Anzeige seiner Werbebotschaften an die Konsumenten des medialen Angebots bereitstellt.

Dem Grundsatz nach ermöglicht der Werbende dem Konsumenten den kostenlosen Konsum der Medien, in der Hoffnung, dass dieser seine Aufmerksamkeit nicht nur den medialen Inhalten widmet, sondern auch der dort geschalteten Werbung. Wissenschaftlich ist die Rede von der „Ökonomie der Aufmerksamkeit“³⁰. Der Begriff verdeutlicht die Anerkennung der Aufmerksamkeit des Einzelnen in einer Zeit von Informationsflut als wirtschaftliches Gut und knappe Ressource.³¹ Während die Menge an Informationen stetig zunimmt³², lässt sich die Aufmerksamkeit nicht in demselben Maße steigern. Die dadurch entstehende Knappheit führt dazu, dass hier eine Art immaterielle Währung entsteht.³³

Der wirtschaftliche Erfolg eines auf Aufmerksamkeit aufbauenden Geschäftsmodells hängt folglich von der Verkäuflichkeit des Mediums als Werbefläche ab. Hieraus erwächst ein Anreiz

³⁰ Hierzu ausführlich: *Frank*, Ökonomie der Aufmerksamkeit.

³¹ Ausführlich hierzu *Haller*, Dissens als kommunikatives Instrument, S. 205 ff.; *Frank*, Ökonomie der Aufmerksamkeit.

³² Vgl. Statistik „Tägliches Zeitbudget für die Mediennutzung in Deutschland in ausgewählten Jahren von 1964 bis 2015“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/462835/umfrage/zeitbudget-fuer-mediennutzung-in-deutschland/>.

³³ *Haller*, Dissens als kommunikatives Instrument, S. 205 ff.; *Frank*, Ökonomie der Aufmerksamkeit.

werbefreundliche Inhalte zu erstellen, die durch reißerische Schlagzeilen und polarisierende Inhalte auffallen.

Die Bereitstellung einer Werbefläche ist das Angebot der Medienunternehmen, Aufmerksamkeit für das beworbene Produkt zu aggregieren. Der Wert dieses Angebots wird dabei nicht in Euro bestimmt, sondern in Auflagenhöhen, Besucherzahlen und Einschaltquoten, kurzum in Reichweite.³⁴ Diese ist für die Werbeindustrie gerade deshalb attraktiv, da sie für die Distribution ihrer Werbebotschaften keine eigene Infrastruktur aufbauen muss, sondern von der bestehenden Infrastruktur eines Medienunternehmens profitieren kann. Jedes mediale Produkt arbeitet dabei mit eigenen Kennzahlen, um der einzelnen Plattform einen Erfolgsindikator für den Werbenden beimessen zu können. Die Kennzahl entscheidet über den Preis der Werbefläche.

Das Geschäftsmodell steht jedoch auf wackeligen Beinen. Wenn der Konsument in seiner Funktion als Produkt seine Aufmerksamkeit für die Werbeindustrie nicht mehr bereitwillig zur Verfügung stellen will, hat dies Folgen für die Refinanzierung der angebotenen Informationen. Mediale Werbung funktioniert nur aufgrund eines stillschweigend vereinbarten gesellschaftlichen „Kontrakts“³⁵, der den kostenlosen Konsum im Gegenzug zur Aufmerksamkeit auf Werbung zum Inhalt hat. Erklärt der Konsument jedoch die Werbung für ihn als unerwünscht und ergreift er dementsprechend Gegenmaßnahmen, um diese nicht mehr sehen zu müssen, so befördert dies das Geschäftsmodell der „Ökonomie der Aufmerksamkeit“ in eine wirtschaftliche Abwärtsspirale.

Mediales Produkt	Kennzahl	Definition
Zeitungen/Zeitschriften		
	Verkaufte Auflage	Anzahl der an den Endverbraucher abgesetzten Exemplare einer Ausgabe aus Verkauf und Abonnement
	Reichweite	Anzahl der Leser einer Zeitung oder Zeitschrift (im Allgemeinen deutlich höher als die verkaufte Auflage)
	Verbreitung	Relative oder absolute Absatzmenge in geografischen Regionen
Rundfunk		

³⁴ Vgl. Frank, Ökonomie der Aufmerksamkeit, S. 749; Carjell/Urban, Multimedia Marketing, S. 21.

³⁵ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1083).

	Reichweite	Anzahl der Zuschauer/Zuhörer, die in einem bestimmten Zeitintervall erreicht werden
	Einschaltquote	Anteil an der gesamten Zuschaueranzahl innerhalb eines bestimmten Zeitintervalls
Internet³⁶		
	Visits	Zusammenhängende Seitenabrufe einer Webseite durch einen einzelnen Besucher
	PageImpressions	Anzahl der Abrufe einer Webseite durch einen Besucher
	AdClicks	Anzahl der angeklickten Werbebanner
	Click-Through-Rate	Anzahl von AdClicks geteilt durch gesamte PageImpressions
	Tausend-Kontakt-Preis (TKP)	Preis basierend auf der Zahl der AdImpressions, die gebucht werden. Ein TKP von 20 € bedeutet, dass der Werbenende 20 € zahlen muss, wenn die Werbeanzeige 1.000 Mal eingeblendet worden ist.
	Cost-per-Click	Preis basierend auf der Anzahl an Clicks, die eine Anzeige erhält.
	Cost-per-Action	Preis basierend auf der Anzahl an Aktionen, die ein Werbemittel generiert.
	Cost-per-Lead	Preis basierend auf der Anzahl an qualifizierten Neukunden-Anfragen, die die Werbeanzeige erzielt hat.
	Cost-per-Order	Preis, der auf der Anzahl an Bestellungen basiert, die aufgrund der Werbeanzeige generiert wurden.

Tabelle 1 Für Medienunternehmen relevante Kennzahlen zur Bestimmung der Medienstärke und dazugehörige Preisangaben im Internet, Carjell/Urban, Multimedia Marketing, S. 25; 121 Watt, Online-Marketing Seminar 2015, abrufbar unter: <https://de.slideshare.net/alex362/online-marketing-seminar-auszug-2015>.

Durch den Fortschritt im digitalen Bereich und der hier schier unendlichen Informationsvielfalt ist die Ökonomie der Aufmerksamkeit in eben diesem Bereich am deutlichsten. Wo einst Medieninhalte nur durch wenige Dutzend Medienunternehmen angeboten wurden, stehen im digitalen Informationszeitalter aufgrund des Web 2.0 die Inhalte des Nutzers unter anderem als

³⁶ Vgl. hierzu Frosch-Wilke/Raith, Marketing-Kommunikation im Internet, S. 63 ff.

Blogger oder YouTuber im Mittelpunkt. Das hierdurch bedingte rapide Wachstum des medialen Angebots bei einem gleichbleibend begrenzten Bestand an Aufmerksamkeitspotential³⁷ führte dazu, dass in der heutigen digitalen Medienlandschaft die Fähigkeit, Aufmerksamkeit zu erregen und so die Profitabilität der Plattform für Werbung zu steigern, erfolgswahrscheinlich ist.

Theoretische Perspektive	Traditionelle Medienökonomie	Ökonomie der Aufmerksamkeit
Knappes Gut	Medieninhalte	Aufmerksamkeit (Nutzungszeit)
Anbieter des knappen Guts	Medienunternehmen	Rezipient
Nachfrager	Rezipient	Medienunternehmen bzw. Werbeindustrie
Tauschvorgang	Geld gegen Medieninhalt	Aufmerksamkeit gegen Nutzenbefriedigung
Bedeutung des Geldes für den Tauschvorgang	Groß	Klein

Tabelle 2 Traditionelle Ökonomie gegen Aufmerksamkeitsökonomie aus Fischer, Unternehmenskommunikation und Neue Medien, S. 156.

§ 6 Ab wann Werbung als unerwünscht gilt

Nach der ersten Begriffsbestimmung und einer Einleitung in die Thematik steht abschließend die Frage, ab wann Werbung als unerwünscht zu klassifizieren ist. Ansatzpunkt ist der Wortlaut. Hieße die Frage „Ab wann ist Werbung erwünscht?“, so wäre die Antwort naheliegend. Erwünscht ist etwas dann, wenn der Wille des Einzelnen sich mit einem in der Realität eintretenden Ereignis deckt. Hiervon ausgehend muss für das Antonym sodann gelten, dass etwas unerwünscht ist, wenn der tatsächliche Eintritt eines Ereignisses oder Zustands vom Willen des Einzelnen abweicht.

Aus diesen Überlegungen folgen zwei Gangmöglichkeiten für die Überlegung des Erwünscht bzw. Unerwünschtsein von Werbung. Erstens könnte Werbung so lange als erwünscht gelten, bis der potentielle Werbeadressat sich aktiv gegen den Erhalt der Werbung ausgesprochen hat (Opt-out). Zweitens könnte aber auch die Unerwünschtheit so lange zu Gunsten des Einzelnen gelten, bis dieser sich entweder ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten in den Empfang der kommerziellen Kommunikation einverstanden erklärt hat (Opt-in). Während beim Opt-in ein positives Verhalten für die Zulässigkeit vorausgesetzt wird, genügt beim Opt-out ein Nichtstun.

³⁷ Fischer, Unternehmenskommunikation und Neue Medien, S. 155.

Diese unterschiedliche Beurteilung ist ein Resultat der unterschiedlichen Wirkqualität von diversen Werbeformen. Bei Werbung, die den Beworbenen nur unerheblich belästigt, könnte der Interessenkonflikt zwischen Werbenden und Beworbenen dahingehend zu lösen sein, dass dem Beworbenen eine Opt-out-Möglichkeit zur Seite gestellt wird. Kommerzielle Kommunikation, die allerdings bereits aus ihrer Sache heraus ein großes Störpotential hat, mag wiederum unter Berücksichtigung der beteiligten Interessen erst über die Opt-in-Lösung zur Zulässigkeit gelangen. So wird das Stör- und Belästigungspotential im jeweiligen Einzelfall für die einzelnen Werbeformen anhand von Kriterien wie der Wirkintensität, der Einwirkungsdauer, dem Wirkungsort und bestimmten Eigenarten der Werbeform, die einen Opt-out bereits nicht möglich machen, im Verlaufe der Arbeit zu bestimmen sein.

Teil II – Verfassungsrechtsrechtliche Einordnung

Teil I hat gezeigt, dass abhängig vom Vorliegen von Direktwerbung oder medienfinanzierender Werbung unterschiedliche Interessensgruppen betroffen sind. Teil II geht insoweit näher auf diese Interessen ein und ordnet diese dem Verfassungsrecht zu.

Kapitel 3 Gegenüberstellung der widerstreitenden Interessen

Die Interessensgruppen sind unterteilt in Werbende, Medienunternehmen, Werbeadressaten sowie Anbieter von Leistungen, die es dem Werbeadressaten erleichtern oder sogar erst ermöglichen, Werbung zu blockieren.

§ 1 Drittwirkung der Grundrechte

Aus dogmatischer und historischer Sicht erfüllen Grundrechte ihre Funktion als Abwehrrechte des Bürgers vor Eingriffen des Staates.³⁸ Daneben bestehen auch subjektive Leistungs- und Schutzrechte, die den Staat zu einem bestimmten Handeln gegenüber Privatrechtssubjekten durch staatliche Maßnahmen verpflichten können.³⁹ Da Werbung allerdings zumeist eine Kommunikationshandlung zwischen Personen des Privatrechts darstellt, ist vorliegend auf die Anwendbarkeit von Grundrechten zwischen Personen des Privatrechts einzugehen.

³⁸ Nach *Jellineks* staatsrechtlicher Status-Lehre auch „Status negativus“, abrufbar unter: <https://archive.org/details/systemdersubjek00jellgoog>; BVerfG, NJW 1958, 257 (257) – Lüth; *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Vorb. Art. 1 Rn. 17 f.

³⁹ Nach *Jellineks* staatsrechtlicher Status-Lehre auch „Status positivus“, abrufbar unter: <https://archive.org/details/systemdersubjek00jellgoog>; Es kann lediglich ausnahmsweise einzelnen Grundrechten im Wege der Auslegung ein Leistungsrecht entnommen werden, so z. B. die Verpflichtung des Staates zum Schutze der Menschenwürde, *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Vorb. Art. 1 Rn. 18; s. allgemein zur Staatsrechtslehre auch *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Vorb. Art. 1 Rn. 16 ff.; *Horn*, in: Stern/Becker, GG, Art. 2 Rn. 70 ff.

Im Lüth-Urteil wurde erstmals höchstrichterlich die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte erörtert. Der Senat traf eine Grundsatzentscheidung, indem er ausführte:

„Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. [...] Ebenso richtig ist aber, dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten. [...] Der Einfluss grundrechtlicher Wertmaßstäbe wird sich vor allem bei denjenigen Vorschriften des Privatrechts geltend machen, die zwingendes Recht enthalten [...].“⁴⁰

Die objektive Wertentscheidung der Grundrechte findet dabei insbesondere als Schutzpflicht und andererseits als Ausstrahlungswirkung Einzug in das Privatrecht.⁴¹

A. Schutzpflichtenfunktion

Die Schutzpflicht des Staates auf Privatrechtsebene führt dazu, dass dieser auch auf horizontaler Ebene Privatrechtssubjekte vor Beeinträchtigungen durch private Dritte zu schützen hat.⁴²

Die öffentliche Gewalt hat dabei ein Mindestmaß an Förderung und Schutz zu gewährleisten, das sogenannte Untermaßverbot.⁴³ Die Schutzpflicht richtet sich primär an die Legislative. Kommt der Gesetzgeber seiner Pflicht jedoch nicht ausreichend nach, ist auch die Rechtsprechung angehalten, entsprechende Lücken durch schöpferische Rechtsfortbildung zu schließen.⁴⁴ Solche Schutzpflichten müssen zunächst festgestellt werden, indem überprüft wird, ob

⁴⁰ BVerfG, NJW 1958, 257 (257) – Lüth.

⁴¹ Vgl. Müller-Franken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Vorb. Art. 1 Rn. 20 ff., der darüber hinaus noch eine organisationsrechtliche Funktion nennt, die für diese Arbeit jedoch eine zu vernachlässigende Bedeutung hat.

⁴² Vgl. BVerfG, NJW 1993, 1751 (1755) – Schwangerschaftsabbruch II; BVerfG, NJW 1975, 573 – Schwangerschaftsabbruch I; Stern, in: Stern/Becker, GG, Einl. Rn. 48.

⁴³ Vgl. BVerfG, NJW 1993, 1751 – Schwangerschaftsabbruch II.

⁴⁴ So beispielhaft die Rechtsprechung zum Kind als Schaden, BGH, NJW 1995, 1609; vgl. Rothley, Persönlichkeitsverletzung durch unverlangt kommerzielle Kommunikation, S. 168.

dem betreffenden Grundrecht überhaupt ein Schutzrecht entnommen werden kann⁴⁵ und falls dies bejaht wird, ob der Staat seiner Handlungspflicht diesbezüglich hinreichend nachgekommen ist.⁴⁶ Dies ist dann zu verneinen, wenn das grundrechtlich gebotene Schutzminimum unterschritten wird. Nach Ansicht des BVerfG liegt dies vor, „wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder offensichtlich die getroffenen Regelungen und Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das Schutzziel zu erreichen“⁴⁷. In der Literatur wurde zudem folgende Faustformel entwickelt: Je höher der Rang des betroffenen Grundrechts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit seines Trägers zu effizientem Selbstschutz, je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist, umso eher ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht anzunehmen.⁴⁸

B. Ausstrahlungswirkung (mittelbare Drittwirkung)

Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte führt auch dazu, dass Grundrechte auf die Rechtsbeziehungen zwischen Bürgern privatrechtlich Wirkung entfalten. Diese sogenannte „Ausstrahlungswirkung“⁴⁹ der objektiven Wertentscheidungen oder mittelbare Drittwirkung der Grundrechte führt dazu, dass Gerichte bei der Anwendung des einfachen Rechts das Grundgesetz in den Grenzen des Wortlauts hinreichend würdigen müssen.⁵⁰ Die Anwendung erfolgt über die im Zivilrecht existierenden Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen.⁵¹ Eine unmittelbare Grundrechtsgeltung, bei der Privatrechtssubjekte selbst an Grundrechte gebunden wären, hat sich hingegen nicht durchgesetzt.⁵²

C. Zwischenergebnis

Für die vorliegende Arbeit hat sowohl die Schutzpflichtenfunktion als auch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte Relevanz. Die mittelbare Drittwirkung führt zu einer Abwägung der betroffenen Grundrechte in der später folgenden deliktsrechtlichen Beurteilung von Werbung.

⁴⁵ Die Schutzfunktion erstreckt sich nach herrschender Ansicht auf zumindest alle Freiheitsgrundrechte, *Stern*, in: Stern/Becker, Einl. Rn. 65; *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, vor Art. 1 Rn. 23, m. w. N.; nach Ansicht des BVerfG gilt dies auch für Gleichheitsgrundrechte, BVerfG, NJW 1994, 647 – Geschlechtsbezogene Diskriminierung.

⁴⁶ *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu, Hofmann/Henneke, GG, vor Art. 1 Rn. 42.

⁴⁷ BVerfG, NJW 1989, 1271 (1274 f.); BVerfG, NVwZ 2000, 309 (310).

⁴⁸ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 80.

⁴⁹ BVerfG, NJW 1958, 257 (258) – Lüth.

⁵⁰ *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, vor Art. 1 Rn. 21.

⁵¹ Sogenannte „Einbruchstellen der Grundrechte“; Dieser Ansatz wurde erstmals 1958 höchstrichterlich im Lüth-Urteil gewählt und gilt seither als anerkannt, BVerfG, NJW 1958, 257 – Lüth; *Enders*, in: Stern/Becker, GG, Art. 1 Rn. 110; kritische Analyse *Müller-Franken*, in: FS Bethge, S. 223 (224).

⁵² *Armbrüster*, in: MüKoBGB, § 134 Rn. 34; *Sack/Seibl*, in: Staudinger, BGB, § 134 Rn. 41; *Stern*, in: Stern/Becker, GG, Einl. Rn. 42; *Looschelders/Roth*, JZ 1995, 1034 (1037).

Die Schutzpflichtenfunktion kann hingegen unter Annahme eines unzureichenden Schutzes des Bürgers gegen Werbung oder der Werbenden und Medienunternehmen gegen die Werbeblockierung im Hinblick auf das Untermaßverbot eine Rolle spielen.

§ 2 Beteiligte Parteien und deren jeweilige Interessen

Der Schutz vor unerwünschter Werbung spielt sich, wie oben gezeigt⁵³, im Hinblick auf Direktwerbung zunächst zwischen zwei Parteien ab, die jeweils entgegengesetzte Interessenslagen vertreten. Auf der einen Seite stehen die Werbenden. Diesen gegenüber stehen diejenigen, deren Interesse sich darauf beschränkt, Werbung, die sie als unerwünscht empfinden, nicht wahrnehmen zu müssen. Diese Aufteilung ist bezüglich Direktwerbung bereits abschließend. Geht es hingegen um die rechtliche Behandlung medialer Werbung, sind weitergehende Ausführungen notwendig.

Es existieren in diesem Fall bis zu vier Interessensvertreter. Die erste Gruppe bilden die Medienunternehmen. Medienunternehmen dienen durch das Bereitstellen ihrer Medienplattform als Werbeträger. Indem die Medienunternehmen den Werbekunden gegen Entgelt Zugriff auf das Publikum gewähren, finanzieren sie hierdurch die für die Konsumenten kostenlos bereitgestellten Inhalte. Vorrangig bestehen wirtschaftliche Interessen, aber auch das Interesse an der Wahrung einer Informationsvielfalt durch das Anbieten eines kostenlosen Medienangebots kann unterstellt werden. Einen wichtigen Aspekt stellt hier die Möglichkeit für die Medienunternehmen dar, ungestört bestimmen zu können, wie viel und welche Form von Werbung neben den Inhalten dargestellt werden soll.

Die werbenden Unternehmen bilden neben den Medienunternehmen die zweite Gruppierung. Ihr Interesse beschränkt sich auf wirtschaftliche Motive, die sie sich durch Werbeinvestitionen versprechen. Das Ziel ist es entweder, den Absatz eines bestimmten Produktes zu fördern oder eigene produktunabhängige Imagewerbung zu betreiben. Dies kann durch die der Werbung anhaftenden Suggestion⁵⁴ erreicht werden, indem dem Rezipienten die Werbebotschaft so lange vorgehalten wird, bis automatisch eine Verbindung des Produkts oder der Marke mit den beworbenen Eigenschaften oder dem beworbenen Markenimage zumindest unterbewusst hergestellt wird. Das hierdurch gewonnene Image des Produkts oder der Marke soll sich sodann in höheren Umsätzen widerspiegeln. Dies kann die werbungstreibende Wirtschaft nutzen, um die

⁵³ Teil I, Kapitel 2 § 4.

⁵⁴ Suggestion bezeichnet die geistig-psychische Beeinflussung eines Menschen mit dem Ziel, ihn zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Suggestion>.

Werbekosten mit steigenden Produkteinnahmen zu refinanzieren. Im Ergebnis macht Werbung so zwar den Medienkonsum günstiger, die Konsumgüter werden jedoch teurer.⁵⁵

Die dritte Gruppe bilden die Beworbenen. Die Interessen dieser Gruppe sind nicht verallgemeinernd feststellbar. Es kann von Person zu Person unterschiedliche Ansichten bezüglich Werbung geben. Während der eine möglicherweise gerne Werbung schaut, um sich über neue Produkte zu informieren, will der andere von Werbebotschaften verschont bleiben. Teile der Allgemeinheit nehmen den Erhalt von Werbung im Austausch für Informationen gerne in Kauf, wenn sie ansonsten ein Entgelt leisten müssten. Was die Gruppen allerdings gemeinsam haben, ist der Wunsch, die für sich selbst als unerwünscht definierte Werbung nicht rezipieren zu müssen. Hieraus folgt die Frage, ob und wie weit das Interesse des Einzelnen, unerwünschter Werbung nicht ausgesetzt zu sein, sich innerhalb einer Abwägung gegen die Interessen der Werbenden durchsetzen kann, worauf im Fortgang einzugehen ist.

Abschließend ist auf die Interessen der Anbieter einzugehen, die Produkte oder anderweitige Leistungen anbieten, mit denen es dem Werbeadressaten ermöglicht wird, Abwehrmaßnahmen gegen die Werbenachrichten zu verwenden. Hier sind von Fall zu Fall sowohl ideelle als auch wirtschaftliche Interessen betroffen. Während der Fernseh-Werbeblocker „Fernsehfee“ von dem Unternehmen Telecontrol im Jahre 1999 gegen ein Entgelt in Höhe von 299,00 DM verkauft wurde⁵⁶ und für einen monatlichen Abonnement-Betrag von 4,00 DM unterhalten werden konnte, ist der heutige Werbeblocker-Markt differenzierter aufgebaut. Hierbei sticht die Vielzahl an kostenlosen Internet-Werbeblockern ins Auge.⁵⁷ Die Unentgeltlichkeit der Blocker legt den Gedanken für den durchschnittlichen Nutzer nahe, dass die Werbeblocker-Betreiber aus idealistischen Motiven handeln würden. Inwiefern hier allerdings kein wirtschaftliches Gewinnstreben vorliegt, ist aufgrund der Intransparenz dieses Geschäftsmodells schwierig zu beurteilen. Es ist insoweit sicher, dass sich viele Werbeblocker-Programme, die als Browser-Addon fungieren, den Zugriff auf den Browserverlauf vom Nutzer genehmigen lassen, bevor das Programm genutzt werden kann. Inwieweit hier Daten gesammelt werden und mit diesen daraufhin Geld akquiriert wird, ist unklar.⁵⁸ Eine Wirtschaftlichkeit ist hingegen bei den kostenpflichtigen oder den teils differenzierenden Werbeblockern zu bejahen. Entweder wird für den

⁵⁵ Beitrag „Wie sich Medien finanzieren“, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/izpb/7522/wie-sich-medien-finanzieren>.

⁵⁶ Ladeur, GRUR 2005, 559 (559).

⁵⁷ So zum Beispiel: Adblock Plus, Adblock, uBlock Origin und Adblock Edge.

⁵⁸ Die Nutzungsbedingungen und Datenschutzbestimmungen der jeweiligen Adblock-Anbieter schließen einen Datenverkauf natürlich aus und berufen sich darauf, dass die Daten nur lokal auf dem Computer des Benutzers gespeichert werden, s. z. B. die Datenschutzbestimmungen von Adblock Plus (20.06.2016). Dagegen erläutert

Erwerb des Filterprogramms ein Entgelt vom Nutzer verlangt⁵⁹ oder dem Betreiber einer Werbeplattform wird ein Angebot unterbreitet, seine Internetseite gegen Zahlung von der Werblockierung freikaufen zu können.⁶⁰

§ 3 Verfassungsrechtliche Einordnung der vertretenen Interessen

Nach Darstellung der Anwendung des Verfassungsrechts im Privatrecht sind im Fortgang die vertretenen Parteien und deren bereits oben genannten Interessen konkret verfassungsrechtlich zu benennen.

Die werbenden Unternehmen berufen sich vorrangig auf ihre Berufs- und Meinungsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG. Zu den verfassungsrechtlich relevanten Schutzgütern zählen bei den Medienunternehmen insbesondere die Kommunikations- und Berufsinteressen. Letztere beziehen sich dabei auf das Geschäftsmodell der Werbefinanzierung. Insofern sind die Pressefreiheit, die Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 Alt. 1, 2, und die Berufsfreiheit von Relevanz, Art. 12 Abs. 1 GG. Auf Seiten der Werbeempfänger steht das Interesse, unerwünschte Werbung nicht wahrnehmen zu müssen. In Betracht kommt das Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG sowie die negative Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG. Darüber hinaus ist auf die Eigentumsfreiheit des Beworbenen einzugehen, wenn der Werbende sich dessen zur Werbeschaltung bedient, Art. 14 Abs. 1 GG. Im Hinblick auf die Anbieter von Schutzmöglichkeiten liegt der Fokus sowohl auf dem wirtschaftlichen Gewinnstreben, das der Berufsfreiheit unterfällt, Art. 12 Abs. 1 GG als auch den ideellen Werten, wie der Unterstützung des Komforts und der Datenhoheit- und Sicherheit von Nutzern, die der allgemeinen Handlungsfreiheit zuzuordnen sind, Art. 2 Abs. 1 GG.

Kapitel 4 Verfassungsrechtlicher Schutz von Werbung

§ 1 Verfassungsrechte der werbenden Unternehmen

A. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

Die Meinungsfreiheit gewährleistet dem Einzelnen das Recht, eigene Ansichten unabhängig von staatlichem Einfluss zu äußern.⁶¹ Der Meinungsbegriff ist dabei weit zu verstehen.⁶² Sofern

der Anbieter Adblock sogar, dass er anonymisierte Daten teilweise mit Dritten teilt, s. Datenschutzbestimmungen Adblock (26.09.2017), abrufbar unter: <https://getadblock.com/privacy/>.

⁵⁹ Kostenpflichtige Werbeblocker sind z. B. blockr und Peace.

⁶⁰ So beim Werbeblocker Adblock Plus.

⁶¹ *Fechner* in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 79.

⁶² *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 80; zum Streitstand, ob auch Tatsachenbehauptungen von der Meinungsfreiheit mitumfasst sind, *Fechner* in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 86; *vd. Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 3a.

eine Äußerung durch die Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder des Meinens geprägt ist, fällt sie in den Schutzbereich des Grundrechts.⁶³ Daneben stellt sich die Frage, ob auch die Mitteilung von Tatsachen, welchen grundsätzlich das Element der Stellungnahme fehlt, vom Schutzbereich mitumfasst ist. Dies wird überwiegend zumindest dann bejaht, wenn die Tatsachenmitteilung Voraussetzung für die Bildung von Meinungen ist.⁶⁴ Für den Fall, dass eine Äußerung eine Meinung und eine Tatsachenäußerung enthält, fällt diese in ihrer Gesamtheit unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit, wenn sie durch die wertenden Elemente geprägt ist.⁶⁵

Problematisch wird es dann, wenn es um die Beurteilung von Äußerungen geht, die nicht vordergründig einen Beitrag zur Meinungsbildung über einen Gegenstand von öffentlichem Interesse leisten⁶⁶, sondern wie hier überwiegend wirtschaftliche Motive oder sogar die Manipulation ihrer Rezipienten verfolgen.

Es ist umstritten, ob reine Wirtschaftswerbung unter den Schutz der Meinungsfreiheit fällt. Einzelne Stimmen verneinen dies, da bei Werbung nicht die geistige Auseinandersetzung oder Kommunikation im Vordergrund stehe, sondern lediglich der Versuch unternommen werde, den Rezipienten von einem Produkt zu überzeugen, ihn „kaufbereit“⁶⁷ zu machen. Es sei erwünscht, wenn der Beworbene durch die Werbung unbewusst Kaufimpulse vermittelt bekäme. Dies stehe der vom Grundrecht geforderten geistigen Auseinandersetzung entgegen.⁶⁸ Zudem sei die kommerzielle Betätigung bereits durch die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG hinreichend geschützt.⁶⁹

⁶³ BVerfG, NJW 1983, 1415 (1416) – Wahlkampf; BVerfG, GRUR 1986, 382 (386) – Arztwerbung; *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 25; *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 47; *vd. Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 3.

⁶⁴ BVerfG, NJW 1983, 1415 (1416) – Wahlkampf; *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Rn. 48; *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 416; *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 9; andere gehen so weit, dass sie bereits in der Auswahl und Präsentation von Tatsachen, welche durch das Auslassen und die Betonung von Informationen geschieht, eine wertende Stellungnahme sehen, vgl. *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 416; *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 9.

⁶⁵ BVerfG, NJW 2007, 2686 (2687), m. w. N.

⁶⁶ Zur Berücksichtigung des Zweckes einer Meinungsäußerung, vgl. BVerfG, NJW 2004, 1710 (1712); BVerfG, NJW 1983, 1415 (1416) – Wahlkampf.

⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 28.06.1955 – I C 146.53, Rn. 19, juris.

⁶⁸ *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 422.

⁶⁹ Vgl. die ältere Rspr. BGH, BeckRS 9998, 123805 – HeilmittelwerbeVO; wohl auch BVerfG, Beschl. v. 10.12.1975 – 1 BvR 118/71, Rn. 40 f., juris – Werbefahrt; *Schulz*, in: Hamburger Kommentar, Medienrecht, S. 151; ausführlich *Faßbender*, GRUR Int 2006, 965 (969); *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn. 422.

Diese Ansicht überzeugt nicht. Das BVerfG erkennt heutzutage richtigerweise an, dass die Meinungsfreiheit auch für Wirtschaftswerbung in Betracht kommt, wenn sie einen wertenden oder meinungsbildenden Charakter hat oder Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen.⁷⁰

Ein Verweis der Werbenden auf die Berufsfreiheit ist auch nicht interessensgerecht. Zunächst betreffen die Berufs- und Meinungsfreiheit grundsätzlich unterschiedliche Lebensbereiche⁷¹. Des Weiteren schließt die Anwendbarkeit eines Schutzbereiches einen anderen nicht per se aus.

Die Ansicht verkennt zudem, dass gerade auch Werbenachrichten ein Element der Stellungnahme beinhalten.⁷² Im Kern besteht Werbung häufig aus aufmerksamkeitsstrachtenden Äußerungen, die den Beworbenen polarisieren sollen, was er durch die vorherige Stellungnahme des Werbenden hervorgerufen werden kann.

Die Ansicht umreißt den Schutzbereich auch zu eng, wenn sie Werbung vom Schutzbereich ausschließt, weil diese eine geistige Auseinandersetzung nicht fördere. Denn anders als sie darlegt, ist es nicht erforderlich, dass sich der Empfänger stets mit der Meinung geistig auseinandersetzt. Vielmehr ist es entscheidend, dass die Äußerung ihren Ursprung in einer geistigen Stellungnahme findet. So ist die Ratio des Freiheitsgrundrechts der Schutz des Mitteilungsbedürfnisses und dessen Verwirklichung.⁷³ Dass die Motivation für die Stellungnahme auf wirtschaftlichen Erwägungen beruht, darf dabei nicht zum ausschlaggebenden Gesichtspunkt erhoben werden. Denn eine hierdurch bedingte Schlechterstellung würde im Widerspruch zum Verbot staatlicher Bewertung von Meinungsäußerungen nach Motivation, Inhalt und Form stehen.⁷⁴

Wenn durch Werbung der allgemeine öffentliche Diskurs nicht vorangetrieben wird, führt dies nicht zum Ausschluss des Schutzbereiches.⁷⁵ So gewährt die Meinungsfreiheit jedem Individuum die Möglichkeit, sich auch zu Themen von gesellschaftlich nachrangiger Bedeutung zu äußern. Knüpft man den Schutz der Meinungsfreiheit an bestimmte Zwecke oder Motive, läuft man Gefahr, dass bereits hieraus eine Beeinträchtigung des Freiheitsrechts resultiert.⁷⁶ Eine

⁷⁰ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 591 – Benetton, m. w. N.

⁷¹ Art. 5 GG beschränkt sich auf die kommunikationsrechtliche Ebene und Art. 12 GG bezieht sich auf die gewerbliche Tätigkeit.

⁷² Vgl. *Lerche*, Werbung und Verfassung, S. 77 f.

⁷³ *Wendt*, in: von Münch/Kunig, Art. 5 Rn. 9.

⁷⁴ *Wendt*, in: von Münch/Kunig, Art. 5 Rn. 11.

⁷⁵ Vgl. *Wendt*, in: von Münch/Kunig, Art. 5 Rn. 11.

⁷⁶ Vgl. *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 81, *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 8; Nichtsdestotrotz ist der Zweck auch nicht unberücksichtigt zu lassen. Bei der Abwägung im Einzelfall kann es Berücksichtigung finden, ob die Meinungsäußerung im Rahmen einer privaten Auseinandersetzung zur Verfolgung von Eigeninteressen oder im Zusammenhang mit einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage getätigt wurde, wobei letzterer sodann ein stärkeres Gewicht beizumessen ist, vgl. BVerfG, NJW-RR 2004, 1710.

ständige Kontrolle, ob die Äußerung dem gesellschaftlichen Diskurs dient, würde den Schutzbereich in einer Weise einschränken, die weder vom Wortlaut noch vom Telos des Grundrechts gedeckt wäre.

Dieses Verständnis muss dabei so weit gehen, dass sogar die Manipulation noch als schutzwürdige Meinung anzusehen ist. Eine Manipulation kann durch die Verwendung emotionaler Motive⁷⁷, dem Auslassen bestimmter Informationen oder aber der übertriebenen Darstellung von Produkteigenschaften erfolgen. Im Ergebnis stellt aber auch die Manipulation letztlich eine Meinungsäußerung dar, welche sich gerade durch ihre, wenn auch teils übertriebene, subjektive Komponente von der Tatsachenbehauptung abhebt. Eine derart starke Einflussnahme auf den Meinungsbildungsprozess muss auch einen starken Schutz über die Meinungsfreiheit erfahren, da es nur auf die meinungsbildende Kommunikation als solche und nicht auf deren Inhalt ankommt.⁷⁸ Zudem ist die Suggestion in einer Vielzahl der Fälle das vorrangige Ziel einer Meinungsäußerung, unabhängig von der Existenz eines dahinterliegenden wirtschaftlichen Willens der sich äuernden Person. Meinungen wollen überzeugen.⁷⁹ Indem die Leistungsanbieter ihre Waren anpreisen oder ihre Marken bewerben, rufen sie ein bestimmtes Meinungsbild beim anderen hervor.⁸⁰ Die Grenze ist erst dort zu ziehen, wo die Äußerung diffamiert oder Tatsachenbehauptungen enthält, deren Unwahrheit erwiesen ist oder dem Äußernden bereits im Zeitpunkt der Äußerung bekannt war.⁸¹

Aus den obigen Erwägungen folgt sogleich, dass Werbemaßnahmen, wenn sie lediglich Kontaktinformationen⁸² oder das Firmenlogo widerspiegeln, kein „Element der Stellungnahme, des Dafürhaltens oder Meinens“⁸³ enthalten. Stattdessen stellen solche nur neutrale Informationen dar, die beim Sich-Äußernden und auch beim Rezipienten keine Meinungsbildung hervorruft.

B. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Die Berufsfreiheit gibt dem Einzelnen das Recht, jede Arbeit, für die er sich geeignet glaubt, als Beruf zu ergreifen und zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen.⁸⁴ Die Freiheit der Berufsausübung umfasst dabei jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und

⁷⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2001, 591 – Benetton.

⁷⁸ Vgl. *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 81; *vd. Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 3.

⁷⁹ Vgl. *Wendt*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 9.

⁸⁰ Vgl. BVerfG, GRUR 2007, 1083 (1083) – Dr. Rs Vitaminpräparate.

⁸¹ BVerfG, NJW 1983, 1415 – Wahlkampf; BVerfG, NJW 2006, 207 – Stolpe; Odendahl, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 4;

⁸² So eine bedruckte Anwaltsrobe: BGH, NJW 2017, 407 (Rn. 20) – Anwaltsrobe.

⁸³ BVerfG, NJW 1983, 1415 (1415 f.) – Wahlkampf.

⁸⁴ Vgl. *Nolte*, in: Stern/Becker, GG, Art. 12 Rn. 9.

dieser dient. Die werbenden Unternehmen sind, da Werbung vordergründig der Steigerung von Erwerbsmöglichkeiten dient, auch durch die Berufsfreiheit geschützt.⁸⁵ Die Anwendung der Berufsfreiheit wird immer dann relevant, wenn die gegenständliche Werbung mangels eines meinungsbildenden Elements nicht unter das Grundrecht der Meinungsfreiheit fällt.⁸⁶ Zu nennen sind die im vorherigen Abschnitt angesprochenen rein informatorischen Informationshinweise wie Kontaktdaten oder Firmenlogos.

§ 2 Verfassungsrechte des Medienunternehmens

Das Recht, zu Werben und die Integrität der Werbung selbst werden auf Seiten der Medienunternehmen häufig mit der Meinungs-, der Rundfunk- und der Pressefreiheit in Zusammenhang gebracht.⁸⁷ Von Interesse ist hier insbesondere, ob das Geschäftsmodell der Werbefinanzierung unter die institutionelle Garantie der Mediengrundrechte fällt, womit ihm ein besonderer Schutzstatus zukommen könnte.

A. Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG

Neben der Meinungsäußerung des Leistungsanbieters ist auch die Meinungsverbreitung des Medienunternehmens vom Grundrecht der Meinungsfreiheit geschützt.⁸⁸ Auch der die fremde Meinung vermittelnde Medienanbieter einer Zeitschrift, einer Fernsehsendung, einer Internetseite oder ähnlichem fällt unter den Schutzbereich.⁸⁹ Denn die grundsätzliche Möglichkeit der Meinungsäußerung, bei dem gewünschten Gegenüber Wirkung zu erzielen, ist ebenfalls schutzwürdig. Eine Grenze wird erst dort gezogen, wo die Meinung einem anderen aufgezwungen werden soll. Denn die Meinungsfreiheit gewährleistet kein Recht auf Zuhörerschaft.⁹⁰

B. Medienfreiheiten des Art. 5 GG

Art. 5 Abs. 1 GG gewährleistet neben der Meinungsfreiheit auch die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung mittels Rundfunks und Film. Beide Grundrechte dienen der grundsätzlichen Freiheit der Medien als sogenanntes Mediengrundrecht. Bezüglich des Schutzbereichs stellt sich die Frage, ob der Inhalt von Werbenachrichten unter den Schutzbereich fällt

⁸⁵ Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 12 Rn. 15; Nolte, in: Stern/Becker, GG, Art. 12 Rn. 39; vgl. Nolte, in: Stern/Becker, GG, Art. 12 Rn. 39, m. w. N.

⁸⁶ Ähnlich Fechner in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 360.

⁸⁷ Vgl. bspw. die Urteile BGH, GRUR 2004, 877 – Werblocker I; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 55).

⁸⁸ Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 84; vd. Decken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 6.

⁸⁹ Vgl. Goldbeck, in: Hamburger Kommentar, Medienrecht, S. 840 Rn. 18; Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 84.

⁹⁰ Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 85, 259.

und ob der Schutzbereich über den Kommunikationsvorgang hinaus auch die Möglichkeit der Werbefinanzierung von Presse- und Rundfunkerzeugnissen mitumschließt.

I. Pressefreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

1. Allgemeine Ausführungen zum Schutzbereich

Die Pressefreiheit ist nach Ansicht des BVerfG neben der Meinungsfreiheit ein eigenständiges „schlechthin konstituierendes“ Grundrecht, welches entscheidend zur politischen Meinungsbildung beiträgt.⁹¹ Eine begriffliche Zuordnung des Begriffs der Presse fällt in der heutigen medienübergreifenden Informationslandschaft schwer. Insbesondere in Abgrenzung zum Schutzbereich der Rundfunkfreiheit ist eine Einordnung umstritten. Die damals Wortlaut bedingte verfassungsrechtliche Abgrenzung zwischen Presse und Rundfunk stellte darauf ab, ob es sich um einen „verkörperten“ oder „unverkörperten“ an die Allgemeinheit gerichteten geistigen Inhalt handelte.⁹² Dabei wurden „verkörperte“ Druckerzeugnisse der Pressefreiheit zugeordnet, während sich die „unverkörperte“ Rundfunkfreiheit durch das Vorhandensein eines elektronischen Übertragungswegs auszeichnete.⁹³

2. Pressefreiheit im digitalen Zeitalter

Solange es sich um physische Medien handelt, ist diese Zuordnung nicht zu beanstanden. Sind jedoch drahtlos übertragene, digitale Inhalte aus dem Internet nach diesem Schema zuzuordnen, würde hieraus folgen, dass stets die Rundfunkfreiheit aufgrund ihrer „unverkörperten Natur“ einschlägig sein müsste. Auch bezüglich des Wortlauts deckt sich diese Zuordnung mit dem Rundfunkbegriff. So ist Rundfunk die „drahtlose Verbreitung von Informationen und Darbietungen durch elektromagnetische Wellen“⁹⁴. Aus teleologischen Erwägungen ist dieser Zuordnung jedoch entgegenzutreten.⁹⁵ Inhalte, die digital im Internet verbreitet werden, würden nicht als Presse gelten, ausgedruckt würden sie jedoch sodann der Pressefreiheit unterfallen. Die Ansicht, die allein auf einen körperlichen Zustand, eine Herstellungsart oder einen Übertragungsweg abstellt, ist im multimedialen digitalen Zeitalter daher als überholt anzusehen.⁹⁶ Stattdessen muss auf den hinter dem Grundrecht stehenden Schutzzweck abgestellt werden. Die vom BVerfG geprägte Auffassung stützt diesen Gedanken. Demnach schützt die Pressefreiheit primär die institutionelle Eigenständigkeit der Presse, das heißt, die Voraussetzungen, die gegeben

⁹¹ BVerfG, NJW 1960, 29 (29); BVerfG, NJW 1973, 1226 (1228), m. w. N – Lebach.

⁹² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 25; Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 123.

⁹³ Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 123, 128, m. w. N.

⁹⁴ „Rundfunk“ im Duden, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Rundfunk>.

⁹⁵ A. A. Raithel, Werblocker im Internet, S. 57.

⁹⁶ Vgl. hierzu auch Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 123 f.

sein müssen, damit die Presse ihre Aufgabe im Kommunikationsprozess erfüllen kann.⁹⁷ Dies gilt unabhängig von der gewählten Übertragungsart. So fallen gedruckte als auch digitale, an die Allgemeinheit gerichtete meinungsbildende Inhalte unter die Pressefreiheit, während bewegte Bilder mit Text und Ton aufgrund ihrer besonderen Wirkmächtigkeit⁹⁸ unter die Rundfunkfreiheit fallen.⁹⁹

3. Reichweite der Pressefreiheit

Der Schutzbereich der Pressefreiheit spaltet sich in zwei Schutzrichtungen. Einerseits wird eine subjektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion gewährleistet, indem die Presse vor staatlichen Beeinträchtigungen geschützt wird, andererseits existiert aber auch eine objektiv-rechtliche Institutsgarantie der Freien Presse.¹⁰⁰

Ein Eingriff in die subjektiv-rechtliche Funktion kann vorliegen, wenn es um die im Pressewesen tätigen Personen in Ausübung ihrer Funktion oder um ein Presseergebnis selbst geht.¹⁰¹ Der geschützte Tätigkeitsbereich umfasst dabei alle Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit der Aufgabe stehen, bei der Bildung der öffentlichen Meinungsbildung mitzuwirken. Eine anerkannte Tätigkeit stellt neben der Informationsbeschaffung und deren Verbreitung auch die Anzeige von Werbung dar.¹⁰² Es ist insoweit auch anerkannt, dass ein Presseorgan sich auf die Pressefreiheit berufen kann, wenn es um das Verbot geht, eine von einem fremden Meinungsträger in zulässiger Weise aufgestellte Meinungsäußerung zu verbreiten. In diesem Umfang kann sich das Presseunternehmen auf eine Verletzung der Meinungsfreiheit Dritter in einer gerichtlichen Auseinandersetzung berufen.¹⁰³ Dies kann sodann auch für die Anzeige von Werbeanzeigen Dritter gelten.

Die objektiv-rechtliche Funktion umfasst hingegen die institutionell-organisatorischen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, die zur Wahrung der freien Presse vorliegen müssen.¹⁰⁴

⁹⁷ BVerfG, NJW 1992, 1439 (1439 f.) – Bayer-Aktionäre; s. auch *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 123 f.

⁹⁸ In der 9. Rundfunk-Entscheidung wies das BVerfG ausdrücklich darauf hin, dass das Fernsehen das „einzige Medium [ist], das zeitgleich in Bild und Ton über ein Ereignis zu berichten vermag.“ Dies sei Ausdruck der Authentizität und des Miterlebens und gerade charakteristisch für den Rundfunk, BVerfG, MMR 1998, 202 (206) – Kurzberichterstattung im Fernsehen.

⁹⁹ So hat auch zuletzt das BVerfG die Bereitstellung eines Online-Archivs unter den Schutz der Pressefreiheit gestellt, BVerfG, NJW 2012, 754; so auch *Kühling*, in: Gersdorf/Paal, BeckOKInfoMedienR, GG, Art. 5 Rn. 77.

¹⁰⁰ BVerfG, NJW 1966, 1603 (1604 f.), m. w. N. – Spiegel; *vd. Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 22 f.; *Schmidt*, in: ErfK, GG, Art. 5 Rn. 44.

¹⁰¹ BVerfG, NJW 1992, 1439 (1440) – Bayer-Aktionäre.

¹⁰² BVerfG, NJW 2001, 591 (591) – Benetton; *Schmidt*, in: ErfK, GG, Art. 5 Rn. 53; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.123.

¹⁰³ BVerfG, NJW 2001, 591 (591) – Benetton, festgestellt wurde, dass die Pressefreiheit auch in einem Zivilrechtsstreit über wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche gilt.

¹⁰⁴ BVerfG, NJW 1992, 1439 (1440) – Bayer-Aktionäre.

Demnach legt das Grundrecht dem Staat eine Schutzpflicht für die Presse auf und bindet ihn bei allen Maßnahmen, die er zur Förderung der Presse ergreift. Als Wesenselement eines freien Staates garantiert er Mindeststandards einer pluralistischen, leistungsfähigen Presse, die auch in der richterlichen Abwägung Beachtung finden müssen.¹⁰⁵ Zu berücksichtigen ist hier, dass sich nach Ansicht des BGH¹⁰⁶ die institutionelle Gewährleistung nicht auf den Wettbewerb von Presseerzeugnissen untereinander beziehe, sondern diese auf den generellen Erhalt einer meinungsbildenden Presse abziele.¹⁰⁷ Fraglich ist, inwiefern die Garantie der Presse auch die Refinanzierung medialer Inhalte in Form der Schaltung von Werbung mitumfasst.

Für die Beantwortung dieser Frage ist die "Südkurier-Entscheidung" aus dem Jahre 1967 von Interesse.¹⁰⁸ Das BVerfG entschied hier ausdrücklich, dass das Grundrecht der Pressefreiheit auch den Anzeigenteil mitumfasse. Ebenso wie Nachrichten im redaktionellen Teil bringe die Presse die Anzeige ihren Lesern ohne eigene Stellungnahme zur Kenntnis und informiere diese über die in den Anzeigen enthaltenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder über die in ihnen enthaltenen von anderen geäußerten Meinungen. Daneben sieht auch die Benetton-Entscheidung¹⁰⁹ „kommerzielle Meinungsäußerungen sowie reine Wirtschaftswerbung“ vom Schutzbereich der Pressefreiheit gedeckt. Im Chiffreanzeigen-Fall¹¹⁰ stellte das Gericht die Bedeutung des Anzeigenteils für die Erfüllung der Kommunikationsaufgabe der Presse fest, betonte zeitgleich aber auch, dass Pressearbeit wirtschaftlich betrieben werden können müsse:

„Nicht unberücksichtigt bleiben darf auch die Bedeutung des Anzeigenteils für die Erfüllung der Kommunikationsaufgabe der Presse [...] sowie für die Erhaltung ihrer wirtschaftlichen Grundlagen als wesentlicher Voraussetzung ihrer Unabhängigkeit [...].“¹¹¹

Zum Schutz der Refinanzierung von redaktionellen Inhalten durch Werbung und der Notwendigkeit, explizit dieses Geschäftsmodell durch die Pressefreiheit zu schützen, äußert sich allerdings auch der Chiffreanzeigen-Fall nicht. Aus den Ausführungen ist vielmehr zu schließen, dass die Grundbedingungen eines wirtschaftlichen Arbeitens gegeben sein müssen. Das heißt,

¹⁰⁵ Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 237.

¹⁰⁶ BGH, GRUR 2004, 602 (604) – 20 Minuten Köln.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu *Di Fabio*, Kollidierende Privatrechtsinteressen bei der Verwendung digitaler Werbeblocker, S. 33 f., abrufbar unter: <https://www.telemedicus.info/uploads/KollidierendePrivatrechtsinteressenbeiderVerwendung-digitalerWerbeblockerRechtsgutachtenvonProf.Dr.iur.Dr.sc.polUdoDiFabio.pdf>.

¹⁰⁸ BVerfG, Urt. v. 04.04.1967 – 1 BvR 414/64, Rn. 31, juris – Südkurier, dem zuletzt noch folgend LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710.

¹⁰⁹ BVerfG, NJW 2001, 591 – Benetton.

¹¹⁰ BVerfG, NJW 1984, 1101 – Chiffreanzeigen.

¹¹¹ BVerfG, NJW 1984, 1101 (1101) – Chiffreanzeigen.

dass nicht die Werbeschaltung als Geschäftsmodell geschützt wird, sondern die grundsätzliche Möglichkeit, mit dem Vertrieb der Informationen Gewinne zu erzielen.¹¹² Lediglich das „Ob“ ist geschützt; das „Wie“ unter Berücksichtigung der freien Marktwirtschaft jedoch nicht. Das heißt, erst wenn die Möglichkeit mit der Pressearbeit grundsätzlich wirtschaftlich zu agieren, existentiell gefährdet ist, kann der Schutzbereich der Pressefreiheit im Hinblick auf das dahinterliegende Geschäftsmodell beeinträchtigt sein.¹¹³

II. Rundfunkfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG

Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gewährleistet die Freiheit des Rundfunks, welche ähnlich wie die Pressefreiheit zuvorderst der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung dient. Sie gehört zusammen mit der Presse-, Informations- und Meinungsfreiheit zu den tragenden Kommunikationsfreiheiten, die den gesamten Prozess der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung schützen.¹¹⁴

1. Rundfunkbegriff

Die gängige Begriffsdefinition versteht unter Rundfunk „jede an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtete drahtlose oder drahtgebundene Übertragung von Gedankeninhalten durch elektromagnetische Wellen.“¹¹⁵ Das BVerfG stellt stattdessen auf drei charakteristische Merkmale zur Herleitung des Rundfunks ab:

„Unter den Medien kommt dem Rundfunk wegen seiner Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft besondere Bedeutung zu. Freie Meinungsbildung wird daher nur in dem Maß gelingen, wie der Rundfunk seinerseits frei, umfassend und wahrheitsgemäß informiert.“¹¹⁶

Entscheidend für den Rundfunk ist folglich die Breitenwirkung, die Aktualität und die anhaftende Suggestivkraft. Dies führt dazu, dass der Rundfunkbegriff nicht statisch ist, sondern dynamisch dem veränderten Realbereich angepasst werden kann. Dies gilt einerseits in Anbetracht der Pluralisierung der Rundfunkformate mit neuen Rezeptionsformen wie Abruf- oder

¹¹² Vgl. LG München I, MMR 2016, 406; a. A. LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49, juris.

¹¹³ Ähnlich BGH, GRUR 2004, 602 (604) – 20 Minuten Köln.

¹¹⁴ Vgl. BVerfG, NJW 1981, 1774 (1775) – 3. Rundfunk-Urteil; BVerfG, NJW 1992, 3285 (3286) – 7. Rundfunk-Urteil.

¹¹⁵ Vd. Decken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 26.

¹¹⁶ BVerfG, NJW 1994, 1942 (1943) – Rundfunkgebühren I; s. zur Übersicht aller Rundfunkentscheidungen Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOKInfoMedienR, GG Art. 5 Rn. 58–72.

Zugriffsdiensten, andererseits mit Blick auf die Auflösung der Fixierung auf bestimmte Übertragungswege.¹¹⁷ Hieraus folgt, dass nicht zwingend nur klassische Fernsehsender, sondern auch im Internet öffentlich übertragene Livestreams oder On-Demand-Dienste als Rundfunk anzusehen sind, da auch hier die Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft vorliegen können.¹¹⁸

2. Reichweite des Schutzbereichs

Eine Parallele zur Pressefreiheit ist die Unterteilung des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit in eine subjektiv-rechtliche und objektiv-rechtliche Grundrechtsfunktion. Subjektiv-rechtlich werden alle mit der Rundfunkveranstaltung verbundenen Tätigkeiten vom Schutzbereich des Grundrechts umfasst¹¹⁹ und somit auch die Ausstrahlung von Eigen- wie auch Fremdwerbung.¹²⁰

Objektiv-rechtlich wird auch hier eine Institutsgarantie gewährleistet, die neben das subjektive Abwehrrecht tritt. Diese zielt darauf ab, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, der den generellen Bestand des dualen Rundfunksystems bewahrt.¹²¹ Das BVerfG führt hierzu aus, dass

*„der öffentlich-rechtliche Rundfunk im dualen System eine Bestands- und Entwicklungsgarantie unter Einschluss der erforderlichen Finanzmittel genießt und der private Rundfunk nicht Bedingungen unterworfen werden darf, die die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit wesentlich erschweren oder gar praktisch unmöglich machen würden“.*¹²²

Wenn die Rede vom dualen System ist, dann ist hiermit die Unterscheidung zwischen gebührenfinanziertem öffentlich-rechtlichen Rundfunk und werbefinanziertem beziehungsweise entgeltlich finanziertem privatrechtlichen Rundfunk gemeint.¹²³ Anders als die öffentlich-rechtlichen Sender erhalten die privatrechtlichen Sender keine Beitragszahlungen durch den Rundfunkbeitrag. Allerdings gewährt der Gesetzgeber im Hinblick auf die Finanzierung durch das

¹¹⁷ Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOKInfoMedienR, GG, Art. 5 Rn. 73.

¹¹⁸ Castendyk/Bötcher, MMR 2008, 13 (17), gehen näher darauf ein, welche Voraussetzungen hieran geknüpft sind.

¹¹⁹ Vgl. hierzu BVerfG, NJW 1995, 184 (1. Ls.) – Honecker; BVerfG, NJW 2008, 977 (978) – Fernsehberichterstattung; vd. Decken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 27; Schmidt, in: ErfK, GG, Art. 5 Rn. 92.

¹²⁰ BGH, GRUR 2004, 877 (879 f.) – Werbeblocker I; BGH, GRUR 2000, 703 (707) – Mattscheibe; vd. Decken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 27, m. w. N.

¹²¹ Ladeur, GRUR 2005, 559 (562).

¹²² BVerfG, MMR 1998, 202 (210) – Kurzberichterstattung im Fernsehen; vgl. auch Holznel, in: Hoeren/Sieber/Holznel, Multimedia-Recht (43. EL 2016), Teil 3 Rundfunk und Telemedien Rn. 153.

¹²³ Vgl. Schmidt, in: ErfK, GG, Art. 5 Rn. 89.

Übertragen von Werbespots diesen mehr Freiheiten als den öffentlich-rechtlichen Anstalten.¹²⁴ Folglich ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Werbefinanzierung als wesentlichen Bestandteil des Rundfunks zumindest billigt oder anerkennt.¹²⁵ Aber auch hier gilt das zur Pressefreiheit Gesagte.¹²⁶ Die Institutsgarantie schützt nicht den Erfolg eines bestimmten Geschäftsmodells, sondern nur die grundsätzliche Möglichkeit des wirtschaftlichen Handelns. Dem BGH ist in seiner Wertung daher zuzustimmen, wenn er ausführt:

„Aus der institutionellen Garantie des Staates für die Freiheit des Rundfunks lässt sich aber ein Anspruch der Fernsehsender auf ungestörte geschäftliche Betätigung nicht herleiten. Der Schutz des Rundfunks als einer meinungsbildenden Institution gebietet grundsätzlich keinen Bestandschutz über die Zuerkennung zivilrechtlicher Ansprüche. Auch Unternehmen des Medienbereichs müssen sich den Herausforderungen des Marktes stellen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von der Kraft der Innovation lebt.“¹²⁷

III. Zwischenergebnis

Insgesamt schützen sowohl die Meinungsfreiheit als auch die Mediengrundrechte Werbung. Während die Meinungsfreiheit in erster Linie den der Werbung anhaftenden Gedankeninhalt schützt, beziehen sich die Mediengrundrechte in Form der Presse- und Rundfunkfreiheit auf die Veröffentlichung und den Vertrieb von Werbeanzeigen als typische Aufgabe ihrer jeweiligen Tätigkeit im Gesamtbild des Meinungsbildungsprozesses. Das Geschäftsmodell der Werbefinanzierung ist allerdings gerade nicht von den Institutsgarantien mitumfasst. Auch Medienunternehmen müssen sich dem freien Markt stellen. Eine Erfolgsgarantie bezüglich eines bestimmten Geschäftsmodells besteht nicht.

C. Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG

Die Medienunternehmen verfolgen mit der Werbefinanzierung im Hinblick auf die Verwertung ihrer redaktionellen Inhalte wirtschaftliche Ziele. Diese unternehmerische Tätigkeit fällt unter den Schutzbereich der Berufsfreiheit.¹²⁸

¹²⁴ Im Gegensatz zum privatrechtlichen Rundfunk wird der öffentliche Rundfunk in seinen Möglichkeiten der Produktplatzierung (s. § 15 Nr. 1 RStV) und der Werbeschaltung nach 20 Uhr (§ 16 Abs. 1 RStV) stärker eingeschränkt.

¹²⁵ Kühling, in: Gersdorf/Paal, BeckOKInfoMedienR, GG, Art. 5 Rn. 79.

¹²⁶ Vgl. oben Teil II Kapitel 4 § 2 B. I.

¹²⁷ BGH, GRUR 2004, 877 (880) – Werblocker I.

¹²⁸ Vgl. BGH, GRUR 2004, 877 (880) – Werblocker.

Art. 12 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat darüber hinaus zum Schutz vor privaten Übergriffen auf die Berufsfreiheit.¹²⁹ Insoweit ist es wichtig, dass Art. 12 GG zwar den unternehmerischen Wettbewerb schützt, jedoch den einzelnen Unternehmer nicht vor Wettbewerb.¹³⁰ So gibt es nach der freiheitlichen Wirtschaftsordnung kein Recht auf den Erhalt des Geschäftsumfangs oder der Sicherung eines bestimmten Geschäftsmodells.¹³¹

D. Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG

Art. 14 Abs. 1 GG schützt das erworbene Eigentum nicht jedoch den Erwerb desjenigen.¹³² Als Eigentum gilt dabei jedes private Vermögensrecht schuldrechtlichen oder dinglichen Charakters,¹³³ worunter auch das Urheberrecht als geistiges Eigentum fällt.¹³⁴ Werbung – unter der Annahme des Vorliegens eines Werkscharakters im Sinne des Urhebergesetzes – kann demnach ebenfalls durch die Eigentumsfreiheit geschützt werden.

Des Weiteren fällt nach überwiegender Ansicht der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs unter Art. 14 GG.¹³⁵ Der Schutzgegenstand ist die betriebliche Substanz des Gewerbebetriebes. Darunter fällt all das, „was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt [...]“.¹³⁶ Die Produkt- oder Absatzwerbung stellt eine wirtschaftliche Tätigkeit der Medien- und Werbeunternehmen dar. Ein Eingriff in die Anzeige von Werbung kann somit möglicherweise eine Behinderung der Erwerbstätigkeit unter dem Gesichtspunkt des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen.

§ 3 Zwischenergebnis

Sowohl die Interessen der werbenden Unternehmen als auch die der Medienunternehmen, welche ihre Plattform zur Werbeschaltung nutzen, sind von den Schutzbereichen der Berufs- und Meinungsfreiheit umfasst. Darüber hinaus wurde festgestellt, dass die Werbefinanzierung als

¹²⁹ *Nolte*, in: Stern/Becker, GG, Art. 12 Rn. 9.

¹³⁰ *Nolte*, in: Stern/Becker, GG, Art. 12 Rn. 39.

¹³¹ BVerfG, Beschl. v. 01.02.1973 – 1 BvR 426/72, Rn. 10, m. w. N., juris; *Nolte* in: Stern/Becker, GG, Art. 12 Rn. 39.

¹³² *Becker*, in: Stern/Becker, GG, Art. 14 Rn. 85; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 14 Rn. 106.

¹³³ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 14 Rn. 14, m. w. N.

¹³⁴ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 14 Rn. 17, m. w. N.

¹³⁵ *Becker*, in: Stern/Becker, GG, Art. 14 Rn. 82 f., m. w. N.; das BVerfG hat diesbezüglich die Anwendbarkeit offengelassen, BVerfG, NJW 1984, 1741 (1744 f.) – Wallraff; BVerfG, NJW 1985, 1385 (1389) – Zahntechniker-Innung.

¹³⁶ BGH, GRUR 1959, 282 (283) – Stromunterbrechung.

Geschäftsmodell in Form von „Aufmerksamkeit gegen Inhalt“ nicht unter der objektiv-rechtlichen Garantie des Instituts der Freien Presse oder des Rundfunks steht.

Kapitel 5 Verfassungsrechtlicher Schutz vor unerwünschter Werbung

§ 1 Schutz des Beworbenen

In Rechtsprechung und Literatur werden unterschiedliche Verfassungsrechte als einschlägig erachtet, wenn es darum geht, den Schutz des Einzelnen vor Werbung einzuordnen. Hierzu zählen neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht die negative Informationsfreiheit und die Eigentumsfreiheit.

A. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG

I. Merkmale des Persönlichkeitsrechts

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist ein von der Rechtsprechung und Literatur anerkanntes Grundrecht, das im Wege der Rechtsfortbildung als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB in das Privatrecht Einzug findet.¹³⁷ Es dient im Sinne des obersten Konstitutionsprinzips – der Würde des Menschen – der Gewährleistung der engeren persönlichen Lebenssphäre und dem Erhalt ihrer Grundbedingungen, „die sich durch die traditionellen konkreten Freiheitsgarantien nicht abschließend erfassen lassen“¹³⁸.

Dogmatisch stützt sich das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG, indem es sich aus den verschiedenen Bestandteilen beider Grundrechte zu einem neuen Recht zusammenfasst.¹³⁹ Art. 2 Abs. 1 GG umfasst das Element der „freien Entfaltung der Persönlichkeit“. Hieraus folgt die grundsätzliche Freiheit, sich aktiv so zu verhalten, wie man möchte. Hierzu zählen mitunter auch banale Tätigkeiten wie das Reiten im Wald¹⁴⁰ oder das Taubenfüttern im Park¹⁴¹. Doch erst in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geht der Schutzbereich über den der aktiven allgemeinen Handlungsfreiheit zu einem passiven „Bestandsschutz“ hinaus. So wird dem Einzelnen ein Recht auf Respektierung der geschützten Persönlichkeitsent-

¹³⁷ Das erste Mal wurde der Schutz der Privat- bzw. Persönlichkeitssphäre 1954 vom BGH aufgeworfen, vgl. BGH, GRUR 1955, 197 – Leserbrief; darauffolgend BGH, NJW 1957, 1146 – Krankenpapiere; BGH, GRUR 1958, 408 – Herrenreiter; vgl. hierzu auch *Münch*, Der Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen in den neuen Medien, S. 32–33.

¹³⁸ BVerfG, NJW 1980, 2070 (2070) – Eppler.

¹³⁹ BGH, GRUR 1955, 197 (1. Ls.) – Leserbrief; BVerfG, NJW 1973, 1226 – Lebach; zu der heutzutage anerkannten dogmatischen Herleitung vgl. *Baston-Vogt*, Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 13, m. w. N.

¹⁴⁰ BVerfG, NJW 1989, 2525 – Reiten im Wald.

¹⁴¹ BVerfG, NJW 1980, 2572 – Taubenfüttern.

faltung beigemessen. Jedem Menschen muss demnach ein autonomer „Innenbereich“ verbleiben, in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und in dem er ein Recht auf Einsamkeit genießt.¹⁴² Das allgemeine Persönlichkeitsrecht hält somit eine aktive und passive Komponente zum Schutz des Einzelnen bereit. Eine aktiv selbstbestimmte Freiheit zu handeln und eine passive Komponente auf Respektierung des geschützten Innenbereichs durch die der Grundrechtsträger den Schutz seiner Privatheit wahren kann.¹⁴³

Hieran anknüpfend ist auch die Art und Weise wie in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird in zwei Kategorien einzuteilen. Einerseits wird das Herausdringen von Informationen geschützt, die das Persönlichkeitsrecht berühren, andererseits aber auch das Eindringen von Informationen in den Kreis des geschützten Bereichs der Persönlichkeit. Das Herausdringen von Informationen ist üblicherweise bei massenmedialen Persönlichkeitsverletzungen durch falsche Berichterstattung einschlägig¹⁴⁴ und damit für diese Arbeit irrelevant. Der Fokus liegt vielmehr auf dem passiven Schutzbereich und dem Eindringen von Informationen – hier kommerzieller Werbenachrichten.¹⁴⁵

II. Abgrenzung des zivil- und verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts

Das zivil- und öffentlich-rechtliche Persönlichkeitsrecht sind nicht identisch.¹⁴⁶ Das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht hat jedoch zum Ziel, die Grundsätze der Verfassung in das Zivilrecht zu transportieren¹⁴⁷, sodass zum generellen Verständnis innerhalb dieser Arbeit sowohl auf die Rechtsprechung des BVerfG als auch die des BGH eingegangen wird.¹⁴⁸

¹⁴² BVerfG, NJW 1969, 1707 (1707), m. w. N. – Mikrozensus; vgl. *Martini*, JA 2009, 839 (839).

¹⁴³ BVerfG, NJW 1980, 2070 (2071) – Eppler; hierzu ausführlich *Martini*, JA 2009, 839 ff., m. w. N.

¹⁴⁴ So bei BVerfG, NJW 2008, 39 – Esra; BGH, GRUR 2007, 527 – Winterurlaub; BGH, WRP 2009, 738 – Christiansen.

¹⁴⁵ Diese Erkenntnisse beziehen sich auf die Fallgruppe der „Garantie der Privatsphäre“. Neben dieser bestehen weitere Gruppen wie: Das „Recht am eigenen Bild“, das „Recht am gesprochenen Wort“ und die „Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme“, s. auch *Horn*, in: Stern/Becker, GG, Art. 2 Rn. 34–38, m. w. N.

¹⁴⁶ *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 4, m. w. N. und Gegenstimmen.

¹⁴⁷ *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 4.

¹⁴⁸ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 19, 83 f.; zu den Unterschieden zwischen den verfassungsrechtlichen und zivilgerichtlichen Ansätzen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht, s. *Baston-Vogt*, Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 25; zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht allgemein s. auch *Kube*, in: Isensee/Kirchhof, HdBStR, Band VII, § 148; *Hager*, in: Staudinger, BGB, C. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. C 4 ff.

III. Persönlichkeitsrechtlicher Schutzbereich

Nach der Rechtsprechung des BGH ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht das Recht des Einzelnen auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit.¹⁴⁹ Dieser abstrakte Schutzbereich lässt dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht eine lückenschließende Gewährleistung zukommen, die dort relevant wird, wo die gesellschaftlichen oder technischen Entwicklungen neue Gefährdungen für den Einzelnen bedeuten können.¹⁵⁰ Der Versuch einer abschließenden, subsumtionsfähigen Definition des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gelingt deshalb nicht. Eine solche könnte der Eigenart der Persönlichkeit und ihrer Stellung in der Verfassung auch nicht gerecht werden.¹⁵¹ Aus diesem Grund ist das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht als Rahmenrecht einzuordnen, bei dem sich Erfolgs- und Handlungsunrecht untrennbar miteinander vermengen.¹⁵² Dies bedeutet, dass die Rechtswidrigkeit nicht bereits durch den Eingriff indiziert ist. Stattdessen ist der Schutzbereich durch eine Interessenabwägung „zu konturieren“ und „für den Einzelfall zu konkretisieren“.¹⁵³ Erst bei einer Betrachtung des Einzelfalls unter sorgfältiger Würdigung und Abwägung aller jeweils relevanten Umstände kann eine Persönlichkeitsverletzung beim Überwiegen des Schutzinteresses des Geschädigten gegenüber den Belangen des Schädigenden bejaht werden.¹⁵⁴

Das Ausmaß und die Konturenlosigkeit des Schutzbereichs machen es schwierig, allgemeingültige Wertungen zum Schutz vor Werbung zu treffen. Um den Schutzbereich deshalb ansatzweise für die vorliegende Arbeit zu umreißen, ist auf zwei Systematisierungsvarianten aus der Rechtsprechung einzugehen und wie diese in der Vergangenheit im Hinblick auf Werbung angewandt wurden.

¹⁴⁹ BGH, GRUR 1955, 197 – Leserbrief; BGH, NJW 1957, 1146 – Krankenpapiere; BGH, GRUR 1958, 615 – Tonbandaufnahmen.

¹⁵⁰ BVerfG, NJW 1980, 2070 (2070 f.) – Eppler.

¹⁵¹ BGH, NJW 2010, 2728; *Rixecker*, in: MüKoBGB, nach § 12, Rn. 12; *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 148, m. w. N.

¹⁵² *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 364; *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 11; *Rixecker*, in: MüKoBGB, nach § 12, Rn. 12.

¹⁵³ *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 364, m. w. N.

¹⁵⁴ *Wagner*, in: MüKoBGB, § 823 Rn. 364, m. w. N.

1. Strukturierung des Persönlichkeitsrechts anhand von Fallgruppen

Die Rechtsprechung hat das Persönlichkeitsrecht in der Vergangenheit mehreren Fallgruppen zugeordnet.¹⁵⁵ Zum Schutz vor Werbung ist das Recht, in Ruhe gelassen zu werden¹⁵⁶ zusammen mit dem personalen Selbstbestimmungsrecht¹⁵⁷ und die Unzulässigkeit von Werbung aufgrund ihrer Wirkintensität anerkannt.¹⁵⁸

a) Recht in Ruhe gelassen zu werden i. V. m. der personalen Selbstbestimmung

Nach Ansicht der Rechtsprechung folge aus dem Recht, in Ruhe gelassen zu werden ein Schutzbereich privater Lebensgestaltung, der dem Betroffenen das Recht zubillige, zu bestimmen, mit wem und in welchem Umfang er Kontakt haben möchte.¹⁵⁹ Das Eindringen Dritter in diesen geschützten Bereich sei aus rechtlicher Sicht zunächst neutral zu werten.¹⁶⁰ Denn es gehöre zur Freiheit kommunikativen Verhaltens innerhalb einer marktwirtschaftlichen Ordnung, mit Werbung konfrontiert zu werden. In der schlichten – als solchen nicht ehrverletzenden – Kontaktaufnahme sei regelmäßig nur dann ein Anspruch auf Ruhe gegeben, wenn gegen den eindeutig erklärten Willen des Betroffenen geworben werde.¹⁶¹ Das Recht in Ruhe gelassen zu werden, ist folglich erst im Zusammenspiel mit dem personalen Selbstbestimmungsrecht als wirksamer Schutz zu verstehen.

Die Rechtsprechung und Literatur sehen das personale Selbstbestimmungsrecht als die Befugnis des Einzelnen, sich in seinem Lebensbereich vor einer Konfrontation mit der Suggestivkraft von Werbung zu schützen.¹⁶² Hiernach müsse dem Einzelnen zur Umsetzung seiner personalen Selbstbestimmung die Möglichkeit gewährt werden, seinen Willen gegenüber Werbetreibenden äußern zu können.¹⁶³ Das personale Selbstbestimmungsrecht ist damit gleichzusetzen mit der

¹⁵⁵ S. hierfür BVerfG, NJW 1980, 2070 (2070 f.) – Eppler.

¹⁵⁶ BGH, BeckRS 2011, 04947, Rn. 8.

¹⁵⁷ Vgl. BGH, NJW 1989, 902 (903) – Handzettel-Wurfsendung; BGH, NJW 2011, 1005 (1006 f.); BGH, WRP 2016, 493 (494) – No-Reply-E-Mails; *Klass* in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 216; *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1339).

¹⁵⁸ *Prütting*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, § 12 Rn. 48; *Klass* in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 216 – 218b; teilweise werden in der Literatur noch weitere Fallgruppen genannt, die sich insoweit allerdings mit den hier genannten Fallgruppen überschneiden.

¹⁵⁹ BGH, BeckRS 2011, 04947, Rn. 8.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu BGH, WRP 1989, 308 – Handzettel-Wurfsendung; BGH, NJW 1973, 1119 – Briefwerbung; BGH, NJW 1994, 1071 – Lexikothek; *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Rn. 122.

¹⁶¹ BGH, NJW 2011, 1005 (1006); BGH, WRP 2016, 493 – No-Reply-E-Mails; vgl. *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Rn. 123; *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, C. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. C 232.

¹⁶² BGH, WRP 1989, 308 – Handzettel-Wurfsendung; *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Rn. 123; a. A. hins. Briefkastenwerbung *Weise*, GRUR 1989, 653, der den Abwehranspruch auf das Eigentumsrecht stützt.

¹⁶³ BGH, NJW 1973, 1119 (1120) – Briefwerbung; BGH, WRP 1989, 308 (309) – Handzettel-Wurfsendung; BGH, WRP 2016, 493 (494) – No-Reply-E-Mails; OLG Frankfurt, NJW 1996, 934; *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht Rn. 123; a. A. nach *Weise*, GRUR 1989, 653 (656) könne der

Möglichkeit, seinen Willen nach außen hin kundzutun, aber auch erwarten zu dürfen, dass dieser durch andere Beachtung findet.

b) Schutzanspruch vor Werbung wegen ihrer Art und Intensität

Teilweise wird auch vertreten, dass eine Persönlichkeitsverletzung auch ohne eine vorherige Willenskundgabe angenommen werden könne. Dies sei der Fall, wenn Werbebotschaften aufgrund ihrer Art und Intensität bereits von vornherein als persönlichkeitsverletzend beurteilt werden müssten. In der Vergangenheit wurde dies bei Werbeformen bejaht, bei denen der Beworbene die Nachricht auf ihren Inhalt hin überprüfen muss. Begründet wurde dies damit, dass der werbende Charakter der Information nicht bereits im Voraus zu erkennen sei und der Beworbene so den Inhalt unweigerlich zur Kenntnis zu nehmen habe.¹⁶⁴ Dieser Mangel an Offenkundigkeit des Werbemotivs, der dazu führe, dass eine vorherige oder generelle Kundgabe gegenüber dem werbenden Dritten nicht möglich sei, lasse die Werbebotschaft für sich genommen als rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung wirken, ohne dass ein erklärter Wille hinzutreten müsse.¹⁶⁵ Dies gelte insbesondere dann, wenn der Adressat einer Art räumlichen oder emotionalen Zwangslage ausgesetzt sei.¹⁶⁶ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Werbende sich einer Kommunikationsvorrichtung des Werbeadressaten bediene, die ihm die Möglichkeit

Wille einer Person kein selbständiges Schutzgut im Zivilrecht sein und die bloße Missachtung einer Willenserklärung auch nicht per se als Persönlichkeitsverletzung angesehen werden. Ein Schutz des Willens bestehe nur hinsichtlich bestimmter Rechte und Rechtsgüter oder gegen bestimmte Handlungen. Die Ansicht schlussfolgert deshalb, dass es aufgrund der Vielfalt an getätigten Willensäußerungen zu Abwägungsbeliebigkeiten in der Rechtsprechung kommen würde, die eine erhebliche Beeinträchtigung der Rechtssicherheit zur Folge hätten. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die befürchtete Rechtsunsicherheit ist insoweit unbegründet, da der BGH (BGH, WRP 1989, 308 (309) – Handzettel-Wurfsendung) deutlich herausstellt, dass zumindest der Bereich der Privatsphäre zu den Bereichen gehört, in denen der Wille des Beworbenen sich gegen den des Werbenden durchsetzt. Folglich schützt der BGH gerade nicht den Willen prinzipiell oder pauschal, sondern knüpft den Schutz, wie vom Autor gefordert, an bestimmte Voraussetzungen. Ebenfalls die Ansicht ablehnend: *Baston-Vogt*, Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 466.

¹⁶⁴ KG Berlin, WRP 2015, 1534, auf dem Briefumschlag selbst waren weitere Hinweise angebracht: „Vertraulicher Inhalt“, „Nur vom Empfänger persönlich zu öffnen“ sowie „Express Eilige Terminalsache“; OLG Bamberg, MMR 2006, 481(481); LG Berlin, GRUR-RR 2011, 332 – Interstitials; *Krüger-Nieland*, GRUR 1974, 561 (562); *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7, Rn. 111.

¹⁶⁵ BGH, GRUR 1970, 523 (524) – Telefonwerbung I.

¹⁶⁶ Vgl. BGH, GRUR 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit I; BGH, GRUR 1970, 523 (524) – Telefonwerbung I; BGH, NJW 1975, 689 – Werbung am Unfallort I; BGH, NJW 1975, 691 – Werbung am Unfallort II; BGH, NJW 1980, 1690 – Werbung am Unfallort III; BGH, GRUR 2000, 235 – Werbung am Unfallort IV; BGH, GRUR 1971, 317 (318) – Grabsteinwerbungen II, so auch der Besuch von Vertretern, die jene mit dem Tod verbundene emotionale Gefühlslage zum Verkauf von Grabsteinen ausnutzen; LG Berlin, GRUR-RR 2011, 332 – Interstitials.

gebe, zu entscheiden, zu welchem Zeitpunkt der Beworbene die Werbung entgegennehme. Darüber hinaus könne es auch eine Rolle spielen, ob mit der Werbeform ein zwischenmenschlicher Kontakt einhergehe, der aus Höflichkeitsgründen ungerne abgelehnt werde.¹⁶⁷

2. Strukturierung des Schutzbereichs durch die Sphärentheorie

Abschließend ist noch auf Möglichkeit der Strukturierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch die Unterteilung in sogenannte Sphären einzugehen.¹⁶⁸ Die Sphärentheorie basiert auf der Annahme, dass die menschliche Persönlichkeit sich in verschiedene Lebensbereiche unterteilt. Von einer absolut geschützten Kernsphäre, die den Innenbereich der Persönlichkeit umfasse, seien konzentrisch weitere Sphären von der Intims- über die Privats- bis hin zu der Öffentlichkeitosphäre gelagert. Je weiter sich die Sphären vom Kernbereich der innersten Persönlichkeit entfernen, desto geringer sei die Schutzbedürftigkeit der Persönlichkeit in die Abwägung miteinzubeziehen.¹⁶⁹ Entsprechend der jeweils betroffenen Sphäre ist daher auch der Schutz vor Werbung entweder stärker oder schwächer innerhalb der bisherigen gerichtlichen Abwägung gewichtet worden.¹⁷⁰

3. Stellungnahme zur Strukturierung des Schutzbereichs

Der Dissens und die unterschiedliche Herangehensweise wie das Persönlichkeitsrecht im Hinblick auf Werbung herangezogen wird, ist für das Ziel, ein allgemeingültiges Wertungssystem aufzustellen, das bestimmt, ob Werbung persönlichkeitsverletzend ist, nicht hilfreich.

Den Ergebnissen, die aufgrund der bisherigen Strukturierungsmethoden erreicht werden, kann zwar zumeist zugestimmt werden; die Vielzahl an unterschiedlichen Herleitungen ist jedoch intransparent und wenig nachvollziehbar. Die herangezogene Trichotomie aus Fallgruppen, Sphären und Belästigungsintensität ist im Hinblick auf manche Werbeformen diffus. So greift

¹⁶⁷ Veranschaulicht anhand von Telefonwerbung: Der Angerufene kann nur entscheiden das Telefonat zu dem vom Werbenden bestimmten Zeitpunkt entgegenzunehmen oder auf die möglicherweise wichtige Information zu verzichten, BGH, GRUR 1970, 523 (524) – Telefonwerbung I; BGH, GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II; BGH, GRUR 1990, 280 (281) – Telefonwerbung III; *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 43.

¹⁶⁸ So u. a. bei: BVerfG, BeckRS 9998, 109621 – Scheidungsakte; BVerfG, NJW 1972, 1123 (1124) – Ärztekartei; BVerfG, BeckRS 1977, 105993 – Sexualkundeunterricht; BVerfG, NJW 1993, 1517 – Transsexueller; BGH, WRP 2016, 493 – No-Reply-E-Mails; BGH, WRP 1989, 308 – Handzettel-Wurfsendung; BGH, NJW 1973, 1119 – Briefwerbung; kritisch, da die einzelnen Sphären sich nur schwer voneinander abgrenzen lassen: *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Rn. 12; *Wöfl*, NVwZ 2002, 49 (50 f.); *Degenhart*, JuS 1992, 361 (364); *Martini*, JA 2009, 839 (844 f.); *Baston-Vogt*, Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 193, 203.

¹⁶⁹ *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Rn. 12; *Härting*, in: Härting, Internetrecht, A. Persönlichkeitsrechte, Rn. 32 ff.; *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 183 f.

¹⁷⁰ Vgl. nachfolgende Rechtsprechung, die sich mit jeweils unterschiedlichen Eingriffsbereichen beschäftigt: BGH, GRUR 1971, 317 (318) – Grabsteinwerbungen II; BGH, NJW 1992, 1958 (1959) – Briefkastenwerbung; BGH, GRUR 1965, 315 (317) – Werbewagen; OLG Hamm, GRUR 1991, 229 (229) – Scheibenwischerwerbung.

das Recht, in Ruhe gelassen zu werden beispielsweise nur im privaten Bereich des Einzelnen ein und auch nur dann, wenn es in Verbindung mit dem personalen Selbstbestimmungsrecht steht. Sachverhalten, die sich innerhalb der Öffentlichkeit abspielen oder den Konsum medialer Inhalte betreffen, kann mit diesem Konstrukt nur mit Anstrengung gerecht werden. Aus diesem Grund soll hier diese Dreiteilung zu einem alleinigen Zuordnungssystem optimiert werden. Hierdurch sollen genauere Aussagen zur Reichweite des Schutzbereiches getroffen werden können.

Dazu bedient sich diese Arbeit der Sphärentheorie in Verbindung mit dem personalen Selbstbestimmungsrecht. Jede Sphäre steht dabei für eine unterschiedliche Gewichtung des personalen Selbstbestimmungsrechts mit den Interessen des Werbenden innerhalb der Interessenabwägung.

Das personale Selbstbestimmungsrecht ist gerade deshalb von Bedeutung, da es, wie der Arbeitstitel offenlegt, um die Unerwünschtheit der Werbung geht und somit die selbstbestimmte Entscheidung über den Erhalt von Werbung eine wesentliche Rolle einnimmt. Des Weiteren spricht für die Sphärentheorie die Möglichkeit, zu berücksichtigen, dass innerhalb einer freien demokratischen Marktordnung nicht grundsätzlich jede Werbung unzulässig ist. Die Sphären erlauben es, den unterschiedlichen Lebenssachverhalten, in denen Werbung wirken kann, auch einen jeweils anderen Schutzrahmen zu geben. Gerade im Hinblick darauf, dass Werbemaßnahmen den Einzelnen sowohl in der Abgeschiedenheit seiner privaten Räume als auch in der Öffentlichkeit erreichen und die gleiche Werbung im öffentlichen Raum eine erheblich andere Wirkung im Privatbereich haben kann, sorgt diese Herangehensweise dafür, dass die Interessen der Werbenden wie Beworbenen situationsabhängig in Relation zueinander gesetzt werden.

IV. Sphärentheorie i. V. m. dem personalen Selbstbestimmungsrecht

Auch wenn die Sphärentheorie vorwiegend Anwendung findet, um die Zulässigkeit des Herausdringens von Informationen aus dem persönlichen in den öffentlichen Bereich zu bestimmen¹⁷¹, kann dieser Ansatz auch für die persönlichkeitsrechtlichen Sachverhalte Anwendung finden, in denen es um das Eindringen von Informationen – insbesondere dem Aufdrängen von Werbung – geht. Die Vorgehensweise ist dabei keine andere als beim Schutz vor dem Herausdringen von Informationen, sodass im Vordergrund die Zuordnung der Werbebotschaft zu dem öffentlichen, dem privaten oder dem intimen Sphärenbereich steht. So kann die Sphärentheorie zusammen mit dem personalen Selbstbestimmungsrecht als stufenweise Einschränkung des

¹⁷¹ Vgl. nur BGH, GRUR 2009, 86 – Ernst August von Hannover.

Persönlichkeitsrechts herangezogen werden. Zunächst ist näher auf die Sphären und dem damit verbundenen Gewicht des Selbstbestimmungsrechts einzugehen.

1. Ubiquität des geschützten Bereichs und Sphärentheorie als Einordnungshilfe

Unter Anwendung der Sphärentheorie ist der geschützte Bereich des Einzelnen nicht auf einen bestimmten Ort oder eine bestimmte Zeit beschränkt, denn das Operieren mit quasi-räumlichen Grenzziehungen überzeugt nicht in einer Zeit, in der private und öffentliche Angelegenheiten sich auf den unkörperlichen digitalen Raum ausgeweitet haben.¹⁷² Örtliche und zeitliche Kriterien können jedoch als Anhaltspunkte für die Beurteilung des konkreten Einzelfalls dienen.

Zunächst ist daher von einer Omnipräsenz des Persönlichkeitsrechts auszugehen. Diese Allgegenwärtigkeit hat zur Folge, dass grundsätzlich jede Werbemaßnahme einen Eingriff in den „geschützten Bereich“ darstellt. Als Rahmenrecht ist jedoch erst im konkreten Einzelfall innerhalb der Rechtswidrigkeitsprüfung zu untersuchen, ob das personale Selbstbestimmungsrecht in einer Weise betroffen ist, in der eine rechtswidrige Verletzung bejaht werden muss.¹⁷³ Dies ist immer dann der Fall, wenn das Werbeinteresse der Wirtschaft dem Interesse des Einzelnen von der Suggestivkraft der Werbung verschont zu bleiben unterliegt.¹⁷⁴ Im Fortgang ist – anknüpfend an bereits oben gemachte Ausführungen – näher auf die einzelnen Sphären einzugehen.

2. Intimsphäre

Die Intimsphäre des Menschen ist aufgrund der Nähe zur Menschenwürde unantastbar. Ein Eingriff ist unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu rechtfertigen.¹⁷⁵

Ein Eingriff in die Intimsphäre liegt vor, wenn der zugrundeliegende Sachverhalt inhaltlich einen höchstpersönlichen Charakter hat.¹⁷⁶ Beim Herausdringen von Informationen wurde dies beispielweise für das Anfertigen intimer Fotografien angenommen.¹⁷⁷ Wenn es jedoch um das Eindringen in die Intimsphäre geht, sind Praxisfälle schwer vorstellbar. Ein solcher Eingriff ist denkbar, wenn der Werbende derart in den Rückzugsort des Individuums eindringt, dass er

¹⁷² Auch *Ladueur*, Ökonomie der Aufmerksamkeit, S. 89.

¹⁷³ *Bamberger*, in: BeckOKBGB, § 12 Rn. 259.

¹⁷⁴ BGH, WRP 1989, 308 (310) – Handzettel-Wurfsendung, zumindest für den Bereich der Privatsphäre setzt sich der Wille von einer Konfrontation der Suggestion verschont zu bleiben gegenüber den Werbeinteressen des Werbenden durch.

¹⁷⁵ BGH, NJW 1981, 1366 – Wallraff II; BGH, NJW 2012, 767 – Pornodarsteller; *Härtling*, in: Härtling, Internetrecht, A. Persönlichkeitsrechte Rn. 36; vgl. auch *Mann*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 823 BGB Rn. 37, der auch zulässige Eingriffe in die Intimsphäre für möglich hält.

¹⁷⁶ In der Rechtsprechung wurde ein Eindringen in die Intimsphäre bei dem Vertreterbesuch von Grabsteinverkäufern nach dem Tod eines Nahestehenden bejaht, BGH, GRUR 1971, 317 – Grabsteinwerbungen II.

¹⁷⁷ BGH, NJW 2016, 1094 (1095) – Intime Aufnahmen.

diesen ohne dessen Bewusstsein oder ohne Gebrauch eines durch den Beworbenen vorgehaltenen Empfangsgeräts der Suggestion aussetzt. Hierunter kann die subliminale Beeinflussung sowie die unterschwellige Werbung als beispielhafter Eingriff gesehen werden. So muss der Kernbereich der Persönlichkeit dann als verletzt gelten, wenn zielgerichtet, unter Außerachtlassung der werberechtlichen Kennzeichnungspflichten, am Bewusstsein vorbei, Einfluss auf die Persönlichkeit des Werbeadressaten genommen wird. Im Hinblick auf das personale Selbstbestimmungsrecht bedeutet dies, dass der Werbende beim Einsatz unterschwelliger Werbung nicht nur gegen den vermuteten Willen des Werbeadressaten wirbt, sondern eine Willensbildung bei jenem erst gar nicht ermöglicht, da dieser sich keiner Werbung ausgesetzt sieht.

Im Hinblick auf die personale Selbstbestimmung greift bei der Intimsphäre von vornherein die Vermutungsregel, dass der Betroffene nicht mit Werbung belästigt werden möchte. Eine Missachtung stellt stets eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung dar.

3. Privatsphäre

Der absolute Schutz der Intimsphäre gilt nicht für alle persönlichkeitsrechtlichen Belange. Eingriffe in die Privatsphäre beurteilen sich grundsätzlich innerhalb einer Interessenabwägung.¹⁷⁸ Hier ist sodann allerdings zu berücksichtigen, dass die Privatsphäre noch der inneren Sphäre des Kernbereichs der Persönlichkeit zuzuordnen ist und somit kein Bezug zur Öffentlichkeit besteht. Der Einzelne muss daher in diesem persönlichen Rückzugsbereich, den er als seinen Bereich privater Lebensgestaltung erklärt hat, grundsätzlich erwarten dürfen, dass er keinen Werbenachrichten ausgesetzt wird, solange er nichts anderes erklärt. Ein Eingriff in diesen Bereich ist daher grundsätzlich rechtfertigungsbedürftig.¹⁷⁹ Im Hinblick auf sein personales Selbstbestimmungsrecht wird folglich vermutet, dass der Einzelne kein Interesse an Werbebotschaften hat.

Die Privatsphäre beschränkt sich dabei nicht allein auf den häuslichen Bereich. Stattdessen wird auf einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung abgestellt, in dem der Mensch seine Individualität entwickeln und wahren kann – der sogenannte Innenbereich oder Innenraum der Persönlichkeitsentfaltung.¹⁸⁰ Solche Orte können vorliegen, wenn für Dritte begründeter Maßen erkennbar ist, dass jemand für sich alleine bleiben möchte.¹⁸¹ Auch bestimmte Kommunikationsgeräte sind dem geschützten Privatbereich zuzuordnen. Insbesondere technische Geräte,

¹⁷⁸ BVerfG, NJW 1973, 1226 (1228) – Lebach; BVerfG, BeckRS 9998, 109621 – Scheidungsakten; BGH, NJW 1992, 1958 (1959) – Briefkastenwerbung.

¹⁷⁹ *Gomille*, GRUR 2017, 241 (244).

¹⁸⁰ BVerfG, GRUR 2000, 446 (449) – Caroline von Monaco II; BVerfG, NJW 1990, 563 (564); BGH, NJW 1983, 1569 (1570).

¹⁸¹ Vgl. BVerfG, GRUR 2000, 446 (450) – Caroline von Monaco II.

die nur zur privaten Kommunikation angeschafft wurden und nur solchen Personen die Kontaktaufnahme ermöglichen sollen, bei denen nach allgemeiner Anschauung ein anerkanntes Bedürfnis für die Benutzung des Geräts zum Zwecke der Ansprache des Anschlussinhabers besteht, sind Teil der Privatsphäre.¹⁸²

4. Öffentlichkeitssphäre

Was nicht von der inneren Sphäre, das heißt der Intim- oder Privatsphäre erfasst wird, spielt sich in der Sozial- bzw. Öffentlichkeitssphäre¹⁸³ ab. Die Öffentlichkeitssphäre umfasst die persönliche Entfaltung, die sich von vornherein im Wirken und Ansehen des Einzelnen in der Gesellschaft ausdrückt.¹⁸⁴ Die Interessen der Allgemeinheit an einer Teilhabe am gemeinschaftlichen Kommunikationsprozess treten hier gegenüber der personalen Selbstbestimmung stärker in den Vordergrund, als es bei den anderen Sphären der Fall ist. Gerade wegen des unmittelbaren Kontakts mit der Außenwelt ist der Grad der Selbstbestimmung im Vergleich zu den der Öffentlichkeit abgewandten Sphären deutlich niedriger zu gewichten.

Eine solche Abstufung des Persönlichkeitsschutzes findet bereits in anderen Gesetzen statt. So sieht § 23 Abs. 1 KUG eine Ausnahme von der grundsätzlichen Einwilligungsbedürftigkeit des Verbreitens von Bildnissen anderer Leute im Sinne des § 22 KUG vor, wenn die Person nur als „Beiwerk“ neben einer Landschaft erscheint oder wenn sie als Teil einer Gruppe abgelichtet wurde. Die Intention des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, das Informationsinteresse der Allgemeinheit sowie die Pressefreiheit hinreichend zu berücksichtigen.¹⁸⁵ Dieser Wertung entsprechend muss auch derjenige, der die Öffentlichkeitssphäre aufsucht, die für eine demokratische und offene Gesellschaft typischen kommerziellen Kommunikationsvorgänge persönlichkeitsrechtlich hinnehmen. Allerdings muss auch im Hinblick da-

¹⁸² Vgl. BGH, GRUR 1970, 523 (524) – Telefonwerbung; *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 219 f; *Gomille*, GRUR 2017, 241 (243 f.); 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), Erwägungsgrund 24.

¹⁸³ Die begriffliche Zuordnung wird in Rechtsprechung und Literatur immer wieder undeutlich vorgenommen. Verwendet werden Sozialsphäre, Öffentlichkeitssphäre aber auch Individualsphäre. Zumeist geht hiermit kein anderer Schutzbereich einher. *Grabenwarter* verknüpft mit der Öffentlichkeitssphäre und der Sozialsphäre zwei verschiedene Bereiche. So betreffe die Sozialsphäre Vorgänge, die zwar in der Öffentlichkeit wahrnehmbar stattfinden, aber nicht primär an die Öffentlichkeit gerichtet sind. Die Öffentlichkeitssphäre betreffe hingegen solche Belange, die generell für die Öffentlichkeit bestimmt sind, vgl. *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Rn. 215.

¹⁸⁴ BGH, MMR 2012, 256 (Rn. 16), m. w. N. – Online-Berichterstattung; *Brink*, in: BeckOKDatenSR, BDSG, Rn. 26 – 30; *Härting*, in: Härting, Internetrecht, A. Persönlichkeitsrechte Rn. 47; *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1, 2 Rn. 215; *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 185.

¹⁸⁵ Vgl. BGH, WRP 2007, 644 (645).

rauf, dass der Mensch als soziales Wesen gelegentlich die Öffentlichkeit aufsuchen muss, zumindest ein gewisser Rahmen gegeben sein, indem er nicht jeglicher Form des Werbens ausgesetzt ist. Grundsätzlich gilt jedoch, dass das personale Selbstbestimmungsrecht gegenüber dem kommunikativen Interesse der Öffentlichkeit einen geringeren Stellenwert hat¹⁸⁶ und Beeinträchtigungen eher als sozialadäquat zu bewerten sind.¹⁸⁷

Das personale Selbstbestimmungsrecht beschränkt sich in der Öffentlichkeit folglich auf das erforderliche Mindestmaß. Während dem Betroffenen im Privatbereich ein Ausweichen unzumutbar ist, da er sich diesen Ort berechtigterweise als Rückzugsort ersucht hat, berühren Informationen, denen innerhalb des öffentlichen Bereichs ausgewichen werden kann, die Selbstbestimmung über den persönlichen Bereich nicht, solange zumindest ein Ausweichen zumutbar und möglich ist.¹⁸⁸ In anderen Worten lässt der öffentliche Bereich das personale Selbstbestimmungsrecht nur noch dann wirken, wenn Zwang und daraus resultierend keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten vor der Rezeptionswirkung bestehen. Die Anforderungen, die an die Schwelle einer zumutbaren Ausweichmöglichkeit gestellt werden können, sind dabei jedoch nicht hochzulegen. Es genügt insoweit, wenn es dem Beworbenen möglich ist, wegzuschauen oder durch eine einfache Geste einem Gespräch mit dem Werbenden auszuweichen.¹⁸⁹

5. Sphärentheorie als Bewertungsinstrument innerhalb der Abwägung

Der Vorteil der Sphärentheorie i. V. m. der personalen Selbstbestimmung liegt in der zunächst einfachen Handhabung. So lässt sich jeglicher kommunikative Eingriff auch einer Sphäre zuweisen und damit verbunden, dem Betroffenen ein der Situation entsprechendes angemessenes Selbstbestimmungsrecht zuteilen.¹⁹⁰ Nichtsdestotrotz hat die Theorie zur Folge, dass aufgrund des Abstellens auf die Sphären Rechtsunsicherheit entsteht, da die Abgrenzung der einzelnen Sphären im konkreten Fall aufgrund der mangelnden Trennschärfe schwierig ist.¹⁹¹ Dies ist jedoch ein hinnehmbarer Nachteil. Eine gewisse Trennschärfe ist bei Sachverhalten, die sich über die gesamte Bandbreite des gesellschaftlichen Lebens erstrecken, unabdingbar. Die oben aufgeführten Sphären und deren Bedeutung für das personale Selbstbestimmungsrecht sind folglich das im weiteren Gang zu bevorzugende Bewertungsinstrument, da bestimmt werden

¹⁸⁶ Ähnlich BGH, NJW 2012, 767 (Rn. 13 ff.) – Pornodarsteller.

¹⁸⁷ Vgl. *Baston-Vogt*, Persönlichkeitsrecht, S. 162, Kriterien für das Vorliegen einer solchen sozialadäquaten Beeinträchtigung: Geringfügigkeit, Häufigkeit, Üblichkeit, Unvermeidbarkeit und soziale Akzeptanz des Eingriffs.

¹⁸⁸ Vgl. BGH, GRUR 1975, 502 (503) – Pornoschriften; BGH, GRUR 1965, 315 (317) – Werbewagen; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 71.

¹⁸⁹ Vgl. *Rixecker*, in: *MüKoBGB*, § 12 Anh. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 126; hierauf stellen auch *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1341 f.) ab, wenn auch im Zusammenhang mit der negativen Informationsfreiheit.

¹⁹⁰ Vgl. *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 187.

¹⁹¹ Vgl. die Beispiele bei *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 187 ff.

kann, ob das Persönlichkeitsrecht in Form der personalen Selbstbestimmung gegenüber dem Werbeinteresse der Wirtschaft innerhalb einer Abwägung überwiegt.

V. Unternehmenspersönlichkeitsrecht

Das Unternehmenspersönlichkeitsrecht ist ein bisher dogmatisch beschränkt erfasstes Grundrecht. In der Vergangenheit wurde es vermehrt Gegenstand rechtlicher Diskussionen im Zusammenhang mit kritischen Äußerungen gegenüber Wirtschaftsunternehmen.¹⁹² Das Unternehmerpersönlichkeitsrecht reiht sich dabei in die Riege der Unternehmensinteressen schützenden Normen des Wettbewerbsrechts, des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ein. Anders als das UWG, welches ein Wettbewerbsverhältnis verlangt und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, welches einen betriebsbezogenen Eingriff voraussetzt, ist das Unternehmenspersönlichkeitsrecht in seinem Anwendungsbereich offener gestaltet und insbesondere für nichtwirtschaftliche Verbände interessant.¹⁹³

Für das Arbeitsthema ist das Unternehmerpersönlichkeitsrecht nicht relevant. Seine Anwendung ist sogar ausgeschlossen.¹⁹⁴ Denn Unternehmen haftet eine Menschenwürde ähnliche Eigenschaft im Sinne des Art. 1 Abs. 1 GG nicht an, sodass auch ein Eingriff in die Persönlichkeitssphären nicht möglich ist.¹⁹⁵ Letztlich sieht die Rechtsprechung den Schutzbereich des Grundrechts in der Gewährleistung eines sozialen Geltungsanspruchs von Kapitalgesellschaften als Wirtschaftsunternehmen.¹⁹⁶ Dieser soziale Geltungsanspruch beschränkt sich dabei zumeist auf die äußerungsrechtliche Ebene. Das bedeutet, dass Eingriffe durch die Zusendung von Werbung, welche üblicherweise eine gegen den Willen des Empfängers zugestellte Information darstellen, nicht erfasst sind. Stattdessen sind Unternehmen hier auf die Berufsfreiheit sowie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu verweisen.

B. Negative Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GG

Der Informationsfreiheit kommt im demokratischen Verfassungssystem ein essentieller Stellenwert zu. Sie ist keine Folge, sondern bildet vielmehr die Grundlage für die Freiheiten, die

¹⁹² Vgl. BGH, Urt. v. 16.01.2018 – VI ZR 498/16; BGH, Urt. v. 11.03.2008 – VI ZR 7/07, juris – Gen-Milch; BGH, Urt. v. 08.07.1980 – VI ZR 177/78.

¹⁹³ *Koreng*, GRUR 2010, 1065 (1066 ff.).

¹⁹⁴ Zu den Ausschlusskriterien einer Anwendbarkeit: BVerfG, NJW 1997, 1841.

¹⁹⁵ Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 16.12.2008 – 7 U 49/08, Rn. 53, 61, juris; das BVerfG hat offen gelassen, ob es das Unternehmerpersönlichkeitsrecht anerkennt, NJW 1997, 1841; DStR 1994, 1275; generell kritisch *Koreng*, GRUR 2010, 1065 (1069): So könne einem Unternehmen von vornherein kein Persönlichkeitsrecht zukommen. Ein Unternehmen „hat keine Ehre, die gekränkt sein könnte, kein Selbstbild, welches man durch eine Beleidigung verletzen könnte.“

¹⁹⁶ BGH, GRUR 2017, 918 (921) m. w. N.

aus den Meinungs- und Medienfreiheiten resultieren.¹⁹⁷ Trotzdem spielt sie in der Rechtspraxis bisher eine eher untergeordnete Rolle. Dies tut sie aber möglicherweise zu Unrecht, denn gerade im Hinblick auf die zukünftig immer stärker steigende Flut an Informationen ist es von Bedeutung, zu prüfen, inwieweit jeder Einzelne der Informationsflut Herr werden kann. Ob die negative Informationsfreiheit insoweit einen weitergehenden Beitrag leistet, als es das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner bisherigen Form tut, ist allerdings fraglich.

I. Existenz und Reichweite der negativen Informationsfreiheit

Grundsätzlich ist die Existenz von Grundrechten in ihrer negativen Form anerkannt.¹⁹⁸ Nichts anderes gilt für die Existenz der negativen Informationsfreiheit. Es herrscht allerdings sowohl innerhalb der Rechtsprechung als auch innerhalb der Literatur Dissens in Bezug auf die Reichweite des Schutzbereichs dieses Rechts.

1. Zur Existenz der negativen Informationsfreiheit

Die früheste Erwähnung fand die negative Informationsfreiheit in einem Zeitschriftenartikel im Jahre 1963.¹⁹⁹ Dort wurde erstmalig versucht, das „Recht, nicht zuhören zu müssen“, herzuleiten. Über die Zeit haben sich unterschiedliche Ansichten zur Existenz der negativen Informationsfreiheit entwickelt. Einige führen an, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 GG gewähre bereits ausreichend Rechtsschutz, was Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG in seiner negativen Form überflüssig mache.²⁰⁰ Auch nach historischer Auslegung spreche die Entstehungsgeschichte des Grundrechts der Informationsfreiheit gegen die Existenz einer negativen Informationsfreiheit. So habe der Parlamentarische Rat das Grundrecht damals ohne negative Schutzrichtung verabschieden wollen.²⁰¹ Hiergegen spricht sich jedoch die überwiegende Meinung aus. Die Annahme einer negativen Form der Freiheitsgrundrechte sei grundsätzlich zu bejahen. Folglich müsse auch die negative Informationsfreiheit hiervon gedeckt sein.²⁰²

¹⁹⁷ *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 101.

¹⁹⁸ Vgl. zur Berufsfreiheit BVerfG, NJW 1982, 323 (323); zur negativen Koalitionsfreiheit: LAG Berlin-Brandenburg, BeckRS 2016, 70880 (Rn. 121); *Linsenmaier*, in: ErfK, GG, Art. 9 Rn. 32; zur negativen Meinungsfreiheit: BVerfG, BVerfG, NJW 1984, 419 (421) – Volkszählungsurteil; *Schmidt*, in: ErfK, GG, Art. 5 Rn. 8.

¹⁹⁹ *Götzfried*, NJW 1963, 1961.

²⁰⁰ *Hellermann*, Negative Seite der Freiheitsrechte, S. 183, 249, m. w. N.; ebenfalls kritisch zur Existenz: *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Art. 5 Abs. 1 Rn. 84.

²⁰¹ *Hellermann*, Negative Seite der Freiheitsrechte, S. 160.

²⁰² KG Berlin, Urt. v. 22.10.1999 – 5 U 5806/99, Rn. 10, juris; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086 f.); LG München I, BeckRS 2015, 09562; LG Kiel, MMR 2000, 704; LG Berlin, MMR 2000, 704; zur positiven Informationsfreiheit s. die Leitentscheidung BVerfG, NJW 1970, 235 – Leipziger Volkszeitung; *vd. Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 13; *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, §13 631.

2. Stellungnahme

Die Existenz einer negativen Informationsfreiheit ist zu bejahen. Nach Auslegung des Schutzbereichs anhand teleologischer Kriterien steht fest, dass Freiheitsgrundrechte, bis sie nicht auch die Freiheit zum Nichtstun, die Freiheit, keine Meinung zu haben, aber auch die Freiheit, sich nicht aus bestimmten Quellen zu informieren, schützen, keine allumfassende Freiheit gewährleisten.²⁰³ Positive und negative Freiheitsrechte ergänzen sich folglich zwangsläufig.

Darüber hinaus lässt auch der Gesetzeswortlaut für die Existenz der negativen Freiheit Raum. So ist zwar der negative Kern nicht ausdrücklich erwähnt, doch kann aus der Formulierung „sich unterrichten“ herausgelesen werden, dass es dem Grundrechtsträger möglich sein muss, für sich eine Auswahl der zu rezipierenden Informationen zu treffen und somit auch Informationen als unerwünscht für seine Informationsauswahl zu klassifizieren.²⁰⁴

3. Reichweite des Schutzbereichs

Nicht nur hinsichtlich der Existenz einer negativen Informationsfreiheit herrscht Uneinigkeit, sondern auch im Hinblick auf die Reichweite des Schutzbereichs eines solchen Grundrechts. Auch hier hat sich ein heterogenes Meinungsbild entwickelt. Während einige Stimmen die negative Informationsfreiheit nur zur Abwehr staatlicher Informationsbeschränkungen heranziehen, wollen andere den Schutzbereich auf die Abwehr von Informationszwängen ausweiten, wobei einige davon ausgehen, dass die Abwehr sich hier auch auf unerwünschte Werbung erstrecken müsse.²⁰⁵

Die rechtliche Untersuchung widmet sich den Argumenten letzterer Ansicht, da dieser Schutzbereich insoweit für das Arbeitsthema in Abgrenzung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht relevant ist.

a) Negative Informationsfreiheit zum Schutz vor Werbung in der Rechtsprechung

Inwieweit das Grundrecht der negativen Informationsfreiheit einen Schutz gegen die Aufnahme von Werbebotschaften schafft, ist mangels weniger und unspezifischer Ausführungen in der

²⁰³ Köppen, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, S. 131; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337 (1340).

²⁰⁴ Vgl. Köppen, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, S. 131; Fechner, in: Stern, Becker, GG, Art. 5 Rn. 113; Schemmer, in: BeckOKGG, Art. 5 Rn. 30; Schmidt, in: ErfK, GG, Art. 5 Rn. 14; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 25.

²⁰⁵ Vgl. KG Berlin, Urt. v. 22.10.1999 – 5 U 5806/99, Rn. 10, juris; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086 f.); LG Berlin, MMR 2000, 704 (704); LG München I, BeckRS 2015, 09562; Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 57a, 59, 59a; vd. Decken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 13; Fenchel, Negative Informationsfreiheit, S. 70 ff.; Degenhart, in: BK-GG, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 310; Stern, StaatsR IV/1 § 108 II 4, S. 1417 f.; Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher, § 13 Rn. 631; Jutzi, NVwZ 2008, 603 (604); Wendt, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 26; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 5 Rn. 21; Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337; Lempe, Konflikt zwischen Werbeblockern und Werbefinanzierung elektronischer Medien, S. 229 – 231, m. w. N.

Rechtsprechung nicht hinreichend geklärt. Das AG Kiel²⁰⁶ setzte sich innerhalb der Entscheidungsgründe mit der negativen Informationsfreiheit in Bezug auf Werbung auseinander. Der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt handelt vom Schutz vor der Zusendung einer E-Mail, bei der es sich nach Ansicht des Klägers um Werbung handelte. Der Kläger verlangte unter Berufung auf seine negative Informationsfreiheit das Unterlassen des zukünftigen E-Mail-Versands von der Beklagten. Im Ergebnis widersprach das Gericht dem Antrag, da es in der E-Mail keine Werbung, sondern vielmehr ein Kaufangebot sah. Nichtsdestotrotz macht das Amtsgericht Ausführungen zur negativen Informationsfreiheit und deren Rolle in Bezug zum Schutz vor unerwünschter Werbung. Das Gericht führte aus, eine grundrechtlich verbürgte negative Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG als in den Privatrechtsverkehr einstrahlendes Recht, in Ruhe gelassen zu werden, sei nicht anzuerkennen. Die negative Informationsfreiheit umfasse vielmehr lediglich das Recht, sich aufgedrängten Informationen zu verschließen. Insbesondere indem ein bestimmtes Kommunikationsangebot bewusst als wertlos durch den Rezipienten verstanden werden darf und so als folgenlos für eine mit dem Informieren verbundene Auseinandersetzung sei. Die negative Informationsfreiheit umfasse gerade nicht den Schutz, von jedem Kommunikationsangebot verschont zu werden. Es könne nach Ansicht des Gerichts nicht sein, dass bereits jede unerwünschte Kommunikation immer schon einen unerlaubten Eingriff darstelle, da ein solcher Grundrechtsschutz zu weit gehe.²⁰⁷

Die Argumentation des AG Kiel ist insoweit unschlüssig, da verkannt wird, dass ein Eingriff in den Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit als sonstigem Recht²⁰⁸ nicht gleich auch eine unerlaubte Handlung darstellen muss.²⁰⁹ So ergibt sich diese erst nach erfolgter Abwägung der betroffenen Belange innerhalb der Rechtswidrigkeitsprüfung.

Das LG Kiel vertrat hingegen die Ansicht, dass die negative Informationsfreiheit als das Recht, in Ruhe gelassen zu werden, anzusehen sei.²¹⁰ Weiter erläuterte es, dass die negative Informationsfreiheit entwickelt worden sei, um als Abwehranspruch gegen die gezwungene Inanspruchnahme des Bürgers durch den Staat zu dienen. Wort, Schrift und Ton staatlichen Ursprungs sollten nicht ohne den Willen des Bürgers zur Kenntnis genommen werden müssen.

²⁰⁶ AG Kiel, MMR 2000, 51 (53).

²⁰⁷ AG Kiel, MMR 2000, 51 (53).

²⁰⁸ Vgl. *Sprau*, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 19; *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 113; *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998 1337 (1341); *Neuner*, ZfpW 2015, 257 (259).

²⁰⁹ *Kühling* in: BeckOKInfoMedienR, GG, Art. 5, Rn. 44.

²¹⁰ Diese Begrifflichkeit wird in der Literatur und Rspr. eher dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zugesprochen und nicht der negativen Informationsfreiheit, vgl. z. B. BGH, WRP 2016, 493 (494), m. w. N. – No-Reply-E-Mails; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 2 Rn. 26; LG Kiel, MMR 2000, 704 (706).

Nach Ansicht des Landgerichts sei es daher bereits zweifelhaft, ob die negative Informationsfreiheit aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte überhaupt zwischen Privaten über die mittelbare Drittwirkung gelten solle.²¹¹

Das OLG Köln²¹² führte aus, dass der Nutzer eines Internet-Werbeblockers durch seine negative Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in der Verwendung des Programms geschützt sei und Werbung daher auch dann nicht rezipiert werden müsse, wenn sie der Finanzierung wichtiger Informationsmedien diene. Sofern es technisch möglich sei, die Daten mit Werbeinhalten durch Maßnahmen im Empfangsbereich des Nutzers gar nicht erst entgegenzunehmen, dürfe der Nutzer sich gestützt auf seine negative Informationsfreiheit unter anderem auch mittels Werbeblockern aktiv gegen Werbung wehren.

b) Negative Informationsfreiheit zum Schutz vor Werbung in der Literatur

Köhler beschreibt die negative Informationsfreiheit als Freiheit, sich einer bestimmten Meinungsäußerung oder Information zu verschließen.²¹³ So sei ein Verstoß gegeben, sobald Werbung den Umworbenen zur Kenntnisnahme faktisch zwingt.²¹⁴ *Fikentscher* und *Möllers*²¹⁵ sehen dies ähnlich. Die negative Informationsfreiheit stehe für einen generellen Schutzanspruch vor aufgedrängter Werbung. Sie betonen dabei vor allem solche Fälle, in denen es darum geht, nicht „zuhören“ oder nicht „hinsehen“ zu müssen.²¹⁶ Andere Stimmen folgern aus dem Umkehrschluss zur positiven Informationsfreiheit, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten, dass die negative Informationsfreiheit das Recht sei, Schutz vor Informationszumutungen aus allgemein zugänglichen Quellen zu erlangen.²¹⁷

Als Befürworter des generellen Schutzanspruchs vor aufgedrängten Informationen und insbesondere Werbung stehen *Fikentscher* und *Möllers* mit dem wohl weitesten Schutzbereich allen voran. Deren Ausarbeitung soll aufgrund ihrer Detailliertheit als Grundlage weiterer Erkenntnisse dienen.

²¹¹ LG Kiel, MMR 2000, 704 (706).

²¹² OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086 f.).

²¹³ *Köhler*, in: FS Koppensteiner, S. 438 f.

²¹⁴ *Köhler*, in: FS Koppensteiner, S. 438 f.

²¹⁵ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337.

²¹⁶ Zum Meinungsstand s. *Fenchel*, Negative Informationsfreiheit, S. 70 ff.

²¹⁷ *Fenchel*, Negative Informationsfreiheit, S. 83.

II. Herleitung des Schutzanspruches der negativen Informationsfreiheit

Zur Herleitung der negativen Informationsfreiheit ziehen *Fikentscher* und *Möllers* die US-Rechtsprechung des Supreme Courts heran. Ihre Erwägungen stützen sie hauptsächlich auf das Rechtskonstrukt der „captive audience doctrine“.²¹⁸

1. Ausfüllung des Schutzbereichs durch die Rechtsprechung in den USA

a) Entwicklung und Einordnung

Der Supreme Court hatte in der Vergangenheit mehrmals über den Umgang mit dem Schutz vor unerwünschten Informationen zu entscheiden. Als Folge dessen wurde die captive audience doctrine²¹⁹ entwickelt. Die captive audience doctrine bzw. die Doktrin über die gefangene Zielgruppe, fußt auf der Begründung, dass die Kommunikationsfreiheit auch die Freiheit zu denken einschlieÙe, welche durch das Oktroyieren unerwünschter Informationen beeinträchtigt werde.²²⁰ Ist jemand als captive audience einzustufen, gehe hiermit ein Schutzanspruch einher, der dem Adressaten das Recht zuspreche, unerwünschte Informationen nicht rezipieren zu müssen, sodass derjenige, von dem die Information ausgeht, die Störung einzustellen habe.²²¹ Dies sei dann der Fall, wenn die Information derart aufgedrängt sei, dass ein Ausweichen dem Betroffenen nicht mehr zumutbar wäre, wie dies beispielsweise bei Lautsprecherwerbung in öffentlichen Verkehrsmitteln oder bei anderweitigen äußeren Einflüssen visueller, optischer oder haptischer Art gegeben sei.²²² Nutzer öffentlicher Verkehrsmittel würden auch dann eine gefangene Zielgruppe darstellen, wenn sie zuvor freiwillig in die Verkehrsmittel eingestiegen seien, denn dies geschehe nur unter dem faktischen Zwang auf die Beförderungsleistung angewiesen zu sein.²²³

In der deutschen Literatur wurde daraufhin der Versuch unternommen, sich diese Doktrin zu Nutze zu machen, indem die aufgestellten Grundsätze auf das deutsche Recht übertragen wurden. Unter dem Oberbegriff „negative Informationsfreiheit als Grenze akustischer und optischer Werbung“ werden Fallbeispiele wie „Wohnung und Arbeitsplatz“, „Angewiesenheit auf

²¹⁸ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1339), in Anlehnung an die US-amerikanische Rechtsprechung des Supreme Court.

²¹⁹ Vgl. *Rowan v. Post Office Dept.*, Supreme Court, 397 U.S. 728 (1970); *Lehman v. City of Shaker Heights*, Supreme Court, 418 U.S. 298 (1974).

²²⁰ *Bahlmann*, Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Kontrolle unverlangt zugesandter Emailwerbung, S. 5 m. N. a. *Lehman v. City of Shaker Heights*, Supreme Court, 418 U.S. 298, 41 L Ed 2d 770 (1974).

²²¹ *Lehman v. City of Shaker Heights*, Supreme Court, 418 U.S. 298 (1974).

²²² Vgl. *Lehman v. City of Shaker Heights*, Supreme Court, 418 U.S. 298 (1974); *Erznoznik v. City of Jacksonville*, Supreme Court, 422 US 205 (209), 45 L Ed 2 d 125, 131 (1975); vgl. die Beispiele bei *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1337).

²²³ Vgl. *Public Utilities Commission of Columbia v. Pollak*, Supreme Court, 343 US 451, 96 L Ed 1068 (1952).

bestimmte Leistungen“ und „Bereiche mit Erholungsfunktion“ mit Hilfe der captive audience doctrine und der negativen Informationsfreiheit erörtert.²²⁴

b) Zwei-Stufen-Prüfung

Ausgehend von der captive audience doctrine nehmen *Fikentscher* und *Möllers* zwei Prüfschritte für die weitere Prüfung vor: Einerseits müsse die „Ausweichbarkeit“ und andererseits die „Zumutbarkeit“ der Information geprüft werden.²²⁵

Das Kriterium der Ausweichbarkeit diene der Frage, ob sich der Betroffene der aufgedrängten Information objektiv entziehen könne, das heißt, ob überhaupt eine Situation der Unausweichbarkeit vorliege. Auf der zweiten Stufe sei dann zu prüfen, inwiefern die Zumutbarkeitsschwelle der Unausweichbarkeit aus objektiver Sicht überschritten sei.²²⁶

Der akustischen Information komme dabei ein besonders aufdringlicher Charakter zu, weil das „Überhören“ oder das absichtliche „Weghören“ bereits aus Wahrnehmungsgründen nur schwer gelinge. Hingegen stelle optische Werbung einen weniger einschneidenden Eingriff gegenüber dem Adressaten dar, da es leichter falle, wegzusehen als wegzuhören.²²⁷

Die Autoren wollen diese Abwägung im deutschen Recht innerhalb der Rechtswidrigkeitsprüfung des § 823 Abs. 1 BGB vornehmen. Innerhalb der Abwägung zwischen dem Werbeinteresse und dem Interesse, keine Informationen zu erlangen, sei dann sowohl Zeit, Ort, Art der Übermittlung sowie Dauer und Häufigkeit der Information zu beachten.²²⁸ Hieraus folgern die Autoren beispielweise, dass bei der Beschallung des häuslichen oder geschäftlichen Bereichs durch Straßenmusikanten eine gefangene Zuhörerschaft vorliege und die Zwei-Stufen-Prüfung unter bestimmten Bedingungen gegen das Recht der Musikanten und für die negative Informationsfreiheit ausfallen könne.

Neben Eingriffen in den häuslichen oder geschäftlichen Bereich könne eine rechtswidrige Beeinträchtigung auch dann gegeben sein, wenn eine sogenannte „Angewiesenheit auf bestimmte Leistungen“ gegeben sei.²²⁹ So sei beispielsweise sowohl der Student in der Bibliothek als auch der Patient beim Arzt auf die konkrete Leistung angewiesen, sodass er zumindest ein Recht darauf habe, dem Aufoktroieren besonders aufdringlicher auditiver Wahrnehmungen nicht

²²⁴ Vgl. *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1341 f.).

²²⁵ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1341).

²²⁶ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1341), Die Prüfung richte sich insgesamt nach einem objektiven Maßstab, sodass subjektive Empfindsamkeiten bei der Beurteilung der Zumutbarkeit keine Rolle spielen würden.

²²⁷ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1341).

²²⁸ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1341); *Köppen*, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, S. 132.

²²⁹ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342).

ausgesetzt zu sein.²³⁰ Im öffentlichen Bereich müssten jedoch Einschränkungen gemacht werden. So finde das Recht, nicht zuhören zu müssen, dort seine Grenze, wo das Recht, zu informieren, sich durchsetze. Dies sei dann der Fall, wenn der Adressat in zumutbarer Weise ausweichen könne oder er im Hinblick auf die Umgebung, in die er freiwillig eintrat, mit ortsüblicher, sachzugehöriger und nicht etwa wahllos verbreiteter Werbung rechnen müsse.²³¹

2. Stellungnahme zur Anwendung der captive audience doctrine

Fikentscher und *Möllers* stellen insgesamt interessante Erwägungen auf, die einen Ansatz bieten, die dogmatischen Lücken zu schließen, welche die Zivilgerichte bei der Heranziehung der negativen Informationsfreiheit nicht in der erforderlichen Ausführlichkeit zu behandeln vermögen.²³² Für die Anwendung der captive audience doctrine spricht auch die systematische Nähe zur grundrechtlichen Meinungsfreiheit. So stellt die Doktrin Grundsätze zum 1. Zusatzartikel der amerikanischen Verfassung auf, der mit Art. 5 des deutschen Grundgesetzes zu vergleichen ist. Im US-amerikanischen Recht unterfällt die Doktrin dogmatisch dem „right of privacy“.²³³ Hierzu gehören als weitere Untergruppen das „right not to listen“²³⁴ und das „right to be let alone“²³⁵, was ebenfalls eine systematische Nähe zum Schutz vor Werbung nahelegt. Gegen die Heranziehung der Doktrin spricht jedoch möglicherweise, dass die negative Informationsfreiheit mit einem derart ausgedehnten Anwendungsbereich nicht mehr vom derzeitigen Wortlaut der deutschen Verfassung gedeckt ist.

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob tatsächlich eine Notwendigkeit für die Heranziehung einer US-amerikanischen Rechtsprechung zur Lösung hiesiger Fallkonstellationen besteht. Dabei fällt auf, dass die von den Autoren genannten Fallbeispiele möglicherweise auch über die Persönlichkeitsebene mit Hilfe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gelöst werden können.

a) Untersuchung der aufgestellten Thesen

Fikentscher und *Möllers* nennen drei Fälle, in denen das Persönlichkeitsrecht keinen hinreichenden Schutz im Hinblick auf belästigende Werbung bieten soll. Diese Schutzlücken sind

²³⁰ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342).

²³¹ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342).

²³² Vgl. nur OLG Köln, Urt. v. 24.06.2016 – I-6 U 149/15, Rn. 60, juris; LG München I, Urt. v. 27.05.2015 – 37 O 11673/14; KG Berlin, Urt. v. 22.10.1999 – 5 U 5806/99, Rn. 10.

²³³ *Public Utilities Commission v. Pollak*, Supreme Court, 343 US 451, 468, 469, 96 L Ed 1068, 1080 f. (1952); *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1339 f.).

²³⁴ *Kovacs v. Cooper*, Supreme Court, 336 US 77, 93 L Ed 513 (1948).

²³⁵ *Rowan v. United States Post Office*, Supreme Court, 397 US 728 (736), 25 L Ed 736, 742 ff. (1970).

der wesentliche Grund für die Ausweitung des Schutzbereichs der negativen Informationsfreiheit, da der über das Persönlichkeitsrecht abgeleitete Schutzanspruch nach Ansicht der Autoren vehemente Schutzlücken aufweise.²³⁶

a. Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf den geschäftlichen Bereich

Die Autoren wollen der negativen Informationsfreiheit den Vorzug gegenüber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gewähren, da diese sich nicht lediglich auf Privatpersonen beschränke, sondern neben diesen auch Geschäftsleute von ihrem persönlichen Anwendungsbereich mitumfasse.²³⁷ Zur Begründung verweist der Aufsatz auf ein BGH-Urteil aus dem Jahre 1991²³⁸, das nach Ansicht der Autoren im Ergebnis die Feststellung treffe, dass ein von unerwünschter Werbung betroffener Geschäftsmann sich nicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen könne. Wörtlich lässt das Gericht jedoch lediglich die für die Belästigung im Individualbereich entwickelten Grundsätze keine Anwendung finden. Wie oben gezeigt²³⁹, erstreckt sich das Persönlichkeitsrecht jedoch auf mehr als nur den Individualbereich. Zwar beruft sich die Rechtsprechung hauptsächlich auf die Privatsphäre, wenn es um den Schutzanspruch vor Werbung geht, jedoch schließt dies nicht zugleich aus, dass Werbung auch innerhalb der Öffentlichkeitosphäre ehrverletzend sein kann. Ganz unabhängig davon wird bereits in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die Privatsphäre als Lebensbereich nicht lediglich den Wohnbereich betreffe, sondern daneben auch den Arbeitsbereich mitumfasse.²⁴⁰ Dem ist, wie bereits oben gezeigt²⁴¹, zuzustimmen. Ein gutes Beispiel hierfür stellt die aktuelle Rechtsprechung dar, die das Persönlichkeitsrecht auch gegenüber Eingriffen des Arbeitgebers betroffen sieht, wenn dieser Mittel zur Videoüberwachung am Arbeitsplatz einsetzt.²⁴² Im Ergebnis besteht hier keine Schutzlücke.

b. Keine Notwendigkeit, zwischen Privat- und Öffentlichkeitsbereich abzugrenzen

Nach Ansicht von *Fikentscher* und *Möllers* folge aus dem engen Schutzrahmen des Persönlichkeitsrechts, dass man jeglichen Informationen innerhalb der Öffentlichkeit gegenüber schutzlos gestellt sei. Die negative Informationsfreiheit unter Anwendung der captive audience doctrine

²³⁶ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1338).

²³⁷ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1340 ff.).

²³⁸ Vgl. BGH, BGH, NJW 1991, 2087 (2088) – Telefonwerbung IV.

²³⁹ Teil II, Kapitel 5, § 1, A. IV. 1.

²⁴⁰ *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 123.

²⁴¹ S. Teil II, Kapitel 5, § 1. A.

²⁴² BAG, Urt. v. 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, Rn. 18; BAG, NZA 2017, 112 (Rn. 23); vgl. auch *Schmidt*, in: ErfK, GG, Art. 2 Rn. 93.

löse dies hingegen, indem nicht an einen geschützten Bereich angeknüpft werde, sondern generell der Schutz vor unerwünschten Informationen im Vordergrund stehe.²⁴³

Auch hier gilt: Das Persönlichkeitsrecht findet nicht nur für einen bestimmten Ort Anwendung, sondern zieht sich durch jegliche Lebenssachverhalte eines jeden Individuums. Zwar ist das personale Selbstbestimmungsrecht nicht stets stärker als das Interesse der Werbewirtschaft zu werten, jedoch kann dies auch nicht Anspruch der negativen Informationsfreiheit sein, da dies die notwendige Freiheit kommunikativen Verkehrs innerhalb der Gesellschaft zerstören würde.²⁴⁴

Der BGH²⁴⁵ stützt diese Ansicht, indem er sich in seiner Entscheidung dahingehend äußerte, dass eine gezielte und individuelle Direktansprache auch an öffentlichen Orten einen belästigenden Eingriff in die Individualsphäre des Umworbenen darstellen könne, wenn weitere Umstände hinzutreten, die eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts verschärfen. Dies kann einerseits erneut der erkennbar geäußerte Wille des Adressaten sein, keine Werbung erhalten zu wollen oder andererseits auch – wie es *Fikentscher* und *Möllers* für Fälle der gefangenen Zielgruppe sehen – externe Umstände, die ein Entkommen vor der Suggestionwirkung aufgrund wirkenden Zwangs nicht ermöglichen.²⁴⁶

Hieraus folgt: Wer auf Verkehrsmittel angewiesen ist, kann in gewissem Umfang, gestützt auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht, Konfrontationsschutz von privaten Verkehrsgesellschaften verlangen. Besteht die Möglichkeit des Wegschauens, so ist eine Interessenabwägung eher zulasten der Beworbenen zu entscheiden. Bei Lautsprecherwerbung hingegen ist ein Weghören aus psychologischen Gründen nur unter erhöhter Anstrengung möglich, sodass ein Konfrontationsschutz in solchen Zwangssituationen eher anzunehmen ist.²⁴⁷ Diese Erwägungen sind unproblematisch auch mit dem Persönlichkeitsrecht anstellbar, sodass auch hier – entgegen der Ansicht der Autoren – nicht auf die negative Informationsfreiheit zurückgegriffen werden muss.

c. Blockade der Kommunikationsmittel

Die Heranziehung der negativen Informationsfreiheit habe nach Ansicht der Autoren zudem den Vorteil, dass der Betroffene nicht nur, wie es in der BGH Rechtsprechung zuvor der Fall gewesen sei, den Zugang zu seinen Kommunikationsmitteln erhalten und verhindern könne,

²⁴³ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342).

²⁴⁴ Vgl. *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 122.

²⁴⁵ BGH, WRP 2005, 485 (487) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

²⁴⁶ BGH, WRP 2005, 485 (486 ff.) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

²⁴⁷ *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 126.

indem ihm gestützt auf sein Eigentums- und Besitzrecht Schutz vor dessen Blockierung zustehe, sondern darüber hinaus auch das Recht hat, sich vor der unerwünschten Information schützen zu können, was seinem eigentlichen Anliegen entspreche.²⁴⁸

Es ist insoweit richtig, dass das Eigentumsrecht ebenfalls herangezogen worden ist, um den Unterlassungsanspruch gegenüber bestimmten Werbeformen zu begründen. Dies waren jedoch hauptsächlich Situationen, in denen sich Werbung an Unternehmen richtete. Der BGH hat insoweit auch nicht das Persönlichkeitsrecht für ausgeschlossen deklariert. Stattdessen wurde lediglich betont, dass, da bestimmte Kommunikationsmittel überwiegend oder ausschließlich dem geschäftlichen Verkehr dienen, dem Schutz der Individualsphäre gegenüber dem Gewinnstreben Dritter sodann auch eine geringere Bedeutung zukommen müsse, sodass eher die Eigentumsfreiheit heranzuziehen sei.²⁴⁹

Nichtsdestotrotz hat der BGH in den von *Fikentscher* und *Möllers* zitierten Entscheidungen auch bei der Beurteilung darauf abgestellt, wie leicht es dem Einzelnen möglich ist, sich der Werbung anhaftenden Suggestivwirkung zu entziehen²⁵⁰. Dies spricht wiederum dafür, dass die Wertungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hier sehr wohl eingeflossen sind. Der Meinung, dass es dem Adressaten hauptsächlich darum ginge, der Kommunikation auszuweichen und es deshalb nicht der Interessenlage entspreche, die Eigentumsfreiheit heranzuziehen, kann auch nicht gefolgt werden. Sowohl dem Eigentümer als auch dem Besitzer der genannten Kommunikationsmittel geht es vielmehr darum, diese auch nutzen zu können und die Entstehung von Kosten durch beispielweise Patronen- oder Papierverbrauch aufgrund unverlangter Kommunikation zu verhindern. Letztlich soll der Gebrauch ihres Eigentums nicht beeinträchtigt werden.

b) Schlussfolgerung zur captive audience doctrine

Die durch die Aussagen der Autoren provozierte Notwendigkeit den Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit mittels der US-amerikanischen Rechtsprechung auszufüllen, erweist sich als überambitioniert. Bereits die generelle Annahme, die Informationsfreiheit sei das Recht, sich aufgedrängten Informationen zu verschließen, nicht hinzuhören, sich nicht zu informieren und in Ruhe gelassen zu werden²⁵¹, überdehnt den Wortlaut des Grundgesetzes in verfassungswidriger Weise. Nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG ist die negative

²⁴⁸ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1340).

²⁴⁹ BGH, NJW 1973, 42 (42) – Telex-Werbung.

²⁵⁰ BGH, NJW 1988, 1670 (1671) – Btx-Werbung.

²⁵¹ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1340).

Informationsfreiheit das „Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.“ Hieraus ergibt sich zugleich, dass auch die negative Informationsfreiheit nicht weitergehen kann, als ihr positiver Kontrapart und sich somit auch auf allgemein zugängliche Quellen beziehen muss. Folglich fallen aus dem Schutzbereich bereits Informationsquellen, die grundsätzlich nicht für die Allgemeinheit bestimmt sind.²⁵² *Fikentscher* und *Möllers* sehen diese Grenze nicht, indem sie den Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit auch auf Formen der Direktwerbung anwenden, die jedoch gerade durch ihre individualisierte Adressierung nicht für die Allgemeinheit bestimmt sind.²⁵³

Auch die vermeintlichen Rechtslücken, welche die Autoren hervortun, sind bereits über die alleinige Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu lösen. Wie oben gezeigt²⁵⁴, kann das Persönlichkeitsrecht im öffentlichen Bereich Anwendung finden und auch Geschäfts- und Privatleuten wird Schutz vor der Suggestivwirkung gewährt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Ansicht von *Fikentscher und Möllers* ersichtlich zu weit geht. Im Anschluss stellt sich jedoch weiterhin die Frage, welche Rechte die negative Informationsfreiheit dem Einzelnen sodann gewähren.

3. Recht auf Nichtwissen in Bezug auf allgemein zugängliche Informationen

a) Negative Informationsfreiheit in Anlehnung an die positive Informationsfreiheit

Ausgehend vom Wortlaut der positiven Informationsfreiheit kann die negative Komponente der Informationsfreiheit nicht dazu führen, dass andere Maßstäbe als beim positiven Konterpart gelten.²⁵⁵ Es existieren zwei wesentliche Entscheidungen des BVerfG, die sich mit dem positiven Rahmen der Informationsfreiheit befassen. So urteilte das BVerfG in der Entscheidung „Parabolantenne I“ und in der Entscheidung „Leipziger Volkszeitung“, dass – in Anlehnung an den Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 GG – jeder grundsätzlich in der Auswahl der Quellen, aus denen er sich unterrichten wolle, frei sei. Dieser Schutz erstreckte sich dabei nicht nur auf ein aktives Handeln zur Informationsverschaffung, sondern umfasse auch die schlichte Entgegennahme von Informationen. Die von dem Grundrecht vorgegebene Freiheit der „Unterrichtung“ umfasse auch die Möglichkeit, unter verschiedenen Quellen auszuwählen und somit zu bestimmen, welche Quellen zur eigenen Meinungsbildung herangezogen werden sollen. Der Schutzbereich sei jedoch ausnahmslos nur dann eröffnet, wenn es sich um allgemein zugängliche Quellen

²⁵² *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 110.

²⁵³ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342 f.).

²⁵⁴ Teil II, Kapitel 5, § 1, A.

²⁵⁵ *Köppen*, Grundrecht der Informationsfreiheit, S. 132.

handele.²⁵⁶ Es ist zudem anerkannt, dass die positive Informationsfreiheit grundsätzlich mittelbare Drittwirkung entfalten kann.²⁵⁷

b) Übertragung auf den Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit

Folglich gilt, dass die Ausstrahlungswirkung der positiven Informationsfreiheit ins Privatrecht auch für die negative Informationsfreiheit gelten muss. Zudem findet auch die negative Informationsfreiheit nur auf Informationen Anwendung, die aus allgemein zugänglichen Quellen stammen.

Als Quelle gelten alle Träger von Informationen.²⁵⁸ Eine Quelle ist dann als „allgemein zugänglich“ zu bewerten, wenn es sich um solche Informationsquellen handelt, die technisch geeignet und bestimmt sind, der Allgemeinheit, also einem individuell nicht bestimmbareren Personenkreis, Informationen zu verschaffen.²⁵⁹ Beispielhaft für allgemein zugängliche Informationsquellen sind die Massenkommunikationsmittel Presse, Rundfunk, Film sowie öffentlich zugängliche Internetseiten.²⁶⁰ Nicht allgemein zugänglich sind hingegen alle Informationen, die nur an Einzelne adressiert sind.²⁶¹ Folglich fallen E-Mail-, Brief- und Telefonwerbung, als Formen des Direktkontakts und der Individualwerbung, nicht unter den Anwendungsbereich der negativen Informationsfreiheit.

Fraglich ist allerdings, wie die negative Form des „sich Unterrichtens“ verstanden werden kann. Wie zur positiven Informationsfreiheit bereits festgestellt, ist „unterrichten“ so auszulegen, dass hiermit die Freiheit gemeint ist, aus unterschiedlichen Quellen zur eigenen Informationsbeschaffung und nachfolgenden Meinungsbildung auszuwählen. Spiegelbildlich kann die negative Informationsfreiheit daher nur das Interesse schützen, sich sachlich nicht informieren zu müssen, indem Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen ignoriert werden dürfen. Als Folge hieraus hat die Information keinen Wert für den stattfindenden Prozess der beabsichtigten Meinungsbildung. Den Grundrechtsträgern soll daher ein Recht zustehen, eine Information als wertlos zu klassifizieren und ein bestimmtes Kommunikationsangebot grundlos nicht wahrzunehmen.²⁶²

²⁵⁶ BVerfG, NJW 1994, 1147 (1147) – Parabolantenne I; BVerfG, NJW 1970, 235 (236 f.) – Leipziger Volkszeitung.

²⁵⁷ Vgl. BGH, NJW 1994, 1147 – Parabolantenne I; BGH, NJW 2010, 438.

²⁵⁸ *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 54; *Antoni*, in: Hömig/Wolff, GG, Art. 5 Rn. 10; *Schemmer*, in: BeckOKGG, Art. 5 Rn. 25 ff.

²⁵⁹ BVerfG, NJW 1970, 235 (236 f.) – Leipziger Volkszeitung; *vd. Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 13.

²⁶⁰ BVerfG, NJW 1994, 1147 (1147) – Parabolantenne I; s. zum Internet: *Bethge*, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 54.

²⁶¹ *Wendt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 5 Rn. 25, m. w. N.

²⁶² Ähnlich AG Kiel, MMR 2000, 51 (53 f.).

c) Verhältnis der negativen Informationsfreiheit zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht
Nachdem ein eigener Ansatz zur Existenz und der Reichweite des Schutzbereichs der negativen Informationsfreiheit erarbeitet wurde, stellt sich abschließend noch die Frage, in welchem Verhältnis dieses Recht zu dem oben dargestellten allgemeinen Persönlichkeitsrecht steht.

Der Wille des Grundrechtsträgers als solcher ist sowohl hinsichtlich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als auch der negativen Informationsfreiheit die tragende Grundsäule. Ob es die gegen den Willen stattfindende Belästigung durch aufgedrängte Informationen ist oder ob der Grundrechtsträger sich im Rahmen seiner Informationsbeschaffung bestimmter Quellen nicht bedienen will, setzt stets voraus, dass zuvor überhaupt ein Wille gebildet wurde. Aus diesem Grund gestaltet sich die Abgrenzung der sich tangierenden Schutzbereiche schwierig. Es stellt sich letztlich die Frage, ob eine negative Informationsfreiheit zum Schutz vor Werbung notwendig ist.

Hierzu bedarf es einer Abgrenzung. Um diese zu ermöglichen, ist vorerst darauf abzustellen, an welchen Punkten die Informationsfreiheit vom Persönlichkeitsrecht divergiert. Wie oben festgestellt, beschränkt sich die negative Informationsfreiheit nur auf allgemein zugängliche Informationen. Das Persönlichkeitsrecht umfasst hingegen sowohl Informationen aus allgemeinen als auch individuellen Quellen. Die Rechte überschneiden sich folglich, insoweit es sich um Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen handelt, sodass sich auch die nachfolgenden Ausführungen hierauf beschränken.

Diese Arbeit argumentiert, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch für Fragestellungen sachgerechte Lösungen bereithält, die sich mit Werbeformen aus allgemein zugänglichen Quellen beschäftigen. Um dies plakativ darzustellen, sollen im Folgenden anhand des Beispiels eines Anzeigenteils einer abonnierten Zeitschrift als allgemein zugängliche Quelle beide Schutzbereiche, wie sie oben festgelegt wurden, miteinander verglichen werden.

Zeitschriften enthalten neben dem redaktionellen Teil üblicherweise auch verschiedene Werbeformen. Diese dienen dazu, die Zeitschrift gegen ein geringeres Entgelt dem Endkunden als Abonnenten anbieten zu können. Hier stellen sich zwei Fragen im Hinblick auf das Arbeitsthema:

1. Ist der Abonnent durch den Anzeigenteil in seinem Persönlichkeitsrecht oder in seiner negativen Informationsfreiheit rechtswidrig verletzt?
2. Hat der Abonnent, gestützt auf sein Persönlichkeitsrecht oder seine negative Informationsfreiheit, das Recht, die Zeitung durch einen Dritten von der Werbung

zu befreien und falls ja; Würde ein gesetzliches Verbot einer solchen Leistung bereits eine rechtswidrige Rechtsverletzung darstellen?

Zu erstens ist wie folgt auszuführen: Hinsichtlich des Persönlichkeitsrechts steht einem rechtswidrigen Eingriff das Abonnement des Bestellers entgegen. Durch die Bestellung der Zeitschrift oder ihrem Kauf willigt er gleichzeitig konkludent in den Erhalt der Zeitschrift und damit auch in den Empfang der in ihr enthaltenen Informationen ein. Würde er zeitgleich zum Kauf der Zeitschrift erklären, dass er die darin enthaltene Werbung nicht wünsche, würde er sich widersprüchlich Verhalten, mit der Folge, dass das spätere Berufen auf sein Persönlichkeitsrecht missbräuchlich wäre. Zudem hat er sich durch das Abonnement seines geschützten Bereichs begeben. Wie später ausführlicher bei der Einwilligung in die persönlichkeitsrechtliche Verletzung diskutiert wird, kann der Betroffene durch sein Vorverhalten seinen Schutzanspruch konkludent aufgeben.²⁶³ Für die negative Informationsfreiheit gilt nichts anderes. In dem Zeitpunkt, in dem der Rezipient die Zeitschrift freiwillig kauft, gibt er gleichzeitig zu erkennen, dass er sich mit dem Erhalt des gesamten Inhalts einverstanden erklärt. Wichtig ist hier die Betonung darauf, dass das Einverständnis sich nur auf den Erhalt der Information bezieht. Hieraus folgt nicht die Verpflichtung, die Information auch wahrzunehmen. Zu differenzieren ist folglich zwischen Erhalt und aktiver Wahrnehmung, wobei letztere sowohl im Anwendungsbereich des Persönlichkeitsrechts als auch der negativen Informationsfreiheit immer zur Disposition des Grundrechtsträgers stehen muss.²⁶⁴

Zu zweitens: Bei der Frage, ob ein Dritter die Werbung nach Erhalt der Zeitschrift überpinseln oder durch Herausschneiden entfernen darf, ist erneut entscheidend, dass man die Reichweite, der vom Abonnenten durch Kauf erteilten Einwilligung ermittelt. Sowohl die persönlichkeitsrechtliche Einwilligung als auch die Einwilligung im Rahmen der negativen Informationsfreiheit beschränken sich nur auf die Entgegennahme der Information. Es liegt folglich keine Einwilligung insoweit vor, als der Abonnent die Information auch rezipiert beziehungsweise unverändert lässt. Eine solche Erklärung lässt sich dem Kauf nicht entnehmen. Grundsätzlich ist der Weg für eine Modifikation des Anzeigeteils daher frei. Fraglich ist, ob dies sowohl von der negativen Informationsfreiheit als auch dem Persönlichkeitsrecht getragen wird. Der Schutzbereich der negativen Informationsfreiheit umfasst den Wunsch, eine Information nicht wahrnehmen zu müssen, sodass auch die Möglichkeit, einen Dritten zu beauftragen, die Werbung in der

²⁶³ Vgl. hierzu ausführlich Teil III, Kapitel 6, § 3, B.

²⁶⁴ Vgl. *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. 130.

Zeitschrift zu überdecken, grundsätzlich von dem Grundrecht erfasst ist. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann jedoch dasselbe Interesse gewährleisten. Denn so umfasst diese nicht nur den Schutz vor aufgedrängten Informationen, welche hier aufgrund des Abonnements nicht vorliegen, sondern auch die Selbstbestimmung des Einzelnen über seinen persönlichen Bereich. Der Konsum einer abonnierten Zeitschrift fällt hierunter. Die diesbezügliche Selbstbestimmung wäre tangiert, wenn man dem Einzelnen die Möglichkeit verwehren würde, Informationen von anderen Informationen auszusondern und so zu verhindern, Teil seiner Aufmerksamkeit zu werden. Dass ein Dritter dies im Auftrag des Abonnenten durchführt, ändert an dem Verhältnis zwischen dem Zeitschriftenanbieter und dem Abonnenten grundsätzlich nichts. Es tritt lediglich noch das wirtschaftliche Interesse des Dritten hinzu.

Hieraus folgt jedoch nicht, dass ein Gesetz, welches das Entfernen von Werbung aus Zeitschriften verbietet, eine rechtswidrige Verletzung des Persönlichkeitsrechts oder der negativen Informationsfreiheit zur Folge hätte. Denn so wäre ja weiterhin sowohl dem Selbstbestimmungsrecht als auch der negativen Informationsfreiheit dadurch Rechnung getragen, dass die Zeitschrift erst gar nicht erworben werden müsste.

Die eingangs gestellte Frage, ob die negative Informationsfreiheit, wie sie oben erarbeitet und teilweise in Rechtsprechung und Literatur hergeleitet wird, zum Schutz vor Werbung notwendig ist, ist nach Gegenüberstellung beider Schutzbereiche daher negativ zu beantworten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht bietet nicht nur denselben Schutz, sondern gilt darüber hinaus auch für individuelle Kommunikation. Es stellt somit allein bereits eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage für den Schutz vor Werbung dar.

Das Ergebnis, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht zum Schutz vor unerwünschter Werbung das angemessene Grundrecht ist, folgt auch aus einer Betrachtung des historischen Kontextes. Die Informationsfreiheit ist das Ergebnis der Erfahrungen mit den nationalsozialistischen Informationssperren.²⁶⁵ In Verbindung mit der Meinungsfreiheit stellt sie den Grundpfeiler der Meinungsbildung dar. So bedingen sich Meinungsbildungsfreiheit und Informationsfreiheit gegenseitig.²⁶⁶ Der positiven als auch der negativen Informationsfreiheit wohnt folglich vordergründig ein kommunikativer Charakter bei, der nach Ansicht dieser Arbeit gegen die Anwendung des Grundrechts auf unerwünschte Werbung spricht. Es ist unbestritten, dass Werbung im höchsten Maße kommunikativ ist, jedoch nicht so sehr in der Weise, dass sie einen

²⁶⁵ Ausführlich *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 21 ff.; *vd. Decken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, Art. 5 Rn. 12.

²⁶⁶ *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 76.

Mehrwert für die spätere Meinungsfreiheit/-Äußerung bildet, sondern eher auf die Beeinflussung ihrer Adressaten abzielt. Wirtschaftswerbung hat zumeist einen täuschenden Charakter, welcher den Informationsgehalt in den Hintergrund treten lässt. Informationen, wie es der parlamentarische Rat damals bei Begründung des Grundrechts vorgesehen hat, sollen jedoch vielmehr derart geschützt sein, dass der Einzelne die Möglichkeit hat, sich eine eigene Meinung auf Grundlage von zugänglichen Informationen zu bilden²⁶⁷ und nicht bereits durch die agitierende und suggestive Art von Werbung einer vorgebildeten auf wirtschaftlichen Motiven beruhenden Ansicht ausgesetzt zu sein. Diese Form der Beeinflussung und gerade der Schutz vor jener steht dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht näher. Das Persönlichkeitsrecht, das dem Schutz der Würde des Menschen, seiner engeren persönlichen Lebenssphäre und der Erhaltung ihrer Grundbedingungen dient, beschreibt den hier vorliegenden zwischenmenschlichen Kontakt zwischen Werbenden und Beworbenen treffender. Hierfür spricht auch das Vorhandensein des Trennungs- und Kennzeichnungsgebots von Werbung und redaktionellem Inhalt.²⁶⁸ Dieses dient vor allem dem Schutz der Werbeadressaten vor der Irreführung über die Bedeutung des rezipierten Inhalts.²⁶⁹ Dem Adressaten soll eine klare Einordnung des Inhalts ermöglicht werden, sodass er von vornherein mit einer besonderen Skepsis gegenüber werbenden Inhalten steht und nicht von einer objektiven Information ausgeht. Diese Überlegungen stützen den Gedanken, dass gerade die stark suggestive und beeinflussende Wirkung von Werbung auf den Einzelnen den Schutzanspruch ausmachen, aus der sich die im Vordergrund stehende belästigende Wirkung ergibt. Nur hintergründig – im Kontext mit der Meinungsbildung – steht der Wille, Informationen werbender Natur nicht aufzunehmen.

Die Heranziehung einer negativen Informationsfreiheit ist im Ergebnis überflüssig und daher für die nachfolgenden Überlegungen zu vernachlässigen.

C. Eigentumsfreiheit, Art. 14 GG

Der BGH²⁷⁰ nimmt die grundsätzliche Möglichkeit eines Eingriffs in das Eigentums- oder Besitzrecht des Beworbenen an, wenn dessen Empfangsgeräte ihren eigentlichen Zweck, nämlich den Empfang und Versand gewünschter Informationen nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen könnten, da eine Behinderung aufgrund der Übermittlung von Werbeschreiben vorliege. Dies war insbesondere bei solchen Entscheidungen der Fall, in denen es um den Schutz des Einzelnen vor Briefkastenwerbung ging und somit um das Recht zu bestimmen, wie die Gegenstände,

²⁶⁷ Vgl. *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 25 ff.

²⁶⁸ Vgl. bspw. § 7 Abs. 3 RStV, § 6 Abs. 1 TMG.

²⁶⁹ BVerwG, ZUM 2016, 194 (195 f.).

²⁷⁰ Vgl. BGH, NJW 1973, 42 – Telex-Werbung; so auch OLG Stuttgart, WRP 1987, 641 (643).

die der Werbeadressat in Besitz oder in Eigentum hat, durch Dritte verwendet werden dürfen.²⁷¹ Der BGH spricht hier von der „Abwehr einer Beeinträchtigung“ des „gegenständlich-räumlichen Eigenbereiches“ gegen das Aufdrängen von unerwünschtem Werbematerial.²⁷² Dieser Schutz auf ungehinderten Zugang zu den eigenen Kommunikationsmitteln ähnelt dem im Straßenrecht bekannten Rechtsinstitut des Anliegergebrauchs.²⁷³ So gewährt dieser dem Anlieger ein Recht auf ungehinderten Zugang zu seinem Grundstück. Im Hinblick auf den Briefkasten besteht das Recht nicht nur dann, wenn Werbematerialien in einer solchen Menge eingeworfen werden, dass die eigentliche Funktion des Empfangsapparats in Frage gestellt ist. Vielmehr kann sich der Betroffene auch gegen den vereinzelt unerwünschten Einwurf von Werbematerial wehren, schon um der Ausweitung einer derartigen Inanspruchnahme seines Eigentums, die er anders nicht steuern kann, zu begegnen.²⁷⁴

D. Menschenwürde, Art. 1 Abs. 1 GG

Das Grundrecht der Menschenwürde hat im Werbekontext nicht nur dann Bedeutung, wenn mit menschenunwürdigem Inhalt geworben wird²⁷⁵, sondern auch dann, wenn die durch Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Bildung eines eigenen Willens durch eine Werbeanzeige verhindert wird.²⁷⁶ Dies kann dann gegeben sein, wenn subliminale Botschaften, die sich dadurch kennzeichnen, dass sie sich am Bewusstsein vorbei nur an das Unterbewusstsein richten, vom Werbenden eingesetzt werden. Das Ziel dieser unterschweligen Reize besteht darin, unterhalb der Wahrnehmungsschwelle mögliche Abwehrreaktionen des Beworbenen zu verhindern, sodass die Nachricht ohne Umweg über die bewusste Wahrnehmung vom Adressaten aufgenommen und verarbeitet wird.

Das bekannteste Beispiel ist die wohl fiktive „Iss-Popcorn-trink-Cola-Studie“²⁷⁷ aus dem Jahre 1957. Im Rahmen dieser Studie von James Vicary seien während eines Films für Bruchteile von Sekunden (weniger als 3 Millisekunden) Werbebotschaften wie „Trinkt Coca-Cola!“ oder „Esst Popcorn!“ gezeigt worden, woraufhin der Umsatz beider Produkte messbar angestiegen sei.

²⁷¹ BGH, WRP 1989, 308 (309) – Handzettel-Wurfsendung; vgl. hierzu auch *Weise*, GRUR 1989, 653.

²⁷² *Weise*, GRUR 1989, 653 (655).

²⁷³ So der treffende Vergleich von *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1339).

²⁷⁴ Vgl. BGH, WRP 1989, 308 (309) – Handzettel-Wurfsendung.

²⁷⁵ BVerfG, GRUR 2003, 442 – Benetton II; *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rn. 158.

²⁷⁶ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 95 spricht hier von der Steuerungsfähigkeit der geistigen Leistungskraft.

²⁷⁷ Vgl. *Karremans*, et al. (2006), *Journal of Experimental Social Psychology* 42 (6) 792 – 798.

Auf Rechtsprechungsebene befasste sich zuerst das OVG NRW mit menschenwürdeverletzender Werbung.²⁷⁸ Der Kläger erstrebte den Erlass einer Baugenehmigung für Leuchtreklame, welche an einer Eisenbahnbrücke angebracht werden sollte. Die Werbebotschaft war dabei stets sichtbar, wenn man als Autofahrer unterhalb der Eisenbahnbrücke herfuhr. Das OVG führte aus, dass die derart sich in das Blickfeld drängende Werbung so positioniert sei, dass sie nicht zu übersehen sei. Vielmehr sei es den Autofahrern nicht möglich „das Eindringen der Werbeworte [...] in ihr Unterbewusstsein abzuwehren“, sodass eine Baugenehmigung nicht zu erlassen sei. Dieser Ansicht verweigerte sich jedoch das BVerwG²⁷⁹ in zuzustimmender Weise.

Eine derart weite Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG ist weder vom Wortlaut noch vom Schutzzweck der Menschenwürde gewollt. So kann allein aus praktischen Erwägungen ein derart weites Werbeverbot nicht begründet werden. Der Kern von Werbung besteht gerade in einer durch Wiederholung und Auffälligkeit angelegten Erscheinung, den Weg über das Bewusstsein in das Unterbewusstsein zu finden. Allerdings kann der Grundgedanke, dass der Beworbene die Möglichkeit haben muss, die Werbung „abzuwehren“, aufgenommen werden. So besteht die Möglichkeit, dass diese Abwehrmöglichkeit eingeschränkt ist, allerdings erst in dem Zeitpunkt, in dem nur das Unterbewusstsein unter Umgehung des Bewusstseins durch die Werbung angesprochen wird. Denn ist dem Rezipienten überhaupt nicht bewusst, dass er gerade Werbung unterbewusst wahrnimmt, so wird er sich auch nicht dagegen zur Wehr setzen können. Wenn die Suggestivkraft folglich unter Umgehung der Bewusstseinsphäre direkt und ausschließlich das Unterbewusstsein erfasst, kann Art. 1 Abs. 1 GG verletzt sein.²⁸⁰

E. Zusammenfassung zum grundrechtlichen Schutz vor Werbung

Geht es um den Schutz vor unerwünschter Werbung, sind vorrangig das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form der Sphärentheorie in Verbindung mit der personalen Selbstbestimmung von Bedeutung. Insoweit steht die Eigentumsfreiheit dem Persönlichkeitsrecht nach, da diese nur dann herangezogen wird, wenn es um die Blockierung oder den Missbrauch von zur Verfügung gestellten Kommunikationsmitteln geht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht trifft hingegen allgemeine Aussagen über den generellen Schutzanspruch vor Werbung, indem es auf den Willen des Beworbenen abstellt, keine Werbung erhalten zu wollen. Dem Arbeitsthema, das sich

²⁷⁸ OVG NRW, DÖV 1958, 824; aufgehoben durch BVerwG, DÖV 1959, 792.

²⁷⁹ BVerwG, DÖV 1959, 792.

²⁸⁰ Vgl. hierzu *Eichmann*, GRUR 1964, 57 (66 – 67); vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Eingriff in die Intimsphäre Teil I, Kapitel 5, § 1, A. IV. 2.

mit dem Schutz vor „unerwünschter Werbung“ befasst, kommt das Persönlichkeitsrecht somit näher als die Eigentumsfreiheit.

§ 2 Verfassungsrechte des Anbieters von Schutzmaßnahmen gegen Werbung

Das Interesse des Anbieters von Schutzmaßnahmen umfasst neben ideellen Motiven, die nach Art. 2 Abs. 1 GG unter die allgemeine Handlungsfreiheit fallen, auch die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit, soweit eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage verfolgt wird.²⁸¹ Hier kann auf die Ausführungen zu den Medienunternehmen und Werbenden verwiesen werden.

§ 3 Unerwünschte Werbung auf Ebene der Europäischen Grundrechte

A. Grundlagen und Relevanz für das Arbeitsthema

Eine verfassungsrechtliche Untersuchung kann unter Berücksichtigung der heutigen Stellung der Europäischen Union nicht als vollständig gelten, ohne zumindest die Richtungsvorgaben auf primär- und sekundärrechtlicher Ebene seitens des EU-Gesetzgebers in Bezug auf den Interessenkonflikt um das Thema Werbung darzustellen.

Die Charta der Grundrechte der EU spielt eine auf verfassungsrechtlicher Ebene wichtige Rolle. Nicht nur kommt ihr wegen des digitalisierten und globalisierten Marktumfelds der Internet-Werbung eine besondere Relevanz zu, sondern ist sie seit dem Vertrag von Lissabon²⁸² auch Teil des EU-Primärrechts, sodass sie in der Europäischen Union Wirkung entfaltet.²⁸³ Umstritten ist hingegen die Reichweite dieser Wirkung.²⁸⁴ So ist jedoch zumindest von einer mittelbaren Drittwirkung auszugehen, welche die Gerichte zur Beachtung des europäischen Grundrechtskatalogs insbesondere innerhalb der Auslegung von Richtlinien verpflichtet.²⁸⁵ Die in Frage kommenden Interessen können neben der Grundrechtecharta auch mit Hilfe der Europäischen Menschenrechtskonvention eingeordnet werden. Beide Kodifizierungen sollen hier aus Strukturierungsgründen unter einem Punkt geprüft werden, da die Charta inhaltlich auf der Menschenrechtskonvention basiert. So sind gem. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh die Rechte der Charta bezüglich Bedeutung und Tragweite insoweit mit denen der Konvention gleichzusetzen.

²⁸¹ Vgl. LG München I, MMR 2016, 406 (409); *Di Fabio*, MMR-Beilage 2016, 1 (5 f.).

²⁸² S. Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, veröffentlicht im ABl. 2007/C 306/01, zuletzt bekanntgemacht durch Abdruck der konsolidierten Textfassungen im ABl. 2012/C 326/01.

²⁸³ Vgl. auch Art. 6 Abs. 1 EUV.

²⁸⁴ Vgl. Übersicht bei *Augsberg*, in: vd. Groeben/Schwarze/Hatje, Vorb. GrCh, Rn. 16 ff.

²⁸⁵ *Borowsky*, in: Meyer, GrCh, Art 51 Rn. 31.

Die Konvention stellt folglich einen Mindeststandard dar.²⁸⁶ Im Hinblick auf relevante Schutzabweichungen durch die Charta wird sodann darauf eingegangen.

B. Schutz von Werbung auf primärrechtlicher Ebene

I. Freiheit der Meinungsäußerung, Art. 10 EMRK, 11 Abs. 1 EU-GrCh

Sowohl die Europäische Menschenrechtskonvention als auch die Grundrechtecharta schützen das Recht des Einzelnen, eine Meinung zu haben und zu äußern. Hierunter fallen sowohl Tatsachenbehauptungen, Informationen, Konzepte als auch Pläne.²⁸⁷ Die Anwendung von Art. 10 EMRK auf wirtschaftswerbende Sachverhalte ist vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bejaht worden.²⁸⁸ Auch Art. 11 GrCh umfasst geschäftliche Meinungsäußerungen.²⁸⁹ Eine Einschränkung der Meinungsfreiheit ist möglich, wenn dies durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt ist.²⁹⁰

II. Medienfreiheit, Art. 11 Abs. 2 EU-GrCh

Art. 11 Abs. 2 GrCh schützt im Interesse der Meinungsvielfalt explizit die Freiheit und Pluralität der Medien.²⁹¹ Der sachliche Schutzbereich erstreckt sich auf sämtliche Massenmedien.²⁹² So fallen neben den klassischen Printmedien auch alle elektronischen Verbreitungsformen unter den Schutz der Charta.²⁹³ Die Reichweite umfasst das Recht auf Unabhängigkeit vor inhaltlichen Einflüssen Dritter sowie den Schutz von Tätigkeiten, die mit der Eigenart der Medienarbeit verbunden sind. Dazu gehört auch die diesbezügliche Werbetätigkeit.²⁹⁴

III. Berufsfreiheit, Art. 15 EU-GrCh

Der Beruf als entgeltliche, auf Dauer angelegte und in Erwerbsabsicht ausgeführte Tätigkeit²⁹⁵ steht unter dem Schutz von Art. 15 GrCh. Umfasst ist neben der Berufswahl auch deren Ausübung, wobei Ausübung im umfassenden Sinne zu verstehen ist.²⁹⁶ Somit fällt zwangsläufig auch die Vermarktung von Produkten in den Schutzbereich des Rechts.²⁹⁷

²⁸⁶ Jarass, EU-GRCharta, Art. 52 Rn. 56 ff.; die Tatsache, dass die EMRK noch nicht primärrechtlich anerkannt ist, schadet insoweit nicht, da ihr trotzdem durch Art. 52 GrCh bei der Auslegung Bedeutung zukommt.

²⁸⁷ Jarass, EU-GRCharta, Art. 11 Rn. 8.

²⁸⁸ Vgl. EGMR, GRUR-Int. 1985, 468 – Tierärztlicher Nachtdienst II; EGMR, NJW 2003, 497 – Stambuk; siehe auch Kresse, WRP 1985, 536 (542 f.).

²⁸⁹ EuGH, BeckRS 2015, 82002 (Rn. 63 f.) – Nephne Distribution; Calliess, AfP 2000, 248 (249); Kugelmann, EuGRZ 2003, 16 (20).

²⁹⁰ Vgl. Augsberg, in: vd. Groeben/Schwarze/Hatje, GrCh, Art. 11 Rn. 13.

²⁹¹ S. Augsberg, in: vd. Groeben/Schwarze/Hatje, GrCh, Art. 11 Rn. 8.

²⁹² Jarass, GrCh, Art. 11 Rn. 33.

²⁹³ S. Augsberg, in: vd. Groeben/Schwarze/Hatje, GrCh, Art. 11 Rn. 8; Jarass, GrCh, Art. 11 Rn. 17, m. w. N.

²⁹⁴ Jarass, GrCh, Art. 11 Rn. 18.

²⁹⁵ Jarass, GrCh, Art. 15 Rn. 7, m. w. N.

²⁹⁶ Jarass, GrCh, Art. 15 Rn. 8.

²⁹⁷ Vgl. EuGH, BeckRS 2005, 70511 (Rn. 127) – Alliance for Natural Health.

IV. Unternehmerische Freiheit, Art. 16 EU-GrCh

Die unternehmerische Freiheit umfasst allgemein die Freiheit, eine Wirtschafts- oder Geschäftstätigkeit auszuüben.²⁹⁸ Sie ist der unternehmerische Gegenpart zur arbeitnehmerbestimmten Berufsfreiheit.²⁹⁹ Es werden alle geschützten Betätigungen eines Selbstständigen oder Unternehmers geschützt.³⁰⁰ Somit umfasst die unternehmerische Freiheit wie die Berufsfreiheit auch die Schaltung von Werbung.³⁰¹

C. Schutz vor Werbung auf primärrechtlicher Ebene

Das Interesse an einer ungestörten Privat- und Berufssphäre ist auch auf Ebene des EU-Primärrechts von Belang. Artikel 7 GrCh und Artikel 8 Abs. 1 EMRK statuieren eine Achtungspflicht³⁰² gegenüber dem Privatleben. Fraglich ist, was als Privatleben gilt. Eine positive Begriffsbestimmung des Privatlebens bereitet Schwierigkeiten.³⁰³ Nach Ansicht der Literatur umfasse das Privatleben „alle Bereiche des Lebens, die andere nicht betreffen“ würden.³⁰⁴ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sieht dies jedoch zurecht als zu eng an. Er betont explizit, dass der Schutz des Privatlebens zunächst den Privat- und Geschäftsbereich umfasse, aber auch dann nicht als ausgeschlossen gelte, wenn sich der Einzelne innerhalb des öffentlichen Raums aufhalte.³⁰⁵ Es sei insoweit nicht möglich, dem Begriff des Privatlebens eine abschließende Definition zu geben, es stehe jedoch fest, dass eine Beschränkung des Schutzbereichs auf den „inneren Kreis“ der Persönlichkeit, dem Schutzzweck nicht gerecht werde.³⁰⁶

Folglich steht auch hier – ähnlich wie in der Rechtsprechung des BGH zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht – die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Vordergrund.³⁰⁷ Inwieweit die oben gemachten persönlichkeitsrechtlichen Ausführungen³⁰⁸ auf europäischer Ebene parallel Anwendung finden, lässt sich jedoch mangels fehlender Rechtsprechung nicht abschätzen.

²⁹⁸ Bernsdorff, in: Meyer, GrCh, Art. 16 Rn. 11.

²⁹⁹ Ruffert, in: Calliess/Ruffert, GrCh, Art. 16 Rn. 1.

³⁰⁰ Bernsdorff, in: Meyer, GrCh, Art. 16 Rn. 10a.

³⁰¹ EuGH, BeckRS 2015, 82002 (Rn. 67) – Neptune Distribution; Jarass, GrCh, Art. 16 Rn. 9.

³⁰² Die Formulierung weicht von der üblicherweise verwendeten ab. Dies resultiert nicht nur aus einer engen Anlehnung an den Wortlaut des als Vorbild fungierenden Art. 8 Abs. 1 EMRK. Es soll auch dem Erfordernis Rechnung tragen, in den geschützten Bereichen mitgliedstaatliche Beurteilungs- und Ermessensspielräume zu erhalten, und damit zugleich etwaigen Bedenken hinsichtlich einer möglichen auf die Norm gestützten Ausweitung von EU-Kompetenzen entgegenzuwirken s. Augsberg, in: vd. Groeben/Schwarze/Hatje, EU-Recht, Art. 7 Rn. 4.

³⁰³ Vgl. nur Gersdorf, in: BeckOKInfoMedienR, EMRK, Art. 8 Rn. 17.

³⁰⁴ Bernsdorff, in: Meyer, GrCh, Art. 7 Rn. 19.

³⁰⁵ EGMR, NJW 2004, 2647 – Caroline von Hannover.

³⁰⁶ EGMR, NJW 2004, 2647 (2648) – Caroline von Hannover; EGMR, NJW 1993, 718 (718) – Niemietz ./ Deutschland.

³⁰⁷ Bernsdorff, in: Meyer, GrCh, Art. 7 Rn. 15.

³⁰⁸ S. oben bei Teil II, Kapitel 5, § 1, A. V.

D. Wertungen aus EU-Sekundärrecht

Die Rechtsprechung durch die europäischen Gerichte, die den Schutz vor unerwünschter Werbung betrifft, ist rar. Die durch obige Quellen gewonnene Erkenntnis erschöpft sich darin, dass zumindest das Recht auf Privatheit insoweit dem Einzelnen einen gewissen Rückzugsanspruch bietet, der auch zum Schutz vor kommerziellen Nachrichten gelten muss. Aufschlussreicher ist hingegen das EU-Sekundärrecht. In mehreren Richtlinien lässt der EU-Gesetzgeber erkennen, welchen Stellenwert er Werbung und dem Wunsch vor dieser verschont zu bleiben, einräumt.

Bereits 1989 wurde durch die Richtlinie 89/552/EWG³⁰⁹ das Interesse des Verbrauchers hervorgerufen, einen umfassenden und angemessenen Schutz vor ausufernder Fernsehwerbung zu erhalten. Die Richtlinie unterwarf Fernsehwerbung Mindestnormen und Kriterien, die im Interesse der Zuschauer standen.³¹⁰ Nicht viel später konzentrierte sich das Richtlinienrecht bereits auf das Selbstbestimmungsrecht des Verbrauchers gegenüber kommerzieller Kommunikation. So zunächst in Richtlinie 95/47/EG, in der ausdrücklich die Achtung der Privatsphäre betont wird, woraus letztlich auch eine Widerspruchsmöglichkeit gegenüber der Verwendung von Daten zu Zwecken der Direktwerbung resultiert.³¹¹ Art. 10 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG³¹² nahm diesen Gedanken auf und entwickelte ihn weiter. In Erwägungsgrund 17 wird festgehalten, dass es die Grundsätze aus Art. 8 und 10 EMRK erforderlich machen, dem Verbraucher ein Recht auf den Schutz des Privatlebens und explizit vor „Belästigungen durch gewisse besonders aufdringliche Kommunikationstechniken [...] zuzuerkennen und mithin die spezifischen Grenzen der Nutzung solcher Techniken genau zu bestimmen.“ Des Weiteren sollen Maßnahmen bereitstehen, die es dem Verbraucher ermöglichen, eine Kontaktaufnahme durch bestimmte Kommunikationsmittel zu verhindern.

Die Pflicht zum Vorhalten einer Opt-out-Möglichkeit besteht auch gem. Art. 7 Abs. 2 der E-Commerce-Richtlinie³¹³. Hiernach haben die Mitgliedstaaten zu gewährleisten, dass Robinson-Listen bereitgehalten werden, in die sich Verbraucher eintragen können, wenn sie keine kommerzielle Kommunikation erhalten wollen. Auch hier steht der Wille des Verbrauchers bezie-

³⁰⁹ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität.

³¹⁰ Vgl. nur Art. 10 RL 89/552/EWG.

³¹¹ Vgl. Art. 14 b) Richtlinie 95/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 über die Anwendung von Normen für die Übertragung von Fernsehsignalen.

³¹² Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

³¹³ 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“).

ungsweise des Beworbenen gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse der Werbenden im Vordergrund, einerseits in der Form der Widerspruchsmöglichkeit und andererseits durch die Notwendigkeit einer vorherigen Einwilligung. Der EU-Gesetzgeber gewährt dem Selbstbestimmungsrecht innerhalb der Privatsphäre daher einen grundsätzlichen Vorrang vor dem Werbeinteresse der Wirtschaft. Für die Mitgliedstaaten ergibt sich die Verpflichtung, offenkundig abgelehnte Direktwerbung zu unterbinden. Auch die vom EU-Gesetzgeber verabschiedete Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken³¹⁴ merkt dies erneut an. Nach der in der Richtlinie enthaltenen sogenannten Schwarzen Liste von Tatbeständen, die stets als unlauter anzusehen sind, sind Kunden vor hartnäckigem und unerwünschtem Ansprechen über Fernabsatzmedien zu schützen.³¹⁵

Das Richtlinienrecht hört hier nicht auf. So existieren weitere Gemeinschaftsregelungen. Am wohl häufigsten herangezogen wurde Artikel 13 der ePrivacy-Richtlinie.³¹⁶ Die ePrivacy-Richtlinie betont die Wichtigkeit des Vertrauens der Bürger in die elektronische Kommunikation.³¹⁷ Unter anderem sollen die Mitgliedstaaten daher geeignete Maßnahmen ergreifen, um die Verbraucher, die keine Kontaktaufnahme durch bestimmte Kommunikationsmittel oder zu bestimmten Zeiten wollen, auf wirksame Weise vor derartigen Kontakten innerhalb ihrer Privatsphäre zu schützen.³¹⁸ Aus diesem Grund sieht Art. 13 unter anderem vor, dass die Verwendung von automatischen Anrufsystemen, Faxgeräten oder elektronischer Post nur bei vorheriger Einwilligung der Teilnehmer geschehen darf. Bezüglich anderer Direktwerbformen steht

³¹⁴ 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).

³¹⁵ Vgl. Nr. 26 der Black List, 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).

³¹⁶ 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).

³¹⁷ Vgl. Erwägungsgründe 5, 6, 40 der 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).

³¹⁸ Vgl. Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, Erwägungsgrund 26; 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), Art. 1 Abs. 1 und die Erwägungsgründe 1, 12 und 40 betonen, dass der Schutz vor Direktwerbung der Privatsphäre zuzuordnen ist. Zwar ist Privatsphäre hier aus dem englischen „Privacy“ übernommen, sodass nicht die Erwägungen zur Sphärentheorie gleichzeitig gelten, allerdings betont der EU-Gesetzgeber hier die wichtige Stellung der Endgeräte für den Schutz des Verbrauchers.

es den Mitgliedstaaten frei, ob sie sich für eine Einwilligungslösung entscheiden oder einen Widerrufsvorbehalt gegenüber der Werbung für ausreichend halten.³¹⁹ Die Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Direktwerbformen ergibt sich nach Ansicht des EU-Gesetzgebers aus einer besonderen Belastung und/oder einem Kostenaufwand für den Beworbenen. Auch der Umfang der Werbung könne zu Schwierigkeiten der elektronischen Kommunikations- und Endgeräte führen, sodass obige Werbformen der strengeren Einwilligungslösung unterfallen müssten.³²⁰ Andere Werbformen, die keine Kosten für den Beworbenen verursachen und für den Absender kostspieliger sind, könnten die Verwendung des Systems der Widerrufslösung rechtfertigen.³²¹

Des Weiteren verfolgt die EU derzeit neue Initiativen, die auf bisherigem Richtlinienrecht aufbauen. Hierzu zählt der von der Kommission als Vorschlag eingereichte Entwurf zur Neufassung der ePrivacy-Richtlinie durch den Erlass einer Verordnung.³²² Hiernach ist weiterhin auch die Möglichkeit der Willenskundgabe des Beworbenen vorgesehen, indem Widerspruch- und Einwilligungsmöglichkeiten durch die Werbenden beachtet werden müssen. Erwägungsgrund 33 führt zudem aus, dass

„Vorkehrungen getroffen werden (müssen), um die Endnutzer vor unerbetener Direktwerbung zu schützen, die in das Privatleben der Endnutzer eingreift. Der Grad des Eingriffs in die Privatsphäre und der Belästigung wird unabhängig von der großen Vielfalt der zur Durchführung dieser elektronischen Kommunikation genutzten Techniken und Kanäle wie automatischer Anruf- und Kommunikationssysteme, Sofortnachrichtenanwendungen, E-Mail, SMS, MMS, Bluetooth usw. als relativ ähnlich betrachtet. Daher ist es gerechtfertigt zu verlangen, dass die Einwilligung des Endnutzers eingeholt wird, bevor gewerbliche elektronische Direktwerbung an Endnutzer gerichtet wird, um so

³¹⁹ S. Art. 13 Abs. 3 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).

³²⁰ Vgl. Erwägungsgründe 40 ff. der 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).

³²¹ Vgl. Erwägungsgrund 42 der 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).

³²² 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.

den Schutz natürlicher Personen vor Eingriffen in ihr Privatleben und den Schutz der berechtigten Interessen juristischer Personen wirksam zu gewährleisten.“

Der in dem Vorschlag enthaltene Artikel 16 Abs. 1 sieht zudem einen vollständigen Einwilligungsvorbehalt bezüglich Direktwerbung vor.³²³

In einer Gesamtschau hebt das europäische Sekundärrecht die wichtige Stellung der Privatsphäre hervor. Zur Wahrung dieser ist dem Einzelnen die Möglichkeit zu geben, sich gegen jegliche Formen der Direktwerbung zu wehren. Dies kann je nach Werbeform durch das Anknüpfen der Zulässigkeit der Werbung an eine vorherige Einwilligung des Beworbenen oder an einen erfolgten Widerspruch gegen den Werbetreibenden erfolgen, der erkennen lässt, dass keine weitere Werbung erwünscht ist. Die Ausführungen beschränken sich auf Formen der Direktwerbung. Inwieweit der Einzelne sich auch gegen Formen medialer Werbung schützen kann, ist inhaltlich nicht explizit im EU-Sekundärrecht geregelt worden. Aus der Wertung kann jedoch aufgrund der Stellung der Privatsphäre auf europäischer Ebene und der durch Art. 169 AEUV selbst auferlegten Verpflichtung der EU zur Wahrung des Verbraucherschutzes davon ausgegangen werden, dass zumindest in einem gewissen Rahmen auch besonders aufdringliche medienfinanzierende Werbung Grenzen unterliegt.

§ 4 Zusammenfassung zu Kapitel 5

Das Recht des Einzelnen, einen Schutz vor kommerzieller Kommunikation für sich zu beanspruchen, ist Teil seiner Persönlichkeit. Die Persönlichkeit ist dabei stetiger Begleiter seines Trägers. Um jedoch dem gesellschaftlichen Kommunikationsprozess gerecht zu werden, hat auch die Persönlichkeit in gewissen Situationen Eingriffe hinzunehmen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Einzelne sich außerhalb seines Rückzugsbereichs bewegt. Innerhalb dieser sogenannten Öffentlichkeitssphäre sind Einwirkungen durch Dritte grundsätzlich hinzunehmen. Die persönlichkeitsrechtlichen Abwehrmaßnahmen sind hier auf ein Minimum beschränkt, sodass erst dann rechtswidrige Belange tangiert werden, wenn der Werbenachricht eine unausweichliche Zwangswirkung anhaftet.

Das Abstellen auf die Persönlichkeit – als entscheidendes Recht für den Schutz vor Werbung – lässt auch gleichzeitig das Erfordernis einer negativen Informationsfreiheit entfallen, wie sie

³²³ Art. 16 Abs. 4 gesteht jedoch die Möglichkeit zu, den Einwilligungsvorbehalt für bestimmte Werbeformen zu lockern und stattdessen eine Widerspruchslösung zu verwenden.

von Teilen der Literatur diskutiert wird. Die negative Informationsfreiheit schützt nur das Interesse, eine Information für die Meinungsbildung unbeachtet zu lassen und sich sachlich nicht informieren zu müssen, indem Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen ignoriert werden dürfen. Bei Werbung geht es dabei nicht vordergründig darum, einer Meinung auszuweichen. Der informierende Charakter ist stets getrübt durch die kommerziellen Interessen des Werbenden, was der Beworbene auch weiß. Es geht dem Beworbenen vielmehr darum, der belästigenden Suggestivwirkung von Werbung zu entgehen.

Geht es um den Schutz der Zweckbestimmung von zur Kommunikation vorgehaltenen Geräten, lässt sich auch in bestimmten Fällen aus dem Eigentumsrecht nach Art. 14 GG ein Schutz herleiten.

Teil III – Bewertung der einzelnen Werbeträger und Schutzmöglichkeiten der Werbenden und Beworbenen

Teil III der Untersuchung führt weg von der abstrakten Abhandlung vom Schutz gegen Werbung hin zu einer konkreten Untersuchung der einzelnen Werbeträger. Inhaltlich wird dabei die historische Entwicklung und wirtschaftliche Stellung des Werbemediums, dessen rechtliche Regulierung zum Schutz vor Werbung und die rechtliche Einordnung von Schutzmöglichkeiten gegen speziell über das Medium kommunizierte Werbung untersucht. Die Kapitel des Teil III untergliedern sich dabei nach den oben aufgeführten Parteien und deren jeweiligen Handlungsmöglichkeiten gegen Formen der Direktwerbung und Werbung, die der Medienfinanzierung dient. Zur rechtlichen Einordnung und, um spätere Wiederholungen zu vermeiden, erfolgt zunächst ein grundlegender Überblick über die jeweiligen Rechtsgrundlagen, die das Arbeitsthema umfasst.

Kapitel 6 Grundsätzliche vorherige Überlegungen

§ 1 Verhältnis von Persönlichkeits- und Lauterkeitsschutz

Für die Untersuchung ist auf das Verhältnis des Wettbewerbsschutzes zum zivilrechtlichen Schutz, insbesondere dem Persönlichkeitsschutz, einzugehen. Dies hängt damit zusammen, dass bei der nachfolgenden Darstellung häufig wettbewerbsrechtliche Überlegungen im Vordergrund stehen, die inhaltlich Parallelen zum Persönlichkeitsschutz aufweisen und zum Großteil auf den Schutz der Persönlichkeit sowie den Privatbereich abstellen.³²⁴

³²⁴ Vgl. nur BGH, GRUR 2004, 517 (518) – Newsletter; BGH, GRUR 1970, 523 – Telefonwerbung I; BGH, GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II.

Das Lauterkeitsrecht dient nicht nur dem Schutz des Wettbewerbs als Institution, sondern schützt, wie § 1 S. 1 UWG zeigt, gerade auch die Interessen einzelner Gruppen, namentlich die der Mitbewerber, der Verbraucher sowie der sonstigen Marktteilnehmer. Mitbewerber, Verbraucher und Marktteilnehmer stehen sich in ihrer Gesamtheit im Wettbewerb gegenüber. Die Mitbewerber stehen auf horizontaler Ebene in Konkurrenz. Die Marktteilnehmer und Verbraucher stehen als sogenannte Marktgegenseite hingegen in einem vertikalen Austauschverhältnis zu den anbietenden Wettbewerbern.³²⁵ Das Lauterkeitsrecht ist hier als Sonderdeliktsrecht des bürgerlichen Rechts zu verstehen.³²⁶

Diese Sonderstellung führt dazu, dass die bürgerlich-rechtliche Bewertung von Werbung nicht zwangsläufig im Gleichlauf mit den lauterkeitsrechtlichen Erwägungen stehen muss. Werbung kann daher einerseits lauterkeitsrechtlich unzulässig sein, jedoch keine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung darstellen.³²⁷

Ein Beispiel hierfür stellen private Belästigungen dar, die mangels geschäftlicher Handlung nicht von § 7 Abs. 1 UWG erfasst sind. Dies kann beispielweise politisch, gesellschaftlich oder religiös motivierte Werbung sein. Solche Belästigungen sind nur gemäß §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog rechtlich verfolgbar. Des Weiteren sind die Termini, die im UWG verwendet werden, nicht so weitreichend wie solche des Persönlichkeitsrechts. So beschreibt der Verbraucherbegriff nur einen Teil des Persönlichkeitsrechts.³²⁸ Ist ein Bürger als Verbraucher zwar durch § 7 Abs. 2 UWG vor Telefonwerbung im Wettbewerbsrecht geschützt, so sagt dies jedoch noch nichts über seine deliktsrechtlichen Schutzmöglichkeiten aus.³²⁹ Folglich ist grundsätzlich sowohl eine lauterkeitsrechtliche als auch eine bürgerlich-rechtliche Abwägung der entgegenstehenden Interessen vorzunehmen, wobei die gesetzgeberische Wertung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bei der Beurteilung der Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuchs ebenfalls heranzuziehen ist, sodass Wertungswidersprüche, soweit dies möglich ist, vermieden werden können.³³⁰

³²⁵ *Plager*, Schutzzweck des Lauterkeitsrechts, S. 202.

³²⁶ BGH, GRUR 1982, 495 (497) – Domgarten-Brand; GRUR 1999, GRUR 751 (754) – GÜllepumpen; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, Einl. Rn. 7.2; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2 Rn. 3.

³²⁷ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 4 Rn. 1.8.

³²⁸ Vgl. *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 121.

³²⁹ Vgl. *Mummenhoff*, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung, S. 121; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 4 Rn. 1.8.

³³⁰ Vgl. hierzu BGH, WRP 2013, 1578 (Rn. 20), m. w. N. – Empfehlungs-E-Mail; BGH, GRUR 2009, 980 (981) – E-Mail-Werbung II.

§ 2 Rechtliche Vorüberlegungen zum Lauterkeitsrecht

Bevor auf die rechtliche Prüfung des Schutzanspruchs vor Direktwerbung eingegangen werden kann, ist sowohl aus deklaratorischen Gründen als auch zur Vermeidung von Wiederholungen in gebotener Kürze auf das Lauterkeitsrecht im Allgemeinen einzugehen.

A. Geschäftliche Handlung im Lauterkeitsrecht

I. Geschäftliche Handlung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG

1. Geschäftliche Handlung als Abgrenzungskriterium

Als Verbindungsstück zwischen den hier vertretenen Parteien dient die geschäftliche Handlung. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb widmet sich exklusiv der Beurteilung geschäftlicher Handlungen. Das heißt, mit dem Vorliegen einer geschäftlichen Handlung steht und fällt die Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Normen.³³¹ Als geschäftliche Handlung gilt gem. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG:

„jedes 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; als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen“.

2. Tatbestandsmerkmale

a) Verhalten einer Person im geschäftlichen Verkehr

Der Gesetzgeber hat sich für den Begriff „Verhalten“ entschieden, um zu betonen, dass eine geschäftliche Handlung nicht nur in Form eines positiven Tuns, sondern auch in Form eines Unterlassens vorliegen kann.³³² Das Verhalten kann dabei sowohl von einer natürlichen als auch einer juristischen Person ausgehen. Bei Letzterer ist auf das Verhalten ihrer Organe abzustellen.³³³

Dieses Verhalten muss einen Unternehmensbezug haben, das heißt, es muss eine Wirkung zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens haben.³³⁴ Die Schwelle hierfür liegt

³³¹ Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 4; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 3.

³³² BT-Drs. 16/10145, S. 20.

³³³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 11.

³³⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 17; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 45; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG § 2 Rn. 27.

nicht hoch. So ist grundsätzlich eine geschäftliche Handlung gegeben, solange eine Handlung nicht aus rein privaten oder ideellen Zwecken durch ein Unternehmen vorgenommen wird.³³⁵ Ein Unternehmen liegt vor, wenn eine „auf eine gewisse Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben“³³⁶, verfolgt wird. Selbständigkeit ist gegeben, wenn der Handelnde die Tätigkeit in eigener Verantwortung gestaltet.³³⁷ Auf Dauer angelegt ist die Tätigkeit, wenn sie nicht nur gelegentlich erfolgt.³³⁸ Die Wirtschaftlichkeit kann gleichgesetzt werden mit der Entgeltlichkeit, das heißt, die Tätigkeit muss zumindest auf die Erzielung einer unmittelbaren oder mittelbaren Gegenleistung gerichtet sein.³³⁹

b) Objektiver Zusammenhang zwischen dem Verhalten und der Förderung des Wettbewerbs

Zwischen dem so festgestellten unternehmensbezogenen Verhalten muss sodann ein objektiver Zusammenhang mit der Förderung des Wettbewerbs in Form des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen bestehen. Es darf sich folglich nicht um unternehmensinterne Vorgänge handeln, sondern es muss ein Marktbezug gegeben sein.³⁴⁰ Ein Marktbezug ist dann zu bejahen, wenn die Handlung ihrer Art nach auf die Marktteilnehmer, namentlich Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer einwirken und damit das Marktgeschehen beeinflussen kann.³⁴¹ Waren oder Dienstleistungen sind im weiten Sinne zu verstehen, sodass Waren nicht nur beweglichen Sachen darstellen können, sondern generell alle Wirtschaftsgüter sind, die auf einen anderen übertragen oder ihm zur Verfügung gestellt werden können.³⁴² Dienstleistungen stellen dagegen alle geldwerten, unkörperlichen Leistungen dar.³⁴³

Der sodann geforderte objektive Zusammenhang beurteilt sich danach, ob es sich um Handlungen im Vertikalverhältnis (Handlungen gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern) oder Handlungen im Horizontalverhältnis (Handlungen gegenüber Mitbewerbern) handelt.

³³⁵ Vgl. BGH, GRUR 1953, 293 (Ls. 2 u. 3); *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 8.

³³⁶ Vgl. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 21, m. w. N.; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 45; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG § 2 Rn. 27.

³³⁷ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 22.

³³⁸ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 23.

³³⁹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 24; *Fezer*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 69; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG § 2 Rn. 27.

³⁴⁰ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 34.

³⁴¹ BGH, WRP 2013, 1183 (Rn. 18) – Standardisierte Mandatsbearbeitung; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 35, m. w. N.; *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2 Rn. 29.

³⁴² *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 39.

³⁴³ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 39, m. w. N.

Im Vertikalverhältnis gegenüber Verbrauchern beruht der Begriff auf europäischem Richtlinienrecht. Art. 2 lit. d der UGP-Richtlinie³⁴⁴ verlangt anstelle eines „objektiven Zusammenhangs“ einen „unmittelbaren Zusammenhang“. Erwägungsgrund 7³⁴⁵ der Richtlinie kann entnommen werden, dass ein objektiver Zusammenhang nur dann gegeben sein kann, wenn das Verhalten zum Ziel hat, die geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers und des sonstigen Marktteilnehmers in Bezug auf Produkte zu beeinflussen.³⁴⁶ Dieser sogenannte funktionale Bezug des „objektiven Zusammenhangs“ auf die Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung setzt voraus, dass „die Handlung bei objektiver Betrachtung darauf gerichtet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung der Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu fördern.“³⁴⁷

Der objektive Zusammenhang zwischen Handlungen gegenüber Mitbewerbern bedarf hingegen keiner europarechtlichen Auslegung. Stattdessen ist der Begriff mit Hilfe der Wertungen und Regelungen des Lauterkeitsrechts zu bestimmen. Es wird jedoch auch ohne europarechtliche Vorgaben grundsätzlich angenommen, dass das Erfordernis eines funktionalen Bezugs zur Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung auch gegenüber Mitbewerbern gilt.³⁴⁸ Hieraus folgt, dass das oben Gesagte – insbesondere aus Gründen der Rechtssicherheit – auch für die horizontale Ebene gilt.³⁴⁹

B. Unzumutbare Belästigung gem. § 7 UWG

§ 7 wurde mit der Neufassung des UWG im Jahre 2004³⁵⁰ in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb eingefügt. Sinn und Zweck der Norm ist es, den Schutz der Marktteilnehmer vor

³⁴⁴ 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).

³⁴⁵ „Diese Richtlinie bezieht sich auf Geschäftspraktiken, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte stehen. Sie bezieht sich nicht auf Geschäftspraktiken, die vorrangig anderen Zielen dienen [...]“.

³⁴⁶ BGH, WRP 2013, 1183 (Rn. 18) – Standardisierte Mandatsbearbeitung; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 45.

³⁴⁷ BGH, WRP 2013, 1183 (Rn. 17) – Standardisierte Mandatsbearbeitung; vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 48; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2 Rn. 29.

³⁴⁸ BGH, WRP 2013, 1183 (Rn. 19) – Standardisierte Mandatsbearbeitung; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 53.

³⁴⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 53.

³⁵⁰ Vgl. BGBl. 2004 I S. 1414.

der Beeinträchtigung ihrer privaten oder geschäftlichen Sphäre gegen Belästigungen zu gewährleisten.³⁵¹

Die lauterkeitsrechtliche Bewertung geschäftlicher Handlungen nach § 7 UWG ist für das Arbeitsthema von immenser Bedeutung, da § 7 Abs. 2 UWG teilweise explizit umschreibt, welche Werbeformen als unzumutbare Belästigung gelten und somit mit dem Lauterkeitsrecht unvereinbar sind. Zugleich wird aber auch generalklauselartig innerhalb von § 7 Abs. 1 S. 1 UWG abstrakt festgelegt, dass jede geschäftliche Handlung, die eine unzumutbare Belästigung darstellt, zu deren Unzulässigkeit führt.

I. Begriffliche Einordnung der unzumutbaren Belästigung

Das UWG versteht unter einer Belästigung jede geschäftliche Handlung, die dem Empfänger aufgedrängt wird und bereits wegen ihrer Art und Weise unabhängig von ihrem Inhalt als störend empfunden wird.³⁵² Eine Belästigung liegt häufig bei Störungen vor, die durch die Inanspruchnahme von Ressourcen der angesprochenen Marktteilnehmer wie Zeitaufwand, Vorhaltekosten von Empfangseinrichtungen und Entsorgungskosten hervorgerufen werden können.³⁵³

Die darüber hinaus erforderliche Unzumutbarkeit fungiert dabei als spezielle Bagatellschwelle,³⁵⁴ die erst dann überschritten ist, wenn die Belästigung eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem Großteil der Adressaten als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten zu Grunde zu legen ist.³⁵⁵ Zur Unzumutbarkeit zu beachtende einzelne Beurteilungskriterien sind: die Frage nach der Erheblichkeit der Störung, die Frage, in welche Sphäre die Werbemaßnahme eingreift, die Frage nach bestehenden Ausweichmöglichkeiten des Werbeadressaten sowie die Möglichkeit eines Nachahmungseffekts auf Mitbewerber.³⁵⁶ Vom Schutzzweck gedeckt sind dabei sowohl der Schutz der beruflichen als auch privaten Sphäre von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern. Auch die räumlich-gegenständliche Sphäre steht unter Schutz, indem Besitz- und Eigentumsstörungen vorgebeugt werden sollen.³⁵⁷

³⁵¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 2.

³⁵² RegE UWG 2004 zu § 7 Abs 1, BT-Drs 15/1487, S. 20; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 19; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, § 7 Rn. 24.

³⁵³ BGH, NJW-RR 2016, 1511 (2. Ls.) – Lebens-Kost; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 2; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7 Rn. 37; Menebröcker, in: Götting/Nordemann, UWG, § 7 Rn. 16.

³⁵⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 20.

³⁵⁵ BGH, WRP 2011, 1054 (1055) – Kreditkartenübersendung; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 20.

³⁵⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 23 ff.; Ohly, in: Ohly/Sosnitzka, UWG, § 7 Rn. 25-26.

³⁵⁷ Ausführlich Loeck, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle 2008, S. 118, m. w. N.

II. Werbebegriff in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG

Für Werbung als Unterfall der geschäftlichen Handlung bestimmt § 7 Abs. 1 S. 2 UWG, dass insbesondere dann von einer unzumutbaren Belästigung auszugehen ist, wenn die Werbung von dem angesprochenen Marktteilnehmer erkennbar nicht erwünscht ist. Legt man nur den Wortlaut der Norm bei der Auslegung zugrunde, könnte man den Eindruck gewinnen, dass allein dieser Paragraf das Arbeitsthema und die dahinterstehende Interessenkollision aufzulösen vermag. So ließe sich vertreten, dass bereits bei Kundgabe der Unerwünschtheit jede Werbung, die sich gegen diesen Willen richtet, als wettbewerbsrechtlich unlauter zu beurteilen ist.³⁵⁸ Dies kann – unter Berücksichtigung der Interessen der Werbenden - so nicht gegenüber allen Werbeformen Geltung beanspruchen. Fraglich ist deshalb, welche Formen von Werbung der Anwendungsbereich der Norm miteinschließt.

Die Legaldefinition der zugrundeliegenden Richtlinie sieht in Art. 2 lit. a Richtlinie 2006/114/EG Werbung als "jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, [...] zu fördern".

Hier fällt auf, dass der Werbebegriff – ebenso wie die Generalklausel des § 7 Abs. 1 S. 1 – einer weiten Definition unterliegt. Erkenntnisse zur Eingrenzung des Werbebegriffs lassen sich hier nicht gewinnen. Allerdings hat der EuGH zur vorliegenden Werbedefinition angemerkt, „dass es angesichts dieser besonders weiten Definition sehr unterschiedliche Formen von Werbung geben kann und diese daher in keiner Weise auf die Formen klassischer Werbung beschränkt [...]“ sei.³⁵⁹

Konkret auf § 7 Abs. 1 S. 2 UWG bezogen, kann dem Wortlaut jedoch auch eine Einschränkung entnommen werden. Der Wortlaut, der auf den „angesprochenen Marktteilnehmer“ abstellt, deutet darauf hin, dass der Werbebegriff zumindest in seiner hier konkret anzuwendenden Form auf Werbung einzuschränken ist, die sich individuell an einzelne Adressaten richtet.³⁶⁰ Das heißt, dass die an einen unbestimmten Personenkreis gerichtete Allgemeinwerbung nicht tatbestandlich zu erfassen ist.

Hierfür sprechen auch teleologische Überlegungen. Wie bereits oben erläutert wurde, ist der wettbewerbsrechtliche Schutz vor Werbung stark mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verknüpft. Dies wird auch hier deutlich, da in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG gerade auf den Wunsch,

³⁵⁸ Vgl. auch *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7 Rn. 31.

³⁵⁹ EuGH, MMR 2013, 781 (Rn. 35) – *Belgian Electronic Sorting Technology NV*.

³⁶⁰ Vgl. *Ohly* in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7 Rn. 31; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 33; *Holzengel*, in: *Hoeren/Sieber/Holzengel*, MMR-HdB, Teil 11 Werberecht im Internet, Rn. 53 ff.

keine Werbung erhalten zu wollen, als Form des personalen Selbstbestimmungsrechts abgestellt wird. Doch wie die Ausführungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gezeigt haben, unterliegt auch das Selbstbestimmungsrecht je nach betroffener Sphäre entsprechenden Einschränkungen. So ist insbesondere innerhalb der Öffentlichkeitssphäre die Selbstbestimmung nicht wie innerhalb der Privatsphäre gewährleistet. Indem die Norm den Wunsch auf Werbefreiheit und dessen Beachtung durch den Werbenden verlangt, ist bereits aus Gründen der ebenfalls schützenswerten Interessen des Werbenden davon auszugehen, dass der Wunsch konform zum Persönlichkeitsrecht sich nur auf in § 7 Abs. 2 UWG nicht genannte Direktwerbformen beziehen kann. Zumindest kann nicht solche Werbung gemeint sein, die sich an einen unbestimmten öffentlichen Adressatenkreis wendet, wie dies bei Fernseh-, Plakat- und Hörfunkwerbung der Fall ist.³⁶¹

Für eine Einschränkung der Norm spricht auch das Wort „insbesondere“ in § 7 Abs. 1 S. 2 UWG. Hieraus folgt, dass Abs. 1 S. 2 als Regelbeispiel von Abs. 1 S. 1 zu verstehen ist,³⁶² sodass ein unmittelbarer Bezug zwischen beiden Normen existiert. Die Wortwahl „insbesondere“ verstärkt diesen Bezug nochmals und bekräftigt zugleich, dass S. 2 nicht so zu verstehen ist, dass bei Erklärung der Unerwünschtheit von Werbung diese direkt als unlauter zu werten ist, sondern dass der Wunsch, keine Werbung erhalten zu wollen, vielmehr „insbesondere“ in die für die Beurteilung einer „unzumutbaren Belästigung“ notwendige Abwägung miteinfließen muss. Abs. 1 S. 2 ordnet folglich keine unwiderlegbare Unlauterkeit an, sondern dient lediglich als starkes Indiz für einen belästigenden Charakter von Werbebotschaften. Diese Vermutung ist jedoch im Einzelfall widerlegbar und kann somit nicht als pauschales Werbeverbot verstanden werden.³⁶³ Folglich ist grundsätzlich individuelle, an einen bestimmten Personenkreis gerichtete Werbung vom Anwendungsbereich des § 7 Abs. 1 S. 2 UWG umfasst.³⁶⁴

Nichtsdestotrotz bezieht sich § 7 Abs. 1 S. 1 UWG als kleine Generalklausel gerade nicht auf den Werbebegriff des S. 2 und verlangt lediglich eine geschäftliche Handlung, die auch bei Allgemeinwerbung oder Werbung an einen unbestimmten Adressatenkreis grundsätzlich gegeben ist.³⁶⁵ Hierfür spricht auch der zugrundeliegende Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG. Denn auch die Werbeadressaten unbestimmter Werbeformen haben ein grundsätzliches, von

³⁶¹ Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7 Rn. 31.

³⁶² Amtl. Begr. zu § 7 Abs. 2, BT-Drs. 15/1487, S. 21.

³⁶³ Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7 Rn. 31.

³⁶⁴ Vgl. OLG Stuttgart, Urt. v. 25.07.2013 – 2 U 9/13, Rn. 20, m. w. N., juris.

³⁶⁵ *Menebröcker*, in: *Götting/Nordemann*, UWG, § 7 Rn. 25, 173 ff.; *Burmeister*, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 87; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 18.

ihrem Selbstbestimmungsrecht gedecktes Interesse daran, nicht in unzumutbarer Weise belästigt zu werden. Dem jeweiligen Einzelfall wird die Norm gerecht, indem die Feststellung der „Unzumutbarkeit“ – anders als bei Abs. 2 – innerhalb einer Abwägung unter Wahrnehmung der beeinträchtigten Interessen berücksichtigt wird.³⁶⁶

III. Gesetzliche Fallbeispiele des § 7 Abs. 2 UWG

In § 7 Abs. 2 UWG werden im Unterschied zur kleinen Generalklausel des Absatzes 1 verschiedene gesetzliche Beispiele aufgeführt, nach denen eine unzumutbare Belästigung ohne Wertungsmöglichkeit stets anzunehmen ist. Die Beispiele beziehen sich auf Werbung mittels eines für den Fernabsatz geeigneten kommerziellen Kommunikationsmittels, durch die ein Verbraucher hartnäckig angesprochen wird; die Belästigung durch Telefonwerbung; die Belästigung durch elektronische Werbung als auch Werbung, bei der die Absenderidentität nicht preisgegeben wird. Diese Werbeformen sind insgesamt als Direktwerbung zu qualifizieren.³⁶⁷

§ 3 Einwilligung in Werbung auf Ebene des Persönlichkeitsrechts

Bevor auf die einzelnen Werbeformen eingegangen werden kann, ist zu erläutern, unter welchen Bedingungen eine Beeinträchtigung dieses Schutzbereichs aufgrund einer Einwilligung gerechtfertigt sein kann.

A. Zum Erfordernis einer Einwilligung

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als höchstpersönliches individuelles Rechtsgut, über welches der Einzelne frei verfügt, ist nicht rechtswidrig berührt, wenn zuvor in die Verletzungshandlung eingewilligt wurde.³⁶⁸ Die Einwilligung erlaubt damit etwas, was normalerweise eine unerlaubte Handlung darstellen würde.³⁶⁹ Aus diesem Grund stellt die erteilte Einwilligung dogmatisch einen Rechtfertigungsgrund dar, der einer unerlaubten Handlung das Merkmal der Widerrechtlichkeit nimmt.³⁷⁰ Die Möglichkeit, eine Einwilligung zu erteilen, basiert vorwiegend auf der Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts.³⁷¹

³⁶⁶ BGH, WRP 2011, 1054 (1055) – Kreditkartenübersendung.

³⁶⁷ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7 Rn. 31; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 18; *Sosnitza*, GRUR 2003, 739 (744).

³⁶⁸ *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, C. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. C 176 ff.; *Klass*, in: *Erman*, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 229; vgl. für eine ausführliche Darstellung der Einwilligung in Werbung: *Gomille*, GRUR 2017, 241 (243 ff.).

³⁶⁹ *Klass*, in: *Erman*, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 229; *Ohly*, GRUR 2012, 983 (984).

³⁷⁰ *Klass*, in: *Erman*, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 229.

³⁷¹ Vgl. *Klass*, in: *Erman*, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 229; *Rixecker*, in: *MükoBGB*, § 12 Anh. Rn. 68, 71; *Gomille*, GRUR 2017, 241 (243).

Bei der Einwilligung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung.³⁷² Derjenige, der gegenüber einem Werbenden seine Einwilligung erteilt, gibt damit regelmäßig gezielt einen Teil seiner Persönlichkeit dem Werbeinteresse der Wirtschaft preis und gestaltet damit die Rechtsbeziehung zwischen Einwilligendem und Empfänger um.³⁷³ Bei dieser Erklärung liegt sowohl ein subjektives (der Wille, eine bestimmte Rechtsfolge herbeizuführen) als auch ein objektives Element (die Kundgabe dieses Willens) vor, was gerade charakteristisch für eine Willenserklärung ist.³⁷⁴

B. Einwilligungsvoraussetzungen

Als Kommunikationshandlung muss die Einwilligung zur Wirksamkeit abgegeben werden und zugehen.³⁷⁵ Des Weiteren werden die Einwilligungsfähigkeit sowie die Kenntnis über Zweck und Umfang der Einwilligung als weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen verlangt.³⁷⁶ Die Einwilligung kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent erteilt werden, solange das Gesetz nicht das Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung voraussetzt.³⁷⁷ Zur Ermittlung des Umfangs und der Reichweite werden die Regeln zur Auslegung herangezogen. Die Auslegung dient der Ermittlung des wirklichen Willens des Einwilligenden und hat vordergründig das Ziel, die Selbstbestimmung des Betroffenen zu sichern.³⁷⁸ Bei konkludenten Einwilligungen sind im Kontext des Persönlichkeitsrechts aufgrund der drohenden Gefahr für diesen sensiblen Bereich sodann erhöhte Anforderungen zu stellen.³⁷⁹

³⁷² Die Rechtsnatur der Einwilligung ist umstritten. Während einige Stimmen für die Einwilligung eine empfangsbedürftige Willenserklärung annehmen, gehen andere Stimmen von einer geschäftsähnlichen Handlung oder einem Realakt aus. Letztlich ist die Rechtsnatur für die Entscheidung über die Anwendung der für Willenserklärungen geltenden Normen, wie den Anfechtungsregeln (§§ 119 ff. BGB), den Vertretungsregeln bei der Abgabe einer Willenserklärung (§§ 164 ff. BGB) sowie den Normen zur Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) entscheidend. Für die vorliegende Arbeit kann dies somit dahinstehen, da die rechtliche Untersuchung sich nicht auf diesbezügliche Sachverhalte erstreckt. Zudem ist die Zuordnung der Rechtsnatur nicht von entscheidender Bedeutung, da grundsätzlich nicht die Anwendung oben genannter Normen streitig ist, sondern nur deren dogmatische Herleitung, speziell die Frage nach der direkten oder analogen Anwendung; vgl. *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, § 823 BGB, Rn. 147; *Frömming*, NJW 1996, 958 (958); *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 143; *Förster*, in: BeckOKBGB, § 823 Rn. 35; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 52; zur Übersicht *Hager*, in: Staudinger, BGB, C. Das Persönlichkeitsrecht, C. 176; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, § 7 Rn. 48.

³⁷³ *Ohly*, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, § 7 Rn. 48.

³⁷⁴ Vgl. *Wendtland*, in: BeckOKBGB, § 133 Rn. 4; *Frömming*, NJW 1996, 958 (958); ähnlich: *Ohly*, GRUR 2012, 983 (985).

³⁷⁵ *Klass* in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 229, *Hager*, in: Staudinger, BGB, C. Das Persönlichkeitsrecht Rn. C 177; *Ohly*, GRUR 2012, 983 (985 f.).

³⁷⁶ *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 232.

³⁷⁷ So zuletzt zur konkludenten Einwilligungserklärung: BGH, NJW 2016, 1094 – Intime Aufnahmen; *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 230 f.; *Hager*, in: Staudinger, BGB, C. Das Persönlichkeitsrecht, C 177; *Mummenhoff*, Persönlichkeitschutz gegen Telefonwerbung, S. 250 f.; *Ohly*, GRUR 2012, 983 (985 f.).

³⁷⁸ *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 232.

³⁷⁹ *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 231, m. w. N.

I. Ausdrückliche Erklärung

Der ausdrücklich erklärte Wille des Werbeadressaten gegenüber dem Werbenden, Werbung erhalten zu wollen, lässt die Rechtswidrigkeit einer Werbehandlung entfallen.³⁸⁰

II. Fehlende ausdrückliche Erklärung

Im Regelfall liegt bei den meisten Werbeanzeigen jedoch keine ausdrückliche Einwilligung vor. In diesen Fällen kommt eine konkludente Einwilligung, eine mutmaßliche Einwilligungshandlung oder nach Ansicht dieser Arbeit auch eine Analogie aus der zum aktiven Persönlichkeitsrecht bekannten Öffnung des geschützten Bereichs in Betracht. Generell gilt, dass beim Fehlen einer ausdrücklichen Erklärung erhöhte Anforderungen an das Vorliegen einer Einwilligung zu stellen sind, da nur so dem Selbstbestimmungsrecht genüge getan werden kann.³⁸¹

1. Mutmaßliche Einwilligung

Die Voraussetzungen, die an eine rechtfertigende Einwilligung bezüglich des Persönlichkeitsrechts zu stellen sind, decken sich nicht mit denen einer mutmaßlichen Einwilligung.

Eine mutmaßliche Einwilligung kann bereits dann vorliegen, wenn es an einer ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligungserklärung fehlt, die geschäftliche Handlung aber dem objektiven Interesse oder dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Adressaten entspricht.³⁸²

Würde man es bereits genügen lassen, aus einem objektiven Interesse auf den Willen der Werbeadressaten zu schließen, so ist der Gefahr einer Konstruktion von fiktiven mutmaßlichen Einwilligungen Tür und Tor geöffnet.³⁸³ Dies würde nicht dem Selbstbestimmungsrecht in seiner Funktion gerecht werden. Gerade, wenn der Einzelne sich in der Abgeschiedenheit seines Rückzugsbereichs wähnt, ist es nicht ersichtlich, wieso der Werbende hier bereits aus der Annahme eines mutmaßlichen Willens eindringen dürfte. Zum Schutz des Werbeadressaten ist daher eine ausdrückliche oder konkludente Einwilligung einzuholen.³⁸⁴

2. Konkludente Einwilligung durch Öffnung des geschützten Bereichs

Auf den Grundsätzen der konkludenten Einwilligung baut die Frage auf, inwieweit eine Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist, wenn der Beworbene sich zuvor freiwillig einer Situation aussetzt, bei der er mit Werbung rechnen kann und er so möglicherweise seinen im Sinne der

³⁸⁰ *Gomille*, GRUR 2017, 241 (243).

³⁸¹ *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 231.

³⁸² Vgl. § 683 BGB; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG § 7 Rn. 56.

³⁸³ *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 230, m. w. N.

³⁸⁴ Vgl. *Gomille*, GRUR 2017, 241 (243 f.); *Klass*, in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 231; *Ohly*, GRUR 2012, 983 (985); zur konkludenten Einwilligung generell: BGH, NJW 2016, 1094 (Rn. 38) – Intime Aufnahmen; *Teichmann*, in: *Jauernig*, BGB, § 823 Rn. 52.

Sphärentheorie geschützten Bereich durch sein Vorverhalten preisgibt. Zu dieser Thematik existieren mehrere Urteile, die sich jedoch mit dem Herausdringen von Informationen aus dem Sphärenbereich in die Öffentlichkeit befassen und nicht mit dem hier relevanten Eindringen in die geschützte Sphäre.

Das Rechtsproblem wird unter dem Rechtsbegriff der „Öffnung des geschützten Bereichs“ diskutiert.³⁸⁵ Der BGH urteilte hierzu zuletzt zu folgendem Sachverhalt: Ein ehemaliger Pornodarsteller sah sich in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, da über ihn – als Partner einer bekannten Schauspielerin – in einer Zeitschrift über seine ehemalige Nebentätigkeit in der Filmbranche berichtet wurde. Der BGH stellte hierzu klar, dass Mitwirkende in Pornofilmen hinnehmen müssten, dass über diese Mitwirkung berichtet werde, auch wenn sie im Abspann der Filme nicht mit ihrem echten Namen genannt werden würden. Dem stünde nach Auffassung des Senats auch der höchstpersönliche Kernbereich der Lebensgestaltung nicht entgegen.³⁸⁶ Denn so könne der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entfallen, wenn sein Träger

„den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung von sich aus öffnet, bestimmte, an sich dem unantastbaren Kernbereich zuzurechnende Angelegenheiten der Öffentlichkeit zugänglich macht und damit zugleich die Sphäre anderer oder die Belange der Gemeinschaft berührt.“

Durch die Tatsache, dass der Kläger „freiwillig an der Produktion professionell hergestellter und kommerziell zu verwertender Pornofilme in für den Zuschauer erkennbarer Weise mitgewirkt und diesen Bereich seiner Sexualität damit bewusst der interessierten Öffentlichkeit preisgegeben hat“, verliere er seinen geschützten Bereich durch die vorherige freiwillige Öffnung seiner Intimsphäre vor der Öffentlichkeit, so der BGH weiter.³⁸⁷

Ähnlich wurde auch im Fall des Kannibalen von Rotenburg argumentiert. Das Urteil des BGH³⁸⁸ beschäftigte sich mit dem Fall von Armin Meiwes, der sich als „Kannibale von Rotenburg“ in der Presse einen Namen gemacht hatte. Aufgrund seiner spektakulären kannibalischen Tatbegehung³⁸⁹ wollte ein US-amerikanisches Unternehmen die Tathandlung verfilmen. Der

³⁸⁵ Zuletzt: BGH, NJW 2016, 1094 (Rn. 36) – Intime Aufnahmen; vgl. BGH, NJW 2012, 767 (Rn. 12 f.), m. w. N. – Pornodarsteller; *Klass*, in: in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 121a.

³⁸⁶ BGH, NJW 2012, 767 (Rn. 12 ff.) – Pornodarsteller.

³⁸⁷ BGH, NJW 2012, 767 (768) – Pornodarsteller.

³⁸⁸ BGH, NJW 2009, 3576 – Kannibale von Rotenburg.

³⁸⁹ S. Tatbestand bei BGH, NJW 2005, 1876 – Kannibalen-Fall.

Täter sollte dabei schauspielerisch möglichst realitätsnah dargestellt werden. Hiergegen wendete sich Meiwes. Gestützt auf sein allgemeines Persönlichkeitsrecht verlangte er, die Vorführung und die Veröffentlichung des Films zu unterlassen. Entgegen den Vorinstanzen gab der BGH seinem Begehren nicht statt. Auch hier habe der Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts seinen geschützten Bereich freiwillig selbst gegenüber der Öffentlichkeit geöffnet. Dadurch, dass der Kannibale der Zeitschrift „Stern“ ein Interview gab, in dem er seine Gedankenwelt, den Tathergang und seine Motive schilderte, habe er sein Recht zur Privatheit hinsichtlich solcher Tatsachen verloren, die er selbst zuvor der Öffentlichkeit preisgegeben hat.³⁹⁰

Auch das BVerfG³⁹¹ vertritt in der Caroline von Monaco II Entscheidung, dass der Schutz der Privatsphäre vor öffentlicher Kenntnisnahme entfalle, wenn sich jemand selbst damit einverstanden zeige, bestimmte, gewöhnlich als privat geltende Angelegenheiten öffentlich zu machen. Nach der Öffnung könne sich der Einzelne dann nicht gleichzeitig auf den öffentlichkeitsabgewandten Schutz seiner Privatsphäre berufen.

Fraglich ist deshalb, ob die Öffnung des geschützten Bereichs nicht auch für das Eindringen von Informationen in den Bereich der Persönlichkeit Geltung beanspruchen kann. In der Vergangenheit wurde bereits der Besuch eines Jahrmarktes oder ähnlicher Veranstaltungen als Anlass dazu genommen, festzulegen, dass sich derjenige, der sich an einen Ort begeben, der mit der Konfrontation durch bestimmte Formen von Werbung zwangsläufig einhergehe, nicht auf einen gewährten Schutzanspruch im Hinblick auf sein personales Selbstbestimmungsrecht berufen könne, da der Besucher „in der Regel damit [rechnen müsse,] angesprochen und zum Mitmachen, Kaufen, Spielen usw. aufgefordert zu werden.“³⁹²

Analog hierzu hätte die Öffnung des geschützten Bereichs für den Fall der medialen Werbung, deren sich der Beworbene insoweit freiwillig aussetzt, als dass er den redaktionellen Inhalt der Zeitschrift, der Internetseite oder des Fernsehsenders bewusst aufsucht, zur Folge, dass der Medienkonsument örtlich gesehen in seinem häuslichen Privatbereich sein mag, er sich jedoch durch Ansteuern des medialen Inhalts außerhalb des mit dem Privatbereich einhergehenden strengen Schutzes bewegt, da er sich insoweit gegenüber Meinungen, Informationen und auch Werbenachrichten Dritter öffnet.³⁹³ Aus diesem Vorverhalten folgt, dass der Beworbene seinen Schutz vor der Suggestion teilweise aufgibt. Derjenige, der heutzutage kostenlose redaktionelle

³⁹⁰ BGH, NJW 2009, 3576 (3579) – Kannibale von Rotenburg, m. w. N.

³⁹¹ BVerfG, GRUR 2000, 446 (2. Ls.) – Caroline von Monaco II.

³⁹² Vgl. BGH, GRUR 1965, 315 (317) – Werbewagen.

³⁹³ Im Ergebnis auch: *Lempe*, Konflikt zwischen Vertrieb von Werbeblockern und Werbefinanzierung elektronischer Medien, S. 217.

Inhalte konsumiert, hat auch Kenntnis über den Sinn und Zweck sowie Häufigkeit und Üblichkeit des anhaftenden Werbematerials.³⁹⁴ Wenn der Beworbene diese Inhalte freiwillig ansteuert, wird seinem personalen Selbstbestimmungsrecht zudem weiterhin Rechnung getragen, solange er sich den Inhalten auch freiwillig wieder entziehen kann.

Da der Medienkonsument seine Aufmerksamkeit einem öffentlich verfügbaren Medium freiwillig aussetzt, richtet sich die Beurteilung der Reichweite seines Selbstbestimmungsrechts ebenfalls nach den Kriterien der Öffentlichkeitssphäre. Das heißt, solange ihm Ausweichmöglichkeiten offenstehen, die sein personales Selbstbestimmungsrecht hinreichend berücksichtigen, muss eine Abwägung im Interesse des Werbenden ausfallen.³⁹⁵ Wenn der Wille dahingeht, keine Werbung erhalten zu wollen, so hat derjenige lediglich auf das Medium zu verzichten. Gemäß seiner Berufs- und Meinungsfreiheit hat der Werbende ein verfassungsmäßig verbürgtes Recht zur Werbeschaltung. Insbesondere mit Blick auf diese verfassungsrechtliche Stellung hat der Konsument medialer Inhalte auf persönlichkeitsrechtlicher Basis keinen Anspruch auf ein Unterlassen des Ausliefern der redaktionellen Inhalte in Verbindung mit Werbung.³⁹⁶ Dieser Zusammenhang führt letztlich dazu, dass die freiwillige Rezeption des Konsumenten mit einer gleichzeitig konkludenten Einwilligung einhergeht, sodass mediale Werbung aus persönlichkeitsrechtlicher Sicht grundsätzlich legitim ist.

Aber nicht nur bezüglich des Konsums medialer Inhalte spielt die Öffnung des geschützten Bereichs eine Rolle. Ähnlich der Öffnung des geschützten Bereichs wurde in der Vergangenheit teilweise das Bereithalten eines Empfangsgeräts zur Kommunikation mit Dritten als grundsätzliche Einwilligung in den Empfang von Werbung verstanden.³⁹⁷ Dies würde bedeuten, dass bereits durch das Vorhalten von Kommunikationskanälen in eine kommerzielle Kontaktaufnahme eingewilligt wird. Dies kann in einer solchen Pauschalität jedoch nicht gelten. So hält der Einzelne Vorrichtungen wie Telefon, E-Mail-Posteingang als auch Briefkasten zwar für den Empfang von Nachrichten Dritter bereit, sodass es naheliegt, auch Werbenden die Nutzung der Empfangseinrichtungen zu erlauben, jedoch wäre dies mit dem Persönlichkeitsrecht nicht mehr vereinbar.³⁹⁸ Würde man dem Werbeadressaten aufbürden, dass er erst nach der Kontaktaufnahme durch den Werbenden diesem gegenüber erklären kann, dass er keine Werbung er-

³⁹⁴ So bereits OLG Hamm, NJW 2011, 3794 (3796) – Gratiszeitung mit Werbebeilagen.

³⁹⁵ LG Düsseldorf, MMR 2003, 486 – Exit-Pop-up-Fenster.

³⁹⁶ Vgl. hierzu LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 50 ff., juris; OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913; LG Bonn, NJW 1992, 1112.

³⁹⁷ Vgl. BGH, WRP 2012, 938 (939), mAnm. Köhler, typischerweise sei das Anbringen eines Briefkastens als grundsätzliches Einverständnis mit dem Einwurf von Werbung zu verstehen.

³⁹⁸ Vgl. Gomille, GRUR 2017, 241 (243 f.).

wünscht, so wäre das eigentliche Ziel, dem Einzelnen einen Bereich der Ruhe und Abgeschiedenheit zuzustehen, nicht mehr realisierbar, da der Beworbene stets Erstkontakten von Werbungstreibenden ausgesetzt wäre.³⁹⁹ Grundsätzlich gilt für Kommunikationskanäle daher, dass zuvor ausdrücklich in die Mitteilung von Werbung eingewilligt werden muss.

III. Einwilligungsfreie Werbeformen

Grundsätzlich sind Werbeformen, die nicht persönlichkeitsverletzend sind, auch nicht einwilligungsbedürftig.⁴⁰⁰ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Werbeadressat sich der Rezeptionswirkung jener Werbung, die keine Persönlichkeitsverletzung darstellt, hingeben muss.⁴⁰¹ Denn ein Recht des Werbenden, dass seine Werbung auch wahrgenommen wird, ist mit dem freien Willen eines jeden Einzelnen nicht in Einklang zu bringen.⁴⁰² Wie im verfassungsrechtlichen Teil gezeigt, ist zwar die Möglichkeit geschützt, dass die Nachricht beim Empfänger ankommen kann, allerdings endet der Schutzbereich dort, wo einem anderen die Information aufgezwungen werden soll.⁴⁰³

Kapitel 7 Schutz vor Direktwerbung

§ 1 Briefkastenwerbung

A. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung

Bei Briefkastenwerbung als eine der ältesten und zurzeit meistgenutzten Direktwerbformen ist grundsätzlich zwischen adressierten Werbebriefen (auch Briefwerbung) und nicht-adressierten Werbeprospekten (auch Briefkastenwerbung) zu unterscheiden. Da von beiden Werbeformen ein jeweils anderer Belästigungsgrad ausgeht, ist die Abgrenzung für die folgende Untersuchung wichtig.

Die wirtschaftliche Bedeutung der Briefkastenwerbung wird durch das beeindruckende Verhältnis von Post, die zur Kommunikation versandt wird und Post, die dem Dialogmarketing dient, deutlich. Laut dem aktuellen Geschäftsbericht der Deutschen Post betrug das Postvolumina im Jahr 2016 insgesamt 18,6 Milliarden Sendungen. Das Dialogmarketing durch werbende Unternehmen hatte dabei ein höheres Volumen als die der Kommunikation dienenden

³⁹⁹ Vgl. *Gomille*, GRUR 2017, 241 (243 f.).

⁴⁰⁰ Vgl. *Klass* in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 229.

⁴⁰¹ Vgl. *Gomille*, GRUR 2017, 241 (245).

⁴⁰² LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 32 ff.); *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 85.

⁴⁰³ *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 85.

Postsendungen.⁴⁰⁴ Briefkastenwerbung gehört mit einem Werbeumsatz von ca. 3,5 Milliarden Euro zu den größten Werbesparten Deutschlands.⁴⁰⁵

Aufgrund der Menge an Werbesendungen ergreifen eine Vielzahl der Beworbenen Gegenmaßnahmen. So fand sich laut aktuellen Zahlen der bekannte „Bitte keine Werbung“-Aufkleber im Jahr 2016 bereits auf 24,1 % aller deutschen Briefkästen. 2015 lag dieser Wert noch bei 23 %. Auf die zehn größten Städte gesehen steigt der Anteil der Werbeverweigerer sogar auf 33 %⁴⁰⁶.

B. Rechtliche Beurteilung

I. Nicht adressierte Briefkastenwerbung

Im Gegensatz zu der persönlich adressierten Briefwerbung hat Briefkastenwerbung einen geringeren Belästigungsgrad gegenüber ihrem Empfänger, denn ihr Werbecharakter kann vom Empfänger von vornherein erkannt werden. Des Weiteren ist es unproblematisch möglich, sich durch Anbringen eines Sperrvermerks präventiv gegen diese Werbeform zu schützen. Dies spiegelt sich auch in der lauterkeits- und deliktsrechtlichen Bewertung wider.

1. Wettbewerbsrechtsrechtliche Beurteilung

Briefkastenwerbung ist im Wettbewerbsrecht grundsätzlich erlaubt. Zwar liegt gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG stets eine unzumutbare Belästigung vor, wenn Werbung unter Verwendung eines für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation Verbraucher hartnäckig anspricht, allerdings gilt dies nur dann, wenn sich diese Werbung gegen den erkennbaren Willen des Beworbenen richtet. Die Briefkommunikation stellt ein für den Fernabsatz geeignetes Mittel dar.⁴⁰⁷ Hartnäckig im Sinne der Norm ist Werbung dann, wenn sie wiederholt – also mindestens zwei Mal – gegenüber der gleichen Person erfolgt.⁴⁰⁸ Hinzukommen muss jedoch noch, dass der Verbraucher seinen Willen erkennbar für den Werbenden geäußert hat. Folglich wird Briefkastenwerbung erst mit Hinzukommen eines Opt-outs wettbewerbsrechtlich unlauter.⁴⁰⁹

Richtet sich Werbung nicht an Verbraucher, sondern an andere Marktteilnehmer, gilt das oben Gesagte, jedoch ist § 7 Abs. 1 S. 2 UWG maßgeblich. Auch hier liegt eine Belästigung vor,

⁴⁰⁴ Vgl. den Geschäftsbericht 2016 der Deutschen Post, S. 60, abrufbar unter: http://www.dpdhl.com/content/dam/dpdhl/Investoren/Veranstaltungen/Reporting/2017/FY2016/DPDHL_Geschaeftsbericht_2016.pdf.

⁴⁰⁵ Studie der ZAW, Werbung 2016, S. 133.

⁴⁰⁶ Studie der ZMG in Prospekt-Service-Online (2017), abrufbar unter: <https://www.die-zeitungen.de/argumente/zeitungsqualitaeten/werbeverweigerer.html>.

⁴⁰⁷ Vgl. die Legaldefinition in § 312b Abs. 2 BGB; speziell Briefe fallen unter Fernkommunikationsmittel vgl. BT-Drs. 16/10145, S. 29.

⁴⁰⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 105; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7 Rn 189.

⁴⁰⁹ Zu den Voraussetzungen hierzu weiter unten bei C.

wenn der Marktteilnehmer die Werbung für den Werbenden erkennbar nicht wünscht. Es wird hier jedoch in Abweichung zu Abs. 2 Nr. 1 keine „Hartnäckigkeit“ verlangt.

Da Marktteilnehmer, wie die Legaldefinition in § 2 UWG zeigt, auch Verbraucher sein können, stellt sich deshalb die Frage, ob § 7 Abs. 1 S. 2 UWG auf Verbraucher Anwendung finden kann oder ob § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG insoweit *lex specialis* ist. Würde man die Anwendung beider Vorschriften auf Verbraucher zulassen, so hätte dies im Ergebnis zur Folge, dass bereits die einmalig unverlangte Zusendung von Werbung unlauter ist, denn so müssten sich Verbraucher nicht mehr auf jene Hartnäckigkeit berufen.⁴¹⁰ Die h. L. geht zurecht von einer Anwendbarkeit des Abs. 1 auf Verbraucher aus.⁴¹¹ Denn ginge man davon aus, dass die Unzulässigkeit im Sinne des Abs. 1 nicht bezüglich Verbraucher anzuwenden sei, so würde man diese ohne hinreichenden Grund benachteiligen. Dies wäre auch nicht im Sinne des Gesetzes oder des EU-Gesetzgebers.⁴¹² Eine unlautere Handlung stellt somit auch das einmalige Werben entgegen dem Willen des Verbrauchers dar.

2. Deliktsrechtliche Beurteilung

a) Allgemeines Persönlichkeitsrecht

a. Briefkasten als Teil der Privatsphäre

Die Beurteilung nichtadressierter Briefkastenwerbung anhand oben gewonnener Erkenntnisse zum Persönlichkeitsrecht setzt zunächst die Feststellung voraus, in welche Sphäre Briefkastenwerbung eingreift. Der BGH ordnet Briefkastenwerbung grundsätzlich der Privatsphäre zu.⁴¹³ Dies wurde in der Literatur teilweise kritisiert, da der Briefkasten, als ein vor dem Haus stehender Empfangsapparat eher der Öffentlichkeit zuzuordnen sei. Es wurde darauf abgestellt, dass der Briefkasten funktional der Öffentlichkeit zugänglich sei und somit keinen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung darstellen könne.⁴¹⁴ Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Ansicht verkennt, dass es bezüglich der Rezeption von Werbung und dem Schutz davor nicht darauf ankommt, ob die Öffentlichkeit hierauf zugreifen kann, sondern in welcher Art und Weise sie damit den Bereich des Empfängers berührt. Das alleinige Abstellen

⁴¹⁰ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 106.

⁴¹¹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 106; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rn. 31.

⁴¹² So Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 106, „Da nach Nr 26 S 2 Anh I UGP-RL der Art 10 Richtlinie 97/7/EG unberührt bleiben soll, ist § 7 I 2 jedenfalls innerhalb des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung (Anbahnung von Fernabsatzverträgen) neben § 7 II Nr 1 anwendbar [...]. Das rechtfertigt sich daraus, dass Nr 26 S 1 Anh UGP-RL den Schutz der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher, Art 10 Richtlinie 97/7/EG dagegen nach Erwägungsgrund 17 (nur) den Schutz der Privatsphäre der Verbraucher bezweckt.“

⁴¹³ BGH, WRP 1989, 308 (310) – Handzettel-Wurfsendung.

⁴¹⁴ So Weise, GRUR 1989, 653 (656).

auf die öffentliche Verfügbarkeit des Empfangsgeräts hätte zur Folge, dass sobald Kontaktadressen öffentlich verfügbar sind, diese nicht mehr zur Privatsphäre zählen und somit einem geringeren Schutz ausgesetzt wären. Dies wird der Funktion des in der Rechtsprechung stets hervorgehobenen geschützten Bereich jedoch nicht gerecht. Der Einzelne wäre in seinem Persönlichkeitsrecht in nicht vertretbarer Weise eingeschränkt, da Kommunikationsgeräte aufgrund ihrer örtlichen Nähe zum Werbeadressaten einen direkten Eingriff in dessen geschützten Privatbereich erlauben. Das Unterhalten einer Empfangsvorrichtung, die der Öffentlichkeit gegenüber als Kontaktmöglichkeit angeboten wird, schließt folglich nicht das Eindringen in den privaten Bereich aus. Eine Zuordnung der Öffentlichkeitsphäre und das damit einhergehende niedrige Schutzniveau ist nicht sach- und interessensgerecht. Diese Überlegungen werden bekräftigt, wenn man sich einen in die Haustür eingelassenen Briefkasten vorstellt, da hier der Briefverkehr sogar unmittelbar in den häuslichen Bereich und somit der Privatsphäre eindringt.

b. Briefkastenwerbung als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht

Fraglich ist, ob bereits das Versenden von Briefkastenwerbung die Privatsphäre in rechtswidriger Weise berührt. Der BGH vertritt hierzu die Ansicht, dass in der bloßen als solchen nicht ehrverletzenden Kontaktaufnahme regelmäßig nur dann eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gesehen werden kann, wenn sie gegen den eindeutig erklärten Willen des Betroffenen erfolgt, da ansonsten die Freiheit kommunikativen Verhaltens schwerwiegend beeinträchtigt wäre.⁴¹⁵ Im Vorgriff unten abzuhandelnder Kommunikationsmöglichkeiten fällt auf, dass diese Linie bei Formen der Direktkommunikation nicht stringent verfolgt wird. So wird bei Telefon-, E-Mail- und Telefaxwerbung häufig bereits durch die Erstkontaktaufnahme ein rechtswidriger Eingriff bejaht, da im Bereitstellen eines Empfangsgeräts nicht gleichzeitig die Einwilligung einhergehe, dass dieses auch für den Werbenden offenstehe.⁴¹⁶ Briefkastenwerbung bürdet dem Briefkasteninhaber folglich – anders als andere Formen der Direktwerbung – das Erfordernis eines Opt-out zur Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts auf.⁴¹⁷ Es stellt sich die Frage, inwieweit diese Sonderrolle zu begründen und zu vertreten ist. Man kann anführen, dass Briefkastenwerbung nicht bereits per se persönlichkeitsverletzend ist, weil es den Werbeverweigerern durch das Anbringen eines Sperrvermerks unkompliziert möglich ist, jegliche Briefkastenwerbung abzulehnen.⁴¹⁸ Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Emp-

⁴¹⁵ BGH, BeckRS 2011, 04947 (Rn. 8).

⁴¹⁶ Vgl. BGH, NJW 2000, 2677 (2677 f.) – Telefonwerbung VI, zur Missbilligung unerbetener Telefonwerbung im privaten Bereich.

⁴¹⁷ Vgl. hierzu auch *Gomille*, GRUR 2017, 241 (244), m. w. N.

⁴¹⁸ *Gomille*, GRUR 2017, 241 (244).

fänger nicht zur Rezeption der Werbesendungen oder einer Auseinandersetzung mit diesen gezwungen wird, da grundsätzlich bereits auf den ersten Blick das Material als Werbung zu erkennen ist.⁴¹⁹ Dem BGH ist daher in seiner Bewertung zuzustimmen. Zwar betrifft Briefkastenwerbung die Privatsphäre, aber aufgrund der Eigenart des Briefkastens und der damit verbundenen einfachen Möglichkeit, einen Sperrvermerk anzubringen, stellt Briefkastenwerbung grundsätzlich keine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung dar.

b) Eigentums- und Besitzstörung, §§ 1004 Abs. 1 S. 2, 903, 862 BGB

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass nicht der Wille, sondern die Eigentums- und Besitzrechte des Briefkasteninhabers zur Begründung von Abwehransprüchen gegenüber der Nutzung zum Empfang kommerzieller Kommunikation heranzuziehen seien.⁴²⁰ Der Wille als solcher sei nicht schutzwürdig, vielmehr sei die Berufung auf das Persönlichkeitsrecht methodisch nicht haltbar, da das Rechtsproblem der Briefkastenwerbung über das positive Recht der Eigentums- und Besitzschutzansprüche gelöst werden könne.⁴²¹

Zwar ist es richtig, dass das Eigentumsrecht auch negative Befugnisse umfasst, die dem Rechtsinhaber gewisse Ausschließungsrechte garantieren, worunter auch das Recht fällt, Dritten jedwede Einwirkung auf die Sache zu untersagen⁴²², allerdings kann das Eigentums- bzw. Besitzrecht nur lückenhaft herangezogen werden, wenn es um den aktuellen Rechtsstand anderer Werbeformen geht. Würde man das Eigentumsrecht stets heranziehen, unterliefe man dem Problem, dass es erst dann zur Einschränkung der negativen Befugnisse käme, nachdem das Kommunikationsgerät als Werbung verwendet wurde und der Beworbene danach seinen Widerspruch geäußert hat. Beim Briefkasten stellt dies kein Problem dar, da man zu jeder Zeit einen Briefkastenaufkleber anbringen kann. Hingegen ist dies bei der Telefonwerbung nicht mehr möglich. Zudem geht es gerade um den Schutz vor der Suggestivwirkung von Werbung, welche durch das Eigentumsrecht nur mittelbar berührt wird. Teleologisch ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht hier vorzugswürdig, da dieses den Schutz der Persönlichkeit und die Selbstbestimmung über die Aufmerksamkeit mitumfasst. Im Ergebnis steht daher das Persönlichkeitsrecht als Vertreter der ideellen Interessen des Beworbenen bei der Bewertung von Briefkastenwerbung zumindest neben dem eigentums- oder besitzrechtlichen Ausschließungsrecht, wenn nicht sogar vorzugswürdig vor diesem.⁴²³

⁴¹⁹ BGH, WRP 1989, 308 (309) – Handzettel-Wurfsendung.

⁴²⁰ *Weise*, GRUR 1989, 653 (656 f.).

⁴²¹ *Weise*, GRUR 1989, 653 (657).

⁴²² *Althammer*, in: Staudinger, BGB, § 903, Rn. 11; *Rösch* in: Herberger/Martinek/Rüßmann, jurisPK-BGB, § 903, Rn. 56

⁴²³ Vgl. BGH, WRP 1989, 308 (309 f.) – Handzettel-Wurfsendung.

Etwas anderes kann jedoch dort gelten, wo das Persönlichkeitsrecht von vornherein nicht einschlägig ist. Denn anders als Privatpersonen können Unternehmen sich nicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht berufen, solange es um den Kern höchstpersönlicher Lebensgestaltung geht, der einem Unternehmen wesensfremd ist.⁴²⁴ Stattdessen kann hier ein Anspruch aus Eigentums- und Besitzrecht dem Betroffenen Abhilfe verschaffen. Begründet wird der Anspruch mit dem Interesse, den Briefkasten gegen Überfüllung zu schützen. Diese hat nämlich zwangsläufig zur Folge, dass der Briefkasten nicht mehr zum Empfang geeignet ist, sodass das Eigentum in seiner Funktion beeinträchtigt wird.⁴²⁵

II. Adressierte Briefwerbung

Die adressierte Briefwerbung hat gegenüber der Briefkastenwerbung einen höheren Grad an Einwirkungs- und Belästigungspotential. Durch die persönliche Adressierung des Beworbenen fällt es diesem schwieriger, den Brief zuzuordnen, sodass er sich zwangsläufig geistig zunächst mit dem Inhalt auseinandersetzen muss. Aufgrund von großen Adressdatenbanken und der fortgeschrittenen Digitalisierung ist es auch kein großer Aufwand, persönliche Briefwerbung zu verschicken, sodass diese in der Werbewirtschaft einen beachtlichen Teil ausmacht.⁴²⁶

1. Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit

Auch Briefwerbung wird innerhalb der Rechtslehre und Rechtsprechung ohne das Hinzutreten weiterer Umstände grundsätzlich als lauterkeitsrechtlich zulässig angesehen.⁴²⁷ Für sie gelte ebenfalls trotz der stärkeren Einwirkungsqualität, dass sie erst mit Hinzutreten von Hartnäckigkeit und entgegenstehendem Willen des Adressaten unlauter im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG sei.⁴²⁸ Sie sei auch nicht in unzumutbarer Weise gemäß § 7 Abs. 1 UWG belästigend. Die Briefwerbung und die damit verbundene Beeinträchtigung der Privatsphäre des Empfängers sei nicht so schwerwiegend, als dass das Absatzinteresse der werbenden Wirtschaft dahinter zurücktreten müsse.⁴²⁹ Briefwerbung gelte erst dann als belästigend, wenn der Werbecharakter nicht direkt erkennbar sei, die Angabe des Absenders fehle und Angaben gemacht werden würden, die eine Dringlichkeit des Schreibens implizieren.⁴³⁰

⁴²⁴ Vgl. *Klass* in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 59 ff.

⁴²⁵ BGH, WRP 1989, 308 (309) – Handzettel-Wurfsendung; LG Lüneburg, WRP 2012, 365 (366) – Einkauf Aktuell.

⁴²⁶ Vgl. Fn. 332 bei Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schöler, UWG, § 7 Rn. 210.

⁴²⁷ Vgl. BGH, NJW 1973, 1119 – Briefwerbung; BGH, WRP 2011, 1054 – Kreditkartenübersendung.

⁴²⁸ BGH, NJW 1973, 1119 (Rn. 15) – Briefwerbung; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 113 f.

⁴²⁹ BGH, WRP 2011, 1054 (1055 f.) – Kreditkartenübersendung; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 113, 115.

⁴³⁰ KG Berlin, WRP 2015, 1534; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 113.

Hierzu vertritt diese Arbeit unter Berücksichtigung der Stellung des individuellen Persönlichkeitsrechts eine andere Ansicht, nach der Briefwerbung grundsätzlich als unzulässig gem. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG zu werten ist. Eine ausführliche Auseinandersetzung erfolgt aufgrund der auf persönlichkeitsrechtlichen Überlegungen beruhenden Wertung im nachfolgenden deliktsrechtlichen Teil.

2. Deliktsrechtsrechtliche Zulässigkeit

Nach ganz h. M. und nach Ansicht des BGH wird Briefwerbung auch ohne das vorherige Einverständnis des Empfängers als zulässig angesehen.⁴³¹ Solange das Werbeschreiben nicht bereits auf dem Umschlag, wohl aber nach dem Öffnen des Briefes sofort und unmissverständlich als Werbung erkennbar ist, sei kein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gegeben.⁴³² So sei die dadurch hervorgerufene Belästigung, die durch die Notwendigkeit der Entgegennahme, Prüfung und Entsorgung der Werbung entstehe, als nicht so gravierend zu werten, als dass das Absatzinteresse der werbenden Wirtschaft und das Interesse der Umworbene an Informationen durch Werbeschriften dahinter zurücktreten müsste.⁴³³

Unter Beachtung der oben gemachten Ausführungen zum Persönlichkeitsrecht vertritt diese Arbeit eine andere Ansicht. Zunächst ist erneut auf die Einordnung des Briefkastens als Teil der Privatsphäre und dem damit verbundenen Schutzniveau hinzuweisen. Der Briefwerbung kann im Gegensatz zur Briefkastenwerbung nicht mittels eines Sperrvermerks ausgewichen werden. Die Post trifft insoweit eine vertragliche Zustellungsverpflichtung.⁴³⁴ Der Grad der Bedrohung durch die Suggestivwirkung der Werbung für den Einzelnen ist somit ebenfalls ein anderer, zumal sich der Werbecharakter auch nicht stets aus der Aufmachung des Umschlags ergibt.⁴³⁵

Auch das Argument, das Informationsinteresse der Öffentlichkeit rechtfertige eine Beschneidung der Privatsphäre des Einzelnen, verfängt nicht. Leute, die sich mittels Werbeprospekten „informieren“ möchten, können dies tun, indem sie ihr Interesse gegenüber den entsprechenden Unternehmen bekunden und Werbematerial anfordern. Das unterstellte Informationsinteresse

⁴³¹ BGH, WRP 2011, 1054 (1055 f.) – Kreditkartenübersendung; BGH, GRUR 1973, 552 – Briefwerbung; OLG Frankfurt, NJW-RR 1992, 39; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG § 7 Rn. 40; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 113; *Prütting*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, § 12 Rn. 48; *Hager*, in: *Staudinger*, BGB, C. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. C 232.

⁴³² Vgl. BGH, WRP 2011, 1054 (1056) – Kreditkartenübersendung; BGH, NJW 1973, 1119 (Rn. 14 f.) – Briefwerbung; KG Berlin, WRP 2015, 1534 (1534 f.).

⁴³³ BGH, WRP 2011, 1054 (1056) – Kreditkartenübersendung; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 113 – 116.

⁴³⁴ Ähnlich *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 7 Rn. 40.

⁴³⁵ A. A. BGH, NJW 1973, 1119 (Rn. 15) – Briefwerbung.

kann in heutiger Zeit auch nicht mehr die gesellschaftliche Stellung einnehmen, die es zum Zeitpunkt der BGH-Entscheidung hatte. Die Möglichkeit der Bevölkerung, auf Preisvergleiche und regionale Informationen online zuzugreifen, lässt gedruckte Informationen für den Bürger immer unattraktiver werden.⁴³⁶

Darüber hinaus widerspricht sich der BGH selbst. Während er in der „Handzettel-Wurfsendung“-Entscheidung⁴³⁷ betonte, „daß [sic!] der Bürger einem unerwünschten Eindringen der Werbung in seinen rechtlich geschützten Eigenbereich, das sich über seinen erklärten Willen hinwegsetzt, entgegentreten kann“⁴³⁸ und insbesondere der Wille, seinen Lebensbereich „von jedem Zwang“⁴³⁹ durch eine „Konfrontation mit der Suggestivwirkung der Werbung zu entgehen“⁴⁴⁰, unter dem personalen Selbstbestimmungsrecht schutzwürdig sei, weicht er hiervon in der „Kreditkartenübersendung“-Entscheidung⁴⁴¹ ab, wenn er Briefwerbung als sozialadäquate Belästigung einstuft und nicht auf die Verkürzung der Schutzmöglichkeiten des Beworbenen eingeht. Dieser kann sich nämlich nicht mehr von „jedem“ Konfrontationszwang mit Werbung lossagen, da ihm diese Möglichkeit erst nach einmaliger Zustellung offensteht. Eine präventive Abwehr ist nicht mittels Sperrvermerkes erreichbar. Die zur Verfügung stehenden Robinsonlisten⁴⁴² sind insoweit nicht für den Werbenden rechtlich bindend.

Briefwerbung ist auch nicht unverzüglich als solche kommerzielle Kommunikation zu erkennen, sodass eine kognitive Auseinandersetzung durch den Adressaten erfolgen muss, um den Inhalt des Briefes verorten zu können.⁴⁴³ Wer werben will, muss sich jedoch dazu auch eindeutig bekennen und sollte sich nicht in der Aufmachung eines Geschäfts- oder Privatbriefs verbergen.⁴⁴⁴ Hinzu kommt, dass derselbe Schutzgedanke auch in § 28 Abs. 3 BDSG zu finden ist. § 28 Abs. 3 BDSG erlaubt sowohl die Verarbeitung als auch die Nutzung personenbezogener

⁴³⁶ Vgl. auch *Mankowski*, WRP 2012, 269 (271).

⁴³⁷ BGH, WRP 1989, 308 – Handzettel-Wurfsendung.

⁴³⁸ BGH, WRP 1989, 308 (310) – Handzettel-Wurfsendung.

⁴³⁹ BGH, WRP 1989, 308 (310) – Handzettel-Wurfsendung.

⁴⁴⁰ BGH, WRP 1989, 308 (310) – Handzettel-Wurfsendung.

⁴⁴¹ BGH, WRP 2011, 1054 – Kreditkartenübersendung.

⁴⁴² Eine Robinsonliste ist eine Liste von Personen, die keine unaufgeforderten Werbeschreiben erhalten möchten, abrufbar unter: <https://www.robinsonliste.de>; in Deutschland führen der I.D.I und der DDV eine solche Liste.

⁴⁴³ So wurde zuletzt die Notwendigkeit einer gedanklichen Trennung zwischen Werbung und Inhalt einer E-Mail-Werbung als Grund für eine Persönlichkeitsverletzung angenommen, vgl. BGH, WRP 2016, 493 (495, Rn. 22) – No-Reply-E-Mails.

⁴⁴⁴ Insoweit dann auch BGH, NJW 1973, 1119 – Briefwerbung.

Daten für kommerzielle Botschaften nur bei vorheriger Einwilligung des Betroffenen. Briefwerbung ist somit auch ohne zuvor erfolgten Widerspruch als Persönlichkeitsverletzung anzusehen.⁴⁴⁵

C. Schutzmöglichkeiten

Sowohl das Gesetz zum unlauteren Wettbewerb als auch das Zivilrecht unter Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts stellen bei der Beurteilung der Unlauterkeit von Briefkastenwerbung darauf ab, ob Werbung vom Beworbenen unerwünscht ist und dies für den Werbenden erkennbar gewesen ist, vgl. §§ 7 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 UWG⁴⁴⁶. In der Missachtung dieser Willenserklärung, indem das personale Selbstbestimmungsrecht umgangen wird, liegt der Verletzungsgehalt der Handlung des Werbenden.

Im Folgenden wird dargestellt, welche Möglichkeiten der Einzelne hat, seinem personalen Selbstbestimmungsrecht vor unerwünschter Brief- und Briefkastenwerbung durch Kundgabe seines Willens Ausdruck zu verleihen.

I. Opt-out durch Briefkastenaufkleber gegen Direktwerbung

In allen Fällen, in denen die Rechtsprechung die Unzulässigkeit von Briefkastenwerbung herleitete, wurde auf die Missachtung des Willens abgestellt, keine Werbung erhalten zu wollen.⁴⁴⁷

Die gängigste Form eines solchen Opt-outs ist die Verwendung eines Sperrvermerks. Doch damit ist der Briefkasteninhaber nicht unbedingt vor jeglicher Werbung geschützt. Denn neben der klassischen Briefkastenwerbung existieren auch Anzeigenblätter, Zeitschriften und Zeitungen, welche neben werbenden auch redaktionelle Inhalte enthalten. Es ist daher von Interesse, zu untersuchen, wie weit und detailliert die Formulierung eines Sperrvermerks ausfallen darf, um noch vom personalen Selbstbestimmungsrecht gedeckt zu sein.

⁴⁴⁵ So im Ergebnis auch *Schöler*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7 Rn. 217; a. A. *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rn. 40, der die Möglichkeit eines Opt-outs zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts genügen lässt.

⁴⁴⁶ *Köhler* spricht sich gegen die Anwendung von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG im Fall von Anzeigenwerbung aus, da in der Aufzählung im Anh. I der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG lediglich die „Pressewerbung mit Bestellschein“ als Fernkommunikationsmittel gewertet wird, BGH, WRP 2012, 938 (939) mAnm. *Köhler*.

⁴⁴⁷ Vgl. BGH, NJW 1973, 1119; BGH, WRP 1989, 308 – Handzettel-Wurfsendung; BVerfG, NJW 1991, 910 (911); kritisch *Alt*, WRP 1985, 319.

1. Grundsätzliche Reichweite eines Opt-outs

In der Rechtsprechung wurden Briefkastenaufkleber behandelt, die sich gegen bestimmte Formen der Briefkastenwerbung wie Prospekten in Plastikfolie⁴⁴⁸, Werbebeilagen und Anzeigenwerbung in Abonnement-Zeitschriften⁴⁴⁹ wenden und Aufkleber, die sich nur gegen bestimmte Werbende richten⁴⁵⁰.

Der BGH entschied zuletzt, dass der Einwurf von Gratis-Anzeigenblättern von einem pauschalen Sperrvermerk nicht gedeckt sei.⁴⁵¹ Der Wortlaut von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG⁴⁵² erfordere nämlich einen erkennbaren Widerspruch. Dieser liege nicht vor. Äußere sich der Werbeadressat, indem er durch einen Sperrvermerk auf seinem Briefkasten zu erkennen gebe, dass er „keine Werbung“ erhalten möchte, so komme dem Begriff „Werbung“ aus der maßgeblichen Sicht des Durchschnittsverbrauchers kein eindeutiger Erklärungsinhalt zu. Denn der Verleger eines Anzeigenblattes könne nicht sicher erkennen, ob derjenige, der keine Werbeprospekte im Briefkasten haben möchte, auch den Einwurf von (mit redaktionellen, lokalen Nachrichten ausgestalteten) Anzeigenblättern ausschließen wolle oder nicht.⁴⁵³

Dem Ergebnis ist beizupflichten. Es ist im Interesse der Werbewirtschaft und der Werbeadressaten, dass der Widerspruch möglichst genau und individuell formuliert werden kann. So wird man einerseits dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen und andererseits dem Werbeinteresse der Wirtschaft gerecht, indem die Möglichkeit gegeben ist, einzelne Werbeformen weiterhin zu erlauben und nicht pauschal nach Anbringen des Sperrvermerks in ihrer Gesamtheit zu verbannen.⁴⁵⁴ Somit sieht der BGH⁴⁵⁵ in Übereinstimmung mit der Vorinstanz des OLG Hamm⁴⁵⁶ im Einwurf kostenloser Anzeigenblätter, die einen redaktionellen Teil enthalten, zu recht keine unzumutbare Belästigung, wenn ein Briefkastenaufkleber sich lediglich pauschal gegen den Einwurf von Werbung richtet. Besteht der Wunsch des Einzelnen darin, dass er auch Anzeigenblätter vom Einwurf in seinen Briefkasten ausschließen möchte, ist stattdessen der

⁴⁴⁸ OLG Frankfurt a.M., WRP 2012, 844 – Werbung in Plastikfolie; a. A. Meyer, WRP 2012, 788.

⁴⁴⁹ OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913; OLG Hamm, NJW 2011, 3794 – Gratiszeitung mit Werbebeilagen.

⁴⁵⁰ OLG Brandenburg, WRP 2015, 362 (Rn. 15).

⁴⁵¹ BGH, WRP 2012, 938, mAnm. Köhler – Einkauf Aktuell.

⁴⁵² Köhler sieht hier § 7 Abs. 1 S. 2 UWG für einschlägig, vgl. BGH, WRP 2012, 938 (939), mAnm. Köhler.

⁴⁵³ Vorinstanzlich: OLG Hamm, NJW 2011, 3794 (3795).

⁴⁵⁴ A. A. Mankowski in Anm. zu OLG Hamm, WRP 2012, 585. Mankowski sieht in dem Erfordernis, Anzeigenblätter explizit als unerwünscht auf dem Sperrvermerk zu klassifizieren, eine nicht hinnehmbare Aufbürdung für den Briefkasteninhaber.

⁴⁵⁵ BGH, WRP 2012, 938, mAnm. Köhler – Einkauf Aktuell.

⁴⁵⁶ OLG Hamm, NJW 2011, 3794.

Sperrvermerk so auszugestalten, dass eine Formulierung wie „Keine Werbeprospekte und keine Anzeigenblätter“⁴⁵⁷ gewählt wird.

Die sich aus dem Urteil ergebende Wahlfreiheit in der sachlichen Reichweite des Widerspruchs ermöglicht es dem Beworbenen, sich im Rahmen seines Selbstbestimmungsrechts explizit für und gegen bestimmte Werbeformen auszusprechen. Als Konsequenz hieraus kann der Briefkasteninhaber den Sperrvermerk auch so formulieren, dass nur Werbung von bestimmten Verlegern nicht eingeworfen werden soll.⁴⁵⁸

2. Opt-out gegenüber bestimmter Briefkastenwerbung

Nach Ansicht des OLG Frankfurt a. M. reiche die Selbstbestimmung dabei nicht soweit, dass auch der Wunsch, keine Anzeigenblätter in Plastikfolie zu erhalten, zu beachten sei.⁴⁵⁹ In dem Fall, der dem OLG zur Verhandlung vorlag, ging es um die lauterkeitsrechtliche Behandlung des Sperrvermerks „Keine Werbung in Plastiktüten! Der Umwelt zuliebe!“. Das Gericht wertete diese Widerspruchserklärung innerhalb der Interessenabwägung des § 7 Abs. 1 UWG gegenüber den Werbeinteressen der Wirtschaft als weniger schutzwürdig. In der Briefkastenaufschrift sei kein ausreichend formulierter Wille des Werbeadressaten gegen die Werbung selbst zu sehen. Die Belästigung mit Plastikfolien sei keine lauterkeitsrechtliche Handlung nach § 7 Abs. 2 UWG. Außerdem sei eine solche Belästigung, die aus dem Handgriff zur Trennung der Plastikfolie und der Zeitschrift und dem Entsorgungsaufwand resultiere, auch nicht als unzumutbar zu bewerten.⁴⁶⁰

Diese Erwägungen stehen im Widerspruch zu der hier vertretenen und oben dargestellten Rechtsansicht. Dem Gericht ist zudem zu widersprechen, wenn es die Ansicht vertritt, von Plastikfolien ginge kein hohes Störpotential für den Beworbenen aus. Die Resonanz einer Petition⁴⁶¹ gegen die Plastikummantelung von „Einkauf Aktuell“ zeigt, dass sich insgesamt über 190 000 Unterstützer gegen eine Plastikverpackung aussprachen. Dies ist kein Grund, Plastikfolien per se für unzulässig zu halten, da immerhin die Werbeindustrie ein berechtigtes Interesse daran hat, eine kostengünstige Schutzverpackung für ihre Zeitungen zu wählen. Jedoch spricht die

⁴⁵⁷ BGH, WRP 2012, 938 (938 f.), mAnm. Köhler; so auch OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913 welches das Wahlrecht insoweit einschränkt, dass der Beworbene nicht die Zeitung ausgesondert von Werbung erhalten kann; auch OLG Hamm, NJW 2011, 3794.

⁴⁵⁸ OLG Brandenburg, WRP 2015, 362 (Rn. 15).

⁴⁵⁹ OLG Frankfurt, WRP 2012, 844 – Werbung in Plastikfolie; vgl. hierzu Anm. Singer, jurisPR-WettbR 6/2012 Anm. 4; a. A. Meyer, WRP 2012, 788.

⁴⁶⁰ OLG Frankfurt, WRP 2012, 844 – Werbung in Plastikfolie.

⁴⁶¹ Petition abrufbar unter: www.change.org/postaktuell (Stand 04/2017).

Menge der Petitionsteilnehmer dafür, dass zumindest ein Interesse besteht, sich individuell gegen diese Art der Werbung auszusprechen. Dies erscheint bei einer Menge von 2886 Tonnen Folienverpackungen jährlich⁴⁶² zumindest aus umweltschützenden Motiven gerechtfertigt.

Fraglich ist, wie die Weite des Widerspruchs hier rechtlich bestimmt werden kann. Die Widerspruchserklärung unterliegt wie die Einwilligung grundsätzlich der Auslegung. Für ein starkes Selbstbestimmungsrecht spricht, dass auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene der Schutz der Privatsphäre gegenüber kommerzieller Kommunikation bereits stark hervorgehoben ist und auch immer stärker betont wird.⁴⁶³ Zudem ist zu beachten, von wem die Einwirkung in den Rechtskreis des Beworbenen hier ausgeht. Vorliegend dringt der Werbende aus lediglich kommerziellen Gründen in die Privatsphäre des Adressaten ein und beeinträchtigt diesen entgegen seinem Willen mit Werbung in Plastikfolie. Sowohl das Eigentums- als auch das Persönlichkeitsrecht streiten hier für den Adressaten gegen das kommerzielle Interesse des Werbenden. Da es sich hier um einen Eingriff in die Privatsphäre des Adressaten handelt, ist der Werbende in seinen Werbemöglichkeiten entsprechend beschränkt. Ist er nicht bereit, die Extrawünsche der gewünschten Werbezielgruppe zu erfüllen wie beispielsweise, keine Werbung mit Plastikfolien zu erhalten, so muss er letztlich auf diesen Werbeadressaten gänzlich verzichten.⁴⁶⁴ Im Umkehrschluss hat der Einzelne allerdings auch keinen Anspruch gegen den Werbenden auf die Belieferung der Zeitschrift ohne die Plastikfolie. Es besteht lediglich ein Schutzanspruch, nicht hingegen ein Leistungsanspruch.⁴⁶⁵

Die Ansicht des OLG Frankfurt a. M. ist folglich nicht haltbar, da sie unter Missachtung des Persönlichkeits- und personalen Selbstbestimmungsrechts Werbung in Plastikfolie in gekünstelter Weise einerseits in Werbung und andererseits in deren Verpackungsweise aufspaltet.⁴⁶⁶ Dabei handelt es sich hierbei um in plastikverpackte Werbung als Gesamtprodukt. Wenn der BGH zwischen „Werbung“ und „Anzeigenblättern“ differenziert, so kann auch „Werbung in Plastikfolie“ als eigene Kategorie einer rechtlichen Bewertung unterliegen. Dies hat zur Folge, dass auch ein Sperrvermerk, der sich gegen den Einwurf von „Werbung in Plastikfolie“ wendet, von der Werbeindustrie beachtet werden muss – entweder in der Gestalt, dass Plastikfolien

⁴⁶² Mengenangabe laut deutscher Umwelthilfe, abrufbar unter: <http://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/plastikverpackungen-von-einkauf-aktuell-aufstand-gegen-werbeflut-im-briefkasten/10314554.html>.

⁴⁶³ Vgl. nur den 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 2017/0003 (COD), (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation).

⁴⁶⁴ Vgl. Meyer, WRP 2012, 788 (794).

⁴⁶⁵ Vgl. Meyer, WRP 2012, 788 (794).

⁴⁶⁶ Meyer, WRP 2012, 788 (795).

nicht verwendet werden oder dass gänzlich auf den Einwurf der plastikummantelten Werbung verzichtet wird.

3. Opt-out gegenüber Zeitschriftenwerbung

Zwar handelt es sich bei Zeitschriftenwerbung um eine Werbeform, die der Medienfinanzierung dient, allerdings soll aus Übersichtsgründen nichtdestotrotz in diesem Abschnitt die rechtliche Behandlung erfolgen.

In Rechtsprechung und Literatur wurde in der Vergangenheit bereits die Frage behandelt, ob der Einzelne nach Kundgabe seines Willens an den Werbenden oder mittels Anbringen eines Sperrvermerks einen Anspruch hat, eine wöchentlich erscheinende Abonnement-Zeitschrift ohne die darin befindliche Werbung zu erhalten.⁴⁶⁷ Ausgangslage war stets die Ansicht des Klägers als Zeitungsabonnent, dass ihm ein Anspruch zustehe, die verlegte Tageszeitung auch ohne dieser beigelegte Werbung zugestellt zu bekommen. Obergerichtlich wurde dieser Anspruch versagt. So sei die Zeitungsbeilagenwerbung von einem Sperrvermerk nicht erfasst. Der Abonnent beziehe die Zeitung nur in der „Form und in dem Umfang“, in dem der Verleger jene, als eine in eigener Verantwortung fertiggestellte Ware vertreibe.⁴⁶⁸ Hierzu zähle heutzutage üblicherweise auch das Hinzufügen von Werbeanzeigen.⁴⁶⁹ Fühle sich der Kläger durch die gelieferte Werbung gestört, so bleibe ihm stets die Möglichkeit offen, das Abonnement zu kündigen oder mit dem Verlag eine vertragliche Sondervereinbarung über den Erhalt von Werbung auszuhandeln. Ein Anspruch auf Belieferung ohne Werbebeilagen bestehe jedoch grundsätzlich nicht.⁴⁷⁰

Zu einem anderen Ergebnis kommen vereinzelte Stimmen in der Literatur. Demnach bestehe sehr wohl ein Anspruch auf Lieferung des Abonnements ohne Werbebeilagen, da diese nicht Teil des konkreten Verlagsprodukts seien.⁴⁷¹ Denn der Zeitungsverlag bekäme die Beilagen vom werbenden Unternehmen mit dem Auftrag geliefert, diese zusammen mit der Zeitung an die Abonnenten auszuliefern. Die Werbebeilagen würden die Zeitung nur als „Vehikel“ nutzen, um in die Briefkästen von den Empfängern zu gelangen. Sie würden daher auch nicht als Teil der vom Zeitungsverleger in eigener Verantwortung hergestellten Ware gelten und seien damit

⁴⁶⁷ Vgl. hierzu: OLG Hamm, NJW 2011, 3794 (3795); OLG Karlsruhe, BB 1992, 1299; LG Bonn, NJW 1992, 1112; *Zepter*, BB 1993, 1386; *Wolff*, BB 1993, 2179.

⁴⁶⁸ OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913 (2914).

⁴⁶⁹ OLG Hamm, NJW 2011, 3794 (3795 f.).

⁴⁷⁰ OLG Hamm, NJW 2011, 3794 (3795); zustimmend *Meyer*, WRP 2012, 788 (Fn. 70).

⁴⁷¹ *Zepter*, BB 1993, 1386; a. A. *Wolff*, BB 1993, 2179.

auch nicht vom Zeitungsabonnement erfasst, sodass derjenige, der eine Lieferung dieses Materials nicht wünsche, sich dagegen isoliert mit Hilfe seines Persönlichkeitsrechts wehren könne.⁴⁷²

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Sie vernachlässigt, dass sich die Zeitungsredaktion auch die Werbebeilagen zu eigenmacht, indem sie sich dafür entscheidet, diese mit dem restlichen Teil ihrer Zeitung an die Abonnenten auszuliefern. Es handelt sich hier folglich um ein durch den Verlag bewusst und absichtlich geformtes Gesamtprodukt. Es liegt in der unternehmerischen und presserechtlichen Freiheit, Zeitungen in Form und Inhalt frei auszuliefern. Beilagen in Zeitschriften sind eine allgemein übliche Form von Werbung und nicht von vornherein persönlichkeitsverletzend.⁴⁷³

Im Unterschied zur Briefkastenwerbung liegt hier bereits keine aufgedrängte Werbung vor, da der Zeitungsabonnent durch seine Bestellung in die Lieferung des Produkts in der Form eingewilligt hat, wie es der Verlag herstellt. Der abweichende Wunsch stellt indessen einen Antrag auf Vertragsänderung dar, den der Verlag jedoch nicht annehmen muss.⁴⁷⁴ Mangels aufgedrängter Werbung geht daher auch der Versuch fehl, auf die Rechtsprechung zur Briefkastenwerbung hinsichtlich des Schutzanspruches abzustellen.⁴⁷⁵ Denn diese wurde im Kontext mit dem unerwünschten, aufgedrängten Werbeeinwurf erlassen und nicht mit dem gewollten, angeforderten Liefern einer Werbung beinhaltenden Zeitung. So ist dem persönlichkeitsrechtlichen Abwehranspruch gegen Werbung Genüge getan, solange die Lieferung durch Kündigung gestoppt werden kann. Insoweit kann auch auf obige Ausführungen zur Öffnung des geschützten Bereichs verwiesen werden.⁴⁷⁶

II. Opt-out durch individuell mitgeteilten Widerspruch

Eine weitere Möglichkeit, seinen Willen kundzugeben, ist die direkte Mitteilung des Beworbenen an den Werbenden. Wenn der Briefkasten weiterhin als Empfangsgerät für kommerzielle Kommunikation dienen soll und nur bestimmte Werbende keinen Zugriff erhalten sollen, kann explizit bei diesem Werbetreibenden eine Opt-out Erklärung eingereicht werden. Der Adressat dieses „selektiven Widerspruchs“⁴⁷⁷ kann dabei entweder der Werbende selbst oder auch ein

⁴⁷² *Zepter*, BB 1993, 1386 (1386).

⁴⁷³ LG Bonn, NJW 1992, 1112 (1112).

⁴⁷⁴ OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913 (2914).

⁴⁷⁵ So aber *Zepter*, BB 1993, 1386 (1386 f.).

⁴⁷⁶ Vgl. oben bei Teil III, Kapitel 6, § 3, B.

⁴⁷⁷ Vgl. *Mankowski*, WRP 2012, 269 (273).

Drittanbieter sein, dessen er sich zur Auslieferung bedient.⁴⁷⁸ Der Mehraufwand, der dem Werbenden hierdurch entsteht, rechtfertigt eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen nicht. Die Rechtsordnung befürwortet einen starken Verbraucherschutz gegen unerwünschte Werbung. Normen wie § 241a BGB und § 7 UWG verdeutlichen dies.⁴⁷⁹ § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG verlangt lediglich einen „erkennbaren“ Widerspruch, der „stets“ zu beachten ist. Das Argument, die Einhaltung des Widerspruchs sei mit unzumutbaren Kosten und Mühen für den Werbenden verbunden, findet aufgrund der vom Gesetzgeber abstrakt vorweggenommenen Abwägung in § 7 Abs. 2 UWG keinen Halt.⁴⁸⁰ Eine Garantie oder einen Schutz einer besonders günstigen Werbemöglichkeit gibt es auf Kosten des Selbstbestimmungsrechts nicht.⁴⁸¹

Im Ergebnis kann der Opt-out somit neben dem Anbringen eines Sperrvermerks an der Außenseite des Briefkastens auch mittels mündlicher bzw. schriftlicher selektiver Äußerung an den einzelnen Werbenden herangetragen werden.

III. Opt-out durch Robinsonlisten

Bereits im Jahr 2000 wies der EU-Gesetzgeber die EU-Mitgliedstaaten an, sogenannte Robinson-Listen zum Schutz der Verbraucher einzurichten und zu unterhalten.⁴⁸² Robinsonlisten verdanken ihren Namen der Romanfigur Robinson Crusoe, welcher – isoliert von der Außenwelt – mehrere Jahre auf einer einsamen Insel verbrachte.⁴⁸³ Es handelt sich um Schutzlisten für Personen, die keine Werbung erhalten wollen. Gedacht sind diese vorrangig als präventiver Schutz gegen adressierte Werbesendungen, denn nur durch den Eintrag in eine solche Liste ist bereits vorher für den Werbenden erkennbar, dass die Werbung gem. § 7 Abs. 1, Abs. 2 UWG nicht erwünscht ist. Ein Eintrag ist grundsätzlich kostenlos und kann online erfolgen, so beispielsweise auf der Seite des Deutschen Dialogmarketing Verbands e. V.⁴⁸⁴ oder durch den Dienst der GDVI „werbestopper.de“⁴⁸⁵, der es ermöglicht, Werbeverbote selektiv gegenüber verschiedenen Werbenden auszusprechen.

⁴⁷⁸ BGH, WRP 1989, 308 (2. Ls.) – Handzettel-Wurfsendung; LG Lüneburg, WRP 2012, 365 (3. Ls.) – Einkauf Aktuell.

⁴⁷⁹ So *Mankowski*, WRP 2012, 269 (273).

⁴⁸⁰ *Mankowski*, WRP 2012, 269 (273).

⁴⁸¹ *Mankowski*, WRP 2012, 269 (273).

⁴⁸² Vgl. 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“), Art. 7 Abs. 2.

⁴⁸³ Artikel zu Robinsonliste, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Robinsonliste>.

⁴⁸⁴ Internetseite abrufbar unter: www.ddv.de; vergleichbare Listen werden vom Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. für die Faxwerbung und von der Interessengemeinschaft deutsches Internet e. V. für die Telefon-, SMS- und E-Mail-Werbung geführt, siehe www.robinsonliste.de.

⁴⁸⁵ Abrufbar unter: www.werbestopper.de.

Robinson-Listen sind nur gegenüber den Unternehmen verpflichtend, die sich freiwillig eintragen haben lassen. Die Liste ist allerdings auch für Nichtmitglieder verfügbar, sodass diese ihre Adressenliste mit den Schutzlisten gegen eine Entgeltzahlung abgleichen können.⁴⁸⁶

Problematisch an diesem von Grund an lobenswertem Ansatz ist die bereits implizierte fehlende rechtliche Bindungswirkung gegenüber werbenden Unternehmen. Um einen effektiven Schutz zu gewährleisten, sollte der Gesetzgeber in Erwägung ziehen, die Beachtung und Einhaltung von Robinsonlisten für Werbende verbindlich auszuformen – mit der Folge, dass adressierte Briefwerbung aufgrund der vereinfachten Widerspruchsmöglichkeit nicht bereits von vornherein als persönlichkeitsverletzend einzustufen wäre.

D. Ergebnis zur adressierten und nicht-adressierten Briefkastenwerbung

Sowohl das Lauterkeitsrecht als auch das Deliktsrecht gewährleisten einen hinreichenden Schutz des Beworbenen vor adressierter und nicht-adressierter Briefkastenwerbung. Nicht-adressierter Briefkastenwerbung kommt im Vergleich zu anderen Werbeformen des Direktmarketings eine besondere Stellung zu. Denn so ist sie aufgrund der einfachen Möglichkeit des Widerspruchs nicht bereits per se als persönlichkeitsverletzend anzusehen. Erst nach Kundgabe des auf der Selbstbestimmung beruhenden Willens, keine Briefkastenwerbung erhalten zu wollen, liegt in dem Einwurf eine persönlichkeitsverletzende Handlung.

Solche Werbewidersprüche können dabei an Briefkästen und durch individuelle Mitteilung in beliebiger Form und uneingeschränkter sachlicher Reichweite geäußert werden, solange sich die Erklärung auf Direktwerbung bezieht.

Die Möglichkeit des Opt-outs durch einen Sperrvermerk bei adressierten Werbesendungen besteht nicht, da die Post vertraglich verpflichtet ist, adressierte Briefe zuzustellen und keine Möglichkeit hat, zugestellte Briefe auf ihren Werbecharakter zu überprüfen. Aus diesem Grund ist – zum Schutz des Adressaten und dessen Privatsphäre – adressierte Briefwerbung ohne vorherige Einwilligung per se als Persönlichkeitsverletzung zu werten.

Gegenüber Abonnement-Zeitungen und der darin enthaltenen Werbung gelten die Opt-out-Erklärungen am Briefkasten nicht, da keine aufgedrängte Werbung vorliegt.

⁴⁸⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 115; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7 Rn. 216.

§ 2 Telefonwerbung

A. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung

Definitionsgemäß liegt ein Werbeanruf vor, wenn der Angerufene zum Eingehen, zur Fortsetzung, zur Wiederaufnahme, zur Änderung oder zur Erweiterung eines Vertragsverhältnisses in unmittelbarer oder mittelbarer Weise bestimmt werden soll.⁴⁸⁷

Telefonwerbung ist gemessen am Störpotential die wohl intensivste Werbeform im Direktmarketing. Der Werbecharakter ist für den Adressaten durch die anrufende Nummer nicht erkennbar, sodass er wegen der Befürchtung, einen Anruf zu verpassen, eher dazu geneigt sein wird, den Hörer abzunehmen, was ihn unmittelbar der Werbebotschaft aussetzt. Verschärfend hinzu kommt, dass die Telefonkommunikation nur bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Gesprächspartner möglich ist. Telefonanrufe können daher nur selten dem eigenen Zeitplan angepasst werden. Des Weiteren ist Telefonwerbung leicht umsetzbar und aufgrund des direkten Kontakts zum Werbeadressaten beim Werbenden beliebt. Wegen der interaktiven und wechselseitigen Echtzeit-Kommunikation⁴⁸⁸ zum Beworbenen können geschulte Verkäufer den Kunden individuell ansprechen und den Überraschungseffekt gewinnbringend ausnutzen. Weitere Vorteile sind die fehlenden Reisekosten und die mögliche Werbefrequenz.⁴⁸⁹ Neben individuellen Anrufen durch einen Werbenden kann der Prozess auch durch die Verwendung automatischer Anrufmaschinen automatisiert werden. In einer vom VZBV vorgelegten Forsa-Umfrage aus dem Jahre 2007 gaben insgesamt 86 % der Befragten an, sich durch Telefonwerbung belästigt zu fühlen.⁴⁹⁰

B. Rechtliche Beurteilung

Telefonwerbung wird durch die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und der BGB-Informationspflichten-Verordnung reguliert. Je nach Werbeadressat ergeben sich verschiedene Schutzgewährleistungen, sodass zwischen Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern und Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern zu differenzieren ist.

⁴⁸⁷ Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rn. 43; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 130 – 131; Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7 Rn. 223.

⁴⁸⁸ S. 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), Art. 2 S. 2 e).

⁴⁸⁹ Vgl. für Beispiele Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 118.

⁴⁹⁰ Pressemitteilung „Telefonwerbung - 86 Prozent fühlen sich durch Werbeanrufe belästigt“, abrufbar unter: <https://www.vzbv.de/pressemitteilung/telefonwerbung-86-prozent-fuehlen-sich-durch-werbeanrufe-belaestigt>.

I. Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern und natürlichen Personen

1. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung

Gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG ist eine unzumutbare und damit unzulässige Belästigung im Sinne von § 7 Abs. 1 UWG stets bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung anzunehmen. Bei Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine ist ebenfalls von einer unzumutbaren Einwilligung auszugehen, solange keine ausdrückliche vorherige Einwilligung vorliegt, vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Welche Voraussetzungen an die Einwilligung geknüpft sind, wird auch hier im Rahmen der Schutzmöglichkeiten besprochen.⁴⁹¹

2. Deliktsrechtsrechtliche Beurteilung

Der BGH hat Telefonwerbung⁴⁹² bereits in seinem ersten Grundsatzurteil als rechtswidrigen persönlichkeitsrechtlichen Eingriff eingestuft.⁴⁹³ Er stellte darauf ab, dass die technische Eigenart des Telefons ein unkontrollierbares Eindringen in die Privatsphäre des Anschlussinhabers ermögliche und es nicht erkennbar wäre, wer anrufe.⁴⁹⁴ Der Anschlussinhaber sei daher genötigt, das Gespräch anzunehmen, da es sich um für ihn wichtige Anrufe handeln könnte.⁴⁹⁵ Im Ergebnis gewichtete der Senat den Schutz der Privatsphäre des Verbrauchers höher als das unternehmerische Gewinnstreben.⁴⁹⁶

In nachfolgenden Entscheidungen verlieh der BGH diesem Standpunkt Nachdruck.⁴⁹⁷ Insgesamt hält die Rechtsprechung fest, dass Telefonanrufe, die ohne vorherige Zustimmung⁴⁹⁸ des Angerufenen erfolgen, aufgrund ihrer einschneidenden Wirkung auf die Aufmerksamkeit des Angerufenen eine erhebliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen.

⁴⁹¹ Vgl. zur Frage, ob bei einer unzumutbaren Belästigung i. S. d. § 7 Abs. 2 UWG noch die Spürbarkeit der Beeinträchtigung geprüft werden muss, BGH, GRUR 2007, 607 (3. Ls.).

⁴⁹² Sogenanntes Cold-Calling – deutsch: Kaltakquise; ist die erste Kontaktannahme eines potentiellen Kunden, hier mittels Telefons, zu dem bisher keine Geschäftsbeziehungen bestanden.

⁴⁹³ BGH, GRUR 1970, 523 – Telefonwerbung I.

⁴⁹⁴ BGH, GRUR 1970, 523 (524) – Telefonwerbung I; *Rixecker* sieht bei Telefonwerbung nicht per se eine Persönlichkeitsverletzung, vgl. *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. 124.

⁴⁹⁵ BGH, GRUR 1970, 523 (524) – Telefonwerbung I.

⁴⁹⁶ Neben dem gewerbsmäßigen Gewinnstreben wurde auch ein Anruf einer politischen Partei zum Fang von Wählerstimmen als persönlichkeitsverletzend angesehen, s. OLG Stuttgart, NJW 1988, 2615; a. A. *Rixecker*, MüKoBGB, § 12 Anh. Rn. 124.

⁴⁹⁷ Vgl. BGH GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II; BGH, GRUR 1990, 280 – Telefonwerbung III; BGH, NJW 1991 2087 – Telefonwerbung IV; BGH, GRUR 1995, 220 – Telefonwerbung V; BGH, WRP 1999, 847 (851) – Private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit; BGH, NJW 2000, 2677 – Telefonwerbung VI; BGH, GRUR 2002, 637 (638 f.) – Werbefinanzierte Telefongespräche.

⁴⁹⁸ Zur Übersicht über die gestellten Anforderungen an das Vorliegen einer Einwilligung in Telefonwerbung, s. BGH, GRUR 1995, 220 – Telefonwerbung V; BGH, NJW 2000, 2677 – Telefonwerbung VI.

Es ist zu betonen, dass hier bereits die Werbeform aufgrund ihrer Intensität als persönlichkeitsverletzend bewertet wurde und nicht erst die Missachtung der personalen Selbstbestimmung in Form des kundgetanen Willens des Einzelnen, keine Werbung erhalten zu wollen.⁴⁹⁹

Diese Arbeit schließt sich dem an, denn der Anschlussinhaber hat aufgrund der technischen Eigenart eines Telefons gegen das Eindringen in seine Privatsphäre von vornherein keine Möglichkeit, sich zur Wehr zu setzen. Dieses Recht ist dem Einzelnen jedoch aufgrund der Stellung des personalen Selbstbestimmungsrechts innerhalb der Privatsphäre gegen eindringende Werbung zu gewährleisten. Gerade das unkontrollierbare Eindringen in die Lebensgewohnheiten des Werbeadressaten und der damit verbundene Zwang, sich mit der Werbung zu einem ausschließlich durch den Werbenden bestimmten Zeitpunkt auseinanderzusetzen, ist maßgeblich für die Erheblichkeit der Verletzungshandlung.⁵⁰⁰

Es existieren jedoch Literaturstimmen, die unerwünschte Telefonate zum typischen Risiko dessen zählen, der einen Telefonanschluss bereithält. So sei dem Rechtsschutz des Angerufenen genüge getan, wenn ihm die Möglichkeit gegeben ist, den Hörer aufzulegen und so das Telefonat zu beenden.⁵⁰¹ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Würde man Telefonwerbung der Öffentlichkeitssphäre zuordnen, so würden die Überlegungen mit der betroffenen Sphäre übereinstimmen, da der Selbstbestimmung, wie oben dargelegt, im öffentlichen Bereich Genüge getan ist, solange Ausweichmöglichkeiten bestehen.⁵⁰² Hier dringt der Werbende jedoch in die Privatsphäre ein. Wird nur auf die Möglichkeit, aufzulegen, abgestellt, so ist die Belästigung jedoch bereits geschehen. Außerdem stehen dem Angerufenen keine präventiven Schutzmöglichkeiten gegen Werbeanrufe zur Verfügung. Wie oben auch bereits erläutert, eröffnet derjenige, der Kommunikationsanlagen bereithält, nicht jedem bereitwillig den Innenbereich seiner Persönlichkeit. Dies gilt insbesondere dann, wenn lediglich wirtschaftliche Interessen Werbender gegenüberstehen, die insoweit auf andere weniger störende Werbeformen verwiesen werden können.

⁴⁹⁹ Vgl. *Kaboth*, ZUM 2003, 342 (343).

⁵⁰⁰ Vgl. BGH, WRP 1999, 847 (851) – Private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit.

⁵⁰¹ *Rixecker* in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 124.

⁵⁰² Vgl. oben Teil II, Kapitel 5, § 1, A. V. 4.

Das Anrufen als solches ist daher als persönlichkeitsverletzende Belästigung zu qualifizieren⁵⁰³, die lediglich mittels einer Einwilligung zur Zulässigkeit gelangen kann.⁵⁰⁴

II. Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern und juristischen Personen

1. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung

Anders als gegenüber Verbrauchern ist Telefonwerbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern erst dann als unzumutbare Belästigung einzustufen, wenn sie ohne mutmaßliche Einwilligung gem. § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG⁵⁰⁵ erfolgt.⁵⁰⁶ Auch der Schutzzweck ist im Vergleich zur Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern ein anderer. Es wird nicht die Privatsphäre, sondern die geschäftliche Betätigungsfreiheit des Angerufenen geschützt, die durch Telefonanrufe und der damit verbundenen Beeinträchtigung der Arbeitszeit sowie der Blockade der Telefonleitung unzumutbar beeinträchtigt werden kann.⁵⁰⁷

a) Diskrepanz gegenüber der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

Im Hinblick darauf, dass § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG auf der europäischen Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation⁵⁰⁸ beruht, ergeben sich Abweichungen bezüglich der Schutzhöhe bei sonstigen Marktteilnehmern zum Richtlinienrecht.⁵⁰⁹ Eine Differenzierung, wie sie in Abs. 2 zwischen Verbraucher und sonstigem Marktteilnehmer vorgenommen wird, ist so von der Richtlinie nicht intendiert. Die Richtlinie unterscheidet in Art. 13 Abs. 3 zwar zwischen

⁵⁰³ Eine präzise Zusammenfassung der obigen Ausführungen zum Wettbewerbsrecht und eine Erweiterung jener um einen Verweis auf die Regelung hinsichtlich einer Rufnummernunterdrückung lassen sich § 3 der Beschwerdeordnung der Bundesnetzagentur entnehmen:

„Unerlaubte Telefonwerbung oder ein sogenannter Cold Call liegt vor, wenn ein Verbraucher einen Werbeanruf erhalten hat, in den dieser vorher nicht ausdrücklich einwilligte. Dies ist gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verboten und kann nach § 20 Abs. 1 UWG mit einem Bußgeld von 300.000 Euro geahndet werden. Eine zunächst erteilte Einwilligung kann jederzeit durch den Verbraucher widerrufen werden. Vorrangiges Ziel der anrufenden Unternehmen ist es, mit dem Anruf den Absatz oder den Kauf von Waren, die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen zu fördern. Der unerlaubte Werbeanruf kann von einer natürlichen Person oder mittels einer automatischen Anrufmaschine durchgeführt werden. Er ist aber nur dann bußgeldbewehrt, wenn er gegenüber einem Verbraucher (nicht einem Unternehmer bzw. sonstigen Marktteilnehmer) erfolgt. Darüber hinaus darf bei Werbeanrufen die Rufnummer des Anrufenden nicht unterdrückt werden. Dies ergibt sich aus § 102 Abs. 2 TKG.“

⁵⁰⁴ Diese Ansicht korreliert ebenfalls mit der des Gesetzgebers. Der Bundestag hat die Einführung der UWG Novelle 2004 damals zum Anlass genommen, die Rechtswidrigkeit eines unerbetenen Telefonanrufs ausdrücklich auf individualrechtlicher Basis zu begründen. So stelle der Anruf zu Hause einen erheblichen Eingriff in die Privatsphäre des Anschlussinhabers dar, BT-Drs. 15/1487, S. 42 zu Nr. 13.

⁵⁰⁵ „Diese Regelung ist durch Art 13 Abs. 3 und 5 d. Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG nicht vollständig gedeckt, weil sie nicht der darin vorgenommenen Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen entspricht“, Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 158.

⁵⁰⁶ § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.

⁵⁰⁷ BGH, GRUR 2001, 1181 (1182); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 159.

⁵⁰⁸ 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).

⁵⁰⁹ S. zur Problematik Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 123 f.

natürlichen und juristischen Personen, allerdings können sonstige Marktteilnehmer grundsätzlich beiden Gruppen zugeteilt werden. Indem der deutsche Gesetzgeber sich für die Opt-in-Lösung zugunsten von Verbrauchern entschieden hat, muss dies daher auch für sonstige Marktteilnehmer gelten. Für juristische Personen verlangt die Richtlinie in Art. 13 Abs. 5, dass diese vor unerbetenen Nachrichten ausreichend geschützt werden. Insoweit kam der deutsche Gesetzgeber dem nach, indem eine mutmaßliche Einwilligung als erforderliches Zulässigkeitskriterium für Telefonwerbung gewählt wurde.

b) Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung

Eine mutmaßliche Einwilligung liegt, wie bereits beschrieben, immer dann vor, wenn es an einer ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligungserklärung fehlt, die geschäftliche Handlung aber dem objektiven Interesse oder dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Adressaten entspricht.⁵¹⁰ Dies ist dann der Fall, wenn der Werbende bei verständiger Würdigung der Umstände annehmen durfte, der Angerufene erwarte einen solchen Anruf oder werde ihm jedenfalls aufgeschlossen gegenüberstehen.⁵¹¹ So rechnet beispielweise derjenige, der einen Telefonanschluss zu gewerblichen Zwecken unterhält, üblicherweise mit Anrufen, mit denen ein akquisitorisches Bemühen verfolgt wird.⁵¹² Betrifft der Anruf die Anschaffung einer Ware, mit welcher der Unternehmer handelt, so mag zwar ein Interesse des Unternehmers an dieser Werbung vorliegen, es ist aber auch zu beachten, ob das Angebot so dringlich ist, dass es mittels Telefon zugetragen werden muss.⁵¹³ Eine allgemeine Sachbezogenheit genügt für das Vorliegen eines mutmaßlichen Willens nicht, da dies den vorgesehenen Schutzzweck unterlaufen würde.⁵¹⁴

Für die mutmaßliche Einwilligung gilt, dass diese nur für den Anruf als solchen gilt. Nach Verlautbarung des Werbeinteresses des Anrufenden kann der Angerufene sodann äußern, dass er das Telefonat nicht wünscht. Diesem Wunsch ist seitens des Werbenden sodann Folge zu leisten. Tut er dies nicht, so liegt eine unzumutbare Belästigung vor.⁵¹⁵ Im Ergebnis gilt der

⁵¹⁰ *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza UWG*, § 7 Rn. 56.

⁵¹¹ BGH, WRP 2010, 1249 (1251 f.) – Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel; vgl. hierzu auch BGH, GRUR 2008, 189 (Rn. 14) – Suchmaschineneintrag; BGH, GRUR 2004, 520 (521) – Telefonwerbung für Zusatzbeitrag; BGH, GRUR 2001, 1181 (1183) – Telefonwerbung für Blindenwaren; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza UWG*, § 7 Rn. 56; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm, UWG*, § 7 Rn. 163.

⁵¹² BGH, WRP 2010, 1249 (1251) – Telefonwerbung nach Unternehmenswechsel.

⁵¹³ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm, UWG*, § 7 Rn. 166; a. A. *Pauly/Jankowski*, GRUR 2007, 118 (122 ff.) und *Seichter/Witzmann*, WRP 2007, 699 (707), die bei einem den „Kern“ des Geschäftsbetriebs betreffenden Anruf stets eine mutmaßliche Einwilligung bejahen.

⁵¹⁴ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm, UWG*, § 7 Rn. 165, m. w. N.; a. A. *Engels/Stulz-Herrnstadt*, WRP 2005, 1218 (1229); *Fezer*, WRP 2010, 1075 (1093): „Sachinteresse“ ausreichend.

⁵¹⁵ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm, UWG*, § 7 Rn. 161.

mutmaßliche Wille somit nur solange, bis der tatsächliche Wille dem Werbenden ausdrücklich bekannt wird.⁵¹⁶

Um einer Ausuferung kommerzieller Nachrichten über Telefonanlagen entgegenzusteuern, sieht der deutsche Gesetzgeber keine weitere Liberalisierung der Einwilligungsanforderungen vor, wie sie in manchen EU-Ländern bestehen.⁵¹⁷

2. Deliktsrechtsrechtliche Beurteilung

Der kommerzielle Werbeanruf gegenüber einem Unternehmer stellt im Einklang mit den lauterkeitsrechtlichen Vorschriften einen Eingriff am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb dar, solange keine tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung gegeben ist.⁵¹⁸

C. Hohe Einwilligungsanforderungen zum Schutz von Verbrauchern

I. Ausdrückliche Einwilligung des Verbrauchers

Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, die Telefonwerbung nur unter restriktiven Voraussetzungen zuzulassen, indem nur eine ausdrückliche Einwilligung Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern legitimieren kann.⁵¹⁹ Dies kann mit der bereits oben beschriebenen Eingriffsin- tensität begründet werden.⁵²⁰

Welche Voraussetzungen an eine solche ausdrückliche Einwilligung zu stellen sind, wurde nicht vom Gesetzgeber vorgegeben. Fest steht lediglich, dass die Einwilligung im Einklang mit § 7 Abs. 2 Nr. 3 S. 1 UWG zeitlich vor der werbenden Handlung und ausdrücklich durch den Verbraucher erfolgen muss. Mangels weiterer Informationen ist auf die der Norm zugrundelie- gende EU-Datenschutzrichtlinie⁵²¹ zurückzugreifen.⁵²² Artikel 2 lit. f der Richtlinie verweist auf die Definition in Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG. Hiernach ist eine Einwilligung jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage er- folgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass die sie betreffenden personenbezogenen

⁵¹⁶ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 163 für eine Übersicht zu Fällen, in denen eine mutmaßliche Einwilligung angenommen wurde.

⁵¹⁷ BT-Drs. 15/1487, S. 49 zu Nummer 13.

⁵¹⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 119; Prütting, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 12 Rn. 48; a. A. Böhm MMR 1999, 643 (644).

⁵¹⁹ Anders noch BGH, GRUR 1989, 753 – Telefonwerbung II, der auch eine konkludente Einwilligungsmöglichkeit vorsah; kritisch zur Opt-in-Lösung Möller, WRP 2010, 321.

⁵²⁰ Vgl. Teil III, Kapitel 7, § 2, B. I. 2.

⁵²¹ 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).

⁵²² Vgl. auch Menebröcker, in: Götting/Nordemann, UWG, § 7 Rn. 61.

Daten verarbeitet werden. Im Kontext des konkreten Falls ergeben sich daher folgende Voraussetzungen:

Eine Einwilligung bedarf einer Willensbekundung, die für den konkreten Fall, ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage abgegeben wird und mit welcher der Werbeadressat den Erhalt der kommerziellen Botschaft akzeptiert. Die Einwilligung steht unter Zwang, wenn der Erklärende physisch oder psychisch unter Druck gesetzt wird.⁵²³ In Kenntnis der Sachlage handelt der einwilligende Verbraucher, wenn er sich über die Folgen und die Reichweite seiner Erklärung bewusst ist.⁵²⁴ Hieraus folgt auch, dass grundsätzlich auf die individuelle Erklärung des Beworbenen für den Einzelfall abzustellen ist. Hiervon abgewichen darf jedoch dann, wenn ein Werbeanrufer bei einem Anschlussinhaber, der in diesen Anruf eingewilligt hat, durch einen Dritten entgegengenommen wird. Hier ist nicht bereits mit Gesprächsbeginn gegen § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG verstoßen worden.⁵²⁵ Denn die Tatsache, dass es vom Zufall abhängt, wer letztlich den Hörer abnimmt, ist nicht dem Werbenden aufzubürden. Es genügt insoweit, wenn der Anschlussinhaber oder üblicherweise über diesen Anschluss erreichbare Personen in den Anruf zuvor eingewilligt haben.⁵²⁶

Im Einzelnen ergeben sich hieraus – immer unter der Voraussetzung der ausdrücklichen und vorherigen Erklärung – unter anderem folgende anerkannte Möglichkeiten des Opt-ins zur Telefonwerbung: das Auswählen eines Buttons auf Internetseiten, die konkrete Bitte, an- oder zurückgerufen zu werden oder die Erklärung bei Vertragsabschluss, mit einer weiteren telefonischen Betreuung einverstanden zu sein.⁵²⁷

Beispielhaft für das Fehlen einer vorherigen ausdrücklichen Einwilligung sind: der Eintrag in ein Telefonbuch; die Preisgabe der Telefonnummer im Zusammenhang mit einem Gewinnspiel und die bloße geschäftliche oder auch private Beziehung.⁵²⁸

II. Einwilligung des Verbrauchers durch vorformulierte Vertragsbedingungen

Die Frage, ob Verbraucher per vorformulierten Vertragsbedingungen in Telefonwerbung einwilligen können, ist für Unternehmen, die sich dieser Werbemethode bedienen, von praktischer

⁵²³ Lettl, WRP 2009, 1315 (1327).

⁵²⁴ BGH, GRUR 2013, 531 (533) – Einwilligung in Werbeanrufe II; *Menebröcker*, in: Götting/Nordemann, UWG, § 7 Rn. 68.

⁵²⁵ OLG Köln, MMR 2009, 860 (Ls. 3); *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 144.

⁵²⁶ OLG Köln, MMR 2009, 860 (860).

⁵²⁷ Vgl. zu den Beispielen *Menebröcker*, in: Götting/Nordemann, UWG, § 7 Rn. 63.

⁵²⁸ BGH, GRUR 1989, 753 (754) – Telefonwerbung II; BGH, GRUR 1990, 280 (281) – Telefonwerbung III; BGH, GRUR 1995, 220 (221) – Telefonwerbung V; LG Hamburg, MMR 2005, 630 (Ls. 1); *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 146e.

Relevanz, da dies im Massengeschäft die einzige effektive Möglichkeit ist, eine Einwilligung einzuholen.⁵²⁹

Die Zulässigkeit solcher AGB-Bestimmungen bestimmt sich nach den §§ 305 ff. BGB. Die bisherige Rechtsprechung des BGH sah in jeder vorformulierten Einwilligungserklärung in Telefonwerbung generell eine unangemessene Benachteiligung für den Unterzeichner, da Telefonwerbung eine besonders schwerwiegende Beeinträchtigung der verfassungsrechtlich geschützten Privatsphäre des Angerufenen darstelle.⁵³⁰

Diese sehr strikte Haltung des BGH hat zur Konsequenz, dass werbende Unternehmen in der Praxis einen merklichen Mehraufwand betreiben müssen, um sich auf eine Einwilligung berufen zu können.⁵³¹ In der Literatur wird deshalb die Ansicht vertreten, die Leitsätze des vom BGH aufgestellten Payback-Urteils⁵³² auch auf Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Telefonwerbung anzuwenden.⁵³³ Dies würde bedeuten, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine gesondert abgefasste Opt-in-Möglichkeit durch zusätzliche Unterschrift oder individuelles Markieren eines entsprechenden Feldes zur Einwilligung in Telefonwerbung vorsehen, dem Verbraucher ausreichenden Schutz bieten würden.

Dem ist zuzustimmen, da der Verbraucher durch diese transparent vorgehaltene Wahlmöglichkeit hinreichend geschützt ist und seine Entscheidungsbefugnis gewahrt bleibt. Dem schließt sich nun auch der BGH in der neusten Rechtsprechung an.⁵³⁴ Werbende haben daher lediglich das Transparenzgebot im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB zu wahren und die Klausel möglichst gesondert darzustellen, um keine überraschende Klausel gem. § 305c Abs. 1 BGB zu verwenden.⁵³⁵

⁵²⁹ Vgl. *Loeck*, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle 2008, S. 72, m. w. N.

⁵³⁰ BGH, MMR 1999, 477 (478), mAnm. *Schmittmann*; BGH, WRP 1999, 847 (851) – Private Vorsorge bei Arbeitslosigkeit.

⁵³¹ *Loeck*, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle, S. 75, m. w. N.

⁵³² BGH, GRUR 2008, 1010 – Payback.

⁵³³ Vgl. hierzu *Leible*, in: MüKoLauterkeitsR, § 7 UWG Rn. 128 – 129; *Loeck*, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle, S. 76, m. w. N.; auch Art. 13 Abs. 3 der 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) setzt voraus, dass eine Einwilligung in Werbeanrufe grundsätzlich möglich ist, was durch den Ausschluss von AGB stark beschnitten wäre.

⁵³⁴ Vgl. BGH, GRUR 2013, 531 (Rn. 20 ff.) – Einwilligung in Werbeanrufe II; auch *Leible*, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 129, vgl. auch *Nussbaum/Krienke*, MMR 2009, 372; *Isele*, GRUR-Prax 2011, 463.

⁵³⁵ Vgl. *Leible*, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 129.

§ 3 E-Mail-Werbung

A. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung

Geht es um E-Mail-Werbung, spricht der Volksmund von „Spam“⁵³⁶. Dabei ist Spam nur ein Oberbegriff, unter den E-Mail-Werbung fallen kann. Spam bezeichnet nämlich generell die unerwünschte, üblicherweise elektronisch übertragene Information, die dem Empfänger ohne bzw. entgegen seinem Willen zugestellt wird und üblicherweise Werbebotschaften enthält.⁵³⁷ Spam ist somit nicht exklusiv E-Mail-Werbung zuzuordnen, sondern kann insbesondere auch andere Kommunikationsplattformen wie Instant Messenger oder Nachrichtenportale auf Internetforen betreffen. Die unverlangt zugesandte E-Mail stellt jedoch den populärsten Fall dar.

Das Aufkommen unerwünschter Werbenachrichten in den Postfächern deutscher E-Mail-Nutzer steigt seit Jahren an.⁵³⁸ Auch innerhalb des gesamten E-Mail-Verkehrs machten Werbe-E-Mails im Jahr 2010 durchschnittlich 82,2% des weltweiten E-Mail-Aufkommens aus.⁵³⁹ Dieser beeindruckende Verbreitungsgrad zeigt jedoch zugleich, dass eine Lösung zumindest in der Praxis noch nicht gefunden wurde. Dies liegt einerseits daran, dass es durch die technischen Verschleierungsmöglichkeiten der Spammer nur schwer möglich ist, diese rechtlich zu belangen, andererseits wehren sich die Nutzer nicht mit Hilfe rechtlicher Mittel oder offizieller Stellen⁵⁴⁰, sodass viele Spammer keine direkte Gegenwehr zu spüren kriegen. Den genervten Nutzern bleibt zumeist nur die Möglichkeit, ihre Spamfilter zu optimieren, indem sie solche E-Mails als Spam markieren.

B. Rechtliche Beurteilung

I. Begriffliche Einordnung von E-Mail-Werbung

Aufgrund der Vielzahl an verschiedenen Inhalten und Formaten von E-Mail-Werbung stellt sich zunächst die Frage, in welchen Fällen überhaupt der Werbecharakter elektronischer Post vorliegt. Dies ist von Bedeutung, da bestimmte Spezialnormen wie § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG nur

⁵³⁶ Spam verdankt seiner begrifflichen Herkunft dem Markennamen SPAM, der sich aus den Worten „spiced ham“ zusammensetzt und einem konservierten Dosenfleisch zuzuordnen ist. Während der Rationierung von Nahrungsmitteln im Krieg, war SPAM in Großbritannien uneingeschränkt und unbegrenzt erhältlich, sodass diese Omnipräsenz, die spätere Entwicklung zum synonym als unerwünschte, aufgedrängte Nachricht erhielt, Artikel auf wikipedia.org, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Spam>.

⁵³⁷ Artikel „Spam“, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Spam>; Beitrag „Spam“, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/Spam>.

⁵³⁸ Vgl. Statistik „Durchschnittliches Aufkommen von Spam-Mails pro Tag in Deutschland in den Jahren 2014 bis 2018“ abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/509527/umfrage/taegliches-aufkommen-von-spam-mails-in-deutschland/>.

⁵³⁹ Kaspersky Lab Jahresbericht 2010, abrufbar unter: <http://www.viruslist.com/de/analysis?pubid=200883727>.

⁵⁴⁰ Bspw. bei der vom FSM betriebenen Internet-Beschwerdestelle, abrufbar unter: <https://www.internet-beschwerdestelle.de/de/index.html>.

für Werbung und nicht beispielsweise für andere geschäftliche Handlungen gelten. Grundsätzlich qualifizieren der BGH und die Literatur sowohl Nachfrage- als auch Absatzwerbung als E-Mail-Werbung.⁵⁴¹ Da es für den Betroffenen im Hinblick auf die Belästigung keinen Unterschied macht, ob er mit Absatz- oder Nachfragewerbung belästigt wird, ist dem zuzustimmen. Folgende spezielle E-Mail-Nachrichten können unter anderem als Werbung angesehen werden: Die „Freundefinder“-Funktion, die es Nutzern auf sozialen Netzwerken erlaubt, eine Freundschaftsanfrage kategorisch an eine Vielzahl von Freunde zu schicken⁵⁴² und e-Cards, die als elektronische Postkarten in die Postfächer von anderen Leuten gelangen⁵⁴³. Die Bestätigungsaufforderung innerhalb des Double-Opt-in-Verfahrens stellt hingegen keine Werbung dar.⁵⁴⁴

II. Lauterkeitsrechtsrechtliche Zulässigkeit

Seit Einführung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist E-Mail-Werbung als Unterfall der elektronischen Post⁵⁴⁵ stets als unzumutbare Belästigung zu werten, wenn diese ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen verschickt wird.⁵⁴⁶ Der Verletzungstatbestand verlangt keine mehrfache Zusendung, sondern lässt bereits das einmalige Versenden genügen. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Norm, der auf die einzelne „Werbung“ abstellt als auch aus deren Schutzzweck.⁵⁴⁷ Weil das Versenden von E-Mails für den Werbenden ungleich billiger ist als das Versenden von Werbung per Post, würde eine grundsätzliche Erlaubnis somit schnell zu einer ausufernden Flut von Werbe-E-Mails für die Beworbenen führen.⁵⁴⁸ Zu betonen ist dabei auch die Gefahr des Nachahmungseffekts, welcher erst durch die gegebenen restriktiven Gesetze eingeschränkt werden kann.⁵⁴⁹

⁵⁴¹ BGH, GRUR 2008, 925 – FC Troschenreuth; BGH, GRUR 2008, 923 – Faxanfrage im Autohandel; *Schöler*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7 Rn. 298; *Köhler*, in: Köhler/Bornekamm, UWG, § 7 Rn. 181; *Weber*, WRP 2010, 462 (463).

⁵⁴² BGH, WRP 2013, 1578 (Rn. 16 ff.); vgl. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 201.

⁵⁴³ KG Berlin, GRUR-RR 2005, 66; OLG München, MMR 2004, 324; LG München I, MMR 2003, 282; LG München I, MMR 2003, 483.

⁵⁴⁴ *Heidrich*, MMR 2013, 39, entgegen OLG München, MMR 2013, 38; ähnlich LG Berlin, MMR 2003, 202.

⁵⁴⁵ S. Art. 2 S. 2 h) 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); zur Reichweite der Definition vgl. *Eckhard*, MMR 2003, 557; vgl. zur SMS-Werbung zuletzt OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2016, 19018.

⁵⁴⁶ Vor der UWG-Novelle 2004 und der damit verbundenen Einführung des § 7 UWG, hatte die Rechtsprechung bereits die E-Mail-Werbung als rechtswidrig angesehen, solange zumindest beim Verbraucher keine ausdrückliche Einwilligung vorlag, und beim Gewerbetreibenden zumindest keine vermutete Einwilligung, vgl. BGH, GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung I; zur Gesetzesentwicklung s. *Loeck*, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG Novelle.

⁵⁴⁷ *Leible*, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 164 – 165; *Loeck*, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG Novelle, S. 84 – 85.

⁵⁴⁸ Vgl. BGH, GRUR 2004, 517 (518 f.) – E-Mail-Werbung I.

⁵⁴⁹ BGH, GRUR 2004, 517 (518 f.) – E-Mail-Werbung I; *Schöler*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 7 Rn. 321.

Es stellt sich somit nicht mehr die Frage, ob E-Mail-Werbung unlauter ist, sondern vielmehr gilt es zu klären, ab wann sie dies nicht mehr ist. Hierfür sind sowohl § 7 Abs. 3 UWG als auch die Voraussetzungen relevant, die an eine wirksame Einwilligung geknüpft werden.

III. Deliktsrechtsrechtliche Zulässigkeit

1. Verletzung des Persönlichkeitsrechts

Die Übermittlung einer E-Mail als Trägermedium von Werbung ist sowohl in der Rechtsprechung als auch in Teilen der Literatur als Persönlichkeitsverletzung angesehen worden.⁵⁵⁰ Teilweise wurde dabei auf die mangelnde Widerspruchsmöglichkeit bei einem E-Mail-Posteingang abgestellt, die im Vergleich mit einem Hausbriefkasten nicht präventiv gegeben wäre.⁵⁵¹ So sei es trotz Spamfilter noch nicht möglich, einen entsprechenden Sperrvermerk bei E-Mail-Adressen zu verwenden. Hieraus habe zu folgen, dass die rechtliche Bewertung sich nicht nach den Grundsätzen der Briefkastenwerbung richten dürfe. Stattdessen sei eine rechtswidrige Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dann anzunehmen, wenn der Werbende weder von einem erklärten noch von einem vermuteten Einverständnis des Empfängers ausgehen durfte und dennoch durch Versenden der E-Mail in die Sphäre des Beworbenen eingedrungen sei.⁵⁵² Andere Stimmen führen dagegen an, dass ein E-Mail-Empfänger weder gezwungen sei, eine E-Mail abzurufen, noch verpflichtet, diese überhaupt zu öffnen.⁵⁵³ Die Beeinträchtigung durch die Werbung sei zumeist im Vorfeld durch den Betreff leicht und schnell erkennbar.⁵⁵⁴ Hieraus folge für den Nutzer die Möglichkeit, Werbe-E-Mails schnell und komfortabel zu löschen. Das E-Mail-Postfach sei daher in seiner rechtlichen Einordnung eher mit dem des physischen Briefkastens als mit den aufgestellten strengen Rahmenbedingungen der Telefonwerbung zu vergleichen. Eine Persönlichkeitsverletzung durch E-Mail-Werbung habe nach dieser Ansicht auszuscheiden.⁵⁵⁵ Eine solche sei nur in solchen Fällen möglich, in denen die Werbung ihren werbenden Charakter verberge, um so die Aufmerksamkeit des Empfängers zu erhalten.⁵⁵⁶

⁵⁵⁰ BGH, GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung I; OLG Frankfurt, K&R 2014, 38; OLG Bamberg, MMR 2006, 481; *Leistner/Pohlmann*, WRP 2003, 815 (817); *Köhler* in: Köhler/Bornkamm, UWG § 7 Rn. 199; *Kannowski*, in: Staudinger, BGB, Vorb. zu § 1, Rn. 26.

⁵⁵¹ Vgl. im Ansatz LG Berlin, CR 1999, 187 (189); *Kannowski*, in: Staudinger, BGB, Vorb. zu § 1, Rn. 26.

⁵⁵² *Kannowski*, in: Staudinger, BGB, Vorb. zu § 1, Rn. 26.
⁵⁵³ So *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. 125.

⁵⁵⁴ So *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 199.

⁵⁵⁵ So *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das Persönlichkeitsrecht, Rn. 125.

⁵⁵⁶ AG Kiel, K&R 2000, 201; siehe auch *Rixecker*, in: MüKoBGB, § 12 Anh. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 123.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung vertritt hingegen eine strengere Ansicht zum Schutz des Beworbenen. E-Mail-Werbung sei per se bereits persönlichkeitsverletzend.⁵⁵⁷ Es ist richterlicher Konsens, dass das unaufgeforderte Zusenden einer Werbemail als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gilt, solange kein ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis vorliegt.⁵⁵⁸ Nach Ansicht der Gerichte genüge die alleinige (einmalige⁵⁵⁹) Zustellungshandlung, um eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu begründen. Denn im Hinblick auf die billige, schnelle und durch Automatisierung arbeitssparende Versandungsmöglichkeit sei – ohne Einschränkung der E-Mail-Werbung – mit einem immer weiteren Umsichgreifen dieser Werbeform zu rechnen.⁵⁶⁰

Folglich existieren im Wesentlichen zwei konträre Ansichten. Für einen Streitentscheid ist zunächst die Zuordnung von E-Mails unter eine der drei Sphären des Persönlichkeitsrechts notwendig, sodass die jeweiligen Interessen innerhalb der Abwägung auf Rechtswidrigkeitsebene angemessen gewichtet werden. Der BGH führte hierzu knapp aus, dass ein von einer natürlichen Person unterhaltenes elektronische Postfach Teil der Privatsphäre sei.⁵⁶¹ Hierfür sprechen freilich gute Gründe. So fungiert ein E-Mail-Postfach als Weiterentwicklung des häuslichen Briefkastens. Es dient ebenso zur Kommunikation mit Dritten und ermöglicht auch eben diesen Dritten, den E-Mail-Konto-Inhaber auf direkte Art und Weise zu erreichen, sodass auch E-Mail-Werbung – wie Briefkastenwerbung – in den Privatbereich eindringen kann. Auch die Tatsache, dass durch die heutige Technologie der E-Mail-Posteingang nicht mehr an den heimischen PC gebunden ist, sondern ubiquitär abgerufen werden kann, ändert nichts an der Zuordnung zur Privatsphäre. Denn auch innerhalb der räumlichen Öffentlichkeit ist das Postfach klar gegenüber Zugriffen Dritter abgegrenzt und gewährt nur seinem legitimierten Inhaber Zugriff, sodass wie beim häuslichen Bereich ein zur Öffentlichkeit abgegrenzter Bereich vorliegt. Des Weiteren sprechen auch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen für eine Zuordnung der

⁵⁵⁷ Erstmals 1997 durch LG Traunstein, MMR 1998, 53; zuletzt BGH, WRP 2016, 493 (Rn. 11 ff.) – No-Reply-E-Mails; BGH, GRUR 2004, 517 (518) – E-Mail-Werbung I; OLG Frankfurt a. M., K&R 2014, 38.

⁵⁵⁸ Vgl. BGH, WRP 2016, 493 – No-Reply-E-Mails; BGH, GRUR 2004, 517 – E-Mail-Werbung I; LG Berlin, MMR 2004, 44; LG Berlin, BeckRS 2000, 16202; AG Düsseldorf, BeckRS 2014, 23120; so auch Lit: *Leistner/Pohlmann*, WRP 2003, 815 (817); *Köhler* in: Köhler/Bornkamm, UWG § 7 Rn. 199.

⁵⁵⁹ LG Berlin, MMR 1999, 43; AG Ludwigshafen, MMR 2006, 421.

⁵⁶⁰ BGH, GRUR 2009, 980 (981) – E-Mail-Werbung II.

⁵⁶¹ BGH, WRP 2016, 493 (Rn. 11, 12) – No-Reply-E-Mails.

elektronischen Post zur Privatsphäre.⁵⁶² So wird der Schutz der Privatsphäre in den Erwägungsgründen 1, 5 und 6 der Richtlinie zum Datenschutz in der elektronischen Kommunikation⁵⁶³ zum Ziel erklärt und mittels Nennung der elektronischen Post innerhalb von Art. 13 auf diese übertragen. Zudem wird in Erwägungsgrund 24 betont, dass „die Endgeräte von Nutzern elektronischer Kommunikationsnetze (...) Teil der Privatsphäre der Nutzer“ seien. Im Ergebnis spricht somit alles für eine Zuordnung elektronischer Post zur geschützten Privatsphäre⁵⁶⁴, so dass die Interessen innerhalb nachfolgender Abwägung gegenüber den Interessen der Werben- den dementsprechend ins Gewicht fallen.

Der Ansicht, die der Belästigung durch E-Mails keine höhere Eingriffsqualität als Briefkastenwerbung zukommen lässt, ist hinsichtlich dieser Feststellung zuzustimmen, da E-Mail- wie Briefkastenwerbung stets vom Empfänger zu einem ihm passenden Moment angeschaut werden kann und somit nicht der gleiche Belästigungsgrad wie bei Telefonwerbung besteht. Wenn man hieraus nun aber die Konsequenz zieht, E-Mail-Werbung ohne vorherigen Widerspruch als zulässig einzustufen, kann dem nicht mehr gefolgt werden. So verkennen die Vertreter dieser Ansicht, dass Briefkastenwerbung nur deshalb als nicht von vornherein persönlichkeitsverletzend einzuordnen ist, da die präventive Widerspruchsmöglichkeit für den Briefkasteninhaber zunächst einmal überhaupt besteht und zudem für den Widersprechenden mit keinerlei Mühe verbunden ist. Genau hier liegt der wesentliche Unterschied zur E-Mail-Werbung, bei der die Möglichkeit einer präventiven Gegenwehr nicht in dieser Weise gegeben ist.⁵⁶⁵ Was bei physischen Briefkästen durch Aufkleber eine Leichtigkeit darstellt, kann bei virtuellen E-Mail-Eingängen in dieser Pauschalität nicht mittels Werbestopp-Aufklebern erfolgen. Zwar existieren sogenannte Spam-Filter, jedoch arbeiten diese wenig zuverlässig und erfassen zumeist auch nicht individuell auf den Empfänger zugeschnittene Werbe-E-Mails. Es besteht zwar die Möglichkeit, die Filter so einzustellen, dass nur noch bestimmte E-Mails von bestimmten Absendern erhalten werden oder die Betreffzeile nach bestimmten Filterwörtern wie „Werbung“ zu filtern. Allerdings macht die schier unbegrenzte Möglichkeit an E-Mail-Absender-Adressen das ge-

⁵⁶² Vgl. Art. 13 Abs. 1 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); so auch BGH, WRP 2016, 493 (Rn. 14) – No-Reply-E-Mails.

⁵⁶³ 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).

⁵⁶⁴ Vgl. auch BGH, WRP 2016, 493 (Rn. 13 ff.) – No-Reply-E-Mails.

⁵⁶⁵ Vgl. Mann, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 823 BGB, Rn. 57.

zielte Filtern von werbenden Absendern ineffizient, zumal Programme existieren, die die Absenderadresse nur vortäuschen können.⁵⁶⁶ Wortfilter sind ebenfalls nutzlos, da kein Werbungstreibender seine E-Mails so offensichtlich als „Werbung“ kennzeichnet und der Empfang von nur zuvor autorisierten E-Mail-Adressen die Erreichbarkeit in unzumutbarer Weise einschränkt. Dies hat zur Folge, dass die Schutzmöglichkeiten der E-Mail-Nutzer gegenüber Werbungstreibenden erheblich eingeschränkt sind. Das Heranziehen eines Opt-out-Modells zum Schutz vor unerwünschter E-Mail-Werbung genügt daher dem Schutz der Privatsphäre nicht.

Der hier hervorzuhebenden Stellung des personalen Selbstbestimmungsrechts innerhalb des privaten Rückzugsbereichs kann erst gerecht werden, wenn E-Mail-Werbung von vornherein als Persönlichkeitsverletzung anzusehen ist. Eine präventive Schutzmöglichkeit ist anders nicht herzustellen, da dem Beworbenen ansonsten erst mit der erstmaligen Werbesendung gegenüber dem Werbenden eine Widerspruchsmöglichkeit eröffnet wird.⁵⁶⁷

Hierfür sprechen auch eigentumsrechtliche Überlegungen. Neben der belästigenden Wirkung, die auch durch den heutigen Gebrauch von Push-Nachrichten aufs Mobiltelefon verstärkt wird, hat das massenhafte Zusenden von Spam die potentielle Gefahr inne, ein Überfüllen des E-Mail-Eingangs zur Folge zu haben, sodass keine weiteren E-Mails mehr empfangen werden können. Dies kommt einem überfüllten Briefkasten gleich, bei dem ebenfalls die ursprüngliche Funktion des Kommunikationsmittels aufgehoben ist.

Im Ergebnis stellt die unverlangt zugesandte E-Mail-Werbung eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung dar.

2. Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

In Anlehnung an die Ausführungen zum Persönlichkeitsrecht ist es nach herrschender Ansicht unumstritten, dass durch eine Vielzahl unverlangt zugesandter E-Mail-Werbenachrichten der interne Betriebsablauf in unzulässiger Weise beeinträchtigt wird, indem dem angestellten Personal zeitliche Einbußen entstehen, die letztlich zu einer ineffizienten Arbeit für das Unternehmen führen. Unerwünschte E-Mails nehmen darüber hinaus neben Zeit durch ihren imminentsen Rezeptionszwang auch Speicherplatz und Rechenleistung der Hardware des Unternehmens in

⁵⁶⁶ S. BSI-Studie zur Internetsicherheit „Sichere Nutzung von E-Mail“, abrufbar unter: https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Internetsicherheit/isi_mail_client_studie_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

⁵⁶⁷ Vgl. LG Berlin, MMR 1999, 43 (44).

Anspruch.⁵⁶⁸ Ein betriebsbezogener Eingriff ist gegeben. Das Interesse der Werbeindustrie muss hier zurückstehen.⁵⁶⁹

Im Unterschied zur Werbung gegenüber natürlichen Privatpersonen ist es allerdings fraglich, ob bereits das einmalige Versenden von Werbung für die Bejahung des Rechtsanspruchs ausreicht. Sowohl die Literatur als auch die Rechtsprechung haben bereits verschiedene Ansichten vertreten. So wird von vereinzelt Stimmen ein rechtswidriger Eingriff bei der einmaligen Zusendung einer Werbemail verneint.⁵⁷⁰ Höchststrichterlich wird hingegen die Ansicht vertreten, dass auch die einmalige E-Mail für das Vorliegen einer Rechtsgutsverletzung genüge.⁵⁷¹ Dem ist mit Hinweis auf die innerhalb des Persönlichkeitsrechts erläuterten Gründe zuzustimmen. Würde man erst die wiederholte Werbezusendung als Eingriff werten, so bestünde allein wegen der schier endlosen Anzahl an potentiellen Erst-E-Mail-Absendern eine immense Gefahr für den Gewerbebetrieb. In der Gesamtheit wäre der Geschäftsbetrieb bereits stark beeinträchtigt, wenn jeder der potentiellen werbenden Unternehmen lediglich eine E-Mail versendet. Es genügt folglich bereits das einmalige unerwünschte Versenden von E-Mail-Werbung.

3. Negative Informationsfreiheit

In der Vergangenheit wurde auch die negative Informationsfreiheit zum Schutz gegen E-Mail-Werbung herangezogen. Geht es um die rechtliche Bewertung von unverlangten Massenmails, werden die Nachrichten zwar weiterhin an individualisierte Empfängeradressen versandt, allerdings mit dem gleichen Nachrichteninhalte, sodass teilweise angenommen wurde, es handele sich um eine allgemein zugängliche Quelle im Sinne der negativen Informationsfreiheit.⁵⁷² Jene Befürworter sehen nicht die Zusendung einer einzelnen E-Mail an einen Empfänger für die Einordnung als allgemeine Quelle entscheidend, sondern die Tatsache, dass der Text durch technische Hilfsmittel so vervielfältigt werde, dass ein individuell bestimmbarer Personenkreis nicht mehr zu erkennen sei.⁵⁷³

Dieser Ansatz ist bedenklich. Die Beurteilung der allgemeinen Zugänglichkeit einer Information richtet sich ausschließlich nach objektiven Gegebenheiten.⁵⁷⁴ Objektiv richten sich E-Mails

⁵⁶⁸ Vgl. BGH, GRUR 2009, 980 (Rn. 12) – E-Mail-Werbung II; Köppen, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, S. 134.

⁵⁶⁹ BGH, GRUR 2017, 748 (Rn. 10) – Robinson Liste; BGH, GRUR 2013, 1259 – Empfehlungs-E-Mail; BGH, GRUR 2009, 980 (981) – E-Mail-Werbung II.

⁵⁷⁰ So zum Gewerbebetrieb AG Dresden, NJW 2005, 2561; Ohly, GRUR 2016, 3 (6); Baetge, NJW 2006, 1037, 1038.

⁵⁷¹ Vgl. BGH, GRUR 2009, 980 (Rn. 11) – E-Mail-Werbung II.

⁵⁷² Vgl. Fikentscher/Möllers, NJW 1998, 1337 (1342 f.), m. w. N.

⁵⁷³ Vgl. Köppen, Das Grundrecht der Informationsfreiheit, S. 132 – 135.

⁵⁷⁴ Bethge, in: Sachs, GG, Art. 5 Rn. 56; Fechner, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 107.

jedoch stets an eine genau bestimmbare Anzahl an Empfängern. Während beispielweise nicht adressierte Flugblätter dazu geeignet und bestimmt sind, einem nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu vermitteln, richten sich E-Mails stets an einen genauen Personenkreis, auch wenn dieser aus tausenden einzelnen Empfängern bestehen mag. Das Medium E-Mail gewährleistet darüber hinaus weiterhin die für das Direktmarketing typische Rückkoppelung zwischen Beworbenen und Werbenden. Es ist folglich nicht von einer allgemein zugänglichen Quelle zu sprechen.⁵⁷⁵ Mit der Folge, dass eine vermeintlich existierende negative Informationsfreiheit zum Schutz vor Werbung bei E-Mail-Werbung aufgrund ihres individuellen Empfängerkreises nicht einschlägig ist.

IV. Kennzeichnungspflichten kommerzieller Kommunikation

Neben § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG sieht auch das Telemediengesetz in § 6 Abs. 2 Sonderregeln für die Kennzeichnung von E-Mail-Werbung vor. § 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG erlegt Werbenden die Pflicht auf, ihre Identität anzugeben, kommerzielle Kommunikation als solche zu erkennen zu geben und stets eine gültige Adresse vorzuhalten, die einen Widerspruch gegenüber Werbenden ermöglicht. Das Telemediengesetz geht nochmals expliziter auf die Anforderungen an Werbe-E-Mails ein und führt in § 6 Abs. 2 TMG aus:

„Werden kommerzielle Kommunikationen per elektronischer Post versandt, darf in der Kopf- und Betreffzeile weder der Absender noch der kommerzielle Charakter der Nachricht verschleiert oder verheimlicht werden. Ein Verschleiern oder Verheimlichen liegt dann vor, wenn die Kopf- und Betreffzeile absichtlich so gestaltet sind, dass der Empfänger vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder irreführende Informationen über die tatsächliche Identität des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht erhält.“

Das heißt, zur Gewährleistung von Transparenz und der Entscheidungsfreiheit des Empfängers hat der Werbende den kommerziellen Charakter seiner Kommunikation offenzulegen. So soll es dem Empfänger möglich sein, sich technisch oder organisatorisch vor unerwünschter Werbung zu schützen.⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ Vgl. hierzu *Fechner*, in: Stern/Becker, GG, Art. 5 Rn. 110.

⁵⁷⁶ Begr. RegE BT-Drs. 16/3078, 15; *Pries*, in: BeckOKInfoMedienR, TMG, § 6 Rn. 14 – 17; zu den Möglichkeiten s. unten bei Schutzmöglichkeiten Teil III, Kapitel 7, § 3, D.

Es ist fraglich, ob in der Praxis dieser zusätzliche Schutz Wirkung entfaltet. Werden von vornherein die Vorschriften des Lauterkeitsrechts und der damit verbundenen Opt-in-Regelung missachtet, so erscheint es zumindest als unwahrscheinlich, dass der Werbende sich dann noch um die rechtmäßige Kennzeichnung der Kopfzeile sorgen wird.

C. Einwilligungsvoraussetzungen und Besonderheiten des § 7 Abs. 3 UWG

I. Einwilligung in E-Mail-Werbung

§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG verlangt eine vorherige ausdrückliche Einwilligung zur lauterkeitsrechtlichen Zulässigkeit von E-Mail-Werbung. E-Mail-Werbung unterliegt somit zunächst denselben Voraussetzungen, die hinsichtlich Telefonwerbung erläutert wurden.⁵⁷⁷ Dies gilt dabei sowohl für Unternehmer als auch Privatpersonen, da die Norm keine Differenzierung diesbezüglich vornimmt.⁵⁷⁸

Eine Besonderheit bei der Einwilligung in E-Mail-Werbung ist es, dass entgegen dem Wortlaut von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG neben einer ausdrücklichen, auch eine konkludente Einwilligung zur Erfüllung der Voraussetzungen als ausreichend erachtet wird.⁵⁷⁹ Der BGH führt hierzu aus:

Da „der deutsche Gesetzgeber das Schutzniveau dieser Richtlinie [Richtlinie 2002/58/EG] auch auf Gewerbetreibende erstreckt hat, ist der Begriff der Einwilligung richtlinienkonform zu bestimmen. Art. 2 S. 2 lit. f der Richtlinie 2002/58/EG verweist für die Definition der Einwilligung auf Art. 2 lit. h der Richtlinie 95/46/EG [...]. Danach ist Einwilligung 'jede Willensbekundung, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt'. Dazu stellt Erwägungsgrund 17 der Richtlinie 2002/58/EG klar, dass die Einwilligung in jeder geeigneten Weise gegeben werden kann, die dem Nutzer erlaubt, seinen Wunsch in spezifischer Weise, sachkundig und in freier Entscheidung zum Ausdruck zu bringen.“⁵⁸⁰

Folglich darf die Einwilligungserklärung nicht auf eine ausdrückliche Erklärung limitiert werden, sondern eben auch konkludent in geeigneter Weise abgegeben werden.

⁵⁷⁷ Vgl. oben: Teil III, Kapitel 7, § 2, B. I.

⁵⁷⁸ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 200.

⁵⁷⁹ BGH, GRUR 2008, 925 (Rn. 22, 25) – FC Troschenreuth; BGH, GRUR 2008, 923 (Rn. 16) – Faxanfrage im Autohandel.

⁵⁸⁰ BGH, GRUR 2008, 923 (Rn. 16) – Faxanfrage im Autohandel.

In der bisherigen Rechtsprechung wurde eine Einwilligung bei der öffentlichen Angabe der E-Mail-Adresse auf einer Internetseite⁵⁸¹ nicht angenommen. Dasselbe wurde für die Funktion „Freunde finden“ von Facebook festgestellt, durch die Facebook-Mitglieder die Möglichkeit haben, bei Facebook nicht-registrierte Dritte ohne vorherige Einwilligung per E-Mail zu kontaktieren.⁵⁸² Nichts anderes gilt für die Empfehlungs-E-Mails, durch die ein Unternehmen auf seiner Webseite die Möglichkeit für Nutzer schafft, Dritten unverlangt eine sog. Empfehlungs-E-Mail zu schicken, die auf den Internetauftritt des Unternehmens hinweist.⁵⁸³

II. Besonderheit des Double-Opt-ins

Letztlich stellt sich noch die Frage, welche Anforderungen in der Praxis für eine Opt-in-Erklärung erfüllt sein müssen, um auch rechtswirksam die Einwilligung des legitimierten Posteingang-Inhabers als Werbender nachweisen zu können.

Der BGH nahm auf Grundlage von Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie⁵⁸⁴ die Opt-in-Lösung und deren Umsetzung in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zum Anlass, das Double-Opt-in-Verfahren als rechtssicheres Verfahren für die Einwilligung zu qualifizieren.⁵⁸⁵

„Bei diesem Verfahren trägt sich der Interessent mit seiner E-Mail-Adresse in ein Online-Formular des Unternehmens ein und erhält sodann eine Begrüßungsmail mit einem individualisierten Link. Erst, wenn der Empfänger dieser E-Mail den angegebenen Link angeklickt hat, wird die E-Mail-Adresse endgültig in den Verteiler des Newsletters aufgenommen. Auf diese Weise muss der Empfänger vor Erhalt des Newsletters zweimal seine Einwilligung erklären, einmal durch Ausfüllen des Online-Formulars und einmal durch Anklicken des zugesandten Links.“⁵⁸⁶

⁵⁸¹ BGH, GRUR 2008, 925 – FC Troschenreuth; siehe hierzu auch *Weber*, WRP 2010, 462 (465), der eine ausdrückliche Einwilligung durch die öffentliche Angabe der E-Mail-Adresse bejaht.

⁵⁸² BGH, GRUR 2016, 946 – Freunde finden.

⁵⁸³ BGH, WRP 2013, 1578 – Empfehlungs-E-Mail; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 201; Beispiele aus *Schöler*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG § 7 Rn. 312 ff.

⁵⁸⁴ 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).

⁵⁸⁵ BGH, WRP 2011, 1153 – Double-Opt-in; zustimmend *Hoffmann*, NJW 2007, 2594 (2596); *Härtling* in: *Härtling*, Internetrecht, G. Wettbewerbsrecht, Rn. 1747.

⁵⁸⁶ *Möller*, WRP 2010, 321 (327).

Der BGH sah hierin richtigerweise die erforderliche praxisnahe Lösung zum Nachweis der Einwilligung. Die Überprüfung der Identität des Empfängerkontos und Senderkontos ist auf diesem Weg gewährleistet, sodass eine missbräuchliche Eintragung einer E-Mail-Adresse in einem Verteiler verhindert wird.

Für einen juristischen Diskurs sorgte jedoch das OLG München, als es feststellte, dass schon eine E-Mail, mit der zur Bestätigung eines Newsletter-Abonnements im Double-Opt-in-Verfahren aufgefordert wird – sogenannte Check-Mail –, als Werbung unter den Unlauterkeitstatbestand von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fallen könne.⁵⁸⁷ Folgt man dieser Ansicht, wäre das Double-Opt-in-Verfahren nicht mehr durchführbar, da bereits die Check-Mail, die prüft, ob der E-Mail-Adressen-Inhaber tatsächlich derjenige ist, der in den Versand eingewilligt hat, der vorherigen Einwilligung bedürfe. Eine Antwort auf die Frage, wie auf pragmatische Weise eine Einwilligung ansonsten eingeholt werden kann, blieb das Gericht jedoch schuldig.

Schirnbacher vergleicht solche Check-Mails in zutreffender Weise mit anderen automatisierten „Informationsmails“ wie z. B. einer Versandbestätigung oder einer Bestellbestätigung.⁵⁸⁸ Die Nachricht beschränkt sich lediglich auf einen Hinweis, dass eine weitere Handlung des E-Mail-Adressen-Inhabers notwendig ist, um die E-Mail-Werbung zu erhalten. Es handelt sich dabei von vornherein um keine Werbebotschaft, wenn der Versender der Check-Mail den Inhalt der Nachricht auf das Wesentliche beschränkt, indem er nur eine Bestätigung des Opt-ins anbietet und auf weitere Inhalte, insbesondere solche kommerzieller Natur, innerhalb der Check-Mail verzichtet. Insgesamt ist daher am Double-Opt-in als rechtssicheres Einwilligungsinstrument festzuhalten.⁵⁸⁹

III. Der Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 3 UWG

Neben der Einwilligung gibt es auch eine weitere Möglichkeit, Werbe-E-Mails in einem lauterkeitsrechtlich zulässigen Rahmen zu verschicken. Denn für laufende Geschäftsbeziehungen schreibt § 7 Abs. 3 UWG vor, dass es an einer unzumutbaren Belästigung fehlt,

„wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Ware oder Dienstleistung von dem Kunden dessen elektronische Postadresse erhalten hat, der Unternehmer die Adresse zur

⁵⁸⁷ OLG München, MMR 2013, 38 (Ls.); bejahend: *Möller*, WRP 2010, 321 (327 f.); mit krit. Anm. *Schirnbacher*, CR 2013, 44.

⁵⁸⁸ *Schirnbacher*, CR 2013, 44 (45 f.).

⁵⁸⁹ Vgl. *Härtling* in: *Härtling*, Internetrecht, G. Wettbewerbsrecht, Rn. 1752; *Schirnbacher*, CR 2013, 44 (45) m. V. a. *Dietrich*, GWR 2012, 102; *Leible/Günther*, GRUR 2011, 936 (940); vgl. hierzu auch LG Berlin, K&R 2007, 430 (431); a. A. *Möller*, WRP 2010, 321 (328).

Direktwerbung für eigene ähnliche Waren oder Dienstleistungen verwendet, der Kunde der Verwendung nicht widersprochen hat und der Kunde bei Erhebung der Adresse und bei jeder Verwendung klar und deutlich darauf hingewiesen wird, dass er der Verwendung jederzeit widersprechen kann, ohne dass hierfür andere als die Übermittlungskosten nach den Basistarifen entstehen.“

In zeitlicher Hinsicht gilt die Legitimation bis zu dem Zeitpunkt eines anderslautenden Willens des Adressaten.⁵⁹⁰ Die „Ähnlichkeit“ bezieht sich dabei auf die bereits gekauften Waren oder Dienstleistungen. Maßgeblich ist daher, ob die beworbenen Produkte dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden dienen. Ein Anhaltspunkt hierfür ist, wenn die Produkte zu einem bestimmten Grad miteinander austauschbar sind.⁵⁹¹

D. Schutzmöglichkeiten

Wie bereits oben beschrieben, gestaltet sich der Schutz trotz des strengen Gesetzesrahmen als schwierig. Dies liegt vor allem an den prozessrechtlichen Problemen, die im Internet auftreten. Aufgrund von weitgehenden Anonymisierungsmöglichkeiten und grenzüberschreitenden Sachverhalten sind den deutschen Gewalten häufig die Hände gebunden. Deshalb ist über das rechtliche Erfordernis einer Einwilligungserteilung hinaus auf weitere Schutzmöglichkeiten hinzuweisen.

I. Wegwerf-E-Mail-Adressen

Gerade bei Internetseiten, die sich außerhalb des deutschen Rechtskreises befinden, bietet es sich an, Wegwerf-E-Mail-Adressen bei Registrierungsvorgängen zu verwenden.⁵⁹² Bei Wegwerf-E-Mail-Adressen handelt es sich um E-Mail-Adressen, die nur zeitlich begrenzt gültig sind. Die Funktionsweise divergiert. Es gibt Wegwerf-E-Mailadressen, die über eine Webmail-Oberfläche aufrufbar sind oder es existieren Dienste, welche die E-Mails, die an die Wegwerf-Adresse versandt werden, an das private Postfach weiterleiten. Hierdurch ist der Abruf mittels des Standard-E-Mail-Programms möglich.⁵⁹³ Wird die Wegwerf-Adresse nicht mehr gebraucht, verfallen die Adressen nach einer bestimmten Zeit oder nach einer bestimmten Zahl eingegangener E-Mails, sodass sie erneut von anderen Nutzern gebraucht werden können.

⁵⁹⁰ Härting in: Härting, Internetrecht, G. Wettbewerbsrecht, Rn. 1757; Schulz, CR 2012, 686 (689).

⁵⁹¹ Härting in: Härting, Internetrecht, G. Wettbewerbsrecht, Rn. 1756 ff.

⁵⁹² Beispiele für Wegwerf-E-Mail-Adressen sind www.wegwerfemail.de; <https://www.byom.de/> und www.spaml.de/.

⁵⁹³ Bspw. Spamgourmet, das wie folgt funktioniert: Soll eine E-Mail-Adresse auf einer Internetseite angegeben werden, kann eine Spamgourmet-E-Mail-Adresse verwendet werden, welche sodann nach außen hin auftritt, im

II. Filterprogramme

E-Mail-Anbieter setzen heutzutage standardmäßig Filterprogramme auf ihren E-Mail-Clients ein. Anhand von vordefinierten Listen, Absendermerkmalen, dem Inhalt der E-Mail und weiteren Kennzeichen lassen sich Spam-Mails automatisch aussortieren und blockieren. Durch den technischen Fortschritt steigt die Erfolgsquote, mit der unerwünschte Werbung verhindert wird.⁵⁹⁴ Auf rechtlicher Ebene entstehende Probleme etwa durch das Einsehen von E-Mail-Inhalten, dem Herausfiltern und dem Blockieren von elektronischen Nachrichten lassen sich nur durch eine zuvor umfassende vorherige Einwilligung des Nutzers lösen.⁵⁹⁵ Eine Parallele zum Briefkastenaufkleber ist nicht denkbar.⁵⁹⁶ Denn würde man eine solche annehmen, hätte dies zwangsläufig zur Konsequenz, dass Werbung, welche nicht vom Spamfilter als solche erkannt wird, nicht persönlichkeitsverletzend wäre. So kann ein als Ausfluss des Persönlichkeitsrechts in Stellung gebrachtes Filterprogramm nicht tangiert sein, wenn die Werbenachricht von diesem gar nicht umfasst wird und daher an den Posteingang des Kontoinhabers zugestellt werden würde. Dies ergibt sich bereits aus den oben zum Briefkasten gemachten Ausführungen hinsichtlich der Reichweite des Sperrvermerks.⁵⁹⁷

III. Verhaltensoptimierung

Die pragmatischsten, gleichzeitig nicht weniger erfolgsversprechenden Schutzmöglichkeiten sind die Optimierung und die Achtsamkeit im Umgang mit persönlichen Daten. So ist es zu raten, auf indiskreten Internetseiten keine Dateneingabe vorzunehmen. Vor allem bei Preisausschreiben oder Gewinnspielen sei zur Datensparsamkeit gemahnt, da deren Anbieter nicht selten im Adresshandel tätig sind.⁵⁹⁸

IV. Internet-Beschwerdestelle

Seit dem 01. Januar 2007 nimmt die Internet-Beschwerdestelle des Bündnispartners eco-Verband Beschwerden über deutschen Spam an.⁵⁹⁹ Dafür ist die beschwerdegegenständliche E-

Hintergrund die empfangenen E-Mails jedoch an das eigentliche „echte“ E-Mail-Postfach weiterleitet. Wie oft diese Weiterleitung geschieht, kann vom Nutzer zuvor eingestellt werden, s. <https://www.spamgourmet.com/>.

⁵⁹⁴ Vgl. zur Kritik von Spamfiltern: *Leible*, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 161.

⁵⁹⁵ Vgl. zur Bewertung von Spamfiltern: *Spindler/Ernst*, CR 2004, 437; *Hoeren*, NJW 2004, 3513 (3516); auch *Redeker*, in: Hoeren/Sieber/Holzsnagel, MMR-HdB, Teil 12 Vertragsrecht für Internetdienste Rn. 216, der empfiehlt den Spam-Filter so einzurichten, dass als Spam identifizierte E-Mails in einen separaten Ordner zur Durchsicht für den Nutzer bewegt werden.

⁵⁹⁶ *Leible*, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 161.

⁵⁹⁷ Vgl. oben Teil III, Kapitel 7, § 1, C.

⁵⁹⁸ S. zum Thema auch die Ratgeberseite der Internet-Beschwerdestelle, abrufbar unter: <http://www.internet-beschwerdestelle.de/ratgeber/>.

⁵⁹⁹ Abrufbar unter: <http://www.internet-beschwerdestelle.de>.

Mail mit Original Header an eine der E-Mail-Adressen des eco-Verbands weiterzuleiten. Diesbezüglich bieten die Verbraucherzentralen parallel Rechtsberatungen zum Thema Spam an.

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt man auch in Australien. Durch das Programm „Spammatters“ wird Australiern eine Software angeboten, die es ermöglicht, die vom Benutzer als Spam gekennzeichneten E-Mails automatisch an die Telekommunikationsbehörde ACMA zu übermitteln. Diese strebt – nach positiver Feststellung des Sachverhalts auf Spam – automatisch eine rechtliche Verfolgung des Spammers an.⁶⁰⁰

§ 4 Ansprechen in der Öffentlichkeit

A. Begriff und wirtschaftliche Bedeutung

Die Übermittlung von Werbebotschaften durch das Ansprechen einzelner Personen weicht vom bisher Gesagtem ab. Im Unterschied zur bisherigen Untersuchung bedient der Werbende sich zur Kommunikation der Werbebotschaft keiner vom Beworbenen vorgehaltenen Empfangseinrichtung, sondern spricht diesen unmittelbar an. Zudem findet die Ansprache nicht innerhalb der abgeschiedenen Privatheit statt, sondern in der Öffentlichkeit – in Fußgängerzonen, Kaufhäusern, öffentlichen Verkehrsmitteln und öffentlichen Gebäuden.

Aus ökonomischer Sicht ist die gezielte individuelle Kontaktaufnahme zu Verbrauchern an einem allgemein zugänglichen Ort mit dem Ziel der Absatzförderung eine beliebte Werbeform. Denn so besteht eine direkte Kontaktmöglichkeit zum potentiellen Kunden. Gerade in Fußgängerzonen können viele Leute mit wenig Personalaufwand erreicht werden.⁶⁰¹

B. Rechtliche Beurteilung

I. Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit

1. Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur

Der BGH hat zwei entscheidende Urteile zum werbenden Ansprechen von Leuten in der Öffentlichkeit gefällt, welche auch in der Literatur Zustimmung fanden.⁶⁰² Sowohl in dem Urteil „Ansprachen in der Öffentlichkeit I“ als auch in „Ansprachen in der Öffentlichkeit II“ spricht sich der BGH für die grundsätzliche Unzulässigkeit dieser Werbeform aus, wenn der Werbende

⁶⁰⁰ Abrufbar unter: <http://www.acma.gov.au/theACMA/ACMAi/Complaints/Spam-complaints>.

⁶⁰¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 63; Loeck, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle 2008, S. 131.

⁶⁰² BGH, GRUR 2004, 699 – Ansprechen in der Öffentlichkeit I; BGH, GRUR 2005, 443 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Rn. 74; vgl. hierzu auch Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 82; Loeck, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle 2008, S. 132 – 133.

für den Adressaten nicht direkt erkennbar ist⁶⁰³, womit im Umkehrschluss die grundsätzliche Zulässigkeit bei Erkennbarkeit des Werbenden für den Werbenden steht.

Der BGH bestätigte in „Ansprechen in der Öffentlichkeit I“ hinsichtlich der Fallkonstellation des überraschenden, nicht erkennbaren Ansprechens die rechtliche Wertung der Vorinstanz, nach der das Unlauterkeitsmoment der in Rede stehenden Werbeform nicht nur in der Überumpelung und/oder Verstrickung der Kunden zu sehen sei, sondern auch in der Belästigung des Angesprochenen an sich. Es gehe letztlich um die Wahrung der Individualsphäre der Umworbenen und um deren vor unzumutbaren Beeinträchtigungen zu schützende Freiheit, einem gewerblichen Angebot ihre Aufmerksamkeit zu schenken oder sich mit anderen Dingen zu befassen.⁶⁰⁴

In seinem kurz darauffolgenden Urteil „Ansprechen in der Öffentlichkeit II“ führt der BGH weiter aus, dass eine gezielte und individuelle Direktansprache von Passanten an öffentlichen Orten eine unerbetene Kontaktaufnahme sei und damit ein belästigender Eingriff in die Individualsphäre des Umworbenen einhergehe. Der Passant werde dadurch in seinem Bedürfnis, auch im öffentlichen Raum möglichst ungestört zu bleiben, beeinträchtigt und unmittelbar persönlich für die gewerblichen Zwecke des werbenden Unternehmens in Anspruch genommen. Gehe es jedoch um die Konstellation, in der der Werbende für den Passanten als solcher erkennbar sei, habe dieser stets die Möglichkeit, sich einem Gespräch ohne große Mühe durch Nichtbeachtung des Werbenden oder eine kurze abweisende Bemerkung oder Geste zu entziehen, sodass diese Handlung grundsätzlich als zulässig zu bewerten sei.⁶⁰⁵

2. Stellungnahme

Die Ansicht lässt dem Bedürfnis, auch innerhalb der Öffentlichkeit möglichst ungestört zu sein, eine große Bedeutung zukommen. Dies steht grundsätzlich im Einklang mit obigen Ausführungen zur Sphärentheorie, indem der Wille des Einzelnen von der Suggestivkraft der Werbung verschont zu bleiben, auch im öffentlichen Raum einen gewissen Schutz genießt.

Auf Grundlage der heutigen Gesetzeslage spielt § 7 Abs. 1 S. 1 UWG eine wichtige Rolle, in welche die entscheidenden Leitsätze der obigen BGH-Entscheidungen hineinfließen. So ist der Beworbene im Sinne der Norm in einer unzumutbaren Weise belästigt, wenn der Werbende

⁶⁰³ Der BGH hat in seiner „Ansprechen in der Öffentlichkeit I“-Entscheidung noch eine striktere Gangart mit der Werbeform gewählt, indem er auch bei Erkennbarkeit des Werbenden eine Unlauterkeit bejaht hat.

⁶⁰⁴ BGH, GRUR 2004, 699 (700) – Ansprechen in der Öffentlichkeit I.

⁶⁰⁵ BGH, GRUR 2005, 443 (444) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

nicht als solcher zu erkennen ist. Denn dadurch erlangt er die Aufmerksamkeit des Beworbenen, ohne dass dieser von vornherein sein fehlendes Interesse kundtun kann.⁶⁰⁶ Diese Wertung lässt sich auch Abs. 1 S. 2 entnehmen, der voraussetzt, dass der angesprochene Marktteilnehmer zum Ausdruck bringen kann, dass er Werbung nicht wünsche. Wenn der werbende Charakter der Maßnahme jedoch erst zu Tage tritt, wenn eine Kommunikation bereits begonnen hat, ist die Belästigung bereits geschehen. Durch Kleidung, Werbestände oder Hinweise muss sich zumindest aus den Umständen der Werbecharakter erkennbar ergeben. So wird dem Vorbeiläufigen direkt die Möglichkeit gegeben, dem Werbenden aus dem Weg zu gehen oder diesen über sein bestehendes Desinteresse zu unterrichten.⁶⁰⁷ Geht der Werbende trotz Hinweis des Angesprochenen diesem hinterher oder gibt er diesem nicht die Möglichkeit weiterzugehen, so stellt dies eine unlautere Handlung gem. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG dar, da es sodann an der notwendigen Ausweichmöglichkeit fehlt.⁶⁰⁸ Unter diesen Voraussetzungen muss das gleiche auch für den Fall gelten, in dem der Umworbene sich aufgrund von beengter Straßenverhältnisse oder in öffentlichen Verkehrsmitteln der Werbung nur schwer entziehen kann und der Werbende sich diese Einschränkung der Selbstbestimmung des Werbeadressaten gerade zum Vorteil macht.⁶⁰⁹

3. Weitere Beispiele für Belästigungen innerhalb der Öffentlichkeit

Als grundsätzlich zumutbare Belästigung ist das Ansprechen auf Jahrmärkten und Messen zu bewerten.⁶¹⁰ Wer sich dorthin begibt, erklärt sich konkludent mit der für die Öffentlichkeit üblichen Aufforderung von Standbetreibern zum Mitmachen oder Kaufen bereit. Indem diese Veranstaltungen zudem räumlich begrenzt sind, ist dem Selbstbestimmungsrecht Genüge getan, wenn Ausweichmöglichkeiten wahrgenommen werden können.⁶¹¹ Dies gilt auch für das Ansprechen in Geschäftsräumen, da das Personal als solches erkennbar ist und der Angesprochene mit dieser Konfrontation in einem Geschäft rechnen muss.⁶¹²

Das Ansprechen von Unfallbeteiligten am Unfallort zu Werbezwecken ist dagegen gem. §§ 7 Abs. 1, 4a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UWG unzulässig, da aufgrund der psychisch belastenden Unfallsituation die Gefahr eines unüberlegten und übereilten Vertragsschlusses besteht und

⁶⁰⁶ BGH, GRUR 2004, 699 (701) – Ansprechen in der Öffentlichkeit I; BGH, GRUR 2005, 443 (444 f.) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

⁶⁰⁷ BGH, GRUR 2005, 443 (445) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; vgl. hier auch § 5a Abs. 6 UWG.

⁶⁰⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 65, m. w. N.

⁶⁰⁹ BGH, GRUR 2005, 443 (446) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; *Burmeister*, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 82.

⁶¹⁰ BGH, GRUR 1965, 315 (317) – Werbewagen; *Ohly*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rn. 75; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 70, 71.

⁶¹¹ Vgl. BGH, GRUR 1965, 315 (317) – Werbewagen.

⁶¹² *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 72.

das Störpotential im Vergleich zum Ansprechen von Passanten auf öffentlichen Straßen unweit größer ist.⁶¹³

Bei Meinungsumfragen in der Öffentlichkeit muss differenziert werden, ob diese in Vorbereitung für einen Produktverkauf geschehen, oder ob sie – losgelöst – anderen Zwecken als der Wirtschaftswerbung dienen. Bei letzterem ist von einer grundsätzlichen Zulässigkeit auszugehen. Bei ersterem gelten jedoch erneut die Kriterien der Erkennbarkeit des Werbenden und der Ausweichmöglichkeiten für den Beworbenen.⁶¹⁴ Das Verteilen von Werbematerial ist aufgrund der einfachen Möglichkeit, die Entgegennahme abzulehnen, als zulässig anzusehen.⁶¹⁵ Maßnahmen, die über das Verteilen hinausgehen, bedürfen dabei erneut einer restriktiveren Beurteilung, wie dies beim Ansprechen in der Öffentlichkeit der Fall ist.

Die Scheibenwischerwerbung, bei der Handzettel hinter dem Scheibenwischer befestigt werden, stellt stets eine unzumutbare Belästigung dar. Dieser kann man sich nicht wie der Briefkastenwerbung entziehen. Neben dem Entsorgungsaufwand kommt noch hinzu, dass Schäden am Fahrzeug entstehen können, wenn die Werbezettel aufgrund von Wettereinflüssen Farbe auf die Autoscheibe abgeben.⁶¹⁶ Beachtlich ist auch, dass hier der Werbende das Eigentum anderer für seine geschäftlichen Tätigkeiten in nicht vorhergesehener Weise verwendet. Die Windschutzscheibe stellt kein für den Empfang von Nachrichten jeglicher Art bereitgehaltenes Medium dar und somit erst recht nicht für kommerzielle Botschaften.⁶¹⁷ Wer werben will, soll auch den dafür üblichen und vorgesehenen Kommunikationskanal wählen.

II. Deliktsrechtliche Zulässigkeit

In seinen Entscheidungen hat der BGH innerhalb der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung Wertungen aus dem Persönlichkeitsrecht herangezogen. So wurde in beiden Urteilen der Belästigungsgrad hervorgetan, der den Einzelnen durch die Direktansprache im öffentlichen Raum zu Werbezwecken trifft.⁶¹⁸ Der BGH sah in Übereinstimmung mit der Vorinstanz, dass von der

⁶¹³ Vgl. BGH, NJW 1975, 689 – Werbung am Unfallort I; BGH, NJW 1975, 691 – Werbung am Unfallort II; BGH, NJW 1980, 1690 – Werbung am Unfallort III; BGH, GRUR 2000, 235 – Werbung am Unfallort IV; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 73; Loeck, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle 2008, S. 134 – 135.

⁶¹⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 74; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, § 7 Rn. 75.

⁶¹⁵ BGH, NJW 1986, 2053; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, § 7 Rn. 77; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 75, m. w. N.

⁶¹⁶ Vgl. Wasse, WRP 2010, 191 (195); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 117; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, § 7 Rn. 78; Loeck, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG-Novelle, S. 145 – 146; a. A. OLG Hamm, GRUR 1991, 229 (230) – Scheibenwischer-Werbung; vgl. auch zuletzt OLG Düsseldorf, BeckRS 2010, 18055.

⁶¹⁷ Auch Wasse, WRP 2010, 191 (194 f.).

⁶¹⁸ BGH, GRUR 2004, 699 (700) – Ansprechen in der Öffentlichkeit I; BGH, GRUR 2005, 443 (445 f.) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

dem Ansprechen anhaftenden Belästigung auch eine Beeinträchtigung der Freiheit ausgehe, seine Aufmerksamkeit anderen Sachen zu widmen.⁶¹⁹ Aufgrund der besonderen Umstände der hier betroffenen Öffentlichkeitssphäre kann allerdings nicht bereits jegliche Kontaktaufnahme als Persönlichkeitsverletzung angesehen werden. Stattdessen ist unter Wahrung des Kommunikationsinteresses der Öffentlichkeit nur dann eine rechtswidrige Beeinträchtigung gegeben, wenn dem Beworbenen eine Zwangslage trifft und ihm somit keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten mehr zur Verfügung stehen.⁶²⁰ Dies ist dann der Fall, wenn der Werbende als solcher nicht erkennbar ist oder an Orten geworben wird, die in besonderer Weise die Suggestionwirkung über Zwang zu verstärken suchen. Stehen jedoch Ausweichmöglichkeiten bereit und besteht keine Zwangssituation, so stellt das Ansprechen von Passanten keine Persönlichkeitsverletzung dar.⁶²¹ Wenn es jedoch an der Erkennbarkeit und somit dem notwendigen Maß an Selbstbestimmung mangelt, stellt bereits die Kontaktaufnahme zu kommerziellen Zwecken eine rechtswidrige Verletzungshandlung dar.

C. Schutzmöglichkeiten vor Werbung in der Öffentlichkeit

I. Widerspruchsmöglichkeit

Nach obigen Feststellungen ist das Übermitteln einer Werbebotschaft im öffentlichen Bereich grundsätzlich sowohl persönlichkeits- als auch lauterkeitsrechtlich zulässig. Je nach Einzelfall kann sich die Zulässigkeit jedoch ins Gegenteil verkehren, nämlich dann, sobald eine Zwangslage hervorgerufen wird und der Wunsch des Beworbenen, nicht Ziel der Ansprache zu sein, unbeachtet bleibt. Diese Widerspruchsmöglichkeit kann konkludent oder ausdrücklich erfolgen und muss vom Werbenden im öffentlichen Raum beachtet werden.⁶²²

II. „Werbefreie Zonen“

Die Kommerzialisierung des öffentlichen Raumes wurde immer wieder zum Anlass genommen, die Einführung werbefreier Zonen zu fordern.

Durch Sparmaßnahmen der Politik sind öffentliche Einrichtungen auf Gelder aus der Privatwirtschaft angewiesen. Dies ging teilweise sogar so weit, dass im Wintersemester 1994 an der TU Dresden während einer Vorlesung die Firma Sony fünf Werbespots an die Teilnehmer der Vorlesung ausstrahlte.⁶²³ Dass sich hierdurch bestimmte Gesellschaftsteilnehmer provoziert

⁶¹⁹ BGH, GRUR 2004, 699 (700) – Ansprechen in der Öffentlichkeit I; OLG Köln, GRUR 2002, 641 (641).

⁶²⁰ Vgl. bereits oben beim Persönlichkeitsrecht Teil II, Kapitel 5, § 1, A. V. 4.

⁶²¹ So auch BGH, GRUR 2005, 443 (444 f.) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II; *Schirmbacher/Micklitz*, in: *Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien*, UWG, § 7 Rn. 26 – 29.

⁶²² *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 7 Rn. 69; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitzer*, UWG, § 7 Rn. 76.

⁶²³ Artikel „Schokoriegel im Hörsaal“, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-9292904.html>.

fühlen, die Schaffung werbefreier Zonen zu fordern⁶²⁴, ist nachvollziehbar. Nichtsdestotrotz ist es für eine freie Wirtschaft fundamental, dass auch Werbeinteressen durchgesetzt werden können. Im öffentlichen Raum kommt diesen zudem innerhalb der Abwägung gegen das Selbstbestimmungsrecht die stärkste Gewichtung zu. Aber wie bereits oben angedeutet, muss auch an öffentlichen Orten dem Interesse des Einzelnen auf Ungestörtheit Rechnung getragen werden. Deshalb gilt, dass zumindest Lautsprecherwerbung aufgrund ihres Belästigungsgrads in öffentlichen Verkehrsmitteln nicht zulässig ist.⁶²⁵ Zwar lässt sich anführen, dass der Betroffene das Verkehrsmittel ja nicht nutzen muss, allerdings ist dies nicht interessensgerecht, da mangels Wettbewerbes eine gewisse Abhängigkeit gegenüber dem Nahverkehrsanbieter besteht und dieser auch andere weniger einschneidende Werbeformen verwenden kann.

§ 5 Haustürwerbung/Vertreterbesuche

Die bisher ergangene Rechtsprechung zur kommerziellen Kommunikation an der Haustür ist rar. Dennoch existieren Fälle, aus denen sich ein Meinungsstandpunkt ableiten lässt.

A. Beispiele aus der Rechtsprechung

Der BGH urteilte über die Zulässigkeit von Hausbesuchen, die zur Vorbereitung und Erörterung einer Sterbegeldversicherung und eines Bestattungsauftrags dienen.⁶²⁶ Der Senat sah in dem Werben eine Belästigung, wenn aus Geschäftsgründen die Tatsache, dass mit dem Ableben einer Person in absehbarer Zeit zu rechnen sei, zum Anlass genommen werde, die Einzelheiten einer Bestattung derjenigen Person gegenüber zu erörtern.⁶²⁷ Das gleiche gelte auch für das Aufsuchen eines Trauerhauses durch einen Steinmetz zur Anpreisung seiner Grabsteine nach dem Todesfall.⁶²⁸ Das Thema Tod sei begleitet von Gefühlen und Pietät, die stets der Intimsphäre eines jeden Menschen innewohnen und deshalb nicht durch wirtschaftliches Gewinnstreben Dritter beeinträchtigt werden dürften.⁶²⁹ Habe die Werbemaßnahme jedoch eine andere Zielrichtung als einen den Tod betreffenden Sachverhalt, so sei Haustürwerbung nach Ansicht des Senats grundsätzlich hinnehmbar.⁶³⁰

In einer weiteren Entscheidung, bei der es um das Hausieren im Zusammenhang mit dem Verteilen von Postkarten ging, hielt der BGH fest, dass es sich bei unerbetenen Vertreterbesuchen

⁶²⁴ Vgl. OLG Köln, MMR 2001, 823 = NJW-RR 2002, 547 (548).

⁶²⁵ Vgl. auch *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337, die hier auf die negative Informationsfreiheit abstellen.

⁶²⁶ BGH, GRUR 1955, 541 – Bestattungswerbung.

⁶²⁷ BGH, GRUR 1955, 541 (Rn. 30) – Bestattungswerbung.

⁶²⁸ BGH, GRUR 1967, 30 (Rn. 12) – Grabsteinwerbungen I; BGH, GRUR 1971, 317 – Grabsteinwerbungen.

⁶²⁹ BGH, GRUR 1971, 317 (318) – Grabsteinwerbungen II.

⁶³⁰ BGH, GRUR 1955, 541 (Rn. 30) – Bestattungswerbung.

zwar um eine erhebliche Belästigung handele, dieser jedoch einfach auszuweichen wäre, indem man als potentieller Empfänger lediglich die Tür nicht öffne.⁶³¹

B. Stellungnahme und eigener Ansatz

Nach der derzeitigen Rechtsprechung hängt die Zulässigkeit von Vertreterbesuchen einzelfall-spezifisch von den Umständen und dem Inhalt der Werbemaßnahme ab. Nicht nur steht die Ansicht des BGH mit den hier erarbeiteten Ergebnissen zum Schutz vor Werbung nicht im Einklang. Vielmehr werden hier unverständlicherweise Wertungen vorgenommen, die von denen anderer Formen der Direktwerbung abweichen. Während der BGH bei der Beurteilung von Telefonwerbung als stark persönlichkeitsverletzende Werbeform, auf das ihr innewohnende „unkontrollierbare Eindringen in die Privatsphäre des Anschlussinhabers“ und die mangelnde Erkennbarkeit des Werbeanrufs abgestellt hatte⁶³², lässt er diesen Gesichtspunkt vorliegend fallen und lässt es als Schutz ausreichen, wenn die Haustür zwischen Werbendem und Beworbenem verschlossen bleibt. Umso erstaunlicher ist dies, wenn man sich die Parallelen zwischen Telefonwerbung und Vertreterbesuchen anschaut. Vertreterbesuche sind für den Besuchten sowie Telefonwerbung nicht als solche erkennbar. Vertreterbesuche drängen ebenso wie Telefonwerbung in den geschützten Bereich der Privatsphäre ein und dies auch zu einer vom Betroffenen nicht bestimmbar Zeit. Es ließe sich sogar argumentieren, dass Hausbesuche aufgrund ihres örtlich direkt auswirkenden Kontakts einen noch stärkeren Eingriff darstellen, als dies das Telefonklingeln tut. Zwar ist der Verbraucher durch die besonderen Vorschriften der §§ 312b ff. BGB vor einem übereilten Vertragsschluss an der Haustür geschützt, allerdings ändert dies nichts an der ihn treffenden Belästigung, die durch solche Besuche unweigerlich auf seinen besonders geschützten Privatbereich einwirkt.

Hieraus folgen zwei Möglichkeiten: Einerseits kann man aufgrund der einfachen Möglichkeit des Widerspruchs dem Schutzanspruch des Einzelnen gerecht werden, indem ihm die Möglichkeit gegeben wird, Vertreterbesuche – ähnlich wie Briefkastenwerbung – mittels Sperrvermerkes rechtsverbindlich zu verbieten. Andererseits kann man den Standpunkt vertreten, dass Vertreterbesuche von vornherein als Persönlichkeitsverletzung zu bewerten sind, mit der Folge, dass nur nach vorheriger ausdrücklicher Einwilligung gegenüber dem Werbenden geworben werden darf. Diese Arbeit vertritt die Ansicht, dass es insoweit ausreichend und unter Beachtung der vertretenen Interessen verhältnismäßig ist, wenn der Einzelne darauf verwiesen wird, an seinem Klingelschild die Bitte anzubringen, dass „Kein Hausieren“ erwünscht ist.

⁶³¹ BGH, GRUR 1959, 277 (Rn. 27) – Künstlerpostkarten.

⁶³² BGH, GRUR 1970, 523 (524) – Telefonwerbung I.

§ 6 Push-Technologie auf Smartphones

Mit dem Durchbruch des Smartphones im Jahr 2007 und der kurz darauf erfolgten Implementierung eines „App Stores“ zur Verbreitung von Drittanbieter-Apps ließ die Werbewirtschaft nicht lange auf sich warten, bis die ersten Unternehmen das neue Marktsegment entdeckten und für neue Werbemöglichkeiten nutzten. Seitdem sind „Push-Nachrichten“ eine beliebte Form der kommerziellen Kommunikation. Vorteile der neuen mobilen Werbeform ist die Flexibilität und Zielgerichtetheit durch zeitlich und ortspezifische Nachrichten sowie deren niedrige Kosten.⁶³³ Während diese Möglichkeiten nun seit einigen Jahren bestehen, ist deren rechtliche Abhandlung in Literatur und Rechtsprechung noch weitgehend rechtliches Neuland.⁶³⁴

A. Begriffliche und technische Einordnung

Definitionsgemäß handelt es sich bei Push-Mitteilungen oder Push-Nachrichten um ein Verfahren, bei dem elektronische Daten von einem Informationsanbieter auf das an das Internet angeschlossene Endgerät – hier dem Smartphone – des Nutzers „geschoben“ (deshalb „Push“-Nachricht) werden.⁶³⁵ In der Praxis sieht dies so aus, dass der Nutzer sich in einem App Store eine App herunterlädt und installiert. Daraufhin wird ihm nach dem ersten Öffnen die Frage gestellt, ob er Mitteilungen mittels Push-Verfahren zugesandt bekommen möchte. Hier besteht lediglich die pauschale Möglichkeit einer Einwilligung oder Ablehnung.⁶³⁶ Entscheidet sich der Nutzer für die Einwilligung, so erhält er ab diesem Zeitpunkt an durch die App die vom Unternehmen versandten Push-Nachrichten – unabhängig davon, ob dies Werbenachrichten sind oder Informationen, welche die Nutzung der App betreffen.

B. Rechtliche Beurteilung

I. Lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit

Die rechtliche Einordnung ist sowohl in lauterkeits- als auch in persönlichkeitsrechtlicher Sicht problematisch. Lauterkeitsrechtlich könnten Push-Nachrichten eine stets unzumutbare Belästigung darstellen, wenn sie unter § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG fallen. Dies setzt voraus, dass diese

⁶³³ *Schürmann/Günther*, MMR 2015, 419 (419).

⁶³⁴ Vereinzelt zur Thematik *Schürmann/Günther*, MMR 2015, 419; *Pohle*, K&R, 2008, 711; *Franck/Müller-Peltzer*, K&R 2016, 718.

⁶³⁵ *Lange*, WRP 2002, 786 (788); *Sieber/Klimek*, K&R 1999, 305 (305); im Gegensatz zu Pull-Medien, bei denen der Nutzer sich die benötigten Daten selbst aus der Informationsquelle „zieht“.

⁶³⁶ Als Beispiel dient Apples Betriebssystem iOS.

elektronische Post darstellen. Gemäß der europäischen Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation⁶³⁷ ist „elektronische Post jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird.“

Push-Nachrichten sind multimedial, sie können Text-, Sprach- und Bildnachrichten beinhalten. Verschickt werden sie grundsätzlich über das Internet, das unstreitig ein öffentliches Kommunikationsnetzwerk darstellt.⁶³⁸ Die Nachricht wird auch gespeichert im Sinne der Richtlinie, wenn man berücksichtigt, dass die Speicherung nur so lange vorliegen muss, „bis sie von diesem abgerufen wird“.⁶³⁹ Die Nachricht steht dem Empfänger so lange auf seinem Sperrbildschirm oder in seiner Mitteilungszentrale auf dem Smartphone zur Verfügung, wie er dies wünscht. Zwar mag die hinter der Push-Nachricht liegende Information nicht mehr verfügbar sein, die Push-Nachricht selbst jedoch schon. Erst mit Öffnen und somit „Abruf“ der Nachricht verschwindet der Inhalt der Push-Mitteilung.⁶⁴⁰ Auch aus teleologischen Gründen sind keine zu hohen Anforderungen an die Abrufbarkeit zu stellen, da ansonsten der Schutzzweck der Richtlinie unterlaufen werden würde. Denn der europäische Gesetzgeber betont in Erwägungsgründen 5, 6 und 7 der Richtlinie 2002/58/EG, dass die Richtlinie dazu diene, den Schutz der Privatsphäre gegenüber fortschrittlichen, digitalen Technologien zum Schutz der Bürger hochzuhalten. Demnach sind Push-Mitteilungen elektronische Post im Sinne des § 7 UWG. Das heißt, dass die Zustellung kommerzieller Botschaften mit Hilfe der Push-Technologie stets als unzumutbare Belästigung und somit als unzulässig anzusehen ist, solange nicht eine vorherige ausdrückliche Einwilligung des Adressaten vorliegt.

II. Deliktsrechtliche Zulässigkeit

Zu demselben Ergebnis gelangt man, wenn der Gang über das Persönlichkeitsrecht beschränkt wird. Das Mobiltelefon gehört zur Privatsphäre.⁶⁴¹ Der Eingriff durch kommerzielle Push-

⁶³⁷ 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).

⁶³⁸ Vgl. Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), Art. 2 d); EUR-Lex, Datenschutz im Bereich der elektronischen Kommunikation, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=uriserv%3A124120>.

⁶³⁹ Vgl. die rechtliche Auseinandersetzung bei *Schürmann/Günther*, MMR 2015, 419 (420).

⁶⁴⁰ A. A. *Schürmann/Günther*, MMR 2015, 419 (420).

⁶⁴¹ Vgl. bereits bei Telefonwerbung Teil III, Kapitel 7, § 2, B. I. 2. und 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), Rn. 24.

Nachrichten stellt aufgrund der Lautstärke, des Vibrierens und der Nähe zum inneren Bereich des Nutzers eine besonders aufdringliche Werbeform dar. Die Push-Nachrichten können teilweise den Bildschirm blockieren und können zudem weitere Ressourcen in Form von Bandbreite und Datenvolumen in Anspruch nehmen.⁶⁴² Das hierdurch entstehende Störpotential rechtfertigt das Erfordernis eines Opt-ins.

III. Einwilligungsvoraussetzungen

Es stellt sich jedoch die Frage, in welcher Form die Einwilligung rechtswirksam durch den Werbenden eingeholt werden kann. Sowohl auf Apples als auch auf Googles Betriebssystem wird man nach Installation der App nur gefragt, ob man sich mit dem Erhalt von Push-Mitteilungen einverstanden erklärt. Die Nachfrage geht dabei nicht explizit auf Werbung ein, sondern lediglich pauschal auf den Dienst als solchen. Die Bordmittel der Betriebssysteme lassen jedoch weitere Einschränkungen der Push-Mitteilungen zu. So lässt sich später feinjustieren, wie Push-Meldungen auf dem Telefon des Nutzers erscheinen dürfen.⁶⁴³ Die Justierung ermöglicht dabei aber keine inhaltliche Differenzierung, sondern nur eine Anpassung der Art und Weise wie Mitteilungen zugestellt werden.

Fraglich ist, ob die Beantwortung der pauschalen Frage nach dem Wunsch des Erhalts von Push-Mitteilungen den Anforderungen eines Opt-ins nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG genügt. Die der Norm zugrundeliegende Richtlinie 2002/58/EG führt zur Einwilligung aus⁶⁴⁴, dass diese

„in jeder geeigneten Weise gegeben werden [kann], wodurch der Wunsch des Nutzers in einer spezifischen Angabe zum Ausdruck kommt, die sachkundig und in freier Entscheidung erfolgt.“

Folglich genügen die derzeitigen Einwilligungsmöglichkeiten inhaltlich nicht den Anforderungen einer „spezifischen Angabe“, die auf „sachkundigen“ Erwägungen beruht.⁶⁴⁵ Der Nutzer wird nicht aufgeklärt, in welche Art von Push-Mitteilungen er einwilligt. Aufgrund der Stellung des Schutzes der Privatsphäre ist auch für ihn die Vermutung aufzustellen, dass die Nachrichten lediglich redaktionelle Inhalte beinhalten und ihm, wenn überhaupt, erst Werbung angezeigt

⁶⁴² Schürmann/Günther, MMR 2015, 419 (421).

⁶⁴³ So können der Nachrichtenton und der Nachrichtenhinweis unterbunden oder modifiziert werden. Es kann eingestellt werden, ob der Push-Hinweis temporär erscheint, ob dieser im Verlauf angezeigt wird oder ob Töne oder andere visuelle Hinweise erlaubt sind.

⁶⁴⁴ Vgl. auch BGH, GRUR 2008, 1010 – Payback.

⁶⁴⁵ Vgl. Schürmann/Günther, MMR 2015, 419 (422).

wird, nachdem er das hinter der Push-Nachricht liegende Angebot aufgerufen hat.⁶⁴⁶ Es ist zu verlangen, dass die jeweiligen Verantwortlichen der Betriebssysteme Android und iOS softwarebasierte Lösungen implementieren, die bereits im Vorfeld die Nutzer transparent über die Reichweite ihrer Einwilligung informieren.

§ 7 Weitere Formen der Direktwerbung

Zur Vollständigkeit ist abschließend auf ältere Formen der Direktwerbung einzugehen. Eine detaillierte Untersuchung kann hier jedoch unterbleiben, da die gemachten Ausführungen als Grundlage für die heutige Beurteilung von Telefon- und E-Mail-Werbung bereits oben dargestellt wurden.

A. Btx-Werbung

Der BGH hat Werbung über Bildschirmtext-Systeme (Btx) ohne vorherige Einwilligung als wettbewerbsrechtlich unlauter und als verletzenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bewertet. Btx ist ein von der Deutschen Bundespost 1984 eingeführter Angebots- und Mitteilungsdienst, über den ein individueller Nachrichtenaustausch – noch vor der Einführung von E-Mail-Diensten – ermöglicht wurde.⁶⁴⁷ Der Nachrichtendienst funktionierte in der Art und Weise, dass der Absender seine Nachricht im Postspeicher des Empfängers hinterlegen konnte, woraufhin dieser dann zu einem ihm beliebigen Zeitpunkt die Nachricht mittels seines Btx-Geräts abrufen konnte. Der Aufbau der einzelnen Seiten auf dem Bildschirm dauerte dabei 8 bis 30 Sekunden.⁶⁴⁸ Diese Dauer war für den BGH mitunter entscheidend für die Feststellung der Unzulässigkeit von Btx-Werbung.⁶⁴⁹ Die Wettbewerbswidrigkeit, so der BGH, ergebe sich durch die Belästigung, die durch die aufgewendete Zeit zur Aussortierung von Werbung innerhalb der Btx-Nachrichten sowie deren drohende wettbewerbsrechtliche Nachahmungsgefahr entstehe. Eine technische Möglichkeit, Werbemitteilungen von vornherein zu sperren, existiere nicht.⁶⁵⁰ Deshalb ist es auf rechtlicher Ebene zum Schutz der Privatsphäre in zutreffender Weise erforderlich, einen vorherigen Opt-in in den Empfang von Btx-Werbung zu verlangen. Dies gilt auch heute noch und ist insoweit im Lauterkeitsrecht über § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG zu beachten.

⁶⁴⁶ *Schürmann/Günther*, MMR 2015, 419 (422); a. A. *Sieber/Klimek*, K&R 1999, 305 (308), die Autoren sind der Meinung, dass der Push-Dienste-Nutzer durch sein Abonnement nicht erwarten kann, von Wirtschaftswerbung in den übermittelten Inhalten gänzlich verschont zu bleiben, was auf die Bejahung einer mutmaßlichen Einwilligung hinausläuft.

⁶⁴⁷ Vgl. für eine detaillierte Beschreibung der Funktionsweise: <http://www.daniel-rehbein.de/bildschirmtext.html>.

⁶⁴⁸ BGH, WRP 1988, 522 (522) – Btx.

⁶⁴⁹ BGH, WRP 1988, 522 (523 f.) – Btx.

⁶⁵⁰ BGH, WRP 1988, 522 (524) – Btx.

B. Telefax-Werbung

Für Telefax-Werbung gibt es keine Rechtsprechung, die sich mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht auseinandersetzt. Dies folgt daraus, dass die Rechtsprechung stets über Sachverhalte mit Werbung gegenüber Unternehmen zu entscheiden hatte.⁶⁵¹ Für das Persönlichkeitsrecht in Verbindung mit der Selbstbestimmung des Einzelnen lassen sich allerdings die zur Telefonwerbung entsprechenden Grundsätze bezüglich Privatpersonen und deren Persönlichkeitsrecht auf Telefax-Werbung anwenden.⁶⁵² Telefax-Werbung lässt – wie Telefon-Werbung – den Verbraucher nicht direkt erkennen, dass es sich um Werbung handelt. Zudem wird während des Empfangs das Gerät für andere Kommunikation blockiert.⁶⁵³ Darüber hinaus entstehen dem Betreiber des Fax-Gerätes Mehrkosten durch einen erhöhten ungewollten Papier- und Druckerpatronenverbrauch. Zudem wird der Empfang von wichtigen Schriften durch Werbeschreiben verzögert. Diese unerwünschten Unannehmlichkeiten und die Einordnung des Geräts als vorgehaltenes Kommunikationsmittel innerhalb der Privatsphäre stellen ein gewichtiges Argument für eine notwendige Opt-in-Einwilligung des Adressaten gegenüber dem Absender der Werbung dar. Liegt diese nicht vor, so verletzt bereits das Senden des Faxes das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beworbenen. Diese Überlegungen spiegeln sich auch in dem lauterkeitsrechtlichen Opt-in-Erfordernis gem. § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wider.

C. SMS-Werbung

Short-Message-Service-Nachrichten (SMS) sind in der Rechtsprechung bisher ebenfalls nur vereinzelt behandelt worden. Nach Ansicht des Landgerichts Berlin richte sich die Beurteilung von SMS-Werbung nach den gleichen Grundsätzen wie denen von E-Mail-Werbung.⁶⁵⁴ Durch den Vergleich mit E-Mail-Werbung wird man der Eingriffsintensität der kommerziellen Kommunikation mittels SMS allerdings nicht gerecht. Bei SMS-Werbung ist insbesondere die Art des Eindringens in die Privatsphäre als wesentlich intensiver zu bewerten. Eine SMS hat anders als eine E-Mail keine Betreffzeile und das Mobiltelefon zeichnet sich durch eine noch engere räumliche Sphäre zu seinem Nutzer aus, sodass der Kontakt per SMS-Werbung per se sehr penetrant ist. Die Tatsache, dass aufgrund technologischer Entwicklungen nur noch selten ein

⁶⁵¹ Vgl. BGH, CR 1996, 337 – Telefax-Werbung.

⁶⁵² Vgl. *Klass* in: Erman, BGB, Anh. zu § 12 Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Rn. 218.

⁶⁵³ Vgl. KG Berlin, CR 1998, 9 (9 f.).

⁶⁵⁴ LG Berlin, CR 2003, 339 (339); thematisch vgl. auch LG Hannover, CR 2006, 529; zustimmend *Schulze zur Wiesche*, CR 2004, 742 (743).

Überlaufen der SMS-Box droht⁶⁵⁵, ändert die Beurteilung des Belästigungsgrads nicht wesentlich, denn so bestehen oben genannte Störparameter weiterhin fort.

Im Ergebnis unterfällt SMS-Werbung aufgrund der Eingriffsintensität und der fehlenden Ausweichmöglichkeit einer Opt-in-Lösung.⁶⁵⁶ Das Ergebnis ist auch von § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und der dahinterliegenden europäischen Richtlinie gedeckt. SMS-Nachrichten bedürfen als elektronische Post⁶⁵⁷ der vorherigen ausdrücklichen Einwilligung des Adressaten, da ansonsten stets eine unzumutbare Belästigung des Beworbenen vorliegt. Eine rechtfertigende Einwilligung in den Empfang von Werbe-SMS kann sich dabei nicht durch die Weitergabe oder den Eintrag in ein Telefonbuch ergeben. Denn nach richtiger Ansicht des BGH eröffnet der Inhaber eines Telefonanschlusses und somit auch eines Mobilfunktelefons

„nicht sich und sein Heim unbeschränkt der großen Welt, sondern nur dem, der zu dem Inhaber in solchen Beziehungen steht, die die Inanspruchnahme gerechtfertigt erscheinen lassen.“⁶⁵⁸

Hierzu zählen jedoch gerade nicht unerwünschte kommerzielle Botschaften.

§ 8 Wesentliche Erkenntnisse für den Schutz gegen Werbung

Direktwerbung unterliegt seit geraumer Zeit immer mehr Einschränkungen auf deutscher und europäischer Rechtsebene. Durch die heutige Technik ist es Werbenden möglich, Direktmarketingmaßnahmen in einer Vielzahl kostengünstig und schnell umzusetzen, wie es vor der Ausbreitung der Kommunikationskanäle nicht möglich gewesen ist. Den hierdurch bedingten schnellen und kurzlebigen Informationsrausch, dem man sich heutzutage ausgesetzt sieht, sind richtigerweise Hürden aufgestellt worden, die den Einzelnen vor Belästigungen auf seinen Kommunikationsgeräten schützen. So sind grundsätzlich ohne vorherige Einwilligung solche Werbeformen persönlichkeitsverletzend, die über die unterhaltenen Kommunikationswege den Weg zum Werbeadressaten finden. Lediglich die Briefkastenwerbung und die Haustürwerbung bilden hier die Ausnahme. Aufbauend auf pragmatischen Erwägungen ist das Persönlichkeitsrecht hier hinreichend berücksichtigt, wenn dem potentiellen Adressaten mit Hilfe eines Sperrvermerks eine einfache Kontroll- und Abwehrmöglichkeit zur Verfügung steht.

Dies sind Beispiele für die in der Rechtsprechung im Hinblick auf die Belästigungsintensität angewandten Differenzierungen. So besteht hier eine Kohärenz von Abwehrmöglichkeit und

⁶⁵⁵ So noch LG Berlin, CR 2003, 339 (340).

⁶⁵⁶ Remmert, MMR 2003, 314 (315).

⁶⁵⁷ SMS-Nachrichten fallen unter den Begriff „elektronische Post“, Schulze zur Wiesche, CR 2004, 742 (743).

⁶⁵⁸ BGH, GRUR 1970, 523 – Telefonwerbung I; vgl. auch Römermann/Schmoll, K&R 2004, 553 (554).

Belästigung. Wenn Abwehrmöglichkeiten nicht oder nur unzureichend gegeben sind, entsteht bereits hieraus die persönlichkeitsrechtliche Verletzung. Dies kann auch für die weitere Beurteilung wichtig sein. Denn würde man Werblocker als unzulässig einstufen, wäre eine Abwehrmöglichkeit medialer Werbung nur noch durch den Kompletterzicht auf die gesamte Medienplattform möglich.

Für die Beurteilung des Belästigungsgrades wird auf die jeweiligen Eigenschaften des Werbeträgers abgestellt. So ist Werbung über Telefonanlagen belästigend, da sie die direkte Aufmerksamkeit des Angerufenen erfordert, Telefax-Werbung hingegen, da sie Ressourcen wie Toner und Papier auf Kosten des Beworbenen verbraucht. Diese Kriterien werden auch bei der Beurteilung medialer Werbung eine Rolle spielen.

Erwähnenswert für den weiteren Gang der Untersuchung sind auch die Ausführungen zum Ansprechen in der Öffentlichkeit. Ähnlich wie in einer öffentlichen Fußgängerzone befindet sich auch der im Internet Surfende auf öffentlich für jedermann zugänglichen Seiten. Hierzu wurde festgestellt, dass auch für die Öffentlichkeitssphäre das personale Selbstbestimmungsrecht Beachtung finden muss. So ist zwar das Ansprechen selbst nicht bereits persönlichkeitsverletzend, da insoweit auch die Kommunikationsfreiheiten der Werbenden gewahrt sein müssen. Jedoch muss der erkennbare Wille des Einzelnen, wie er durch eine abwehrende Handbewegung oder mündliche Äußerung kundgetan werden kann, von dem Werbenden beachtet werden. Der Beworbene muss sich der durch die Konfrontation entstehenden Suggestion ohne große Unannehmlichkeiten entziehen können. Besteht diese Möglichkeit nicht, ist auch das Anreißen in der Öffentlichkeit persönlichkeitsverletzend. Grundsätzlich ist daher festzuhalten, dass kommerzielle Kommunikation unter gewissen Bedingungen jede Sphäre der Persönlichkeit rechtswidrig tangieren kann.

Sind Persönlichkeitsbelange rechtswidrig betroffen, so stellt sich die Frage, ob zuvor durch den Werbeadressaten in die Handlung eingewilligt wurde. Hier ist zwischen der Einwilligung einer Privatperson und der eines Unternehmens zu differenzieren. Die Einwilligung von Privatpersonen setzt höhere Anforderungen zum Schutz der Privatsphäre voraus. Der Werbende muss stets durch eine ausdrückliche Einwilligung über den Werbewunsch unterrichtet werden. Hingegen kann im unternehmerischen Bereich auch teilweise eine mutmaßliche Einwilligung den Anforderungen genügen.

Direktmarketing-mittel	Rechtliche Zulässigkeit gegenüber Privatpersonen	Rechtliche Zulässigkeit gegenüber Unternehmen
Ansprechen in der Öffentlichkeit	Zulässig, solange Werbender als solcher erkennbar und kein entgegenstehender Wille kundgetan (Opt-out)	Zulässig, solange Werbender als solcher erkennbar und kein entgegenstehender Wille kundgetan (Opt-out)
Briefkastenwerbung	Zulässig, solange kein entgegenstehender Wille kundgetan (Opt-out)	Zulässig, solange kein entgegenstehender Wille kundgetan (Opt-out)
Briefwerbung	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)	Unzulässig ohne vorherige zumindest mutmaßliche Einwilligung (Opt-in)
E-Mail-Werbung	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche oder konkludente Einwilligung (Opt-in)	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche oder konkludente Einwilligung (Opt-in)
Scheibenwischerwerbung	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)
Smartphone-Werbung	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)
SMS-Werbung	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)
Telefax-Werbung	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)
Telefonwerbung	Unzulässig ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung (Opt-in)	Unzulässig ohne vorherige zumindest mutmaßliche Einwilligung (Opt-in)
Vertreterbesuche	Zulässig, solange kein entgegenstehender Wille kundgetan (Opt-out)	Zulässig, solange kein entgegenstehender Wille kundgetan (Opt-out)

Tabelle 3 Übersicht der Ergebnisse zur Direktwerbung

Kapitel 8 Schutz vor in Medieninhalten integrierter Werbung

Die Einleitung der Arbeit hat bereits vorweggegriffen, dass Werbung sich nicht stets zwischen Werbendem und Beworbenem abspielt, sondern dass im Bereich der medialen Werbung und dem Schutz vor dieser vier Parteien und deren jeweilige Interessen vertreten sind. Resümierend sind dies die Werbenden, die Plattformbetreiber der Medieninhalte, die Werbeadressaten beziehungsweise Medienkonsumenten und die Anbieter von Leistungen, die es ermöglichen, die in Medien integrierte Werbung herauszufiltern.

Der Wunsch Einzelner, der vermehrten Werbeflut auf medialen Plattformen zu entrinnen, gewinnt als Geschäftsmodell immer mehr an Popularität. Es existiert eine Vielzahl von Anbietern,

die dem Nutzer bei der Durchsetzung seines vermeintlichen Rechts, keine Werbung auf Medienplattformen sehen zu müssen, unterstützen wollen. Es geht dabei vor allem um den Fall, dass Werbung, die der Finanzierung eines Mediums dient, dessen sich der Nutzer freiwillig zum Konsum bedient, durch den Dritten – dem Wunsch des Nutzers entsprechend – ausgesondert wird, sodass lediglich der redaktionelle Inhalt – losgelöst von der unerwünschten Werbung – konsumiert werden kann. Die Beurteilung medialer Werbung unter dem Gesichtspunkt einer Persönlichkeitsverletzung wurde bisher nur eingeschränkt innerhalb der Rechtsprechung und Literatur behandelt. Es ist somit von Relevanz, Medienplattformen in Kontext mit dem Persönlichkeits- und Selbstbestimmungsrecht zu bringen, um daraufhin die Handlungen Dritter zu beurteilen, die dem Konsumenten technische Vorrichtungen zur Umgehung der Werbung an die Hand geben.

§ 1 Weiterer Gang der Untersuchung

Zunächst werden die unterschiedlichen Medienplattformen begrifflich und marktwirtschaftlich vorgestellt und eingeordnet. In diesem Schritt wird auch auf die Besonderheiten des jeweiligen Mediums eingegangen. Daraufhin wird der gesetzliche Rahmen der Medienwerbung umrissen. Zudem werden Überlegungen angestellt, wie eine lauterkeits- und deliktsrechtliche Einordnung aussehen könnte. Im Anschluss daran folgt der Kern der Untersuchung: die rechtliche Zulässigkeit der unterschiedlichen Handlungsmöglichkeiten, die eine Werbeblockierung auf der jeweiligen Medienplattform ermöglichen.

§ 2 Übersicht der werbefinanzierten Medienplattformen

Die populärsten Medienunternehmen, die ihre Plattform werbefinanziert anbieten, sind die Printmedien, das Fernsehen und das Internet. Der weitere Gang der Darstellung konzentriert sich auf die beiden letzteren Plattformen, da diese aufgrund der dahinterstehenden technischen Funktionsweise Dritten die Möglichkeit bieten, dem Konsumenten einen massentauglichen, werbefreien Konsum zu ermöglichen. Bezüglich Printwerbung wurde oben bereits angeführt, dass hier zumindest keine persönlichkeitsrechtlichen Belange tangiert sind und der Konsument folglich auch keinen Anspruch darauf hat, dass der Printmedienanbieter seine Inhalte ohne Werbung ausliefert. Zudem existieren hier auch keine Dritten, die die Trennung von Werbung und Inhalt als Geschäftsmodell betreiben.

A. Fernsehen als Werbemedium

I. Entwicklung und wirtschaftliche Bedeutung

Am 1. Juli 1941 wurde in den USA auf den TV-Sendern NBC und CBS in New York der erste Werbefilm ausgestrahlt.⁶⁵⁹ 15 Jahre später, am 3. November 1956, sendete der Bayerische Rundfunk erstmals – unter Protest der konkurrenzfürchtenden Zeitungsverleger – in Deutschland Fernsehwerbung.⁶⁶⁰

Seitdem hat Fernsehwerbung sich mit zur wichtigsten Einnahmequelle herausgebildet. 2016 beliefen sich die TV-Nettowerbeeinnahmen auf mehr als 4,5 Milliarden Euro.⁶⁶¹ Hiermit positioniert sich Fernsehwerbung trotz der steigenden Popularität von Internetdiensten auf den ersten Platz im Ranking der umsatzstärksten werbefinanzierten Medienplattformen.⁶⁶²

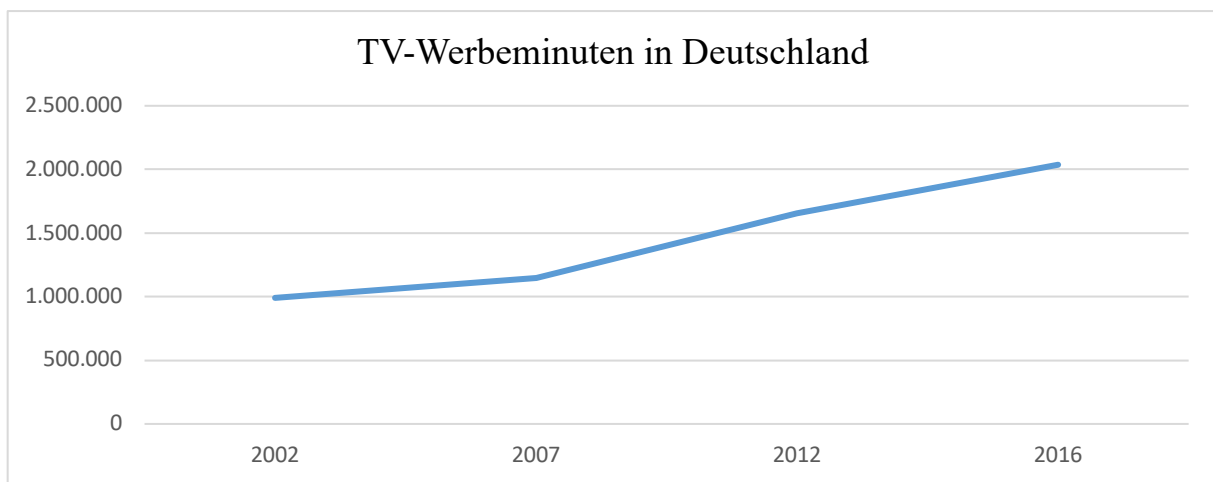


Abbildung 1 Entwicklung der TV-Werbeminuten in Deutschland, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/4769/umfrage/tv-werbesekunden-in-deutschland-seit-2000/>.

II. Werbeformen im Fernsehen

Werbung erfolgt im Fernsehen nicht mehr nur als Werbespot in Werbeblöcken. Neue Werbeformen sind dazugekommen. In der heutigen TV-Werbelandschaft findet Sponsoring,

⁶⁵⁹ Vgl. Artikel zu Fernsehwerbung, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Fernsehwerbung>.

⁶⁶⁰ Artikel über Historie der Fernsehwerbung, abrufbar unter: <https://www1.wdr.de/stichtag1582.html>; Werbespot für Persil, abrufbar unter: <https://www.youtube.com/watch?v=YukWIDQDJVg>.

⁶⁶¹ Statistik „Netto-Umsatzentwicklung der Werbeträger 2016“, abrufbar unter: <http://www.zaw.de/zaw/branchendaten/nettoumsatzentwicklung-der-werbetraeger/>.

⁶⁶² Statistik „Netto-Werbeinnahmen erfassbarer Werbeträger in Deutschland 2012 bis 2015“, abrufbar unter: http://www.zaw.de/zaw/branchendaten/nettoumsatzentwicklung-der-werbetraeger/Netto-Werbeinnahmen_2012-2015.pdf; vgl. auch die Statistik „Marktanteile der einzelnen Mediengattungen im Werbemarkt in Deutschland von Januar bis Juni 2016“, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/13438/umfrage/marktanteile-der-werbetraeger-am-werbemarkt-seit-2005/>; s. auch Müller, AG 2015, R177 – R178 zur Übersicht der Werbeentwicklung im Jahr 2014.

Splitscreen-Werbung, Product-Placement sowie das Bartering und Merchandising statt. Insgesamt lassen sich jedoch alle Werbeformen entweder der Gruppe programminterner oder programmexterner Werbung zuordnen.

1. Programminterne Werbung

Bei programminterner oder programmintegrierter Werbung steht die gezielte Integration werbender Inhalte in redaktionelle Kontexte im Fokus, und zwar unabhängig davon, ob dies dramaturgisch notwendig oder gekennzeichnet ist.⁶⁶³ Eine inhaltliche Trennung erfolgt unter Verzicht einer zeitlichen Zäsur, wenn überhaupt nur durch eine räumliche Komponente vom redaktionellen Programm.

Klassische Beispiele für programminterne Werbung sind Produktplatzierungen⁶⁶⁴ und Split-Screen-Werbung, bei der die zeitgleiche Ausstrahlung von Werbung und Programm mit Hilfe einer räumlichen Unterteilung des Bildschirms geschieht.⁶⁶⁵

Programminterne Werbung bietet Werbenden den Vorteil, dass Werbung und Sendung in zeitlicher Sicht gebündelt ausgestrahlt werden, sodass der Zuschauer der Werberezeption nur bei gleichzeitigem Verzicht auf die redaktionellen Inhalte entgehen kann.

2. Programmexterne Werbung

Programmexterne Werbung kennzeichnet sich dadurch, dass die Trennung von Werbung und redaktionellem Sendeinhalt auf zeitlicher Ebene erfolgt. Das bedeutet, dass die Werbebotschaft nicht zeitgleich mit dem redaktionellen Programm angezeigt wird und auch nicht in dieses integriert ist. Die Werbebotschaft ist dem Zuschauer hier transparenter als solche zu erkennen und nicht an den medialen Inhalt gekoppelt⁶⁶⁶, sodass der Empfänger während des programmexternen Werbeblocks sein Empfangsgerät stumm schalten oder bis zum Fortgang der Sendung

⁶⁶³ Siebert, Die Zukunft der Fernsehwerbung, S. 52.

⁶⁶⁴ Eine Produktplatzierung ist die gekennzeichnete Darstellung von Waren in einem redaktionellen Programm, § 2 Nr. 11 RStV.

⁶⁶⁵ Holznapel, ZUM 2004, 617 (620); Reich, Rechtliche Grenzen des Brand Placements, S. 196 f.; leicht abgewandelt: Döpfens, in: Spindler/Schuster, RStV (2015), § 7 Rn. 36, m. H. a. Kibele, Multimedia im Fernsehen, S. 109 ff.; Ziff. 7 Abs. 1 der LMA-Werberichtlinien Fernsehen, abrufbar unter: https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/Rechtsgrundlagen/DMA_Rechtsgrundlagen/Werberichtlinien_Fernsehen.pdf.

⁶⁶⁶ Reich, Rechtliche Grenzen des Brand Placements, S. 196 f.

den Raum verlassen kann, ohne dabei den redaktionellen Inhalt zu verpassen. Zu den wichtigsten programmexternen Werbeformen zählen Werbespots⁶⁶⁷ und Sendungssponsorings⁶⁶⁸.

B. Internet als Werbemedium

Das World Wide Web bietet Werbenden deutlich mehr Werbemöglichkeiten als andere Plattformen. Es ist wohl das Medium, welches in der Vergangenheit am meisten vom Geschäftsmodell der Werbefinanzierung profitierte. Den Vorteilen der hierdurch ermöglichten kostenlosen und barrierefreien Informationsbeschaffung stehen aber auch Nachteile gegenüber. Der Internetnutzer ist stets informationellen und kommerziellen Reizen ausgesetzt. Je mehr Zeit im Internet verbracht wird, desto mehr Werbung sieht er. Aufgrund des gesellschaftlichen Stellenwerts des Mediums als Kommunikationsplattform besteht heutzutage eine Notwendigkeit, das Medium zu nutzen, sodass ein Verzicht auf das Internet, um Werbung aus dem Weg zu gehen, nur schwer umsetzbar ist.

I. Werbemöglichkeiten im digitalen Zeitalter

Das Internet bietet Werbenden aufgrund seiner Digitalität eine attraktive Plattform. Es ist möglich, besonders kostengünstig eine Vielzahl an potentiellen Werbeempfängern zu erreichen und es besteht die Möglichkeit, über unterschiedliche Trackingmöglichkeiten mit Hilfe von Werbenetzwerken Werbung gezielt an die relevante Werbezielgruppe zu richten.

Nachdem sich die Werbeindustrie der dynamischen Möglichkeiten des neuen Mediums bewusst geworden war, dauerte es auch nicht lange, bis die Aufmerksamkeit der Nutzer als knappe Ressource verstanden wurde, welche es um jeden Preis mit Hilfe von aufdringlicher Werbung zu gewinnen galt. Während die Webseitenbetreiber, ihrem wirtschaftlichen Interesse folgend, immer mehr und aufdringlichere Werbung auf ihren Plattformen integrieren, fühlen sich die Internetnutzer in ihrer Privatsphäre und ihrem Recht in Ruhe gelassen zu werden zunehmend gestört.

Aus der Tatsache, dass die Aufmerksamkeit der Nutzer beschränkt ist, die Möglichkeit, digital Online-Werbung zu schalten jedoch keinen quantitativen Grenzen unterliegt, nehmen die erzielbaren Werbepreise, die Werbeunternehmen gewillt sind, an die Medienplattform zu zahlen,

⁶⁶⁷ Werbespots werden üblicherweise innerhalb von Werbeblöcken platziert. Werbespots sind sowohl die erste als auch die derzeit verbreitetste Form der Fernsehwerbung. Kennzeichnendes Merkmal für einen Werbeblock ist, dass mehrere Werbespots hintereinander gezeigt werden. So soll vermieden werden, dass der Sendefluss des redaktionellen Inhalts durch die Ausstrahlung von Einzelspots zu stark beeinflusst wird.

⁶⁶⁸ Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 9 RStV: jeder Beitrag einer natürlichen oder juristischen Person oder einer Personenvereinigung, die an Rundfunk-tätigkeiten oder an der Produktion audiovisueller Werke nicht beteiligt ist, zur direkten oder indirekten Finanzierung einer Sendung, um den Namen, die Marke, das Erscheinungsbild der Person oder Personenvereinigung, ihre Tätigkeit oder ihre Leistungen zu fördern.

stetig ab. Denn je mehr Werbung geschaltet wird, desto geringer wird auch die Suggestivkraft der einzelnen Anzeige. Dies führt zu einem Teufelskreis.

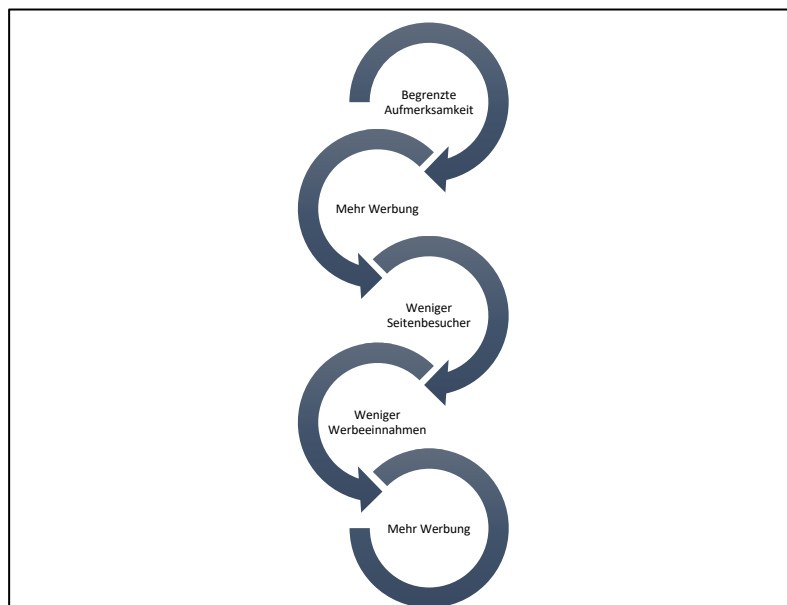


Abbildung 2 Internetwerbung als Teufelskreis

Durch das Voranschreiten der Digitalisierung und der vollständigen Konvergenz der Medien sieht es so aus, als wenn sich das Internet als Werbeplattform der Zukunft etablieren wird. 89,8 Prozent der Deutschen oder 62,4 Millionen Menschen ab 14 Jahren nutzen derzeit das Internet.⁶⁶⁹ Während die Umsätze mit Onlinewerbung in Deutschland 2005 noch bei 907 Millionen Euro lagen, sind diese 2017 bei ca. 7,1 Milliarden Euro zu verorten.⁶⁷⁰

II. Werbeformen im Internet

Das Internet ist die diversifizierteste Werbeplattform. Es ermöglicht nicht nur Formen der Direktwerbung, sondern stellt den größten Markt für plattformgestützte mediale Werbung dar. Neben Bannerwerbung trifft der Surfende bei Internetseiten auf Pop-ups, Pop-unders, Interstitials, Floating Ads, Sponsored Posts, Affiliate-Marketing und Spot-Werbung. Insbesondere die Werbeformen, die eine immer stärker individualisierte Werbung ermöglichen, stehen im Fokus der Branche.⁶⁷¹

Für die Zustellung der Werbung auf Internetseiten ist häufig ein Werbenetzwerk verantwortlich, das als Vermittler zwischen dem Werbekunden und der Werbeplattform dient. Dieses operiert zumeist unabhängig vom Medienunternehmen und beschränkt sich auf die Auslieferung

⁶⁶⁹ „ARD/ZDF-Onlinestudie 2017“, S. 1, abrufbar unter <http://www.ard-zdf-onlinestudie.de>.

⁶⁷⁰ Prognose von PWC, abrufbar unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/165473/umfrage/umsatzentwicklung-von-onlinewerbung-seit-2005/>.

⁶⁷¹ Vgl. hierzu den Aufsatz *Zeidler/Brüggemann*, CR 2014, 248.

von Werbenachrichten. Nur einige große Medienunternehmen betreiben ihr eigenes Werbenetzwerk.⁶⁷²

1. Werbebanner

Die früheste und derzeit am stärksten verbreitete Werbeform im Netz ist Bannerwerbung.⁶⁷³ Banner sind grafisch gestaltete Werbeflächen, die möglichst aufsehenerregend um den redaktionellen Inhalt platziert werden.⁶⁷⁴ Während zu Anfängen des Internets nur statische Banner Webseiten schmückten, waren diese kurz darauf animiert und sind nun sogar interaktiv durch den Beworbenen bedienbar.⁶⁷⁵ Werbebanner können dabei auch wie sämtliche Internet-Werbeformen kontextsensitiv ausgestaltet sein. In Abhängigkeit des gezeigten redaktionellen Inhalts ändert sich sodann auch die Anzeige auf der Werbefläche.⁶⁷⁶ Es wird letztlich versucht, den Aufmerksamkeitsgrad stetig zu erhöhen und dabei die Balance zwischen Werbewirkung und Belästigung zu halten. Der Wirkungsgrad von Werbebannern wird allerdings immer mehr in Frage gestellt. Die Rede ist von einer sogenannten Bannerblindheit.

Mehrere Untersuchungen deuten darauf hin, dass der Einsatz von Bannerwerbung hauptsächlich negative Wirkungen sowohl für den Webseitenbetreiber als auch für den Werbenden hat.⁶⁷⁷ In der sogenannten „Banner Blindness Study“⁶⁷⁸ haben Forscher herausgefunden, dass sowohl externe Werbebanner als auch interne Navigationsbanner von den Studienteilnehmern größtenteils ignoriert wurden. Eine andere Studie aus dem Jahr 2007 fand heraus, dass die Rate, mit der Werbebanner in Europa angeklickt werden, stetig sinkt. Während Pop-ups und Layer Ads eine Klickrate von 0,6 Prozent aufweisen können, sind es bei Bannern höchstens noch 0,2 %.⁶⁷⁹ Dies hängt möglicherweise unter anderem mit dem Gewöhnungseffekt zusammen. Die Websurfer haben sich aufgrund der Vielzahl von Bannern angewöhnt, diese zu ignorieren, da sie wichtige Informationen, nach denen sie eigentlich suchen, auf diesen nicht vermuten. Statt auf Banner zu achten, suchen die Nutzer nach Informationen in Texten und Hyperlinks. Um

⁶⁷² Bspw. der Springer-Konzern mit dem Werbevermarkter Zanox.

⁶⁷³ *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, 575 (579); *Köhler*, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 130.

⁶⁷⁴ *Leupold/Bräutigam/Pfeiffer*, WRP 2000, 575 (579); *Köhler*, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 130.

⁶⁷⁵ Vgl. *Köhler*, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 130.

⁶⁷⁶ Unterschieden wird zwischen den sogenannten Größen: Skyscraper, StickyAd, Pulldown StickyAd, Cursor-Icon, Billboard, s. *Frosch-Wilke/Raith*, *Marketing-Kommunikation im Internet*, S. 53 f.

⁶⁷⁷ Vgl. die Studie *Burke, et Al.* (2005), *ACM Transactions on Computer-Human Interaction (TOCHI)*, 12(4), 423-445; *Benway/Lane* (1998), *Itg Newsletter*, 1(3), 1-22; *Hervet, et al.* (2011), *Applied cognitive psychology*, 25(5), 708-716.

⁶⁷⁸ *Benway/Lane* (1998), *Itg Newsletter*, 1(3), 1-22.

⁶⁷⁹ Adtech, „Banner analysis (2007)“, abrufbar unter: <http://www.marketingcharts.com/online/click-through-rates-falling-in-europe-354/>.

diesem Effekt entgegenzusteuern, hat die Werbeindustrie ihr Repertoire mit nachfolgenden aufmerksamkeitsstrachtenden Werbeformen aufgestockt.

2. Pop-up- und Pop-under-Werbung

Eine der eindringlicheren Internet-Werbeformen stellt Pop-up-Werbung dar. Pop-ups erscheinen, wie ihr Name vermuten lässt⁶⁸⁰, als eigenes Browserfenster auf dem Bildschirm des Nutzers. Die angesteuerte Seite wird teilweise vom Pop-up überdeckt.⁶⁸¹ Im Gegensatz dazu öffnet sich bei Pop-under-Werbung ein Fenster hinter dem eigentlichen Inhalt der vom Nutzer angesteuerten Seite, sodass zwar die Seite nicht von der Werbung verdeckt wird, im Hintergrund aber nicht direkt erkennbar, Werbebanner im Pop-under-Fenster angezeigt werden, welche mit Schließen des primären Browserfensters sichtbar werden.⁶⁸²

3. Interstitials

Einen noch größeren Aufmerksamkeitsfaktor besitzen Interstitials. Interstitials sind Werbeeinblendungen, die sich auf der aufgerufenen Seite über den Inhalt der Seite legen, ohne dass sich dabei ein neues Fenster öffnet.⁶⁸³ Sie sind zumeist animiert und können üblicherweise nach einer gewissen Wartezeit weggeklickt werden. Dadurch, dass das Interstitial sich vollständig in den Vordergrund drängt und auch meistens erst nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne weggeklickt werden kann, ist die erzeugte Aufmerksamkeit des Internetnutzers zweifelsohne größer als bei neben dem Inhalt platzierten Werbebannern.

4. Links zu Werbezwecken, insbesondere Affiliate-Marketing

Links sind internetspezifische Werbeformen. Sie bauen auf der technischen Funktionsweise des Internets auf, indem sie sich die Netzeigenschaft des Internets zu eigen machen.⁶⁸⁴ Hierunter fällt beispielweise das Affiliate-Netzwerk. Jenes Affiliate-Marketing basiert auf einem internetgestützten Vertriebssystem, bei dem ein kommerzieller Anbieter (bspw. Amazon) seine Vertriebspartner (Affiliate) für die Generierung von Webseitenbesuchen (Pay-per-Click) oder Verkäufen (Pay-per-Action) von Produkten auf Provisionsbasis vergütet.⁶⁸⁵ Dies kann in der Praxis so aussehen, dass der Affiliate über ein Produkt einen Testbericht schreibt und am Ende dieses Berichts mittels eines Affiliate-Links auf das getestete Produkt zum Erwerb beim kommerziel-

⁶⁸⁰ Pop-up ist englisch für auftauchen/aus dem Boden schießen.

⁶⁸¹ Köhler, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 136.

⁶⁸² Lammenett, *Praxiswissen Online-Marketing*, S. 145.

⁶⁸³ Baaken et. Al., *Business-to-Business-Kommunikation*, S. 153; Köhler, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 135.

⁶⁸⁴ Köhler, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 141.

⁶⁸⁵ Artikel zu Affiliate Marketing, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Affiliate-Marketing>.

len Anbieter verweist. Bei erfolgtem Anklicken des Links kann sodann über die dem Link anhaftende Partner-ID festgestellt werden, dass der Besucher durch den Vertriebspartner generiert wurde. Problematisch ist hierbei, dass für den Seitenbesucher immer seltener die Objektivität solcher Tests nachvollziehbar ist, weil sich aus Links nur selten der Werbecharakter ergibt.

5. Audiovisuelle Werbung

Audiovisuelle Werbung ist mitunter die am stärksten wachsende Werbeform im Zeitalter des Web 2.0. YouTube, Podcasts und andere Streaming-Dienste sind nur einige der zu nennenden Dienste, die diese Werbeform ausmachen. Kennzeichnend ist, dass vor, zwischen oder nach Abspielen der medialen Inhalte dem Nutzer eine Werbebotschaft vorgespielt wird. Die Parallelen zur Spotwerbung im Fernsehen sind deutlich. Es besteht jedoch der Unterschied, dass der Internet-Spot insoweit enger mit dem Inhalt verknüpft ist, da die ausgestrahlte Werbung immer häufiger und immer direkter auf den medialen Inhalt oder das Werbeprofil des Zuschauers zugeschnitten ist. Schaut sich der Nutzer ein Video über einen bekannten Marathon auf der Videoplattform YouTube an, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass ihm Laufschuhe beworben werden, mit denen er seinen nächsten Marathon laufen kann. Des Weiteren sind YouTuber oder Podcaster insoweit selbst ein sehr beliebtes Werbemedium, da die Medien-Rezeption der Konsumenten hier weitaus intensiver als bei klassischen Medien ist. Unternehmen bezahlen die Kanalinhaber dafür, dass sie ihre Produkte dem Publikum auf dem gleichen Kanal vorstellen, auf dem ansonsten die anderen unterhaltenden Beiträge gezeigt werden.

6. Native Werbung

Begrifflich beschreibt Native Advertising „die Platzierung von Werbung in einer Weise, dass sie sich als natürliches Element in den Inhalt, der sie umgibt, integriert“.⁶⁸⁶ Es verfolgt in erster Linie die immer weitergehende Verknüpfung von Inhalt und kommerzieller Kommunikation. Zu den wichtigsten Erscheinungsformen dieser Art zählen das virale Marketing, versteckte Werbung in sozialen Netzwerken, die Manipulation von Unternehmens- oder Produktbewertungen sowie das Content Marketing.⁶⁸⁷

Letzteres verwenden traditionelle Verlage seit einigen Jahren erfolgreich unter Namen wie „Advertorials“ oder „Sonderveröffentlichung“. Ziel ist es, im rechtlich erlaubten Rahmen Werbung zu schalten, die optisch dem Layout von redaktionellen Artikeln gleicht. Wer sich solcher

⁶⁸⁶ Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1053 (1055).

⁶⁸⁷ Wiebe/Kreutz, WRP 2015, 1053 (1055); „Content Marketing ist eine Marketing-Technik, die mit informierenden, beratenden und unterhaltenden Inhalten die Zielgruppe ansprechen soll, um sie vom eigenen Unternehmen und seinem Leistungsangebot oder einer eigenen Marke zu überzeugen“, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Content-Marketing>.

Werbung bedient, sieht sich jedoch einem Interessenkonflikt ausgesetzt. So ist Content Marketing zwar besonders effektiv, da inhaltlich mehr in die Tiefe gegangen wird als bei einfachen klassischen Werbeformen, sodass der Beworbene eher dazu geneigt sein wird, seine Aufmerksamkeit dem Inhalt zu widmen. Gleichzeitig läuft das Presseunternehmen jedoch Gefahr, dass diese kommerziellen Artikel auf seine unabhängig gestalteten Artikel abfärben und diesen die Glaubwürdigkeit abgesprochen wird.

Aufgrund der genannten Banner-Blindheit und dem seit Jahren andauernden Adblocker-Boom, der Werbebanner verschwinden lässt, kommt Native Advertising eine immense Bedeutung innerhalb der digitalen Werbelandschaft zu – auch, wenn Werbeblocker-Betreiber sich offen halten, gegen derartige Werbung vorzugehen.⁶⁸⁸ Native Advertising stellt insoweit das Internetpendant zur integrierten Fernsehwerbung dar.

§ 3 Gesetzlicher Rahmen medialer Werbepattformen

Der Rundfunkstaatsvertrag⁶⁸⁹, die Werberichtlinie⁶⁹⁰ und das Telemediengesetz⁶⁹¹ treffen Regelungen über die Möglichkeit, digitale Medien als Werbepattform zu nutzen. Während beim Fernsehmedium sich die gesetzlichen Vorschriften auf die Sendearten⁶⁹², die Werbedauer⁶⁹³ sowie den Inhalt der Werbung⁶⁹⁴ erstrecken, beschränken sich die Regelungen bzgl. des Internets im Wesentlichen auf die Einhaltung des Trennungsgrundsatzes.⁶⁹⁵

⁶⁸⁸ Vgl. Beitrag auf [onlinemarketing.de](https://onlinemarketing.de/news/native-advertising-zukunft-adblocker-filter), abrufbar unter: <https://onlinemarketing.de/news/native-advertising-zukunft-adblocker-filter>.

⁶⁸⁹ Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien (Rundfunkstaatsvertrag – RStV vom 31. August 1991 in der Fassung des 18. Staatsvertrages zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge.)

⁶⁹⁰ Gemeinsame Richtlinien der Landesmedienanstalten für die Werbung, zur Durchführung der Trennung von Werbung und Programm und für das Sponsoring sowie Teleshopping im Hörfunk (i. d. F. vom 23. Februar 2010).

⁶⁹¹ Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. September 2017 (BGBl. I S. 3530) geändert worden ist.

⁶⁹² So dürfen Gottesdienst-Übertragungen und Kindersendungen nicht durch Werbung unterbrochen werden, vgl. § 7a Abs. 1 RStV.

⁶⁹³ § 16 RStV für die öffentlich-rechtlichen Sender und § 45 RStV für das privatrechtliche Fernsehen.

⁶⁹⁴ Gem. § 7 Abs. 1 RStV darf Werbung nicht die Menschenwürde verletzen, Diskriminierungen fördern oder beinhalten, sowie nicht irreführen und Verhaltensweisen fördern, die die Gesundheit oder Sicherheit in hohem Maße beeinträchtigen.

⁶⁹⁵ Zum Trennungsgrundsatz vgl. § 6 TMG und § 58 Abs. 1 RStV. Gem. § 3 Abs. 3 i. V. m. Nr. 11 der Schwarzen Liste und § 5a Abs. 6 UWG ist auch nach wettbewerbsrechtlichen Maßstäben Schleichwerbung als unzulässig anzusehen. Dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb kommt insbesondere dann Bedeutung zu, wenn das Trennungsprinzip des Telemediengesetzes mangels Vorliegens eines Telemediums nicht eingreift. Dies ist bei Inhalten der Fall, die auf Plattformen von Drittanbietern wie Facebook, eBay oder YouTube gepostet werden. Denn so haben die dort einzeln veröffentlichten Beiträge einen zu geringen Stellenwert, als dass man sie als eigenständige telemediale Dienste qualifizieren könnte, *Krieg/Roggenkamp*, K&R 2010, 689 (692 f.).

Der Trennungsgrundsatz setzt sich aus Trennungsprinzip und Kennzeichnungsgebot zusammen. Werbung muss demnach klar als solche erkennbar sein und vom übrigen Inhalt der Angebote getrennt sein. Dies gilt für alle Werbeformen. Sinn und Zweck der Regelung ist auch hier, Transparenz für den Nutzer zu schaffen. Es soll ohne größere geistige Anstrengung erkennbar sein, dass der angezeigte Inhalt kommerziellen Ursprungs ist und nicht auf einer redaktionellen Ausarbeitung beruht.

Für das Arbeitsthema ist dies von Bedeutung. Der Trennungsgrundsatz lässt bereits die Überzeugung des Gesetzgebers und dessen Bewusstsein über die Bedeutung der Möglichkeit erkennen, ob Werbung oder redaktionelle Inhalte konsumiert werden. Denn wenn diese scharfe Grenzziehung nicht mehr gegeben ist, wäre ein Schutz vor Werbung beim Medienkonsum nicht mehr möglich.

§ 4 Delikts- und lauterkeitsrechtliche Beurteilung medialer Werbung

A. Unzumutbare Belästigung

Die nachfolgende Untersuchung bezieht sich auf die persönlichkeits- und lauterkeitsrechtliche Beurteilung innerhalb eines Abschnitts, da die persönlichkeitsrechtlichen Erwägungen insoweit innerhalb der Wettbewerbsnormen berücksichtigt sind, sodass Wiederholungen vermieden werden können.

I. Fernsehwerbung

Sinn und Zweck des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG ist zunächst, Schutz vor sämtlichen unzumutbaren Belästigungen zu bieten. Folglich stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Fernsehwerbung als medial plattformgestützte Werbeform eine unzumutbare Belästigung darstellt und somit als unlauter zu qualifizieren ist. Resümierend ist die Belästigung erst dann unzumutbar, wenn sie eine solche Intensität erreicht, dass sie von einem großen Teil der Verbraucher als unerträglich empfunden wird, wobei der Maßstab des durchschnittlich empfindlichen Adressaten zugrunde zu legen ist. Hierzu bedarf es einer lauterkeitsrechtlichen Abwägung der betroffenen Interessen.

1. Betroffene Interessen

Zu den betroffenen Interessen zählt einerseits das Recht der Werbenden und der Sendeunternehmen, ihren Beruf frei auszuüben, was unter den Schutz der Berufsfreiheit fällt. Andererseits fällt die grundsätzliche Möglichkeit, mit dem gesendeten Programm wirtschaftlich aufzutreten, auch unter die gewährte Rundfunkfreiheit. Die Werbenden sollen mit Hilfe der Werbung die

Möglichkeit haben, neue Absatzmärkte zu erschließen und somit Umsatzsteigerungen zu generieren. Die Fernsehsender sehen Werbung als Geschäftsmodell im Zusammenhang mit den angebotenen medialen Inhalten. Der oben erwähnten Meinungsfreiheit kommt dabei ein geringerer Stellenwert als der Berufs- und Rundfunkfreiheit zu. Denn auch wenn die in Werbung enthaltene Meinungsäußerung grundsätzlich von der Meinungsfreiheit gedeckt ist, bezieht sich der Schutz vorrangig auf die Art und Weise der Werbebotschaft. Das heißt, es geht darum, wie Werbung jemandem gegen seinen Willen aufgedrängt wird und gerade nicht um den übermittelten Meinungsgehalt.⁶⁹⁶ Dies deckt sich mit dem Schutzzweck von § 7 UWG, der sich insoweit auch nicht auf den Inhalt stützt, sondern auf die Belästigung als solche.⁶⁹⁷

Auf Seiten der Beworbenen steht das Interesse, von Werbung verschont zu bleiben. Vom sachlichen Schutzbereich umfasst sind die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht geschützten Sphären der Persönlichkeit.⁶⁹⁸ Die bei Direktwerbung teilweise herangezogene Eigentumsfreiheit ist hier nachrangig, denn bei Fernsehwerbung handelt es sich um keine Nutzungseinschränkung eines Empfangsgeräts. Die Sender übertragen lediglich das vorgesehene Sendesignal an den Receiver des Zuschauers, welches dieser zuvor mit seiner Fernbedienung ausgewählt hat.

2. Persönlichkeitsrechtliche Einordnung

Die Zuordnung des Fernsehens zur Privatsphäre als auf der heimischen Wohnzimmercouch stattfindendes Ereignis scheint naheliegend.⁶⁹⁹ Wenn man jedoch bedenkt, welches Schutzniveau mit dieser Zuordnung einhergeht, muss dieses Ergebnis möglicherweise überdacht werden. Wie oben festgestellt, ist in der Einordnung einer Werbehandlung in die Privatsphäre ein grundsätzliches Überwiegen des personalen Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen gegenüber dem unternehmerischen Werbeinteresse anzunehmen. Der Bürger darf in seiner Privatsphäre nicht gegen seinen Willen gezwungen werden, sich mit der Suggestivwirkung der Werbung auseinandersetzen zu müssen.⁷⁰⁰ Auf die Fernsehwerbung umgemünzt hieße dies, dass zumindest nach der Willensäußerung gegenüber dem Fernsehsender, keine Werbung im Fernsehprogramm mehr erhalten zu wollen, die Werbung eingestellt werden müsste. Dass dies mit der unternehmerischen Freiheit der Werbeindustrie nicht vereinbar ist, bedarf keiner weiteren Vertiefung. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht eine Zuordnung zum Schutzniveau

⁶⁹⁶ OLG Stuttgart, BeckRS 2013, 15656; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn 19.

⁶⁹⁷ Leible, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 38; Menebröcker, in: Götting/Nordemann, UWG, § 7 Rn. 28.

⁶⁹⁸ Schöler, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG § 7 Rn. 37 – 38; Leible, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 38.

⁶⁹⁹ So Maier, Laienwerbung, S. 96.

⁷⁰⁰ Hager, in: Staudinger, BGB, Das Persönlichkeitsrecht, C 232.

der Öffentlichkeitssphäre als treffender anzusehen ist, auch wenn der Beworbene sich örtlich in seinem häuslichen Bereich aufhält.

Hierzu ist erneut auf die bereits im verfassungsrechtlichen Teil angesprochene Öffnung des geschützten Bereichs einzugehen. Zwar wurde diese im dortigen Kontext der Einwilligung behandelt, allerdings sind diese Erwägungen auch auf die Zuordnung eines persönlichkeitsrechtlichen Sachverhalts unter die Sphärentheorie übertragbar. Denn eine Öffnung der Privatsphäre hat zeitgleich zur Folge, dass ein Sachverhalt in die Öffentlichkeit gelangt und somit auch dann anhand dieser Sphäre beurteilt werden muss.

Hier ist der Einzelne zwar räumlich innerhalb seines privaten Rückzugsbereichs zu verorten, durch das Ansteuern des Fernsehprogramms verlässt er diesen jedoch, indem er bereitwillig seinen geistigen Horizont den Sendeinhalten im Fernsehen gegenüber öffnet. Anders als bei den Formen der Direktwerbung greift nicht der Werbende in den Bereich des Beworbenen ein, sondern dieser geht auf das Angebot des Werbenden zu und öffnet sich gegenüber den außerhalb seines Bereichs liegenden kommerziellen Inhalten.

Folglich ist die Rezeption von Fernsehwerbung in der Gesamtschau innerhalb der öffentlichen Sphäre zu verorten.

3. Unzumutbare Belästigung, § 7 UWG

Für die Beurteilung spielt neben der betroffenen Sphäre auch der zur Suggestion führende Handlungsschwerpunkt eine Rolle. Hier liegt dieser beim Zuschauer, da er den Sender freiwillig ansteuert. Es liegt daher bereits keine Situation der Unausweichbarkeit vor.⁷⁰¹ Neben der Möglichkeit, umzuschalten, den Ton stumm zu schalten oder den Fernseher auszuschalten, kann der Beworbene auch schlicht den Raum verlassen, sodass hinreichende Möglichkeiten existieren, sich nicht der unerwünschten Werbewirkung auszusetzen.

Für Split-Screen-Werbung ist die Wertung dieselbe. Zwar wird dort Werbung zeitlich parallel direkt neben dem Programm platziert, jedoch besteht weiterhin die Möglichkeit, aufgrund der Wahrung des Trennungsgrundsatzes die Werbung zu ignorieren oder den Sender zu wechseln. Möchte der Zuschauer die Sendung weiterschauen, so hat er hinzunehmen, dass seine Aufmerksamkeit als eine Art Zahlungsmittel dient. Dies ist nicht so zu verstehen, dass er der Werbung überhaupt Aufmerksamkeit schenken muss, da er weiterhin die Möglichkeit hat, den Raum zu

⁷⁰¹ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337; auch BGH, GRUR 2005, 443 (445) – Ansprechen in der Öffentlichkeit II, hat im Rahmen des § 7 UWG auf das Kriterium der „Ausweichbarkeit“ zur Beurteilung der Zumutbarkeit abgestellt.

verlassen oder den Ton auszuschalten, sodass er weiterhin frei in der Wahl ist, wem oder was er seine Aufmerksamkeit widmet.

Zudem hat der Zuschauer, wie beim Anzeigenteil einer Zeitschrift gegenüber dem Herausgeber, auch keinen Anspruch gegenüber privatwirtschaftlich tätigen Fernsehsendern auf den Inhalt derer Sendungen. Denn so sind diese frei in der Gestaltung ihres Programms und auch in der Art ihrer Finanzierung. Etwaige Ansprüche beschränken sich lediglich darauf, eine freie Entscheidung zu treffen, ob der Sender und die dazugehörige Werbung angeschaut wird oder nicht.

Auch die Vielfalt an unterschiedlichen Informationsquellen, von den öffentlich-rechtlichen Sendern bis hin zu Pay-TV und Streaming-Angeboten, spricht gegen eine unzumutbare Belästigung. Diese Wahlmöglichkeit ermöglicht einen zumindest in großen Teilen werbefreien Medienkonsum.

Im Gesamtergebnis ist das Interesse des Medienunternehmens mittels Fernsehsender Werbebotschaften zu schalten, höher zu gewichten als das Interesse an einer werbefreien Rezeption. Deshalb ist eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG durch Fernsehwerbung grundsätzlich abzulehnen.⁷⁰² Etwas anderes kann nur bei Werbeformen gelten, die mangels Hinweises oder Einhaltung der gesetzlichen Regelungen nicht als Werbung erkennbar sind. Insbesondere Schleichwerbung lässt den Beworbenen nicht mehr erkennen, dass er gerade einer werblichen Beeinflussung ausgesetzt ist. Dies hat zur Folge, dass die Möglichkeit der Suggestion, auszuweichen, nur noch eingeschränkt möglich ist, sodass die persönlichkeitsrechtliche Selbstbestimmung rechtswidrig tangiert wäre und eine unzumutbare Belästigung bejaht werden müsste.⁷⁰³

II. Weitere Werbeformen in Film und Fernsehen

Neben Fernseh- wurde auch Kinowerbung lauterkeitsrechtlich in der Literatur untersucht.⁷⁰⁴ Auch bei Kinowerbung handelt es sich mangels eines adressierten Empfängerkreises um Allgemeinwerbung. Die rechtliche Auseinandersetzung erfolgt daher auch im Rahmen des § 7 Abs. 1 S. 1 UWG. Erneut muss für das Vorliegen einer Belästigung die Kinowerbung als geschäftliche Handlung bereits wegen ihrer Art und Weise von einem Großteil der Empfänger als unerträglich empfunden werden.

⁷⁰² Vgl. auch *Czernik*, MMR 2014, 45 f., § 7 UWG schütze den Verbraucher nicht im Genuss kostenloser Inhalte.

⁷⁰³ So auch *Lempe*, Konflikt zwischen Werbeblockern und Werbefinanzierung elektronischer Medien, S. 217.

⁷⁰⁴ Vgl. zur Thematik: *Burmeister*, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 84 ff.; *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342), m. w. N.

Die Anzeige von Werbespots erfolgt stets vor der Darstellung des eigentlichen Kinofilms. Diese zeitliche Segregation mindert den Belästigungsgrad des Werbeadressaten jedoch nur bedingt. Denn die auf der Kinokarte abgedruckte Startzeit ist zunächst die Zeit, zu der die Werbebotschaften im Kino abgespielt werden. Der Beginn des gewünschten Films wird nicht angezeigt, sodass der Zuschauer in gewisser Weise gezwungen ist, sich die Werbefilme anzuschauen. Deshalb ist grundsätzlich von einer Belästigung auszugehen. Bezüglich derer Unzumutbarkeit ist anzumerken, dass der Beworbene sich nicht im geschützten Bereich der Privatsphäre befindet, sondern im öffentlichen Bereich und mithin eine höhere Unzumutbarkeitsschwelle anzusetzen ist. Nichtsdestotrotz sprechen einige Gründe dafür, Kinowerbung als unzumutbare Belästigung zu bewerten.

Kinowerbung hat im Vergleich zur Fernsehwerbung ein höheres Belästigungspotential, da üblicherweise bereits Entgelte für die Darstellung des Films bezahlt worden sind und die Kinobesucher nicht die Möglichkeit haben, der Werbung durch Umschalten zu entgehen. Allerdings rechtfertigt dies keine andere Beurteilung im Hinblick auf die Unzumutbarkeit. Denn eine ausreichende Ausweichbarkeit, wie sie Werbung in der Öffentlichkeitssphäre verlangt, ist weiterhin gegeben. Die Besucher können den Kinosaal verlassen, den Betreiber nach der Dauer der vorgeschalteten Werbezeit fragen, oder sich während der Werbung anderweitig beschäftigen.⁷⁰⁵

Es kommt daher anders als teilweise in der Literatur⁷⁰⁶ vertreten, bereits nicht auf eine Einwilligung in die Werbung an, da die Ausweismöglichkeit und nicht die Einwilligung entscheidend ist.

Die Tatsache, dass der Zuschauer für den Kinofilm bereits ein Entgelt bezahlt hat und nun trotzdem Werbung sehen muss, ist zu vernachlässigen.⁷⁰⁷ Die von der Berufsfreiheit gedeckte Preisgestaltung liegt in der Sphäre des Anbieters. Wenn der Eintrittspreis durch die zusätzliche Schaltung von Werbung verringert werden kann, dann ist dies insoweit ein für den Kinobesucher hinnehmbares Geschäftsgebaren. Des Weiteren stellt der Kinosaal auch keinen öffentlichen Bereich wie der öffentliche Personennahverkehr dar, auf den Einzelne angewiesen sind und sie eine gewisse Neutralität im Hinblick auf besonders aufdringliche Werbeformen erwarten können. Insgesamt handelt es sich hier um eine lautere Wettbewerbsmaßnahme.

⁷⁰⁵ A. A. *Burmeister*, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 94 ff.

⁷⁰⁶ So *Burmeister*, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 85.

⁷⁰⁷ Vgl. hierzu aber *Burmeister*, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 89 f.; *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342) die Kinowerbung als stets zulässig erachten, da der Besucher das Kino freiwillig im Wissen um die Werbung aufsucht.

III. Internetwerbung

Auch Internetwerbung als plattformgestützte kommerzielle Nachricht ist lauterkeits- und persönlichkeitsrechtlich einzuordnen.

1. Persönlichkeitsrechtliche Einordnung

Wie beim medialen Konsum des Fernsehens ist der Einzelne auch während des Aufrufens von Internetseiten zumeist in seinem häuslichen Bereich. Jedoch können auch hier die zur „Öffnung des geschützten Bereichs“ gemachten Ausführungen auf das Surfen im Internet übertragen werden. Auch das browsergestützte Internet ist als passive Darstellungsplattform konzipiert. Das heißt, dass erst durch das aktive Aufsuchen von Internetseiten eine Rezeption ermöglicht wird⁷⁰⁸ – mit der Folge, dass der Surfende, seinen geistigen Horizont zunächst bereitwillig den digitalen Inhalten im Internet gegenüber öffnet. Zwar führt der europäische Gesetzgeber an, dass

„Endeinrichtungen (...) elektronischer Kommunikationsnetze und alle Informationen im Zusammenhang mit der Nutzung dieser Endeinrichtungen (...) Teil der Privatsphäre“⁷⁰⁹

sein, allerdings kann dies nicht in der Weise, wie es für Telefone, Fax-Geräte oder Smartphones gilt, verstanden werden. Das Internet stellt nämlich bereits keine Endeinrichtung dar, sondern ein öffentlich zugängliches Netzwerk. Der Computer, mit dem der Nutzer Internetseiten ansteuert, unterliegt hingegen der Privatsphäre, sodass dort gespeicherte Informationen ein hohes Schutzniveau genießen. Beim Betreten öffentlich zugänglicher Seiten lockert sich dieses Schutzniveau hingegen, sodass wie beim Verlassen des privaten Rückzugsbereichs im analogen Leben für das digitale nichts anderes gilt.

Parallel zum medialen Konsum von Fernsehinhalten ist im Ergebnis auch der Besuch von Internetseiten grundsätzlich der Öffentlichkeitssphäre zuzurechnen. Die zum Fernsehen gemachten Erwägungen gelten auch hier.

2. Deliktsrechtliche Beurteilung

Die üblichen Werbeformen im Internet überschreiten grundsätzlich nicht die Schwelle zur rechtswidrigen Persönlichkeitsverletzung.⁷¹⁰ Im Internet steuert der Nutzer – wohlwissend über

⁷⁰⁸ Vgl. BVerfG, WRP 2003, 1209 (1211), m. w. N.

⁷⁰⁹ 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/2017/010 final – 2017/03 (COD), Erwägungsgrund 20.

⁷¹⁰ Bornkamm/Seichter, CR 2005, 747 (753).

die Menge an Informationen und der dazugehörigen Werbung – die Internetseiten freiwillig an. Zudem hat der Einzelne stets die Möglichkeit, den Browser-Tab zu schließen und somit zeitgleich die Rezeptionswirkung der Werbung zu beenden. Des Weiteren besteht eine Verzichtsmöglichkeit durch die Inanspruchnahme werbefreier Medien.

Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Internetwerbung ist folglich abzulehnen, sodass der Nutzer, solange die genannten Ausweichmöglichkeiten bestehen, sich nicht auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht stützen kann, wenn es darum geht, einen Schutz vor Werbung auf Internetseiten zu erlangen.

3. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung

Im Einzelnen sieht die Rechtsprechung und Rechtsliteratur Bannerwerbung⁷¹¹, Interstitials⁷¹² und Pop-ups- und -unders⁷¹³ als wettbewerbsrechtlich zulässig an. Etwas anderes kann sich jedoch unter Verwendung von Exit-Pop-up-Fenstern ergeben. Denn gerade hier mangelt es an der notwendigen Ausweichmöglichkeit. Exit-Pop-up-Fenster kennzeichnen sich dadurch, dass sie sich anders als ein übliches Pop-up-Fenster nicht mehr schließen lassen, da automatisch neue Pop-ups erscheinen. Erst durch eine für den durchschnittlichen Nutzer komplizierte Vorgehensweise über den Task-Manager des Betriebssystems, ist ein Entrinnen vor der Werbung möglich.⁷¹⁴ Das personale Selbstbestimmungsrecht ist hier nicht mehr gewahrt. Teilweise werden auch Interstitials als unzulässig angesehen. Können diese über einen längeren Zeitraum nicht geklickt werden, wurde deren Unzumutbarkeit in der Vergangenheit bejaht.⁷¹⁵ Diese Arbeit vertritt hingegen die Ansicht, dass selbst Interstitials mit einer Schaltdauer von mehreren Minuten keinen Wettbewerbsverstoß darstellen.⁷¹⁶ Allein die Möglichkeit, die Internetseite durch Schließen des Browserfensters zu verlassen, genügt den Voraussetzungen an ein selbstbestimmtes Handeln des Nutzers. Insgesamt scheidet eine unzumutbare Belästigung gem. § 7 Abs. 1 UWG durch Internetwerbung daher in den meisten Fällen aus.⁷¹⁷

⁷¹¹ LG Frankfurt, ITRB 2001, 206 (206), mAnm. *Dieselhorst*; *Härting/Schirmbacher*, ITRB 2005, 16 (18); *Schmittmann*, MMR 2001, 792 (794).

⁷¹² OLG Köln, ITRB 2013, 253 (254), mAnm. *Elteste*.

⁷¹³ KG Berlin, MMR 2014, 44; LG Berlin, GRUR-RR 2011, 332; *Härting/Schirmbacher*, ITRB 2005, 16 (18); a. A. *Burmeister*, Belästigung als Wettbewerbsverstoß, S. 99 ff.; *Schreibauer/Mulch*, WRP 2005, 442 (457).

⁷¹⁴ LG Düsseldorf, MMR 2003, 486 – Exit-Pop-up-Fenster; LG Berlin, MMR 2004, 699; *Schreibauer/Mulch*, WRP 2005, 442 (456).

⁷¹⁵ LG Berlin, GRUR-RR 2011, 332 (333), Rn. 44; *Lügghausen*, K&R 2011, 458 (461).

⁷¹⁶ So auch *Leible* in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 7 Rn. 280.

⁷¹⁷ KG Berlin, MMR 2014, 44 (45); LG Frankfurt, ITRB 2001, 206, mAnm. *Dieselhorst*; *Härting* in: *Härting*, Internetrecht, G. Wettbewerbsrecht, Rn. 1779.

4. Negative Informationsfreiheit

a) Heranziehung in der Rechtsprechung zum Schutz vor Internetwerbung

Das in der aktuellen Rechtsprechung wiederholte Heranziehen der negativen Informationsfreiheit als Schutzanspruch vor Internetwerbung⁷¹⁸ macht es notwendig, erneut auf das Freiheitsrecht einzugehen. Das Landgericht München⁷¹⁹ führte an, dass die negative Informationsfreiheit das geschützte Interesse des Nutzers umfasse, sich gegen den Zwangsgenuss oktroyierter Informationen durch Werbung zu wehren. Das LG Hamburg vertrat die Ansicht, dass die negative Informationsfreiheit die Privatautonomie des Einzelnen in seiner Sphäre dahingehend schütze, dass er darüber bestimmen könne, welche Inhalte er wahrnehmen möchte.⁷²⁰ Mit Hinweis auf den Aufsatz von *Fikentscher* und *Möllers* schloss sich auch das OLG Köln dieser Ansicht an.⁷²¹ So leite sich aus dem Grundrecht nach Ansicht des Gerichts ab, dass es keine Pflicht gebe, Werbung zu rezipieren.

b) Stellungnahme

Dem OLG Köln ist im Ergebnis zuzustimmen. Es gibt keine Pflicht, Werbung zu rezipieren. Die Freiheit eines jeden Einzelnen verbietet jegliche zwanghafte Form von Werbung. Die Ausführungen der Gerichte sind jedoch substanzlos und für den zu entscheidenden Fall wertlos, da sie weder im richtigen Kontext stehen noch umfänglich differenziert vorgetragen werden. Dies zeigt beispielhaft der Verweis auf *Fikentscher* und *Möllers* Aufsatz durch das OLG Köln. Wenn das Gericht diesen Aufsatz heranzieht, um die Ansicht des Gerichts zu untermauern, dass Internetwerbung Schutzobjekt der negativen Informationsfreiheit sei, lässt sich dies dem Aufsatz gar nicht entnehmen.⁷²² Denn so sprechen die Autoren explizit davon, dass bei Werbung im Radio und Fernsehen für den Zuhörer oder Zuschauer keine unzumutbaren Eingriffe in das Recht auf negative Informationsfreiheit gegeben seien. Der Adressat habe im Hinblick auf die Umgebung, in die er freiwillig eintrat, mit ortsüblicher, sachzugehöriger und nicht etwa wahllos verbreiteter Werbung zu rechnen.⁷²³ Diesbezüglich gelten analog dieselben Erwägungen auch für Internetwerbung, sodass die negative Informationsfreiheit hier gerade keine Abwehrmaßnahmen begründet.

⁷¹⁸ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 46) – Adblock Plus; LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 199); KG Berlin, BeckRS 1999, 30078541.

⁷¹⁹ LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 170 f.).

⁷²⁰ LG Hamburg, MMR 2017, 351 (353).

⁷²¹ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086 f.).

⁷²² OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086), m. N. a. *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1341).

⁷²³ *Fikentscher/Möllers*, NJW 1998, 1337 (1342).

Zudem stellen die Werbeformen im Internet entgegen der Ansicht des LG München keine oktroyierten Zwangsinformationen und daher auch keine aufgedrängten Informationen dar. Sie mögen unerwünscht sein, jedoch nicht aufgedrängt, da der Nutzer im Bewusstsein über deren Vorhandensein die werbende Internetseite ansteuert. Möchte er die Information ignorieren, so stehen ihm Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung, solange er die Internetseite ohne Hindernisse verlassen kann. Nur dies kann von der vermeintlich negativen Informationsfreiheit umfasst sein, nicht jedoch der Besuch der Seite unter Ausblendung von Werbebannern mittels technischer Hilfsprogramme Dritter.

B. Auswirkungen auf die rechtliche Beurteilung der Werblockierung

Die grundsätzliche Feststellung des Fehlens einer rechtswidrigen Persönlichkeitsverletzung und der damit im Zusammenhang stehenden Lauterkeit der von Medienunternehmen verwendeten Werbeformen wirkt sich nicht unmittelbar auf die rechtliche Beurteilung von Werblockern selbst aus. Denn so geht es innerhalb dieser Beurteilung vorrangig um die Beziehung zwischen Werbendem und Werblocker-Betreibern. Das Persönlichkeitsrecht der Beworbenen dient innerhalb einer Interessenabwägung nur als richtungsweisend, aber nicht notwendigerweise als richtungsentscheidend.

Kapitel 9 Werblocker – eine rechtliche Untersuchung

§ 1 Gang der rechtlichen Untersuchung

Den Untersuchungsgegenstand bilden Werblocker im Allgemeinen. Fernseh- und Werblocker unterscheiden sich zwar in ihrem technischen Funktionsumfang, für die rechtliche Bewertung hat dies jedoch nur marginale Abweichungen zur Folge, auf die sodann jeweils eingegangen wird.

Einleitend wird auf die unterschiedlichen Adblockervarianten eingegangen und deren Funktionsumfang geschildert. Die darauffolgende Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit bemisst sich nach dem Lauterkeits-, Urheber-, Delikts- sowie Kartellrecht. Auf dieser Ebene werden die bisherigen Rechtsansichten der Rechtsprechung und Literatur dargestellt. Darauf wird in einem eigenen Ansatz, unter Beachtung oben gemachter Erwägungen bezüglich der Direktwerbung und den betroffenen Parteiinteressen, die Zulässigkeit und Notwendigkeit von Werblockern untersucht und kritisch mit den zuvor dargestellten Ansichten verglichen.

Der Schwerpunkt der rechtlichen Untersuchung liegt auf § 4 Nr. 4 und § 4a UWG. Entscheidend ist die bei § 4 UWG vorzunehmende Interessenabwägung sowie die Herangehensweise zum „Hindernis nichtvertraglicher Art“ und der „unzulässigen Beeinflussung“ im Sinne des § 4a

Abs. 2 Nr. 4 UWG. Im Hinblick auf die urheberrechtliche Zulässigkeit ist sowohl auf die Werks- als auch die Eingriffsqualität einzugehen. Im Anschluss daran sollen die deliktsrechtlichen Normen untersucht werden, die von den bereits zum Lauterkeitsrecht gemachten Erwägungen getragen werden. Abschließend erfolgt sodann noch eine kartellrechtliche Untersuchung, wobei hier insbesondere auf die Voraussetzungen der kartellrechtlich relevanten Schwelle der Marktbeherrschung und der relativen Marktmacht im Sinne der §§ 18 ff. GWB einzugehen ist.

§ 2 Begriffliche und technische Einordnung

A. Fernseh-Werbeblocker

I. Fernsehfee der TC Unterhaltungselektronik AG

Bereits 1999 war es durch ein Vorschaltgerät dem Fernsehzuschauer möglich, ungeliebte Werbespots auszublenden. Das Gerät mit dem Namen „Fernsehfee“ von der TC Unterhaltungselektronik AG erlaubte dem Fernsehzuschauer, nach Anschluss an den Fernseher mittels der „Spot-Stop-Funktion“ die automatische Ausblendung von Werbung aus dem laufenden Programm vorzunehmen. Das Gerät erhielt man für einen Kaufpreis von 299,00 DM und den Service gegen ein monatliches Entgelt von 4,00 DM.⁷²⁴

Fast zwei Jahrzehnte später vertreibt nun dasselbe Unternehmen die Fernsehfee 3.0.⁷²⁵ Die aktuelle Fassung der Fernsehfee ist eine zum Preis von 129,00 € mit Quad-Core Prozessor betriebene physische Fernsehererweiterung, die basierend auf dem Android Betriebssystem die Möglichkeit bieten soll, als Live-TV-Werbeblocker zu fungieren.⁷²⁶ Der Funktionsumfang zur ersten Iteration unterscheidet sich dabei nicht wesentlich.

Die Fernsehfee 3.0 ist als Vorschaltgerät konzipiert, welches zwischen das Fernsehempfangsgerät und den Receiver geschaltet wird. Das vom vorhandenen Receiver an den Fernseher gesendete Bild des Fernsehsenders wird vom gesendeten Bild der Fernsehfee als Overlay überblendet, sodass einerseits das gewöhnliche Fernsehprogramm zu sehen ist und andererseits die Bedien- und Informationsoberfläche des Werbeblockers. Hierüber kann unter anderem die Werbeblocker-Funktion⁷²⁷ gesteuert werden. Das Gerät kennzeichnet dem Nutzer in einer Senderliste die Programme, die zum derzeitigen Zeitpunkt Werbung anzeigen. Eine rote Ampel

⁷²⁴ Beitrag „Fernsehfee“, abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/stichwort-fernsehfee-a-48917.html>; Ladeur, GRUR 2005, 559.

⁷²⁵ S. die Webseite www.fernsehfee.de.

⁷²⁶ Vergleiche die Produktbeschreibung auf www.fernsehfee.de.

⁷²⁷ Das dazugehörige Patent, das der TC Unterhaltungselektronik AG erteilt wurde „Verfahren zum Umschalten von TV-Signalquellen für Kabelkopfstationen“ ist unter Az. 100 63 395.1 im Register des DPMA zu finden.

neben dem Sender signalisiert Werbung, eine grüne Werbefreiheit. Die Information über den Werbeinhalt wird der Fernsehfee händisch durch Mitarbeiter über eine bestehende Internetverbindung mitgeteilt. Startet ein Werbeblock während des laufenden Programms, hat der Nutzer verschiedene Handlungsmöglichkeiten: Entweder wird die Audioausgabe des Programms während der Werbepause stumm geschaltet oder für die Dauer der Unterbrechung wird auf ein zuvor festgelegtes „Lieblingsprogramm“ gewechselt. Zappt der Nutzer durch die verschiedenen Programme auf der Suche nach einem interessanten Programminhalt, so werden automatisch Sender nicht berücksichtigt, auf denen zu der Zeit Werbung angezeigt wird. Der Betreiber der Fernsehfee beabsichtigt laut eigenen Angaben, bis zu 95 % der populärsten „gesehenen Sender“ auf Werbeblöcke zu überprüfen.⁷²⁸ Insgesamt bietet die Fernsehfee damit eine Leistung an, die sonst vom Fernsehzuschauer selbst vorgenommen werden müsste, wenn er keine Werbung sehen wolle. Die Fernsehfee automatisiert diese Handlung für ihn.

II. Hopper von Dish Network

Wirft man einen Blick in die USA, zeigt sich, dass dort ein anderer Lösungsansatz verfolgt wird. Das Medienunternehmen Dish Network bietet den Kunden den sogenannten „Hopper“ an. Der Hopper ist ein digitaler Videorecorder, der durch mehrere Funktionen das Fernseherlebnis seiner Nutzer verbessern soll. Eine dieser Funktionen ist das sogenannte „Autohop“. Autohop soll dem Nutzer ein werbefreies Fernseherlebnis bieten – allerdings mit Einschränkungen. Autohop zeichnet Sendungen zeitversetzt auf, um sie im Nachhinein dem Kunden vollständig befreit von Werbeblöcken schauen zu lassen.⁷²⁹ Dish zeichnet dabei lediglich die Sendung auf, ohne diese an sich zu bearbeiten. Danach wird dem Hopper mittels einem via Internet übertragenem Signal mitgeteilt, an welchen Stellen Werbeblöcke vorliegen, sodass die Aufnahme daraufhin automatisch Werbeblöcke überspringen kann. Es besteht aber weiterhin die Möglichkeit, die Werbung zu sehen, indem man das Überspringen unterbindet. Einschränkungen bestehen insoweit, dass nur Sendungen aus der Primetime, welche Dish zuvor auswählt, angeboten werden. Werbeblöcke, die außerhalb der Primetime liegen, sind daher mit Autohop nicht überspringbar. Zudem wird auch hier keine programminterne Werbung ausgeblendet. Der Autohop ermöglicht wie die Fernsehfee ebenfalls nur die Automatisierung eines Vorgangs (hier das Vorspulen), der dem Zuschauer zuvor händisch möglich gewesen ist.⁷³⁰

⁷²⁸ S. den Versionsvergleich und die Bedienungsanleitung, abrufbar unter: <http://www.fernsehfee.de/versionsvergleich-fernsehfee-20-und-30.html>; <http://www.fernsehfee.de/downloads/bedienungsanleitungfernsehfee.pdf>.

⁷²⁹ Vgl. „AutoHop“-Funktion auf der Produktseite von Dish, <https://www.dish.com/hopper-3/>.

⁷³⁰ Vgl. zur juristischen Auseinandersetzung Fox Broad. Co. v. Dish Network, LLC, 905 F.Supp.2d 1088 (C.D.Cal.2012).

III. Stellungnahme

Zur technischen Funktionalität beider Blockervarianten fällt auf, dass keine der genannten Vorrichtungen das Sendesignal der Fernsehsender verändert, manipuliert oder in einer sonstigen Weise hierauf einwirkt. Stattdessen wird innerhalb der Sphäre des Konsumenten ein Gerät zwischengeschaltet, das Nutzerhandlungen automatisiert. Die Automatisierung rührt dabei noch von der Nutzerhandlung her, wenn dieser die Geräte installiert oder sich der Dienstleistungen bedient. Dies wird auch unter rechtlichen Gesichtspunkten Berücksichtigung finden müssen.

IV. Blockade programmexterner Werbung

Durch die zeitliche Trennung von Programminhalt und Werbung kann programmexterne Werbung durch Umschalten oder durch zur Hilfenahme eines Werbeblockers als technischem Hilfsprogramm umgangen werden. Hierzu wird zum Zeitpunkt des Werbespots umgeschaltet, der Ton ausgestellt oder das Bild geschwärzt. Ob das Umschalten händisch oder automatisiert erfolgt, ist irrelevant, da beide Verfahren in gleicher Weise zur Vermeidung von Werbespots geeignet sind. An ihre Grenzen stößt zumindest die Fernsehfee bei der Blockierung einzeln gesendeter Werbespots, die nicht innerhalb eines Werbeblocks gesendet werden. Denn bis diese von einem Mitarbeiter als solche erkannt sind und dem Gerät des Fernsehzuschauers mitgeteilt werden, ist davon auszugehen, dass das automatische Umschalten für einige Sekunden störender ist, als den Werbespot durchlaufen zu lassen.

Im Hinblick auf das Sendungssponsoring bedarf es einer differenzierten Betrachtung. Der Sponsorhinweis kann vor und nach der Sendung platziert sein.⁷³¹ Für das Blockieren ergibt sich dabei für vor und nach der Sendung gezeigte Sponsorenhinweise nichts anderes als bei obiger Spotwerbung. Durch das Umschalten oder den Einsatz eines Werbeblockers, der ein Signal zum Umschalten empfängt, kann eine Rezeption des Hinweises verhindert werden. Erfolgt der Sponsorhinweis allerdings während der Sendung – möglichst noch durch Einblendung in das redaktionelle Programm – ist ein Blockieren durch Umschalten aufgrund der kurzen Dauer des Sponsorenhinweises von ca. 5 – 10 Sekunden nicht mehr möglich, ohne dabei das redaktionelle Programm zu verpassen.

V. Blockade programmintegrierter Werbung

Programmintegrierte Werbung, bei der das Trennungsprinzip nicht mehr in zeitlicher, sondern nur noch durch eine räumliche Trennung gegeben ist, kann aufgrund der engen Verknüpfung

⁷³¹ EuGH, MMR 2016, 626 (628), erlaubt einen Sponsorhinweis auch während der Sendung.

von Inhalt und Werbung mit den heute gegebenen Techniken zumindest in Echtzeit nicht blockiert werden. Wird Werbung beispielweise in Teilbelegung neben der Sendung ausgestrahlt, so ist es zwar möglich, mittels eines Werbeblockers das Bild als Ganzes auszuschalten, allerdings kann nicht der programmintegrierte Werbeteil ausgeblendet werden und der Programmteil beibehalten werden. Dies ist lediglich durch einen Werbeblockerdienst möglich, der das Programm aufzeichnet, um es nachfolgend dem Nutzer in bearbeiteter Form befreit von Werbung wieder zur Verfügung zu stellen. Ein solcher Dienst existiert nicht.

VI. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass nicht jede Fernsehwerbung vom Inhalt getrennt und ausgeblendet werden kann. Insbesondere programmintegrierte Werbung kann derzeit nicht auf Kosten des redaktionellen Inhalts herausgefiltert werden.

Was bei vorangegangenen Ausführungen auffällt, ist der Zusammenhang zwischen Filtermöglichkeit und rundfunkrechtlichem Trennungsgebot. Nur wenn das Trennungsgebot in zeitlicher Sicht gewahrt ist, kann Werbung zum derzeitigen Stand der Technik erfolgreich ausgeblendet werden. Die zurzeit gängigste und möglicherweise auch wichtigste Werbung in Form der Spotwerbung ist mit Geräten wie der „Fernsehfee“ und dem „Hopper“ jedoch leicht zu umgehen.

Folglich besteht die Möglichkeit, dass bei einer starken Verbreitung von Fernseh-Werbeblockern – durch beispielsweise einer Kooperation eines Fernseherherstellers mit der Fernsehfee – das bestehende Geschäftsmodell stark beeinträchtigt werden kann.

B. Internet-Werbeblocker

Die Menge an Werbung, die damit verbundene Ressourceninanspruchnahme sowie die Gefahr Schadsoftware herunterzuladen, haben zum Verdruss der Beworbenen geführt. Als Gegenbewegung heraus bedienen sich derzeit in Deutschland bis zu 29 % der Internetnutzer eines Adblockers, um suggestive und ressourcenhungrige Werbung zu vermeiden und ihre Selbstbestimmung im Internet zu wahren.⁷³² Nach Prognosen ist dies dennoch nur der Anfang. Wenn sich Adblocking auf dem Smartphone durchsetzt, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass mehr als die bisherigen 1 % der deutschen Nutzer mobil Vorkehrungen treffen werden.⁷³³

⁷³² „PageFair 2017 Adblock Report“, S. 8, abrufbar unter: <https://pagefair.com/downloads/2017/01/PageFair-2017-Adblock-Report.pdf>; Beitrag „BVDW-Messung: Adblocker-Rate liegt bei 19,92 Prozent“: der OVK teilt mit, dass im Q1 2017 19,92 % der Online-Display-Werbung in Deutschland blockiert wurde, abrufbar unter: <https://www.bvdw.org/der-bvdw/news/detail/artikel/bvdw-messung-adblocker-rate-liegt-bei-1992-prozent-4/>.

⁷³³ Vgl. Prognose von „PageFair 2017 Adblock Report“, S. 5, 9, abrufbar unter: <https://pagefair.com/downloads/2017/01/PageFair-2017-Adblock-Report.pdf>; sobald Adblocking populärer oder sogar bereits nativ mit

I. Historische Entwicklung

Während es 1999 mit dem Webwasher⁷³⁴ lediglich einen Werbeblocker auf dem deutschen Markt gab, finden sich derzeit mehrere dutzend Anbieter von Werbeblockern auf den Endgeräten der Nutzer wieder. Weltweit existieren derzeit 615 Millionen Geräte, die eine Blockertechnologie einsetzen.⁷³⁵ Das jährliche Wachstum betrug zwischen Dezember 2015 und Dezember 2016 142 Millionen Geräte.⁷³⁶ Hinzu kommt, dass die Entwickler von Google Chrome ihren Browser seit 2018 mit einem standardmäßig aktiviertem Adblocker ausliefern, der ausschließlich Werbung zulassen soll, die sich an den „Better Ads Standard“ hält.⁷³⁷ Google Chrome hat Stand März 2020 einen Marktanteil von 63,69 % weltweit.⁷³⁸

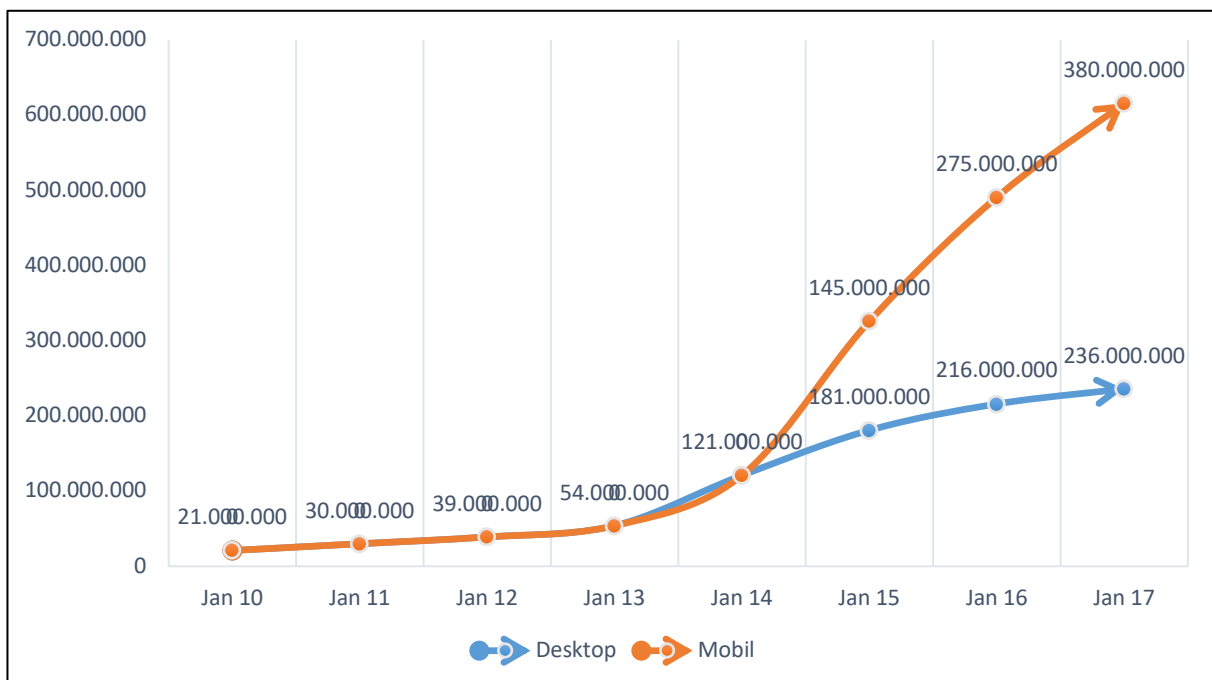


Abbildung 3 Entwicklung der Zahl an Geräten, die eine Werbeblocker-Technologie einsetzen (weltweit), (Quelle: PageFair 2017 Adblock Report, abrufbar unter: <https://pagefair.com/downloads/2017/01/PageFair-2017-Adblock-Report.pdf>)

z. B. dem nächsten iOS ausgeliefert wird, was gerade im Hinblick auf Apples und Alphabets Konkurrenzverhältnis denkbar ist, kann die mobile Adblocking Rate schlagartig ansteigen. Apples Geschäftsmodell basiert auf der Bereitstellung und dem Verkauf von Soft- und Hardware, während Alphabet seine größten Umsätze im Werbemarkt generiert.

⁷³⁴ Artikel über Webwasher, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Webwasher>.

⁷³⁵ Pagefair 2017 Adblock Report, S. 5, <https://pagefair.com/downloads/2017/01/PageFair-2017-Adblock-Report.pdf>.

⁷³⁶ Vgl. Pagefair 2017 Adblock Report, S. 5, abrufbar unter <https://pagefair.com/downloads/2017/01/PageFair-2017-Adblock-Report.pdf>.

⁷³⁷ Beitrag “Building a better web for everyone”, abrufbar unter: <https://www.blog.google/topics/journalism-news/building-better-web-everyone/>.

⁷³⁸ Daten abrufbar unter: <http://gs.statcounter.com/#all-browser-ww-monthly-201512-201603>.

Der Popularitätsanstieg von Adblockern führte zum zuletzt häufig auftretenden gesellschaftlichen Diskurs über sowohl ethische als auch rechtliche Probleme.⁷³⁹ Während die eine Seite die Position vertritt, sich nur das ansehen zu müssen, was sie auch wirklich sehen will – was in diesem Fall eben der Wunsch sei, keine Werbung zu sehen⁷⁴⁰ – beruft sich die Gegenansicht darauf, dass ein solches Verhalten „asozial“ und „schmarotzerhaft“ wäre⁷⁴¹, denn so würden die Wirtschaftsmodelle der Internetseiten in existenzgefährdender Weise behindert werden, während der Nutzer die Inhalte kostenlos konsumieren könne.

Diese Bedrohung der Werbefinanzierung wurde sodann zum Anlass der Medienunternehmen genommen, den Konflikt auf die rechtliche Dimension auszuweiten, sodass erste Gerichte 2015 über die Zulässigkeit der Blocker urteilten.

II. Formen von Internet-Werbeblockern

Alle Adblocker haben gemein, dass sie dem Nutzer eine Lösung für das Problem unerwünschter Werbung im Internet anbieten. Unterschiede treten jedoch in der technischen Herangehensweise auf. Werbeblocker können auf unterschiedlichen Ebenen in den Datenverkehr zur Werbefilterung eingreifen. Werbung kann bereits auf Netzwerkebene des Internetproviders blockiert werden oder aber erst mit Hilfe einer Erweiterung im Browser des Nutzers.⁷⁴² Aber auch mit Hilfe der Konfiguration eines Virtual Private Network (VPN), der DNS-Filterung oder eines HTTP Proxy ist die Werbefilterung möglich. Je nach Blocker können unterschiedliche Werbeformen blockiert werden. Unabhängig davon lassen sich alle Adblocker zunächst entweder als „vollständige“ oder „differenzierende“ Adblocker einstufen, sodass sich die Arbeit zunächst dieser groben Unterscheidung widmet.

⁷³⁹ Auf dem Medienforum in Köln diskutierten Politiker und Medien, ob die Kompetenzen der Medienregulierer neu sortiert werden müssen. Ein Thema dabei waren auch die immer stärker vertretenen Adblocker. Ausgangspunkt der Diskussion waren zahlreiche Beschwerden von Verbänden der Medienindustrie. Sie sehen einen rechts- und medienpolitischen Bedarf für ein gesetzliches Verbot von Adblockern, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Medienforum-Eine-Regulierung-fuer-alle-2194519.html>.

⁷⁴⁰ Hoeren erklärt gegenüber der F.A.Z. warum er einen Internet-Werbeblocker benutzt, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2015/10/12/der-adblocker-eine-antwort-auf-den-offenen-brief-der-faz>.

⁷⁴¹ Artikel „Leute, die Werbeblocker einsetzen, finde ich asozial“, abrufbar unter: <https://www.mobilegeeks.de/artikel/leute-die-werbeblocker-einsetzen-finde-ich-asozial/>.

⁷⁴² Beispielhaft Adblock Plus, Adblock, Blockr; die Browser „Opera“ und „Brave“ haben nativ einen Werbeblocker eingebaut.

1. Unterschiede zwischen vollständigen und differenzierenden Werbeblockern

Vollständige Werbeblocker unterscheiden sich von differenzierenden dadurch, dass sie keine Whitelist⁷⁴³, sondern nur eine Blacklist⁷⁴⁴ implementiert haben. Unter deutschen Adblockernutzern ist die länderspezifische Blacklist „EasyList Germany“⁷⁴⁵ am verbreitetsten. Diese Datenbank umfasst tausende Filterregeln, die vorschreiben, welche Adressen nicht auf den Browser des Nutzers heruntergeladen werden sollen. Neben der EasyList Germany kann der Adblock-Nutzer auch seine eigenen Filterregeln implementieren, indem er entweder händisch eine Filterregel eingibt oder im Browser per Klick bestimmte Elemente der Liste hinzufügt. So ist es dem Nutzer möglich, sich eine Internetseite individuell zu gestalten und wirklich nur die Objekte anzuzeigen, die erwünscht sind.⁷⁴⁶

Adblocker, die sowohl eine Blacklist als auch eine Whitelist nutzen, nennen sich differenzierende Adblocker, da sie anders als vollständige Blocker bei der Blockierung zwischen Werbeinhalten unterscheiden.⁷⁴⁷ Während in der Blacklist zu filternde Elemente vorgehalten werden, definiert die Whitelist Ausnahmen von jener Filterung, sodass Inhalte, die eigentlich der Sperrliste zugehörig wären, dennoch beim Nutzer angezeigt werden.

Zu unterscheiden sind hier zwei Formen des differenzierenden Adblockings: Erstens gibt es Werbeblocker, die es ihren Nutzern erlauben, für individuelle Seiten eine Ausnahme von der Filterung in nutzereigene Whitelists einzutragen. Zweitens existieren auch White- bzw. Ausnahmelisten, die von dem Adblock-Anbieter selbst kuriiert werden und von vornherein mit dem Werbeblocker-Programm vertrieben werden, sodass ohne Zutun des Nutzers bereits nicht mehr alle Werberessourcen herausgefiltert werden. Beide Varianten unterliegen jedoch der autonomen Entscheidung des Nutzers. So bleibt dem Nutzer stets die Wahl, das Whitelisting zu deaktivieren oder zu modifizieren. In beiden Konstellationen ist daher auch das Nutzerinteresse in der rechtlichen Bewertung zu berücksichtigen.

⁷⁴³ Auch Weiße Liste oder Ausnahmeliste.

⁷⁴⁴ Auch Schwarzliste oder Sperrliste.

⁷⁴⁵ Vgl. www.easylis.to.

⁷⁴⁶ Zum Beispiel „Element Hiding Helper für Adblock Plus“, der das Erstellen von Regeln zum Verstecken von Elementen erleichtert, abrufbar unter: <https://adblockplus.org/de/elemhidehelper>.

⁷⁴⁷ Weiße Liste auf wikipedia.org, abrufbar unter: https://de.wikipedia.org/wiki/Weiße_Liste: bezeichnet in der Informationstechnik – im Gegensatz zu einer schwarzen Liste – ein Werkzeug, mit dessen Hilfe gleiche Elemente (wie zum Beispiel Personen, Unternehmen oder Programme) zusammengefasst werden, welche nach Meinung der Verfasser der Liste vertrauenswürdig sind.

Der bekannteste differenzierende Werbeblocker ist Adblock Plus von der Firma Eyeo⁷⁴⁸. Für das Whitelisting verwendet Adblock Plus einen Kriterienkatalog, wonach „akzeptable Werbung“ gegen eine Umsatzbeteiligung zugelassen werden kann.⁷⁴⁹ Die Zulassung von Unternehmen erfolgt dabei nach einer Prüfung durch Adblock Plus aufgrund einer Vereinbarung mit dem Webseitenbetreiber. Wird sich auf die Zusammenarbeit zwischen Medienplattform und Adblock Plus geeinigt, so wird zunächst in einer Testphase festgestellt, welche finanziellen Auswirkungen die Freischaltung der zuvor blockierten Werbeeinhalte für das Unternehmen hat. Der festgestellte Umsatz dient sodann als Bemessungsgrundlage der durch das Unternehmen zu zahlenden Vergütung. In der Regel erhält Adblock Plus 30 % des Werbeumsatzes. Bei kleineren und mittleren Unternehmen erhebt Adblock Plus nach eigenen Angaben keine Vergütung.⁷⁵⁰ Nach Einigung über die Vergütung werden exemplarische Werbebeispiele der akzeptablen Werbung in ein Forum auf der Homepage von Adblock Plus eingestellt. Hier dienen sie als Diskussionsgrundlage für die Forum-Besucher. Insofern keine Bedenken bestehen, erfolgt eine Aufnahme in die Whitelist. Beachtenswert ist, dass in der Vereinbarung keine Verpflichtung enthalten ist, dass die werbende Medienplattform zukünftig ausschließlich „akzeptable Werbung“ schaltet.⁷⁵¹

Noch einen Schritt weiter geht der Browser „Brave“⁷⁵². Brave ist ein Browser, der nativ eine Adblock-Funktion integriert. Anders als die Konkurrenz blockiert Brave jedoch nicht nur die Werbung, sondern spielt stattdessen nach bestimmten Maßstäben als angemessen geltende Werbung aus seinem eigenen Werbenetzwerk auf die geblockte Bannerfläche der fremden Internetseite auf. Die Werbung wird somit erst blockiert und dann ersetzt. Dieses Vorgehen setzt jedoch die vorherige Zustimmung der Nutzer voraus. Liegt diese nicht vor, wird Werbung lediglich blockiert. Die wirtschaftlichen Interessen sind hier ähnlich. Während Adblock Plus versucht, mittels der Whitelist an der Umsatzbeteiligung der Medienunternehmen zu partizipieren, wendet Brave sich unmittelbar an den Werbekunden mit dem Angebot, seine Werbemittel über Braves hauseigenes Werbenetzwerk an die Internetnutzer zu verbreiten. Im Unterschied zu Adblock Plus hat das Medienunternehmen keine Möglichkeit mehr, seine Werbeflächen freizukaufen.

⁷⁴⁸ Internetseite von Adblock Plus: <https://adblockplus.org>.

⁷⁴⁹ Erläuterung der „Acceptable Ads“: <https://adblockplus.org/de/features#acceptable>.

⁷⁵⁰ Vgl. OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1082).

⁷⁵¹ Vgl. OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1082 f.).

⁷⁵² Vgl. die Informationen auf www.brave.com.

2. Grundlagen zur technischen Funktionsweise des Internets

Nach der vorgenommenen Einordnung in vollständige und differenzierende Werbefilter ist für den weiteren Gang die Funktionsweise und der Funktionsumfang der einzelnen Programmkategorien darzustellen. Als Ausgangslage für die Beurteilung der Internet-Adblocker ist auf die technischen Grundlagen des World Wide Webs einzugehen, das als Vermittlungsträger der Werbung fungiert.

Das Internet baut auf einem dezentral organisierten, globalen Netzverbund auf.⁷⁵³ Dieser basiert in den meisten Fällen auf einer Client-Server-Architektur. Das bedeutet, dass der Datenaustausch grundsätzlich zwischen einem Client und einem Server stattfindet. Der Server fungiert dabei als Informationsschnittstelle und der Client als Informationsnachfrager. Server bieten Dienste an, während Clients diese abrufen.⁷⁵⁴

Hinter dem Client verbirgt sich häufig der Internetnutzer, der mit seinem Endgerät über die Adresszeile des Browsers Internetseiten abrufen. Die für den Aufbau der Internetseite notwendigen Ressourcen liegen auf einem Internetserver, den das Medienunternehmen als Speicherort für seine Daten nutzt. Um eine Kommunikation zwischen Browser und Server herzustellen, bedarf es sogenannter Protokolle. Dies sind vorliegend das Internet Protocol (IP) in Zusammenarbeit mit dem Transmission Control Protocol (TCP).⁷⁵⁵ Während TCP als Transportprotokoll eine Verbindung zum gewünschten Server aufbaut, knüpft hier HTTP⁷⁵⁶ als nächstes Protokoll an, um den Abruf von Internetseiten mit Hilfe eines Webbrowsers zu ermöglichen.⁷⁵⁷ HTTP basiert auf einem Request-Response-Protokoll⁷⁵⁸. Hierzu werden HTTP-Requests (bzw. -Anfragen) von dem Client an den HTTP-Server und HTTP-Responses (bzw. -Antworten) von dem HTTP-Server an den Client übermittelt.⁷⁵⁹

Wenn der Nutzer in die Adresszeile seines Browsers eine URL⁷⁶⁰ wie *http://www.spiegel.de*⁷⁶¹ eingibt, sendet der Browser an den Server, dessen IP mit der Domain *www.spiegel.de* verknüpft

⁷⁵³ Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 1 ff.

⁷⁵⁴ Beitrag „Client-Server-Architektur“, abrufbar unter: <http://www.enzyklopaedie-der-wirtschaftsinformatik.de/lexikon/is-management/Systementwicklung/Softwarearchitektur/Architekturparadigmen/Client-Server-Architektur>.

⁷⁵⁵ Vgl. hierzu Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 50 ff, 72 ff.

⁷⁵⁶ Http steht kurz für Hypertext Transfer Protocol.

⁷⁵⁷ Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 109 ff; Tanenbaum/Wetherall, Computer Networks, S. 683 ff.

⁷⁵⁸ Dt. Anfrage-Antwort-Protokoll.

⁷⁵⁹ Tanenbaum/Wetherall, Computer Networks, S. 683 ff; Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 113.

⁷⁶⁰ URL kurz für Uniform Resource Locator; eindeutige Identifikation bzw. Adresse eines HTML-Dokuments im Internet. Die URL setzt sich aus der Domäne und der Angabe des Ortes des Dokuments auf dem Server zusammen, abrufbar unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/55200/url-v9.html>.

⁷⁶¹ Http (Protokoll); www.spiegel.de (hosts DNS).

ist, eine HTTP-Anfrage in Form einer GET-Anfrage. Die GET-Anfrage erbittet den Server um die Übermittlung der relevanten Ressource. Daraufhin sendet der Server eine HTTP-Antwort an den Browser mit dem angeforderten Inhalt zurück.⁷⁶² Bei Internetseiten ist dies zumeist eine HTML-Datei. HTML als Auszeichnungssprache dient vorwiegend der Strukturierung digitaler Ressourcen.⁷⁶³ Dies bedeutet, dass die HTML-Datei eine Art Inhaltsverzeichnis bereithält, welches dem Browser mitteilt, von wo die zum Aufbau der Seite erforderlichen Dateien heruntergeladen werden können. Heutzutage setzen sich Internetseiten nämlich aus verschiedenen isoliert voneinander zu betrachtenden Datenquellen zusammen. Im Schnitt sind es vierzig Ressourcen, die in der HTML-Datei selbst nicht enthalten sind und daher nachgeladen werden müssen.⁷⁶⁴ Diese Ressourcen (Bilder, Skripte), die für die nach dem Willen des Webseitenbetreibers notwendige Darstellung benötigt werden, werden mit Hilfe weiterer GET-Anfragen durch den Client angefordert bzw. angefragt.⁷⁶⁵ Es ist dabei üblich, dass die nachzuladenden Informationen teilweise nicht mehr von dem originären HTTP-Server geladen werden, sondern stattdessen von dritten externen Servern.⁷⁶⁶

Zu diesen Servern zählen auch die von Werbenetzwerken betriebenen Adservern. Macht das Medienunternehmen für die Auslieferung von Werbung von einem Werbenetzwerk Gebrauch, enthält der HTML-Code auch einen sogenannten „Ad-Tag“. Ad-Tags dienen dabei als technische Werbeplatzhalter im Programmaufbau der Internetseite. Für jeden Werbeplatz steht ein separater Ad-Tag zur Verfügung.⁷⁶⁷ Der Ad-Tag enthält einen Link, der den Browser des Nutzers zum Adserver leitet. In einem dort stattfindenden komplexen Auswahlprozess wird innerhalb von Millisekunden entschieden, welche Werbung auf dem Bildschirm des Nutzers angezeigt werden soll. Über eine Kette weiterer Abrufe und Weiterleitungen wird die Werbenachricht sodann auf dem Bildschirm des Nutzers angezeigt. Am Ende steht eine erfolgreiche AdImpression, wenn dem Werbenetzwerk mitgeteilt wird, dass die Ressource erfolgreich heruntergeladen wurde.⁷⁶⁸

⁷⁶² Tanenbaum/Wetherall, Computer Networks, S. 686 f.

⁷⁶³ Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 117.

⁷⁶⁴ Tanenbaum/Wetherall, Computer Networks, S. 684; Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 118.

⁷⁶⁵ Tanenbaum/Wetherall, Computer Networks, S. 686 f.; Kiersch/Kassel, CR 2017, 242 (242 f.).

⁷⁶⁶ Tanenbaum/Wetherall, Computer Networks, S. 649 f.

⁷⁶⁷ Definition „Ad-Tag“, abrufbar unter: <http://www.itwissen.info/Ad-Tag-ad-tag.html>.

⁷⁶⁸ Frosch-Wilke/Rath, Marketing-Kommunikation im Internet, S. 66; Beitrag „How does ad serving work? 03.09.2010“, abrufbar unter: <http://www.adopsinsider.com/ad-serving/how-does-ad-serving-work/>.

Das Nachladen ist zwar aufgrund der heutigen dynamischen und multimedialen Internetseiten üblich, allerdings nicht obligatorisch. Es gibt Konstellationen, in denen das Nachladen der Ressourcen unterbleibt. Beispielsweise wird beim Caching die im Cache gespeicherte Ressource für ein späteres Abrufen der Internetseite wiederbenutzt, was sowohl die Netzwerkbelastung als auch die Geschwindigkeit beim Seitenaufbau erhöht.⁷⁶⁹ Aber auch wenn der Nutzer einen Textbrowser verwendet, werden Bildressourcen nicht nachgeladen. Das Nachladen ist somit grundsätzlich von den gewählten Einstellungen des Nutzers abhängig.

Nachdem das angeforderte HTML-Dokument und die dazugehörigen Dateien angefragt und vom Server in den Arbeitsspeicher des Computers heruntergeladen wurden, interpretiert der Browser diese Daten und zeigt sie dem Nutzer, wie es dem Code in der HTML-Datei und dem Layout nach vorgesehen ist, nach erfolgtem Rendering-Prozess an.⁷⁷⁰

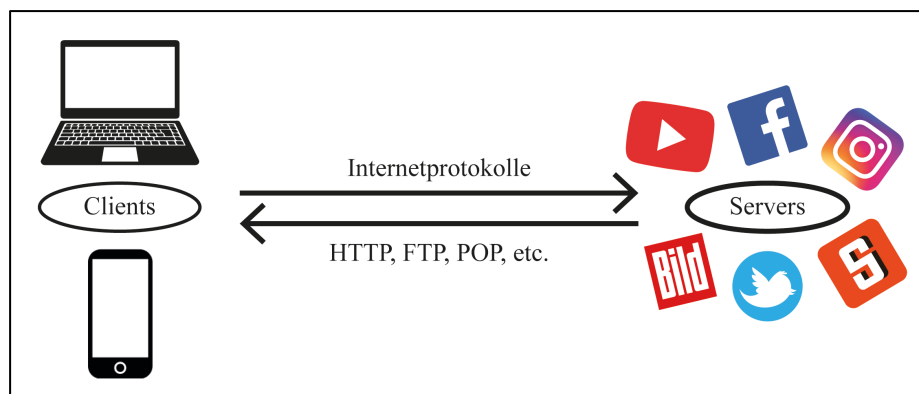


Abbildung 4 Die Grundlagen zur Funktionsweise des Internets

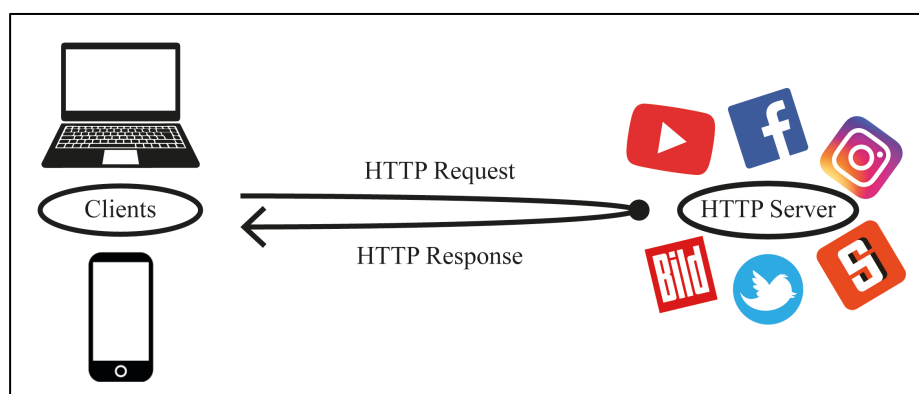


Abbildung 5 Darstellung eines HTTP-Requests und einer HTTP-Response

⁷⁶⁹ Tanenbaum/Wetherall, Computer Networks, S. 690 f.; Frosch-Wilke/Raith, Marketing-Kommunikation im Internet, S. 65 f.

⁷⁷⁰ Vgl. hierzu den Beitrag „Das Rendering Modul“, abrufbar unter: https://www.html5rocks.com/de/tutorials/internals/howbrowserswork/#The_rendering_engine.

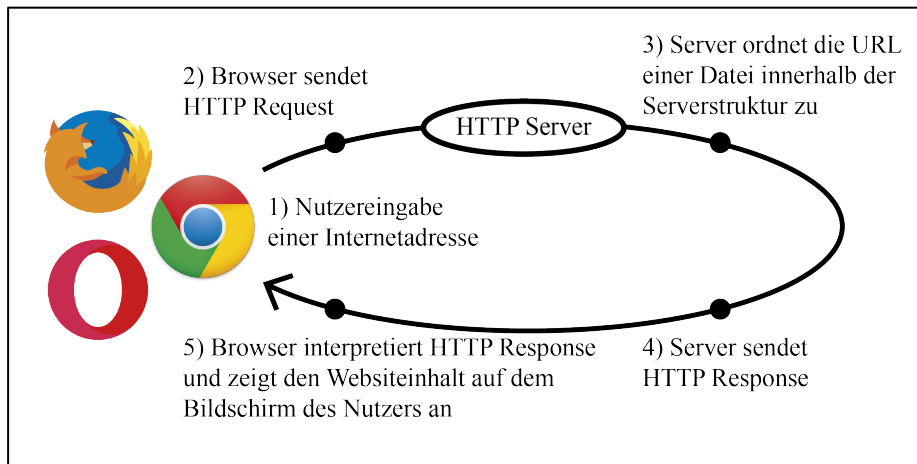


Abbildung 6 Illustration der Befehlskette beim Benutzen eines Internet-Browsers

Nachdem die technischen Grundlagen des Internets erläutert wurden, stellt sich die Frage, an welchem der genannten Schritte Adblocker als Browser-Erweiterung funktional ansetzen.

3. Werbeblocker im Internetbrowser

Das Filtern von Inhalten im Internet ist kein Phänomen, das sich auf Werbung beschränkt. Bereits vor den ersten Werbefiltern wurden Filter eingesetzt, um Schadsoftware, nicht jugendfreie Inhalte oder anderweitige Ressourcen nicht auf den Computer herunterzuladen oder anzuzeigen.

Bei der Werbeblockierung mit Hilfe von Browser-Add-ons oder nativ verbauten Filterlisten findet der Filterprozess grundsätzlich auf dem Computer des Nutzers statt. Die heutzutage verwendeten Add-ons modifizieren den durch den Browser stattfindenden Seitenaufbau derart, dass Werberessourcen nicht heruntergeladen werden, da der betreffende HTTP-Request an die Werberessource nicht gestellt wird. Um dies zu erreichen, bestehen Filterprogramme aus einem Programmcode, der es ermöglicht, Ressourcen wie Bilder und Skripte zu blockieren und einer ständig zu aktualisierenden Filterliste, die bestimmt, welche Inhaltsressourcen nicht heruntergeladen werden, beziehungsweise welche Ressourcen blockiert werden sollen.⁷⁷¹

Gibt der Internetnutzer eine URL ein, sendet der Browser einen HTTP-Request an den Server. Dieser Server, der die gewünschten Ressourcen bereithält, übermittelt daraufhin eine HTTP-Response mit dem gewünschten HTML-Dokument, aus dem hervorgeht, welche weiteren Ressourcen für den Seitenaufbau benötigt werden. Hier setzt nun das Adblock-Programm an. Denn die hier aufgeführten Ressourcen werden mit den in der Blacklist aufgeführten Adressen abge-

⁷⁷¹ Walbesser (2011), Intellectual Property & Technology Law Journal, 23(1), 19.

glichen. Finden sich Übereinstimmungen, wird die GET-Anfrage nicht initialisiert und die Werbung wird im Ergebnis weder heruntergeladen noch angezeigt. Die Funktionsweise ist insoweit identisch zu den Prüfschritten bei Anti-Virenprogrammen. Auch hier wird festgestellt, ob die HTTP-Anfrage sich auf eine bereits bekannte schädliche Ressource bezieht, sodass der Downloadvorgang nicht begonnen wird.⁷⁷²

Die browserbasierte Werbeblockierung, welche sich die Funktionsweise des Internetbrowsers zum Werkzeug macht, ist getragen von den Interessen der Konsumenten. Diese bedienen sich eines Werkzeugs, um autonom über die auf ihren Geräten stattfindenden Vorgänge bestimmen zu können. Diese Selbstbestimmung geht zu Lasten der Internetseitenbetreiber, welche ihre Internetseite als einheitliches Produkt dem Besucher möglichst so anzeigen wollen, wie sie es durch die in der HTML-Dokument angelegte Struktur beabsichtigt haben.

4. Blockieren auf Netzwerkebene durch Internetserviceprovider

Ein Start-up namens Shine⁷⁷³ machte Schlagzeilen als es ankündigte, sein entwickeltes Ad-block-Programm an Mobilfunkbetreiber zu verkaufen, sodass diese es auf Netzwerkebene in ihr Funknetzwerk implementieren können.⁷⁷⁴ So sei Werbung ohne zusätzliche Vorkehrungen im Browser bereits auf Netzwerkebene filterbar. In der Praxis wird dies dadurch umgesetzt, dass bereits der Internetprovider eine Blacklist bereithält, um Inhalte zu blockieren. Der Filterprozess findet außerhalb des Browsers über das sogenannte Domain Name System (DNS) Blocking statt. Das DNS ist als Verzeichnisdienst verantwortlich für die Auflösung von Internetdomains in IP-Adressen.⁷⁷⁵ Hierdurch entsteht für den Nutzer der Vorteil, dass nicht die IP-Adresse 172.217.22.227 eingegeben werden muss, um den Server von Google zu erreichen, sondern die Eingabe der Domain *www.google.de* hierfür genügt. Indem Internetserviceprovider ihren Datenverkehr über ein eigenes DNS laufen lassen, können sie daher bei jeglichen Adressen anstelle der gültigen IP-Adresse den HTTP-Request blockieren, indem sie die Domain nicht auflösen.

Die Telekomunternehmen könnten diese Dienstleistung als Opt-in, standardmäßig aktiviert oder als Premium-Service dem Endkunden anbieten. In letzter Zeit wurde dieses Modell häufig

⁷⁷² Vgl. Meyer/Benzmüller/Simonis, CR 2017, 274 (279).

⁷⁷³ Shine hat sich 2017 in Rainbow umfirmiert und spezialisiert sich nun auf die Personalisierung von digitaler Werbung auf Netzwerkebene. In der Praxis bedeutet dies, dass Werbung, die nicht gewissen Standards genügt, auf Netzwerkebene ausgefiltert wird und der Nutzer, der zuvor in die Aktivierung des Service eingewilligt hat, diese Werbung nicht mehr sieht.

⁷⁷⁴ Artikel „Erster europäischer Kunde für Shine-Filter“, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Erster-europaeischer-Kunde-fuer-Shine-Filter-Mobilfunkprovider-Three-will-Werbung-blocken-3112210.html>.

⁷⁷⁵ Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 83 ff.

diskutiert, da immer mehr Internetservice-Provider sich über die entstehenden Kosten für Nutzer durch die Überlieferung von Werbung über ihre Netzwerke beklagen. Die Bandbreite werde übermäßig durch Werbung belastet, was die Werbeindustrie auf Kosten der Telekommunikationsindustrie und deren Kunden in Kauf nehme. Nicht Kunden, sondern die Werbetreibenden sollten nach Ansicht der Telekomindustrie die Kosten für den Datenverkehr der Werbeanzeigen zahlen. Zudem müsse die Privatsphäre der Nutzer geschützt werden, die durch Werbung immer stärker bedroht sei.⁷⁷⁶ Mit Hilfe der Werblockierung auf Netzwerkebene würden die Internetanbieter die Kontrolle über die überlieferten Inhalte zurückgewinnen. Sie könnten bestimmen, welche Kosten Publisher und Werbenetzwerke zahlen müssen, um von der Blockade ausgenommen zu werden.⁷⁷⁷ Inwieweit dies noch mit der Netzneutralität zu vereinbaren ist, erscheint fraglich.

Problematisch ist insoweit auch, dass vordergründig nicht mehr die Interessen der Nutzer gefördert werden sollen. Stattdessen verlangen die Telekommunikationsunternehmen durch die Netzwerkblockade eine Art Wegzoll von den werbungstreibenden Parteien. Es geht daher nicht mehr um die Autonomie des Nutzers im Online-Bereich, sondern nur um die rein wirtschaftliche Ergründung eines neuen Geschäftsmodells. Anders als bei der Whitelist geht es nicht darum, nur „akzeptable Werbung“ zuzulassen. Stattdessen würden die Mobilfunkanbieter jegliche Werbung erneut zulassen, sobald die entsprechende Zahlung zur Nutzung des Internets durch die Werbetreibenden getätigt wird. Dies muss auch in der rechtlichen Beurteilung Berücksichtigung finden.

⁷⁷⁶ Beitrag „Vodafone dementiert Pläne für Werblocker auf Netzwerkebene“, abrufbar unter: <https://www.golem.de/news/mobile-anzeigen-vodafone-bietet-werblocker-auf-netzwerkebene-an-1603-119571.html>; Beitrag „Mobilfunkanbieter will Ads auf Netzwerkebene blocken“, abrufbar unter: <https://www.seo-suedwest.de/1538-mobilfunkanbieter-will-ads-blocken.html>.

⁷⁷⁷ Vgl. Artikel „The Ad Blocking Wars“, New York Times, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2016/02/21/opinion/sunday/the-ad-blocking-wars.html>.

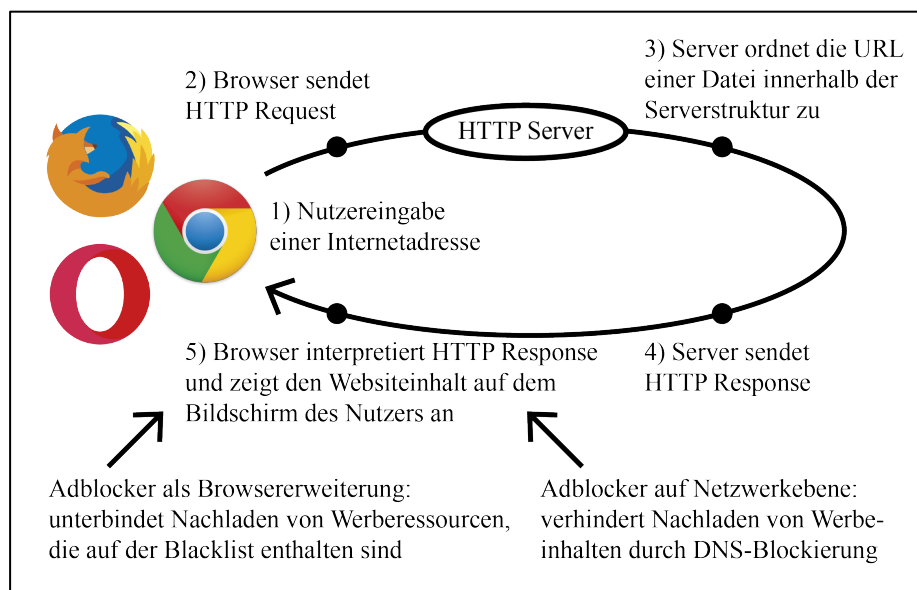


Abbildung 7 Adblocker verhindern das Herunterladen und/oder die Darstellung von Werberessourcen

5. Geräteübergreifende Werbeblockierung durch Netzwerktechnologien

Eine weitere Möglichkeit bieten Drittanbieter über die Bereitstellung eines VPN⁷⁷⁸ oder der lokalen Konfiguration eines HTTP Proxys an.⁷⁷⁹ Im Unterschied zur Werbeblockierung im Browser wird ein VPN oder ein Proxy systemweit auf dem Gerät des Endnutzers installiert. Dies hat zur Folge, dass auf dem gesamten Gerät und nicht nur im Browser keine Werbung mehr angezeigt wird. So kann auch Werbung innerhalb von Programmen oder Smartphone Apps herausgefiltert werden. Die Funktionsweise beim VPN ist wie folgt: Die Konfiguration des Netzwerks ermöglicht es, den eigenen Datenverkehr über ein anderes bereits bestehendes Kommunikationsnetz zu empfangen und zu senden.⁷⁸⁰ In diesem bereits bestehenden Netzwerk ist ein Adblocker integriert, der sodann den Datenverkehr kontrolliert. Dies hat den Vorteil, dass Werbung blockiert wird, ohne dass der Adblocker auf dem Endgerät des Nutzers installiert sein muss. Ähnlich verhält es sich bei HTTP-Proxys. Bei HTTP-Proxys wird auf dem lokalen Gerät ein Proxy abgelegt, über den der Netzwerkverkehr sodann läuft. Dieser Proxy kann mit Filterlisten bestückt sein, sodass nur noch bestimmter Netzwerkverkehr zu den paketaanfordernden Programmen durchgelassen wird. Auch hier besteht der Vorteil darin, dass Werbung zentral und nicht lediglich programmspezifisch blockiert wird. Des Weiteren ist auch die Werbeblockierung im Heimnetzwerk über eine entsprechende Konfiguration des Routers möglich.⁷⁸¹

⁷⁷⁸ Kurz für Virtual private network.

⁷⁷⁹ Dienstanbieter sind bspw. „Disconnect Premium“ und „Ad Shaker“.

⁷⁸⁰ Artikel „Virtual Private Network“ auf wikipedia.org, abrufbar unter: https://de.wikipedia.org/wiki/Virtual_Private_Network. Ein Anwendungsbeispiel für VPN ist das Ansteuern eines Firmennetzwerks zum Zugriff auf Daten vom heimischen Netzwerk aus.

⁷⁸¹ Vgl. bspw. Pi-hole, abrufbar unter: <https://pi-hole.net>.

Hier wird funktionell ebenfalls an der DNS-Auflösung angeknüpft, sodass diesbezüglich nach oben verwiesen werden kann.

Diese Möglichkeit der Werbeblockierung ist wieder vordergründig auf die Interessen des Konsumenten zurückzuführen. So verwendet dieser anstelle eines Browser-Add-ons lediglich eine netzwerkbasierte Lösung. Die Interessen sind dieselben wie bei den browserbasierten Adblockern.

6. Weniger verbreitete Schutzmöglichkeiten

Die oben genannten derzeit verfügbaren Adblocker sind nur so effizient wie auch die ihnen zugrundeliegende Filterliste, welche ständig durch Menschenhand kuriert werden muss. Es wurde jedoch ein neues Verfahren angekündigt, das sich von dieser Abhängigkeit lösen möchte. Forscher aus Stanford und Princeton haben Ergebnisse vorgelegt, die ein „Perpetual Ad Blocking“ – also eine wahrnehmende Werbeblockierung – beschreiben. Es handelt sich um eine Software, die nicht den Code einer Seite mit einer Filterliste abgleicht, sondern inhaltsbasiert entscheidet, ob es sich um Werbung handelt, um diese sodann grafisch herauszufiltern.⁷⁸² Das Programm macht sich dabei die Kennzeichnungspflicht von Werbung zu Nutze. Die Forscher sehen hierin einen großen Entwicklungsfortschritt, der letztlich zu einem effizienteren und effektiveren Filterprozess führe, da Werbung, losgelöst von einer starren Filterliste, dynamisch herausgefiltert werden könne. Die Blockierung würde hier auch vom Nutzer initiiert werden und damit von dessen Interessen gelenkt.

Neben Adblocker-Add-ons existieren auch Browser-Skripte, die bestimmte Handlungen des Nutzers automatisieren. So existiert beispielweise ein Skript, das automatisch YouTube-Werbung stumm stellt, die Werbung nach Ablauf von fünf Sekunden überspringt oder den Werbeausschnitt abdunkelt, sodass die Werbenachricht nicht mehr gesehen werden muss.⁷⁸³ Im Unterschied zu Adblock-Programmen wird hier die Werbung heruntergeladen, sodass eine Ad-Impression registriert und der YouTuber vergütet wird. Die wirtschaftlichen Interessen des Medienunternehmens sind folglich nicht beeinträchtigt. Stattdessen zahlt der Werbende für eine heruntergeladene Werbung, die dem Nutzer jedoch nie angezeigt wurde.

⁷⁸² Storey et. Al (2017), arXiv preprint arXiv:1705.08568, abrufbar unter: <http://randomwalker.info/publications/ad-blocking-framework-techniques.pdf>.

⁷⁸³ Abrufbar unter: <https://greasyfork.org/en/scripts/9165-auto-close-youtube-ads>.

Ebenso verhält es sich beim „Element Hiding“. Diese Funktion dient dem Nutzer als Möglichkeit, bestimmte Webelemente in seinem Browser nicht anzuzeigen.⁷⁸⁴ Die Notwendigkeit, Webelemente zu verstecken, ist immer dann gegeben, wenn der vorherige Download der unerwünschten Ressource nicht verhindert werden konnte. Gründe hierfür bestehen darin, dass Webseitenbetreiber immer mehr dazu übergehen, die Werbemittel im Quelltext der HTML-Datei so zu benennen, dass sie für Adblocker nicht mehr als Werbung zu erkennen sind. Teilweise werden die Werbemittel anstelle von den Adservern der Werbenetzwerke auch direkt von eigenen Servern eingespielt. Deshalb werden beim Element Hiding Webelemente, die bestimmten auf der Blacklist enthaltenen Kriterien entsprechen, nach dem Rendering-Prozess von der Darstellung im Browser ausgenommen.

Hierfür werden zumeist Änderungen an Cascading Style Sheets (CSS) vorgenommen. CSS enthalten Gestaltungsanweisungen für den Browser des Nutzers, die bei der Werbeblockierung derart geschaltet werden, dass Elemente, die Werbung enthalten, nicht angezeigt werden.⁷⁸⁵ Kriterien zur Erkennung können unter anderem häufig für Werbebanner benutzte Bannergrößen sein.

III. Blockade von Internetwerbung

Aufgrund der Darstellung der technischen Funktionalität ist bereits erkennbar geworden, welche Werbeformen heutzutage durch Werbeblocker blockierbar sind.

Ähnlich der Fernsehwerbung kann eine Filterung aufgrund des Trennungsprinzips von Werbung und Inhalt erfolgen. Die Filterung macht sich dabei zum Vorteil, dass die Inhalte von jeweils eigenen Serverpfaden bezogen werden, sodass eine isolierte Filterung der Werbung vom Inhalt möglich ist. Daher kann – anders als bei der Spotwerbung im Fernsehen – der Inhalt komplett losgelöst von Werbung konsumiert werden. Die Blockade stößt erst da an die Grenzen, wo das Trennungsgebot zwischen Werbung und redaktionellem Inhalt aufgeweicht wird. Native Werbung beispielweise kann zwar blockiert werden, aber die Werbebotschaft kann nicht isoliert vom redaktionellen Inhalt gelöst werden, da beide häufig miteinander vermengt sind. Auch zu Werbezwecken in einem Affiliate Netzwerk gesetzte Links können nur in der angebotenen Form angeklickt werden.

Allerdings werden, wie das Forschungspapier zum Perpetual Ad Blocking nahelegt, mit fortschreitender Technik der Werbeblockierung immer weniger Grenzen gesetzt sein. Schlagwörter

⁷⁸⁴ Beispiel: „Element Hiding Helper“ von Adblock Plus, abrufbar unter: <https://adblock-plus.org/de/elehidehelper>.

⁷⁸⁵ Vgl. zur Funktionsweise: <https://adblockplus.org/de/filters#elehide-emulation>.

sind „Machine Learning“ sowie künstliche Intelligenz, die mit aller Voraussicht nach Möglichkeiten bieten werden, Internetseiten visuell auf Werbung zu untersuchen, um dem Nutzer dann eine von dieser gefilterten Version der Webseite anzuzeigen.⁷⁸⁶

IV. Adblocker als Sicherheitswerkzeug im Internet

1. Präventiver Schutz gegen Malvertising

Zwar soll der Schutz vor Schadsoftware durch die Verwendung von Adblockern hier nur am Rande erwähnt werden, da der Arbeitstitel sich um den Schutz vor kommerzieller Kommunikation dreht, jedoch ist es, wenn man die Zahlen betrachtet, ein zu Recht in die Diskussion eingebrachtes Argument für den Schutzanspruch des Nutzers vor Werbeanzeigen. Malvertising setzt sich aus den Worten Malware und Advertising zusammen (dt. Schadsoftware und Werbung)⁷⁸⁷ und bezeichnet so bereits das eigentliche Problem. Und zwar wird Werbung immer häufiger als verdeckter Lieferant für Schadsoftware genutzt.⁷⁸⁸ Indem Angreifer ihren schädlichen Code in Werbeanzeigen unterbringen und diese daraufhin von einem Werbenetzwerk verteilen lassen, können eine Vielzahl an Computern mit relativ wenig Aufwand infiziert werden. Teilweise ist nicht einmal eine Interaktion notwendig. Bei solchen Drive-By-Downloads⁷⁸⁹ reicht bereits der Besuch der infizierten Internetseite aus, um den Schadcode auf dem Computer auszuführen.

Nach Zahlen des IT-Sicherheitsunternehmens RiskIQ ist allein im Zeitraum von 2015 zu 2016 die Anzahl an Malvertisements um ca. 132 % angestiegen. Absolut wurden im Jahr 2016 7.623.099 Fälle gemessen.⁷⁹⁰ Der wirtschaftliche Schaden für Unternehmen liegt bei über einer Milliarde US-Dollar⁷⁹¹. Dass man Schadsoftware nicht nur auf ominösen Internetseiten ausgesetzt ist, zeigt der Fall von „Forbes“. Die Internetseite des Wirtschaftsmagazins vertrat 2015 eine strikte Haltung gegenüber Adblock-Nutzern. Mit Hilfe eines Adblock-Blockers wurden

⁷⁸⁶ Vgl. Storey et. Al (2017), arXiv preprint arXiv:1705.08568, abrufbar unter: <http://randomwalker.info/publications/ad-blocking-framework-techniques.pdf>.

⁷⁸⁷ Artikel zu Malvertising auf wikipedia.org, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Malvertising>.

⁷⁸⁸ Hierzu ausführlich Meyer/Benzmüller/Simonis, CR 2017, 274.

⁷⁸⁹ Beitrag auf Sophos “How malware works”, abrufbar unter <https://news.sophos.com/en-us/2014/03/26/how-malware-works-anatomy-of-a-drive-by-download-web-attack-infographic/>.

⁷⁹⁰ RiskIQ, Malvertising Bericht 2016, abrufbar unter: https://cdn.riskiq.com/wp-content/uploads/2017/07/riskiq-2016-malvertising-report.pdf?_ga=2.125239114.1536439889.1505977583-1229445570.1505977583.

⁷⁹¹ Vgl. Invincea 2015/1H Advanced Endpoint Threat Report, 25.8.2015, abrufbar unter: <https://www.invincea.com/2015/08/white-paper-1h-2015-advanced-endpoint-threat-report/>.

Adblock-Nutzer vom Besuchen der Seite abgehalten. Einige Nutzer deaktivierten darauf ihren Adblocker und erhielten direkt beim nächsten Aufruf Pop-under Malware.⁷⁹²

Adblocker, die je nach Fall das Laden oder das Ausführen von Werbeinhalten unterbinden, können einen präventiven Schutz gegen diese Gefahr bieten, den viele Anti-Viren-Programme nicht gewährleisten können. Denn anders als Anti-Viren-Software blockieren Adblocker grundsätzlich jede blockierbare Werbung. Virenschutzprogramme nehmen nur eine selektive Filterung bereits bekannter Malware vor, sodass die Wahrscheinlichkeit einer Infizierung des Systems um ein Vielfaches höher ist, als wenn jegliche Werbung aus Werbenetzwerken systematisch blockiert wird. Werbenetzwerken selbst ist es oft nicht möglich, den schadhaften Code der Werbung zu erkennen. Dies gilt insbesondere dann, wenn dieser nur verschlüsselt in das Werbenetzwerk eingespeist wird. Die schier unbegrenzte Masse an Werbung macht eine sichere Überprüfung ebenfalls unmöglich.

2. Schutz vor Tracking

Gerade durch Schadsoftware können auch sensible, die Privatsphäre betreffende Daten betroffen sein. So dient Malvertisement als Vorstufe für weitere Schritte wie Ransomware⁷⁹³, welche die auf dem Computer befindlichen Daten verschlüsselt und erst nach Zahlung eines „Lösegelds“ wieder freigibt. Adblocker leisten damit nicht nur der digitalen Selbstbestimmung einen Beitrag, sondern auch der digitalen Selbstverteidigung.⁷⁹⁴ Adblocker verhindern aber auch den Einsatz von Tracking-Technologien.⁷⁹⁵ Tracking beschreibt den Vorgang, der es Werbetreibenden und Webseitenbetreibern ermöglicht, Nutzer auf ihrem Weg im Internet zu verfolgen. Zumeist werden hierzu Cookies und Werbenetzwerke eingesetzt.⁷⁹⁶ Anti-Tracking wird durch spezielle Filterlisten ermöglicht, die Tracker-Adressen beinhalten, welche sodann herausgefiltert werden können.

⁷⁹² Beitrag „How Forbes inadvertently proved the anti-malware value of ad blockers“, abrufbar unter: <https://www.networkworld.com/article/3021113/security/forbes-malware-ad-blocker-advertisements.html>; weitere Fälle von Malvertisement nachzulesen unter: <https://en.wikipedia.org/wiki/Malvertising>.

⁷⁹³ Ransomware ist eine Malware, die Ihren Computer infiziert, sperrt und dann Geld dafür verlangt, ihn zu entsperren., Definition abrufbar unter: <https://www.f-secure.com/v-descs/ransomware.shtml>.

⁷⁹⁴ Vgl. Meyer/Benzmüller/Simonis, CR 2017, 274.

⁷⁹⁵ Erläuterung abrufbar unter: <https://adblockplus.org/features>.

⁷⁹⁶ Schmidt, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Hdb-IT-DSchR, § 3 Rn. 141 ff.

§ 3 Rechtliche Beurteilung von Werbeblockern

Den Untersuchungsgegenstand bilden Fernseh- und Internetwerbeblocker. Neben den Stimmen in der Literatur und der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung erfolgt die rechtliche Auseinandersetzung auch insbesondere mit den Werbeblocker-Entscheidungen des BGH.⁷⁹⁷ Die „Werbeblocker-Entscheidung I“ befasst sich mit der Zulässigkeit eines vollständigen Werbeblockers in Form der Fernsehfee als TV-Adblocker. Die „Werbeblocker-Entscheidung II“ setzt sich mit der rechtlichen Beurteilung des differenzierenden Internet-Adblockers Adblock Plus auseinander.

A. Lauterkeitsrechtliche Beurteilung

I. Grundsätze zur lauterkeitsrechtlichen Untersuchung

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schützt nicht nur die sonstigen Marktteilnehmer und Verbraucher vor unzumutbaren Belästigungen, sondern dient auch dem Schutz gegen unlautere geschäftliche Handlungen der Wettbewerber untereinander. Ziel ist es, das Verhalten der Marktteilnehmer „in den Bahnen des Anstands, der Redlichkeit und der guten kaufmännischen Sitten“⁷⁹⁸ zu halten. Zur Durchsetzung gewährt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb den Mitbewerbern einen Unterlassungsanspruch nach § 8 Abs. 1, 3 Nr. 1 UWG.

§ 8 Abs. 1 UWG lautet: „Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“

Wer anspruchsberechtigt ist, richtet sich nach § 8 Abs. 3 UWG. So sind dies Mitbewerber, rechtsfähige Interessensverbände, qualifizierte Einrichtungen und die Industrie- und Handelskammern. Des Weiteren muss auch eine geschäftliche Handlung i. S. v. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorliegen. Anhand dieser beurteilt sich die dritte Voraussetzung, namentlich die Unlauterkeit gem. § 3 oder § 7 UWG, wobei vorliegend § 3 UWG von Bedeutung ist. § 3 Abs. 1 UWG fungiert als Auffangtatbestand, dient zugleich aber auch als Grundnorm, da soweit eine geschäftliche Handlung in den §§ 3 bis 7 UWG als unlauter qualifiziert wird, aus § 3 Abs. 1 UWG deren Unzulässigkeit folgt.⁷⁹⁹ Die hier in Betracht kommenden Verbotsnormen werden im Folgenden dargestellt.

⁷⁹⁷ BGH, GRUR 2018, 1251 (1253) – Werbeblocker II; BGH, GRUR 2004, 877 – Werbeblocker I.

⁷⁹⁸ BVerfG, NJW 1972, 573 (573).

⁷⁹⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 3 Rn. 1.9.

II. Gezielte Behinderung, § 4 Nr. 4 UWG

Die Behinderung anderer Mitbewerber ist dem Wettbewerb eigen.⁸⁰⁰ Etwas anderes gilt jedoch nach § 4 Nr.4 UWG dann, wenn die Behinderung gezielt erfolgt. § 4 Nr. 4 UWG entspricht § 4 Nr. 10 UWG in der UWG-Fassung zwischen 2004 und 2015. Beide Normen sind insoweit inhaltsgleich, sodass die zu § 4 Nr. 10 UWG gemachten Ausführungen in Rechtsprechung und Literatur auf die Anwendung von § 4 Nr. 4 UWG übertragen werden können.⁸⁰¹ Die Norm verlangt zunächst zur Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts das Vorliegen einer geschäftlichen Handlung zwischen Mitbewerbern. Im Anschluss hieran ist sodann stets innerhalb einer Interessenabwägung zu überprüfen, ob diese geschäftliche Handlung eine gezielte Behinderung darstellt.

1. Geschäftliche Handlung

Zum Zentralbegriff des Lauterkeitsrechts – der geschäftlichen Handlung – kann auf obige Ausführungen⁸⁰² zur Beurteilung von Direktwerbung verwiesen werden.

a) Angebot kostenpflichtiger Werbeblocker

Freilich ist das kostenpflichtige Angebot und der kostenpflichtige Vertrieb von Adblockern gegenüber den Konsumenten als Verbrauchern eine geschäftliche Handlung im Sinne des UWG, die auch objektiv geeignet ist, den Absatz des Unternehmens zu fördern.⁸⁰³

b) Angebot kostenloser Werbeblocker

Die meisten Browser-Adblocker werden gegenüber den Konsumenten kostenlos zum Download angeboten. Die Frage, ob hierin ein Verhalten zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zur Förderung des Absatzes liegt, ist umstritten.

a. Vollständige Werbeblocker

Das erforderliche erwerbswirtschaftliche Prinzip, mit einer Tätigkeit Einnahmen zu erzielen, fehlt bei einem rein ideellen Vertrieb eines kostenlosen Adblockers.⁸⁰⁴ Das Motiv ein sichere-

⁸⁰⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.7.

⁸⁰¹ BT-Drs. 18/6571, S. 15; BGH, GRUR 2016, 825 (Rn. 22) – Tarifwechsel.

⁸⁰² S. Teil III, Kapitel 6, § 2, A. I.

⁸⁰³ Vgl. OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 34 ff.); LG Stuttgart, BeckRS 2016, 08024; LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 16); LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 172 f.); Köhler, WRP 2014, 1017 (1019); Gomille, GRUR 2017, 241 (245 f.); Nink, CR 2017, 103 (105); Kiersch, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 75.

⁸⁰⁴ LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 11); Köhler, WRP 2014, 1017 (1019); Kreuz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 128; Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245 (248); Nink, CR 2017, 103 (105); Kiersch, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 75.

res, freies und werbefreies Internet bzw. Fernsehprogramm durch den Vertrieb von Werbeblockern zu ermöglichen, weist bereits keinen Bezug zum geschäftlichen Verkehr auf, sodass für die rechtliche Beurteilung auf die deliktsrechtlichen Vorschriften zu verweisen ist.⁸⁰⁵ Etwas anderes kann nur da gelten, wo der kostenlose Vertrieb auf die Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks gerichtet ist. Dies könnte hier beispielweise dann angenommen werden, wenn der Adblocker durch ein Unternehmen vertrieben wird, welches durch das Angebot auf die Qualität seiner ansonsten entgeltlich vertriebenen Produkte aufmerksam machen möchte. Eine solche Form der Aufmerksamkeitswerbung zur Steigerung der eigenen Verkehrsbekanntheit stellt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zur Förderung des eigenen Wettbewerbs dar und somit im Ergebnis auch eine geschäftliche Handlung.⁸⁰⁶

b. Differenzierende Werbeblocker als einheitliche geschäftliche Handlung

Für die Fragestellung, ob das Angebot eines kostenlosen, differenzierenden Adblockers eine geschäftliche Handlung darstellt, ist zunächst darauf einzugehen, inwieweit es sich bei dem Angebot um eine oder um zwei unterschiedlich zu beurteilende geschäftliche Handlungen handelt. Denn während die Werbeblockierung den Nutzern kostenlos angeboten wird, erfolgt die Freischaltung von der Blockierung an die Medienunternehmen erst gegen eine Zahlung.

Teilweise wird vertreten, dass im Angebot eines kostenlosen differenzierenden Adblockers keine einheitliche geschäftliche Handlung zu erblicken sei und damit das Freischaltungsangebot vom Vertrieb der Werbeblocker getrennt beurteilt werden müsse. Wenn der Vertrieb des Werbeblockers an die Internetnutzer entgeltlos erfolge, könne hierin keine geschäftliche Handlung gesehen werden. Stelle man jedoch auf das entgeltliche Freischaltungsangebot der Blockierung ab, so liege eine geschäftliche Handlung nur gegenüber den Medienunternehmen als sonstigen Marktteilnehmern vor.⁸⁰⁷

Dieser Ansicht ist entgegenzutreten. Zunächst verkennt sie, dass selbst bei isolierter Betrachtung des Angebots an die Verbraucher dennoch eine geschäftliche Handlung vorliegt, da auch hier eine hinreichende mittelbare Förderung des Absatzes verfolgt wird.⁸⁰⁸ Die geschäftliche

⁸⁰⁵ Vgl. hierzu *Schippel*, AfP 2017, 185 (188).

⁸⁰⁶ Vgl. BGH, WRP 1985, 330 (331) – Bliestal-Spiegel; BGH, NJW 1982, 335 – Bäckereifachzeitschrift; BGH, NJW 1956, 588 – Freiburger Wochenbericht; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 2 Rn. 8, m. w. N., 27; so auch *Kiersch*, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 77 f.

⁸⁰⁷ *Köhler*, WRP 2014, 1017 (1020).

⁸⁰⁸ Ähnlich BGH, GRUR 2018, 1251 (1253) – Werbeblocker II.

Handlung der Freischaltung bedingt insoweit die zuvor stattfindende Blockierung der Werbeelemente. Es besteht erst eine Nachfrage nach einem Eintrag in die Whitelist, weil zuvor in einem ersten Schritt alle Werbeanzeigen blockiert wurden.⁸⁰⁹

Zudem ist es nicht vertretbar, dieses als Einheit zu betrachtende Geschäftsmodell künstlich aufzuspalten, wenn zwischen den einzelnen Handlungen eine solche Zusammengehörigkeit besteht, dass zumindest eine der Handlungen ohne die jeweils andere nicht existieren würde.⁸¹⁰

Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Whitelist ein eigenes Produkt darstellen würde. Eine Whitelist als Angebot an die Werbeunternehmen ohne die dazugehörige Blacklist ergibt jedoch weder funktional noch wirtschaftlich betrachtet einen Nutzen. Auf der Grundlage, dass der Geschäftszweck sich nach der objektiv nach außen tretenden Zweckrichtung bestimmt⁸¹¹, kann auch auf rechtlicher Ebene nur von einer zusammengehörigen geschäftlichen Handlung ausgegangen werden.

Auch bei der von Internetservice Providern eingesetzten Werbeblockierung auf Netzwerkebene liegt nicht nur beim entgeltpflichtigen Angebot des Werbeblockers als Zusatzdienst an den Kunden eine geschäftliche Handlung vor, sondern auch dadurch, dass der Internetserviceprovider das Angebot dazu nutzt, den werbenden Unternehmen einen Anreiz zu geben, die Werbung freizukaufen. Er fördert somit auch hier seinen eigenen Wettbewerb durch ein kostenloses Angebot.

Für dieses Ergebnis spricht auch eine Analogie aus der Rechtsprechung bezüglich der Verteilung kostenloser Anzeigenblätter. Hier wurde eine geschäftliche Handlung bejaht, wenn die kostenlose Abgabe der Absatzförderung anderer Dienstleistungen wie der Profitabilität des Anzeigenteils diene.⁸¹² Dies ist bei kostenlosen differenzierenden Adblockern nicht anders. Bieten die Blocker-Vertreiber ihre Software entgeltlos gegenüber Verbrauchern an, so dient dies letztlich der Erhöhung der Reichweite des Produkts. Dies hat zur Folge, dass das Angebot an die Medienunternehmen, sich einen Platz auf der Whitelist zu erwerben, attraktiver gemacht wird.⁸¹³ Dass die Freischaltung für kleinere Internetseiten teilweise entgeltlos erfolgt, ändert hieran nichts, denn auch hierdurch wird nur der Anreiz für größere Medienunternehmen ver-

⁸⁰⁹ Vgl. LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 22).

⁸¹⁰ BGH, GRUR 2018, 1251 (1253) – Werbeblocker II; *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S.134.

⁸¹¹ *Keller*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 2 Rn. 15

⁸¹² BGH, WRP 1985, 330 (331) – Bliestal-Spiegel; BGH, NJW 1982, 335 – Bäckereifachzeitschrift; BGH, NJW 1956, 588 – Freiburger Wochenbericht.

⁸¹³ LG München I, Urt. v. 22. März 2016 – 33 O 5017/15, Rn. 49, juris.

stärkt, sich entgeltlich auf die Freischaltliste einzukaufen. Somit liegt grundsätzlich beim Vertrieb eines Adblockers mit integrierter Whitelist eine geschäftliche Handlung vor, wenn die Whitelist dazu benutzt wird, Werberessourcen gegen Entgelt von der Blockade auszunehmen.⁸¹⁴

2. Mitbewerberverhältnis

a) Entwicklung des Mitbewerberbegriffs

Vor der Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahr 2004 war der Mitbewerberbegriff nicht gesetzlich definiert. Vorausgesetzt wurde dessen Vorliegen dennoch. Bereits 1909 war in der großen Generalklausel des § 1 UWG die Wettbewerbshandlung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal verankert.⁸¹⁵ Aus dem damals Verwendung findenden Merkmal des „Handelns zu Zwecken des Wettbewerbs“⁸¹⁶ leitete die höchstrichterliche Rechtsprechung das Erfordernis einer Wechselbeziehung zwischen Mitbewerbern her.⁸¹⁷ Dies manifestierte sich in dem heute niedergeschriebenen Erfordernis eines „konkreten Wettbewerbsverhältnisses“.⁸¹⁸

Nach dem heute geltenden § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist Mitbewerber „jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis⁸¹⁹ steht“. Die Reichweite und der Umfang dieses geforderten konkreten Wettbewerbsverhältnisses sind umstritten.

b) Mitbewerberbegriff in der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH gegeben, wenn eine Wechselbeziehung zwischen den Vorteilen, die der Handelnde für sein eigenes oder

⁸¹⁴ Vgl. OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 104 – Whitelist I, juris; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1085); LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 16); LG München I, MMR 2016, 406 (407); LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 175); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 143); *Gomille*, GRUR 2017, 241 (246); *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (248); *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (338); *Nink*, CR 2017, 103 (105); *Köhler*, WRP 2014, 1017 (1020); *Kiersch*, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 77 f.

⁸¹⁵ *Fezer*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 8; zur Entwicklungsgeschichte, vgl. *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 2 Rn. 57.

⁸¹⁶ § 1 UWG i. d. F. von 1909: „Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.“

⁸¹⁷ Zunächst RGSt 32, 27 (28 f.).

⁸¹⁸ Vgl. hierzu *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG, § 2 Rn. 57.

⁸¹⁹ Der Gesetzgeber hat sich durch den Zusatz „konkret“ bewusst gegen die vor der Reform übliche Verwendung des abstrakten Wettbewerbsverhältnisses entschieden. Bei einem abstrakten Wettbewerbsverhältnis genügte es bereits, „dass der Absatz der Ware des einen Mitbewerbers durch (irgendein) wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt wurde, wobei ausreichte, dass eine nicht gänzlich unbedeutende (potentielle) Beeinträchtigung mit einer gewissen – sei es auch nur geringen – Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden konnte.“, *Dreyer*, GRUR 2008, 123 (125).

ein fremdes Unternehmen erzielen will, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, insoweit besteht, dass der eine Wettbewerb gefördert und der andere Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.⁸²⁰

Um diese Wechselbeziehung zwischen zwei Unternehmen herzustellen, wurden in der Vergangenheit unterschiedliche Ansätze gewählt. Der BGH bedient sich zwei Fallgruppen, in denen er ein konkretes Mitbewerberverhältnis anerkennt.

a. Enger Mitbewerberbegriff

Für die erste Fallgruppe stellt der BGH auf den Absatz- und Nachfragemarkt ab, auf dem beide Unternehmen tätig sind. Er verlangt, dass „beide Parteien gleichartige Waren oder gewerbliche Leistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und das Wettbewerbsverhalten des einen daher den anderen beeinträchtigen, d. h. im Absatz behindern oder stören kann“⁸²¹. Hierunter fallen üblicherweise Unternehmen, die sich auf demselben sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt gegenüberstehen.⁸²² Das konkrete Wettbewerbsverhältnis kennzeichnet sich hier durch die gegenseitige Ersetzbarkeit der angebotenen wirtschaftlichen Güter innerhalb desselben Kundenkreises. Es ist dabei anerkannt, dass die sich gegenüberstehenden Unternehmen sowohl auf der gleichen als auch auf unterschiedlichen Wirtschaftsstufen agieren können.⁸²³

Der BGH bejahte beispielweise ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmen, die jeweils eine eigene Tageszeitung in demselben Gebiet und damit an denselben Endverbraucherkreis herausgaben.⁸²⁴ Ebenso sah der Senat jedoch auch zwischen der Karstadt Warenhaus GmbH, welche mehrere Einzelhandelsunternehmen für Sportwaren betreibt, und der deutschen Organisation der international tätigen Intersport-Gruppe, die lediglich als Verbundgruppe für Sportfachgeschäfte die beruflichen Interessen ihrer Mitglieder verfolgt, ein konkretes Wettbewerbsverhältnis als gegeben an, denn so würden sich, wenn auch nur indirekt, beide Unternehmen um dieselben Abnehmerkreise bemühen.⁸²⁵

⁸²⁰ So vom RG entwickelt: RGSt 32, 27 (28 f.) – Drucktuch und vom BGH übernommen: BGH, GRUR 1986, 898 (899) – Frank der Tat; BGH, GRUR 1989, 430 – Krankentransportbestellung; BGH, GRUR 1990, 375 (376) – Steuersparmodell; sodann vom Gesetzgeber übernommen: BT-Drs. 15/1487, S. 16.

⁸²¹ BGH, GRUR 2004, 877 – Werbeblocker I; BGH, GRUR 1999, 69 (70) – Preisvergleichsliste II; BGH, GRUR 2001, 258 – Immobilienpreisangaben; BGH, GRUR 2001, 260 – Vielfachabmahner; BGH, GRUR 2002, 902 (903) – Vanity-Nummer.

⁸²² BGH, GRUR 2014, 573 (573) – Werbung für Fremdprodukte.

⁸²³ Vgl. hierzu die Übersicht bei Fezer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 44 ff.

⁸²⁴ BGH, NJW 2019, 763 – Crailsheimer Stadtblatt II.

⁸²⁵ BGH, GRUR 2012, 1053 (Rn. 12) – Marktführer Sport.

Hingegen wurde in der Rechtsprechung ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Anbieter von Damenoberbekleidung, Schuhen und Accessoires und dem Anbieter von Herrenunterwäsche sowie Herrenbademode verneint. Diese Entscheidung zeigt die Anforderungen, die an die Substituierbarkeit der betroffenen Waren gestellt werden. Dass beide Unternehmen Bekleidung angeboten haben, reichte hier zumindest nicht aus. Denn so greife der verständige Durchschnittsverbraucher nicht alternativ zu der angebotenen Damenbekleidung.⁸²⁶

b. Weiter Mitbewerberbegriff

Mit der zweiten Fallgruppe rückt der BGH von dem Erfordernis der Branchengleichheit ab. Stattdessen legt er dem konkreten Wettbewerbsverhältnis ein weites Begriffsverständnis zugrunde und lässt es genügen, wenn die Unternehmen durch eine konkrete Handlung miteinander in Wettbewerb treten.⁸²⁷ So sei es im Interesse eines wirksamen wettbewerbsrechtlichen Individualschutzes geboten, auch dann ein konkretes Wettbewerbsverhalten anzunehmen, wenn die Unternehmen weder der gleichen Branche angehören noch notwendigerweise eine Behinderung des Absatzes einer bestimmten Ware durch eine andere vorliege. Vielmehr reiche es aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stelle.⁸²⁸ Die eingangs geforderte Wechselwirkung sei bereits hierdurch erfüllt.⁸²⁹ Einschränkend sei hiervon jedoch dann nicht mehr auszugehen, sobald das konkurrierende Verhalten das Unternehmen nur „irgendwie in seinem Marktstreben betrifft“⁸³⁰.

In der Entscheidung „Statt Blumen ONKO-Kaffee“ bejahte der BGH ein Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmen, weil sich das eine Unternehmen durch den Werbeslogan „ONKO-KAFFEE können sie getrost statt Blumen verschenken“ in direkte Konkurrenz zu einem ihm ansonsten branchenfremden Unternehmen gesetzt habe.⁸³¹ Der BGH führte hierzu aus:

„Werden die Kunden [...] gezielt mit dieser Substitutionsmöglichkeit umworben, dann treten die Unternehmen insoweit konkret in den Wettbewerb um die umworbenen Kunden ein.“⁸³²

⁸²⁶ OLG Braunschweig, NJOZ 2010, 1771 (1772) – Herrenunterwäsche/Damenbekleidung.

⁸²⁷ Vgl. BGH, GRUR 2004, 877 – Werblocker; BGH, GRUR 1985, 876 – Tchibo/Rolex I; BGH, GRUR 2014, 1114 (Rn. 32) – nickelfrei

⁸²⁸ Konstitutiv BGH, GRUR 1972, 553 – Statt Blumen Onko-Kaffee; BGH, NJW 1986, 379 (379 f.) – Dimple; BGH, GRUR 2004, 877 (878 f.) – Werblocker; BGH, GRUR 2014, 1114 (Rn. 24 ff.) – Nickelfrei.

⁸²⁹ BGH, GRUR 2014, 1114 (Rn. 32) – nickelfrei; BGH, GRUR 2015, 1129 (Rn. 19) – Hotelbewertungsportal; BGH, GRUR 2016, 1193 (Rn. 15) – Ansprechpartner; kritisch: Köhler, WRP 2009, 499 (504).

⁸³⁰ BGH, GRUR 2017, 918 (Rn. 16) – Wettbewerbsbezug; BGH, GRUR 2014, 1114 (Rn. 32) – nickelfrei.

⁸³¹ BGH, GRUR 1972, 553 – Statt Blumen Onko-Kaffee.

⁸³² BGH, GRUR 1972, 553 (553) – Statt Blumen Onko-Kaffee.

Ebenso entschied der BGH bei der Nutzung eines Rolls-Royce Bildnisses durch eine Werbeagentur zur Werbung für den Whiskey Jim Beam.⁸³³ In dieser Werbeanzeige war ein Rolls-Royce mit seiner typischen Kühlerfigur – der „Flying Lady“ abgebildet. Nach Ansicht des BGH, habe die Werbeagentur durch Verwendung dieses Bildnisses den Ruf von Rolls-Royce ausgenutzt und sich so in ein Wettbewerbsverhältnis zu dem Wagenhersteller gesetzt.

Der BGH nahm auch zwischen dem Betreiber eines Hotels und dem Anbieter eines Online-Reisebüros, das mit einem Hotelbewertungsportal verknüpft ist, ein Mitbewerberverhältnis an.⁸³⁴ Auf diesem Bewertungsportal wurden Tatsachenbehauptungen über das Hotel aufgestellt. So hieß es dort in einer Rezension, dass es Bettwanzen in dem Hotel gebe. Durch das Bereithalten dieser Bewertung setze sich das Online-Reisebüro in Wettbewerb zu dem Hotel. Der BGH führt zunächst aus, dass die Parteien zwar nicht versuchen würden, gleichartige Dienstleistungen abzusetzen. Durch die Förderung des Absatzes der Dienstleistungen des Online-Reisebüros werde jedoch der Wettbewerb des Hotels beeinträchtigt. Durch das Vorhalten von Bewertungen auf ihrem Hotelbewertungsportal versuche das Reisebüro, die Attraktivität ihres Online-Reisebüros zu erhöhen. Dagegen sei die Anzeige einer negativen Bewertung des Hotels auf dem Hotelbewertungsportal geeignet, den Absatz der Beherbergungsdienstleistung zu beeinträchtigen.

c) Reichweite des Mitbewerberbegriffes in der Literatur

In der Literatur gibt es kritische Stimmen, die das vom BGH herangezogene Kriterium der „Wechselwirkung“ als wenig geeignet ansehen, um eine Eingrenzung des Mitbewerberbegriffes zu ermöglichen. Die ständige Rechtsprechung des BGH ist daher unter Rückgriff auf Ansichten in der Literatur und allgemeinen Regeln kritisch zu hinterfragen.

Köhler stimmt dem BGH insoweit zu, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zu bejahen sei, auch wenn die beteiligten Unternehmen nicht auf demselben Markt tätig seien, da sie unterschiedliche Produkte anbieten würden, die Wettbewerbsmaßnahme jedoch den Absatz des anderen Unternehmens beeinträchtigen könnte.⁸³⁵ Er kritisiert jedoch die vom BGH als Abgrenzungskriterium gewählte Wechselwirkungslehre. Diese sei wenig geeignet, zu verhindern, dass jede beliebige oder zufällige nachteilige Auswirkung einer Wettbewerbsmaßnahme auf Dritte gleichzeitig als konkretes Wettbewerbsverhältnis verstanden werden müsse.⁸³⁶ Er führt

⁸³³ BGH, GRUR 1983, 247 – Rolls-Royce.

⁸³⁴ BGH, GRUR 2015, 1129 – Hotelbewertungsportal.

⁸³⁵ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2 Rn. 109 f.

⁸³⁶ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2 Rn. 109a.

beispielhaft an, dass sich die Unvollständigkeit der Wechselwirkungslehre bei der BGH-Entscheidung Tchibo/Rolex⁸³⁷ zeige. Nach den gerichtlichen Feststellungen vertrieb Tchibo Uhren, welche optisch denen von Rolex ähnelten. Hier wurde zwischen dem Uhrenhersteller Rolex und der Kaffee-Großrösterei Tchibo ein Wettbewerbsverhältnis bejaht. Köhler meint, dass hier keine Wechselwirkung bestehe. Denn so mag eine Werbung für Billigimitationen von Rolex-Uhren den Absatz der Original-Rolex-Uhren beeinträchtigen, eine Werbung für Original-Rolex-Uhren vermöge aber nicht den Absatz von Billigimitationen zu beeinträchtigen.⁸³⁸

Problematisch an Köhlers Beispiel ist, dass der BGH nie explizit in seinen Entscheidungsgründen dargelegt hat, aus welchen Gründen er ein konkretes Wettbewerbsverhältnis angenommen hat. Der BGH führte lediglich aus, dass Tchibo sich an den Prestigewert und guten Ruf eines fremden Erzeugnisses anähne, um den Verkauf der eigenen billigen Nachahmung zu fördern. Die von beiden Unternehmen angesprochenen Kundenkreise seien jedenfalls bereits aufgrund der unterschiedlichen Preise verschieden, so der BGH weiter.

Folglich ist davon auszugehen, dass der BGH hier den weiten Mitbewerberbegriff anwendete. Anders als Köhler meint, ist dies auch unproblematisch mit der Wechselwirkungslehre vereinbar. Der BGH versteht unter der Wechselwirkungslehre, wie eben gezeigt, dass die Handlung des einen Unternehmens derart in Zusammenhang mit dem anderen Unternehmen steht, dass sich diese positiv auf das eigene und negativ auf das andere Unternehmen auswirkt. Die Wechselwirkung ist nicht so zu verstehen, dass das antagonistische Verhalten spiegelbildlich ebenfalls eine Wechselwirkung auslösen muss. So stellt es Köhler im obigen Beispiel jedoch dar.

Er geht dabei noch einen Schritt weiter und vertritt die Ansicht, dass die Wechselwirkung auch dazu führe, dass das Lauterkeitsrecht Anwendung finde, wenn hierfür jedoch überhaupt keine Notwendigkeit bestehe, da der Fall über das eigentlich subsidiäre bürgerlich-rechtliche Deliktsrecht zu lösen wäre. Exemplarisch nennt er den Fall, dass ein Getränkehersteller das Werbeplakat eines Autoherstellers überklebe. Um diese Ausweitung des Schutzbereichs des Lauterkeitsrechts zu verhindern, verlangt Köhler einen konkreten Bezug der Ware des handelnden Unternehmens zur Ware oder Dienstleistung des anderen Unternehmens. Er führt aus:

„Dieser konkrete (sachliche, funktionale) Bezug kann sich aus der Eigenart der Produkte oder aus der getroffenen Werbemaßnahme ergeben. Hinzukommen muss die Eignung der Förderung

⁸³⁷ BGH, GRUR 1985, 876 – Tchibo/Rolex I.

⁸³⁸ Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 109a.

*des eigenen Absatzes zur Beeinträchtigung des fremden Absatzes.*⁸³⁹

Umgemünzt auf den vorherigen Beispielfall würde dies bedeuten, dass dieser konkrete Bezug nicht gegeben ist, da das reine Überkleben keine Förderung des Absatzes des Getränkeherstellers zur Folge hat. Zu diesem Ergebnis kommt man jedoch auch erneut über die vom BGH vertretene Wechsellehre. Solange der Getränkehersteller keine Getränkewerbung über die Autowerbung klebt, gibt es keinen Vorteil und somit auch keine Wechselwirkung. Der von *Köhler* unternommene Versuch, die vom BGH verwendeten Fallgruppen weiter einzugrenzen, ist daher ungeeignet.

Auch andere Autoren haben sich mit dem Begriffsverständnis des BGH kritisch auseinandergesetzt. Aber auch diese Erwägungen finden ihren Abschluss in abstrakten Erwägungen, die für die vorliegende Arbeit wenige Anknüpfungspunkte bieten. *Dreyer* betont, dass nicht die Substituierbarkeit der von den Unternehmen abgesetzten Waren, sondern das Vorhandensein einer gesteigerten Nähebeziehung im Wirtschaftsverkehr zur Anwendung des horizontalen Lauterkeitsrechts notwendig sei. Aus dieser Beziehung folge bereits die Wahrscheinlichkeit, dass die Vorteile der unternehmerischen Tätigkeit des einen auf Kosten des anderen gehen würden. Entscheidend sei auf die konkrete Beeinträchtigungsmöglichkeit abzustellen.⁸⁴⁰

Keller verlangt eine wettbewerblich verdichtete Sonderbeziehung, bei der die lauterkeitsrechtlich schützenswerten Interessen eines anderen Unternehmens in irgendeiner Art fassbar negativ betroffen werden. Dies setze jedoch stets ein „Konkurrenzmoment“ im Angebots- oder Nachfragemarkt voraus.⁸⁴¹

d) Stellungnahme

a. UWG als Sonderdeliktsrecht

Der Rechtsprechung des BGH und der Literatur ist insoweit zuzustimmen, als dass sie das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb als Sonderdeliktsrecht begreifen und aus dieser Erkenntnis heraus versuchen, eine für den Einzelfall vorzunehmende Abgrenzungsmöglichkeit zu den sonstigen deliktsrechtlichen Vorschriften zu kreieren.

Die Stellung des UWG als Sonderdeliktsrecht legt den Schluss nahe, dass auch der Mitbewerberbegriff deliktsrechtlich, d.h. handlungsbezogen zu verstehen ist. In der Folge wird an die

⁸³⁹ *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 2 Rn. 109a.

⁸⁴⁰ *Dreyer*, GRUR 2008, 123 (126).

⁸⁴¹ *Keller*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 2 Rn. 133; *Keller*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, 2013, § 2 Rn. 123 ff.

konkrete Verletzungshandlung anzuknüpfen sein. Ein rein marktbezogener Mitbewerberbegriff scheidet aus.⁸⁴² Hieraus ergibt sich auch zeitgleich, dass es nicht darauf ankommen kann, ob die Unternehmen derselben Branche angehören oder derselben Wirtschaftsstufe zugehörig sind. Der vom BGH dargelegte Grundsatz der weiten Auslegung überzeugt, da nur so ein starkes Schutzniveau hinsichtlich der Interessen erreicht werden kann.⁸⁴³

Die Notwendigkeit eines solchen Schutzniveaus ergibt sich bereits aus § 1 S. 1 UWG. Demnach dient das UWG dem Schutz von Mitbewerbern, Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern. Der Wortlaut sieht gerade keine Einschränkung hinsichtlich dieser Personenkreise vor. Weiter sieht § 8 Abs. 3 Nr. 1 und § 9 UWG vor, dass neben privilegierten Institutionen nur Mitbewerber berechtigt sind, die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz geltend zu machen. Würde man nun zu hohe Anforderungen an den Mitbewerberbegriff stellen, würde der Anwendungsbereich des UWG möglicherweise unterlaufen werden, was sich erneut weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung ergibt. Gleichzeitig stellt sich aber die Frage, wie weit dieser weite Mitbewerberbegriff ausgedehnt werden kann und wo er einzugrenzen ist.

Wie oben gezeigt⁸⁴⁴, kritisiert die Literatur die Weite des vom BGH verwendeten Kriteriums der Wechselwirkung. Diese Diskussion wurde durch eine neuere Entscheidung des BGH erneut entfacht. So wandte der BGH seine entwickelte Lehre in der „Wettbewerbsbezug“-Entscheidung⁸⁴⁵ nicht mehr wie gewohnt geradlinig an.

Die Entscheidung befasst sich mit dem Wettbewerbsverhältnis zwischen einem Anbieter eines geschlossenen Immobilienfonds als Kläger und einer auf Kapitalmarktrecht spezialisierten Rechtsanwalts-gesellschaft als Beklagten. Die Rechtsanwalts-gesellschaft unterhielt eine Internet-Domain, welche den Namen des Klägers und den Zusatz „Schaden“ enthielt.⁸⁴⁶ Von der Wechselwirkungslehre ausgehend müsste hier ein Wettbewerbsverhältnis angenommen werden. Die Rechtsanwalts-gesellschaft hat sich durch das Betreiben der Domain mit dem Namen des Klägers in Verbindung mit dem Wort Schaden, welchem unstreitig eine negative Konnotation anhaftet, derart in Wettbewerb zu dem Fondsanbieter gesetzt, dass es durch die Schaltung

⁸⁴² Der europarechtliche Mitbewerberbegriff, welcher für die durch Richtlinienrecht beeinflussten Normen der vergleichenden Werbung zu berücksichtigen ist, knüpft an den Wortlaut an und sieht als Mitbewerber nur solche Unternehmen, die sich auf demselben Markt gegenüberstehen, EuGH, GRUR 2007, 511 – De Landtsheer/CIVC.

⁸⁴³ So auch *Kiersch*, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 85 ff.

⁸⁴⁴ Teil III, Kapitel 9, § 3, A. II. 2.

⁸⁴⁵ BGH, GRUR 2017, 918 – Wettbewerbsbezug.

⁸⁴⁶ Vom BGH dargestellt als „www.f.[Unternehmensname]schaden.eu“.

der Domain einen Vorteil erlangt, der gleichzeitig einen Nachteil für den Beeinträchtigten darstellt. Mit der Domain zielt die Rechtsanwalts-gesellschaft darauf ab, neue Mandanten, insbesondere solche, die durch den Fondsanbieter zu Schaden gekommen sind, zu akquirieren. Gleichzeitig wird der Fondsanbieter durch die Handlung in seinem Ruf und somit in seinen potentiellen Absatzmöglichkeiten beeinträchtigt. Denn bereits bei Eingabe der klägerischen Firma in eine Internetsuchmaschine legt es die Erfahrung nahe, dass neben der offiziellen Seite des Unternehmens auch das Internetangebot der Rechtsanwalts-gesellschaft angezeigt wird. Die Handlung erstreckt sich daher nicht nur auf geschädigte Anleger, sondern auch auf bisher noch bei dem Anbieter investierte und zukünftig potentielle Neuanleger.

Der BGH verneint hier jedoch ein Mitbewerberverhältnis. Er führt aus, dass die von den Parteien angebotenen Waren und Dienstleistungen vollständig ungleichartig seien. Das Angebot der anwaltlichen Beratung durch die Rechtsanwalts-gesellschaft sei nicht durch das Angebot von Fonds durch den Kläger ersetzbar. Weiter führt der BGH aus, dass eine Wechselwirkung nur dann gegeben sein könnte, „wenn die von den Parteien angebotenen Waren oder Dienstleistungen einen wettbewerblichen Bezug zueinander aufweisen“ würden.⁸⁴⁷

Hiermit rückt der BGH hin in die Richtung eines marktbezogenen und ab von dem handlungsbezogenen Mitbewerberbegriff, bei dem es gerade nicht erforderlich war, dass eine Branchengleichheit besteht, sondern der Wettbewerb nur durch die konkret beanstandete Handlung ad hoc entsteht.

Den wettbewerblichen Bezug, den der Senat hier nicht zu sehen vermag, hat er in gleich gelagerten Konstellationen zuvor stets konstruiert. So auch in den oben bereits dargestellten Sachverhalten. In seiner Rolls-Royce-Entscheidung genügte bereits die Verwendung des Abbilds eines Wagens des Unternehmens durch den Getränkehersteller Jim Beam für die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses.⁸⁴⁸ Auch diese Unternehmen bieten vollständig ungleichartige Waren an. In der Hotelbewertungsportal-Entscheidung⁸⁴⁹ sah der BGH es als ausreichend an, dass ein Reisebüro, welches ein Hotelbewertungsportal betreibt, dort eine negative Kundenrezension eines Hotelbesuchers vorhielt. Eine Warenähnlichkeit ist hier ebenfalls nicht ersichtlich.

Wie eingangs gezeigt, verhält es sich bei der „Wettbewerbsbezug“-Entscheidung nicht anders. Die als Werbung anzusehende Domain soll die Attraktivität des Dienstleistungsangebots der

⁸⁴⁷ BGH, GRUR 2017, 918 (918) – Wettbewerbsbezug.

⁸⁴⁸ BGH, GRUR 1983, 247 – Rolls-Royce.

⁸⁴⁹ BGH, GRUR 2015, 1129 – Hotelbewertungsportal.

Rechtsanwaltsgesellschaft erhöhen. Gleichzeitig ist sie allerdings geeignet, den Absatz des Fondsanbieters zu beeinträchtigen.

Der Senat erklärt den Grund für die Abkehr von seinem ansonsten sehr weit ausgelegten Mitbewerberbegriff wie folgt: So sei eine ungebührliche Ausweitung der wettbewerbsrechtlichen Anspruchsberechtigung von Unternehmen gegenüber Rechtsanwälten zu befürchten, wenn das Unternehmen stets als Wettbewerber des Rechtsanwalts anzusehen wäre, wenn die anwaltliche Tätigkeit – etwa durch die Beratung oder Prozessführung für einen Kunden – sich für das Unternehmen geschäftlich nachteilig auswirken könne.⁸⁵⁰

Diese Begründung kann allerdings nicht überzeugen. Denn so geht es vorliegend doch nicht um die Rechtsberatung per se, sondern die Nennung eines fremden Unternehmens im Zusammenhang mit dem negativ besetzten Wort „Schaden“ und der daraus resultierenden Rufschädigung. Zudem ist nicht ersichtlich, wieso Rechtsanwälte als besonders schutzwürdig zu behandeln seien, da gerade diese das erforderliche Geschäfts- und Rechtswissen besitzen sollten, in rechtlich zulässiger Weise zu handeln. Die Entscheidung zeigt allerdings, dass auch der BGH sich der Korrekturbedürftigkeit des Mitbewerberbegriffs bewusst ist. Allerdings sind solche auf Einzelfälle beschränkte Erwägungen wenig hilfreich. Stattdessen führen diese dazu, dass hinterfragt werden muss, in welchen Fallgestaltungen ebenfalls zum vermeintlichen Schutz der Mitbewerberbegriff eingegrenzt werden muss.

b. Konkurrenzmoment als Mindestanforderung

Diese Arbeit sieht das erforderliche Charakteristikum zur Begriffseinschränkung des konkreten Wettbewerbsverhältnisses nicht in dem Erfordernis eines konkreten Warenbezugs oder in der gesteigerten konkreten Nähebeziehung zwischen den Beteiligten, sondern in der Existenz eines „Konkurrenzmoments“⁸⁵¹ zwischen den Parteien. Dieses dem Wettbewerb innewohnende Konkurrenzmoment liegt erst dann nicht mehr vor, wenn die Handlung des Unternehmens nur „irgendwie in seinem Marktstreben betrifft“⁸⁵². Indem der Gesetzgeber ein „konkretes“ Wettbewerbsverhältnis in Abgrenzung zu dem historisch⁸⁵³ ebenfalls lauterkeitsrechtlich relevanten abstrakten Wettbewerbsverhältnis einführt, bestätigt er dies.⁸⁵⁴ Denn so dient das Erfordernis

⁸⁵⁰ BGH, GRUR 2017, 918 (Rn. 20) – Wettbewerbsbezug.

⁸⁵¹ Das Konkurrenzmoment wurde erstmals so vom BGH erwähnt: BGH, GRUR 2014, 573 (Rn. 21) – Werbung für Fremdprodukte.

⁸⁵² Bereits als Mindestanforderung verlangt: BGH, GRUR 2014, 573 (Rn. 21) – Werbung für Fremdprodukte; BGH, GRUR 2014, 1114 (Rn. 32) – nickelfrei.

⁸⁵³ Vgl. hierzu *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG § 2 Rn. 67; BT-Drs. 15/1487, S 22.

⁸⁵⁴ *Keller*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 2 Rn. 133; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza, UWG § 2 Rn. 67; a. A. *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 2 Rn. 96: Das Merkmal „konkret“ mache deutlich, dass bei der Feststellung eines Wettbewerbsverhältnisses an die konkrete geschäftliche Handlung anzuknüpfen sei.

eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses gerade auch dem Ausschluss von Popularklagen, indem eine gewisse Eigenbetroffenheit, die in dem Merkmal „konkret“ zutage tritt, vorausgesetzt wird und eine abstrakte, potentielle Betroffenheit nicht genügt.⁸⁵⁵ Diese Eigenbetroffenheit liegt zumindest dann nicht mehr vor, wenn die Unternehmen nur um die Kaufkraft der Kunden konkurrieren. Die Kaufentscheidung des Kunden hat mit dem internen Wettbewerbsgeschehen, welches durch die marktbezogene Nachfrage und das marktbezogene Angebot bestimmt wird, nicht unmittelbar etwas zu tun. Es handelt sich dabei lediglich um außerhalb des Wettbewerbsgeschehens liegende Entscheidungen.⁸⁵⁶

Das hier geforderte Konkurrenzmoment kann mit bestimmten Marktverhältnissen zwangsläufig einhergehen. Es kann aber auch erst durch bestimmte Handlungen entstehen. Vorausgesetzt ist jedoch stets, die von der Wechselwirkungslehre ausgedrückte Gegenläufigkeit des Vorteils des Handelnden zum Nachteil des anderen, da sich nur dann die Stellung des UWG als Sonderdeliktsrecht widerspiegeln kann. Ausgehend hiervon ist ein Konkurrenzmoment somit zu bejahen, wenn zwei Unternehmen mit gleichartigen Produkten sich an denselben Kundenkreis wenden, aber auch dann, sobald sich zwei branchenverschiedene Unternehmen mit unterschiedlichen Produkten an denselben sachlich, örtlichen Adressatenkreis richten. Das Wettbewerbsverhältnis entsteht daher nicht notwendig unmittelbar durch die Substituierbarkeit des abgesetzten Produkts, sondern durch die starke kausale Korrelation zwischen Vor- und Nachteil hinsichtlich des potentiellen Kundenkreises.

Es überzeugt nicht, wenn versucht wird, das Wettbewerbsverhältnis an strengere Kriterien wie einem konkreten Warenbezug festzumachen.⁸⁵⁷ Nicht nur ist der lauterkeitsrechtliche Individualschutz stets hinreichend zu berücksichtigen und nicht durch zu hohe Eingangsansforderungen zu unterlaufen. Sondern es ist auch zu beachten, dass die Bejahung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses nicht mit der Unterlauterkeit des zu beurteilenden Verhaltens einhergeht, sodass von vornherein kein Erfordernis besteht, den Mitbewerberbegriff übermäßig einzuschränken.

e) Mitbewerberbegriff im Anwendungsbereich des § 4 UWG

Dass der Mitbewerberbegriff sowohl für die Schutzzweckbestimmung, für die Klagebefugnis als auch für etwaige unlauterkeitsbegründende Tatbestände Anwendung findet, hat die Literatur

⁸⁵⁵ Bähr, in MüKoLauterkeitsrecht, UWG, § 2 Rn. 237.

⁸⁵⁶ Bähr, in MüKoLauterkeitsrecht, UWG, § 2 Rn. 233.

⁸⁵⁷ Kiersch, Die lauterkeitsrechtliche Bewertung von Adblockern, S. 86 f.

zum Anlass genommen, mittels Auslegung die vom Wortlaut her einheitliche Definition für die verschiedenen Anwendungsbereiche unterschiedlich auszulegen.⁸⁵⁸

Dies ist nach Ansicht dieser Arbeit jedoch nur dann geboten, wenn es um Vorschriften geht, die auf europäischem Sekundärrecht beruhen. Die autonom durch den deutschen Gesetzgeber eingeführten Vorschriften fallen unter den deutschen Mitbewerberbegriff, welcher oben behandelt wurde.

Der europarechtliche Mitbewerberbegriff ist geprägt durch die UGP-Richtlinie und die Rechtsprechung des EuGHs. Er sieht anders als die deutschen Gerichte nur solche Unternehmen als Mitbewerber an, die sich auf demselben Markt gegenüberstehen.⁸⁵⁹ Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, dass sich die UGP-Richtlinie auf Verbraucherschützende Lauterkeitsvorschriften beschränkt. § 4 UWG ist, als den Mitbewerberschutz betreffend, von vornherein nicht in den Augen des europäischen Rechts zu sehen.

f) Mitbewerberstellung zwischen den Akteuren der Werblockierung

Nachdem der Meinungsstand zum Mitbewerberverhältnis dargestellt und hierzu Stellung genommen wurde, ist das oben Erarbeitete auf die unterschiedlichen Werblocker-Konstellationen zu übertragen. Auch hier ist zwischen der vollständigen und differenzierenden Werblockierung zu unterscheiden.

a. Vollständige Werblockierung

Ein Mitbewerberverhältnis besteht sowohl nach der Wechselwirkungslehre des BGH als auch nach oben vertretener Ansicht zwischen dem Anbieter eines vollständigen Werblockers und dem werbefinanzierten Medienunternehmen.

In seiner ersten Werblocker-Entscheidung entschied der BGH, dass zwischen einem privaten Fernsehsender und dem Anbieter eines vollständigen Werblockers ein Wettbewerbsverhältnis bestehe.⁸⁶⁰ Er stellte richtigerweise fest, dass der Medienanbieter auf zwei Märkten tätig ist. Dies gilt grundsätzlich auch für die Werblockierung im Internet. Der erste Markt ist in dem Angebot von Sendeplätzen bzw. Werbeplätzen für die Übermittlung von Werbung zu sehen, während der zweite Markt sich aus dem unentgeltlichen Angebot des redaktionellen Programms an die Konsumenten zusammensetzt.

⁸⁵⁸ So Köhler, GRUR 2019, 123; Köhler, WRP 2009, 499; Fezer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, § 2 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 15

⁸⁵⁹ EuGH, GRUR 2007, 511 – De Landtsheer/CIVC.

⁸⁶⁰ BGH, GRUR 2004, 877 (878) – Werblocker I; zustimmend: Ladeur, GRUR 2005, 559 (560); Fritzsche, LMK 2004, 192 (193); Funk/Zeifang, MMR 2004, 662 (665); Ernst, ZUM 2004, 751 (755).

Ein Wettbewerbsverhältnis auf erstgenanntem Markt ist nicht ersichtlich. Es herrscht weder ein Substitutions- noch ein Behinderungswettbewerb durch die vollständige Werbeblockierung. Allerdings tritt der Werbeblocker-Anbieter auf dem zweitgenannten Markt mit dem Medienunternehmen in Wettbewerb. Der Anbieter eines vollständigen Werbeblockers richtet sich mit seinem Angebot ebenso wie das Medienunternehmen - wenn auch mit umgekehrter Zielrichtung - an den Medienkonsumenten.⁸⁶¹ So versucht das Medienunternehmen, mit seinem redaktionellen Programm so viele Zuschauer wie möglich zu erreichen, um auf diese Weise gleichzeitig ein großes Publikum für die geschaltete Werbung den Werbenden anbieten zu können. Ein Anbieter eines vollständigen Werbeblockers möchte genau diesem Publikum die Möglichkeit geben, jene geschaltete Werbung herauszufiltern. Die Nutzung eines vollständigen Werbeblockers führt daher zwangsläufig dazu, dass die Werbeeinnahmen aufgrund der geringeren Anzahl an Werbepublikum sinkt und somit ein Nachteil entsteht.⁸⁶² Demnach besteht auch die nach hier vertretenem Ansatz erforderliche kausale Korrelation zwischen Vor- und Nachteil hinsichtlich des potentiellen Kundenkreises und somit ein Konkurrenzmoment.

Der Nachteil ist dabei auch notwendig von der objektiven Zielrichtung mitumfasst und nicht nur eine Nebenfolge des Handelns, denn der Vertrieb von Werbeblockern hat gerade zum Zweck, ein Werkzeug zum Schutz gegen die Werbeschaltung anzubieten.

Es überzeugt daher nicht, wenn Stimmen die Ansicht vertreten, ein Mitbewerberverhältnis müsse mangels Absatzes innerhalb desselben Endverbraucherkreises verneint werden, da die Blockade von Werbung, anders als die Schaltung jener, nicht auf die Erzielung von Aufmerksamkeit gerichtet sei, sondern lediglich der Verhinderung von Werbung dienen solle.⁸⁶³ Diese Ansicht verkennt, dass es doch gerade nicht um den Substitutionswettbewerb an der „Ware“ „Aufmerksamkeit“ geht, sondern um die wettbewerblichen Auswirkungen, welche aus der Identität des durch die Parteien angesprochenen Kundenkreises erwachsen. Stellt man auf letzteres ab, besteht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien.

⁸⁶¹ BGH, GRUR 2004, 877 (878) – Werbeblocker I.

⁸⁶² BGH, GRUR 2004, 877 (878) – Werbeblocker I; *Hoeren*, K&R 2013, 757 (758); *Gomille*, GRUR 2017, 241 (246); *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (339); *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (246 f.); *Kiersch*, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 92 ff.

⁸⁶³ So aber *Nink*, CR 2018, 103 (106).

b. Differenzierende Werbeblockierung

In seiner zweiten Werbeblocker-Entscheidung bejahte der BGH auch zwischen dem Anbieter eines differenzierenden Werbeblockers und einem Medienunternehmen ein Mitbewerberverhältnis. Auch hier sah er die wettbewerbliche Wechselwirkung durch das Angebot beider Parteien an dieselben Nutzer redaktioneller Gratisangebote als gegeben an.⁸⁶⁴

Er erkennt dabei die der differenzierenden Werbeblockierung anhaftende Sonderstellung zwischen den Parteien. Denn das Angebot eines differenzierenden Werbeblockers wendet sich an zwei Märkte. Die vollständige Werbeblockierung richtet sich als Angebot an die Internetnutzer. Die Möglichkeit, diese Blockierung durch das Vorhalten einer Whitelist aufzuheben, stellt jedoch ein Angebot an die Medienunternehmen als Nachfrager dar.⁸⁶⁵ Anders als das OLG Köln dies konstruiert, befinden sich die Parteien nicht „in einem direkten Wettbewerb um Zahlungen der werbewilligen Unternehmen“⁸⁶⁶. Die Whitelisting-Vereinbarungen werden grundsätzlich nicht mit den Werbekunden, sondern mit den Werbungschaltenden geschlossen. Dies sind die Medienunternehmen und nicht deren Werbekunden.⁸⁶⁷

Dies ist ohnehin für die Beurteilung irrelevant.⁸⁶⁸ Denn nach dem Ergebnis oben angestellter Überlegungen hinsichtlich der geschäftlichen Handlung⁸⁶⁹ ist Grundlage der Beurteilung des Vorliegens eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses stets die im Einzelfall konkret beanstandete geschäftliche Handlung.⁸⁷⁰ So vertritt diese Arbeit die Ansicht, dass eine getrennte Bewertung der einzelnen Handlungen gekünstelt und nicht geboten ist, da die Whitelist, wie oben dargestellt, die Blacklist bedingt. Somit ist das Angebot der Werbeblockierung an Internetnutzer und das Angebot der Werbefreischaltung an die werbenden Medienunternehmen als einheitliches Geschäftsmodell und damit auch als einheitliche geschäftliche Handlung gegenüber den Medienunternehmen zu verstehen und rechtlich zu bewerten.⁸⁷¹

⁸⁶⁴ BGH, GRUR 2018, 1251 – Werbeblocker II; ebenfalls bejahend: OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 32 f.); OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 99 ff.; LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 17); LG Frankfurt, BeckRS 2016, 02121; LG Berlin, BeckRS 2016, 082023; LG München I, MMR 2016, 406 (407 f.); LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 39 ff., juris.

⁸⁶⁵ Vgl. LG München, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 177 ff.); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 145 ff.); Köhler, WRP 2014, 1017 (1020 f.).

⁸⁶⁶ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 33).

⁸⁶⁷ So richtigerweise in OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 13 – Whitelisting I, juris.

⁸⁶⁸ Auch BGH, GRUR 2018, 1251 (1253) – Werbeblocker II.

⁸⁶⁹ S. Teil III, Kapitel 9, § 3, A. II. 1.

⁸⁷⁰ BGH, GRUR 2014, 573 (Rn. 22) – Werbung für Fremdprodukte; Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, § 2 Rn. 98; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG § 2 Rn. 130.

⁸⁷¹ BGH, GRUR 2018, 1251 (1253) – Werbeblocker II; Kiersch, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 98 f.; a. A. Köhler, WRP 2014, 1017 (1020 f.); Nink, CR 2017, 103 (106); Raitzel, Werbeblocker im Internet, S. 111; Pfeiffer, AfP 2016, 5 (8).

Da auch hier zunächst eine Werbeblockierung erzeugt wird, haben differenzierende Werbeblocker dasselbe Behinderungspotential wie vollständige Werbeblocker. Bereits aus der Tatsache, dass die durch das Medienunternehmen geschaltete Werbung und das Adblocker-Programm nicht gleichzeitig denselben Kunden erreichen können, lässt sich die erforderliche kausale Korrelation von Vor- und Nachteil zwischen den Beteiligten herleiten.⁸⁷² Ergänzend kommt hinzu, dass ein Nachfragemarkt geschaffen wird, der je nach Größe des Medienunternehmens durch die Leistung eines Entgelts bedient werden muss, um die Blockernutzer weiterhin zu erreichen. Zwar ermöglicht die Whitelist eine Freischaltung und somit gleichzeitig im Gegensatz zur reinen Blacklist eine Besserstellung des Medienunternehmens. Allerdings geschieht dies erst, nachdem die Werbung den Anforderungen der „akzeptablen Werbung“-Initiative genügt und eine Beteiligung an den Werbeerlösen vertraglich vereinbart wird. Der Nachteil bei kleineren Medienunternehmen, die kostenlos auf die Ausnahmeliste aufgenommen werden, beschränkt sich auf das Erfordernis, die geschaltete Werbung „akzeptabel“ zu gestalten.⁸⁷³ Dieser Nachteil stellt gleichzeitig den Vorteil des Blocker-Betreibers dar, da dieser durch einen vermehrten Absatz seines Produkts zugleich seine Freischaltangebote an die Gegenseite der Werbetreibenden richten kann.⁸⁷⁴

Stimmen, die ein Mitbewerberverhältnis auch hier ablehnen, da zwischen den Beteiligten keine „Konkurrenz um die Aufmerksamkeit der Nutzer“ bestünde, da das Angebot von differenzierenden Werbeblockern der Blockade von Werbung diene und somit folglich auf die Verhinderung von Werbung und nicht auf die Erzielung von Aufmerksamkeit für Werbung gerichtet sei⁸⁷⁵, verkennen erneut die Notwendigkeit eines weiten Mitbewerberbegriffs und damit auch letztlich den oben beschriebenen Schutzzweck des Mitbewerberverhältnisses.

⁸⁷² Im Ergebnis: BGH, GRUR 2018, 1251 (1253) – Werbeblocker II; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 32); LG München I, MMR 2016, 406 (407 f.); LG Berlin, Urt. v. 08.12.2015 – 16 O 449/15, Rn. 18; LG Stuttgart, Urt. v. 10.12.2015 – 11 O 238/15; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 39 ff.; *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 134, 174; *Heckmann* in: Heckmann, jurisPK-Internetrecht, Kap. 4.3, Rn. 270; *Kiersch*, Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, S. 94 ff.

⁸⁷³ *Nink* vermag in dem Freischaltangebot keinen Nachteil erkennen und übersieht dabei, dass auch diese mit der Beschränkung der Werbemöglichkeiten einhergeht, *Nink*, CR 2017, 103 (106).

⁸⁷⁴ *Köhler*, GRUR 2019, 123 (127 f.) verneint nach der Wechselwirkungslehre ein Mitbewerberverhältnis. Er sieht in dem Angebot eines kostenlosen differenzierenden Adblockers keinen unmittelbaren Vorteil. Er führt aus: „Dem automatisch eintretenden Nachteil der Blacklist-Funktion für die Inhalte-Anbieter steht daher kein und actu eintretender Vorteil für den Werbeblocker-Anbieter gegenüber. Einen Vorteil erlangt dieser erst, wenn er seine Whitelist-Funktion vermarkten kann. Dies setzt eine geschäftliche Entscheidung der Inhalte-Anbieter, nicht aber eine geschäftliche Entscheidung der Nutzer voraus: Sie haben aufgrund der Voreinstellung keinen Einfluss auf die Whitelist-Funktion und wissen in der Regel auch gar nicht, welche Inhalte-Anbieter in die Whitelist aufgenommen sind oder werden.“

⁸⁷⁵ LG München, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 177 ff.); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 145 ff.).

c. Zwischenergebnis

Im Ergebnis stellen sowohl die vollständige als auch die differenzierende Werbeblockierung ein auf Konkurrenz ausgelegtes Verhalten dar, das zwischen den Beteiligten ein konkretes Wettbewerbsverhältnis hervorruft. Eine Mitbewerberstellung ist bei jeglicher Werbeblockierung, die eine geschäftliche Handlung darstellt, zu bejahen.

3. Gezielte Behinderung

Soweit eine geschäftliche Handlung als auch ein Mitbewerberverhältnis zwischen Medienunternehmen und Werbeblocker-Betreibern bejaht werden können, stellt sich letztlich die Frage, inwiefern die jeweils zu untersuchende geschäftliche Handlung den Mitbewerber gezielt im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG behindert.

Im Lauterkeitsrecht versteht man unter einer Behinderung die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten des Mitbewerbers.⁸⁷⁶ Die Behinderung kann sich dabei auf alle Wettbewerbsparameter vom Absatz über Produktion bis hin zur Werbung erstrecken.⁸⁷⁷ Die Behinderung muss dabei nicht immer eintreten. Stattdessen genügt es, dass der Wettbewerbsmaßnahme die Eignung zur Behinderung innewohnt.⁸⁷⁸

Durch das Tatbestandsmerkmal des „gezielten“ Handelns betont der Gesetzgeber, dass eine Behinderung von Mitbewerbern als bloße Folge des Wettbewerbs nicht ausreicht, um den Tatbestand zu verwirklichen.⁸⁷⁹ Nicht jede Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten kann die Schwelle zur Unlauterkeit überschreiten. Denn eine gewisse Behinderung ist dem durch Konkurrenz geprägten Wettbewerb immanent. Die Schwelle der als bloße Folge des Wettbewerbs hinzunehmenden Behinderung ist daher erst dann überschritten, wenn besondere Unlauterkeit begründende Umstände vorliegen, die eine grundsätzlich zulässige Behinderung unlauter werden lassen.⁸⁸⁰

Prinzipiell liegt eine gezielte Behinderung dann vor, wenn bei objektiver Würdigung aller Umstände die Maßnahme in erster Linie nicht auf die Förderung der eigenen wettbewerblichen Entfaltung, sondern auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung eines Mitbewerbers gerichtet ist.⁸⁸¹ Die gezielte Behinderung kann dabei nach ständiger Rechtsprechung⁸⁸² in

⁸⁷⁶ BGH, GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker I; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.6.

⁸⁷⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.6; Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.6.

⁸⁷⁸ Gramsch, Individualbehinderung durch Kennzeichenrechte, S. 23 f; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.6

⁸⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 15/1487, S. 19.

⁸⁸⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.7; Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.6.

⁸⁸¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.8; Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.7.

⁸⁸² Vgl. BGH, GRUR 2007, 800 (Rn. 22) – Außendienstmitarbeiter; BGH, WRP 2014, 424 (Rn. 28) – wetteronline.de.

zwei Formen auftreten. Sie kann einerseits in Form der Verdrängungsabsicht vorliegen und andererseits in Form der unangemessenen Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers. In beiden Konstellationen entscheidet jedenfalls eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls über die Unlauterkeit unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher, der sonstigen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit.⁸⁸³

a) Verdrängungsabsicht

Bei der Verdrängungsabsicht ist stets die gezielte Behinderung der wettbewerblichen Maßnahme indiziert.⁸⁸⁴ Es wird vorausgesetzt, dass der Handelnde gezielt den Zweck verfolgt, einen Mitbewerber an seiner wettbewerblichen Entfaltung zu hindern und dadurch versucht, ihn vom Markt zu verdrängen.⁸⁸⁵ Hinzu kommen muss noch eine konkrete Marktbehinderung des Mitbewerbers oder zumindest eine Gefahr dieser.⁸⁸⁶

Die Feststellung des subjektiven Kriteriums bereitet zumeist Probleme. Allerdings kann aufgrund von objektiven Kriterien bereits auf die Verdrängungsabsicht geschlossen werden. So ist von einer solchen auszugehen, wenn die Handlung ihrer Natur oder den Umständen nach keinen anderen Zweck als den der Verdrängung oder Schwächung des Mitbewerbers haben kann, indem die Maßnahme sich rein wirtschaftlich nicht für das handelnde Unternehmen rentiert.⁸⁸⁷ Eine Verdrängungsabsicht wurde zumindest stets bei dem Angebot einer Leistung, die auf der Leistung eines Mitbewerbers aufbaut, verneint.⁸⁸⁸

b) Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten

Neben der Verdrängungsabsicht kann eine gezielte Behinderung auch dann vorliegen, wenn die Maßnahme zwar unmittelbar der Förderung des eigenen Absatzes oder Bezuges dient, hierdurch aber gleichzeitig eine unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers einhergeht. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen

⁸⁸³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.8; Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.1, 4.7; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Gezielte Behinderung Rn. 4/2.

⁸⁸⁴ Zur Frage, ob allein die Absicht als subjektives Element ausreicht, um eine Unlauterkeit zu begründen, Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Gezielte Behinderung Rn. 4/11; vgl. hier das Bsp. zur Preisunterbietung bei Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 3a Rn. 2.45, § 4 Rn. 4.9.

⁸⁸⁵ BGH, GRUR 2007, 800 (Rn. 22) – Außendienstmitarbeiter; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.9; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Gezielte Behinderung Rn. 4/9.

⁸⁸⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.9

⁸⁸⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.9; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Gezielte Behinderung Rn. 4/10 f.

⁸⁸⁸ BGH, WRP 2011, 1469 (Rn. 66) – Automobil-Onlinebörse; BGH, WRP 2014, 839 (Rn. 25) – Flugvermittlung im Internet; LG Berlin, CR 2003, 857 – Sniper-Software; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.9.

kann.⁸⁸⁹ Das Merkmal der Angemessenheit unterscheidet dabei zwischen zulässigem Leistungswettbewerb und unzulässigem Nichtleistungswettbewerb. Die Entscheidung hierüber wird innerhalb einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung der betroffenen Parteien getroffen.⁸⁹⁰

c) Fallgruppen der gezielten Mitbewerberbehinderung

Der Behinderungstatbestand lässt sich in mehrere Fallgruppen unterteilen. Unterschieden wird danach, auf welchen Unternehmensbereich des Mitbewerbers eingewirkt wird. So kann sich die Behinderung unter anderem auf den Absatz oder das Produkt des Mitbewerbers erstrecken.

a. Absatzbehinderung

Eine Absatzbehinderung kann vorliegen, wenn sowohl der Zugang des Mitbewerbers zum Markt beeinträchtigt wird als auch dessen Absatz auf diesem.⁸⁹¹ Hierunter fallen üblicherweise kundenbezogene Fälle, in denen es um das Abfangen oder Abwerben von einem Mitbewerber zuzurechnenden Kunden geht.⁸⁹² Der Kundenkreis ist jedoch kein geschütztes Rechtsgut, so dass ein unlauteres Wettbewerbsverhalten erst dann vorliegt, wenn weitere besondere Merkmale hinzukommen.⁸⁹³ Dies sind unter anderem unlautere Mittel wie die Anwendung von Gewalt oder Täuschung.⁸⁹⁴

b. Produktbezogene Behinderung

Um eine produktbezogene Absatzbehinderung handelt es sich immer dann, wenn die Maßnahme die unmittelbare Einwirkung auf die Ware eines Mitbewerbers, wie etwa die Vernichtung, das Beiseiteschaffen, die Veränderung oder die Beschädigung der Ware zur Folge hat, um deren Absatz zu erschweren oder zu vereiteln.⁸⁹⁵

⁸⁸⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.10, Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, Gezielte Behinderung Rn. 4/9.

⁸⁹⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.10; Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.7.

⁸⁹¹ Apel in FS: Hertin, S. 349 f.

⁸⁹² Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.2.4 ff.

⁸⁹³ Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.54.

⁸⁹⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm/, UWG, § 4 Rn. 4.2.4; Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.56.

⁸⁹⁵ BGH, GRUR 2004, 877 (879) – Werbeflocker I; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.4.8; Wirtz, in: Götting/Nordemann, UWG, § 4 Nr. 4 Rn. 4.66.

Die Unlauterkeit wurde in der Vergangenheit auch bei mittelbaren Einwirkungen auf Waren oder Dienstleistungen von Mitbewerbern angenommen. So wurde der Vertrieb einer Vorrichtung, die es den Kunden ermöglicht hat, durch Überwinden von Sperren kostenlos in den Genuss von Pay-TV-Programmen zu kommen, als gezielte Behinderung qualifiziert.⁸⁹⁶

c. Werbebehinderung

Eine Werbebehinderung stellt eine Kommunikationsstörung dar.⁸⁹⁷ Diese ist allerdings erst unlauter, wenn es dem Handelnden um die gezielte unmittelbare Ausschaltung fremder Werbung geht.⁸⁹⁸ Solche Handlungen können darin bestehen, Werbeplakate abzureißen, diese zu überkleben oder in der Buchung von Schlüsselwörtern bei der Suchmaschinenwerbung, um die Aufmerksamkeit, die andere Produkte erfahren, auf die eigenen umzulenken.⁸⁹⁹ Hier liegt üblicherweise der Zweck der geschäftlichen Handlung vorwiegend in der Behinderung des Mitbewerbers in seiner wettbewerblichen Entfaltung, sodass auch eine Verdrängungsabsicht häufig bejaht werden kann.⁹⁰⁰

Grundsätzlich zu verneinen ist die mittelbare Werbebehinderung, bei der eigene Wettbewerbsmaßnahmen mittelbar dazu führen, dass eine fremde Werbung nicht oder nicht mehr so wie zuvor zur Geltung kommt.⁹⁰¹

d. Boykottaufruf

Der Aufruf zum Boykott geht häufig mit einer Verdrängungsabsicht einher, wenn es den zum Boykott Aufrufenden lediglich darum geht, den Verrufenen vom Markt zu verdrängen. Ein solcher Aufruf ist als gezielte Behinderung wettbewerbsrechtlich unlauter.⁹⁰² Es genügt insoweit, dass der Aufruf objektiv geeignet ist, eine Liefer- oder Bezugssperre hervorzurufen. Die Unlauterkeit setzt jedoch eine vorherige umfassende lauterkeitsrechtliche Abwägung der Interessen aller Beteiligten voraus. Es ist insbesondere das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu berücksichtigen.⁹⁰³ Des Weiteren müssen Adressat und Verrufener

⁸⁹⁶ OLG Frankfurt, NJW 1996, 264 – Piratenkarte; weitere Beispiele: BGH, WRP 2017, 434 – World of Warcraft II; OLG Hamburg, GRUR-RR 2015, 110.

⁸⁹⁷ Pfeifer, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 4 Rn. 10, Rn. 372.

⁸⁹⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.71.

⁸⁹⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.71 ff; Pfeifer, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 4 Rn. 10, Rn. 372.

⁹⁰⁰ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.71; Pfeifer, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 4 Rn. 10, Rn. 375.

⁹⁰¹ BGH, NJW-RR 2017, 294 (Rn. 21) – Fremdcoupon; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.73.

Nichtsdestotrotz wurde auch hier in der Vergangenheit unter bestimmten Umständen eine gezielte Behinderung angenommen, vgl. OLG Brandenburg, WRP 2015, 362.

⁹⁰² Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.122.

⁹⁰³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.122.

bestimmt sein, da § 4 Nr. 4 UWG nur die Behinderung von Mitbewerbern erfasst.⁹⁰⁴ Zwar ist eine namentliche Nennung nicht vorausgesetzt, allerdings muss die Erkennbarkeit aufgrund abstrakter Merkmale möglich sein.⁹⁰⁵

d) Stimmen in der Rechtsprechung zur gezielten Behinderung

Innerhalb der Rechtsprechung finden sich sowohl Stimmen, die Werbeblocker als unlautere gezielte Behinderung rechtlich verorten, als auch Stimmen, die dies insgesamt ablehnen.

a. Verneinung der gezielten Behinderung

Der Großteil der Rechtsprechung bejaht zunächst das Vorliegen einer Behinderung des Medienunternehmens durch das Filtern der vom Medienunternehmen geschalteten Werbung.⁹⁰⁶ Es ist jedoch umstritten, inwieweit sich diese geschäftliche Handlung gezielt gegen den Mitbewerber richtet. Ein entscheidender Unterschied zur sonst üblichen Werbebehinderung sei die Tatsache, dass der Adblocker-Betreiber nicht selbst die Werbung ausblende, sondern seinen Nutzern lediglich ein Programm an die Hand gebe, welches diesen die autonome Entscheidung ermögliche, Werbung zu filtern oder durch den automatischen Umschaltvorgang zu umgehen. Der Vertrieb solcher Software stelle daher nur eine mittelbare Beeinträchtigung dar, woraus der Schluss zu ziehen sei, dass auch die Interessen der Medienkonsumenten an der Abwehr unerwünschter Werbung mit in die Abwägung einfließen müssten.⁹⁰⁷ Beispielhaft für das Vorliegen einer gezielte Behinderung in mittelbarer Weise wird das „Piratenkarte“-Urteil⁹⁰⁸ in der „Werbeblocker-I“-Entscheidung genannt. Tatbestandlich ging es um das Anbieten sogenannter „Piratenkarten“, die es ermöglichen, Pay-TV-Programme, für deren Entschlüsselung sonst die von den Pay-TV-Anbietern mitverkauften Decoder-Karten benötigt werden, decodiert zu empfangen. Diese Dienstleistung stelle einen „unberechtigten kostenlosen Zugang zu einer entgeltlich angebotenen Leistung“ dar und somit auch eine wettbewerbsrechtlich unlautere Handlung. Einen solchen Fall sah der BGH bei der streitgegenständlichen Werbeblockierung jedoch als nicht einschlägig an, obwohl seitens der Medienunternehmen auch damals schon vorgebracht wurde,

⁹⁰⁴ Pfeifer, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 4 Nr. 10, Rn. 134; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 4 Rn. 4/89.

⁹⁰⁵ Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 4 Rn. 4/89.

⁹⁰⁶ BGH, GRUR 2018, 1251 (1254) – Werbeblocker II; BGH, GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker I; LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 26 f.); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 154 f.); LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 185 f.); LG Frankfurt a. M., BeckRS 2016, 02121.

⁹⁰⁷ Vgl. BGH, GRUR 2018, 1251 (1254) – Werbeblocker II; BGH, GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker I; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 44); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (219); LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 199); LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 38).

⁹⁰⁸ OLG Frankfurt a.M., NJW 1996, 264 – Piratenkarte.

dass es sich bei den über das Fernsehen angebotenen Inhalten nicht um kostenlose Inhalte handle, da diese nur im Austausch mit der Rezeption von Werbung angeboten werden könnten.⁹⁰⁹

Eine gezielte Behinderung in Form der Verdrängungsabsicht wird in der Rechtsprechung ebenfalls überwiegend verneint. Bei einer objektiven Würdigung aller Umstände sei die geschäftliche Handlung in erster Linie auf die Förderung der eigenen wettbewerblichen Entfaltung und nicht vorwiegend auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers gerichtet.⁹¹⁰ Die Betreiber der Werbeblocker-Software würden gerade auf der Existenz und Funktionsfähigkeit der werbefinanzierten Inhalte aufbauen, denn gäbe es keine werbefinanzierten Medien, so bestünde eben auch kein Bedarf nach Werbeblockern.⁹¹¹

In den Werbeblocker-Entscheidungen vergleicht der BGH die Blockierung von Fernseh- und Internetwerbung mit der Fallgruppe der Werbebehinderung. So könne im Einzelfall zwar die Beschädigung, Zerstörung, Beseitigung oder Verdeckung von Werbung durchaus eine unlautere Behinderung darstellen. Allerdings verhalte es sich bei medialer Werbung insoweit anders, da der Werbeblocker der Beklagten nur bei denjenigen Konsumenten zum Einsatz komme, die sich bewusst dafür entschieden haben, keine Werbung sehen zu wollen. Eine unmittelbare Einwirkung durch den Mitbewerber liege daher bereits nicht vor.⁹¹²

Das Landgericht Stuttgart meint, dass die Erwartungshaltung des Medienunternehmens, beim Aufruf seiner Seite werde auch die umgebene Werbung stets angezeigt, nicht schutzwürdig sei, solange er sich nicht mittels technischen Sperrmöglichkeiten gegen das Herausfiltern wehre.⁹¹³

Auch eine gezielte Behinderung in Form eines Boykottaufrufs müsse nach Ansicht von Teilen der Rechtsprechung ausscheiden. Der Aufruf sei nicht bestimmt genug, wenn es um die Bestimmung des Boykottierten geht. Die Easylist und Easylist Germany, die zusammen mehr als 1.700.000 Zeichen umfassen würden, hätten in ausgedruckter Form einen Umfang von rund

⁹⁰⁹ BGH, GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker I; der BGH wird eine entsprechende Anwendung der im „Piratenkarten-Urteil“ gemachten Ausführungen auf die „Werbeblocker-I-Entscheidung“ unterlassen haben, da die Fernsehfee nicht die Umgehung von verschlüsselten entgeltpflichtigen Pay-TV-Programmen betraf.

⁹¹⁰ BGH, GRUR 2018, 1251 (1254) – Werbeblocker II; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 51); OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15, Rn. 203 ff. – Whitelisting I, juris; LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 27).

⁹¹¹ LG München I, MMR 2016, 406 (408); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (156); LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 187).

⁹¹² BGH, GRUR 2018, 1251 (1254) – Werbeblocker II; BGH, GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker I.

⁹¹³ LG Stuttgart, BeckRS 2016, 08024.

900 Seiten im DIN A4 Format.⁹¹⁴ Aus dieser Menge an blockierten Domains darauf zu schließen, dass hier eine bestimmte Gruppe als Boykottierte herausgelesen werden könnte, sei lebensfremd.⁹¹⁵

Des Weiteren sei in der lauterkeitsrechtlichen Gesamtbetrachtung zu berücksichtigen, dass niemand dazu gezwungen werden könne, die Werbung oktroyiert zu bekommen. Es sei Teil der negativen Informationsfreiheit, Werbung nicht rezipieren zu müssen.⁹¹⁶ Bezüglich der Internetwerbeblockierung schütze die Pressefreiheit der Medienunternehmen lediglich das Schalten von Anzeigen, was mangels Eingriffs durch Adblocker nicht behindert werde.⁹¹⁷ Die Pressefreiheit rechtfertige es zumindest nicht, dem Konsumenten unerwünschte Werbung aufzudrängen.⁹¹⁸

Im Hinblick auf die Fernsehwerbeblockierung sei das Grundrecht der Rundfunkfreiheit, das sich durch seine Institutionsgarantie auszeichne, auf Seiten der Rundfunkveranstalter zu berücksichtigen. Es stehe jedoch gleichwertig dem Recht des Werbeblocker-Betreibers auf Berufsfreiheit gegenüber. Zudem kommt nach Ansicht der Richter hinzu, dass Fernsehwerbeblocker nur die Entscheidung des Zuschauers, keine Werbung sehen zu wollen, erleichtern würde.⁹¹⁹ Des Weiteren lasse sich aus der institutionellen Garantie des Staates für die Freiheit des Rundfunks kein Anspruch der Fernsehsender auf ungestörte geschäftliche Betätigung herleiten, sodass auch Medienunternehmen sich den Herausforderungen des Marktes stellen müssten, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von der Kraft der Innovation lebe.⁹²⁰ Diesen Herausforderungen könnten die Medienunternehmen mit einer Vielzahl von Handlungsalternativen begegnen, um werbeblockierende Konsumenten auszusperrern oder diese davon zu überzeugen, auf den Werbeblocker zu verzichten.⁹²¹

b. Bejahung der gezielten Behinderung

Auf der anderen Seite haben verschiedene Gerichte erstinstanzlich auch die Ansicht vertreten, dass sehr wohl eine gezielte Behinderung vorliege. So sei ein unlauterer Eingriff in den vom Webseitenbetreiber intendierten Seitenaufbau in technischer Weise gegeben, da redaktionelle

⁹¹⁴ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 211 – Whitelist I, juris.

⁹¹⁵ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 211 – Whitelist I, juris.

⁹¹⁶ BGH, GRUR 2018, 1251 (1255) – Werbeblocker II; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086).

⁹¹⁷ LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 32); LG München I, MMR 2016, 406 (409).

⁹¹⁸ BGH, GRUR 2018, 1251 (1255) – Werbeblocker II; OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086).

⁹¹⁹ BGH, GRUR 2004, 877 (880) – Werbeblocker I; so auch bereits OLG Frankfurt, NJW 2000, 2029 (2030).

⁹²⁰ BGH, GRUR 2004, 877 (880) – Werbeblocker I; ähnlich zur Pressefreiheit BGH, GRUR 2018, 1251 (1255) – Werbeblocker II; LG München I, MMR 2016, 406 (409); LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 34 f.).

⁹²¹ BGH, GRUR 2018, 1251 (1255) – Werbeblocker II; LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 33 f.); a. A. LG Berlin, MMR 1999, 640; *Ladeur*, GRUR 2005, 559 (562); *Apel*, in FS: Hertin, S. 349 f.

Inhalte losgelöst von der sie umgebenden Werbung angeschaut werden könnten und somit die mit der Rezeption üblicherweise verbundenen Werbeeinnahmen wegfielen.⁹²² Diese Seite der Rechtsprechung sieht das Angebot der Medienunternehmen als „Gesamtprodukt“ an, welches durch Werbefilter in unlauterer Weise aufgelöst werde.⁹²³ Jenes Gesamtprodukt stehe auch unter dem nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG besonderen Schutz der Pressefreiheit. Die objektiv-rechtliche Seite dieses Grundrechts garantiere das Institut der Freien Presse, womit die Pflicht des Staates einhergehe, Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könne.⁹²⁴ Dieser Schutzgedanke färbe auch ins Wettbewerbsrecht ab, woraus folge, dass die wirtschaftliche Betätigung der Presseunternehmen am Anzeigenmarkt besonders schutzbedürftig sei, da durch diese Einnahmen gerade die erforderliche Unabhängigkeit staatlichen Einflusses gewährleistet werde.⁹²⁵

Des Weiteren wird vertreten, dass dem Vertrieb von Werbeblockern eine Verdrängungsabsicht im Hinblick auf das werbefinanzierte Angebot der Medienunternehmen innewohne. Der Software müsse zwar zugutekommen, dass es sich vorerst lediglich um ein allgemeines Handwerkszeug für das Unterdrücken von Werbung handele. Allerdings sei das Produkt dadurch, dass sich die Software der Blacklist „EasyList“ als Referenz bediene, geradezu bestimmt, die Integrität des Geschäftsmodells zu beeinträchtigen. Die Tatsache, dass letztlich der Nutzer derjenige ist, der sich des Werbefilters bedient, sei zu vernachlässigen, da dieser das Produkt zu dem vom Anbieter selbst vorgeschlagenen Zweck benutzen würde und so sich der vom Anbieter erstrebte Erfolg verwirkliche.⁹²⁶ Im Ergebnis handele es sich bei der unmittelbaren Beeinträchtigung der Integrität des redaktionellen Angebots um kein wettbewerbseigenes Mittel, sodass eine gezielte Behinderung zu bejahen sei.⁹²⁷

Dem Anbieten von Adblockern sei jedoch die Unlauterkeit abzuerkennen, wenn es um die Filterung von Werbung von Anbietern gehe, die keine „hochwertigen“ Pressegüter der Öffentlichkeit kostenlos zur Verfügung stellen würden, da diese nicht denselben Schutzanspruch innerhalb der Interessenabwägung beanspruchen könnten.⁹²⁸

⁹²² LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 43 f., juris; LG Berlin, BeckRS 2016, 08023; LG Frankfurt a. M., BeckRS 2016, 02121.

⁹²³ LG Frankfurt a. M., BeckRS 2016, 02121.

⁹²⁴ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49, juris.

⁹²⁵ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49, juris.

⁹²⁶ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 56, juris.

⁹²⁷ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 46, juris.

⁹²⁸ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 54, juris.

e) Stimmen in der Literatur zur gezielten Behinderung

a. Verneinung der gezielten Behinderung

Bei der vollständigen und differenzierenden Werbeblockierung verneint die überwiegende Ansicht das Vorliegen einer individuellen gezielten Behinderung in Form der Absatz-, Produkt- und Werbebehinderung.⁹²⁹

Eine Verdrängungsabsicht liegt nach mehrheitlicher Ansicht nicht vor. Das alleinige Einwirken auf Werbeumsätze der medialen Werbeplattformen reiche nicht aus, um eine Verdrängungsabsicht zu begründen, da umsatzverringende Konkurrenzangebote dem Wettbewerb immanent seien. Zudem würden Adblocker gerade die Existenz von werbefinanzierten Medien voraussetzen, da die Werbeblockierung ansonsten überflüssig sei.⁹³⁰ Die Verdrängung eines Mitbewerbers sei daher nicht gegenständlich. Es gehe vielmehr um „die Erhöhung des Nutzerkomforts“ von Blocker-Nutzern. Dies wird sowohl für vollständige- als auch differenzierende Werbeblocker vertreten.⁹³¹

Eine kundenbezogene Absatzbehinderung liege beim Vertrieb von Werbeblocker-Programmen nicht vor. Die Internetnutzer würden weder vor dem Besuch der Internetseite abgefangen noch abgeworben werden.⁹³² Auch eine produktbezogene Behinderung müsse ausscheiden, da es insoweit der Nutzer ist, der sich hier eines Hilfsprogramms innerhalb seiner Sphäre bediene, um einzelne Elemente auf seinem Endgerät nicht angezeigt zu bekommen. Es liege hier bereits kein technischer Eingriff vor.⁹³³ Medienunternehmen würden außerdem trotz der Existenz von Adblockern weiterhin ihre Produkte am Markt in angemessener Weise zur Geltung bringen können. So bestünde stets die Möglichkeit, sich gegen Adblock-Nutzer zu wehren, indem Zugriffsschranken installiert werden, die es verhindern, dass Nutzer mit aktiviertem Adblocker die redaktionellen Inhalte ansteuern können.⁹³⁴ Darüber hinaus biete die Whitelist von differenzierenden Blockern vielmehr eine Möglichkeit, die Inhalte mittels Werbung weiterhin zu kommerzialisieren, sodass von keiner Behinderung, sondern vielmehr einer „wirtschaftlichen Besserstellung“ gesprochen werden könne.⁹³⁵

⁹²⁹ Vgl. *Hoeren*, K&R 2013, 757 (757 ff.); *Nink*, CR 2017, 103 (106 f.); *Fritzsche*, WRP 2016, 1036 (1036).

⁹³⁰ *Köhler*, WRP 2014, 1017 (1021); *Nink*, CR 2017, 103 (106 f.); *Pfeifer*, AfP 2016, 5 (9).

⁹³¹ Vgl. *Köhler*, WRP 2014, 1017 (1021 f.); *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (247); auch *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 178 ff.

⁹³² *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 182 ff.

⁹³³ *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 191 ff., 210.

⁹³⁴ *Köhler*, WRP 2014, 1017 (1021 f.); *Gomille*, GRUR 2017, 241 (247); vgl. hierzu bereits *Köhler*, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 163.

⁹³⁵ *Köhler*, WRP 2014, 1017 (1021 f.).

Ebenfalls sei eine unlautere Werbebehinderung nicht einschlägig. Zwar liege eine Behinderung vor, aber anders als üblich schalte der Mitbewerber nicht selbst die Werbung aus, sondern der Nutzer des Adblockers. Der Nutzer entscheide selbständig, ob er das angebotene Produkt zur Blockierung von Werbung benutze. Ihm sei des Weiteren die Entscheidungsmacht zuzustehen, zu bestimmen, welche Inhalte auf seinen Computer geladen und in seinem Browser bzw. auf seinem Fernseher angezeigt werden.⁹³⁶ Die Adblocker-Software sei schlichthin ein „Kontrollinstrument“⁹³⁷, welches den Nutzer dabei unterstütze, seine verfassungsrechtlich geschützte negative Informationsfreiheit auszuüben. Diese Freiheit umfasse dabei auch das Recht, Inhalte nicht rezipieren zu müssen, indem gerade vor einer zwanghaften Rezeptionswirkung geschützt werden soll. Dies erlange auch Ausdruck in § 7 UWG als Schutzanspruch vor unzumutbaren Belästigungen.⁹³⁸

b. Bejahung der gezielten Behinderung

Stimmen, die sich gegen diese rechtliche Bewertung aussprechen, betonen, dass eine Behinderungsabsicht sehr wohl beim Betreiber von Internet-Adblockern vorliegen könne. Gerade bei Adblockern mit Whitelist sei es das Ziel der Betreiber, die Schwächung der Markstellung des werbetreibenden Unternehmens zu erreichen, um ihn so zum entgeltlichen Freikaufen seiner Werbung zu bewegen.⁹³⁹ Zudem sei auch ein Eingriff mit der Qualität einer Substanzbeeinträchtigung gegeben. Das Blockieren beziehungsweise Nichtabrufen von Quellcodebestandteilen, die zur Anzeige von Werbung erforderlich sind, stelle eine unmittelbare Veränderung dar, durch welche die Internetseite beschädigt werde.⁹⁴⁰ Des Weiteren sei bei der Beurteilung zu beachten, dass durch die Filterprogramme zwar keine technische Schutzmaßnahme des Seitenanbieters umgangen werden würde, hier jedoch eine mittelbare produktbezogene Behinderung anzunehmen sei, da die Internetseiten auch ohne Schutzmaßnahme als „verwobene Einheit“ konzipiert seien, die sich aus redaktionellen Informationen und Werbeanzeigen zusammensetzen würden.⁹⁴¹ Auch das Argument, dass es möglich wäre, Adblock-Nutzer vom Besuch der werbefinanzierten Internetseite auszuschließen, ändere an dieser Beurteilung nichts. Es müsse vielmehr eine differenzierte Bewertung erfolgen. So sei es zwar möglich, solche Besucher auszuschließen, allerdings gehe hiermit zugleich ein Abfall der Zugriffszahlen einher, die neben

⁹³⁶ Hoeren, K&R 2013, 757 (760); zur Fernsehwerbeblockierung: Fritzsche, LMK 2004, 192 (193); a. A. Funk/Zeifang, MMR 2004, 662 (666).

⁹³⁷ Hoeren, K&R 2013, 757 (760).

⁹³⁸ Vgl. Gomille, GRUR 2017, 241 (245, 247); Fritzsche, WRP 2016, 1036 (1036); Hoeren, K&R 2013, 757 (760); Köhler, WRP 2014, 1017 (1018); Fritzsche, LMK 2004, 192.

⁹³⁹ Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (339).

⁹⁴⁰ Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (339), dies sei vergleichbar mit DoS-Attacken.

⁹⁴¹ Raithel, Werbeblocker im Internet, S. 148.

Geld und personenbezogenen Daten zu den drei wichtigsten Währungen des Internets zählen würden.⁹⁴² Folglich sei die gezielte Ausschaltung fremder Dritt- und Eigenwerbung regelmäßig als unlauter zu bewerten.⁹⁴³ Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, dass den Anbietern von redaktionellen Inhalten gerade keine Handlungsmöglichkeit zur Verfügung stehe, welche genauso effizient wie das werbefinanzierte Geschäftsmodell sei.⁹⁴⁴

Auch der Gesichtspunkt der Umgehung von Finanzierungsmodalitäten wird als relevant eingestuft. Zwar würden werbefinanzierte Medienplattformen kein Entgelt in Form einer Geldleistung erheben, die Nutzer könnten den Zugang jedoch dadurch erlangen, dass sie sich damit einverstanden erklärten, Werbung angezeigt zu bekommen. Indem jedoch die Webseiteninhalte ohne Werbebanner aufgerufen werden, verschaffe sich der Einzelne einen freien Zugang zu diesen.⁹⁴⁵ Dies stelle kein legitimes Interesse der Internetnutzer dar, sodass dieses nicht innerhalb einer Abwägung berücksichtigt werden müsse.⁹⁴⁶ Außerdem dürfe innerhalb der Abwägung schon nicht auf den Internetnutzer abgestellt werden, da dieser hier bewusst dazu verleitet werde, das „Austauschverhältnis Werbung gegen Inhalt“ einseitig zu brechen.⁹⁴⁷ Würde das alleinige Abstellen auf die aktive Handlung des Nutzers zur Folge haben, dass der Software-Anbieter lauterkeitsrechtlich nicht belangt werden könnte, so würde grundsätzlich der Vertrieb jeglicher Software gerechtfertigt werden, da stets ein Nutzer zwischengeschaltet sei.⁹⁴⁸

Eine ähnliche Ansicht wird für die Fernsehwerbeplattform vertreten. So sei in Werbeblockern eine unlautere Auflösung medialer Plattformen, die sich aus Inhalten und Werbung zusammensetzen, zu sehen. Das Fernsehen als wichtiges Informationsmedium müsse in seinem überwiegend werbefinanzierten Bestand geschützt werden. Das Recht des Konsumenten auf negative Informationsfreiheit werde nicht übermäßig tangiert, wenn ihm weiterhin die Möglichkeit verbleibe, die Plattform als Ganzes oder gar nicht zu nutzen.⁹⁴⁹ Zudem gehe durch die Eröffnung des privatrechtlichen Rundfunks über die verfassungsrechtliche Rundfunkfreiheit eine Pflicht einher, diese Sender auch stärker in ihren wirtschaftlichen Gewinnchancen gegenüber Beeinträchtigungen zu sichern, als dies bei anderen Marktteilnehmern der Fall sei.⁹⁵⁰ Auch folge hieraus zugleich die Pflicht, nicht erst dann Handlungen Beteiligter entgegenzutreten, wenn die

⁹⁴² *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (245).

⁹⁴³ *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (339).

⁹⁴⁴ *Raithel*, Werbeblocker im Internet, S. 157.

⁹⁴⁵ *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (339).

⁹⁴⁶ *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (246).

⁹⁴⁷ *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (339).

⁹⁴⁸ *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (247 f.).

⁹⁴⁹ *Apel*, in: FS Hertin, S. 337 ff, 349 ff.

⁹⁵⁰ *Ladueur*, GRUR 2005, 559 (562).

Existenz der Veranstalter bereits existentiell gefährdet sei, sondern bereits im Voraus.⁹⁵¹ Unter diesen Voraussetzungen sei in der systematischen Verbreitung eines Gerätes, das diese Finanzierungsbedingungen rein destruktiv und nicht durch das Angebot einer konkurrierenden Leistung in Frage stellt, eine unlautere Handlung zu erblicken.⁹⁵²

f) Eigener Ansatz zur Werbeblockierung

Die Ausblendung und Blockierung von Werbung stellen unstreitig Beeinträchtigungen der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten von Betreibern werbefinanzierter Internetseiten und Rundfunksendern und somit eine Behinderung dar. Der durch den Adblocker-Nutzer hervorgerufene Preisverfall von Werbeflächen und die daraus folgenden Umsatzeinbußen lassen Marktanalysten davon ausgehen, dass unter der Prämisse, dass die Medienunternehmen nichts gegen Adblocker unternehmen, über 78 Milliarden US-Dollar bis 2020 weltweit durch Adblocker nicht umgesetzt werden können.⁹⁵³ Die entscheidende Frage ist, ob jene Behinderung unlauter ist.

a. Verdrängungsabsicht

Das schlichte Anbieten von Werbeblockern baut zunächst auf wettbewerbseigenen Mitteln auf. Der Adblock-Anbieter ist auf die Nachfrage der Konsumenten, namentlich der Internet- und Fernsehernutzer angewiesen, sodass sein Produkt überhaupt eine Wirkung auf Werbeanzeigen haben kann. Ziel ist es nicht, die Medienunternehmen an ihrer unternehmerischen Entfaltung zu hindern und sie dadurch vom Markt zu verdrängen. Stattdessen dient die Filtersoftware der schnelleren, sicheren, werbefreien und schlichthin selbstbestimmten Nutzung der dem Nutzer kostenlos angebotenen Medien. Es wird insoweit auf dem Angebot der Medienunternehmen aufgebaut und dessen Gebrauch mittels Werbeblockern dem Nutzer komfortabler gestaltet. Sowohl entgeltlich als auch über die Erträge der Whitelist finanzierte Adblocker basieren auf einem rentablen Wirtschaftsmodell. Es ist daher davon auszugehen, dass die Förderung der eigenen Wettbewerbsmaßnahmen der Hauptgrund für das Tätigwerden darstellt. Eine Verdrängungsabsicht lässt sich hieraus per se nicht ableiten.

Nichts anderes gilt für die Fallgruppe des Boykottaufrufs. Es ist nicht das vordergründige Ziel, die Konsumenten dahingehend zu beeinflussen, ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Geschäftsbeziehung zu boykottieren. Stattdessen geht es darum, dem Nutzer die Möglichkeit

⁹⁵¹ *Ladeur*, GRUR 2005, 559 (562).

⁹⁵² *Ladeur*, GRUR 2005, 559 (562).

⁹⁵³ Bericht "Ad blocking could cost the digital publishing industry \$78.2bn in lost revenue", abrufbar unter: <https://www.ovum.com/ad-blocking-could-cost-the-digital-publishing-industry-78-2bn-in-lost-revenue/>.

zu geben, zu entscheiden, welche Ressourcen er konsumiert. Ein Aufruf zum Boykott stellt dies gerade nicht da. Eine Einflussnahme auf die freie Handlung der Nutzer ist gerade nicht Ziel der Handlung. Die Nutzer haben sogar mit installiertem Adblocker grundsätzlich die einfache Möglichkeit, den Werbeblocker für bestimmte Internetseiten und Fernsehsender auszustellen oder ihn komplett zu deaktivieren. Letztlich ist der Verrufene, wie vom OLG München richtig erkannt, bereits nicht hinreichend bestimmt, da von der Blockade grundsätzlich jede werbefinanzierte Internetseite betroffen ist.⁹⁵⁴

Lediglich bei ideellen Werbeblockern könnte man eine Schädigungsabsicht diskutieren, da deren Handeln betriebswirtschaftlich keinen Sinn ergibt, den anderen Unternehmer also nur schädigt, nicht aber dem Handelnden unternehmerisch nützt.⁹⁵⁵ Doch wie bereits erwähnt, mangelt es bei ideellen Blockern bereits an einer geschäftlichen Handlung, sodass eine Untersuchung anhand wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen ist.

b. Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten
Das Angebot und der Vertrieb von Werbeblockern könnte jedoch eine unangemessene Beeinträchtigung darstellen, wenn die wettbewerbliche Entfaltung der Medienunternehmen aufgrund einer Kunden-, Produkt-, Werbe- oder Marktbehinderung gezielt gestört wäre.

(aa) Kundenbezogene Absatzbehinderung

Eine kundenbezogene Absatzbehinderung scheidet vorliegend aus. Adblocking steht nicht im Zusammenhang mit dem Abfangen oder Abwerben von Kunden. So werden bereits keine unlauterkeitsbegründende Mittel wie Gewalt oder Täuschung angewandt. Die Nutzer wissen hier um den Anwendungsbereich der Software. Sie sind auch frei in ihrem Willen, wenn sie sich für die Verwendung der Adblock-Software und damit gegen die Werbeeinblendungen der Medienunternehmen entscheiden.

(bb) Unmittelbare produktbezogene Absatzbehinderung

In Übereinstimmung mit der oben dargestellten h. M. ist festzuhalten, dass eine unmittelbare Behinderung von vornherein ausscheiden muss. So mangelt es hier bereits an der Verwirklichung der Tathandlung. Der Adblock-Betreiber wirkt weder durch Vernichtung noch durch Beiseiteschaffung, Veränderung oder Beschädigung unmittelbar auf die Ware des Mitbewerbers ein. Durch den alleinigen Vertrieb einer softwarebasierten Schutzvorrichtung liegt kein Eingriff vor. Erst durch die Entscheidung des Internetnutzers entsteht die Behinderungswirkung

⁹⁵⁴ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 174 ff.

⁹⁵⁵ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1085).

gegenüber den Medienunternehmen. Lediglich bei den Nutzern, die sich des Programms bedienen, wird auch keine Werbung angezeigt. Daher ist eine mittelbare produktbezogene Absatzbehinderung im Fortgang zu untersuchen.

(cc) Mittelbare produktbezogene Absatzbehinderung

Die Gerichte und Literaturstimmen, die im Adblocking eine gezielte Behinderung sehen wollen, leiten deren Vorliegen zumeist über die mittelbare produktbezogene Behinderung her. Dass die Behinderung erst durch die Handlung eines Dritten unmittelbar eintritt, schließt die Unlauterkeit nicht grundsätzlich aus. Innerhalb der vorzunehmenden Abwägung hat dies jedoch Berücksichtigung zu finden.⁹⁵⁶

Bei Fernsehwerbung ist es bereits aufgrund der Ermittlungsweise der Zuschauerquote, die unmittelbar im Zusammenhang mit dem Werbepreis steht, problematisch von einer Absatzbehinderung zu sprechen. Dies liegt an der Ermittlungsweise der Vergütungshöhe für Werbeplätze. Die Preise für Fernsehwerbung richten sich nach der zu erwartenden Einschaltquote. Aus einer aus ca. 5000 Haushalten bestehenden Panelgruppe, die zur Ermittlung der Quote dient,⁹⁵⁷ kann bereits nicht nachgewiesen werden, ob und welche finanziellen Schäden durch den Vertrieb von Fernseh-Adblockern entstehen. Dies ist bei Internet-Adblockern anders, bei denen jeder Blocker-Nutzer unmittelbar dafür sorgt, dass eine Vergütung mangels AdImpression ausbleibt.

Als erstes stellt sich die Frage, ob das Angebot eines Adblockers der Fallgruppe der produktbezogenen Absatzbehinderung zugeordnet werden kann. Wie bereits oben erwähnt, müsste die Werbeblockierung zunächst eine Vernichtung, Beseitigung, Veränderung oder Beschädigung des Produkts „werbefinanzierte Medienplattform“ hervorrufen, welche letztlich eine Absatzbehinderung zur Folge hätte. Zunächst stellt sich daher die Frage, welches Produkt die Medienunternehmen hier überhaupt den Kunden anbieten.

⁹⁵⁶ Vgl. hierzu auch *Apel* in FS: Hertin, S. 352.

⁹⁵⁷ Die Quotenermittlung wird seit 1985 durch die GfK – Gesellschaft für Konsumforschung vorgenommen. Anhand des sog. Teleskopie-Verfahrens wird durch die Auswahl einer bestimmten, der Gesamtbevölkerung Deutschlands ähnelnden Gruppe (Panelgruppe) die Einschaltquote mittels Hochrechnung ermittelt. Die Panelgruppe besteht derzeit aus 5200 täglich berichtenden Fernsehhaushalten, die über 10.000 Menschen umfassen. Sie repräsentieren anhand dessen ca. 38 Millionen Haushalte in Deutschland. Anhand der so ermittelten Einschaltquote wird die Relevanz des Fernsehsenders und damit auch der Wert von Sendezeit auf dem Fernseh-Werbemarkt festgelegt, Artikel „Einschaltquote“, abrufbar unter: <https://de.wikipedia.org/wiki/Einschaltquote>; Beitrag „Fernsehpanel“, abrufbar unter: <https://www.agf.de/forschung/methode/fernsehpanel/>.

Im Mittelpunkt der rechtlichen Prüfung steht das so bezeichnete mediale Gesamtprodukt, das sich aus redaktionellem Inhalt und der im Online-Angebot enthaltenen Werbung zusammensetzt.⁹⁵⁸ Zu dieser Frage lassen sich nach oben dargestelltem Meinungsstand zwei Meinungs-lager bilden, hinsichtlich derer Stellung zu beziehen ist. Aufgrund der technischen Eigenheiten und der damit zusammenhängenden Beurteilung des Vorliegens eines „Gesamtprodukts“ ist dabei der Übersicht wegen getrennt auf das Fernsehen und das Internet als Werbeplattform einzugehen.

(i) Werbefinanzierte Internetseiten als integrales Gesamtprodukt

Wie oben dargestellt, wird in Literatur⁹⁵⁹ und Rechtsprechung⁹⁶⁰ teilweise vertreten, dass das aus Werbung und redaktionellem Inhalt bestehende Internetangebot als Gesamtprodukt anzusehen sei, welches durch das Blockieren des werbenden Inhalts in seiner Integrität unlauter beeinträchtigt werde. Fraglich ist, ob die gleichzeitige Darstellung redaktioneller Beiträge mit kommerziellen Inhalten bereits dafür ausreicht, als integrales Gesamtprodukt zu gelten. Hierfür spricht zunächst, dass der intendierte Seitenaufbau des Medienunternehmens sowohl die redaktionellen als auch die werbenden Inhalte mitumfasst. Es möchte das eine nicht ohne das andere anbieten. Auch die äußerliche Aufmachung spricht für eine zusammengehörige Einheit. Eine über den Trennungsgrundsatz hinausgehende räumliche oder zeitliche Trennung ist nicht gegeben. Dem Internetbesucher ist daher auch der Zusammenhang zwischen Werbefinanzierung und kostenlosem Konsum medialer Inhalte bewusst.

Gegen ein integrales Gesamtprodukt spricht, dass zwischen den angebotenen redaktionellen Inhalten, welche der Nutzer gezielt ansteuert und der dargestellten Werbung, welche dem Nutzer ohne weitere Veranlassung automatisch angezeigt wird, kein sachlicher Zusammenhang besteht. Des Weiteren spricht auch insbesondere die bereits oben angesprochene technische Funktionsweise des Internets als Werbemedium sowie die Stellung des Browsers als Instrument der Selbstbestimmung im Internet gegen die Ansicht, bei der Internetseite handele es sich um ein integrales Gesamtprodukt.

⁹⁵⁸ Vgl. LG Frankfurt, BeckRS 2016, 02121; LG Berlin, BeckRS 2016, 08023; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, juris; *Apel* in FS: Hertin, S. 349 ff.

⁹⁵⁹ Vgl. *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (339); *Raithel*, Werbeflocker im Internet, S. 148.

⁹⁶⁰ Vgl. LG Frankfurt a.M., K&R 2016, 134 (Rn. 8) = BeckRS 2016, 02121; LG Berlin, Urt. v. 08.12.2015 – 16 O 449/15, Rn. 19, juris = BeckRS 2016, 08023; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 44, juris.

(ii) Exkurs: Webbrowser als Torwächter des Internetnutzers

Die Stellung des Browsers als Instrument der Selbstbestimmung bedarf zur Einordnung der Erläuterung. Nachfolgend ist auf die Besonderheiten des Internetbrowsers im Zusammenhang mit dem Besuch öffentlicher Internetseiten einzugehen.

Adblocker in Form von Browser-Erweiterungen erweitern den Browser in seiner Funktionsweise auf vielfältige Weise. Hiermit geht aber auch meistens eine Einwirkung auf die mit dem Browser besuchten Internetseiten einher. Dies kann entweder in der Gestalt geschehen, dass das Aussehen der Seite verändert oder die Seite um Funktionen ergänzt wird. Hieraus folgt die rechtliche Frage, wie weit ein derartiger Eingriff in den angezeigten Inhalt gehen darf und inwieweit der Browser bei dieser Modifikation mitwirken darf.

Die Hauptfunktion eines Internet-Browsers ist es, die auf Server liegenden Ressourcen in einem Browser-Fenster für den Nutzer darzustellen. Die Untersuchung der Funktionsweise des Internets hat gezeigt, dass der Webbrowser als Sprachrohr des Nutzers Kontakt zum Server aufnimmt, um dort abgelegte Ressourcen abzurufen. Im Anschluss hieran interpretiert der Browser diese Daten und zeigt sie dem Nutzer an, wie es dem Code in der HTML-Datei nach vorgesehen ist. Man spricht hier vom Rendering.⁹⁶¹ An diesem Schritt setzen nun viele Browser-Erweiterungen an, indem sie die eigentlich originär vorgesehene Darstellung modifizieren. Zu beachten ist, dass der originäre Code der Webseite unberührt bleibt und sich die Veränderung letztlich nur auf dem Browser des Nutzers abspielt. Es existieren insgesamt tausende Erweiterungen mit den verschiedensten Anwendungsgebieten. Zu nennen sind die standardmäßig in jedem Browser installierten Pop-up-Blocker, die das Öffnen ungewünschter Fenster verhindern, Browser-Erweiterungen, die einen direkten Preisvergleich mit Angeboten der aktuell besuchten Internetseite ermöglichen oder auch die Möglichkeit die Schriftgröße des angezeigten Textes zu ändern⁹⁶².

Fraglich ist, wie eine solche Änderung des Rendering- und Layout-Prozesses zu bewerten ist. Bei der angesprochenen Browser-Erweiterung, die dem Nutzer einen direkten Preisvergleich anzeigt, wenn dieser Online-Shops ansteuert, wurde die Funktion als unlauterer Behinderungswettbewerb eingestuft⁹⁶³. Das Gericht nahm an, dass die Veränderung der Darstellung der Internetseite durch die Rendering-Engine des Browsers den Seitenbetreiber beeinträchtigen kann, obwohl der HTML Code an sich unberührt bleibt und nur abgewandelt durch Hinzufügung der

⁹⁶¹ Vgl. bereits oben Teil III, Kapitel 9, § 2, B. II.

⁹⁶² Vgl. bei LG Hamburg, WRP 2015, 495 – SafePrice.

⁹⁶³ LG Hamburg, WRP 2015, 495 – SafePrice.

Preisvergleichsfunktion auf dem persönlichen Computer des Einzelnen interpretiert wird.⁹⁶⁴ Dies sei aber nach Ansicht des Gerichts rechtlich ohne Bedeutung, da es letztlich auf das Erscheinungsbild an sich und nicht darauf ankäme, wie der Vorgang technisch einzuordnen sei.⁹⁶⁵ Das Gericht stellt folglich das Interesse des Betreibers der Internetseite, dass die Webseite so aussehen soll, wie es ihr originärer HTML-Code vorgibt, über das Interesse des Nutzers individuelle Modifikationen vorzunehmen. Ein Recht auf die Modifikation einer Internetseite wäre damit ausgeschlossen.

Folgt man allerdings den Argumenten des Gerichts, so müssten eine Vielzahl an Browser-Erweiterungen, die für den Nutzer häufig einen Zusatznutzen bieten, als unzulässig eingestuft werden. Im Kontrast hierzu steht eine zuletzt geäußerte Stellungnahme der Europäischen Kommission.⁹⁶⁶ Die Europäische Kommission sieht in Browsern eine Sonderstellung, wenn es darum geht, den Endnutzern die Kontrolle über den Informationsfluss zu und von ihrer Endeinrichtung zu erleichtern. Ein Webbrowser diene dem Nutzer als „Torwächter“.⁹⁶⁷

Die Frage ist, wie man dies in den hier gegebenen Kontext einordnen kann. Zunächst ist jener Wortlaut der Stellungnahme hervorzuheben. So ist es wichtig, dass es sich hier um den Informationsfluss „zu“ den Endgeräten der Nutzer handelt und dass der Browser als Torwächter angesehen wird. Daraus folgt, dass die europäische Institution zwischen den im Internet abrufbaren Ressourcen und dem Browser-Programm der Nutzer eine unsichtbare Grenze zieht, über die der Browser als Torwächter wacht. Auf der einen Seite der Grenze liegen die privaten Ressourcen des Nutzers. Hierzu gehören seine persönlichen Daten wie der Browserverlauf, seine lokal gespeicherten Informationen und die benutzte Hardware. Auf der anderen Grenzseite ist das öffentliche Internet inklusive der dort auf Server abgelegten Ressourcen anzusiedeln. Der Internetnutzer kann sodann diese Ressourcen mittels seines Internetbrowsers ansteuern. Wie und welche Inhalte ihm angezeigt werden, kann er dabei mit Hilfe seines Browsers zuvor festlegen. Hiermit erfüllt der Browser seine „Torwächterfunktion“. Als Torwächter sollen Browser bestimmen können, was zum Nutzer gelangt und was vom Nutzer an den Internetseitenbetreiber gesendet wird. Konträr zur Ansicht des LG Hamburg führt dies dazu, dass den Endnutzern eine

⁹⁶⁴ LG Hamburg, WRP 2015, 495 (497) – SafePrice.

⁹⁶⁵ LG Hamburg, WRP 2015, 495 (499 f.) – SafePrice.

⁹⁶⁶ 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/2017/010 final - 2017/03 (COD).

⁹⁶⁷ 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/2017/010 final - 2017/03 (COD), Rn. 22.

Wahlmöglichkeit eröffnet ist, öffentliche Inhalte im Internet in Art und Weise nach ihrem Belieben modifiziert auf ihrem Endgerät anzuschauen.

Für die Ansicht, den Browser als Torwächter anzusehen und dem Nutzer eine Modifizierung der Inhalte, die er ansteuert, zu ermöglichen und nicht das Interesse der Seitenbetreiber an der originären Darstellung ihrer Internetseite zu schützen, streiten mehrere Gründe. Das wohl stärkste Argument fußt auf Sicherheitsüberlegungen: Sicherheit der Computerressourcen vor Viren, Trojanern und anderer Schadsoftware, aber auch Sicherheit in Bezug auf das Persönlichkeitsrecht und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht. Aufgrund seiner digitalen Natur ist es Nutzern im Internet nicht von vornherein möglich, zu sehen, welche Informationen beim Besuch einer Webseite abgerufen werden. Während der Einzelne beim Besuch eines Geschäfts stets Herr seiner Integrität, seiner Daten und selbstbestimmt bleibt, mangelt es im Internet bereits massiv an Transparenz im Hinblick auf die den Nutzer betreffenden Vorgänge. Es ist daher notwendig, dem Nutzer eine Möglichkeit zu geben, präventiv Maßnahmen zu ergreifen, die einen pauschalen Download bestimmter Server-Ressourcen unterbinden können. Hierzu zählt beispielsweise die Installation eines Virenprogramms, das den lokalen Datenverkehr überwacht, die gescannten Ressourcen sodann mittels einer Datenbank abgleicht, um dann zu entscheiden, ob diese für den Nutzer eine Gefahr darstellen, aber auch die Option Browsereinstellungen vorzunehmen, um zu bestimmen, wie mit datenschutzrechtlich relevanten Cookies umgegangen werden soll. Auch hier manifestiert sich der Gedanke von Sicherheit und Selbstbestimmung im Internet.⁹⁶⁸

Ein weiteres Argument, das für den Browser als Torwächter auf Seiten der Nutzer spricht, ist der große Nutzen, den Erweiterungen Nutzern aber auch Entwicklern bieten. Für die Modifizierbarkeit ist daher sowohl das Persönlichkeitsrecht und die Eigentumsfreiheit der Nutzer als auch die Berufsfreiheit der Hersteller von Erweiterungen zu berücksichtigen.

Gestützt werden diese Überlegungen auch von einem BGH-Urteil, dessen Entscheidungsgründe die Bedeutung des Internets und die dort gespeicherten Inhalte treffend darlegen. Inhaltlich ging es um die urheberrechtliche Bewertung von Vorschaubildern in der Bildersuche von Google. Das Gericht sah in der Anzeige von Vorschaubildern ein öffentliches Zugänglichmachen im Sinne des § 19a UrhG. Es sah diese Handlung jedoch aufgrund der technischen

⁹⁶⁸ Genau diesen Ansatz verfolgt die EU mit der ePrivacy Verordnung. Es soll möglich sein, standardmäßig im Browser einzustellen, ob Cookies erlaubt sind, sodass der heutzutage stets auftauchende Cookie-Warnhinweis in Zukunft unterbleiben kann.

Eigenheit des World Wide Webs und der damit verbundenen schlichten Einwilligung als gerechtfertigt an.⁹⁶⁹ Der BGH führte aus:

„Ein Berechtigter, der Texte oder Bilder im Internet ohne Einschränkungen frei zugänglich macht, muss mit den nach den Umständen üblichen Nutzungshandlungen rechnen.“⁹⁷⁰

Der BGH vertritt folglich die Ansicht, allein der Umstand, dass Inhalte ohne technisch mögliche Schutzmaßnahmen ins Internet gestellt werden, dazu führe, dass für das Internet übliche Nutzungshandlungen gerechtfertigt sein können.

Wie bereits gezeigt, ist es dem technischen Abruf von Internetseiten eigen, dass erst im Browser des Nutzers die Internetseite mittels Rendering zusammengesetzt wird. Außerdem liegt es in der Natur von HTTP, dass nur die Ressourcen heruntergeladen werden, die auch zuvor angefragt wurden. Der Seitenbetreiber kann nicht grundsätzlich verlangen, dass Dateien, die nach seiner Sicht zusammengehören, zwangsläufig heruntergeladen werden. Bei der Werbeblockierung liegt daher eine „nach den Umständen übliche Nutzungshandlung“ vor.

Weiterhin spricht gegen ein Recht auf originäre Darstellung die Vielzahl an Geräten und Softwareversionen, unter denen technisch bedingt eine einheitliche Darstellung ohnehin nicht möglich ist. Hier ist auch auf textbasierte Browser hinzuweisen. Die informationelle Autonomie der Nutzer und die technischen Rahmenbedingungen des Mediums ermöglichen es, mittels eines textbasierten Browsers⁹⁷¹ nur Textdateien und keine Grafiken zu laden. Auch hier erfolgt eine modifizierte Darstellung, die von der originären Wunscharstellung des Seitenbetreibers abweicht.

Abschließend sprechen für die Zulässigkeit der Darstellung von öffentlichen Inhalten im Sinne von Nutzerpräferenzen und der Kontrolle über die Ressourcen, die auf den Computer des Nutzers heruntergeladen werden, auch die Erwägungen, die in der Vergangenheit zum persönlichkeitsrechtlichen und eigentumsrechtlichen Eingriff von Direktwerbung gegenüber den Beworbenen gemacht wurden. Zwar liegt hier kein Eingriff in die Privatsphäre vor, jedoch muss auch innerhalb der Sozialsphäre ein gewisses Maß an Selbstbestimmung gewahrt sein.⁹⁷² Wie beispielweise zur Telefaxwerbung festgestellt, muss dem Nutzer eine gewisse Souveränität über

⁹⁶⁹ BGH, WRP 2010, 916 (920) – Vorschaubilder.

⁹⁷⁰ BGH, WRP 2010, 916 (921) – Vorschaubilder.

⁹⁷¹ Lynx ist der wohl bekannteste textbasierte Webbrowser. Mehr Informationen abrufbar unter: <https://lynx.browser.org>.

⁹⁷² Vgl. BGH, WRP 2005, 485 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

die ihm entstehenden Kosten durch Nutzung des Empfangsgeräts verbleiben.⁹⁷³ Dies ist beim Telefax das generelle Verbot von Werbung über das Empfangsgerät. Beim webbasierten Browsern ist dies die Möglichkeit, mit Hilfe des Browsers zu bestimmen, was heruntergeladen wird und was nicht.

Zusammenfassend können Nutzer daher mit Hilfe ihrer Internet-Browser den anzuzeigenden Inhalt grundsätzlich in seiner Darstellung modifizieren. Der Internetbrowser kann dabei als komplexe Fernbedienung für die Navigation im Internet verstanden werden. Er ermöglicht die Navigation, die Modifikation und letztlich die Ausübung der Kontrolle über die Rezeption der öffentlich zugänglichen Internetseiten.

(iii) Internetseite ist kein integrales Gesamtprodukt

Die Ausführungen zeigen, dass die im Internet geltenden Standards dazu führen, dass das Internet als ein System anzusehen ist, das es seinen Nutzern erlaubt, öffentliche Inhalte frei zu konsumieren. Derjenige, der sich entscheidet, Inhalte auf öffentlichen Domains abrufbar zu machen, erklärt sich auch damit einverstanden, dass diese Inhalte auch ohne das Herunterladen anderer Inhalte abgerufen werden können.⁹⁷⁴ Der Ansicht, eine Webseite sei von vornherein in ihrer unveränderten Darstellung schutzwürdig, ist daher zu widersprechen.

Dem OLG Köln ist insoweit zuzustimmen, wenn es ausführt:

„Die Daten bleiben als Einzelströme identifizierbar, bei denen der Nutzer in technischer Hinsicht zunächst eine Art Inhaltsverzeichnis oder eine Dateiliste erhält, von denen er pauschal bestimmte Inhalte abrufen, andere anhand bestimmter Dateibezeichnungen oder Formatvorgaben gar nicht erst akzeptiert. Die Ad-blocker-Software sorgt insbesondere nicht dafür, dass die Absendung der Datenströme gestört wird, sondern dafür, dass einzelne Datenpakete beim Nutzer gar nicht erst ankommen, wenn diese Pakete Werbung enthalten und nach inhaltlichen Befehlsfolgen, die der Nutzer aktiviert, blockiert bleiben.“⁹⁷⁵

Hierfür sprechen auch die Erwägungen, die der BGH in der Paperboy-Entscheidung angestellt hat.⁹⁷⁶ In der Entscheidung ging es unter anderem um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit

⁹⁷³ Vgl. hierzu erneut BGH, CR 1996, 337 – Telefax-Werbung.

⁹⁷⁴ Vgl. auch Walbesser (2011), Intellectual Property & Technology Law Journal, 23(1), 19, p. 2.

⁹⁷⁵ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086).

⁹⁷⁶ BGH, MMR 2003, 719 – Paperboy.

von Deep-Links, die Dritte anbieten, um es Seitenbesuchern zu ermöglichen, redaktionelle Inhalte ohne Umweg über die von den Internetauftritten bereit gehaltenen Startseiten aufzurufen. Der Senat hält dieses Vorgehen für lauter. Zwar würde den Internetseitenbetreibern dadurch Werbeeinnahmen entgehen, da die Nutzer nicht zuerst die werbefinanzierte Startseite ansteuern müssten, allerdings habe derjenige, der sich des Internets für seine Angebote bediene, auch die Beschränkungen in Kauf zu nehmen, die sich aus dem Allgemeininteresse an der Öffentlichkeit an der Funktionsfähigkeit des Internets ergeben würden.⁹⁷⁷

Der BGH sieht das Interesse des Betreibers der Internetseite erst dann wiederhergestellt, wenn er sich sogenannter technischer Mittel bedient, die als Schutzvorkehrung gegen diese Nutzungsmöglichkeit des offenen Internets fungieren. Die Einwirkung auf das Produkt eines Mitbewerbers, wenn dabei eine Schutzvorkehrung unterlaufen wird, die eine solche Einwirkung auf das Produkt verhindern soll, wurde in der Vergangenheit mehrmals als unlauter qualifiziert.⁹⁷⁸

(iv) Fernsehplattform ist kein integrales Gesamtprodukt

Anders als bei Internetseiten ruft der Fernsehzuschauer keine einzelnen Ressourcen, sondern nur das eine Sendesignal des Fernsehsenders ab. Dieses Sendesignal bleibt durch die Werbeblockierung unberührt. Es wird nicht verändert oder anderweitig beeinflusst. Im Vergleich zum Internet-Werbeblocker selektiert der Fernsehwerbeblocker daher bereits nicht zwischen einzeln herunterladbaren Ressourcen, da er nur das eine Rundfunksignal erhält. Das führt dazu, dass programminterne Werbung bereits nicht herausgefiltert werden kann. Wenn programmexterne Werbung gezeigt wird, schaltet der Blocker den Sender um, und empfängt damit ein anderes Signal. Die Annahme eines medialen Gesamtprodukts, dass den Zuschauer verpflichten würde, die redaktionellen Inhalte nur dann anzuschauen, wenn er seine Aufmerksamkeit auch der Werbung in den Werbeblöcken widme, überzeugt nicht. Auch das Sendeunternehmen muss, um sicherstellen zu können, dass die redaktionellen Inhalte nur bei gleichzeitiger Anzeige der Werbung konsumiert werden, entsprechende technische Vorkehrungen treffen.

(v) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ein integrales Gesamtprodukt beim Angebot werbefinanzierter digitaler Medien zu verneinen ist. Dies spricht zwar gegen den intendierten Willen der Medienunternehmen. Diese treffen jedoch keine Eigeninitiative, um die grundsätzliche

⁹⁷⁷ BGH, MMR 2003, 719 (724) – Paperboy; im Ergebnis auch: *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblocker-Software, S. 217 f; a. A. LG Berlin, Urt. v. 08.12.2015 – 16 O 449/15, Rn. 19, juris = BeckRS 2016, 08023.

⁹⁷⁸ Vgl. BGH, MMR 2003, 719 (Rn. 68) – Paperboy; BGH, WRP 2017, 434 (441) – World of Warcraft II; BGH, WRP 2011, 1469 (1476 f.) – Automobil-Onlinebörse; BGH, WRP 2014, 839 (Rn. 35 ff.) – Flugvermittlung im Internet.

Offenheit des Internets zu beseitigen und so ihrem Willen Ausdruck zu verleihen, dass sie ihre Inhalte nur unter der Bedingung der gleichzeitigen Anzeige von Werbung übermitteln möchte.

Hier ist ein Quervergleich mit den Formen der Direktwerbung angezeigt. Auch bei den Werbeplattformen des Fernsehens und des Internets ist die Funktionsweise des Mediums und die sich hieraus ergebenden Möglichkeiten für die Nutzer und für Dritte, die auf dem Medium durch einen eigenen Service aufbauen wollen, zu beachten.

Bei Briefkastenwerbung existiert aufgrund der Eigenart des Briefkastens die Besonderheit, dass ein Opt-out für die Durchsetzung des Persönlichkeitsrechts notwendig ist. Die Eigenart des Internets und des Fernsehens kennzeichnen sich durch die Grenze, die zwischen dem gesendeten Signal des Medienunternehmens und dem Empfangsgerät des Nutzers zu ziehen ist. Diese ermöglicht es, Ressourcen einzeln voneinander herunterzuladen oder mit dem Empfangsgerät ein Signal umzuschalten. Dritte dürfen an dieser der Plattform eigenen Funktionsweise anknüpfen und diesbezügliche Dienstleistungen bereitstellen.

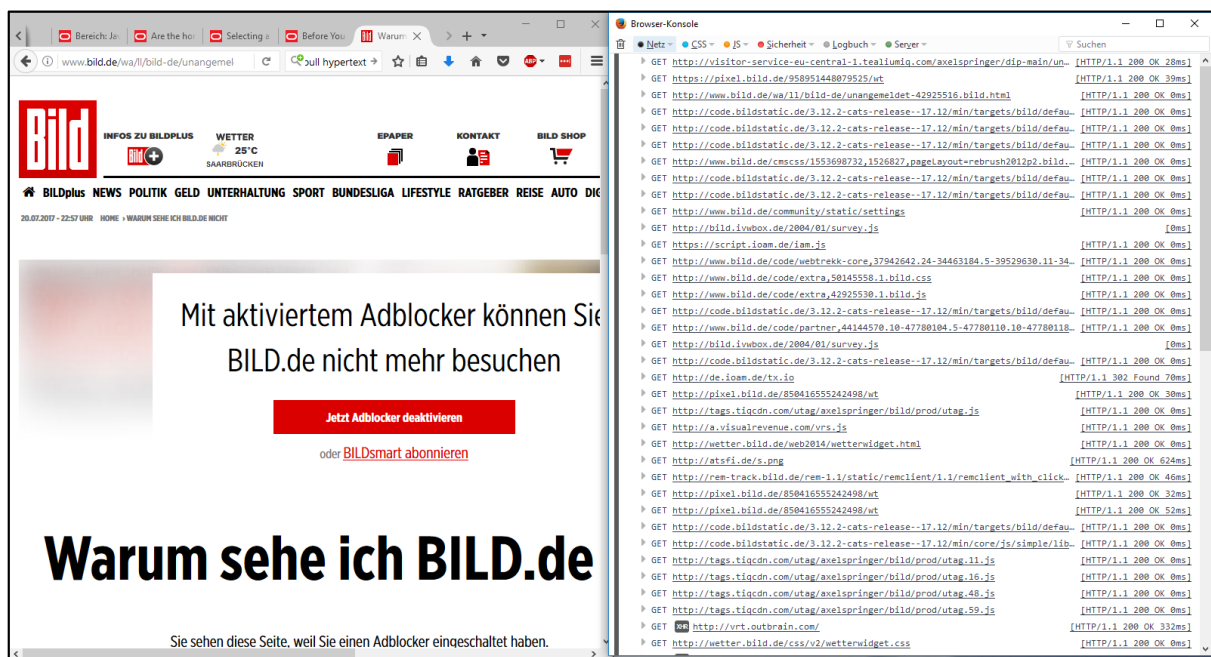


Abbildung 8 Beispiel eines Seitenaufwurfes und der im Hintergrund stattfindenden einzelnen Abrufe der Ressourcen auf www.bild.de.

(vi) Kein Zugang zu kostenpflichtigen Inhalten

Auf Basis dieser Überlegungen stellt sich sodann auch das Argument, durch das Anbieten von Adblock-Software werde ein freier Zugang zu nicht kostenlosen Inhalten verschafft, als unbegründet dar.⁹⁷⁹ Werbefinanzierte Plattformen erheben gerade kein Entgelt zur Bereitstellung ihrer Inhalte. Indem sie diese der Öffentlichkeit ohne Zugangsschranke bereitstellen, erklären

⁹⁷⁹ Vgl. Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (339).

sie sich vielmehr mit dem allgemein üblichen Gebrauch der Informationen einverstanden. Auch der Hinweis des BGH auf das Piratenkarten-Urteil in der Fernsehfee-Entscheidung ist insoweit richtig.⁹⁸⁰ Anders als beim Piratenkarten-Urteil⁹⁸¹ liegt keine produktbezogene Behinderung vor, da weder Fernseh- noch Internet-Werbeblocker einen entgeltlichen Zugang kostenlos für den Konsumenten öffnen. Statt ein Entgelt zu umgehen, wird lediglich die Werbung nicht zum Download vom Server angefragt oder beim Fernsehen während eines Werbeblocks umgeschaltet. Hierbei wird auch keine vom Medienunternehmen eingesetzte Verschlüsselung umgangen, wie es beim Piratenkarten-Urteil der Fall gewesen ist.

(vii) Kein lauterkeitsrechtlicher Schutz eines bestimmten Geschäftsmodells

Weder aus der Rundfunk-, der Presse- noch der Berufsfreiheit kann ein Medienunternehmen ein Recht auf Rezeption der Werbung gegenüber den Nutzern ableiten.⁹⁸² Dass das Geschäftsmodell der Werbefinanzierung durch die Werbeblockierung beeinträchtigt wird, ändert an dieser Beurteilung nichts, da wie zuvor dargelegt, Behinderungen aus dem auf Konkurrenz aufbauenden Wettbewerb resultieren und somit grundsätzlich hinzunehmen sind.

Der Einwand, es würden keine alternativen gleichwertigen Geschäftsmodelle bestehen, rechtfertigt es nicht, ein explizites Geschäftsmodell zu schützen.⁹⁸³ Auch die Medienunternehmen müssen sich dem Wettbewerb stellen. Sie haben kein Anrecht auf eine Erfolgsgarantie ihrer geschalteten Werbung. Dies gilt insbesondere dann nicht, wenn sie sich die Vorteile zu eigen machen, die das HTTP-Protokoll bietet, aber gleichzeitig die damit in Verbindung stehenden Nachteile des isolierten Ressourcendownloads als wettbewerbsverletzend deklarieren. Legt man einer Zeitung lose Werbebeilagen bei, so kann sich der Werbende nicht beschweren, wenn die Zeitschrift über dem Mülleimer ausgeschüttelt wird. Stattdessen ist eine andere Werbeform zu wählen, die das Lösen von Werbeinhalten verhindert oder erschwert.

(viii) Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH zu Bot-Programmen

Dieses Ergebnis stimmt auch mit den Überlegungen innerhalb der Rechtsprechung zum lauterkeitsrechtlichen Schutz bestimmter Geschäftsmodelle überein. Mit Urteil vom 12.01.2017 hat der BGH über die Zulässigkeit des Vertriebs von Bot-Programmen für Online-Spiele entschieden.⁹⁸⁴ Hierbei handelt es sich um Programme, die es ihren Nutzern entgegen dem Willen des

⁹⁸⁰ BGH, GRUR 2004, 877 (879) – Werbeblocker I.

⁹⁸¹ OLG Frankfurt, NJW 1996, 264 – Piratenkarte.

⁹⁸² Vgl. oben Teil II, Kapitel 4.

⁹⁸³ So aber im Ergebnis *Raithel*, Werbeblocker im Internet, S. 171 f.

⁹⁸⁴ BGH, GRUR 2017, 397 – World of Warcraft II.

Spielerbetreibers erlauben, Vorgänge, die sich positiv auf den Spielverlauf auswirken, zu automatisieren. Hier wurde ohne Zutun des Spielers Einfluss auf das Spiel genommen und die Weiterentwicklung des Spielecharakters vorangetrieben. Der BGH hat das Angebot als unlautere Behinderung eingestuft, da das ausgestaltete Geschäftsmodell des Spieleanbieters beeinträchtigt werde und damit in unlauterer Weise auf das von der anderen Vertragspartei angebotene Produkt eingewirkt werden würde, was letztlich zu einer inhaltlichen Verfälschung führe.⁹⁸⁵

Ähnlich zum Vertrieb von Bot-Programmen führt der Einsatz von Werbeblockern auch zu einer „inhaltlichen Verfälschung“ der angebotenen Internetseite, indem der Inhalt, von Werbung befreit, beim Nutzer angezeigt wird. Man könnte daher dazu neigen, auch hier eine Unlauterkeit zu bejahen. Die Fälle sind insoweit jedoch nicht vergleichbar. Der wohl wesentliche Unterschied ist, dass Internetwerbeblocker nicht auf das angebotene Produkt im Herrschaftsbereich der Serverbetreiber einwirken, sondern nur auf dem Endgerät des Nutzers ihre Wirkung entfalten.⁹⁸⁶ Bot-Programme interagieren unmittelbar auf dem Server des Spieleanbieters, während Werbeblocker eine Kommunikation mit den Servern von Medienunternehmen blockieren, so dass erst gar keine Interaktion stattfindet.

Der BGH leitete die Unlauterkeit ebenfalls aus der Verärgerung und Enttäuschung der ehrlichen Spieler ab, die dazu führen könne, dass diese sich von dem Spiel abwenden, was zu erheblichen Einnahmeverlusten der Abonnementgebühren führen könne.⁹⁸⁷ Analog hierzu verletzen die Werbeblockeranbieter zwar auch die „Spielregeln“ der Internetseitenbetreiber, dies hat insoweit allerdings keine Auswirkungen auf den Gebrauch der Inhalte durch andere Konsumenten. Man könnte vielmehr umgekehrt vertreten, dass durch die einfache Möglichkeit, mit Hilfe eines Adblockers Inhalte werbefrei zu konsumieren, das eigentliche Produkt – der redaktionelle Inhalt – vermehrt aufgesucht wird.

Zudem ist anzumerken, dass der BGH den lauterkeitsrechtlichen Schutz hier auf ein durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltetes Geschäftsmodell bezogen hat. Die gezielte Behinderung wurde angenommen, da wirksam zum Vertragsbestandteil gewordene Geschäftsbedingungen durch die Bot-Software verletzt wurden. Bei öffentlich angebotenen Internetseiten mangelt es bereits an wirksamen vertraglichen Bedingungen.⁹⁸⁸

⁹⁸⁵ BGH, GRUR 2017, 397 (Rn. 71) – World of Warcraft II.

⁹⁸⁶ *Kreutz*, Online-Angebot und Werbeblockersoftware, S. 270.

⁹⁸⁷ BGH, GRUR 2017, 397 (Rn. 77) – World of Warcraft II.

⁹⁸⁸ Vgl. hierzu Teil III, Kapitel 9, § 3, A. VI. 1.

(ix) Vergleich mit der Rechtsprechung zu differenzierenden Briefkastenaufklebern

Von verschiedenen Gerichten wurde das Verteilen von ausschließenden Briefkastenaufklebern als unzulässig bewertet. Sowohl das OLG Koblenz⁹⁸⁹ als auch das OLG Brandenburg⁹⁹⁰ sahen in dem Verteilen von Briefkastenaufklebern, die es dem Briefkasteninhaber erleichtern, bestimmte Prospekte oder Inhalte vom Einwurf in seinen Briefkasten auszuschließen, eine gezielte Behinderung der im Wettbewerb stehenden Werbeverteiler. Durch die Verteilung werde eine Situation geschaffen, in der Verbraucher nach Anbringen der Sperrvermerke nicht mehr für alle Anzeigenblätter erreichbar wären. Diese Sperrwirkung habe zur Folge, dass ein Leistungswettbewerb durch eigene Anstrengungen des betroffenen Mitbewerbers nicht mehr möglich sei. Hierbei handele es sich auch nicht um wettbewerbseigene Mittel, sondern um die unlautere Reduktion der Absatzmöglichkeiten von Mitbewerbern.⁹⁹¹ Die Tatsache, dass der Nutzer letztlich derjenige sei, der die Behinderung durch Anbringen des Sperrvermerks auslöse, sei zu vernachlässigen, wenn Verbraucher dahingehend beeinflusst werden sollen, die Produkte von Mitbewerbern abzulehnen.⁹⁹²

Durch das Angebot von Adblockern sind Nutzer, die dieses annehmen und in ihrem Endgerät verwenden, wie die Briefkasteninhaber nicht mehr für die Werbenden erreichbar. Allerdings folgt hieraus in diesem Fall keine gezielte Behinderung. Hierfür spricht zunächst, dass anders als das Verteilen von Sperrvermerken die Bereitstellung eines Filterprogramms für Werbung denjenigen, der die Werbung schaltet, nicht vom Markt verdrängen will, sondern gerade auf dessen Leistung aufbaut. Würde es keine blockierbaren Werbemittel im Internet geben, so gäbe es keinen Grund für einen Adblocker. Es schadet hier auch entgegen oben genannter Ansicht nicht, dass die meisten Werbeblocker bereits mit vorinstallierten Listen ausgeliefert werden. Denn so ist es dem Nutzer stets möglich, diese nach seinem Belieben zu individualisieren oder überhaupt nicht zu nutzen. Insoweit wird den Nutzern nur ein Handeln innerhalb ihres Selbstbestimmungsrechts ermöglicht.⁹⁹³

Des Weiteren unterscheiden sich auch die Handlungsmöglichkeiten der Internet-Plattformbetreiber von denjenigen, die Briefkastenwerbung verteilen. Während durch die Rechtsprechung und die gesetzliche Ausgestaltung der Briefkasteninhaber bereits durch das reine Kenntlichmachen seines Willens, keine Briefkastenwerbung zu erhalten, jegliche Werbung über diesen Werbeträger sperren kann, ist ihm dies im Internet nicht möglich. Dort haben die Werbenden eine

⁹⁸⁹ OLG Koblenz, NJOZ 2013, 929.

⁹⁹⁰ OLG Brandenburg, WRP 2015, 362.

⁹⁹¹ OLG Koblenz, NJOZ 2013, 929 (931); OLG Brandenburg, WRP 2015, 362 (363 f.).

⁹⁹² OLG Koblenz, NJOZ 2013, 929 (931).

⁹⁹³ Ähnlich *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 214.

Vielzahl an Möglichkeiten, weiterhin Nutzern von Werbeblockern Anzeigen zuzuspielen.⁹⁹⁴ Die Fernsehunternehmen können hingegen vermehrt programminterne Werbung schalten. Der Leistungswettbewerb ist hier nicht unzulässig betroffen. Die Adblocker knüpfen nur an die Funktionalität der jeweiligen Plattform an.⁹⁹⁵

(x) Vergleich mit den Grundsätzen der Widmung von Empfangsvorrichtungen

Es wird diskutiert, dass bezüglich des Wirksamwerdens von Willenserklärungen unter Abwesenden nach § 130 Abs. 1 BGB Kommunikationsmittel von dem Erklärenden nicht genutzt werden können, wenn der Empfänger dies nicht zuvor bestimmt hat.⁹⁹⁶ So könne aus der bloßen Verwendung einer privaten E-Mail nicht darauf geschlossen werden, dass diese auch der geschäftlichen Kommunikation offenstehe.⁹⁹⁷ Die Möglichkeit, seine Empfangsvorrichtungen für den Empfang zu widmen, lässt sich auch auf Sachverhalte mit Werbebezug übertragen. Aufgeladen durch das Recht am Eigentum muss es dem Eigentümer erlaubt sein, unter Wahrung von Treu und Glauben gem. § 242 BGB bestimmte Personen von seinen bereitgehaltenen Kommunikationskanälen fernzuhalten. Was in modernen, dem Dialog dienenden Kommunikationskanälen als „blockieren“ verstanden wird, kann auch auf mediale Kommunikation Anwendung finden. Ob ein Chatpartner blockiert wird oder die Ressource eines bestimmten Werbenden – es ist stets dasselbe dahinterstehende Interesse betroffen: die durch das Persönlichkeitsrecht aufgeladene Wahrung der Autorität über die eigenen Empfangskanäle.

(xi) Vergleich mit der Rechtsprechung zur Lauterkeit der Blockierung kostenloser Zusatzsoftware durch ein Antivirenprogramm

Die hier vorliegende Konstellation kann auch mit der rechtlichen Zulässigkeit eines Antivirenprogramms verglichen werden.

Das Landgericht Berlin⁹⁹⁸ hatte über die Lauterkeit eines Antivirenprogramms zu entscheiden, welches nach einem Hinweis beim Nutzer die Installation eines Computerprogramms als Teil eines Softwarebündels blockierte. Teil dieses Geschäftsmodells ist es, bei der Installation des vom Nutzer gewünschten Programms nicht nur dieses, sondern auch Zusatzprogramme zu installieren, von deren Anbietern der Anbieter der eigentlich gewollten Software hierfür ein Entgelt enthält. Fachlich werden diese als „potentially unwanted applications“ (PUA) bezeichnet.

⁹⁹⁴ So auch LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 32), das ausführt, dass das Unterbinden der Werbeanzeigen sich zwar negativ auf den Werbepreis auswirken kann, es hindert aber die Möglichkeit zu deren Schaltung nicht

⁹⁹⁵ Vgl. *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 214.

⁹⁹⁶ *Faust*, in: NK-BGB, § 130 Rn. 42 ff.

⁹⁹⁷ *Faust*, in: NK-BGB, § 130 Rn. 44.

⁹⁹⁸ LG Berlin, Urt. v. 19.05.2015 – 16 O 119/15, juris.

PUA haben regelmäßig zur Folge, dass der Nutzer unerwünschte Werbung erhält, der Computer verlangsamt wird oder die Deinstallation solcher Programme nur noch unter erheblichem Aufwand möglich ist. Das Antivirenprogramm bedient sich bei der Erkennung derartiger Zusatzprogramme einer eigens erstellten Filterliste. Diese umfasst verschiedene Kriterien. Beispielsweise werden Programme, die den Nutzer über den Installationsumfang und -prozess täuschen, indem sie nicht transparent auf sämtliche Installationspakete hinweisen, als „potenziell ungewollt“ behandelt.

Das Landgericht erklärte die Unterbindung der Zusatzinstallation durch das Antivirenprogramm als wettbewerbsrechtlich unbedenklich. Es stellte fest, dass die geschäftliche Handlung der Antiviren-Anbieterin die Software-Anbieterin nicht gezielt behindere. Dies folge bereits daraus, dass nicht nur die Antragstellerin durch die Software beeinträchtigt werde, sondern gleichzeitig alle Unternehmen, die Programme anbieten, welche nach einer Überprüfung anhand der aufgestellten Kriterien als potentiell unerwünscht gelten.⁹⁹⁹ Die aufgestellten Filterkriterien würden dies bekräftigen, da sie transparent, neutral und sachbezogen aufgestellt worden sein. Eine gezielte Behinderung müsse zudem ausscheiden, da eine Verdrängungsabsicht nicht erkannt werden könne. Die Anbieterin des Antivirenprogramms würde vielmehr ihren eigenen Geschäftszweck verfolgen, welcher darin bestehe, ihren Kunden einen „weitgehend gefahrfreien Zugang zum Internet und eine selbstbestimmte Nutzung seiner Inhalte zu ermöglichen“¹⁰⁰⁰. Dass hierdurch Programme, in dessen Installation der Nutzer von vornherein nicht eingewilligt habe, nicht installiert werden, sei wettbewerbsrechtlich nicht schutzwürdig.

Diese Erwägungen lassen sich ebenso auf Programme übertragen, die sich zum Ziel gesetzt haben, unerwünschte Werbung auf Internetseiten zu blockieren. Erst durch Programme, die dem Nutzer eine Auswahl ermöglichen, welche Inhalte er auf seinen Computer herunterlädt, ist es diesem möglich, selbstbestimmt über die Nutzung seiner Hardwareressourcen und seiner Aufmerksamkeit zu entscheiden. Wie Antivirenprogramme nutzen auch Adblocker eine nach bestimmten Kriterien aufgestellte Filterliste, welche durch allgemein aufgestellte Regeln weitestgehend um Neutralität und Transparenz im Filterprozess bemüht ist.

⁹⁹⁹ LG Berlin, Urt. v. 19.05.2015 – 16 O 119/15, Rn. 32, juris.

¹⁰⁰⁰ LG Berlin, Urt. v. 19.05.2015 – 16 O 119/15, Rn. 41, juris.

(xii) Lauterkeit der Errichtung von neuen Nutzungsmöglichkeiten einer Medienplattform
Vereinzelte wurde in der Vergangenheit die Lauterkeit damit begründet, dass dem Nutzer von Internet-Werbefilterprogrammen ein Ergebnis ermöglicht werde, welches er ohne diese Hilfestellung mit eigenen Mitteln nie erzielen könne.¹⁰⁰¹

Dem ist entgegenzutreten. Die Unlauterkeit einer Software kann bereits nicht davon abhängig gemacht werden, ob sie einem Nutzer etwas Neues erlaubt oder lediglich eine ihm selbst mögliche Handlung automatisiert beziehungsweise komfortabler gestaltet.¹⁰⁰² Wie bereits erwähnt, ist ein Browser mit der Fernbedienung eines Fernsehens vergleichbar, insbesondere insoweit es um die Navigation der Inhalte, aber auch um die Steuerung des Gerätes geht. Beiden sind bestimmte Funktionen wesenseigen. Für die Fernbedienung sind dies die Tasten, die es ermöglichen den Sender zu wechseln, die Lautstärke zu ändern und auch aufgezeichnete Sendungen vor oder zurück zu spulen. Beim Internet-Browser sind dies hingegen die URL-Eingabemaske, der Zurück-Button, aber auch die Möglichkeit, seinen Browser mit Hilfe von Erweiterungen um Funktionen zu ergänzen, die es ermöglichen, bestimmte HTTP-Requests nicht an den Server zu stellen. Wenn man nun bei der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung darauf abstellt, ob etwas ermöglicht wird, was zuvor nicht möglich war, können auch die Umschaltknöpfe einer Fernbedienung als unlauter angesehen werden, da sie dem Nutzer letztlich etwas erlauben, was ihm ansonsten nicht möglich wäre. Da es jedoch wohl unumstritten ist, dass die Fernbedienung eine „Hilfestellung“ darstellt, die keiner lauterkeitsrechtlichen Auseinandersetzung bedarf, ist das Argument eine *reductio ad absurdum*.

(xiii) Zwischenergebnis

Eine produktbezogene Absatzbehinderung liegt im Ergebnis nicht vor.

(dd) Werbebehinderung

(i) Abgrenzung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Werbebehinderung

An einer unmittelbaren Ausschaltung fremder Werbung mangelt es aus denselben Gründen wie bei der unmittelbar produktbezogenen Behinderung.¹⁰⁰³ Die üblicherweise anerkannten Konstellationen wie das Abreißen oder Überkleben von Werbeplakaten werden stets durch den Mitbewerber selbst vorgenommen. Hier ist es jedoch der Internetnutzer, der unmittelbar mit seinem Handeln für das Ausbleiben der Werbung sorgt.

¹⁰⁰¹ LG Berlin, Urt. v. 08.12.2015 – 16 O 449/15, Rn. 19, juris = BeckRS 2016, 08023.

¹⁰⁰² BGH, GRUR 2018, 1251 (1244) – Werbeblocker II; *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 201.

¹⁰⁰³ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.71.

In der Vergangenheit wurden jedoch auch mittelbare Werbebehinderungen als unlauter angesehen, sodass das Vorliegen einer mittelbaren Einwirkung der Beurteilung der Unlauterkeit einer Mitbewerberbehinderung grundsätzlich nicht entgegensteht. So wurde das Verteilen von für Telefonbücher vorgesehenen Einsteckmappen als gezielte Behinderung gewertet, wenn hierdurch eine geschaltete Werbeanzeige eines Mitbewerbers auf der Vorderseite des Telefonbuchs überdeckt wurde.¹⁰⁰⁴ Des Weiteren wurde eine mittelbare Werbebehinderung angenommen, wenn in einem Telefonbuch durch das Ausschneiden eines Gutscheins aus einer Anzeige, der zu einer kostenlosen Probestunde des werbenden Fitnessstudios berechnigte, die Anzeige eines anderen konkurrierenden Studios wertlos gemacht wurde.¹⁰⁰⁵

Analog hierzu kommt dem Anbieten und Verbreiten von Adblockern als Browser-Erweiterung dieselbe instrumentelle Rolle zu¹⁰⁰⁶, da die werbebehindernde Wirkung erst durch die zulässige Vorhandlung des Nutzers geschieht.¹⁰⁰⁷ Eine Unlauterkeit der Vertriebshandlung eines solchen Werkzeugs muss daher ausscheiden.

Zwar verwendet der Internetnutzer den Adblocker zu dem vom Anbieter vorgeschlagenen Zweck und auch erst durch den Anbieter wird das Blockieren überhaupt erst ermöglicht, jedoch ändert dies nichts an der Tatsache, dass der Internetnutzer die Browser-Erweiterung freiwillig heruntergeladen und in Kenntnis des Funktionsumfangs aktiviert hat. Zudem hat der Nutzer stets die Möglichkeit bestimmte Filterbefehle hinzuzufügen oder zu entfernen. Er ist Herr über die Reichweite der Blockierung. Die Software wirkt insoweit nur unterstützend, indem der Nutzer die ihm zustehende Entscheidungsgewalt über seine Daten und die in seinem Browser dargestellten Inhalte zurückerhält und er die Kontrolle über das in seinem Eigentum stehende Gerät ausüben kann.¹⁰⁰⁸

(ii) Werbeblocker bauen in wettbewerbseigener Weise auf Online-Angeboten auf
Eine geschäftliche Handlung, die eine eigene Wettbewerbsmaßnahme eines Unternehmens darstellt, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden.¹⁰⁰⁹ Mit dem Vertrieb von Werbeblockern knüpfen Unternehmen an die Funktionsweise öffentlicher Internetseiten und Rundfunksender an und machen sich diese zu Nutze, indem sie den Nutzern erlauben, mit Hilfe von Filterbefehlen präventiv zu entscheiden, welche Daten auf das Endgerät heruntergeladen werden bzw. mit Hilfe eines Vorschaltgeräts automatisch bei Werbepausen wegzuschalten. Eine Einwirkung auf das

¹⁰⁰⁴ OLG Düsseldorf, Urt. v. 24. 2. 1967 – 2 U 163/66; a. A. OLG Stuttgart, BB 1963, 709.

¹⁰⁰⁵ LG Berlin, WRP 1979, 237.

¹⁰⁰⁶ Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245 (247 f.)

¹⁰⁰⁷ Vgl. Hoeren, K&R 2013, 757 (759).

¹⁰⁰⁸ Vgl. Hoeren, K&R 2013, 757 (761).

¹⁰⁰⁹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.73.

Rundfunksignal liegt ebenso wenig vor wie beim Internet-Adblocking ein Eingriff auf die auf einem Server befindlichen Ressourcen. Die auf dem Server liegenden Werberessourcen werden schlicht vom Client nicht angefragt. Dem ist kein rechtliches Verletzungspotential zu entnehmen.

Eine Werbebehinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG scheidet daher aus.

(ee) Güter- und Interessenabwägung im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände Dieses Ergebnis wird auch von der Gegenüberstellung und Würdigung der betroffenen verfassungsrechtlichen Rechte und Interessen der beteiligten Parteien getragen. Unter dem besonderen Schutz der Pressefreiheit stehen viele der betroffenen Internetseiten.¹⁰¹⁰ Das Anbieten eines Werbeblockers genießt als unternehmerisches Handeln den Schutz der gleichrangigen Berufsfreiheit. Das Interesse der Konsumenten an der Verwendung von Werbeblockern ist getragen von den Überlegungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Eigentumsfreiheit.

Den Schutz eines bestimmten Geschäftsmodells sieht, wie obige Erwägungen zeigen, weder das Lauterkeitsrecht noch die Presse- oder Rundfunkfreiheit vor.¹⁰¹¹ Die Medienfreiheiten stellen lediglich Rahmenbedingungen zur erfolgreichen Refinanzierung medialer Inhalte auf, die dazu bestimmt sind, die Informationsvielfalt zu begünstigen. Dank der durch Internet, Fernsehen und Druckpresse gebotenen Medienpluralität stehen dem Informationssuchenden heutzutage mehr Informationskanäle offen als jemals zuvor. Gleichzeitig haben aber auch die Medienunternehmen dadurch mehr Ausweichmöglichkeiten, die sie vor den Auswirkungen von Werbeblockern bewahren. So ist es beispielweise für Fernsehsender möglich, programmintegrierte Werbung zu verwenden, die derzeit nicht blockiert werden kann und zumeist auch nicht den strengeren zeitlichen Regulierungen des Rundfunkstaatsvertrags (§§ 16, 45 RStV) unterfällt.

Zwar werden Teile der Konsumenten werbefinanzierte redaktionelle Inhalte bevorzugen, da sie ein großes Interesse an dem Konsum kostenloser Inhalte haben, allerdings kann der Umkehrschluss hieraus nicht sein, dass den Leuten, die sich vor Werbung, Tracking und Schadsoftware schützen möchten, Präventivmaßnahmen wie der Einsatz von Werbeblockern untersagt wird.¹⁰¹²

¹⁰¹⁰ Die Unlauterkeit bejahend aufgrund der Bedeutung für die Pressefreiheit: LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 44, 50, juris; LG Berlin, Urt. v. 08.12.2015 – 16 O 449/15, Rn. 19 = BeckRS 2016, 08023; *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (248); *Apel*, in FS: Hertin, S 349 ff.; *Ladour*, GRUR 2005, 559 (562).

¹⁰¹¹ BGH, GRUR 2004, 602 – 20 Minuten Köln; *Omsels*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 4 Nr. 10 Rn. 246; vgl. bereits oben zu den Medienfreiheiten und der Berufsfreiheit Teil II, Kapitel 4. § 1. B. C.

¹⁰¹² Vgl. *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 256.

Gerade im Bereich des mobilen Internets ist das Interesse der Nutzer über die Kontrolle der Art und Weise, in der ihr Internetvolumen verwendet wird, von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Internetwerbung kann je nachdem, ob grafisch, animiert oder videobasiert über die Hälfte des Datenverkehrs vereinnahmen.¹⁰¹³ Hierdurch entstehen nicht nur Zeiteinbußen, sondern abhängig vom gewählten Mobilfunk-Datenplan auch Kosten, welche mangels Transparenz nicht vermieden werden können.

Gleichzeitig führt der Datenverbrauch zu einer erhöhten Prozessorauslastung, die wiederum auf den insbesondere bei Mobilfunkgeräten wichtigen Akkuverbrauch enormen Einfluss nimmt. Nach aktuellen Untersuchungen soll In-App-Werbung auf dem Android Betriebssystem für bis zu 75 % des gesamten Energieverbrauchs einer App verantwortlich sein.¹⁰¹⁴ Hier werden die Parallelen zur Direktwerbung deutlich. Zwar handelte es sich dort zumeist um das Eindringen in die Privatsphäre, allerdings müssen auch beim Betreten des öffentlichen Raums im Internet die Interessen, wenn auch in einem möglicherweise geringeren Umfang, beachtet werden. Wenn daher der BGH innerhalb der Abwägung beachtet, dass durch Telefax-Werbeschreiben dem Empfänger Kosten durch den Verbrauch von Papier, Toner und Strom entstehen¹⁰¹⁵, so ist dies auch, wie zuvor bereits erwähnt, nicht vollkommen außer Acht zu lassen.

Zwar steuert der Einzelne die Internetseiten in dem Wissen an, dass er dort Werbung ausgesetzt wird, dennoch ist ihm wie beim Ansprechen in der Öffentlichkeit auch hier eine Möglichkeit zu geben, unerwünschten Belästigungen aus dem Weg zu gehen. Der Verweis auf das Verlassen der Internetseite kann hier nicht mehr als hinreichender Selbstschutz bewertet werden. Dies würde der Stellung des Internets in der heutigen Gesellschaft und der Notwendigkeit eines präventiven Schutzes nicht gerecht werden. Der Datenverbrauch und die Computerressourcen werden in Echtzeit durch die Internetseite in Anspruch genommen. Der Nutzer wird nicht zunächst gefragt, ob er das 10 Megabyte große Werbebanner nutzen möchte. Stattdessen wird er unwissend nur durch Eingabe der Domain dem Willen des Internetseitenbetreibers ausgesetzt. Gerade hierdurch wird die wichtige Stellung der Selbstbestimmung über die einzelnen per HTTP abrufbaren Ressourcen deutlich. Der Adblocker stellt insoweit einen Mehrwert dar, indem er die

¹⁰¹³ Einer Studie zufolge haben Leute, die keine Adblocker benutzen, einen bis zu 79 % höheren Datenverbrauch als Leute mit aktiviertem Adblocker, *Halfond et. Al.*; Truth in advertising: the hidden cost of mobile ads for software developers; veröffentlicht in ICSE '15 Proceedings of the 37th International Conference on Software Engineering – Volume 1, S 100.

¹⁰¹⁴ Artikel „Without ads, Android apps could be more than twice as power-efficient“, abrufbar unter: <https://www.theverge.com/2012/3/19/2884902/android-apps-battery-efficiency-study>.

¹⁰¹⁵ BGH, CR 1996, 337 (339) – Telefax-Werbung.

Nutzer vor der Suggestionwirkung, dem Datenverbrauch, der Ressourcenlast und den damit zusammenhängenden Faktoren Zeit und Kosten schützt.

Wie bereits angedeutet, ist dabei auch das Internet im Kontext seiner heutigen gesellschaftlichen Stellung zu verstehen. Nicht nur die Konvergenz der Medien, sondern auch das gesellschaftliche Leben deutet auf einen immer stärkeren Wandel in Richtung einer digitalen Gesellschaft hin. Bereits der BGH betonte die zentrale Bedeutung des Internets für die eigenwirtschaftliche Lebenshaltung.¹⁰¹⁶ Es ist deshalb von enormer Bedeutung, das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen auch hier hervorzuheben und dessen Existenz zu sichern. Werkzeuge, die diesen Zweck verfolgen, fördern gerade dieses schützenswerte Interesse.¹⁰¹⁷ Während bereits jetzt ein Großteil der Informationsbeschaffung digital über Datenbanken, öffentliche Quellen und E-Books von statten geht, prophezeit das Silicon Valley, dass der Mensch in naher Zukunft VR-Brillen tragend durch die Fußgängerzone schlendert. Das Internet wird den wesentlichen Bestandteil der kommunikativen, informativen Gesellschaft begleiten. Genau so wenig wie der Einzelne zum Schutz vor Telefon-, Brief- oder E-Mail-Werbung darauf verwiesen werden darf, diese Kommunikationsgeräte schlichthin nicht mehr zu nutzen, kann daher auch der Internetnutzer nicht hierauf verwiesen werden. Das Interesse, einen Zugewinn an Selbstbestimmung zu erhalten, ist folglich in hohem Maße schutzwürdig.

Hiergegen spricht auch nicht der in der Rechtsprechung behandelte Fall der Beilagenwerbung in Zeitschriften¹⁰¹⁸. Es ging um Zeitungsabonnenten, die sich gegen den Einwurf einer Zeitung inklusive der zu der Zeitung zugehörigen Beilagenwerbung wehrten. Im Ergebnis hielten die Gerichte fest, dass kein Leser einen Anspruch darauf habe, eine Werbezeitung ohne Werbebeilage zugestellt zu bekommen. Der Anspruch aus dem Abonnementvertrag umfasse lediglich die in eigener Verantwortung hergestellte Ware. Es liege damit in alleiniger Entscheidung des Verlegers, ob „Werbung in Form von Texten, Inseraten oder Beilagen“¹⁰¹⁹ beigelegt werden.

Der Anspruch des Internetbesuchers auf eine werbefreie Rezeption der redaktionellen digitalen Inhalte existiert ebenso wenig, wie dies bei seinem analogen Gegenpart der Fall ist. Aus der Nichtexistenz eines Anspruches folgt jedoch nicht sogleich, dass der Nutzer nicht trotzdem angemessene Maßnahmen ergreifen kann, die verhindern, dass er Werbung sieht. Im Internet kann die Installation von Erweiterungen, die öffentlich zugängliche Internetseiten unter Auslassung

¹⁰¹⁶ BGH, MMR 2013, 611 (613) – Ausfall des Internetzugangs.

¹⁰¹⁷ A. A. zur Zulässigkeit des Angebots Dritter *Ladeur*, GRUR 2005, 559 (562).

¹⁰¹⁸ OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913; LG Bonn, NJW 1992, 1112; diesbezügliche Anmerkungen: *Wolff*, BB 1993, 2179 als Erwiderung auf *Zepter*, BB 1993, 1386 f.

¹⁰¹⁹ OLG Karlsruhe, NJW 1991, 2913 (2914).

von Werberessourcen rendern und bestimmte Ressourcen nicht herunterladen, eine solche Maßnahme darstellen.

Hinzukommt, dass Adblocker das einzig effektive Werkzeug darstellen, das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Nutzer präventiv zu schützen. Denn nur so können Tracking-Cookies und Malware, die nicht datenschutzkonform sind, vom Aktivieren bzw. Herunterladen gestoppt werden.¹⁰²⁰ Gerade aufgrund der in den letzten Jahren stark steigenden Bedrohung¹⁰²¹ ist das Interesse des Nutzers, präventiv Malware vorzubeugen, nicht zu vernachlässigen. Dass die streitgegenständliche Software nicht danach differenziert, ob eine unschädliche oder eine invasive Anzeige geschaltet wurde, ist ein hinnehmbares Übel, da ein präventiver Schutz anders nicht umzusetzen ist.¹⁰²²

Es liegt in der Hand der werbefinanzierten Internetseiten- und Fernsehunternehmen in Zusammenarbeit mit den werbenden Unternehmen, die Werbung für den Konsumenten ansprechender und interessanter zu gestalten. Es besteht auch die Möglichkeit, sich über ein entgeltliches Geschäftsmodell zu refinanzieren. Dass dies möglich ist, zeigen Unternehmen wie Sky Deutschland, Streaming-Anbieter und digitale Angebote wie BildPlus und Patreon. Auch ein Blick auf den europäischen Fernsehmarkt deutet darauf hin, dass Abonnements als Erlösquelle in Frage kommen. In Großbritannien, Irland, den Niederlanden und Frankreich sind die Abonnement-Einnahmen bereits für den Hauptteil des Umsatzes verantwortlich.¹⁰²³

Insgesamt ist dem Interesse der Allgemeinheit und dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen ein stärkeres Gewicht als dem Interesse der Werbenden und Plattformbetreibern an dem Erfolg ihres Werbegeschäfts beizumessen.

c. Allgemeine Marktbehinderung

Eine allgemeine Marktbehinderung oder -störung kann dann in Betracht kommen, wenn ein für sich genommen nicht unlauteres, aber doch bedenkliches Wettbewerbsverhalten allein oder in Verbindung mit gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet,

¹⁰²⁰ So bereits LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 38).

¹⁰²¹ Aktuelle Zahlen „Malware-Trends 2017“, abrufbar unter: <https://www.gdata.de/blog/2017/04/29667-malware-trends-2017>.

¹⁰²² LG Stuttgart, Urt. v. 10.12.2015 – 11 O 238/15, Rn. 45, juris = BeckRS 2016, 08024.

¹⁰²³ „OFCOM International Communications Market Report 2015“, S. 15, abrufbar unter: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0020/31268/icmr_2015.pdf.

den Leistungswettbewerb in nicht unerheblichem Maße einzuschränken.¹⁰²⁴ Anders als die Individualbehinderung konzentriert sich die allgemeine Marktbehinderung nicht auf einzelne Mitbewerber, sondern auf den Markt als Ganzes.¹⁰²⁵

Die in den letzten Jahren immense Verbreitung von Internet-Adblockern legt den Schluss nahe, dass hieraus eine für den Markt der werbefinanzierten Medienunternehmen nicht hinnehmbare Bedrohung erwächst. Nach einem Adblock-Bericht verwenden Nutzer derzeit auf 615 Millionen Geräten einen Internet-Werbeblocker. Die Wachstumsrate 2016 betrug 30 % im Vergleich zum Vorjahr. Insgesamt 29 % der deutschen Internetnutzer verwenden einen Werbeblocker.¹⁰²⁶

Ein Fernsehwerbeblocker konnte sich auf dem Markt bisher nicht durchsetzen. Offizielle Zahlen über die Verbreitung existieren nicht. Der Erfolg der Internet-Adblocker lässt sich einerseits mit der komfortablen Installationsmöglichkeit erklären, andererseits aber auch mit den niedrigen Erwerbskosten. Die Fernsehfee hatte zur Markteinführung einen Kaufpreis von 300,00 DM. Hinzu kamen monatliche Gebühren.¹⁰²⁷ Auch heute erhält man die Fernsehfee erst ab einem Preis von über 100,00 €. ¹⁰²⁸ Die am meisten verbreiteten Internet-Adblocker sind hingegen kostenlos als Browser-Add-on zu erhalten.¹⁰²⁹ Nur hinsichtlich dieser kommt daher eine allgemeine Marktbehinderung überhaupt in Betracht.

Es existieren Internetseiten, bei denen bis zu 50 % der Nutzer einen Adblocker installiert haben. Dies führt – entgegen der Ansicht einiger¹⁰³⁰ – jedoch nicht zwangsläufig zu einer unlauteren allgemeinen Marktbehinderung. Wie oben dargelegt, stellt das Anbieten, Bewerben und Inverkehrbringen von Adblockern eine lautere Wettbewerbshandlung dar, die sich zwar in Konkurrenz zu den Werbeplattformen stellt, allerdings gleichzeitig den Nutzern einen wichtigen Mehrwert bietet. Wenn der BGH und das Landgericht München sodann eine Marktstörung ablehnen, da das Wettbewerbsrecht den Marktteilnehmern keinen Besitzstand dahingehend zuspreche, dass das bislang erfolgreiche Entgeltmodell und der Kundenstamm erhalten bleibe, ist dem zuzustimmen.¹⁰³¹ Es ist dem freien Wettbewerb immanent, dass sich bestehende Strukturen wandeln und Unternehmen auf neues Nutzerverhalten und geänderte Marktbedingungen reagieren

¹⁰²⁴ BGH, GRUR 2004, 960, 961 – 500 DM-Gutschein für Autokauf; BGH, GRUR 1965, 489 – Kleenex; *Hasselblatt*, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, HdBWettbewerbsrecht, § 57 Rn. 210; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, § 4 Rn. 5.3.

¹⁰²⁵ *Pfeifer*, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 4 Rn. 10, Rn. 29.

¹⁰²⁶ PageFair Adblock Report 2017, abrufbar unter <https://pagefair.com/blog/2017/adblockreport/>.

¹⁰²⁷ OLG Frankfurt, NJW 2000, 2029 (2030).

¹⁰²⁸ Vgl. Angebot auf www.amazon.de (Fernsehfee 2.0), aufgerufen am 28.06.2017.

¹⁰²⁹ Hierzu gehören Adblock Plus, AdBlock, µBlock und Adguard.

¹⁰³⁰ Vgl. *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (339 f.).

¹⁰³¹ BGH, GRUR 2018, 1251 (1256) – Werbeblocker II; LG München I, Urt. v. 27.05.2015 – 37 O 11673/14, Rn. 230, juris = BeckRS 2015, 09562; ähnlich *Hoeren*, K&R 2013, 757 (761 f.); *Fritzsche*, WRP 2016, 1036 (1036).

müssen.¹⁰³² Hier ist auch zu berücksichtigen, dass den Medienunternehmen weiterhin die Möglichkeit offensteht, ihre Inhalte werbefinanziert zu betreiben.¹⁰³³ Durch unterschiedliche Werbeformen und Gegenmaßnahmen sind derzeit große Teile von Werbeadressaten weiterhin erreichbar.¹⁰³⁴

Auch die Presse- und Rundfunkfreiheit ist hier nicht verletzt.¹⁰³⁵ Die institutionelle Garantie der Medienfreiheiten vermag hieran nichts zu ändern.¹⁰³⁶

Die Medienpluralität wird zwar möglicherweise verringert, wenn Internetseiten und Fernsehsender Inhalte anbieten, für welche Konsumenten kein Entgelt zahlen wollen oder die Seitenbetreiber keine Zugriffsschranken zum Schutz ihres Geschäftsmodells etablieren, jedoch sind Inhalte, die nur durch die Erregung von reißerischen Schlagzeilen Aufmerksamkeit erregen und für die der Konsument es nicht für Wert erachtet, Geld zu bezahlen, von vornherein nicht im nennenswerten Maße unter der Institutsgarantie schutzwürdig, sodass diese Inhalte auch nicht künstlich am Leben erhalten werden müssen, indem man Adblocker als wettbewerbswidrig erklärt. Zwar gelten die Medienfreiheiten nicht nur für die seriöse Presse, jedoch kann in der Abwägung berücksichtigt werden, ob der Informationsanspruch zur Bildung der öffentlichen Meinung beiträgt oder ob lediglich die oberflächliche Unterhaltung gefördert wird.¹⁰³⁷ Wenn es um informative, aber auch unterhaltende Inhalte geht, sind Nutzer auch bereit, ein Entgelt zu bezahlen. Im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit, der Möglichkeit der Medienunternehmen, sich anderweitig zu finanzieren und die wichtige Funktion von Werbeblockern ist eine allgemeine Marktstörung zu verneinen.¹⁰³⁸

d. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das Anbieten von Soft- und Hardware zur Blockierung von Werbung keine gezielte Behinderung und keine allgemeine Marktbehinderung darstellt. Im Hinblick auf die Wettbewerbsfreiheit und der dafür notwendigen Begründung eines Verbotes sprechen die überwiegenden Gründe gegen eine lauterkeitsrechtliche Unzulässigkeit.

¹⁰³² LG München I, Urt. v. 27.05.2015 – 37 O 11673/14, Rn. 230, juris = BeckRS 2015, 09562.

¹⁰³³ So auch BGH, GRUR 2018, 1251 (1256) – Werbeblocker II.

¹⁰³⁴ In der Rechtsprechung wurde ausgeführt: Eine allgemeine Marktbehinderung sei erst dann in Betracht zu ziehen, wenn die Möglichkeit frei zugängliche Inhalte mit Werbung zu koppeln, in Gänze unmöglich wäre, was aufgrund der Abwehrmöglichkeiten, wie dem Aussperren der Blockernutzer derzeit nicht der Fall wäre, OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1087); LG München I, MMR 2016, 406 (409); auch verneinend BGH, GRUR 2004, 877 (880) – Werbeblocker I; vgl. hierzu auch OLG Frankfurt, NJW 2000, 2029 (2030).

¹⁰³⁵ KG Berlin, MMR 2002, 483; a. A. LG Berlin, MMR 1999, 640; der BGH verneinte eine allgemeine Marktbehinderung aus dem Grund, dass eine existentielle Bedrohung bereits nicht von der Klägerin dargetan wurde: BGH, GRUR 2004, 877 (880) – Fernsehfee; vgl. hierzu auch OLG Frankfurt, NJW 2000, 2029 (2030).

¹⁰³⁶ So aber *Raithel*, Werbeblocker im Internet, S. 176.

¹⁰³⁷ So bereits BVerfG, Beschl. v. 14.02.1973 – 1 BvR 112/65, Rn. 30 – Soraya, juris.

¹⁰³⁸ Entgegen *Raithel*, Werbeblocker im Internet, S. 186.

Stattdessen sind die Medienunternehmen als relativ mildestes Mittel auf hinnehmbare, leicht umsetzbare Gegenmaßnahmen zu verweisen, falls diese an der Werbefinanzierung als Geschäftsmodell festhalten wollen. Es ist gerade Sinn und Zweck der Wettbewerbsordnung, dem freien Spiel der Kräfte des Marktes im Rahmen der gesetzten Rechtsordnung Raum zu gewähren.¹⁰³⁹ Diese marktliberale Linie wurde in letzter Zeit immer wieder vom BGH betont. Die Entscheidungen Paperboy, Flugvermittlung im Internet, Automobil-Onlinebörse und World of Warcraft II¹⁰⁴⁰ halten grundsätzlich fest, dass eine öffentliche Webseite so verwendet werden kann, dass Inhalte extrahiert und eingefügt werden können, solange keine Schutzvorkehrung unterlaufen wird.¹⁰⁴¹ Nichts anderes kann mithin für das isolierte Herunterladen von vom Internetseitenbetreiber öffentlich angebotenen Ressourcen oder dem automatisierten Umschalten zwischen Fernsehwerbeblöcken gelten. Welche Schutzvorkehrungen hier als Gegenmaßnahmen gewählt werden können, wird rechtlich zu beurteilen sein. Dies ist Teil späterer Abhandlungen.

g) Eigener Ansatz zum Angebot einer Whitelist

Während eine gezielte Behinderung durch das Herausfiltern von Werbung aufgrund der Nutzerinteressen und der technischen Eigenart der technischen Plattform nicht vorliegt, stellt sich die Frage, ob für das Angebot der Freischaltungsmöglichkeit an zuvor blockierte Internetseitenbetreiber etwas anderes gilt.

a. Verdrängungsabsicht

Auch hier muss eine gezielte Behinderung mangels einer Verdrängungsabsicht ausscheiden. Genau wie bei der Werbeblockierung setzt auch die Dienstleistung der Freischaltung von der Blockierung die Existenz werbefinanzierter Medien voraus, da ansonsten die Blockierung sowie die angebotene Freischaltung zur Aufhebung der Blockierung gar nicht notwendig wäre. Wenn Stimmen in der Literatur¹⁰⁴² anführen, dass eine Freischaltung akzeptabler Werbung sogar zu einer wirtschaftlichen Besserstellung führe, so ist dem zuzustimmen. Dies gilt selbstverständlich nur in dem Kontext, dass das Anbieten eines Adblockers als lautere Geschäftspraktik zu qualifizieren ist.

¹⁰³⁹ BGH, GRUR 1990, 44 (45) – Annoncen-Avis.

¹⁰⁴⁰ BGH, MMR 2003, 719 – Paperboy; BGH, WRP 2011, 1469 – Automobil-Onlinebörse; BGH, WRP 2017, 434 – World of Warcraft II; BGH, WRP 2014, 839 – Flugvermittlung im Internet.

¹⁰⁴¹ Vgl. Luckhaus, K&R 2016, 313 (314).

¹⁰⁴² Köhler, WRP 2014, 1017 (1021 f.).

b. Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten
Das Anbieten einer Whitelist führt nicht zu einer Behinderung, die zur Folge hat, dass die Leistungen der Medienunternehmen am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung gebracht werden können. Hier ist erneut auf die Möglichkeit hinzuweisen, Gegenmaßnahmen zu ergreifen, die es Adblock-Nutzern nur noch eingeschränkt oder sogar überhaupt nicht mehr ermöglichen, die Internetseite aufzurufen. Das Angebot, sich in eine Whitelist eintragen lassen zu können, stellt so nur ein weiteres Angebot zur Umgehung der Werbeblockierung dar. Auch wenn dies, abhängig von dem Angebot des Whitelist-Betreibers, teilweise nur gegen eine Umsatzbeteiligung erfolgt, zahlt das Medienunternehmen lediglich dafür, dass es erneut Zugriff auf die zuvor verloren gegangenen Adblocker-Nutzer erhält.

Wenn argumentiert wird, dass eine Freischaltung von bestimmter Werbung nicht mehr vom Interesse des sich eines Filterprogramms bedienenden Nutzers umfasst sei¹⁰⁴³, so ist darauf zu verweisen, dass der Nutzer stets die Möglichkeit hat, einen anderen Blocker zu benutzen oder die Whitelist bei sich auszustellen. Der Wille des Nutzers steht insoweit weiterhin im Vordergrund, da er möglicherweise nichts gegen eine Werbefinanzierung an sich hat¹⁰⁴⁴, er jedoch präventiv gegen besonders aufdringliche oder die Privatsphäre verletzende Werbung vorgehen möchte. Diese Möglichkeit bietet ihm die „Acceptable Ads“¹⁰⁴⁵-Whitelist. Die Whitelist dient der Umsetzung der Idee, dass Werbung an sich nicht negativ ist, sondern einen Mehrwert für die Werbenden und Beworbenen darstellen kann. Unter der Prämisse der Wahrung der Privatsphäre des Nutzers und der gemäßigten Aufdringlichkeit lässt Adblock Plus beispielweise Werbung zu, die den natürlichen Lesefluss des Nutzers nicht stört, die immer als Werbung zu erkennen ist und die mit ihrer Größe den Bildschirm des Beworbenen nicht zu sehr vereinnahmt.¹⁰⁴⁶ Vom „Acceptable-Ads“-Programm ausgeschlossen sind deshalb unter anderem animierte, expandierende Werbeformen.

Dass manche Werbemethoden hierdurch benachteiligt werden und zum Beispiel Suchmaschinenanbieter Vorteile dadurch haben, dass sie bereits sowieso ausschließlich Textwerbung anbieten, ist mit dem in § 7 Abs. 1 S. 1 UWG angelegten grundsätzlichen Interesse zu rechtfertigen, dass Werbung „zumutbar“ sein muss. Es kann Suchmaschinenbetreibern daher nicht ne-

¹⁰⁴³ Gomille, GRUR 2017, 241 (248).

¹⁰⁴⁴ Zu einer von Adblock Plus durchgeführten Umfrage: <https://adblockplus.org/blog/adblock-plus-user-survey-results-part-3>.

¹⁰⁴⁵ Name der Whitelist von Adblock Plus.

¹⁰⁴⁶ Beitrag „Kriterien für Acceptable Ads“, abrufbar unter: <https://adblockplus.org/de/acceptable-ads#criteria>; vgl. auch die aufgestellten Standards „The Better Ads Standards“ der „Coalition for Better Ads“. Dieser gehören Google und Facebook an, abrufbar unter: <https://www.betterads.org/standards/>.

gativ ausgelegt werden, dass sie bereits von vornherein weniger störende Werbemethoden verwenden. Die Tatsache, dass der Betreiber eines Adblocker-Programms bestimmt, welche Werbeformen zulässig sind und welche nicht und er somit eine gewisse Macht über die Werbelandschaft ausüben kann, ist keine Sache der grundsätzlichen Zulässigkeit der Whitelist, sondern höchstens eine inhaltliche Frage der Kriterien für die Whitelist.

Für die Annahme, dass eine Whitelist Mitbewerber nicht gezielt behindert, spricht auch die bisher ergangene Rechtsprechung. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit zu einem ähnlichen Fall entschieden, bei dem es um die differenzierende Verhinderung von Briefkastenwerbung ging.¹⁰⁴⁷ Ein Zeitungsverleger kostenloser Anzeigenzeitungen (X) verteilte an Haushalte Aufkleber mit dem Inhalt „Bitte keine einzelnen Werbeprospekte oder kostenlose Zeitungen zustellen. Nur von [X].“ Der Zeitungsverleger gab den Briefkasteninhabern damit eine Möglichkeit, Werbung differenziert zu blockieren. Das Gericht führte in seiner Urteilsbegründung aus, dass hierdurch eine gezielte Behinderung der Mitbewerber vorliege, da diese nicht mehr die Möglichkeit hätten, ihre Leistung durch eigene Anstrengung in angemessener Weise zur Geltung bringen zu können.¹⁰⁴⁸ Unter Außerachtlassung, dass dem Urteil im Ergebnis nicht zuzustimmen ist¹⁰⁴⁹, da es nicht berücksichtigt, dass es insoweit die Nutzer sind, die letztlich den Aufkleber anbringen, sind die Entscheidungsgründe des Urteils auch nicht auf die hier vorliegende Konstellation des Adblockings anzuwenden.¹⁰⁵⁰ So ließe sich zwar vertreten, dass nach Anbringen des Werbeaufklebers der Mitbewerber die Werbekunden nicht mehr über die Briefkastenwerbung in ihm zumutbarer Weise erreichen könne, jedoch ist dies aufgrund der Besonderheit der Plattform Internet nicht analog auf vorliegenden Fall anwendbar. Denn wie bereits oben aufgezeigt, stehen dem werbenden Medienunternehmen sehr wohl noch Möglichkeiten offen, den verlorenen Werbekunden wieder zu erreichen.

Die differenzierende wie die vollständige Werbeblockierung stellen im Ergebnis keine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG dar.

h) Unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten durch Werbeersetzung

Wie bereits oben angesprochen, gibt es Browser-Anbieter, die es sich zum Ziel gesetzt haben, nicht die Werbung auf Internetseiten zu entfernen, sondern diese mit Werbung zu ersetzen,

¹⁰⁴⁷ OLG Brandenburg, WRP 2015, 362.

¹⁰⁴⁸ OLG Brandenburg, WRP 2015, 362 (Rn. 12).

¹⁰⁴⁹ So auch Pfeifer, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 4 Nr. 10 Fn. 1097.

¹⁰⁵⁰ Entgegen Gomille, GRUR 2017, 241 (248).

welche zuvor nach eigenen Kriterien ausgewählt wurde und dann über das eigene Werbenetzwerk an den Nutzer übermittelt wird. Diese Handlung geht noch einen Schritt über die reine Werbeblockierung hinaus. Hier unterbleibt nicht nur der Download der Werbung entgegen dem Willen des Internetseitenbetreibers, stattdessen werden die auf der Internetseite vorgesehenen Werbeplätze durch Werbung eines externen Dritten ersetzt.

Funktional arbeitet der Browser dabei wie ein gewöhnlicher Adblocker. Zunächst werden die auf einer Filterliste enthaltenen Werbeadressen nicht per HTTP-Request angefordert. In einem zweiten Schritt wird auf derselben Internetseite sodann Werbung während des Rendering-Prozesses eingeführt, die der Browser aus seinem eigenen Werbenetzwerk per HTTP-Request nachlädt. Die hierdurch generierten Werbeumsätze werden auf den Seitenbetreiber (55 %), den Werbenden (15 %), den Browserbetreiber (15 %) und auch den Werbeadressaten (15 %) verteilt.¹⁰⁵¹

Anknüpfend an die obigen Ausführungen zur rechtlichen Zulässigkeit der vollständigen Werbeblockierung führt auch hier erst die Nutzung des Browsers durch den Nutzer unter Ausnutzung der vom Internet gewährleisteten technischen Möglichkeiten zur Werbeersetzung. Hier kann sodann nichts anderes zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit gelten. Solange auf Grundlage einer Nutzerentscheidung die Ansicht des Inhalts einer öffentlich zugänglichen Internetseite an den Wunsch des Nutzers in dessen Browserumgebung geändert wird und hierdurch nur noch zuvor geprüfte, nach gewissen Maßstäben als zumutbar klassifizierte Werbung angezeigt wird, stellt dies ein nach wettbewerblichen Maßstäben legitimes, wettbewerbseigenes Mittel dar, das auf der ordnungsgemäßen Funktionsweise des Internets aufbaut und vom Seitenbetreiber hingenommen werden muss, solange er nicht aktiv Gegenmaßnahmen zur Herstellung der Integrität seiner Inhalte mit der Errichtung von Schutzvorrichtungen einleitet¹⁰⁵², um mit Hilfe wettbewerbseigener Handlungen seine Handlungsfreiheit im Markt zu wahren.¹⁰⁵³

III. Nachahmungsschutz vor der Werbeersetzung durch Werbeblocker-Betreiber

Bei der Werbeersetzung kommt auch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen in Frage, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind (§ 4 Nr. 3 UWG).

¹⁰⁵¹ Beitrag „What is Brave Ad Replacement“, abrufbar unter: <https://www.brave.com/about-ad-replacement/>.

¹⁰⁵² So wohl auch *Zimprich/Jeschke*, MMR 2016, 300 (303).

¹⁰⁵³ Vgl. hierzu *Pfeifer*, in *Teplitzky/Pfeifer/Leistner*, UWG, § 4 Nr. 10 Rn. 376.

1. Vorliegen einer Nachahmungshandlung gem. § 4 Nr. 3 a) – c) UWG

Der wettbewerbsrechtliche Nachahmungsschutz setzt voraus, dass ein Unternehmer ein Leistungsergebnis eines Mitbewerbers nachahmt, das eine wettbewerbliche Eigenart aufweist, dieses auf dem Markt anbietet und hinzukommend besondere Umstände vorliegen, die sein Verhalten als unlauter erscheinen lassen. Der besondere Umstand richtet sich nach dem Katalog des § 4 Nr. 3 a) – c) UWG. Für den vorliegenden Sachverhalt erscheint nur Nr. 3a) von Relevanz. Der besondere Umstand liegt hier in der Herbeiführung einer vermeidbaren Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft der Waren oder Dienstleistungen.

2. Gegenstand des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes

Durch das Anzeigen der „Ersatzwerbung“ könnte eine vermeidbare Täuschung der Internetnutzer als Abnehmer über die betriebliche Herkunft der Werbeanzeige als Ware herbeigeführt werden. Die vom Wortlaut vorgegebene Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Waren und Dienstleistungen wird grundsätzlich als zu eng verstanden. Aus diesem Grund sind die Begriffe weit auszulegen, sodass von der Norm Leistungs- und Arbeitsergebnisse aller Art umfasst werden.¹⁰⁵⁴ Es ist dabei anerkannt, dass Werbenachrichten schutzwürdige Leistungsergebnisse darstellen können.¹⁰⁵⁵ Des Weiteren kommt im Hinblick auf die Nachahmungshandlung auch in Betracht, dass man nicht auf die Werbenachricht abstellt, sondern auf den Werbeplatzhalter, der sich im Quellcode der Internetseite befindet. Denn letztlich wird – im Vorgriff gleich folgender Ausführungen – nicht die Werbenachricht nachgeahmt, sondern nur die Stelle, an der die eigentliche Werbung platziert wäre.

3. Wettbewerbliche Eigenart

Darüber hinaus müssen diese Leistungsergebnisse eine wettbewerbliche Eigenart besitzen. Eine wettbewerbliche Eigenart ist dann gegeben, „wenn die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen“¹⁰⁵⁶.

Hier gilt es, im konkreten Fall zu differenzieren. Bestimmte Werbenachrichten lassen unweigerlich aufgrund ihrer ästhetischen Aufmachung auf die betriebliche Herkunft schließen. In derselben Deutlichkeit ist jedoch zu betonen, dass im Quellcode eingebettete Werbeplatzhalter keine wettbewerbliche Eigenart besitzen. Dies sind lediglich technische, für den Nutzer meist

¹⁰⁵⁴ BGH, WRP 2015, 1477 (Rn. 73) – Goldbären; Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 3.21.

¹⁰⁵⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 3.22.

¹⁰⁵⁶ BGH, GRUR 2016, 730 (Rn. 33) – Herrnhuter Stern; BGH, WRP 2016, 854 (Rn. 16) – Hot Sox; Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 3.24.

nicht wahrnehmbare Programmcodes, die insoweit keine weiteren Rückschlüsse auf eine betriebliche Herkunft zulassen. Für die Nachahmungshandlung muss daher auf die konkrete Werbenachricht abgestellt werden.

4. Herbeiführen einer Täuschung über die betriebliche Herkunft

Nachfolgend stellt sich somit die Frage, ob durch die Ersetzung einer Werbenachricht durch eine andere Werbenachricht die geforderte Nachahmungshandlung zu bejahen ist. Problematisch ist insoweit, dass der Nachahmungsschutz sich immer auf die konkrete Gestaltung bezieht.¹⁰⁵⁷ Die konkrete Gestaltung wird vorliegend jedoch nicht nachgeahmt, sondern lediglich ersetzt. Des Weiteren setzt eine Nachahmung voraus, dass das Produkt mit dem nachgeahmten Originalprodukt übereinstimmt oder ihm zumindest so ähnlich sein muss, dass es sich in ihm wiedererkennen lässt¹⁰⁵⁸. Ziel des Werblocker-Anbieters ist es vorliegend, seinen Kunden eine verträglichere, weniger belästigende Werbung anzuzeigen. Folglich wird gerade eine andere Werbebotschaft dem Nutzer angezeigt, die von dem Originalprodukt erheblich abweicht. Eine Verletzung des Nachahmungsschutzes scheidet daher aus.

IV. Aggressive geschäftliche Handlung durch differenzierende Werblocker, § 4a UWG

§ 4a UWG wurde 2015 aufgrund einer Gesetzesnovelle in das UWG eingeführt¹⁰⁵⁹. Nach dem Wortlaut der Norm ist es Ziel, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer gegen aggressive geschäftliche Handlungen zu schützen, die geeignet sind, jene zu einer Entscheidung zu bewegen, die sie ohne die Handlung nicht getroffen hätten.

Gemäß § 4a Abs. 1 S. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit der geschützten Personen erheblich zu beeinträchtigen. Die Beeinträchtigung muss hier durch den Einsatz eines qualifizierten Einflussmittels geschehen. Zu nennen sind die in Abs. 1 S. 2 genannten Fallgruppen der Belästigung, der Nötigung und der sonstigen unangemessenen Beeinflussung. Letztere ist gem. § 4a Abs. 1 S. 3 UWG dann gegeben, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, welche die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

¹⁰⁵⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 3.23.

¹⁰⁵⁸ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 3.35 ff.

¹⁰⁵⁹ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 4a Rn. 1.2.

Die vorausgesetzte „Aggressivität“ der geschäftlichen Handlung bemisst sich dabei nach den in Abs. 2 genannten Kriterien. Beispielhaft sind dies der Zeitpunkt, der Ort, die Art oder Dauer der Handlung (Nr. 1), die Verwendung drohender Formulierungen oder Verhaltensweisen (Nr. 2) oder das Errichten belastender oder unverhältnismäßiger Hindernisse nicht vertraglicher Art, die dazu dienen, einen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern (Nr. 3).

1. Ansichten in der Rechtsprechung und Literatur

Das OLG Köln¹⁰⁶⁰ und einige Stimmen in der Literatur haben bezüglich einer aggressiven geschäftlichen Handlung neben den Medienunternehmen insbesondere auf die werbenden Unternehmen abgestellt.¹⁰⁶¹

Das Whitelisting stelle demnach eine aggressive geschäftliche Handlung in Form eines Hindernisses nichtvertraglicher Art gem. § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG dar, welches die Medienunternehmen in der Ausübung ihrer vertraglichen Rechte gegenüber den Werbepartnern hindere, weil die Sichtbarkeit der gebuchten Werbung erst durch die Freischaltung beim Whitelist-Anbieter erreicht werden könne. Anbieter differenzierender Werbeblocker würden sich in dieses Vertragsverhältnis somit hineindrängen.¹⁰⁶² Die Blacklist wirke als technische Schranke, welche erst nach Aufnahme in die Whitelist durch den Blocker-Betreiber wieder beseitigt werden könne. Durch diese Handlung werde zugleich auch in unlauterer Weise auf die Entscheidungsfreiheit der Werbekunden eingewirkt. Die betroffenen Unternehmen, die ohne Werbeblocker lediglich Werberaum bei Inhaltenbietern buchen müssten, würden durch die Kombination von Black- und Whitelist veranlasst, eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen, die sie ohne die Blockade nicht benötigt hätten.¹⁰⁶³ Ein Indiz hierfür sei, dass weder der Medienbetreiber noch der Werbende ohne das vorherige Blockieren von Werbung irgendwelche Entgelte zur Aufnahme in eine Whitelist zahlen würden.¹⁰⁶⁴ Das Gesamtverhalten der Betreiber von Adblockern lasse diese daher zu einem „Gatekeeper über einen substanziellen Zugang zu Werbefinanzierungsmöglichkeiten“¹⁰⁶⁵ werden. Hierin sei eine unzulässige Beeinflussung i. S. v. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG zu sehen.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁰ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 72).

¹⁰⁶¹ Nink, CR 2017, 103 (108 f.); Fritzsche, WRP 2016, 1036 (1036 f.).

¹⁰⁶² OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1087 f.).

¹⁰⁶³ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 61).

¹⁰⁶⁴ Vgl. Gomille, GRUR 2017, 241 (247 f.).

¹⁰⁶⁵ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 59).

¹⁰⁶⁶ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1087 f.); Gomille, GRUR 2017, 241 (247 f.).

Andere – mitunter auch der BGH – teilen diese Ansicht nicht.¹⁰⁶⁷ § 4a UWG sei weder in Form der Belästigung, der Nötigung noch der unzulässigen Beeinflussung einschlägig. Eine Nötigung scheidet bereits aus, da gerade kein Zwang vorliege, der die Medienunternehmen zum entgeltpflichtigen Abschluss eines Vertrages bezüglich der Freischaltung bewege. Das Verlangen einer Vergütung sei zudem auch rechtlich unbedenklich.¹⁰⁶⁸ Des Weiteren müsse auch das Vorliegen einer „unzulässigen Beeinflussung“ ausscheiden. Eine unzulässige Beeinflussung durch das Vorhalten eines Hindernisses nichtvertraglicher Art im Sinne des § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG sei bereits nicht anwendbar, wenn es um die Einwirkung des Werblocker-Anbieters als Aggressor auf die Ausübung von Rechten in einem Vertragsverhältnis zwischen dem von der geschäftlichen Handlung Betroffenen und einem Dritten gehe. Die Norm schütze nach ihrem Wortlaut und Sinn die Marktteilnehmer nur vor solchen Einwirkungen, die die Ausübung vertraglicher Rechte betreffe, welche dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer gegenüber dem Aggressor zustünden.¹⁰⁶⁹

Auch im Allgemeinen sei die erforderliche Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck zur Einschränkung der Fähigkeit, eine informierte Entscheidung zu treffen, aufgrund des bloßen Anbietens von Vorteilen nicht tatbestandlich erfüllt.¹⁰⁷⁰ Als Vorteil wurde hier die Möglichkeit gesehen, dass sich die geblockten Werbeanbieter in die Whitelist eintragen lassen können. Dies sei eine „weitere Möglichkeit der Verbreitung von Werbung“ und somit als Lösung zur Problematik der Werblockierung zu verstehen.¹⁰⁷¹ Im vorliegenden Fall würde der Nachteil der Seitenbetreiber lediglich darin liegen, dass sie sich weiterhin mit der lauterkeitsrechtlich zulässigen Situation der Blockierung ihrer Werbung abfinden müssten, weil sie nicht gewillt gewesen wären, eine Whitelistvereinbarung abzuschließen. Der Nachteil beschränke sich daher auf die Folgen des Nichtabschlusses eines Geschäfts, sodass die Machtposition schon nicht im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss stehe.¹⁰⁷² Darüber hinaus ließe die Fallkonstellation bereits von vornherein nicht zu, dass übermäßiger Druck auf die Werbenden ausgeübt werde, denn die Medienunternehmen haben die Möglichkeit, Internetnutzer mit aktiviertem Werbe-

¹⁰⁶⁷ BGH, GRUR 2018, 1251 (1256 ff.) – Werblocker II; OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 225 f. – Whitelist I, juris; LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 47 ff., juris.

¹⁰⁶⁸ LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 47 ff., juris.

¹⁰⁶⁹ BGH, GRUR 2018, 1251 (1257 f.) – Werblocker II.

¹⁰⁷⁰ LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 48 f, juris.

¹⁰⁷¹ LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 50, juris; *Nink*, CR 2017, 103 (109); *Kreutz*, Online-Werbung und Werblockersoftware, S. 294 f.

¹⁰⁷² OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 225 f. – Whitelist I, juris.

blocker vollständig vom Besuch der Internetseite auszuschließen oder deren Nutzbarkeit in bestimmter Weise einzuschränken.¹⁰⁷³ Es sei zudem davon auszugehen, dass ein von der Werbeblockierung betroffenes Unternehmen im Rahmen seiner wirtschaftlichen Entscheidungsfindung die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachten und gegeneinander abwägen würde.¹⁰⁷⁴

Stimmen innerhalb der Literatur¹⁰⁷⁵ bezweifeln, ob die Norm überhaupt auf die zugrundeliegende Fallkonstellation gegenüber Medienunternehmen anwendbar ist. Dem Wortlaut nach schützt § 4a UWG nämlich lediglich Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer. Wenn nun die Ansicht vertreten wird, dass sich über Werbung finanzierende Webseitenbetreiber und Ad-block-Betreiber als Mitbewerber gegenüberstehen, so müsse die Norm dem Wortlaut nach ausscheiden.¹⁰⁷⁶

2. Eigener Ansatz

a) Anwendungsbereich der Norm

Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, den Anwendungsbereich des § 4a UWG nicht nur gegenüber Verbrauchern, sondern darüber hinaus auch auf sonstige Marktteilnehmer zu erstrecken.¹⁰⁷⁷ Die der Norm zugrundeliegende Richtlinie¹⁰⁷⁸ richtet sich nur an Verbraucher. Eine Anwendung auf Mitbewerber scheidet nach überwiegender Ansicht aus.¹⁰⁷⁹ Folglich gilt es, anknüpfend an die Diskussion in Rechtsprechung und Literatur, zu klären, inwieweit eine aggressive geschäftliche Handlung gegenüber Medienunternehmen¹⁰⁸⁰ oder Werbekunden¹⁰⁸¹ als potentielle sonstige Marktteilnehmer unter den Anwendungsbereich der Norm fällt.

¹⁰⁷³ LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 50, juris; LG Hamburg, GRUR-RS 2015, 07710 (Rn. 41 f.); *Fritzsche*, WRP 2016, 1036 (1037); *Kreutz*, Online-Werbung und Werbeblockersoftware, S. 295 f.

¹⁰⁷⁴ BGH, GRUR 2018, 1251 (1258) – Werbeblocker II; ähnlich *Fritzsche*, WRP 2016, 1036 (1037); *Nink*, CR 2017, 103 (108).

¹⁰⁷⁵ Hierzu *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338; *Nink*, CR 2017, 103; *Pfeifer*, AfP 2016, 5; *Kreutz*, Online-Werbung und Werbeblockersoftware, S. 286 f.

¹⁰⁷⁶ Eine Ansicht, die von vornherein eine Mitbewerberstellung der Medienunternehmen ablehnt und stattdessen diese als „sonstige Marktteilnehmer“ einordnet, gelangt hingegen zur Anwendung des § 4a UWG, vgl. *Nink*, CR 2017, 103 (108).

¹⁰⁷⁷ Vgl. die Beschlussempfehlung BT Drs. 18/6571.

¹⁰⁷⁸ Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

¹⁰⁷⁹ Vgl. hierzu *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, UWG, § 4a Rn. 1.27; *Götting*, in: *Götting/Nordemann*, UWG, § 4a Rn. 2.

¹⁰⁸⁰ So *Nink*, CR 2017, 103 (108).

¹⁰⁸¹ So OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1087).

Vordergründig berühren Werbeblocker die Interessen der Medienunternehmen, indem es Nutzern ermöglicht wird, bestimmte Werberessourcen nicht herunterzuladen und bei sich anzuzeigen. Hiermit geht jedoch auch eine Beeinträchtigung des Werbekunden einher, indem dessen Werbung nicht mehr beim gewünschten Adressaten abgerufen wird. Wie oben bereits festgestellt, stehen Medienunternehmen und Adblock-Anbieter in einem Mitbewerberverhältnis, sodass der Anwendungsbereich der Norm im Hinblick auf die Medienunternehmen nicht eröffnet ist.¹⁰⁸² Fraglich ist deshalb, ob auf die Werbekunden als vermeintliche sonstige Marktteilnehmer im Rahmen des § 4a UWG abgestellt werden kann.

Vor dem Hintergrund des Konkurrenzmoments und der damit zusammenhängenden Wechselbeziehungstheorie ist allerdings auch zwischen Werbekunden und Anbietern von Werbeblockern von einem Mitbewerberverhältnis auszugehen. Werbeblocker-Betreiber und Werbekunden treten in entgegengesetzter Wirkrichtung durch eine konkrete geschäftliche Handlung an denselben Abnehmerkreis in Wettbewerb zueinander. Denn wie bei den Medienunternehmen ist der Vertrieb eines Internet-Werbeblockers, der sich aus Black- und Whitelist zusammensetzt, auch gegenüber den Werbenden objektiv geeignet und darauf gerichtet, den eigenen Absatz zum Nachteil des anderen zu fördern. Die Werbekunden in Form von Werbenetzwerken oder individuellen Werbepartnern richten sich mit ihrer Werbebotschaft an dasselbe Zielpublikum wie die Adblock-Betreiber. Auch hier behindert der Einsatz eines Adblockers die Werbeanzeige beim gewünschten Adressaten. Folglich sind auch die Werbekunden als Mitbewerber einzuordnen, sodass weder Webseitenbetreiber noch Werbekunden unter den Anwendungsbereich des § 4a UWG fallen.¹⁰⁸³ Hierdurch werden allerdings keine lauterkeitsrechtlichen Schutzlücken offengetan, da aggressive geschäftliche Handlungen gegenüber Mitbewerbern bereits von §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG rechtlich umfasst sind.¹⁰⁸⁴

Geht man allerdings, in Übereinstimmung mit oben zitierten Stimmen, von einer Einordnung des werbenden Unternehmens oder des Webseitenbetreibers als sonstigen Marktteilnehmer aus, gilt es zu klären, ob die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸² Vgl. oben Teil III, Kapitel 9, § 2, B. III. 2.

¹⁰⁸³ So auch *Fritzsche*, WRP 2016, 1036 (1036 f.).

¹⁰⁸⁴ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 4a Rn. 1.27.

¹⁰⁸⁵ *Kreutz* prüft hier auch eine aggressive geschäftliche Handlung gegenüber den Nutzern von Werbeblocker-Software. Im Ergebnis verneint er aber in gebotener Kürze einen Anspruch, da die Nutzer keinerlei Ausübung von Druck unterliegen, sondern die Software freiwillig heruntergeladen und nutzen, vgl. *Kreutz*, Online-Werbung und Werbeblocker-Software, S. 288.

b) Voraussetzungen des Tatbestands

a. Vorliegen eines qualifizierten Einflussmittels gem. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 UWG
Das Vorliegen eines qualifizierten Einflussmittels gem. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 UWG ist zu verneinen. Belästigungen sind hartnäckige Ansprachen, die in die Privat- oder Geschäftssphäre des Angesprochenen hineinragen. Als Nötigung gilt das Inaussichtstellen eines empfindlichen Übels.¹⁰⁸⁶ Die Whitelist wirkt weder in belästigender noch in nötigender Art und Weise. Die Adblock-Betreiber gehen weder direkt gegen einzelne Webseitenbetreiber vor, noch versuchen sie, eine Handlung des Gegenübers zu erzwingen. Grundsätzlich wird jede Werberessource zunächst blockiert. Das Angebot der Freischaltung richtet sich an alle Unternehmen gleichermaßen, unter der Bedingung, dass sich die Werbung dem „Acceptable Ads“-Programm unterwirft.

b. Vorliegen einer unzulässigen Beeinflussung gem. § 4a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG
Gemäß § 4a Abs. 1 S. 3 UWG liegt eine unzulässige Beeinflussung dann vor, „wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem 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.“

(aa) Machtposition des Adblock-Anbieters

Die Anforderungen, welche an das Vorliegen einer Machtposition zu stellen sind, sind umstritten. Während eine weite Ansicht sich dafür ausspricht, neben beruflichen und politischen Bindungen, auch wirtschaftliche, strukturelle, situationsbedingte oder intellektuelle Überlegenheit als Grundlage einer Machtposition anzusehen, stützt sich eine enge Ansicht auf die Position, dass nur eine rein wirtschaftliche Machtposition in Betracht kommen würde.¹⁰⁸⁷

Beide Begriffsverständnisse sind anzuwenden. Während im B2C-Verhältnis das weite Begriffsverständnis für die Annahme einer Machtposition genügt,¹⁰⁸⁸ kann dies so nicht für die Machtposition zwischen Unternehmen übernommen werden. Hier ist aufgrund des geringeren Schutzniveaus und der marktwirtschaftlichen Konkurrenzsituation an das enge Begriffsverständnis anzuknüpfen.¹⁰⁸⁹

¹⁰⁸⁶ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 56).

¹⁰⁸⁷ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 57); *Fritzsche*, WRP 2016, 1 (4).

¹⁰⁸⁸ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4a Rn. 1.57; *Schlingloff*, WRP 2014, 1424 (1425), m. N. a. *Heermann*, in: MüKoLauterkeitsR, UWG, § 4 Nr. 1 Rn. 78.

¹⁰⁸⁹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4a Rn. 1.57; vgl. „Stellungnahme der Wettbewerbszentrale zum Referenten-Entwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“, S. 9, abrufbar unter: <https://www.wettbewerbszentrale.de/media/getlivedoc.aspx?id=33857>; auch *Fritzsche*, WRP 2016, 1 (4).

Das OLG Köln, das eine aggressive geschäftliche Handlung bejahte, stützt sich auf eine technisch begründete Machtposition, indem es die Machtposition vorliegend in der Errichtung und der Kontrolle der Werbeblockade sah.¹⁰⁹⁰ Dem ist zu widersprechen, da in dem behandelten Fall keine wirtschaftliche Machtposition dargelegt werden konnte, welche, wie hier vertreten, jedoch zwischen Unternehmen vorausgesetzt wird. Der Tatsache, dass beide Unternehmen sich an denselben Kundenkreis wenden, kann für sich genommen keine wirtschaftliche Machtposition entnommen werden. Folglich kann es offengelassen werden, in welchem Verhältnis eine lauterkeitsrechtliche Machtposition sich zu der kartellrechtlichen Marktmacht stellt.¹⁰⁹¹

(bb) Zur Ausübung von Druck

Unter der Annahme, dass im Einzelfall eine Machtposition angenommen werden kann, wird diese in der gegebenen Konstellation auch nicht zur Ausübung von Druck gegenüber den Webseitenbetreibern oder den Werbekunden ausgenutzt, um deren Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung wesentlich einzuschränken.¹⁰⁹² Eine Machtposition wird immer dann zur Ausübung von Druck ausgenutzt, wenn der Handelnde sie in einer Weise nutzt, die beim Adressaten den Eindruck erweckt, er müsse mit irgendwelchen Nachteilen außerhalb des angestrebten Geschäfts rechnen, falls er die von ihm erwartete geschäftliche Entscheidung nicht trifft. Der Nachteil darf allerdings nicht bloß darin bestehen, dass der Unternehmer das Geschäft nicht abschließt, wenn der Adressat nicht auf die geforderten Vertragsbedingungen eingeht, da insoweit der Grundsatz der Vertragsfreiheit Vorrang hat.¹⁰⁹³

Die Freischaltungsmöglichkeit ist, wie zuvor erwähnt, eine Leistung, welche der Webseitenbetreiber annehmen kann, um über seine Internetseite Werbung an Nutzer zuzustellen, die sich eines Adblockers bedienen. Der eigentliche Nachteil, dass die Werbung nicht angezeigt wird, rührt von der lauterkeitsrechtlich zulässigen Werbeblockierung her, die der Internetseitenbetreiber aufrechterhält,¹⁰⁹⁴ indem er keine Whitelisting-Vereinbarung abschließt, keine unblockierbare Werbung ausspielt und keine technischen Schutzvorkehrungen auf seiner Seite implementiert. Wenn ihm nun eine Freischaltmöglichkeit angeboten wird, stellt dies für den Adblock-Betreiber, aber auch für das Medienunternehmen einen wirtschaftlichen Vorteil dar. Es ist nicht ersichtlich, mit welchen Nachteilen ein Medienunternehmen rechnen müsste, wenn es

¹⁰⁹⁰ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 59).

¹⁰⁹¹ Vgl. hierzu die unterschiedlichen Ansichten: OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 62); Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4a Rn. 1.16, 1.57.

¹⁰⁹² So wohl auch Fritzsche, WRP 2016, 1036 (1036).

¹⁰⁹³ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 225 – Whitelisting I, juris; Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 4a Rn. 1.59.

¹⁰⁹⁴ Vgl. OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 225 – Whitelisting I, juris.

die Freischaltungsvereinbarung nicht abschließt. Mit Nichtabschluss des Vertrags wird lediglich der rechtlich zulässige Status Quo aufrechterhalten. Mit Abschluss des Freischaltungsvertrags werden hingegen potentielle neue Werbekunden hinzugewonnen. Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die Werbekunden. Die Whitelist stellt auch für diese einen Vorteil dar. Der Argumentation einiger¹⁰⁹⁵, dass whitegelistete Werbekunden doppelte Zahlungen vornehmen müssten, sodass sehr wohl ein Nachteil gegeben sei, kann aufgrund der bereits genannten Gründe und der Tatsache nicht gefolgt werden, dass zur Freischaltung nur eine Umsatzbeteiligung an den Werbeumsätzen verlangt wird und keine hiervon unabhängige Zahlung.

(cc) Wesentliche Einschränkung der Entscheidungsfähigkeit

Die weitere Prüfung scheidet auch an der Voraussetzung des § 4a Abs. 1 S. 3 UWG. So muss die Ausübung von Druck die Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung des Betroffenen wesentlich einschränken. Weder der Werbekunde noch das Medienunternehmen unterliegen einer Einschränkung ihres Entscheidungsvermögens oder ihrer Entscheidungsfähigkeit. Sie werden stattdessen vielmehr zu einer Entscheidung ermutigt¹⁰⁹⁶, indem Whitelist-Betreiber die Möglichkeit bieten, testweise die blockierte Werbung wieder freizuschalten, um die hieraus hinzugewonnenen Werbeumsätze zu identifizieren. Nach einer solchen Testphase kann die Entscheidung getroffen werden, ob die Werbung blockiert bleibt, ein Eintrag in die Whitelist erfolgen soll oder ob andere technische Schutzmaßnahmen implementiert werden sollen. Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit dem Telos des § 4a UWG. Denn Sinn und Zweck der Norm ist es, den Schutz der Entscheidungsfreiheit sonstiger Marktteilnehmer im wirtschaftlichen Verkehr zu gewährleisten. Hier wird die Entscheidungsfreiheit gerade durch eine weitere Wahlmöglichkeit erweitert.

(dd) Hindernis nichtvertraglicher Art

Auch der Ansicht, die eine aggressive geschäftliche Handlung bejaht, da durch Adblocker Hindernisse nichtvertraglicher Art zwischen Werbekunden und Medienunternehmen bestehen würden, kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist bereits anerkannt, dass das Errichten von Hindernissen nichtvertraglicher Art sich stets auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Handelnden und dem Druckadressaten beziehen muss.¹⁰⁹⁷ Hier liegt bereits kein vertragliches Verhältnis zwischen Whitelist-Anbieter und Medienunternehmen oder Werbekunde vor. Schließt man sich

¹⁰⁹⁵ OLG Köln, GRUR 2016, 1082; Pfeifer, AfP 2016, 5 (8).

¹⁰⁹⁶ BGH, GRUR 2018, 1251 (1258) – Werbeblocker II; Fritzsche, WRP 2016, 1036 (1037).

¹⁰⁹⁷ BGH, GRUR 2018, 1251 (1257) – Werbeblocker II; OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 226 – Whitelisting I, juris; Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza, UWG § 4a Rn. 188.

jedoch dem OLG Köln¹⁰⁹⁸ an, dass ein Hindernis nichtvertraglicher Art sich auch auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Druckadressaten und einem Dritten beziehen könne, stellt sich die Frage, inwieweit durch differenzierende Werblocker ein Hindernis nichtvertraglicher Art errichtet wird.

Vertragsgegenstand zwischen Internetseitenbetreiber und Werbepartner ist nicht die konkrete Wahrnehmung der Werbung¹⁰⁹⁹, die durch die Werblockierung beeinträchtigt wird. Vertragsinhalt ist stattdessen die Veröffentlichung der Werbeanzeigen auf der Internetseite des sich aus Werbung finanzierenden Webseitenbetreibers. Hierzu gehörende Eckpunkte sind die Ausgestaltung der Werbung sowie die Stelle und der Ort, an dem die Werbeanzeige zum Abruf bereitgehalten werden soll.¹¹⁰⁰ Hier greifen Adblocker jedoch gerade nicht ein.

Werbeverträge beinhalten üblicherweise Klauseln, wie: „Der Webseitenbetreiber XY stellt dem Kunden einen Online-Werbeplatz auf einer der Seiten von XY für die Dauer des Vertrags zur Verfügung.“¹¹⁰¹ Die Rezeption durch den Werbeadressaten und dass dieser die Ressource auch herunterlädt, ist gerade nicht Teil des Vertrages. Die Werbeplattformen vereinbaren üblicherweise sogar, dass ein Fehler in der Darstellung der Werbemittel, der aufgrund von Browsereinstellungen der Internetnutzer hervorgerufen wird, nicht als Störung der Vertragsabwicklung angesehen wird.¹¹⁰² Selbst wenn die Vertragsparteien vereinbart hätten, dass die Werbung auch wahrgenommen werden muss, so fällt die Erfüllung des Vertrages in die Risikosphäre des Webseitenunternehmens.¹¹⁰³ Diese hat sodann durch die Einrichtung technischer Schutzvorrichtungen dafür zu sorgen, dass entgegen der für das Internet üblichen Nutzungsweise browserseitig keine Auflösung von Inhalt und Werbung möglich ist, sodass Leute, welche die Inhalte aufrufen auch die diese finanzierende Werbung angezeigt bekommen.

c) Zwischenergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass § 4a UWG vorliegend keine wettbewerbsrechtlichen Ansprüche gegen Adblock-Unternehmen auslöst. Es liegt keine aggressive geschäftliche Handlung vor.

¹⁰⁹⁸ OLG Köln GRUR 2016, 1082 (Rn. 57).

¹⁰⁹⁹ So auch *Gomille*, GRUR 2017, 241 (246 f.).

¹¹⁰⁰ *Härtig*, in: *Härtig*, Internetrecht, Verträge über Internet-Dienstleistungen, Rn. 1045.

¹¹⁰¹ Bsp. für einen Online-Werbe-Vertrag, abrufbar unter: <http://www.filmproduktion-helf.de/immobilienfilme/Vertraege/Vertrag-Online-Werbung.pdf>.

¹¹⁰² Bsp. für Online-Werbevertrag abrufbar unter: <http://www.filmproduktion-helf.de/immobilienfilme/Vertraege/Vertrag-Online-Werbung.pdf>, S. 2.

¹¹⁰³ Ähnlich *Gomille*, GRUR 2017, 241 (247), der dies dem Risikobereich des Werbekunden zuordnet.

V. Eingriff in eine fremde Vertragsbeziehung

In der US-amerikanischen Literatur wurde der Versuch unternommen, im Anbieten von Werbeblockern die Unzulässigkeit aus einer Störung fremder Vertragsbeziehungen herzuleiten.¹¹⁰⁴ *Saluke* bejaht einen rechtswidrigen Eingriff in die Vertragsbeziehung zwischen Medienunternehmen und dem Werbenden, da verhindert werde, dass die mediale Werbung an die Kunden ausgeliefert werde. Unabhängig davon, dass zunächst zu klären wäre, wie man den Eingriff in eine fremde Vertragsbeziehung dogmatisch verorten könnte, ist dem Autor bereits im Grundsatz nicht zuzustimmen.¹¹⁰⁵

Hier ist aus denselben Gründen wie bei § 4a UWG und dem Vorliegen eines Hindernisses nichtvertraglicher Art von keinem Eingriff in eine fremde Vertragsbeziehung auszugehen. Denn so berührt die Adblocker-Funktion schon nicht die Möglichkeit, Werbung weiterhin zu schalten. Lediglich das Unterbleiben der Anzeige im Browser des Nutzers ist dem Adblock-Betreiber zuzuschreiben, was jedoch gerade nicht Vertragsgegenstand geworden ist. Ein Eingriff in das Vertragsverhältnis muss auch bereits deswegen ausscheiden, da die Internetnutzer letztlich diejenigen sind, die sich gegen das Herunterladen der Werbung entscheiden und nicht der Adblock-Betreiber selbst unmittelbar handelt.

VI. Verleiten zum Vertragsbruch durch Angebot von Internet-Werbeblockern

Da die Adblock-Betreiber selbst nicht in einen Vertrag eines Dritten eingreifen, stellt sich die Frage, ob diese nicht die Internetseitenbesucher zu einem Vertragsbruch verleiten. Unter der Annahme, dass zwischen dem Besucher einer Internetseite und dem Anbieter der Inhalte ein Vertrag mit dem Inhalt zustande kommt, dass die Nutzung der Internetseite nur unter der Bedingung erlaubt ist, dass auch die Werberessourcen heruntergeladen werden, könnte hiervon ausgegangen werden.

Ein Vertragsbruch wird grundsätzlich dann angenommen, wenn ein Vertragspartner seine vertraglichen Hauptpflichten bewusst verletzt. Das Verleiten setzt dabei ein bewusstes und gezieltes Hinwirken auf die Verletzung der obliegenden Vertragspflicht voraus.¹¹⁰⁶

Es stellt sich mithin die Frage, ob zwischen den Besuchern und den Anbietern medialer Inhalte ein vertragliches Verhältnis entsteht, das die Nutzer verpflichtet die Werbung herunterzuladen.

¹¹⁰⁴ *Saluke* (2008), *Bus. L. Rev.*, 7, 87, p. 5 ff.; a. A. *Vallade* (2008), *Rutgers L. Rev.*, 61, 823.

¹¹⁰⁵ Vgl. auch *Gomille*, *GRUR* 2017, 241 (246 f.).

¹¹⁰⁶ BGH, *GRUR* 2009, 173 (175) – *bundesligakarten.de*; *Köhler*, in *Köhler/Bornkamm*, *UWG*, § 4 Rn. 4.36.

1. Vertragsschluss zwischen Seitenbesucher und Medienunternehmen

a) Allgemeine Regelungen zum Vertragsschluss

Im deutschen Recht sind für den Vertragsschluss das Vorliegen zwei übereinstimmender, auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärungen in Form eines Angebots und einer Annahme vorausgesetzt, §§ 145 ff. BGB. Annahme wie auch Angebot stellen einseitige, grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärungen dar.¹¹⁰⁷ Das Angebot muss dabei die *essentialia negotii* enthalten. Das heißt, es muss eine objektiv verständliche Erklärung über den Vertragsgegenstand, die Vertragsparteien und die Vergütung abgegeben werden.¹¹⁰⁸ Es muss dabei so ausgestaltet sein, dass mit der Annahme der Vertragsschluss mit einem einfachen „Ja“ herbeigeführt werden kann.¹¹⁰⁹ Die Wirksamkeit von Willenserklärungen setzt stets einen Rechtsbindungswillen des sich Äußernden voraus.¹¹¹⁰ Dies ist der Wille des Erklärenden, mit der Erklärung eine rechtliche Bindung zu bewirken.¹¹¹¹ Ob ein solcher vorliegt, bestimmt sich nach dem objektiven Empfängerhorizont, also der Frage, ob der Empfänger des etwaigen Antrags aus der Erklärung unter den gegebenen Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gem. §§ 133, 157 BGB von einem Rechtsbindungswillen ausgehen durfte.¹¹¹²

b) Vertragsschluss durch Aufsuchen einer Internetseite

Man könnte vertreten, dass nach der Verkehrssitte und den objektiven Gegebenheiten der Seitenbetreiber ein Angebot gegenüber dem potentiellen Empfängerkreis der Seitenbesucher erklärt, welches die Seitenbesucher konkludent durch die Eingabe der URL des Seitenanbieters annehmen. Diese Ansicht ist aus zwei Gesichtspunkten abzulehnen. Es liegt zunächst bereits kein Angebot vor. Im Internet-Handel ist es anerkannt, dass das Einstellen eines Warensortiments kein Angebot zum Vertragsabschluss, sondern lediglich eine Bereitschaftserklärung zur Entgegennahme von Angeboten durch den Internetseitenbesucher darstellt.¹¹¹³ Dem entsprechend kann es sich bei der Bereitstellung einer Internetseite zum öffentlichen Abruf für jedermann, erst recht nicht um ein Angebot nach § 145 BGB handeln. Gegen eine Willenserklärung spricht auch die Interessenslage der Parteien. Die Annahme eines Vertragsverhältnisses würde zu undurchsichtigen Haftungsfolgen führen. Ein Vertragsschluss mit jedem Seitenbesucher hätte zur Folge, dass der Seitenbetreiber sich gegenüber einer für ihn nicht absehbaren Zahl von

¹¹⁰⁷ Busche, in: MüKoBGB, § 147 Rn. 2.

¹¹⁰⁸ Busche, in: MüKoBGB, § 145 Rn. 6.

¹¹⁰⁹ Armbrüster, in: Erman, BGB, § 145 BGB, Rn. 2; Mansel, in: Jauernig, BGB, § 145 Rn. 2.

¹¹¹⁰ Busche, in: MüKoBGB, § 145 Rn. 7.

¹¹¹¹ Busche, in: MüKoBGB, § 145 Rn. 7.

¹¹¹² Armbrüster, in: Erman, BGB, § 145 BGB, Rn. 3; Busche, in: MüKoBGB, § 145 Rn. 6.

¹¹¹³ Vgl. LG Essen, NJW-RR 2003, 1207 (1207); Busche, in: MüKoBGB, § 145 Rn. 14.

Leuten vertraglichen Primärleistungspflichten sowie vertraglichen Schadensersatzansprüchen aussetzen würde. Dies kann nach Treu und Glauben und dem heute schnelllebigen Surfverhalten sowie regelmäßig auftretenden Serverausfallzeiten nicht das interessensgerechte Ergebnis der Auslegung sein. Im Ergebnis fehlt dem Seitenbetreiber daher ein Rechtsbindungswille. Ohnehin wäre eine Internetseite als Antrag im Sinne des § 145 BGB bereits nicht hinreichend bestimmt. Ruft der Seitenbesucher die Domain des Betreibers auf, so ist der Inhalt eines vermeintlichen Internetseitenbesuchervertrages noch überhaupt nicht ersichtlich.

Auch die Handlung des Seitenbesuchers weist keinen Rechtsbindungswillen auf. Es ist dem Besucher nicht ersichtlich, welchen Vertragsinhalt sein Besuch zur Folge haben soll. Internetbesucher rufen täglich mehrere Dutzende verschiedener Webseiten auf. Auch der Möglichkeit des kostenlosen Besuches kommt Indizwirkung gegen das Vorliegen eines Rechtsbindungswillens bei.

Die Überlegung, dass die Einwilligung in die Nutzung persönlicher Daten als eine Art Entgelt für die Nutzung einer Internetseite verstanden werden könne und somit eine Art Tauschmittel darstelle¹¹¹⁴, führt zu keinen anderen Ergebnissen. Letztlich versteht die Ansicht eine Einwilligung in die Datennutzung als Art Annahme im Sinne des § 147 BGB, wenn sie ausführt, dass erst die Erteilung der Einwilligung zu dem Austauschverhältnis Daten gegen Inhalte führe. Deshalb gelten auch hier zuvor gemachte Überlegungen, mit der Folge, dass eine Annahme nur gegeben sein kann, wenn zuvor ein wirksames Angebot gemacht wurde. Dies erkennt letztlich auch die Ansicht, wenn sie ausführt, dass eine Einwilligung ohne hinreichende Informationen über den Inhalt dieser Einwilligung nicht wirksam gegeben werden kann. Hinreichende Informationen liegen allerdings beim Aufrufen einer Internetseite, auch wenn bekannt ist, dass sich diese aus Werbeinnahmen finanziert, grundsätzlich nicht vor.

Analog zum Betreten eines Ladengeschäfts entsteht auch hier im digitalen Raum beim Betreten einer Internetseite kein Vertragsschluss. Stattdessen handelt es sich bei dem Aufsuchen von Internetseiten um einen Realakt, da der Nutzer mit seiner Handlung lediglich auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges – nämlich dem Öffnen der Internetseite – abzielt.¹¹¹⁵ Dieses Verständnis, das dazu führt, dass der Seitenbesucher sich nicht auf vertragliche Rechte gegenüber dem Seitenanbieter stützen kann, hat keine unsachgemäßen Ergebnisse im Hinblick

¹¹¹⁴ *Schmidt-Kessel*, ZfPW 2017, 84.

¹¹¹⁵ Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 24.10.2012 – 5 U 38/10, Rn. 231 – Screen-Scraping, juris; *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 340.

auf Haftungsfragen zur Folge. So verbleibt es bei der deliktischen Haftung des Seitenbetreibers für etwaige Schäden, die am Eigentum des Seitenaufrufenden entstehen.

c) Vertragsschluss durch Interaktion mit einer Internetseite

Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn der Seitenbesucher mit der Webseite aktiv interagiert, indem er die angebotenen Inhalte konsumiert. Technisch gesehen unterscheidet sich dieses Vorgehen nicht von dem Aufsuchen einer Internetseite. Zwar mag das Medienunternehmen ein Interesse daran haben, dass beim Konsum der medialen Inhalte der Konsument sich auf eine vertragliche Ebene erhebt, um ihn zu einem bestimmten Verhalten zu verpflichten, allerdings fehlt auch hier aus oben genannten Gründen der Rechtsbindungswille.

d) Vertragsschluss durch kommunikationstechnische Schutzvorrichtungen

Unter kommunikationstechnischen Schutzvorrichtungen sind solche Maßnahmen zu fassen, die es dem Seitenbetreiber ermöglichen, den Konsum seiner Inhalte von der Annahme seiner Nutzungsbedingungen zu unterwerfen.¹¹¹⁶ Zu solchen Maßnahmen kann das Vorhalten von Kontrollkästchen zählen, ohne dessen Annahme der Seitenbesucher von der weiteren Nutzung der Seite ausgeschlossen ist.¹¹¹⁷ Auch ein Banner, das dem Nutzer zu Beginn der Sitzung angezeigt wird und von dessen Annahme die Konsummöglichkeit abhängig gemacht wird, kann zu einem wirksamen Nutzungsvertrag führen. Die Bindung der Mediennutzung an die Zahlung eines Entgelts lässt ebenso hinreichend auf einen Erklärungswillen beider Parteien schließen.¹¹¹⁸ Dem Nutzer müssen allerdings die Bedingungen mit dem Grad der erforderlichen Bestimmtheit zugetragen werden. Eine einseitige Erklärung von Nutzungsbedingungen ist gegenüber dem Surfernden unwirksam, da das Besuchen einer Internetseite keinen Vertragsschluss nach sich zieht.¹¹¹⁹

Die erforderliche Bestimmtheit liegt vor, wenn die Nutzungsbedingungen eingesehen werden können und hinreichend detailliert dargestellt werden. Dem Annehmenden ist nach objektiver Sicht sodann angezeigt, dass der Erklärende ein gesteigertes Interesse daran hat, dass der Konsum der Inhalte vom Einhalten der gestellten Bedingungen abhängig gemacht werden soll. Indem der Konsum unter der Bedingung einer ausdrücklichen Annahmeerklärung gestellt wird,

¹¹¹⁶ Begriff bei OLG Hamburg, Urt. v. 24.10.2012 – 5 U 38/10, Rn. 232 – Screen Scrapping, juris.

¹¹¹⁷ Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 24.10.2012 – 5 U 38/10, Rn. 232 ff. – Screen Scrapping, juris; BGH, WRP 2014, 839 (843) – Flugvermittlung im Internet, der Senat kritisiert vorliegend, dass das Berufungsgericht aus dem Vorhalten eines Kontrollkästchens die Unlauterkeit hergeleitet wurde. An der grundsätzlichen Möglichkeit hiermit einen Vertragsabschluss herbeizuführen, lässt es allerdings keine Zweifel; *Maume*, MMR 2007, 620 (621).

¹¹¹⁸ Vgl. auch *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 350.

¹¹¹⁹ Vgl. hierzu ähnlich zum Screen Scrapping, OLG Frankfurt, MMR 2009, 400 (400).

kommt dem Antrag auch ein Geltungswille bei. Durch das Auswählen des Kästchens oder der Zahlung eines Entgelts kommt es sodann zum Vertragsschluss zwischen Webseitenbetreiber und Internetnutzer.¹¹²⁰

e) Faktisches Vertragsverhältnis

In der Vergangenheit wurde argumentiert, dass zwischen Medienunternehmen und den einzelnen Nutzern ein faktisches Vertragsverhältnis begründet werde, indem die Medienunternehmen journalistische Inhalte in einem durch Werbung finanzierten Umfeld für jedermann öffentlich zur Verfügung stellen würden. Dem Konsumenten sei bewusst, dass die zur Verfügung gestellten Inhalte nur unentgeltlich gelesen werden können, weil ihm im Gegenzug Werbung angezeigt werde.¹¹²¹^[OBJ]

Zwar lässt sich überlegen, ob analog zum nicht digitalen Wirtschaftsleben der Verkäufer auch im digitalen Raum bestimmen muss, wie für seine Inhalte bezahlt wird, sodass die Medieninhalte nur konsumiert werden dürfen, wenn der Konsument mit dem geforderten Gut der Aufmerksamkeit „bezahlt“. Allerdings geht aufgrund der Besonderheit des Internets die Bildung einer Analogie fehl.¹¹²²

Die Notwendigkeit faktischer Vertragsverhältnisse, auch „Vertragsverhältnis ohne Vertrag“¹¹²³, wurde in der Vergangenheit damit begründet, dass bei Massenverträgen häufig Schwierigkeiten bestehen, das Vorliegen der maßgeblichen Willenserklärungen zu beurteilen.¹¹²⁴ Ein faktisches Vertragsverhältnis könne nach Ansicht in der Literatur aus sozialem Kontakt, kraft Einordnung in ein Dauerschuldverhältnis oder kraft sozialer Leistungsverpflichtung begründet werden. Heutzutage wird die dogmatische Kategorie eines faktischen Vertragsverhältnisses grundlegend abgelehnt und als überholt angesehen. Die Theorie sei insoweit überflüssig, da die heutigen Rechtsinstitute für die aufgeworfenen Probleme hinreichend Lösungen parat halten.¹¹²⁵

Unabhängig davon, ob die Existenz eines faktischen Vertragsverhältnisses generell zu verneinen oder zu bejahen ist, mangelt es vorliegend ohnehin am Vorliegen dessen vermeintlichen Voraussetzungen. Zwar kommt hier die Fallgruppe des Vertragsschlusses durch sozialtypisches

¹¹²⁰ Auch *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 346 ff.

¹¹²¹ So erwähnt bei LG München, Urt. v. 22.03.2016 – 33 O 5017/15, Rn. 11, juris = MMR 2016, 406; *Hemmer*, (2005) Temp. J. Sci. Tech. & Env'tl. L., 24, 479, p. 3, spricht in diesem Fall von einem „implicit social contract“, das heißt einem stillschweigenden Vertragsverhältnis zwischen Internetbesucher und dem Anbieter der Medienplattform.

¹¹²² Im Ergebnis auch *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 186 ff.

¹¹²³ *Busche*, in: MüKoBGB, vor § 145 Rn. 44.

¹¹²⁴ *Eckert*, in: BeckOKBGB, § 145 Rn. 45, m. w. N.

¹¹²⁵ Vgl. hierzu *Busche*, in: MüKoBGB, vor § 145 Rn. 44; *Eckert*, in: BeckOKBGB, § 145 Rn. 45.

Verhalten in Betracht, allerdings gilt auch hier, dass durch den reinen Besuch einer Internetseite als bloßem Realakt kein Rechtsbindungswille nach objektiven Maßstäben erkannt werden kann.¹¹²⁶ Nach objektiven Maßstäben bieten Medienunternehmen auf ihren Online-Präsenzen für jedermann öffentlich zur Verfügung stehende Inhalte an. Entsprechend den Grundsätzen des offenen Internets und der Intransparenz des werbefinanzierten Geschäftsmodells kann hierin kein wirksames Angebot zum Abschluss eines etwaigen Nutzungsvertrags gesehen werden. Zwar mag dem Konsumenten bewusst sein, dass viele Inhalte heutzutage werbefinanziert angeboten werden, dies führt allerdings nicht dazu, dass er automatisch in einen Vertrag einwilligt, diese Inhalte auch herunterzuladen oder zu rezipieren. Seine allgemeine Handlungsfreiheit als auch sein allgemeines Persönlichkeitsrecht stehen dem entgegen. Das Angebot werbefinanzierter Medien kann erst dann, als ein hinreichend bestimmtes Angebot angesehen werden, wenn der Anbieter entsprechende Vorkehrungen trifft, die dem Nutzer diese Bedingung hinreichend offenlegen und die Nutzung von der Annahme dieser Bedingungen abhängig gemacht wird. Gerade im Hinblick darauf, dass es den Seitenbetreibern mit einfachsten Mitteln möglich ist, solche Hindernisse zur Durchsetzung der Nutzungsbedingungen zu implementieren, liefe etwas Gegenteiliges dem Interesse der Allgemeinheit an der Freiheit des Internets entgegen. Die Vorstellung, dass die „unentgeltliche Lektüre journalistischer Inhalte gegen Zulassung von Werbung“¹¹²⁷ bereits durch das öffentliche Bereitstellen einer Internetseite einen Rechtsbindungswillen hinreichend darlegt, gewichtet die Interessen der Beteiligten zu stark zu Lasten der Nutzer. Auch ein faktisches Vertragsverhältnis setzt zumindest einen Rechtsbindungswillen voraus, der hier jedoch aus genannten Gründen fehlt.

2. Verleiten zum Vertragsbruch

Im Ergebnis können nur dann vertragliche Pflichten zwischen den Parteien entstehen, wenn der Nutzer ausdrücklich die Annahme der Vertragsbedingungen erklärt. Mit der Feststellung eines Vertragsverhältnisses schließt sich die Frage an, ob ein Werbeblocker-Verbot oder die Voraussetzung, dass sämtliche Inhalte von dem Content-Server heruntergeladen werden, überhaupt wirksamer Vertragsbestandteil werden kann. Auf die Wirksamkeit solcher Klauseln wird einzugehen sein.¹¹²⁸

Vorliegend kann dies zunächst dahinstehen. Denn es mangelt hier bereits an dem Verleiten zu einem vermeintlichen Vertragsbruch. Wie gezeigt, setzt ein Verleiten zum Vertragsbruch ein

¹¹²⁶ So dann auch LG München, Urt. v. 22.03.2016 – 33 O 5017/15, Rn. 38, juris = MMR 2016, 406.

¹¹²⁷ LG München I, Urt. v. 22.03.2016 – 33 O 5017/15, Rn. 11, juris = MMR 2016, 406.

¹¹²⁸ Vgl. hierzu Teil III, Kapitel 10, § 2.

bewusstes und gezieltes Hinwirken auf die Vertragsverletzung des anderen voraus. Dies bedeutet, dass der Verleitende Kenntnis über den Vertragsschluss und dessen Inhalt haben muss, um so die Vertragsverletzung überhaupt gezielt zu fördern.¹¹²⁹ Dies liegt hier nicht vor. Adblocker-Betreiber haben keinen Einfluss darauf, auf welchen Seiten die Nutzer das Programm verwenden. Falls der Nutzer im Einzelfall mit dem Webseitenanbieter einen Vertrag schließt und dann entgegen den Vertragsbedingungen einen Adblocker einsetzt, so kann hierin kein bewusstes Hinwirken durch den Adblocker-Anbieter gesehen werden.

VII. Verleiten zur Verletzung des virtuellen Hausrechts von Internetseitenbetreibern

Des Weiteren ist noch auf das in Rechtsprechung und Literatur seit einigen Jahren vermehrt diskutierte virtuelle Hausrecht einzugehen.¹¹³⁰ Dahinter steht der Gedanke, das aus § 903 BGB abgeleitete Hausrecht auf den digitalen Raum auszuweiten, sodass Betreiber einer Homepage als Gegenpart zum physischen Bereich eine Möglichkeit zur Abwehr unerwünschter Nutzer auf virtueller Ebene gestellt bekommen.¹¹³¹ Im Gegensatz zu oben behandeltem Vertragsschluss liegt beim virtuellen Hausrecht die Besonderheit vor, dass es originär, ohne die Notwendigkeit einer Vertragsannahme entsteht.

In der Praxis sieht dies so aus, dass durch die Verwendung von Nutzungsbedingungen – als Art digitaler Hausordnung – auf unerwünschte Verhaltensweisen und den Konsequenzen einer Widerhandlung hingewiesen wird. Im Falle von Adblockern könnten formulierte Nutzungsbedingungen so aussehen, dass Nutzer sich durch das Aufsuchen der Seite verpflichten, keine Werbung herauszufiltern oder die Seite in ihrer originären Darstellung zu verändern.

1. Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur

Das Verleiten zur Verletzung des virtuellen Hausrechts wurde im Zusammenhang mit Adblocking in der Rechtsprechung bereits einmal als unlautere Handlung im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG andiskutiert und letztlich abgelehnt.¹¹³² Ein Hausrecht wie es der „Inhaber eines Ladengeschäfts“ habe, lasse sich nicht auf den virtuellen Raum im Internet übertragen, sodass eine Bitte oder ein Hinweis auf die Unerwünschtheit der Nutzung eines Adblockers auf der Internetpräsenz keine Rechtswirkung zukomme. Eine einseitige Beschränkung könne erst durch die

¹¹²⁹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.36; Ohly, in: Ohly/Sosnitzer, UWG, § 4 Rn. 4/56.

¹¹³⁰ Vgl. zum virtuellen Hausrecht LG Hamburg, Urt. v. 28.08.2008 – 315 O 326/08, juris, a. A. OLG Frankfurt, MMR 2009, 400; Schippel, AfP 2017, 185; Sprau, in: Palandt, BGB, § 823 Rn. 22, m. w. N.

¹¹³¹ Maume, MMR 2007, 620 (620 ff.).

¹¹³² Vgl. LG München I, Urt. v. 27.05.2015 – 37 O 11673/14, Rn. 216, juris = BeckRS 2015, 09562.

Vornahme technischer Maßnahmen hervorgerufen werden. Die Bitte im Footer der Seite keine Werbeblocker zu nutzen, reiche jedenfalls nicht aus.¹¹³³

2. Eigene Stellungnahme

a) Keine Notwendigkeit für ein virtuelles Hausrecht

Nicht nur die Existenz eines virtuellen Hausrechts, sondern auch die Reichweite der hieraus ableitbaren Rechte ist umstritten.¹¹³⁴ Wie bereits erwähnt, werden zur Herleitung des virtuellen Hausrechts überwiegend die aus Eigentums- und Besitzansprüchen bekannten §§ 903 und 1004 BGB analog herangezogen. Insbesondere, wenn es um die Möglichkeiten von Forenbetreibern ging, Mitglieder von der Nutzung des Forums auszuschließen, wurde das virtuelle Hausrecht für einschlägig erachtet.¹¹³⁵ Vertreten wurde, dass der Forenbetreiber sich auf eigentumsrechtliche Überlegungen stützen könne, wenn der Server, auf dem das Forum gehostet wird, dem Forenbetreiber gehöre. Miete er den Server jedoch nur an, so könne er aufgrund seines Rechts zum Besitz andere von der Einwirkung ausschließen. Des Weiteren folge aus dem Haftungsrisiko des Forenbetreibers das Recht, Beiträge zu löschen oder den Zugang zu diesen zu sperren.¹¹³⁶ Zur Durchsetzung dieser Rechte könne man nicht durchgängig vertragliche oder sachenrechtliche Rechte heranziehen, sodass eine analoge Anwendung der Regelungen über das Eigentum geboten sei.¹¹³⁷ Eine andere Ansicht verneint die Notwendigkeit einer Analogiebildung. So stünden dem Webseitenbetreiber eine Vielzahl an geeigneten Mitteln zur Verfügung, um unerwünschtes Nutzerverhalten abzuwehren.¹¹³⁸ Diese Arbeit schließt sich letzterer Ansicht an.

Der BGH hat das auf physische Räume bezogene Hausrecht als eine Entscheidungsbefugnis verstanden, dem Inhaber den Zutritt zu seiner Örtlichkeit zu gestatten oder zu verwehren und unerwünschtes Verhalten einzuschränken.¹¹³⁹ Im digitalen Bereich lassen sich diese Fälle, allerdings auch ohne den Rückgriff auf ein virtuelles Hausrecht lösen.¹¹⁴⁰ Durch die Verwendung

¹¹³³ LG München I, Urt. v. 27.05.2015 – 37 O 11673/14, Rn. 269, juris = BeckRS 2015, 09562; auch OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 228 – Whitelisting I, juris; Köhler, *Werberecht der elektronischen Medien*, S. 161; vgl. auch zum Thema *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹¹³⁴ Gegen die Existenz: vermutlich BGH, WRP 2014, 839 – Flugvermittlung im Internet; *Baldus*, in: MüKoBGB, § 1004 Rn. 28; *Piras*, *Virtuelles Hausrecht*, S. 209 f.; a. A. OLG Köln, MMR 2001, 52; LG München I, BeckRS 2007, 05767; LG Bonn, MMR 2000, 109; *Kosmides*, in: Schneider, *Handbuch EDV-Recht, B. E-Business: Fernabsatz – E-Commerce – E-Werbung – Provider-Haftung*, Rn. 1182 ff.; *Maume*, MMR 2007, 620 (625).

¹¹³⁵ Vgl. OLG Köln, MMR 2001, 52; LG München I, Urt. v. 25.10.2006 – 30 O 11973/05.

¹¹³⁶ LG München I, Urt. v. 25.10.2006 – 30 O 11973/05, 1. Ls., juris.

¹¹³⁷ *Maume*, MMR 2007, 620 (625).

¹¹³⁸ *Piras*, *Virtuelles Hausrecht*, S. 209.

¹¹³⁹ BGH, JuS 2007, 479 (480).

¹¹⁴⁰ Vgl. *Piras*, *Virtuelles Hausrecht*, S. 186 ff.

von Nutzungsverträgen, dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und auch Normen des Lauterkeitsrechts ist dem Interesse des Internetseitenbetreibers zur Abwehr unerwünschten Nutzerverhaltens Genüge getan.¹¹⁴¹ Auch durch technische Schutzmechanismen können unerwünschte Nutzerhandlungen unmöglich gemacht oder eingeschränkt werden. Dass der Internetseitenbetreiber hier über das Veröffentlichende der Inhalte hinaus tätig werden muss, ist ihm aufgrund der zu schützenden Freiheit und Offenheit des Internets zumutbar.¹¹⁴²

Eine Analogiebildung geht folglich bereits mangels planwidriger Regelungslücke fehl. Zwar existieren teilweise Sachverhalte, die im digitalen Raum nicht mit demselben Ausschlussbefugnis geahndet werden können, wie dies im analogen Leben mit Hilfe des Hausrechts getan werden kann.¹¹⁴³ Den Stimmen, die hieraus bereits eine Regelungslücke schließen wollen, ist jedoch zu widersprechen. Denn das Fehlen umfassender Ausschluss- und Verfügungsregelungen wie es beim Hausrecht der Fall ist, kann als Wille des Gesetzgebers gesehen werden, Internetseiten gerade nicht denselben Schutzstatus wie Sacheigentum zuzusprechen.¹¹⁴⁴ Hinweise, dass der Gesetzgeber eine Webseite als besonders schützenswertes Gut erachtet, sind nicht ersichtlich. Vielmehr wurde in jüngster Vergangenheit immer wieder das Recht der Privatsphäre als auch die Funktionsfähigkeit des Internets als wichtiges Gut der Allgemeinheit hervorgehoben.¹¹⁴⁵

Des Weiteren mangelt es auch an einer vergleichbaren Interessenslage. Der digitale Raum ist gerade nicht mit der realen Welt vergleichbar. Digitale Güter unterliegen anders als Sachgüter nicht der Ressourcenknappheit, sie sind von vornherein nicht als Sache im Sinne des § 90 BGB zu bewerten.¹¹⁴⁶ Zudem wirken Nutzer in anderer Weise auf digitale Güter als auf Sachgüter ein. Im digitalen Raum werden schlicht nur Kopien von Ressourcen vorgenommen, um eine Interaktion zwischen Nutzer und Server zu ermöglichen. Wenn es um den hier streitigen Abruf von Werberessourcen geht, so entscheidet der Nutzer mit Hilfe seines Browsers die Werberessourcen nicht herunterzuladen, sodass bereits nicht auf den Server und somit auch nicht auf den Besitz oder das Eigentum des Betreibers eingewirkt wird.¹¹⁴⁷ Im physischen Bereich hat die Interaktion eine andere Qualität, bei welcher der unmittelbare Kontakt im Vordergrund steht,

¹¹⁴¹ Piras, Virtuelles Hausrecht, S. 186 ff.

¹¹⁴² Vgl. Piras, Virtuelles Hausrecht, S. 209, m. w. N.

¹¹⁴³ Im Unterschied zum Hausrecht kann ein Internetseitenbetreiber sich nicht auf eine originäre, generelle Ausschluss- und Verfügungsbefugnis stützen, vgl. Piras, Virtuelles Hausrecht, S. 211.

¹¹⁴⁴ Vgl. Piras, Virtuelles Hausrecht, S. 212.

¹¹⁴⁵ Vgl. BGH, GRUR 2012, 602 (605) – Vorschaubilder II

¹¹⁴⁶ Vgl. Stresemann, in: MüKoBGB, § 90 Rn. 25.

¹¹⁴⁷ So auch OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (Rn. 45).

dessen Folge Sachbeschädigungen und -Abnutzungen sein können. Das hohe Schutzniveau physischer Sachen kann sich daher nicht auf virtuelle Räume erstrecken.

Die Anerkennung eines virtuellen Hausrechts ist aufgrund der derzeitigen rechtlichen und technischen Gegebenheiten, die den Seitenbetreiber zu Genüge vor ungewolltem Nutzerverhalten schützen, nicht notwendig. Eine Analogiebildung zu dem in der Rechtsprechung anerkanntem Hausrecht geht fehl.¹¹⁴⁸

b) Kein Verstoß gegen virtuelles Hausrecht

Des Weiteren ist der Adblock-Betreiber bereits nicht die Person, welche die Verletzungshandlung des vermeintlichen virtuellen Hausrechts vornimmt. Stattdessen ist der Internetnutzer derjenige, der sich des Programms bedient, um den Abruf der Serverressource entgegen dem Willen des Seitenbetreibers zu modifizieren. Das reine Angebot des Adblocking-Programms reicht gerade nicht zum „Verleiten“ zu dieser Verletzung, denn so mag es auch Internetseiten geben, welche die Nutzung von Filtersoftware tolerieren. Hier gilt insoweit dasselbe wie hinsichtlich des Verleitens zum Vertragsbruch.

Zudem kann ein vermeintliches virtuelles Hausrecht nicht uneingeschränkt in seinem Schutzzumfang gegenüber Internetnutzern gelten. Unter Berücksichtigung der Kommunikationsfreiheiten, insbesondere des Informationsinteresses, wäre es nicht hinnehmbar, wenn der Einzelne in seiner Informationserlangung auf öffentlich angebotenen Seiten durch die Willkür des Seitenbetreibers beeinträchtigt wird.¹¹⁴⁹ Allein die Umsetzung innerhalb der Praxis würde den heutzutage üblichen Seitenabruf vieler verschiedener Quellen immens behindern, da stets die „Hausordnung“ zuvor studiert werden müsste. Zur Wahrung der Interessen der Nutzer dürfen diese sich stattdessen auf ihr korrektes Verhalten berufen, solange sie sich im Rahmen einer gewöhnlichen Nutzung der Medienform bewegen. Hier ist sodann erneut die technische Eigenheit des Internets hervorzuheben¹¹⁵⁰, die zur angesprochenen Modifizierbarkeit der Inhalte führt. Ein Verleiten zur Verletzung des virtuellen Hausrechts gem. § 3 Abs. 1 UWG scheidet folglich aus.

¹¹⁴⁸ So auch OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 227 – Whitelisting I, juris; LG München I, Urt. v. 27.05.2015 – 37 O 11673/14, Rn. 221, juris = BeckRS 2015, 09562; hierzu allgemein sehr ausführlich: Piras, Virtuelles Hausrecht.

¹¹⁴⁹ Auch Piras, Virtuelles Hausrecht, S. 223.

¹¹⁵⁰ Auch auf die technische Funktionsweise abstellend: BGH, WRP 2014, 839 – Flugvermittlung im Internet.

VIII. Netzneutralität und Adblocker auf Netzwerkebene

1. Angebot eines VPNs oder Proxys

Wenn Adblocker auf Netzwerkebene durch den Nutzer benutzt werden, indem dieser über ein VPN oder einen Proxy das Internet aufsucht, ändert sich die rechtliche Beurteilung anhand oben geprüfter Rechtsnormen nicht. Anbieter solcher Dienstleistungen stellen dem Nutzer auch hier lediglich ein System zur Verfügung, das auf den Funktionen des Internets aufbaut und so ein werbefreies Surfen auf öffentlich zugänglichen Internetseiten im Interesse des Internetnutzers ermöglicht.

2. Integration eines Werbeblockers auf Netzwerkebene durch Internetserviceprovider

Etwas anderes könnte dann gelten, wenn die Blockierung auf Netzwerkebene durch den Internetserviceprovider vorgenommen wird.

Lauterkeitsrechtlich besteht hier im Vergleich zu obiger Konstellation ein entscheidender Unterschied. Es ist nicht mehr der Nutzer, sondern der Internetserviceprovider, der die Blockierungshandlung vornimmt. Hieraus folgt, dass die Interessen der Internetnutzer nicht mehr innerhalb der lauterkeitsrechtlichen Interessenabwägung Berücksichtigung finden und nun eine unmittelbare gezielte Behinderung in Betracht kommt. Zwar liegt auch hier keine Verdrängungsabsicht vor, da die Beeinträchtigung der Medienunternehmen nicht den Zweck verfolgt, diese vom Markt zu verdrängen. Denn auch hier sollen diese dazu bewegt werden, durch eine Freischaltvereinbarung wieder Werbung über das Netzwerk senden zu können. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine gezielte Behinderung in Form der unangemessenen Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers gegeben ist. Zwar stellt die Werbeblockierung auf Netzwerkebene sich als Entfaltung eigenen Wettbewerbs dar, aber das Eigeninteresse des Handelnden ist unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit weniger schutzwürdig als die Interessen der betroffenen Medienunternehmen. So stehen sich vorliegend zwar gleichwertige wirtschaftliche Interessen gegenüber, allerdings ist auch die Marktmacht der Internetserviceprovider zu berücksichtigen.¹¹⁵¹ Auf dem deutschen Markt sind nur wenige Internetserviceprovider vorhanden. Unternehmen, die ihre Inhalte digital verbreiten, sind auf die neutrale Netzstruktur angewiesen. Werden jedoch Medienunternehmen unmittelbar durch die Filterung von Werbung behindert, ist ein unverfälschter Wettbewerb nicht mehr gewährleistet. Medienunternehmen haben auch nicht mehr die gleichen Möglichkeiten, sich gegen die Filterung zu wehren. Da die Filterung auf Netzwerkebene stattfindet, haben sie keine

¹¹⁵¹ Vgl. Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, § 4 Rn. 4.11.

Möglichkeit, die Nutzer beim Besuch ihrer Seite zum Ausschalten des Adblockers aufzufordern.

Rechtlich stellt ein solches Vorgehen sich auch gegen das für das Internet geschaffene Institut der Netzneutralität.¹¹⁵² Wie weit die Netzneutralität dabei geht, ist nicht eindeutig und wird unterschiedlich beurteilt.¹¹⁵³ Der gemeinsame Nenner ist jedoch das neutrale Verhalten der Internetserviceprovider beim Transport der Datenpakete im Internet und der hiermit geforderten Gleichbehandlung der Datenpakete.¹¹⁵⁴

Gesetzlich geregelt ist die Netzneutralität in Deutschland nicht. Lediglich § 41a TKG a. F. sah vor, dass der Bundesregierung die Möglichkeit offensteht, Grundsätze zur Netzneutralität mittels Rechtsverordnung festzulegen. Mit Erlass der Single-Market EU-Verordnung 2015/2120¹¹⁵⁵ ist die Norm hinfällig geworden und wurde deshalb gestrichen.¹¹⁵⁶ Die Single-Market-Verordnung sieht in Art. 5 Abs. 3 vor, dass mithilfe von Leitlinien des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) eine Orientierungshilfe zur Anwendung der Verordnung bereitgestellt wird. Mit Datum vom 30.08.2016 hat das GEREK Leitlinien verabschiedet. Gemäß Artikel 3 Abs. 3 Unterabschnitt 3 der Leitlinien sollen Anbieter von Internetzugangsdiensten keine Maßnahmen ergreifen, die bestimmte Inhalte, Anwendungen oder Dienste blockieren, solange dies nicht erforderlich ist. Des Weiteren schreiben die Leitlinien der GEREK vor, dass von diesem Verbot auch die Blockierung von Werbung auf Netzwerkebene umfasst ist.¹¹⁵⁷ Vom Endnutzer an der Endeinrichtung vorgenommene Beschränkungen seien im Gegensatz zur netzinternen Blockierung nicht Gegenstand der Verordnung und folglich auch nicht vom gleichen Verbot betroffen. Damit wird die Blockierung von Werbung auf Netzwerkebene durch einen Internetdiensteanbieter als Verstoß gegen das offene Internet und folglich auch gegen die Netzneutralität im Sinne des Artikel 3 Abs. 3 der Verordnung klassifiziert. Somit liegt im Hinblick auf wettbewerbsrechtliche Vorschriften ein Verstoß gegen § 3a UWG i. V. m. Art. 3 Abs. 3 der Single-Market-Verordnung vor.

¹¹⁵² Begriffsgeber ist *Wu* (2003), J. on Telecomm. & High Tech. L., 2, 141, S. 141, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863.

¹¹⁵³ Zum Meinungsstand: *Osing*, Netzneutralität im Binnenmarkt, S. 49 ff.

¹¹⁵⁴ Vgl. *Osing*, Netzneutralität im Binnenmarkt, S. 55.

¹¹⁵⁵ Verordnung (EU) 2015/2120 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet und zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten sowie der Verordnung (EU) Nr. 531/2012 über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen in der Union.

¹¹⁵⁶ Vgl. BT-Drs 18/9951.

¹¹⁵⁷ BEREC, BoR (16) 127, S. 23.

B. Urheberrechtliche Beurteilung

Wer das Urheberrecht widerrechtlich verletzt, kann von dem Verletzten gem. § 97 Abs. 1 UrhG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Ein Verletzungstatbestand kann sich dabei aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen, verwertungsrechtlichen sowie sonstigen Schutzrechten ergeben.

Bei der urheberrechtlichen Rechtsprüfung kommen im Hinblick auf die Werbeblockierung im Internet zwei unterschiedliche potentielle Schutzgegenstände in Betracht. So steht zur Diskussion, ob die Webseite als solche bereits als Werk geschützt sein kann oder ob erst die auf ihr enthaltenen einzelnen Bestandteile wie Texte, Bilder und Werbung dem Urheberschutz unterfallen. Im Hinblick auf die Fernsehinhalte erübrigt sich eine Differenzierung zwischen Sender und Inhalten. Die gesendeten Werbeinhalte besitzen grundsätzlich Werkqualität im Sinne des § 2 UrhG. Eine zusammengesetzte Oberfläche wie die im Browser dargestellte Internetseite existiert nicht.

I. Einführung zu den geschützten Werken im Urhebergesetz

Der Werkbegriff ist das Tor zum Urheberrecht.¹¹⁵⁸ Der Gesetzgeber sieht in § 2 Abs. 2 UrhG vor, dass ein Werk nur dann vorliegt, wenn es sich um eine persönliche geistige Schöpfung handelt. § 2 Abs. 1 UrhG enthält dabei einen nicht abschließenden Beispielkatalog an Werkgattungen.¹¹⁵⁹ Darüber hinaus hält das Urheberrechtsgesetz weitere Normen bereit, die ebenfalls einen Schutzanspruch für andere Werkgattungen deklarieren. Hier zu nennen sind das Sammel- und Datenbankwerk, § 4 UrhG, sowie das Computerprogramm, § 69a UrhG.

1. Urheberrechtliches Werk

Der Werkbegriff setzt grundsätzlich vier Merkmale voraus, die kumulativ vorliegen müssen. Ein Werk muss: Persönlich erschaffen worden sein, eine wahrnehmbare Form gefunden haben, Individualität aufweisen und die notwendige Gestaltungshöhe besitzen.¹¹⁶⁰

2. Persönlicher Schaffensprozess

Persönlich erschaffen ist ein Werk, wenn es von einem Menschen geschaffen wurde. Dies schließt hingegen nicht aus, dass eine Maschine als Hilfsmittel zur Erzeugung des Werkes eingesetzt wird.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁸ Nordemann, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, UrhG, § 2 Rn. 1; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 1.

¹¹⁵⁹ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 2.

¹¹⁶⁰ Vgl. § 2 Abs. 2 UrhG; Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, UrhG, § 2 Rn. 20.

¹¹⁶¹ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 15 ff.

3. Wahrnehmbare Form

Das Werk hat eine wahrnehmbare Form, wenn es in irgendeiner Art Ausdruck erlangt, das heißt für andere Menschen wahrnehmbar ist.¹¹⁶² Vom Urheberschutz ausgeschlossen sind mithin Ideen zu einem Werk oder die Vorstellungen eines Menschen, der ein Werk erst noch schaffen möchte.¹¹⁶³

4. Individualität

Die Individualität ist in der Praxis das bedeutendste Kriterium zur Bestimmung des urheberrechtlichen Werkschutzes.¹¹⁶⁴ Das Merkmal der Individualität setzt voraus, dass sich in Konzeption, Inhalt oder Form der individuelle Geist des Urhebers im Werk ausdrückt und sich das Werk dadurch von dem Alltäglichen abhebt.¹¹⁶⁵ Die hierfür notwendige Gestaltungshöhe gibt dabei das Mindestmaß an Individualität vor, die gegeben sein muss, um noch unter den Urheberschutz zu fallen. Die Gestaltungshöhe ist immer dann nicht überschritten, wenn es sich um rein handwerksmäßige Erzeugnisse und einfache Alltagserzeugnisse handelt, da hier sowohl die Individualität als auch die Eigenartigkeit fehlt.¹¹⁶⁶

5. Verwandte Schutzrechte

Neben dem Werkschutz gewährleistet das Urhebergesetz auch verwandten Schutzrechten einen Schutzanspruch. Unter verwandte Schutzrechte fallen „Rechte, die nicht wie das Urheberrecht die schöpferische Leistung schützen, sondern Leistungen anderer Art, die der schöpferischen Leistung des Urhebers ähnlich sind oder in Zusammenhang mit den Werken der Urheber erbracht werden“.¹¹⁶⁷ Hierzu zählen unter anderem der Schutz des Datenbankherstellers, § 87a ff. UrhG, und der Schutz des Presseverlegers, § 87f ff. UrhG.

II. Internetseiten und mediale Inhalte im urheberrechtlichen Kontext

Wenn bereits die Webseite als Ganzes Werkcharakter besäße, so würde es nahe liegen, dass Änderungen an der Darstellung im Browser des Nutzers das Werk in seiner Integrität schädigt. Ein Werkschutz von Webseiten kommt gem. § 2 UrhG als Sprachwerk, als Werk der bildenden Künste, gem. § 4 UrhG als Sammel- bzw. Datenbankwerk und als Computerprogramm im Sinne der §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 69a UrhG in Betracht.

¹¹⁶² Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 19.

¹¹⁶³ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 19, m. w. N.

¹¹⁶⁴ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 21.

¹¹⁶⁵ Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, UrhG, § 2 Rn. 24.

¹¹⁶⁶ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 21, 23.

¹¹⁶⁷ BT-Drs. IV/270S. 33 f.; vgl. auch Nordemann in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, UrhG, § 2 Rn. 3.

1. Ansicht in der Rechtsprechung

Die Frage nach der Werkqualität von Internetseiten ist innerhalb der Rechtsprechung nicht in aller Deutlichkeit entschieden worden. Die Tendenz geht jedoch dahin, zumindest nicht grundsätzlich den Werkcharakter eines Werks der bildenden Künste nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG zu versagen.¹¹⁶⁸ Zur Beurteilung der Individualität haben die Gerichte hier auf die Farbauswahl oder -kombination und die Anordnung von Bildern und Grafiken abgestellt.¹¹⁶⁹ Die erforderliche Schöpfungshöhe sei jedoch nicht erreicht, wenn die Gestaltung der Internetseite nicht über das hinausgehe, was bei ordnungsgemäßer Erstellung einer Internetseite handwerklich zu leisten sei.¹¹⁷⁰

Teilweise wird diskutiert, ob bezüglich des Werkschutzes einer Internetseite auf den HTML-Code abgestellt werden kann. Hiergegen wird jedoch eingewandt, dass der HTML-Code kein Computerprogramm im Sinne des Urhebergesetzes sei, da die multimediale Darstellung einzelner Webseiten auf dem Computerbildschirm keine Ausdrucksform des zu Grunde liegenden HTML-Codes sei, sondern gerade umgekehrt der HTML-Code ein bloßes Hilfsmittel zur Kommunikation einer vorgegebenen Bildschirmgestaltung im Netz darstelle.¹¹⁷¹ Der Urnehmerschutz könne sich nur auf die gedankliche Aussage beziehen, die mit Hilfe von Sprache, Bild oder Ton vermittelt werde, aber nicht auf ein für den Ablauf und die Wiedergabe erforderliches „Computerprogramm“.¹¹⁷²

In der Vergangenheit wurde bei Internetseiten vereinzelt der Urnehmerschutz als Sprachwerk im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG bejaht, da gewisse technische Realisierungen zur Optimierung einer Internetseite urheberrechtsfähig seien. Im konkreten Fall wurde dies angenommen, wenn „die Auswahl, die Einteilung und die Anordnung der Suchbegriffe aus der Alltagssprache auf den Webseiten und im Quelltext“¹¹⁷³ durch die Verwendung von Meta-Tags dazu führen, dass Spitzenplätze auf der Ergebnisliste einer Suchmaschine erreicht werden können. Hierin liege ein Übertreffen der durchschnittlichen Leistung eines Webdesigners und somit ein Erreichen der erforderlichen Schöpfungshöhe.¹¹⁷⁴

¹¹⁶⁸ OLG Frankfurt, CR 2006, 198 (198); OLG Rostock, CR 2007, 737; OLG Celle, K&R 2012, 624 (625 f.).

¹¹⁶⁹ OLG Celle, K&R 2012, 624 (625 f.).

¹¹⁷⁰ OLG Celle, K&R 2012, 624 (625 f.); OLG Hamm, GRUR-RR 2005, 73 (74); hierzu auch OLG Rostock, CR 2007, 737.

¹¹⁷¹ OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2005, 299 (300); OLG Düsseldorf, MMR 1999, 729 (730).

¹¹⁷² OLG Frankfurt a. M., GRUR-RR 2005, 299 (300).

¹¹⁷³ OLG Rostock, CR 2007, 737 (738).

¹¹⁷⁴ OLG Rostock, CR 2007, 737 (738).

Das LG Hamburg¹¹⁷⁵ diskutiert, ob der Aufbau einer Internetseite ein Computerprogramm im Sinne des § 69a UrhG darstellt. Nach Ansicht des Gerichts könnte die dynamische HTML-Programmierung unter Verwendung von JavaScripts, die den bei jedem Abruf individuell erstellten Aufbau der Webseite bestimmen, möglicherweise hinreichend komplexe, ablauffähige und interpretierbare Steuerbefehle darstellen, welche die erforderliche Individualität des § 69a Abs. 3 UrhG erfüllen.¹¹⁷⁶

Die Internetseite wird innerhalb der Rechtsprechung nicht als Datenbankwerk angesehen. Es sei bereits nicht deutlich, inwiefern die Auswahl und Anordnung einer Webseite eine für den Werkschutz erforderliche persönliche geistige Schöpfung darstelle.¹¹⁷⁷ Dasselbe gelte auch für das Vorhandensein eines Multimedia-Werks i. S. e. Sammelwerks gem. § 4 Abs. 1 UrhG.¹¹⁷⁸

2. Ansicht in der Literatur

In der Literatur wurde bezüglich § 2 Abs. 2 UrhG das Problem aufgeworfen, dass die Webseite als Gesamtwerk, also inklusive der dazugehörigen Werbebanner aufgrund ihrer durch Cookies individualisierten, dynamischen Erscheinung sich je nach Nutzer meistens ändere und deshalb jedem Nutzer stets ein anderes Gesamtwerk beim Neuladen der Seite erscheine. Aus dieser Tatsache heraus würde es den Anwendungsbereich des Werkbegriffs sprengen, wenn Internetseiten, die dynamische Werbung enthalten, als Gesamtwerk anerkannt werden würden.¹¹⁷⁹

Andere Stimmen sehen in einer Internetseite ein als Datenbankwerk zu schützendes Gesamtwerk.¹¹⁸⁰ Des Weiteren wird vertreten, dass es sich bei komplexen Internetseiten, die aus unterschiedlichen Arten und Formen von „Content“ bestehen, um eine Datenbank im Sinne des § 87a UrhG handeln könnte.¹¹⁸¹ Die Homepage-Gestaltungen könnten auch als ein Werk der angewandten Kunst gem. § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG angesehen werden, wenn die Gestaltung nicht

¹¹⁷⁵ LG Hamburg, CR 2016, 782 (783).

¹¹⁷⁶ Das LG München lässt dies dahinstehen, vgl. LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 234 ff.).

¹¹⁷⁷ LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 258 ff.); LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 33, juris.

¹¹⁷⁸ Offengelassen durch LG München, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 281); im Einzelfall abgelehnt vom LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 34, juris.

¹¹⁷⁹ Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245 (246); zweifelnd Nink, CR 2017, 103 (109).

¹¹⁸⁰ Völker/Lührig, K&R 2000, 20 (24 f.); kritisch: Schack, MMR 2001, 9 (11); Heutz, MMR 2005, 567 (570) hält dies nur in besonders gelagerten Fällen für denkbar; a. A. Plaß, WRP 2000, 599 (600).

¹¹⁸¹ Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340); Völker/Lührig, K&R 2000, 20 (25); kritisch: Schack, MMR 2001, 9 (11 f.); a. A. Plaß, WRP 2000, 599 (604).

nur durch die Gebrauchsfunktion der Seite geprägt sei, sondern auch eine künstlerisch-ästhetische Gestaltung besitze.¹¹⁸² Hierbei dürfe die Anordnung der verschiedenen Web-Elemente jedoch nicht nur praktischen Erwägungen folgen.¹¹⁸³

Teilweise werden Internetseiten auch unter den Schutz eines Multimediawerks als unbenannte Werkart des § 2 UrhG gestellt.¹¹⁸⁴ Kennzeichnend sei hier die Verschmelzung digitaler Inhalte auf der Benutzeroberfläche des Nutzers, wodurch ein neues einheitliches Gesamtkunstwerk entstehe, eine sogenannte „digitale Einheit“.¹¹⁸⁵ Diese Ansicht findet auch in der US-Amerikanischen Literatur vereinzelt Zustimmung. So entstehe durch den Zusammenschluss der einzelnen Elemente ein eigenes schutzfähiges Werk, in welches durch das Entfernen von Werbung auf einer Internetseite eingegriffen werde.¹¹⁸⁶ Die Gegenansicht sieht in einer Webseite hingegen nicht eine einzige neue Schöpfung, sondern um eine aus einer Vielzahl bereits bekannter und selbständig verkehrsfähiger Werke zusammengesetzte Leistung.¹¹⁸⁷

Ein Schutz der HTML-Programmierung ist in der Literatur umstritten. Es mangle nach einer Ansicht bereits an einem hinreichenden Gestaltungsspielraum bei der Programmierung und somit an der Möglichkeit „Individualität“ zu verfolgen, da HTML den Aufbau einer Webseite schablonenhaft vorgebe.¹¹⁸⁸ Eine Gegenansicht sieht in der Befehlskette, die letztlich zur Anzeige der Webseite auf dem Bildschirm des Nutzers führt, aufgrund der notwendigen Komplexität jedoch sehr wohl ein Computerprogramm.¹¹⁸⁹

3. Eigener Ansatz zur Anwendung urheberrechtlicher Normen

Wie aus der wettbewerbsrechtlichen Darstellung hervorgeht, besteht eine Internetseite aus mehreren Ressourcen, die durch den Rendering-Prozess zu einer visuellen Einheit werden. Demnach kommen nachfolgende Untersuchungsgegenstände in Betracht:

a) Werkfähigkeit der einzelnen Elemente als Bestandteil einer Webseite

Bestimmte Teile einer Webseite können unzweifelhaft unter den Anwendungsbereich des Urheberrechts fallen. Geht es um Bilder, Texte, Musik oder auch Filme, die auf Internetseiten

¹¹⁸² Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 2 Rn. 104.

¹¹⁸³ Heutz, MMR 2005, 567 (569).

¹¹⁸⁴ Schack, MMR 2001, 9 (12); Völker/Lührig, K&R 2000, 20 (23 f.); nach Heutz, MMR 2005, 567 (569) stellen statische Seiten kein Multimediawerk dar.

¹¹⁸⁵ Schack, MMR 2001, 9 (12), m. w. N.

¹¹⁸⁶ Vgl. Hemmer, (2005) Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L., 24, 479, p. 6 – 7; a. A. Butler, (2016) 49 Conn. L. Rev. 689; Walbesser (2011), Intellectual Property & Technology Law Journal, 23(1), 19, p. 4.

¹¹⁸⁷ Plaß, WRP 2000, 599 (600).

¹¹⁸⁸ Schack, MMR 2001, 9 (11 ff.); Heutz, MMR 2005, 567 (569 f.).

¹¹⁸⁹ Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340); Koch, GRUR 1997, 417 (418).

integriert sind, kann wie bereits § 2 Abs. 2 UrhG verdeutlicht, grundsätzlich von einem Urheberrechtsschutz ausgegangen werden, solange die notwendigen Kriterien vorliegen.¹¹⁹⁰

b) Urheberrechtlicher Schutz des Quellcodes

Möglicherweise ist auch der hinter dem Erscheinungsbild einer Internetseite stehende Quellcode dem Urheberrecht zugänglich.

Der Quellcode setzt sich aus HTML zusammen. HTML dient als Auszeichnungssprache zur semantischen Strukturierung von Webinhalten.¹¹⁹¹ Für die Darstellung, insbesondere dem Layout, Farbe und der Typografie ist vorwiegend der Webbrowser im Zusammenspiel mit CSS-Elementen verantwortlich. Die Internetseite als Ganzes in Form der HTML-Datei ist aufgrund seiner auf die Strukturierung begrenzten Funktion bereits grundsätzlich kein Sprachwerk im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 UrhG. Hieran ändert auch die oben in der Rechtsprechung angedeutete Tatsache nichts, dass innerhalb der HTML-Datei Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen ergriffen werden können. Unabhängig davon, dass die Verwendung von Meta-Tags keinerlei Einfluss auf den Suchmaschinenrank bei den meisten Suchmaschinen mehr hat¹¹⁹², stellt die Verwendung von Suchmaschinenoptimierungsmaßnahmen heutzutage eine Alltäglichkeit eines jeden Internetseitenanbieters dar.

Fraglich ist sodann, ob der Quellcode als Computerprogramm unter das Urheberrechtsgesetz fällt. Computerprogramme im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG sind definitionsgemäß: „Eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind, zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“¹¹⁹³.

Dies kann für den Quellcode der Internetseite insoweit bejaht werden, als dass es sich um ausführbare Befehle handelt, durch welche der Computer die jeweilige grafische Oberfläche der Webseite erstellen kann.¹¹⁹⁴ Allerdings müsste nach § 69a Abs. 3 UrhG der Quellcode auch die erforderliche Individualität haben.¹¹⁹⁵ Die HTML-Codierung dient aber nur als Hilfsmittel zur

¹¹⁹⁰ Nordemann, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 2 UrhG, Rn. 117, 233; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 102, 104, 156; Plaß, WRP 2000, 599 (600 f.).

¹¹⁹¹ Vgl. Kaboth/Spies, in: BeckOKUrheberrecht, UrhG, § 69a Rn. 7; Völtz, MMR 2013, 619 (619).

¹¹⁹² Vgl. Stellungnahme von Google, abrufbar unter: <https://webmasters.googleblog.com/2009/09/google-does-not-use-keywords-meta-tag.html>.

¹¹⁹³ BGH, Urt. v. 09.05.1985 – I ZR 52/83, Rn. 74 – Inkasso-Programm, juris.

¹¹⁹⁴ Vgl. OLG Frankfurt, CR 2006, 198 (199); Heutz, MMR 2005, 567 (569).

¹¹⁹⁵ S. hierzu Heutz, MMR 2005, 567 (569 f.).

Darstellung von Informationen in einem Internetbrowser. Eine Programmierleistung wie sie das Urhebergesetz fordert, ist darin nicht zu sehen.¹¹⁹⁶

c) Urheberrechtlicher Schutz der Oberfläche

Möglicherweise unterliegt die Oberfläche der Internetseite jedoch dem Urheberschutz. Dem stehen im Hinblick auf die Zusammensetzung einer modernen Internetseite jedoch Bedenken entgegen.

Die oben gemachten Feststellungen zur Funktionsweise einer Internetseite haben nicht nur gezeigt, dass sich diese aus mehreren unterschiedlichen Quellen zusammensetzt, sondern auch, dass die letztlich beim Nutzer angezeigten Werbebanner nicht durch den Seitenbetreiber selbst, sondern durch ein Werbenetzwerk eines Dritten eingespeist werden. Der Seitenanbieter hält lediglich einen Werbeplatzhalter bereit. Daraus folgt zeitgleich, dass in der Großzahl der Fälle ein urheberrechtlicher Schutz bereits daran scheitert, dass der Seitenbetreiber keine eigene schöpferische Leistung in Bezug auf die blockierten Werbeelemente für sich behaupten kann.¹¹⁹⁷

Es ließe sich anführen, dass der Dritte als Schöpfer der Werbung und der Anbieter der Internetseite einen gemeinsamen Beitrag zur Werkentstehung an der Oberfläche einer Internetseite leisten. Diesem Gedanken steht jedoch die fehlende Zusammengehörigkeit beider Komponenten entgegen. Die Internetseite setzt sich dynamisch zusammen.

Der Aufbau einer Internetseite kennzeichnet sich durch eine stetig wechselnde Oberfläche. Dies gilt nicht nur für den redaktionellen Inhalt, welcher sich zumeist nach der chronologischen Darstellung neuer Artikel richtet, sondern insbesondere für die angezeigte Werbung. Denn diese wird anhand von Keywords und Nutzungsdaten durch einen Computeralgorithmus bei jedem Laden der Seite neu zusammengesetzt. Da ein Werk jedoch von einer individuellen menschlichen Leistung herrühren muss¹¹⁹⁸, kann bereits keine schutzwürdige Oberfläche durch die Leistung eines Computers entstehen. Zwar können auch Werke, die mit einem Computer als Hilfsmittel geschaffen werden, unter den Urheberrechtsschutz fallen.¹¹⁹⁹ Allerdings ist hier sodann erforderlich, dass der von dem Menschen erbrachte Beitrag auch die gestalterische Schwelle des § 2 Abs. 2 UrhG überschreitet. Dies ist hier nicht gegeben. Die Einbindung der Werbung

¹¹⁹⁶ OLG Frankfurt, CR 2006, 198 (199); *Kaboth/Spies*, in: BeckOKUrheberrecht, UrhG, § 69a Rn. 7.

¹¹⁹⁷ Vgl. auch LG Hamburg, CR 2016, 782 (783).

¹¹⁹⁸ *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 2 Rn. 8; *Thum*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 7 Rn. 8; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 2 Rn. 15.

¹¹⁹⁹ *Schulze*, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, UrhG, § 2 Rn. 8; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 2 Rn. 16.

erfolgt durch den Werbepplatzhalter im HTML-Code, was, wie oben festgestellt, eine technische Notwendigkeit, aber keine schöpferische Leistung darstellt.

Mitunter wird in der Literatur vertreten, dass ein Urheberrechtsschutz auch dann in Betracht komme, wenn der Urheber von ihm nicht kontrollierte Eingriffe einer Maschine in den Schaffungsprozess miteinbeziehe.¹²⁰⁰ Dies mag für den Fall zutreffen, in dem ein Zufallsgenerator dem Künstler verschiedene Farbtöne vorgibt und der Künstler diese in seinem Bild verarbeitet, allerdings kann dies nicht für die hier gegenständliche Situation gelten. Denn anders als im Beispielfall stellt der Seitenbetreiber bereits seine Schaffung zur Verfügung und ergänzt diese nur durch einen als Zufallsgenerator agierenden Platzhalter. Diese reine Platzhalterfunktion kann jedoch aufgrund ihrer Banalität keine Schöpfungsleistung darstellen. Eine Weiterverarbeitung des Zufallsergebnisses findet hier gerade nicht mehr statt.

Diese Überlegungen schließen gleichzeitig einen Schutz der Oberfläche als Multimedia- und Datenbankwerk aus. Es mangelt an der für ein Multimediawerk erforderlichen Untrennbarkeit¹²⁰¹ zwischen Werbung und redaktionellen Inhalten. Die für ein Datenbankwerk erforderliche Individualität, die sich durch die systematische oder methodische Anordnung einzelner Daten ergibt, liegt nicht vor. Es erfolgt bereits kein Sammeln, Sichten, Bewerten und Zusammenstellen im Hinblick auf die Werbeelemente.¹²⁰² Dem OLG Frankfurt ist insoweit beizupflichten, wenn es ausführt: „Ihre Auswahl und Anordnung ist durch einen bestimmten Zweck – nämlich die Gestaltung der Webseite in einer ganz bestimmten, vorgestellten Art und Weise – vorgegeben [...]“¹²⁰³ Diese Zweckmäßigkeitüberlegungen lassen in der Regel keinen Raum für eine Individualität.

Das Ergebnis der Ausführung des Quellcodes, das heißt die Darstellung, welche durch die HTML-Datei erzeugt wird, ist auch kein schutzfähiges Computerprogramm.¹²⁰⁴ Gem. § 69a Abs. 2 gilt der gewährte Programmschutz zwar für alle Ausdrucksformen eines Computerprogramms, allerdings ist hiermit die innere Struktur und Organisation des Programms gemeint.¹²⁰⁵ Hierzu zählen die unterschiedlichen Phasen der Entstehung des Computerprogramms, vom Entwurfsmaterial über den Datenflussplan bis hin zum Quellcode¹²⁰⁶. Hierunter fällt nicht ein

¹²⁰⁰ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 2 Rn. 17, m.w.N.

¹²⁰¹ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 2 Rn. 157, m. w. N.

¹²⁰² Vgl. Marquardt, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 4 Rn. 15; Czychowski, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, UrhG, § 4, Rn. 12; Berger, GRUR 1997, 169 (173 f.).

¹²⁰³ Vgl. OLG Frankfurt, CR 2006, 198 (200).

¹²⁰⁴ OLG Frankfurt, CR 2006, 198 (199); OLG Düsseldorf, MMR 1999, 729 (730); Czychowski, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, UrhG, § 69a Rn. 8.

¹²⁰⁵ OLG Düsseldorf, MMR 1999, 729 (730).

¹²⁰⁶ Schack, MMR 2001, 9 (12 f.).

durch ein Programm erzeugtes und auf dem Bildschirm wahrnehmbares Arbeitsergebnis.¹²⁰⁷ Diese Trennung zwischen Quellcode und dem Ergebnis einer Programmausführung ist unumgänglich, wenn man sich der Kontrollüberlegung des OLG Düsseldorf¹²⁰⁸ anschließt. Denn so ist es technisch möglich, mit unterschiedlichen Computerprogrammen ein und dieselbe textliche oder grafische Abbildung auf dem Bildschirm zu erzeugen, sodass es an der untrennbaren Verbindung mangelt, die erforderlich wäre, um die Bildschirmgestaltung einer Internetseite als Ausdrucksform eines Programms vom Schutz des Quellcodes mitumfasst zu sehen.¹²⁰⁹

d) Leistungsschutzrechte eines Seitenbetreibers

Üblicherweise liegt auch kein Leistungsschutzrecht an einer Datenbank im Sinne der §§ 87a ff. UrhG vor. Wie beim Datenbankwerk wird auch hier die notwendige Indexierungs- und Katalogisierungsfunktion üblicherweise nicht vorhanden sein. Wenn vertreten wird, dass die in HTML-Dokumenten enthaltenen Strukturinformationen eine systematische Anordnung unabhängiger Elemente darstellen würden¹²¹⁰, sind Werbeelemente dennoch nicht einzeln mit Hilfe elektronischer Mittel zugänglich, sodass es an einer Indexierungs- und Katalogisierungsfunktion fehlt.¹²¹¹ Indexierte und katalogisierte Werbung liegt zwar bei „Native Advertising“ vor. Diese Werbeform wird jedoch bereits nicht von den Adblockern blockiert.

e) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist eine Webseite grundsätzlich nicht als urheberrechtlich geschütztes Werk anzusehen. Insbesondere die dynamische Darstellung der einzelnen Inhalte und der Abruf der Werbung aus Werbenetzwerken Dritter steht einer Betrachtung als einheitliches Gesamtwerk entgegen. Lediglich die einzelnen isoliert zu betrachtenden Werbeelemente genießen Urheberrechtsschutz.

III. Urheberrechtlicher Eingriff durch Werbeblocker

1. Ansicht in Rechtsprechung und Literatur

Die Rechtsprechung verneint, dass Adblocker in einer zustimmungsbedürftigen Weise in die Webseite als Computerprogramm eingreifen. Es liege keine unerlaubte Umarbeitung und keine

¹²⁰⁷ OLG Düsseldorf, MMR 1999, 729 (730); OLG Rostock, CR 2007, 737 (737 f.); OLG Frankfurt, CR 2006, 198 (199); *Heutz*, MMR 2005, 567 (569 f.); *Kaboth/Spies*, in: BeckOKUrheberrecht, UrhG, § 69a Rn. 7.

¹²⁰⁸ OLG Düsseldorf, MMR 1999, 729 (730); auch OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2010, 234 (235); hierzu ausführlich: *Marly*, GRUR 2011, 204.

¹²⁰⁹ Vgl. *Heutz*, MMR 2005, 567 (570).

¹²¹⁰ Vgl. hierzu OLG Frankfurt, CR 2006, 198 (200); *Thum/Hermes*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 87a Rn. 94; a. A. *Schack*, MMR 2001, 9 (11 f.).

¹²¹¹ Vgl. LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 250); *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (246).

unerlaubte Vervielfältigung vor.¹²¹² Wenn Medienunternehmen ihre werbefinanzierten Internetseiten ohne Schutzmaßnahmen gegen Werbeblocker betreiben, ließe sich hieraus entnehmen, dass diese den Internetnutzern die durch den Abruf hervorgerufene Vervielfältigung der Inhalte uneingeschränkt gestatten.¹²¹³ Zudem handele es sich um vorübergehende Vervielfältigungshandlungen, sodass die Schrankenregelung des § 44a UrhG einschlägig sei.¹²¹⁴ Des Weiteren müsse dann auch eine urheberrechtliche Entstellung des Computerprogramms gem. § 14 UrhG ausscheiden. Eine vermeintliche Entstellung wäre zudem nicht geeignet die geistigen oder persönlichen Interessen zu gefährden, da die Werbung lediglich finanziellen Interessen diene.¹²¹⁵ Abschließend führt das OLG Köln noch an, dass ein urheberrechtlicher Anspruch darauf, dass ein Angebot nur so genutzt werde, wie es bestimmungsgemäß wahrgenommen werden soll, darauf hinauslaufen würde, dem Nutzer vorzuschreiben, wie er Inhalte zu rezipieren habe. Dies sei jedoch nicht tragbar, da es dem Nutzer möglich sein muss, Werbeinhalte durch Maßnahmen innerhalb seines Empfangsbereichs zu blockieren.¹²¹⁶

Die Mehrheit der Literaturstimmen schließt sich diesem Ergebnis an. Werbeblocker würden nicht unmittelbar auf Webseiten einwirken, da lediglich der Download vom Werbeserver oder die Anzeige der betroffenen Werbung im Browser des Nutzers unterbunden werde. Die Werbeinhalte blieben unvervielfältigt, unverbreitet und nicht öffentlich wiedergegeben. Eine unzulässige Bearbeitung des Programmcodes gem. § 69c Nr. 2 UrhG sei nicht einschlägig. Zudem sei es der Nutzer und nicht der Adblock-Anbieter, der über den Einsatz des Blockers entscheide.¹²¹⁷

Vereinzelt wird jedoch auch die Gegenansicht vertreten. So greife das Adblock-Programm sehr wohl in den Ablauf einer Webseite als Computerprogramm im Sinne des § 69c Nr. 2 UrhG ein.¹²¹⁸ Es finde eine Änderung des Ablaufs der geschützten Webseite statt, was für die Annahme einer Umarbeitung nach § 69c Nr. 2 UrhG als ausreichend anzusehen sei.¹²¹⁹ Zudem sei das Verändern der Lade- und Requestsequenzen keine bestimmungsgemäße Nutzung der Webseite als Computerprogramm, sodass ein Verstoß gegen § 69d Abs. 1 UrhG auch begründet

¹²¹² OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 115 ff. – Whitelisting I, juris; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 30 ff., juris.; LG München, BeckRS 2015, 09562.

¹²¹³ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 126 ff. – Whitelisting I, juris; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 32, juris; LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 249).

¹²¹⁴ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 32, 35, juris; LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 272).

¹²¹⁵ LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 279).

¹²¹⁶ OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1086).

¹²¹⁷ Vgl. Köhler, WRP 2014, 1017 (1019 f.); Nink, CR 2017, 103 (109); Pfeifer, AfP 2016, 5 (10).

¹²¹⁸ Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹²¹⁹ Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

sei.¹²²⁰ Daneben könnte auch eine unerlaubte Einwirkung auf die Struktur einer Datenbank i. S. v. § 87a UrhG zu bejahen sein. Ebenfalls könne eine unerlaubte Bearbeitung eines Datenbankwerks gem. §§ 23, 4 UrhG vorliegen. Denn der Adblocker greife in die geschützte Auswahl und Anordnung der Datenbankelemente ein und bearbeite diese in unerlaubter Weise. Auch eine Verletzung eines Multimediawerks sei nach dieser Ansicht nicht fernliegend.¹²²¹

2. Eigener Ansatz

a) Keine Eingriffsmodalität

Der Ansicht, dass eine Änderung des Ablaufs der Webseite als geschützter Software für die Annahme einer Umarbeitung gem. § 69c Nr. 2 UrhG ausreichend sei¹²²² und der Annahme, dass die Manipulation der Lade- und Requestsequenzen im Browser des Nutzers keine bestimmungsgemäße Nutzung der Webseite als Computerprogramm darstelle¹²²³, ist entgegenzutreten.

Zunächst ist mit Verweis auf oben geschilderte Funktionsweise hervorzuheben, dass Adblock-Programme den Browser so konfigurieren, dass individuelle HTTP-Requests nicht an den Server gesendet und somit bestimmte Daten nicht auf den Computer des Nutzers heruntergeladen werden. Dies führt dazu, dass der Inhalt, der dem Nutzer auf seinem Bildschirm präsentiert wird, von dem Inhalt abweicht, den er, dem Interesse des Webseitenbetreibers nach, sehen soll. Änderungen am Quellcode der Internetseite finden jedoch nicht statt. Technisch setzen die Adblocker beim Browser oder im Netzwerk in der Sphäre des Nutzers an und nicht an der Internetseite selbst.

Die oben dargestellte Ansicht, die eine Umarbeitung durch das Werbefiltern bejaht¹²²⁴, beruft sich auf eine Entscheidung des OLG Hamburg, in der es um den Einsatz einer Cheat-Software ging, die den Ablauf eines Playstation-Spiels veränderte, indem sie nicht die Daten des Spiels selbst veränderte, sondern lediglich Daten im Arbeitsspeicher der Playstation umarbeitete.¹²²⁵ Allein die Änderung des Ablaufs des Computerprogramms wurde hier für die Annahme einer Umarbeitung im Sinne des § 69 c Nr. 2 UrhG als ausreichend angesehen.¹²²⁶ Diese Ansicht überzeugt nicht.

¹²²⁰ *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹²²¹ *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (340); a. A. *Nink*, CR 2017, 103 (109); *Köhler*, WRP 2014, 1017 (1019 f.).

¹²²² *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹²²³ *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹²²⁴ *Engels*, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹²²⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 13.04.2012 – 5 U 11/11, Rn. 62 f., juris.

¹²²⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 13.04.2012 – 5 U 11/11, Rn. 64, juris.

Verbreitet ist das Verständnis einer Umarbeitung als ein weit gefasstes Recht, worunter zunächst alle Abänderungen eines geschützten Computerprogramms, insbesondere die Änderung oder die Ergänzung des Quellcodes, verstanden werden.¹²²⁷ Solche Änderungen am Quellcode finden, wie erwähnt, gerade nicht statt. Wenn das OLG Hamburg nun vertritt, dass allein das Abweichen des vom Programm vorgesehenen Ablaufs als Umarbeitung genügen würde¹²²⁸, so beachtet es in unzureichender Weise die Interessen der Nutzer und der Offenheit des Marktes für neue Werke im digitalen Bereich, was sowohl gegen die Grundgedanken des Urhebergesetzes spricht als auch gegen den Schutzzweck der Norm. Stellt man für einen Eingriff nicht einmal mehr auf den technischen Code ab, sondern nur auf das was letztlich als Endprodukt angezeigt wird, so führt dies dazu, dass Software, die auf Funktionen anderer Programme aufbaut, von vornherein urheberrechtsverletzend wäre.¹²²⁹ Hieraus würde folgen, dass Dritte solche Add-on-Programme nicht mehr anbieten könnten und die Nutzer nicht mehr die Möglichkeit hätten, die von ihnen erworbenen Programme durch Erweiterungen nach ihrem Gusto zu modifizieren. Dies widerspricht einem der wesentlichen Grundsätze des Softwareurheberrechts, da auf diese Weise Interoperabilität verhindert wird.¹²³⁰

Zudem sind solche Erwägungen auch mit dem Wortlaut der Norm und der zugrundeliegenden Richtlinie nicht vereinbar. Art. 4 b) der Software-Richtlinie¹²³¹ und § 69c Nr. 2 UrhG führen als Beispiel für Umarbeitungen Übersetzungen, Bearbeitungen und Arrangements an. Diesen Handlungen ist gemein, dass sie auf die Veränderung des „Grundwerkes“ durch Eingriff in dessen Substanz abzielen. Dies geschieht entweder in der Form, dass der Code abgeändert wird oder die Codestruktur neu „arrangiert“ wird.¹²³² Eine solche Veränderung fehlt beim Adblocking.

Genauso liegt keine rechtswidrige Vervielfältigung gem. § 69c Nr. 1 UrhG vor. Zwar findet beim Download von Internetseiten zur Anzeige auf dem Monitor des Nutzers eine Vervielfältigung im Arbeitsspeicher des Endgeräts statt¹²³³, allerdings ist diese Vervielfältigung nicht rechtswidrig. Wie das LG München richtigerweise ausführt, ist „[...] der reine Werkgenuss

¹²²⁷ Spindler, CR 2012, 417 (419), m. w. N.

¹²²⁸ Entgegen LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 28, m. w. N., juris.

¹²²⁹ Vgl. Spindler, CR 2012, 417 (419).

¹²³⁰ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 - 308 O 46/16, Rn. 28, juris.

¹²³¹ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen.

¹²³² Vgl. Spindler, CR 2012, 417 (419); zustimmend Czychowski, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, UrhG, § 69c, Rn. 21.

¹²³³ LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 31, juris.; LG München, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 286, 268); Härtling, in: Härtling, Internetrecht, Urheberrecht, Rn. 1464.

durch die Nutzer – und damit auch die Vervielfältigung der jeweiligen Sendung im Arbeitsspeicher des Nutzers – als erlaubte und damit rechtmäßige Nutzung anzusehen“¹²³⁴. Insoweit kann auf die Ausführungen der technischen Funktionsweise des Internets verwiesen werden.

Auch durch die Werbeblockierung im Fernsehprogramm besteht keine Eingriffsmodalität nach dem Urhebergesetz. Zwar gewährt § 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG Sendeunternehmen das ausschließliche Recht, „Funksendungen weiterzusenden und öffentlich zugänglich zu machen“ und somit ein ausschließliches Recht, seine Inhalte weiterzusenden¹²³⁵, allerdings verletzt die Fernsehfee dieses Recht nicht. Denn das Werbeblocker-System setzt erst am Wiedergabegerät ein und ist damit dem freien Empfangsbereich des Zuschauers und nicht dem geschützten Sendebereich des Fernsehsenders zuzurechnen.¹²³⁶

b) Schlichte Einwilligung

Selbst wenn überzeugend das Vorliegen einer Umarbeitung, einer Vervielfältigung oder eines Eingriffs begründet werden könnte, wären diese aufgrund einer „schlichten Einwilligung“ gerechtfertigt.¹²³⁷

Die schlichte Einwilligung ist ein noch junges Rechtsinstitut, das von der Rechtsprechung zur Bejahung einer rechtmäßigen Nutzung urheberrechtlicher Werke trotz fehlender ausdrücklicher Rechtseinräumung des Berechtigten geschaffen wurde.¹²³⁸ Das Vorliegen und der Umfang einer schlichten Einwilligung bestimmt sich nach dem objektiven Erklärungsinhalt aus Sicht des Erklärungsempfängers.¹²³⁹ Der BGH bejahte das Rechtsinstitut bisher lediglich für den Fall sogenannter Vorschaubilder in Suchmaschinen. In den Entscheidungen „Vorschaubilder I“ und „Vorschaubilder II“ wurde entschieden, dass beim öffentlichen Zugänglichmachen von Vorschaubildern durch Bildersuchmaschinen eine schlichte Einwilligung des Rechtsinhabers in die Nutzung dessen Bilder durch die Suchmaschinen vorliege.¹²⁴⁰ Das Gericht stützte seine Ansicht auf die Überlegung, dass allein mit dem Einstellen von Abbildungen einer Fotografie ins öf-

¹²³⁴ LG München, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 281).

¹²³⁵ *Boddien*, in: Fromm/Nordemann, Urheberrecht, § 87 UrhG Rn. 24 ff.

¹²³⁶ Vgl. hierzu auch LG Hamburg, Urt. v. 07.11.2003 – 308 O 504/03, Rn. 26, jurion; LG Berlin, BeckRS 2003, 14943 (Rn. 22).

¹²³⁷ Vgl. auch OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 129 f. – Whitelisting I, juris.

¹²³⁸ BGH, GRUR 2012, 602 (605) – Vorschaubilder II; BGH, GUR 2010, 628 (631) – Vorschaubilder I; zuletzt: OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 129 f. – Whitelisting I; *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 31 Rn. 37.

¹²³⁹ BGH, GRUR 2012, 602 (605) – Vorschaubilder II; BGH, WRP 2010, 916 (920 f.) – Vorschaubilder I; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 19a Rn. 42.

¹²⁴⁰ BGH, GRUR 2012, 602 (605) – Vorschaubilder II; BGH, WRP 2010, 916 (920 f.) – Vorschaubilder I.

fentliche Internet ohne diese durch technische Maßnahmen – hier dem Robot-Exclusion-Standard¹²⁴¹ – von der Suche und Anzeige durch Bildersuchmaschinen auszunehmen, eine schlichte Einwilligung in die Verwendung innerhalb einer Bildersuchmaschine und ein dadurch bewirktes öffentliches Zugänglichmachen des abgebildeten Werkes liege.¹²⁴²

Diese Arbeit spricht sich für eine Ausweitung der schlichten Einwilligung auch auf andere Verwertungsrechte im Urhebergesetz aus. Dies gilt jedoch stets nur unter Einhaltung der vom BGH aufgestellten Bedingungen. Das heißt, die Rechtswidrigkeit ist nur bei urheberrechtlichen Verwertungshandlungen durch eine schlichte Einwilligung ausgeschlossen, mit denen der Urheber rechnen musste und er trotz der Möglichkeit technischer Einschränkungsmöglichkeiten hiervon keinen Gebrauch zum Schutz seines Werkes gemacht hat.¹²⁴³

Vorliegend bedeutet dies, dass das Bereitstellen einer öffentlich zugänglichen Internetseite abstellend auf den objektiven Erklärungsinhalt aus Sicht des Erklärungsempfängers so verstanden werden muss, dass diese Webseite in der durch die Technik vorgesehenen Weise benutzt werden darf.¹²⁴⁴ Das heißt, dass der Internetbrowser HTTP-Requests und CSS-Modifikationen nach den durch den Nutzer gewählten Voreinstellungen vornehmen kann und die Ansicht den Präferenzen des Nutzers entsprechend modifizieren darf.¹²⁴⁵ Würde der Seitenbetreiber dies nicht wünschen, so kann er technische Schutzmaßnahmen ergreifen. Folglich unterfällt der komplette Funktionsumfang eines Adblockers der schlichten Einwilligung, welche durch das Veröffentlichen einer öffentlich zugänglichen Internetseite erteilt wird.

¹²⁴¹ Vgl. *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 19a Rn. 42.

¹²⁴² BGH, GRUR 2012, 602 (Rn. 17 ff.) – Vorschaubilder II; BGH, WRP 2010, 916 – Vorschaubilder I.

¹²⁴³ Ähnlich: *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 44.

¹²⁴⁴ Vgl. auch OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 127 ff. – Whitelisting I, juris; ohnehin liegt eine ausnahmebedürftige Handlung gem. § 69d Abs. 1 UrhG vor. Die Norm sieht Handlungen wie die Umarbeitung und Vervielfältigung eines Computerprogramms, die i. S. d. § 69c Nr. 1 und Nr. 2 UrhG zustimmungsbedürftig sind, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers unterworfen, wenn sie für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms notwendig sind. Der Zweck der Softwareüberlassung entscheidet dabei über den Umfang der Bestimmung. Ob der einzelne Eingriff sodann noch bestimmungsgemäß ist, entscheidet sich im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung. Zweck der Internetseite ist der Abruf durch den Nutzer und die dadurch gegebene Möglichkeit, die angebotenen Inhalte zu konsumieren. In der Interessenabwägung ist neben dem Integritätsinteresse des Seitenanbieters auch das Interesse der Nutzer zu berücksichtigen, die Autorität über ihre internetfähigen Endgeräte zu behalten. Hier ist insoweit auf die datenschutz- und eigentumsrechtlichen Erwägungen zu verweisen. Wie oben bereits erläutert fungiert der Browser als Torwächter zwischen Internetnutzer und Internetseite, indem er, aufgeladen durch das informationelle und personale Selbstbestimmungsrecht des Nutzers, bestimmt, was heruntergeladen wird und wie die Darstellung auf dem Bildschirm des Nutzers erfolgt. Es ist daher von einer bestimmungsgemäßen Nutzung öffentlich zugänglicher Internetseiten auszugehen, wenn der Nutzer mit Hilfe von HTTP-Requests selektiv auswählt, von welchem Server er Daten auf sein Endgerät herunterladen möchte, auch wenn hierdurch das Geschäftsmodell der Werbefinanzierung behindert wird.

¹²⁴⁵ Vgl. hierzu oben Teil III, Kapitel 9, § 2, B. II. 3.

3. Entstellung, § 14 UrhG

Die Nutzung der Webseiten unter Verwendung von Werbeblockern ist keine Entstellung im Sinne von § 14 UrhG. Ein Werk zu entstellen bedeutet, es zu verfälschen oder auch zu verstümmeln.¹²⁴⁶ Die öffentlich verfügbare Internetseite ist unter Wahrung der technischen Gegebenheiten des Mediums Internet letztlich keine körperlich integrale Datei. Stattdessen setzt sich diese, wie bereits erwähnt, aus vielen verschiedenen Ressourcen zusammen, die jeweils einzeln abgerufen werden können.¹²⁴⁷ Die einzelnen Ressourcen werden nicht durch die Werbeblockierung beeinträchtigt und somit auch nicht entstellt.

4. Verletzung des Leistungsschutzrechts des Datenbankherstellers

Der Datenbankhersteller hat das ausschließliche Recht, die Datenbank insgesamt oder einen nach Art oder Umfang wesentlichen Teil der Datenbank zu vervielfältigen, zu verbreiten und öffentlich wiederzugeben (§ 87b Abs. 1 UrhG). Diese Rechte sind vorliegend nicht tangiert, da weder der Adblock-Vertreiber noch der Internetnutzer in irgendeiner Weise die vermeintliche Datenbank vervielfältigen, verbreiten oder öffentlich wiedergeben. Die Werbefilterung führt letztlich nur dazu, dass bestimmte Werbenachrichten nicht auf den Computer des Nutzers geladen werden. Des Weiteren vertritt diese Arbeit, dass die Werbenachrichten keinen wesentlichen Teil der Datenbank ausmachen, sodass das Leistungsschutzrecht sich bereits nicht auf die Werberessourcen bezieht. Unabhängig hiervon wäre hier auch eine schlichte Einwilligung gegeben.¹²⁴⁸

5. Eingriff in urheberrechtlich geschützte Werbung

Letztlich ist auch die Frage, ob nicht die einzelnen Werbeformate, die grundsätzlich urheberrechtlich geschützt sein können, durch das Herausfiltern in unzulässiger Weise tangiert werden, zu verneinen. Indem einzelne Datenpakete gar nicht erst abgerufen oder angezeigt werden, bleiben die Werbeinhalte ungenutzt und somit findet weder eine Vervielfältigung, eine Verbreitung noch eine rechtswidrige öffentliche Wiedergabe dieser statt.¹²⁴⁹

Abschließend ist noch hinzuzufügen, dass auch das „Element Hiding“ nicht als urheberrechtlicher Eingriff gewertet werden kann. Auf Basis oben gemachter Erwägungen kann der Nutzer

¹²⁴⁶ Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, UrhG § 14 Rn. 3.

¹²⁴⁷ Vgl. oben Teil III, Kapitel 9, § 3, A. II. 3. f) b. (cc) (iii); LG Hamburg, MMR 2017, 351 (353).

¹²⁴⁸ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kar, Rn. 144 ff. – Whitelisting I, juris.

¹²⁴⁹ Insbesondere LG München, BeckRS 2015, 09562 (244 ff.); LG Hamburg, MMR 2017, 351 (353); LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 33, juris; Köhler, WRP 2014, 1017 (1019 f.); Nink, CR 2017, 103 (109); Pfeifer, AfP 2016, 5 (10); a. A. Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

die Inhalte auf seinem Display so darstellen, wie er möchte. Insbesondere kann er die Werbenachrichten ausblenden, da der Werkschutz nicht das Recht umfasst, gesehen zu werden. Das heißt nicht nur die Werbefilterung, sondern auch die Ausblendung von Elementen auf dem Bildschirm verletzt weder das ausgeblendete Werk noch die Webseite in ihrer Integrität.

IV. Täterschaft nach dem Urhebergesetz

Neben dem Fehlen eines urheberrechtlichen Eingriffs ist zudem zu beachten, dass selbst wenn ein solcher Eingriff bejaht werden könnte, dieser durch den Konsumenten selbst vorgenommen wird. Der Adblock-Anbieter stellt lediglich das Werkzeug zur Verfügung.¹²⁵⁰ Die einzige Konstellation, die einschlägig sein könnte, wäre ein Anspruch gegen den Vertreiber aus § 823 Abs. 2 S. 1 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG. Dieser ist jedoch nicht gegeben, da beim Werbefiltern auf öffentlich zugänglichen Seiten keinerlei Schutzmaßnahmen umgangen werden.¹²⁵¹

C. Deliktsrechtliche Beurteilung

I. Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Da wettbewerbsrechtliche Ansprüche mangels Bejahung einer geschäftlichen Handlung von Teilen der Literatur ausgeschlossen wurden, ist in der Vergangenheit ein Ausweichen auf die deliktsrechtlichen Vorschriften in Erwägung gezogen worden.¹²⁵² Hierbei wurde teilweise auf das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb abgestellt.

Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kann wie das Persönlichkeitsrecht als sonstiges Recht einen Unterlassungsanspruch im Sinne des § 823 Abs. 1 i. V. m. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog begründen.¹²⁵³ Es ist subsidiär gegenüber dem Wettbewerbsrecht und den durch §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB gewährten Rechten.¹²⁵⁴ Schutzgegenstand ist hier nicht die Persönlichkeit, sondern der Gewerbebetrieb in seinem Bestand und seinen Ausstrahlungen, soweit es sich um dem Gewerbebetrieb in seiner wirtschaftlichen und wirtschaftenden Tätigkeit wesensgemäße und eigentümliche Erscheinungsformen und Beziehungen handelt.¹²⁵⁵ Teilweise wird auch von einem Schutz der Betätigung und des Bestands eines Unternehmens gesprochen.¹²⁵⁶ Im Hinblick auf die Weite des Schutzzumfangs liegt ein Eingriff erst dann vor,

¹²⁵⁰ Vgl. OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 120 ff. – Whitelisting I, juris; Köhler, WRP 2014, 1017 (1019).

¹²⁵¹ Dies wurde beim Bewerben von Software zur Umgehung eines Kopierschutzes bejaht: BGH, NJW 2008, 3565 – Clone-CD; Adblocker umgehen jedoch gerade keinen Kopierschutz.

¹²⁵² Inhaltlich haben sich hiermit ausführlicher befasst: Schippel, AfP 2017, 185 (189); Köhler, WRP 2014, 1017 (1020); Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245 (248).

¹²⁵³ *Wilhelmi* in: Erman, BGB, § 823 BGB, Rn. 49, m. w. N.

¹²⁵⁴ *Hager*, in: Staudinger, D. Das Recht am Gewerbebetrieb, Rn. D 2.

¹²⁵⁵ BGH, GRUR 1959, 282 (283) – Stromunterbrechung.

¹²⁵⁶ Hierzu ausführlich: *Lange*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann, jurisPK-BGB, § 823 Abs. 1, Rn. 38.

wenn dieser unmittelbar bzw. betriebsbezogen erfolgt.¹²⁵⁷ Bejaht wird dies nur bei Eingriffen, die sich gegen den Betrieb als solchen richten und nicht nur vom Betrieb ohne weiteres ablösbare Rechte oder Rechtsgüter betreffen.¹²⁵⁸ Kann dies bejaht werden, hat im Anschluss noch eine Interessenabwägung der betroffenen Rechtsgüter der Beteiligten zu erfolgen.¹²⁵⁹

1. Ansicht in der Rechtsprechung

Die deutschen Gerichte haben in der Vergangenheit einen betriebsbezogenen Eingriff durch Adblocking verneint.¹²⁶⁰ Zwar würden Adblocker Auswirkungen auf die Beziehungen der Medienunternehmen zu den Internetnutzern und den Werbekunden haben, allerdings sei der Eingriff nicht unmittelbar betriebsbezogen. Denn so müsse berücksichtigt werden, dass zwischen die Werbeblockierung und dem Handeln des Adblock-Betreibers noch die Entscheidung der Nutzer trete, den Werbeblocker in seinem Browser zu installieren.¹²⁶¹ Auch die Rechts- und Interessenabwägung ergebe nichts anderes, da insoweit die Interessen der Adblock-Betreiber und der Internetnutzer den Interessen der Medienunternehmen und Werbenden überwiegen würden.¹²⁶²

2. Ansicht in der Literatur

Auch nach überwiegender Ansicht in der Literatur scheitere ein Unterlassungsanspruch nach §§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog i. V. m. 823 Abs. 1 BGB am Fehlen eines betriebsbezogenen Eingriffs.¹²⁶³ Eine Ansicht sieht nur dann einen Eingriff durch den Einsatz eines Werbeblockers als möglich an, wenn die Filtersoftware die Überwindung einer technischen Schutzvorrichtung ermöglichen würde, die der Verhinderung des Aufrufs der Webseite ohne Werbung dient. Dies sei bei Werbeblockern jedoch nicht der Fall, da diese nur dann filtern können, wenn der Seitenbetreiber diese nicht zuvor ausgesperrt habe. Ein Überwinden von Schutzmaßnahmen habe vorher noch nicht stattgefunden.¹²⁶⁴

Hiergegen wendet sich eine andere Ansicht, nach der die massive Beeinträchtigung der Webseitenbetreiber sehr wohl für das Vorliegen eines rechtswidrigen Eingriffs spreche.¹²⁶⁵ Das Abstellen auf technische Schutzhindernisse überzeuge gerade nicht. Zwar werde kein bestimmter

¹²⁵⁷ Hager, in: Staudinger, BGB, D. Das Recht am Gewerbebetrieb, Rn. 11.

¹²⁵⁸ BGH, GRUR 1959, 282 (283 f.) – Stromunterbrechung.

¹²⁵⁹ Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 823 Rn. 99.

¹²⁶⁰ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 - U 2225/15 Kart – Whitelisting I, juris; LG München I, BeckRS 2015, 09563 (195 ff.); LG München I; BeckRS 2015, 09562 (Rn. 231); LG Hamburg, MMR 2017, 351 (355).

¹²⁶¹ LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 201).

¹²⁶² Im Ergebnis auch LG Hamburg, MMR 2017, 351 (355).

¹²⁶³ Vgl. Schippel, AfP 2017, 185 (189 f.); Köhler, WRP 2014, 1017 (1020); Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 324 ff.

¹²⁶⁴ Köhler, WRP 2014, 1017 (1020).

¹²⁶⁵ Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245 (248).

Betrieb durch das Anbieten von Adblockern beeinträchtigt, die verfassungsrechtliche Wertung von Webseiten, die der Pressefreiheit unterfallen, spreche jedoch dafür, den Deliktstatbestand als einschlägig zu erachten. Die Pressefreiheit verpflichte den Staat insbesondere dazu, die freie Finanzierung der Presse und somit den Schutz ihrer Rahmenbedingungen zu gewährleisten.¹²⁶⁶ Es reiche insoweit bereits die Beeinträchtigung der Einkünfte der Webseitenbetreiber für eine Unmittelbarkeit des Eingriffs aus.¹²⁶⁷

Auch eine weitere Ansicht spricht sich für das Vorliegen eines betriebsbezogenen Eingriffs aus.¹²⁶⁸ Unter Anerkennung, dass der Eingriff aufgrund des zwischengeschalteten Verhaltens der Nutzer nicht unmittelbar von den Adblock-Betreibern ausgehe, zieht die Ansicht jedoch § 830 Abs. 2 BGB heran, sodass die Anbieter als Anstifter für eine vorsätzliche Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zur Verantwortung gezogen werden können. Denn das nach der Ansicht rechtswidrige Verhalten der Internetnutzer, aus dem ebenfalls ein Anspruch der Internetseitenbetreiber auf Unterlassung gegen die Internetnutzer selbst folge, sei den Adblock-Anbietern als vorsätzliche Anstifterhandlung zuzurechnen.¹²⁶⁹

3. Eigener Ansatz

Aufgrund der bereits zum Wettbewerbsrecht gemachten Ausführungen ist eine Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht gegeben. Zwar wurde in der Vergangenheit ein Eingriff am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für das kostenlose Anbieten eines Programms (sogenannte Sniper-Software) bejaht, mithilfe dessen man automatisiert auf Artikel, welche auf die eBay Plattform eingestellt wurden, mitbieten konnte, obwohl dies durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen wurde.¹²⁷⁰ Allerdings wurde diese Entscheidung zu Recht kritisiert.¹²⁷¹

Das Gericht sah durch das Anbieten des Programms bereits einen unmittelbaren Eingriff in die Kundenbeziehungen zwischen eBay und den eBay-Nutzern als gegeben an. Das Programm würde es als Hilfsmittel dem Einzelnen ermöglichen, die Abgabe von Geboten zulasten anderer Nutzer zu optimieren und dies auch unter Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Handelsplattform.

¹²⁶⁶ *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (248).

¹²⁶⁷ *Becker/Becker*, GRUR-Prax 2015, 245 (248).

¹²⁶⁸ *Raithel*, Werbeblocker im Internet, S. 207 f.

¹²⁶⁹ *Raithel*, Werbeblocker im Internet, S. 207 f.

¹²⁷⁰ LG Hamburg, K&R 2003, 296.

¹²⁷¹ So *Leible/Sosnitza*, CR 2003, 344 (349).

Anhand der Argumentation des Gerichts wäre auch die Unzulässigkeit von Internet-Adblockern begründbar. Denn so liegt auch hier ein Hilfsprogramm vor, das möglicherweise gegen die AGB bestimmter Internetseiten verstößt. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, dass die Werbefilterung nicht unmittelbar das Unternehmen berührt. Es ist nur mittelbare Folge, dass die Umsätze des Medienunternehmens sinken, da mit dem Ausbleiben der Anzeige von Werbung auch die AdImpressionen und AdClicks heruntergehen. Indem der Nutzer sich lediglich dafür entscheidet, bestimmte Ressourcen nicht vom Server des Werbenden herunterzuladen, ist bereits das Geschäftsmodell nicht hinreichend betroffen, da die Werbung an sich und die Möglichkeit der Werbeschaltung in der Sphäre des Webseitenbetreibers unberührt bleiben. Dem Gericht ist in seiner Bewertung zur Sniper-Software ohnehin nicht zuzustimmen. Es lässt von vornherein außer Acht, dass die unmittelbare Einwirkung, falls man überhaupt von einer solchen sprechen kann, letztlich erst durch den Nutzer der Plattform begangen wird. Des Weiteren ermöglicht das Programm dem Nutzer auch nur eine Handlung zu automatisieren, die ihm ansonsten manuell ebenfalls offenstehen würde. Dies wurde vom BGH in der Werbeblocker-I-Entscheidung als lauter eingestuft. Solange die „Sniper-Software“ auch nur einen von eBay gewollten Bietprozess bedient, kann insoweit auch nicht die Rede von einem Angriff auf den Geschäftsbetrieb der Plattform die Rede sein. Die Möglichkeit, dass die Plattform möglicherweise für Bieter unattraktiver wird, reicht zumindest nicht für ein Verbot auf Grundlage des Eingriffs am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus, da ein Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten nicht vom Schutzanspruch umfasst ist.¹²⁷² Dies gilt insbesondere dann, wenn es jedem Nutzer offensteht, sich auch eines solchen Programms zu bedienen, denn so bestehen für jeden Nutzer dieselben Chancen.¹²⁷³ Ein Unterlassungsanspruch kann sich daher nur aus einer Verletzung der AGB ergeben, in welche die Nutzer einwilligen und nicht der Vertreiber des Programms; eBay müsste deshalb gegen die einzelnen Nutzer vorgehen.

Etwas anderes kann auch nicht für Adblocker gelten. Der Eingriff in das Geschäftsmodell des Unternehmens erfolgt durch die Nutzer und nicht den Adblock-Betreiber.¹²⁷⁴ Die Handlung des zuletzt Genannten wirkt somit unmittelbar gegenüber den Internetnutzern und nicht gegenüber den werbefinanzierten Medienunternehmen.¹²⁷⁵

¹²⁷² Hager, in: Staudinger, BGB, D. Das Recht am Gewerbebetrieb, Rn. 1.

¹²⁷³ Vgl. Leible/Sosnitza, CR 2003, 344 (348 f.).

¹²⁷⁴ LG München, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 201).

¹²⁷⁵ So bereits zu Fernseh-Werbeblockern: LG Frankfurt, MMR 1999, 613.

Auch wenn man, wie in der Literatur geschehen, den Adblock-Anbieter als Anstifter gem. § 830 Abs. 2 BGB verstehen möchte, so fehlt es an der Rechtswidrigkeit eines Eingriffs. Insoweit kann auf die Abwägungsergebnisse im lauterkeitsrechtlichen Teil verwiesen werden. Insbesondere ist hier auch noch einmal auf die zur Verfügung stehenden Ausweichmöglichkeiten der Internetseitenbetreiber hinzuweisen. Im Ergebnis mangelt es sowohl an der Betriebsbezogenheit als auch an der Rechtswidrigkeit des Eingriffs.

II. Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung, § 826 BGB

Neben dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb ist auch die sittenwidrige vorsätzliche Schädigung gem. § 826 BGB Teil rechtlicher Abhandlungen gewesen. Auch aus dieser Norm kann in Verbindung mit § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog ein Unterlassungsanspruch resultieren. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist dann begründet, wenn das Handeln gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹²⁷⁶ Zur Bewertung der Handlung stellt man auf dessen Verwerflichkeit ab, die sich aus dem verfolgten Ziel, den eingesetzten Mitteln, dem Missverhältnis von Zweck und Mittel, einem besonderen Maß an Rücksichtslosigkeit oder den eingetretenen Folgen ergeben kann.¹²⁷⁷ Eine in der Literatur genannte Fallgruppe bildet die Vernichtungsabsicht, die dann vorliegt, wenn eine Partei das anerkannte Geschäftsmodell der anderen Partei versucht unmöglich zu machen.¹²⁷⁸ Allerdings bedarf es grundsätzlich einer abwägenden Beurteilung der Sittenwidrigkeit im Einzelfall.¹²⁷⁹

Auch hier kann darauf verwiesen werden, dass Adblock-Betreiber insoweit ihren Nutzern einen Mehrwert anbieten wollen, indem sie ihnen ein Werkzeug an die Hand geben, um zu bestimmen, welchen Medien sie konsumieren. Im Falle des Whitelisting wollen sie auch einen Anreiz für die Werbenden schaffen, weniger aufdringliche Werbung im Internet zu verbreiten. Folglich liegt keine Verhaltensweise vor, die nur schädigt oder verdrängt, ohne eigene Vorteile zu bewirken.¹²⁸⁰ Die Handlung beinhaltet auch im Falle des Whitelisting kein erpresserisches, drohendes Element¹²⁸¹, da dem Webseitenbetreiber stets die Möglichkeit offensteht, sich einem

¹²⁷⁶ Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 826 Rn. 4.

¹²⁷⁷ Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 826 Rn. 4.

¹²⁷⁸ Schippel, AfP 2017, 185 (190).

¹²⁷⁹ Teichmann, in: Jauernig, BGB, § 826 Rn. 4.

¹²⁸⁰ Vgl. hierzu Pfeifer, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 4 Rn. 100.

¹²⁸¹ So aber Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245 (248).

potentiellen Druck zu erwehren, indem Adblock-Nutzer ausgesperrt werden. Eine Sittenwidrigkeit ist mithin zu verneinen.¹²⁸² Des Weiteren muss auch eine vorsätzliche Schädigung ausscheiden. Im Vordergrund der Handlung steht der Aufbau des eigenen Geschäftsmodells und nicht die Zerstörung der Existenz der werbefinanzierten Medienunternehmen.

D. Kartellrechtliche Beurteilung

Zum Abschluss der rechtlichen Beurteilung von Internet-Adblockern kommen noch kartellrechtliche Ansprüche in Betracht. Auch hier ist bereits streitig, ob die Anwendungsvoraussetzungen gegeben sind. Zumindest bei ideellen Werbeblockern erübrigt sich eine Prüfung, da das Kartellrecht nach Ansicht des BGH und des EuGH nur gegenüber Unternehmen Anwendung findet, deren Tätigkeiten im geschäftlichen Verkehr angesiedelt sind.¹²⁸³ Für den Vertrieb von Adblockern im geschäftlichen Verkehr sind nur die differenzierenden Adblocker von Interesse, da erst durch die Möglichkeit der entgeltlichen Freischaltung überhaupt die Möglichkeit eines missbräuchlichen Verhaltens entsteht.

Eine rechtliche Auseinandersetzung ist im Hinblick auf einen Behinderungsmissbrauch gem. §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB, einem Ausbeutungsmissbrauch gem. §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1, 2 Nr. 2 GWB als auch in Form eines Diskriminierungsverbots gem. §§ 33 Abs. 1, 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB geboten. Allen Anspruchsgrundlagen gemein muss der Adblock-Betreiber zunächst eine marktbeherrschende Stellung innehaben, die er in missbräuchlicher Weise ausnutzt, vgl. § 19 Abs. 1 GWB.

I. Vorliegen des relevanten Markts

Zunächst stellt sich die Frage, auf welchen sachlich und räumlich relevanten Markt sich das Angebot differenzierender Adblocker bezieht.

Gemäß §19 Abs. 2 GWB kann ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder gewerblichen Leistungen innehaben. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist für die Feststellung der Marktbeherrschung auf der Nachfrageseite das Bedarfsmarktkonzept zur Marktabgrenzung heranzuziehen¹²⁸⁴. Hiernach sind einem Markt alle

¹²⁸² Vgl. erneut LG Hamburg, MMR 2017, 351 (355); Köhler, WRP 2014, 1017 (1020); Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245 (248).

¹²⁸³ EuGH, Urt. v. 19.02.2002 – C-309/99, Rn. 46, juris; BGH, WRP 1999, 665 (668) – Lottospielgemeinschaft; vgl. auch Köhler, WRP 2014, 1017 (1020); Engels prüft von vornherein nur das Kartellrecht im Hinblick auf differenzierende Adblocker, Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹²⁸⁴ BGH, Urt. v. 24.01.2017 – KZR 2/15, Rn. 20, juris = MMR 2017, 825.

Waren und Dienstleistungen zuzurechnen, die aus Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs als gleichartig anzusehen sind. Gleichartig sind Dienstleistungen und Produkte dann, wenn sie austauschbar sind.¹²⁸⁵

Nachfrager sind vorliegend die Medienunternehmen, die denjenigen Seitenbesuchern, die einen Adblocker verwenden, erneut Werbung zuspiesen wollen. Um dies zu erreichen, können sie sich an den Betreiber der Whitelist wenden.¹²⁸⁶ Der sachlich und örtlich relevante Markt erstreckt sich auf alle Nutzer, die theoretisch Adressat der auf der Webseite geschalteten Werbung sein können.¹²⁸⁷ Das OLG München fasst insoweit richtig zusammen:

„Der nach § 18 Abs. 1 GWB sachlich und örtlich relevante Markt ist vorliegend weder der Markt der Werbeblocker noch der Markt der Freischaltung von Onlinewerbung, sondern der Markt des Zugangs zu Internetnutzern in Deutschland.“¹²⁸⁸

Im Anschluss steht die Frage, ob ein Unternehmen auf diesem ermittelten Markt marktbeherrschend ist. § 18 Abs. 1 GWB sieht ein Unternehmen dann als marktbeherrschend an, wenn es ohne Wettbewerber ist (Nr. 1) oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (Nr. 2). Wenn das Unternehmen weder eine Monopolstellung nach Abs. 1 Nr. 1 noch eine Quasi-Monopolstellung nach Abs. 1 Nr. 2¹²⁸⁹ innehat, kann eine Marktbeherrschung sich nur aus § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB ergeben. Demnach ist das Unternehmen marktbeherrschend, wenn es eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat. Vorliegend kommt nur letzteres in Betracht.

Da eine solche Feststellung stets eine Einzelfallentscheidung ist, soll hier der populärste Werbeblocker „Adblock Plus“ als Fallbeispiel herangezogen werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Wettbewerber auf dem relevanten Markt all diejenigen Unternehmen sind, die die Nachfrage der Medienunternehmen nach Internetnutzern als Werbead-

¹²⁸⁵ Vgl. Lorenz, in Mäsch, Praxiskommentar, Kartellrecht, GWB, § 19 Rn. 7.

¹²⁸⁶ Vgl. OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart – Whitelisting I, juris; OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2184/15 Kart – Whitelisting II, juris; OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – 29 U 1917/16 – Whitelisting III, juris; LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 330); LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 225); Köhler, WRP 2014, 1017 (1022 f.).

¹²⁸⁷ LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 287); LG München, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 317); Köhler, WRP 2014, 1017 (1022).

¹²⁸⁸ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 151 – Whitelisting I, juris.

¹²⁸⁹ Lorenz, in: Mäsch, Praxiskommentar, Kartellrecht, GWB, § 19 Rn. 13 f.

ressat befriedigen können. Hierzu zählen Adblock-Plus, andere differenzierende Adblock-Anbieter und die Internetnutzer¹²⁹⁰ ohne Adblocker.¹²⁹¹ Die Bewertung der überragenden Marktstellung bemisst sich dabei insbesondere nach den in Abs. 3 genannten Kriterien. Hier ist das Kriterium des Marktanteils nach Nr. 1 der Norm hervorzuheben. Von den Internetnutzern in Deutschland haben laut einer aktuellen Studie 29 % einen Adblocker installiert.¹²⁹² Von diesen 29 % soll Adblock Plus laut den Sachverhaltsfeststellungen des LG München 90 % besitzen.¹²⁹³ Die 2017 veröffentlichte ARD/ZDF-Onlinestudie ergab dabei, dass 2017 62,4 Millionen der deutschsprachigen Bevölkerung ab 14 Jahren Internetnutzer sind.¹²⁹⁴ Das heißt, dass ca. 18 Millionen Internetnutzer einen Adblocker nutzen. Und unter der Annahme der korrekten Zahlen, absolut ca. 17 Millionen oder relativ 27 % der Nutzer Adblock Plus verwenden. Dies ist weit entfernt von der in § 18 Abs. 4 festgeschriebenen Vermutungsregel von 40 %. Weitere Indizien des § 18 Abs. 3 GWB die für eine Marktbeherrschung sprechen sind nicht ersichtlich. Folglich ist davon auszugehen, dass Adblock Plus keine marktbeherrschende Stellung hat.

II. Missbräuchliche Ausnutzung

Sollte dies im Einzelfall jedoch anders beurteilt werden, müsste die Marktmacht in missbräuchlicher Art und Weise ausgenutzt werden, vgl. § 19 Abs. 1 GWB.

Eine unbillige Behinderung gem. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 Alt. 1 GWB scheidet aus¹²⁹⁵, da die Wahl der zu herunterladenden Ressourcen auf öffentlich zugänglichen Seiten eine für das Internet übliche Nutzungshandlung darstellt. Insoweit kann auf die beim Wettbewerbsrecht gemachten Ausführungen verwiesen werden. Das Anbieten einer Whitelist stellt lediglich eine weitere mögliche Gegenmaßnahme zur Umgehung der zulässigen Werbeblockierung dar.

Eine Diskriminierung gem. § 19 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 GWB muss auch ausscheiden. Zwar ist es am Beispiel von Adblock Plus gängige Praxis einige größere Unternehmen erst nach Abtretung einer Werbeumsatzbeteiligung freizuschalten, während kleinere Unternehmen umsonst nach Anpassung ihrer Werbeformen auf die Whitelist aufgenommen werden, jedoch ist dies durch

¹²⁹⁰ Vorliegend wird die Internetnutzergruppe dahingehend eingeschränkt, dass nur Nutzer ab 14 Jahren zur Gruppe gehören. Ab diesem Alter liegt erst eine werberechtlich relevante Zielgruppe vor.

¹²⁹¹ Vgl. *Raithel*, Werbeblocker im Internet, S. 197.

¹²⁹² PageFair, Adblock Report 2017, S. 8, abrufbar unter: <https://pagefair.com/downloads/2017/01/PageFair-2017-Adblock-Report.pdf>.

¹²⁹³ LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 53).

¹²⁹⁴ „ARD/ZDF-Onlinestudie 2017“, S. 2, abrufbar unter: http://www.ard-zdf-onlinestudie.de/files/2017/Artikel/917_Koch_Frees.pdf.

¹²⁹⁵ So auch LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 53, juris = MMR 2017, 351.

den erforderlichen Mehraufwand und der dahinterstehenden Idee gerechtfertigt, kleinere Unternehmen finanziell nicht zu beeinträchtigen.¹²⁹⁶

Letztlich scheidet auch ein Ausbeutungsmissbrauch aus, da die hierfür nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB erforderliche Abweichung von der bei wirksamem Wettbewerb üblichen Entgelten nicht gegeben ist. Wie das LG Hamburg richtig ausführt, ist eine erfolgsbezogene Beteiligung von 30 % eine im Internet übliche Entgeltforderung, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass ein Entgelt verlangt wird, welches bei wirksamem Wettbewerb anders wäre.¹²⁹⁷

III. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen

Auch ein Verstoß gegen § 1 GWB in Form einer sternförmigen Vereinbarung ist abwegig.¹²⁹⁸ Es besteht im gegenständlichen Ablauf keinerlei Koordination zwischen den Webseitenbetreibern untereinander. Die Whitelist-Vereinbarungen werden zwischen den einzelnen Webseitenbetreibern und dem Adblocker-Betreiber aus eigenen wirtschaftlichen Beweggründen geschlossen und nicht zum Schutz vor der Konkurrenz.¹²⁹⁹

IV. Zwischenergebnis

Das Angebot differenzierender Werbeblocker stellt im Ergebnis keinen Verstoß gegen kartellrechtliche Normen dar.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse zu Adblockern

Die rechtliche Untersuchung hat gezeigt, dass Adblocker zu Unrecht als „Seuche“¹³⁰⁰ oder „moderne Wegelagerer“¹³⁰¹ bezeichnet worden sind. Stattdessen bauen alle Formen der Werbeblockierung grundsätzlich in rechtmäßiger Weise auf der Funktionsweise des jeweiligen Mediums auf. Einzig die Werbeblockierung auf Netzwerkebene durch Internetserviceprovider verstößt gegen geltendes Recht, da hier nicht mehr die Autonomie der Nutzer lauterkeitsrechtlich Berücksichtigung findet und die Netzneutralität unterlaufen wird. Ansonsten stellen Werbeblocker ein immer wichtigeres Werkzeug dar, mit dessen Hilfe Nutzer gezielter bestimmen können,

¹²⁹⁶ Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 54, juris = MMR 2017, 351.

¹²⁹⁷ Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 55, juris = MMR 2017, 351.

¹²⁹⁸ A. A. Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹²⁹⁹ OLG München, Urt. v. 17.08.2017 – U 2225/15 Kart, Rn. 166 f. – Whitelist I, juris; LG München I, BeckRS 2015, 09563 (Rn. 251); LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 304); auch *Deutsch*, GRUR-Prax. 2015, 249 (250); a. A. Engels, GRUR-Prax 2015, 338 (340).

¹³⁰⁰ Abrufbar unter: <https://fastwp.de/6478/>.

¹³⁰¹ Beitrag „SZ-Digital-Chef attackiert Geschäftsmodell von Adblock-Plus-Mutter Eyeo“, abrufbar unter: <http://www.horizont.net/medien/nachrichten/Moderne-Wegelagerer-SZ-Digital-Chef-attackiert-Geschaftsmo-dell-von-Adblock-Plus-Mutter-Eyeo-141379>.

welche Daten auf ihr Endgerät heruntergeladen und Teil ihres geistigen Wahrnehmungsbereiches werden.

Dass das vordigitale Geschäftsmodell, welches aus einer Verbindung von Inhalten mit Anzeigen basiert, sich auch im digitalen Zeitalter durchsetzen kann, ist nicht aus den Medienfreiheiten ableitbar.

Kapitel 10 Schutzmöglichkeiten und Handlungsalternativen der Werbeindustrie

In der Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit von Adblockern wurden wettbewerbsrechtliche, urheberrechtliche und kartellrechtliche Ansprüche der Medienunternehmen zum Teil mit Verweis auf deren bestehende Abwehrmöglichkeiten und Gegenmaßnahmen abgelehnt. Auch in der Rechtsprechung war der Verweis auf die Gegenwehr neben der Entscheidung des Einzelnen, keine Werbung rezipieren zu wollen, ausschlaggebend innerhalb der rechtlichen Abwägung.¹³⁰² In diesem Kapitel soll daher näher auf die bestehenden Handlungsoptionen und wiederum deren Zulässigkeit eingegangen werden. Dabei ist grob zwischen der Änderung der geschalteten Werbeform und dem Gebrauch technischer Lösungen zu unterscheiden, welche die bisherige Werbung trotz der verwendeten Adblocker wieder in den Suggestionbereich der Werbeadressaten drängt.

§ 1 Maßnahmen der Medienunternehmen und Werbenden gegen die Werbeblockierung

Neben der Möglichkeit, Werbung vermehrt zu schalten, die derzeit von Werbeblockern nicht blockiert werden kann, stehen Internetseitenbetreibern und Fernsehsendern auch technische Maßnahmen zur Verfügung, mit denen sie ihre Inhalte vor Werbeblocker-Unternehmen schützen können.

A. Handlungsmöglichkeiten der Medienunternehmen

I. Handlungsmöglichkeiten, die auf inhaltlichen Änderungen beruhen

1. Werbung wird Programm – Werbeformen, die nicht blockiert werden können

Es existiert eine Vielzahl an Werbeformen, die der Funktionsweise von Werbeblockern zuwiderlaufen. Indem Werbung sich inhaltlich immer mehr den redaktionellen Angeboten angleicht, ist es für Adblocker in der Praxis nicht mehr möglich, in derzeit gegebener Effizienz diese Inhalte von Werbung zu befreien.

¹³⁰² OLG Köln, GRUR 2016, 1082 (1087); LG Stuttgart, BeckRS 2016, 08024; LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 51, juris = MMR 2017, 351.

Bereits jetzt ist innerhalb der Werbebranche deutlich, dass Werbung immer mehr im Programm integriert wird. Mit dem Web 2.0 und dem damit im Zusammenhang stehenden Emporkommen der Instagram- und Facebook-Generation haben Unternehmen die Chance ergriffen, die Authentizität der Social-Media-Stars für die Bewerbung ihrer Produkte zu nutzen. Der „Gefällt mir“-Button, Äußerungen auf sozialen Netzwerken, Einträge in Blogs und auch Einträge auf Bewertungsportalen können Werbung darstellen, wenn für die Erbringung ein Entgelt geleistet wurde.¹³⁰³ Laut einer Studie¹³⁰⁴ stellt die persönliche Empfehlung derzeit die vertrauenswürdigste Werbeform dar. Diese sogenannten „Influencer“, die ihre Abonnenten zu Werbezwecken benutzen, sind nur ein Teil der Bewegung hin zu einer immer stärkeren Angleichung von Werbung und Inhalt.

Derartige Werbemittel haben nicht nur den Vorteil, dass sie technisch für Werblocker nur noch schwierig vom Inhalt zu trennen sind, sondern auch, dass der Abstumpfung des Wirkungsgrades der traditionellen Internet-Werbeformate wie Bannerwerbung¹³⁰⁵ entgegengewirkt wird.

Aber nicht nur das Internet ist betroffen. Die TV-Werbelandschaft bedient sich vermehrt programminterner Werbung zur Finanzierung seiner Inhalte. So ist es üblich, dass Unternehmen bestimmte Produkte für die Teilnahme an einem Gewinnspiel bereitstellen oder in Spielfilmen als Requisiten zur Verfügung stellen.

Grundsätzlich gilt aber, dass unabhängig von Werbeplattform und Werbeform zum Schutz des Konsumenten stets der Trennungsgrundsatz der Vermengung von Inhalts- und Werbequelle Einhalt zu bieten hat. Denn nur, wenn der Beworbene die Bedeutung der ihm überbrachten Botschaft erblicken kann, kann die getroffene Entscheidung des Konsums Ausdruck seines persönlichen Selbstbestimmungsrechts sein.¹³⁰⁶

2. Verminderte Qualität der redaktionellen Inhalte

In der Rechtsprechung wurde auch eine andere Möglichkeit vorgeschlagen, Nutzer von der Werblockierung abzuhalten. Das Landgericht Hamburg und das Landgericht München wiesen die klagenden Medienunternehmen auf die Möglichkeit hin, ihre Inhalte für Werblockernutzer qualitativ unattraktiv zu gestalten. Beispielweise kann das Expandieren von Videos

¹³⁰³ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, § 5a Rn. 7.76 ff.

¹³⁰⁴ Studie „Die beste Werbung machen Freunde und Bekannte – Deutsche vertrauen auf persönliche Empfehlungen“, abrufbar unter: <http://www.nielsen.com/de/de/insights/reports/2015/Trust-in-Advertising.html>.

¹³⁰⁵ Burke, et Al., ACM Transactions on Computer-Human Interaction (TOCHI), 12(4), 423-445.

¹³⁰⁶ Dogmatisch lässt sich der Trennungsgrundsatz je nach Medium einer unterschiedlich einschlägigen Rechtsvorschrift entnehmen, vgl. die Normen: § 5a UWG; § 7 Abs. 3 RStV; § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG bzw. § 58 Abs. 1 RStV.

auf Vollbild blockiert werden oder die Videos nur noch in einer geringeren Auflösung angesehen werden.¹³⁰⁷ Zudem ist es möglich, Artikel nur noch gekürzt anzuzeigen und erst mit Deaktivieren des Adblockers die Inhalte vollständig freizuschalten.

II. Technische Handlungsmöglichkeiten

1. Anknüpfung an die Übertragungsweise von Datenpaketen

Wie oben beschrieben, werden Werbepakete und redaktionelle Inhalte beim Abruf einer Internetseite häufig von unterschiedlichen Servern ausgespielt. Hieran anknüpfend können Medienunternehmen dazu übergehen, Werbung von ihren eigenen Servern abrufen zu lassen. Dies ermöglicht es, Werberessourcen hinter dynamische URLs zu verstecken. Das heißt, die Werberessourcen stehen hinter URLs, die erst in dem Moment der Abfrage eines Nutzers erzeugt werden und so nicht auf einer Filterliste vorkommen können.¹³⁰⁸ Das soziale Netzwerk Facebook ist dazu übergegangen, diese Technik zu verwenden. Facebook hat den technischen Aufwand betrieben, seine Werbeanzeigen so umzugestalten, dass diese nicht mehr durch Adblock-Programme auf Desktop-Browsern blockiert werden können.¹³⁰⁹ Es kann dabei auf sein eigenes Werbenetzwerk zurückgreifen. Dieses wird so auf der eigenen Serverarchitektur implementiert, dass die Werberessourcen über dieselbe Infrastruktur wie der Content verteilt werden.¹³¹⁰ Eine Werbeererkennung wird für Adblocker um ein Vielfaches erschwert.

2. Anti-Adblock-Sperren

Nachdem die Online-Zeitung im Kampf gegen Adblocker die erste rechtliche Niederlage vor einem deutschen Gericht eingefahren hatte und weitere erstinstanzliche Urteile sich ebenfalls für die Zulässigkeit von Adblockern aussprachen, entschied sich die hinter Bild.de stehende Axel Springer SE für eine bis dato unübliche Gegenmaßnahme. So ist die Internetseite für Nutzer mit aktiviertem Adblocker aufgrund einer Anti-Adblock-Sperre seit dem 13.10.2015 nicht mehr erreichbar.

Anti-Adblock-Sperren sind JavaScript-Codes, die als „Köder-Elemente“ (Bait-Element) auf die zu schützende Webseite platziert werden, um das Adblock-Programm zu einer Filterung zu

¹³⁰⁷ LG München I, BeckRS 2015, 09562 (Rn. 207); LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15, Rn. 16, juris = MMR 2017, 351.

¹³⁰⁸ Vgl. die Funktionsweise dieses Skripts: <https://de.wordpress.org/plugins/anti-adblock-adbreach/>; vgl. Kreuz, MMR 2016, 364 (366).

¹³⁰⁹ Vgl. Beitrag auf <https://de.newsroom.fb.com/news/2016/08/kontrolle-der-gezeigten-werbeanzeigen-auf-facebook/>.

¹³¹⁰ Technische Informationen auf <https://techcrunch.com/2016/08/09/facebook-will-bypass-web-adblockers-but-offer-ad-targeting-opt-outs/>.

verleiten. Findet eine Filterung statt, weiß der Internetseitenbetreiber, dass ein Adblocker verwendet wird.

Die Funktionalität wird durch den Einsatz zwei unterschiedlich agierender Skripte erreicht – das Identifikations- und das Köder-Element.¹³¹¹ Anknüpfend an die oben geschilderten Vorgänge beim Abruf einer Internetseite¹³¹² stellt der Nutzer einen HTTP-Request an den Server des Medienunternehmens. Daraufhin erhält dieser eine HTTP-Response mit dem angefragten HTML-Dokument. Dieses Dokument enthält das zur Adblock-Feststellung notwendige Identifikationselement sowie das Köderelement. Steuert der Internetnutzer die Seite mit aktiviertem Adblocker an, beobachtet das Identifikationsskript, ob das als Werbung getarnte Köderelement heruntergeladen wurde. Wenn dies nicht der Fall ist, vermutet der Anti-Adblocker, dass ein Adblocker in Gebrauch ist, woraufhin die redaktionellen Inhalte der Seite für diesen gesperrt werden.¹³¹³

3. Adblock-Blocker

Adblock-Blocker sorgen ähnlich wie die Übertragung von Werbung über die eigenen Inthalserver dafür, dass Werbung trotz installiertem Werbeblocker beim Nutzer angezeigt wird. Technisch gibt es allerdings einen entscheidenden Unterschied. Denn so greift der Adblock-Blocker erst ein, nachdem mit Hilfe des Identifikations- und Köder-Elements erkannt wurde, dass ein Adblock-Nutzer die Seite abrufen. Das heißt, das Medienunternehmen hält zwei verschiedene Werbeszenarien parat – eins für Nutzer ohne Werbeblocker und eins für Nutzer mit Werbeblocker. Dies funktioniert wie folgt: Nachdem der Nutzer die Internetseite aufgerufen hat und der Adblock-Detektor ihn als Adblock-Nutzer identifiziert hat, wird eine verschlüsselte HTTP-Anfrage bezüglich der Werberessourcen geschickt. Durch die Verschlüsselung kann das Werbemittel als solches nicht vom Adblocker des Nutzers erkannt werden, sodass ein Blockieren nicht möglich ist.¹³¹⁴ Diesen Service bieten hauptsächlich Werbenetzwerke als Antwort auf die steigende Popularität von Werbeblockern an.¹³¹⁵

¹³¹¹ Des Weiteren könnte auch durch ein Captcha überprüft werden, ob Werbeblocker genutzt werden, indem abgefragt wird, was auf dem Werbebanner zu sehen ist. Kann der Nutzer diese Frage nicht beantworten, blockiert er höchstwahrscheinlich Werbung, sodass er die Captcha-Sperre nicht überwinden kann. Diese Technologie ist bisher nicht auf Internetseiten eingesetzt worden.

¹³¹² Vgl. oben Teil III, Kapitel 9, § 2, B. II.

¹³¹³ Vgl. Ausführungen von PageFair und DetectAdblock.com, abrufbar unter: <https://pagefair.com/blog/2013/detect-adblock/> und <https://www.detectadblock.com>.

¹³¹⁴ Vgl. Funktionsweise von AdDefend, abrufbar unter: <https://www.addefend.com/de/platform/>.

¹³¹⁵ Vgl. PageFair, abrufbar unter: <https://pagefair.com/>; AdDefend, abrufbar unter: <https://www.addefend.com/>.

4. Rechtsfragen

Hieraus ergeben sich zwei rechtliche Fragestellungen. Dies sind einerseits die datenschutzrechtlichen Probleme, die mit dem Prüfvorgang einhergehen, der notwendig ist, um festzustellen, ob ein Adblocker aktiviert ist. Und andererseits die Frage, ob Werbung ausgeliefert werden darf, obwohl der Nutzer durch die Nutzung eines Adblockers klar erkennbar anzeigt, dass er keine Werbung angezeigt bekommen möchte.

B. Rechtliche Zulässigkeit eines Skripts zur Erkennung eines installierten Adblockers

Ausgangspunkt für die datenschutzrechtliche Debatte über die Zulässigkeit von Anti-Adblocking-Technologien war ein Tweet von Alexander Hanff, in dem er eine von ihm angeforderte Stellungnahme der EU-Kommission zur Zulässigkeit der Erkennung von Adblock-Software auf dem Computer des Nutzers veröffentlichte.¹³¹⁶ Hanff fragte an, inwieweit die Erkennungssoftware von Anti-Adblockern mit der datenschutzrechtlichen Vorschrift des Art. 5 Abs. 3 der e-Privacy-RL¹³¹⁷ vereinbar sei. Art. 5 Abs. 3 lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur unter der Bedingung gestattet ist, dass der betreffende Teilnehmer oder Nutzer gemäß der Richtlinie 95/46/EG klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung erhält und durch den für diese Verarbeitung Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern.“

Die EU-Kommission erwiderte, dass mit Verweis auf den Wortlaut der Norm die Erlangung von Informationen jeglicher Art auf dem Endgerät des Nutzers von dem Artikel erfasst seien. Diese Auslegung sei zudem durch Erwägungsgrund 24 der Richtlinie gestützt. Dieser sehe vor, dass alle Informationen, die im Endgerät eines Nutzers gespeichert sind, Teil seiner schutzwürdigen Privatsphäre seien. Aus diesen Gründen müsse auch die Nutzung von Skripten zur

¹³¹⁶ Tweet und Antwort der EU-Kommission auf twitter.com, abrufbar unter: https://twitter.com/alexanderhanff/status/722861362607747072/photo/1?ref_src=twsrc%5Etfw&ref_url=http%3A%2F%2Fwww.faz.net%2Faktuell%2Ffeuilleton%2Fmedien%2Fku-kommission-anti-ad-blocker-gegen-datenschutz-1420221.html.

¹³¹⁷ 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).

Erkennung von installierten Plug-ins im Browser des Nutzers als zustimmungspflichtige Handlung angesehen werden.

Fraglich ist, ob diese Stellungnahme einer rechtlichen Überprüfung standhält.

I. Vereinbarkeit mit dem Telemediengesetz

Grundsätzlich sind auf nationaler Ebene die Normen des Telemediengesetzes maßgeblich, da es sich bei Webseitenbetreibern zumeist um Diensteanbieter handelt, die Telemedien anbieten, vgl. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG.¹³¹⁸ Allerdings sind die den Datenschutz betreffenden Normen der §§ 11 ff. TMG originär deutsche Regelungen für Anbieter von Telemedien¹³¹⁹, sodass diese daher nicht als Beurteilungsmaßstab für die Regelungen der ePrivacy-Richtlinie dienen können.

II. Vereinbarkeit mit europäischem Recht

Auf europäischer Rechtsebene sind sowohl der bereits durch die EU-Kommission ins Spiel gebrachte Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL als auch die Normen der Datenschutzgrundverordnung und der ePrivacy-Verordnung von Interesse.

1. ePrivacy-Richtlinie

Nach Ansicht der Kommission sind alle Informationen, die auf einem Endgerät eines Nutzers gespeichert sind, von datenschutzrechtlicher Relevanz, sodass eine Datenverarbeitung einwilligungsbedürftig sei. Einen den Anwendungsbereich einschränkenden Personenbezug, wie das Telemediengesetz diesen vornimmt, sieht der Artikel gerade nicht vor. Gem. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie hat die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen, die im Endgerät des Nutzers gespeichert sind, unter der Prämisse einer Einwilligung des Betroffenen zu erfolgen.

Fraglich ist, ob beim Einsatz von Adblock-Detektoren eine solche Speicherung von Informationen auf dem Endgerät des Nutzers vorgenommen wird. Stimmen in der Literatur vertreten die Ansicht, dass eine Speicherung bei der Anwendung von Adblock-Detektoren gegeben sei.¹³²⁰ So würden alle Webinhalte, die beim Abruf einer Webseite mittels HTTP-Request angefragt werden, zunächst im Cache des Rechners des Nutzers gespeichert und vom Browser dort ausgeführt werden. Folglich werde auch das Anti-Adblock-Skript heruntergeladen. Diese verwendete Technologie falle zudem auch nicht unter einen der Ausnahmetatbestände gem. Art. 5 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie, sodass im Ergebnis die Verwendung von Adblock-Detektoren ohne die

¹³¹⁸ Vgl. *Bechtolff/Vogt*, K&R 2016, 445 (446).

¹³¹⁹ Vgl. *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, TMG, § 11 Rn. 1 ff.

¹³²⁰ *Bechtolff/Vogt*, K&R 2016, 445 (446).

vorherige Einwilligung des Betroffenen einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL darstelle. Dem kann unter Beachtung des verfolgten Zwecks der Richtlinie und unter dem Verständnis der Funktionsweise von Adblock-Detektoren allerdings nicht gefolgt werden.

a) Speicherung und Zugriff auf Informationen im Endgerät des Nutzers

Zunächst werden durch das Abrufen einer Internetseite unter Verwendung eines Werbeblockers grundsätzlich nur die Ressourcen auf das Endgerät des Nutzers heruntergeladen, die erkennbar keine Werbung enthalten, das heißt solche, die nicht auf der Blacklist aufgeführt sind. Wenn das Köderelement allerdings auf dieser Liste enthalten ist, findet bereits kein Download und somit auch keine Speicherung statt.¹³²¹ Das Anti-Adblock-Programm wird somit bereits nicht vollständig heruntergeladen. Problematisch ist dennoch, dass das Identifikationsskript weiterhin beim Abrufen der Seite im Cache des Endgeräts gespeichert und vom Internet-Browser dort ausgeführt wird.

b) Ausnahmetatbestand gem. Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-Richtlinie

Allerdings kann dieser Vorgang von dem Ausnahmebestand des Art. 5 Abs. 3 S. 2 gedeckt sein. Hiernach ist eine technische Speicherung dann erlaubt, wenn „dies unbedingt erforderlich ist, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen.“

Fraglich ist, inwiefern die Verwendung von Anti-Adblock-Maßnahmen erforderlich ist, um einen vom Nutzer gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen. Hier ist auf die wirtschaftliche Grundlage abzustellen. Es darf nicht unbeachtet bleiben, dass den Webseitenbetreibern Möglichkeiten offengehalten werden müssen, den Zugang auf ihre Internetseite durch technische Maßnahmen zu kontrollieren. Nutzer zeigen durch ihren Besuch von kostenlosen Internetseiten ein grundsätzliches Interesse an kostenlosen Inhalten. Zur Aufrechterhaltung dieses Informationsdienstes ist es allerdings auch erforderlich, dass den Medienunternehmen Werkzeuge an die Hand gegeben werden, die es ihnen ermöglichen, weiterhin kostenlose Inhalte bereitzustellen. Hier muss auch die Forderung der Gerichte¹³²² zur Schaffung einer wirtschaftlichen Einheit von redaktionellem Inhalt und Werbung berücksichtigt werden. Durch den Einsatz der Anti-Adblock-Skripte kann dem insoweit nachgekommen werden, da der Webseitenbetreiber dem Nutzer anzeigen kann, dass er kein Interesse daran hat, redaktionelle Inhalte ohne die Werberessourcen freizugeben.

¹³²¹ Zur Funktionsweise github „Mockingbird“, abrufbar unter: <https://github.com/retargetly/mockingbird> und <https://www.detectadblock.com>.

¹³²² Vgl. LG Stuttgart, Urt. v. 10.12.2015 – 11 O 238/15, Rn. 46 ff, juris = BeckRS 2016, 08024.

Die Medienunternehmen gehen bei der Verwendung der Erkennungssoftware auch nicht über das erforderliche Maß hinaus. Vorliegend wird das Anti-Adblock-Programm im Cache des Nutzers beim Seitenaufruf zwischengespeichert, sodass es überhaupt ausgeführt werden kann. Dadurch, dass keine Speicherung, sondern nur ein Zwischenspeichern vorgenommen wird, muss bei jedem Seitenaufruf der oben beschriebene Vorgang zur Feststellung, ob ein Adblocker installiert ist oder nicht, erneut angestoßen werden. Eine dauerhafte Speicherung von Informationen, wie dies bei dem Einsatz von Cookies der Fall ist, droht dem Nutzer somit nicht. Es ist daher insgesamt davon auszugehen, dass das geschilderte Zwischenspeichern eine zulässige technische Speicherung darstellt.

c) Keine Anwendung der Norm aus teleologischen Gesichtspunkten

Aber auch unter der Annahme, dass die Ausnahmevorschrift nicht für einschlägig gehalten wird, muss eine Rechtsverletzung unter nachfolgenden Gründen ausscheiden.

Die Richtlinie findet bereits keine Anwendung auf den hier behandelten Fall, da die Tatbestandsvoraussetzung der „Information“ restriktiv ausgelegt werden muss. Zwar ist es richtig, dass die Richtlinie sich nicht nur auf den Einsatz von Cookies beschränkt, sondern auch andere Vorgänge umfasst, allerdings fallen hierunter nicht Adblock-Erkennungsskripte. Hierzu ist folgendes auszuführen: Erwägungsgrund 24 der Richtlinie lautet:

„Sogenannte „Spyware“, „Web-Bugs“, „Hidden Identifiers“ und ähnliche Instrumente können ohne das Wissen des Nutzers in dessen Endgerät eindringen, um Zugang zu Informationen zu erlangen, oder die Nutzeraktivität zurückzuverfolgen und können eine ernsthafte Verletzung der Privatsphäre dieser Nutzer darstellen. Die Verwendung solcher Instrumente sollte nur für rechtmäßige Zwecke mit dem Wissen der betreffenden Nutzer gestattet sein.“

Diese Aufzählung beschränkt sich auf hochsensible datenschutzrechtliche Vorgänge. Problematisch ist es aber dann, wenn man an essentielle Programmierbestandteile wie JavaScript-Dateien pauschal dieselben Anforderungen stellt.¹³²³

JavaScript ist heute eine der wichtigsten Komponenten in der dynamischen Gestaltung von Internetseiten. Aber nicht nur die Gestaltung von Internetseiten, sondern auch der Einsatz als genereller Detektor verschiedenster Funktionen ist beim Abruf vieler Internetseiten gängige

¹³²³ So aber *Bechtolff/Vogt*, K&R 2016, 445 (447).

Praxis. Mit JavaScript kann der Inhaltenanbieter Informationen über das Vorhandensein von zur Funktion notwendigen Plug-ins, der Browsersprache des Nutzers, dessen Bildschirmauflösung und unter anderem die Information erhalten, ob der Nutzer von einem Mobil- oder Desktopgerät die Seite besucht. Es ist auch nicht ersichtlich, dass diese Funktionen allesamt von der Ausnahmevorschrift des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie gedeckt werden können. Wenn man für die Verwendung von JavaScript auf dem Rechner eines Nutzers bereits pauschal eine Einwilligung einfordern wolle, so würde dies zu weit gehen, da hierdurch die Funktionsweise des Internets nicht mehr gewährleistet werden könnte. Der Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 3 besteht nicht darin, sämtliche Vorgänge auf einem Computer unter die Einwilligung des Nutzers zu stellen. Dies lässt sich auch Erwägungsgrund sechs der Richtlinie entnehmen:

„Das Internet revolutioniert die herkömmlichen Marktstrukturen, indem es eine gemeinsame, weltweite Infrastruktur für die Bereitstellung eines breiten Spektrums elektronischer Kommunikationsdienste bietet. Öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste über das Internet eröffnen neue Möglichkeiten für die Nutzer, bilden aber auch neue Risiken in Bezug auf ihre personenbezogenen Daten und ihre Privatsphäre.“

Hieraus lässt sich das Ziel der Richtlinie entnehmen, den Schutz vor Risiken in Bezug auf die personenbezogenen Daten und die Privatsphäre der Internetnutzer zu stärken. Diese Rechte sind bei der Verwendung von Skripten, die lediglich dazu dienen, dem Betreiber der Internetseite zu melden, ob ein Werbeköder geladen wurde oder nicht, mangels datenschutzrechtlicher Relevanz nicht tangiert. Wenn Art. 5 Abs. 3 der ePrivacy-RL von „Informationen“ spricht, kann daher nicht jeder im Internet bereitgestellter und übertragener Inhalt als Information verstanden werden. Stattdessen ist dies im Kontext mit dem Schutz personenbezogener Daten zu verstehen. Adblock-Skripte erhalten, wie oben gezeigt, allerdings keine spezifischen Informationen über einen bestimmten installierten Adblocker, sondern können nur aus der Tatsache, ob das JavaScript heruntergeladen wurde oder nicht, eine Annahme diesbezüglich treffen.

Im Ergebnis muss daher ein Verstoß gegen die ePrivacy-Richtlinie ausscheiden.

2. Datenschutzgrundverordnung und ePrivacy-Verordnung

Mit dem Eintritt der Datenschutz-Grundverordnung¹³²⁴ und dem geplanten Inkrafttreten der ePrivacy-Verordnung¹³²⁵ wird die derzeit geltende Datenschutzrichtlinie (95/46/EG) und die ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) aufgehoben. Fraglich ist deshalb, ob dies Auswirkungen auf die datenschutzrechtliche Bewertung von Adblocker-Identifikationsskripten hat.

Unabhängig davon, ob die Datenschutz-Grundverordnung *Lex generalis* und damit gegenüber speziellen Regelungen der ePrivacy-Verordnung als *Lex specialis* zurücktreten müsste, ist zur Vollständigkeit zu klären, ob ein Adblock-Detektor mit der Datenschutzgrundverordnung vereinbar ist. Hierzu wurden nach Veröffentlichung des Gesetzestextes bereits Zweifel in Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 4 DSGVO bekundet.¹³²⁶ Dieser sieht ein Kopplungsverbot vor. Das heißt, dass eine Einwilligung in einen den Datenschutz berührenden Sachverhalt nur dann die vorausgesetzte „Freiwilligkeit“ erfüllt, wenn sie unabhängig von der Erfüllung eines Vertrags gemacht wurde. Problematisch sei nun hier, dass die Nutzung der Internetseite durch eine Adblocksperre von der Einwilligung in eine andere Datenverarbeitung, nämlich der zu Werbezwecken, abhängig gemacht werde und eine Einwilligung so nicht mehr wirksam gegeben werden könne. Die Ansicht verkennt jedoch, dass bei dem Aufruf einer Internetseite gar kein Vertragsverhältnis entsteht. Vielmehr handelt es sich, wie oben festgestellt, lediglich um einen Reakt.

Zudem liegt auch keine einwilligungsbedürftige Handlung vor, da die Datenschutzgrundverordnung nur bei personenbezogenen Daten Anwendung findet. Nach Art. 4 Nr. 1 ist ein personenbezogenes Datum jede Information, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person bezieht. Die Information über einen erfolgten Download eines JavaScripts oder die Darstellung eines CSS-Elements kann nicht als Einzelangabe mit Personenbezug verstanden werden. Ein solches Datum gibt keine tatsächlich konkreten Informationen über die persönlichen oder sachlichen Verhältnisse des Betroffenen frei. Es handelt sich lediglich um abstrakte Angaben ohne konkreten Personenbezug. Durch die Erhebung der Information, ob die Webseite korrekt vom Server abgerufen wurde, lässt sich weder unmittelbar noch mittelbar ein Personenbezug herstellen. Persönliche Daten wie das Alter, die Identität oder Sonstiges sind nicht

¹³²⁴ 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).

¹³²⁵ 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.

¹³²⁶ Beitrag „Ein Plätzchen für Cookies“, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eu-e-privacy-verordnung-schutz-persoentlichkeitsrecht-cookie-richtlinie/2/>.

betroffen.¹³²⁷ Selbst unter der Annahme, dass personenbezogene Daten vorliegen, wäre eine Verarbeitung zumindest zur Wahrung der berechtigten Interessen des Webseitenbetreibers gem. Art. 6 Abs. 1 lit. f) gerechtfertigt.

Zu demselben Ergebnis kommt auch die Anwendung der neuen Vorschriften der ePrivacy-Verordnung. In Erwägungsgrund 21 finden sich folgende Erwägungen:

„Ausnahmen von der Verpflichtung, die Einwilligung in die Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktionen von Endeinrichtungen oder den Zugriff auf in Endeinrichtungen gespeicherte Informationen einzuholen, sollten auf Situationen beschränkt sein, in denen kein oder nur ein geringfügiger Eingriff in die Privatsphäre stattfindet. [...] Konfigurationsprüfungen, die Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft vornehmen, um ihren Dienst entsprechend den Einstellungen des Endnutzers bereitstellen zu können, wie auch das bloße Feststellen der Tatsache, dass das Gerät des Endnutzers die vom Endnutzer angeforderten Inhalte nicht empfangen kann, sollten nicht als Zugriff auf ein Gerät oder als Nutzung der Verarbeitungsfunktionen des Geräts betrachtet werden.“

Im Einklang hiermit liegt sodann auch keine einwilligungsbedürftige Handlung im Sinne der Verordnung vor.

C. Unzumutbare Belästigung durch Werbenachrichten trotz installiertem Werbeblocker

Nicht nur auf datenschutzrechtlicher Ebene werden die Maßnahmen gegen Adblock-Nutzer kritisch gesehen. Vereinzelt Stimmen in der Rechtslehre vertreten die Ansicht, dass Webseitenbetreiber, die einen technischen Weg ausnutzen, um aktivierte Werbeblocker-Software des Nutzers zu umgehen, eine unzumutbare Belästigung im Sinne des § 7 Abs. 1, 2 UWG fördern.¹³²⁸

I. Ausspielen nicht blockierbarer Werbung

Fraglich ist, ob bereits das Verwenden nicht blockierbarer Werbeformen eine unzumutbare Belästigung darstellt. Dies ist unter Hinweis auf die obigen Ausführungen zur lauterkeitsrechtli-

¹³²⁷ Plath/Schreiber in: Plath, BDSG/DSGVO, BDSG, § 3 Rn. 9 ff.

¹³²⁸ Vgl. Kreutz, MMR 2016, 364 (369); Raithel, Werbeblocker im Internet, S. 155 ff.

chen Beurteilung von Werbeformen im Internet zu verneinen. So wurde gezeigt, dass Internetwerbung grundsätzlich keine unzumutbare Belästigung darstellt, auch wenn diese entgegen des Willens des Nutzers zugespielt wird.¹³²⁹ So greift Internetwerbung bereits nicht in die Privatsphäre des Nutzers ein. Stattdessen ist das personale Selbstbestimmungsrecht innerhalb der Öffentlichkeitssphäre betroffen. Dieses ist jedoch gewahrt, solange zumutbare Handlungsalternativen parat stehen. Diese Erwägungen gelten auch für die Beurteilung einer unzumutbaren Belästigung im Lauterkeitsrecht.¹³³⁰ Hier kann der Medienkonsument die Nutzung der jeweiligen Internetseite aufgeben oder auf weitere technische Entwicklungen der Adblock-Betreiber warten, die eine erstmalige Blockierung der Werberessourcen ermöglichen. Dem Seitenbetreiber steht es grundsätzlich frei, die Werbung zu schalten, die nach seiner Meinung seinem Interesse am Erfolg einer Werbefinanzierung am ehesten zuträglich ist. Er handelt insofern nicht unlauter, wenn er sich Werbemitteln bedient, die nicht blockiert werden können.¹³³¹

II. Adblock-Blocker

Etwas anderes kann möglicherweise dann gelten, wenn Internetseitenbetreiber technische Mittel einsetzen, um Nutzer von Werbeblockern zu identifizieren und diesen dann alternative, nicht blockierbare Werbung zuspielden, während Besucher ohne Blocker die übliche blockierbare Werbung angezeigt bekommen.

1. Unlauterkeit gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

Gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets gegeben, wenn Werbung mit Hilfe eines für den Fernabsatz geeigneten Mittels der kommerziellen Kommunikation einen Verbraucher hartnäckig anspricht, obwohl dieser das erkennbar nicht wünscht. Die Norm umfasst von ihrem Anwendungsbereich allerdings nur Direktwerbung.¹³³² Die Verbotstatbestände des § 7 Abs. 2 UWG beruhen auf Regelungen des Gemeinschaftsrechts.¹³³³ Die der Norm zugrundeliegende Nr. 26 S. 1 Anh. I der UGP-RL nennt systematisch Telefon, Fax und E-Mail

¹³²⁹ Vgl. oben Teil III, Kapitel 8, § 4, A. III.; die Adblock-Betreiber sehen hierin jedoch eine Verletzung des Nutzerwillens, keine Werbung erhalten zu wollen, siehe Blog-Beitrag: <https://adblockplus.org/blog/oh-well-looks-like-facebook-just-got-all-anti-user>.

¹³³⁰ Vgl. Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 93; Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG § 7 Rn. 31.

¹³³¹ Vgl. auch Kreuz, MMR 2016, 364 (367), der Internetwerbung als Allgemeinwerbung einordnet und daraufhin prüft, ob ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2 UWG vorliegt, wenn der Nutzer einen Werbeblocker benutzt, ihm aber trotzdem weiterhin Werbung angezeigt wird. Im Ergebnis bejaht Kreuz dies hier, da es dem Seitenbetreiber zumutbar sei, eine Identifizierungssoftware auf seiner Internetseite vorzuhalten, um erkennen, ob der Nutzer Werbung sehen will oder nicht. Erkennt der Seitenanbieter einen Werbeblocker, dürfe er dem Nutzer keine Werbung anzeigen. Dieser Ansicht ist ausdrücklich zu widersprechen. Siehe hierzu sogleich zum Adblock-Blocker.

¹³³² Vgl. Ohly, in Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rn. 31; zust. Kreuz, MMR 2016, 364 (367).

¹³³³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG § 7 Rn. 97; Pahlow, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG, § 7 Rn. 10, 119.

als für den Fernabsatz geeignete Mittel. Dies sind allesamt Formen der Direktwerbung. Auch der deutsche Gesetzgeber teilt die Auffassung, dass „Werbemaßnahmen ohne einen bestimmten Adressatenkreis nicht von der Vorschrift erfasst werden sollen“¹³³⁴. Internetwerbung ist trotz stetig steigenden Individualisierungsmöglichkeiten, als Allgemein- bzw. Massenwerbung zu qualifizieren. Der für Direktwerbung übliche Dialog zwischen Werbendem und Beworbenem liegt nicht vor, stattdessen handelt es sich hier um eine für Massenwerbung typische rein passive Aufnahme der Werbebotschaft.¹³³⁵ Das für Direktwerbung charakteristische Merkmal der direkten Ansprache des Beworbenen und dem damit einhergehenden Belästigungsgrad besteht bei Internetwerbung üblicherweise auch nicht. Zudem handelt es sich beim Internet um ein Pull-Medium, das heißt, der Nutzer entscheidet sich für den Bezug der Werbung, indem er die Seite ansteuert und die Werberessource herunterlädt. Anders als bei Push-Medien liegt daher bereits keine aufgedrängte Werbung vor. Sollte man nichtsdestotrotz § 7 Abs. 2 Nr. 1 vorliegend anwenden, mangelt es dennoch an dem Vorhandensein der geforderten „Hartnäckigkeit“. Die hierfür vorausgesetzte zumindest zweimalige Belästigung findet auf Internetseiten nicht statt, da die Werberessource nur einmal durch den Nutzer heruntergeladen wird.¹³³⁶ Die Anwendung von § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG scheidet insgesamt aus.

2. Unlauterkeit gem. § 7 Abs. 1 UWG

Auch der Anwendungsbereich von § 7 Abs. 1 S. 2 ist nicht eröffnet, da auch hier nur Direktwerbung von der Norm erfasst ist.¹³³⁷ Eine Ansicht in der Literatur¹³³⁸ verneint dies allerdings. Es sei demnach davon auszugehen, dass durch die immer weitere Personalisierung von Online-Werbung die Werbebotschaften als Direktwerbung zu qualifizieren seien. Mit der Folge, dass Internetseitenbetreiber den Wunsch des Seitenbesuchers keine Werbung erhalten zu wollen, zu beachten hätten. Des Weiteren sei zumindest dann von Direktwerbung auszugehen, wenn bestimmte Werbung nur an einen individuellen Kreis der Adblock-Nutzer geschaltet werde. Hieraus resultiere sodann eine Belästigungshandlung gem. § 7 Abs. 1 S. 2 dar.¹³³⁹

Dem kann nicht entsprochen werden. Allein auf Basis dessen, dass eine bestimmte Form von Werbung Personen mit aktiviertem Adblocker zugestellt wird, auf das Vorhandensein einer Individualwerbung zu schließen, widerspricht den Merkmalen der Individualität und dem Wortlaut der Norm. Individualwerbung ist stets nur dann gegeben, wenn sie sich spezifisch an

¹³³⁴ BT-Drs 15/1487, S. 27.

¹³³⁵ Metz, Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung, S. 27.

¹³³⁶ So auch Kreuz, MMR 2016, 364 (367).

¹³³⁷ Vgl. oben Teil III, Kapitel 6, § 2, B. II.

¹³³⁸ Kreuz, MMR 2016, 364 (369); Raitzel, Werbeblocker im Internet, S. 155 ff.

¹³³⁹ Kreuz, MMR 2016, 364 (369).

eine einzelne Person wendet und nicht an eine Gruppe von Personen. Würde man der Argumentation folgen, so ließe sich jede Werbeform als Direktwerbung darstellen.

Wenn die Ansicht ausführt, dass Online-Werbung nur als zulässig anzusehen ist, weil eine erkennbare Ablehnung des Nutzers für den Seitenbetreiber fehle¹³⁴⁰, wird übersehen, dass diese Erkenntnis sich nicht aus dem fehlenden Widerspruch ableitet, sondern aus den Überlegungen zum Persönlichkeitsrecht. Internetwerbung greift eben nicht in die Privatsphäre, sondern in die Öffentlichkeitssphäre ein. Folgt man der Ansicht dennoch, so wäre Online-Werbung unzumutbar belästigend, in dem Moment, wo dem Webseitenbetreiber ersichtlich ist, dass der Nutzer diese erkennbar nicht wünscht. Dies führt eindeutig zu weit und zeigt, dass die Annahme von Direktwerbung hier verfehlt ist. Dies scheint auch der Autor zu erkennen, wenn er auf die den „Webseitenbetreiber treffenden enormen technischen und finanziellen Aufwendungen“ hinweist.¹³⁴¹

Die Ansicht berücksichtigt auch nicht, dass Internetbesucher ihr im Persönlichkeitsrecht wurzelndes Recht auf Ungestörtheit gegenüber den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Werbenden zurückstellen müssen, wenn diese sich in die Öffentlichkeit begeben.¹³⁴² Nicht anders verhält es sich beim Besuch öffentlich zugänglicher Internetseiten, sodass auch hier das Selbstbestimmungsrecht nicht mehr in gleicher Weise gelten kann.

Unabhängig davon welche Ansicht man vertritt, liegen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 UWG ohnehin nicht vor. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG verlangt, dass der werbeblockierende Internetnutzer in unzumutbarer Weise belästigt wird, wenn ihm durch die Umgehung seines Adblockers Werbung auf seinem Bildschirm angezeigt wird. § 7 Abs. 1 S. 2 UWG betont insofern, dass der Belästigungsschutz insbesondere beim Schutz vor Werbung gegen den erkennbaren Willen des Betroffenen greift. Wird nun dem Nutzer spezielle Werbung angezeigt, die nicht mittels Blockierung gefiltert werden kann, liegt trotz entgegenstehendem Willen kein Verstoß vor.¹³⁴³ Dieses Ergebnis ist die Schlussfolgerung aus den obigen Ausführungen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Die Belästigung ist im Ergebnis nicht unzumutbar.¹³⁴⁴ Etwas anderes gilt nur

¹³⁴⁰ *Kreutz*, MMR 2016, 364 (368).

¹³⁴¹ *Kreutz*, MMR 2016, 364 (368).

¹³⁴² Vgl. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza*, UWG § 7 Rn. 31.

¹³⁴³ *A. A. Kreutz*, *Online-Angebote und Werbeblockersoftware*, S. 434.

¹³⁴⁴ *Kreutz* sieht stattdessen stets einen Eingriff als gegeben an, sobald der Nutzer nicht mehr frei entscheiden kann, ob er Online-Werbung empfangen und die Webseite weiter nutzen möchte oder nicht, *Kreutz*, *Online-Angebote und Werbeblockersoftware*, S. 436. *Kreutz* verkennt hier jedoch, dass dieses Recht bereits nicht rechtswidrig tangiert wird, solange der Besucher die Internetseite freiwillig aufsucht.

dann, wenn die Werbemaßnahme so aufdringlich ist, dass sie sich beispielweise nicht mehr wegklicken lässt.¹³⁴⁵ Dies ist bei regulären Werbemaßnahmen generell nicht der Fall.

Durch den Besuch einer Internetseite erwächst dem Nutzer eines Adblockers folglich kein Anspruch darauf, dass der Webseitenbetreiber, sobald ihm bekannt wird, dass der Nutzer keine Werbung sehen möchte, es unterlässt mit modifizierter Werbung gegenüber ihm zu werben.¹³⁴⁶

Der Nutzer kann sich deshalb nur insoweit helfen, dass er den Besuch der Seite meidet, bis eine technische Weiterentwicklung seines Adblockers ihm auch beim Herausfiltern von modifizierter Werbung behilflich ist.¹³⁴⁷

3. Keine Unlauterkeit durch qualitative Minderung der redaktionellen Inhalte

Etwas anderes gilt auch nicht, wenn die Medienunternehmen, nachdem sie erkannt haben, dass der Seitenbesucher einen Werbeblocker einsetzt, anstelle von verschlüsselter Werbung ihre redaktionellen Inhalte qualitativ mindern, um einen Anreiz zu schaffen, den Werbeblocker auf der Seite zu deaktivieren. Die qualitative Anpassung von Inhalten stellt bereits kein unerwünschtes Werben dar. Die verminderte Qualität mag zwar den einzelnen Besucher belästigen, jedoch ist dies in keiner Weise für diesen unzumutbar, da er frei ist, die Seite zu verlassen oder seinen Werbeblocker zu deaktivieren.

D. Umgehung der Anti-Adblock-Sperre durch den Einsatz eines Werbeblockers

Nachdem die Zulässigkeit von Anti-Adblock-Sperren festgestellt wurde, stellt sich im Nachgang die Frage, ob es den Adblock-Betreibern im Gegenzug offensteht, Schritte zu unternehmen, die genannten Adblock-Sperren zu umzugehen, sodass ein werbefreier Zugang erneut ermöglicht wird und so der Wettlauf der Technik zwischen Medienunternehmen und Betreibern von Adblock-Programmen weiter angetrieben wird.

Ein wesentlicher Argumentationspunkt der Medienunternehmens für die Forderung eines Adblocker-Verbots war stets die Ausuferungsgefahr und die damit verbundene Unzumutbarkeit eines Wettrüstens zwischen Medienunternehmen und Blocker-Anbieter.¹³⁴⁸ Schlagzeilen machte zuletzt ein Forschungsvorhaben der Universitäten Princeton und Stanford. Die Forscher

¹³⁴⁵ LG Düsseldorf, MMR 2003, 486; LG Berlin, GRUR-RR 2011, 332.

¹³⁴⁶ A. A. *Kreutz*, MMR 2016, 364 (369), *Kreutz* spricht von einer vom Werbenden zu beachtender Willensäußerung durch den Einsatz von Adblockern. Mit der Folge, dass diesem nicht-blockierbare Werbeelemente nicht angezeigt werden dürfen, nachdem erkannt wurde, dass der jeweilige Nutzer einen Werbeblocker installiert hat.

¹³⁴⁷ Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15 Rn. 16, juris = MMR 2017, 351. Das Gericht verweist den Webseitenbetreiber explizit auf die Möglichkeit Werbung für Adblock-Nutzer so zu modifizieren, dass diese nicht mehr blockiert werden kann.

¹³⁴⁸ So die Klägerin bei LG Hamburg, Urt. v. 25.11.2016 – 315 O 293/15 Rn. 19, juris = MMR 2017, 351.

haben ein Programm entwickelt, das als „Superwaffe gegen Werbung“¹³⁴⁹ gilt. Dem Programm war es in ersten Tests möglich, 50 von 50 Adblock-Detektoren zu umgehen. Fraglich ist, inwieweit eine Umgehung von Anti-Adblock-Maßnahmen überhaupt zulässig ist.

I. Beurteilung in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung wurde die Problematik bisher nicht vertieft behandelt. Lediglich das LG Hamburg entschied in einem Beschluss als auch in dem darauffolgenden Urteil, dass die Umgehung von Adblock-Sperren nicht zulässig sei.¹³⁵⁰ In dem vorliegenden Urteil geht es um das Angebot der Internetseite bild.de, auf der neben einem entgeltpflichtigen Abonnement alternativ Inhalte auch werbefinanziert Internetnutzern zum Konsum angeboten werden. Letztgenanntes Geschäftsmodell hat der Webseitenbetreiber wie oben bereits vorgestellt durch die Verwendung eines Anti-Adblock-Programms gegen den Zugriff durch Adblock-Nutzer geschützt. Ziel des Programms ist es, dass die Inhalte nur bei gleichzeitiger Anzeige von Werbung angesehen werden können. Kurz darauf wurde im Forum eines Adblock-Anbieters jedoch ein Code veröffentlicht, der es ermöglichte, diese Adblock-Barriere zu umgehen. Auf Basis dessen hat das Gericht dem Werbeblocker-Betreiber untersagt, Programmcodes in dessen Forum zu verbreiten oder verbreiten zu lassen, die eine „Umgehung der Softwareverschlüsselung“ auf der betroffenen Seite ermöglichen.

Das Gericht stützte den Rechtsanspruch auf urheberrechtlich aufgeladenes Deliktsrecht. So ergebe sich der Unterlassungsanspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a UrhG, 1004 BGB. Rechtlich war zwischen den Parteien bereits umstritten, ob das Anti-Adblock-Skript überhaupt eine wirksame technische Maßnahme im Sinne des § 95a UrhG darstellt. Die Parteien waren sich uneins über den für die „Wirksamkeit“ erforderlichen Schwierigkeitsgrad zur Umgehung dieses Schutzes. Das Gericht vertrat die Ansicht, dass auf die Situation eines durchschnittlichen Benutzers abzustellen sei. Ein durchschnittlicher Nutzer wäre bereits nicht in der Lage, mangels JavaScript-Kenntnissen, die Codes auszulesen, die dafür sorgen, dass der Adblocker erkannt werde, sodass eine Umgehungshandlung für Nutzer nicht möglich wäre¹³⁵¹. Bei dem Sperrcode handele es sich daher um eine wirksame technische Maßnahme. Diese sei auch dazu geeignet urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen zu unterbinden. Die Adblock-Sperre unter-

¹³⁴⁹ Abrufbar unter: <https://motherboard.vice.com/de/article/d7byvq/superwaffe-gegen-werbung-der-intelligenteste-adblocker-aller-zeiten-ist-da>; Forschung veröffentlicht unter: <http://randomwalker.info/publications/ad-blocking-framework-techniques.pdf>.

¹³⁵⁰ Vgl. LG Hamburg, Urt. v. 03.12.2015 – 308 O 375/15; LG Hamburg, Beschl. v. 22.10.2015 – 308 O 375/15.

¹³⁵¹ LG Hamburg, Urt. v. 03.12.2015 – 308 O 375/15, Rn. 18, juris.

binde nicht nur den bloßen Werkgenuss – der insoweit keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung darstelle – sondern auch die Vervielfältigung der auf der Internetseite vorhandenen urheberrechtlich geschützten Werke wie Bilder, Texte und Videos im Arbeitsspeicher des Rechners des Seitenbesuchers. Es sei dabei ohne Relevanz, ob diese Vervielfältigung bereits unterbunden werde, bevor die Elemente der Internetseite vollständig in den Speicher des Betriebssystems des Nutzers kopiert werden oder erst in dem Zeitpunkt in dem die Werke vom Speicher des Betriebssystems in den Browser-Cache, ein anderer Teil des Arbeitsspeichers, verschoben werden. Diese Cachekopie und die Erstellung einer Bildschirmkopie würden nach Ansicht des Gerichts bereits für sich genommen eine Vervielfältigungshandlung darstellen, die durch das Anti-Adblock-Skript sodann wirksam verhindert werde.¹³⁵² Im Ergebnis stelle die Veröffentlichung von Filterregeln zur Umgehung dieser technischen Maßnahme somit eine verbotene Umgehungshandlung gem. § 95a Abs. 3 Nr. 3 UrhG dar, die letztlich einen Unterlassungsanspruch des Seitenbetreibers zur Folge haben müsse.

II. Beurteilung in der Literatur

Die Umgehung eines vom Medienunternehmen eingesetzten Anti-Adblock-Systems wurde in der Literatur nur in einem Aufsatz von zwei Autoren rechtlich abgehandelt. Die Handlung wird dort als unzulässige Maßnahme bewertet, da die Anti-Adblock-Techniken grundsätzlich eine wirksame technische Schutzmaßnahme nach § 95a UrhG darstellen können.¹³⁵³ Zunächst stellen die Autoren fest, dass es sich bei der Implementation eines Adblock-Detektors um eine technische Maßnahme handele, die hier das Vervielfältigungsrecht gem. § 16 UrhG als urheberrechtsrelevante Nutzungshandlung unterbinde. Es werde zwar nicht die Vervielfältigung der HTML-Seite unterbunden, allerdings das Nachladen der Ressourcen (Bilder, Texte etc.), die in der HTML-Datei verlinkt wurden.¹³⁵⁴ Die Schutzmaßnahme sei wohl auch wirksam, wenn man zur Beurteilung auf einen durchschnittlichen Werbeblockernutzer abstelle.¹³⁵⁵ Die Autoren unterscheiden bezüglich der Umgehungshandlung zwischen einer Manipulation des Anti-Adblock-Skripts, bei der das JavaScript im Browser mit Hilfe von Erweiterungen so gezielt ausgeschaltet werde, dass nur das Anti-Adblock-Skript der Seite nicht mehr arbeiten könne, der Rest der Seite jedoch unbeeinträchtigt bliebe und einer Täuschung des Anti-Adblock-Skripts, die darauf beruhe, dass der Werbeblocker den Werbeköder auf eine Whitelist setzt, sodass der

¹³⁵² LG Hamburg, Urt. v. 03.12.2015 – 308 O 375/15, Rn. 46, juris.

¹³⁵³ *Kiersch/Kassel*, CR 2017, 242.

¹³⁵⁴ *Kiersch/Kassel*, CR 2017, 242 (243 f.).

¹³⁵⁵ *Kiersch/Kassel*, CR 2017, 242 (245).

Werbeköder geladen werde und das Skript so fälschlicherweise davon ausginge, dass kein Ad-blocker beim Nutzer installiert sei. Des Weiteren gehen die Autoren auch noch auf den Fall ein, in dem der Nutzer in seinem Browser JavaScript komplett deaktiviert, sodass der Werbeköder nicht mehr ausgeführt werden kann.¹³⁵⁶ Die Literaturansicht kommt sodann zu dem Ergebnis, dass eine Umgehungshandlung nur bei der Manipulation des Skripts zu bejahen sei, da nur hier auf das Prüfskript aktiv durch anderen JavaScript-Code eingewirkt werde. Sowohl das Deaktivieren von JavaScript als auch die Aufnahme des Werbeköders auf die Whitelist stelle hingegen keine Umgehungshandlung dar.¹³⁵⁷ Bei beiden Maßnahmen könne das bloße Nichtausführen bzw. das Ausführen lassen nicht als Umgehungsmaßnahme angesehen werden.

III. Eigener Ansatz

Der in § 95a UrhG niedergeschriebene Umgehungsschutz ist als ein das Urheberrecht flankierendes Recht und nicht als eine Art Leistungsschutzrecht zu verstehen.¹³⁵⁸ Er umfasst durch das Urheberrecht geschützte Werke¹³⁵⁹ und Leistungsschutzrechte,¹³⁶⁰ begründet aber keinen darüber hinausgehenden Schutz an zuvor ungeschützten Werken. Es ist daher fraglich, ob eine Anti-Adblock-Sperre überhaupt als wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne der Norm angesehen werden kann. Denn diese Arbeit argumentiert, dass nur die einzelnen abrufbaren Inhalte urheberrechtsfähig sind, nicht jedoch die Oberfläche einer Internetseite, welche sich aus Inhalten und Werbeanzeigen zusammensetzt.¹³⁶¹

Gem. § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG sind technische Maßnahmen Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, geschützte Werke oder andere nach diesem Gesetz geschützte Schutzgegenstände betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken. Es ist somit erforderlich, dass der Schutz eines Werkes bezweckt werden soll.

Die Betreiber der Internetseite bild.de haben in oben genanntem Rechtsstreit vor dem Landgericht Hamburg vorgetragen, dass ihr Adblock-Blocker eingreife, sobald der Browser eines Nutzers das auf einer HTML-Datei basierende Grundgerüst der Seite und damit zugleich ihre in JavaScript geschriebene Adblocker-Erkennung lade. Der Ladevorgang der JavaScript-Komponenten erfolge vor dem Laden des eigentlichen Seiteninhalts der Hauptseite und führe – soweit

¹³⁵⁶ *Kiersch/Kassel*, CR 2017, 242 (245 f.).

¹³⁵⁷ *Kiersch/Kassel*, CR 2017, 242 (245 f.).

¹³⁵⁸ *Wandtke/Ohst*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 95a Rn. 4, m. w. N.

¹³⁵⁹ Ausgenommen sind Computerprogramme wegen des gesonderten Umgehungsschutzes.

¹³⁶⁰ *Wandtke/Ohst*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 95a Rn. 5.

¹³⁶¹ Vgl. oben Teil III, Kapitel 9, § 3, B. III. 2.

ein Adblocker eingesetzt werde – zu einem Abbruch des Ladevorgangs und Umleiten des Nutzers, bevor die Seiteninhalte angezeigt werden würden.

Bereits diesen Ausführungen lässt sich entnehmen, was bereits aus der oben dargestellten Funktionsweise hervorgeht. So verfolgt ein Anti-Adblocker nicht das Ziel einzelne urheberrechtlich geschützte Elemente vor der Vervielfältigung zu schützen, sondern versucht die als solche nicht urheberrechtsfähige Oberfläche der Internetseite in ihrer Integrität zu schützen. Dies ist vom Schutzzweck des § 95a UrhG nicht gedeckt. Sinn und Zweck ist der Schutz vor unrechtmäßigen Vervielfältigungshandlungen urheberrechtlich geschützter Werke und nicht die Begründung eines neuen Leistungsschutzrechts.¹³⁶² Eine Internetseite kann sich – wie bereits gezeigt – weder auf ihren Quellcode noch auf ihre Zusammensetzung aus redaktionellen Inhalten mit werbenden Inhalten auf das Urheberrecht berufen. Resümierend steht dem nicht nur die dynamische Darstellung der Inhalte, sondern auch damit verbunden die fehlende Zusammengehörigkeit von externer Werbung und internen Inhalten entgegen.

Möchte man den Anti-Adblocker als technische Vorrichtung verstehen, die den Schutz von einzelnen urheberrechtlich geschützten Werken wie Bildern, Texten und Videos verfolgt, so soll folgende Überlegung aufzeigen, dass dies für die vorliegende Konstellation nicht zutreffen kann.

Steuert ein Adblock-Nutzer eine mit einem Anti-Adblocker versehene Internetseite an, die lediglich ein urheberrechtlich geschütztes Bild und neben diesem Bild ein urheberrechtlich geschütztes Werbebanner anzeigt, so lässt der Anti-Adblocker den Seitenzugriff nicht zu und verhindert die weitere Interaktion. Die Besonderheit liegt hier, dass das Skript ein Werk – nämlich das Werbebanner – schützt, welches der Nutzer nicht urheberrechtlich verwerten möchte. Denn der Adblocker hat gerade zur Folge, dass auf die Ressource wegen des Unterbindens des HTTP-Requests überhaupt nicht zugegriffen wird. Der Anwendungsbereich von § 95a UrhG wäre daher nur bei der Umgehung des urheberrechtlich geschützten Bildes einschlägig, da dieses ansonsten von dem Nutzer auch abgerufen werden würde. Dieses Bild möchte der Webseiten-Anbieter jedoch nicht schützen, sondern vielmehr der Öffentlichkeit zugänglich machen. Der Wille, dass ein Werk nur im Zusammenhang mit dem anderen Werk gleichzeitig zugänglich gemacht werden soll, ist weder vom Schutzzweck noch vom Wortlaut des § 95a UrhG gedeckt. Wenn der Wortlaut heißt, dass die technische Vorrichtung, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigten Verwertungshandlungen verhindern oder einschränken sollen, fehlt es hier bereits an der „nicht genehmigten“ Verwertung. Die technische Vorrichtung führt jedenfalls nicht dazu.

¹³⁶² *Wandtke/Ohst*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 95a Rn. 4, m. w. N.

Denn diese soll nur die Integrität einer Webseitenoberfläche herstellen, welche zuvor nie bestand.¹³⁶³ Folglich ist § 95a UrhG auf technische Vorrichtungen, die darauf abzielen einzeln geschützte Werke nur dann anzuzeigen, wenn hiervon losgelöst auch etwaige Werbeformen angezeigt werden, nicht anwendbar.

§ 2 Vertragliche Ansprüche gegen die Besucher medialer Werbeplattformen

A. Vertragsverhältnis zwischen Medienunternehmen und Konsumenten

In diesem Abschnitt soll vertieft auf die vertraglichen Möglichkeiten eingegangen werden, die dem Internetseitenbetreiber zum Schutz gegen die Werbeblockierung durch die Nutzer zustehen. Seitens der Medienunternehmen wird grundsätzlich ein Interesse an einem Vertragsschluss bestehen, da auf diese Weise die auf der Internetseite vorgehaltenen Nutzungsbedingungen eingehalten werden müssten. Diese Nutzungsbedingungen könnte man sodann inhaltlich mit Klauseln füllen, die sich gegen die Werbeblockierung wenden.

B. Ansprüche aus Vertrag gegen den Werbeblockernutzer

Da das Internet als Massenmedium eine Vielzahl an Nutzern anzieht und die Menge der Seitenbesucher über den Erfolg von Werbekampagnen entscheidet, haben die Seitenbetreiber grundsätzlich ein Interesse an Massengeschäften. Bei der vertraglichen Überprüfung ist daher insbesondere die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu berücksichtigen.

I. Vertragsschluss im Internet

Wie oben gezeigt sind¹³⁶⁴ vertragliche Ansprüche gegen den Seitenbetreiber nur aus einem Vertrag herzuleiten, der zuvor ausdrücklich geschlossen wurde. Der alleinigen Nutzung der angebotenen Inhalte durch Aufrufen oder Konsum ist kein Erklärungswille beizumessen. Stattdessen handelt es sich hier nur um einen Realakt.

Ein Vertragsschluss über die Nutzung einer Internetseite setzt voraus, dass der Seitenbesucher über den Vertragsinhalt unterrichtet wurde und er erst, nachdem er entweder online oder offline mit Angabe seiner Personalien seine Annahme erklärte, den Zugriff auf die Seite erhält. Technisch wäre dies so zu gestalten, dass der Zugang zu den Seiteninhalten passwortgeschützt ist,

¹³⁶³ Das LG Hamburg, Urt. v. 03.12.2015 – 308 O 375/15, verkennt dies, wenn es ausführt, dass der Adblock-Blocker, wenn er die Erstellung einer Bildschirmkopie verhindere, eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung unterbinde. Die Bildschirmkopie ist kein urheberrechtlich geschütztes Werk. Dies kann nur dann gelten, wenn das Original – hier die Darstellung der Internetseite – schutzwürdig wäre. Mangels Individualität und aufgrund der dynamischen Darstellung ist dies jedoch nicht der Fall.

¹³⁶⁴ Vgl. oben Teil III, Kapitel 9, § 3, A. VI. 1.

da nur dann gewährleistet werden kann, dass nur der Vertragspartner auf die Seite zugreift. Denkbar ist auch das Vorhalten von Nutzungsbedingungen. Diese müssten dem Nutzer so vorgehalten werden, dass er zur Nutzung diesbezüglich eine Annahmeerklärung abgibt. Dem Nutzer wird durch die direkte Konfrontation ersichtlich, dass der Seitenbetreiber ein Interesse daran hat, die Nutzung seiner Seite von der Annahme abhängig zu machen.¹³⁶⁵

II. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Inhaltlich obliegt der Nutzungsvertrag der grundsätzlichen Vertragsfreiheit nach § 311 Abs. 1 BGB, sodass der Internetseitenbetreiber Bedingungen nach seinem Belieben aufstellen kann.¹³⁶⁶ Da es sich bei Nutzungsbedingungen grundsätzlich um vorformulierte Vertragsbedingungen handeln wird¹³⁶⁷, die für eine Vielzahl von Verträgen verwendet werden und diese somit Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen, sind die inhaltlichen Einschränkungen der §§ 305 ff. BGB zu beachten.¹³⁶⁸

Als beispielhafter Prüfungsgegenstand dient die Klausel: „Dem Seitenbesucher wird die Nutzung von Programmen, die es ihm ermöglichen Werbung auf den angebotenen Internetseiten herauszufiltern, untersagt.“

III. Wirksame Einbeziehung der AGB

1. Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 BGB

Gem. §§ 305 Abs. 2, 310 Abs. 1 S. 1 BGB müssen Allgemeine Geschäftsbedingungen zwischen einem Unternehmen und einem Verbraucher wirksam in den Vertrag einbezogen werden und einer rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten. Die wirksame Einbeziehung richtet sich nach § 305 Abs. 2 BGB. Die Norm setzt voraus, dass der Verwender bei Vertragsschluss

„1. die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Orte des Vertragsschlusses auf [die Allgemeinen Geschäftsbedingungen] hinweist und

¹³⁶⁵ *Kreutz*, ZUM 2018, 162 (166).

¹³⁶⁶ Sehr ausführlich zu den unterschiedlich in Betracht kommenden Vertragsarten und den daraus abzuleitenden Rechtsfolgen: *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 353 ff.

¹³⁶⁷ *Härtling* in: *Härtling*, Internetrecht, Verträge über Internet-Dienstleistungen, Rn. 1055.

¹³⁶⁸ § 305 Abs. 1 BGB; Zu AGB im Internet: OLG Hamburg, CR 2002, 915; LG Essen, NJW-RR 2003, 1207; LG Berlin, MMR 2014, 563, das Gericht stuft Googles Nutzungsbedingungen und Datenschutzerklärung als Allgemeine Geschäftsbedingungen ein.

2. der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise [...] von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen“.

Zudem muss die andere Vertragspartei sich mit der Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden erklären.

Für die Praxis bedeutet dies, dass Internetseitenbetreiber bei Abschluss des Vertrages ausdrücklich auf die Bedingungen hinweisen müssen, § 305 Abs. 2 Nr. 1. Notwendig ist ein klarer, unmissverständlicher und auffälliger Hinweis, der aus Sicht eines durchschnittlichen Nutzers auch bei flüchtiger Begutachtung nicht zu übersehen ist.¹³⁶⁹ Es genügt insoweit nicht, wenn die Bedingungen irgendwo auf den Unterseiten der Internetseite nachgelesen werden können.¹³⁷⁰

Gestalterisch kann dies durch entsprechende auffällig gestaltete Verlinkungen auf den Volltext der Geschäftsbedingungen umgesetzt werden. Des Weiteren muss der andere Vertragspartner die Möglichkeit erhalten, von dem Inhalt der Bedingungen Kenntnis zu nehmen. Die an eine Kenntnisverschaffung zu stellenden Anforderungen sind zumindest dann erfüllt, wenn der Abschluss von einem sogenannten „Click Wrap“¹³⁷¹ abhängig gemacht wird. Ein „Click Wrap“ setzt voraus, dass der andere Vertragspartner eine Box angeklickt hat, in der auf die herunterladbaren AGB hingewiesen wurde.¹³⁷² Der sogenannte „Browse Wrap“ genügt den Anforderungen hingegen nicht. Bei diesem stellt der Seitenbetreiber durch die Weiternutzung der Internetseite auf das Einverständnis des Besuchers im Hinblick auf die gestellten Bedingungen ab. Wie oben gezeigt lässt sich aus der Nutzung einer Internetseite mangels Rechtsbindungswillen keine konkludente Annahme etwaiger Bedingungen fingieren.¹³⁷³

2. Überraschende Klausel gem. § 305c BGB

Des Weiteren darf es sich nicht um eine überraschende Klausel gem. § 305c Abs.1 BGB handeln. Hiernach werden „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, [...] nicht Vertragsbestandteil.“

Zweck der Norm ist es, den Vertragspartner, der häufig bei Vertragsabschluss der Bedeutung und den Rechtsfolgen der Geschäftsbedingungen nicht voll zu erkennen vermag, in seinem Vertrauen zu schützen, dass die von ihm pauschal gebilligten AGB nicht allzu weit von den bei

¹³⁶⁹ Roloff, in: Erman, BGB, § 305 BGB, Rn. 26; Basedow, in: MüKoBGB, § 305 Rn. 69.

¹³⁷⁰ Basedow, in: MüKoBGB, BGB § 305 Rn. 69.

¹³⁷¹ Vgl. Mankowski, GRUR Int 1999, 909 (917, Fn. 101).

¹³⁷² Basedow, in: MüKoBGB, BGB § 305 Rn. 69; Stadler, in: Jauernig, BGB, § 305 Rn. 14.

¹³⁷³ Vgl. oben Teil III, Kapitel 9, § 3, A. VI. 1.

Geschäften dieser Art üblichen und für ihn vorstellbaren Bedingungen abweichen.¹³⁷⁴ Maßgeblich für die Beurteilung ist hier auf zwei Kriterien abzustellen. Erstens sind nach objektiven Kriterien die gesamten Umstände zu ermitteln, die der redliche Verkehr typischerweise an den Vertragsinhalt knüpft. Dies kann insbesondere anhand des Grades abhängig gemacht werden, in dem die Klausel vom dispositiven Gesetz abweicht. Zweitens ist auf das äußere Bild des Vertrags und die Einordnung der Klausel innerhalb dieses Konstrukts abzustellen. Zu fragen ist, ob die Klausel unübersichtlich oder versteckt dargestellt wird. Hinzukommen muss zudem ein Überraschungseffekt, der sich aus der Diskrepanz zwischen dem ungewöhnlichen Charakter der Klausel und der Kundenerwartung ergibt.¹³⁷⁵ Bei der Bewertung ist auf die Sicht des zu erwartenden Kundenkreises abzustellen.¹³⁷⁶

Das Verbot der Nutzung eines Werbeblockers weicht nicht von gesetzlichen Bestimmungen ab, da Normen, aus denen sich ein gesetzliches Leitbild im Hinblick auf die Nutzung von Werbeblockern herleiten ließe, nicht existieren. Stellt man auf die Gesamtumstände ab, so sind Adblockverbote innerhalb der Nutzungsbedingungen heutzutage keine gängige Praxis. Sie gehören nicht zu den Verkehrsgepflogenheiten unter Webseitenbetreibern. Die konkrete Einbindung der Klausel in den AGB ist eine Entscheidung des Einzelfalls. Es ist allerdings grundsätzlich anerkannt, dass die Möglichkeit des Verwenders besteht, den Nutzer in besonderer Weise ausdrücklich oder in sonstiger, geeigneter Weise auf eine ungewöhnliche Klausel in seinen AGB hinzuweisen, sodass das im Überraschungsmoment liegende Einbeziehungshindernis beseitigt wird.¹³⁷⁷ Es ist daher zu empfehlen das Adblocker-Verbot im Vertragstext gesondert hervorzuheben.¹³⁷⁸

IV. Inhaltliche Kontrolle

Wurden die Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertrag einbezogen, unterliegen diese der Inhaltskontrolle. Zu prüfen ist deren Zulässigkeit anhand der §§ 307, 308 BGB.

1. Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Wie bereits oben erwähnt, ist keine gesetzliche

¹³⁷⁴ BT-Drs 7/3919, S. 19; *Roloff* in: Erman, BGB, § 305c BGB, Rn. 2.

¹³⁷⁵ *Ulmer/Schäfer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305c BGB, Rn. 22.

¹³⁷⁶ *Ulmer/Schäfer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305c BGB, Rn. 12, 13a; *Roloff*, in: Erman, § 305c BGB, Rn. 2; *Stadler*, in: *Jauernig*, BGB, § 305c Rn. 2.

¹³⁷⁷ *Ulmer/Schäfer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305c BGB, Rn. 13a

¹³⁷⁸ Vgl. hierzu *Ulmer/Schäfer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305c BGB, Rn. 23.

Regelung ersichtlich, welche die konkrete Nutzung von Werbeblockern umfasst. Mittelbar könnte allerdings vom Gesetzeszweck des § 7 Abs. 1 UWG abgewichen werden. Der Norm liegt der Zweck zugrunde, dass Marktteilnehmer und insbesondere Verbraucher vor unangemessenen Beeinträchtigungen ihrer privaten, beziehungsweise geschäftlichen Sphäre, geschützt werden sollen. Bezweckt wird insoweit, dass sich der Einzelne ohne oder gegen seinen Willen mit dem Anliegen des geschäftlich Handelnden nicht auseinandersetzen muss.¹³⁷⁹ Es ist fraglich, ob von diesem wesentlichen Grundgedanken durch das Vorhalten eines Adblocker-Verbots in nicht vertretbarer Weise abgewichen wird. Eine Ansicht in der Literatur bejaht dies.¹³⁸⁰ Es wird vertreten, dass es mit dem Grundgedanken des § 7 UWG unvereinbar wäre, wenn es Nutzern nicht mehr möglich wäre, mit Hilfe der Werbeblockersoftware ihren Willen, dass Werbung unerwünscht sei, an den Webseitenbetreiber heranzutragen. § 7 UWG spreche dem Nutzer das Recht zu, sich der Konfrontation mit solcher Werbung zu verweigern.¹³⁸¹ Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. § 7 UWG spiegelt nicht das Leitbild wider, dass bei Kundgabe der Unerwünschtheit jede Werbewirkung eingestellt werden müsste. § 7 Abs. 1 S. 2 bezieht sich vorliegend auf Formen der Direktwerbung. Internetwerbung stellt, wie bereits dargelegt, mediale Massenwerbung dar. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG lässt sich nur der Leitgedanke entnehmen, dass der Einzelne vor unzumutbaren Belästigungen zu schützen ist. Internetwerbung ist jedoch bereits nicht „unzumutbar“¹³⁸². Die Klausel, die ein Werbeblockerverbot vorsieht, stellt keine Abweichung zu den wesentlichen Grundgedanken eines Gesetzes dar.

2. Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel auch dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Die Norm betrifft folglich die Einschränkung von Rechten des Kunden oder Pflichten des Verwenders, mit denen die Durchführung des Vertrages steht und fällt.¹³⁸³ So ist es dem Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen nicht erlaubt, sich von der Erfüllung dieser sogenannten „Kardinalpflichten“ frei zu zeichnen.¹³⁸⁴ Durch die Vereinbarung keinen Adblocker zu nutzen,

¹³⁷⁹ Köhler, in Köhler/Bornkamm, UWG, § 7 Rn. 2.

¹³⁸⁰ Kreuzt, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 384.

¹³⁸¹ Kreuzt, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 384.

¹³⁸² Vgl. oben Teil III, Kapitel 8, § 4, A. III.

¹³⁸³ Stadler, in: Jauernig, BGB, § 307 Rn. 12, m. w. N.

¹³⁸⁴ Stadler, in: Jauernig, BGB, § 307 Rn. 12.

wird nicht der Kernbereich der zugesagten Leistungen betroffen. Der eigentliche Vertragszweck wird auch nicht gefährdet, da es dem Verwender ja gerade auf den Erhalt des Internetnutzers als Kunden ankommt.¹³⁸⁵

3. Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB

Gemäß § 307 Abs. 1 BGB sind „Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen [...] unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.“ Diese Norm legt zum einen den allgemeinen Wertmaßstab und die Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle fest und zum anderen dient sie als Auffangtatbestand von generalklauselartiger Weite.¹³⁸⁶

Im Kern des Tatbestands steht die Feststellung einer unangemessenen Benachteiligung. Dies erfolgt anhand einer umfassenden Interessenabwägung.¹³⁸⁷

Zunächst ist auf das Vorliegen einer Benachteiligung gegenüber dem Vertragspartner einzugehen. Eine Benachteiligung liegt immer dann vor, wenn der Vertragspartner durch die Klausel schlechter gestellt wird, als er ohne die entsprechende Bestimmung stehen würde.¹³⁸⁸ Eine Benachteiligung ist hier gegeben. Nutzer von Werbeblockern ist es möglich, bestimmte Ressourcen nicht auf ihr Endgerät zu laden, Tracking zu verhindern und insgesamt ein effizienteres und komfortableres Interneterlebnis zu genießen. Indem diese Möglichkeiten vertraglich unterbunden werden, steht der Nutzer schlechter dar.

Anschließend ist in einem zweiten Schritt die wertende Beurteilung der Angemessenheit oder Unangemessenheit dieser abweichenden Regelung vorzunehmen. Es wird eine eingehende Analyse und Abwägung der Interessen der Vertragsparteien vorausgesetzt.¹³⁸⁹ Dabei ist auf die Interessen der üblicherweise beteiligten Verkehrskreise abzustellen.¹³⁹⁰

Die Internetnutzer haben ein Interesse, selbstbestimmt über die Daten zu bestimmen, die ihr Endgerät erreichen. Dies umfasst einerseits das Interesse zu bestimmen, was heruntergeladen wird, aber andererseits auch wie und ob es optisch auf dem Anzeigegerät des Nutzers dargestellt wird. Die Internetseitenbetreiber verfolgen stattdessen wirtschaftliche Interessen. Sie wollen Nutzer davon abhalten, Werbeblocker einzusetzen, um zu verhindern, dass das bisherige auf

¹³⁸⁵ Vgl. auch *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 384 f.

¹³⁸⁶ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB, Rn. 1; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 307 Rn. 1.

¹³⁸⁷ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB, Rn. 93.

¹³⁸⁸ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB, Rn. 98.

¹³⁸⁹ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB, Rn. 98.

¹³⁹⁰ *Fuchs* in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, § 307 BGB, Rn. 110, m. w. N.

Werbung gestützte Geschäftsmodell nicht mehr funktioniert und sie somit keine Werbeeinnahmen mehr im Zusammenhang mit ihren kostenlos und öffentlich angebotenen Inhalten erzielen können.

In der Vergangenheit wurde bezüglich der Verwendung einer vorformulierten Klausel, in welcher der Kunde sein Einverständnis mit telefonischer Werbung erklärte, eine unangemessene Benachteiligung gesehen.¹³⁹¹ Aufgrund der massiven Beeinträchtigung der geschützten Privatsphäre des Angerufenen, sei eine Einwilligung in eine kommerzielle Kontaktaufnahme per Telefon innerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Ansicht des Senats unwirksam. Fraglich ist, wie diese Überlegungen auf Internetwerbung übertragen werden können. Internetwerbung ist jedenfalls weniger einschneidend als Telefonwerbung. Persönlichkeitsrechtliche Belange werden nur deshalb berührt, weil der Betroffene sich zuvor entschieden hat, die Internetseite und damit den Herrschaftsbereich des Betreibers aufzusuchen. Im weiteren Vergleich ist auch das Interesse des hier Werbenden stärker zu gewichten als das des über Telefon Werbenden. Das Medienunternehmen bietet kostenlos teils qualitativ hochwertige Inhalte an, was hier zu berücksichtigen ist.

Aufgrund der gesellschaftlichen Stellung des Internets ist es von immenser Bedeutung, dass den Nutzern Werkzeuge zur Verfügung gestellt werden, die es ihm ermöglichen, aufbauend auf dem Grundgedanken eines freien Internets, präventiv zu bestimmen, welche Daten er herunterlädt und konsumiert. Eine Klausel, die dies verbietet, untergräbt dieses Recht vollständig und bürdet dem Nutzer letztlich auf, dass er Inhalte entgegen seinem Willen auf sein Endgerät herunterladen muss. Dem Internetseitenbetreiber steht anders als dem Nutzer noch eine Vielzahl an weiteren Möglichkeiten offen, die es ihm ermöglichen, weiterhin Inhalte werbefinanziert anzubieten. Angesprochen wurde bereits das Errichten technischer Schranken, die Adblock-Nutzer am Konsum der Inhalte hindern. Indem die Betreiber allerdings auf der Öffentlichkeit des Internets aufbauen und hieran auch in Form von Reichweite profitieren, können sie nicht gleichzeitig die Interessen des Nutzers, die sich durch die Freiheit und Öffentlichkeit von Internetseiten auszeichnen, durch Allgemeine Geschäftsbedingungen blockieren.¹³⁹² Dies stellt ein widersprüchliches Verhalten dar, dass den Besucher im Ergebnis unangemessen benachteiligt.

¹³⁹¹ Vgl. BGH, NJW 1999, 1864.

¹³⁹² Im Ergebnis auch *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 388.

4. Zwischenergebnis

Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die es Nutzern verbieten Werbeblocker zu verwenden, sind unwirksam. Individualabreden sind hiervon nicht betroffen.¹³⁹³ Aufgrund der Tatsache, dass das Internet als Massengeschäft hierfür allerdings keine umsetzbare Plattform darstellt, ist davon auszugehen, dass individuelle Verträge für Medienunternehmen keinen gangbaren Weg darstellen.

§ 3 Marktgesteuerte Entwicklung zu "akzeptabler" Werbung

Neben dem Versuch technische Möglichkeiten zu implementieren, um weiterhin Werbeblocker-Nutzer mit Werbung zu erreichen, die diese für sich als unerwünscht klassifiziert haben, gibt es auch kompromissbereitere Bemühungen. Die Werbeindustrie versucht seit kurzer Zeit universell geltende Werbestandards aufzustellen. Zu nennende Organisationen sind das „Internet Advertising Bureau“ (IAB) sowie die „Coalition for Better Ads“, die Industriegrößen wie Axel Springer, Google und Facebook als Mitglieder hat. Das Ziel ist es Nutzer davon zu überzeugen, dass Werbung auch einen Mehrwert darstellen kann und keinen belästigenden Charakter haben muss. Versprechen tun sich die Koalitionsmitglieder hiervon, dass Leute Adblockern den Rücken kehren oder zumindest diesen auf den Internetseiten der Mitglieder deaktivieren. Um dieses Ziel umzusetzen hat die „Coalition for Better Ads“ eine Studie angestoßen, um aufgrund von Nutzerpräferenzen die beliebtesten Werbeformen herauszufinden. Über 25.000 Internetsnutzer in Nordamerika und Europa waren Teil dieses Forschungsprojekts.¹³⁹⁴ Aus diesen Ergebnissen entstanden sodann die „Initial Better Ads Standards“¹³⁹⁵. Die Standards sehen vor, dass Pop-up-Werbung, automatisch-abspielende Videowerbung mit Ton, Prestitialwerbung mit einem Countdowntimer, so wie besonders großflächige Werbebanner auf mobilen Geräten als unzulässig einzustufen sind.

Das IAB hingegen setzt auf sogenannte LEAN Ads. LEAN steht dabei für light, encrypted, ad choice supported und non-evasive. In chronologischer Reihenfolge handelt es sich folglich um datenarme, verschlüsselte, personalisierbare und nicht aufdringliche Werbung. In seinem Ad-blocking Bericht¹³⁹⁶ weist das IAB explizit daraufhin, dass das oberste Ziel darin besteht, den

¹³⁹³ *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 399, sieht bei Individualabreden, die ein Verbot von Werbeblockern vorsehen, einen Verstoß gegen § 138 Abs. 2 BGB als voraussichtlich gegeben an. Dem kann aus Gründen der Privatautonomie nicht gefolgt werden, da der Nutzer stets in jegliche Form von Werbung einwilligen müssen kann.

¹³⁹⁴ Details hierzu Beitrag „The Research“, abrufbar unter: <https://www.betterads.org/research/#results>.

¹³⁹⁵ „The Better Ads Standards“, abrufbar unter: <https://www.betterads.org/standards/>.

¹³⁹⁶ Beitrag „IAB Ad Blocking Report: Who Blocks Ads, Why, and How to Win Them Back“, abrufbar unter: <https://www.iab.com/insights/ad-blocking-blocks-ads-win-back/>.

Nutzer zurückzugewinnen und erst nach einem mehrstufigen Prozedere ein Ausschluss des Nutzers von der Seite erfolgen soll. Erste Erfolge können bereits verzeichnet werden, denn 2/3 der Adblock-Nutzer sollen nach dem neuesten Bericht des IAB gewillt sein, auf die Nutzung von Adblockern zu verzichten, solange gewisse Werbestandards eingehalten werden.¹³⁹⁷

§ 4 Geschäftsmodelle neben der Werbefinanzierung

Zwar ist die Werbefinanzierung das tragende Standbein und mit Sicherheit einer der Wachstumsfaktoren des Internets gewesen. Mit dem Preisverfall von Displayanzeigen und dem Abebben des Umsatzwachstums, haben jedoch die ersten Medienunternehmen ihr Geschäftsmodell erweitert oder umgestellt, um eine weitere Finanzierung ihrer redaktionellen Inhalte zu ermöglichen. Durch Pay TV, digitale Bezahlschranken und entgeltliche Zusatzangebote stehen Geschäftsmodelle bereit, die für die Zukunft der Medien von Bedeutung sein werden.

A. Bezahlschranken

Ein Geschäftsmodell, das sich bereits für einige größere Medienunternehmen als Erfolg herauskristallisierte, ist der Einsatz sogenannter Paywalls (deutsch: Bezahlschranke). Vorreiter im Digitaljournalismus ist „The Wallstreet Journal“ gewesen. Das Journal vertritt auf seiner digitalen Plattform denselben Ansatz wie im Offline-Geschäft: Lesen darf nur, wer gezahlt hat. Die „New York Times“ hat sich hingegen für eine weichere Gangart entschieden. Die Zeitschrift hat auf ihrer Internetpräsenz ein System inkorporiert, das es seinen Lesern erlaubt, zehn Artikel kostenlos zu lesen. Nach Ablauf der kostenlos verfügbaren Artikel wird der weitere Zugriff auf die Inhalte vom Abschluss eines Abonnements abhängig gemacht. Allein im ersten Quartal 2017 zählte die Times ca. 2.201.000 Leser, die sich für das digitale Abonnement entschieden.¹³⁹⁸

Ein solches System kann sich auch für kleinere Seiten anbieten. Durch das Angebot eines kostenlosen Kontingents, als Art Leseprobe, gibt es den Webseitenbetreibern die Möglichkeit, potentielle Kunden von ihrem Angebot zu überzeugen und somit zum Abschluss eines Abonnements zu bewegen.

Ein weiterer großer Erfolg ist BildPlus. Dies ist das Online-Bezahlangebot der Bild. Als Abonnent erhält man Inhalte, die ansonsten nicht über die werbefinanzierte Seite angeschaut werden

¹³⁹⁷ Vgl. Beitrag „IAB Ad Blocking Report: Who Blocks Ads, Why, and How to Win Them Back“, S. 36, abrufbar unter: <https://www.iab.com/insights/ad-blocking-blocks-ads-win-back/>.

¹³⁹⁸ Vgl. Quartalsbericht New York Times (abrufbar unter: http://s1.q4cdn.com/156149269/files/doc_financials/quarterly/2017/3c979e39-7e0b-44a7-aa3d-537a089b403a.pdf).

können. Hier hat Bild ca. 320.000 zahlende Abonnenten¹³⁹⁹ vereint und so ein zweites Geschäftsmodell neben der Werbefinanzierung gefunden.

B. Micropayments

Um einen anderen jedoch auch auf Zahlung eines Entgelts ausgelegten Ansatz, handelt es sich bei „Micropayments“ bzw. Mikrozahlungen. Micropayments sind eine relativ neue Erscheinungsform im digitalen Journalismus. Sie ermöglichen in ökonomischer Weise, Transaktionen geringer Summen, wie beispielweise dem Kauf einzelner Zeitungsartikel, durchzuführen.¹⁴⁰⁰ Die Notwendigkeit für ein Micropaymentsystem entsteht dadurch, dass beim Kauf von digitalen Gütern, die häufig nicht einmal einen Euro kosten können, die Wirtschaftlichkeit der Bezahlweise ein Problem darstellt. So übersteigen bei den klassischen Zahlungsformen von Kreditkarten- und Lastschriftzahlung bereits die Gebühren häufig den Warenwert selbst. Micropaymentsysteme umgehen dieses Problem.

Flattr, eine Tochtergesellschaft der eyeo GmbH, ist eines der bekanntesten Micropayment-Systeme. Nachdem sich ein Nutzer bei Flattr registriert und eine gewisse größere Summe auf diesen Account transferiert hat, kann nach der Installation eines Browser-Plug-ins, diese Summe automatisch auf die Publisher verteilt werden, deren Artikel und Beiträge der Nutzer in dem jeweiligen Monat gelesen hat. Auf diesem Weg ist es jedem Konsumenten möglich, den Plattformbetreiber, der den Artikel bereitstellt, direkt finanziell zu unterstützen. Der Browser Brave bietet diese Funktion nativ an. Das heißt selbst die Installation der sonst notwendigen Erweiterungen fällt weg.¹⁴⁰¹

C. Crypto Mining

Anders als Werbung geht es beim Crypto Mining nicht um die Aufmerksamkeit der Seitenbesucher, sondern um die Rechenleistung derer Computergeräte. Ziel ist es durch die zugewonnene Rechenleistung, die technische Funktionsweise der Kryptowährungen unterliegenden Blockchain aufrechtzuerhalten.¹⁴⁰² Einer der bekanntesten Anbieter ist Coinhive. Coinhive bie-

¹³⁹⁹ S. Interview zwischen Julian Reichelt und MEEDIA, abrufbar unter: <http://meedia.de/2016/04/12/wir-haben-mit-bild-plus-die-groesste-abo-zeitung-deutschlands-geschaffen-julian-reichelt-im-meedia-gespraech-1/>.

¹⁴⁰⁰ Laudon/Laudon/Schoder, Wirtschaftsinformatik, S. 623.

¹⁴⁰¹ Auch LaterPay bietet ein Web-Bezahlsystem an. Zeitungsriesen wie Spiegel Online kooperieren mit Laterpay, um sogenannte „Spiegel Plus“-Artikel den Lesern anbieten zu können. Es handelt sich dabei um redaktionelle Inhalte, die nur gegen eine Bezahlung i. H. v. 39 Cent zu lesen sind. Medienunternehmen erhalten so die Möglichkeit während sie weiterhin zum Großteil auf das Werbegeschäft setzen, einen bestimmten Teil ihrer Nachrichten nur gegen Entgelt anzubieten.

¹⁴⁰² Zum technischen Hintergrund, vgl. Zahid, Bitcoins: Mining, Transaction, Security Challenges and Future of This Currency, S. 20 ff.

tet Seitenbetreibern ein JavaScript-Plug-in an, das es ermöglicht, die Rechenleistung der Seitenbesucher zur Generierung von Kryptogeld zu verwenden. Als Gegenzug verzichten einige Seitenbetreiber auf ein werbefinanziertes Geschäftsmodell.¹⁴⁰³ Die rechtliche Zulässigkeit des Crypto Minings hängt sowohl lauterkeitsrechtlich als auch datenschutzrechtlich von der vorherigen Einwilligung des Nutzers ab.

§ 5 De lege ferenda im Hinblick auf Werbung im Internet

Obwohl die rechtliche Untersuchung der Internet-Adblocker ergeben hat, dass de lege lata von deren grundsätzlicher Zulässigkeit auszugehen ist, stellt sich die Frage, ob politisch durch gesetzliche Maßnahmen der Schutz von Werbeplattformen im Internet hergestellt werden sollte. Deutschland wäre nicht das erste Land, das diesen Schritt geht. Bereits Mitte 2016 hat Chinas Legislative sich für die Einführung eines Adblock-Verbots entschieden.¹⁴⁰⁴ Artikel 16 Abs. 1 der „Interim Measures for the Administration of Internet Advertising“ sieht folgendes vor: „Das Abhören, Filtern, Verbergen, Vorspulen oder sonstige restriktive Maßnahmen in Bezug auf Internetwerbung oder das Blockieren, Filtern oder anderweitige Beeinträchtigen der normalen Übertragung von Werbung ist verboten.“ Fraglich ist, ob Deutschland zum Schutz der Medienunternehmen eine ähnliche Regelung erlassen sollte.

A. Erfordernis eines gesetzlichen Adblocker-Verbots

I. Bisherige Entwicklungen in der Legislative

Nachdem die ersten instanzgerichtlichen Urteile sich gegen die Unzulässigkeit von Werbeblockern aussprachen, hat sich die Werbe- und Medienwirtschaft an den Gesetzgeber gewandt. Die Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz verstand es als geboten, die Prüfung gesetzlicher Regelungen einzuleiten.¹⁴⁰⁵ Wie eine solche Regelung aussehen könnte, wurde bisher nicht parlamentarisch erörtert. Die Piratenpartei stellte am 06.12.2016 einen Antrag gegen

¹⁴⁰³ So seit neuestem auch das US-Magazin Salon, Beitrag „Krypto-Mining statt Werbung: US-Magazin lässt Nutzer mit Adblocker nach Monero schürfen“, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Krypto-Mining-statt-Werbung-US-Magazin-laesst-Nutzer-mit-Adblocker-nach-Monero-schuerfen-3969051.html>; zum derzeitigen Stand verwenden 220 der Top 100.000 Webseiten ein solches Geschäftsmodell. 500 Millionen Nutzern besuchen diese Seiten im Schnitt monatlich, abrufbar unter: <https://blog.adguard.com/en/crypto-mining-fever/>.

¹⁴⁰⁴ Beitrag und Gesetzestext „SAIC issues final version of internet advertising measures“, abrufbar unter: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-631-1005?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-631-1005?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1).

¹⁴⁰⁵ Bericht „Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz“, Juni 2016, S. 21, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/473870/07ba875e860ada4556526641bd9151b6/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk-data.pdf?download=1>.

die Einführung gesetzlicher Regelungen im Landtag Nordrhein-Westfalen.¹⁴⁰⁶ Hierin bemängeln sie die Einseitigkeit der Interessenabwägung zugunsten der Medienunternehmen, wenn es zu einem Adblocker-Verbot kommen sollte. Es sei zu fordern, auf politischer Ebene einem Adblocker-Verbot entgegenzuwirken.

Der Zeitungsverlegerverband NRW e.V. nahm hierzu Stellung¹⁴⁰⁷. So seien technische Maßnahmen gegen die Nutzung von Adblockern nicht gegeben. Das Aussperren von Adblock-Nutzern beseitige den Schaden keineswegs, da hierdurch erst recht nicht die Werbung gesehen werde und zudem der Tausend-Kontakt-Preis-Wert (TKP) sinke. Deshalb sei es unumgänglich, gesetzlich einzuschreiten. Nach Ansicht des Verbands könnte ein Gesetz folgenden Wortlaut haben:

„Schutz der Integrität von journalistisch-redaktionellen Telemedienangeboten. Die Herstellung, Verbreitung, Bewerbung sowie die Verwendung von Vorrichtungen, Computerprogrammen oder Dienstleistungen, die die Integrität eines Telemedienangebots mit journalistisch-redaktionellen Inhalten einschließlich Rubrikenanzeigen beeinträchtigen, indem bestimmte Seiteninhalte beim Nutzer nicht geladen oder nicht angezeigt werden, sind ohne Zustimmung des Anbieters unzulässig. Dies gilt nicht für Vorrichtungen, Computerprogramme oder Dienstleistungen, die es einem Nutzer ermöglichen, bestimmte Seiteninhalte auszublenken, nachdem sie geladen wurden und die Möglichkeit zur Kenntnisnahme bestand. Der Verzicht auf technische Maßnahmen im Sinne des § 95 a UrhG gilt nicht als Zustimmung des Anbieters.“

II. Stellungnahme

1. Einseitige Abwägung der Interessen der Medienunternehmen

Der Wortlaut des Gesetzesvorschlags lässt keinerlei Rücksicht und Beachtung der Interessen der betroffenen Internetnutzer erkennen. Die gewünschte Norm erzeugt stattdessen eine fiktive Zusammengehörigkeit der Webseite, die der eigentlichen technischen Zusammensetzung widerspricht. Des Weiteren ist das Gesetz auch nicht in Einklang mit der höchstrichterlichen

¹⁴⁰⁶ Landtag NRW Drs. 16/13682.

¹⁴⁰⁷ Landtag NRW Stellungnahme Zeitungsverleger Verband Nordrhein-Westfalen, Stellungnahme 16/4625, abrufbar unter: <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST16-4625.pdf>.

Rechtsprechung des BGH zu bringen¹⁴⁰⁸, wenn es ausführt, dass der Verzicht auf technische Maßnahmen im Sinne von § 95a UrhG nicht als „Zustimmung des Anbieters“ in die für das Medium übliche Nutzung gelten soll.

Der Piraten-Fraktion ist zuzustimmen, wenn sie von dem Versuch spricht, ein ausgedientes Geschäftsmodell künstlich am Leben zu erhalten. Wie diese Arbeit gezeigt hat, rechtfertigen es weder das Wettbewerbsrecht noch die Medienfreiheiten, eine öffentlich zugängliche Internetseite als integrales Gesamtprodukt zu erklären und somit ein bestimmtes Geschäftsmodell unter den verfassungsrechtlichen Schutz zu stellen.¹⁴⁰⁹ Zwar erwächst aus der Schutzpflichtenfunktion der Mediengrundrechte ein Untermaßverbot, dass dazu führen kann, dass der Gesetzgeber, unter Berücksichtigung des grundrechtlichen Rangs, der Schwere des drohenden Eingriffs und der Möglichkeit des Grundrechtsträgers zu effektivem Selbstschutz, dazu verpflichtet ist, zum Schutz des Grundrechts einzuschreiten¹⁴¹⁰, allerdings ergibt nachfolgende Abwägung, dass diese Notwendigkeit hier nicht besteht.

2. Keine Unterschreitung der Schutzpflichten

a) Rang des Grundrechts

Sowohl die Pressefreiheit als auch die Rundfunkfreiheit betonen die Bedeutung der Medien für ein demokratisch und freies Gesellschaftssystem. Es ist daher davon auszugehen, dass die Grundrechte grundsätzlich einen hohen Stellenwert genießen.

b) Beeinträchtigung

Es kann wie oben gezeigt davon ausgegangen werden, dass ca. 20 – 30 % aller Internetnutzer eine Form von Werbeblockierung verwenden. Hierdurch sind die Grundrechte der Medienunternehmen beeinträchtigt.

c) Schwere des drohenden Eingriffs

Der Eingriff, der durch Werbeblocker entsteht, ist in seiner Schwere als gering einzustufen. Die Medienunternehmen werden nicht daran gehindert, Werbung zu schalten, die Werbeadressaten erhalten lediglich eine einfachere Möglichkeit, der Werbung auf ihren Geräten zu entgehen.

¹⁴⁰⁸ Vgl. nur BGH, GRUR 2014, 785 – Flugvermittlung im Internet; BGH, GRUR 2012, 602 – Vorschaubilder II; BGH, WRP 2010, 916 – Vorschaubilder I.

¹⁴⁰⁹ Hierzu auch *Kuhlmann*, AfP 2016, 318 (322).

¹⁴¹⁰ Vgl. oben Teil II, Kapitel 3, § 1, A.

d) Möglichkeit der Seitenbetreiber zu effektivem Selbstschutz

Diese Umgehungsmöglichkeit können die Medienunternehmen durch eigene Maßnahmen verhindern. Wie oben vorgestellt existieren mehrere Möglichkeiten Adblock-Nutzer im World Wide Web vom Konsum der redaktionellen Inhalte auszuschließen. Fernsehsender und Internetseiten haben zudem die Möglichkeit vermehrt nicht blockierbare Werbung zu senden. Dies relativiert die Bedrohungslage durch Adblocker. Des Weiteren können andere Geschäftsmodelle gewählt werden, die sich keiner Gefahr der Werbeblockierung ausgesetzt sehen.

e) Gegenüberstehende Belange und Grundrechte

Dass die Handlungsalternativen der Medienunternehmen möglicherweise zu Einbußen von Webseitenbesuchern und einem Preisverfall des TKP führen, ist ohne Belang, denn gerade dies ist Teil des unternehmerischen Risikos, das der Quintessenz des deutschen Wettbewerbsrecht entspricht. Unternehmerisches Handeln ist grundsätzlich frei und genießt den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG. Ein Verbot von Werbeblockern hätte drastische Folgen für die wirtschaftlichen Interessen der Betreiber und insbesondere auch der Konsumenten. Grundrechtlich garantierte Interessen wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, das informationelle Selbstbestimmungsrecht und auch die Eigentumsfreiheit wären gravierend tangiert. Deshalb ist gerade im Hinblick auf die vom Gesetzgeber und der Rechtsprechung geforderten Wettbewerbsfreiheit eine Gesetzesinitiative, die hier ein Verbot verfolgt, einzustellen.¹⁴¹¹

B. Erfordernis einer Werberegulierung am Vorbild des Rundfunkstaatsvertrags

Anstelle eines absoluten Werbeblocker-Verbots könnte man an eine Regulierung von Werbung denken. Als Vorbild könnte der Rundfunkstaatsvertrag dienen, der insoweit Regelungen hinsichtlich Werbeform, Werbedauer und Werbeinhalt trifft. Eine derart weite Regulierung würde den Besonderheiten des Internets als Medienplattform allerdings nicht gerecht werden. Stattdessen könnten die Regeln sich auf eine Einschränkung der Art und Weise beziehen, wie die Werbenachricht übermittelt wird. Beispielfhaft könnte das Schalten von blinkenden Bannern, Interstitials und Pop-ups von einem Verbot erfasst sein.

Die gesetzliche Umsetzung könnte innerhalb eines neu geschaffenen Werbegesetzes erfolgen, das allumfassend mediale Werbung, also Fernseh- und Internetwerbung, reguliert. Das hinter dem Gesetz stehende Ziel müsste sein, einen Rechtsrahmen zu schaffen, der einen Interessenausgleich zwischen dem Interesse der Industrie an Werbung und dem Interesse der Bürger darstellt, nicht unzumutbar belästigt zu werden.

¹⁴¹¹ Vgl. hierzu *Kreutz*, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, S. 403 ff.

I. Vorteile einer Werberegulierung

Für die gesetzliche Ausgestaltung spricht, dass Rechtssicherheit geschaffen wird, indem detaillierte Regelungen aufgestellt werden, welche Werbeformen zulässig sind. Letztlich kann dies auch einen mittelbaren Effekt auf den Gebrauch von Werbeblockern haben. Wird der Gebrauch von Bildschirm überdeckenden Interstitials oder automatisch abspielenden Videos eingestellt, werden auch viele Nutzer davon Abstand nehmen, einen Werbeblocker einzusetzen.

II. Nachteile einer Werberegulierung

Gegen eine Intervention des Gesetzgebers spricht hingegen die damit verbundene Einschränkung der Meinungsfreiheit und Berufsfreiheit. Auch die Umsetzung solcher Regelungen steht vor Schwierigkeiten, da das Internet nicht auf Staatsgrenzen beschränkt ist. Des Weiteren würde die Gefahr bestehen, das Werberecht in zu feste Konturen zu gießen und damit dem progressiven Voranschreiten des Mediums entwicklungshemmend entgegenzustehen.

III. Keine Notwendigkeit gesetzlichen Einschreitens

Unabhängig davon, ob hier nun die Vorteile die Nachteile überwiegen, ist es bereits nicht geboten, dass der Gesetzgeber tätig wird. Denn so kann eine Pflicht zu einem gebotenen Einschreiten nur dann bejaht werden, wenn die Grundrechte als Schutzgebote an den Staat¹⁴¹² nicht hinreichend geschützt sind. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Die Interessen werden bereits durch den freien Markt jeweils hinreichend vertreten. Ein Einschreiten des Gesetzgebers ist insbesondere aus nachfolgenden Gründen nicht geboten:

1. Adblocker als Kompromiss

Dadurch, dass es Programme zur Abwehr von Werbung gibt, sind die Interessen der Nutzer hinreichend berücksichtigt. Indem Adblocker eine Whitelist vorhalten, wird auch ein Interessensausgleich für die Werbenden erreicht, indem Werbeanzeigen weiterhin möglich sind, diese jedoch Kriterien unterworfen werden, welche die Privatsphäre der Nutzer schützen und deren Selbstbestimmungsrecht stärken. Die Werbeindustrie ist dabei nicht gezwungen das Freischaltungsangebot wahrzunehmen. Dieses stellt lediglich eine von vielen Möglichkeiten dar, weiterhin mit den redaktionellen Inhalten wirtschaftlich tätig zu sein. Das Angebot von Adblockern ist daher die Antwort innovativer Unternehmen, die das Bedürfnis der Nutzer erkannt haben, sich gegen die ausufernde Werbelandschaft im Internet zu wehren. Mit Adblockern stehen Konsument und Werbender wieder auf einer Stufe, indem den Nutzern die Möglichkeit offensteht, die Menge und Art der Werbung, die auf ihre Bildschirme drängt, zu kontrollieren.

¹⁴¹² So insbesondere *Canaris*, AcP 184, 201 (223), vgl. erneut Teil II, Kapitel 3, § 1, A.

2. Privatwirtschaft setzt Anreize für verträglichere Werbeformen

Google hat ähnliche Pläne umgesetzt, indem seit 2018 in den Browser Chrome einen Adblocker integriert hat, der nur die Werbung zulässt, die gewisse Qualitätsstandards erfüllt.¹⁴¹³ Zudem nutzt Google¹⁴¹⁴ den Suchalgorithmus seiner Internetsuchmaschine, um Webseiten, die ihre Werbung dem Qualitätsstandard unterwerfen, im Ranking zu bevorzugen. Dem Suchmaschinennutzer sollen Inhalte präsentiert werden, die ihm insbesondere auf seinem Mobilgerät eine bessere Nutzererfahrung bieten. Dies schafft einen weiteren Anreiz für Medienunternehmen ihre Werbebotschaften zu optimieren.

¹⁴¹³ Beitrag „Coalition for Better Ads: Google Chrome filtert nervige Werbemittel raus“, abrufbar unter: <https://www.adzine.de/2018/02/coalition-for-better-ads-google-chrome-filtert-nervige-werbemittel-raus/>.

¹⁴¹⁴ Beitrag „Helping users easily access content on mobile“, abrufbar unter: <https://webmasters.googleblog.com/2016/08/helping-users-easily-access-content-on.html>.

Teil IV – Schlussbetrachtung

Teil IV dient der abschließenden Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse und dem Ausblick auf zukünftige Entwicklungen.

Kapitel 11 Zusammenfassende Darstellung

Der Interessenkonflikt zwischen den Werbeinteressen der Wirtschaft und den Gegeninteressen der Beworbenen umspannt sowohl wirtschaftlich als auch rechtlich ein großes Feld. Die Gesamtbranche der kommerziellen Kommunikation hatte im Jahr 2015 44,8 Milliarden Euro umgesetzt.¹⁴¹⁵ Gerade die hierdurch gekennzeichnete Durchdringung der Gesellschaft durch kommerzielle Interessen stellt umso mehr die Bedeutsamkeit hervor, dem Einzelnen eine praktische wie auch rechtliche Handhabe zu geben, sich der Werbewirkung zu entziehen. Bereits 1969 erkannte das BVerfG, dass

„dem Einzelnen um der freien und selbstverantwortlichen Entfaltung seiner Persönlichkeit willen ein ‚Innenraum‘ verbleiben muß, in dem er ‚sich selbst besitzt‘ und, in den er sich zurückziehen kann, zu dem die Umwelt keinen Zutritt hat, in dem man in Ruhe gelassen wird und ein Recht auf Einsamkeit genießt“¹⁴¹⁶.

Diese Schutzrichtung ist verfassungsrechtlich vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht mitumfasst. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die hiermit verbundenen Sphären stehen im Zusammenhang mit der Gewichtung des personalen Selbstbestimmungsrechts innerhalb einer Abwägung mit den Interessen der Werbeindustrie. Zumindest bei Eingriffen in die Privatsphäre gilt grundsätzlich, dass Formen der Direktwerbung, solange sie ohne Einwilligung des Werbeadressaten geschehen, persönlichkeitsverletzend sind. Direktwerbung erreicht den Beworbenen zumeist über seine privaten Kommunikationsgeräte wie Fax, Telefon oder E-Mail. Diesen Werbeträgern kommt ein besonderer Belästigungsgrad zu, der aus der Nähe zum Adressaten herührt, da auf diesen direkt individuell eingewirkt werden kann und aus dem Umstand, dass der Werbende räumlich in den Privatbereich eindringt, um seine Werbebotschaft zu übermitteln.

Dieser Fokus auf die Eigenart des benutzten Werbeträgers findet insbesondere dann Berücksichtigung, wenn es um die rechtliche Bewertung von medialen Werbeplattformen geht. Die Besonderheit hier ist das dahinterliegende Geschäftsmodell. Medienunternehmen nutzen die

¹⁴¹⁵ Beitrag „Werbeumsätze in Deutschland steigen auf 45 Milliarden Euro“, abrufbar unter: https://www.wuv.de/marketing/werbeumsaetze_in_deutschland_steigen_auf_45_milliarden_euro.

¹⁴¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 16. Juli.1969 – 1 BvL 19/63, Rn. 21, juris = NJW 1969, 1707 – Mikrozensus.

Aufmerksamkeit der Konsumenten, um durch vorher vermietete Werbeflächen Geld zu akquirieren. Obwohl der Beworbene auch hier zumeist ein privates Endgerät wie den Fernseher oder den Computer nutzt, ist der persönlichkeitsrechtliche Kontext ein anderer. Denn im Unterschied zur Direktwerbung steuert der Medienkonsument das Angebot des Medienunternehmens freiwillig an. Er öffnet sozusagen seinen geschützten Bereich dem Werbenden gegenüber. Allerdings sind auch hier der Werbung Grenzen gesetzt. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem Einzelnen das Ausweichen vor den Informationen unmöglich gemacht wird.

Obwohl der Konsument sich durch den Konsum redaktioneller Inhalte dem Werbenden gegenüber öffnet, kommt die Arbeit zu dem Ergebnis, dass dieser nichtsdestotrotz ihm zur Verfügung stehende Möglichkeiten nutzen darf, um Werbung auszuweichen. Zudem ist es auch Dritten erlaubt, ihm bei diesem Wunsch mit dem Angebot von Dienstleistungen unterstützend zur Seite zu stehen. Dies gebietet einerseits die Handlungsfreiheit und das personale Selbstbestimmungsrecht der Medienkonsumenten sowie die Berufsfreiheit der Dienstleistungsanbieter, andererseits aber auch die Tatsache, dass weder die Rundfunk- noch die Pressefreiheit dem Medienunternehmen das Recht zugestehen, dass der Nutzer zur Kenntnisnahme von Werbung gezwungen werden kann. Im Hinblick auf die zukünftige Stellung von modernen Kommunikationsmitteln und deren Durchdringung in immer mehr Lebensbereiche wäre der Werbewirtschaft Tür und Tor geöffnet, ihre Werbenachrichten an den Endnutzer zu übermitteln, wenn man dem Nutzer kein Recht auf Abwehrmaßnahmen zustehen würde. Aus diesen Erwägungen heraus sind die genannten Handlungen zulässig, solange Normen wie das Wettbewerbsrecht, das Urheberrecht oder das Kartellrecht keine Unzulässigkeit zur Folge haben. Dies ist bei Werbeblockern im Internet und im Fernsehen nicht gegeben, sodass diese dem Konsumenten eine legitime Abwehrmöglichkeit bieten.

§ 1 Ergebnisse Teil I

1. Die Einleitung hat gezeigt, dass Werbung nicht nur der Verkaufsförderung und kommunikativen Beeinflussung anderer Menschen dient, sondern gerade im Informationszeitalter einen wesentlichen Beitrag zur Finanzierung medialer Inhalte leistet.
2. Für die rechtliche Untersuchung ist Werbung dabei zwei Kategorien zuzuordnen. Dies ist einerseits Direktwerbung- und andererseits medienfinanzierende Werbung. Während Direktwerbung grundsätzlich zwischen zwei Parteien stattfindet – Werbender und Beworbener, erweitert sich das Spektrum der beteiligten Personen bei medienfinanzierender Werbung auf ein Vierergespann, bestehend aus Werbenden, Medienunternehmen, Beworbenen und evtl. Dritten, die dem Beworbenen eine Dienstleistung zur Werbeblockierung anbieten.

3. Beiden Werbekategorien lassen sich jeweils unterschiedliche Charakteristika zuordnen. Direktwerbung stellt die Individualität des Einzelnen in den Vordergrund. Sie wird üblicherweise aktiv in den Empfangsbereich des Beworbenen zugestellt ohne, dass dieser hierfür eine freiwillige Vorhandlung vorgenommen hat. Medienfinanzierende Werbung stellt hingegen zumeist Massenwerbung dar. Die Werbesuggestion wird hier auch im Gegensatz zur Direktwerbung durch ein Mitwirken des Beworbenen erzeugt. Der Werbende hält zumeist auf der Medienplattform eine Werbequelle bereit, die der Werbeadressat freiwillig zum Konsum redaktioneller Inhalte ansteuert.
4. Zwischen den Medienunternehmen und den Werbeadressaten besteht ein wachsendes Konfliktverhältnis, da viele Medienkonsumenten nicht mehr gewillt sind, ihre Aufmerksamkeit ungefragt gegen redaktionelle Inhalte einzutauschen.
5. Die Aufmerksamkeit der Werbeadressaten ist dabei als knappe Ressource zu verstehen. Indem Werbetreibende immer mehr Werbung schalten, wird die Aufmerksamkeit der Nutzer immer mehr gefordert, sodass Werbebotschaften steigend zur Belästigung werden. Auf Werbeplattformen finden sich deshalb seit einigen Jahren immer mehr Nutzer sogenannter Werbe- oder Adblocker.

§ 2 Ergebnisse Teil II

1. Die beteiligten Parteien haben unterschiedliche Interessen, welche unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Schutzbereichen unterfallen. Während die Werbenden, die Medienunternehmen und die Anbieter von Werbeblockern vorwiegend wirtschaftliche Interessen verfolgen, haben die Beworbenen ein Interesse an der Gewährleistung, für sie als unerwünscht deklarierte Werbung nicht wahrnehmen zu müssen.
2. Die Schaltung von Werbung ist vom Schutzbereich der Meinungsfreiheit, der Berufsfreiheit, sowie als wesentlicher Bestandteil der Presse- und Rundfunkstätigkeit von den Medienfreiheiten umfasst. Bezüglich der Schutzweite ist jedoch auszuführen, dass die Medienfreiheiten zwar eine Institutsgarantie enthalten, diese sich allerdings nicht auf den Erhalt eines bestimmten Geschäftsmodells erstreckt. Auch Medienunternehmen müssen sich den Herausforderungen des freien Marktes stellen.
3. Das Interesse am Schutz vor unerwünschter Werbung wird hinreichend durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen unterschiedlichen Ausformungen geschützt. Die Entwicklungsoffenheit des allgemeinen Persönlichkeitsrechts spricht dafür, dieses anderen Grundrechten wie der negativen Informationsfreiheit oder der Eigentumsfreiheit vorzuziehen.

4. Das Persönlichkeitsrecht in Form der personalen Selbstbestimmung ist nicht auf einen „Innenraum“ i. S. e. Ortes zu beschränken, sondern ist vielmehr so zu verstehen, dass es den Menschen stets sowohl in der Öffentlichkeit als auch im abgeschiedenen Privatbereich begleitet. Die äußeren Umstände bestimmen insoweit nur, welches Gewicht dem Recht in Relation zum Kommunikationsbegehren anderer beizumessen ist.
5. Der Anwendung der negativen Informationsfreiheit auf den Schutzanspruch vor unerwünschter Werbung ist entgegenzutreten. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist insoweit spezieller. Die negative Informationsfreiheit bietet hier zum Arbeitsthema keine weiteren Erkenntnisse. Der Schutzbereich beschränkt sich vielmehr auf den Schutz des Interesses, sich sachlich nicht informieren zu müssen, indem Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen ignoriert werden dürfen.
6. Auch auf europäischer Ebene sind die Interessen der beteiligten Parteien verfassungsrechtlich verankert. Im Sekundärrecht lässt sich die Wertung des EU-Gesetzgebers entnehmen, dass der Schutz des Bürgers vor Beeinträchtigungen durch Werbung durch die Mitgliedstaaten sichergestellt werden muss. Die Werbeinteressen werden der Privatsphäre des Einzelnen zumeist untergeordnet.

§ 3 Ergebnisse Teil III

1. Bei der rechtlichen Bewertung der Formen von Direktwerbung stehen sich Werbender und Beworbener gegenüber. Rechtlich sind die zuvor festgestellten Interessen auf lauterkeits- und zivilrechtlicher Ebene zu untersuchen.
2. Unadressierte Briefkastenwerbung greift in die Privatsphäre des Beworbenen ein. Aufgrund der leichten Opt-out-Möglichkeit und der Sozialadäquanz ist Briefkastenwerbung jedoch erst dann unlauter und persönlichkeitsverletzend, wenn geworben wird, obwohl der Werbeadressat zuvor ausdrücklich seinen Willen bekundet hat, keine Werbung erhalten zu wollen. Adressierte Briefwerbung ist hingegen mangels einfacher Opt-out-Möglichkeit von vornherein als unlauter und persönlichkeitsverletzend zu qualifizieren. Der Beworbene ist dabei grundsätzlich frei in der Reichweite seines Widerspruchs. Er kann sich explizit für und gegen bestimmte Werbebotschaften und Werbende aussprechen. Ist der Werbende nicht bereit diesem Wunsch nachzukommen, so muss er die Umwerbung desjenigen unterlassen.
3. Telefonwerbung stellt gemessen am Störpotential die intensivste und eindringlichste Werbeform dar. Werbemaßnahmen dieser Art betreffen die Privatsphäre. Werbende dürfen nur Telefonanrufe gegenüber Verbrauchern tätigen, wenn diese zuvor ausdrücklich in die Tele-

fonwerbung eingewilligt haben. Hierbei kann allerdings auch auf die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zurückgegriffen werden. Bei Telefonwerbung gegenüber Unternehmern liegt hingegen bereits bei dem Vorliegen einer mutmaßlichen Einwilligung eine zulässige Werbehandlung vor.

4. E-Mail-Werbung betrifft die Privatsphäre des Einzelnen und bedarf zur Zulässigkeit der vorherigen Einwilligung des Betroffenen. Die Einwilligungsvoraussetzungen unterliegen dabei den besonderen Anforderungen eines Double-Opt-Ins. Hier muss der Einwilligende vor Erhalt von E-Mail-Werbung zweimal seine Einwilligung erklären, einmal durch Ausfüllen des Online-Formulars und einmal durch Anklicken des zugesandten Links. Dem Beworbenen stehen Schutzmöglichkeiten wie Spamfilter, die Verwendung von Wegwerf-E-Mail-Adressen sowie eine generelle Verhaltensorientierung im Umgang mit persönlichen Daten zur Verfügung.
5. Ein Ansprechen in der Öffentlichkeit betrifft den Beworbenen in seiner Öffentlichkeitsphäre. Hieraus folgt, dass solange von einer Zulässigkeit auszugehen ist, wie der Werbende als solcher erkennbar ist, er keine grob belästigenden Methoden einsetzt und dem Einzelnen die Möglichkeit offengehalten wird, stets der Werbewirkung zu entkommen. Private Gegenstände, die in der Öffentlichkeit gebraucht werden (wie PKWs), dürfen vom Werbenden grundsätzlich nicht als Werbemedium missbraucht werden.
6. Haustürwerbung ist grundsätzlich zulässig. Dies beruht ähnlich wie Briefkastenwerbung auf dem Vorhandensein einer einfachen Opt-Out-Möglichkeit. Solange der Werbeadressat an seinem Klingelschild kein Sperrvermerk anbringt, auf dem ersichtlich ist, dass Haustürwerbung nicht erwünscht ist, bestehen sowohl delikts- wie auch wettbewerbsrechtlich keine Bedenken.
7. Kommerzielle Push-Mitteilungen auf Mobilfunktelefonen stehen unter dem Einwilligungsvorbehalt des Beworbenen. Die derzeit von den Betriebssystemen bereitgehaltenen Einwilligungsmöglichkeiten sind jedoch nicht hinreichend differenziert, auf das personale Selbstbestimmungsrecht der Werbeadressaten abgestimmt. Eine wirksame Einwilligung kann hierin nicht gesehen werden, sodass Push-Mitteilungen mit werbendem Inhalt in die Privatsphäre rechtswidrig eindringen.
8. Der Schutz vor in Medieninhalten enthaltener Werbung ist auf persönlichkeitsrechtlicher Ebene mit dem Schutzanspruch innerhalb der Öffentlichkeitsphäre gleichzusetzen. Dies hat zur Folge, dass Internetwerbung in Form von Werbebannern, Interstitials etc. und Fernsehwerbung in Form von Spotwerbung etc. keine Persönlichkeitsverletzung darstellen, solange dem Einzelnen zumutbare Ausweichmöglichkeiten bereitstehen.

9. Die Verwendung von Internet-Werbeblockern durch Internetnutzer ist grundsätzlich zulässig. Bei der Beurteilung ist insbesondere auf die technischen Besonderheiten des Internets und die Funktionsweise von Werbeblockern abzustellen. Dem Browser kommt hier insbesondere eine Sonderstellung in der Sphäre des Internetnutzers zu, da dieser als Art Torwächter zwischen auf Server liegenden öffentlichen Inhalten und den privaten Daten auf dem Endgerät des Einzelnen agiert.
10. Bei der generellen rechtlichen Beurteilung des Anbietens und Verbreitens von Werbeblockern im Internet ist zwischen den verschiedenen Formen zu differenzieren. So existieren vollständige und differenzierende Werbeblocker. Vollständige Werbeblocker setzen sich aus dem Adblocker und einer dazugehörigen Blacklist zusammen, die Filterbefehle bezüglich Werberessourcen enthält. Differenzierende Werbeblocker haben zusätzlich noch eine Whitelist, die die Internetseiten und Werbeverweise enthält, auf und bei denen keine Werbung blockiert werden soll. Darüber hinaus unterscheidet man noch zwischen dem entgeltlichen und kostenlosen Vertrieb von Werbeblockern und dem Anbieten von Werbeblockern, die für den Endkunden zwar kostenlos bereitgestellt werden, den Medienunternehmen allerdings die Möglichkeit gegeben wird, gegen Zahlung eines Entgelts und einer Anpassung der geschalteten Werbung auf die Whitelist zu kommen.
11. Der kostenlose Vertrieb von Werbeblockern stellt keine geschäftliche Handlung im Sinne des Lauterkeitsrechts dar. Der Vertrieb eines entgeltpflichtigen und eines differenzierenden Adblockers, der über die Whitelist Einnahmen erzielt, stellt eine geschäftliche Handlung dar.
12. Ein Mitbewerberverhältnis gem. § 4 Nr. 4 UWG ist gegeben. Die erforderliche kausale Korrelation zwischen Vor- und Nachteil der betroffenen Mitbewerber liegt vor. Bei der vollständigen Werbeblockierung wenden sich sowohl die Vertreiber der Blockersoftware als auch die Medienunternehmen an die Internetnutzer in entgegengesetzter Wirkrichtung. Bei differenzierenden Werbeblockern gilt insoweit nichts anderes. Das Anbieten eines differenzierenden Werbeblockers stellt ein einheitlich aufeinander aufbauendes Geschäftsmodell dar, dass wie ein vollständiger Werbeblocker zur Folge hat, dass die Medienunternehmen nicht mehr alle Konsumenten erreichen können. Die Freischaltungsmöglichkeit über die Whitelist ändert hieran nichts.
13. Eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern durch das Anbieten eines Werbeblockers scheidet aus. Es liegt weder eine Verdrängungsabsicht vor noch besteht eine unangemessene Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten. Auch innerhalb einer Interessenabwägung ergibt sich insoweit nichts anderes.

14. Ein Adblocker erlaubt dem Nutzer nur eine Funktion, die sich die technische Eigenheit des Internets zum Vorteil macht. Dem Internetprotokoll HTTP verpflichtet den Nutzer nicht dazu bestimmte Ressourcen herunterzuladen. Stattdessen bietet es die Möglichkeit, gezielt einzelne Ressourcen anzufragen, sodass Werbung grundsätzlich nicht angefragt werden muss.
15. Eine Internetseite ist grundsätzlich kein schutzwürdiges integrales Gesamtprodukt. Solange der Seitenbetreiber keine Eigeninitiative ergreift, um die grundsätzliche Offenheit des Internets zu beseitigen und so seinem Willen Ausdruck zu verleihen, dass er seine Inhalte nur unter der Bedingung der gleichzeitigen Anzeige von Werbung über das HTTP-Protokoll übermitteln möchte, ist er nicht schutzwürdig. Hierzu kann er sich technischer Mittel als Schutzvorkehrung bedienen.
16. Eine allgemeine Marktbehinderung scheidet aus. Es sind weder existenzbedrohende Einnahmeeinbußen ersichtlich noch schützt das Wettbewerbsrecht die Marktteilnehmer in ihrem Besitzstand und dem Erhalt des Kundenstamms.
17. Das Angebot eines differenzierenden Werbeblockers stellt weder eine gezielte Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) noch eine aggressive geschäftliche Handlung (§ 4a UWG) dar. Der Anwendungsbereich von § 4a UWG ist bereits nicht eröffnet, da die Beteiligten als Mitbewerber zu qualifizieren sind. Darüber hinaus mangelt es am Vorliegen einer aggressiven geschäftlichen Handlung.
18. Im Vertrieb eines Adblockers ist auch kein Eingriff in eine fremde Vertragsbeziehung zu sehen, denn Werbeblocker greifen nicht unmittelbar den Vertragsgegenstand zwischen Medienunternehmen und Werbenden an, indem sie Nutzern eine Möglichkeit bieten, bestimmte Werberessourcen nicht herunterzuladen.
19. Die Adblock-Vertreiber verleiten die Nutzer auch nicht zum Vertragsbruch. Zwischen den Medienunternehmen und den Internetbesuchern kommt es bereits nicht zum Vertragsabschluss, indem die Inhalte auf der Internetseite lediglich angesteuert und benutzt werden.
20. Auch ein Verleiten zur Verletzung des virtuellen Hausrechts scheidet aus. Es ist bereits nicht davon auszugehen, dass ein solches notwendigerweise aus den eigentumsrechtlichen Vorschriften herzuleiten ist. Zumindest kann es nicht so weit reichen, dass Nutzern entgegen der Offenheit des Internets vorgeschrieben wird, wie sie innerhalb ihres Browsers die Seite zu betrachten haben. Den Interessen eines Seitenbetreibers wird nachgekommen, indem ihm technische Schutzmöglichkeiten zur Seite stehen, die er zur Durchsetzung seines Willens einsetzen kann.

21. Eine urheberrechtliche Verletzung durch Adblocker scheidet aus. Zwar können Werbeinhalte Werkscharakter im Sinne des UrhG besitzen, dies scheidet für eine Webseite als integrales Gesamtwerk allerdings grundsätzlich aus. Auch das Blockieren und Nichtanzeigen von Werbenachrichten hat keine urheberrechtliche Eingriffsqualität.
22. Kostenlose Adblocker, die nicht als geschäftliche Handlung angeboten oder vertrieben werden, verstoßen weder gegen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb noch stellen diese eine sittenwidrige vorsätzliche Schädigung dar.
23. Kartellrechtliche Verstöße scheiden im Zusammenhang mit differenzierenden Adblockern aus. Es liegt weder eine Marktmacht der Adblock-Betreiber auf dem Markt des Zugangs zu Internetnutzern vor noch würde diese bei Vorliegen missbräuchlich ausgenutzt werden.
24. Werbeblocker, die Telekommunikationsunternehmen auf Netzwerkebene einsetzen, verstoßen gegen das Lauterkeitsrecht und die Netzneutralität. Der Verstoß richtet sich nach § 4 Nr. 4 UWG und § 3a UWG i. V. m. Art. 3 Abs. 3 der Single-Market-Verordnung.
25. Fernseh-Werbeblocker verstoßen nicht gegen geltendes Recht. Eine Automatisierung des Umschaltvorgangs setzt an der Funktionsfähigkeit des Fernsehens an und ermöglicht dem Fernsehzuschauer nur eine komfortablere Benutzung seines Fernsehgeräts. Es handelt sich deshalb um wettbewerbseigene Maßnahmen. Die Rundfunkfreiheit kann nicht dazu führen, dass der Werbeadressat die Werbung auch wahrnimmt.
26. Medienunternehmen stehen eine Vielzahl an Gegenmaßnahmen gegen die Adblock-Nutzung zur Verfügung. Es besteht die Möglichkeit technische Sperren zu errichten, indem Anti-Adblocker oder Adblock-Blocker verwendet werden. Zudem können inhaltliche Anpassungen vorgenommen werden, sodass nur noch Werbung ausgeliefert wird, die zum derzeitigen Zeitpunkt nicht blockierbar ist. Des Weiteren besteht auch die Möglichkeit, ein anderes Geschäftsmodell als die Werbefinanzierung zu wählen.
27. Zudem kann auch ein Nutzungsvertrag mit dem Seitenbesucher geschlossen werden. Dieser unterliegt dabei keinen anderen Anforderungen wie Verträge im physischen Bereich. Ein digitaler Nutzungsvertrag setzt somit ein Angebot und eine wirksame Annahme voraus. Letztere liegt dabei erst dann vor, wenn der Annehmende nur nach einer ausdrücklichen Erklärung die Inhalte des Anbietenden nutzen kann. Es muss sich hierbei um eine individualvertragliche Vereinbarung handeln.
28. Technische Vorrichtungen, die darauf abzielen einzeln geschützte Werke nur dann anzuzeigen, wenn hiervon losgelöst auch etwaige Werbeformen angezeigt werden, sind vom Schutzzweck des § 95a UrhG nicht erfasst.

29. Ein gesetzliches Einschreiten durch den Gesetzgeber im Hinblick auf die Werbeblockierung ist nicht geboten. Stattdessen sind Medienunternehmen auf die ihnen gegebenen Möglichkeiten zu verweisen. Ein Verbot der Werbeblocker ist nicht in Einklang mit den Grundrechten der Internetnutzer zu bringen.

Kapitel 12 Ausblick

Die Arbeit zeigt, dass der Einzelne in Deutschland und der EU ein hohes Schutzniveau vor Werbung genießt. Hieran wird in Zukunft wohl auch festgehalten. Durch die anstehenden Veränderungen, welche die Datenschutzgrundverordnung und die ePrivacy-Verordnung herbeigeführt haben und werden, wird die Selbstbestimmung des Einzelnen im digitalen Raum weiter gestärkt. Der Browser des Nutzers soll dabei ein Werkzeug darstellen, mit dessen Hilfe der Werbewirtschaft bei der Verwendung personenbezogener Daten ohne vorherige Einwilligung Einhaltung geboten wird. Das sogenannte Privacy-by-Design führt dazu, dass Browser-Hersteller technische Voreinstellungen bereithalten müssen, die es Nutzern massentauglich ermöglicht, ihre Einwilligung in die Nutzung ihrer Daten zu erklären. Der Einsatz individualisierter Werbung, der ohne Zweifel datenschutzrechtliche Relevanz hat, wird zum Schutz der Nutzer folglich stark eingeschränkt.

Des Weiteren ist auch von einer stärkeren Werbeblocker-Verbreitung auszugehen. Dies kann weitreichende Folgen für die zukünftige Entwicklung des Internets haben. In der Betriebswirtschaftslehre findet man gelegentlich den Begriff der „disruptiven Technologie“. Hierunter versteht man Innovationen, die eine bestehende Technologie, ein bestehendes Produkt oder eine bestehende Dienstleistung potentiell vollständig verdrängen können.¹⁴¹⁷ Bei der Werbeblockierung kann es sich um eine solche Technologie zu Lasten des alt gedienten Geschäfts mit der Werbung handeln. Wie eingangs zur historischen Entwicklung von Werbung gezeigt, hat sich Werbung als Finanzmotor auf Medienplattformen gegen die Zahlung eines Entgelts vor der Jahrtausendwende durchgesetzt. Dies wird sich, wie die aktuellen Werbeumsatzzahlen belegen, in naher Zukunft vorerst auch nicht ändern. Allerdings wird die Verbreitung von Werbeblockern dazu führen, dass die Medienunternehmen notwendige Anpassungen treffen müssen.

Die Werbeblockierung auf medialen Plattformen ähnelt dabei der Musikpiraterie um die Jahrtausendwende. Die Möglichkeit des illegalen Herunterladens von digitalen Inhalten bedrohte die Industrie in wirtschaftlich zuvor nicht gesehener Weise. Die Musikpiraterie hatte eine so

¹⁴¹⁷ Artikel „Disruptive Technologie“ auf wikipedia.org, abrufbar unter: https://de.wikipedia.org/wiki/Disruptive_Technologie; Beitrag „Disruptive Technologien“, abrufbar unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/disruptive-technologien.html>.

gravierende Auswirkung, dass die gesamte Branche umdenken musste. Während Umsatzträger zuvor Platten- und CD-Verkäufe waren, wird heute der Weg über andere Vertriebswege wie dem Musik-Streaming, Konzerten und Merchandising beschritten. Die Möglichkeit unbegrenzt Millionen von kommerziellen Musiktiteln mittels Streaming-Plattformen werbefinanziert und somit entgeltlos oder gegen eine monatliche Zahlung zu hören, wäre um die Jahrtausendwende undenkbar gewesen. Gerade dieses Geschäftsmodell war 2016 jedoch für 51 % des Umsatzes der Musikindustrie in den USA verantwortlich.¹⁴¹⁸ Ob das Adblocking ähnliche Folgen für Medienunternehmen haben wird, ist ungewiss. Es zeigen sich zumindest bereits erste Anzeichen hierfür. So geht der Trend weg von Werbemitteln, die einer strikten Trennung von Werbung und redaktionellem Inhalt unterliegen, hin zu Formen des „Native Advertisings“, der Werbung über soziale Netzwerke mittels beehrter Personen des öffentlichen Lebens, aber auch in Richtung entgeltlicher Geschäftsmodelle.

Die ersten Erfolge des entgeltlichen Geschäftsmodells im Internet zeichnen sich dabei bereits ab. Medienunternehmen wie die New York Times, Bild, Netflix und DAZN machen es mit ihren Geschäftsmodellen vor und zeigen, dass die Finanzierung redaktioneller Inhalte nicht allein über die Aufmerksamkeit und der damit verbundenen Rezeption und Belästigung durch Werbung erreichbar ist. Die Kostenloskultur wird möglicherweise in naher Zukunft umdenken und erkennen müssen, dass Inhalte wie Spiele, Nachrichten und Lieder nicht mehr über den Gebrauch inflationärer Werbung zu finanzieren sind. Solche Entwicklungen brauchen Zeit, doch der Umbruch hat schon begonnen. Und am Ende besteht die Hoffnung, dass alle Beteiligten profitieren. Die Medienunternehmen gewinnen, indem sie unabhängig von Interessen der Werbewirtschaft Qualitätsjournalismus betreiben können und die Nutzer, indem sie nicht mehr durch Werbung belästigt werden.

¹⁴¹⁸ Beitrag „The Streaming Revolution“, abrufbar unter: <https://www.bloomberg.com/quicktake/the-streaming-revolution>; Beitrag „News and Notes on 2016 RIAA“, abrufbar unter: <http://www.riaa.com/wp-content/uploads/2017/03/RIAA-2016-Year-End-News-Notes.pdf>.

Literaturverzeichnis

- Ahlberg, H., Götting, H.-P. (Hrsg.), BeckOK Urheberrecht, 18. Edition, München 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: BeckOKUrheberrecht.
- Ahrens, A., Richter, H., Fingierte Belobigungen im Internet – Eine lauterkeits- und vertragsrechtliche Analyse am Beispiel von Hotelbewertungsportalen, WRP 2011, 814 – 826.
- Apel, J., Steden, R., Urheberrechtsverletzungen durch Werbeblocker im Internet?, WRP 2001, 112 – 117.
- Auer-Reinsdorff, A., Conrad, I. (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Auflage, München 2016.
- Ausschuss für Definitionen zu Handel und Distribution (Hrsg.), Katalog E: Definitionen zu Handel und Distribution, Universität Köln Institut für Handelsforschung, 2006.
- Baaken, T., Kesting, T., Kliewe, T., Pörner, R. (Hrsg.), Business-to-Business-Kommunikation: neue Entwicklungen im B-to-B-Marketing, 2012, zitiert als: Baaken et Al., Business-to-Business-Kommunikation.
- Bahlmann, B., Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Kontrolle unverlangt zugesandter Emailwerbung: internationale Regelungen und alternative Lösungsmöglichkeiten, Hamburg 2004, zitiert als: Bahlmann, Möglichkeiten und Grenzen der rechtlichen Kontrolle unverlangt zugesandter Emailwerbung.
- Bamberger, H.G., Roth, H., Poseck, R. (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, 43. Edition, München 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: BeckOKBGB.
- Barbacovi, T. (2017). Blocking Ad Blockers, 16 J. Marshall Rev. Intell. Prop. L. 272 (2017). The John Marshall Review of Intellectual Property Law, 16(2), 5.
- Baston-Vogt, M., Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997, zitiert als: Baston-Vogt, Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts.
- Bechtolf, H.L., Vogt, N., Zur Zulässigkeit von AdBlock-Detektoren vor dem Hintergrund der E-Privacy-Richtlinie, K&R 2016, 445 – 449.
- Becker, F., Becker, M., Zur rechtlichen Zulässigkeit von AdBlockern, GRUR-Prax 2015, 245 – 268.
- Behrens, K.C., Absatzwerbung, 2. Auflage, Wiesbaden 1976.
- Benway, J. P., & Lane, D. M. (1998). Banner blindness: Web searchers often miss “obvious” links. Itg Newsletter, 1(3), 1 – 22.
- Berger, C., Der Schutz elektronischer Datenbanken nach der EG-Richtlinie vom 11. 3. 1996, GRUR 1997, 169 – 179.
- Bethge, H., Detterbeck, S., Rozek, J., Coelln, C. von (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit: Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Schriften zum öffentlichen Recht, Berlin 2009, zitiert als: Bearbeiter, in: FS Bethge.
- Böhm, S., Unerlaubte Telefonwerbung im geschäftlichen Bereich, MMR 1999, 643 – 648.
- Bornkamm, J., Seichter, D., Das Internet im Spiegel des UWG – Grenzwerte für die lautere Nutzung eines neuen Mediums, C&R 2005 747 – 753.
- Burke, M., Hornof, A., Nilsen, E., & Gorman, N. (2005). High-cost banner blindness: Ads increase perceived workload, hinder visual search, and are forgotten. ACM Transactions on Computer-Human Interaction (TOCHI), 12(4), 423 – 445.

- Burmeister, J., Belästigung als Wettbewerbsverstoß, Münchener Universitätschriften Reihe der Juristischen Fakultät, München 2006, zitiert als: Burmeister, Belästigung als Wettbewerbsverstoß.
- Butler, I. C. (2016). The Ethical and Legal Implications of Ad-Blocking Software. *Conn. L. Rev.*, 49, 689.
- Calliess, C., Ruffert, M., EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta: Kommentar, 5. Auflage, München 2016, zitiert als: Bearbeiter, in: Callies/Ruffert.
- Calliess, C., Werbung, Moral und Europäische Menschenrechtskonvention, *AfP* 2000, 248.
- Canaris, C.-W., Grundrechte und Privatrecht, *AcP* 184 (1984), 201 – 246.
- Canaris, C.-W., Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz, Berlin 1999.
- Castendyk/Böttcher, Ein neuer Rundfunkbegriff für Deutschland? – Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste und der deutsche Rundfunkbegriff, *MMR* 2008, 13 – 18.
- Czernik, I., Belästigung bei Pop-Up-Werbung, *MMR* 2014, 45 – 46.
- Dauner-Lieb, B., Heidel, T., Ring, G., Nomos Kommentar, BGB, Band 1, 3. Auflage, Baden-Baden 2016.
- Degenhart, C., Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art 2 I iV mit Art 1 I GG, *JuS* 1992, 361.
- Deutsch, A., Werblocker verletzt keine Rechte der Website-Betreiber, *GRUR-Prax* 2015, 249 – 251.
- di Fabio, U., Werblocker im Lichte des Verfassungsrechts, *MMR* 2016 Beilage 1.
- Dietrich, C., Rechtsfragen zur E-Mail-Werbung: Wann ist Werbung zulässig und wie wird ein Unterlassungsantrag formuliert?, *GWR* 2012, 102 – 105.
- Dittmar, J. F., Grundlagen der Medienwissenschaft, Band 8, Berlin 2009.
- Dreier, H. (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, Band I, Artikel 1-19, 3. Auflage, Tübingen 2013, zitiert als: Bearbeiter, in: Dreier.
- Dreyer, G., Konvergenz oder Divergenz – Der deutsche und der europäische Mitbewerberbegriff im Wettbewerbsrecht, *GRUR* 2008, 123 – 130.
- Duhigg, C., Die Macht der Gewohnheit: warum wir tun, was wir tun, 1. Auflage, Berlin 2012, zitiert als: Duhigg, Macht der Gewohnheit.
- Eckhardt, J., Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation Auswirkungen auf Werbung mittels elektronischer Post, *MMR* 2003, 557 – 562.
- Eichmann, H., Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbepaxis, *GRUR* 1964, 57 – 68.
- Engels, S., AdBlocker auf dem Prüfstand, *GRUR-Prax* 2015, 338 – 340.
- Engels, S., Stulz-Hernnstadt, M., Aktuelle Rechtsfragen des Direktmarketings nach der UWG-Reform, *WRP* 2005, 1218 – 1229.
- Epping, V., Hillgruber, C (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 34. Edition, München 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: BeckOKGG.
- Erman, W., Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG. Band 2: §§ 762 – 2385, ProdHaftG, ErbbauRG, VersAusglG, VbVG, LPartG, WEG, EGBGB, 15. Auflage, Köln 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: Erman.
- Ernst, S., Zum Vorrang der Gewerbefreiheit der einen Werblocker vertreibenden Firma, *ZUM* 2004, 755 – 756.

- Eser, A., Schönke, A., Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Auflage, München 2014, zitiert als: Bearbeiter, in: Schönke/Schröder.
- Faßbender, K., Der grundrechtliche Schutz der Werbefreiheit in Deutschland und Europa, GRUR Int 2006, 965 – 978.
- Fenchel, J., Negative Informationsfreiheit: zugleich ein Beitrag zur negativen Grundrechtsfreiheit, Schriften zum Recht des Informationsverkehrs und der Informationstechnik, Berlin 1997, zitiert als: Fenchel, Negative Informationsfreiheit.
- Fezer, K.-H., Telefonmarketing im b2c- und b2b-Geschäftsverkehr, WRP 2010, 1075 – 1094.
- Fezer, K.-H., Büscher, W., Obergfell, E., Band 1 Internationales Lauterkeitsrecht, Lauterkeitsrechtliche Spezialthemen Geschichte – Systematik – Grundlagen §§ 1 – 3 UWG Grundlagen, 3. Auflage, München 2016.
- Fikentscher, h c W., München, Möllers, T.M.J., Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunst darbietung, NJW 1998 1337 – 1344.
- Fischer, P., Hofer, P., Lexikon der Informatik, 15. Auflage, Berlin Heidelberg 2011.
- Fischer, T. E., Unternehmenskommunikation und Neue Medien Das neue Medium Weblogs und seine Bedeutung für die Public-Relations-Arbeit, Wiesbaden 2006, zitiert als Fischer, Unternehmenskommunikation und Neue Medien.
- Franck, G., Ökonomie der Aufmerksamkeit: ein Entwurf, München 2007, zitiert als: Franck, Ökonomie der Aufmerksamkeit.
- Franck, J., Müller-Peltzer, P., Wettbewerbs- und datenschutzrechtliche Grenzen des Location Based Marketing mittels Geofencing, K&R 2016, 718 – 724.
- Freund, S., Der persönlichkeitsrechtliche Schutz des Werbeadressaten, BB 1986, 409 – 415.
- Fritzsche, J., Zulässigkeit des Ver- und Betriebs von Fernseh-Werbeblockern, LMK 2004 192 – 194.
- Frömming, J., Die Einwilligung im Medienrecht, NJW 1996, 958 – 962.
- Frosch-Wilke, D., Raith, D. (Hrsg.), Marketing-Kommunikation im Internet: Theorie, Methoden und Praxisbeispiele vom One-to-One bis zum Viral Marketing, Berlin 2013, zitiert als: Frosch-Wilke/Raith, Marketing-Kommunikation im Internet.
- Funk, A., Zeifang, G., TV-Werbeblocker sind nicht wettbewerbswidrig, MMR 2004, 665 – 666.
- Geppert, M., Schütz, R., (Hrsg.), Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage, München 2013, zitiert als: Bearbeiter, in: BeckTKG.
- Gersdorf, H., Paal, B.P. (Hrsg.), Informations- und Medienrecht: GRC, EMRK, GG, RStV, BGB, IFG, VIG, GWB, TKG, TMG; Kommentar, 16. Edition, München 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: Gersdorf/Paal, BeckOKInfoMedienR.
- Gloy, W. (Begr.), Loschelder, M., Erdmann, W. (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Auflage, München 2010, zitiert als: Bearbeiter, in: Gloy/Loschelder/Erdmann, Hdb-Wettbewerbsrecht.
- Gomille, C., Die Verteidigung gegen unerwünschte Werbung, GRUR 2017, 241 – 248.
- Götting, H.-P., Nordemann, A. (Hrsg.), UWG: Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Bearbeiter, in Götting/Nordemann.
- Götzfried, E., Das Recht nicht zuhören zu müssen, NJW 1963, 1961 – 1963.
- Gramsch, M., Individualbehinderung (§ 4 Nr. 10) durch Kennzeichenrechte, Europäische Hochschulschriften. Reihe II, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 2010, zitiert als:

- Gramsch, Individualbehinderung durch Kennzeichenrechte.
- Grenzer, M., EU-Kommission: Richtlinie für audiovisuelle Medien und Online-Plattformen, C&R 2016, R77 – R78.
- Groeben, H. von der, Schwarze, J., Hatje, A. (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht: Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 7. Auflage, Baden-Baden 2015, zitiert als: Bearbeiter, in: Groeben/Schwarze/Hatje.
- Haller, A., Dissens als kommunikatives Instrument: Theorie der intendierten Selbstkandalisierung in der politischen Kommunikation, Bamberger Beiträge zur Kommunikationswissenschaft, Bamberg 2013, zitiert als: Haller, Dissens als kommunikatives Instrument.
- Harte-Bavendamm, H., Henning-Bodewig, F. (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG): mit Preisangabenverordnung: Kommentar, 3. Auflage, München 2013, zitiert als: Bearbeiter, in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig.
- Härting, N., Internetrecht, 5. Auflage, Otto Schmidt, Köln 2014.
- Heckmann, D. (Hrsg.), juris PraxisKommentar Internetrecht, Telemediengesetz, E-Commerce, E-Government, 5. Auflage, Saarbrücken 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: jurisPK-Internetrecht.
- Heermann, P., Schlingloff, J. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 1: Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Internationales Wettbewerbs- und Wettbewerbsverfahrensrecht, das Unionsrecht und die UGP-Richtlinie, Vorabentscheidungsverfahren §§ 1 – 4 UWG, 2. Auflage, München 2014, zitiert als Bearbeiter, in: MüKoLauterkeitsR.
- Heermann, P., Schlingloff, J. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band 2: §§ 5-20 UWG, 2. Auflage, München 2014, zitiert als: Bearbeiter, in: MüKoLauterkeitsR.
- Heermann, P.W., Manipulierte Produktbewertungen im Lichte des Lauterkeitsrechts, WRP 2014, 509 – 517.
- Hellermann, J., Die sogenannte negative Seite der Freiheitsrechte, Berlin 1993, zitiert als: Hellermann, Negative Seite der Freiheitsrechte.
- Hemmer, J. L. (2005). The Internet Advertising Battle: Copyright Laws Use to Stop the Use of Ad-Blocking Software. *Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L.*, 24, 479.
- Henning-Bodewig, F., Die Trennung von Werbung und Programm im deutschen und europäischen Rundfunk- und Wettbewerbsrecht, GRUR-Int. 1987, 538 – 550.
- Herberger, M., Martinek, M., Rüssmann, H., Weth, S., Würdinger, M.(Hrsg.), juris Praxis-kommentar BGB Gesamtausgabe (Online-Kommentar), 8. Auflage, Saarbrücken 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: jurisPK-BGB.
- Herrmann, V., Schwarz, C., Riegel vor: Im Internet ohne Werbung surfen? Zur rechtlichen Bewertung von Werbeblockern, K&R 2015, 622 – 625.
- Hertin, P.-W., Schertz, C., Omsels, H.-J. (Eds.), Festschrift für Paul W. Hertin zum 60. Geburtstag am 15. November 2000, München 2000, zitiert als: Bearbeiter, in: FS Hertin.
- Hervet, G., Guérard, K., Tremblay, S., & Chtourou, M. S. (2011). Is banner blindness genuine? Eye tracking internet text advertising. *Applied cognitive psychology*, 25(5), 708 – 716.
- Heutz, Freiwild Internetdesign? Urheber- und geschmacksmusterrechtlicher Schutz der Gestaltung von Internetseiten, MMR 2005, 567 – 572.

- Hoeren, T., Sieber, U., Holznagel, B. (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 45. EL, München 2017, zitiert als: Bearbeiter in: Hoeren/Sieber/Holznagel, MMR-HdB.
- Hoeren, T., Virenscreening und Spamfilter - Rechtliche Möglichkeiten im Kampf gegen Viren, Spams & Co., NJW 2004, 3513 – 3517.
- Hoeren, T., Werberechtliche Grenzen des Einsatzes von Adblockern - am Beispiel von „Adblock Plus“, K&R 2013, 757 – 762.
- Hoffmann, H., Die Entwicklung des Internet-Rechts bis Mitte 2007, NJW 2007, 2594 – 2599.
- Holland, H., Direktmarketing: Im Dialog mit dem Kunden, München 2011.
- Holzgraefe, M., Bühne frei für Product Placement – Werden die neuen Werberichtlinien der Landesmedienanstalten dem RStV gerecht?, MMR 2011, 221 – 226.
- Hömig, D., Wolff, H.A. (Hrsg.), Grundgesetz Handkommentar, 11. Auflage, Baden Baden 2016.
- Ipsen, J., Staatsrecht II, 21. Auflage, München 2018.
- Isele, J.-F., Telefonwerbung: Was ist (noch) erlaubt?, GRUR-Prax 2011, 463.
- Isensee, J., Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 3. Auflage, Heidelberg 2009, zitiert als: Bearbeiter, in: Isensee/Kirchhof, HdBSTr.
- Janal, R., Lauterkeitsrechtliche Betrachtungen zum Affiliate-Marketing, CR 2009, 317 – 323.
- Jarass, H.D., Charta der Grundrechte der Europäischen Union: unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK: Kommentar, 3. Auflage, München 2016, zitiert als: Jarass, EU-GRCharta.
- Jarass, H.D., Pieroth, B., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, 14. Auflage, München 2016, zitiert als Bearbeiter, in: Jarass/Pieroth.
- Jutzi, S., Informationsfreiheit und Rundfunkgebührenpflicht, NVwZ 2008, 603 – 608.
- Kahl, W., Waldhoff, C., Walter, C. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Ordner 2 Art. 4 – 6 III, 123. Aktualisierung, Heidelberg 2006, zitiert als: Bearbeiter, in: BK-GG.
- Karremans, J. C., Stroebe, W., & Claus, J. (2006). Beyond Vicary's fantasies: The impact of subliminal priming and brand choice. *Journal of Experimental Social Psychology*, 42(6), 792 – 798.
- Karstens, E., Schütte, J., Praxishandbuch Fernsehen: wie TV-Sender arbeiten, 3. Auflage, Wiesbaden 2013, zitiert als: Karstens/Schütte, Praxishandbuch Fernsehen.
- Kibele, B., Multimedia im Fernsehen: die gesetzlichen Grundlagen audiovisueller Informations- und Kommunikationsdienste auf der Basis des deutschen und europäischen Medienrechts, Information und Recht, München 2001, zitiert als: Kibele, Multimedia im Fernsehen.
- Kiersch, P., Adblocking im Internet und seine lauterkeitsrechtliche Bewertung, Köln 2018.
- Kiersch, P., Kassel, P., Anti-Adblock-Sperren als wirksame technische Maßnahmen gem. § 95a UrhG, CR 2017, 242 – 247.
- Knickenberg, D., Programmfreiheit contra Sponsoring, Lohmar 1999.
- Koch, F. A., Grundlagen des Urheberrechtsschutz im Internet und in Online-Diensten, GRUR 1997, 417 – 430.

- Köhler, H., Bornkamm, J., Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Preisangabenverordnung, Unterlassungsklagengesetz, Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung, 35. Auflage, Beck'sche Kurz-Kommentare, München 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: Köhler/Bornkamm.
- Köhler, H., Funktion und Anwendungsbereich des Mitbewerberbegriffs im UWG, GRUR 2019, 123 – 129.
- Köhler, H., Internet-Werbeblocker als Geschäftsmodell, WRP 2014, 1017 – 1023.
- Köhler, H., Der „Mitbewerber“, WRP 2009, 499 – 508.
- Köppen, O.M.H., Das Grundrecht der Informationsfreiheit unter besonderer Berücksichtigung der neuen Medien, 1. Auflage, Lohmar 2004, zitiert als: Köppen: Das Grundrecht der Informationsfreiheit.
- Kresse, H., Wirtschaftswerbung und Art. 5 Grundgesetz (GG), WRP 1985, 536 – 542.
- Kreutz, O., 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, Online-Angebote und Werbeblockersoftware.
- Kreutz, O., Technische Umgehung von Werbeblocker-Software durch Webseitenbetreiber – Rechtlich zulässige Abwehrreaktion oder wettbewerbsrechtlich bedenkliche Nutzerbevormundung?, MMR 2016, 364 – 369.
- Kreutz, O., Wiebe, A., Native Advertising – Alter Wein in neuen Schläuchen? (Teil 1), WRP 2015, 1053 – 1060.
- Kreutz, O., Wiebe, A., Native Advertising – Alter Wein in neuen Schläuchen? (Teil 2), WRP 2015, 1179 – 1187.
- Kreutz, O., Der Webseitennutzungsvertrag – Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft?, ZUM 2018, 162 – 168.
- Krieg, H., Roggenkamp, J.D., Astroturfing - rechtliche Probleme bei gefälschten Kundenbewertungen im Internet, K&R 2010, 689 – 694.
- Krüger-Nieland, G., Persönlichkeitsschutz im Wettbewerbsrecht, GRUR 1974, 561 – 565.
- Kugelmann, D., Der Schutz privater Individualkommunikation nach der EMRK, EuGRZ 2003, 16.
- Kühl, K., Lackner, K. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Auflage, München 2014.
- Kuhlmann, S., Regulierungspflicht von Adblockern?, AfP 2016, 318 – 322.
- Ladeur, K.-H., Das Medienrecht und die Ökonomie der Aufmerksamkeit: in Sachen Dieter Bohlen, Maxim Biller, Caroline von Monaco u.a, Köln 2007, zitiert als: Ladeur, Ökonomie der Aufmerksamkeit.
- Ladeur, K.-H., Der rechtliche Schutz der Fernsehwerbung gegen technische Blockierung durch die „Fernsehfee“ Zur Einwirkung der Rundfunkfreiheit auf das Lauterkeitsrecht, GRUR 2005, 559 – 564.
- Lange, K.W., Werbefinanzierte Kommunikationsdienstleistungen, WRP 2002, 786 – 788.
- Laudon, K.C., Laudon, J.P., Schoder, D., Wirtschaftsinformatik: eine Einführung, Hallbergmoos 2010, zitiert als: Laudon/Laudon/Schoder, Wirtschaftsinformatik.
- Leible, S., Günther, L., Anmerkung zum BGH Urteil vom 10. 2. 2011 – I ZR 164/09: Voraussetzungen für Zulässigkeit von Werbeanrufen, GRUR 2011, 936 (939).
- Leible, S., Sosnitza, O., Sniper-Software und Wettbewerbsrecht, C&R 2003, 344 – 349.

- Leistner, M., Pothmann, J., E-Mail-Direktmarketing im neuen europäischen Recht und in der UWG-Reform, WRP 2003, 815 – 832.
- Leistner, M., Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, GRUR-Beil. 2010, 1 – 32.
- Lempe, M., Der Konflikt zwischen dem Vertrieb von Werbeblockern und der Werbefinanzierung elektronischer Medien: unter besonderer Berücksichtigung der Rundfunkordnung, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der negativen Informationsfreiheit, Schriftenreihe des Archivs für Urheber- und Medienrecht (UFITA), Baden-Baden 2006, zitiert als: Lempe, Konflikt zwischen Vertrieb von Werbeblockern und Werbefinanzierung elektronischer Medien.
- Lettl, T., Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 UWG n. F., WRP 2009, 1315 – 1329.
- Lerche, P., Werbung und Verfassung, München 1967.
- Leupold, A., Bräutigam, P., Pfeiffer, M., Von der Werbung zur kommerziellen Kommunikation - Die Vermarktung von Waren und Dienstleistungen im Internet, WRP 2000, 575 – 598.
- Loeck, J.A., Die unzumutbare Belästigung nach der UWG Novelle 2008 und dem Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen, Veröffentlichungen des Instituts für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Regulierungsrecht der Freien Universität Berlin, Frankfurt am Main 2011, zitiert als: Loeck, Die unzumutbare Belästigung nach der UWG Novelle 2008.
- Luckhaus, U., Keine Werbung bitte – zur Zulässigkeit von Werbeblockern, K&R 2016, 313 – 314.
- Lüghausen, P., Aktuelle Probleme der Werbung in Online-Games. Zugleich Kommentar zu LG Berlin, Urteil vom 14. 9. 2010 - 103 O 43/10, K&R 2011, 458 – 462.
- Maier, P., Die lauterkeitsrechtliche Beurteilung der Laienwerbung, Schriften zum Wettbewerbsrecht, Berlin 2014.
- Mankowski, P., Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int 1999, 909 – 921.
- Mankowski, P., Postwurfsendungen nein danke!, WRP 2012, 269 – 274.
- Martini, M., Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839 – 845.
- Mäsch, G. (Hrsg.), Praxiskommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Münster 2010.
- Maume, P., Bestehen und Grenzen des virtuellen Hausrechts, MMR 2007, 620 – 625.
- Maunz, T., Dürig, G. (Begr.), Grundgesetz: Kommentar, Band I, Art. 1 – 5, Ergänzungslieferung 80, München 2017.
- Metz, A., Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung: eine Analyse rechtlicher und ökonomischer Rahmenbedingungen, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, München 2008, zitiert als: Metz, Verbraucherschützende Informationspflichten in der Werbung.
- Meyer, J. (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden 2014, zitiert als: Meyer, GrCh.
- Meyer, J., Briefkastenwerbung in Plastikfolie und Gratiszeitungen, WRP 2012, 788 – 796.
- Meyer, P., Benzmüller, R., Simonis, M., Werbeblocker als Schutz vor Schadsoftware, C&R

2017 274 – 280.

- Möller, M., Die Änderung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Direktmarketings, WRP 2010, 321 – 334.
- Müller-Glöge, R., Preis, U., Schmidt, I. (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage, München 2018, zitiert als: Bearbeiter, in: ErfK.
- Müller, M., Die deutsche Werbewirtschaft, AG 2015, R177 – R178.
- Mummenhoff, P.D., Persönlichkeitsschutz gegen unerbetene Werbung auf privaten Telefonanschlüssen, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Rechtswissenschaft, Frankfurt am Main 2011, zitiert als: Mummenhoff, Persönlichkeitsschutz gegen Telefonwerbung.
- Münch, S., Der Schutz vor Verletzungen der Persönlichkeitsrechte in den Neuen Medien, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Frankfurt am Main 2004, zitiert als: Münch, Der Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen in den neuen Medien.
- Nink, J., Werbeblocker – Geschäftsmodelle, Detektoren und das Recht, CR 2017, 103 – 111.
- Nordemann, A., Nordemann, J.B., (Hrsg.), Urheberrecht: Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Auflage, Stuttgart 2014, zitiert als: Bearbeiter, in: Fromm/Nordemann.
- Ohly, A., Sosnitza, O. (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: mit Preisangabenverordnung; Kommentar, 7. Auflage, München 2016, zitiert als: Bearbeiter, in: Ohly/Sosnitza.
- Ohly, A., Zwölf Thesen zur Einwilligung im Internet – Zugleich Besprechung zu BGH, Urt. v. 19.10.2011 – I ZR 140/10 – Vorschaubilder II, GRUR 2012, 983 – 992.
- Osing, J., Die Netzneutralität im Binnenmarkt: Zur Bindung der Internet-Provider an die Europäischen Grundfreiheiten der Grundrechte, Baden-Baden 2017, zitiert als: Osing, Netzneutralität im Binnenmarkt.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Band VII, 77. Auflage, München 2018, zitiert als: Bearbeiter, in: Palandt, BGB.
- Paschke, M., Berlit, W., Meyer, C. (Hrsg.), Hamburger Kommentar gesamtes Medienrecht, 3. Auflage, Baden-Baden 2016, zitiert als: Bearbeiter, in: Hamburger Kommentar, Medienrecht.
- Pauly, S., Jankowski, J., Rechtliche Aspekte der Telefonwerbung im B-to-B-Bereich, GRUR 2007, 118 – 124.
- Plager, A., Schutzzwecke des Lauterkeitsrechts: Entfaltung und Entwicklung zwischen 1909 und 2004, Europäische Hochschulschriften Reihe 2, Frankfurt am Main 2010.
- Platz, G., Hyperlinks im Spannungsfeld von Urheber-, Wettbewerbs- und Haftungsrecht, WRP 2000, 599 – 610.
- Plath, K.-U. (Hrsg.), BDSG/DSGVO: Kommentar zum BDSG und zur DSGVO sowie den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 2. Auflage, Köln 2016, zitiert als: Bearbeiter, in: Plath, BDSG/DSGVO.
- Pohle, J., Rechtliche Aspekte des Mobile Marketing, K&R 2008, 711 – 716.
- Pries, G., Virtuelles Hausrecht?: Kritik am Versuch der Beschränkung der Internetfreiheit, Mohr Siebeck, Tübingen 2016, zitiert als: Pries, Virtuelles Hausrecht.
- Prütting, H., Wegen, G., Weinreich, G. (Hrsg.), BGB: Kommentar, 10., Auflage, Köln 2015, zitiert als: Bearbeiter, in: Prütting/Wegen/Weinreich.

- Raithel, S., Jaensch, M. (Hrsg.), Werbeblocker im Internet: eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung, 1. Auflage, Berliner wirtschaftsrechtliche Schriften, Berlin 2017, zitiert als: Raithel, Werbeblocker im Internet.
- Reich, B., Rechtliche Grenzen des Brand Placement: Eine wirtschafts- und rechtswissenschaftliche Analyse von Markenplatzierungen im nicht-werblichen Fernsehprogramm, Berlin 2012, zitiert als: Reich, Rechtliche Grenzen des Brand Placement.
- Remmert, F.R., Werbebotschaften per Handy, MMR 2003, 314 – 318.
- Römermann, V., Schmoll, C., SMS kostenlos, K&R 2004, 553 – 558.
- Rothley, O., Persönlichkeitsverletzung durch unverlangte kommerzielle Kommunikation: eine Analyse elektronischer Individualkommunikation unter besonderer Berücksichtigung von E-Mail-Werbung, Beiträge zum Informationsrecht, Berlin 2003, zitiert als: Rothley, Persönlichkeitsverletzung durch unverlangt kommerzielle Kommunikation.
- Sachs, M. (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 7. Auflage, München 2014.
- Sack, R., Internetwerbung - ihre Rechtskontrolle außerhalb des Herkunftslandes des Werbenden (Teil I), WRP 2013, 1407 – 1414.
- Sack, R., Internetwerbung - ihre Rechtskontrolle im Herkunftsland des Werbenden (Teil II), WRP 2013, 1545 – 1553.
- Säcker, F.-J., Rixecker, R., Oetker, H., Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Auflage, München 2015, zitiert als: Bearbeiter, in: MüKoBGB.
- Säcker, F.-J., Rixecker, R., Oetker, H., Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432, 7. Auflage, München 2016, zitiert als: Bearbeiter, in: MüKoBGB.
- Säcker, F.-J., Rixecker, R., Oetker, H., Limperg, B. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil IV §§ 705-853, PartGG, ProdHaftG, 7. Auflage, München 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: MüKoBGB.
- Saluke, A. (2008). Ad-Blocking Software as Third-Party Tortious Interference with Advertising Contracts. Bus. L. Rev., 7, 87.
- Schack, H., Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, MMR 2001, 9 – 17.
- Scherer, I., Privatrechtliche Grenzen der Verbraucherwerbung, Schriften zum Wirtschaftsrecht, Berlin 1996.
- Schertel Mendes, L., Schutz vor Informationsrisiken und Gewährleistung einer gehaltvollen Zustimmung: eine Analyse der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Privatrecht, Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht, Berlin 2015, zitiert als: Mendes, in: Schutz vor Informationsrisiken.
- Schippel, R., Zulässigkeit digitaler Werbeblocker, AfP 2017, 185 – 191.
- Schirnbacher, M., Ihmor, M., Affiliate-Werbung – Geschäftsmodell, Vertragsgestaltung und Haftung, CR 2009, 245 – 251.
- Schirnbacher, M., OLG München: Bestätigungsmail im Double-Opt-In-Verfahren als verbotene Werbung, CR 2013 44 – 46.
- Schlingloff, J., Keine Änderungen für die Rechtspraxis? Ein erster Blick auf den Referentenentwurf zur Änderung des UWG, WRP 2014, 1424 – 1426.

- Schmidt-Bleibtreu, B., Hofmann, H., Henneke, H.-G. (Hrsg.), GG: Kommentar zum Grundgesetz, 14. Auflage, Köln 2017, zitiert als: Bearbeiter, in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG.
- Schmittmann, J. M., Bannerwerbung Rechtsprobleme insbesondere bei kammergebundenen Berufen, MMR 2001, 792 – 797.
- Schneider, J. (Hrsg.), Handbuch des EDV-Rechts, 5. Auflage, Köln 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: Schneider, Handbuch EDV-Recht.
- Schnierer, T., Soziologie der Werbung: ein Überblick zum Forschungsstand einschliesslich zentraler Aspekte der Werbepsychologie, Fragen der Gesellschaft, Opladen 1999, zitiert als: Schnierer, Soziologie der Werbung.
- Schreibauer, M., Mulch, J., Zeichen-, Urheber-, Wettbewerbsrecht und Verantwortlichkeit, WRP 2005, 442 – 461.
- Schule zur Wiesche, J., Die neuen Zulässigkeitsgrenzen für Direktmarketing, CR 2004, 742 – 748.
- Schulz, S., Halbwertzeit bei Bestandskundenwerbung?, CR 2012, 686 – 691.
- Schürmann, K., Günther, L., Werbung über mobile Push-Dienste als unzumutbare Belästigung? Wettbewerbsrechtliche Einordnung von Push-Nachrichten, MMR 2015, 419 – 423.
- Sieber, S., Klimek, Werbung in Push-Diensten: Zulässige unaufgeforderte kommerzielle Kommunikation?, K&R 1999, 305 – 308.
- Siegert, G., Die Zukunft der Fernsehwerbung: Produktion, Verbreitung und Rezeption von programmintegrierten Werbeformen in der Schweiz, 1. Auflage, Bern 2007.
- Siegert, G., Brecheis, D., Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft: Eine kommunikationswissenschaftliche Einführung, Wiesbaden 2010, zitiert als: Siegert/Brecheis, Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft.
- Singer, S., Zum Sperrvermerk auf Briefkästen: “Keine Werbung in Plastiktüten! Der Umwelt zuliebe!”, juris-PR-WettbR 2012 Anm. 4.
- Sosnitza, O., Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland – Zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG vom 9. 5. 2003, GRUR 2003, 739 – 746.
- Spindler, G., Ernst, S., Vertragsgestaltung für den Einsatz von E-Mail-Filtern, CR 2004, 437 – 445.
- Spindler, G., Schuster, F. (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien: Kommentar, 3. Auflage, München 2015, zitiert als: Bearbeiter, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien.
- Sporn, S., Ein Grundrecht der Medienfreiheit – Gleiches Recht für alle!?, K&R 2013, 2 – 8.
- Staudinger, J. von (Begr.), Buch 1, Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1 – 14; Verschollenheitsgesetz (Einleitung zum BGB und Allgemeiner Teil 1), Neubearbeitung 2013 / von Habermann, N.; Honsell H.; Kannowski, B., Roth, H. (Redaktion), Berlin 2013, zitiert als: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB.
- Staudinger, J. von (Begr.). Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. § 823 A-D (Unerlaubte Handlungen 1), Neubearbeitung 2017 / Mansel, H.-P. (Redaktion), Hager, J., Berlin 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB.
- Staudinger, J. von (Begr.). Buch 3, Sachenrecht §§ 985-1011 (Eigentum 3), Neubearbeitung 2012 / Gursky, K., Berlin 2012, zitiert als: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB.

- Staudinger, J. von (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 830 – 838 (Unerlaubte Handlungen 3), Neubearbeitungen 2017 / Hager, J., Eberl-Borges, C. (Hrsg.), Berlin 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: Staudinger, BGB
- Stenzel, I., Nochmals: Dürfen Provider Spam filtern?, MMR 2004, X – XII.
- Stern, K., Sachs, M., Dietlein, J., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte, München 2006, zitiert als: Bearbeiter, in: Stern, GG.
- Stern, K., Becker, F. (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Auflage, Köln 2015, zitiert als: Bearbeiter, in: Stern/Becker, GG.
- Storey, G., Reisman, D., Mayer, J., & Narayanan, A. (2017). The future of ad blocking: An analytical framework and new techniques. arXiv preprint arXiv:1705.08568, abrufbar unter: <https://arxiv.org/abs/1705.08568>.
- Stürner, R. (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Rom-I- Rom-II-, Rom-III-VO, EG-UntVO/HUntProt und EuErbVO: Kommentar, 16. Auflage, München 2015, zitiert als: Bearbeiter, in: Jauernig, BGB.
- Tanenbaum, A.S., Wetherall, D., Computer networks, 5. Auflage, Pearson Prentice Hall, Boston 2011.
- Teplitzky, O., Peifer, K.-N., Leistner, M. (Hrsg.), UWG: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Grosskommentar, Band 2, 2. Auflage, Berlin 2013, zitiert als: Bearbeiter, in: Teplitzky/Pfeifer/Leistner, UWG.
- Thielsch, M.T. (Hrsg.), Praxis der Wirtschaftspsychologie: Themen und Fallbeispiele für Studium und Anwendung, Münster 2012, zitiert als: Thielsch, Praxis der Wirtschaftspsychologie.
- Ulmer, P., Brandner, H., Hensen, H.-D. (Hrsg.), AGB-Recht Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB und zum Unterlassungsklagengesetz, 12. Auflage, Köln 2016, zitiert als: Bearbeiter, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht.
- Urban, T., Carjell, A.M., Multimedia Marketing: Studienbuch, UTB Marketing, Wirtschaftsinformatik, Kommunikationswissenschaften, Konstanz 2016, zitiert als: Urban/Carjell, Multimedia Marketing.
- Vallade, J. (2008). Adblock plus and the legal implications of online commercial-skipping. Rutgers L. Rev., 61, 823.
- Völker, S., Lührig, N., Abwehr unerwünschter Inline-Links, K&R 2000, 20 – 29.
- Völtz, G., HTML5 – neuer Standard, neue Probleme? Ein Überblick über Neuerungen und rechtliche Fragen, MMR 2013, 619 – 623.
- von Münch, I. (Begr.), Kunig, P. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 6. Auflage, München 2012, zitiert als: Bearbeiter, in von Münch/Kunig.
- von Nussbaum, C., Krienke, K., Telefonwerbung gegenüber Verbrauchern nach dem Payback-Urteil, MMR 2009, 372 – 377.
- Walbesser, J. L. (2011). Blocking Advertisement Blocking: The War over Internet Advertising and the Effect on Intellectual Property. Intellectual Property & Technology Law Journal, 23(1), 19.
- Wandtke, A., Bullinger, W., Block, U., et al., Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. Auflage, München 2014, zitiert als: Bearbeiter, in: Wandtke/Bullinger.
- Wasse, N., Endlich: Unzulässigkeit der Scheibenwischerwerbung nach dem UWG, WRP 2010, 191 – 197.

- Weber, M., E-Mail-Werbung im geschäftlichen Verkehr, WRP 2010, 462 – 466.
- Wehage, J.-C., Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme und seine Auswirkungen auf das bürgerliche Recht, Universitätsdrucke, Göttingen 2013, zitiert als: Wehage, Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.
- Weise, S., Briefkastenwerbung als Persönlichkeitsverletzung? – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 20. 12. 1988 – Briefkastenwerbung, GRUR 1989, 653 – 658.
- Westermann, H. (Begr.), Pieroth, B., Schlink, B., Kingreen, T., Poscher, R. (Hrsg.), Grundrechte, Staatsrecht II, 31. Auflage, Heidelberg 2015, zitiert als: Bearbeiter, in: Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher.
- Witzmann, J., Seichter, D., Die Einwilligung in die Telefonwerbung, WRP 2007, 699 – 708.
- Wolff, H. A., Brink, S., BeckOK Datenschutzrecht, 22. Edition, München 2017, zitiert als: Bearbeiter, in: BeckOKDatenSR.
- Wolff, L.-C., Zulässigkeit von Werbebeilagen in Zeitungen, BB 1993, 2179.
- Wölfl, B., Sphärentheorie und Vorbehalt des Gesetzes, NZvW 2002, 49 – 51.
- Wu, T. (2003). Network neutrality, broadband discrimination. J. on Telecomm. & High Tech. L., 2, 141.
- Zahid, M. A., Bitcoins: Mining, Transaction, Security Challenges and Future of This Currency, Irvine Kalifornien 2014.
- Zentralverband der deutschen Werbewirtschaft (Hrsg.), ZAW-Jahrbuch Werbung 2016, Berlin 2016, zitiert als ZAW, Werbung 2016.
- Zeidler, S.A., Brüggemann, S., Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet, CR 2014, 248 – 257.
- Zepter, K., Zulässigkeit von Werbebeilagen in Zeitungen, BB 1993, 1386 – 1387.
- Zimprich, S., Jeschke, F., Ad Injections – Zulässiges Geschäftsmodell oder unlauterer Wettbewerb – Rechtliche Überlegungen zur Überblendung oder Ersetzung von Werbeflächen auf Webseiten durch Dritte, MMR 2016, 300 – 305.