

2. Teil: Rechtliche Beurteilung des Blocklistings

§ 3 Urheberrecht

Zuerst soll hier deutlich gemacht werden, wie es um die möglichen urheberrechtlichen Verletzungen im Zusammenhang mit Werbeblockern bestellt ist. Nach einer kurzen Beschreibung einer typischen Webseite mit werblichen Elementen (A.) wird auf die möglichen Urheberrechtsverletzungen der Nutzer (B.) eingegangen, um anschließend die infrage kommenden Verletzungen durch die Unternehmen (C.), die Werbeblocker vertreiben, darzustellen. Eine Differenzierung nach den verschiedenen Geschäftsmodellen²⁵³ findet nicht statt, da das Blocklisting – ein Nutzer ruft mit aktiviertem Werbeblocker eine insoweit ungeschützte Webseite auf – unabhängig von den dahinterstehenden Geschäftsmodellen beurteilt werden kann.

A. Merkmale einer Webseite mit Werbung

Wie oben beschrieben,²⁵⁴ besteht eine Webseite aus verschiedenen Elementen, die in der Regel von unterschiedlichen Quellen geladen werden. Bei einem Seitenaufruf wird zuerst das HTML-Dokument geladen, das den grundsätzlichen Aufbau der Webseite enthält, und vom Browser interpretiert²⁵⁵ wird. Gleichzeitig werden Befehle zum Nachladen verschiedener Elemente (z. B. Bilder, Schaltflächen, Videos) ausgeführt, wovon ein Werbeblocker diejenigen, die zu werblichen Elementen führen, blockiert. Das hat zur Folge, dass durch das Wegfallen der Werbung entweder weiße Flächen zu sehen sind oder andere (nicht werbliche) Elemente an die Stelle der Werbung treten, so rückt häufig bei in den Text eingeschobenen Bannern der Text einfach nach.

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

253 Zu diesen 1. Teil § 1 B. V. (S. 51).

254 1. Teil B. III. 1. (S. 41).

255 Die im HTML-Dokument enthaltenen Befehle werden umgesetzt, sodass am Ende die Webseite auf dem Bildschirm dargestellt werden kann.

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

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

B. Verletzungen durch die Nutzer von Werbeblockern

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

I. Schutz der einzelnen Elemente

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

1. Vorliegen eines Schutzgegenstands

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

256 Cichon ZUM 1998, 897.

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

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

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

2. Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG

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

a) Vervielfältigung(en)

Eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG ist das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl. Im Zuge der Anpassung an die vollharmonisierende InfoSoc-RL²⁵⁸ – konkret Art. 2 InfoSoc-RL – wurde die Norm um den Einschub „gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft“ ergänzt. Damit besteht inzwischen Einigkeit, dass auch kürzeste Festlegungen von Schutzgegenständen den Vervielfältigungsbegriff erfüllen.²⁵⁹ Stellt ein Browser eine Internetseite dar, sind dafür mehrere (vorübergehende) Vervielfältigungen notwendig. Insbesondere finden diverse Zwischenspeicherungen statt,²⁶⁰ bei denen u. a. Kopien im Arbeitsspeicher²⁶¹ oder auch auf der Festplatte im Browser-Cache²⁶² erstellt werden. Während diejenigen im Arbeitsspeicher spätestens mit dem Abschalten des Computers gelöscht werden, hängt es bei den Kopien im

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

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

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

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

262 Der Zwischenspeicher des Browsers.

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

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

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

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

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

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

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

b) Zulässigkeit nach § 44a Nr. 2 UrhG

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

aa) Grundsätzliches

Die Norm erlaubt, sofern die Voraussetzungen vorliegen, alle technisch notwendigen Vervielfältigungen, die zur jeweiligen rechtmäßigen Nutzung erforderlich sind. Die Vervielfältigungen beim Abruf einer Webseite mit einem Werbeblocker erfüllen unproblematisch einen Großteil der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, sind also vorläufig,²⁶⁸ flüchtig oder begleitend²⁶⁹ und stellen einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens²⁷⁰ dar. Auch ist keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, sofern eine rechtmäßige Nutzung vorliegt, gegeben.²⁷¹

bb) Rechtmäßige Nutzung

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

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

268 *EuGH GRUR* 2014, 654, 655 Rn. 26 – *PRCA*.

269 *EuGH GRUR* 2014, 654, 656 Rn. 46, 50 – *PRCA*.

270 *EuGH GRUR* 2014, 654, 656 Rn. 33, 37 – *PRCA*.

271 Vgl. *EuGH GRUR* 2012, 156, 164 Rn. 174 ff. – *FAPL*.

272 Dazu und zur Funktionsweise einer Webseite oben, 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).

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

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

(1) Maßstab für die Bestimmung des Willens des Rechtsinhabers

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

Nach dem *EuGH* ist deshalb auf die vorhergehende öffentliche Wiedergabe (bzw. dem hier zumeist relevanten Unterfall der Zugänglichmachung)²⁷⁴ nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL (im deutschen Recht in § 15 Abs. 2 bzw. § 19a UrhG umgesetzt²⁷⁵) als für die Rechtmäßigkeit der Nutzung entscheidend abzustellen.²⁷⁶ Danach ist es nicht gerechtfertigt, eine weitere Zustimmung zu „derselben, vom betreffenden Urheberrechtsinhaber bereits genehmigten Wiedergabe“ (bzw. Zugänglichmachung) zu verlangen.²⁷⁷ Die Rechtsinhaber seien vor ungewollten Vervielfältigungen geschützt, indem sie die vorhergehende öffentliche Wiedergabe erlauben müssten.²⁷⁸ Da eine Wiedergabe auch stets wahrnehmbar sein muss,²⁷⁹ folgt daraus, dass die Erlaubnis zur Wiedergabe im digitalen Bereich auch

273 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 655, 656 Rn. 37, 51 – *PRCA*.

274 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

275 Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 15 Rn. 29.

276 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 57 – *PRCA*.

277 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 59 – *PRCA*.

278 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 57 f. – *PRCA*.

279 Der *EuGH* spricht davon, dass die Nutzer „Zugang haben“, *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 19 – *Svensson*; GRUR 2007, 225, 227 Rn. 43 – *SGAE*.

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

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

(a) *EuGH*

Der *EuGH* betont die Herkunft des Begriffs der Öffentlichkeit aus Art. 11^{bis} Abs. 1 Nr. 2 Revidierte Berner Übereinkunft (RBÜ)²⁸⁰ und Art. 8 WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT)²⁸¹. Die InfoSoc-RL diene gem. Erwägungsgrund 15 dazu, „einigen“ dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.²⁸² Deshalb benutzt der *EuGH* zur Auslegung der öffentlichen Wiedergabe den (unverbindlichen)²⁸³ WIPO-Leitfaden zur Revidierten Berner Übereinkunft^{284, 285}. Dort wird das Beispiel gebildet, dass der Urheber, der die Erlaubnis zur Übertragung seines Werks durch den Rundfunk gibt, nur die Wiedergabe im familiären Kreis erlauben möchte und nicht die Wiedergabe z. B. in Cafés oder Restaurants.²⁸⁶ Diese letztlich pauschalisierte²⁸⁷ und prinzipiell urheberfreundliche²⁸⁸ Auslegung des Willens des Urhebers führt der *EuGH* fort und stellt für das Merkmal

280 Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, BGBl. [1973] II S. 1069 ff., zuletzt geändert BGBl. [1985] II S. 81.

281 BGBl. [2003] II S. 754 und ABl. EG L 89 vom 11. April 2000, S. 8.

282 Kritisch *Leistner/Roder ZfPw* 2016, 129, 146.

283 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 15 Rn. 101.

284 WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 68 f.

285 *EuGH* GRUR 2007, 225, 227 Rn. 41 – *SGAE*.

286 WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 68 f.

287 Vgl. WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 69: „thinks of his licence [...] as covering only the direct audience [...]“.

288 Da darauf hingewiesen wird, dass das öffentliche Abspielen sich immer weiter verbreitet und damit erwartbar ist, wäre prinzipiell auch ein anderes Ergebnis im Wege einer konkludenten Auslegung vertretbar gewesen, vgl. WIPO, Guide to the Berne Convention, S. 68: „is becoming more common“.

der Öffentlichkeit auf die Reichweite der Erlaubnis des Rechtsinhabers ab. Dazu fragt er zuerst, gegenüber welchem Publikum der Rechtsinhaber die Wiedergabe erlauben wollte. Geht das vom Handelnden angesprochene Publikum darüber hinaus, so liegt ein neues Publikum und damit – vorbehaltlich einer Pflichtverletzung²⁸⁹ – eine *öffentliche* Wiedergabe vor.²⁹⁰

Diesen Grundsatz hat der *EuGH* im Urteil *Svensson* auf das Linking übertragen und bleibt dabei der pauschalisierten²⁹¹ Betrachtung treu. Im Online-Stellen der ursprünglichen Webseite habe der Rechtsinhaber an alle potenziellen Besucher der Webseite als Publikum gedacht. Grund hierfür sei, dass „der Zugang zu den Werken [...] keiner beschränkenden Maßnahme unterlag [...]“.²⁹² In diesem Fall „ist davon auszugehen“, dass die Wiedergabe gegenüber allen Nutzern erfolgen sollte.²⁹³ Später hat der *EuGH* dies als „implizite Zustimmung“ bezeichnet.²⁹⁴ Eine Einbettung der Inhalte in eine andere Seite ändere nichts an dieser Beurteilung, denn der Inhalt sei weiterhin frei zugänglich.²⁹⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ten²⁹⁹, mit der fast jede Webseite aufgebaut ist. Dabei ist ein Request³⁰⁰ im HTML-Dokument einer Webseite enthalten und weist den Browser an, einen Inhalt (z. B. Bild oder Video) von einem Server nachzuladen und darzustellen. Beim Framing kopiert nun ein Webseitenbetreiber den Link, der im Request enthalten ist, und erstellt für seine eigene Webseite einen entsprechenden Request. Beim Aufbau der Webseite ruft der Browser des Nutzers den fremden, eingebundenen Inhalt mit Hilfe des in den eigenen Request kopierten Links ab und stellt den Inhalt als Teil der Webseite dar. Der Unterschied besteht also darin, dass dem kopierenden Webseitenbetreiber das Recht zum Veröffentlichen des Inhalts auf *seiner* Webseite nicht explizit eingeräumt worden ist.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(b) Deutsches Recht

Im deutschen Recht wird die Frage, inwiefern ein Abruf bzw. die Wiedergabe erlaubt ist, zumeist über die schlichte Einwilligung gelöst. Diese ist in der „Stufenleiter der Gestattungen“³⁰⁸ auf der niedrigsten Stufe einzuordnen. Die Einwilligung ist Ausdruck der Dispositionsbefugnis des Urhebers,³⁰⁹ denn er kann umfassend (im Rahmen der Schranken) entscheiden, welche Handlungen er als Verletzung seines Rechts ansieht. Die stets einseitig zu erklärende Einwilligung stellt keine Übertragung eines Nutzungsrechts dar und ist auch keine schuldrechtliche Gestattung;³¹⁰ sie ist lediglich die Gestattung einer tatsächlichen Handlung.³¹¹ Aufgrund der freien Widerruflichkeit und der fehlenden Verpflichtung aufseiten des Urhebers verfügt der – ebenso wenig verpflichtete – Empfänger der Einwilligung über keine verlässliche Rechtsposition.³¹² Unabhängig von der Einordnung als (einseitiges) Rechtsgeschäft³¹³ oder als rechtsgeschäftsähnliche Handlung³¹⁴ besteht weitgehend Einigkeit, dass die Einwilligung (konkudent) erklärt werden muss und dass im Urheberrecht die Auslegung anhand der §§ 133, 157 BGB (analog) und in Verbindung mit dem Rechtsgedanken des § 31 Abs. 5 UrhG erfolgen muss,³¹⁵ dass Nutzungsrechte nur soweit gewährt werden, wie für den Zweck der jeweiligen Nutzung nötig (sog. Übertragungszwecktheorie).³¹⁶

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

308 *Obly*, Die Einwilligung, S. 143 f.

309 *Klass ZUM* 2013, 1, 4.

310 *OLG München MMR* 2017, 756, 759 Rn. 95 – *Whitelisting I*; *Klass ZUM* 2013, 1, 4.

311 *Schricker/Loewenheim/Obly*, UrhG § 29 Rn. 29.

312 *Schricker/Loewenheim/Obly*, UrhG § 29 Rn. 29; *Klass ZUM* 2013, 1, 4.

313 *Obly GRUR* 2012, 983, 985.

314 *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert*, UrhG § 31 Rn. 37; v. *Ungern-Sternberg GRUR* 2009, 369, 370; in diese Richtung, aber ohne Entscheidung BGH *GRUR* 2010, 628, 631 f. Rn. 34 f. – *Vorschaubilder I*.

315 *Schricker/Loewenheim/Obly*, UrhG § 29 Rn. 30 m. w. N.; wohl ebenso v. *Ungern-Sternberg GRUR* 2009, 369, 371, zumindest für Einwilligungen im Internet.

316 Allgemein BeckOK *UrhR/Soppe*, UrhG § 31 Rn. 89 ff.

317 BGH *GRUR* 2008, 245, 247 Rn. 27 – *Drucker und Plotter I*.

trag in die robots.txt,³¹⁸ eine Einwilligung in die „üblichen Nutzungshandlungen“ gegeben sei.³¹⁹ Auch ein ausdrücklicher Widerruf gegenüber dem Suchmaschinenbetreiber sei unter dem Gesichtspunkt einer protestatio facto contraria unbeachtlich, denn bei einer Erklärung an die Allgemeinheit müsse diese auf gleiche Weise – also technisch – widerrufen werden.³²⁰ Das wurde im Urteil *Vorschaubilder II* dahingehend – letztlich aber zu weitgehend³²¹ – fortgeführt, dass Gleiches gelte, wenn Dritte ein Bild urheberrechtswidrig im Internet zugänglich gemacht haben, sofern der Rechtsinhaber überhaupt Lizenzen zur Zugänglichmachung im Internet erteilt habe.³²²

In der sonstigen Rechtsprechung des BGH zum Urheberrecht findet sich ebenso der Grundgedanke, dass eine beschränkte Erlaubnis nur technisch erklärt werden könne. Bereits in der Entscheidung *Paperboy* zum Deep-Linking³²³ – letztlich die gleiche Konstellation wie im *Svensson*-Urteil³²⁴ – wurde im Zusammenhang mit der Frage der Störereigenschaft darauf hingewiesen, dass der Webseitenbetreiber, der Inhalte ohne technische Schutzmaßnahme online stellt, aufgrund seiner Entscheidung die Nutzungen ermögliche.³²⁵ Dies wurde im Urteil *Session-ID* fortgesetzt: Danach führte das Umgehen technischer Beschränkungen gegen Verlinkungen³²⁶ zu einer Urheberrechtsverletzung (§ 19a UrhG).³²⁷ In Bezug auf die automatisierte Abfrage von Datenbanken durch eine Metasuchmaschine wurde

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

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

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

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

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

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

324 EuGH GRUR 2014, 360 – *Svensson*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

332 Peukert GRUR-Beilage 2014, 77, 84.

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

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

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

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

Teilweise wird die Einwilligungslösung des *BGH* sehr kritisch gesehen³⁴¹ und der Ansatz des *EuGH* abgelehnt. So existiere bereits kein Publikum der Internetnutzer, der Rechtsinhaber wollte eine Wiedergabe nicht beliebigen Dritten gegenüber erlauben.³⁴² Die fingierte Erlaubnis sei reine Fiktion³⁴³ und führe wider Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL zu einer faktischen Erschöpfung des Rechts.³⁴⁴ Die Möglichkeit, Beschränkungen durch Sperren durchzusetzen, entspreche einer von Art. 5 Abs. 2 S. 1 RBÜ nicht vorgesehen Förmlichkeit und schrecke zudem Nutzer ab.³⁴⁵ Auch wird die Auslegung des Willens des Rechtsinhabers als mit dem deutschen Urhebervertragsrecht nicht vereinbar angesehen.³⁴⁶ Insbesondere habe der

336 Hüttner WRP 2010, 1008, 1013 f.

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

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

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

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

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

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

343 Höfinger ZUM 2014, 293, 294.

344 Haberstumpf GRUR 2016, 763, 768.

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

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

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

(c) Zusammenfassung und Beurteilung

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

Maßgeblich ist dabei die Verkehrserwartung,³⁴⁸ die teilweise – vom BGH vor allem im lauterkeitsrechtlichen Kontext – mit dem Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets umschrieben wird. Diese im „more technological approach“ formulierte Verkehrserwartung kann auch mit den „sozialen, inhärent reziproken Normen der Zugangskultur“³⁴⁹ umschrieben werden. Bereits in den technischen Gegebenheiten spiegelt sich der Ursprung als nicht-kommerzielles, freies Kommunikationsmedium³⁵⁰ wider: Das Internet basiert auf der „Zugangskultur“. So wird der Link zur gerade aufgerufenen Website in jedem Browser angezeigt³⁵¹ und der Quelltext von Webseiten – inklusive der Adressen von eingebundenen Inhalten – grundsätzlich offen kommuniziert.³⁵² Gerade in seinen Anfängen wurde das Internet nur schwach reguliert.³⁵³ Gleichzeitig legte die Rechtsprechung der Entwicklung keine Steine in den Weg.³⁵⁴ Die Prägung durch die Verkehrserwartung zeigt sich auch in der Abwesenheit von Hinweisen, die Referenzierungs- oder Abrufhandlungen erlauben, selbst wenn sie offenkundig erwünscht sind: Der Verkehr setzt schlicht voraus, dass solche Handlungen zustimmungsfrei sind.

347 Schulze ZUM 2015, 105, 109 f.

348 Vgl. zu dieser Hacker ZfPW 2019, 148, 173 ff.

349 Peukert GRUR-Beilage 2014, 77, 84; ähnlich Ensthaler NJW 2014, 1553, 1556: sozialkongruentes, sozialadäquates Verhalten.

350 Zu dieser Peukert GRUR-Beilage 2014, 77, 78 f.

351 Stadler, Haftung für Informationen, 2005, Rn. 206.

352 Das OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 42 – *Adblock Plus* spricht insoweit von einem „Inhaltsverzeichnis“.

353 Vgl. Pfeifer, Recht & Netz (2018), S. 249, 267, der von „Regulierungsferien“ spricht.

354 Vgl. z. B. nur BGH GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*; MMR 2003, 719 – *Paperboy* (Rechtmäßigkeit des Deep-Linkings); sehr weitgehend GRUR 2012, 602 – *Vorschaubilder II*.

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

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

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

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

356 Grünberger ZUM 2016, 905, 911 f.

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

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

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

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

Die Nutzer erwarten also als Ausdruck dieser allgemeinen Übung Sperren im Sinne einer technischen Verhinderung, wenn eine Handlung nicht möglich sein soll, und gehen dementsprechend von einer Erlaubnis aus, wenn eine Sperre nicht vorhanden ist. Dass andere Lösungen nicht tauglich sind, bestärkt und festigt letztlich nur die Verkehrserwartung, da diese Alternativen entweder aus rechtlicher Unsicherheit oder mangelnder Praktikabilität gar nicht erst eingesetzt werden. Wie bereits angedeutet, scheitern ausdrückliche Hinweise (spätestens) an fehlender Praktikabilität, da eine Verfolgung nicht möglich ist. Gleichzeitig sind diese nicht (sicher) maschinenlesbar und versagen so z. B. gegenüber automatischen Suchdiensten. Aber auch von Nutzern werden ausdrückliche Hinweise nicht oder falsch verstanden, überlesen oder schlicht ignoriert, insbesondere da Nutzer sie für Cookie-Banner³⁶¹ oder klassische Werbung halten können. Technische Alternativen, die einen Zugang zulassen, aber trotzdem (eindeutig) ein Verbot kommunizieren, sind nicht in Sicht. Sie müssten sich aber je nach Ausgestaltung den Vorwurf der Treuwidrigkeit gefallen lassen, da eine Sperre einfacher gewesen wäre.

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

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

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

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

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

Anders als behauptet werden weder Unterlizenzen „sinnfrei“ noch tritt eine Erschöpfung des Rechts ein. Der Rechtsinhaber hat es weiterhin in der Hand, welche Bedingungen er den Lizenznehmern auferlegt; so kann er z. B. eine technische Beschränkung verlangen, dass der Inhalt nicht im Wege des Framings in andere Webseiten eingebunden werden kann. Soweit auf eine, der Erschöpfung ähnelnden, Wirkung verwiesen wird, verkennen diese Autoren, dass das Werk nicht erschöpft ist, da der Rechtsinhaber – ggf. über Lizenzketten – weiterhin die Kontrolle über die Zugangseröffnung hat³⁶⁵ und zugleich bewusst sein Werk ohne Zugangsbeschränkungen im Internet zum Abruf bereitgestellt hat. Begrenzte der Rechtsinhaber nun den Zugang zu seinem Werk, würde dies damit alle weiteren Wiedergaben erfassen. Die befürchtete Erschöpfung kann folglich jederzeit rückgängig gemacht werden.

In das deutsche Recht können diese Grundsätze im Anschluss an den *BGH* mit der schlichten Einwilligung richtlinienkonform übertragen werden. Dazu ist bei der Auslegung der Handlung, dem Einstellen ohne Schutzmaßnahme, gem. §§ 133, 157 BGB (analog) die Verkehrssitte³⁶⁶ im Sinne des „Allgemeininteresses am Funktionieren des Internets“ auszulegen. Dies ergibt, dass der Verkehr von einer Freiheit des Referenzierens und Abrufens als typische Handlung im Internet ausgeht³⁶⁷ und nur technische Beschränkungen beachtenswert sind.³⁶⁸ Dabei kann offen bleiben, worauf man das Erfordernis einer Sperre stützt: Entweder auf den Gedan-

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

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

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

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

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

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

ken des BGH aus *Vorschaubilder I*, dass die Erklärung sich an alle richtet und entsprechend zurückgenommen werden muss³⁶⁹ oder auf die Grundsätze von Treu und Glauben.³⁷⁰ Damit tritt in jedem Fall eine Verobjektivierung³⁷¹ der Erklärung des Webseitenbetreibers ein, die insbesondere nicht im Widerspruch zur deutschen Rechtsgeschäftslehre steht.³⁷²

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

(2) Anwendung auf Werbeblocker

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

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

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

370 Kreutzer MMR 2018, 639, 644; vgl. auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 369, 374.

371 Grünberger ZUM 2016, 905, 911.

372 Vgl. *Obly* GRUR 2018, 996, 1002.

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

374 Zu diesen bereits 1. Teil § 1 B. III. 1. (S. 41).

375 Kreutzer MMR 2018, 639, 640 f.

376 W3C, HTML 5.2 Recommendation, <https://www.w3.org/TR/html52/rendering.html#rendering-introstruction> (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020): „User

Auch die Interessenlage spricht für das gefundene Ergebnis, selbst wenn sich eine Webseite allein durch Werbung finanziert. Jeder Webseitenaufruf generiert grundsätzlich Reichweite, die zwar nicht direkt monetarisiert werden kann, aber zumindest indirekt durch weitere Aufrufe (ohne Werblocker), die aufgrund von Teilen des Artikels hervorgerufen werden. Weiterhin besteht die Möglichkeit des Webseitenbetreibers, den Nutzer davon zu überzeugen, dass er statt nur eines freien Zugangs zusätzliche bezahlte Angebote bei der Webseite bucht oder zumindest wieder Werbung konsumiert und sei es nur, weil diese den Werblocker umgeht³⁷⁷.

Darüber hinaus bestehen für Webseiten auch relativ einfache Möglichkeiten zum Schutz ihrer Inhalte (z. B. Sperren für Werblocker-Nutzer³⁷⁸). Das klassische Einbetten von Werbung mittels Request³⁷⁹ ist keine Schutzvorkehrung. Da es nachvollziehbare Gründe gibt, den Aufruf mit Werblocker zu erlauben und gleichzeitig Schutzmaßnahmen, obwohl relativ einfach zu realisieren, nicht ergriffen worden sind, ist von einer Einwilligung auszugehen.³⁸⁰ Ansonsten wäre der Nutzer jederzeit der Gefahr von Ansprüchen wegen Urheberrechtsverletzungen ausgesetzt.

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

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

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

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

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

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

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

381 1. Teil § 1 B. IV. 2. (S. 50).

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

c) Ergebnis

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

3. Eingriff in das Bearbeitungsrecht

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

4. Sonstige Schutzobjekte

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

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

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

384 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 641.

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

Zwar ist es unklar, ob diese Schutzrechte einer Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG offenstehen,³⁸⁶ allerdings kommt es auf die Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG nicht an. Überträgt man die oben gefundenen Wertungen und nimmt einen einheitlichen Begriff der öffentlichen Wiedergabe an,³⁸⁷ muss das gerade gefundene Ergebnis hier ebenso gelten. Man kann also aus der Rechtmäßigkeit der öffentlichen Wiedergabe aufgrund der schlichten Einwilligung durch technisch unbeschränktes Einstellen ins Internet auf die Rechtmäßigkeit der Vervielfältigungen schließen.³⁸⁸ Eine zusätzliche Einwilligung ist sinnlos, weil eine öffentliche Wiedergabe die Zugangsmöglichkeit der Nutzer erfordert³⁸⁹ und damit vorübergehende Vervielfältigungen im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG ebenso vom Willen des Rechtsinhabers umfasst sein müssen.³⁹⁰ Ein Webseitenbetreiber kann nicht bei der Erlaubnis der Wiedergabe an ein bestimmtes Publikum „denken“³⁹¹ und bei den zur konkreten Wiedergabe erforderlichen Vervielfältigungen diese Erlaubnis wieder einschränken.

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

5. Ergebnis

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Schutz der Webseite als Gesamtwerk

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

1. Übernahme der Ausführungen zum Vervielfältigungsrecht

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

2. Schutz der angezeigten Gestaltung

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

³⁹² 2. Teil § 3 B. I. 2. (S. 67).

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

a) Kein Vorliegen eines Werkes

Deshalb kann man entweder die konkrete Webseite der diese prägenden Werkart zuordnen³⁹³ oder mit dem Multimediawerk einen Innominatfall annehmen³⁹⁴. In jedem Fall muss jedoch die für ein Werk erforderliche Schöpfungshöhe erreicht werden und u. a. bezüglich der Anordnung, Abfolge und Zusammenstellung der Elemente vorliegen.³⁹⁵ Selbst wenn man mit dem europäischen Werkbegriff (nur)³⁹⁶ eine eigene geistige Schöpfung im Sinne einer Originalität fordert³⁹⁷ und eine Teilhabe an der Originalität des Gesamtwerks genügen lässt,³⁹⁸ ist dies bei Webseiten in Bezug auf die eingebundene Werbung nicht gegeben.³⁹⁹ In inhaltlicher Hinsicht findet selten eine Abstimmung mit der Webseite statt, höchstens dahingehend, dass bei Artikeln zu Finanzthemen für entsprechende Produkte geworben wird. Allerdings wechselt auch diese Werbung regelmäßig und kann sich bereits mit dem nächsten Besuch ändern.⁴⁰⁰ Eine ausreichend enge Verbindung ergibt sich ebenso wenig durch die besondere An- und Einpassung in die jeweilige Webseite, denn es wird mit bestimmten Standardformaten gearbeitet,⁴⁰¹ welche keine besonderen Anpassungen erfordern.

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

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

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

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

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

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

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

400 Rostam InTer 2017, 146, 153.

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

Gegen ein optisches Verschmelzen und damit die Annahme eines einheitlichen Werkes spricht außerdem das Trennungsgebot.⁴⁰² Dieses ist in § 6 Abs. 1 Nr. 1 TMG geregelt und beruht auf Art. 6 lit. a E-Commerce-RL⁴⁰³.⁴⁰⁴ Danach muss Werbung klar erkennbar sein, d. h. als solche ohne Aufwand wahrnehmbar und von anderen Inhalten abgehoben sein.⁴⁰⁵ Hierzu sind je nach Kontext und Werbeanzeige auch optische Maßnahmen erforderlich,⁴⁰⁶ wie z. B. eine Umrahmung der gesamten Werbeanzeige. Damit ist kaum ein Fall denkbar, in dem die Werbung derart in die Webseite eingepasst ist, dass sie mit ihr verschmilzt und gleichzeitig das Trennungsgebot beachtet. Ein einheitliches Werk, bestehend aus einer Webseite mit Werbung, ist somit nur in Sonderfällen denkbar.⁴⁰⁷

b) Kein Verstoß gegen ein Verwertungsrecht

Darüber hinaus scheitert ein Eingriff in das Bearbeitungsrecht – sofern man eine Bearbeitung bejaht⁴⁰⁸ – an einer insoweit bestehenden Einwilligung.⁴⁰⁹ Diese folgt aus den W3C-Standards⁴¹⁰, die die Anforderungen an die Funktionsweise von Webseiten vorgeben und insoweit Vorgaben zur Interoperabilität enthalten. Diese gehen davon aus, dass über den konkreten Aufbau der Webseite der Nutzer entscheidet und die Vorgaben des

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Eine Entstellung des Werks im Sinne des § 14 UrhG kommt nicht in Betracht,⁴¹³ da das insoweit geschützte Persönlichkeitsrecht⁴¹⁴ nicht betroffen ist und darüber hinaus das Werk nicht öffentlich gemacht wird.

3. Schutz des zugrunde liegenden HTML-Codes

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

a) Schutz als Computerprogramm

Nach ganz herrschender Meinung scheidet ein Schutz der Webseite als Computerprogramm aus, weil HTML 4, die Standardsprache für heutige Webseiten, lediglich eine Auszeichnungssprache ist, die nicht die für Computerprogramme typische erforderliche Ein- und Ausgabefähigkeiten besitzt.⁴¹⁵ Aber selbst wenn man einen Schutz der Webseite als Computerprogramm⁴¹⁶ – z. B. wegen der umfassenden Verwendung von HTML 5 – annimmt⁴¹⁷ und zusätzlich eine Bearbeitung eines Computerprogramms

411 *Kreutzer* MMR 2018, 639, 640.

412 Dagegen *Apel/Steden* WRP 2001, 112, 116 f.

413 *Anders Wandtke/Bullinger/v. Welser*, UrhG § 44a Rn. 12.

414 *Dreier/Schulze/Schulze*, UrhG § 14 Rn. 3, 16 ff.

415 *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, UrhG § 69a Rn. 19 m. w. N.

416 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 26 (juris); *Cichon* ZUM 1998, 897, 899; *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340; *Thomale* MMR 2017, 789, 790; *Piras*, *Virtuelles Hausrecht?*, S. 119.

417 *Fromm/Nordemann/Czychowski*, UrhG § 69a Rn. 8; *Wandtke/Bullinger/Grützmacher*, UrhG § 69a Rn. 19.

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

b) Datenbank(werk)

Ein Schutz als Datenbankwerk⁴²⁰ scheitert ähnlich dem Schutz der angezeigten Gestaltung daran, dass die Einfügung der standardisierten Werbung keine schöpferische Leistung darstellt⁴²¹ und darüber hinaus eine Einwilligung in die (zweifelhafte) Bearbeitung vorliegt.⁴²² Für eine Datenbank im Sinne des § 87a Abs. 1 UrhG ist eine solche Leistung zwar nicht erforderlich,⁴²³ allerdings besteht – unabhängig von der (abzulehnenden) Datenbankeigenschaft – kein Bearbeitungsrecht, vgl. § 87b UrhG.

III. Ergebnis

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Verletzungen durch die Anbieter von Werbeblockern

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

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

424 *EuGH* MMR 2017, 460 – *Filmspeler*; hierzu unten ausführlich auf 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185).

425 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 ff. – *Filmspeler*.

426 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 33 – *Filmspeler*.

427 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 26 f. – *Svensson*.

D. Ergebnis zum Urheberrecht

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

§ 4 Lauterkeitsrecht

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

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

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

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

A. Geschäftliche Handlung

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

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

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

430 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 3.

431 Vgl. Kreutz, Werblockersoftware, S. 128.

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

I. Eignung zur Beeinflussung einer geschäftlichen Entscheidung

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

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

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

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

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

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

Im Anschluss an die UGP-Richtlinie wird zumeist der objektive Zusammenhang mit der Absatz- und Bezugsförderung dahingehend verstanden, dass die Handlung bei objektiver Betrachtung dazu geeignet ist, durch Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidung den Absatz oder Bezug von Waren oder Dienstleistungen des eigenen oder fremden Unternehmens zu fördern.⁴³⁷ Hierzu wird auf die UGP-RL verwiesen, die u. a. in Erwägungsgrund 7 S. 1 UGP-RL darauf abstellt, dass die Richtlinie sich auf Geschäftspraktiken im unmittelbaren Zusammenhang mit der Beeinflussung der geschäftlichen Entscheidungen des Verbrauchers in Bezug auf Produkte beziehe.⁴³⁸ Der Begriff der geschäftlichen Entscheidung beruht ebenfalls auf der UGP-RL, konkret Art. 2 lit. k⁴³⁹,⁴⁴⁰ und erfasst in der – insoweit nahezu identischen – deutschen Fassung gem. § 2 Abs. 1 Nr. 9

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

444 Pommerening, Unlautere Vertragsdurchführung, S. 179.

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

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

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

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

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

446 Vgl. *Lettl* WRP 2019, 1265, 1267.

447 Anders aber *Scherer* WRP 2009, 761, 766, die Art. 2 lit. e UGP-RL heranzieht.

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

449 Vgl. *Beater* WRP 2009, 768, 778.

Diese Erwägungen gelten vollumfänglich auch für geschäftliche Handlungen der sonstigen Marktteilnehmer.⁴⁵⁰ Insoweit ist eine einheitliche Auslegung vom Gesetzgeber beabsichtigt.⁴⁵¹ Gleichzeitig zielen selbst direkte Behinderungen von Mitbewerbern auf die Beeinflussung des Wettbewerbs⁴⁵² und damit auf die zeitlich nachfolgende Entscheidung der Marktgegenseite.⁴⁵³ Somit ist ein Verhalten nur dann als geschäftliche Handlung zu qualifizieren, wenn es objektiv dazu geeignet ist, eine geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens zu beeinflussen.

II. Anwendung auf Werblocker in der Rechtsprechung und Literatur

Ohne Benennung einer von der Handlung potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidung nimmt ein Großteil der Stimmen in Rechtsprechung⁴⁵⁴ und Literatur⁴⁵⁵ eine geschäftliche Handlung an. Zumeist führen sie als Begründung an, es handele sich andernfalls um eine künstliche Aufspaltung eines einheitlichen Geschäftsmodells,⁴⁵⁶ da das für sich gesehen kostenlose Blocklisting die Vorbedingung für das entgeltliche Allowlisting darstelle.⁴⁵⁷ Nach dem *BGH* ist der unentgeltliche Charakter einzelner

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Zur Begründung einer geschäftlichen Handlung wird teilweise auch auf § 18 Abs. 2a GWB⁴⁶¹ rekurriert.⁴⁶² Wo ein Markt bestehe, müsse auch eine geschäftliche Handlung vorliegen. Die Installation des Werbeblockers habe bereits für sich einen Wert.⁴⁶³ Für ein weites Verständnis sprächen auch die Per-se-Verbote⁴⁶⁴ des UWG-Anhangs.⁴⁶⁵ Ohne die Bejahung einer geschäftlichen Handlung drohten bei vor allem in der Digitalökonomie verbreiteten Finanzierungsvarianten „über Eck“ Kontrolllücken.⁴⁶⁶ Das UWG erfasse jedes erwerbswirtschaftliche Handeln.⁴⁶⁷

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

458 BGH GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 21 – *Werbeblocker II*; Ullmann jurisPR-WettbR 11/2015, Anm. 4, B. II.

459 BGH GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 21 – *Werbeblocker II*.

460 LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 34 – *Adblock Plus*.

461 § 18 Abs. 2a GWB: „Der Annahme eines Marktes steht es nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.“; die Vorschrift wurde speziell für die Kontrolle von Plattformmärkten eingeführt, vgl. RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.

462 Fritzsche/Barth WRP 2018, 1405, 1407; Glöckner ZUM 2018, 844, 848.

463 Glöckner ZUM 2018, 844, 848.

464 Konkret Nr. 20, 21 und besonders Nr. 17 Alt. 1 UWG-Anhang.

465 Fritzsche/Barth WRP 2018, 1405, 1407 Rn. 13.

466 Alexander NJW 2018, 3620, 3621.

467 Alexander NJW 2018, 3620, 3621; in diese Richtung auch Fritzsche/Barth WRP 2018, 1405, 1406 f. Rn. 12.

468 Köhler WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 19; zumindest kritisch Köhler GRUR 2019, 123, 126; auch Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 129, der sich aber auf alle unentgeltlich abgegebenen Werbeblocker bezieht.

469 Vgl. Köhler WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 18 f.

470 Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 64 ff.; Kiersch, Adblocking, S. 78; wohl auch Fezer/Mankowski, S. 12 Rn. 75c.

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

III. Bewertung

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

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

471 Vgl. Köhler GRUR 2019, 123, 126.

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

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

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

1. Infrage kommende Entscheidungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Normen des UWG (bzw. diejenigen der UGP-RL) gehen zumindest implizit von einer klassischen Entgeltlichkeit aus bzw. sind von diesem Grundgedanken geprägt. Wegen dieser Fokussierung auf die – in der Praxis *fast* immer zutreffende – Situation bleibt unklar, ob die Nutzer eine geschäftliche Entscheidung treffen, wenn sie lediglich die Darstellung von Werbung auf ihrem Endgerät erlauben. Dass es sich bei den Werblockerbetreibern um Unternehmer handelt und ebenso ein Unternehmensbezug im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG⁴⁷⁸ vorliegt, kann vorausgesetzt werden.

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

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

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

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

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

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

Grundsätzlich ist dieser Begriff weit zu verstehen, es sind insbesondere mit dem Erwerb oder Nichterwerb eines Produkts zusammenhängende Entscheidungen wie z. B. das Betreten eines Geschäfts erfasst.⁴⁸² Es sollen im Verhältnis B2C alle Geschäftspraktiken verboten werden, die das wirtschaftliche Verhalten der Verbraucher beeinträchtigen.⁴⁸³ Es ist insoweit unumstritten, dass grundsätzlich auch tatsächliche Maßnahmen eine Entscheidung darstellen können.⁴⁸⁴ Allerdings wird dabei stets betont, dass die Entscheidung mit einem Geschäft zusammenhängen müsse.⁴⁸⁵ Köhler erfasst dementsprechend alle „Zwischenschritte“ auf eine angestrebte endgültige Entscheidung über ein Geschäft, was jeder entgeltliche Vertrag sei.⁴⁸⁶ Dabei ist vorauszusetzen, dass es sich bei der Leistung Werbeblocker um ein Produkt im Sinne des europäischen Oberbegriffs (Art. 2 lit. c UGP-RL) zu Ware und Dienstleistung⁴⁸⁷ handelt, da hierunter jedes kommerzielle Interesse zu verstehen ist, das Gegenstand des Geschäftsverkehrs am Markt sein kann.⁴⁸⁸

480 Köhler GRUR 2019, 123, 126.

481 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 220.

482 Vgl. EuGH GRUR 2014, 196, 198 Rn. 36 – Trento Sviluppo/AGCM; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 219.

483 EuGH GRUR 2014, 196, 198 Rn. 32 – Trento Sviluppo/AGCM; Lettl WRP 2019, 1265 Rn. 2; vgl. auch Erwägungsgrund 8 UGP-RL.

484 Köhler WRP 2014, 259, 260 Rn. 10; Alexander, FS Ahrens (2016), S. 17, 24.

485 EuGH GRUR 2014, 196, 198 Rn. 36 – Trento Sviluppo/AGCM: „damit unmittelbar zusammenhängende“; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 223: „im Hinblick auf“.

486 Köhler WRP 2014, 259, 260.

487 Fezer/Fezer, UWG § 2 B Rn. 196.

488 Zur Definition Fezer/Fezer, UWG § 2 B. Rn. 202.

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

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

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

489 GK UWG/Peukert, UWG § 2 Rn. 147.

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

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

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

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

scheiterte z. B. am dauerhaft fehlenden Entgelt.⁴⁹⁴ Anders wurde hingegen für einen Fernsehsender und eine Produktionsfirma für Fernsehformate entschieden, dass diese miteinander im Wettbewerb um die Zuschauer stünden.⁴⁹⁵ Auch unter Geltung des neuen UWG wurde auf den Wettbewerb um die Zuschauer für die Begründung des Wettbewerbsverhältnisses abgestellt.⁴⁹⁶ Dies setzt implizit⁴⁹⁷ voraus, dass die geschäftlichen Handlungen der Beteiligten sich an diese richten, die Zuschauer sich folglich geschäftlich für den jeweiligen Fernsehsender (bzw. mittelbar die Produktionsfirma) entscheiden.

Der BGH hat zu *Facebook* entschieden, dass das Unternehmen mit Werbemaßnahmen für seine Dienstleistungen gegenüber seinen Nutzern geschäftliche Handlungen vornehme.⁴⁹⁸ Im Urteil ging es um die Funktion „Freunde finden“, mit der Nutzer während des Registrierungsvorgangs die Möglichkeit erhielten, über eine von Facebook bereitgestellte Funktion werbliche E-Mails zu verschicken. Hierbei wurde davon ausgegangen, dass die Dienstleistung des Netzwerks im Sinne von § 7 Abs. 1, 2 UWG, unter Berücksichtigung von Art. 2 lit. a Werbe-RL⁴⁹⁹ (und damit auch § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG⁵⁰⁰),⁵⁰¹ die Bereitstellung der Plattform selbst ist, wie z. B. die Auswertung des E-Mail-Kontos des Nutzers im Hinblick auf seine Kontaktdaten.⁵⁰² Dabei wird auch darauf hingewiesen, dass der Nutzer durch letztere Handlung zu einer geschäftlichen Entscheidung, nämlich der Freigabe des E-Mail-Kontos zur Auswertung, gebracht werde.⁵⁰³ Der BGH geht damit davon aus, dass trotz der im Tatbestand ausdrücklich angesprochenen Werbefinanzierung⁵⁰⁴ die Nutzung des Netzwerks eine geschäftliche Entscheidung der angesprochenen Nutzer darstellt. Ähnlich sieht die *EU-Kommission* die Nichtaufklärung „kostenloser“ sozialer Netz-

494 BGH GRUR 2004, 602, 603 – 20 Minuten Köln.

495 BGH GRUR 2000, 703, 706 – Mattscheibe.

496 BGH GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – Internet-Videorecorder I.

497 Vgl. Fritzsche WRP 2016, 1036, 1036 Rn. 4.

498 Vgl. BGH GRUR 2016, 946, 949 Rn. 27 u. 952 Rn. 67 – Freunde finden.

499 Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl. EU L 376 vom 27.12.2006, S. 21.

500 Werbung ist ein Unterfall der geschäftlichen Handlung, dazu Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 15.

501 Vgl. BGH GRUR 2016, 946, 949 Rn. 26, 31, 33 f. – Freunde finden.

502 BGH GRUR 2016, 946, 952 Rn. 69 – Freunde finden.

503 BGH GRUR 2016, 946, 952 Rn. 67, 69 – Freunde finden.

504 BGH GRUR 2016, 946, 947 – Freunde finden.

werke über die Verarbeitung personenbezogener Daten als unter Umständen gem. Art. 7 UGP-RL (umgesetzt in § 5a UWG⁵⁰⁵) unlauter an.⁵⁰⁶

Im Zusammenhang mit einem durch Werbung und Spenden finanzierten Online-Dienst hat der ÖOGH hingegen entschieden, dass es für eine geschäftliche Entscheidung im Sinne von Art. 2 lit. k UGP-RL auf die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen eines Verbrauchers ankomme und demgemäß „in der Regel“ nur solche Handlungen geeignet seien, die geldwerte Veränderungen im Vermögen herbeiführten.⁵⁰⁷ Da auch keine entgeltlichen Dienste durch die Webseite angeboten wurden, sei eine geschäftliche Entscheidung und damit Geschäftspraktik (Art. 2 lit. d UGP-RL) abzulehnen.⁵⁰⁸ Dem wird teilweise zugestimmt.⁵⁰⁹ Köhler will aber solche Entscheidungen unter den Begriff der geschäftlichen Entscheidung fassen, wenn Handlungen gegen mitbewerberschützende Vorschriften wie § 6 UWG oder § 5 Abs. 1 UWG verstoßen. Das gebiete Art. 2 lit. b Werbe-RL⁵¹⁰, da dieser eine Alternative mit dem Ziel des Mitbewerberschutzes enthalte.⁵¹¹

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

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

505 HK-UWG/A. Nordemann, UWG § 5a Rn. 2.

506 EU-Kommission, Leitlinien zur Richtlinie 2005/29/EG, 163 final, S. 163 f.

507 ÖOGH MR 2009, 89, 91 – *Gratis-Onlinedienst*.

508 ÖOGH MR 2009, 89, 91 – *Gratis-Onlinedienst*.

509 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 156a.

510 Enthalten in der Definition des Begriffs der irreführenden Werbung: „[...] oder aus diesen Gründen einen Mitbewerber schädigt oder zu schädigen geeignet ist“.

511 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 156a.

512 *Omsels* WRP 2016, 553, 559 Rn. 43 f.

513 *Omsels* WRP 2016, 553, 559 Rn. 45.

514 *Alexander*, FS Ahrens (2016), S. 17, 27.

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

a) Unentgeltlichkeit

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

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

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

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

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

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

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

Für die Frage des Produkts sind die auszutauschenden Positionen zu bestimmen. Der Betreiber des Werbeblockers leistet eine Software und regelmäßige Aktualisierungen, also eine Dienstleistung im Sinne des UWG (und der UGP-Richtlinie). Die Leistung des Nutzers ist in der Installation und damit der Übergabe der Hoheit über die im Browser darzustellenden Inhalte zu sehen. Diese Hoheit erfasst bei einem allowlistenden Werbeblocker die Entscheidung über das Ob und Wie der Darstellung⁵²² von Werbung. Dem Werbeblocker wird damit nun Werbeplatz exklusiv zugewiesen. Diese Position ist, wie Online-Werbung allgemein und Allowlisting im Besonderen zeigen, auch „geldwert“ und damit prinzipiell eine Dienstleistung im Sinne des europäischen Rechts. Es leuchtet nicht ein, warum die Möglichkeit, dem Nutzer Werbung anzeigen zu können, nur dann geldwert ist, wenn der Webseitenbetreiber sie zuerst erhalten hat. Sie wird lediglich insoweit ökonomisch sinnvoll verwertbar, als dieser eine größere Anzahl an Nutzern bündelt. Die Aufmerksamkeit des Nutzers ist damit ein wichtiges wirtschaftliches Gut und kann (zumindest im Internet) gleichsam als „Währung“ bezeichnet werden.⁵²³

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

519 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 39 m. w. N.

520 EU-Kommission, Guidance on Directive 2005/29/EG, 1666 final, S. 21.

521 JurisPK-UWG/Ernst, UWG § 1 Rn. 9; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 1 Rn. 20.

522 Technisch möglich ist dabei weit mehr, insbesondere sind auch Ad Injections denkbar, also das Ausblenden der fremden und Einblenden eigener Werbeanzeigen, hierzu unten, 3. Teil § 7 (S. 340).

523 Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 9 m. w. N.

524 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 159; ähnlich Köhler WRP 2014, 259, 260 Rn. 10, der auf den Charakter als Zwischenschritt abstellt.

525 So z. B. Köhler WRP 2014, 259, 260 Rn. 10.

Verbraucherrechterichtlinie (VR-RL)⁵²⁶ beruht.⁵²⁷ Für § 312 Abs. 1 BGB ist anerkannt, dass als Entgelt jede Gegenleistung zu qualifizieren sei, die für einen Unternehmer in irgendeiner Form nützlich sei oder einen Marktwert habe.⁵²⁸ Das muss dann auch für das „vorgeschaltete“⁵²⁹ Lauterkeitsrecht gelten. Es wäre widersinnig, Verträge über den Empfang von Werbung als solche im Sinne der §§ 312 ff. BGB zu qualifizieren, aber insbesondere weder Anbahnung noch Durchführung dieses Vertrags dem Lauterkeitsrecht zu unterwerfen, da keine (monetäre) Gegenleistung des Verbrauchers erbracht werde. Zugleich besteht kein Widerspruch zum europäischen Recht. Zwar ist die VR-RL nur auf Fälle anwendbar, in denen der Verbraucher ein Entgelt in Form einer Zahlung leistet,⁵³⁰ allerdings hat die UGP-RL einen abweichenden Schutzzweck: Sie dient nicht der Regelung bestimmter Vertragsarten, sondern schützt den Verbraucher bei jeder „transactional decision“, reicht damit also weiter. Dieses Ergebnis liegt auf einer Linie mit der *Freunde-finden*-Entscheidung des BGH⁵³¹ im Lauterkeitsrecht.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

allerdings handelt es sich bei § 18 Abs. 2a GWB lediglich um eine Klarstellung,⁵³⁴ die sich im Ergebnis mit den Entscheidungen der Europäischen Kommission⁵³⁵ deckt. Die Norm soll vor allem mehrseitige Märkte erfassen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass indirekte Netzwerkeffekte über den Erfolg entscheiden. Die Nutzergruppe, für die die Größe der Kundenbasis keine Rolle spielt – hier die Nutzer eines Werbeblockers – werden dabei mit Preisen unter den Kosten bzw. komplett kostenlosen Angeboten gelockt, während die Finanzierung über die Gruppe derjenigen erfolgt, für die die Größe der Nutzergruppe auf dem ersten Markt relevant ist – hier die Webseitenbetreiber oder Werbetreibenden als Kunden des Allow-listings.⁵³⁶

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

Hierfür spricht ebenfalls, dass die Preissensitivitäten der nicht an die Menge der Nutzer⁵³⁹ gebundenen Gruppe⁵⁴⁰ nicht per se zu einer Abwesenheit eines Markts führen. Es ist vielmehr – zumindest bei digitalen Angeboten – so, dass kostenlose mit kostenpflichtigen Angeboten konkurrieren.⁵⁴¹ Insoweit liegt eine klassische Konkurrenzsituation vor. Gleichzeitig bedeutet die Entscheidung für das kostenlose Produkt immer eine Entscheidung gegen das kostenpflichtige bzw. das eines anderen „Mitwerbers“. Eine Kontrollbedürftigkeit dieses Marktes durch die Normen des UWG ist damit grundsätzlich zu bejahen.

534 RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.

535 Vgl. EU-Kommission, Facebook/WhatsApp, Regulation (EC) No 139/2004, S. 16 par. 90.

536 Vgl. RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47, 49.

537 GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 441; GK UWG/*Schünemann*, UWG Einl. G Rn. 36 m. w. N.

538 Vgl. *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 434.

539 Des Werbeblockers oder der (werbefinanzierten) Webseite.

540 Vgl. RegE 9. GWB-Novelle BT-Drucks. 18/10207, S. 47 f.

541 Wie z. B. auf dem Markt für presseähnliche Angebote im Internet.

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

b) Lediglich faktisches Austauschverhältnis

Der Annahme einer geschäftlichen Entscheidung steht auch nicht entgegen, dass der Nutzer sich nicht vertraglich⁵⁴³ bindet. Bezüglich des Vertragsrechts fehlt es bereits an einer Harmonisierung des Normenbestands, sodass das deutsche Ergebnis „Kein Vertrag“ nicht unbedingt in anderen Ländern gelten muss.⁵⁴⁴ Selbst auf dieses Argument kommt es letztlich nicht an, denn die Forderung eines (zumindest behaupteten) Vertragschlusses bzw. einer vertraglichen Verpflichtung ginge hier zu weit.⁵⁴⁵

⁵⁴² Vgl. *M. Becker* ZUM 2013, 829, 831.

⁵⁴³ 4. Teil § 11 A. II. (S. 403).

⁵⁴⁴ Vgl. Erwägungsgründe 24 S. 10 und 25 S. 3, 5 DINH-RL (siehe zur Richtlinie Fn. 812).

⁵⁴⁵ Vgl. auch EU-Kommission, Guidance on Directive 2005/29/EG, 1666 final, S. 22.

Das beginnt damit, dass es auf die Wirksamkeit eines Vertrags nicht ankommt,⁵⁴⁶ da bereits die Behauptung eines Vertrags ausreicht, um den Marktteilnehmer für Mitbewerber zu blockieren.⁵⁴⁷ Abstrahiert man diesen Gedanken, so bedeutet das, dass bereits die Blockade eines Nutzers genügt. Der Vergleich mit *Facebook* bestätigt diese Überlegung. Es ist zwar eine Registrierung und damit prinzipiell ein Vertragsschluss zur Nutzung erforderlich, aber *Facebook* enthält keine Hauptleistungspflicht zum Empfang von Werbung. Gleichzeitig nimmt die Bedeutung von Vertragsschlüssen im Internet⁵⁴⁸ ab, da es teilweise einfacher ist, sich über Werbung zu refinanzieren. Die durch die kostenlose Leistung erkaufte Aufmerksamkeit stellt lediglich eine faktische Position dar, nicht jedoch eine rechtlich abgesicherte⁵⁴⁹.

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

c) Hilfsweise: gebotene weite Auslegung

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

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

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

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

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

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

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

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

551 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Bornkamm/Feddersen, UWG § 5 Rn. 0.17: „wenig glücklich“; UWG-HdB/Schulte-Beckhausen, § 9 Rn. 10.

552 Erwägungsgrund 8 S. 2 UGP-RL, vgl. auch Art. 1 UGP-RL.

553 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 156a.

554 Anders aber Köhler GRUR 2019, 123, 126; WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 19.

3. Ergebnis

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

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

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

IV. Ergebnis

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

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

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

Die zu untersuchende geschäftliche Handlung ist somit für diesen Abschnitt (§ 4 der Arbeit) – vereinfacht⁵⁵⁵ – das Angebot einer Software zum Blocklisting mit entgeltlicher Allowlistingfunktion an Nutzer, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, diese Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich der Verwendung des Werbeblockers zu beeinflussen. Im Folgenden wird dieses Verhalten kurz als *Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern* bezeichnet. Die Aufnahme des Allowlistings in die geschäftliche Handlung dient dem Zweck, dass die Voraussetzungen einer geschäftlichen Handlung – konkret die Berührung wirtschaftlicher Interessen der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer – vorliegen und so klargestellt wird, wie die Mitbewerberstellung zu bestimmen ist. Dazu wird u.a. später gezeigt, dass je nach in Bezug genommener geschäftlicher Entscheidung die Mitbewerberstellung für unterschiedliche Verhaltensweisen gilt und dementsprechend die darauf basierenden Ansprüche eine unterschiedliche Reichweite haben.⁵⁵⁶

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

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

⁵⁵⁵ OLG Köln GRUR 2018, 863 – *Adblock-Plus Ordnungsgeld*.

⁵⁵⁶ 2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146), c) (S. 149).

Entscheidung geprägt wird⁵⁵⁷ –, sodass hier eine umfassende Klärung des Mitbewerberbegriffs zu erfolgen hat.

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

I. Abstrakte Darstellung der Mitbewerberbegriffe

Der Begriff des Mitbewerbers findet sich erst seit dem UWG 2004 im Gesetz. Mit der Verweisung auf das konkrete Wettbewerbsverhältnis nimmt die Definition auf die Rechtsprechung zum UWG seit 1896 Bezug.⁵⁵⁹ Ab dem UWG von 1909 wurde explizit vorausgesetzt, dass ein Unternehmer eine Handlung „zu Zwecken des Wettbewerbs“ vorgenommen hat (§ 1 S. 1 UWG⁵⁶⁰), was aufgrund des durch das UWG beabsichtigten Schutzes der Wettbewerber⁵⁶¹ dahingehend ausgelegt wurde, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Anspruchsteller und dem Handelnden vorliegen müsse.⁵⁶² Aufgrund der zentralen Stellung für die Anspruchsbeurteilung wurde dieses Merkmal unter Berufung auf einen wirksamen Individualschutz sehr weit ausgelegt, was teilweise kritisch gesehen wird.⁵⁶³

⁵⁵⁷ Dazu gerade, 2. Teil § 4 A. III. (S. 100).

⁵⁵⁸ Vgl. Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 124.

⁵⁵⁹ Ausführlich zum geschichtlichen Hintergrund GK UWG/Peukert, UWG § 2 Rn. 326 ff.

⁵⁶⁰ UWG 1909, RGBl. S. 499.

⁵⁶¹ Beater WRP 2009, 768, 769; vgl. auch Fezer/Fezer, UWG § 2 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 27.

⁵⁶² Bornkamm GRUR 1996, 527, 528.

⁵⁶³ Z. B. Beater WRP 2009, 768, 769.

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

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

1. Enger Mitbewerberbegriff

Unumstritten ist, abgesehen von Detailfragen, der Definitionskern des Mitbewerberbegriffs. Danach sind zwei Unternehmen Mitbewerber, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen kann, d. h. im Absatz behindern oder stören kann.⁵⁶⁶ Unter diesem engen Mitbewerberbegriff⁵⁶⁷ wird grundsätzlich analog kartellrechtlicher, aber aufgrund des unterschiedlichen Schutzzwecks weiter ausgelegter, Begrifflichkeiten auf das Tätigsein auf dem gleichen sachlichen, räumlichen und zeitlichen Markt abgestellt.⁵⁶⁸ Dieser wird dabei über eine Substituierbarkeit der Produkte aus Adressatensicht festgestellt.⁵⁶⁹ Die Substituierbarkeit kann auch bei branchenfremden Produkten vorliegen, sofern der Unternehmer eine Austauschbarkeit behauptet, wenn z. B. *ONKO-Kaffee* statt Blumen als Geschenk vorgeschlagen wird.⁵⁷⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Weiter Mitbewerberbegriff

Allerdings gibt es nach herrschender Meinung diverse Fälle, in denen dieser Mitbewerberbegriff (nicht nur bezüglich des Nachfragewettbewerbs) zu eng ist. Vor allem im Bereich der mitbewerberschützenden Tatbestände des § 4 UWG würden ansonsten Lücken entstehen, wie z. B. bei der Rufausbeutung branchenfremder Produkte⁵⁷⁴ oder (Fernseh)Werbeblockern.⁵⁷⁵ Trotz der einheitlichen Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG gehen diverse Autoren davon aus, dass der Mitbewerberbegriff in diesem nicht harmonisierten Bereich weitergehend auszulegen ist,⁵⁷⁶ da z. B. nur so Fälle der Rufausbeutung erfasst werden könnten.⁵⁷⁷ Wie eine solche Auslegung auszusehen hat, ist jedoch umstritten.⁵⁷⁸

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

571 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 108f.

572 *EuGH* GRUR 2007, 511, 513 Rn. 30, 32 – *de Landsbeer*.

573 Vgl. *BGH* NJW-RR 2010, 399, 400 Rn. 12 – *Blutspendedienst*.

574 *GK UWG/Peukert*, UWG § 2 Rn. 382.

575 *Blankenburg* WRP 2008, 186, 191.

576 *BGH* GRUR 2015, 1140, 1141 Rn. 17 – *Bohnengewächsextrakt*; *Fezer/Fezer*, UWG § 2 D. Rn. 15; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller*, UWG § 2 Rn. 123; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, UWG § 2 Rn. 93; *Ohly/Sosnitza/Sosnitza*, UWG § 2 Rn. 56; *Beater* WRP 2009, 768, 772 f.: „Bärendienst“ des Gesetzgebers; *Blankenburg* WRP 2008, 186, 191 f.; *Dreyer* GRUR 2008, 123, 129; kritisch *Lettl*, FS Köhler (2014), S. 429, 443: „im Grundsatz“ einheitliche Auslegung.

577 *UWG-HdB/Erdmann/Pommerening*, § 33 Rn. 1.

578 Vgl. auch die Darstellung der Ansichten bei *GK UWG/Peukert*, UWG § 2 Rn. 410 ff.

579 *Fezer/Fezer*, UWG § 2 Abs. 1 Nr. 3 Rn. 27; *Beater* WRP 2009, 768, 769.

schutz⁵⁸⁰ – ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bejaht, obwohl eine Austauschbarkeit bzw. ein gleicher Kundenkreis der Produkte nicht gegeben war.⁵⁸¹ Teilweise wurde trotzdem in diese Richtung argumentiert.⁵⁸² Die hieraus resultierende eher uneinheitliche⁵⁸³ Rechtsprechung hat der Gesetzgeber mit der UWG-Reform im Jahr 2004 als Basis für den neu eingeführten Mitbewerberbegriff bestätigt.⁵⁸⁴ Danach liege ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor, wenn „zwischen den Vorteilen, die jemand durch eine Maßnahme für sein Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die ein anderer dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.“⁵⁸⁵

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dem stimmt mit Blick auf den expliziten Willen des Gesetzgebers die herrschende Meinung grundsätzlich zu.⁵⁹² Ergänzend wird angeführt, dass der wettbewerbliche Bezug sich aus der Eigenart der Produkte oder aus der getroffenen Werbemaßnahme ergeben könne.⁵⁹³ Ähnliche Ansätze werden dahingehend vertreten, dass ebenfalls eine Sonderbeziehung der Unternehmen zueinander gefordert wird, die z. B. als verdichtete, mit Konkurrenzmoment versehene Wettbewerbsbeziehung,⁵⁹⁴ gesteigerte Nähebeziehung⁵⁹⁵ oder gegenseitige Beeinflussung der Leistungen⁵⁹⁶ definiert werden.

Andere Stimmen wollen hingegen an der Substituierbarkeit festhalten.⁵⁹⁷ *Bähr* stellt für eine solche auf die Sicht des Kunden ab, sodass eine Austauschbarkeit beispielsweise durch Werbung begründet werden könne.⁵⁹⁸ Danach werden insbesondere Fälle des Anhängens an eine fremde Leistung nicht erfasst, da hier häufig ein Gleichlauf der Interessen vorliege.⁵⁹⁹ Demgegenüber betont *Lettl*, dass das UWG im Verhältnis zu Verbrauchern vor allem europäisches Recht umsetze und dieses einen eigenen Mitbewerberbegriff habe, der die Substituierbarkeit⁶⁰⁰ voraussetze.⁶⁰¹ Aufgrund der einheitlichen Definition in § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG müsse dieser europäische Mitbewerberbegriff grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Unternehmern Anwendung finden.⁶⁰² Deshalb sei auf die gleiche oder umgekehrte Grundfunktion eines Produkts abzustellen.⁶⁰³ *Beater*

590 BGH GRUR 2017, 918, 919 Rn. 16 – Wettbewerbsbezug.

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

592 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 109a; Dreyer GRUR 2008, 123, 126.

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

594 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 131.

595 Dreyer GRUR 2008, 123, 126.

596 Kiersch, Adblocking, S. 87 f.

597 MüKoUWG/Bähr, UWG Rn. 249; Beater WRP 2009, 768, 771; Lettl, FS Köhler (2014), S. 429, 436 ff.

598 MüKoUWG/Bähr, UWG Rn. 250.

599 MüKoUWG/Bähr, UWG Rn. 254.

600 Vgl. EuGH GRUR 2007, 511, 513 Rn. 32 – de Landtsheer.

601 Lettl, FS Köhler (2014), S. 429, 436.

602 Lettl, FS Köhler (2014), S. 429, 443.

603 Lettl, FS Köhler (2014), S. 429, 437.

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

Gegen den Ansatz von *Beater* ist jedoch einzuwenden, dass die Beteiligten nicht stets auf Vernichtung des anderen und damit im Endeffekt auf eine Monopolstellung hinstreben. Außerdem würde contra legem (und auch im Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers)⁶⁰⁶ die Klagebefugnis des unmittelbar Verletzten⁶⁰⁷ wieder eingeführt.⁶⁰⁸ Eine grundsätzlich einheitliche Auslegung hat die Gesetzessystematik auf ihrer Seite, allerdings ist die Fortgeltung der bisherigen Rechtsprechung der Wille des Gesetzgebers.⁶⁰⁹ Auch ist das Kriterium der gleichen Grundfunktion von *Lettl* nur schwer handhabbar. Vielmehr ist das Abstellen auf das Produkt nach hier vertretener Ansicht nicht zielführend, stattdessen ist die Entscheidung der Marktgegenseite in den Vordergrund zu rücken (dazu sogleich). So ist die Bezugnahme auf die Grundfunktion als entscheidendes Kriterium z. B. für die Konstellation aus dem Urteil *Tchibo/Rolux*⁶¹⁰ kritisch zu sehen, da trotz gleicher Grundfunktion komplett unterschiedliche Verbrauchergruppen angesprochen wurden und eine Substituierbarkeit nicht mehr vorliegt. Gleichzeitig zeigt dieses Beispiel, dass das Merkmal der Substituierbarkeit zu eng ist. Nur mithilfe des weiten Mitbewerberbegriffs können diverse regelungsbedürftige Fälle erfasst werden,⁶¹¹ dazu sogleich.⁶¹²

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

604 *Beater* WRP 2009, 768, 771.

605 *Beater* WRP 2009, 768, 773.

606 Vgl. RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 22.

607 So *Beater* WRP 2009, 768, 779.

608 Deshalb ablehnend: GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 423.

609 RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 40; *Dreyer* GRUR 2008, 123, 126; GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 369.

610 BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolux I*: *Tchibo* vertrieb Uhren im *Rolux*-Design für einen Bruchteil des Preises.

611 Z. B. BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolux I*; NJW 1983, 1431 – *Rolls-Royce*.

612 2. Teil § 4 B. II. 3. cc) (S. 136).

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

II. Hier zugrunde liegendes Verständnis

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

1. Ausgangspunkt: zwei sich gegenüberstehende geschäftliche Handlungen

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

613 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 109b.

614 Fezer/Fezer, UWG § 2 Nr. 3 Rn. 34a; vgl. auch BGH GRUR 2014, 393, 395 Rn. 26 – *wetteronline.de*.

615 Vgl. z. B. BGH GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.

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

Gleichzeitig ist nur so die Erfassung atypischer Konstellationen möglich. Sind z. B. zwei Unternehmen in verschiedenen Branchen tätig und wenden sich nun gleichzeitig an neue, bisher nicht angesprochene Kunden, z. B. indem sie versuchen, ihr Produkt als Mitbringsel⁶²⁰ zu etablieren, stehen sie allein durch diese geschäftlichen Handlungen auf dem gleichen Markt im Wettbewerb. Hier konstituiert sich der Markt also darüber, an wen sich die beiden geschäftlichen Handlungen wenden.

Dies bedeutet, dass der Unternehmer, der Anspruchsteller ist, ebenso mit seinem Verhalten eine geschäftliche Entscheidung beeinflussen möchte und damit geschäftlich handelt im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Das ergibt sich auch daraus, dass der Mitbewerberbegriff gerade nicht statusbezogen, sondern handlungsbezogen⁶²¹ ist. Diese Überlegung mag zwar banal wirken, ist jedoch für eine Analyse der Mitbewerberstellung maßgeblich.

2. Konsequente Fokussierung auf die geschäftliche Entscheidung

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

616 Vgl. zum europäischen Mitbewerberbegriff *EuGH GRUR* 2007, 511, 513 Rn. 31 – *de Landtsheer*.

617 Vgl. nur *BGH GRUR* 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.

618 Vgl. nur *BGH GRUR* 2017, 918, 919 Rn. 16 – *Wettbewerbsbezug*.

619 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: „jedes Verhalten [...]“ und Nr. 9: „jede Entscheidung [...]“.

620 Der Klassiker: *BGH GRUR* 1972, 553 – *Statt Blumen ONKO-Kaffee*.

621 Statt fast aller Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, *UWG* § 2 Rn. 130.

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

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

Die geschäftliche Handlung des Angreifers ist per definitionem⁶²² (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) geeignet, geschäftliche Entscheidungen zugunsten seines Unternehmens zu beeinflussen. Ist nun die Handlung oder deren potenzielle Auswirkungen auf die geschäftlichen Entscheidungen *zugunsten* des eigenen Unternehmens dazu geeignet, gleichzeitig auf die geschäftlichen Entscheidungen der Adressaten des Angegriffenen *negativ* einzuwirken, so besteht grundsätzlich die für ein Wettbewerbsverhältnis erforderliche gesteigerte Nähebeziehung (zu den konkreten Anforderungen so gleich).

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

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

623 Vgl. MüKoUWG/Sosnitza, UWG § 1 Rn. 27 m. w. N.

ist eine grundsätzliche Kohärenz der Argumentation im konkreten Fall sichergestellt.

3. Anwendung auf den Mitbewerberbegriff

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

a) Enger Mitbewerberbegriff

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

Nach hier vertretenem Verständnis zielen (objektiv) in Fällen des engen Mitbewerberbegriffs beide Unternehmen auf dieselben geschäftlichen Entscheidungen derselben Adressaten dahingehend, dass die Entscheidungen zueinander alternativ sind. Die Alternativität der Entscheidungen ersetzt die Gleichartigkeit im Sinne einer Austauschbarkeit. Aus Sicht des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers bedeutet die Bejahung des einen Geschäfts in der Regel⁶²⁶ die Verneinung des anderen. Die Entscheidenden werden einen Bedarf zumeist nur einmal decken wollen. Es ist damit zu fragen, ob der Entscheidende eine alternative geschäftliche Entscheidung trifft, was sich nach den Anschauungen des angesprochenen Verkehrskreises bestimmt. Eine alternative geschäftliche Entscheidung liegt insbesondere vor, wenn das Produkt nach Ansicht des Verkehrskreises austauschbar ist. Der Vorteil ist, dass so klar begründet werden muss, ob der jeweils angesprochene Verkehr überhaupt eine geschäftliche Ent-

624 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 137.

625 *EuGH* GRUR 2007, 511, 513 Rn. 30 – *de Landtsheer*.

626 Anders aber u. U. bei „Zusatzprodukten, vgl. dazu unten, 3. Teil § 5 B. II. 2. (S. 318).

scheidung trifft und gleichzeitig auf die maßgebliche Zielgruppe abgestellt wird.

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

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

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

Dabei ist zu beachten, dass, um einen allgemeinen Wettbewerb um Kaufkraft⁶²⁹ zu verhindern, der Bezugspunkt der jeweiligen Entscheidungen nicht die Zahlung von Geld sein kann. Andernfalls wäre zu häufig eine Alternativität der Entscheidungen im Sinne einer Austauschbarkeit gegeben. Zwar ermöglicht die gesetzliche Definition der geschäftlichen Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) mit dem Verweis auf „Zahlung leisten“ prinzipiell eine solche Bezugnahme, allerdings würde eine solche das Erfordernis der Mitbewerberstellung ad absurdum führen. Weiterhin ist zu beachten, dass aufgrund der Voraussetzung der Alternativität die

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

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

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

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

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

Allerdings führen die Bezugnahme auf die geschäftliche Entscheidung im Rahmen der geschäftlichen Handlung und die Fortführung auf Ebene der Mitbewerberdefinition zu einem anderen Ergebnis in den *Pannenhilfe*-Fällen⁶³⁰. Verklagt waren jeweils Abschleppunternehmer, die für den ADAC Abschlepparbeiten durchführten. Rief nun ein Autofahrer den ADAC an, wurde der Abschleppunternehmer informiert und fuhr dorthin. Dabei war der Unternehmer vom ADAC gem. dessen Bedingungen angewiesen, dass die Abschleppleistungen vom ADAC (aufgrund bereits bestehender Mitgliedschaft des Autofahrers) nur dann bezahlt werden, wenn niemand anderes für den Vorgang zahlen würde, insbesondere kein solche Vorgänge abdeckender Schutzbrief bei einer Versicherung bestünde. Bestand nun ein Schutzbrief, so klärte der Abschleppunternehmer die Kunden entsprechend auf, erbrachte die Leistung in eigener Verantwortung, ließ sich den Anspruch des Havariierten gegen dessen Versicherung abtreten und setzte die Forderung gegen die Versicherung durch. Die Versicherung begehrte nun Unterlassung dieses Verhaltens des Abschleppunternehmers. Ordnet man dieses als das eines Dritten ein, kommt es auf ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem ADAC und der Versicherung an. Dazu entschieden die Oberlandesgerichte einheitlich, dass ein solches zwischen der Versicherung und dem ADAC nicht vorliege.⁶³¹ Die Versicherung sei nicht im Absatz ihrer Leistungen – der Versicherungen – beeinträchtigt und deshalb bestehe kein Wettbewerbsverhältnis zwischen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

635 Fezer/Büscher, UWG § 8 Rn. 240; MüKoUWG/Ottöffling, UWG § 8 Rn. 348.

636 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen, UWG § 8 Rn. 3.28 m. w. N.

b) Weiter Mitbewerberbegriff

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

aa) Übertragung auf den weiten Mitbewerberbegriff

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

Für die Frage der Beeinträchtigung durch das handelnde Unternehmen geht es hier ebenso um die Einwirkung auf die geschäftliche Entscheidung der durch das beeinträchtigte Unternehmen angesprochenen Verkehrskreise. Dies spiegelt sich bereits in der Äußerung des Gesetzgebers wider, dass die Behinderung von Unternehmen sich stets im Absatz oder Bezug auswirkt.⁶³⁸ Die Förderung bzw. Beeinträchtigung des Absatzes (bzw. Bezugs) kann ebenso wie für den engen Mitbewerberbegriff⁶³⁹ auf die geschäftlichen Entscheidungen bezogen werden: Die Förderung von geschäftlichen Entscheidungen für das eigene Produkt kann also mit der Beeinträchtigung von geschäftlichen Entscheidungen bezüglich des fremden Produkts einhergehen.

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

637 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. I. 2. (S. 119).

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

639 Siehe gerade, 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

Vergleicht man z. B. die Fälle *Tchibo/Rolox*⁶⁴⁰ und *Wettbewerbsbezug*⁶⁴¹ miteinander, so werden in beiden Fällen (auch) unterschiedliche Kundengruppen angesprochen, die sich nicht überschneiden. Im ersten Fall verkaufte *Tchibo* Imitate einer *Rolox*-Uhr für ca. 40 DM und nutzte so den Ruf von *Rolox* als Hersteller von Luxusuhren aus. Das konkrete Modell als *Rolox*-Original kostete hingegen zwischen 3.250 DM und 4.650 DM. *Rolox* befürchtete (höchstwahrscheinlich) weniger das Abwandern von Kunden zu *Tchibo* als vielmehr durch *Tchibo* infolge des Verlusts an Exklusivität durch die Imitate. Im Fall *Wettbewerbsbezug* bewarb eine Rechtsanwalts-gesellschaft ihre Leistungen mit Pressemitteilungen zu einem Fondsanbieter und versuchte so, (enttäuschte) Bestandskunden dieses Anbieters als Mandanten zu akquirieren. Gleichzeitig wirkte sie durch die Mitteilungen als Reflex auf potenzielle Neukunden des Fondsanbieters ein. Daneben wurde auch auf die Bestandskunden dahingehend eingewirkt, dass diese keine weiteren Anteile am Fonds zeichnen und stattdessen den Anbieter mithilfe der Rechtsanwalts-gesellschaft verklagen, das ist jedoch insoweit eine Frage des engen Mitbewerberbegriffs (dazu bereits oben⁶⁴²), da diese Fälle nicht vom weiten Mitbewerberbegriff erfasst sind (zum Verhältnis sogleich⁶⁴³) und hier ausgeklammert bleiben sollen. Beide Unternehmen werden die Einwirkung auf die potenziellen (Neu-)Kunden des anderen Unternehmens nicht beabsichtigt haben – insbesondere profitieren sie nicht davon, obwohl diese „Reflexe“ notwendige Folge des eigenen Verhaltens sind.

Zur Behandlung solcher Konstellationen stellt die neuere, zum Fall des Fondsanbieters entwickelte *BGH*-Rechtsprechung auf den wettbewerblichen Bezug zwischen den jeweiligen Produkten ab.⁶⁴⁴ Für diesen „etwas nebulösen“⁶⁴⁵ Begriff existiert keine Definition, auch der *BGH* nähert sich diesem nur über Fallbeispiele.⁶⁴⁶

Nach hier vertretener Ansicht kommt es aber wie beim engen Mitbewerberbegriff nicht auf die Produkte, sondern auf die jeweiligen geschäftlichen Entscheidungen an. Stets ist entscheidend, dass das Produkt abgesetzt wird bzw. ein gewünschtes bezogen werden kann. Die Produkte stellen vielmehr das Bindeglied zwischen dem Unternehmen und seinem Absatz- oder Bezugsmarkt her. Das Ziel ist, dass der Markt die Produkte abnimmt.

640 *BGH* GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolox I*.

641 *BGH* GRUR 2017, 918 – *Wettbewerbsbezug*.

642 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

643 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).

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

645 So *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487.

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

Da dieser Markt nur die Summe der geschäftlichen Entscheidungen ist, kommt es im Kern auf die (typisierte) geschäftliche Entscheidung an.⁶⁴⁷

Stellt man nun anstatt auf das Produkt auf die anvisierte geschäftliche Entscheidung und infolgedessen auf die geschäftliche Handlung ab, so ergibt sich Folgendes: Das Verhalten beider Unternehmen steht als geschäftliche Handlung in einem objektiven Zusammenhang (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) mit jeweils einer geschäftlichen Entscheidung der von ihnen angesprochenen Marktteilnehmer. Anders als beim engen Mitbewerberbegriff sind die so beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen nicht alternativ und werden durch *unterschiedliche* Marktteilnehmer getroffen, die aber der gleichen Gruppe von Marktteilnehmern angehören können.

Zwischen diesen beiden geschäftlichen Entscheidungen muss, wie bereits oben angesprochen, ein besonderer Bezug bestehen. Dieser folgt aber nicht aus den jeweiligen Eigenarten der Produkte, sondern aus den Einwirkungen der geschäftlichen Entscheidungen.

Die geschäftlichen Entscheidungen, die der Angreifer *zugunsten* seines Unternehmens zu beeinflussen bzw. bewirken versucht, wirken sich (potenziell) *zulasten* der geschäftlichen Entscheidungen bezüglich des Angegriffenen aus. Während beim engen Mitbewerberbegriff die geschäftliche Handlung des Angreifers auf die geschäftliche Entscheidung zulasten des Angegriffenen einwirkt, wirkt beim weiten Mitbewerberbegriff die durch den Angreifer beeinflusste Entscheidung auf die Entscheidung bezüglich des Angegriffenen ein. Dabei reicht stets die Geeignetheit zur Einwirkung aus, eine tatsächliche Einwirkung ist nicht erforderlich.

Dieser *Entscheidungsbezug* bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung des typisierten Adressaten der geschäftlichen Handlung des Angegriffenen. Es ist zu fragen, ob die Entscheidungen der Marktteilnehmer bezüglich des angreifenden Unternehmens dazu geeignet wären, die Entscheidungen der Marktteilnehmer zu beeinflussen, die der angegriffene Unternehmer zu beeinflussen sucht. Dieser Zusammenhang bestimmt sich nach dem objektiven Horizont der Marktteilnehmer. Maßgeblich ist, ob sich diese durch die Entscheidung der vom anderen Unternehmer angesprochenen Marktteilnehmer beeinflussen lassen. So beeinflussten die von *Tchibo* beabsichtigten Entscheidungen zugunsten des Imitats die Entscheidungen der potenziellen *Rolux*-Kunden zulasten des Originals; je mehr geschäftliche Entscheidungen zugunsten von *Tchibos* Imitat ausfallen, desto mehr geschäftliche Entscheidungen fallen zulasten *Rolux* aus. Im Fall der Fondsgesellschaft hingegen beeinflussten die Entscheidungen der Adressaten der

647 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 B. II. 2. (S. 124).

Anwälte, der enttäuschten Fondskunden, nicht die Entscheidungen der potenziellen Fondsneukunden (zu beiden und weiteren Fällen ausführlich sogleich⁶⁴⁸).

Die Interpretation des Wettbewerbsbezugs als Entscheidungsbezug hat den Vorteil, dass der Zusammenhang zwischen der geschäftlichen Handlung und der Beeinträchtigung nicht mittelbar über die Eigenschaften der Produkte festgestellt wird. Die Eigenschaften sind lediglich Entscheidungsgrundlage für die angesprochenen Marktteilnehmer. Es wird so direkt an der Quelle für die insoweit relevante Beeinträchtigung, nämlich die (negativ) beeinflussten Entscheidungen der vom Angegriffenen angesprochenen Marktteilnehmer, angesetzt. Beeinträchtigungen des Absatzes (oder Bezugs) setzen stets eine Entscheidung der sonstigen Marktteilnehmer voraus. Inwiefern die Produkte selbst aufeinander einwirken, ist irrelevant und als Abgrenzungskriterium untauglich, wie bereits die „Definition“ des Merkmals Wettbewerbsbezug durch bloße Kasuistik zeigt. Gleichzeitig schränkt das Kriterium des Entscheidungsbezugs den Kreis der betroffenen Marktteilnehmer soweit ein, dass eine echte Betroffenheit vorliegt und nicht lediglich eine irgendwie geartete Behinderung für ein konkretes Wettbewerbsverhältnis ausreicht.

Wie beim engen Mitbewerberbegriff kann eine Bezugnahme – auch nur einer der beiden geschäftlichen Entscheidungen – auf eine Geldzahlung nicht erfolgen. Dies ergibt sich daraus, dass eine grundsätzliche Beeinflussung der Entscheidungen immer vorliegen würde, da geschäftliche Entscheidungen fast immer⁶⁴⁹ Auswirkungen auf die persönliche Kaufkraft haben. Dementsprechend würde eine andere geschäftliche Entscheidung ebenso von der Kaufkraftminderung infolge der ersten geschäftlichen Entscheidung beeinflusst werden. Ein solcher Zusammenhang, der nur über die allgemeine Minderung der Kaufkraft funktioniert, kann kein konkretes Wettbewerbsverhältnis begründen.

Allerdings ist es wegen des Wegfalls des Erfordernisses der Alternativität im Gegensatz zum engen Mitbewerberbegriff auch möglich, dass Absatz- und Bezugsentscheidungen zueinander in Bezug stehen, sofern es sich nicht um Geldzahlungen handelt.

Aus dem Abstellen auf den wettbewerblichen *Entscheidungsbezug* ergibt sich folgende Definition: Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern liegt vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinan-

648 2. Teil § 4 B. II. 3. b) cc) (S. 136).

649 Eine denkbare Ausnahme stellen z. B. Tauschgeschäfte dar.

derstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.

bb) Verhältnis zum engen Mitbewerberbegriff

Für den engen Mitbewerberbegriff beeinflusst das Verhalten des angreifenden Unternehmers die geschäftliche Entscheidung der Marktgegenseite. Auf die gleichen Entscheidenden hat es der beeinträchtigte Unternehmer mit seinem Verhalten abgesehen. Die Alternativität, zu verstehen im Sinne einer alternativen Bedürfnisdeckung, wird dabei mithilfe des gleichen typisierten Durchschnittsadressaten festgestellt, ob durch die jeweiligen Entscheidungen das gleiche Bedürfnis gedeckt wird.

Nun treten beim weiten Mitbewerberbegriff an die Stelle des Verhaltens des angreifenden Unternehmers die Auswirkungen der geschäftlichen Entscheidungen der Marktteilnehmer, zu deren Beeinflussung seine geschäftliche Handlung geeignet ist. Diese Auswirkungen der Entscheidungen beeinflussen jetzt die Entscheidungen der Marktteilnehmer, die der beeinträchtigte Unternehmer zu beeinflussen sucht.⁶⁵⁰ Diese Auswirkungen können jedoch nicht beim selben typisierten Durchschnittsadressaten eintreten, da eine „interne“ Beeinflussung der Entscheidungen nicht infrage kommt und andernfalls dem (weiten) Mitbewerberbegriff eine uferlose Weite drohen würde.

Allerdings ist es möglich, dass eine scheinbar homogene Gruppe sich durch die (potenziellen) Entscheidungen eines Teils der Adressaten in zwei Gruppen teilt. Dann können Fälle auftreten, in denen die (potenziellen) Entscheidungen der ersten Gruppe geeignet sind, die zweite Gruppe in ihren Entscheidungen zu beeinflussen. Beispiel hierfür ist die dem Urteil *World of Warcraft II*⁶⁵¹ zugrunde liegende Konstellation. Hier vertrieb ein Unternehmen das Computerspiel *World of Warcraft*, bei dem Spieler online gegeneinander antreten. Teil des Spiels ist es u.a., repetitive Aufgaben zu erledigen, um dadurch Vorteile zu erlangen. Das verklagte Unternehmen bot nun sogenannte „Bots“ an, die solche Aufgaben automatisiert

650 Zwar drängt sich hier der Begriff des „mittelbaren Wettbewerbsverhältnisses“ auf, allerdings ist dieser bereits anderweitig besetzt, vgl. Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 2 Rn. 62.

651 BGH GRUR 2017, 397 – *World of Warcraft II*.

vornehmen. Spieler, die solche Bots entgegen der AGB des Spielevertreibers benutzten, erlangten dadurch Vorteile gegenüber den anderen Spielern, die die Aufgaben selbst erledigten und dadurch nicht so schnell im Spiel vorankamen.⁶⁵² Eine Mitbewerberstellung kann man nun mithilfe des weiten Mitbewerberbegriffs dahingehend begründen, dass die potenziellen Entscheidungen der Spieler, die die Bots nutzen (1. Gruppe), dazu geeignet sind, die anderen Spieler ohne Bot (2. Gruppe) negativ in ihrer Entscheidung zugunsten des Spielevertreibers zu beeinflussen. Dies ist keine (abzulehnende) „interne“ Beeinflussung, sondern eine solche von verschiedenen Gruppen untereinander.

Gleichzeitig ist für die Bezeichnung der geschäftlichen Handlung wesentlich, dass durch die Bezeichnung der potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidung der Kreis der Adressaten genau bestimmt ist. Das führt dazu, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nie über beide Mitbewerberbegriffe gleichzeitig bezüglich der selben Entscheidungen begründet werden kann. Denn entweder ist im Rahmen des engen Mitbewerberbegriffs die Alternativität anhand eines einzelnen Adressaten festzustellen oder es kommt darauf an, wie sich die Entscheidungen verschiedener Adressaten untereinander beeinflussen. Dass ein Verhalten gleichzeitig auf verschiedene Entscheidungen einwirken kann, ist damit jedoch nicht ausgeschlossen.

cc) Erläuterung an Fallbeispielen

Diese Präzisierung des Wettbewerbsbezugs zwischen den Produkten zu einem Entscheidungsbezug führt im Regelfall zu gleichen Ergebnissen in diversen Beispielfällen.

Im oben angesprochenen Fall *Wettbewerbsbezug*, bei dem eine Rechtsanwaltsgesellschaft enttäuschte Fondskunden als Mandanten zu akquirieren suchte, verneinte der BGH zu Recht ein Wettbewerbsverhältnis. Argument des BGH war, dass die bloße negative Auswirkung auf das fremde Geschäft nicht ausreiche und ansonsten jeder Anwalt, der gegen den Unternehmer vorgehe, Mitbewerber wäre, sodass der Wettbewerbsbezug der Leistungen fehle.⁶⁵³ Präziser hingegen ist das Abstellen auf die jeweils beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen. Der Fondsanbieter möchte neue Kunden akquirieren bzw. Bestandskunden vom Kauf weiterer Anteile überzeugen

652 Zur rechtlichen Beurteilung 4. Teil § 8 A. II. 2. a) (S. 375).

653 Vgl. BGH GRUR 2017, 918, 920 Rn. 20 – *Wettbewerbsbezug*.

und der Anwalt die Bestandskunden des Fondsanbieters ansprechen. Dabei ist zuerst zu beachten, dass geschäftliche Handlungen nur solche sind, die Entscheidungen *zugunsten* eines Unternehmens beeinflussen.⁶⁵⁴ Daraus folgt, dass die Rechtsanwälte durch ihre geschäftliche Handlung (Werbung) allein die Entscheidungen der Bestandskunden (potenziell) *zugunsten* der Mandatierung beeinflussen. Nun ist zu fragen, ob die so (potenziell) beeinflussten Entscheidungen geeignet sind, Bestands- oder Neukunden bei der Entscheidung über den Kauf (weiterer) Fondsanteile *zulasten* des Fondsanbieters zu beeinflussen. Das ist hier zu verneinen. Denn die geschäftlichen Entscheidungen der Bestandskunden haben keine Auswirkungen darauf, wie sich Bestands- oder Neukunden in Bezug auf den Kauf von Anteilen (geschäftlich) entscheiden. Gleichzeitig scheidet eine „interne“ Beeinflussung in dem Sinne aus, dass ein Kunde sich durch seine eigene Entscheidung für die Anwälte gegen die Neuanlage entscheidet, weil das eine Frage der Alternativität ist, die aber abschließend vom engen Mitbewerberbegriff erfasst ist.⁶⁵⁵ Da oben eine Alternativität der Entscheidungen ausgeschlossen wurde,⁶⁵⁶ liegt kein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor.

Im Fall *Werbeblocker I* ging es um ein TV-Vorschaltgerät, das in Werbepausen auf einen Sender ohne Werbung umschaltete. Hier begründete die Rechtsprechung ein Wettbewerbsverhältnis vor allem darüber, dass die durch den (kostenpflichtigen) Werbeblocker abgeworbenen Zuschauer letztlich die Werbeeinnahmen schmälerten.⁶⁵⁷ Nach hier vertretener Auffassung hat die geschäftliche Entscheidung der Zuschauer für den Werbeblocker direkten Einfluss auf die geschäftliche Entscheidung der Werbetreibenden in Bezug auf die Buchung von Werbezeiten.⁶⁵⁸ Insoweit liegt ein wettbewerblischer Entscheidungsbezug vor.

Im Fall *Tchibo/Rolux*⁶⁵⁹ lässt sich der Bezug nicht über die konkrete Eigenart der Produkte begründen. Stattdessen folgt der Entscheidungsbezug

654 § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: geschäftliche Handlung: „jedes Verhalten *zugunsten* des eigenen oder eines fremden Unternehmens“ (Hervorhebung durch Verf.).

655 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).

656 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

657 Vgl. BGH NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werbeblocker I*.

658 Dazu auch unten, 2. Teil § 4 B. III. 2. c) bb) (3) (S. 152), daneben kommt ein Wettbewerbsverhältnis nach dem engen Mitbewerberbegriff nicht infrage, da die Nutzer sich nicht alternativ zwischen Werbeblocker und dem Produkt Fernsehen entscheiden.

659 BGH GRUR 1985, 876 ff. – *Tchibo/Rolux I*, dazu auch gerade, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) aa) (S. 131).

daraus, dass die Entscheidungen der *Tchibo*-Kunden für diese Uhr – und die damit einhergehende Verbreitung dieses für *Rolux* typischen Designs – dazu geeignet waren, dass die von *Rolux* angesprochenen Kunden sich aufgrund des Exklusivitätsverlusts nicht mehr für *Rolux* (geschäftlich) entschieden hätten. Demgegenüber kommt es nicht auf die Rufausnutzung durch das Verhalten (Angebot) selbst an, weil die dadurch beeinflussten Entscheidungen der (potenziellen) *Rolux*-Kunden nicht *zugunsten*⁶⁶⁰ von *Tchibo* beeinflusst worden sind. Es ist also allein auf Beeinflussung der Entscheidungen der *Rolux*-Kunden durch die von *Tchibo* beeinflussten Entscheidungen seiner Kunden abzustellen. Der Bezug ist also auch hier in den Entscheidungen der Kunden zu suchen.

Im Fall *nickelfrei* entschied der BGH, dass das Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Lizenzgeber für ein nickelfreies Herstellungsverfahren für Schmuck und einem Produzenten von nur angeblich nickelfreiem Schmuck darüber begründet werde, dass beide Produkte sich aufeinander bezögen und die Beeinträchtigung des Absatzes der Schmuck herstellenden Lizenznehmer sich auf den Absatz des Lizenzgebers auswirke.⁶⁶¹ Nach dem hier zugrunde liegenden Verständnis beeinflussten die Entscheidungen der Verbraucher für den angeblich nickelfreien Schmuck die geschäftlichen Entscheidungen der anderen Schmuckhersteller in Bezug auf den Abschluss (oder die Verlängerung) einer Lizenzvereinbarung. Durch die Entscheidung der Verbraucher für den nur angeblich nickelfreien Schmuck und die darüber drohende Enttäuschung, z. B. durch Hautausschlag, einschließlich einer damit einhergehenden Entwertung des Merkmals „nickelfrei“, wurde die Entscheidung der Lizenznehmer beeinflusst. Dies geschah dahingehend, dass die Lizenznehmer aufgrund der Entwertung des Merkmals „nickelfrei“ weniger zu zahlen bereit gewesen wären bzw. den Vertragsschluss ganz unterlassen hätten.

Nach hier vertretener Ansicht liegt im Fall *Fremdprodukte* – wie auch vom BGH angenommen⁶⁶² – kein Wettbewerbsverhältnis vor. Die Klägerin, Betreiberin einer Webseite für Reisedienstleistungen, hatte unter einer eigenen Überschrift Werbung von einem Internetversandhändler für Bücher derart eingebunden, dass dort diverse Bücher zum Thema Reisen und Recht erschienen. Sie erhielt eine „Werbekostenpauschale“ für jedes

660 Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG: Es können nur Beeinflussungen zugunsten des eigenen (oder fremden) Unternehmens mit einem Verhalten in einem objektiven Zusammenhang stehen, der für eine geschäftliche Handlung erforderlich ist.

661 Vgl. BGH GRUR 2014, 1114, 1116 Rn. 35 – *nickelfrei*.

662 BGH GRUR 2014, 573, 574 Rn. 14 – *Werbung für Fremdprodukte*.

verkaufte Buch.⁶⁶³ Sie erhob nun Ansprüche gegen eine Verbraucherzentrale, die ein Buch zum Thema Reisen und Recht vertrieb. Der BGH lehnte die Mitbewerbereignschaft mit der Begründung ab, dass die Webseite dem Internetversandhändler lediglich ein „Schaufenster“ für seine Produkte biete.⁶⁶⁴ Nach dem hier vertretenen Ansatz fehlt es bereits an einer geschäftlichen Entscheidung der angesprochenen Internetnutzer zugunsten der Webseite in Bezug auf die vertriebenen Bücher. Die Nutzer entscheiden sich beim Kauf eines solchen Buches über den Link für denwerbenden Internetversandhändler. Damit kommt als durch das Verhalten der Webseite beeinflusste geschäftliche Entscheidung lediglich der Abschluss des Werbevertrags mit dem Internetversandhändler in Betracht. Diese Entscheidung für den Werbevertrag wird durch das Angebot von Büchern durch die Verbraucherzentrale nicht beeinflusst. Damit fehlt es an einem wettbewerblichen Entscheidungsbezug.

Im Fall von allowlistenden Werbeblockern, soweit sie sich – anders als in diesem Abschnitt – an die Werbetreibenden und Webseitenbetreibern wenden, muss differenziert werden, wer Adressat der geschäftlichen Handlung ist. So stehen lediglich die Webseitenbetreiber, sofern die Werbetreibenden angesprochen werden, zu den Werbeblockerbetreibern in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis. Dieses Ergebnis hat insbesondere Auswirkungen im Rahmen der Anspruchsberechtigung (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG), da eine solche lediglich bezüglich der Untersagung der Handlung gegenüber den Werbetreibenden besteht.⁶⁶⁵

Deshalb ist dem konkreten Wettbewerbsverhältnis im Rahmen des weiten Mitbewerberbegriffs folgendes Verständnis zugrunde zu legen: Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern liegt vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinanderstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.

663 Zum Sachverhalt BGH GRUR 2014, 573 – *Werbung für Fremdprodukte*.

664 BGH GRUR 2014, 573, 574 Rn. 18 – *Werbung für Fremdprodukte*.

665 Dazu ausführlich unten, 3. Teil § 5 B. II. 2., 3. (S. 318); anders offenbar OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1084 f. Rn. 33 – *Adblock Plus*; ohne Thematisierung, aber mangels Bejahung eines Verstoßes nicht per se erforderlich, BGH GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 18, 1257 Rn. 58 – *Werbeblocker II*.

III. Anwendung auf Werbeblocker

Nun ist zuerst darzustellen, wie bisher die Mitbewerberbegriffe auf Werbeblocker angewendet worden sind (1.), um danach aufzuzeigen, wie die gerade formulierten Definitionen anzuwenden sind (2.).

1. Bisherige Anwendung auf Werbeblocker

In diesem Abschnitt soll thematisiert werden, wie die herrschende Meinung ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Webseitenbetreibern und Werbeblockern mit Allowlisting (b) begründet. Zuerst soll auf entgeltliche Werbeblocker im Internet und im Fernsehen (a) eingegangen werden, denn vor allem das erste Werbeblocker-Urteil zur *Fernsehfee* des BGH⁶⁶⁶ prägt die Debatte. Unter c) werden noch weitere Konstellationen dargestellt, die mit allowlistenden Werbeblockern vergleichbar sind.

a) Kostenpflichtige Werbeblocker

Kostenpflichtige Werbeblocker verlangen ein Entgelt vom Nutzer, verzichten dafür im Gegensatz zu den hier behandelten Werbeblockern auf das Allowlisting. Unter diese Gruppe sind auch Werbeblocker im Fernsehen zu fassen. Argumentativer Ausgangspunkt für die Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen Werbeblockerbetreibern und Webseitenbetreibern (bzw. Fernsehsendern) ist zumeist das Urteil *Werbeblocker I* zur *Fernsehfee*⁶⁶⁷. Dort wurde entschieden, dass das Wettbewerbsverhältnis daraus folge, dass der Vertreiber der *Fernsehfee* auf dem Markt für Fernsehprogramme dem Fernsehsender gegenüber trete, da sich beide Unternehmen „mit umgekehrter Zielrichtung“⁶⁶⁸ an Fernsehkonsumenten wendeten.⁶⁶⁹ Eine Minderung der Anzahl an Fernsehzuschauern könne zu einer Minderung der Werbeeinnahmen führen, sodass der Absatz beeinträchtigt sei.⁶⁷⁰ Der BGH sieht demnach ein Wettbewerbsverhältnis auf dem Markt

666 BGH NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werbeblocker I*.

667 Dieser Fernseh-Werbeblocker schaltete bei Werbeblöcken im Fernsehen automatisch auf einen gerade werbefreien Sender.

668 Vgl. auch *Ladeur* GRUR 2005, 559, 560: negative Leistung.

669 BGH NJW 2004, 3032, 3033 – *Werbeblocker I*.

670 BGH NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werbeblocker I*.

für Fernsehprogramme, stellt aber für die Auswirkungen auf den Markt für Fernsehwerbung ab. Im Urteil *Wettbewerbsbezug* wurde das Urteil *Werbeblocker I* zur Erläuterung des Begriffs des wettbewerbslichen Bezugs zitiert.⁶⁷¹ Danach hätte der wettbewerbsliche Bezug in der Einwirkung auf die Wahrnehmbarkeit der Werbesendungen gelegen.⁶⁷²

Die Literatur stimmt den Ausführungen in *Werbeblocker I* zumeist mit ähnlicher Begründung zu.⁶⁷³ Teilweise wird auch übereinstimmend mit dem Urteil *Wettbewerbsbezug*⁶⁷⁴ auf die Bezüge der Produkte zueinander abgestellt.⁶⁷⁵ Wird hingegen ein Wettbewerbsverhältnis in Bezug auf Werbeblocker im Fernsehen verneint, so wird zumeist auf die Andersartigkeit der Leistungen abgestellt⁶⁷⁶ oder auf die lediglich ergänzende Funktion.⁶⁷⁷ Für entgeltliche Internetwerbeblocker werden die Grundsätze des BGH übernommen.⁶⁷⁸

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

672 BGH GRUR 2017, 918, 920 Rn. 19 – *Wettbewerbsbezug*; vgl. auch NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*.

673 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 145; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 111 f.; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 2 Rn. 63; UWG-HdB/Erdmann/Pommerening, § 33 Rn. 24; Ernst ZUM 2004, 751, 755; Fritzsche LMK 2004, 192, 193; Funk/Zeifang MMR 2004, 665; Hoeren EWiR 2004, 1193, 1194; Ladeur GRUR 2005, 559, 560; Lettl, FS Köhler (2014), S. 429, 441; Lettl BB 2005, 1913 f.; Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 73 f.; Kiersch, Adblocking, S. 94.

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

675 UWG-HdB/Erdmann/Pommerening, § 33 Rn. 24; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 2 Rn. 63.

676 OLG Frankfurt NJW 2000, 2029 – *Fernsehfee II*; MüKoUWG/Bähr, UWG Rn. 253; Ulrich EWiR 2000, 47, 48.

677 LG Frankfurt a. M. MMR 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*; vgl. auch Beater WRP 2009, 768, 774.

678 LG Berlin K&R 2016, 360, 361; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 41 (juris); LG Stuttgart K&R 2016, 362, 363; Katsivelas, Recht & Netz (2018), S. 207, 236; Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 73 ff.; vgl. auch Köhler WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 14; Thomale K&R-Beilage 2016, 27, 29.

b) (Allowlistende) Internetwerbeblocker

Zumeist wird eine Austauschbarkeit der Leistungen abgelehnt.⁶⁷⁹ Der BGH und vor allem Obergerichte haben bei allowlistenden Werbeblockern ein Wettbewerbsverhältnis bejaht und dazu auf die Wechselwirkung verwiesen, die aus der Unterdrückung der Werbung und dem Angebot an den gleichen Nutzerkreis folge.⁶⁸⁰ Hiermit folgen die Gerichte nicht so sehr dem ersten Werbeblockerurteil⁶⁸¹, sondern vielmehr dessen Zusammenfassung durch den BGH im Urteil *Wettbewerbsbezug*.⁶⁸²

Zumeist wird das konkrete Wettbewerbsverhältnis im (direkten) Anschluss an das erste Werbeblockerurteil damit begründet,⁶⁸³ dass eine wettbewerbliche Wechselwirkung vorliege, da sich beide Unternehmen an die Nutzer durch Werbung finanzierter redaktioneller Gratisangebote wendeten,⁶⁸⁴ dadurch der Absatz von Werbeleistungen durch die Webseiten behindert⁶⁸⁵ und der Absatz der Allowlist hingegen gefördert werde.⁶⁸⁶ Teilweise wird für die Wechselseitigkeit der Märkte auf § 18 Abs. 3a GWB

679 Statt vieler *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn.37 – *Adblock Plus*; *Alexander* GRUR 2016, 1089; *Gomille* GRUR 2017, 241, 246; ausführlich *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 140 f.

680 BGH GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 18 – *Werbeblocker II*; OLG Hamburg WRP 2018, 604, 612 Rn. 93 f. – *Adblock Plus*; OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1084 Rn. 32 – *Adblock Plus*: Beeinträchtigung des Werbeverhaltens; zustimmend *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487.

681 BGH NJW 2004, 3032, 3033 – *Werbeblocker I*.

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

683 *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135; GK UWG/*Peukert*, UWG § 2 Rn. 484; *Herrmann/Laoutoumai* IPRB 2014, 272, 275; *Hoeren* K&R 2013, 757, 758; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 173 f.: wirksamer Individualschutz; ohne Begründung: *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*.

684 BGH GRUR 2018, 1251, 1253 Rn. 18 – *Werbeblocker II*; OLG München MMR 2017, 756, 758 Rn. 66 – *Whitelisting I*; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller*, UWG § 2 Rn. 145; *Alexander* GRUR 2016, 1089; *Gomille* GRUR 2017, 241, 246; das betont auch *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 81.

685 OLG München GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 67 – *Whitelisting II*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *Hoeren* K&R 2013, 757, 758; *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 29; *Rostam* InTer 2017, 146, 147; *Kiersch*, Adblocking, S. 95, 99.

686 *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 848; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 8; *Rostam* InTer 2017, 146, 148; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 29; *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 78 f.; vgl. auch *Hoche/Polly* IPRB 2015, 231, 233; zu Ad Injections *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 301: Entscheidend sei das Angebot von Werbeflächen.

verwiesen.⁶⁸⁷ Ebenso aus dem ersten Werbefblockerurteil entlehnt ist, dass es sich bei Werbefblockern um ein Angebot mit „umgekehrter Zielrichtung“ handle.⁶⁸⁸

Köhler stellt inzwischen darauf ab, dass der für ein Wettbewerbsverhältnis erforderliche Wettbewerbsbezug der Leistungen durch die Wahrnehmung der angesprochenen Nutzer hergestellt werde.⁶⁸⁹ Vorher lehnte er ein Wettbewerbsverhältnis ab, es fehle an einer Wechselwirkung zwischen Vorteil des Werbefblockerbetreibers und Nachteil des Webseitenbetreibers, da der Werbefblockerbetreiber lediglich die Chancen für den Absatz seines Angebots, dem Allowlisting, erhöhe.⁶⁹⁰ Der nach *Köhler* insoweit relevante Vorteil sei erst der Abschluss der Allowlisting-Vereinbarung, der aber auf der geschäftlichen Entscheidung der Webseitenbetreiber beruhe und damit nicht auf derjenigen des durch die geschäftliche Handlung angesprochenen Nutzers.⁶⁹¹ Da der Nutzer eine kostenlose Leistung empfangt, entscheide dieser auch nicht geschäftlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG.⁶⁹² Eine gegebenenfalls zu schließende Schutzlücke sei aufgrund des passgenaueren § 4a UWG nicht gegeben.⁶⁹³

Ein Wettbewerbsverhältnis wird teilweise im Anschluss an *Köhlers* zuerst vertretene Ansicht⁶⁹⁴ abgelehnt,⁶⁹⁵ da es aufgrund der Unentgeltlichkeit am Absatz innerhalb desselben Endverbraucherkreises fehle; der Werbefblockerbetreiber biete allein im Hinblick auf das Allowlisting eine Leistung an.⁶⁹⁶ Nach dem *LG München I* findet insbesondere keine Konkurrenz um die Aufmerksamkeit der Nutzer statt. Die Werbung solle gerade

687 *Alexander* GRUR 2017, 1156 f.

688 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 67 – *Whitelisting II*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 247; *Kreutz* WRP 2018, 621 Rn. 4; *Brüggemann*, Online-Werbefblocker, S. 231, 81.

689 *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, UWG § 2 Rn. 111a; anders *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.

690 *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.

691 Vgl. *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.

692 Vgl. *Köhler* GRUR 2019, 123, 126; dagegen 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

693 *Köhler* GRUR 2019, 123, 127.

694 *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 ff.

695 *LG München I* MMR 2015, 660, 662; BeckRS 2015, 9563, Rn. 152; ohne Bezugnahme ähnlich *Paal* JZ 2016, 681, 683.

696 *Nink* CR 2017, 103, 106; *Paal* JZ 2016, 681, 683.

verhindert werden, die Effekte durch das Allowlisting seien daher ein bloßer Reflex.⁶⁹⁷

Einige Autoren sehen demgegenüber sogar ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Werblockerbetreibern und Werbetreibenden, die nach einer Anzeige der Werbung streben.⁶⁹⁸

c) Weitere vergleichbare Fälle

Im Fall *Mattscheibe* wurde vom BGH ein Wettbewerbsverhältnis zwischen einer Produktionsfirma, die für das Fernsehen Sendungen erstellte, und einem Fernsehsender damit begründet, dass beide um Zuschauer im Wettbewerb stünden.⁶⁹⁹ Ebenso wurde ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Betreiber eines Internet-Videorecorders und Fernsehsendern angenommen, da beide im Wettbewerb um Zuschauer stünden.⁷⁰⁰ In beiden Fällen wurde – anders als im Fall *Werblocker I*⁷⁰¹ – nicht auf die Absatzbehinderung gegenüber werbenden Unternehmen eingegangen. Ähnlich der *Fernsehfee* aus dem ersten Werblockerurteil bot das jeweils angreifende Unternehmen seine Leistungen nur⁷⁰² bzw. teilweise⁷⁰³ gegen Entgelt an.

2. Bewertung und eigene Ansicht

Das Hauptproblem der Bewertung der Tätigkeit von Werblockeranbietern, die sich durch Allowlisting finanzieren, ist die Tätigkeit auf zwei verschiedenen Märkten und besonders die Finanzierung „über Eck“⁷⁰⁴. Dieses zu fassen, fällt der herrschenden Meinung grundsätzlich schwer. Es ist

697 LG München I MMR 2015, 660, 662; ebenso – in einem anderen Kontext – einen Wettbewerb um Aufmerksamkeit verneinend Kreutz, Werblockersoftware, S. 265.

698 Alexander GRUR 2016, 1089; Rostam InTer 2017, 146, 148; Pfeifer AfP 2016, 5, 8; Brüggemann, Online-Werblocker, S. 232.

699 BGH GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*.

700 BGH GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.

701 Vgl. BGH NJW 2004, 3032, 3033 f. – *Werblocker I*.

702 BGH GRUR 2009, 845, 850 Rn. 56 – *Internet-Videorecorder I*, insoweit aber nicht im Tatbestand enthalten.

703 Vgl. BGH GRUR 2000, 703 – *Mattscheibe*: Pay-TV-Sender, der aber die konkret beanstandete Sendung frei verfügbar ausstrahlte.

704 Vgl. Alexander NJW 2018, 3620, 3621.

dabei Konsens, dass sich die Unternehmen an die gleichen Kunden bzw. Nutzer wenden. Inwiefern die Unternehmen auf dem gleichen Markt tätig sind oder gar versuchen, eine geschäftliche Entscheidung herbeizuführen, wird – abgesehen von Köhler⁷⁰⁵ – nicht thematisiert.

Grundsätzlich hat die herrschende Meinung mit der Bejahung eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses recht. Für dieses muss aber nicht auf den weiten Mitbewerberbegriff zurückgegriffen werden, die Unternehmen stehen im direkten Wettbewerb und fallen so unter den engen Mitbewerberbegriff. Die Mitbewerberstellung kann grundsätzlich sowohl über den Bezugs- als auch den Absatzmarkt begründet werden.

a) Geschäftliche Handlung des Webseitenbetreibers

Nach hier zugrunde liegendem Verständnis⁷⁰⁶ ist zuerst kurz die geschäftliche Handlung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG) des Webseitenbetreibers zu analysieren, da nur so eine Bestimmung der durch die Handlung angesprochenen Verkehrskreise erfolgen kann. Das Verhalten, an das anzuknüpfen ist, ist stets das Anbieten von Inhalten gegen das Ausspielen von Werbung. Damit möchte der Webseitenbetreiber den Nutzer zu einer geschäftlichen Entscheidung dahingehend überzeugen, dass dieser die Webseite gegen den Empfang von Werbung konsumiert und die Einwilligung in den Empfang von Werbung gibt.⁷⁰⁷

Damit handelt der Betreiber einmal auf dem Absatzmarkt für Inhalte im Internet und gleichzeitig auf dem Bezugsmarkt für Aufmerksamkeit⁷⁰⁸. Falsch hingegen wäre es, die Webseite mit Werbung als das Produkt anzusehen.⁷⁰⁹ Der Empfang der Werbung ist die Gegenleistung des Nutzers für die Inhalte. Diese Vermittlung des Nutzers lässt sich der Webseitenbetreiber vom Werbetreibenden bezahlen. Das gewünschte Produkt sind allein die nicht werblichen Inhalte.⁷¹⁰

705 Köhler WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 17 ff.; vgl. auch Köhler GRUR 2019, 123, 127.

706 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 1. (S. 123).

707 Dass insoweit eine geschäftliche Entscheidung vorliegt, siehe oben, 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

708 Vgl. Glöckner ZUM 2018, 844, 846; auch Ladeur GRUR 2005, 559, 562: Verwertung der „statistischen Größe“ Aufmerksamkeit.

709 So aber LG Berlin K&R 2016, 360, 361; vgl. auch LG Frankfurt a. M. K&R 2016, 134, 135: mediales Gesamtprodukt; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 44 (juris).

710 Vgl. Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 92 f.

b) Wettbewerb auf dem Bezugsmarkt

Nach dem engen Mitbewerberbegriff⁷¹¹ stehen zwei Unternehmen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis, wenn beide Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleichen geschäftlichen Entscheidungen einwirken, die Entscheidungen des von beiden angesprochenen Verkehrskreises also alternativ sind. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen.

Rechtsprechung und Literatur sind sich weitgehend einig,⁷¹² dass die jeweiligen Produkte nicht austauschbar sind. Dies ist prinzipiell richtig, sofern man Werbeblocker und werbefinanzierte Inhalte im Internet gegenüberstellt. Eine Austauschbarkeit kann man jedoch nicht mit dem Argument begründen, dass das Produkt nicht der Werbeblocker, sondern der Empfang der Webseite ohne Werbung sei, was durch die Leistung des Werbeblockerbetreibers ermöglicht wird. In beiden Fällen bleibt die Webseite (ohne Werbung) das Produkt des Webseitenbetreibers; der insoweit maßgebliche Verkehr sieht keine Austauschbarkeit bzw. Alternativität der angebotenen Leistungen.

Gleichzeitig wird von der herrschenden Meinung angeführt, dass sich beide Unternehmen an den gleichen Kundenkreis wendeten oder auf dem gleichen Markt tätig seien. Teilweise wird für die Begründung dieses Markts auf § 18 Abs. 2a GWB verwiesen. Gerade Letzteres ist inkonsequent, wenn zwar ein übereinstimmender Markt angenommen wird, aber für die Begründung der (Absatz)Behinderung auf den Markt für Werbeleistungen abgestellt wird.

Deshalb ist für die Begründung einer Mitbewerberstellung auf den Bezug abzustellen. Beide Unternehmen möchten die Aufmerksamkeit der Nutzer beziehen und diese durch Weiterverkauf verwerten. Während der Webseitenbetreiber die erworbene Aufmerksamkeit an die Werbetreibenden verkauft, bietet der Werbeblocker den Zugang zur Aufmerksamkeit neben den Werbetreibenden auch den Webseitenbetreibern an.

Dementsprechend ist die Ansicht des *LG München I*⁷¹³ abzulehnen, das eine „Konkurrenz um die Aufmerksamkeit der Nutzer“ verneint, da das Blocklisting auf die Blockade von Werbung gerichtet sei, nicht jedoch auf

711 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. a) (S. 126).

712 Nachweise dazu oben, 2. Teil § 4 B. III. 1. b) (S. 142).

713 *LG München I* MMR 2015, 660, 662.

das Ausspielen von Werbung. Auch *Köhler* ist nicht zuzustimmen, der Vorteil besteht bereits in der Installation auf dem Nutzergerät. Allowlistende Werblocker finanzieren sich allein durch die Beträge, die Unternehmen zur Aufnahme in die Allowlist zahlen. Mit anderen Worten zahlen Unternehmen dafür, dass der Werblocker seine Blockade aufhebt und die per kostenloser Software eingesammelte Aufmerksamkeit – zu seinen Konditionen – wieder freigibt. Die bloße Nutzung des Werblockers mit *abgeschalteter* Allowlist hat dementsprechend für das Unternehmen keinen (realisierbaren⁷¹⁴) Wert.

Gleiches gilt für die Webseiten: Diese streben ebenso danach, Werbeplätze zu verkaufen. Dazu gehen sie mit den Nutzern den formlosen „Deal“ ein, dass sie diesen im Tausch gegen die jeweiligen Inhalte Werbung anzeigen dürfen. Wird die Werbung blockiert, ist der Abruf der Seite für die Webseitenbetreiber faktisch wertlos.⁷¹⁵

Diese Entscheidungen der Nutzer stellen sich als alternativ im Sinne der Definition des konkreten Wettbewerbsverhältnisses dar. Die Nutzer treffen insoweit eine alternative Entscheidung, wem sie die Hoheit über die typischerweise werblich belegten Teile einer Webseite geben. Letztlich ertauschen sie sich die Inhalte bzw. die Softwarenutzung mit der Einwilligung in die Anzeige von Werbung.

Gleichzeitig ist die Gruppe der angesprochenen Nutzer dieselbe: Beide Unternehmen sprechen die Besucher von werbefinanzierten Internetseiten auf das gleiche Produkt, die Verfügungsgewalt über die Aufmerksamkeit, an. Damit kommt es nicht zu einem allgemeinen Wettbewerb um Aufmerksamkeit, vergleichbar mit demjenigen um Kaufkraft.

Für dieses Ergebnis sprechen auch die Entscheidungen *Mattscheibe*⁷¹⁶ und *Internet-Videorecorder I*⁷¹⁷: In beiden Fällen wurde lediglich auf den „Wettbewerb um Zuschauer“ abgestellt. Da für die Annahme eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses die jeweils angegriffenen Fernsehsender

714 Natürlich kommt im Falle der nutzerseitigen Deaktivierung der Allowlist ein Zurücksetzen der Einstellungen – ohne Kenntnis der Nutzer – im Zuge eines automatischen Updates in Betracht. Solche „Updates“ kamen zwar schon vor, dabei soll es sich jedoch nach insoweit unbestrittenem Vortrag um ein (einmaliges) Versehen gehandelt haben, vgl. *LG München I* BeckRS 2015, 9563, Rn. 178.

715 Man könnte noch darauf abstellen, dass der Abruf Nutzer zum erneuten Besuch, Abschluss eines Abonnements oder der Weiterempfehlung motiviert, aber auch hier muss die Leistung monetarisiert werden: Dies geht nur über Werbeausspielungen oder Bezahlmodelle.

716 BGH GRUR 2000, 703, 706 – *Mattscheibe*.

717 BGH GRUR 2009, 845, 849 Rn. 40 – *Internet-Videorecorder I*.

eine geschäftliche Handlung im „Wettbewerb“ um Zuschauer vornehmen mussten, ist es nach dem Begriff der geschäftlichen Handlung erforderlich, dass insoweit eine geschäftliche Entscheidung der Zuschauer angestrebt wurde.

Dass durch die Werblocker eine geschäftliche Entscheidung der Nutzer angestrebt wird und insoweit ein Wettbewerbsverhältnis zu den Webseitenbetreibern besteht, gilt unabhängig davon, ob sich mit der Allowlist auch an die Werbetreibenden oder nur an die Webseitenbetreiber gewandt wird. Dies folgt zuerst aus dem handlungsbezogenen Mitbewerberbegriff, der jeweils auf die konkrete geschäftliche Handlung abstellt, was hier allein das Angebot an die Nutzer ist. Außerdem spiegelt dies die Blockadeposition in Bezug auf das Produkt Aufmerksamkeit wider. So kann am besten dieser zweistufige Vorgang erfasst werden, bei dem zuerst das Aufkaufen des vom anderen Unternehmen ebenso nachgefragten Produkts Aufmerksamkeit steht, um dann dieses mit Aufschlag an die Konkurrenz abzusetzen. Damit liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des engen Mitbewerberbegriffs vor. Beide Unternehmen versuchen eine alternative geschäftliche Entscheidung darüber zu erreichen, dass die Nutzer ihnen die Aufmerksamkeit überantworten.

Zu beachten ist jedoch, dass der Unterlassungsantrag entsprechend formuliert sein muss: Der Bezug von Aufmerksamkeit ist das die Mitbewerbereigenschaft konstituierende Merkmal, sodass der Antrag auf Unterlassung des Blocklistings auch die Zweckbestimmung, nämlich den Bezug von Aufmerksamkeit bzw. Abschluss von Allowlisting-Vereinbarungen, umfassen muss.

Ein Verbot *kommerziellen* Blocklistings, also unabhängig von der (erforderlichen) Finanzierung, erreicht man so jedoch nicht, da bei entgeltlichen Werblockern typischerweise kein Allowlisting angeboten wird und dementsprechend kein Bezug der Aufmerksamkeit stattfindet. Eine Alternativität der Entscheidungen und damit ein Wettbewerbsverhältnis nach dem engen Mitbewerberbegriff scheidet aus. Die geschäftliche Handlung des Blocklistings zu kommerziellen Zwecken – umfassend den Vertrieb zum Zwecke des Allowlistings und gegen Entgelt – kann damit nicht über den engen Mitbewerberbegriff auf dem Bezugsmarkt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis begründen.

Ein Wettbewerb auf dem Bezugsmarkt besteht somit allein für die Handlung des Blocklistings gegenüber Nutzern zum Zwecke des Allowlistings. Die geschäftlichen Handlungen der Webseitenbetreiber und Werblockerbetreiber zielen insoweit beide auf die geschäftliche Entscheidung über den Bezug der Aufmerksamkeit durch die Nutzer.

c) Wettbewerb auf dem Absatzmarkt

Eine Untersagung des Blocklistings zu kommerziellen Zwecken⁷¹⁸ kann so nicht erreicht werden.⁷¹⁹ So könnten Fallgestaltungen nicht erreicht werden, in denen der Werblocker ohne das Allowlisting gegen Entgelt angeboten wird. Möchte man jedes kommerziellen Zwecken dienende Blocklisting als zu verbotendes Verhalten erfassen, so wäre aufseiten des Werblockerbetreibers nicht auf die davon (potenziell)⁷²⁰ beeinflussten Entscheidungen über den Bezug der Aufmerksamkeit abzustellen, sondern auf die Entscheidung über das Blocklisting selbst, also über den Absatz der Software und Ermöglichen der Blockade. Dabei ist vorauszusetzen, dass die Entscheidung der Nutzer insoweit geschäftlich im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG⁷²¹ ist.

aa) Enger Mitbewerberbegriff

Sofern das Blocklisting zu kommerziellen Zwecken erfolgt, ist dies – vorbehaltlich neuer Geschäftsmodelle – nur gegen den Bezug von Aufmerksamkeit⁷²² oder klassisch gegen Entgelt denkbar. Dies bedeutet, dass in jedem Fall eine Gegenleistung des Nutzers erfolgt und demgemäß dieser eine geschäftliche Entscheidung trifft, wenn er den Werblocker nutzt.

Blickt man auf den Absatzmarkt, so setzt der Werblocker seine Software ab und die Webseite ihre Inhalte (gegen Aufmerksamkeit). Diese Entscheidung ist allerdings nicht alternativ, da die Software gerade dazu dient, die Leistung der Webseite zu beziehen, nur ohne Werbung. Letztere gehört nicht zum Produkt Webseite (bzw. Inhalte) und ist dementsprechend als Gegenleistung zu qualifizieren. Ein Abstellen auf die Gegenleistung ist auch nicht möglich, da es sich bei dieser um eine Absatzentscheidung der Nutzer bezüglich der Vergabe ihrer Aufmerksamkeit handelt. Diese kann nicht alternativ zu einer Bezugsentscheidung im Hinblick auf den Werblocker sein. Zwar schließen sich diese Entscheidungen letztendlich

718 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 611 Rn. 82 – *Adblock Plus*.

719 Vgl. *OLG Köln* GRUR 2018, 863, 863 Rn. 2 ff. – *Adblock-Plus Ordnungsgeld* zur Reichweite von Unterlassungstiteln im Zusammenhang mit Werblockern.

720 Im Sinne einer Eignung zur Beeinflussung, vgl. zur geschäftlichen Handlung oben, 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).

721 Zu den Anforderungen an eine geschäftliche Entscheidung oben, 2. Teil § 4 A. I. (S. 94).

722 Dies erfasst z. B. auch die sog. Ad Injectoren, dazu unten, 3. Teil § 7 (S. 340).

aus; es ist jedoch auf die Entscheidungen abzustellen, die beide auf der gleichen Ebene, also auf Absatz *oder* Bezug, liegen. Nach dem engen Mitbewerberbegriff ist somit eine Mitbewerberstellung für das Blocklisting zu kommerziellen Zwecken zu verneinen.

bb) Weiter Mitbewerberbegriff

Nach dem weiten Mitbewerberbegriff liegt ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmern vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinanderstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.⁷²³

Möchte man das Blocklisting zu kommerziellen Zwecken gegenüber den Nutzern verbieten, ist das fragliche Verhalten der Vertrieb des Werblockers bzw. das Blocklisting selbst. Die geschäftliche Handlung des Blocklistings richtet sich dann darauf, dass sich die Nutzer geschäftlich für die Nutzung des Werblockers entscheiden, also eine Nachfrageentscheidung gegenüber dem Werblockerbetreiber treffen. Die Gegenleistung an den Werblockerbetreiber – entweder Verfügungsgewalt über die Aufmerksamkeit zu Zwecken des Allowlistings oder Entgelt – ist hier nur insoweit relevant, als hierin eine Berührung wirtschaftlicher Interessen der Nutzer liegt, die für eine geschäftliche Entscheidung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG konstitutiv ist.⁷²⁴

Auf der anderen Seite ist nun die geschäftliche Handlung des Webseitenbetreibers zu spezifizieren. Das seiner Handlung zugrunde liegende Verhalten muss objektiv darauf gerichtet sein, eine geschäftliche Entscheidung zu beeinflussen, die wiederum selbst von der Entscheidung der Nutzer für den Werblocker bei objektiver Betrachtung negativ beeinflusst worden sein könnte.

Hierfür kommen grundsätzlich drei Entscheidungen als im Rahmen der geschäftlichen Handlung (potenziell) beeinflusste in Bezug auf den Webseitenbetreiber infrage:

723 2. Teil § 4 B. II. 3. b) aa) (S. 131).

724 Siehe dazu oben, 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

1. Die Entscheidung der Nutzer über den Bezug der Inhalte.
2. Die Entscheidung der Nutzer über den Absatz der Aufmerksamkeit.
3. Die Entscheidung der Werbetreibenden über den Bezug der Aufmerksamkeit, die von der Webseite angeboten wird.

(1) Entscheidung der Nutzer über Bezug der Inhalte

Prinzipiell liegt in der Entscheidung der Nutzer über den Bezug der Inhalte eine geschäftliche Entscheidung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG.⁷²⁵ Diese Entscheidung droht jedoch nicht durch den Bezug der Software negativ beeinflusst zu werden. Denn die Entscheidung für die Inhalte ist unabhängig davon, ob jemand einen Werbeblocker installiert hat. Unter Umständen kann sogar die Entscheidung eher zugunsten der Inhalte ausfallen, da keine Gegenleistung in Form von Werbekonsum erbracht werden muss. Diese Entscheidung kommt somit nicht als Objekt einer Beeinflussung in Betracht.

(2) Entscheidung der Nutzer über den Absatz der Aufmerksamkeit

Die Entscheidung der Nutzer, inwiefern sie dem Webseitenbetreiber Aufmerksamkeit zuwenden, wird durch ihre Entscheidung für den Erwerb des Werbeblockers negativ beeinflusst. Wie oben gezeigt, liegt keine Alternativität im Sinne einer Austauschbarkeit vor, da insoweit nur die Gegenleistung für den Erwerb des Werbeblockers, also die Aufmerksamkeit, mit der Entscheidung der Nutzer für den Absatz der Aufmerksamkeit zugunsten des Webseitenbetreibers austauschbar ist.

Wie oben⁷²⁶ aber darauf hingewiesen, würde ein insoweit gegebener Entscheidungsbezug den Begriff des Mitbewerbers zu weit ausdehnen. Deshalb muss eine Entscheidung, die zur Beeinflussung einer anderen Entscheidung geeignet ist, immer von einer anderen Person getroffen werden. Das ist hier nicht der Fall. Nur weil Nutzer A sich den Werbeblocker installiert und damit über seine Aufmerksamkeit zugunsten des Werbeblockerbetreibers verfügt, beeinflusst das nicht die Entscheidung des Nutzers B, nun keine Werbung mehr vom Webseitenbetreiber zu empfangen. Diese beiden Entscheidungen können damit keinen Entschei-

⁷²⁵ Siehe dazu 2. Teil § 4 A. III. 3. (S. 115).

⁷²⁶ 2. Teil § 4 B. II. 3. b) bb) (S. 135).

dungsbezug im Sinne eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses nach dem weiten Mitbewerberbegriff begründen.

(3) Entscheidung der Werbetreibenden

Die Entscheidung der Werbetreibenden für die Aufmerksamkeit, die von den Webseitenbetreibern in Form von Werbeplätzen angeboten wird, kommt hingegen als geschäftliche Entscheidung mit dem erforderlichen Bezug zur Entscheidung für den Erwerb des Werbeblockers infrage. Diese Konstellation entspricht damit weitgehend den üblichen Fällen für den weiten Mitbewerberbegriff, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die jeweils Entscheidenden unterschiedlichen Märkten zuzuordnen waren.⁷²⁷

Dementsprechend kann hier ohne Probleme ein Entscheidungsbezug angenommen werden: Die Werbeblockerbetreiber wirken mit ihrer geschäftlichen Handlung potenziell auf die Entscheidung der Nutzer ein. Dieses (potenzielle) Entscheidungsergebnis – Nutzer verwenden einen Werbeblocker – ist dazu geeignet, sich auf die geschäftliche Entscheidung der Werbetreibenden in Bezug auf die Webseitenbetreiber dahingehend auszuwirken, nun weniger Werbeplätze abzunehmen. Damit besteht ein für das konkrete Wettbewerbsverhältnis konstitutiver Entscheidungsbezug.

d) Situation beim kostenlosen Allowlisting gegenüber kleineren Webseiten

Adblock Plus, der Werbeblocker, auf den sich die momentane Diskussion konzentriert, verlangt für ein Allowlisting erst ab einer bestimmten Anzahl an zusätzlichen Ad Impressions⁷²⁸ einen Anteil an den Werbeeinnahmen. Vorher ist ein Allowlisting für den Webseitenbetreiber kostenlos. Dies ändert nichts daran, dass die Situation grundsätzlich derjenigen anderer Webseiten ähnelt und die Werbeeinnahmen durch das vorgeschaltete Blocklisting sinken.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob zwischen Werbeblockern und Webseitenbetreibern, die die Schwelle, ab der das Allowlisting entgeltspflichtig ist, nicht erreichen, trotzdem ein konkretes Wettbewerbs-

727 Dazu oben, 2. Teil § 4 B. II. 3. b) (S. 131).

728 Eine Ad Impression bezeichnet jede einzelne Anzeige eines Werbemittels.

verhältnis besteht. *Kreutz* verneint bereits eine geschäftliche Handlung in Fällen, in denen eine Anpassung der Werbung nicht erfolgen muss.⁷²⁹ Andere hingegen bejahen die Mitbewerberstellung unter Verweis auf die Behinderung auf dem Werbemarkt.⁷³⁰

Eine Mitbewerberstellung ist auch für die Webseitenbetreiber, die kein Geld für das Allowlisting zahlen müssen, anzunehmen. Der Werblockerbetreiber nimmt zwar kein Geld für das Allowlisting (gegenüber dem Webseitenbetreiber und den entsprechenden Werbetreibenden), allerdings beeinflusst die Entscheidung des Nutzers für den Werblocker in gleicher Weise diejenige der Werbetreibenden, keine Werbung zu schalten. *Kreutz*, der bereits eine geschäftliche Handlung verneint, wenn der Webseitenbetreiber seine Werbung nicht anpassen muss – also jede Werbeanzeige auch mit bestehender Allowlisting-Vereinbarung ausgeliefert wird – und dementsprechend zu keiner Mitbewerberstellung kommen kann, geht fehl. Grund dafür ist, dass das Blocklisting gegenüber den Nutzern, welches hier das fragliche Verhalten ist, stets dazu geeignet ist, die Entscheidung der Werbetreibenden zugunsten der Leistung der Webseite negativ zu beeinflussen. Die bloße Eignung ergibt sich hier aus dem faktischen Verbot von dem Werblocker nicht genehmer Werbung. Das gilt umso mehr, als der Werblockerbetreiber sein Unternehmen fördert, indem er nun die Aufmerksamkeit des Nutzers an größere Webseiten und Werbetreibende verkaufen kann, wenn der Nutzer andere Webseiten besucht.

Damit kann mithilfe des engen Mitbewerberbegriffs und der auch hier vorliegenden Alternativität der Entscheidungen eine Mitbewerberstellung begründet werden. Ebenso liegt ein Entscheidungsbezug im Sinne des weiten Mitbewerberbegriffs zwischen den Entscheidungen der Nutzer bezüglich des Empfangs der Werbung und denen der Werbetreibenden bezüglich des Erwerbs von Werbeflächen beim Webseitenbetreiber vor.

IV. Ergebnisse

Damit ist der Mitbewerberbegriff entsprechend den obigen Ausführungen auszulegen (1.). Dies gewährleistet auch eine nachvollziehbare Begründung der Mitbewerberstellung von Webseitenbetreibern und Werblockern (2.).

729 *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 147.

730 *Hoeren* K&R 2013, 757, 758.

1. Mitbewerberbegriff

Für die Frage der Mitbewerberstellung ist grundsätzlich der herrschenden Meinung zu folgen und dementsprechend sowohl der enge als auch der weite Mitbewerberbegriff anzuerkennen. Allerdings sind die zugrunde liegenden Definitionen mit Blick auf die geschäftliche Entscheidung, die konstitutiv für eine geschäftliche Handlung ist, zu präzisieren.

Das bedeutet für den engen Mitbewerberbegriff, dass zwei Unternehmen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen, wenn beide Unternehmen mit ihren geschäftlichen Handlungen auf die gleiche geschäftliche Entscheidung einwirken, die Entscheidung des angesprochenen Verkehrskreises also alternativ ist. Entscheidend für die Alternativität ist das Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises, ob die beiden Entscheidungen der Deckung des gleichen Bedürfnisses dienen bzw. das gleiche Produkt betreffen.

Demgegenüber liegt nach dem weiten Mitbewerberbegriff ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen zwei Unternehmen vor, wenn die durch ihr jeweiliges Verhalten potenziell beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen in Bezug zueinanderstehen. Dieser Bezug setzt voraus, dass die zugunsten des einen Unternehmers beeinflussten geschäftlichen Entscheidungen des angesprochenen Verkehrskreises dazu geeignet sind, die geschäftlichen Entscheidungen, die der andere Unternehmer herbeizuführen versucht, negativ zu beeinflussen.

Es ist zu beachten, dass Entscheidungen über die Zahlung eines Entgelts nicht als taugliche Anknüpfungspunkte infrage kommen. Außerdem können nur im Rahmen des weiten Mitbewerberbegriffs Entscheidungen auf Absatz- und Bezugsebene einen Entscheidungsbezug zueinander aufweisen, da im Falle des engen Mitbewerberbegriffs das Kriterium der Alternativität einen Bezug zwischen Absatz- und Bezugsentscheidungen verhindert.

Aufgrund der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte – Alternativität der Entscheidungen bzw. Beeinflussung der Entscheidungen personenverschiedener Adressaten – und der erforderlichen Bezeichnung der geschäftlichen Entscheidung im Rahmen der geschäftlichen Handlung erfassen die Mitbewerberbegriffe unterschiedliche Konstellationen.

Dementsprechend ist die präzise Bestimmung und dementsprechend genaue Bezeichnung der geschäftlichen Handlung mit Blick auf die Mitbewerberstellung unabdingbar. Maßgeblich ist die geschäftliche Entscheidung, diese bildet das zentrale Kriterium für die Frage, inwieweit ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vorliegt.

2. Anwendung auf Werblocker

Da das Verhalten von Werblockerbetreibern und Webseitenbetreibern mit verschiedenen geschäftlichen Entscheidungen in einem objektiven Zusammenhang steht, gibt es für die Mitbewerberstellung unterschiedliche Anknüpfungspunkte. In jedem Fall ist das zu verbietende Verhalten das Blocklisting, die konkret beeinflussten Entscheidungen können variieren.

Mithilfe des engen Mitbewerberbegriffs kann ein konkretes Wettbewerbsverhältnis durch Abstellen auf die Entscheidungen der Nutzer, wem sie ihre Aufmerksamkeit überantworten, begründet werden. Diese Entscheidungen sind zueinander alternativ, ob der Werblockerbetreiber oder der Webseitenbetreiber die Aufmerksamkeit erhält und monetarisieren kann. Allerdings setzt diese Mitbewerberstellung voraus, dass der Werblockerbetreiber ein Allowlisting anbietet, andernfalls beeinflusst dieser keine Entscheidung über die „Weggabe“ von Aufmerksamkeit, weil er sie nicht zu beziehen versucht.

Möchte man deshalb das Blocklisting in jedem Fall verbieten, also unabhängig davon, ob dieses dem Allowlisting dient oder ein Entgelt für die Nutzung des Werblockers verlangt wird, kann man ein konkretes Wettbewerbsverhältnis nur mithilfe des weiten Mitbewerberbegriffs begründen. Ein für diesen erforderlicher Bezug im Sinne einer negativen Beeinflussung zwischen der Entscheidung der Nutzer für die Installation des Werblockers (also für das Blocklisting) kann jedoch nicht zu derjenigen über den (Nicht-)Empfang der Werbung der Webseite hergestellt werden. Insoweit sind die Entscheidungen alternativ und beeinflussen sich nicht gegenseitig im Sinne der Definition.

Solche Fälle erfasst der weite Mitbewerberbegriff nicht, es wird für diesen eine Verschiedenheit der (potenziell) Entscheidenden vorausgesetzt. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis kann somit nur durch die Bezugnahme auf die Entscheidung der Werbetreibenden über den Nichtabschluss von Verträgen über den Bezug von Werbeflächen beim Webseitenbetreiber hergestellt werden.

Um eine präzise Beschreibung des kritisierten Verhaltens zu ermöglichen, soll hier im Weiteren auf die geschäftliche Handlung des Angebots einer Software zum Blocklisting⁷³¹ mit entgeltlicher Allowlistingfunktion

731 Die in der Praxis natürlich weiter zu formulieren ist, hier aber aus Gründen der Lesbarkeit unterbleibt, vgl. den Antrag *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1083 – *Adblock Plus*: „[ein Programm] anzubieten, zu bewerben, zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, pflegen oder vertreiben zu lassen [...]“

an Nutzer abgestellt werden, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich der Verwendung des Werbeblockers zu beeinflussen. Im Folgenden wird dieses Verhalten kurz als *Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern* bezeichnet.

C. §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG

Die bisherige Diskussion fokussiert sich vor allem auf einen Verstoß durch das Blockieren von Werbung gegen das Verbot der gezielten Behinderung von Mitbewerbern gem. §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG. Gem. § 3 Abs. 1 UWG sind unlautere Handlungen verboten und nach § 4 Nr. 4 UWG handelt unlauter, wer einen Mitbewerber gezielt behindert. Für die Gezieltheit müssen entweder eine Verdrängungsabsicht vorliegen oder in einer Abwägung die Belange des behinderten Mitbewerbers überwiegen.⁷³² Nach hier vertretener Ansicht ist eine isolierte Beurteilung an den Maßstäben des Lauterkeitsrechts abzulehnen.

I. These

In dieser Arbeit soll gezeigt werden, dass es sich bei dem Streit um Werbeblocker im Wesentlichen um einen urheberrechtlichen Konflikt handelt, der durch die entsprechenden Normen weitgehend abschließend geregelt ist. Diese urheberrechtlichen Normen sind Umsetzungen von durch die InfoSoc-Richtlinie vollharmonisiertem⁷³³ Recht. Der urheberrechtliche Bezug folgt aus den betroffenen Interessen: Die Webseitenbetreiber wollen, dass ihre Inhalte nur mit Werbung genutzt werden, also mit Gegenleistung⁷³⁴, während Nutzer und Werbeblockerbetreiber die Inhalte bzw. die dadurch generierte Aufmerksamkeit ebenso, aber ohne Leistung an die Webseitenbetreiber, nutzen bzw. verwerten wollen.

Dieser Interessengegensatz zwischen Nutzungs- und Verwertungsinteresse wird durch das Urheberrecht in Ausgleich gebracht. Wie oben ge-

732 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 4.8a f.

733 Zumindest im hier interessierenden Bereich, vgl. zur öffentlichen Wiedergabe *EuGH GRUR* 2014, 360, 361 Rn. 34 ff. – *Svensson*.

734 Zum Vorliegen einer Gegenleistung im Rahmen des UWG oben, 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

zeigt, entscheidet das Urheberrecht den Konflikt zwischen Werbeblockern und Webseitenbetreibern zugunsten der Werbeblocker und deren Nutzern. Mit dem Grundsatz, dass im technisch unbeschränkten Einstellen eines Inhalts zugleich eine ebenso unbeschränkte Erlaubnis verbunden ist, sind die urheberrechtlich relevanten Handlungen im Zuge des Abrufs mit Werbeblocker von § 44a Nr. 2 UrhG bzw. durch die schlichte Einwilligung⁷³⁵ in die öffentliche Wiedergabe gedeckt.⁷³⁶ Diese Einwilligung erfasst über § 44a Nr. 2 UrhG auch alle Handlungen im Rahmen des sogenannten Element Hidings.⁷³⁷ Entscheidend ist, dass der Rechtsinhaber stets die Hoheit über die Nutzungen behält. Demgemäß kann dieser jederzeit den Zugang durch Entfernen aus dem Internet unterbinden oder ihn durch technische Beschränkungen begrenzen, indem er z. B. nur einen Abruf der gesamten Webseite inklusive der Werbung ermöglicht. Hierbei sind selbst ausdrückliche Hinweise irrelevant. Gleichzeitig führt eine solche Beschränkung des Rechtsinhabers dazu, dass jede Umgehung eine urheberrechtlich relevante Handlung darstellt – und sofern nicht durch eine Schranke gerechtfertigt – zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen gem. § 97 UrhG führt.

Dieser Ausgleich, den das Urheberrecht trifft, ist auf das Lauterkeitsrecht und die Beurteilung von Werbeblockern zwar grundsätzlich zu übertragen, jedoch nicht unesehen. So unterscheiden sich die Rechtsgebiete nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolge voneinander.⁷³⁸ Insbesondere ermöglicht das Lauterkeitsrecht eine Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls, die im Urheberrecht grundsätzlich nicht erfolgt.⁷³⁹ Gleichzeitig kann ein Verhalten, das vom (europäischen) Urheberrecht erlaubt wird, mit Verweis auf persönliche oder wirtschaftliche Interessen des Urhebers an den Inhalten bzw. der Kontrolle der Nutzung dieser grundsätzlich nicht durch (nationales) Lauterkeitsrecht verboten werden.⁷⁴⁰

Dieses Spannungsverhältnis, welches Rechtsgebiet maßgeblich ist, soll für Werbeblocker mithilfe von vier Voraussetzungen aufgelöst werden. Deren Zweck ist es insbesondere zu zeigen, dass das Urheberrecht die hier vorliegende Situation grundsätzlich regelt und kein Bedarf für einen

735 Zur Anwendung der schlichten Einwilligung ohne § 44a Nr. 2 UrhG oben, 2. Teil § 3 B. I. 4. (S. 84).

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

737 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (2) (S. 82).

738 Vgl. *BGH GRUR* 2018, 1251, 1255 Rn. 34 – *Werbeblocker II*.

739 Vgl. *Ohly GRUR Int.* 2015, 693, 698.

740 *Ohly GRUR Int.* 2015, 693, 697.

das Urheberrecht ergänzenden Schutz besteht. Wäre ein Schutz für die Webseitenbetreiber nicht zu erlangen – sei es wegen datenschutzrechtlicher Undurchführbarkeit der notwendigen Erkennung von Nutzern mit Werbeblockern oder fehlenden urheberrechtlichen Schutzansprüchen – käme das Lauterkeitsrecht mit seiner „Schrittmacherfunktion“⁷⁴¹ als „Lückenfüller“ infrage, wie es das bereits historisch häufiger getan hat.⁷⁴² Nur mit einer umfassenden Analyse, ob eine Beschränkung des Zugangs einen Schutz nach sich zieht, kann ein Bedürfnis für einen lauterkeitsrechtlichen (Leistungs-)Schutz verneint werden.

Danach ist zu prüfen, inwieweit das Urheberrecht grundsätzliche Vorgaben für lauterkeitsrechtliche Sachverhalte machen kann und nach welchen Maßstäben sich diese richten. Schlussendlich ist die konkrete Anwendung zu prüfen und welche durch Werbeblocker berührten Interessen durch das Urheberrecht geregelt sind bzw. eine abweichende lauterkeitsrechtliche Beurteilung rechtfertigen können.

Dementsprechend müssen folgende Voraussetzungen vorliegen, um die urheberrechtliche Wertung auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeblockern übertragen zu können.

- I. Werbeblockersperren sind erlaubt. Bevor man überhaupt an die Sperrung von Nutzern denken kann, die keine Werbung empfangen, müssen diese Sperren implementiert werden dürfen. Gegen die vorgelagerte Erkennung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker werden teilweise datenschutzrechtliche Bedenken angeführt.
- II. Schutz der Werbeblockersperren. Das Wertungsgefüge muss auf den Vertrieb von Werbeblockern passen. Das setzt voraus, dass – wie oben gezeigt – einerseits das Einstellen ungeschützter Inhalte zu einer Erlaubnis des Abrufs führt und andererseits beim Vorsehen eines Schutzes urheberrechtliche Abwehransprüche bestehen. Hierzu werden entsprechende Ansprüche der Webseitenbetreiber geprüft.
- III. Maßstäbe für die Übertragung der Wertung. Hier ist zu klären, wie das Urheberrecht zum Lauterkeitsrecht steht und inwiefern eine Übertragung stattfinden kann.
- IV. Anwendung der urheberrechtlichen Wertung auf Werbeblocker. Nachdem die durch die Richtlinie geregelten Interessen dargestellt worden sind, werden die in der Diskussion bisher behandelten Aspekte eingeordnet, inwiefern sie einen urheberrechtlichen Hintergrund haben. Danach sind die Umstände, die nicht (abschließend)

741 Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 40.

742 Siehe die Beispiele bei MüKoUWG/Hauck, Teil I A. Rn. 295.

vom Urheberrecht berücksichtigt werden, darauf zu überprüfen, ob sie als zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände eine vom urheberrechtlichen Ergebnis abweichende Bewertung rechtfertigen.

II. Werbeblockersperren sind erlaubt

Eine Übertragung der urheberrechtlichen Wertung setzt voraus, dass den Webseitenbetreibern auch eine Sperre ihrer Inhalte für Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker erlaubt ist. Nur in diesem Fall können die Webseitenbetreiber die Möglichkeit nutzen, die der *EuGH* mit der technischen Beschränkung als Gegengewicht zur weitgehenden Einwilligung⁷⁴³ vorgesehen hat.

Eine solche technische Beschränkung muss, damit sie als Alternative taugt, grundsätzlich legal sein. Während bezüglich der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit vor dem Hintergrund der urheberrechtlichen Verfügungsbefugnis keine Bedenken bestehen, ist die notwendigerweise vorgelagerte Erkennung rechtlich problematisch. Von verschiedener Seite werden Bedenken aufgrund möglicher Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften vorgebracht.⁷⁴⁴ Diese knüpfen zumeist an Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL⁷⁴⁵ an, der die Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die bereits im Gerät gespeichert sind, nur gestattet, wenn der betreffende Nutzer seine informierte Einwilligung gegeben hat. Im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)⁷⁴⁶ aufgrund der unklaren Reichweite des Verweises in Art. 95 DS-GVO auf die Richtlinie und der mangelhaften deutschen Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL stellen sich diverse Fragen. Es soll

743 Zu dieser oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (a) (S. 71).

744 Vgl. z. B. *Bechtolf/Vogt* K&C 2016, 445 ff.; *Nink* CR 2017, 103, 109 f.; *Weiden* GRUR 2017, 256, 257; *Ziebarth* VuR 2018, 257, 258 f.

745 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EG L 201 vom 31.07.2002, S. 37.

746 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. EU L 119 vom 04.05.2016, S. 1.

auch kurz auf die noch im Gesetzgebungsprozess befindliche ePrivacy-VO eingegangen werden, die die ePrivacy-RL ersetzen soll.

1. Anwendbarkeit der DS-GVO

Die DS-GVO regelt umfassend das Datenschutzrecht in der Europäischen Union. Eine Anwendbarkeit setzt gem. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO voraus, dass es sich bei der Information über die Nutzung eines Werbeblockers um ein personenbezogenes Datum im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO handelt.

Eine Werbeblockererkennung kann (bisher) nur feststellen, ob ein Browser werbliche Inhalte darstellt, nicht jedoch, ob tatsächlich ein Werbeblocker und erst recht nicht welcher installiert ist.⁷⁴⁷ Allerdings lässt die Nichtdarstellung regelmäßig den Schluss zu, dass ein Werbeblocker installiert ist. Grundsätzlich liegt kein Personenbezug des Datums, ob ein Browser werbliche Inhalte darstellen kann, vor, da diesem keine Person zugeordnet werden kann.⁷⁴⁸ Ein Personenbezug kann sich nur daraus ergeben, dass weitere Informationen mitgeteilt werden. Ruft ein Nutzer eine Webseite auf, so geschieht das technisch notwendig unter Mitteilung seiner⁷⁴⁹ IP-Adresse⁷⁵⁰. Eine darauf basierende Zuordnung zu einer konkreten Person – dem Anschlussinhaber – ist allein dem Access-Provider (Internetanbieter) möglich. Der Webseitenbetreiber (bzw. der für die Datenverarbeitung Verantwortliche) hat grundsätzlich keinen Zugriff auf diese Information. Nach Erwägungsgrund 26 S. 2 DS-GVO müssen jedoch für die Frage der Identifizierbarkeit alle Mittel berücksichtigt werden, die vom Verantwortlichen oder einer anderen Person „nach allgemeinem Ermessen

747 Zur Funktionsweise oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

748 Vgl. Taeger/Gabel/Arning/Rothkegel, DS-GVO Art. 4 Rn. 27.

749 Dabei ist es jedoch grundsätzlich möglich, sich z. B. hinter einem Virtual Private Network (VPN) zu „verstecken“, in diesem Fall wird nur die IP-Adresse des VPN mitgeteilt; ein VPN ist ein virtuelles Netzwerk, das eine Kommunikation entsprechend der innerhalb eines lokalen Netzwerks ermöglicht, sodass – wie bei typischen lokalen Netzwerken – die Kommunikation mit dem Internet über einen „Ausgangsserver“ stattfindet, sodass nur dieser nach außen tritt; vgl. zum Begriff Auer-Reinsdorff/Conrad/Schmidt/Pruß, § 3 Rn. 317 ff.

750 Eine IP-Adresse ist eine eindeutige Kennung im Internet, über die Nutzer individualisiert werden können; da die Menge an IP-Adressen technisch begrenzt ist, werden diese – zumindest bei Privaten – dynamisch, also wechselnd, vergeben; welcher Nutzer sich hinter der jeweiligen IP-Adresse verbirgt, weiß in diesem Fall nur der Access-Provider; ausführlich Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 51 f.

wahrscheinlich“ genutzt werden können. Wann etwas wahrscheinlich ist, soll gem. S. 3 nach objektiven Kriterien beurteilt werden, insbesondere den Kosten und dem erforderlichen Zeitaufwand.

Einige Autoren verneinen einen Personenbezug des Überprüfungsergebnisses auf Werblocker, da die allein mitgeteilte Information, ob das Endgerät Werbung darstelle, auf zu viele Nutzer zutrefte und deshalb kein Personenbezug vorliege.⁷⁵¹ Andere begründen demgegenüber den Personenbezug damit, dass das Gerät mittels der IP-Adresse identifiziert⁷⁵² werden könne.⁷⁵³ Spätestens die Kombination mit den weiteren mitgeteilten Informationen über das Endgerät führe zu einem Personenbezug.⁷⁵⁴

Beiden Ansichten ist zuzugeben, dass es eines weiteren Datums bedarf, über das man den Personenbezug herstellen kann. Hat z. B. eine Registrierung stattgefunden, ist die Verwendung eines Werblockers ein personenbezogenes Datum. Schwieriger ist jedoch die Frage, ob die (technisch notwendig) stets mitgeteilte IP-Adresse einen Personenbezug begründen kann.

Der *EuGH* hat in der Sache *Breyer* zur Datenschutz-RL (DS-RL)⁷⁵⁵, der Vorgängernormierung zur DS-GVO mit inhaltlich identischen Vorschriften zum Personenbezug,⁷⁵⁶ entschieden, dass es grundsätzlich auch Webseitenbetreibern aufgrund rechtlicher Mittel möglich ist, die dynamische IP-Adresse einer Person zuzuordnen, sodass ein Personenbezug gegeben sei.⁷⁵⁷ Deshalb wird angenommen, dass, sobald ein Datum mit einer IP-Adresse verknüpft werden kann, grundsätzlich eine Identifizierbarkeit

751 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446; *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 207.

752 Zur Identifizierung durch die IP-Adresse *EuGH* NJW 2016, 3579, 3581 Rn. 49 – *Breyer/Deutschland*; BeckOK DatenschutzR/*Schild*, DS-GVO Art. 4 Rn. 19 f.

753 *Kiersch*, Adblocking, S. 146 (aber nicht am Maßstab der DS-GVO); *Ziebarth* VuR 2018, 257, 258.

754 *Ziebarth* VuR 2018, 257, 259.

755 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31.

756 *Gola/Gola*, Art. 4 Rn. 1.

757 *EuGH* NJW 2016, 3579, 3581 Rn. 49 – *Breyer/Deutschland*.

gegeben ist.⁷⁵⁸ Teilweise wird eine solche bereits beim bloßen Device-Fingerprinting⁷⁵⁹ angenommen.⁷⁶⁰

Demgegenüber verneinen andere für Cookies und Methoden des Device-Fingerprintings im Regelfall eine Identifizierbarkeit,⁷⁶¹ obwohl Daten aus dem Endgerät und die IP-Adresse mitgeteilt werden. Das wird vor dem Hintergrund des Urteils des *EuGH* so gerechtfertigt, dass der Personenbezug je nach Kontext zu bestimmen sei: Im vom *EuGH* entschiedenen Fall wurden die IP-Adressen zur Abwehr und Nachverfolgung von Cyberattacken gespeichert und daraus folgten die rechtlichen Möglichkeiten zur Herausgabe der Daten beim Access-Provider. Dient die Speicherung jedoch allein der Nutzungsverfolgung, so fehle es an einem Zweck, der auf die potenzielle Identifizierung und damit Personalisierung der Nutzer gerichtet ist.⁷⁶²

Differenzierte man also nach dem Zweck der Datenerhebung bzw. den damit einhergehenden Möglichkeiten, kommt es darauf an, ob die Webseitenbetreiber Auskunft vom Provider erlangen können. Entscheidend hierfür sind vor allem die nationalen Erkenntnismöglichkeiten.⁷⁶³ Im Falle des Aufrufs mit Werbeblocker kommt ein Anspruch auf Auskunft nur wegen einer Urheberrechtsverletzung infrage, wenn der Nutzer eine Sperre umgeht und so gegen § 16 UrhG und § 95a Abs. 1 UrhG verstößt.⁷⁶⁴ Ob der Webseitenbetreiber die Daten zu diesem Zweck speichert, ist von der konkreten Ausgestaltung abhängig, allerdings liegt eine solche Speicherung nicht völlig fern.

758 Vgl. BeckOK DatenschutzR/Schild, DS-GVO Art. 4 Rn. 20; Ehmann/Selmayr/Klabunde, DS-GVO Art. 4 Rn. 18; Kühling/Buchner/Klar/Kühling, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 36.

759 Beim Device-Fingerprinting errechnet ein Algorithmus für das jeweilige Endgerät anhand bestimmter, vom Browser mitgeteilter Parameter (u. a. Bildschirmauflösung, Browserversion) einen eindeutigen Wert, über den eine Wiedererkennbarkeit des Geräts zur Profilbildung möglich ist, dazu oben, 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).

760 Simitis/Hornung/Spiecker/Karg, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 52.

761 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Buchholtz/Stentzel, Art. 4 Nr. 1 Rn. 19; Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 59; Taeger/Gabel/Arning/Rothkegel, DS-GVO Art. 4 Rn. 38; Hanloser ZD 2019, 264, 265.

762 Taeger/Gabel/Arning/Rothkegel, DS-GVO Art. 4 Rn. 38; unter Berufung auf BGH NJW 2017, 2416, 2418 Rn. 26; vgl. auch Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Buchholtz/Stentzel, Art. 4 Nr. 1 Rn. 19; Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 53 f., 59.

763 *EuGH* NJW 2016, 3579, 3581 Rn. 47 – Breyer/Deutschland.

764 Ausführlich sogleich, zu § 16 UrhG siehe 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229) und zu § 95a Abs. 1 UrhG siehe 4. Teil § 8 B. (S. 381).

Als Basis für eine Auskunft gegen den Provider kommt ein Anspruch gem. § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG infrage. Hiergegen spricht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. § 101 Abs. 4 UrhG, der zwar im Regelfall eine Auskunft nicht verhindert,⁷⁶⁵ hier aber aufgrund des niedrigen Schadens von zumeist deutlich unter einem Euro pro Verstoß⁷⁶⁶ Bedenken begründet. Darüber hinaus könnte man gegen den Auskunftsanspruch ein treuwidriges Verhalten ins Feld führen, wenn nicht gar eine erteilte Einwilligung: Für eine Rechtsverfolgung ist erforderlich, dass der Webseitenbetreiber die Verwendung eines Werbeblockers erkennt. Hat der Webseitenbetreiber den Werbeblocker aber erkannt, so kann er zumeist unproblematisch gleich die Webseite sperren. Allerdings ist für eine Verletzung des § 16 UrhG erforderlich, dass die Nutzer grob fahrlässig oder in Kenntnis handeln,⁷⁶⁷ sodass die Anwendung des § 242 BGB wohl abzulehnen ist.⁷⁶⁸ Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, die Daten zu speichern und dann mit den bei den Werbetreibenden abgerufenen werblichen Inhalten abzugleichen. Diese Möglichkeit kann im Nachhinein realisiert werden. Damit ist ein Anspruch auf Herausgabe von Daten gem. § 101 Abs. 2 Nr. 3 UrhG gegen den Access-Provider zumindest nicht ausgeschlossen, sodass eine tatsächliche Möglichkeit zur Ermittlung der IP-Adresse besteht. Gleichzeitig begehen Nutzer, die trotz Werbeblocker eine insoweit gesperrte Webseite aufrufen, unter bestimmten Umständen gem. § 106 Abs. 1 UrhG eine Straftat. Im Zuge dieser Ermittlungen besteht ebenso die Möglichkeit, die Daten des Nutzers vom Access-Provider zu erhalten. Da eine Ermittlung möglich ist, liegt auch nach der Ansicht, die auf den Zweck der Erhebung des Datums abstellt, ein personenbezogenes Datum vor.

Damit liegt grundsätzlich ein Personenbezug des Datums in Verbindung mit der Mitteilung der IP-Adresse vor. Der – allein messbare⁷⁶⁹ – Nichtempfang der Werbung beruht im Regelfall nicht auf technischen Begebenheiten, sondern auf einer freiwilligen Entscheidung des Nutzers. Im Zusammenhang mit den ohnehin mitgeteilten Informationen⁷⁷⁰ (IP-Adresse, Endgerät, Browser) lässt dies weitere Rückschlüsse auf den Nutzer zu. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Datum in der Verfügungssphäre des Webseitenbetreibers vorgehalten wird oder der Ver-

765 Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 101 Rn. 36.

766 Vgl. zur Vergütung von Werbeanzeigen oben, 1. Teil § 1 B. I. (S. 37).

767 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).

768 Vgl. 2. Teil § 4 C. III. 3. b) cc) (S. 253).

769 Bechtolf/Vogt K&R 2016, 445, 446.

770 Vgl. BeckOK DatenschutzR/Schild, DS-GVO Art. 4 Rn. 20.

arbeitende bei jedem Aufruf Zugriff auf dieses hat. Zu beachten ist aber, dass, schränkt man mit dem *EuGH* nach dem Zweck ein, der Personenbezug des Ergebnisses davon abhängt, inwiefern die Webseitenbetreiber (bzw. die Staatsanwaltschaft) die Daten des Anschlussinhabers erlangen können. Fallen also die urheberrechtlichen Ansprüche mangels Urheberrechtsverletzung oder einer Gesetzesänderung weg, ist auch der Anspruch auf Auskunft gegen den Access-Provider – und damit letztendlich der Personenbezug – nicht gegeben.

Es handelt sich somit um personenbezogene Daten im Sinne des Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, sodass gem. Art. 2 Abs. 1 DS-GVO die Datenschutz-Grundverordnung Anwendung findet.

2. Verweis auf die ePrivacy-RL

Zwar ist die DS-GVO anwendbar, allerdings verweist diese in Art. 95 DS-GVO auf die ePrivacy-Richtlinie. Gem. Art. 95 DS-GVO dürfen natürlichen oder juristischen Personen keine weitergehenden Pflichten in Bezug auf die Verarbeitung in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Union als solche in der ePrivacy-RL auferlegt werden, sofern diese dasselbe Ziel wie in der DS-GVO verfolgen. Der dazugehörige Erwägungsgrund 173 DS-GVO will die DS-GVO auf alle Pflichten anwenden, die nicht in der ePrivacy-RL geregelt sind. Damit zeigt die Norm, dass Art. 95 DS-GVO nicht das Schutzniveau der DS-GVO nach oben beschränken soll, und statuiert die grundsätzliche Unanwendbarkeit der DS-GVO, soweit auf die (zielgleichen) Regelungen der ePrivacy-RL verwiesen wird.⁷⁷¹ Deshalb findet die DS-GVO auf in der ePrivacy-RL geregelte Sachverhalte keine Anwendung und es gilt weiterhin das die Richtlinie umsetzende nationale Recht. In Bezug auf Werbeblocker ist demnach anstelle des Erlaubnistatbestands der Datenschutz-Grundverordnung (Art. 6 Abs. 1 DS-GVO) aufgrund des Verweises in Art. 95 DS-GVO das nationale Recht anzuwenden, das Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL umsetzt. Dieser enthält grundsätzlich ein Zustimmungserfordernis und könnte hier anwendbar sein.

Das setzt allerdings voraus, dass Art. 95 DS-GVO auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL verweist, was teilweise verneint wird (a). Weitere Voraussetzung für

⁷⁷¹ Ehmann/Selmayr/Klabunde/Selmayr, Art. 95 Rn. 7; Kühling/Buchner/Kühling/Raab, DS-GVO Art. 95 Rn. 5.

die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL aufgrund des Verweises in Art. 95 DS-GVO ist, dass auch tatsächlich Pflichten auferlegt werden (b), das deutsche Recht mithin Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL korrekt umsetzt und damit überhaupt Pflichten für natürliche oder juristische Personen begründen kann.

a) Erfassung von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

Der Verweis in Art. 95 DS-GVO gibt zum gewissen Grad Art. 3 ePrivacy-RL in der durch die Cookie-RL⁷⁷² geänderten Fassung wieder. Art. 95 DS-GVO erfasst die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen in der Gemeinschaft, einschließlich öffentlicher Kommunikationsnetze, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützten. Der von Art. 95 DS-GVO verwendete Begriff des elektronischen Kommunikationsdienstes wird in Art. 2 lit. c Cookie-RL definiert. Danach sind solche „gewöhnlich gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben; nicht dazu gehören die Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von Artikel 1 der Richtlinie 98/34/EG, die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen“.

Hieraus wird gefolgert, dass elektronische Kommunikationsdienste nicht das Internet als Medium meinten und demgemäß der Verweis in

772 Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EU L 337 vom 18.12.2009, S. 11.

Art. 95 DS-GVO Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL nicht erfasse,⁷⁷³ sodass insoweit die Regelungen der DS-GVO gelten würden.

Nach der Gegenansicht verweist Art. 95 DS-GVO auch auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL,⁷⁷⁴ welcher unstreitig für internetbasierte Dienste gilt.⁷⁷⁵ Diese Ansicht führt Erwägungsgrund 173 DS-GVO an, der die Anwendung der DS-GVO „für alle Fragen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten“ anordnet, soweit diese Ziele nicht in der ePrivacy-RL geregelt seien, und so eine umfassende Geltung der ePrivacy-RL voraussetzt.⁷⁷⁶

Letzterer Ansicht ist zuzustimmen. Dem Verweis auf den scheinbar begrenzten Anwendungsbereich ist neben dem Erwägungsgrund 173 DS-GVO entgegenzuhalten, dass bereits in der ePrivacy-RL selbst der Anwendungsbereich gleich dem des Art. 95 DS-GVO beschrieben wird. So sieht Art. 3 ePrivacy-RL vor, dass die Richtlinie für die Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen, einschließlich öffentlicher Kommunikationsnetze, die Datenerfassungs- und Identifizierungsgeräte unterstützen, Anwendung finde. Art. 95 DS-GVO gibt damit lediglich den Anwendungsbereich der ePrivacy-RL wieder, der unstrittig auch Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL erfasst. Dies muss dann ebenso für die Reichweite des Verweises nach Art. 95 DS-GVO gelten.⁷⁷⁷

Weiterhin spricht Art. 21 Abs. 5 DS-GVO für einen umfassenden Verweis auf die ePrivacy-RL, wenn dieser die Ausübung des Widerspruchsrechts für Dienste der Informationsgesellschaft mittels automatisierter Verfahren ungeachtet der ePrivacy-RL zulässt. Solche Dienste stellen zumeist Internetangebote dar,⁷⁷⁸ demgemäß werden häufig „Do-not-track“-Einstel-

773 HK-DSGVO/BDSG/Richter, DS-GVO Art. 95 Rn. 3, 10; Plath/Hullen/Roggenkamp, TMG Einl. Rn. 10, § 15 Rn. 2; Simitis/Hornung/Spiecker/Karg, DS-GVO Art. 95 Rn. 5 ff., 21.

774 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Böhm, Art. 95 Rn. 6; Gola/Piltz, Art. 95 Rn. 6; Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 11; Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 95 Rn. 7, 21; vgl. auch Plath/Jenny, DS-GVO Art. 95 Rn. 8.

775 Für eine Anwendung vgl. nur *EuGH* MMR 2019, 579, 583 Rn. 88 ff. – *Fashion ID*; *BGH* GRUR 2018, 96, 98 Rn. 14 f. – *Planet49*; Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 65.

776 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Böhm, Art. 95 Rn. 6; Gola/Piltz, Art. 95 Rn. 6; Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 95 Rn. 7.

777 Ähnlich Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 11.

778 Kühling/Buchner/Herbst, DS-GVO Art. 21 Rn. 42.

lungen für Webbrowser als Beispiel genannt.⁷⁷⁹ Diese Ausnahme des nach Art. 95 DS-GVO geltenden Anwendungsvorrangs der ePrivacy-RL ergibt jedoch nur dann Sinn, wenn die ePrivacy-RL insoweit überhaupt anwendbar ist, also der Verweis in Art. 95 DS-GVO auch Regelungen für klassische internetbasierte Dienste erfasst. Aus diesen Gründen verweist Art. 95 DS-GVO auch auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, sodass dieser grundsätzlich anwendbar ist.

b) Begründung von Pflichten

Damit die ePrivacy-RL Pflichten begründen kann, muss sie (korrekt) in nationales Recht umgesetzt worden sein.⁷⁸⁰ Deshalb ist zu prüfen, welche Regulationsanforderungen Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL in Bezug auf Werbeblocker trifft (aa) und inwiefern diesen im Rahmen des deutschen Rechts genügt wird (bb).

aa) Anforderungen des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL

Nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL ist die Speicherung von Informationen oder der Zugriff auf Informationen im Endgerät eines Nutzers nur gestattet, wenn der betreffende Nutzer auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen seine Einwilligung gegeben hat. In der ursprünglichen Fassung der Richtlinie von 2002 war lediglich ein Widerspruchserfordernis vorgesehen, das jedoch durch Art. 2 Nr. 5 Cookie-RL zum bestehenden Zustimmungserfordernis geändert worden ist.

Lädt der Webseitenbetreiber testweise eine Werbeanzeige und überprüft so das Endgerät auf die Verwendung eines Werbeblockers,⁷⁸¹ so handelt es sich beim Ergebnis dieser Überprüfung – Darstellung von Werbung ja oder nein – um eine Verarbeitung im Sinne des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL,⁷⁸² sodass sich das Verhalten der Webseitenbetreiber grundsätzlich an diesem messen lassen muss.

779 Ehmann/Selmayr/Klabunde/Selmayr, Art. 95 Rn. 7; Gola/Schulz, Art. 21 Rn. 36; Kühling/Buchner/Herbst, DS-GVO Art. 21 Rn. 43; Plath/Jenny, DS-GVO Art. 95 Rn. 8.

780 Vgl. Sydow/Sydow, DS-GVO Art. 95 Rn. 10.

781 Zum Ablauf ausführlich oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

782 Bechtolf/Vogt K&R 2016, 445, 447; Nink CR 2017, 103, 109; ebenso die EU-Kommission, zitiert nach Schmidt, EU-Kommission: Adblocker-Detektoren fallen un-

(1) Kein Erlaubnistatbestand

Als Erlaubnistatbestand kommt nur Art. 5 Abs. 3 S. 2 ePrivacy-RL infrage, wonach die Erhebung der Information für das Zurverfügungstellen eines „ausdrücklich gewünschten“ Dienstes „unbedingt“ erforderlich sein muss. Bereits an der Formulierung zeigt sich, dass die Anforderungen sehr hoch sind. Die Information, dass jemand keine Werbung empfängt, ist für das Funktionieren der jeweiligen Webseite nicht erforderlich.⁷⁸³ Zwar gilt anderes für die Werbung, allerdings ist dieser „Dienst“ nicht ausdrücklich erwünscht. Der schlichte Aufruf einer typischerweise werbefinanzierten Webseite begründet keine „Erwünschtheit“.

Die Rechtmäßigkeit der Informationserhebung kann man auch nicht damit begründen, dass sie für die finanziellen Grundlagen des Dienstes notwendig ist, da ohne Aussperrung Werblocker das Geschäftsmodell bedrohten bzw. die urheberrechtlichen Inhalte schutzlos seien. Es bleibt den Webseitenbetreibern unbenommen, stattdessen eine Einwilligung einzuholen, die eine Überprüfung erlaubt. Dass dadurch (potenzielle) Leser verschreckt werden,⁷⁸⁴ ist jedoch hinzunehmen, der Nutzer kann insbesondere dauerhaft einwilligen und das Einwilligungsfenster kann erst nach einer Weile der Benutzung⁷⁸⁵ der Webseite auftauchen, sodass die Schwelle zur Versagung der Einwilligung unter Umständen höher ist. Ein Erlaubnistatbestand im Sinne des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL ist nicht einschlägig.

(2) Einwilligung

Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL fordert, wenn keine gesetzliche Erlaubnis gegeben ist, eine Einwilligung, die vor der Datenverarbeitung gegeben werden muss.⁷⁸⁶ Nach Erwägungsgrund 32 S. 3 ePrivacy-RL reichen Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen und Untätigkeit nicht aus. Deshalb

ter ePrivacy-Richtlinie, <https://www.telemedicus.info/article/3085-EU-Kommision-Adblocker-Detektoren-fallen-unter-ePrivacy-Richtlinie.html> (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020); vgl. zum deutschen Recht *Ziebarth* VuR 2018, 257, 259.

783 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 447; vgl. auch *Keppeler* MMR 2015, 779, 782.

784 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 449.

785 Die Überprüfung darf aber erst nach Erteilung der Einwilligung erfolgen, vgl. *EuGH* MMR 2019, 579, 584 Rn. 102 – *Fashion ID*.

786 *Szpunar* BeckRS 2019, 3909, Rn. 61 – *Schlussanträge Planet49*; *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 449; vgl. auch *EuGH* MMR 2019, 579, 583 f. Rn. 89, 102 – *Fashion ID*.

bedarf es einer aktiven Zustimmung.⁷⁸⁷ Lösungen, die die Nutzung der Webseite durch Scrollen ausreichen ließen,⁷⁸⁸ sind abzulehnen. Es ist eine eindeutige, bestätigende Handlung zu fordern.

(3) Koppelungsverbot

Die Modalitäten der Einwilligung richten sich aufgrund von Art. 94 Abs. 2 DS-GVO, Art. 2 lit. f ePrivacy-RL nach der DS-GVO,⁷⁸⁹ sodass insbesondere Art. 7 Abs. 4 DS-GVO zu beachten ist. Nach diesem ist bei der Frage, ob eine Einwilligung freiwillig erteilt worden ist, dem Umstand „in größtmöglichem Umfang“ Rechnung zu tragen, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. Darüber hinaus setzt die Freiwilligkeit nach Erwägungsgrund 42 S. 5 DS-GVO voraus, dass die betroffene Person eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden. Dies wird als allgemeines, in der Rechtsfolge relativiertes Koppelungsverbot verstanden.⁷⁹⁰

Koppeln die Webseitenbetreiber die Freigabe der Inhalte an den Empfang von Werbung, werden sie erst recht die vorherige Prüfung auf Verwendung eines Werbeblockers verpflichtend machen, sodass das Koppelungsverbot einschlägig sein kann.

Grundsätzlich liegt beim Abruf von Inhalten gegen den Bezug von Werbung kein Vertrag vor,⁷⁹¹ insbesondere nicht im europäischen Sinne.⁷⁹² Allerdings ist diese Situation in Bezug auf die Gefährdung der durch die DS-GVO geschützten Grundrechte und der grundsätzlichen Interessenlage identisch: Eine Leistung setzt in beiden Fällen die vorherige Einwilligung in die Datenverarbeitung voraus.⁷⁹³ Der Unterschied dabei ist, dass das so abgefragte Datum sich allein auf die Frage bezieht, ob Werbung im Brow-

787 *EuGH BeckRS* 2019, 22831, Rn. 62, 55 – *Planet49*; *Szpunar BeckRS* 2019, 3909, Rn. 69 ff. – *Schlussanträge Planet49*; zur ePrivacy-RL Art. 29 WP, WP 187, S. 12.

788 So noch *Rauer/Ettig ZD* 2014, 27, 31; vgl. auch *Hanloser ZD* 2018, 213, 215.

789 Taeger/Gabel/Golland, DS-GVO Art. 95 Rn. 11.

790 BeckOK DatenschutzR/Stemmer, DS-GVO Art. 7 Rn. 40.

791 Dazu unten, 4. Teil § 11 A. II. (S. 403).

792 Vgl. auch Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL, der den Tausch von Werbung gegen Inhalte bzw. Dienste nicht als Vertrag einordnet.

793 Vgl. *Weiden GRUR* 2017, 256, 257.

ser dargestellt wird. Wie beim Geschäftsmodell „Service gegen Daten“ dient das Datum hier ebenfalls allein der Refinanzierung eines (ansonsten) kostenlosen⁷⁹⁴ Angebots, wird aber nicht selbst weitergegeben.

Die Reichweite des Kopplungsverbots ist umstritten. Dies hat sich bereits in der Gesetzgebungsgeschichte abgezeichnet. Während das Europäische Parlament für ein absolutes Koppelungsverbot⁷⁹⁵ plädiert hat,⁷⁹⁶ wurde sich im Trilog⁷⁹⁷ auf die endgültige Fassung geeinigt, welche nur noch die „größtmögliche Berücksichtigung“ vorsieht.⁷⁹⁸ Dieses im Vergleich zum Entwurf des EU-Parlaments abgeschwächte Koppelungsverbot wird dafür von einem sehr scharfen Erwägungsgrund 43 S. 2 DS-GVO flankiert. Dieser lehnt eine Freiwilligkeit für den Fall ab, dass die Einwilligung für die Erfüllung des Vertrags einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung nicht erforderlich ist. Dieser Erwägungsgrund wurde, wie die endgültige Fassung des Art. 7 Abs. 4 DS-GVO, erst im Laufe des Trilogverfahrens eingeführt, sodass man von einem grundsätzlich strengen Koppelungsverbot ausgehen könnte.⁷⁹⁹ Dagegen wird teilweise mit Verweis auf die Freiheit des Handelnden eine restriktive Anwendung des Kopplungsverbots gefordert.⁸⁰⁰ Einigkeit besteht darin, dass kein absolutes Koppelungsverbot vorliegt.⁸⁰¹

794 Vgl. zur geschäftlichen Handlung 2. Teil § 4 A. III. 2. a) (S. 108).

795 DS-GVO-E 1. Lesung ABl. EU C 378 vom 12.03.2014, S. 428, Art. 7 Abs. 4: „Die Erfüllung eines Vertrags oder die Erbringung einer Dienstleistung darf nicht von der Einwilligung in eine Verarbeitung von Daten abhängig gemacht werden, die für die Erfüllung des Vertrages oder die Erbringung der Dienstleistung nicht im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b erforderlich ist. [Abänderung 101]“ und S. 405, Erwägungsgrund 33 S. 4: „Die Einwilligung für die Verarbeitung zusätzlicher personenbezogener Daten, die für die Bereitstellung von Dienstleistungen nicht notwendig sind, sollten für die Verwendung dieser Dienstleistungen nicht verlangt werden.“, [Hervorhebungen und Streichungen durch Verf. entfernt].

796 Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 7 Rn. 90.

797 Das Verfahren der Mitentscheidung gem. Art. 294 AEUV, bei dem Europäisches Parlament, Rat und Kommission sich auf einen Kompromiss zu einigen versuchen, vgl. Calliess/Ruffert/Kluth, AEUV Art. 294 Rn. 2 ff.

798 Rat der EU, Entwurf der DS-GVO (1. Lesung) vom 28.06.2016, 2012/0011 (COD), S. 89, 20.

799 Vgl. Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Gierschmann, Art. 7 Rn. 62, die von einer widerleglichen Vermutung ausgeht; dagegen Simitis/Hornung/Spiecker/Klement, DS-GVO Art. 7 Rn. 58.

800 Simitis/Hornung/Spiecker/Klement, DS-GVO Art. 7 Rn. 60.

801 Statt fast aller Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Gierschmann, Art. 7 Rn. 64, 62 m. w. N.

In Bezug auf das Geschäftsmodell „Service gegen Daten“ wird vertreten, dass solche Dienste grundsätzlich nicht mehr zulässig seien.⁸⁰² Häufig wird jedoch eine Ausnahme für den Fall zugelassen, dass der Nutzer sich als Gegenleistung zur Hingabe der Daten verpflichtet, sofern diese Verpflichtung ausreichend transparent gemacht wird, der Dienst beispielsweise nicht als „kostenlos“ beworben wird,⁸⁰³ und keine Monopolstellung⁸⁰⁴ vorliege.⁸⁰⁵ Sofern die Daten als Gegenleistung dienen, fehle es gerade am Autonomiekonflikt, vor dem Art. 7 Abs. 4 DS-GVO schützen wolle.⁸⁰⁶ Ebenso wird eine Ausnahme gemacht, wenn die Nutzer eine Wahl haben, also stattdessen auch zahlen könnten⁸⁰⁷ oder bei einem anderen Anbieter eine ähnliche Leistung ohne zusätzliche Daten erhalten würden^{808, 809} Die *Art.-29-Datenschutzgruppe* (*Art. 29 WP*)⁸¹⁰ hingegen sieht Fälle, in denen eine gekoppelte Einwilligung wirksam ist, als „absolute Ausnahme“ an.⁸¹¹

Demgegenüber setzt die Digitale-Inhalte-Richtlinie (DInh-RL)⁸¹² die prinzipielle Rechtmäßigkeit von Geschäftsmodellen, in denen Nutzer Da-

802 Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 7 Rn. 91, aber später einschränkend (Rn. 93); Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 9.

803 Paal/Pauly/Frenzel, DS-GVO Art. 7 Rn. 21; Buchner DuD 2016, 155, 158 f.; dagegen Simitis/Hornung/Spiecker/Klement, DS-GVO Art. 7 Rn. 63.

804 Simitis/Hornung/Spiecker/Klement, DS-GVO Art. 7 Rn. 61; Gola K&R 2017, 145, 147.

805 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Gierschmann, Art. 7 Rn. 65, 70; Gola/Schulz, Art. 7 Rn. 30; Kühling/Buchner/Buchner/Kühling, DS-GVO Art. 7 Rn. 51; Krohm/Müller-Peltzer ZD 2017, 551, 554; anders in Bezug auf die Monopolstellung HK-DSGVO/BDSG/Schwartmann/Klein, DS-GVO Art. 7 Rn. 47 f.; Paal/Pauly/Frenzel, DS-GVO Art. 7 Rn. 21.

806 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Gierschmann, Art. 7 Rn. 70; Sydow/Ingold, DS-GVO Art. 7 Rn. 33; Gola K&R 2017, 145, 147; vgl. auch Moos/Schefzig/Arning/Rohwedder, Kap. 5 Rn. 142; Simitis/Hornung/Spiecker/Klement, DS-GVO Art. 7 Rn. 59.

807 Krohm/Müller-Peltzer ZD 2017, 551, 553; Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 11.

808 So wohl Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 7 Rn. 93; dagegen Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 11.

809 Moos/Schefzig/Arning/Rohwedder, Kap. 5 Rn. 143; Sydow/Ingold, DS-GVO Art. 7 Rn. 33.

810 Diese Gruppe ist in Art. 29 DS-RL vorgesehen und besteht aus Vertretern der Kontrollstellen der Mitgliedstaaten für den Datenschutz; die Gruppe gibt unabhängig Empfehlungen zu Themen des Datenschutzes ab, vgl. Art. 30 DS-RL.

811 Art. 29 WP, WP 259 rev.01, S. 10.

812 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. EU L 136 vom 22.05.2019, S. 1.

ten im Tausch gegen eine Leistung bereitstellen, voraus, vgl. Erwägungsgründe 24, 25. Die Richtlinie bezieht sich zwar nicht auf Sachverhalte, in denen nur Informationen zum Gerät des Verbrauchers oder dessen Browserverlauf erhoben werden (Erwägungsgrund 25 S. 3 DINh-RL). Allerdings stellt sie es den Mitgliedstaaten frei, diese Verträge aufgrund nationaler Vorschriften in den Regelungsbereich der Richtlinie einzubeziehen (Erwägungsgrund 25 S. 4 DINh-RL). Zwar stellt Erwägungsgrund 38 S. 4 DINh-RL klar, dass die Richtlinie die Rechtmäßigkeit der Einwilligung nicht regeln möchte. Allerdings kann aus der bloßen Existenz gefolgert werden, dass der europäische Gesetzgeber das Koppelungsverbot nicht als Hinderungsgrund für diese Geschäftsmodelle begreift.⁸¹³

Nach hier vertretenem Verständnis erfasst das Koppelungsverbot nicht Fälle der Werblocker-Erkennung. Hierauf deutet bereits die Formulierung der DS-GVO hin, die nur von „Erfüllung“ eines Vertrags spricht und damit einen solchen bereits voraussetzt. Weiterhin setzt der europäische Gesetzgeber mit der DINh-RL die Existenz des Geschäftsmodells „Service gegen Daten“ voraus.

Aber selbst, wenn insoweit nicht eingeschränkt und das Koppelungsverbot auf den Abschluss des Vertrags für anwendbar gehalten wird, gebietet das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Zulässigkeit der Abfrage. Die Verhältnismäßigkeit ist grundsätzlich im Rahmen des Kopplungsverbots zu berücksichtigen.⁸¹⁴ Hierauf deutet die Wendung „größtmögliche Berücksichtigung“ hin, die eine wertende Betrachtung erfordert.⁸¹⁵ Ein absolutes Koppelungsverbot hat der Richtlinienggeber bewusst vermieden und damit sind die Rechte der Beteiligten zu berücksichtigen.⁸¹⁶ Die Bedeutung der begehrten Leistung und die jeweilige Datenverarbeitung sind daher ins Verhältnis zu setzen.⁸¹⁷ Ohne eine mögliche Kopplung hätten die Webseitenbetreiber nur die Option, die Inhalte entweder de facto schutzlos online zu stellen oder die Webseiten nur noch gegen Entgelt anzubieten.⁸¹⁸ Zugleich berührt die Angabe, dass das Endgerät keine Wer-

813 Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, Art. 7 Rn. 95; Simitis/Hornung/Spiecker/Klement, DS-GVO Art. 7 Rn. 63; Krohm/Müller-Peltzer ZD 2017, 551, 554.

814 Gola/Schulz, Art. 7 Rn. 27; Gola K&R 2017, 145, 147; Krohm/Müller-Peltzer ZD 2017, 551, 554 f.; ähnlich Engeler ZD 2018, 55, 59.

815 Vgl. BeckOK DatenschutzR/Stemmer, DS-GVO Art. 7 Rn. 46.2: „nebulöse Abwägungsformel“; Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, Art. 7 Rn. 97; Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 7 Rn. 93.

816 Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, Art. 7 Rn. 95, 99.

817 Engeler ZD 2018, 55, 59.

818 Vgl. Gola/Schulz, Art. 7 Rn. 26.

bung darstellen kann, nur unwesentlich die durch die DS-GVO geschützten Rechte.⁸¹⁹ Eine ausreichende Information ist nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL i. V. m. Art. 13, 12, 94 Abs. 2 DS-GVO gesichert. Diese Ausnahme vom Koppelungsverbot muss gleichfalls für Fälle gelten, in denen der Anbieter eine Monopolstellung hat. Es ist weiterhin seine Entscheidung als Ausfluss des Urheberrechts an den Inhalten, ob diese Inhalte nur gegen Werbung bereitgestellt werden. Gleichzeitig folgt daraus, dass keine werbefreien Alternativen angeboten werden müssen. Deshalb steht das Koppelungsverbot gem. Art. 7 Abs. 4, 94 Abs. 2 DS-GVO nicht der Einwilligung und damit nicht der Erkennung entgegen, ob Werbung dargestellt wird.

(4) Informationserfordernis

Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL verpflichtet den Verantwortlichen dazu, den Nutzer stets vor Beginn des Verarbeitungsvorgangs gem. der DS-RL zu informieren.⁸²⁰ Wegen Art. 94 Abs. 2 DS-GVO⁸²¹ bestimmen sich die Anforderungen an die zu erteilenden Informationen nach Art. 13, 12 DS-GVO. Dies umfasst u. a. Informationen über die Verantwortlichen, Dauer der Speicherung und Zweck in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren Sprache.⁸²²

(5) Ergebnis zur Vorgabe der Richtlinie

Damit sieht das europäische Recht nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL prinzipiell eine Einwilligung in die Abfrage, ob Werbung angezeigt wird, vor.⁸²³ Hierfür muss der Nutzer vorher gem. Art. 12, 13, 94 Abs. 2 DS-GVO informiert werden.

819 Vgl. auch Erwägungsgrund 21 S. 5, 1 ePrivacy-VO-E, zu diesem auch sogleich, 2. Teil § 4 II. 4. (S. 181).

820 *EuGH* MMR 2019, 579, 584 Rn. 102 – *Fashion ID*; Art. 29 WP, WP 187, S. 30.

821 Vgl. Kühling/Buchner/Kühling/Raab, DS-GVO Art. 94 Rn. 7, die allgemein auf den Grundsatz des *Effet utile* verweisen; DSK, Orientierungshilfe, S. 5.

822 Ausführlich Art. 29 WP, Art. 29 WP 02/2013, S. 3.

823 *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 447; *Nink* CR 2017, 103, 110; EU-Kommission, zitiert nach *Schmidt*, EU-Kommission: Adblocker-Detektoren fallen unter ePrivacy-Richtlinie, <https://www.telemedicus.info/article/3085-EU-Kommission-Adblocker-Detektoren-fallen-unter-ePrivacy-Richtlinie.html> (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

bb) Deutsche Umsetzung

In Deutschland ist die Verwendung der Daten im Zusammenhang mit Telemedien grundsätzlich durch das Telemediengesetz geregelt. Nach § 12 Abs. 1 TMG bedarf jede Erhebung und Verwendung von personenbezogenen Daten entweder einer Einwilligung oder einer gesetzlichen Erlaubnis. § 14 Abs. 1 TMG, der die Verarbeitung von Bestandsdaten erlaubt, kommt vorliegend nicht infrage, da dieser nur solche Daten erfasst, die für das jeweilige Vertragsverhältnis zwischen Dienstanbieter und Nutzer relevant sind.⁸²⁴ An einem Vertrag fehlt es aber vorliegend. Eine Erlaubnis kann daher nur durch § 15 TMG erfolgen. § 15 Abs. 1 S. 1 TMG erlaubt die Erhebung und Verwendung von Nutzungsdaten, soweit dies erforderlich ist, die Inanspruchnahme von Telemedien zu ermöglichen und abzurechnen. Das scheidet jedoch aus, da das Datum des Ladens von Werbung insofern nicht erforderlich ist.⁸²⁵ Stattdessen kommt im Falle einer Pseudonymisierung eine Erlaubnis nach § 15 Abs. 3 TMG infrage (1). Allerdings ist auch der Fall zu behandeln, in dem keine Pseudonymisierung erfolgt (2).

(1) Pseudonymisierung – § 15 Abs. 3 TMG

§ 15 Abs. 3 S. 1 TMG erlaubt Datenerhebungen zum Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien und dazu Nutzungsprofile bei Verwendung von Pseudonymen zu erstellen, sofern der Nutzer dem nicht widerspricht. Diese Widerspruchslösung entspricht nicht der Zustimmungslösung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL.⁸²⁶ Entscheidend ist damit für die Verweisung in Art. 95 DS-GVO, ob das nationale Recht richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden kann, dass § 15 Abs. 3 TMG eine der Richtlinie entsprechende Pflichtenbegründung realisiert. Eine unmittelbare Anwendung von Richtlinien scheidet grundsätzlich aus.⁸²⁷

824 Vgl. Ziebarth VuR 2018, 257, 259.

825 Ziebarth VuR 2018, 257, 259.

826 Taeger/Gabel/Golland, DS-GVO Art. 95 Rn. 21; Bechtolf/Vogt K&R 2016, 445, 447; Brandt, DSRITB (2018), S. 1, 9; Hanloser ZD 2018, 213, 215; Jandt ZD 2018, 405, 407; DSK, Orientierungshilfe, S. 5; time.lex/Spark, ePrivacy Directive assessment, S. 63; anders Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Böhm, Art. 95 Rn. 30, da Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL nicht die Pseudonymisierung erfasse.

827 EuGH Slg. 1986, 737, 749 Rn. 48 – *Marshall I*; Slg. 1990, I-4135, I-4158 Rn. 6 – *Marleasing*; NVwZ 2004, 593, 596 Rn. 56 – *Wells*; vgl. ausführlich und mit wei-

Nach dem *BGH* kann eine richtlinienkonforme Auslegung des § 15 TMG erfolgen,⁸²⁸ sodass der Regelung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL i. V. m. Art. 95 DS-GVO zur Durchsetzung verholfen würde. Andere hingegen verweisen auf den entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers und lehnen eine richtlinienkonforme Auslegung von § 15 Abs. 3 TMG ab. Konsequenz ist, dass dieser (zwischen Privaten⁸²⁹) trotz Europarechtswidrigkeit anzuwenden sei⁸³⁰ oder das TMG (insoweit) durch die DS-GVO verdrängt werde.⁸³¹ Laut den Vertretern der letzteren Ansicht stehe einer richtlinienkonformen Auslegung entgegen, dass der deutsche Gesetzgeber bewusst nicht die Cookie-RL, die Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL zum Zustimmungserfordernis geändert hatte, umgesetzt hat.⁸³²

Die weitere Anwendung des § 15 Abs. 3 TMG kann nicht überzeugen, auch nicht in europarechtskonformer Auslegung. Die Norm ist eindeutig europarechtswidrig. Entscheidend ist, dass der deutsche Gesetzgeber eindeutig⁸³³ keine Umsetzung wollte. Der Wille des Gesetzgebers steht somit einer richtlinienkonformen Auslegung entgegen.⁸³⁴ Die deutsche Norm kann schließlich nicht wortlautgetreu angewandt werden, da die DS-GVO insoweit Anwendungsvorrang⁸³⁵ besitzt.

teren Nachweisen Calliess/Ruffert/Ruffert, AEUV Art. 288 Rn. 57 ff.; zur ePrivacy-RL DSK, Orientierungshilfe, S. 6.

828 *BGH* GRUR 2018, 96, 98 Rn. 13 – *Planet49*.

829 Art. 6 Abs. 2 DS-GVO enthält insoweit eine Öffnungsklausel; aufgrund einer Ungleichbehandlung von privaten und öffentlichen Akteuren sehr kritisch *Jandt* ZD 2018, 405, 407.

830 Vgl. *Hanloser* ZD 2018, 213, 215, der dazu auf die grundsätzlich geringen Anforderungen an eine Einwilligung verweist.

831 *Plath/Hullen/Roggenkamp*, TMG Einl. Rn. 5; *Taeger/Gabel/Golland*, DS-GVO Art. 95 Rn. 19, 21; *Brandt*, DSRITB (2018), S. 1, 9; *Jandt* ZD 2018, 405, 407; DSK, Orientierungshilfe, S. 6; wohl auch *Kühling/Buchner/Kühling/Raab*, DS-GVO Art. 95 Rn. 11; *Simitis/Hornung/Spiecker/Schantz*, DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Rn. 106; *RegE NetzDG BT-Drucks. 18/12356*, S. 28.

832 *RegE UWG 2008 BT-Drucks. 16/10145*, S. 3: „Einzelfragen der Umsetzung [...] sind derzeit Gegenstand umfangreicher Konsultationen auf europäischer Ebene [...]. Das Ergebnis [...] wird vor einer Entscheidung über weitergehenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zunächst abgewartet.“

833 Vgl. zu diesem *Auer-Reinsdorff/Conrad/Conrad/Hausen*, § 36 Rn. 34.

834 Vgl. *Spindler/Schuster/Nink*, TMG § 15 Rn. 3.

835 *Calliess/Ruffert/Ruffert*, AEUV Art. 1 Rn. 18 m. w. N.

(2) Keine Pseudonymisierung – § 12 Abs. 1 TMG

Unterbleibt eine Pseudonymisierung, so gilt § 12 Abs. 1 TMG. Danach darf der Diensteanbieter personenbezogene Daten zur Bereitstellung von Telemedien nur erheben und verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat. Die dort statuierte Pflicht zur Einholung der Einwilligung des Nutzers entspricht grundsätzlich Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, sodass man zumindest hier von einer Auferlegung der Pflichten der ePrivacy-RL im Sinne des Art. 95 DS-GVO ausgehen könnte. So wollen manche für jede Norm isoliert feststellen, ob sie im konkreten Fall angewendet werden könne.⁸³⁶

Hiergegen wird eingewandt, dass die Normen lediglich das ohnehin in der DS-GVO enthaltene Verbot mit Erlaubnisvorbehalt umsetzen und insoweit keine „besonderen“ – im Sinne von darüber hinausgehenden – Pflichten nach Art. 95 DS-GVO begründeten.⁸³⁷ Inhaltsgleiches nationales Recht könne nicht daneben angewendet werden.⁸³⁸ Diverse Autoren gehen mit Verweis auf die Europarechtswidrigkeit der §§ 12 ff. TMG von einer (vollständigen) Nichtanwendung aus.⁸³⁹

Hier ist ebenso das nationale Recht nicht anzuwenden, da die deutsche Regelung allein den europäischen Grundsatz wiedergibt. Durch die Nichtanwendung entsteht keine Regelungslücke, da auf die DS-GVO zurückgegriffen werden kann. Ebenso spricht die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung für dieses Ergebnis.

c) Ergebnis zur Anwendung der ePrivacy-RL

Die ePrivacy-RL wird somit nicht durch §§ 12 ff. TMG umgesetzt und kann damit in Deutschland natürlichen oder juristischen Personen keine Pflichten auferlegen. Der Verweis in Art. 95 DS-GVO gilt somit mangels bereichsspezifischer Pflichten nicht.⁸⁴⁰

836 Taeger/Gabel/Golland, DS-GVO Art. 95 Rn. 20.

837 DSK, Orientierungshilfe, S. 4.

838 DSK, Orientierungshilfe, S. 4.

839 Auer-Reinsdorff/Conrad/Conrad/Hausen, § 36 Rn. 21; Gola/Piltz, Art. 95 Rn. 19; Plath/Hullen/Roggenkamp, TMG Einl. Rn. 5; Spindler/Schuster/Spindler/Horváth, DS-GVO 94 ff. Rn. 9; Keppeler MMR 2015, 779, 781; wohl auch Kühling/Buchner/Kühling/Raab, DS-GVO Art. 95 Rn. 11.

840 DSK, Orientierungshilfe, S. 6.

3. Anwendung der allgemeinen Regelungen der DS-GVO

Dementsprechend sind allein die Regelungen der DS-GVO anzuwenden.⁸⁴¹ Diese hat als Verordnung Anwendungsvorrang, sodass insofern die Regelungen der §§ 12 ff. TMG als entgegenstehende Rechtsakte verdrängt werden. Die Verarbeitung der Daten (vgl. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO) im Zuge der Erkennung des Werbeblockers ist nach der Generalklausel des Art. 6 DS-GVO zu beurteilen,⁸⁴² der die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung regelt. Nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO ist eine Verarbeitung erlaubt, wenn diese zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen. Diese Interessenabwägung ist – neben Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b, der vor allem (vor)vertragliche Abreden erfasst – relativ offen und begründet so eine gewisse Rechtsunsicherheit.⁸⁴³

Aufgrund der Offenheit des Tatbestands und des Erwägungsgrunds 47 S. 7 DS-GVO, der prinzipiell Direktmarketing als berechtigtes Interesse anerkennt, wird teilweise davon ausgegangen, dass die Datenverarbeitung zu Zwecken des Trackings rechtmäßig ist.⁸⁴⁴ Dies muss dann erst Recht für den Fall der Werbeblockererkennung gelten, gerade mit Blick auf die Sicherung der urheberrechtlichen Verwertungsinteressen. Hierfür spricht auch der Entwurf der ePrivacy-VO,⁸⁴⁵ der in Erwägungsgrund 21 S. 5

841 Plath/Hullen/Roggenkamp, TMG Einl. Rn. 5; Taeger/Gabel/Golland, DS-GVO Art. 95 Rn. 19, 21; Brandt, DSRITB (2018), S. 1, 9; Jandt ZD 2018, 405, 407; DSK, Orientierungshilfe, S. 6; wohl auch Kühling/Buchner/Kühling/Raab, DS-GVO Art. 95 Rn. 11; Simitis/Hornung/Spiecker/Schantz, DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Rn. 106.

842 Statt vieler Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 6 Rn. 108; DSK, Orientierungshilfe, S. 6.

843 Statt aller Kühling/Buchner/Buchner/Petri, DS-GVO Art. 6 Rn. 142.

844 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Böhm, Art. 95 Rn. 30 (für Pseudonyme); Moos/Schefzig/Arning/Arning, Kap. 17 Rn. 29; Galetzka, DSRITB (2018), S. 45, 48 f., 51, sofern eine Pseudonymisierung erfolgt; wohl auch Plath/Plath, DS-GVO Art. 6 Rn. 78; vgl. auch Gola/Schulz, Art. 6 Rn. 75; kritisch, aber unentschieden Taeger/Gabel/Taeger, DS-GVO Art. 6 Rn. 108; dagegen Simitis/Hornung/Spiecker/Schantz, DS-GVO Art. 6 Abs. 1 Rn. 106 wohl auch Brandt, DSRITB (2018), S. 1, 10.

845 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017).

das Feststellen technischer Fähigkeiten eines Endgeräts bereits nicht als Zugriff auf in einem Gerät gespeicherte Informationen ansieht und damit von einem nur geringfügigen Eingriff in die Privatsphäre (vgl. Art. 21 S. 1 ePrivacy-VO-E) ausgeht.

Allerdings droht die Offenheit des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO die Abwägungsentscheidungen des europäischen Gesetzgebers in der ePrivacy-RL, insbesondere das grundsätzliche Einwilligungserfordernis nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, das nach Art. 95 DS-GVO gerade fortgelten soll,⁸⁴⁶ zu konterkarieren. Wendete man konsequent Art. 95 DS-GVO an, so hätte man aufgrund der unterschiedlichen Umsetzungen⁸⁴⁷ europaweit bis zu drei verschiedene Datenschutzniveaus in Bezug auf öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste: Zuerst das Niveau der Länder, die strikt die ePrivacy-RL umgesetzt haben (Einwilligungserfordernis⁸⁴⁸), die Länder, die sie – wie Deutschland – mangelhaft umgesetzt haben und die DS-GVO direkt anwenden (Abwägung⁸⁴⁹) und zuletzt – je nach Entscheidung für den durch Art. 95 DS-GVO beabsichtigten Harmonisierungsgrad⁸⁵⁰ – die Länder mit überschießender Umsetzung. Ein weiteres Problem ist, dass sich der Verweis in der DS-GVO nur auf personenbezogene Daten erstreckt.⁸⁵¹ So bleibt die Richtlinie für nicht personenbezogene Daten⁸⁵² prinzipiell anwendbar. Das würde im Falle einer überschießenden Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL (zumindest nach einer Ansicht⁸⁵³) dazu führen, dass die Adressaten der DS-GVO keinen Pflichten unterliegen, wie sie in der ePrivacy-RL vorgesehen sind, sodass die DS-GVO selbst Anwendung findet. Würden nun also Daten aus einem Endgerät verarbeitet, wäre für die personenbezogenen Daten gem. Art. 6

846 2. Teil § 4 C. II. 2 a) (S. 165).

847 Vgl. time.lex/Spark, ePrivacy Directive assessment, S. 63 ff.

848 Gem. Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL i. V. m. dem jeweiligen nationalen Umsetzungsgesetz.

849 Gem. Art. 6 Abs. 2 lit. f DS-GVO.

850 Art. 95 DS-GVO lässt auch überschießende Umsetzungen zu: Paal/Pauly/Pauly, DS-GVO Art. 95 Rn. 3; Plath/Jenny, DS-GVO Art. 95 Rn. 7; dagegen, Art. 95 DS-GVO lasse nur exakte Umsetzungen zu, BeckOK DatenschutzR/Holländer, DS-GVO Art. 95 Rn. 5; Taeger/Gabel/Golland, DS-GVO Art. 95 Rn. 19; zum TKG Sydow/Sydow, DS-GVO Art. 95 Rn. 10.

851 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Böhm, Art. 95 Rn. 6; Gola/Piltz, Art. 95 Rn. 6.

852 Szpunar BeckRS 2019, 3909, Rn. 107 – *Schlussanträge Planet49*; Bechtolf/Vogt K&R 2016, 445, 446; Hanloser ZD 2019, 264, 265; Nink CR 2017, 103, 109.

853 So BeckOK DatenschutzR/Holländer, DS-GVO Art. 95 Rn. 5; Taeger/Gabel/Golland, DS-GVO Art. 95 Rn. 19; zum TKG Sydow/Sydow, DS-GVO Art. 95 Rn. 10.

Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO abzuwägen, ob eine Einwilligung erforderlich ist, während die *nicht* personenbezogenen Daten nach der nationalen Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL stets nur mit Einwilligung verarbeitet werden dürften.⁸⁵⁴

Dies widerspricht grundsätzlich den Regelungszielen der DS-GVO: Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, aber auch Schaffung und Vertiefung des digitalen Binnenmarkts, der gerade in Bezug auf die Datenverarbeitung einheitliche (und klare) Regeln voraussetzt.⁸⁵⁵ Insbesondere Erwägungsgrund 13 S. 1 DS-GVO fordert ein europaweit gleichmäßiges Datenschutzniveau und zugleich Rechtssicherheit und Transparenz für die Wirtschaftsteilnehmer.⁸⁵⁶ Gleichzeitig ist jedoch die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedliche Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL bekannt,⁸⁵⁷ sodass es mindestens zwei Niveaus – Einwilligungserfordernis nach Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL oder Erlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO – gibt. Konsequenter wäre es deshalb, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO so auszulegen, dass für personenbezogene Daten grundsätzlich eine Einwilligung – wie von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL vorgesehen und vom Ordnungsgeber angestrebt (Art. 95 DS-GVO) – erforderlich ist.⁸⁵⁸

Gegen dieses Ergebnis spricht allerdings Art. 21 Abs. 5 DS-GVO. Danach kann ein Widerspruch mittels automatisierter Verfahren ausgeübt werden, bei denen technische Spezifikationen verwendet werden. Ein Widerspruchsrecht, das nach Art. 21 Abs. 5 DS-GVO wahrgenommen werden kann, folgt entweder aus Art. 21 Abs. 1 oder Abs. 2 DS-GVO. Absatz 1 scheidet jedoch aus, denn dieser setzt stets eine Begründung voraus, die sich aus der „besonderen Situation“ des Nutzers ergeben muss,⁸⁵⁹ was sich nicht mittels eines automatischen Widerspruchs umsetzen lässt.⁸⁶⁰

Deshalb kann nur Absatz 2 als Basis für ein nach Art. 21 Abs. 5 DS-GVO ausübbares Widerspruchsrecht infrage kommen. Art. 21 Abs. 2 DS-GVO erfasst allein die Datenverarbeitung zu Zwecken der „Direktwerbung“ inklusive dazu dienendem Profiling. Zwar versteht man unter Direktwer-

854 Vgl. Gola/Piltz, Art. 95 Rn. 6.

855 Vgl. nur die Erwägungsgründe 2, 7, 9, 10 DS-GVO.

856 Vgl. auch Paal/Pauly/Pauly, DS-GVO Art. 95 Rn. 3.

857 Vgl. dazu die im Auftrag der EU-Kommission ergangene Studie time.lex/Spark, ePrivacy Directive assessment, S. 63 ff.

858 Hierfür Auer-Reinsdorff/Conrad/Conrad/Hausen, § 36 Rn. 17, anders aber wieder Rn. 23.

859 Zu diesem Taeger/Gabel/Munz, DS-GVO Art. 21 Rn. 13.

860 Deshalb überlegt BeckOK DatenschutzR/Forgó, DS-GVO Art. 21 Rn. 28 die Anforderungen an die Begründung nach Abs. 1 deutlich abzusenken.

bung traditionell eher unmittelbare Formen der werblichen Ansprache, beispielsweise per E-Mail oder Brief;⁸⁶¹ allerdings sollte der nicht definierte Begriff der Direktwerbung so verstanden werden, dass er jede Form individualisierter werblicher Ansprache erfasst und damit auch die Erstellung von Werbeprofilen im Internet mittels Cookies (und weitergehender Techniken).⁸⁶² Für dieses Verständnis spricht auch, dass Do-not-track-Einstellungen in Browsern als Beispiel für Art. 21 Abs. 5 DS-GVO genannt werden.⁸⁶³ Diese Einstellung soll gerade der Erstellung von Werbeprofilen im Internet entgegenwirken. Zur Begründung für das demgegenüber klassische, enge Verständnis des Begriffs der Direktwerbung wird auf Erwägungsgrund 40 ePrivacy-RL verwiesen,⁸⁶⁴ der tatsächlich nur klassische Direktwerbung per Telefon oder Post erfasst. Das berücksichtigt aber nicht die unterschiedlichen Schutzzwecke der Normen: So schützt Art. 13 ePrivacy-RL, auf den sich Erwägungsgrund 40 ePrivacy-RL bezieht, vor dem Eindringen in die Privatsphäre durch die Nachricht,⁸⁶⁵ während die DS-GVO die Kontrolle über die eigenen Daten in den Vordergrund stellt⁸⁶⁶ und damit bereits bei der Vorbereitung der Ansprache ansetzt. Es macht mit Blick auf die Intensität der für die DS-GVO entscheidenden⁸⁶⁷ Verarbeitung der Daten keinen Unterschied, ob personalisierte Nachrichten per Post kommen oder beim Besuch einer Webseite angezeigt werden. Gerade im Internet bzw. digitalen Medien generell kann ein Gefühl der Beobachtung besonders leicht entstehen. Dementsprechend ist unter Di-

861 So auch weiterhin die h. M. BeckOK DatenschutzR/*Forgó*, DS-GVO Art. 21 Rn. 22; Ehmann/Selmayr/*Kamann/Braun*, Art. 21 Rn. 47; Gola/*Schulz*, Art. 21 Rn. 20; Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Art. 21 Rn. 26; Moos/Schefzig/*Arning/Arning*, Kap. 6 Rn. 323; Paal/*Pauly/Martini*, DS-GVO Art. 21 Rn. 48; Taeger/*Gabel/Munz*, DS-GVO Art. 21 Rn. 37.

862 Simitis/Hornung/*Spiecker/Caspar*, Art. 21 Rn. 21.

863 Ehmann/Selmayr/*Kamann/Braun*, Art. 21 Rn. 61; Gola/*Schulz*, Art. 21 Rn. 36; Kühling/Buchner/*Herbst*, DS-GVO Art. 21 Rn. 43; Moos/Schefzig/*Arning/Arning*, Kap. 6 Rn. 338; Simitis/Hornung/*Spiecker/Caspar*, Art. 21 Rn. 33; dagegen Taeger/*Gabel/Munz*, DS-GVO Art. 21 Rn. 52.

864 So z. B. BeckOK DatenschutzR/*Forgó*, DS-GVO Art. 21 Rn. 22.

865 Vgl. Erwägungsgrund 40 S. 2 ePrivacy-RL: „Diese [...] Werbenachrichten können [...] eine Belastung und/oder Kostenaufwand für den Empfänger bedeuten.“

866 Vgl. nur Erwägungsgrund 7 S. 2 DS-GVO: „Natürliche Personen sollten die Kontrolle über ihre eigenen Daten besitzen.“

867 Vgl. nur Art. 1 Abs. 1 DS-GVO („Vorschriften zum Schutz [...] bei der Verarbeitung [...]“) sowie den Definitionskatalog in Art. 4 DS-GVO, in dem „Verarbeitung“ als zweiter Begriff definiert wird.

rektwerbung im Sinne der DS-GVO auch personalisierte Werbung im Internet zu fassen.⁸⁶⁸

Ist nun ein automatisierter Widerspruch gem. Art. 21 Abs. 5, Abs. 2 DS-GVO das Mittel der Wahl des Gesetzgebers gegen Direktwerbung im Internet, so wird für das Tracking im Regelfall eine gesetzliche Erlaubnis gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO vorliegen, da nur in diesen Fällen ein Widerspruch gegen die Verarbeitung statthaft ist. Deshalb scheidet eine Interpretation des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO aus, die sich am Zustimmungserfordernis des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL orientiert und für den hier besprochenen Fall allein eine Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DS-GVO genügen lässt.

Dieser Weg ist, trotz des Verweises in Art. 95 DS-GVO auf Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, und der so drohenden unterschiedlichen Regelungen als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen, auch in Bezug auf die Verarbeitung nicht personenbezogener Daten im Sinne des Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL. Die unterschiedliche Behandlung von Daten, abhängig vom Personenbezug, kann ggf. im Wege eines Erstrechtschlusses, geboten durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip, vermieden werden.

Damit erlaubt Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO die Abfrage der Information, ob ein Gerät Werbung darstellen kann. Daraus folgt eine Informationspflicht gem. Art. 21 Abs. 4 DS-GVO über das Widerspruchsrecht. Soweit Art. 21 Abs. 4 DS-GVO keine spezielleren Anforderungen aufstellt, ist auch Art. 12 DS-GVO zu beachten.⁸⁶⁹

4. ePrivacy-Verordnung

Die ePrivacy-VO sollte gleichzeitig mit der Geltung der DS-GVO zum 25. Mai 2018 die ePrivacy-RL ersetzen⁸⁷⁰ und hätte so für Rechtssicherheit sorgen können. Bisher ist die Verordnung allerdings nicht über das Entwurfsstadium hinausgekommen. Gem. Art. 1 Abs. 3 ePrivacy-VO-E⁸⁷¹

868 Simitis/Hornung/Spiecker/Caspar, Art. 21 Rn. 21.

869 Vgl. Paal/Pauly/Martini, DS-GVO Art. 21 Rn. 67 ff.

870 Art. 29 Abs. 2 ePrivacy-VO-E; vgl. auch Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 18: „ambitionierter Zeitplan“.

871 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), COM(2017) 10 final.

dient diese dazu, die DS-GVO vor allem im Internet (vgl. Art. 2 Abs. 1 ePrivacy-VO-E) zu konkretisieren, und geht der Verordnung als *Lex specialis* vor.⁸⁷²

In Erwägungsgrund 21 ePrivacy-VO-E werden bestimmte Handlungen vom Begriff des Zugriffs bzw. der Nutzung der Verarbeitungsfunktion ausgenommen. Dazu gehört nach Erwägungsgrund 21 S. 5 ePrivacy-VO-E auch „das bloße Feststellen der Tatsache, dass das Gerät [...] die vom Endnutzer angeforderten Inhalte nicht empfangen kann“. Diese Regelung ist zwar allgemein gehalten, bezieht sich aber nach der Pressemitteilung der EU-Kommission auf Werbeblocker.⁸⁷³ Diese Auslegung ist jedoch sehr zweifelhaft, da Endnutzer kaum werbliche Inhalte willentlich „anfordern“. Ebenso kritisch ist die Auslegung des Art. 8 Abs. 1 ePrivacy-VO-E zu sehen, da entgegen dem Wortlaut⁸⁷⁴ Werbeblocker-Überprüfungen keine Nutzung der Verarbeitungs- und Speicherfunktion darstellen und demgemäß keine gem. Art. 8 Abs. 1 lit. b ePrivacy-VO-E grundsätzlich erforderliche Einwilligung einzuholen ist. Die Überprüfung auf Werbeblocker wäre damit nach neuem Recht ohne Informationspflicht oder Widerspruchsmöglichkeit erlaubt.⁸⁷⁵

5. Ergebnis

Webseitenbetreiber müssen nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO keine Einwilligung vor der Erkennung des Werbeblockers einholen,⁸⁷⁶ das nationale Recht (§ 12 TMG) ist insoweit nicht anwendbar. Allerdings ist zu beachten, dass sich die Informationspflichten nach Art. 21 Abs. 4, 12 DS-GVO⁸⁷⁷ richten⁸⁷⁸ und zumindest über die Widerspruchsmöglichkeit aufzuklären ist. Wird die ePrivacy-VO entsprechend dem Entwurf verabschiedet, ist die Erkennung ebenso zulässig.

872 Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 24.

873 EU-Kommission, Digitaler Binnenmarkt – Wirksamer Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-17_de.htm (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020); vgl. auch Nink CR 2017, 103, 110.

874 Vgl. Nink CR 2017, 103, 110: Widerspruch zu Wortlaut und Ratio der Norm.

875 Vgl. Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 207; kritisch Nink CR 2017, 103, 110.

876 Vgl. auch Kiersch, Adblocking, S. 146 f.

877 Zu diesen Kühling/Buchner/Herbst, DS-GVO Art. 21 Rn. 34.

878 Vgl. auch Nink CR 2017, 103, 110, die noch unter Geltung des TMG die Nichteinhaltung der dort geregelten Pflichten rügte.

Werbeblockersperren sind damit prinzipiell erlaubt, sodass die Webseitenbetreiber Nutzer mit Werbeblocker erkennen und aussperren können. Da keine Zustimmung eingeholt werden muss, ist dieser Weg darüber hinaus für die Webseitenbetreiber sehr praktikabel.

III. Schutz der Werbeblockersperren

Hier wird thematisiert, inwiefern die Webseitenbetreiber sich mithilfe von Sperren gegen den Abruf ohne Werbung wehren können. Aus Verstößen gegen solche Sperren folgende Ansprüche müssen einen umfassenden Schutz bieten, weil nur dann die urheberrechtliche Wertung auf das Lauterkeitsrecht übertragen werden kann. Bestünden keine urheberrechtlichen Ansprüche gegen die Umgehung von Sperren mit Werbeblocker, so würde das Urheberrecht den Konflikt gerade nicht abschließend regeln und die Webseitenbetreiber könnten im Rahmen des Anspruchs aufgrund von §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG nicht auf die urheberrechtliche Wertung verwiesen werden. Da die urheberrechtliche Güterzuweisung entscheidend ist, kommen nur Ansprüche wegen der Verletzung des Urheberrechts an der Webseite (bzw. den entsprechenden Inhalten) infrage.

Der Begriff der Sperre ist als *technische Beschränkung* einer öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) zu verstehen, weil – wie oben gezeigt⁸⁷⁹ – nur technisch wirkende Beschränkungen die Erlaubnis des Rechtsinhabers modifizieren können. Gleichzeitig sind technische Beschränkungen, die das Publikum einer öffentlichen Zugänglichmachung begrenzen, stets notwendiges Tatbestandsmerkmal einer technischen Schutzmaßnahme gem. § 95a UrhG.⁸⁸⁰ Eine Kernfrage dieses Abschnitts werden deshalb die Anforderungen an eine solche technische Beschränkung sein und inwiefern aus einer Umgehung Urheberrechtsansprüche folgen.

Deshalb wird hier untersucht, welche Ansprüche gegen eine Sperre umgehende Werbeblocker bestehen, also solche, die technische Beschränkungen gegen die Nutzung mit Werbeblocker aushebeln. Hierzu werden zuerst Ansprüche aufgrund einer öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) der Webseite durch die Werbeblockerbetreiber untersucht. Danach wird ein Vorgehen gegen die Nutzer thematisiert, da diese durch die Nutzung des Werbeblockers die Inhalte der Webseite ohne Erlaubnis vervielfältigen (§ 16 UrhG) könnten.

879 2. Teil § 3 D. (S. 92).

880 Dazu unten, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211).

Neben diesen Ansprüchen kommen solche wegen der Umgehung einer wirksamen technischen Maßnahme (§ 95a UrhG)⁸⁸¹ und aus dem Lauterkeitsrecht (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG)⁸⁸² in Betracht. Diese werden im Rahmen der rechtlichen Bewertung der Alternativen der Webseitenbetreiber überprüft.

1. Funktionsweise einer Sperre

Zuerst ist kurz die technische Funktionsweise einer Werbeblockersperre zu klären, um diese rechtlich bewerten zu können. Eine Sperre funktioniert stets zweiaktig. Zuerst wird überprüft, ob die Bedingung für den Zugang vorliegt, was mittels Ladens einer Testwerbung geschieht.⁸⁸³ Wird der Köder nicht geladen und dargestellt, wird der Nutzer so behandelt, als hätte er einen Werbeblocker installiert und dementsprechend von der Webseite ausgesperrt. Zumeist wird ein Hinweis mit der Bitte um das Abschalten des Werbeblockers angezeigt.

Es gibt mehrere Möglichkeiten, eine solche Sperre und die dazu erforderliche Erkennung zu implementieren. Dabei unterscheiden sich die denkbaren Szenarien, wie viel der Webseite bereits übertragen wurde und wie weit der Aufbau im Browser bereits fortgeschritten ist. Allerdings ist allen Varianten gemein, dass bei Erkennung eines Werbeblockers am Ende die Webseite nicht nutzbar ist. Das wird z. B. im Falle einer bereits dargestellten Webseite durch ein Overlay⁸⁸⁴ realisiert.

In jedem Fall zielt damit eine Sperre auf die Verhinderung der Vielfältigung (§ 16 UrhG) auf dem Bildschirm⁸⁸⁵ und beschränkt damit zugleich die öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).⁸⁸⁶ Eine Differenzierung zwischen den denkbaren technischen Umsetzungen einer Sperre kann damit unterbleiben. Hiervon ist jedoch die Frage zu trennen, ob es sich bei der Sperre um eine technische Beschränkung im Sinne des

881 Gegen die Werbeblockerbetreiber: 4. Teil § 8 A. I. (S. 351); gegen die Nutzer 4. Teil § 8 B. (S. 381).

882 4. Teil § 8 A. II. (S. 373).

883 Dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

884 Ein Overlay überdeckt einen Teil von etwas anderem, z. B. wird eine weiße Fläche über die Webseite gelegt.

885 2. Teil § 3 B. I. 2. a) (S. 67).

886 Eine öffentliche Zugänglichmachung setzt auch die Möglichkeit zum Konsum, sprich Darstellung auf dem Bildschirm voraus, dazu 2. Teil § 4 C. III. 2. c) bb) (1) (S. 204).

§ 19a UrhG handelt, die eine Zugänglichmachung derart verhindert, dass dadurch der Inhalt nicht mehr technisch und damit auch juristisch nur beschränkt zugänglich ist.

2. Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, § 19a UrhG

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG ist die Befugnis, ein Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dieses Recht ist in Art. 3 Abs. 1, 2 InfoSoc-RL vorgesehen⁸⁸⁷ und ein Unterfall der öffentlichen Wiedergabe.⁸⁸⁸ Dementsprechend ist es als vollharmonisiertes Recht richtlinienkonform auszulegen.⁸⁸⁹ Mit Rücksicht auf die Erwägungsgründe⁸⁹⁰ und dem Ziel eines rigorosen Schutzes der Urheber⁸⁹¹ umfasst das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung die jeweilige Übertragung des Werks an den Nutzer.⁸⁹²

Im Fall von umgehenden Werbeblockern kommt eine öffentliche Zugänglichmachung dadurch in Betracht, dass der Werbeblocker ein nur bestimmten Nutzern – solchen, die Werbung empfangen – zugängliches Werk ebenfalls Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker zugänglich macht. Dabei ist problematisch, ob der bloße Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers als Handlung der Zugänglichmachung ausreicht, da Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL explizit die bloße Bereitstellung von Einrichtungen

887 Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 19a Rn. 2.

888 BGH WRP 2018, 1338, 1341 Rn. 26 – *YouTube*.

889 EuGH GRUR 2014, 360, 362 Rn. 41 – *Svensson*; BVerfG GRUR 2012, 53, 57 Rn. 93 – *Le-Corbusier-Möbel*; BGH WRP 2018, 1338, 1340 Rn. 24 – *YouTube*; Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 4 f.

890 Vgl. Erwägungsgrund 25 InfoSoc-RL: „Schutz der netzvermittelten Übertragung“ und „im Wege der interaktiven Übertragung auf Abruf für die Öffentlichkeit zugänglich zu machen“.

891 Vgl. zu den praktischen Auswirkungen in der Rechtsverfolgung *Schack* GRUR 2007, 639, 640 f.; vgl. Auer-Reinsdorff/Conrad/Witte/Auer-Reinsdorff, § 5 Rn. 190, die jedoch a. A. sind.

892 Dreier/Schulze/Dreier, UrhG 19a Rn. 1; Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 13; Poll GRUR 2007, 476, 478; *Schack* GRUR 2007, 639, 640 f.; Wandtke/v. Gerlach GRUR 2013, 676, 682; vgl. auch EuGH GRUR 2015, 477 f. Rn. 26, 30 – *C More Entertainment AB/Sandberg*; anders Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, UrhG § 19a Rn. 57; Auer-Reinsdorff/Conrad/Witte/Auer-Reinsdorff, § 5 Rn. 185.

zur Wiedergabe (und damit auch Zugänglichmachung) ausnimmt. Gleichzeitig sind die Voraussetzungen unklar, unter denen eine Sperre für Werblocker so wirksam ist, dass deren Umgehen eine eigene öffentliche Zugänglichmachung bewirkt. Zugleich ist die Haftung der Werblockerbetreiber problematisch, da der Code, der zur Umgehung genutzt wird, häufig mittels von Dritten verwalteter Listen eingebunden wird.

Dazu ist zuerst das Verhältnis zum Recht der öffentlichen Wiedergabe (§ 15 Abs. 2 UrhG) zu klären (a). Danach wird ein Überblick über die Tatbestandsmerkmale der öffentlichen Zugänglichmachung gegeben und auf grundsätzliche Kritik eingegangen (b), um dann die beiden Tatbestandsmerkmale – Handlung der Zugänglichmachung (c) und Öffentlichkeit (d) – zu beschreiben und auf Werblocker anzuwenden.

a) Verhältnis zum Recht der öffentlichen Wiedergabe

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe ist gem. § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG das Recht des Urhebers, sein Werk in unkörperlicher Form wiederzugeben. Dieses Recht ist für Fälle der Übertragung des Werks durch Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL vollharmonisiert worden⁸⁹³ und dementsprechend richtlinienkonform auszulegen.⁸⁹⁴

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung setzt im Vergleich zu einer öffentlichen Wiedergabe als weiteres Kriterium voraus, dass der Zugang zu Zeiten und Orten nach Wahl der Nutzer besteht, vgl. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL. Das Recht bezieht sich nach Erwägungsgrund 25 InfoSoc-RL auf „netzvermittelte [...]“ Übertragungen, die „interaktiv“ sind,⁸⁹⁵ und erfasst damit vor allem solche im Internet.⁸⁹⁶ So verweist der *EuGH* im Falle des Linkings auf den Begriff der Zugänglichmachung⁸⁹⁷ bzw. darauf, dass der „Zugang“ angeboten oder verschafft werde.⁸⁹⁸ Es ist davon auszugehen, dass der *EuGH* das Linking grundsätzlich als öffentliche

893 Vgl. *BGH GRUR* 2017, 514, 515 Rn. 19 – *Cordoba*.

894 Fromm/Nordemann/*Dustmann*, *UrhG* § 15 Rn. 15.

895 *EuGH GRUR* 2015, 477 f. Rn. 26 – *C More Entertainment AB/Sandberg*; *GRUR* 2012, 593, 595 Rn. 59 – *SCF*.

896 Vgl. Dreier/Schulze/*Dreier*, *UrhG* § 19a Rn. 6.

897 Eindeutig z. B. *EuGH GRUR* 2014, 360, 361 Rn. 20 – *Svensson*: „[...] als „Zugänglichmachung“ und deshalb als „Handlung der Wiedergabe“ [...] einzustufen ist“; vgl. auch *GRUR* 2018, 911, 912 Rn. 21 – *Cordoba*.

898 *EuGH MMR* 2017, 460, 462 Rn. 42 – *Filmspeler*; *GRUR* 2016, 1152, 1153 Rn. 35 – *GS Media*.

Zugänglichmachung ansieht,⁸⁹⁹ sofern das Werk auch zeitlich unabhängig zugänglich ist, was für das Streamen eines Fernsehsignals verneint wurde.⁹⁰⁰ Die zeitliche und örtliche Unabhängigkeit des Abrufs ist damit einziges weiteres Kriterium gegenüber einer öffentlichen Wiedergabe.⁹⁰¹

Demgegenüber wird für § 19a UrhG, die deutsche Umsetzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung, vertreten, dass dieses nur solche Fälle erfasse, in denen der Zugänglichmachende auch die Kontrolle über den jeweiligen Inhalt besitzt, also das Werk sich in seiner Zugriffs-sphäre befindet.⁹⁰² Das bedeutet entweder, dass – beispielsweise – das Werk auf dem eigenen Server vorgehalten wird⁹⁰³ oder Zugangsbeschränkungen umgangen⁹⁰⁴ werden.

Das Merkmal des Bereithaltens in der eigenen Sphäre findet keine Stütze im (maßgeblichen) europäischen Recht, das § 19a UrhG umsetzt.⁹⁰⁵ Auch die Rechtsprechung des *EuGH* zum Framing bzw. zum Verlinken generell spricht gegen dieses Merkmal. Dieser spricht davon, dass das Framing „verwendet werden [könne], um ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne es kopieren zu müssen [...]“⁹⁰⁶. Dies setzt damit gerade kein Vorhalten in der vom Handelnden kontrollierten Sphäre voraus. Darüber hinaus betont der *EuGH*, dass es beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung darum gehe, dass der Urheber die Kontrolle darüber habe, wer das Werk konsumiere und dass er dies jederzeit ändern können müsse.⁹⁰⁷ Damit kommt es letztlich aufgrund des vorbeugenden Charakters des Rechts für eine Beeinträchtigung darauf an, ob dem Rechtsinhaber die Kontrolle über den *Zugang* genommen wird. Der *EuGH*

899 Hierauf weist auch Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 19a Rn. 6a hin.

900 *EuGH* GRUR 2015, 477 f. Rn. 22, 26 f. – *C More Entertainment AB/Sandberg*.

901 Vgl. *EuGH* GRUR 2015, 477 Rn. 25 – *C More Entertainment AB/Sandberg*.

902 *BGH* GRUR 2018, 178, 180 Rn. 19 – *Vorschaubilder III*; GRUR 2016, 171, 172 Rn. 13 f. – *Die Realität II*; GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder I*, 629 Rn. 19, 20; BeckOK UrhR/Götting, UrhG § 19a Rn. 3; Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 19a Rn. 6a; HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 16 Rn. 15 f.; Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 10.

903 BeckOK UrhR/Götting, UrhG § 19a Rn. 3 m. w. N.

904 *BGH* GRUR 2011, 56, 58 Rn. 27 – *Session-ID*; BeckOK UrhR/Götting, UrhG § 19a Rn. 7; Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 19a Rn. 16; Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 19a Rn. 23a; Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 10; dagegen wegen des fehlenden Vorhaltens Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, UrhG § 19a Rn. 93 kritisch auch Spindler/Schuster/Wiebe, UrhG § 19a Rn. 5.

905 Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 29.

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

907 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 30 f. – *Cordoba*.

setzt also gerade keine Kontrolle über ein Vervielfältigungsstück voraus. Es reicht, dass der Rechtsinhaber nicht mehr die Entscheidungsgewalt über die Nutzung seines Werks hat.⁹⁰⁸ Das ist auch dann der Fall, wenn eine bestehende unerlaubte öffentliche Zugänglichmachung durch eine eigene Verlinkung perpetuiert wird.⁹⁰⁹ Man könnte zwar überlegen, dass es egal ist, ob Handlungen dem Recht der öffentlichen Wiedergabe oder Zugänglichmachung unterfallen und insoweit kein Unterschied vorliegt, allerdings ist bei einigen verwandten Schutzrechten Rechtsinhabern allein das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zugewiesen. Da diese europäische Vorgabe (Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL) vom deutschen Gesetzgeber umgesetzt worden ist, wollte dieser den Begriff gleich dem der Richtlinie verstanden wissen.⁹¹⁰ Das Merkmal des Vorhaltens des Werks in der eigenen Zugriffssphäre ist damit kein taugliches Abgrenzungskriterium zum Recht der öffentlichen Wiedergabe.

Dementsprechend wird in dieser Arbeit das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG gem. dem Verständnis der InfoSoc-Richtlinie ausgelegt. Da der einzige Unterschied zwischen dem Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem der öffentlichen Zugänglichmachung die zeitunabhängige Abrufmöglichkeit ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL), werden auch Äußerungen zum Recht der öffentlichen Wiedergabe als solche zum Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verstanden, außer es wird darauf gesondert hingewiesen. Sofern der Zugang zum Schutzgegenstand nicht zeitunabhängig möglich ist (z. B. bei einem Live-Stream), greift stattdessen – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – das Recht der öffentlichen Wiedergabe.⁹¹¹ Im Folgenden wird aus Gründen der Einheitlichkeit und der Lesbarkeit von einer Handlung der Zugänglichmachung gesprochen, auch, wenn der *EuGH* in den von ihm behandelten Fällen nicht differenzieren musste und von einer Handlung der Wiedergabe als dem Oberbegriff sprechen konnte.

908 Deshalb kritisch *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, C. I.

909 Dagegen HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 19a Rn. 17.

910 HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 19a Rn. 4 aber wieder in Rn. 17 die Unterscheidung zu einer akademischen Frage erklärend; vgl. auch Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 29; zu den Schranken §§ 78 Abs. 1 Nr. 1, 85 Abs. 1 Var. 3, 87 Abs. 1 Nr. 1 UrhG und Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL; zu § 87b UrhG vgl. auch *EuGH* GRUR 2019, 1188 – *VG Media/Google*.

911 Vgl. *EuGH* GRUR 2015, 477, 478 Rn. 28 – *C More Entertainment AB/Sandberg*; GRUR 2012, 593, 595 Rn. 64 – *SCF*.

b) Grundlegendes Verständnis der öffentlichen Zugänglichmachung

In diesem Abschnitt ist zuerst die Konzeption des Begriffs der öffentlichen Zugänglichmachung darzustellen (aa). Da dieser Begriff vom deutschen Verständnis der Urheberrechte abweicht, ist auch die Kritik zu beleuchten (bb) und sich für eine Konzeption zu entscheiden (cc).

aa) Konzeption des EuGH

Grundgedanke des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung ist, dass es sich bei diesem Recht um ein solches „vorbeugender Art“ handelt und es an der Quelle ansetzt, um den Konsum zu verhindern.⁹¹² So reicht für die öffentliche Zugänglichmachung als einem Unterfall der öffentlichen Wiedergabe das bloße Anbieten, ein tatsächlicher Abruf der Inhalte ist nicht erforderlich.⁹¹³ Basierend auf diesem Grundverständnis sieht der *EuGH* u. a. das Linksetzen⁹¹⁴ oder das Aufstellen von Radios⁹¹⁵ als *Handlungen der Zugänglichmachung*⁹¹⁶ – dem ersten, sehr weit zu verstehenden Merkmal einer öffentlichen Zugänglichmachung. Zentrales Kriterium sei insoweit, ob der Zugänglichmachende in „voller Kenntnis der Folgen“ seines Verhaltens handle⁹¹⁷ und nicht z. B. lediglich technische Einrichtungen im Sinne des Erwägungsgrunds 27 InfoSoc-RL bereitstelle.⁹¹⁸

Da u. a. jedes Verlinken eine Handlung der Zugänglichmachung (und damit auch der Wiedergabe) ist und damit zu einer potenziellen täterschaftlichen Haftung führt,⁹¹⁹ wird diese durch das Merkmal der *Öffentlichkeit* wieder eingeschränkt.⁹²⁰ Dieses zweite Tatbestandsmerkmal einer

912 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 20 – *ThePirateBay* m. w. N.

913 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 36 – *Filmspeler*.

914 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 20 – *Svensson*.

915 *EuGH* GRUR 2014, 473, 475 Rn. 26 – *OSA*.

916 Der *EuGH* spricht von einer Handlung bzw. einem Akt der Wiedergabe, allerdings liegt der einzige Unterschied darin, dass die Zugänglichmachung zeitunabhängig erfolgt, während Wiedergaben z. B. auch Live-Streams erfassen; die Begriffe können also – Zeitunabhängigkeit des Zugangs vorausgesetzt – synonym verwendet werden, dazu bereits oben 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

917 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1153 Rn. 35 – *GS Media*.

918 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 31, 41 – *Filmspeler*; GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26, 792 Rn. 38 – *ThePirateBay*.

919 Vgl. *Walter* MR-Int 2017, 40.

920 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 44 f. – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 47 ff. – *Filmspeler*; GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 40 ff. – *GS Media*.

öffentlichen Zugänglichmachung setzt voraus, dass die Zugänglichmachung quantitativ einer „ziemlich großen“ Anzahl von Personen, dem Publikum, gegenüber geschieht⁹²¹ und qualitativ, dass das Publikum größer als ursprünglich vom Urheber intendiert ist.⁹²² Diese rein objektiven Einschränkungen werden aber um das subjektive Merkmal ergänzt, dass der Zugänglichmachende „wusste oder hätte wissen müssen“, dass er gegenüber einem „neuen Publikum“ wiedergibt.⁹²³ Ob der Wiedergebende um die fehlende Erlaubnis „hätte wissen müssen“, wird mit einem flexiblen System von Prüfpflichten, ähnlich denen der deutschen Störerhaftung, festgestellt.⁹²⁴

bb) Kritik am Verständnis des EuGH

Diese Konzeption wird kritisiert. Vor allem in der Lehre werden die Folgen für das bisher rein national determinierte Haftungssystem sehr kritisch gesehen.

(1) BGH

Zwar schließt sich der *BGH* grundsätzlich der Linie des *EuGH* an,⁹²⁵ prüft aber im Merkmal der Handlung der Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe)⁹²⁶ auch, ob der Handelnde hätte wissen müssen, dass das Werk ohne den Willen des Rechtsinhabers zugänglich gemacht worden ist⁹²⁷ und versteht das Merkmal der Öffentlichkeit rein objektiv.⁹²⁸ Demgegenüber

921 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 21 – *Svensson*; ähnlich GRUR 2017, 790, 792 Rn. 41 – *ThePirateBay*: keine „allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen“.

922 *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 44 – *ThePirateBay* m. w. N.

923 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 45 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 49 – *Filmspeler*; insoweit grundlegend GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 48 ff. – *GS Media*.

924 Vgl. *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 530.

925 *BGH* WRP 2018, 1338, 1341 Rn. 28 ff. – *YouTube*; GRUR 2018, 178, 181 Rn. 26 ff. – *Vorschaubilder III*; GRUR 2016, 697, 698 Rn. 18 ff. – *Königshof*.

926 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

927 *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 34 – *YouTube* unter Verweis auf *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

928 *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 39 – *YouTube*.

prüft der *EuGH* die Frage des neuen Publikums und damit verbundener Pflichtverletzungen erst, nachdem die Handlung der Zugänglichmachung bejaht worden ist.⁹²⁹

(2) Literatur

In der Lehre werden die Auswirkungen der Ausdehnung der täterschaftlichen Haftung und der Kollision mit dem deutschen System stark diskutiert.⁹³⁰ Streitpunkt ist die mittelbar bewirkte Harmonisierung der Haftung durch den *EuGH*, da für die Frage der Verletzung des Urheberrechts subjektive Kriterien entscheidend sind.⁹³¹ Daran wird vor allem die Ausweitung und damit einhergehende Unklarheit der Haftungsreichweite kritisiert,⁹³² da die täterschaftliche Verletzung eines Urheberrechts gem. Art. 13 Abs. 1 Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Enforce-RL)⁹³³ im Regelfall zu Schadensersatzansprüchen führen wird.⁹³⁴

Andere Autoren bemängeln, dass der *EuGH* nicht auf den tatsächlichen Abruf abstelle, sondern ähnlich einer „Gesinnungsrechtsprechung“ auf die Intention des Handelnden abstelle.⁹³⁵ Darüber hinaus verwische durch die Abstraktion vom konkreten Werk (und dessen Verletzung) die Grenze zum Lauterkeitsrecht.⁹³⁶

929 *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 44 f. – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 47 ff. – *Filmspeler*; vgl. auch GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 40 ff. – *GS Media*.

930 Zustimmend: *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535; *Stender-Vorwachs/Steenge* MMR 2017, 465; *Zurth* NJW 2017, 1937, 1938; kritisch: *Wandtke/Bullinger/Heerma*, UrhG § 15 Rn. 19; *Lueg* EuZW 2017, 520; *Neubauer/Soppe* GRUR 2017, 615, f. ff.; *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, C.; *Spindler* MMR 2018, 48, 51; *Obly* ZUM 2017, 793, 796 ff.

931 *Leistner* ZUM 2018, 286; vgl. auch *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 527.

932 *Spindler/Schmitz/Spindler*, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 61; *Hofmann* ZUM 2017, 750, 751 f.; *Obly* GRUR 2018, 187, 188 f.; *Specht* ZUM 2017, 582, 586; *Walter* MR-Int 2017, 40.

933 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU L 157 vom 30.04.2004, S. 45, geändert durch Berichtigung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. EU L 195 vom 02.06.2004, S. 16.

934 Deshalb mit Vorschlägen zur Eingrenzung *Obly* ZUM 2017, 793, 801.

935 *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, C. I.; *Walter* MR-Int 2017, 40.

936 *Neubauer/Soppe* GRUR 2017, 615, 616; zustimmend *Walter* MR-Int 2017, 40.

cc) Hier zugrunde liegendes Verständnis

In dieser Arbeit wird dem Verständnis des *EuGH* gefolgt, allein schon, weil dessen Auslegung für die Praxis maßgeblich ist. Der Kritik ist zuzugeben, dass die Konzeption des *EuGH* mit der subjektiven Komponente eine Abkehr vom klassischen Verständnis des Urheberrechts bedeutet, das für die Frage der Verletzung allein an den Erfolg und nicht an eine Pflichtverletzung anknüpft. Allerdings wird so eine zu begrüßende Harmonisierung der urheberrechtlichen Haftung erreicht und den Zielen der InfoSoc-RL genügt, welche eine möglichst weitreichende Harmonisierung beabsichtigt. Eine dadurch gleichzeitige Verschiebung vom Erfolgsunrecht auf das Verhaltensunrecht, wie typischerweise vom Lauterkeitsrecht erfasst, ist deshalb grundsätzlich hinzunehmen. Kritik dahingehend, dass der *EuGH* die bloße Zugangseröffnung und damit allein die Möglichkeit genügen lässt und nach der „Gesinnung“ entscheide, ist zurückzuweisen. Ziel der öffentlichen Zugänglichmachung ist es gerade, dem Rechtsinhaber in der Nutzungskette früh greifenden Rechtsschutz zu gewähren⁹³⁷ und nicht genehmigte Nutzungen durch ein „Austrocknen“ der Quelle zu verhindern. Damit wird der Rechtsschutz auch nicht vom Werk „abstrahiert“, da das bloße Angebot zum Abruf Kern des Ausschließlichkeitsrechts ist, die damit einhergehende Vorverlagerung des Rechtsschutzes ist vom Richtliniengeber beabsichtigt.

Gleichzeitig ist die Prüfungsreihenfolge des *BGH* abzulehnen. Dieser vermischt die verschiedenen Tatbestandsebenen, wenn er im Rahmen der Handlung der Zugänglichmachung eine Pflichtverletzung thematisiert, die nach dem vorzugswürdigen Ansatz des *EuGH* erst für das Merkmal der Öffentlichkeit konstituierend ist. Das führt auch dazu, dass der *BGH* bei seinem Aufbau bereits inzident die Rechtmäßigkeit der Zugänglichmachung für die Frage des Vorliegens einer Handlung der Zugänglichmachung klären muss,⁹³⁸ was wiederum eine Auseinandersetzung mit dem Merkmal der Öffentlichkeit voraussetzt.

Deshalb ist mit dem *EuGH* zuerst die Handlung der Zugänglichmachung (c) und danach die Öffentlichkeit der Zugänglichmachung zu prüfen (d).

937 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 28 – *Cordoba*: „ein Recht vorbeugender Art“.

938 Vgl. *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 34 – *YouTube*.

c) Die Handlung der Zugänglichmachung

Die Handlung der Zugänglichmachung ist begrifflich deckungsgleich mit der Handlung der Wiedergabe, soweit ein Zugang zu Zeiten und Orten nach Wahl des Nutzers möglich ist.⁹³⁹ Dementsprechend werden Ausführungen zur Handlung der Wiedergabe – solange sie nicht die genannten Modalitäten betreffen – übernommen. Wann eine Handlung der Zugänglichmachung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL vorliegt, ist in der Richtlinie nicht klar bestimmt. Lediglich aus Erwägungsgrund 23 InfoSoc-RL geht hervor, dass die Wiedergabe – und damit auch Zugänglichmachung – ihren Ursprung an einem anderen Ort als dem der Rezeption hat und der Begriff weit zu verstehen ist.⁹⁴⁰ Nach der abstrakten Bestimmung des Begriffs der Handlung der Zugänglichmachung ist dieser auf Werbeflocker anzuwenden.

aa) Begriffsbestimmung

Hier soll zuerst das maßgebliche Verständnis des *EuGH* dargestellt werden, um dann den Begriff mit den Ansätzen deutscher Rechtsprechung und Literatur zu präzisieren.

(1) Verständnis des *EuGH*

Für das Merkmal Handlung der Zugänglichmachung fordert der *EuGH* die Berücksichtigung verschiedener Kriterien, die unselbstständig und miteinander verflochten seien.⁹⁴¹ Diese seien einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anzuwenden, da sie im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maße vorliegen könnten.⁹⁴² Diesen Verweis auf die Flexibilität des Begriffs der Zugänglichmachung bezieht der *EuGH* inzwischen auf die Handlung der Zugänglichmachung,⁹⁴³ wäh-

939 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

940 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 22 – *ThePirateBay*.

941 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler*.

942 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler* m. w. N.

943 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 25 f. – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler*.

rend in früheren Urteilen dies auf den Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung insgesamt bezogen wurde.⁹⁴⁴

Dabei komme dem Nutzer, also dem potenziell Zugänglichmachenden, eine zentrale Rolle zu.⁹⁴⁵ Für eine solche müsse er in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig werden, um seinen Kunden Zugang zu einem geschützten Werk zu verschaffen, insbesondere dann, wenn diese ohne ein Tätigwerden das ausgestrahlte Werk grundsätzlich nicht⁹⁴⁶ oder nur schwer empfangen könnten.⁹⁴⁷ Zusammenfassend wurde entschieden, dass jede Handlung, mit der ein Handelnder „in voller Kenntnis der Sachlage“ seinen Kunden „Zugang [...] gewährt“, eine Handlung der Zugänglichmachung sein könne.⁹⁴⁸ Neben dem Gewähren des Zugangs kann eine Zugänglichmachung durch einen Wechsel der Übertragungsart erfolgen,⁹⁴⁹ was jedoch für Fälle, bei denen sowohl ursprüngliche als auch darauf basierende Zugänglichmachung im Internet erfolgen, nicht gegeben ist.⁹⁵⁰

Für das Internet wurde im Urteil *Svensson*⁹⁵¹ festgestellt, dass im Verlinken – auch frei zugänglicher Inhalte⁹⁵² – stets eine Handlung der Zugänglichmachung liege, da dieses den Nutzern direkten Zugang zu den jeweiligen Werken biete.⁹⁵³ Im Fall *Filmspeler*, einem Abspielgerät für (illegale) Streams, wurde auf das Herstellen einer „unmittelbaren Verbindung“ abgestellt, ohne die die Nutzer „kaum in den Genuss der geschützten Werke kommen könnten“, da die Seiten, auf die verwiesen wurde, „nicht leicht auffindig“ zu machen waren.⁹⁵⁴ Da der Handelnde in „voller Kenntnis der Folgen“ das Abspielgerät entsprechend vorkonfigurierte, handelte es sich insbesondere nicht um das „bloße“ körperliche Bereitstellen von

944 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1153 Rn. 34 ff. – *GS Media*; GRUR 2012, 597, 598 Rn. 30 – *Phonographic Performance*; GRUR 2012, 593, 596 Rn. 79 ff. – *SCF*.

945 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 31 – *Filmspeler*.

946 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 31 – *Filmspeler*; GRUR 2016, 1152, 1153 Rn. 35 – *GS Media*.

947 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*.

948 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 34 – *ThePirateBay*.

949 *EuGH* GRUR 2013, 500, 502 Rn. 30 – *ITV Broadcasting*; siehe auch GRUR 2014, 360, 361 Rn. 24 – *Svensson*, in dem dieses Merkmal zur Bestimmung der Öffentlichkeit der Wiedergabe gebraucht werde.

950 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 24 – *Svensson*.

951 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18, 20 – *Svensson*.

952 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 20, 26 – *Svensson*.

953 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 40 – *GS Media*; vgl. auch MMR 2015, 46, 47 Rn. 15 – *Bestwater*.

954 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

Einrichtungen zur Zugänglichmachung (Wiedergabe⁹⁵⁵),⁹⁵⁶ das nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL gerade keine Zugänglichmachung (Wiedergabe) ist. Hierbei spielte es für den *EuGH* keine Rolle, dass das Gerät mit Add-ons Dritter bestückt war und der Hersteller wahrscheinlich⁹⁵⁷ keine Einwirkungsmöglichkeit auf die Geräte mehr hatte, was den Fall damit von den zu Linksetzern entschiedenen unterscheidet, die stets die Herrschaft über die Bereitstellung der Links hatten.⁹⁵⁸ Für *ThePirateBay*, einer Plattform, die Torrents⁹⁵⁹ zu überwiegend rechtswidrig bereitgestellten Werken bereithält, wurde die Kenntnis durch Handlungen wie dem Indexieren und Kategorisieren der Inhalte begründet.⁹⁶⁰ Mit ähnlichen Argumenten – Löschen veralteter Dateien, Indexierung – wurde eine bloße Bereitstellung von Einrichtungen zur Zugänglichmachung (Wiedergabe) verneint.⁹⁶¹ Im Urteil *Cordoba* betreffend das Hochladen eines Fotos auf den eigenen Server wurde hingegen allein auf die dadurch erfolgte Zugangseröffnung abgestellt, ohne das Merkmal der – allerdings ohnehin gegebenen – Kenntnis zu erwähnen.⁹⁶²

(2) Rezeption in Deutschland und Versuche der Konkretisierung

Nach der Definition der Handlung der Zugänglichmachung gibt es zwei Merkmale, die erfüllt sein müssen, nämlich ein „Verhalten“ (a) und die volle Kenntnis der Folgen durch den Handelnden (b).

955 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

956 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

957 Es ist zwar zu vermuten, dass der Filmspeler eine automatische Updatefunktion hatte, diese wird aber wahrscheinlich deaktivierbar gewesen sein.

958 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460 f. – *Filmspeler*.

959 Die (Bit)Torrent-Technik ermöglicht, dass Dateien nicht zentral von einem Server heruntergeladen werden, sondern dezentral verteilt werden, was Kosten spart und das System unabhängiger macht. Möchten verschiedene Nutzer die gleiche Datei herunterladen, versenden Nutzer Dateistücke, die sie bereits erhalten haben, an andere Nutzer, denen diese noch fehlen. Die für diesen Austausch nötigen Informationen sind in der Torrent-Datei enthalten und ermöglichen die Teilnahme an diesem „Netzwerk“. Torrent-Dateien können dabei mit Links verglichen werden, da auch sie den Zugang zu Inhalten ermöglichen bzw. stark erleichtern.

960 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*.

961 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 38 – *ThePirateBay*.

962 *EuGH* GRUR 2018, 911, 912 Rn. 20 f. – *Cordoba*.

(a) Anforderungen an das Verhalten

Einige fassen die Rechtsprechung des *EuGH* damit zusammen, dass dieser jede Art der Zugänglichmachung ausreichen lasse.⁹⁶³ So sei der *Filmspieler* letztlich bloß eine Anleitung zum rechtswidrigen Konsum und beim Verlinken handele es sich um eine bloße Zugangerleichterung.⁹⁶⁴ Für solche Handlungen sei zwar eine Haftung als Störer oder Teilnehmer besser geeignet, die Einordnung des *Filmspielers* sei aber immerhin konsequent.⁹⁶⁵

(b) „[I]n voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“

Aufgrund der Rechtsprechung des *EuGH* ist die Literatur sich grundsätzlich einig, dass die täterschaftliche Haftung nun auch klassische Intermediäre erfassen kann.⁹⁶⁶ Entscheidendes, aber wegen des Case Laws unklares⁹⁶⁷ Merkmal sei insoweit „in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“. Die meisten Vertreter der Literatur sehen in der Argumentation des *EuGH* Parallelen zur Abgrenzung zwischen neutralem und „aktivem“ Verhalten im Rahmen der Haftungserleichterung des Art. 14 E-Commerce-RL (umgesetzt im deutschen § 10 TMG⁹⁶⁸),⁹⁶⁹ der in der deutschen Umsetzung zumindest die Schadensersatzhaftung⁹⁷⁰ von Hosting Providern für fremde Inhalte begrenzt.

Greift man auf die zu Art. 14 E-Commerce-RL entwickelten Kriterien zurück, ist eine aktive Rolle gegeben, wenn Handlungen vorliegen, durch die die Kenntnis oder Kontrolle über die gehosteten Daten verschafft wer-

963 *Ohly* ZUM 2017, 793, 796; zur öffentlichen Wiedergabe *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg*, UrhG § 15 Rn. 63: „nur wenig Rücksicht auf den Sprachsinne“.

964 *Specht* ZUM 2017, 582, 584.

965 *Specht* ZUM 2017, 582, 584.

966 *HK-UrhR/Dreyer*, UrhG § 15 Rn. 68; *Spindler/Schmitz/Spindler*, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 61; *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 527; *Ohly* ZUM 2017, 793, 799.

967 Vgl. *Ohly* ZUM 2017, 793, 796; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

968 *Spindler/Schuster/Hoffmann/Volkman*, TMG § 10 Rn. 9.

969 *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 528 f.; *Ohly* ZUM 2017, 793, 797; *Specht* ZUM 2017, 582, 586; vgl. auch *Spindler/Schmitz/Spindler*, TMG § 7 Rn. 11; *Leistner* ZUM 2018, 286, 288: aktive Geschäftsmodelle.

970 *BGH* GRUR 2011, 152, 154 Rn. 26 – *Kinderhochstühle im Internet I*; zumindest zur Bestimmung der Verkehrspflichten im Rahmen der Störerhaftung *GRUR* 2013, 1229, 1232 Rn. 35 – *Kinderhochstühle im Internet II*.

den.⁹⁷¹ Übertragen auf das Urheberrecht bedeutet das, dass, sobald eine „aktive“ Rolle – z. B. durch „volle Kenntnis“ – vorliegt, eine täterschaftliche Haftung auch bei Intermediären gegeben ist. Fehlt es an einer solchen, bestehen nur Ansprüche gem. Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL, es gilt dann „notice and take down“.⁹⁷²

(3) Hier zugrunde liegendes Verständnis

So berechtigt die Kritik an der fehlenden dogmatischen Untermauerung der Rechtsprechung des *EuGH* und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit auch sein mag, so führt an dieser Auslegung – zumindest im harmonisierten Bereich – kein Weg vorbei.

(a) Anforderungen an das Verhalten

An der dargestellten Rechtsprechung des *EuGH* sieht man, dass die Anforderungen an das jeweilige Verhalten sehr niedrig liegen. So ist bereits das bloße Setzen eines Links zu Artikeln bekannter Zeitungen ausreichend.⁹⁷³ Die in den Urteilen *ThePirateBay* und *Filmspeler* getroffenen Aussagen,⁹⁷⁴ dass die Inhalte ansonsten „schwerer auffindbar“ seien und deshalb eine Zugänglichmachung (Wiedergabe)⁹⁷⁵ vorliege,⁹⁷⁶ ändern daran nichts. Die Kriterien Auffindbarkeit oder Schwierigkeit, Zugang zu dem jeweiligen Inhalt zu erhalten,⁹⁷⁷ sind jedoch in letzter Konsequenz als irrelevant einzustufen oder zumindest bei sehr niedrigschwelligen Vereinfachungen anzunehmen. So thematisierte der *EuGH* im Zusammenhang mit dem Setzen von Links auf bekannte Nachrichtenseiten eine Erleichterung des

971 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1032 Rn. 113 – *L'Oréal/eBay* m. w. N.

972 J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 528 f.; *Ohly* ZUM 2017, 793, 797 f.; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

973 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18 ff. – *Svensson*.

974 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (1) (S. 193).

975 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

976 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

977 In diese Richtung aber wohl *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*: Teilen der Inhalte „zumindest komplexer“; MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*: Streaming-Seiten können „nicht leicht ausfindig gemacht werden“ und ändern sich häufig.

Zugangs erst gar nicht,⁹⁷⁸ sodass es auf eine Auffindbarkeit nicht ankommen kann. Vielmehr kommt es dem *EuGH* auf den Erfolg der Handlung an.⁹⁷⁹ Entscheidend ist damit allein, ob die Nutzer ohne die Handlung des Zugänglichmachenden Zugriff auf den geschützten Gegenstand gehabt hätten⁹⁸⁰, ob also *irgendeine* Handlung vorliegt, die den Zugang *irgendwie* erleichtert.⁹⁸¹ Diese weite Handhabe ermöglicht einerseits ein flexibles Reagieren und verhindert gleichzeitig das unscharfe Kriterium, ob etwas ohne die jeweilige Handlung „schwerer“ auffindbar war. Eine Einschränkung kann über andere Tatbestandsmerkmale erfolgen.

(b) „[I]n voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“

Kriterium zur Beschränkung des Tatbestandsmerkmals der Handlung der Zugänglichmachung ist damit „in voller Kenntnis der Sachlage“.⁹⁸² Dieses qualifiziert das bloße Eröffnen eines Zugangs zu einer Handlung der Zugänglichmachung und grenzt zum bloßen Bereitstellen von Einrichtungen zur Zugänglichmachung (Wiedergabe) ab, welches nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL keine Zugänglichmachung (Wiedergabe) ist. Ebenso wird damit das Problem von durch Dritte eingestellten Inhalten angegangen: Dass Dritte Inhalte auf eine Plattform hochladen und damit eine Verantwortlichkeit des Betreibers ausschließen, könne dahinstehen, wenn dieser in voller Kenntnis der Konsequenzen diese Inhalte indexiert und kategorisiert⁹⁸³ bzw. sogar mit dem Zugang zu unerlaubt hochgeladenen Inhalten werbe.⁹⁸⁴ Handelt der Zugänglichmachende eindeutig selbst, wie beim Hochladen⁹⁸⁵ oder Verlinken⁹⁸⁶, wird das Merkmal nicht thematisiert.

978 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 360 – *Svensson*, dort wurden Links zu einer großen schwedischen, landesweit erscheinenden Zeitung gesetzt.

979 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 912 Rn. 20 – *Cordoba*; GRUR 2017, 790, 792 Rn. 34 – *ThePirateBay*.

980 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 31 – *Filmspeler*; GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*: „nicht oder nur schwer“.

981 Vgl. *Obly* ZUM 2017, 793, 796.

982 Vgl. J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 528 ff.

983 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36 – *ThePirateBay*.

984 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler*.

985 *EuGH* GRUR 2018, 911, 912 Rn. 20 – *Cordoba*.

986 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18 ff. – *Svensson*.

Allerdings ist das Merkmal „in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“ missverständlich, da es ein subjektives Merkmal impliziert, während es stattdessen darauf ankommt, wer die Herrschaft über den Vorgang innehat. Deshalb ist mit der Literatur das Merkmal analog zur aktiven Rolle im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 14 E-Commerce-RL auszulegen. So spricht der Gerichtshof stets von „Kriterien, die unselbstständig und miteinander verflochten sind“, die im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maße vorliegen können.⁹⁸⁷ Die Erwähnung weiterer Kriterien würde nur wenig Sinn machen, wenn allein die Kenntnis ausschlaggebend wäre. Der Fokus ist deshalb vielmehr auf die „weiteren Kriterien“ zu legen. Diese stellen das Einfalltor für die zu Art. 14 E-Commerce-RL entwickelten Grundsätze dar.

Die volle Kenntnis der Folgen ist entgegen weit verbreiteter Auffassung nur ein Unterfall dieser Kriterien und damit ausreichende, aber nicht zwingende Voraussetzung. Für dieses Ergebnis spricht, dass es sich beim Urheberrecht und den verwandten Schutzrechten um absolute Rechte handelt. So setzen weder die InfoSoc-RL noch die Enforce-RL (vgl. dort Art. 12) für eine Verletzung des Urheberrechts Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Auch besteht per se eine Pflicht dazu, fremde, absolute Rechte wie das Urheberrecht zu achten, nicht nur dann, wenn ein Bewusstsein für die Zugangsöffnung besteht. Gleichzeitig ist eine ausufernde Haftung für schuldlose Verletzungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung durch das Merkmal der Pflichtverletzung im Rahmen der Öffentlichkeit begrenzt. So können die zu beachtenden (Nachforschungs-)Pflichten in den Fällen abgesenkt werden, in denen die Zugangsöffnung nur fahrlässig geschah.

Allerdings ist die Rolle des Zugänglichmachenden für die Eröffnung des Zugangs weiterhin „zentral“ bzw. nach der englischen Fassung „indispensable“.⁹⁸⁸ Die Anforderungen an die Handlung der Zugänglichmachung dürfen daher nicht zu weit abgesenkt werden, was durch die Anlehnung an Art. 14 E-Commerce-RL gewährleistet wird. Die aktive Rolle wird unter Berufung auf Erwägungsgrund 42 E-Commerce-RL derart konkretisiert, dass das Haftungsprivileg nur dann gewährt wird, wenn der Dienst „weder Kenntnis noch Kontrolle über die [...] gespeicherte Information

987 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 25 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 462 Rn. 30 – *Filmspeler*.

988 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay* m. w. N.; vgl. aber auch MMR 2017, 460, 461 Rn. 31 – *Filmspeler*: Hier ist in der englischen Fassung die Rolle des Handelnden „essential“.

besitzt“.⁹⁸⁹ Dies ähnelt stark der „vollen Kenntnis der Sachlage“, die der *EuGH* für das Vorliegen einer Handlung der Zugänglichmachung fordert und (auch) zur Abgrenzung bloßer technischer Handlungen benutzt. Nur durch diese Auslegung – Kenntnis oder Kontrolle – können Fälle (ohne eine vorherige Benachrichtigung des Zugänglichmachenden)⁹⁹⁰ erfasst werden, in denen die Handlung nicht „in voller Kenntnis der Folgen“ erfolgte, aber gleichzeitig der Handelnde wusste, dass im Falle einer (ungewissen) Zugangseröffnung das Urheberrecht verletzt werden wird oder er von einer Verletzung stark profitiert. So wird letztlich das Merkmal der (vollen) Kenntnis um dasjenige der Kontrolle ergänzt. Durch die Übernahme der aktiven Rolle im Sinne des Art. 14 E-Commerce-RL erhält man ein (relativ) einheitliches Haftungssystem und schließt die (deutsche) Haftungslücke für „aktive“ Dritte, die mangels konkreter Kenntnis der Rechtsverletzung nicht auf Schadensersatz haften.⁹⁹¹ Gleichzeitig besteht mit dem Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit und der dafür erforderlichen Pflichtverletzung ein flexibler Maßstab, mit dem bei Bedarf nützliche Geschäftsmodelle geschützt werden können.⁹⁹²

Damit ist zur Bestimmung der „vollen Kenntnis“ des (möglicherweise) Zugänglichmachenden danach zu fragen, ob er eine aktive Rolle im Sinne der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 14 E-Commerce-RL einnimmt. Eine solche Rolle ist insbesondere dann gegeben, wenn der Zugänglichmachende um die Zugangseröffnung weiß.

(4) Voraussetzungen einer aktiven Rolle

Wie dargestellt, liegt eine aktive Rolle stets beim Handeln in voller Kenntnis vor. Die Kenntnis bezieht sich darauf, dass Werke zugänglich gemacht

989 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1033 Rn. 112 f. – *L'Oréal/eBay*; NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 120 – *Google France*.

990 Sobald dem ohne Kenntnis oder Kontrolle Handelnden eine Mitteilung über die Rechtsverletzung zugeht und er den Urheberrechtsverstoß nicht unverzüglich abstellt, hat er Kenntnis und handelt damit aktiv, sodass eine Handlung der Zugänglichmachung bejaht werden kann, vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b E-Commerce-RL und *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 120 – *Google France*.

991 J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 534.

992 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 60 – *Vorschaubilder III*: „besondere Bedeutung der Suchmaschinen für die Informationsvermittlung im Internet“.

werden, die ansonsten nicht oder nur „schwerer“ zugänglich wären⁹⁹³ bzw. dass ein „direkte[r] Zugang“⁹⁹⁴ zu diesen geboten wird.

Nach Art. 14 Abs. 1 lit. a E-Commerce-RL ist ein Diensteanbieter nicht für Informationen verantwortlich, von deren Rechtswidrigkeit er keine Kenntnis besitzt und sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Information offensichtlich wird. In Erwägungsgrund 42 wird dies dahingehend präzisiert, dass die Tätigkeit rein technischer, automatischer und passiver Art sein müsse, der Anbieter des Dienstes also weder Kenntnis noch Kontrolle über die Information besitzen dürfe.⁹⁹⁵

Am Beispiel des Dienstes *Google AdWords*, einem Dienst, der Werbebotschaften anhand von Schlüsselwörtern Suchbegriffen zuordnet, wurde die bloße Zuordnung nicht für ausreichend befunden.⁹⁹⁶ Ebenso spielte die Entgeltlichkeit des Dienstes für die Werbenden keine Rolle.⁹⁹⁷ Relevant war hingegen, inwieweit *Google* die Werbebotschaften abfasste und die Schlüsselwörter festlegte bzw. auswählte.⁹⁹⁸ Dies ähnelt stark dem im Urteil *ThePirateBay*⁹⁹⁹ für die Annahme einer öffentlichen Zugänglichmachung maßgeblichen Indexieren und Katalogisieren der jeweiligen Quellen.¹⁰⁰⁰

Auch für *eBay*, einen Online-Marktplatz, wurde die bloße Festlegung der Modalitäten des Vertragsschlusses und die Vergütungspflicht nicht als ausreichend erachtet.¹⁰⁰¹ Anders sei dies im Falle von „Hilfestellungen“ zu bewerten, wenn der Marktplatz also die Präsentation der Angebote optimiere oder sie bewerbe. Dann nehme er keine neutrale Stellung zwischen Käufer und Verkäufer ein, sondern schlage sich aktiv auf eine Seite und könne sich dadurch Kenntnis oder Kontrolle über die betreffenden Informationen verschaffen.¹⁰⁰² Bestehe keine aktive Rolle, könne eine Haftung aber darüber begründet werden, dass dem Dienst Tatsachen mitgeteilt werden, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die

993 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*.

994 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 18 – *Svensson*.

995 Vgl. auch *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 113 – *Google France*.

996 *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 117 – *Google France*.

997 *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 116 – *Google France*.

998 *EuGH* NJW 2010, 2029, 2035 Rn. 118 – *Google France*.

999 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 36, 38 – *ThePirateBay*.

1000 Vgl. *BGH* WRP 2018, 1338, 1342 Rn. 34 – *YouTube*.

1001 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1032 Rn. 115 – *L'Oréal/eBay*.

1002 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1032 Rn. 116 – *L'Oréal/eBay*.

Rechtswidrigkeit hätte feststellen müssen,¹⁰⁰³ was letztlich auf „notice and take down“ hinausläuft.

In Deutschland wird Art. 14 E-Commerce-RL durch §§ 7, 10 TMG umgesetzt.¹⁰⁰⁴ Die deutsche Rechtsprechung hat hierauf basierend die Kategorie des Zueigenmachens entwickelt.¹⁰⁰⁵ Die Grundidee ist die Gleiche wie bei derjenigen der aktiven Rolle: Ein Geschäftsmodell ist derart beschaffen, dass es nicht mehr nur auf der technischen Vermittlung von Informationen beruht¹⁰⁰⁶ und hierdurch Umsätze generiert, sondern es überschreitet die Schwelle, indem es unmittelbar von Schutzrechtsverletzungen Dritter profitiert und (auch) diese fördert, sodass eine täterschaftliche Haftung eingreift.¹⁰⁰⁷ Der deutsche Ansatz besteht darin, dass die Informationen, wenn zu eigen gemacht, nicht mehr fremd sind und somit nicht mehr dem Anwendungsbereich des § 10 TMG (der Art. 14 E-Commerce-RL umsetzt) unterfallen können. Anders als im europäischen Recht wird auf die Sicht eines objektiven Internetnutzers für die Frage der Fremdheit abgestellt.¹⁰⁰⁸ Kriterien hierfür sind, ob die Inhalte (nicht nur auf Verstöße) kontrolliert werden, ob das Logo der Plattform prominent erscheint¹⁰⁰⁹ und inwieweit Nutzungsrechte eingeräumt werden.¹⁰¹⁰ Dass es sich bei den jeweiligen Inhalten um den „Kern“ des Angebots handelt,¹⁰¹¹ spricht auch für ein Zueigenmachen, sodass keine technische Vermittlerrolle mehr vorliegt.¹⁰¹²

Diese Kategorie ist jedoch abzulehnen, da sie im europäischen Recht keine Grundlage findet.¹⁰¹³ Ob sich der Dienst auf eine Seite stellt, wird nicht aus Sicht der die Inhalte wahrnehmenden Nutzer beurteilt, sondern aus Sicht eines objektiven Dritten, der die Beziehungen der Beteiligten kennt. Zwar kann man bestimmte Kriterien übernehmen, dies allerdings

1003 *EuGH* GRUR 2011, 1025, 1033 Rn. 120, 122 – *L'Oréal/eBay*.

1004 Spindler/Schuster/Hoffmann/Volkmann, TMG Vorbem. §§ 7 ff. Rn. 21.

1005 Dazu z. B. *BGH* GRUR 2017, 844, 846 Rn. 18 – *klinikbewertungen.de*; GRUR 2016, 936, 938 Rn. 28 – *Angebotsmanipulation bei Amazon*; GRUR 2015, 1129, 1131 Rn. 25 – *Hotelbewertungsportal*.

1006 Vgl. *BGH* GRUR 2010, 616, 619 Rn. 27 – *marions-kochbuch.de*.

1007 Vgl. *BGH* GRUR 2010, 616, 618 Rn. 23 – *marions-kochbuch.de* m. w. N.

1008 Spindler/Schmitz/Spindler, TMG § 10 Rn. 16.

1009 *BGH* GRUR 2010, 616, 618 Rn. 25 – *marions-kochbuch.de*.

1010 *BGH* GRUR 2010, 616, 618 f. Rn. 27 – *marions-kochbuch.de*.

1011 *BGH* GRUR 2010, 616, 618 Rn. 26 – *marions-kochbuch.de*.

1012 *BGH* GRUR 2010, 616, 619 Rn. 27 – *marions-kochbuch.de*.

1013 Spindler/Schuster/Hoffmann/Volkmann, TMG § 10 Rn. 11; für ein Beibehalten als Unterfall neben der aktiven Rolle Spindler/Schmitz/Spindler, TMG § 7 Rn. 17.

nur, soweit sie der Rechtsprechung des *EuGH* entsprechen, wie z. B. das Überprüfen der Inhalte.¹⁰¹⁴

(5) Ergebnis der Anforderungen an die Handlung der Zugänglichmachung

Eine Handlung der Zugänglichmachung setzt damit letztlich eine Erleichterung des Zugangs (zu Zeiten und Orten der Wahl der Nutzer) und dabei die Einnahme einer aktiven Rolle voraus. Dieses Merkmal ist analog der Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 14 E-Commerce-RL auszulegen. Eine solche Rolle ist z. B. bei voller Kenntnis der Zugangseröffnung zu einem geschützten Gegenstand gegeben oder wenn der Dienst die Kontrolle über die Inhalte erlangt.

bb) Anwendung auf Werblocker

Dass (Sperren) umgehende Werblocker eine Handlung der Zugänglichmachung (bzw. der Wiedergabe)¹⁰¹⁵ vornehmen, scheint nahezuliegen: Der Werblocker verlinkt zwar nicht, allerdings ermöglicht bzw. erleichtert er ebenso den Zugriff auf geschützte Inhalte, ohne diese selbst vorzuhalten.

So sehen manche Autoren die Software als entscheidend an, sodass auch normale PCs mit entsprechender Konfiguration eine Zugänglichmachung ermöglichen würden.¹⁰¹⁶ Im Umgehen von Zugangsbeschränkungen, konkret einer Session-ID, die eine Verlinkung auf Unterseiten verhindern sollen, sehen der *BGH*¹⁰¹⁷ und große Teile des Schrifttums¹⁰¹⁸ eine öffentliche Zugänglichmachung.

1014 Vgl. *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535.

1015 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

1016 *Specht* ZUM 2017, 582, 584; *Stender-Vorwachs/Steeger* MMR 2017, 465; *Walter* MR-Int 2017, 40; vgl. auch *Mitsdörfer/Gutfleisch* MMR 2009, 731, 734, die bei der Umgehung von Sperren gegen das Streaming aus bestimmten Ländern von einer „faktische[n] Zugänglichmachung“ sprechen.

1017 *BGH* GRUR 2011, 56, 58 Rn. 27 – *Session-ID*.

1018 *BeckOK* UrhR/Götting, UrhG § 19a Rn. 7; *HK-UrhR/Dreyer*, UrhG § 16 Rn. 16; *Fromm/Nordemann/Dustmann*, UrhG § 19a Rn. 23a; *Spindler/Schmitz/Spindler*, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 62; *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, UrhG § 19a Rn. 10;

(1) Eröffnen des Zugangs

Ein umgehender Werbeblocker eröffnet einen Zugang zu einem Werk, das der Nutzer ansonsten (mit eingeschaltetem Werbeblocker) nicht abrufen könnte, konkret, indem er den Prüfmechanismus täuscht und sich so als berechtigt zum Abruf der Inhalte und Darstellung auf dem Bildschirm ausgibt. Ohne diese Umgehung würde der Nutzer nur eine Sperrseite sehen, das Werk wäre nicht zugänglich. Der Zugang ist auch zu Zeiten und Orten der Wahl der Nutzer gegeben.

Zwar handelt es sich nicht um das klassische Linking,¹⁰¹⁹ denn der Nutzer gibt die konkrete URL selbst ein. Allerdings kann es wertungsmäßig für die Frage der Eröffnung des Zugangs keinen Unterschied machen, ob ein Link mitgeteilt oder eine Einrichtung bereitgestellt wird, mit der man ansonsten nicht zugängliche URLs öffnen kann: Grundsätzlich werden infolge der Umgehung Inhalte zugänglich gemacht, die der Nutzer ansonsten nicht, nur „schwer“¹⁰²⁰ oder „kaum“¹⁰²¹ genießen könnte. Im Fall *Svensson* entschied der *EuGH*, dass das Verlinken auf das Online-Angebot einer großen Tageszeitung eine Handlung der Zugänglichmachung sei.¹⁰²² Damit reicht schon eine geringe „Vereinfachung“ des Zugangs zu einem geschützten Werk, sodass umgehende Werbeblocker den Zugang zu einem geschützten Werk eröffnen.

Diese Zugangseröffnung liegt insbesondere dann vor, wenn durch die Sperre lediglich die Darstellung auf dem Bildschirm, z. B. durch ein Overlay, verhindert wird. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung setzt voraus, dass die Nutzer „Zugang haben“.¹⁰²³ Ist eine bestimmte Nutzung (Vervielfältigung auf dem Bildschirm) nicht möglich, so fehlt *insoweit* der Zugang. Umgeht der Werbeblocker nun die Beschränkung, verhindert also die Anzeige des Overlays, wird dementsprechend der Zugang zur Anzeige auf dem Bildschirm gewährt.

dagegen wegen des fehlenden Vorhaltens Schrickner/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, UrhG § 19a Rn. 93; kritisch auch Spindler/Schuster/Wiebe, UrhG § 19a Rn. 5.

1019 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460 – *Filmspeler*, dort wurde der automatische Abruf von Links ermöglicht.

1020 *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 26 – *ThePirateBay*.

1021 *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 41 – *Filmspeler* unter Verweis auf die sich häufig ändernden Adressen und dass illegale Seiten „von der Öffentlichkeit nicht leicht ausfindig“ gemacht werden könnten.

1022 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 19 f. – *Svensson*.

1023 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 31 – *ThePirateBay*.

Damit liegt im Eröffnen des Zugangs zu Webseiten durch technische Modifikation des jeweiligen Gerätes mittels umgehendem Werbeblocker eine Zugänglichmachung. Es macht bezüglich der Zugangseröffnung keinen Unterschied, ob ein Programm ermöglicht, dass gesperrte Inhalte aufgerufen (umgehender Werbeblocker), Links indexiert (*ThePirateBay*¹⁰²⁴) oder mittels Add-on abgerufen werden (*Filmspeler*¹⁰²⁵). In allen Fällen wird der Zugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten eröffnet. Damit ermöglicht ein umgehender Werbeblocker Nutzern den Zugang zu insoweit gesperrten Webseiten an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl.

(2) Verhalten – aktive Rolle

Allerdings reicht die Eröffnung des Zugangs nicht für eine Handlung der Zugänglichmachung, es bedarf zusätzlich einer aktiven Rolle des Werbeblocker-Betreibers. Nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL ist die bloße Bereitstellung von Einrichtungen, die eine Zugänglichmachung (Wiedergabe)¹⁰²⁶ ermöglichen oder bewirken, keine Zugänglichmachung (Wiedergabe) im Sinne der Richtlinie. Eine Abgrenzung zwischen dem bloßen Bereitstellen und der Zugänglichmachung (bzw. Wiedergeben) erfolgt in Anlehnung an Art. 14 E-Commerce-RL durch das Merkmal der aktiven Rolle. Die Dienste des Handelnden dürfen demgemäß nicht rein technischer, automatischer und passiver Art sein, sodass er Kenntnis oder Kontrolle über die Information besitzt bzw. sich diese verschaffen kann.

Bewirbt ein Werbeblockerbetreiber sein Produkt damit, dass es entsprechende Sperren umgehen könne, nimmt er eine aktive Rolle ein. Schwieriger ist es jedoch einzuordnen, wenn der Werbeblocker Code benutzt, der *allgemein* Werbeblocker-Erkennungen umgeht, also neben solchen mit dem Ziel einer Sperre auch die, die legal umgangen werden dürfen.¹⁰²⁷ Gleiches gilt für den Fall, dass der Code nicht vom Werbeblockerbetreiber selbst ist, sondern automatisch mithilfe einer von Dritten verwalteten Liste eingebunden wird.

1024 EuGH GRUR 2017, 790, 792 Rn. 31 ff. – *ThePirateBay*.

1025 EuGH MMR 2017, 460, 462 Rn. 35 ff. – *Filmspeler*.

1026 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

1027 Z. B. eine Erkennung zur Ausspielung umgehender Werbung, vgl. 4. Teil § 9 B. (S. 386).

(a) Eigener, umgehender Code

Schreibt der Webseitenbetreiber eigenen Code, der eine *bestimmte* Sperre umgeht, handelt er in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens und nimmt eine aktive Rolle ein. Eine täterschaftliche Zugänglichmachung kann unproblematisch bejaht werden.

Weniger eindeutig ist es beim Schreiben und Verwenden von Code, der Mechanismen zur Werblockererkennung umgeht, die von verschiedenen Webseitenbetreibern unterschiedlich eingesetzt werden. So ist es denkbar, dass Webseitenbetreiber die gleiche Erkennung verwenden und in der Mehrzahl eine Sperre damit verknüpfen, während andere lediglich einen Hinweis anzeigen. Für Fälle des Dual Use der Umgehung kann man die volle Kenntnis der Zugangseröffnung im subjektiven Sinne durchaus verneinen. Gleichzeitig liegt aber eindeutig eine aktive Rolle vor, weil der Werblockerbetreiber allein die Kontrolle über die Zugangseröffnung hat. Fälle, in denen eine Verantwortlichkeit des Werblockerbetreibers unverhältnismäßig wäre, z. B. weil die Zugangseröffnung nicht zu verhindern war, können mithilfe des Merkmals der Öffentlichkeit ausgeschieden werden.

(b) Fremder, automatisch implementierter Code zur Umgehung

Bei fast allen Werblockern wird jedoch wegen des hohen Arbeitsaufwands und der häufigen Änderungen die Erstellung und Pflege der Blocklist ausgelagert, sodass es denkbar ist, dass umgehender Code in einer solchen ausgelagerten Liste enthalten ist. Die Listen werden von Dritten betrieben und dürfen frei verwendet werden. Bindet also der Werblocker Code über Listen wie der *Easylist Germany* ein,¹⁰²⁸ handelt es sich dabei um Informationen, die von Dritten bereitgestellt werden. Allerdings spielt der Werblockerbetreiber eine aktive Rolle bei der Auswahl der Listen, sodass eine Handlung der Zugänglichmachung zu bejahen ist. Grund hierfür ist, dass der Werblocker die Listen selbstständig auswählt und das Programm insoweit voreingestellt vertreibt. Die wirtschaftlich begründete Motivation für das Einbinden, dass die eigenständige Pflege einer solchen Liste sehr kostenintensiv ist, ändert nichts an der aktiven Rolle. Eine Differenzierung bezüglich der Verantwortlichkeit für die Liste kann hier nur im Rahmen des Merkmals der Öffentlichkeit erfolgen. Dient

¹⁰²⁸ Vgl. *Kiersch*, Adblocking, S. 57 f.; dazu bereits oben, 1. Teil § 1 B. IV. 3. (S. 50).

die Umgehung auch dazu, legale Erkennungen zu verhindern, gelten zu diesem Dual Use die gleichen Grundsätze, wie wenn der Code durch den Werblockerbetreiber selbst programmiert worden wäre.

cc) Ergebnis zur Handlung der Zugänglichmachung

Für den Begriff der Handlung der Zugänglichmachung ist die Rechtsprechung des *EuGH* zugrunde zu legen. Es sind grundsätzlich niedrige Anforderungen an das Verhalten zu stellen, es reicht jede Vereinfachung des Zugangs analog zum Linking. Der *EuGH* fordert, dass der Handelnde in „voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“ handeln müsse. Dabei handelt es sich jedoch nur um eines von weiteren, miteinander verflochtenen Kriterien, was auf die Rechtsprechung zu Art. 14 E-Commerce-RL verweist, sodass nach einer aktiven Rolle zu fragen ist.

Nach diesen Kriterien liegt bei umgehenden Werblockern eine Handlung der Zugänglichmachung vor. Die umgehenden Werblocker ermöglichen einen Zugang, den die Nutzer ohne das Programm nicht hätten. Insbesondere stellen die Werblockerbetreiber nicht bloß Einrichtungen zur bloßen Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe) nach Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL zur Verfügung. Grund dafür ist, dass sie aktiv im Sinne des Art. 14 E-Commerce-RL handeln, da sie den Code selbst schreiben bzw. zumindest die Listen eigenständig auswählen.

Damit liegt eine Handlung der Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG beim Vertrieb von umgehenden Werblockern vor.

d) Öffentlichkeit der Zugänglichmachung

Das zweite Merkmal der öffentlichen Zugänglichmachung ist, dass diese *öffentlich* sein muss. Der Begriff der Öffentlichkeit ist, wie oben erläutert, gleich dem der öffentlichen Wiedergabe zu verstehen. Der Begriff setzt sich aus drei Prüfungspunkten zusammen. Die Wiedergabe muss gegenüber einem entsprechend großen Publikum erfolgen (aa), dieses muss im Vergleich zum vom Rechteinhaber intendierten weiter sein (bb) und es müssen bei der Zugänglichmachung zum neuen Publikum Prüfpflichten verletzt worden sein (cc).

Mit Blick auf die Urteile *Filmspeler* und *ThePirateBay* kann man sich zwar streiten, ob das neue Publikum und die insoweit bestehenden Prüfpflichten unter den Prüfpunkt der Öffentlichkeit zu subsumieren sind,

da zuvor jeweils das Merkmal der Öffentlichkeit bejaht worden ist,¹⁰²⁹ zugleich aber stets betont wird, dass eine öffentliche Zugänglichmachung nur aus zwei Merkmalen bestehe.¹⁰³⁰ Hier wird die Verletzung von Prüfpflichten als Teil des Merkmals Öffentlichkeit verstanden.¹⁰³¹

aa) Größe des Publikums

Der *EuGH* setzt bezüglich der Größe des Publikums voraus, dass der Kreis der potenziellen Adressaten, das Publikum, mehr als eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen sein muss, wobei auch zukünftig zu erwartende Handlungen der Zugänglichmachung zu berücksichtigen sind.¹⁰³² Diesen Personen gegenüber muss tatsächlich eine Zugänglichmachung erfolgen,¹⁰³³ wofür aber bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme ausreicht.¹⁰³⁴ Der Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers (bzw. dessen Nutzung) ermöglicht – da sich das Angebot an jeden Internetnutzer mit einem kompatiblen Gerät richtet¹⁰³⁵ – ausreichend potenzielle Zugänglichmachungen im Sinne einer Öffentlichkeit.

bb) Vom Rechtsinhaber intendiertes und neues Publikum

Innerhalb dieses Abschnitts ist zu prüfen, ob die umgehenden Werbeblocker Webseiten, die für Nutzer mit einem Werbeblocker gesperrt sind, einem neuen Publikum zugänglich machen. Zuerst werden die Anforderungen an eine technische Beschränkung, die Sperre, geklärt (1), um in einem zweiten Schritt diese auf Sperren gegen Werbeblocker (Werbeblockersperren) anzuwenden (2). Dazu ist das vom Rechtsinhaber intendierte

1029 *EuGH* GRUR 2017, 790, 793 Rn. 43 – *ThePirateBay*; MMR 2017, 460, 463 Rn. 46 – *Filmspeler*.

1030 Ständige Rechtsprechung, *EuGH* GRUR 2017, 790, 791 Rn. 24 – *ThePirateBay* m. w. N.

1031 So wohl auch *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 f. Rn. 36 ff. – *GS Media*.

1032 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 41 – *ThePirateBay* m. w. N.

1033 *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 40 – *ThePirateBay* m. w. N.

1034 *EuGH* GRUR 2007, 225, 227 Rn. 43 – *SGAE*.

1035 Vgl. zum Erwerb eines multimedialen Abspielgeräts *EuGH* MMR 2017, 460, 463 Rn. 45 – *Filmspeler* unter Verweis auf GRUR 2013, 500, 502 Rn. 35 f. – *ITV Broadcasting*.

Publikum mit dem abzugleichen, welches durch den Werbeblocker Zugang zur Webseite erhält.

(1) Anforderungen an eine technische Beschränkung

Das vom Rechtsinhaber intendierte Publikum wird mittels einer pauschalisierten Auslegung des Willens des Rechtsinhabers bestimmt, wobei für das Internet bei einem unbeschränkten Einstellen davon ausgegangen wird, dass darauf basierende, vorübergehende Nutzungshandlungen gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt sind.¹⁰³⁶ Ein Wille des Rechtsinhabers, alle Internetnutzer anzusprechen,¹⁰³⁷ fehlt jedoch, wenn „beschränkende Maßnahmen“ umgangen werden.¹⁰³⁸ „[S]ofern und soweit“ das Werk bereits frei zugänglich ist, wird das gleiche Publikum erreicht;¹⁰³⁹ darüber hinaus liegt ein „neues Publikum“ vor, dem gegenüber das Werk ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zugänglich gemacht wird.¹⁰⁴⁰

Welche Anforderungen an technische Beschränkungen, die den Kreis der Zugangsberechtigten begrenzen, zu stellen sind, ist nicht klar. Fraglich ist bereits, inwieweit eine Konditionalisierung des Zugangs möglich ist (a) und wie die Norm zu § 95a UrhG steht (b). Daraufhin wird zur Auslegung des Willens geklärt, auf wessen Sicht es ankommt (c), um dann aus dieser Sicht Auslegungsregeln für das Vorliegen und die Reichweite technischer Beschränkungen festzulegen (d).

(a) Umfassende Konditionalisierung möglich

Der *EuGH* spricht von beschränkenden Maßnahmen, die den Zugang nur für „Abonnenten“ gewährleisten sollen.¹⁰⁴¹ Daraus wird teilweise ge-

1036 Dazu bereits ausführlich oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

1037 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 42 – *GS Media*; MMR 2015, 46, 48 Rn. 18 – *Bestwater*; ähnlich GRUR 2017, 62, 63 Rn. 36 – *Soulier und Doke*.

1038 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 31 – *Svensson*.

1039 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 42 – *GS Media*.

1040 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 62, 63 Rn. 36 f. – *Soulier und Doke*; unentschieden *Ohly* GRUR 2018, 996, 999, der anstelle einer Zustimmung auch den Gedanken des Allgemeininteresses am Funktionieren des Internets als Begründung in Betracht zieht.

1041 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 50 – *GS Media*.

folgt, dass es zumindest einer Registrierung als Beschränkung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL bedürfe.¹⁰⁴²

Teilweise wird für § 95a UrhG ein Schutz der Kopplung von Werbung und Inhalt mit Verweis auf das Telos der Norm abgelehnt.¹⁰⁴³ Es sei nicht Aufgabe der Norm, eine schuldrechtliche Kopplung zu schützen.¹⁰⁴⁴ § 95a Abs. 1 UrhG verbietet die Umgehung von wirksamen technischen Schutzmaßnahmen, Abs. 3 Vorfeldhandlungen wie den Vertrieb von Umgehungsmitteln.¹⁰⁴⁵ Nach § 95a Abs. 2 S. 1 sind technische Schutzmaßnahmen Technologien, Vorrichtungen und Bestandteile, die im normalen Betrieb dazu bestimmt sind, geschützte Werke oder andere nach dem UrhG geschützte Schutzgegenstände betreffende Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, zu verhindern oder einzuschränken. Da § 95a UrhG den Schutz des Urheberrechts fortsetzen soll¹⁰⁴⁶ und es ebenso um eine technisch wirkende Konditionalisierung geht, könnte man überlegen, diese Einschränkung auf das Urheberrecht selbst zu übertragen.

Demgegenüber gehen andere von der Möglichkeit einer Konditionalisierung von § 19a UrhG aus.¹⁰⁴⁷ So hatte der BGH keine Bedenken, eine technische Zugangsbeschränkung im Sinne des § 19a UrhG bei einer Session-ID anzunehmen, die lediglich den vorhergehenden Besuch der Startseite schützte.¹⁰⁴⁸ Zu § 95a UrhG wird betont, dass unstreitig Modelle mit einem klassischen Entgelt geschützt seien und die Werbefinanzierung vergleichbar sei.¹⁰⁴⁹

Der Zugang zu einem Werk kann sehr frei bedingt werden, was auch die Kopplung zwischen Inhalten und Werbeempfang umfasst. Hierfür

1042 Höfner ZUM 2014, 293, 294.

1043 Pfeifer AfP 2016, 5, 10; skeptisch auch Krüger GRUR-Prax 2016, 322, 324; wohl auch Witte ITRB 2018, 34, 38: nur Art und Weise der Nutzung.

1044 Pfeifer AfP 2016, 5, 10.

1045 Zu Verletzungen von § 95a Abs. 3 UrhG durch die Werblockerbetreiber 4. Teil § 8 A. I. (S. 351) und durch die Nutzer nach § 95a Abs. 1 UrhG 4. Teil § 8 B. (S. 381).

1046 Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 3: Kongruenz; ähnlich HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 38: kein über das Schutzrecht hinausgehender Rechtsschutz.

1047 Obly GRUR 2018, 996, 1003 zu § 95a UrhG Kiersch/Kassel CR 2017, 242, 244; Runkel IPRB 2016, 81, 84; vgl. auch OLG Hamburg CR 2010, 125, 127 – Session-ID, einen Schutz aber aus anderen Gründen verneinend; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 42; Lorenz jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, D.

1048 BGH GRUR 2011, 56, 59 Rn. 30 f. – Session-ID.

1049 Runkel IPRB 2016, 81, 84.

spricht bereits das Wesen des Urheberrechts, dem Rechtsinhaber ein Ausschließlichkeitsrecht an seinen Inhalten zu gewähren, was insbesondere die Verwertungsbefugnis umfasst.¹⁰⁵⁰ Muss ein Rechtsinhaber ein Werk nicht veröffentlichen, kann er über die Zugangsbedingungen erst recht frei bestimmen. Dabei handelt es sich nicht um eine „schuldrechtliche Kopplung“, sondern Ausfluss der dem Urheberrecht innewohnenden Nutzungs- und Ausschlussmöglichkeit.¹⁰⁵¹ Für einen solchen Schutz kann es nicht auf das Verlangen eines Entgelts ankommen. Der Verweis des *EuGH* auf die „Abonnenten“ wird beispielhaft zu verstehen sein und sich auf diejenigen beziehen, die sich den Bedingungen des Rechtsinhabers unterworfen haben. Hierfür spricht die Definition der Beschränkung im Urteil *Svensson*, wonach eine solche vorliege, wenn die Seite „nur einem begrenzten Publikum“ zugänglich ist.¹⁰⁵² Vor dem Hintergrund von Erwägungsgrund 5 InfoSoc-RL, der „neue Formen der Verwertung“ ermöglichen will, kann nichts anderes gemeint sein. Weiterhin spricht die Betroffenheit von wirtschaftlichen Interessen im Sinne der UGP-RL für eine „Verwertung“ im Sinne der InfoSoc-RL.¹⁰⁵³ Sinn und Zweck des Urheberrechts ist – neben dem Schutz der Persönlichkeitsrechte des Urhebers – gerade die Monetarisierung der Inhalte.¹⁰⁵⁴ Auch wird in Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL die Existenz von Geschäftsmodellen vorausgesetzt, in denen der Nutzer sich Werbung zur Erlangung eines bestimmten Produkts aussetzt. Diese wären ohne europäisch verbürgten (Urheber-)Rechtsschutz nur schwer möglich, da insoweit angreifbar.

Eine Beschränkung auf „Abonnenten“ ist damit so zu lesen, dass jeder, der die Zugangsbedingungen des Rechtsinhabers (faktisch) akzeptiert, zu diesen gehört, unabhängig von einer Gegenleistung irgendeiner Art.

(b) Vergleich mit § 95a UrhG

Inwiefern eine bestimmte Schwelle der Wirksamkeit besteht, ergibt sich nicht aus der Rechtsprechung des *EuGH*. Dieser stellt letztlich auf das

1050 Vgl. *EuGH* GRUR 2018, 911, 913 Rn. 34 – *Cordoba*.

1051 Vgl. Art. 2–4 InfoSoc-RL: Die Urheber können jeweils die Nutzung ihrer Werke erlauben oder verbieten; Dreier/Schulze/Schulze, UrhG § 15 Rn. 24.

1052 *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 31 – *Svensson*.

1053 Vgl. auch die Erwägungsgründe 9 bis 11, 53 InfoSoc-RL.

1054 Vgl. nur Schricker/Loewenheim/Loewenheim, UrhG Einl. Rn. 30.

Ergebnis ab, wenn er davon spricht, dass die betreffenden Nutzer ohne die Handlung nicht auf die verbreiteten Werke zugreifen könnten.¹⁰⁵⁵

Stattdessen kann man versuchen, sich über einen Vergleich mit den wirksamen technischen Schutzmaßnahmen (Art. 6 InfoSoc-RL bzw. § 95a UrhG) der Antwort zu nähern. So ähnelt der Rechtsprechungsterminus „Maßnahmen, die den Zugang [...] beschränken“ den „wirksame[n] technische[n] Maßnahmen“¹⁰⁵⁶ des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL, die nach Abs. 3 dazu dienen, „Handlungen zu verhindern oder einzuschränken“¹⁰⁵⁷. In der englischen Fassung wird vom *EuGH* bezüglich der öffentlichen Zugänglichmachung generell von „restrictions“ oder „restrictive measures“ gesprochen, die wie gezeigt nur technisch wirken können,¹⁰⁵⁸ während Art. 6 InfoSoc-RL den Schutz von „technological measures“¹⁰⁵⁹ anordnet, die „designed to prevent or restrict acts“ sind, was eine Ähnlichkeit impliziert. Einziger Unterschied in Bezug auf die verwendeten Begriffe ist damit, dass in der Rechtsprechung zu Art. 3 InfoSoc-RL das einschränkende Kriterium der Wirksamkeit („effective“) des Art. 6 InfoSoc-RL nicht gebraucht wird.

Daraus wird gefolgert, dass technische Beschränkungen (§ 19a UrhG) weiter als wirksame technische Maßnahmen des Art. 6 InfoSoc-RL (§ 95a UrhG) zu verstehen seien.¹⁰⁶⁰ Es reiche im Umkehrschluss zu § 95a UrhG eine faktische Wirkungslosigkeit.¹⁰⁶¹ Der Schutz technischer Mittel folge insoweit aus § 19a UrhG, also dem Urheberrecht selbst.¹⁰⁶² Der *BGH*¹⁰⁶³ und ihm folgend das Schrifttum¹⁰⁶⁴ nehmen infolge des Urteils *Session-ID* ebenso an, dass technische Beschränkungen grundsätzlich niedrigere Voraussetzungen als wirksame technische Schutzmaßnahmen haben, für Erstere reiche die Erkennbarkeit für Dritte. Dagegen wendet *Dreier* ein, dass

1055 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 31 – *Svensson*.

1056 Englischer Richtlinienentwurf: „effective technological measures“.

1057 Englischer Richtlinienentwurf: „designed to prevent or restrict acts“.

1058 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).

1059 *Mezei* GRUR Int. 2016, 887, 890.

1060 *Mezei* GRUR Int. 2016, 887, 890: Danach fallen auch Registrierungsseiten oder „robot.txt“-Dateien unter diese Regelung.

1061 *Lorenz* jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, D.

1062 *Specht* ZGE 2016, 289, 295.

1063 *BGH* GRUR 2011, 56, 59 Rn. 30 – *Session-ID*.

1064 BeckOK UrhR/Götting, UrhG § 19a Rn. 7; Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 19a Rn. 23a; Spindler/Schmitz/Spindler, TMG Vor §§ 7-10 Rn. 62; Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 19a Rn. 10; *Lorenz* jurisPR-ITR 3/2011, Anm. 5, D.; *Mezei* GRUR Int. 2016, 887, 890; dagegen wegen des fehlenden Vorhaltens *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg*, UrhG § 19a Rn. 93; kritisch auch *Spindler/Schuster/Wiebe*, UrhG § 19a Rn. 5.

es zumindest einer „gewissen“ Wirksamkeit bedürfe, da es sich nur dann um eine „neue“ Öffentlichkeit (bzw. Publikum) handle und so gleichzeitig § 19a UrhG an § 95a UrhG angeglichen werde.¹⁰⁶⁵

Ansatzpunkt zur Klärung der Anforderungen ist zuerst ein Vergleich zu § 95a UrhG, der deutschen Umsetzung von Art. 6 InfoSoc-RL. Betrachtet man § 95a UrhG, so stellt dieser zwar für die Frage der Wirksamkeit (§ 95a Abs. 2 S. 2 UrhG) nach ganz herrschender Meinung auf den Durchschnittsnutzer ab,¹⁰⁶⁶ fordert aber für das Vorliegen einer technischen Maßnahme (§ 95a Abs. 2 S. 1 UrhG), dass ungenehmigte Nutzungshandlungen verhindert werden müssen. Ob eine Genehmigung in die jeweilige Nutzungshandlung vorliegt, ist anhand der Reichweite der Einwilligung des Rechtsinhabers festzustellen. Diese Reichweite wird allerdings gerade erst durch die technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG ausgestaltet. Verhindert also eine technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG Handlungen gem. § 19a UrhG, so ist für das Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme (in den hier behandelten Sachverhaltskonstellationen) eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG notwendige Bedingung, da nur dann die Nutzungshandlung „ungenehmigt“ ist. Aus dem Verhältnis der Normen ist deshalb von einem im Vergleich zu § 95a UrhG grundsätzlich erweiterten Begriff der Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG auszugehen.

Aus dem Merkmal der Wirksamkeit des § 95a UrhG kann nur insofern ein Rückschluss auf eine „Wirksamkeit“ der technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG gezogen werden, als dass der Gesetzgeber kaum „wirksame“ Schutzmaßnahmen daran scheitern lassen wollte, dass aufgrund zu hoher Anforderungen an technische Beschränkungen eine genehmigte Nutzung vorliegt und insoweit kein Schutz nach § 95a UrhG gegeben ist. Deshalb ist die Wirksamkeit im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG als obere Grenze der Anforderungen zu sehen, die an eine technische Beschränkung zu stellen sind. Grundsätzlich ist auf den Willen des Rechtsinhabers abzustellen. Die „Erlaubnis“ des Rechtsinhabers fußt auf seiner Willensäußerung, die pauschalisiert anhand technischer Umstände auszulegen ist.¹⁰⁶⁷ Das muss dann ebenso für die „Gegenäußerung“, die technische Beschränkung, gelten.

1065 Dreier, FS Bornkamm (2014), S. 749, 756.

1066 Z. B. Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 17; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 50 m. w. N.; dazu ausführlich unten, 4. Teil § 8 A. I. 2. b) (S. 360).

1067 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).

(c) Adressat der technischen Beschränkung

Vor der Auslegung der technischen Beschränkung ist zuerst zu klären, aus wessen Perspektive diese Willensäußerung zu interpretieren ist. Nach hier vertretener Ansicht ist auf den durchschnittlichen Zugänglichmachenden¹⁰⁶⁸ abzustellen. Dass nicht auf den durchschnittlichen Vervielfältigenden, also den abrufenden Nutzer, abzustellen ist, ergibt sich daraus, dass die Einwilligung des Rechtsinhabers sich auf die öffentliche Zugänglichmachung bezieht und die Vervielfältigung als Annex gem. § 44a Nr. 2 UrhG gesetzlich erlaubt wird. Aus Sicht des durchschnittlichen Zugänglichmachenden ist somit zu fragen, ob der Rechtsinhaber eine bestimmte Handlung beschränken wollte.

(d) Maßstäbe für die Auslegung

Ansatzpunkt für die Auslegung einer technischen Gestaltung ist der Wille des Rechtsinhabers und wie der durchschnittliche Zugänglichmachende diese als Ausdruck von dessen Willen interpretiert. Grundsätzlich kommt jede technische Gestaltung als technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG infrage. Entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen bloßen Gestaltungen und technischen Beschränkungen ist die Auslegung des Willens des Rechtsinhabers. Auslegungsgegenstand ist die Wirkung der technischen Gestaltung und inwiefern diese mit den Bedingungen verknüpft ist. Es kommt dabei allein auf die Wirkung an, nicht jedoch auf ergänzende Hinweise. Es reicht grundsätzlich, dass die Darstellung, z. B. in zeitlicher Hinsicht, beschränkt wird. Das ergibt sich aus einem Vergleich zu § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG. Nach diesem sind technische Maßnahmen auch solche, die Nutzungen bloß beschränken und nicht nur verhindern. Da wirksame technische Maßnahmen an eine ungenehmigte Nutzung anknüpfen¹⁰⁶⁹ und die Genehmigung nur durch technische Beschränkungen eingegrenzt werden kann, müssen insoweit auch technische Beschränkungen möglich sein.

1068 Welche Maßstäbe für „durchschnittlich Zugänglichmachende“ gelten, hängt von der Art der Zugänglichmachung ab. So unterliegen beispielsweise Werblockerbetreiber höheren Anforderungen als Nutzer, die lediglich einen Link teilen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Zugänglichmachende dabei auch Prüfpflichten verletzen muss, vgl. 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

1069 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211).

Fraglich ist aber, wo man die Grenze zwischen einer bloßen technischen Gestaltung und einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG zieht. Wie oben gezeigt, gilt, dass Inhalte grundsätzlich in rechtlicher Hinsicht frei abrufbar sind, soweit sie nicht technisch gegen einen solchen geschützt sind. Die Nutzer sind grundsätzlich frei in der Ausführung und Darstellung der Webseite.¹⁰⁷⁰ Führt man diesen Ansatz konsequent zu Ende, bedeutete das, dass jedes Blockieren von Befehlen, selbst einzelner Zeilen Codes, erlaubt wäre. Prinzipiell haben die Webseitenbetreiber keinen Anspruch auf eine bestimmte Darstellung der Webseite. So wären lediglich aktive Manipulationen, z. B. das Einfügen von Codebestandteilen in den Ablauf, nicht mehr von der Einwilligung des Rechtsinhabers gedeckt.¹⁰⁷¹ Webseiten müssten also vermutlich deutlich komplexer programmiert werden.

Gegen diese scharfe Grenze spricht aber vor allem, dass so die Anforderungen an die Beschränkung der Einwilligung überdehnt würden und ein Schutz der Rechtsinhaber nur unter hohen Voraussetzungen gewährt würde. Das gilt besonders vor dem Hintergrund, dass die Rechtsprechung des *EuGH* in Bezug auf das Framing grundsätzlich von einer eher weit reichenden Erlaubnis ausgeht und eine Beschränkung prinzipiell leicht möglich sein muss. Gleichzeitig würden damit deutlich höhere Anforderungen an eine technische Beschränkung als im Rahmen der Wirksamkeit nach § 95a Abs. 2 UrhG gestellt. Deshalb ist der Maßstab deutlich abzusenken. Ansatzpunkt dafür ist, dass es sich bei der Beschränkung um eine Willensäußerung handelt und die Richtlinie, die insoweit maßgeblich ist, ein hohes Schutzniveau fordert.¹⁰⁷² Da eine Beschränkung nur technisch umgesetzt werden kann, muss sich ein entgegenstehender Wille des Rechtsinhabers vollständig aus der Wirkung der technischen Gestaltung ergeben. Das ist dann der Fall, wenn die Erfüllung der Bedingung technisch derart besichert ist, dass ein durchschnittlicher Adressat, der das Werk öffentlich zugänglich machen will, die Verknüpfung mit der Darstellung des Schutzgegenstands durch die technische Wirkung als eindeutig wahrnimmt. Auf bloße Äußerungen, selbst eindeutige, kommt es mangels technischer Wirkung nicht an.

Diese Auslegung steht mit der Gesetzessystematik im Einklang. So wird sie häufig zum gleichen Ergebnis wie § 95a UrhG führen. Das liegt bereits daran, dass bei öffentlichen Zugänglichmachungen im Internet eine

1070 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82) und II. 2. b) (S. 88).

1071 So zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.

1072 Erwägungsgrund 9 S. 1 InfoSoc-RL.

technische Beschränkung für eine nicht genehmigte Handlung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG und damit überhaupt für eine wirksame technische Schutzmaßnahme notwendige Voraussetzung ist. Darüber hinaus wird nur ein kleiner Bereich verbleiben, in dem der Zugänglichmachende eine technische Beschränkung zwar als den Willen des Rechtsinhabers versteht (§ 19a UrhG ist einschlägig) und ein Durchschnittsnutzer sie ohne Hilfsmittel¹⁰⁷³ umgehen kann (sodass der Schutz des § 95a UrhG mangels Wirksamkeit nicht greift). Denkbar ist das z. B. bei einer Metered Paywall,¹⁰⁷⁴ bei der nur eine bestimmte Anzahl an Inhalten kostenlos konsumiert werden kann. Ob ein Nutzer die Grenze erreicht hat, wird mithilfe von Cookies überprüft, sodass die Nutzer diese lediglich löschen müssen; je nach Einstellung löscht der Browser Cookies auch beim Beenden des Programms. Sind die Cookies gelöscht, haben die Nutzer wieder vollen Zugang und sind für die Metered Paywall „neu“ im Sinne von unbekannt. Aus Sicht eines die Webseite Zugänglichmachenden liegt eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vor, gesetzt, dass die Verknüpfung technisch eindeutig ist. Aus Sicht der abrufenden Nutzer, die lediglich die Cookies löschen müssen, kann man demgegenüber an einer ernsthaften Beschränkung zweifeln. Allerdings sind die Zugänglichmachenden als Adressaten maßgeblich, sodass deren Verständnis die erlaubte Nutzung im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG bestimmt und die Nutzer bei Umgehung grundsätzlich unerlaubt vervielfältigen (§ 16 UrhG). Eine Korrektur kann über das im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG zu beachtende subjektive Merkmal¹⁰⁷⁵ erfolgen. Denkbar ist auch, dass bei der Verwendung von im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG „unwirksamer“ technischer Beschränkungen und der Verfolgung von Verstößen der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs eingreift, auch zugunsten der Vertreiber umgehender Werbeblocker.

1073 Zur (Nicht)Berücksichtigung von Hilfsmitteln im Rahmen der Beurteilung der Wirksamkeit nach § 95a Abs. 2 UrhG, 4. Teil § 8 A. I. 2. b) aa) (S. 361).

1074 Ist eine Webpräsenz durch eine „Metered Paywall“ geschützt, bedeutet dies im Regelfall, dass grundsätzlich alle Artikel frei abrufbar sind, aber innerhalb eines bestimmten Zeitraums nur eine begrenzte Anzahl abgerufen werden kann. Möchte der Leser mehr statt der beispielsweise zehn Artikel pro Woche abrufen, muss ein kostenpflichtiges Abonnement abgeschlossen werden. Mangels anderer, zuverlässiger Identifikationstechnologien wird der Nutzer zumeist per Cookie wiedererkannt. Wird der Cookie gelöscht, wird der Nutzer von der Webseite nicht wiedererkannt und als neuer Nutzer wahrgenommen. Techniken wie das Device-Fingerprinting kommen aufgrund einer gewissen Fehlerquote (noch) nicht in Betracht, vgl. dazu oben, 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).

1075 Zu diesem sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).

(e) Ergebnis

Somit ist grundsätzlich auf den technisch zum Ausdruck kommenden Willen des Rechtsinhabers abzustellen, inwiefern dieser also aus Sicht des Durchschnittsnutzers eine öffentliche Zugänglichmachung beschränken wollte. Dazu ist erforderlich, dass der Zugänglichmachende die Verknüpfung zwischen Bedingungserfüllung und Darstellung des Schutzgegenstands durch die technische Wirkung als eindeutig wahrnimmt, mithin bei Nichterfüllung der Bedingung die Nutzung, im Regelfall Darstellung, verhindert oder beschränkt. Entscheidend ist allein der technisch geäußerte Wille. Ist der Wille insoweit nicht erkennbar, so liegt nur eine technische Gestaltung vor.

(2) Anwendung auf Werblockersperren

Anhand der dargestellten Grundsätze ist die Frage zu beantworten, ob Werblockersperren die Anforderungen an eine technische Beschränkung erfüllen, was im Falle der Umgehung zu einer Zugänglichmachung gegenüber einem neuen, vom Rechtsinhaber nicht intendierten Publikum führen würde. Werblockersperren müssen dazu technisch derart gesichert sein, dass eine eindeutige Verknüpfung zwischen der Darstellung der Webseite auf dem Bildschirm (bzw. vorgelagerten Vervielfältigungen) und der Erfüllung der Bedingung gegeben sind. Ist der Wille des Rechtsinhabers aus Sicht eines durchschnittlichen Zugänglichmachenden durch technisch wirkende Mittel entsprechend eindeutig geäußert worden, liegt eine technische Beschränkung vor. Jeder Verstoß gegen diesen Willen ist als Umgehung der technischen Beschränkung zu qualifizieren.

Demgemäß muss beispielsweise die Nichtanzeige von der Webseite verdeckenden Overlays als Umgehungshandlung eingeordnet werden. Die Nichtanzeige der Webseite ist die vom Rechtsinhaber vorgesehene technische Folge, sodass insoweit eine technische Beschränkung vorliegt. Es ist demgegenüber nicht ausreichend, dass die Inhalte lediglich gemeinsam ausgeliefert werden, denn es fehlt jeglicher Bedingungszusammenhang zwischen Auslieferung der Inhalte und Empfang der Werbung. Dabei handelt es sich um eine bloße technische Gestaltung, ein Durchschnittsadressat hat keine – technisch geäußerten – Anhaltspunkte für eine Beschränkung der Einwilligung in die öffentliche Zugänglichmachung.

Im Rahmen des § 95a UrhG wird jedoch an der Wirksamkeit bzw. der Frage, ob eine Umgehung vorliegt, in Bezug auf Werblockersper-

ren gezweifelt. Dabei kann man entweder auf der Ebene der Umgehung ansetzen und verneinen, dass die Schutzmaßnahme davon berührt wird oder – wie hier – bereits bei der Wirksamkeit der Schutzmaßnahme, da die Maßnahme in Bezug auf die konkrete Umgehungsmethode nicht wirksam ist. Die Einwände gegen das Vorliegen einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme (§ 95a UrhG) gelten grundsätzlich auch für technische Beschränkungen im Sinne des § 19a UrhG, deshalb soll bereits hier auf diese eingegangen werden. Denn verneint man z. B. im Rahmen des § 95a UrhG eine Umgehung einer technischen Schutzmaßnahme, kann man ebenso im Rahmen des § 19a UrhG bezweifeln,¹⁰⁷⁶ ob diese gegen die konkrete (Umgehungs-)Handlung schützt und insofern überhaupt eine technische Beschränkung vorliegt. So wird eingewandt, dass viele Umgehungen lediglich eine Variante des – erlaubten – Deaktivierens von JavaScript darstellten (a). Andere verneinen eine Täuschung des Prüfcodes (b) oder wollen Prüfcode und Reaktion getrennt betrachten (c).

(a) Vergleich mit dem Deaktivieren von JavaScript

Wird im Browser lediglich die Nutzung der Programmiersprache JavaScript, das im Regelfall für den Prüfprozess erforderlich ist, deaktiviert und ist die Webseite nun zugänglich, so liegt insoweit keine technische Beschränkung vor. Grund hierfür ist, dass die Nutzung von JavaScript nicht zur Bedingung der Darstellung der Webseite gemacht worden ist. Deshalb wird zumeist der No-Script-Tag implementiert. Dabei handelt es sich um ein Stück Code, welcher im Falle der deaktivierten JavaScript-Funktionalität eine eigene Reaktion vorsieht, im Regelfall eine Sperre der Webseite mit dem Hinweis, JavaScript zu aktivieren. Dann liegt aufgrund der eindeutigen technischen Reaktion eine technische Beschränkung vor.

Im Rahmen des § 95a UrhG verneinen *Kiersch* und *Kassel* bezüglich verschiedener Methoden eine Umgehung von wirksamen Schutzmaßnahmen¹⁰⁷⁷ und begründen das mit einem Vergleich zum Deaktivieren von

1076 Dem kann man zwar – zu Recht – entgegen, dass eine wirksame technische Schutzmaßnahme (§ 95a Abs. 2 UrhG) bereits die Verhinderung einer Nutzung voraussetzt, die wiederum nur durch eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG umgesetzt werden kann, allerdings wird insofern fast nie differenziert.

1077 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.

JavaScript.¹⁰⁷⁸ Danach sei jedes – selbst gezieltes¹⁰⁷⁹ – Nichtausführen von Teilen des Codes, der zur Sperrung dient, dem Abschalten von JavaScript gleichzustellen und damit liege keine Umgehung vor. Konsequentermaßen sei das für die Täuschung der Erkennung an, auch hier liege im Ergebnis die Nichtausführung von Code vor.¹⁰⁸⁰ Dem ist jedoch auf der Ebene des § 19a UrhG zu entgegen, dass für das Vorliegen einer technischen Beschränkung der Wille des Rechtsinhabers entscheidend ist. Hierfür reicht bereits eine (technisch) eindeutige Verknüpfung zwischen der Darstellung der Webseite mit der Erfüllung der Bedingung, hier dem Werbeeintrag. Der Wille des Rechtsinhabers bestünde folglich darin, dass die Inhalte ohne Erfüllung der Bedingung nicht dargestellt werden sollen. Eine andere Auslegung überspannt die Anforderungen an eine Willensäußerung des Rechtsinhabers.¹⁰⁸¹ Dass das Nichtausführen bestimmter Zeilen dem Abschalten von JavaScript technisch gesehen ähnlich ist, ändert daran nichts: Die technische Reaktion als Ausdruck des Willens des Rechtsinhabers ist eindeutig.

(b) Keine Täuschung des Prüfcodes

Zumeist wird nicht der Code unterdrückt, sondern schlicht der Prüfcode „getauscht“.¹⁰⁸² Das funktioniert derart, dass der Werbeblocker die ihm angebotene Testwerbung lädt und darstellt,¹⁰⁸³ woraufhin die Seite den Eindruck bekommt, dass kein Werbeblocker verwendet wird und die Seite zugänglich macht. Hiergegen könnte man einwenden, dass keine Täuschung stattfindet. Denn die Webseite überprüft technisch lediglich die Auslieferung des Werbeköders und damit nicht die tatsächliche

1078 Vgl. zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245, die grundsätzlich das Nichtausführen von Code nicht als Umgehung werten, hierzu ablehnend oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (2) (a), (b) (S. 218).

1079 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.

1080 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 246.

1081 Dazu gerade eben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (d) (S. 214).

1082 Zu § 95a UrhG *Nink* CR 2017, 103, 105; vgl. auch *Bechtolf/Vogt* K&R 2016, 445, 446.

1083 Diese meldet, ob eine Anzeige der Werbung stattfindet, und schließt daraus, ob ein Werbeblocker installiert ist; eine Überprüfung dieses Ergebnisses im Aufbauvorgang erfolgt im Regelfall nicht; zur technischen Funktionsweise siehe oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

Verwendung eines Werbeblockers.¹⁰⁸⁴ Allerdings kann die Sperre auch nicht auf weitere Informationen prüfen, da es keine Schnittstelle gibt, mit der sich Werbeblocker zu erkennen geben bzw. erkannt werden können, sodass die Erkennung – vorbehaltlich weiteren technischen Fortschritts – an der Wirkung des Werbeblockers ansetzen muss. Die Willensäußerung ist insoweit technisch eindeutig, da dem Webseitenbetreiber ein anderes Verhalten, z. B. ein Abgleich mit den tatsächlich ausgespielten Werbeanzeigen, nicht zumutbar ist. Andernfalls würde man die Anforderungen an eine technische Beschränkung wider die Richtlinie überspannen, da als Ausgleich zur weitreichenden Einwilligung¹⁰⁸⁵ die Einschränkung dieser leicht implementierbar sein muss.

(c) Trennung von Prüfung und Reaktion

Teilweise wird auch aufgrund der „Zweiteilung“ des Prüfvorgangs eine Umgehung verneint: Prüfung und Reaktion seien getrennt zu betrachten.¹⁰⁸⁶ Diese bilden allerdings eine Einheit: Ohne Prüfung kann nicht reagiert werden.¹⁰⁸⁷ Sämtliche Zugangskontrollsysteme basieren auf dem gleichen Ablauf. Zuerst die Prüfung der Berechtigung, hier durch Empfang der Testwerbung, und anschließend die Freigabe der Benutzung. Eine andere Auslegung des Willens des Rechtsinhabers verbietet sich.

(d) Zugang zum Quelltext

In Fällen, in denen die Sperre erst nach Laden der Artikeltexte eingreift, könnte man daran denken, dass diese keine technische Beschränkung dar-

1084 Vgl. zu § 95a UrhG *Mitsdörfer/Gutfleisch* MMR 2009, 731, 735: Beim „Geoblocking“ (Blockade basierend auf der IP-Adresse, die jedoch per VPN umgangen werden kann, dazu 4. Teil § 8 A. I. 2. b) aa) (S. 361)) verneinen sie eine Umgehung mit dem Argument, dass nur auf die IP-Adresse geprüft werde, an die die Inhalte zuerst geschickt werden, was bei der Verwendung eines VPN durch die Umleitung der Inhalte auch tatsächlich geschehe und damit keine Umgehung vorliege.

1085 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

1086 Siehe den Beklagtenvortrag in *LG Hamburg* BeckRS 2016, 127854, Rn. 18 – *Tobis Tricks* zu § 95a UrhG.

1087 Zu § 95a UrhG *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 246.

stellt, weil die Nutzer sich mithilfe des Browsers¹⁰⁸⁸ den Quelltext der Seite anzeigen lassen können, der (u. a.) die Artikeltexte in unformatierter Form¹⁰⁸⁹ enthält. Insoweit sind die Artikeltexte zugänglich und damit nicht nach dem Willen des Rechtsinhabers in der Nutzung beschränkt. Allerdings ist nach dem Willen des Rechtsinhabers eine Umgehung dieser Schranke – lediglich Anzeige des Quelltexts möglich – nicht erlaubt, indem z. B. mithilfe eines Add-ons sofort der formatierte Artikel angezeigt wird. Der Webseitenbetreiber möchte nicht, dass der Artikel ohne Abruf der Werbung in formatierter Form dargestellt wird und bringt dies technisch durch die Verhinderung des Aufbaus zum Ausdruck. Damit liegt eine technische Beschränkung vor.

(3) Ergebnis

Dementsprechend wird im Regelfall bei einer Werbeblockersperre eine technische Beschränkung auf Nutzer ohne Werbeblocker gegeben sein, so dass allein diese Nutzer das vom Rechtsinhaber intendierte Publikum darstellen. Durch den Vertrieb des umgehenden Werbeblockers wird nun ein neues, vom Rechtsinhaber bei der ursprünglichen Zugänglichmachung nicht intendiertes Publikum erreicht, nämlich Nutzer mit Werbeblocker. Der technisch zum Ausdruck gebrachte Wille des Rechtsinhabers ist insoweit eindeutig. Es liegt also grundsätzlich – vorbehaltlich der Verletzung einer Prüfpflicht – eine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG durch den Vertrieb umgehender Werbeblocker vor.

cc) Verletzung von Prüfpflichten

Dass das Werk einem neuen Publikum zugänglich gemacht wird, reicht für die Annahme einer öffentlichen Zugänglichmachung nicht aus.¹⁰⁹⁰ Der *EuGH* schränkt seit dem Urteil *GS Media* die bei einem Verlinken stets drohende Gefahr einer Urheberrechtsverletzung dahingehend ein,¹⁰⁹¹ dass

1088 Z. B. durch Drücken der Tastenkombination „Strg“ und „u“.

1089 Allerdings stören die HTML-Tags zur Formatierung den Lesefluss, z. B. lässt „Überschrift“ den Text innerhalb der Tags () im Browser als fett gedruckt erscheinen.

1090 HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 15 Rn. 77.

1091 Vgl. auch die Zusammenfassung in *EuGH* MMR 2017, 460, 463 Rn. 49 – *Filmspeler*.

der Betreffende „wusste oder hätte wissen müssen“, dass er geschützte Inhalte ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zugänglich macht.¹⁰⁹² Dabei reicht die allgemeine Kenntnis von der fehlenden Erlaubnis aus, sie muss sich nicht auf jedes einzelne Werk beziehen.¹⁰⁹³

Diese Einschränkung, die letztlich auf der Meinungsfreiheit, der Informationsfreiheit und einer Interessenabwägung der Beteiligten beruht,¹⁰⁹⁴ konkretisiert der *EuGH* mit Vermutungen:¹⁰⁹⁵ Grundsätzlich müsse der Rechtsinhaber die Kenntnis oder das Kennenmüssen beweisen, wobei er die Bösgläubigkeit auch durch einen Hinweis an den Zugänglichmachenden begründen könne.¹⁰⁹⁶ Bei einer Gewinnerzielungsabsicht werde die Kenntnis hingegen widerleglich vermutet,¹⁰⁹⁷ da von solchen Nutzern die „erforderlichen Nachprüfungen“ erwartet werden könnten.¹⁰⁹⁸ Das Umgehen von beschränkenden Maßnahmen steht Fällen gleich, in denen der Zugänglichmachende die Kenntnis erwiesenermaßen besitzt, da es sich dann um einen „bewussten Eingriff“ handle.¹⁰⁹⁹

Das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis (bzw. des Kennenmüssens) wurde vom *BGH* im Urteil *Vorschaubilder III* so ausgelegt, dass mit Blick u. a. auf die Funktionsfähigkeit des Internets¹¹⁰⁰ die Vermutung der Kenntnis beim automatisierten Setzen von Links mit Gewinnerzielungsabsicht nicht greifen könne, da nach einer erforderlichen individuellen Beurteilung¹¹⁰¹ dies auf eine allgemeine und damit für Suchmaschinenanbieter unangemessene Prüfpflicht hinauslaufen würde.¹¹⁰² Gleichzeitig fällt auf,¹¹⁰³ dass der *BGH* zumindest Erwägungen aus seiner Rechtsprechung zur Störerhaftung im Rahmen der Pflichtenabwägung übernimmt.¹¹⁰⁴ Diesen Überlegungen folgt die Literatur im Grundsatz¹¹⁰⁵ und sieht das Merkmal der

1092 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49 – *GS Media*.

1093 Vgl. *EuGH* GRUR 2017, 790, 792 Rn. 38 – *ThePirateBay*.

1094 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 44 ff. – *GS Media*.

1095 Ablehnend Wandtke/Bullinger/Heerma, UrhG § 15 Rn. 32: „bizarre“ Beweislastverteilung.

1096 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49 – *GS Media*.

1097 Kritisch hierzu Specht ZUM 2017, 582, 586.

1098 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 51 – *GS Media*.

1099 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 50 – *GS Media*.

1100 *BGH* GRUR 2018, 178, 184 Rn. 55 f. – *Vorschaubilder III*.

1101 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 60 – *Vorschaubilder III*.

1102 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 61 f. – *Vorschaubilder III*.

1103 Hierauf weist J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 531 zu Recht hin.

1104 Vgl. *BGH* GRUR 2018, 178, 186 Rn. 69 f. – *Vorschaubilder III*.

1105 Leistner ZUM 2018, 286; J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 532; kritisch Walter MR-Int 2017, 40.

Öffentlichkeit als Einfallstor für Verkehrspflichten vergleichbar der Störerhaftung¹¹⁰⁶ an,¹¹⁰⁷ und verweist dazu auf Zitate des *EuGH* wie „hätte wissen müssen“¹¹⁰⁸ oder „erforderliche Nachprüfungen“¹¹⁰⁹.

Diesem Verständnis als Pflichtenabwägung ist zuzustimmen: Der Terminus „hätte wissen müssen“¹¹¹⁰ deutet auf eine (verletzte) Pflicht hin. Dementsprechend bietet der *EuGH* den nationalen Gerichten bereits eine grobe Richtschnur, um diese Pflichten zu bestimmen, inklusive Vermutungen bzw. Beweislastregeln.¹¹¹¹ Gleichzeitig betont er die erforderliche individuelle Beurteilung und öffnet so einen Spielraum für die jeweiligen Gerichte, einzelfallorientiert zu entscheiden.¹¹¹²

Zuerst werden abstrakt die Punkte genannt, die für die Bestimmung der Pflichten von der Rechtsprechung bisher als relevant erachtet worden sind. Hierauf basierend werden die für umgehende Werbeflocker relevanten Pflichten dargestellt und vor allem überprüft, ob die *EuGH*-Rechtsprechung insoweit passend ist, als dass pauschal aus der Umgehung von Schutzmaßnahmen direkt auf eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit geschlossen werden kann. Mangels umfassender Rechtsprechung des *EuGH* werden auch Urteile zur deutschen Störerhaftung herangezogen, da diese ebenfalls Anhaltspunkte für die jeweiligen Pflichten liefern.

(1) Anhaltspunkte für die erforderliche Abwägung zur Bestimmung der Pflichten

Der *EuGH* nennt neben den oben dargestellten Vermutungen nur grobe Anhaltspunkte, wie die Berücksichtigung der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit und die Bedeutung der Tätigkeit für das Funktionieren des Mediums.¹¹¹³ Darauf basierend hat der *BGH* im Urteil *Vorschau-*

1106 Vgl. die Kurzdarstellung bei J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 530 f.

1107 Leistner ZUM 2018, 286, 288; J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 530; vgl. auch Hofmann ZUM 2017, 750, 752 (sieht Ähnlichkeiten); Ohly ZUM 2017, 793, 800.

1108 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49 – *GS Media*.

1109 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 51 – *GS Media*.

1110 Englische Fassung: „ought to have known“.

1111 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 f. Rn. 46 ff. – *GS Media*.

1112 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*: „zum Zweck der individuellen Beurteilung [...]“; vgl. auch *BGH* GRUR 2018, 178, 185 Rn. 59 f. – *Vorschaubilder III*: Hier weicht der *BGH* von der Vermutung des *EuGH* ab.

1113 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 45 – *GS Media*.

bilder III entschieden, dass eine allgemeine Prüfpflicht von Suchmaschinen „unangemessen“ sei und das erwünschte Geschäftsmodell de facto unmöglich mache, was aber mit der von der InfoSoc-Richtlinie beabsichtigten Entwicklung der Informationsgesellschaft nicht vereinbar sei.¹¹¹⁴ Dabei hat sich der BGH über die Vermutung des EuGH zugunsten einer Kenntnis bei Gewinnerzielungsabsicht – die nicht auf den konkreten Link bezogen sein muss¹¹¹⁵ – hinweggesetzt und dies mit der erforderlichen Einzelfallbetrachtung begründet.¹¹¹⁶ Der BGH hat zu Suchmaschinen im Rahmen der öffentlichen Zugänglichmachung erwogen, ob nach Kenntnis auch Maßnahmen ergriffen werden müssen, die weitere Verletzungen zumindest erschweren.¹¹¹⁷

Im Kontext der Störerhaftung kommt es für die Bestimmung der Prüfpflichten darauf an, inwiefern dem Handelnden diese nach den jeweiligen Umständen zumutbar sind.¹¹¹⁸ Grundsätzlich setzt die Annahme einer Störerhaftung eine umfassende Interessenabwägung und eine wertende Risikozuweisung voraus.¹¹¹⁹ Dabei ist klar, dass nur das verlangt werden kann, was rechtlich und tatsächlich möglich ist.¹¹²⁰ Die Prüfpflichten werden allgemein erhöht, wenn das Geschäftsmodell „tendenziös“ ist, z. B. Rechtsverletzungen herausgefordert, ausgenutzt oder die Gefahr einer solchen Nutzung gefördert wird¹¹²¹ oder der Handelnde von den Rechtsverletzungen, z. B. durch Provision, profitiert.¹¹²² Von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligte Geschäftsmodelle werden hingegen nicht gefährdet oder unverhältnismäßig belastet.¹¹²³ Die Unterlassungshaftung erfasst dabei auch die Pflicht, zukünftige ähnliche Rechtsverstöße zu verhindern.¹¹²⁴

1114 Vgl. BGH GRUR 2018, 178, 185 Rn. 62 – *Vorschaubilder III*.

1115 BGH GRUR 2018, 178, 185 Rn. 59 – *Vorschaubilder III*; dagegen wohl HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 15 Rn. 86.

1116 BGH GRUR 2018, 178, 185 Rn. 60 – *Vorschaubilder III*.

1117 Vgl. BGH GRUR 2018, 178, 186 Rn. 69 – *Vorschaubilder III*.

1118 BGH GRUR 2016, 268, 270 Rn. 21 – *Störerhaftung des Access-Providers* m. w. N.

1119 J. B. Nordemann GRUR Int. 2018, 526, 530.

1120 Dreier/Schulze/Specht, UrhG § 97 UrhG Rn. 28 m. w. N.

1121 Vgl. BGH GRUR 2013, 1030, 1032 Rn. 31 – *File-Hosting-Dienst*.

1122 BGH GRUR 2004, 860, 864 – *Internet-Versteigerung I*.

1123 Dreier/Schulze/Specht, UrhG; vgl. auch BGH GRUR 2004, 860, 864 – *Internet-Versteigerung I*.

1124 Vgl. zum Markenrecht BGH GRUR 2011, 1038, 1040 Rn. 21 – *Stiftparfüm*.

Allerdings ist für diese Übertragung zu beachten, dass eine Störerhaftung lediglich zu Unterlassungsansprüchen führt und nicht¹¹²⁵ – wie eine Pflichtverletzung im Rahmen des § 19a UrhG (bzw. Art. 3 Abs. 2, 1 Info-Soc-RL) – zu Schadensersatzansprüchen.

(2) Pflichten bei umgehenden Werbeblockern

Bei den hier besprochenen Werbeblockern handelt es sich um solche, die mit Gewinnerzielungsabsicht handeln, sodass grundsätzlich die Pflicht besteht, zu prüfen, ob sie eine Webseite öffentlich, also einem neuen Publikum gegenüber, zugänglich machen. So ist bei Code, der auf bestimmten Webseiten eine Erkennung oder sich daran anschließende Maßnahmen umgeht, stets eine Prüfpflicht des Werbeblockerbetreibers – und damit eine Pflichtverletzung im Falle einer technischen Beschränkung – zu bejahen.¹¹²⁶

Wirkt sich der Code nur auf einzelne, bestimmte Webseiten aus, ist die Reichweite der Prüfpflicht überschaubar. Anders liegt das hingegen bei Code, der allgemein Erkennungen anhand bestimmter Merkmale umgeht, unabhängig von den an diese anknüpfenden Folgen. Solche können z. B. das Ausspielen besonderer Werbung, das Anzeigen von Aufforderungen zum Abschalten des Werbeblockers oder eben eine Sperre des Nutzers sein. In den beiden ersten Fällen ist das Umgehen dieser Erkennungen als rechtmäßig einzustufen,¹¹²⁷ nicht jedoch, wenn an diese Erkennungen eine Sperre anknüpft. Einer solchen Dual-Use-Problematik kann man allerdings nur schwer mit dem *EuGH* gerecht werden: Nach diesem ist bei der Umgehung einer beschränkenden Maßnahme stets von einer Kenntnis auszugehen, da ein „bewusster Eingriff“ vorliege. Allerdings führt das Umgehen einer solchen, verschieden eingesetzten Erkennung nicht immer zu einem Eingriff, sodass diese Handlung nicht per se „bewusst“ im Sinne von dem Umgehenden bekannt sein wird. Stattdessen erscheint aufgrund

1125 Vgl. nur *BGH GRUR* 2010, 633, 634 Rn. 17 – *Störerhaftung des WLAN-Betreibers*.

1126 Eine Pflichtverletzung und damit öffentliche Zugänglichmachung könnte jedoch verneint werden, wenn die Webseite die Reaktion auf die umgangene Erkennung kurz nach Überprüfung durch den Werbeblockerbetreiber ändert und die Umgehung weiterhin funktioniert, vgl. im Rahmen des Verlinkens *EuGH GRUR* 2016, 1152, 1154 Rn. 46 – *GS Media*.

1127 Erkennungen mit dem Ziel des Ausspielens umgehender Werbung, dazu 4. Teil § 9 C. (S. 396), oder von Hinweisen (4. Teil § 10 (S. 398)).

der gebotenen Einzelfallbetrachtung eine Abweichung von dieser strengen Linie erforderlich.

Im Zusammenhang mit wirksamen technischen Schutzmaßnahmen werden Fälle des Dual Use von § 95a Abs. 3 Nr. 2, 3 UrhG geregelt. Nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG liegt eine verbotene Vorrichtung vor, wenn diese abgesehen von der Umgehung nur einen begrenzten Zweck oder Nutzen hat oder nach Nummer 3 hauptsächlich entworfen, hergestellt, angepasst oder im Falle von Dienstleistungen erbracht wird, um die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Zugleich statuiert Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL, dass keine Pflicht zum Entwurf technischer Vorrichtungen bestehe, die technischen Maßnahmen entsprechen und S. 3, dass die Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Das führt dazu, dass Umgehungsvorrichtungen, die nicht unter § 95a Abs. 3 Nr. 2, 3 UrhG fallen, grundsätzlich (vorbehaltlich § 95a Abs. 3 Nr. 1 UrhG)¹¹²⁸ nicht verboten werden können und damit auch nicht angepasst werden müssen.¹¹²⁹ Das spricht grundsätzlich gegen eine Übertragung dieses Maßstabs auf § 19a UrhG, da, anders als bei § 95a UrhG, das Urheberrecht unmittelbar geschützt wird. Gleichzeitig ist aber anzuerkennen, dass der Richtlinienggeber in Kauf genommen hat, dass Mittel legal verbreitet werden dürfen, die auch zu einer Umgehung des Schutzes und damit zwangsläufig zu Urheberrechtsverletzungen genutzt werden können. Zwischen diesen beiden Polen ist deshalb ein Ausgleich zu schaffen.

Sinnvoll erscheint, dass man die Erwägungen zu technischen Schutzmaßnahmen – grundsätzlich keine Pflicht zur Anpassung – als Ausgangspunkt für die Pflichtenbestimmung im Rahmen des § 19a UrhG nimmt. Damit besteht grundsätzlich keine Prüfungspflicht, sofern der die Umgehung bewirkende Code entsprechend § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG nicht hauptsächlich der Umgehung von technischen Beschränkungen dient. Kann der insoweit beweiselastete¹¹³⁰ Webseitenbetreiber jedoch den Nachweis führen, dass der Code hauptsächlich der Umgehung von technischen Beschränkungen dient, so kann sich der Werbeblockerbetreiber nicht auf den Gedanken des § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG berufen. Greift diese Privilegierung des Dual Use nicht zugunsten des Werbeblockerbetreibers ein, so

1128 Vgl. Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL.

1129 Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL spricht zwar nur von „entwerfen“, geht dabei aber von existierenden Schutzmaßnahmen aus, sodass ebenso das nachträgliche Anpassen umfasst sein muss.

1130 Für § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 84.

haftet er nach den allgemeinen Regeln des *EuGH*, was insbesondere eine Vermutung der Kenntnis für alle von diesem Code öffentlich zugänglich gemachten Webseiten bedeutet. Das hat zur Folge, dass der Werblockerbetreiber, allein um eine Haftung zu vermeiden, zumindest reichweitenstarke Webseiten darauf testen wird, ob eine technische Beschränkung mit dem Code umgangen wird. Nur dann kann er sich sicher sein, dass die Privilegierung des Dual Use zu seinen Gunsten eingreift. Gleichzeitig muss der Werblockerbetreiber, sobald er – sei es durch Mitteilung oder eben eigene Prüfung – Kenntnis davon erlangt, dass er eine Webseite (einem neuen Publikum ohne Werblocker) öffentlich zugänglich macht, von der Umgehung ausnehmen und den Code mit einer schlichten Rückausnahme anpassen.

Stammt der Code von Dritten, wie im Falle der weitverbreiteten *Easylist*,¹¹³¹ besteht stets eine Prüfungspflicht, ob eine Sperre umgangen wird. Der Werblockerbetreiber nimmt eine gefahrgeneigte Tätigkeit vor, wenn er unbekannten Code übernimmt, der Erkennungen umgeht, die nicht auf eine bestimmte Webseite beschränkt sind, da unklar ist, welche Folgen der Webseitenbetreiber an die Erkennung knüpft. Gleichzeitig profitiert der Werblockerbetreiber von einer Umgehung der Sperren und der Auslagerung des Aktualisierungsaufwands. So ist anzunehmen, dass Nutzer einen entsprechenden Werblocker wünschen, der jede Webseite ohne Werbung nutzbar macht.

Bestehen weder Kenntnis noch Kennenmüssen, kann der Webseitenbetreiber den Werblockerbetreiber aber jederzeit durch Mitteilung in Kenntnis setzen und so zu einer unverzüglichen Anpassung des Codes durch eine Rückausnahme zwingen.

e) Auswirkungen der DSM-Richtlinie

Die EU hat Anfang 2019 eine neue Richtlinie zum Urheberrecht beschlossen, welche mit Art. 17 DSM-RL¹¹³² eine Haftungsverschärfung für Plattformbetreiber bereithält. Diese erfasst Dienste, die das Teilen von Inhalten ermöglichen und Dritten Zugang zu den von Nutzern hochgeladenen

1131 Dazu oben, 1. Teil § 1 B. IV. 3. (S. 50).

1132 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 95/9/EG und 2001/29/EG, ABl. EU L 130 vom 17.05.2019, S. 92.

Inhalten anbieten, Art. 17 Abs. 1 S. 1 DSM-RL. Hiervon sind aber nicht umgehende Werbeblocker betroffen. Sie machen zwar Inhalte zugänglich, die jedoch nicht von Nutzern hochgeladen worden sind. Auch für den Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) ändert sich nichts, da dieser nach Erwägungsgrund 64 S. 3 und Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1¹¹³³ DSM-RL unabhängig von Art. 3 Abs. 1, 2 InfoSoc-RL gesehen werden soll.

f) Ergebnis

Damit begründet der Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers im Regelfall eine täterschaftliche Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG). Das folgt daraus, dass umgehende Werbeblocker dadurch, dass sie Webseiten ohne Werbung entgegen der technischen Möglichkeiten eines Durchschnittsnutzers abrufbar machen und so eine Handlung der Zugänglichmachung vornehmen. Die dafür erforderliche aktive Rolle folgt daraus, dass der Werbeblockerbetreiber die Kontrolle darüber hat, ob der zur Umgehung erforderliche Code in seinem Produkt Verwendung findet, was auch für die Einbindung von Listen gilt.

Diese Handlung der Zugänglichmachung ist öffentlich im Sinne des § 19a UrhG, da sie sich an alle Internetnutzer mit kompatiblen Geräten richtet. Gleichzeitig wird ein neues Publikum angesprochen, sofern der Webseitenbetreiber eine technische Beschränkung vorgesehen hat. Im Regelfall wird eine solche vorliegen, da hierzu der Webseitenbetreiber lediglich Zugangsbedingung und Abruf der Webseite in technischer Hinsicht eindeutig miteinander verknüpfen muss. Eröffnet der Webseitenbetreiber nun einem neuen Publikum – den Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker – den Zugang, so ist die Wertung des § 95a UrhG i. V. m. Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL zu beachten. So kann sich grundsätzlich der Werbeblockerbetreiber auf die Privilegierung des Dual Use berufen und haftet erst dann, wenn er nach Kenntniserlangung nicht die Zugänglichmachung unterbunden hat. Allerdings wird er aber den Code aus eigenem Interesse vorher prüfen, da er sich nur so sicher sein kann, dass der Code insoweit unter die Privilegierung fällt, da andernfalls seine Kenntnis nach allgemeinen Grundsätzen vermutet wird. Code von Dritten ist stets zu prüfen, da unklar ist, ob dieser technische Beschränkungen umgeht.

¹¹³³ Vgl. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL: „[...] für die Zwecke dieser Richtlinie [...]“.

Damit kommen neben dem Unterlassungsanspruch gem. § 97 Abs. 1 S. 1 Var. 2 UrhG i. V. m. § 19a UrhG auch Schadensersatzansprüche (§ 97 Abs. 2 S. 1 UrhG) in Betracht. Daneben wird insbesondere ein Beseitigungsanspruch infrage kommen, was im Regelfall durch ein entsprechendes Update der Listen bzw. des Programms in Gestalt einer Rückausnahme erfolgen wird.

3. Vervielfältigungsrecht

Ansprüche wegen Verletzungen des Vervielfältigungsrechts (§ 16 UrhG) an der Webseite bzw. den dort dargestellten Schutzgegenständen kommen nur gegen die Nutzer als den Abrufenden in Betracht. Gegenüber den Werblockerbetreibern scheiden auch unter dem Aspekt der Teilnahme an Handlungen der Nutzer Ansprüche aus, da Vervielfältigungen aus der Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung resultieren und über dieses abgedeckt sind.¹¹³⁴

Das ansonsten bei Vervielfältigungen unter Verletzung des Urheberrechts bestehende Problem der faktisch nicht gegebenen Verfolgbarkeit¹¹³⁵ besteht hier nicht, da die Nutzer während des Abrufvorgangs ihre IP-Adresse – technisch notwendig – mitteilen. Das ermöglicht prinzipiell eine Verfolgung der jeweiligen Nutzer.¹¹³⁶

a) Vervielfältigung

Beim Abruf einer Webseite fertigt der Nutzer mehrere Vervielfältigungen dieser (bzw. ihrer Teile) an. Neben diversen vorhergehenden Speicherungen (im Regelfall u. a. Festplatte, Arbeitsspeicher und Prozessorcache) wird die aufgebaute Webseite im Speicher der Grafikkarte und auf dem Bildschirm vervielfältigt.¹¹³⁷ Das entspricht grundsätzlich auch den Vervielfältigungen beim Streamen von Videos. Da das Streaming wirtschaftlich große Schäden verursacht, konzentriert sich die Literatur vor allem

1134 Vgl. Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 19a Rn. 38.

1135 Vgl. nur Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 44a Rn. 28: beträchtlich hoher Aufwand; Hilgert/Bünnigmann jM 2018, 15, 17; Specht ZUM 2017, 582, 586.

1136 Zur Ermittlung des Klarnamens mittels IP-Adresse, 2. Teil § 4 C. II. 1. (S. 160).

1137 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. a) (S. 67).

auf dieses,¹¹³⁸ allerdings sind die urheberrechtlichen und insoweit relevanten technischen Gegebenheiten – ephemere Vervielfältigungen, die nur dem einmaligen Konsum dienen – in beiden Fällen gleich.¹¹³⁹ Dementsprechend können Ausführungen zum Streaming problemlos auf den Abruf von Webseiten übertragen werden. Hier soll sich auf die Vervielfältigung auf dem Bildschirm konzentriert werden. Denn die vorhergehenden Vervielfältigungen sind (je nach Schutzgegenstand) entweder durch eine Einwilligung gerechtfertigt oder ohnehin als technisch notwendige Vervielfältigungen aufgrund einer rechtmäßigen öffentlichen Zugänglichmachung durch § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt.¹¹⁴⁰

Die Vervielfältigung auf dem Bildschirm hingegen ist – unabhängig vom Modell der Sperre – nie vom Rechtsinhaber erlaubt.¹¹⁴¹ Diesbezüglich ist der Wille des Webseitenbetreibers eindeutig darauf gerichtet, dass eine Zugänglichmachung – und damit auch Vervielfältigung – unterbleibt.

b) Schranke des § 44a UrhG

Beim Abruf von Webseiten unter Umgehung einer Werblockersperre mit einem Werblocker kommt aus Nutzersicht die Schranke des § 44a Nr. 2 UrhG in Betracht, der quasi wortgleich Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL umsetzt. Allerdings gibt es zwei Probleme: Zuerst setzt § 44a Nr. 2 UrhG eine rechtmäßige Nutzung voraus, wobei grundsätzlich umstritten ist, ob der Abruf von Inhalten, die ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden sind, hiervon umfasst ist. Weiterhin spricht gegen ein Eingreifen dieser Schranke nach teilweise vertretener Meinung das Verhältnis zu § 95a UrhG (bzw. Art. 6 InfoSoc-RL): Bei Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme seien aufgrund von § 95b Abs. 1 UrhG (bzw. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 InfoSoc-RL) die Schranken per se gesperrt.¹¹⁴²

Dieses Verhältnis bedarf allerdings nach hier vertretener Ansicht einer Überprüfung und Neubestimmung. Der Grund hierfür erschließt sich

1138 Vgl. nur die Überschrift bei Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 44a Rn. 23 ff.

1139 Busch GRUR 2011, 496, 502; Stolz MMR 2013, 353, 356.

1140 Dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82) bzw. 4. (S. 84).

1141 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (2) (S. 217).

1142 Dazu sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) bb) (S. 250).

jedoch erst nach einer Analyse des § 44a Nr. 2 UrhG (bzw. Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL) und dessen Anwendung auf Vervielfältigungen aus rechtswidrigen Quellen, sodass zuerst – ungeachtet des (etwaigen) Vorliegens einer technischen Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG¹¹⁴³ – eine Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG überprüft werden soll (aa). Daran schließen sich die Anwendung auf umgehende Werbeblocker (bb) und die Neubestimmung des Verhältnisses zu § 95a UrhG (cc) an.

aa) Anwendung auf rechtswidrig zugänglich gemachte Quellen

Nach § 44a Nr. 2 UrhG sind flüchtige und begleitende Vervielfältigungshandlungen zulässig, die einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens darstellen und deren alleiniger Zweck es ist, eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands zu ermöglichen und keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben. Neben diesen Voraussetzungen muss die Nutzung den in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL vorgesehenen Dreistufentest bestehen. Zwar wurde dieser im deutschen Recht nicht kodifiziert,¹¹⁴⁴ er ist jedoch im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung heranzuziehen.¹¹⁴⁵

Wie aus Erwägungsgrund 33 InfoSoc-RL hervorgeht, zielt die Regelung vor allem auf das Browsing oder das Streaming ab, Nutzungen also, bei denen keine dauerhafte Speicherung erfolgt und die dem Konsum dienen.¹¹⁴⁶ Da der Vervielfältigungsbegriff kürzeste Zwischenspeicherungen erfasst¹¹⁴⁷ und diese im digitalen Bereich technisch notwendig sind, bedarf es der Schranke des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL (bzw. § 44a Nr. 2 UrhG).¹¹⁴⁸

1143 Ausführlich 4. Teil § 8 A. I. 2. (S. 354).

1144 RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 15.

1145 *LG München I* MMR 2015, 660, 667; HK-UrhR/Dreyer, UrhG Vorbem § § 44a-53 Rn. 64; vgl. auch Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 44a Rn. 25; Wandtke/Bullinger/v. Welser, UrhG § 44a Rn. 22; siehe auch RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 15: Beachtung des Drei-Stufen-Tests bereits durch das Gesetz gewährleistet.

1146 Vgl. Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 44a Rn. 2.

1147 Z. B. die Anzeige eines Werkes auf einem Bildschirm, dazu oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. a) (S. 67).

1148 Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 44a Rn. 13; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, UrhG § 44a Rn. 1.

Dass die Vervielfältigungen im Rahmen des Browsings flüchtig oder begleitend und technisch notwendig sind und keinem anderen Zweck als dem Betrachten der Webseite dienen,¹¹⁴⁹ kann hier als gegeben vorausgesetzt werden. Auch eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung, die über die Nutzung selbst hinausgeht, kann diesen technisch notwendigen Vervielfältigungen nicht zugeordnet werden.¹¹⁵⁰

Entscheidendes Kriterium ist damit die Rechtmäßigkeit der Nutzung als Ziel der Vervielfältigungen. Rechtmäßig ist gem. Erwägungsgrund 33 InfoSoc-RL jede Nutzung, die entweder vom Rechtsinhaber zugelassen oder durch das Gesetz nicht beschränkt worden ist. Bei Webseiten, die für die Nutzung mit aktiviertem Werbeblocker gesperrt sind, ist in jedem Fall die Anzeige auf dem Bildschirm durch den Rechtsinhaber nicht zugelassen. Unabhängig vom Sperrverfahren wird die Anzeige auf dem Bildschirm derart verhindert, dass der Zugänglichmachende den Willen des Rechtsinhabers erkennen kann und damit eine Erlaubnis in die Zugänglichmachung nicht infrage kommt.¹¹⁵¹ Es kommt also nur die Ermöglichung einer Nutzung infrage, die „nicht durch Gesetz beschränkt ist“.

Allerdings muss sich jedes Ergebnis einer Auslegung am Dreistufentest gem. Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL messen.¹¹⁵² Deshalb sollen zuerst die Voraussetzungen des Dreistufentests erläutert werden (1), um dann die bisherige Behandlung rechtswidriger Quellen im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG darzustellen (2) und für diese eine Lösung zu finden (3). Die Lösung bezieht sich nur auf Schutzobjekte, auf die § 44a Nr. 2 UrhG Anwendung findet; für sonstige Schutzobjekte wird danach eine Lösung vorgeschlagen (4).

(1) Dreistufentest

Der Dreistufentest wurde auf der Stockholmkonferenz im Jahr 1967 erstmals angedacht und daraufhin in Art. 9 Abs. 2 RBÜ eingefügt, sowie später in Art. 13 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte

1149 *EuGH* GRUR 2014, 654, 656 Rn. 52 – *PRCA*; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, *UrhG* § 44a Rn. 7.

1150 Vgl. *EuGH* GRUR 2012, 156, 164 Rn. 176 – *FAPL*.

1151 Vgl. dazu oben die Ausführungen zu § 19a UrhG und der neuen Öffentlichkeit, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1152 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 66 – *Filmspeler*.

des geistigen Eigentums (TRIPS)¹¹⁵³ und Art. 10 WCT übernommen.¹¹⁵⁴ Der Test sieht vor, dass Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht in Sonderfällen zulässig sind, sofern diese weder die normale Auswertung beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Urhebers unzumutbar verletzen. Der Dreistufentest stellt eine allgemeine Regel zur Zulässigkeit von Ausnahmen und Beschränkungen der Rechtspositionen von Urhebern dar und dient dazu, als Maßstab für nationale Regelungen zu dienen.¹¹⁵⁵ Die Richtlinie übernimmt den Dreistufentest in Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL und weist in Erwägungsgrund 44 InfoSoc-RL darauf hin, dass „möglicherweise“ bei „neuen“ Formen der Nutzung eine noch engere Anwendung notwendig sei. Die Aufnahme des Tests durch den Richtliniengeber interpretiert der *EuGH* so, dass die konkrete Anwendung der nationalen Regelung am Dreistufentest zu messen ist¹¹⁵⁶ und dieser einen ausschließlich die jeweilige Ausnahme begrenzenden Charakter hat.¹¹⁵⁷

Damit ist bei jeder Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG der Dreistufentest zu beachten. Die erste Stufe, das Vorliegen eines Sonderfalls, wird allgemein für § 44a Nr. 2 UrhG angenommen.¹¹⁵⁸ Auf der zweiten Stufe ist nach dem *EuGH* zu prüfen, ob die „normale Verwertung“ beeinträchtigt wird, also ob die durch die Schranke erlaubte Nutzung zu dieser in Wettbewerb tritt und damit den Umfang an Verkäufen oder anderen rechtmäßigen Transaktionen verringern würde.¹¹⁵⁹ Historisch gesehen sollte diese Stufe das Marktversagen abmildern, das mit der Verbreitung der analogen und damit kaum kontrollierbaren Reproduktionstechnik einsetzte.¹¹⁶⁰ Ziel war es, den Urhebern intakte Märkte zu erhalten.¹¹⁶¹ *Senfleben* räumt ein, dass dieses Ziel im digitalen Raum zu weitgehend sei, da es letztlich darauf hinausliefe, dass, sobald ein Markt bestehen könnte, der Dreistufentest

1153 BGBl. [1994] II S. 1438, 1730 ff. und ABl. EG L 336 vom 23.12.1994, S. 3 ff.

1154 Ausführlich *Senfleben* GRUR Int. 2004, 200, 201 ff.

1155 HK-UrhR/Dreyer, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 63; vgl. auch Dreier/Schulze/Dreier, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 21; Fromm/Nordemann/Dustmann, Vor §§ 44a-63a Rn. 13.

1156 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 25 – *ACI Adam*; vgl. auch MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*; zustimmend *Wagner* GRUR 2016, 874, 880.

1157 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 26 – *ACI Adam*.

1158 Schricker/Loewenheim/Loewenheim, UrhG § 44a Rn. 14; vgl. auch *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 55 – *PRCA*.

1159 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 39 – *ACI Adam*; vgl. auch MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.

1160 *Senfleben* GRUR Int. 2004, 200, 208.

1161 *Senfleben* GRUR Int. 2004, 200, 208.

eine Beschränkung verbiete.¹¹⁶² Stattdessen tritt er dafür ein, dass die Stufe nur dann eingreife, wenn diese „ganz erhebliche“ Umsatzeinbußen mit sich bringe, und beruft sich hierfür auf ein Beispiel der Kommission¹¹⁶³, die den Dreistufentest auf der Stockholmkonferenz zur Revision der Berner Übereinkunft vorbereitet hatte.¹¹⁶⁴ Danach beeinträchtige das Erstellen einer „sehr großen Anzahl“¹¹⁶⁵ von Kopien die normale Auswertung des Werks (2. Stufe), während „eine ziemlich große“ Anzahl innerhalb eines Wirtschaftsunternehmens¹¹⁶⁶ durch Zahlung einer angemessenen Vergütung die ungebührliche Verletzung (3. Stufe) verhindere.¹¹⁶⁷ Bei einer „kleinen“ Zahl von Kopien, bedürfe es hingegen keiner Vergütungszahlung, was beim persönlichen oder wissenschaftlichen Gebrauch¹¹⁶⁸ der Fall sei.¹¹⁶⁹

Die dritte Stufe enthält mit der ungebührlichen Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers eine Interessenabwägung, die letztlich Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist.¹¹⁷⁰ Hier sind ausweislich der Geschichte des Dreistufentests insbesondere (angemessene) Vergütungszahlungen zu berücksichtigen und können so eine ungebührliche Verletzung zu einer gebührlichen abmildern.¹¹⁷¹

Der *EuGH* hält den Test für nicht bestanden, wenn Privatkopien ohne Unterscheidung bezüglich der Frage der Rechtmäßigkeit durch eine Schranke für erlaubt erklärt werden. Dies beeinträchtige die normale Verwertung und füge dem Rechtsinhaber einen nicht gerechtfertigten Schaden zu.¹¹⁷² Vervielfältigungen durch ein Gerät zum Abruf rechtswidrig zugänglich gemachter Videoinhalte verletzen ebenso die Interessen der

1162 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 208.

1163 WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1145 f.

1164 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 209.

1165 Original: „very large number of copies“, WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.

1166 Original: „a rather large number of copies for use in industrial undertakings“, WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.

1167 WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.

1168 Original: „If a small number of copies is made, photocopying may be permitted without payment, particularly for individual or scientific use“, WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.

1169 WIPO, Records of the Conference of Stockholm, Vol. II, S. 1146.

1170 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG Vorbem. §§ 44a-53 Rn. 63; *Schricker/Loewenheim/Stieper*, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 31; *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 210 f.

1171 *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 211.

1172 *EuGH* GRUR 2016, 55, 58 Rn. 60 f. – *Hewlett-Packard/Reprobel*; GRUR 2014, 546, 547 Rn. 39 f. – *ACI Adam*.

Rechtsinhaber ungebührlich, da sich die Anzahl rechtmäßiger Transaktionen verringere.¹¹⁷³

Generell ist zu beachten, dass der Dreistufentest in Zeiten konzipiert worden ist, in denen der Konsum selbst urheberrechtsfrei war und dementsprechend zur Beurteilung dauerhafter Reproduktionen diente und zugeschnitten war. Dies hat sich jedoch aufgrund der Digitalisierung und der Erfassung auch kürzester Vervielfältigungen durch ebenjenes Recht fundamental geändert, denn nun ist der (digitale) Konsum – vorbehaltlich § 44a Nr. 2 UrhG – nicht mehr urheberrechtsfrei.¹¹⁷⁴ Gleichzeitig hat sich aber auch die Gefährdungssituation für die Urheber entscheidend gewandelt, da dank des Internets Werke sehr leicht verbreitet werden können.

(2) Bisherige Stimmen zur Einordnung rechtswidriger Quellen

Nach Entscheidungen des *EuGH* liegen rechtmäßige Nutzungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. b, Erwägungsgrund 33 S. 1 InfoSoc-RL (bzw. § 44a Nr. 2 UrhG) beim Empfang von Fernsehsendungen mittels einer ausländischen Decodiereinrichtung¹¹⁷⁵ und beim Abruf von (ungeschützten) Webseiten vor.¹¹⁷⁶ Auch die Voraussetzungen des Dreistufentests seien erfüllt.¹¹⁷⁷ In diesen Fällen ging es jedoch nur um den Abruf von mit Einwilligung des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemachten Inhalten. Fehlt diese, so gehen die Meinungen auseinander.

Dabei gibt es zwei Punkte, an die argumentativ angeknüpft werden kann, nämlich die rechtmäßige Nutzung und den Dreistufentest. Der *EuGH* hat zu durch den *Filmspeler*¹¹⁷⁸ ermöglichten Vervielfältigungen entschieden, dass es an einer rechtmäßigen Nutzung fehle, da die Nutzer sich „freiwillig und in Kenntnis der Sachlage“ den Zugang verschafften.¹¹⁷⁹ Darüber hinaus beeinträchtige eine solche Nutzung die normale Verwertung und verletze die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber ungebührlich.¹¹⁸⁰ Das liegt auf einer Linie mit den Ausführungen im

1173 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.

1174 Vgl. Wandtke/Bullinger/Heerma, UrhG § 16 Rn. 1.

1175 *EuGH* GRUR 2012, 156, 164 Rn. 171 – *FAPL*.

1176 *EuGH* GRUR 2014, 654, 656 Rn. 52 – *PRCA*.

1177 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 54 ff. – *PRCA*; GRUR 2012, 156, 164 Rn. 174 ff. – *FAPL*.

1178 Zum zugrunde liegenden Sachverhalt siehe 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185).

1179 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1180 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.

Urteil *ACI Adam*. Dort wurde die niederländische Privatkopieschranke (basierend auf Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) verworfen, die solche Kopien auch von rechtswidrigen Quellen erlaubte; einerseits unter Verweis darauf, dass dies den Binnenmarkt beeinträchtige und der Förderung der Kultur als Ziel der Richtlinie zuwiderlaufe, andererseits wegen Nichtbestehen des Dreistufentests.¹¹⁸¹ Als Grund für Letzteres wurde genannt, dass das Streaming im Wissen um die fehlende Erlaubnis des Rechtsinhabers die normale Verwertung beeinträchtige und zusätzlich den Urhebern einen nicht gerechtfertigten Schaden zufüge.¹¹⁸²

Im Urteil *FAPL* klang hingegen noch an, dass der Empfang von Sendungen unabhängig von der Rechtmäßigkeit des Empfangs eine rechtmäßige Nutzung sei,¹¹⁸³ auch wenn im nächsten Satz dieser Befund mit Hinweisen zur Rechtmäßigkeit des Empfangs mit der verwendeten Decodiervorrichtung ergänzt wurde.¹¹⁸⁴ In eine ähnliche Richtung ging der Hinweis im Urteil *PRCA* zum Dreistufentest, dass bei bereits öffentlich zugänglich gemachten Inhalten eine Zustimmung vorliegen müsse und man von den Nutzern nicht das Einholen einer weiteren Zustimmung einfordern könne.¹¹⁸⁵ An den neueren Urteilen des *EuGH* fällt auf, dass jeweils die Kenntnis (bzw. das Wissen) gesondert erwähnt wurde. Allerdings gibt es keine Entscheidung zu der Frage, wie beim Fehlen der subjektiven Seite zu verfahren ist.¹¹⁸⁶ Grundsätzlich erinnert insbesondere die Formulierung im Urteil *Filmspeler*¹¹⁸⁷ stark an diejenige zum subjektiven Merkmal im Rahmen der öffentlichen Zugänglichmachung, „in voller Kenntnis“.¹¹⁸⁸

Für das deutsche Recht wird, dem Merkmal der vollen Kenntnis nicht unähnlich, die Rechtmäßigkeit der Nutzung verneint, sofern die Quelle, von der vervielfältigt wird, „offensichtlich rechtswidrig“ ist.¹¹⁸⁹ Dieses Merkmal beruht auf dem zu § 53 Abs. 1 UrhG a. F. entwickelten und seit 2003 in § 53 Abs. 1 n. F. UrhG verankerten Rechtsgedanken, dass eine Pri-

1181 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 34 ff. – *ACI Adam*.

1182 *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 39 f. – *ACI Adam*.

1183 Fromm/Nordemann/*Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 18: „eindeutig“.

1184 *EuGH* GRUR 2012, 156, 164 Rn. 171 – *FAPL*.

1185 *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 57-59 – *PRCA*; hierauf weisen auch *Solmecke/Dam* MMR 2014, 544 hin.

1186 So auch Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 44a Rn. 8.

1187 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1188 *EuGH* MMR 2017, 460, 1155 Rn. 51 – *Filmspeler*.

1189 *LG Hamburg* ZUM 2014, 434, 435, im Übrigen offengelassen; *LG Köln* GRUR-RR 2014, 114, 115 – *The Archive*; *AG Hannover* ZUM-RD 2014, 667, 668, hilfsweise auch auf § 53 UrhG eingehend; vgl. auch Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 44a Rn. 15; *Busch* GRUR 2011, 496, 502.

vilegierung bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit nicht angemessen ist.¹¹⁹⁰ § 53 Abs. 1 UrhG basiert auf der fakultativen Privatkopieausnahme nach Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL, die jedoch kein subjektives Merkmal vorsieht. Eine objektiv¹¹⁹¹ zu bestimmende offensichtliche Rechtswidrigkeit im Sinne des § 53 Abs. 1 UrhG liege nur dann vor, wenn aller Wahrscheinlichkeit nach eine Erlaubnis durch den Rechtsinhaber ausgeschlossen werden kann¹¹⁹² bzw. keine ernsthaften Zweifel an der Rechtswidrigkeit bestehen¹¹⁹³ oder sich diese geradezu aufdrängt und auf der Hand liegt.¹¹⁹⁴ Dies sei insbesondere bei kostenlos angebotenen aktuellen Kinofilmen oder grundsätzlich bei Tauschbörsen¹¹⁹⁵ anzunehmen.¹¹⁹⁶ Im Anschluss an die Ausführungen des *EuGH* im Urteil *Filmspeler*¹¹⁹⁷ halten diverse Autoren ein subjektives Merkmal für erforderlich,¹¹⁹⁸ wobei einige ein bewegliches System wie bei der öffentlichen Zugänglichmachung erwarten.¹¹⁹⁹

Andere hingegen gingen bisher davon aus, dass Inhalte von rechtswidrigen Quellen in jedem Fall unter § 44a Nr. 2 UrhG fallen.¹²⁰⁰ Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass das entscheidende Merkmal die rechtmäßige Nutzung sei, da das Merkmal „keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“ nur bei rechtswidrigen Nutzungen gegeben sein könne.¹²⁰¹ Einerseits gelte der Grundsatz der Rezeptionsfreiheit, andererseits hänge es vom Zufall ab, ob beim Konsum rechtswidriger Inhalte eine Vervielfältigung anfalle. So sei das Hören eines Piraten-Radiosenders unstreitig erlaubt, was aber dann auch gelten müsse, wenn dieser per Stream ver-

1190 *Busch* GRUR 2011, 496, 502.

1191 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 53 Rn. 35 m. w. N.

1192 Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 95a Rn. 7.

1193 Vgl. Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 53 Rn. 12.

1194 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 53 Rn. 35, die aber den Maßstab nicht auf § 44a UrhG anwenden möchte, vgl. Rn. 31.

1195 Fromm/Nordemann/*Wirtz*, UrhG § 53 Rn. 21.

1196 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 53 Rn. 12b; vgl. auch Schricker/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 20.

1197 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*: „freiwillig und in Kenntnis der Sachlage“.

1198 Dreier/Schulze/*Dreier*, UrhG § 44a Rn. 8; HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 44a Rn. 3; Spindler/Schuster/*Wiebe*, UrhG § 44a Rn. 15; wohl auch *Neubauer/Soppe* GRUR 2017, 615, 616; *Stender-Vorwachs/Steege* MMR 2017, 465, 466; ebenso, aber kritisch *Walter* MR-Int 2017, 40, 41.

1199 HK-UrhR/*Dreyer*, UrhG § 44a Rn. 3; *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403; wohl auch *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535.

1200 *AG Potsdam* ZUM-RD 2014, 587, 588; *Stolz* MMR 2013, 353, 358; wohl auch *Zurth* NJW 2017, 1937, 1938.

1201 *Stolz* MMR 2013, 353, 356.

breitet werde und deshalb Zwischenspeicherungen erfordere.¹²⁰² Auf die (offensichtliche) Rechtswidrigkeit der Quelle käme es danach nicht an. Ergänzend wird angeführt, dass jede digitale Wiedergabe Vervielfältigungen erfordere, sodass bereits die Verwendung von Funkkopfhörern ausreiche.¹²⁰³

Demgegenüber lassen Teile der Rechtsprechung und Literatur rechtswidrige Inhalte per se nicht unter § 44a Nr. 2 UrhG fallen.¹²⁰⁴ Zumeist wird zur Begründung entweder auf die richtlinienkonforme Auslegung¹²⁰⁵ des § 44a Nr. 2 UrhG verwiesen¹²⁰⁶ oder dass andernfalls die normale Verwertung im Sinne des Dreistufentests beeinträchtigt sei.¹²⁰⁷ Dies gelte unabhängig von der subjektiven Komponente des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL.¹²⁰⁸ Dass rechtswidrige Inhalte nicht von § 44a UrhG erfasst werden, wird u. a. damit begründet, dass das Streaming wirtschaftlich dem Besitz entspreche und nur diese Auslegung die Interessen der Rechtsinhaber wahren könne.¹²⁰⁹

Andere, die § 44a Nr. 2 UrhG aufgrund des Dreistufentests nicht für einschlägig erachten, wollen stattdessen § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG anwenden,¹²¹⁰ der auf Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL basiert. Diese Norm erlaubt Vervielfältigungen, sofern sie nicht auf einer „offensichtlich rechtswidrigen“ Quelle basieren. Damit sei (wie bei der einschränkenden Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG) auf die offensichtliche Rechtswidrigkeit abzustellen. Der

1202 Stolz MMR 2013, 353, 357 f.

1203 Hilgert/Bünnigmann jM 2018, 15, 16.

1204 AG Leipzig BeckRS 2012, 6777 – *kino.to*; Fromm/Nordemann/Dustmann, UrhG § 44a Rn. 18; Kaesling BRJ 2017, 139, 141; Müller-Riemenschneider/Hermann EuR 2017, 571, 575; Paschke/Nielsen jurisPR-ITR 10/2017, Anm. 2, D., die aber § 53 Abs. 1 UrhG für einschlägig halten; Specht ZUM 2017, 582, 585; Wagner GRUR 2016, 874, 881; Walter MR-Int 2017, 40, 41, der aber trotzdem eine subjektive Einschränkung durch den EuGH erwartet; Wandtke/v. Gerlach GRUR 2013, 676, 682: „Quellentheorie“; wohl auch Martiny MMR 2016, 579, 583 f., da sie nicht die auf Schranken eingeht.

1205 Hierzu Specht ZUM 2017, 582, 586.

1206 Müller-Riemenschneider/Hermann EuR 2017, 571, 575; Wandtke/v. Gerlach GRUR 2013, 676, 682.

1207 Wohl auch Specht ZUM 2017, 582, 585; Wagner GRUR 2016, 874, 880 f., die jedoch eine Ausnahme für kurzzeitige Wiedergaben macht.

1208 Stender-Vorwachs/Steege MMR 2017, 465, 466.

1209 Wandtke/v. Gerlach GRUR 2013, 676, 681 f.

1210 Müller-Riemenschneider/Hermann EuR 2017, 571, 575; Specht ZUM 2017, 582, 586.

Dreistufentest ergebe jedoch aufgrund des „gerechten Ausgleichs“ in Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL ein anderes Ergebnis.¹²¹¹

(3) Entscheidung

Nach dem Urteil *Filmspeler* des *EuGH* scheidet jede Auslegung aus, die die Rechtswidrigkeit der Quelle für irrelevant hält.¹²¹² Zumindest bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Quelle – also freiwillig und in Kenntnis der Sachlage – ist eine Privilegierung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b, 5 InfoSoc-RL stets abzulehnen. Fraglich ist damit, ob ein subjektives Merkmal besteht (a) und welche Anforderungen es an den Nutzer stellt (b).

(a) Bestehen eines subjektiven Merkmals

Unabhängig davon, wie man die Rechtmäßigkeit von Vervielfältigungen, die auf unerkannt rechtswidrigen Quellen basieren, beurteilt, kann die Herleitung des Merkmals der offensichtlichen Rechtswidrigkeit im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG aus § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG nicht überzeugen. Diese findet weder in der Richtlinie (vgl. Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) noch in der Rechtsprechung des *EuGH*¹²¹³ eine Stütze und ist letztlich eine nationale Interpretation vollharmonisierten Rechts. Zwar könnte das subjektive Merkmal des *EuGH* letzten Endes ähnlich auszulegen sein,¹²¹⁴ einen Anhaltspunkt, der über reine Spekulation hinausgeht, liefert die Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG anhand des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG hingegen nicht.

Grundsätzlich ist jedoch von einem – ungeschriebenen – subjektiven Merkmal des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL auszugehen. Das ergibt sich aus Rn. 69 des Urteils *Filmspeler*, nach der die Nutzer „freiwillig und in Kenntnis der Sachlage“ handelten.¹²¹⁵ Hätte der *EuGH* kein subjektives Merkmal einführen wollen, so hätte er es auch schlicht beim Hinweis auf den Dreistufentest bewenden lassen können. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Anwendung der Norm mit (erfüllten) subjektivem Merkmal

1211 *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

1212 Ebenso *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403.

1213 Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 44a Rn. 8.

1214 So z. B. *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403.

1215 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

den Dreistufentest bestehen muss, selbst wenn die konsumierten Inhalte aus einer rechtswidrigen Quelle stammen.

Dem Ergebnis steht nicht entgegen, dass der *EuGH* in der folgenden Randnummer den Dreistufentest für verletzt hält, ohne auf die Kenntnis der Nutzer zu verweisen.¹²¹⁶ Die Verletzung begründet der *EuGH* maßgeblich mit der Verringerung der rechtmäßigen Transaktionen,¹²¹⁷ die jedoch allein dann droht, wenn die Nutzer im großen Stil rechtswidrig zugänglich gemachte Inhalte konsumieren – was fast immer die Kenntnis der Nutzer voraussetzt. Es ist letztlich nur logisch, dass die Erfassung von als rechtswidrig erkannten Quellen zu einem Nichtbestehen des Dreistufentests führen muss. Andernfalls würde das wirtschaftlich sehr bedeutende Streaming aufgrund der Unkontrollierbarkeit des Internets für die Nutzer ohne Nachteile erlaubt und trüge so zu einer Stärkung illegaler Angebote bei, da nun auf Nutzerseite die latente Angst vor Konsequenzen und gleichzeitig die – zumeist theoretische¹²¹⁸ – Möglichkeit der Verfolgung für die Rechtsinhaber wegfallen würden.

Damit ist das subjektive Merkmal des § 44a Nr. 2 UrhG (Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL) auch erforderlich, damit die Norm in dieser Auslegung den internationalen Dreistufentest der Urheberrechtsabkommen¹²¹⁹ besteht und nicht über den Dreistufentest nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL korrigiert werden muss. In den Urteilen *FAPL* und *Infopaq II* ging der *EuGH* von einer ausreichenden Berücksichtigung des Dreistufentests in Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL aus.¹²²⁰ Natürlich verbleibt bei der Annahme eines subjektiven Merkmals – je nach Maßstab, dazu sogleich – ein gewisser Bereich, innerhalb dessen es zu Beeinträchtigungen der Rechte der Urheber kommen wird, die nicht ausgeglichen werden. Diese Beeinträchtigungen sind jedoch grundsätzlich nicht erheblich genug, um zu einem Nichtbestehen des Dreistufentests zu führen. Wie oben erläutert, ist dem Test inhärent, gewisse Beeinträchtigungen für Urheber („ungebührlich“) ohne Ausgleich hinzunehmen.

Vor allem spricht in systematischer Hinsicht Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL für ein subjektives Merkmal auch innerhalb der Verwertungsrechte: Der von Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL gewährte Annexschutz für wirksame

1216 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.

1217 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 70 – *Filmspeler*.

1218 *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17.

1219 Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS, Art. 10 WCT und Art. 16 Abs. 2 WPPT.

1220 *EuGH* MMR 2013, 45, 49 Rn. 56 – *Infopaq II*; GRUR 2012, 156, 165 Rn. 181 – *FAPL*; anders aber GRUR 2014, 654, 657 Rn. 54 ff. – *PRCA*.

technische Schutzmaßnahmen greift nur bei subjektiv vorwerfbarem Fehlverhalten, nämlich grober Fahrlässigkeit.¹²²¹ Das zeigt, dass der europäische Gesetzgeber den einzelnen Nutzer vor Ansprüchen der Rechtsinhaber schützen möchte. Gleichzeitig darf nicht vergessen werden, dass bei jedem Umgehen einer Sperre im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG im Regelfall zugleich ein Urheberrecht verletzt wird, was für eine Übernahme des subjektiven Merkmals spricht. Andernfalls wäre das subjektive Merkmal des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL, das eine Verfolgung leicht fahrlässig und erst recht schuldlos handelnder Nutzer verhindern soll, überflüssig, da ohnehin Ansprüche wegen einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts bestünden.

Das Einfügen eines subjektiven Merkmals ist weiterhin eine konsequente Fortführung des Ansatzes zur öffentlichen Zugänglichmachung.¹²²² Eine öffentliche Zugänglichmachung scheidet aus, wenn der Handelnde „nicht weiß und vernünftigerweise nicht wissen kann“, dass das Werk ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers veröffentlicht worden ist.¹²²³ Grund für diese Überlegung ist, dass eine andere Auslegung ansonsten zu sehr die Grundrechte (v. a. Meinungs- und Informationsfreiheit) beeinträchtigt hätte und gleichzeitig gerade für Einzelpersonen eine Lizenzierung von Werken schwer nachzuvollziehen ist.¹²²⁴ Dies muss ebenso für vorübergehende (§ 44a Nr. 2 UrhG) Vervielfältigungen gelten: Ist das Veröffentlichen eines Links zu rechtswidrig zugänglich gemachten Inhalten durch einen Privaten mangels Kennenmüssens keine öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG,¹²²⁵ erscheint es sinnwidrig, den Abruf der Inhalte dieses Links – durch die gleiche Person(!) – als rechtswidrige Vervielfältigung zu sanktionieren. Wenn die den Rechtsinhaber stärker betreffende Handlung – die Zugänglichmachung – keine Ansprüche nach sich zieht, muss das erst recht für die den Rechtsinhaber weniger beeinträchtigende Handlung der vorübergehenden Vervielfältigung gelten.

Im Gegensatz zu § 19a UrhG besteht jedoch nur in Sonderfällen die Möglichkeit, den Nutzer von der Rechtswidrigkeit der jeweiligen Quelle in Kenntnis zu setzen.¹²²⁶ Dieser Unterschied wiegt aber nicht sonderlich

1221 Dazu sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b) (S. 242).

1222 Vgl. *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 402; *J. B. Nordemann* GRUR Int. 2018, 526, 535.

1223 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*; dazu auch oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

1224 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 45 f. – *GS Media*.

1225 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*.

1226 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 49, 53 – *GS Media*.

schwer, da das Vervielfältigungsrecht sich nur auf einen einzigen urheberrechtlich relevanten Vorgang bezieht, während Verletzungen des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (wirtschaftlich) deutlich stärker den Rechtsinhaber beeinträchtigen. Gleichzeitig besteht die Möglichkeit, rechtswidrige Vervielfältigungen dadurch zu verhindern, dass die Access-Provider die jeweilige Quelle der öffentlichen Zugänglichmachung für ihre Kunden sperren.¹²²⁷ Deshalb kann auch für das Vervielfältigungsrecht ein subjektives Merkmal angenommen werden. Damit setzt die Richtlinie stets die Erfüllung eines subjektiven Merkmals voraus und möchte so den einzelnen, „gutgläubigen“ Nutzer schützen.¹²²⁸

(b) Konkrete Ausgestaltung des subjektiven Merkmals

Ausgangspunkt für die Bestimmung des subjektiven Merkmals ist die Äußerung des *EuGH* im Urteil *Filmspeler*¹²²⁹: Danach erfordert das Abrufen Freiwilligkeit und volle Kenntnis der Sachlage, dass Zugang zu einem kostenlosen und nicht zugelassenen Angebot verschafft wird. Dieses doppelte subjektive Merkmal – freiwillig und in voller Kenntnis der Sachlage – ähnelt stark den Grundsätzen zur öffentlichen Zugänglichmachung: Das erste Merkmal, die Freiwilligkeit, entspricht der aktiven Rolle¹²³⁰, die neben der Eröffnung des Zugangs Voraussetzung für eine Handlung der Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe)¹²³¹ ist. Das Merkmal ist damit für die Begründung einer täterschaftlichen Haftung erforderlich. Im Rahmen der Freiwilligkeit sind demnach solche Handlungen auszuschließen, mit denen der Handelnde bereits nicht den Aufruf eines Werks beabsichtigt. Vorstellbar sind z. B. Vervielfältigungen durch automatische Weiterleitungen oder im Hintergrund ablaufende technische Vorgänge. Das zweite Merkmal „in voller Kenntnis der Sachlage“ entspricht dem der Öffentlichkeit des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL bzw. den damit vorgesehenen Prüfpflich-

1227 *EuGH* GRUR 2014, 468 – *kino.to*; vgl. auch GRUR 2017, 790 – *ThePirateBay*; im deutschen Recht gem. §§ 7 Abs. 4 S. 1, 8 Abs. 3, 1 TMG.

1228 Vgl. *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*, der zugunsten von Nutzern die Unkenntnis vermutet; der Richtliniengeber hat mit der DSM-RL, die die Rechtsprechung des *EuGH* insoweit nicht ändert (vgl. Erwägungsgrund 2), faktisch dem *EuGH* zugestimmt.

1229 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1230 Zur aktiven Rolle 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (3) (b) (S. 198).

1231 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

ten¹²³², ob der Handelnde also „wusste oder hätte wissen müssen“, dass er Zugang zu einem unbefugt veröffentlichten Werk verschafft. Für das Vorliegen der Schranke des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL geht es damit um die Frage, ob der Nutzer um die Umstände wusste, die eine Illegalität begründen – nicht jedoch um die Illegalität selbst. Damit wird wie bei der öffentlichen Zugänglichmachung letztlich auf einen Pflichtenkatalog abgestellt bzw. Merkmale geschaffen, nach denen sich die Haftung des Nutzers richtet.

Damit spricht viel dafür, die Rechtsprechung zur öffentlichen Zugänglichmachung zu übernehmen. Nach dem Urteil *Filmspeler* scheint der *EuGH* nur Kenntnis genügen zu lassen,¹²³³ da anders als bei *GS Media* nicht mehr die Rede von einem Kennenmüssen¹²³⁴ ist. Allerdings ist zu beachten, dass im Urteil *Filmspeler* aufgrund der Werbung und der eindeutigen Motivation der Nutzer ohnehin Kenntnis der Rechtswidrigkeit vorlag,¹²³⁵ sodass eine Auseinandersetzung mit dem konkreten Maßstab unterbleiben konnte.¹²³⁶

Gegen die Begrenzung auf Vorsatz spricht aber Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL: Dieser ist die einzige Norm, die spezifisch auf das subjektive Moment in Bezug auf Beeinträchtigungen der Rechtspositionen der Rechtsinhaber eingeht. Anders als die deutsche Umsetzung (§ 95a Abs. 1 UrhG), die mit „bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss“ auf die Erfassung auch leichter Fahrlässigkeit hindeutet, ist unter Berufung auf die englische und französische Fassung¹²³⁷ von „grober“ Fahrlässigkeit auszugehen.¹²³⁸ Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Verhaltensmaßstab

1232 Zu diesen oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

1233 *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1234 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*.

1235 Vgl. *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1236 Ebenso *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403; vgl. auch *EuGH* MMR 2017, 460, 464 Rn. 69 – *Filmspeler*.

1237 Englische Fassung: „with reasonable grounds to know“, französische: „en ayant des raisons valables de penser“.

1238 Ebenso *HK-UrhR/Dreyer*, *UrhG* § 95a Rn. 33; *Spindler/Schuster/Spindler*, *UrhG* § 95a Rn. 8; ausführlich *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst*, *UrhG* § 95a Rn. 63: Übersetzungsfehler; *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213, 217; *Martiny* MMR 2016, 579, 583; a. A., leichte Fahrlässigkeit reiche, *Fromm/Nordemann/Czychowski*, *UrhG* § 95a Rn. 40: bereits Veröffentlichung in „einschlägiger Endnutzer-Fachzeitschrift“; auch *Schricker/Loewenheim/Götting*, *UrhG* § 95a Rn. 12, aber unter § 95c Rn. 10 anders für § 95c Abs. 1 *UrhG* (nur grobe Fahrlässigkeit) unter Verweis auf den Wortlaut von Art. 7 Abs. 1 InfoSoc-RL, wobei er jedoch thematisiert, dass Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL, der Vorlage für § 95a Abs. 1 *UrhG*, insoweit identisch ist.

autonom unionsrechtlich auszulegen ist. Mit der Heranziehung von Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL wird gleichzeitig gewährleistet, dass Eingriffe einheitlich behandelt werden¹²³⁹ und die Intention des Normgebers gewahrt wird. Denn dieser wollte gerade – wie oben gezeigt – den „gutgläubigen“ Privatanutzer von einer Rechtsverfolgung ausnehmen.

Deshalb ist in Anlehnung an Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL von einem Maßstab ähnlich der groben Fahrlässigkeit nach deutschem Recht auszugehen. Dieser ist durch Vermutungsregeln – ähnlich denen des Urteils *GS Media* – zu ergänzen. Auch im Urteil *Filmspeler* arbeitet der *EuGH* mit einer Vermutungsregelung, wenn er davon spricht, dass „grundsätzlich“ Kenntnis bestehe, wenn das Angebot kostenlos ist und sogar damit geworben wird, dass Inhalte ohne Erlaubnis zugänglich sind.¹²⁴⁰ Hier hätte man ohnehin zu keinem anderen Ergebnis kommen können.

Wie bei *GS Media* wird dieses flexible System für Nutzer ohne Gewinnerzielungsabsicht wahrscheinlich ähnlich vorteilhaft ausgestaltet sein, indem z. B. vermutet wird, dass keine Kenntnis besteht.¹²⁴¹ Bei der Bestimmung dieser Pflichten werden neben dem Eigentumsrecht aus Art. 17 Abs. 2 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)¹²⁴² vor allem die Informations- und Meinungsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 GRC) zu beachten sein. Bejaht man das Merkmal der „vollen Kenntnis der Sachlage“ zu schnell und damit einen Eingriff in das Vervielfältigungsrecht, so können hierdurch Nutzer abgehalten werden, das Netz frei zu durchsuchen oder bestimmte Seiten zu besuchen. Nähme man z. B. exotische Domainendungen (z. B. „.to“ für Tonga) als Indiz für die Rechtswidrigkeit der angebotenen Inhalte, sorgte allein die Furcht vor Verfolgung bei „Laien“ für eine Einschränkung der Informationsfreiheit und beeinträchtigte darüber hinaus die Meinungs- und unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC) des jeweiligen Anbieters.

Als Kriterien kommen unter Berücksichtigung der Regeln aus *GS Media* und der betroffenen Grundrechte folgende Punkte infrage: Zuerst natürlich die Eigenwerbung des jeweiligen Portals, ob bereits mit dem Zugang zu illegalen Inhalten geworben wird oder zumindest, dass „aktuelle Kinofilme“ verfügbar sind, also Inhalte, die sonst noch nicht legal und erst recht nicht kostenlos im Internet verfügbar sind. Ebenfalls kann

1239 Dazu sogleich, 2. Teil § 4 C. III. 3. b) bb) (S. 250).

1240 Vgl. *EuGH* GRUR Int. 2017, 527, 529 Rn. 18, 533 Rn. 69 – *Filmspeler*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 460 – *Filmspeler*.

1241 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 47 – *GS Media*.

1242 BGBl. [2008] II S. 1165 und ABl. C 364 vom 18. Dezember 2000, S. 1.

die Differenzierung, ob eine Gewinnerzielungsabsicht besteht, aus *GS Media*¹²⁴³ fortgeführt werden, sodass bei Unternehmen höhere Sorgfaltsanforderungen gelten können.

Ein Vorteil dieser Vermutungsregelungen ist auch, dass so die Verfolgung erleichtert wird, weil sich aus den äußeren Umständen ergibt, ob eine Verfolgung erfolgversprechend ist. Gleichzeitig stellt diese Interpretation für die Nutzer eine Erleichterung gegenüber einer möglicherweise noch schärferen Lesart dar, die unabhängig von einer Kenntnis einen Anspruch annehmen würde.¹²⁴⁴

Dieser auf der Rechtsprechung des *EuGH* zur öffentlichen Zugänglichmachung basierende Maßstab, dass der Nutzer nur bei Kenntnis oder im Falle grober Fahrlässigkeit durch die Schranke des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL rechtswidrig handelt, ähnelt damit im Ergebnis dem deutschen Merkmal der „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“, nach dem die Rechtswidrigkeit „auf der Hand liegen“ muss. Deshalb wird im Folgenden wie in § 95a UrhG bzw. Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL auf die offensichtliche Rechtswidrigkeit abgestellt,¹²⁴⁵ die dementsprechend europarechtlich zu verstehen und – wie dargestellt – herzuleiten ist.

(c) Überprüfung mittels Dreistufentest

Dieser Maßstab – offensichtliche Rechtswidrigkeit – muss auch dem Dreistufentest genügen. Es muss folglich nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL zulässig sein, dass Rechteinhaber Verletzungen ihres Ausschließlichkeitsrechts nicht untersagen können, wenn die Nutzer nicht zumindest grob fahrlässig Unkenntnis davon haben, dass die Inhalte ohne Erlaubnis der Rechteinhaber zugänglich sind. Dass es sich bei der Regelung um einen Sonderfall (erste Stufe) handelt, kann unterstellt werden.¹²⁴⁶

Die zweite Stufe setzt voraus, dass die Erstellung der Bildschirmkopien nicht die normale Verwertung des Schutzgegenstands beeinträchtigt. Wie *Senfleben* herausgearbeitet hat, kann diese Stufe nicht bei jeder Beein-

1243 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 f. Rn. 47, 51 – *GS Media*.

1244 Was insbesondere der Fall wäre, wenn der deutsche § 53 Abs. 1 UrhG mit Blick auf *EuGH* GRUR 2014, 546, 547 Rn. 31 ff. – *ACI Adam* europarechtswidrig wäre. Hiervon ist aber nicht auszugehen, vgl. 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (1) (S. 232) und (3) (c) (S. 245) und auch *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

1245 Ebenso Spindler/Schuster/Wiebe, UrhG § 44a Rn. 14 f.; *Lutzhöft/Hendel* K&R 2017, 401, 403.

1246 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 654, 657 Rn. 55 – *PRCA*.

trächtigung eingreifen.¹²⁴⁷ Die Frage ist also letztlich, wie groß die Beeinträchtigung durch nicht erlaubte Abrufe von Werken ist, bei denen die Nutzer leicht fahrlässig nicht wissen, dass die Werke rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Hierbei ist zu beachten, dass je aktueller ein kostenlos angebotenes Werk ist, desto eher ist davon auszugehen, dass die Nutzer zumindest grob fahrlässig keine Kenntnis haben, dass dieses ohne Zustimmung des Rechtsinhabers zugänglich gemacht wird.¹²⁴⁸ Damit sinkt proportional zur Aktualität (und Gewinnträchtigkeit) der Anteil an Nutzern, die ohne (grob fahrlässige Un-)Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Angebots und damit gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt handeln. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass das Vorhandensein aktueller, eindeutig rechtswidrig bereitgestellter Werke auf einer Plattform für die übrigen dort vorgehaltenen Werke eine Vermutung der Rechtswidrigkeit begründet, sodass auch beim Konsum älterer Werke (grob fahrlässige Un-)Kenntnis bezüglich der Rechtswidrigkeit vorliegen kann.¹²⁴⁹ Weiterhin unterscheiden sich legale und illegale Webseiten aufgrund der dort ausgespielten Werbeanzeigen, da größere Werbepartner eine Schaltung ihrer Anzeigen allein schon aus Image- oder Haftungsgründen verhindern. Außerdem ist zu beachten, dass im Falle des wirtschaftlich bedeutenden Streamings eine Rechtsverfolgung der Nutzer im Regelfall nur schwer möglich ist, da es kaum einen rechtmäßigen Weg gibt, an die IP-Adresse zu kommen.¹²⁵⁰

Die Beeinträchtigungen, die erlaubt werden, sind damit als eher gering einzuordnen, da in der Praxis die stark schädigenden Handlungen nicht von § 44a Nr. 2 UrhG erfasst werden und gleichzeitig eine Verfolgung ohnehin kaum möglich ist. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Erlaubnis nicht offensichtlich rechtswidriger ephemere Kopien gem. § 44a Nr. 2 UrhG (bzw. Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL) nicht die normale Verwertung der Schutzgegenstände beeinträchtigt, bzw. nicht derart, dass die zweite Stufe verletzt ist.

Die dritte Stufe setzt voraus, dass die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber nicht ungebührlich verletzt werden, dass also die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt. Dabei zeigt das Merkmal „ungebührlich“, dass

1247 Vgl. *Senfleben* GRUR Int. 2004, 200, 205: „ganz erhebliche Umsatzeinbußen“.

1248 Vgl. Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 53 Rn. 12b; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper, UrhG § 53 Rn. 21; Spindler/Schuster/Wiebe, UrhG § 53 Rn. 7.

1249 Vgl. Fromm/Nordemann/Wirtz, UrhG § 53 Rn. 21 f.

1250 Vgl. Hilgert/Bünnigmann jM 2018, 15, 17.

gewisse Verletzungen der berechtigten Interessen durch die Rechtsinhaber hinzunehmen sind. Aufseiten der Rechtsinhaber steht als berechtigtes Interesse vor allem die Vergütung ihrer Arbeit, die Nutzer hingegen wollen vermeiden, nicht vorhersehbaren Ansprüchen ausgesetzt zu sein und sich deshalb auf eindeutig nicht rechtsverletzende Seiten beschränken zu müssen. Letzten Endes streitet für die Nutzer – neben dem Interesse, nicht haften zu müssen – vor allem die Informationsfreiheit. Spiegelbildlich dazu beeinträchtigt eine sehr enge Auslegung des Art. 5 Abs. 1 lit. b Info-Soc-RL die unternehmerische Freiheit und Meinungsfreiheit der Webseiten, da Nutzer unter Umständen aus Angst vor Verfolgung selbst legale Angebote nicht abrufen.

Die Interessen der Rechtsinhaber an der Verwertung ihrer Inhalte werden durch die hier vertretene Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG zwar beeinträchtigt, dies erfolgt aber nicht ungebührlich. Das beginnt bereits damit, dass die Schranke nur den Markt des Streamings und der Abrufe beeinträchtigt. Allerdings werden die typischen illegalen Angebote – *ThePirateBay* und Co. – gerade nicht legalisiert. Es geht allein um den Bereich, in dem die Rechtswidrigkeit der Zugänglichmachung nicht offensichtlich ist, was beim illegalen Streaming fast nie der Fall ist. Ist die Rechtswidrigkeit für den Durchschnittsnutzer nicht leicht erkennbar, so wird den Rechtsinhabern die Durchsetzung ihres Rechts verwehrt. In der Praxis ist die Verfolgung solcher Rechtsverstöße ohnehin sehr schwer.¹²⁵¹ Darüber hinaus generiert eine Rechtsverfolgung vor allem Kosten: Da das Werk, anders als beim File-Sharing, bei dem der Nutzer das Werk auch anbietet, beim Streaming (bzw. dem Abruf einer Internetseite) nur einmalig abgerufen wird, fallen die einzelnen Schadenssummen sehr gering aus, lediglich die Rechtsverfolgungskosten werden sich in einem dem File-Sharing ähnlichen Bereich bewegen. Letztere kommen aber den Urhebern nur insoweit zugute, als dass sie einen abschreckenden Effekt haben. Damit „nimmt“ man den Urhebern nur die sehr geringen Erträge für einmaliges Abrufen und den Abschreckungseffekt durch die Anwaltsgebühren (für die sie das Kostenrisiko tragen). Und dies bezieht sich nur auf den Abruf von nicht eindeutig rechtsverletzenden Internetseiten, was

1251 Hauptproblem ist die (rechtssichere) Ermittlung der IP-Adresse schwierig, so *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17; ähnlich *Specht* ZUM 2017, 582, 586; skeptisch auch *Fromm/Nordemann/Dustmann*, UrhG § 44a Rn. 28.

praktisch als eher bedeutungslos einzuordnen ist,¹²⁵² da im großen Stil rechtsverletzende Angebote zumeist entsprechend leicht erkennbar sind.

Gleichzeitig wird das typische illegale Streaming aktueller Kinofilme oder Serien, das für einen Großteil der Einnahmeausfälle als ursächlich anzunehmen ist, gerade nicht legalisiert. Außerdem stehen den Rechteinhabern diverse Möglichkeiten zur Verfügung, EU-weit¹²⁵³ an der „Quelle“ anzusetzen und gegen alle Formen der öffentlichen Zugänglichmachung vorzugehen, da selbst das bloße Verlinken¹²⁵⁴ eine solche darstellt. Dieses Vorgehen ist im Regelfall zugleich deutlich sinnvoller (cheapest cost avoider) und einfacher. Daneben besteht zusätzlich noch die Möglichkeit, gegenüber Access-Providern Netzsperrern zu erwirken.¹²⁵⁵

Zudem ist es nicht erforderlich, wie z. B. bei Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL, eine Vergütungspflicht einzuführen, da die Schadenssummen zumeist gering sein werden und dementsprechend auch ohne Vergütungspflicht keine ungebührliche Beeinträchtigung der Interessen der Rechteinhaber droht.¹²⁵⁶ Hierfür spricht auch, dass das Urheberrecht als Grundsatz von einer Freiheit des Konsums ausgeht und es im Gegensatz zur Privatkopieschranke zu keiner Perpetuierung der (rechtswidrigen) Vervielfältigung kommt. Dass insoweit die Urheberrechtsfreiheit des bloßen Konsums aufrechterhalten wird, ist hinzunehmen.

Deshalb ist davon auszugehen, dass die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht ungebührlich beeinträchtigt werden. Die hier vertretene, subjektive Auslegung des § 44a Nr. 2 UrhG besteht den Dreistufentest.

1252 Vgl. *Hilgert/Bünnigmann* jM 2018, 15, 17, die sogar die Klärung der Rechtswidrigkeit des Streamings durch den *EuGH* von durch den Nutzer als illegal erkannten Quellen für wenig praxisrelevant halten.

1253 Vgl. dazu die *Enforce-RL*.

1254 Ggf. erst nach einem Hinweis, *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1155 Rn. 53 – *GS Media*.

1255 Dazu ausführlich *EuGH* GRUR 2014, 468 – *kino.to*; für das deutsche Recht *BGH* GRUR 2016, 268 – *Störerhaftung des Access-Providers*; vgl. auch für das deutsche Recht §§ 7 Abs. 4, 8 Abs. 3, 1 TMG.

1256 Vgl. Erwägungsgrund 35 S. 6 InfoSoc-RL, laut dem bei „geringfügige[n]“ Nachteilen von einer Vergütung abgesehen werden kann, vgl. auch *EuGH* GRUR 2015, 478, 483 Rn. 56 ff. – *Copydan/Nokia*.

(4) Sonstige Schutzobjekte

Für Computerprogramme (§ 69a UrhG), Datenbankwerke (§ 4 Abs. 2 UrhG) und Datenbanken (§ 87a UrhG) ist die Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG umstritten bzw. wird ganz abgelehnt.¹²⁵⁷ Wendet man die Norm nicht an, führt das dazu, dass z. B. beim Abruf einer Webseite, die verschiedene Inhalte – jeweils geschützt durch unterschiedliche Schutzrechte – ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers zugänglich macht, ungerechtfertigterweise die Ergebnisse differieren. So wäre z. B. der Abruf eines Videos gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt, während die Vervielfältigung des komplex (vgl. § 69a Abs. 3 UrhG) programmierten JavaScripts zur Menüführung das Urheberrecht (§ 69c Nr. 1 UrhG) verletzt. Die Nichtanwendung des § 44a Nr. 2 UrhG auf diese Schutzrechte beruht letztlich auf Art. 1 Abs. 2 InfoSoc-RL. Die stattdessen vorgesehenen Spezialschranken, z. B. § 69d Abs. 1 UrhG, § 55a UrhG oder eine schlichte Einwilligung scheitern in diesem Fall, da der Schutzgegenstand ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden ist; auch eine Fiktion scheidet eindeutig aus.

Dieses Ergebnis kann jedoch nicht überzeugen. Deshalb ist das Vervielfältigungsrecht selbst entsprechend § 44a Nr. 2 UrhG einschränkend auszulegen, sodass nur Vervielfältigungen nicht erlaubt sind, wenn die Nutzer um die Rechtswidrigkeit der Quelle wussten oder grob fahrlässig hätten wissen müssen. Hierfür kann grundsätzlich auf die gleichen Gründe wie zu § 44a Nr. 2 UrhG verwiesen werden, also in teleologischer Hinsicht auf die Informationsfreiheit (Art. 11 GRC) der Nutzer und in systematischer Hinsicht der Vergleich zur öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe). Auf § 95a Abs. 1 UrhG (bzw. Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL) kann demgegenüber nur dahingehend verwiesen werden, als dass der Nutzer nicht leicht fahrlässig oder schuldlos für Rechtsverletzungen haften soll, da § 95a UrhG zumindest auf Computerprogramme keine Anwendung findet (§ 69a Abs. 5 UrhG).¹²⁵⁸ Entscheidendes Argument ist aber ohnehin der Vergleich zur öffentlichen Zugänglichmachung. Diese enthält ein subjektives Merkmal, sodass sich dieses auf der Ebene des Vervielfältigungsrechts fortsetzen muss. Dementsprechend ist § 44a Nr. 2 UrhG lediglich Anknüpfungspunkt, aber nicht Grund für diese Privilegierung. Diese einheitliche Anwendung ist gleichsam im Rahmen des Vervielfältigungsrechts für die genannten Sonderschutzrechte fortzusetzen, da das Recht der öffentlichen

1257 Vgl. Wandtke/Bullinger/v. Welser, UrhG § 44 Rn. 23 m. w. N.

1258 Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 4.

Zugänglichmachung auch für diese gilt¹²⁵⁹ und somit ebenso ein subjektives Merkmal enthält. Allein schon, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, ist eine einheitliche Anwendung auf das Vervielfältigungsrecht unabhängig vom Schutzgegenstand geboten.

Deshalb gelten die zu § 44a Nr. 2 UrhG dargestellten Grundsätze ebenso für Computerprogramme (§ 69a UrhG), Datenbankwerke (§ 4 Abs. 2 UrhG) und Datenbanken (§ 87a UrhG).

(5) Ergebnis zur Behandlung des Abrufs rechtswidriger Inhalte

Damit erlaubt § 44a Nr. 2 UrhG in richtlinienkonformer Auslegung Vervielfältigungen zum Abruf von Webseiten nur dann, wenn der Nutzer weder weiß noch grob fahrlässig nicht weiß, dass er die Webseite nicht aufrufen darf, diese also nicht „offensichtlich rechtswidrig“ (im Sinne des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL) ist oder der Nutzer nicht freiwillig handelt. Ist § 44a Nr. 2 UrhG nicht direkt anwendbar, ist das Vervielfältigungsrecht zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen entsprechend einzuschränken.

bb) Verhältnis zu § 95a UrhG

Grundsätzlich gilt, dass die Vervielfältigung gem. § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt ist, sofern der Nutzer weder um die Rechtswidrigkeit der Zugänglichmachung weiß noch dies grob fahrlässig nicht weiß. Gleichzeitig sind die Voraussetzungen des § 95a Abs. 1 UrhG nicht erfüllt, da die Norm auf den gleichen Maßstab abstellt. Damit bestehen keine Ansprüche gegen den Nutzer, auch weil das Vervielfältigungsrecht nicht verletzt worden ist.

Dieser Befund kollidiert jedoch mit einer Ansicht in der Literatur. Diese geht davon aus, dass § 44a Nr. 2 UrhG nicht eingreift, wenn eine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG umgangen wird.¹²⁶⁰ Das wird vor allem mit der Entscheidung des Richtliniengebers

1259 Für §§ 69a ff. UrhG Wandtke/Bullinger/Grützmacher, UrhG § 69c Rn. 81; für §§ 87a ff. UrhG Wandtke/Bullinger/Hermes, UrhG § 87b Rn. 51, 54; zur gebotenen einheitlichen Behandlung siehe auch oben, 2. Teil § 3 B. I. 4. (S. 84).

1260 BeckOK UrhR/Schulz, UrhG § 44a Rn. 13; Wandtke/Bullinger/v. Welser, UrhG § 44a Rn. 19; wohl auch Janisch/Lachenmann MMR 2013, 213, 216.

in Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL (umgesetzt in § 95b UrhG)¹²⁶¹ begründet, der lediglich einen Anspruch auf Umgehungsmittel in bestimmten Situationen eingeführt hat, aber gerade kein Selbsthilferecht.¹²⁶² Die Anwendung dieser Meinung führt zu einer widersprüchlichen Situation bei Webseiten, die mit einer technischen Beschränkung gesichert sind, die zugleich eine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG darstellt.

Schließt man die Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG aufgrund des Vorliegens einer technischen Schutzmaßnahme aus und umgeht ein Nutzer leicht fahrlässig mithilfe seines Werbeblockers den Schutz, so ist dieser Nutzer mangels Anwendung des § 44a Nr. 2 UrhG und der dort zu verordnenden Subjektivierung Ansprüchen wegen der nicht erlaubten Vervielfältigung gem. §§ 97 Abs. 2, 1 S. 1, 16 Abs. 1 UrhG ausgesetzt. Das möchte § 95a Abs. 1 UrhG mit dem zusätzlichen Erfordernis eines subjektiven Merkmals aber gerade verhindern.

Andere gehen demgegenüber davon aus, dass das Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme die Anwendbarkeit der Schranke unberührt lässt.¹²⁶³ Diesen Stimmen ist in Bezug auf § 44a Nr. 2 UrhG beizupflichten. Ausgangspunkt ist, dass § 95a UrhG nur einen Annexschutz¹²⁶⁴ gewährt und deshalb ein Schutz stets die Existenz eines Schutzgegenstands voraussetzt. Maßgebend für die Reichweite des Schutzes muss deshalb grundsätzlich das Urheberrecht selbst sein. Im Falle des Eingreifens von § 44a Nr. 2 UrhG fehlt es gerade an einem verletzten Urheberrecht. Dass § 44a Nr. 2 UrhG, der Art. 5 Abs. 1 lit. a InfoSoc-RL umsetzt, eine Sonderstellung im Vergleich zu den übrigen Schranken hat, zeigt bereits, dass dieser im ersten Absatz steht, während die restlichen Schranken in Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL aufgezählt werden. Dieser Charakter wird auch dadurch untermauert, dass Vervielfältigungen von Schutzobjekten, auf die § 44a Nr. 2 UrhG eigentlich keine Anwendung findet, ebenso ein subjektives Merkmal gleich dem des § 44a Nr. 2 UrhG besitzen.¹²⁶⁵

1261 Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 1.

1262 Vgl. Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 6.

1263 OLG Düsseldorf GRUR 2007, 416, 419 – *Druckerabgabe* (zu § 53 UrhG); Dreier/Schulze/Dreier, UrhG § 53 UrhG Rn. 5; HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 23; Schricker/Loewenheim/Stieper, UrhG Vor §§ 44a ff. Rn. 59; Mitsdörfer/Gutfleisch MMR 2009, 731, 734; vgl. auch Hdb-UrhR/Peukert, § 82 Rn. 4: unterschiedliche Schutzrichtung; wohl auch EuGH MMR 2014, 401, 402 Rn. 25, 31 – *Nintendo*; zu § 53 Abs. 1 UrhG BGH GRUR 2016, 792, 798 Rn. 62 – *Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik*.

1264 Vgl. Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 3.

1265 Dazu 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (4) (S. 249).

Letztlich hat diese Auslegung ihre Wurzel in der Subjektivierung der öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. Wiedergabe), die, wie oben gezeigt,¹²⁶⁶ sich auf das Vervielfältigungsrecht über die Norm des § 44a Nr. 2 UrhG erstreckt. Die Subjektivierung der öffentlichen Zugänglichmachung durch die Merkmale der aktiven Rolle und des Erfordernisses einer Pflichtverletzung gestalten das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung als Teil des Urheberrechts aus. Diese Merkmale, die die Grenzen des Rechts bestimmen, müssen dann ebenso das Vervielfältigungsrecht ausgestalten. Vor diesem Hintergrund ist § 44a Nr. 2 UrhG so zu lesen, dass keine Schranke im Sinne einer Beschränkung vorliegt, sondern eine Ausgestaltung des Vervielfältigungsrechts im Sinne einer Ausnahme. Eine Schranke beschränkt das Recht und „nimmt etwas weg“, während § 44a Nr. 2 UrhG das Vervielfältigungsrecht selbst ausgestaltet und eine Grenze vorsieht: Hinter dieser bestand nie ein Vervielfältigungsrecht.

Allerdings widerspricht man so Art. 6 Abs. 3 S. 1 InfoSoc-RL, der allein auf den Willen des Rechtsinhabers abstellt, und Erwägungsgrund 33 zu Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, der demgegenüber auf den Willen des Rechtsinhabers und das Gesetz abstellt. Da Art. 11 WCT und Art. 18 WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT)¹²⁶⁷, die Vorlagen zu Art. 6 InfoSoc-RL, anders als die europäische Regelung ebenso auf den Willen des Rechtsinhabers und gesetzliche Erlaubnistatbestände abstellen, handelt es sich bei dem alleinigen Abstellen auf den Willen des Rechtsinhabers um eine bewusste Entscheidung. Allerdings ist die hier vertretene Auslegung erforderlich, um in mehrfacher Hinsicht widersprüchliche Konsequenzen zu vermeiden. Vielmehr ist diese Auslegung mit der Sonderstellung der „Schranke“ im 1. Absatz des Art. 5 InfoSoc-RL vom Richtliniengeber angelegt worden.

Nur beim Verständnis des § 44a Nr. 2 UrhG als Ausgestaltung des Vervielfältigungsrechts und damit unabhängig vom Vorliegen einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme (§ 95a Abs. 2 UrhG) kann die Subjektivierung des Vervielfältigungsrechts – und die damit geschützten Grundrechte – gewahrt werden. Die abzulehnende Ansicht würde hingegen dazu führen, dass das subjektive Merkmal des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL zumindest im Internet de facto ignoriert wird, da die Ansprüche wegen der Verletzung des Urheberrechts im Regelfall deutlich empfindlichere Konsequenzen nach sich ziehen als solche aufgrund der Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme.

1266 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).

1267 BGBl. [2011] II S. 860 ff. und ABl. EG L 89 vom 11. April 2000, S. 15.

Deshalb ist § 44a Nr. 2 UrhG unabhängig vom Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG anwendbar.

cc) Anwendung auf Werbeblocker

Dass der Nutzer eine für den Abruf mit Werbeblocker gesperrte Webseite aufruft und dabei einen umgehenden Werbeblocker nutzt, ändert nichts am Vorliegen eines Großteils der Voraussetzungen des § 44a Nr. 2 UrhG. Die Vervielfältigungen sind weiterhin vorläufig, flüchtig oder begleitend und stellen einen integralen und wesentlichen Teil eines technischen Verfahrens dar. Ob hingegen eine rechtmäßige Nutzung im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG vorliegt, hängt vom subjektiven Horizont der Nutzer ab. Eine Anwendung ist ausgeschlossen, wenn der Nutzer freiwillig und in voller Kenntnis der Sachlage – also in (grob fahrlässiger Un-)Kenntnis im Sinne des Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL – handelt.

Eine Freiwilligkeit wird beim Aufruf von Internetseiten stets vorliegen, da der Nutzer sich absichtlich „Zugang verschafft“. Wurde der umgehende Werbeblocker von einem Dritten installiert, z. B. dem Hersteller eines Browsers, ist die Lösung im Merkmal der (grob fahrlässigen Un-)Kenntnis zu suchen. Es ist davon auszugehen, dass die grob fahrlässige Unkenntnis (oder Kenntnis) nur in den seltensten Fällen vorliegen wird, da die unbemerkte Umgehung der Sperre gerade Ziel des Blockers ist.

Demgegenüber ist das Vorliegen grob fahrlässiger Unkenntnis (bzw. Kenntnis) denkbar, wenn z. B. der Werbeblocker explizit mit der Umgehung von Sperren wirbt oder die Nutzer Hinweise eingeblendet bekommen, dass der Besuch mit Werbeblocker verboten ist¹²⁶⁸ (und insoweit eine technische Beschränkung vorliegt) – wobei der Betreiber des Werbeblockers wahrscheinlich einiges daran setzen wird, den Hinweis auszublenzen. Selbst umfassende und häufige Medienberichte führen wohl nicht zu einer grob fahrlässigen Unkenntnis,¹²⁶⁹ da man wohl kaum eine Nachforschungspflicht bezüglich der auf dem Gerät installierten Software annehmen kann, sofern diese über seriöse Wege wie z. B. die Add-on-Sammlung des Browseranbieters heruntergeladen wird. Aus diesem Grund sind nur in seltenen Fällen Kenntnis bzw. grob fahrlässige Unkenntnis

1268 Vgl. *Martiny* MMR 2016, 579, 583 zu Geo-Blockern, zu diesen Fn. 1799.

1269 A. A. *Fromm/Nordemann/Czyschowski*, UrhG § 95a Rn. 40, der aber auch leichte Fahrlässigkeit genügen lässt.

und damit die Voraussetzungen einer Verletzung des Vervielfältigungsrechts anzunehmen.

Kann der Webseitenbetreiber grobe Fahrlässigkeit oder Kenntnis nachweisen, kommt eine Einschränkung des Anspruchs aus §§ 97 Abs. 1, 16 Abs. 1 UrhG der Webseitenbetreiber gem. § 242 BGB nicht infrage,¹²⁷⁰ denn nach hier vertretener Ansicht richten sich Ansprüche allein gegen bösgläubige Nutzer, sodass sich diese kaum auf einen Rechtsmissbrauch seitens des Rechtsinhabers berufen können.

c) Schranke des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG

Die Voraussetzungen der Privatkopieschranke gem. § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG werden ebenso vorliegen, weil die Norm wie der richtlinienkonform ausgelegte § 44a Nr. 2 UrhG auf die offensichtliche Rechtswidrigkeit abstellt. Die Privatkopieschranke basiert auf der fakultativen Ausnahme des Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL und kann wohl als europarechtskonform angesehen werden,¹²⁷¹ obwohl sie Vervielfältigungen von rechtswidrigen Vorlagen erfasst.¹²⁷² Zwar geht § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG über § 44a Nr. 2 UrhG hinaus, indem auch dauerhafte Vervielfältigungen von rechtswidrigen Vorlagen erlaubt werden, gleichzeitig sieht dieser aber wie § 44a Nr. 2 UrhG dies nur für leicht fahrlässig nicht als rechtswidrig erkennbare Vorlagen vor und enthält gleichzeitig mit § 54 Abs. 1 UrhG eine Vergütungspflicht.¹²⁷³ Diese ist grundsätzlich dazu geeignet, eine ungebührliche Verletzung der berechtigten Interessen des Rechtsinhabers im Sinne des Dreistufentests¹²⁷⁴ auszuschließen.

Da § 44a Nr. 2 UrhG ohnehin ephemere Vervielfältigungen nicht offensichtlich rechtswidriger Vorlagen erlaubt, bedeutet dies im hier zu beurteilenden Kontext letztendlich nur, dass die abgerufenen Webseiten gedruckt oder anderweitig (dauerhaft) festgelegt werden dürfen.

1270 So aber wohl *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 5.

1271 Vgl. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 17; *Specht* ZUM 2017, 582, 586.

1272 *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 17.

1273 *HK-UrhR/Dreyer*, UrhG § 53 Rn. 31 m. w. N.; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper*, UrhG § 53 Rn. 17.

1274 Vgl. *Senftleben* GRUR Int. 2004, 200, 211.

d) Ergebnis zum Vervielfältigungsrecht

Betreiber von Webseiten können grundsätzlich gegen die Nutzer von umgehenden Werbeblockern gem. §§ 97 Abs. 1, 16 Abs. 1 UrhG vorgehen. In der Praxis ist jedoch anzunehmen, dass der Nachweis der Bösgläubigkeit im Sinne einer offensichtlichen Rechtswidrigkeit, die europarechtskonform in § 44a Nr. 2 UrhG (bzw. wenn nicht anwendbar im Vervielfältigungsrecht) zu ergänzen ist, regelmäßig unmöglich sein wird, es sei denn, der jeweilige Werbeblocker wirbt explizit mit rechtswidrigem Verhalten und der Webseitenbetreiber kann nachweisen, dass ein entsprechend werbender¹²⁷⁵ Werbeblocker installiert war.

4. Ergebnis Schutz der Werbeblockersperren

Technisch wirkende Sperren auf Webseiten zum Schutz vor dem Abruf mit aktiviertem Werbeblocker sind grundsätzlich umfassend geschützt. Der Vorteil einer Sperre ist, dass diese immer eine technische Beschränkung des Publikums im Rahmen des Rechts der öffentlichen Zugänglichkeit gem. § 19a UrhG darstellt und daraus eine Verletzung dieses Rechts folgt bzw. spätestens nach einem einfachen Hinweis gegeben ist. Besonders wirkungsvoll wird dies dadurch, dass hieran neben den üblichen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen gem. §§ 97 Abs. 1, 19a UrhG leicht Schadensersatzansprüche gem. §§ 97 Abs. 2, 19a UrhG anknüpfen können, die ein hohes Abschreckungspotenzial haben. Insoweit besteht ein starker Schutz gegen Werbeblocker, die für Werbeblocker gesperrte Inhalte zugänglich machen.

Die für Ansprüche gegen Werbeblockerbetreiber praktisch weitgehend irrelevante Subjektivierung des § 19a UrhG ist – aus Sicht der Rechtsinhaber misslich – jedoch auch auf die das Vervielfältigungsrecht ausgestaltende Schranke des § 44a Nr. 2 UrhG anzuwenden. Dies hat zur Folge, dass – da die Nutzer zumeist Privatpersonen sind – eine Vermutung besteht, dass diese keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit der Vervielfältigung hatten. Kann der Webseitenbetreiber das Gegenteil nicht nachweisen, sind Vervielfältigungen nach § 44a Nr. 2 UrhG erlaubt. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Schranken inklusive § 44a Nr. 2 UrhG nach herrschender Meinung aufgrund von § 95b UrhG

1275 Was im Regelfall nicht möglich sein wird, da Werbeblocker nur über ihre Wirkung identifiziert werden, dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

nicht anwendbar sind. Eine Erstreckung dieses Grundsatzes auf § 44a Nr. 2 UrhG würde jedoch – neben der Beeinträchtigung der Grundrechte – zu Wertungswidersprüchen mit § 19a UrhG und § 95a Abs. 1 UrhG führen, sodass § 44a Nr. 2 UrhG unabhängig vom Vorliegen einer technischen Schutzmaßnahme anzuwenden ist. Ist § 44a Nr. 2 UrhG auf das jeweilige Schutzobjekt nicht anwendbar, so sind dessen Grundsätze entsprechend auf das jeweilige Vervielfältigungsrecht anzuwenden.

Damit zeigt sich, dass das europäische Urheberrecht im Falle einer Sperre der Inhalte für den Abruf mit Werbeblocker umfangreiche Abwehransprüche vorsieht. Das gilt trotz der faktisch nicht bestehenden Ansprüche gegenüber den Nutzern, da diese selbst bei einer umfassenden Durchsetzbarkeit einen hohen Einzelaufwand erforderten. Somit ist die Sperre sehr gut als Abwehrmaßnahme gegen Werbeblocker geeignet, das einzige konkrete Problem ist der Verlust der Reichweite, der durch blockierte Nutzer droht.¹²⁷⁶ Dieser Verlust ist allerdings die übliche Reaktion des Marktes auf Zugangsbeschränkungen jedweder Art und deshalb als marktimmant hinzunehmen.

Dieses Ergebnis bestätigt damit den hier diskutierten Teil der These.¹²⁷⁷ Ausgangspunkt ist, dass die urheberrechtliche Wertung das Lauterkeitsrecht bestimmt. Das setzt neben weiteren Punkten voraus, dass das Wertungsgefüge auf den Vertrieb von Werbeblockern passt, also wie hier Ansprüche aus dem Urheberrecht bestehen, die im Falle einer Beschränkung des Zugangs auf Nutzer, die Werbung tatsächlich empfangen, eingreifen. Die hier dargestellten Ansprüche zeigen damit, dass die urheberrechtliche Wertung so umfassend ist, dass sie den Konflikt abschließend regelt.

IV. Maßstäbe für die Übertragung der Wertung

Innerhalb dieses Abschnitts sollen die Maßstäbe für die Übertragung der urheberrechtlichen Wertung auf das Lauterkeitsrecht aufgezeigt werden. Dazu ist zuerst aufzuzeigen, wie das Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht ist (1.) und welche europäischen Implikationen bestehen (2.). Außerdem ist noch kurz auf die Grenze der Übertragung der Wertung hinzuweisen (3.).

1276 1. Teil § 1 B. VII. 2. (S. 58).

1277 Zu dieser oben, 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).

1. Verhältnis zwischen Urheberrecht und Lauterkeitsrecht

Grundsätzlich regeln Urheber- und Lauterkeitsrecht völlig unterschiedliche Gegenstände. Während das Urheberrecht ein absolutes Immaterialgüterrecht im Interesse des jeweiligen Rechtsinhabers schützt, untersagt das Lauterkeitsrecht bestimmte Verhaltensweisen im Interesse von Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern sowie der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 UWG).¹²⁷⁸

Kernaussage dieses Abschnitts ist, dass das Lauterkeitsrecht grundsätzlich den Wertungen des Urheberrechts folgt, sofern nicht Umstände vorliegen, die eine Abweichung rechtfertigen. Hierzu werden ausgehend vom Grundsätzlichen (a) beispielhaft typische Konfliktfälle dargestellt (b–d) und anhand des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets (e) gezeigt, dass häufig lauterkeitsrechtliche Streitigkeiten – verdeckt – durch urheberrechtliche Wertungen entschieden werden.

a) Allgemein

Das Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht ist umstritten.¹²⁷⁹ Allerdings können sich Rechtsprechung und Literatur auf einige Grundsätze einigen. Prinzipiell besteht Anspruchskonkurrenz,¹²⁸⁰ da sich die Regelungszwecke stark unterscheiden.¹²⁸¹ Während das Urheberrecht die persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) mit Blick auf vermögens- und persönlichkeitsrechtliche Aspekte schützt, stellt das Lauterkeitsrecht Verhaltensregeln für den Markt auf, die im Interesse seiner Teilnehmer und der Allgemeinheit (§ 1 UWG) zu wahren sind. Das Urheberrecht gewährt deshalb ein subjektives Ausschließlichkeitsrecht für den Schöpfer

1278 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Abrens*, UWG Einl. G Rn. 189 f., 208 f.; MüKoUWG/*Hauck*, Teil I A. Rn. 290.

1279 Z. B. grundsätzliche Anspruchskonkurrenz betonend *Fezer/Fezer*, UWG Einl. Rn. 447 ff.; UWG-HdB/*Eck*, § 22 Rn. 3 ff.; lex specialis: *Wandtke/Bullinger/Bullinger*, UrhG § 2 Rn. 160; zu § 4 Nr. 3 UWG *Fromm/Nordemann/A. Nordemann*, UrhG §§ 23/24 Rn. 99.

1280 BGH GRUR 2017, 79, 82 Rn. 37 – *Segmentstruktur*; GRUR 2011, 134, 140 Rn. 65 – *Perlentaucher*.

1281 UWG-HdB/*Eck*, § 22 Rn. 16.

und das Lauterkeitsrecht stellt demgegenüber auf bestimmte Handlungsmodalitäten als Verbotsgrund ab.¹²⁸²

Dabei wird jedoch stets betont, dass die Anwendung des Lauterkeitsrechts nicht zu Wertungswidersprüchen zum Urheberrecht führen darf, sodass dem Urheberrecht grundsätzlich der Wertungsvorrang zukommt.¹²⁸³ Dieser Wertungsvorrang liegt der Überlegung der negativen Begrenzungsfunktion zugrunde: Danach sind Ansprüche nach dem UWG insoweit ausgeschlossen, als der Schutzzweck der Tatbestände im jeweiligen Spezialgesetz das Verhalten erfasst.¹²⁸⁴ Daraus folgt, dass insbesondere klare Entscheidungen gegen einen Nachahmungsschutz beachtet werden müssen, soweit der Gesetzgeber die jeweiligen betroffenen Interessen berücksichtigt hat.¹²⁸⁵ Eine Unlauterkeit kann sich damit nur aus ergänzenden Umständen ergeben, die vom Sonderrechtsschutz nicht berücksichtigt werden.¹²⁸⁶

b) Ergänzender Leistungsschutz, § 4 Nr. 3 UWG

Bezüglich des ergänzenden Leistungsschutzes nach § 4 Nr. 3 UWG besteht weitestgehend Einigkeit, dass ein solcher, da Handlungsunrecht sanktionierend, grundsätzlich neben den (absoluten) gewerblichen Schutzrechten stehe.¹²⁸⁷ Grund dafür ist die unterschiedliche Schutzrichtung der Gesetze. So schützen die gesetzlichen Sondertatbestände unter bestimmten Voraussetzungen das Leistungsergebnis, während es für einen ergänzenden Leis-

1282 BeckOK UrhR/Ahlberg, UrhG § 2 Rn. 154; MüKoUWG/Hauck, Teil I A. Rn. 290.

1283 Fromm/Nordemann/A. Nordemann, UrhG §§ 23/24 Rn. 99; MüKoUWG/Hauck, Teil I A. Rn. 291; Köhler GRUR 2007, 548, 550; Ohly GRUR Int. 2015, 693, 697; vgl. auch Fuchs/Farkas ZUM 2015, 110, 123; Stieper WRP 2006, 291, 293.

1284 HK-UWG/Götting, Einl. Rn. 66; JurisPK-UWG/Ullmann, Einl. Rn. 137; wegen Art. 20 Abs. 3 GG; UWG-HdB/Eck, § 22 Rn. 16; Stieper GRUR 2017, 765, 766; Stieper WRP 2006, 291, 293; vgl. auch Köhler GRUR 2007, 548, 550; Ohly GRUR Int. 2015, 693, 698; zum Markenrecht Bornkamm GRUR 2005, 97, 99.

1285 Vgl. MüKoUWG/Hauck, Teil I A. Rn. 296; Bornkamm GRUR 2005, 97, 101 f.; in diese Richtung auch Fuchs/Farkas ZUM 2015, 110, 123; Stieper WRP 2006, 291, 293.

1286 JurisPK-UWG/Ullmann, Einl. Rn. 138; HK-UWG/Götting, Einl. Rn. 66; MüKoUWG/Hauck, Teil I A. Rn. 301; UWG-HdB/Eck, § 22 Rn. 24; Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 2 Rn. 160.

1287 JurisPK-UWG/Ullmann, UWG § 4 Nr. 3 Rn. 14.

tungsschutz nach § 4 Nr. 3 UWG erforderlich ist, dass bei der Leistungsübernahme besondere Umstände hinzutreten,¹²⁸⁸ die außerhalb des gesetzlichen Sondertatbestands, wie dem Urheberrecht, liegen.¹²⁸⁹ Im Urteil *Segmentstruktur* hat der BGH entschieden, dass für einen Leistungsschutz gem. § 4 Nr. 3 (und Nr. 4) UWG stets ein lauterkeitsrechtlich missbilligtes Verhalten vorliegen müsse.¹²⁹⁰ Allgemein wird aufgrund der Regelungsstruktur des § 4 Nr. 3 UWG – Unlauterkeit nur bei besonderen Umständen – die grundsätzliche Nachahmungsfreiheit im UWG betont.¹²⁹¹

c) Unmittelbarer Leistungsschutz, § 3 Abs. 1 UWG

Im Gegensatz zum ergänzenden Leistungsschutz vermittelt der unmittelbare Leistungsschutz nach § 3 Abs. 1 UWG ein absolutes Recht.¹²⁹² Im Zusammenhang mit dem Filmen von Amateurfußballspielen wurde ein Leistungsschutz abgelehnt, da stattdessen das Hausrecht des Veranstalters zur Sicherung des Exklusivitätsinteresses genutzt werden könne.¹²⁹³ Anlässlich des gleichen Sachverhalts wird betont, dass Exklusivitätsbelange abschließend in den güterzuordnungsrelevanten Regelbeispielen berücksichtigt seien,¹²⁹⁴ womit vor allem das Urheberrecht gemeint ist. Für „neue“ Güter könne ein Leistungsschutz nur dann angenommen werden, wenn der

1288 Wandtke/Bullinger/Bullinger, UrhG § 2 Rn. 160.

1289 Zum Urheberrecht BGH GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*; GRUR 2011, 134, 140 Rn. 65 – *Perlentaucher*; vgl. auch MMR 2003, 719, 723 – *Paperboy*; GRUR 1999, 325, 326 – *Elektronische Pressearchive*; GRUR 1997, 459, 464 – *CB-infobank I*; Fromm/Nordemann/A. Nordemann, UrhG §§ 23/24 Rn. 99; Fuchs/Farkas ZUM 2015, 110, 122; Ohly GRUR Int. 2015, 693, 698; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, S. 38; allgemein BGH GRUR 2016, 725, 728 Rn. 22 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*; GRUR 2013, 951, 954 Rn. 20 – *Regalsystem*; GRUR 2012, 58, 63 Rn. 41 – *Seilzirkus*; GRUR 2010, 80, 81 Rn. 18 – *LIKE-aBIKE*; GRUR 2002, 629, 631 – *Blendsege*; Fezer/Götting/Hetmank, UWG § 4 Nr. 3 Rn. 37; *Deutsch* GRUR 2009, 1027, 1031; kritisch Ruess/Slopek WRP 2011, 834, 841: „Scheinformel ohne Inhalt“.

1290 BGH GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*.

1291 Siehe nur BGH GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*; Fromm/Nordemann/A. Nordemann, UrhG §§ 23/24 Rn. 101; HK-UWG/Götting, Einl. Rn. 66; MüKoUWG/Hauck, Teil I A. Rn. 296.

1292 BGH GRUR 2016, 725, 728 Rn. 23 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm II*; Nemeček GRUR 2011, 292.

1293 BGH GRUR 2011, 436, 438 Rn. 27 – *hartplatzbelden.de*; kritisch Ohly GRUR 2011, 439, 440.

1294 Peukert WRP 2010, 316, 320.

Originalhersteller weder faktisch noch rechtlich in der Lage sei, die Übernahme zu verhindern, und auch sonst eine Amortisation seiner Investition nicht erreichen könne.¹²⁹⁵ Die Literatur fordert dementsprechend eine Schutzlücke in den sonstigen Sondertatbeständen als Voraussetzung für eine Anwendung des wettbewerblichen Leistungsschutzes.¹²⁹⁶

d) Gezielte Mitbewerberbehinderung, § 4 Nr. 4 UWG

Für § 4 Nr. 4 UWG stellt sich ebenso das Problem der Konkurrenz zu den Tatbeständen des Urheberrechts und anderer Immaterialgüterrechte. Der BGH hält zumindest für Nachahmungen stets ein lauterkeitsrechtlich missbilligtes Verhalten für erforderlich.¹²⁹⁷ Ähnlich hat der BGH im Fall *Perlentaucher* zur Veröffentlichung von Zusammenfassungen von Buchrezensionen entschieden.¹²⁹⁸ Die Vorinstanz hatte Ansprüche aus § 4 Nr. 10 UWG a. F. abgelehnt, da nach § 24 UrhG eine Befugnis zur Verwertung vorgelegen habe.¹²⁹⁹ Dies beanstandete der BGH nur insoweit, als in Bezug auf die urheberrechtliche Berechtigung eine Begründung verlangt wurde,¹³⁰⁰ nicht jedoch für den grundsätzlichen Schluss, dass eine Behinderung aufgrund der urheberrechtlichen Befugnis ausscheide.

Ohly sieht in „urheberrechtssnahen“ Konstellationen keine Berechtigung für die Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG.¹³⁰¹ Im Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie weist er darauf hin, dass aufgrund der Vollharmonisierung kein Urheberrechtsschutz „unter falscher Flagge“ gewährt werden dürfe.¹³⁰² Vom Urheberrecht nicht erfasste Handlungen dürften nicht pauschal aus Gründen verboten werden, die an die persönlichen und wirtschaftlichen Interessen des Rechtsinhabers anknüpfen.¹³⁰³ Teilweise wird

1295 *Peukert* WRP 2010, 316, 320.

1296 *Büscher* GRUR 2017, 105, 106; *Fuchs/Farkas* ZUM 2015, 110, 123; vgl. auch *Becker* GRUR 2017, 346, 353 f.; *Ruess/Slopek* WRP 2011, 834, 842; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 36; ähnlich *Sack* GRUR 2016, 782, 786.

1297 BGH GRUR 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*.

1298 BGH GRUR 2011, 134 – *Perlentaucher*.

1299 OLG Frankfurt NJW 2008, 770, 774 – *Abstract-Dienst*.

1300 Vgl. BGH GRUR 2011, 134, 140 Rn. 69 – *Perlentaucher*.

1301 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 702.

1302 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

1303 *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

ein Schutz fremder Einrichtungen generell abgelehnt, sofern kein Recht des geistigen Eigentums eingreife.¹³⁰⁴

e) Das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets

Trotz des Wertungsvorrangs des Urheberrechts gilt das Lauterkeitsrecht als Rettungsboot für diejenigen, die auf der schweren See des Immaterialgüterrechts Schiffbruch erleiden.¹³⁰⁵ Denn das Lauterkeitsrecht bietet im Gegensatz zu den absolut wirkenden Schutzrechten die Möglichkeit, „ausnutzendes“ Verhalten im Rahmen einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls für unlauter zu erklären. Gerade im Internet sind solche Fälle häufig anzutreffen, da Daten beliebig und ohne Qualitätsverlust vervielfältigt werden können.¹³⁰⁶ In solchen Fällen hat der BGH in mehreren Entscheidungen auf das „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets“ verwiesen. Diese Wertung überträgt – wie noch zu zeigen sein wird – die oben erarbeiteten Grundsätze zur Einwilligung im Urheberrecht und beeinflusst so das Ergebnis der Abwägung im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG in maßgeblicher Weise, soweit bestimmte Umstände bereits durch den Sonderschutztatbestand berücksichtigt werden.

aa) Rechtsprechung

Die Formulierung „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets“ findet sich auf aufseiten des BGH zuerst im *Paperboy*-Urteil zur

1304 Haedicke, FS Köhler (2014), S. 221, 225, 227.

1305 So anschaulich *Obly* GRUR Int. 2015, 693.

1306 Vor allem im Wege des Screen-Scrapings, bei dem Daten von einer Webseite abgerufen werden und vom Abrufenden selbst aufbereitet werden, z. B. durch eine Meta-Suchmaschine, die verschiedene Automobilbörsen durchsucht, dazu BGH GRUR 2011, 1018 – *Automobil-Onlinebörse* (Verhalten rechtmäßig), anders aber mit Verweis auf Schutz von Datenbanken (in Deutschland in den §§ 87a ff. UrhG umgesetzt) EuGH GRUR Int. 2014, 279 – *Innoweb*.

lauterkeitsrechtlichen Beurteilung des Deep-Linkings^{1307, 1308}. Dabei handelt es sich um eine Fortführung des vorinstanzlichen Urteils des *OLG Köln*: Nach diesem überwog das Interesse der Nutzer bzw. das der Allgemeinheit an der Ausnutzung der vollen Möglichkeiten des Internets dasjenige des Webseitenbetreibers an der Führung der Nutzer über die Startseite.¹³⁰⁹ Der *BGH* verkürzt das dahingehend, dass der Webseitenbetreiber die Beschränkungen in Kauf nehmen müsse, die sich aus dem Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets ergäben.¹³¹⁰ Außerdem sieht er als Negativabgrenzung die Möglichkeit vor, die Inhalte mit technischen Schutzmaßnahmen zu sichern.¹³¹¹ Beide Gerichte verweisen darauf, dass die Vorteile des Netzes wie der schnelle Zugriff auf Webseiten ebenfalls für die Seiten des Betreibers selbst gelten müssten, da dieser die Nutzung des Mediums selbst gewählt habe.¹³¹² Nach dem *BGH* ist deshalb der Abruf „öffentlich zugänglich gemachter“ Informationsangebote hinzunehmen,¹³¹³ womit er implizit auf den urheberrechtlichen Teil der Entscheidung verweist, nach dem der Rechtsinhaber die Nutzungen gerade selbst ermöglicht.¹³¹⁴

Dieser Linie folgt auch die Entscheidung *Automobil-Onlinebörse*, in der der *BGH* entschied, dass ein Abruf einer Datenbank ohne Umgehung technischer Schutzmaßnahmen lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden sei.¹³¹⁵ Insbesondere sei die Tätigkeit von Suchmaschinen hinzunehmen, wenn diese den Abruf mit Erlaubnis des Berechtigten „öffentlich zugänglich gemachter“ Inhalte erleichtere.¹³¹⁶ Diesen Bezug verstärkt der *BGH* noch durch den Verweis¹³¹⁷ auf die (primär urheberrechtliche) Entschei-

1307 Beim Deep-Linking („tiefen Verlinken“) wird ein Link auf die Unterseite eines Internetangebots gesetzt, sodass dem Betreiber der Webpräsenz unter Umständen die Werbeeinnahmen verloren gehen, die beim ansonsten notwendigen Besuch der Startseite angefallen wären. Im Falle des *Paperboys*, einem Nachrichtenaggregator, der ähnlich *Google News* Artikel nur anriss und verlinkte, entschied der *BGH* zulasten der klagenden Verlage, (MMR 2003, 719 – *Paperboy*); die gleiche Konstellation wurde in urheberrechtlicher Hinsicht in *EuGH GRUR* 2014, 360 – *Svensson* ebenso zugunsten des Verlinkenden entschieden.

1308 *BGH MMR* 2003, 719, 724 – *Paperboy*.

1309 *OLG Köln GRUR-RR* 2001, 97, 101.

1310 *BGH MMR* 2003, 719, 724 – *Paperboy*.

1311 *BGH MMR* 2003, 719, 724 – *Paperboy*.

1312 *BGH MMR* 2003, 719, 724 – *Paperboy*; *OLG Köln GRUR-RR* 2001, 97, 101.

1313 *BGH MMR* 2003, 719, 724 – *Paperboy*.

1314 *BGH MMR* 2003, 719, 722 – *Paperboy*.

1315 *BGH GRUR* 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse*.

1316 *BGH GRUR* 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse*.

1317 *BGH GRUR* 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse*.

dung *Session-ID*. Dort sah er im Verlinken unter Umgehung von beschränkenden Maßnahmen eine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG).¹³¹⁸ Im Urteil *Flugvermittlung im Internet* bestätigt der BGH seine bisherige Linie und verweist – anders als in *Automobil-Onlinebörse* – explizit auf das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets.¹³¹⁹ Zusätzlich stellt er fest, dass nur technisch wirkende Beschränkungen eine andere Wertung erlaubten.¹³²⁰

In die gleiche Richtung gehen die Entscheidungen *Werbeblocker I*¹³²¹ und *II*¹³²². Nach diesen ist das Verschaffen des Zugangs zu einer entgeltlichen Leistung unlauter, wenn dabei technische Schutzmaßnahmen umgangen werden. Auch hier setzt die Unlauterkeit das Umgehen einer Schutzmaßnahme voraus. Der Wille, nur gegen Entgelt zu leisten, reicht – anders als in der analogen Welt¹³²³ – nicht aus. Darüber hinaus weist der BGH im Urteil *Werbeblocker II* darauf hin, dass *ohne* die Nutzung technischer Schutzmaßnahmen der Webseitenbetreiber keinen Anspruch darauf habe, dass der Nutzer die Werbung konsumiert.¹³²⁴

bb) Literatur

Die Literatur stimmt den Ausführungen grundsätzlich zu,¹³²⁵ auch die Rechtsprechung der Instanzgerichte schließt sich dem zumeist an.¹³²⁶ Wie-

1318 BGH GRUR 2011, 56, 59 Rn. 27 – *Session-ID*.

1319 BGH GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 f. – *Flugvermittlung im Internet*.

1320 BGH GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 f. – *Flugvermittlung im Internet*; insoweit noch missverständlich GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 70 – *Automobil-Onlinebörse*.

1321 BGH NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*.

1322 BGH GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 31 – *Werbeblocker II*.

1323 Vgl. BGH GRUR 2010, 455, 458 Rn. 28 – *Stumme Verkäufer II*, dort geht der BGH grundsätzlich von Diebstahl bei der entgeltlosen Entnahme von Zeitungen aus „Stummen Verkäufern“ (gegen Diebstahl ungesicherte und unbewachte Auslagen von Zeitungen mit einem Einwurf für das zu zahlende Entgelt) aus.

1324 BGH GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werbeblocker II*.

1325 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 4 Rn. 4.48a; MüKoUWG/Wiebe, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55 f.; vgl. auch LG Frankfurt a. M. MMR 2006, 766, 767 – *Analoge Lücke*; Czychowski NJW 2014, 3277, 3278; Luckhaus K&R 2016, 313, 314; Nolte CR 2003, 924, 926; Ohly GRUR 2018, 996, 1003; Rolfß WRP 2017, 1437, 1440; Schapiro/Zdanowiecki MMR 2015, 497, 501; Wimmers/Schulz CR 2008, 170, 177; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 184; kritisch Lorenz jurisPR-ITR 16/2014, Anm. 3, C.; Wiebe MMR 2003, 724, 725.

1326 OLG Hamburg GRUR 2011, 728, 732 f. – *Automobil-Onlinebörse*.

be ordnet das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets als Teil des Allgemeininteresses am unverfälschten Wettbewerb im Sinne des § 1 S. 2 UWG ein¹³²⁷ und weist darauf hin, dass hiermit Kommunikation als zentrales Element des Wettbewerbs geschützt werde.¹³²⁸ Dieses sei insoweit eine medienspezifische Ausprägung aufgrund einer andersartigen ökonomischen Funktionsweise, da Netzwerkeffekte und die Eigenschaften digitaler Güter im Vordergrund stünden.¹³²⁹ Die Basis hierfür sieht er in der kostenlosen Bereitstellung von Informationen, andersartigen Geschäftsmodellen und der technischen Funktionsweise.¹³³⁰ Damit müsste er den Aspekt lediglich auf Ebene der Abwägung (z. B. im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG) berücksichtigen. Andere sehen die Argumentation des BGH im Urteil *Werbeblocker II* kritisch, da es letztlich auf eine Selbsthilfe hinauslaufe, bejahen aber für Werbeblocker die Grundidee der Fallgruppe, da die Schutzmaßnahme die Funktionsbedingungen des Marktes wiederherstellen und gleichzeitig die Maßnahme allen Beteiligten zur Verfügung stehe.¹³³¹

cc) Beurteilung und Abgleich mit dem Urheberrecht

Der Topos des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets ist im Kern urheberrechtlicher Natur. Auch die Konstellationen, in denen der Topos (lauterkeitsrechtlich) verwendet wird, sind „Fortsetzungen“ immaterialgüterrechtlicher Streitigkeiten. Stets war das Ziel, dem Ausnutzen der eigenen Leistung bzw. Inhalte durch Dritte einen Riegel vorzuschieben, während urheberrechtliche Ansprüche versagt blieben. Gleichzeitig machten die Kläger keine Umstände geltend, die neben dem (Aus-)Nutzen ihrer Leistung für eine Unlauterkeit sprachen¹³³² und damit nicht bereits durch das jeweilige Schutzrecht geregelt waren. So verneinte der BGH einen Schutz nach dem Lauterkeitsrecht mit einem Verweis auf das Urheberrecht bzw. zumindest urheberrechtliche Argumentationsmuster.

1327 MüKoUWG/Wiebe, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55; anders noch Wiebe MMR 2003, 724, 725.

1328 MüKoUWG/Wiebe, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 56.

1329 MüKoUWG/Wiebe, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55.

1330 MüKoUWG/Wiebe, 2. Aufl. (2014), Anh zu §§ 1-7 UWG A Rn. 55.

1331 Glöckner ZUM 2018, 844, 853.

1332 Anders lediglich im Fall *Flugvermittlung im Internet*, hier reichte der Vorwurf („täuschende[s]“ Setzen eines Hakens) jedoch nicht für eine Unlauterkeit aus, vgl. BGH GRUR 2014, 785, 788 Rn. 38 – *Flugvermittlung im Internet*.

Die erste Erwähnung im Paperboy-Urteil nimmt bereits auf die urheberrechtliche Wurzel Bezug. Mit dem Hinweis auf „öffentlich zugänglich gemachte“¹³³³ Inhalte rekurriert der *BGH* auf die im Urteil vorangegangenen urheberrechtlichen Ausführungen¹³³⁴ und überträgt so deren Ergebnis in das Lauterkeitsrecht. Diese Bezugnahme wiederholt sich in anderen Urteilen, wenn im lauterkeitsrechtlichen Kontext auf urheberrechtliche Entscheidungen verwiesen wird¹³³⁵ oder in der Entscheidung *Werbeblocker II* ein Anspruch auf den Empfang von Werbung verneint wird, sofern keine technischen Schutzmaßnahmen bestünden.¹³³⁶ Denn wie gezeigt, kann sich ein faktischer Anspruch auf Empfang der Werbung durch die Verwendung technischer Schutzmaßnahmen allein im Rahmen des Urheberrechts ergeben.¹³³⁷

Wiebes Ansatz mit der Verortung des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets als Ausdruck der Kommunikationsfreiheit ist verfehlt, da dieses Allgemeininteresse nicht der Kommunikation dient, sondern allein urheberrechtliche Wertungen überträgt.

Der Einwand, dass der Ansatz des *BGH* Selbsthilfe erfordere, ist nicht korrekt, zeigt aber einmal mehr die urheberrechtlichen Zusammenhänge. Das Selbsthilfe-Argument fällt ebenso im Zusammenhang mit dem Erfordernis von Schutzmaßnahmen im Rahmen der öffentlichen Zugänglichmachung (bzw. der öffentlichen Wiedergabe).¹³³⁸ Dieses Argument ist sowohl im Urheber- als auch Lauterkeitsrecht nicht stichhaltig. Die Verkehrserwartung fasst das Online-Stellen von Inhalten – zu Recht – als (im oben beschriebenen Rahmen) freies Zurverfügungstellen auf. Damit handelt es sich nicht um Selbsthilfe, sondern um die Konkretisierung der erteilten Einwilligung. Der Meinung ist lediglich dahingehend zuzustimmen, als dass angedeutet wird, dass nicht jede Maßnahme zur Selbsthilfe verlangt werden könne und abzuwägen sei, ob eine solche Maßnahme verlangt werden könne.¹³³⁹ Diese Angemessenheit ist aber gewährleistet,

1333 *BGH* MMR 2003, 719, 724 – *Paperboy*.

1334 *BGH* MMR 2003, 719, 722 – *Paperboy*.

1335 *BGH* GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 – *Automobil-Onlinebörse* verweist auf GRUR 2011, 56, 58 Rn. 27 – *Session-ID*: Eingriff in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung durch Deep-Linking nur bei der Umgehung von Schutzmaßnahmen.

1336 *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werbeblocker II*.

1337 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (a) (S. 209); zur vertraglichen Begründung eines Anspruchs unten, 4. Teil § 11 A. III. (S. 406).

1338 Siehe oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (b) (S. 74).

1339 Vgl. *Glöckner* ZUM 2018, 844, 853.

da die Anforderungen an eine Schutzmaßnahme im Rahmen des § 19a UrhG bzw. § 95a UrhG¹³⁴⁰ (und damit auch für § 4 Nr. 4 UWG)¹³⁴¹ als sehr niedrig anzusetzen sind. Die Abwägung der Interessen wurde insoweit bereits durch den Gesetz- bzw. Richtliniengeber getroffen.

Stattdessen überträgt das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets die anerkannten Grundsätze zum Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht auf das Internet. Nach diesem sind die urheberrechtlichen Wertungen vorrangig, soweit nicht zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände außerhalb des Urheberrechts vorliegen. Die Schutzlücke, die für einen lauterkeitsrechtlichen Schutz gefordert wird, ist beim Topos des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets bereits berücksichtigt, da Letzteres als Argument ausscheidet, sobald technische Schutzmaßnahmen eingesetzt werden. Dieser Einsatz begründet einerseits lauterkeitsrechtliche Ansprüche, andererseits aber auch urheberrechtliche, da dann aufgrund einer technischen Beschränkung keine Einwilligung in die fragliche Handlung vorliegt.

f) Ergebnis

Folglich sind gerade im digitalen Bereich geführte Konflikte häufig Fortsetzungen eines nicht gegebenen Urheberrechtsschutzes. Liegen keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände vor, so ist das Ergebnis der urheberrechtlichen Wertung auf das Lauterkeitsrecht zu übertragen. Diese Übertragung kann als anerkannt gelten, wird aber nur selten entsprechend thematisiert. Ein Beispiel hierfür ist das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets, welches letztlich der urheberrechtlichen Bestimmung der Einwilligung¹³⁴² entspricht.

Maßgebliches Kriterium für die Möglichkeit und Reichweite der Übernahme von Wertungen aus dem Urheberrecht ist die negative Begrenzungsfunktion der Sonderschutzrechte. Danach dürfen bewusste Entscheidungen des Gesetzgebers gegen einen Schutz durch ein Sonderschutzrecht nicht durch lauterkeitsrechtliche Interessenabwägungen konterkariert werden. Allerdings reicht die negative Begrenzungsfunktion nur soweit, wie das Urheberrecht die jeweiligen Interessen abschließend regelt. Aufgrund

1340 Zu § 19a UrhG 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209) und zu § 95a UrhG 4. Teil § 8 A. I. 2. (S. 354).

1341 Dazu unten, 4. Teil § 8 A. II. 2. b) (S. 377).

1342 Zu dieser oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

der umfassenden Berücksichtigung von sämtlichen Umständen des Einzelfalls im Lauterkeitsrecht sind dort auch weitere Interessen zu berücksichtigen, die ein von der urheberrechtlichen Wertung abweichendes Ergebnis rechtfertigen können. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Nutzung des jeweiligen Inhalts zumeist durch das Urheberrecht vollumfänglich geregelt ist, sodass z. B. nicht auf ein Ausnutzen der Inhalte verwiesen werden kann.¹³⁴³

2. Europäische Implikationen

Hier besteht die Besonderheit, dass die Regelungen des Urheberrechts durch die vollharmonisierende InfoSoc-RL¹³⁴⁴ vorgegeben sind. Das Ziel einer damit gebotenen richtlinienkonformen Auslegung nach Art. 288 AEUV¹³⁴⁵ ist, dass die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften so ausgelegt und ausgestaltet werden, dass das mit der Richtlinie angestrebte Ziel erreicht werden kann.¹³⁴⁶ Das umfasst insbesondere die Pflicht, selbst nicht zur Umsetzung der Richtlinie erlassenes Recht – einschließlich der deutschen Grundrechte¹³⁴⁷ – richtlinienkonform auszulegen und sich dabei so weit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten.¹³⁴⁸ Zwar regelt die Richtlinie das Lauterkeitsrecht als Teil des Wettbewerbsrechts nicht, vgl. Art. 9 InfoSoc-RL. Allerdings dürfen gesetzgeberische Entscheidungen durch das Lauterkeitsrecht nicht umgangen werden: Es darf also kein „urheberrechtsidentischer Schutz“ durch das Lauterkeitsrecht gewährt werden.¹³⁴⁹ Entscheidend ist hier ebenso, welche Interessen die Richtlinie regelt und ob weitere, unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen, die einen Schutz begründen können und insoweit nicht bei der Entscheidung des Gesetzgebers berücksichtigt worden sind.¹³⁵⁰

1343 *Obly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

1344 Zumindest im hier interessierenden Bereich, vgl. zur öffentlichen Wiedergabe *EuGH* GRUR 2014, 360, 361 Rn. 34 ff. – *Svensson*.

1345 *Calliess/Ruffert/Ruffert*, AEUV Art. 288 Rn. 78 m. w. N.

1346 *EuGH* Slg. 1990, I-4135, Rn. 8 – *Marleasing*.

1347 Zur InfoSoc-RL *BVerfG* GRUR 2012, 53 Rn. 53 – *Le-Corbusier-Möbel*; vgl. allgemein NJW 1987, 577, 582 – *Solange II*.

1348 *EuGH* GRUR 2012, 1269, 1271 Rn. 41 – *Purely Creative*; NJW 2006, 2465, 2467 Rn. 108 – *Adeneler*; Slg. 1990, I-4135, Rn. 8 – *Marleasing*.

1349 *Obly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

1350 Vgl. *Obly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

Damit ergäbe sich der dargestellte nationale Vorrang der Wertung des Urheberrechts vor dem Lauterkeitsrecht ebenso aus einer europarechtskonformen Auslegung. Diese ist jedoch nicht notwendig, da das deutsche Recht bereits das von der Richtlinie vorgegebene Verhältnis zwischen den beiden Normkomplexen umsetzt: nämlich Berücksichtigung der urheberrechtlichen Wertung im Lauterkeitsrecht, soweit keine zusätzlichen, vom Urheberrecht unberücksichtigten Umstände vorliegen.

3. Geltung für urheberrechtsfreie Inhalte

Diese Wertung muss auch auf Inhalte angewendet werden, die urheberrechtsfrei sind, sei es wegen Überschreitens der Schutzdauer oder Nichtvorliegens eines schutzfähigen Gegenstands. Die Urheberrechtsfreiheit muss dann ebenso für das Lauterkeitsrecht gelten.¹³⁵¹ Denn wie oben beschrieben, regelt die Wertung umfassend den Ausgleich zwischen Nutzungs- und Verwertungsinteressen von Nutzern, Allgemeinheit und Urhebern.

Der Wertungsvorrang folgt dabei nicht unmittelbar aus dem Urheberrecht, da bereits kein Schutzobjekt vorliegt. Allerdings kann in einem Erst-recht-Schluss gefolgert werden, dass, sieht das Urheberrecht die Nutzung geschützter Inhalte als frei an, das erst recht für ungeschützte Inhalte gelten muss.¹³⁵²

4. Ergebnis

Damit besitzt das Urheberrecht grundsätzlich Wertungsvorrang vor dem Lauterkeitsrecht, sofern keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen. Das heißt, dass die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts zu berücksichtigen ist, sodass ein Schutz nach lauterkeitsrechtlichen Normen nicht auf im Urheberrecht geregelte Umstände gestützt werden darf, sondern nur auf insoweit unregelte Aspekte, die nach den lauterkeitsrechtlichen Normen eine Unlauterkeit herbeiführen können. Diese Grundsätze sind in der Rechtsprechung anerkannt, werden jedoch nur selten klar ausgesprochen, so ist z. B. das vor allem lauterkeits-

1351 Vgl. MüKoUWG/Hauck, Teil I A. Rn. 304.

1352 Siehe zu den Auswirkungen der Urheberrechtsfreiheit im Falle einer Sperre unten, 4. Teil § 8 A. II. 2. c) (S. 379).

rechtlich gebrauchte „Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets“ eine im Kern urheberrechtliche Wertung. Für den hier interessierenden Bereich ist diese Auslegung nicht nur nach nationalem Recht geboten, sondern auch mit Blick auf den europarechtlichen Hintergrund der urheberrechtlichen Normen zwingend.

V. Anwendung der Wertung auf Werbeblocker

Innerhalb dieses Abschnitts soll gezeigt werden, dass die urheberrechtliche Wertung maßgebend für das lauterkeitsrechtliche Ergebnis bei der Bewertung von Werbeblockern ist, da alle zu berücksichtigenden Umstände entweder abschließend vom Urheberrecht berücksichtigt sind oder keine Unlauterkeit begründen können. Dazu wird zuerst die Ausgangsüberlegung (1.) dargestellt, um dann die Interessen und Argumente zu bewerten (2.), die in der Debatte um Werbeblocker immer wieder genannt werden.

1. Ausgangsüberlegung

Das im urheberrechtlichen Teil dargestellte Wertungsgefüge sieht grundsätzlich vor, dass Inhalte, die frei verfügbar im Internet sind, durch Dritte ohne Beschränkungen für eine vorübergehende Nutzung (§ 44a Nr. 2 UrhG) abgerufen werden dürfen. Diese urheberrechtliche Wertung ist auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung von Werbeblockern zu übertragen, was grundsätzlich – vorbehaltlich zusätzlicher unlauterkeitsbegründender Umstände – zur Zulässigkeit des Verhaltens führt. Fehlt es bereits an einem öffentlichen Zugänglichmachen durch den Werbeblocker, so muss der Abruf auch lauterkeitsrechtlich erlaubt sein. Diese Übertragung ist aufgrund der negativen Begrenzungsfunktion der Schutzrechte geboten, denn insoweit hat sich der Gesetzgeber bewusst gegen einen urheberrechtlichen Schutz entschieden. Gleichzeitig können Rechtsinhaber jederzeit durch einfache Maßnahmen den Zugang beschränken und damit bedingen. Verzichtet der Webseitenbetreiber auf technische Beschränkungen, so macht er deutlich, dass er einen Abruf der Inhalte nicht unter eine Bedingung stellt. Denn der Hauptkonflikt bei Werbeblockern bezieht sich darauf, inwiefern die durch die Inhalte generierte Aufmerksamkeit geschützt ist, also wer von der Zugangseröffnung letztlich profitiert. Diese Frage

– Monopolisierung des Zugangs zu Inhalten – ist eine urheberrechtliche und sollte deshalb vorrangig durch das Urheberrecht beantwortet werden.

Diese bewusste Entscheidung für die Rechtmäßigkeit des vorübergehenden (§ 44a Nr. 2 UrhG) Abrufs ist deshalb so weit zu übertragen, wie der Gesetz- bzw. Richtliniengeber durch das Urheberrecht die Interessen gegeneinander abgewogen hat. Im Fall von Werbeblockern gibt es keine darüberhinausgehenden – lauterkeitsrechtlich relevanten – Interessen oder Umstände, die ein von der urheberrechtlichen Wertung abweichendes Ergebnis begründen können.

2. Abgleich mit den in der Debatte genannten Aspekten

In diesem Abschnitt soll gezeigt werden, dass die bisher in der Debatte um Werbeblocker genannten Argumente weitgehend urheberrechtlicher Natur sind bzw. die zusätzlichen, vom Urheberrecht nicht erfassten Umstände keine Lauterkeit rechtfertigen können. Da für die lauterkeitsrechtliche Bewertung von Werbeblockern entscheidend ist, welche Interessen bereits abschließend vom Urheberrecht erfasst und miteinander in Ausgleich gebracht sind, sind zuerst die vom Urheberrecht grundsätzlich geregelten Interessen darzustellen (a). Danach werden alle in der Debatte genannten Interessen und Argumente bewertet und eingeordnet. Unter b) werden zuerst die vom Urheberrecht erfassten Aspekte behandelt, um dann unter c) auf die Umstände einzugehen, die vom Urheberrecht nicht geregelt werden und dementsprechend Grund für eine Unlauterkeit sein können.

a) Durch das Urheberrecht abstrakt geregelte Interessen

Da das Urheberrecht für die hier vorliegende Konstellation vollharmonisiert ist, kann direkt auf die durch die Richtlinie geregelten Interessen abgestellt werden. Denn selbst wenn das deutsche Urheberrecht weniger Interessen regeln würde, ist aufgrund richtlinienkonformer Auslegung ein Gleichlauf herzustellen. Mangels expliziter Kodifikation der geregelten Interessen bestehen auch keine Bedenken in Bezug auf den Wortlaut oder einen gegensätzlichen gesetzgeberischen Willen. Deshalb sind hier die in der InfoSoc-RL geregelten Interessen entscheidend.

Erstes Ziel der InfoSoc-Richtlinie ist nach Erwägungsgrund 1 InfoSoc-RL die Schaffung eines Binnenmarkts und dessen Schutz vor Verzerrungen. Deshalb ist ausweislich der Richtlinie u. a. ein einheitliches Vor-

gehen gegenüber technischen Entwicklungen geboten.¹³⁵³ Die Richtlinie berücksichtigt insbesondere das Recht des Eigentums einschließlich des geistigen Eigentums, das Recht der freien Meinungsäußerung und das Gemeinwohl.¹³⁵⁴ Im Zentrum stehen dabei die Interessen der Rechtsinhaber – einschließlich der Produzenten¹³⁵⁵ – an einer angemessenen Vergütung ihrer Werke. Die Gewährleistung dieser ist nicht nur im Interesse der Urheber, eine angemessene Vergütung ist ebenso aus Sicht der Allgemeinheit schützenswert¹³⁵⁶ und zwar sowohl in kultureller¹³⁵⁷ als auch in wirtschaftlicher¹³⁵⁸ Hinsicht, beispielsweise um den Vertrieb und die Entwicklung neuer Produkte zu fördern.¹³⁵⁹ Die Sicherung einer angemessenen Vergütung soll insbesondere neue Formen der Verwertung berücksichtigen.¹³⁶⁰ Dies geschieht u. a. durch eine weite Definition von Verwertungshandlungen¹³⁶¹ und einen rigorosen Schutz der Rechtsinhaber.¹³⁶² Gleichzeitig berücksichtigt die Richtlinie auch die Interessen der Nutzer bezüglich der Verwendung der Inhalte und dem Schutz der freien Meinungsäußerung.¹³⁶³

Im Zusammenhang mit der öffentlichen Zugänglichmachung von Inhalten hat der *EuGH* darüber hinaus darauf hingewiesen, dass die Richtlinie unter anderem das „Allgemeininteresse [...] im Umfeld der Digitaltechnik“ mit den anderen in der Richtlinie geschützten Interessen in Ausgleich bringen solle.¹³⁶⁴ Im Zusammenhang mit der Haftung für Links zu ohne Willen des Rechtsinhabers öffentlich zugänglich gemachten Inhalten wurde darauf hingewiesen, dass Links zum „guten Funktionieren“ des Internets beitragen und die in Art. 11 GRC verbürgte Meinungs- und Informationsfreiheit zu berücksichtigen sei.¹³⁶⁵

Der Regelungsanspruch der Richtlinie deckt sich mit dem deutschen Verständnis, welche Interessen im Urheberrecht zu berücksichtigen

1353 Erwägungsgrund 7 S. 2 InfoSoc-RL.

1354 Erwägungsgrund 3 InfoSoc-RL.

1355 Erwägungsgrund 10 InfoSoc-RL.

1356 Vgl. Erwägungsgrund 9 InfoSoc-RL.

1357 Erwägungsgründe 11, 12 InfoSoc-RL.

1358 Erwägungsgrund 4 InfoSoc-RL.

1359 Vgl. Erwägungsgrund 2 InfoSoc-RL.

1360 Vgl. Erwägungsgrund 5 InfoSoc-RL.

1361 Erwägungsgrund 21 InfoSoc-RL.

1362 Erwägungsgrund 22 InfoSoc-RL.

1363 Vgl. Erwägungsgründe 3, 31 InfoSoc-RL.

1364 *EuGH* GRUR 2018, 911, 914 Rn. 41 – *Cordoba*; zur Meinungsfreiheit Erwägungsgrund 3 InfoSoc-RL.

1365 *EuGH* GRUR 2016, 1152, 1154 Rn. 45 – *GS Media*.

sind.¹³⁶⁶ Die Richtlinie erfasst somit alle typischerweise betroffenen Interessen im Rahmen der Verwertung eines Werkes und bringt diese miteinander in Ausgleich.¹³⁶⁷ Zu diesem Zweck harmonisiert die Richtlinie das Urheberrecht in Bezug auf digitale Nutzungen weitestgehend¹³⁶⁸ voll.¹³⁶⁹

b) Vom Urheberrecht konkret erfasste Aspekte

In der Diskussion um Werbefblocker gibt es diverse Aspekte, die sowohl für als auch gegen einen Schutz der Webseitenbetreiber vor Werbefblockern sprechen. Dieser Abschnitt behandelt solche, die auf urheberrechtlichen Erwägungen basieren bzw. vom Urheberrecht berücksichtigte Interessen in den Vordergrund stellen, jedoch durch die Richtlinie abschließend erfasst sind und damit keine Auswirkungen auf die Beurteilung der Lauterkeit des Blockierens von Werbung haben. Die vom Urheberrecht erfassten Aspekte in der Debatte um Werbefblocker lassen sich in Interessen (aa) und Argumente (bb) einteilen, da sich Letztere einer Zuordnung zu einem bestimmten Inhaber von Interessen entziehen. Dabei soll gezeigt werden, dass die hier lauterkeitsrechtlich verwendeten Argumente – ähnlich dem Topos des Allgemeininteresses an der Funktionsfähigkeit des Internets – auf urheberrechtliche Erwägungen verweisen.

aa) Bereits geregelte Interessen

Hier sollen zuerst die Interessen der jeweiligen Gruppen – Webseitenbetreiber (1), Nutzer (2), Werbetreibende und Werbefblockerbetreiber (3) – beschrieben werden. Nach einer Zusammenfassung (4) folgt die Bewertung, inwieweit diese durch das Urheberrecht bereits geregelt sind. (5).

1366 Vgl. statt aller Schricker/Loewenheim/Loewenheim, UrhG Einl. Rn. 13 ff.

1367 Vgl. Hofmann ZUM 2018, 641, 645.

1368 Vgl. die fakultativen Ausnahmen in Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL.

1369 Vgl. EuGH GRUR 2014, 360, 362 Rn. 35 ff. – Svensson.

(1) Webseitenbetreiber

Die Webseitenbetreiber wollen allein ihre Inhalte monetarisieren und das über den Empfang von Werbung sicherstellen. Dieses Interesse ist in verschiedenen Rechtspositionen enthalten.

(a) Pressefreiheit

Fast immer wird auf die Pressefreiheit als maßgebliches Interesse der Webseitenbetreiber verwiesen. Ausgehend von einem möglichst umfassenden Schutz der Presse¹³⁷⁰ sind alle wesensmäßig mit der Pressearbeit zusammenhängenden Tätigkeiten geschützt.¹³⁷¹ Hiervon ist grundsätzlich auch der Anzeigenteil umfasst,¹³⁷² insbesondere im Hinblick auf die Finanzierung.¹³⁷³ Aus der von der Verfassung vorausgesetzten außenpluralen Mei-

1370 Bei Online-Inhalten könnte man prinzipiell auch an die Rundfunkfreiheit denken; allerdings ist es Konsens, dass die Umstände von Online-Medien – niedrige Markteintrittsschwelle, nicht linearer Konsum – nicht denen entsprechen, unter denen die Rundfunkfreiheit ausgestaltet worden ist (Dreier/*Schulze-Fielitz*, GG Art. 5 Rn. 88). Zudem werden Inhalte häufig identisch on- und offline veröffentlicht, was gegen eine unterschiedliche Behandlung spricht (*BVerfG* BeckRS 2016, 115217, Rn. 16 – *Gegendarstellung*), in jedem Fall sollten – zumindest für die hier berührten Fragen – die gleichen Maßstäbe wie für die Pressefreiheit angewendet werden, *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; vgl. auch *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 240 ff., der zumindest Streaming-Angebote als Rundfunk einordnet; allgemein v. Münch/Kunig/*Wendt*, GG Art. 5 Rn. 58; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 5 Rn. 48; in diese Richtung auch v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 132, 249. Im Weiteren wird pauschal die Pressefreiheit angewandt.

1371 V. Münch/Kunig/*Wendt*, GG Art. 5 Rn. 33.

1372 BGH GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 37 – *Werblocker II*; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 5 Rn. 35.

1373 *BVerfG* NJW 1984, 1101 – *Chiffreanzeige*; NJW 1987, 2987, 2992 – *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*; noch offengelassen in NJW 1967, 976, 977 – *Südkurier*; OLG Hamburg WRP 2018, 604, 616 Rn. 130 – *Adblock Plus*; OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; OLG München MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 38 – *Adblock Plus*; Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*; v. Münch/Kunig/*Wendt*, GG Art. 5 Rn. 32; M. Becker/F. Becker GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 769; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 7; *Gomille* GRUR 2017, 241, 242; *Kuhlmann* AfP 2016, 318; *Rostam* InTer 2017, 146, 149; *Thomale* MMR 2017, 789, 790; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5

nungsfreiheit¹³⁷⁴ folgt zwar prinzipiell ein Schutz der finanziellen Grundlagen eines Mediums¹³⁷⁵, welche eine Refinanzierung inklusive Gewinn ermöglichen.¹³⁷⁶ Dieser Schutz gewährt nicht nur die Garantie einer bestimmten, auch tradierten,¹³⁷⁷ Finanzierungsart,¹³⁷⁸ vielmehr stehen diese prinzipiell gleichwertig zueinander.¹³⁷⁹ Allerdings wird dem Anzeigengeschäft allgemein eine erhebliche Bedeutung zugebilligt.¹³⁸⁰

Hier müssen anzeigenfinanzierte Medien je nach Verbreitung von Werblockern erhebliche wirtschaftliche Verluste hinnehmen.¹³⁸¹ Eine (gerichtliche) Erlaubnis von Werblockern im Sinne einer Versagung eines Schutzes erschwert zumindest eine Möglichkeit der Finanzierung und beeinträchtigt damit die Pressefreiheit.¹³⁸² Einschränkend wird darauf hingewiesen, dass die Pressefreiheit nur die prinzipielle Möglichkeit Erlöse zu erzielen erfasse, aber nicht ein bestimmtes Geschäftsmodell zu verfolgen¹³⁸³ oder dieses beibehalten zu können.¹³⁸⁴ Auch Medienunternehmen

Rn. 153; *Kiersch*, Adblocking, S. 139; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 239; anders *Fezer/Osterrieth/Schönig*, S 1 Rn. 256; Werbefreiheit nach Art. 12, 2 GG.

1374 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 127; *Beater* AfP 2017, 277; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 321.

1375 *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 7; *Schippel* AfP 2017, 185, 186.

1376 *Beater* AfP 2017, 277; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Kiersch*, Adblocking, S. 139.

1377 Vgl. *Beater* AfP 2017, 277.

1378 Anders *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris): Schutz des Geschäftsmodells werbefinanzierter Online-Medien.

1379 *Beater* AfP 2017, 277.

1380 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 320; vgl. auch *BVerfG* NJW 1987, 2987, 2992 – *Landesmediengesetz Baden-Württemberg*.

1381 Siehe dazu oben, 1. Teil § 1 B. VI. (S. 56).

1382 Gegen einen „relevanten Eingriff“ aufgrund des Dazwischentretens der Nutzer *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 617 Rn. 131 – *Adblock Plus*.

1383 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 617 Rn. 133 f. – *Adblock Plus*; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 699; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 239.

1384 *Nink* CR 2017, 103, 107; kritisch *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 48 (juris); *Kiersch*, Adblocking, S. 139; vgl. auch *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795: keine Garantie der Finanzierungsfunktion von Bannerwerbung.

müssten sich grundsätzlich dem Wettbewerb stellen.¹³⁸⁵ So eingeschränkt wird die Pressefreiheit in Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt.¹³⁸⁶

(b) Institutsgarantie der Presse

Im Unterschied zur individual wirkenden Pressefreiheit schützt die Institutsgarantie die Presse an sich bzw. die Vielfalt der Presse.¹³⁸⁷ Ziel der Institutsgarantie ist eine freie und meinungsplurale Presse als ein „Wesenselement des freiheitlichen Staates“, die „für die moderne Demokratie unentbehrlich“ ist.¹³⁸⁸ Aufgrund der Entscheidung für eine privat organisierte Presse erfordert diese wiederum eine gewisse Rentabilität.¹³⁸⁹

Diese institutionelle Seite¹³⁹⁰ setzt damit dem freien Spiel der Marktkräfte eine als sehr weit zu verstehende Grenze.¹³⁹¹ Es müssen also allgemeine Bedingungen herrschen und ggf. hergestellt werden,¹³⁹² die den Betrieb von Presseunternehmen als Wirtschaftsbetriebe rentabel erlauben¹³⁹³ und

1385 OLG München MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; Fezer/Osterrieth/Schönig, S 1 Rn. 262, 266; Beater AfP 2017, 277; Raue WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 6; Kreutz, Werblockersoftware, S. 239; vgl. auch Luckhaus MMR 2017, 765, 766; zu Fernseh-Werblockern BGH NJW 2004, 3032, 3035 – *Werblocker I*.

1386 BGH GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 37 – *Werblocker II*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 38 – *Adblock Plus*; Nink CR 2017, 103, 107; Thomale MMR 2017, 789, 790 sieht eine rechtswidrige Vorzensur; Katsivelas, Recht & Netz (2018), S. 207, 237; Kiersch, Adblocking, S. 139; vgl. auch LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 47 – *Adblock Plus* „nicht berührt“; für eine starke Berücksichtigung Brüggemann, Online-Werblocker, S. 133 ff., 136; gegen eine Berücksichtigung Rostam InTer 2017, 146, 149; Kreutz, Werblockersoftware, S. 239; keine Verhinderung des Schaltens von Werbung.

1387 Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck/Paulus, GG Art. 5 Rn. 157.

1388 BVerfG NJW 1980, 1093, 1094; vgl. auch NJW 1966, 1603, 1604 – *Spiegel*.

1389 BVerfG NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*; Kuhlmann AfP 2016, 318, 320; vgl. auch Rostam InTer 2017, 146, 149.

1390 BVerfG NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*; Sachs/Bethge, GG Art. 5 Rn. 71.

1391 Vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Rn. 175; in diese Richtung auch Dreier/Schulze-Fielitz, GG Art. 5 I, II Rn. 42.

1392 BVerfG NJW 1966, 1603, 1604 – *Spiegel*: unter Umständen Pflicht zur Abwehr von Meinungsmonopolen. Zwar geht es bei Werblockern nicht um die Bildung von Monopolen, allerdings könnte es infolge der schwindenden Einnahmen zu einer Konzentration kommen, so Di Fabio MMR-Beilage 2016, 1, 7; vgl. auch BVerfG NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*.

1393 BVerfG NJW 1987, 239, 246 – *Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz*.

Anbietern einen chancengleichen Zugang zum Markt gewährleisten.¹³⁹⁴ Hieraus wird gefolgert, dass Bedingungen geschaffen werden müssen, die Meinungsmonopole verhindern und eine außenplurale Presse ermöglichen.¹³⁹⁵ Die Gewährleistung dieser allgemeinen Anforderungen bedeutet jedoch nicht, dass ein Anspruch auf die Sicherung einer bestimmten Finanzierungsform oder eines Geschäftsmodells besteht¹³⁹⁶ oder gar eines einzelnen Unternehmens.¹³⁹⁷ Dabei darf die Finanzierung aber durch den Staat nicht erschwert oder unmöglich gemacht werden.¹³⁹⁸ In Bezug auf Werblocker wird die Institutsgarantie aufgrund der grundsätzlich denkbaren Erschwerung der Finanzierung regelmäßig in die Abwägung mit eingestellt.¹³⁹⁹

(c) Berufsfreiheit

Werblocker beeinträchtigen die Webseitenbetreiber auch in deren Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG ggf. i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG),¹⁴⁰⁰ indem

1394 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 321.

1395 Vgl. *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 7; *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 138.

1396 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; *Hoffmann-Riem*, Kommunikationsfreiheiten, Art. 5 Rn. 153: keine Garantie wirtschaftlichen Erfolgs; strenger *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris): „unentbehrliche wirtschaftliche Voraussetzung“; vgl. auch *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 51 – *Adblock Plus*; sowie allgemein *BVerfG* NJW 1987, 2987, 2992 – *Landesmedien-gesetz Baden-Württemberg*, das – allerdings vor dem Internet – „zumindest für eine Übergangszeit“ den Einnahmen aus Wirtschaftswerbung für die Presse erhebliche Bedeutung beigemessen hat.

1397 *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8; *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 139.

1398 *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 248; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319.

1399 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); *ZUM-RD* 2015, 745, 748 – *AdBlock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 50 – *Adblock Plus*; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 9; *Raithe*, Werblocker im Internet, S. 168; vgl. zum UWG 1909 *BGH* GRUR 2004, 602, 604 – *20 Minuten Köln*; GRUR 1985, 881, 882 – *Blietal-Spiegel*; GRUR 1969, 287, 290 f. – *Stuttgarter Wochenblatt I*; GRUR 1956, 223, 225 – *Wochenbericht*; zur Rundfunkfreiheit NJW 2004, 3032 – *Werblocker I*; *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2030 – *Fernsehfee II*; vgl. auch *Beater* WRP 2012, 6, 8; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 239 f.

1400 *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); *LG München I* MMR 2015, 660, 663; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665; *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 147; *Kiersch*, Adblocking, S. 138; *Lempe*, Werblocker und Werbefinanzierung, S. 200.

sie die Refinanzierung und damit die Ausübung des Berufs erschweren. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Berufsfreiheit nur die Teilnahme am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen schützt.¹⁴⁰¹ Es wird die freie Betätigung im Wettbewerb geschützt, nicht vor Wettbewerb.¹⁴⁰² Art. 12 Abs. 1 GG ist dementsprechend nach Ansicht vieler zugunsten der Webseitenbetreiber zu berücksichtigen.¹⁴⁰³

(d) Meinungsfreiheit

Eher selten wird darauf verwiesen, dass Werbung grundsätzlich eine Meinung darstellt und dementsprechend die Pressefreiheit betroffen sei.¹⁴⁰⁴ Die Pressefreiheit umfasst die Veröffentlichung von Anzeigen Dritter, soweit diese selbst unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fallen.¹⁴⁰⁵ Damit wird die Meinungsfreiheit des Dritten in die Pressefreiheit des Verlags „eingebettet“. ¹⁴⁰⁶ In gleicher Weise kann der Verlag bei Eigenanzeigen und Hinweisen seine eigene Meinungsfreiheit geltend machen. Maßstab wäre damit grundsätzlich (auch) die Meinungsfreiheit. Diese erfasst allerdings nur die Freiheit, eine Meinung zu äußern, nicht jedoch, dass diese auch gehört wird.¹⁴⁰⁷

Ein Werblocker verhindert allerdings nicht die Äußerung. Zwar unterbindet er den Transport der Werbung zum Empfänger, allerdings besteht auf einen Abruf gerade kein Anspruch. Dies gilt erst recht, wenn der Nutzer die Äußerung nicht wahrnehmen möchte. Die Presse- bzw.

1401 *BVerfG* GRUR-RR 2011, 217, 218 – WM-Marken.

1402 *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 11.

1403 So *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 116 – *Whitelisting II*; MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 49 (juris); *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 47 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 663; *Gomille* GRUR 2017, 241, 242; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Rostam InTer* 2017, 146, 148; *Katsivelas*, *Recht & Netz* (2018), S. 207, 237; *Brüggemann*, *Online-Werblocker*, S. 147 f.; *Kreutz*, *Werblocker-Software*, S. 238.

1404 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 319; vgl. auch *Brüggemann*, *Online-Werblocker*, S. 146 f.; *Kiersch*, *Adblocking*, S. 140; *Kreutz*, *Werblockersoftware*, S. 238.

1405 *BVerfG* GRUR 2001, 170, 172 – *Benetton*.

1406 *BVerfG* GRUR 2001, 170, 172 – *Benetton*; *Sachs/Bethge*, GG Art. 5 Rn. 89; vgl. auch v. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 131.

1407 V. *Mangoldt/Klein/Starck/Starck/Paulus*, GG Art. 5 Rn. 96; *Sachs/Bethge*, GG Art. 5 Rn. 26a.

Meinungsfreiheit sind damit in Bezug auf die Meinungsfreiheit der Werbetreibenden nicht betroffen.¹⁴⁰⁸

(e) Grundrecht des Eigentums

Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG schützt zwar nicht vor Einwirkungen auf Gewinnchancen,¹⁴⁰⁹ allerdings davor, dass das (geistige¹⁴¹⁰) Eigentum überhaupt nicht mehr verwertbar ist und damit faktisch entwertet wird.¹⁴¹¹ Gegen eine solche Entwertung spricht jedoch die Möglichkeit, das jeweilige Medium nur gegen Entgelt zugänglich zu machen. Manche berücksichtigen die Eigentumsfreiheit dennoch.¹⁴¹²

(2) Nutzer

Die Nutzung von Werbeblockern erfolgt aus unterschiedlichen Gründen. Zumeist steht der Konsum von Webseiten ohne Werbung im Vordergrund, also letztlich ohne Ablenkung durch Anzeigen und deren (ungewünschte) „Informationen“ (a). Häufig ge- und erwünschter Nebeneffekt ist, dass so das Tracking (b) und Angriffe durch Malvertising¹⁴¹³ (c) erschwert werden. Schlussendlich schreiben einige den Nutzern auch ein Interesse an werbefinanzierten Inhalten zu, was gegen ein Verbot spreche.¹⁴¹⁴

1408 Kiersch, Adblocking, S. 140.

1409 Statt aller v. Münch/Kunig/Bryde, GG Art. 14 Rn. 21 m. w. N.; in Bezug auf Werbeblocker *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*.

1410 Vgl. dazu v. Münch/Kunig/Bryde, GG Art. 14 Rn. 17.

1411 Im Ergebnis auch *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8.

1412 Für eine Berücksichtigung *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 8; *Nink* CR 2017, 103, 107; zu Fernseh-Werbeblockern *KG* MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; explizit gegen eine Berücksichtigung *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 238; wieder anders *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 148: Vorrang von Art. 12 Abs. 1 GG.

1413 Bezeichnet den Vorgang, wenn mit Schadsoftware versehene Anzeigen ausgespielt werden, dazu oben, 1. Teil § 1 A. III. (S. 35).

1414 Vgl. *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 451.

(a) Nichtkonfrontiertseinwollen mit Werbung

Das Nichtkonfrontiertseinwollen mit Werbung lässt sich grundsätzlich darauf stützen, nur Informationen wahrnehmen zu wollen, die der Betrachter persönlich ausgewählt hat und auch wünscht. Im Hinblick auf klassische Werbeformen wird ein Schutz durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht angenommen,¹⁴¹⁵ auch in Bezug auf die Suggestivkraft der Werbung.¹⁴¹⁶ Manche verneinen für Werbeblocker eine Beeinträchtigung oder Verletzung aufgrund des selbstbestimmten Aufrufs der Webseite,¹⁴¹⁷ andere sehen zumindest im Verbot von Werbeblockern eine mögliche Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹⁴¹⁸

Diese beiden Gedanken spiegeln sich ebenso im häufiger herangezogenen Grundrecht, der negativen Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GG, wider.¹⁴¹⁹ Negativ deshalb, weil die vom Grundrecht geschützte Möglichkeit zur Information aus allgemein zugänglichen Quellen notwendigerweise auch die Nichtinformation aus anderen umfasst.¹⁴²⁰ Das Grundrecht ähnelt grundsätzlich dem in den Vereinigten Staaten von

1415 *BVerfG* NJW 1991, 910, 911; *BGH* NJW 2011, 1005, 1006 Rn. 9; NJW 2000, 2677, 2678 – *Telefonwerbung VI*; NJW 1999, 1864; NJW-RR 1995, 613, 1072 – *Telefonwerbung V*; *BVerwG* NJW 2006, 3367, 3369 f.; NJW 1991, 2920; NJW 1989, 2409; *OLG Bremen* NJW 1990, 2140; *OLG Frankfurt* NJW 1996, 934; *KG* NJW 2002, 379 f.; *VGH Mannheim* NJW 1990, 2145; *Gomille* GRUR 2017, 241, 243; *Spindler/Schmittmann* MMR-Beilage 9/2001, 10, 13; *Lempe*, Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 208 f.; anders *BVerfG* NJW 2002, 2938, 2939: Art. 2 Abs. 1 GG.

1416 *BGH* NJW 2011, 1005, 1006 Rn. 8; NJW 1989, 902, 903 – *Handzettel-Wurfsendung*.

1417 *Gomille* GRUR 2017, 241, 243; *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 322.

1418 *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 322; *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 158 f.; *Lempe*, Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 220 f.; wohl auch *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237.

1419 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 664; *Fezer/Mankowski*, S. 12 Rn. 75; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 9; *Gomille* GRUR 2017, 241, 245; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; *Lempe*, Werbeblocker und Werbefinanzierung, S. 241; vgl. auch *BVerfG* NJW 1970, 235, 236 f. – *Leipziger Volkszeitung*: Auswählenkönnen Grundtatbestand der Informationsfreiheit; grundsätzlich zur negativen Informationsfreiheit *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1340; *Fenchel*, Negative Informationsfreiheit, S. 89 ff.; allgemein zweifelnd *Dreier/Schulze-Fielitz*, GG Art. 5 I, II Rn. 84 m. w. N. zur Gegenansicht.

1420 *BVerwG* MMR 1999, 416, 418 – *Rundfunkgebührenpflicht*; *Jarass/Pieroth/Jarass*, GG Art. 5 Rn. 25.

Amerika entwickelten „right not to listen“¹⁴²¹ und greift ein, wenn man Informationen zwangsweise aufgedrängt bekommt und nicht ausweichen kann.¹⁴²² Ähnlich dem Meinungsbild zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht lehnen einige die Beeinträchtigung durch die Werbung ab,¹⁴²³ während die Mehrheit das Auswählenkönnen durch den Werblocker selbst schützen will.¹⁴²⁴

(b) Tracking

Einige Stimmen verweisen auch auf den Schutz vor Tracking als Interesse an der Nutzung von Werblockern.¹⁴²⁵ Dem steht insbesondere nicht der Regelungsanspruch der DS-GVO entgegen, die das Tracking bereits abschließend regelt. Die DS-GVO trifft keine Aussage dazu, ob jemand

1421 Ausführlich *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1339; *Fenchel*, Negative Informationsfreiheit, S. 101 ff.

1422 *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148; *Sachs/Bethge*, GG Art. 5 Rn. 57a.

1423 Vgl. *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsewerblocker); *Fikentscher/Möllers* NJW 1998, 1337, 1342 (Fernsehen); für eine Grundrechtsverletzung *Fenchel*, Negative Informationsfreiheit, S. 172 wegen der Monopolstellung aufgrund des Grundversorgungsauftrags.

1424 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 f. Rn. 46 – *Adblock Plus*; *OLG München* MMR 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 49 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 664; *Fezer/Götting/Hetmank*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 119; *Fezer/Mankowski*, S. 12 Rn. 75; *Fezer/Osterrieth/Schönig*, S. 1 Rn. 263 (Fernsehen); *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193 (Fernsehen); vgl. *Gomille* GRUR 2017, 241, 245; *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 27; *Rostam* InTer 2017, 146, 150; *Runkel* IPRB 2016, 81, 83; *Schmittmann* MMR 2001, 792, 795; *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 167; *Kiersch*, Adblocking, S. 143; *Raithel*, Werblocker im Internet, S. 162 f.; wohl auch *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 10; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 244 ff. vgl. auch *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2030 – *Fernseefee II*: Art. 2 Abs. 1 GG (Fernsehen); kritisch *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 38 – *Werblocker II*; gegen einen Grundrechtsschutz BeckRS 2019, 24563, Rn. 41 – *Werblocker III*; *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsehen); *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 50 (juris); *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 246; *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 365.

1425 *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 9; *Nink* CR 2017, 103, 107; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 231; *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 172 ff.; *Kiersch*, Adblocking, S. 145; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 247; vgl. auch *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 53 (juris), das auf eine isolierte Aktivierung der Anti-Tracking-Funktion hinweist.

Daten zur Verarbeitung herausgeben *muss*, sondern nur, ob der Verarbeitende sie nutzen *darf*.¹⁴²⁶ Im Zusammenhang mit Tracking gewährt grundsätzlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schutz der Nutzer.¹⁴²⁷ Grundüberlegung ist, dass der Schutz der Hoheit über die Preisgabe von Daten die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit schützt.¹⁴²⁸ Da Werbeblocker prinzipiell das Tracking erschweren, spricht das Recht auf informationelle Selbstbestimmung für deren Einsatz.¹⁴²⁹ Dass es speziellere und effektivere Programme bzw. Add-ons zur Verhinderung des Trackings gibt,¹⁴³⁰ ist irrelevant, da Werbeblocker in jedem Fall den Schutz verbessern.¹⁴³¹

(c) Malvertising

Teilweise wird auch der Schutz vor Malvertising als Interesse der Nutzer angeführt.¹⁴³² Für einen solchen spricht, dass § 13 Abs. 7 TMG, der die Sicherheitsanforderungen an Webseitenbetreiber regelt, dem Nutzer in letzter Konsequenz eine Mitverantwortung für die Sicherheit seines Endgeräts überträgt und hierfür u. a. Werbeblocker empfohlen werden.¹⁴³³

1426 Vgl. Art. 6 DS-GVO.

1427 Kiersch, Adblocking, S. 145.

1428 BVerfG NJW 1984, 419, 422.

1429 LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247 – *Adblock Plus* Rn. 37; ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816 – *Adblock Plus* Rn. 49; Di Fabio MMR-Beilage 2016, 1, 9; Nink CR 2017, 103, 107; Rostam InTer 2017, 146, 150.

1430 Vgl. Funk, Anti-Tracking-Dienste, <http://www.br.de/puls/themen/netz/anti-tracking-dienste-anonym-surfen-fuer-dummys-100.html> (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1431 Ausführlich Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 174 f.

1432 LG Hamburg ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; Herrmann/Laoutoumai IPRB 2014, 272, 274; Katsivelas MMR 2017, 286, 287; Meyer/Benzmüller/Simonis CR 2017, 274, 279 f.; Recke K&R-Beilage 2016, 22, 24 f.; Katsivelas, Recht & Netz (2018), S. 207, 232; Pfeifer, Recht & Netz (2018), S. 249, 257; Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 176; Kiersch, Adblocking, S. 147; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 248; Dachwitz, Interview mit Thorsten Schröder, <https://netzpolitik.org/2017/interview-ueber-adblocker-und-das-wohlergehen-der-schadsoftware-branche-das-problem-malvertising-nicht-aussitzen/> (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1433 Vgl. z. B. BSI, SICHER • INFORMIERT vom 10.11.2016, https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Newsletter/DE/BSIFB/BuergerCERT-Newsletter/2016_Sic

(3) Werbetreibende und Werbeblockerbetreiber

Die Interessen der Werbeblockerbetreiber und Werbetreibenden sind diametral: Beide möchten von der Anziehungskraft der Inhalte als Transportmittel für Werbung profitieren und können hierfür die Berufsfreiheit anführen,¹⁴³⁴ im Falle der Werbeblockerbetreiber unter Umständen auch die Eigentumsfreiheit.¹⁴³⁵

(4) Zusammenfassung der betroffenen Interessen

In Bezug auf Werbeblocker können die Webseitenbetreiber nach Ansicht der herrschenden Meinung also „nur“ die Presse-, Berufs- und Eigentumsfreiheit ins Feld führen. Diese richten sich durchweg darauf, die Werbung zusammen mit den Inhalten auszuliefern.

Die Nutzer haben demgegenüber ein Interesse daran, Werbung zu vermeiden und trotzdem die Inhalte konsumieren zu können. Letztlich knüpfen die genannten Interessen alle daran an, die „Gegenleistung“ nicht erbringen zu müssen bzw. eine bestimmte Form dieser zu vermeiden, sei es in Form der Aufmerksamkeit, von Daten oder dem mit Werbung

her-Informiert/23_Sicher-Informiert_10-11-2016.html (zuletzt zugegriffen am 19.06.2020).

1434 Für die Werbeblockerbetreiber *BGH GRUR* 2018, 1251, 1255 Rn. 37 – *Werbeblocker II*; *OLG München MMR* 2017, 756, 763 Rn. 165 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16 (juris) Rn. 50; *LG München I MMR* 2015, 660, 664; *LG Stuttgart K&R* 2016, 362, 364; *Di Fabio MMR-Beilage* 2016, 1, 8; *Nink CR* 2017, 103, 107; *Rostam InTer* 2017, 146, 150; *Katsivelas, Recht & Netz* (2018), S. 207, 237; *Brüggemann, Online-Werbeblocker*, S. 121; *Lempe, Werbeblocker und Werbefinanzierung*, S. 200; *Kiersch, Adblocking*, S. 140; zu Fernseh-Werbeblockern *BGH NJW* 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*; *OLG Frankfurt NJW* 2000, 2029, 2030 – *Fernsehfee II*; für die Werbetreibenden *Brüggemann, Online-Werbeblocker*, S. 150; *Kreutz, Werbeblockersoftware*, S. 244.

1435 Ebenso zu kostenlosen Werbeblockern mit Allowlisting-Funktion *LG Hamburg GRUR-RS* 2016, 20247, Rn. 37 – *Adblock Plus*; *Di Fabio MMR-Beilage* 2016, 1, 8; *Nink CR* 2017, 103, 107; zu Fernseh-Werbeblockern *KG MMR* 2002, 483, 485 – *Fernsehfee*; *LG Berlin ZUM-RD* 2000, 144, 148 (im konkreten Fall abgelehnt); *Funk/Zeifang MMR* 2004, 665, 666: „möglicherweise“; unentschieden *BGH NJW* 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*; dagegen *LG München I GRUR-RS* 2016, 6816 – *Adblock Plus* Rn. 49; vgl. auch *Holznagel/Brüggemann MMR* 2003, 767, 771 zur ähnlichen Situation der Kopiersoftwarehersteller bei Einführung des § 95a Abs. 3 UrhG, der den Vertrieb solcher Software verbietet.

einhergehenden Risiko¹⁴³⁶ von Schadsoftware. Diese Verweigerung der Gegenleistung bei gleichzeitigem Bezug der Inhalte ist damit als das Interesse an einer kostenlosen bzw. freien Nutzung der Inhalte zu verstehen.

Die Werblockerbetreiber und Werbetreibenden können für ihr Interesse, von der Anziehungskraft der Inhalte zu profitieren, beide die Berufsfreiheit anführen, die Werblockerbetreiber darüber hinaus unter Umständen auch die Eigentumsfreiheit.

(5) Erfassung durch das Urheberrecht

Eine Berücksichtigung der genannten Interessen im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung ist jedoch abzulehnen. Grund dafür ist, dass das Urheberrecht diese Interessen bereits regelt und in einen Ausgleich bringt. Wie gerade gezeigt, bringt das Urheberrecht grundsätzlich das (geistige) Eigentumsinteresse des Urhebers mit dem Nutzungsinteresse der Allgemeinheit in Ausgleich. Das urheberrechtliche Eigentum dient im hier behandelten Kontext vor allem der Sicherung des Exklusivitätsinteresses des Urhebers, sodass von dieser Monopolposition aus die Nutzung der so geschützten Inhalte monetarisiert werden kann. Letztlich bestimmt das Urheberrecht also, unter welchen Bedingungen dem Urheber die „Anziehungskraft“ der Inhalte zugutekommen soll, sei es durch Geldzahlungen oder Verkauf von Werbeflächen. Gleichzeitig enthält das Urheberrecht zahlreiche Ausnahmen (vgl. nur Art. 5 Abs. 2, 3 InfoSoc-RL, §§ 45 ff. UrhG), in denen die Interessen der Allgemeinheit an der freien Nutzung der Inhalte das Exklusivitätsinteresse überwiegen.

In Bezug auf Werblocker bleibt damit kein Raum mehr für Interessen, die sich auf die Nutzung der Inhalte – sowohl aus Sicht der Rechtsinhaber als auch Nutzer – beziehen. § 19a UrhG und §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG regeln diese abschließend. Insbesondere die Grundsätze zur Reichweite der Einwilligung in die öffentliche Zugänglichmachung in Verbindung mit der Möglichkeit, diese durch technische Beschränkungen zu begrenzen, ziehen eine klare Grenze zwischen erlaubtem und nicht erlaubtem Verhalten. Ist das Verhalten nach den urheberrechtlichen Normen erlaubt, bleibt damit grundsätzlich kein Raum für nationale Normen, die die Entscheidungsgewalt über Nutzungen entgegen der (europäischen) urheberrechtlichen Wertung dem Rechtsinhaber (wieder) zuweisen wollen.

1436 Bzw. eher dem System der Ausspielung von Werbung durch Dritte, vgl. dazu Meyer/Benzmüller/Simonis CR 2017, 274, 275 ff.

Diese Regelung der Reichweite des geistigen Eigentums ist wegen der negativen Begrenzungsfunktion der Sonderschutztatbestände grundsätzlich hinzunehmen.

Die Erwägungen gelten damit ebenso für die Berufsfreiheit. Bei Webseitenbetreibern besteht der Beruf allein in der Nutzung ihres (geistigen) Eigentums. Wird die Berufsfreiheit der Webseitenbetreiber abschließend geregelt, gilt dies ebenso für die Werbetreibenden, die helfen, das Produkt der Webseitenbetreiber zu monetarisieren.

Der Regelungsanspruch der InfoSoc-RL umfasst aber auch die Pressefreiheit, soweit die Webseitenbetreiber Letztere als Grund für einen Schutz anführen. Die vor allem durch die institutionelle Seite der Pressefreiheit angesprochene Diversität auf dem Markt für urheberrechtliche Inhalte regelt die Richtlinie implizit: Wenn davon gesprochen wird, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeiten im Internet zu schützen¹⁴³⁷ und gleichzeitig zur Schaffung von Werken ausreichende finanzielle Anreize zu bieten,¹⁴³⁸ geht der Gesetzgeber von einer Steigerung jedes urheberrechtlichen Schaffens aus. Dem dient ebenfalls der „rigorose“¹⁴³⁹ Schutz der Urheber. Diese Regelungen verneinen also implizit eine Konzentration der urheberrechtlichen Akteure.

Die Erwägungen in Bezug auf einen wachsenden Markt für urheberrechtlich geschützte Inhalte werden von der Richtlinie auch auf den Sektor der Presse bezogen. Zwar funktioniert der Markt für Presse im Internet teilweise anders als der für sonstige Inhalte, allerdings liegt dies vor allem an der für solche Dienste zumeist gewählten Vergütungsart, dem Werbeempfang. Dies kann wahrscheinlich auf die Kurzlebigkeit von journalistischen Inhalten und dem Nebeneinander von Print und Digital zurückgeführt werden, da das Internet zumindest im Anfangsstadium eher als Zweitverwertung gesehen wurde.¹⁴⁴⁰ Dass dem Richtliniengeber bewusst war, dass der Markt für Presseerzeugnisse unter Umständen anderen Regeln folgt, zeigt sich in Art. 5 Abs. 3 lit. c-f InfoSoc-RL, welche die Interessen der Presse bzw. der Berichterstattung berücksichtigen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine weitere Berücksichtigung nicht für erforderlich gehalten wurde.

1437 Erwägungsgrund 9, vgl. auch Gründe 3, 4, 10 InfoSoc-RL.

1438 Vgl. Erwägungsgründe 9, 10, 5 InfoSoc-RL.

1439 Erwägungsgrund 11 S. 1 InfoSoc-RL.

1440 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 110 – *Adblock Plus*.

Dass die Richtlinie die besonderen Interessen der Presse berücksichtigt, zeigen insbesondere die Urteile des *EuGH*, *PRCA*¹⁴⁴¹ und *Svensson*¹⁴⁴², in denen jeweils Presseunternehmen bzw. Journalisten klagten und der *EuGH* nicht auf deren Grundrechte einging, also keinen Anlass für eine Berücksichtigung sah. Insbesondere bei *Svensson* spielte es keine Rolle, dass vermutlich Werbung nicht angezeigt bzw. die Startseite mit Anzeigen umgangen wurde.¹⁴⁴³ Als Alternative hat der *EuGH* auf die Möglichkeit hingewiesen, die Inhalte gegen nicht gewollte Nutzungshandlungen durch eine technische Beschränkung zu sichern. Wie oben gezeigt, sind die Webseitenbetreiber bei einer solchen Sicherung umfassend durch das Urheberrecht geschützt.¹⁴⁴⁴

Eine Berücksichtigung der Belange der Presse im Rahmen des Urheberrechts zeigt sich weiterhin an der die InfoSoc-RL ergänzenden¹⁴⁴⁵ DSM-Richtlinie. Denn dass nun in Art. 15 DSM-RL ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger eingeführt wird, zeigt vor allem, dass der Richtliniengeber von einer abschließenden Regelung solcher Dienste und deren (urheberrechtlicher) Interessen durch die InfoSoc-RL ausgegangen ist. Insbesondere erfasst das Leistungsschutzrecht Werblocker nicht, da diese weder Vervielfältigungen ermöglichen noch einen Zugang eröffnen (außerhalb des nach Art 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, Art. 15 Abs. 3 DSM-RL erlaubten Bereichs).

Das bedeutet, dass der europäische Gesetzgeber die Interessen umfassend abgewogen hat, sodass die Wertungen der Richtlinie sich ebenso auf den Pressemarkt als Teil des allgemeinen Markts für urheberrechtliche Inhalte beziehen und es keine pressespezifischen Besonderheiten gibt, die in der Richtlinie nicht berücksichtigt worden sind, auch nicht das Allgemeininteresse an einem pluralen Pressemarkt. Die seit dem Ende des Jahres 2002 anzuwendenden Regelungen haben sich also insoweit nach Ansicht des Richtliniengebers bewährt. Dieses Ergebnis der europäischen Interessenabwägung – urheberrechtliche Freiheit des Abrufs im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL, solange keine technische Beschränkung existiert – regelt den Konflikt zwischen Pressefreiheit und Nutzungsinteresse der Leser abschließend.

1441 *EuGH* GRUR 2014, 654, 654 ff. – *PRCA*.

1442 *EuGH* GRUR 2014, 360, 360 ff. – *Svensson*.

1443 Vgl. *EuGH* GRUR 2014, 360, 362 Rn. 29 – *Svensson*.

1444 Und zwar gegenüber Werblockerbetreibern (2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185)) und Nutzern (2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229)); zu den daneben infrage kommenden weiteren Ansprüchen 4. Teil § 8 (S. 350).

1445 Vgl. Erwägungsgrund 3 S. 4 DSM-RL.

Dieser Ausgleich gilt nicht nur für die Interessen der Nutzer als Konsumenten, sondern ebenso für die Werblockerbetreiber als Bereitsteller des technischen Mittels. Denn auch bezüglich der Nutzung technischer Mittel zum Abruf urheberrechtlich geschützter Inhalte hat die EU abschließende Regelungen verabschiedet: Einerseits bezüglich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe (bzw. Zugänglichmachung)¹⁴⁴⁶, das sehr umfassend ausgestaltet ist,¹⁴⁴⁷ andererseits dahingehend, dass gleichzeitig die „bloße“ Bereitstellung von Einrichtungen im Sinne des Erwägungsgrunds 27 InfoSoc-RL¹⁴⁴⁸ nicht erfasst ist. Eröffnen diese Mittel (einer Öffentlichkeit) aber den Zugang zu Inhalten, so liegt eine öffentliche Zugänglichmachung mit einer Haftung des Vertreibers vor.¹⁴⁴⁹ Hieraus lässt sich folgern, dass damit ebenso alle Mittel – aus einer urheberrechtlichen Perspektive – erlaubt werden, die keine der Voraussetzungen erfüllen.

(6) Ergebnis

Damit erfasst die Richtlinie alle genannten Interessen der beteiligten Personen abschließend. Eine Berücksichtigung dieser Interessen scheidet aufgrund der negativen Begrenzungsfunktion des Urheberrechts als Sonderschutztatbestand grundsätzlich aus.

bb) Urheberrechtlich begründete Argumente

Neben diesen Interessen werden weitere, nicht eindeutigen Gruppeninteressen zuordenbare Argumente vorgebracht. Diese beruhen aber zumeist auf im Kern urheberrechtlichen Wertungen und unterstützen so die These, dass die urheberrechtliche Wertung vorrangig zu berücksichtigen ist.

1446 Zum Verhältnis zwischen den Rechten der öffentlichen Zugänglichmachung und Wiedergabe 2. Teil § 4 C. III. 2. a) (S. 186).

1447 Vgl. Erwägungsgrund 21 InfoSoc-RL.

1448 Vgl. dazu auch *EuGH* MMR 2017, 460, 462 Rn. 38 ff. – *Filmspeler*.

1449 *EuGH* MMR 2017, 460, 463 Rn. 53 – *Filmspeler*.

(1) Nichtvornahme der Sperren

Von den Befürwortern einer Lauterkeit der Nutzung von Werbeblockern wird die Nichtvornahme von Sperren seitens der Webseitenbetreiber angeführt.¹⁴⁵⁰ Zur Begründung werden häufig die Urteile des BGH zum Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets¹⁴⁵¹ herangezogen, nach denen ohne Sperren zugänglich gemachte Inhalte abgerufen werden dürfen.¹⁴⁵² In die gleiche Richtung weist die Argumentation, dass die Webseitenbetreiber diverse Möglichkeiten zur alternativen Ausgestaltung ihrer Geschäftsmodelle und Internetseiten hätten.¹⁴⁵³

Die urheberrechtliche Wurzel zeigt sich besonders deutlich im Verweis auf das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets, welches eine originär urheberrechtliche Wertung darstellt.¹⁴⁵⁴ Der Hinweis,

1450 OLG Hamburg WRP 2018, 604, 615 f. Rn. 121 ff. – *Adblock Plus*; LG Stuttgart K&R 2016, 362, 364; Luckhaus K&R 2016, 313, 314; Raue WRP 2017, 1363; Kiersch, Adblocking, S. 136 f.; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 257 ff.; vgl. auch Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 97; dagegen im Rahmen des Deliktsrechts M. Becker/F. Becker GRUR-Prax 2015, 245, 248: Schutz unabhängig von Sperren.

1451 Zu diesem und den Urteilen des BGH ausführlich oben, 2. Teil § 4 C. IV. 1. e) (S. 261).

1452 Vgl. OLG Hamburg WRP 2018, 604, 615 f. Rn. 121 ff. – *Adblock Plus*, das ebenso argumentiert; LG Stuttgart K&R 2016, 362, 364; Köhler WRP 2014, 1017, 1022; Raue WRP 2017, 1363; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 258; ähnlich Luckhaus K&R 2016, 313, 314.

1453 BGH GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werbeblocker II*; OLG München MMR 2017, 756, 763 Rn. 166 – *Whitelisting I*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 51 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 664; LG Stuttgart K&R 2016, 362, 364; Alexander GRUR 2017, 1156, 1157; Kreutz WRP 2018, 621, 622; Lehmann GRUR-Prax 2018, 511: Mittel des Wettbewerbs; Luckhaus MMR 2017, 765, 766; Luckhaus K&R 2016, 313, 314; Nink CR 2017, 103, 107; Raue WRP 2017, 1363; Rostam InTer 2017, 146, 149 f.; Wiebe/Kreutz K&R 2017, 697, 699; Zerbst jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; Katsivelas, Recht & Netz (2018), S. 207, 238; Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 218; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 265 f.; sehr weitgehend OLG Hamburg WRP 2018, 604, 614 Rn. 111 f. – *Adblock Plus*; Ziebarth VuR 2018, 257, 261: Finanzierung aus klassischen Entgelten ist ausreichend; vgl. auch Gomille GRUR 2017, 241, 247; kritisch Derfler/Leven K&R 2018, 768, 769; dagegen LG Berlin K&R 2016, 360, 361: keine zumutbaren Mittel; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16 (juris) Rn. 50, 55: unverhältnismäßig; kritisch im Rahmen des Kartellrechts BGH BeckRS 2019, 24563, Rn. 32 – *Werbeblocker III*; zu Fernseh-Werbeblockern wie hier NJW 2004, 3032, 3035 – *Werbeblocker I*; KG MMR 2002, 483, 485 – *Fernsehfee*; Funk/Zeifang MMR 2004, 665, 666.

1454 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. IV. 1. e) cc) (S. 264).

Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker mithilfe von Sperren auszuschließen, hat letztlich den gleichen Inhalt, da diese vor allem durch das Urheberrecht geschützt sind.¹⁴⁵⁵

(2) Unternehmerisches Risiko

Der Verweis auf die Alternativen enthält immer auch – mehr oder minder implizit – den Hinweis, dass es Aufgabe der Webseitenbetreiber sei, im Markt zu bestehen.¹⁴⁵⁶ Vor allem die Sperre droht sich in Reichweitenverlusten niederzuschlagen.¹⁴⁵⁷ Die Webseiten müssten die Nutzer überzeugen, dass – bei einer Sperre – die gebotenen Inhalte den Empfang von Werbung bzw. das jeweilige Entgelt wert sind.¹⁴⁵⁸

Letztlich stellt diese Argumentation auf das allgemeine unternehmerische Risiko ab und damit auf die grundsätzliche Gefahr, die dem Anbieten eines Gutes innewohnt: Ist die verlangte Gegenleistung zu hoch, wandern die Nutzer ab. Dieses Argument ist zwar kein spezifisch urheberrechtlicher Aspekt,¹⁴⁵⁹ allerdings schafft das Urheberrecht die grundsätzliche Möglichkeit, Inhalte zu monetarisieren und entscheidet sich damit für den marktwirtschaftlichen Ansatz.¹⁴⁶⁰ So wird deutlich, dass der Richtliniengeber dem Rechtsinhaber dieses Risiko zugewiesen hat. Deshalb ist es auch grundsätzlich irrelevant, dass die Webseitenbetreiber durch die Ausspernung von Werbeblockern Reichweitenverluste hinnehmen müssen. Mangelnde Konkurrenzfähigkeit ist kein Schutzwürdigkeitskriterium.¹⁴⁶¹

1455 Gegenüber Werbeblockerbetreibern 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185), gegenüber Nutzern 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229), sowie nach § 95a UrhG (Werbeblockerbetreiber 4. Teil § 8 A. I. (S. 351), Nutzer 4. Teil § 8 B. (S. 381)) und nach dem UWG 4. Teil § 8 A. II. 2. (S. 374).

1456 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 110 – *Adblock Plus*; *Lehmann GRUR-Prax* 2018, 511; *Katsivelas*, *Recht & Netz* (2018), S. 207, 238.

1457 *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16 (juris) Rn. 50; *Thomale* MMR 2017, 789, 790: keinerlei Möglichkeiten; vgl. *BGH BeckRS* 2019, 24563, Rn. 32 – *Werbeblocker III* (zum Kartellrecht); siehe oben zu den Auswirkungen, 1. Teil § 1 B. VII. 2. (S. 58).

1458 Vgl. *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 614 Rn. 111 f. – *Adblock Plus*; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *LG München I* MMR 2015, 660, 664; vgl. *Brüggemann*, *Online-Werbeblocker*, S. 209.

1459 Vgl. *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364.

1460 Vgl. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim*, *UrhG Einl.* Rn. 30.

1461 So mit Recht *Kiersch*, *Adblocking*, S. 137.

(3) Kein „Deal“

Es wird teilweise darauf verwiesen, dass die Nutzer sich dem „Deal“ mit den Webseitenbetreibern, Inhalte gegen Werbeempfang, mangels Verbindlichkeit¹⁴⁶² jederzeit entziehen könnten.¹⁴⁶³ Eine Verbindlichkeit kann – neben einer vertraglichen Bindung – allein das Urheberrecht begründen, in dem der Webseitenbetreiber den Abruf bedingt. Existiert keine solche technisch besicherte Bedingung, erlaubt das Urheberrecht den Abruf. Damit verweist dieses Argument ebenso auf urheberrechtliche Erwägungen.

(4) Unfähigkeit der Nutzer zur eigenständigen Blockade

Die Rechtmäßigkeit von Werbeblockern für das Fernsehen wurde häufiger mit dem Argument begründet, dass diese lediglich das Umschalten automatisierten und dahingehend nur ein ohnehin erlaubtes Verhalten vereinfachten.¹⁴⁶⁴ Im Umkehrschluss dazu begründen manche die Unlauterkeit damit, dass durchschnittliche Nutzer Werbung im Internet nicht blockieren könnten.¹⁴⁶⁵

Diese Argumentation verweist implizit auf das Vorhandensein einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG. Allein diese Norm stellt Voraussetzungen auf, unter denen ein Abruf von Inhalten verboten ist.¹⁴⁶⁶ Fehlt es demgegenüber an einer technischen Beschränkung, so ist es irrelevant, ob der Durchschnittsnutzer zum Umgehen ein Hilfsmittel braucht. Hier liegt gerade keine technische Beschränkung im Sinne des

1462 Zum Nichtbestehen eines Vertrags unten, 4. Teil § 11 A. II. (S. 403).

1463 Ähnlich *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; *Nink* CR 2017, 103, 107; vgl. auch *Pfeifer*, *Recht & Netz* (2018), S. 249, 257; *Kreutz*, *Werbeblockersoftware*, S. 188 ff.

1464 Vgl. *OLG Frankfurt* NJW 2000, 2029, 2029 f. – *Fernsehfee II*; vgl. *KG* MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; *ZUM-RD* 2000, 17, 19 – *TV-Werbeblocker*; *LG Frankfurt a. M.* MMR 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*; *Fezer/Osterrieth/Schönig*, S. 1 Rn. 263; *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665, 666.

1465 *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 56 (juris); *Thomale* MMR 2017, 789, 790; dagegen *Pfeifer*, *Recht & Netz* (2018), S. 249, 256; *Weiler* jM 2019, 280, 282; *Kreutz*, *Werbeblockersoftware*, S. 201.

1466 Man könnte ebenso an § 95a UrhG denken, allerdings ist, wie oben gezeigt (2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211)), im hier vorliegenden Kontext nach § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG notwendige Voraussetzung für einen entsprechenden Schutz.

§ 19a UrhG vor, sodass der Abruf der Inhalte erlaubt ist. Andernfalls würden die Voraussetzungen des § 19a UrhG unterlaufen und das Urheberrecht überdehnt.

(5) Zweck des Blocklistings

Eine Unlauterkeit wegen des Zwecks des Blocklistings wird verschiedentlich angedeutet, wenn davon gesprochen wird, dass Sinn und Zweck des Werbeblockers nicht sein dürfe, dem Betreiber eine Einnahmequelle zu verschaffen.¹⁴⁶⁷ Man kann entweder grundsätzliche Bedenken wegen einer Kommerzialisierung des Blocklistings (a) haben oder eine solche vor allem im Falle des Allowlistings als Zweck (b) ablehnen.

(a) Kommerzialisierung

Dass das Blocklisting dem Allowlisting dient, hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Beurteilung des Blocklistings. Zuerst liegt das daran, dass eine Kommerzialisierung des Blocklistings grundsätzlich erlaubt ist. Da nach der urheberrechtlichen Wertung der Zugang frei ist, kann dieser so geschaffene Zugang ebenso frei kommerzialisiert werden. Der Vermögenswert „Zugang zu den Inhalten“ ist dem Webseitenbetreiber aufgrund seiner eigenen Entscheidung – dem unbeschränkten Einstellen – nicht mehr zugewiesen und damit prinzipiell nutzungsfrei. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass die unterbliebene Differenzierung des Urheberrechts bezüglich der Nutzung bewusst geschieht, denn das Urheberrecht unterscheidet in anderen Normen zwischen privaten und kommerziellen Nutzungen, z. B. in § 53 Abs. 1 UrhG (Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) oder § 60e Abs. 4 UrhG (Art. 5 Abs. 3 lit. n InfoSoc-RL). Fehlt demgegenüber eine Differenzierung, wie hier, regelt das Urheberrecht – sofern keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände oder technische Beschränkungen vorliegen¹⁴⁶⁸ – abschließend die Frage, ob die Leistung des Webseitenbetreibers durch den Werbeblockerbetreiber kommerzialisiert werden darf.

1467 Raue WRP 2017, 1363, 1364; Kiersch, Adblocking, S. 163; vgl. auch BGH BeckRS 2019, 24563, Rn. 42 – Werbeblocker III (zum Kartellrecht).

1468 Vgl. 4. Teil § 8 A. II. 2. b) (S. 377).

(b) Allowlisting

Eine Unlauterkeit könnte sich höchstens aufgrund der Art und Weise der Kommerzialisierung ergeben, konkret dem Allowlisting. Allerdings ist diese Beurteilung – Art und Weise des Erzwingens geschäftlicher Entscheidungen – bereits in § 4a UWG geregelt.¹⁴⁶⁹ Würde man nun eine Beurteilung des Allowlistings inzident – an den Maßstäben des § 4a UWG – thematisieren, so würde dies neben der Anspruchsberechtigung gem. § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG die Beschränkung des Schutzes auf Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer in § 4a Abs. 1 S. 1 UWG umgehen.¹⁴⁷⁰ Darüber hinaus scheidet eine Beurteilung des Blocklistings zum Zwecke des Allowlistings an den Maßstäben des § 4a UWG deshalb aus, weil die hier relevante geschäftliche Handlung das Blocklisting zu Zwecken des Allowlistings *gegenüber den Nutzern*¹⁴⁷¹ ist. Insoweit fehlt es also an einer für § 4a UWG erforderlichen geschäftlichen Entscheidung der Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden.¹⁴⁷² Das Ziel des Allowlistings führt somit nicht zu einer Unlauterkeit im Rahmen der hier behandelten geschäftlichen Entscheidung.¹⁴⁷³

cc) Ergebnis

Die hier besprochenen Argumente und Interessen zeigen, dass die Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf Werblocker vor allem mit im Kern urheberrechtlichen Erwägungen argumentieren. So werden die von den Beteiligten ins Feld geführten Interessen umfassend vom Urheberrecht berücksichtigt und in Ausgleich gebracht. Rekurren Rechtspre-

1469 Vgl. Köhler GRUR 2019, 123, 127.

1470 Allerdings nur in Bezug auf die Webseitenbetreiber, für die Werbetreibenden kann man eine Mitbewerberstellung begründen (3. Teil § 5 B. II. 2. (S. 318)), allerdings fehlt es weiterhin an einer von der geschäftlichen Handlung erfassten Entscheidung (2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146)).

1471 Zur geschäftlichen Handlung und der Relevanz der geschäftlichen Entscheidung 2. Teil § 4 A. III. 3. (S. 115).

1472 Eine solche kommt nur dann infrage, wenn sich das Blocklisting zu Zwecken des Allowlistings an die Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden wendet und diese in ihrer geschäftlichen Handlung beeinflusst werden sollen, vgl. dazu 3. Teil § 5 (S. 308).

1473 Zur Lauterkeit, wenn die geschäftliche Entscheidung durch die Webseitenbetreiber bzw. Werbetreibenden getroffen wird, 3. Teil § 5 B. III. (S. 322) und C. (S. 335).

chung und Literatur auf die Nichtvornahme von Sperren, das Fehlen eines „Deals“ oder die Unfähigkeit des Nutzers zur eigenständigen Blockade so liegt darin letztlich der Verweis darauf, dass die Voraussetzungen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG fehlen. Das ebenso angeführte unternehmerische Risiko ist im Kern nichts anderes als die logische Konsequenz aus dem urheberrechtlichen Exklusivitätsrecht, dass die Nutzer frei entscheiden, ob der jeweilige Inhalt die Erfüllung der (verpflichtenden) Bedingung wert ist.

Damit erfasst das Urheberrecht die genannten Aspekte abschließend, sodass eine Vorwegnahme des Ergebnisses durch das Urheberrecht naheliegt.

c) Keine zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände

Neben den gerade dargestellten, von der urheberrechtlichen Wertung berücksichtigten Aspekten, setzen einige bei Umständen an, die nicht vom Urheberrecht erfasst sind und dementsprechend ein abweichendes Ergebnis rechtfertigen können. Diese zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände setzen ein über den Sonderschutztatbestand hinausgehendes, lauterkeitsrechtlich missbilligtes Verhalten voraus.¹⁴⁷⁴

Als solche Umstände kommen eine Verdrängungsabsicht¹⁴⁷⁵ (aa) und eine unmittelbare Beeinträchtigung des Produkts der Webseitenbetreiber (bb) in Betracht, da dem Urheberrecht diese Umstände – Vorsatz zur Verdrängung und Einwirkungen auf Produkte – fremd sind. Auch auf die ebenfalls ungeregelten Umstände der Berücksichtigung der Belästigung durch Internetwerbung (cc) und das Verschmelzen von Inhalten mit Werbung (dd) infolge der Verbreitung von Werbeblockern soll kurz eingegangen werden.

aa) Verdrängungsabsicht

Zurückgehend auf das Verbot des fremdschädigenden Handelns¹⁴⁷⁶ liegt nach der Rechtsprechung eine unlautere Behinderung vor, wenn die Maßnahme von einer Verdrängungsabsicht getragen ist, der Handelnde also

1474 Vgl. *BGH GRUR* 2017, 79, 89 Rn. 96 – *Segmentstruktur*; *Ohly GRUR Int.* 2015, 693, 698; dazu bereits oben, 2. Teil § 4 C. IV. 1. a) (S. 257).

1475 Vgl. *Ohly GRUR* 2017, 91.

1476 *GK UWG/Pfeifer*, *UWG* § 4 Nr. 10 Rn. 33.

den Zweck verfolgt, einen Mitbewerber an seiner wettbewerblichen Entfaltung zu hindern und ihn dadurch vom Markt zu verdrängen.¹⁴⁷⁷ Diese Absicht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Maßnahme ihrer Natur oder den Umständen nach keinen anderen Zweck haben kann,¹⁴⁷⁸ sie also keine Rechtfertigung im Sinne der Förderung des eigenen Wettbewerbs besitzt.¹⁴⁷⁹

Wenige nehmen eine Verdrängungsabsicht in Bezug auf werbefinanzierte redaktionelle Inhalte an, da das Produkt „Webseite“ inhaltlich beschränkt auf Werbung blockiert werde.¹⁴⁸⁰ Für eine Gezieltheit spreche auch die Aufnahme webseiten-spezifischer Filterbefehle.¹⁴⁸¹ Der Werbeblocker schaffe darüber hinaus nichts Eigenes.¹⁴⁸²

Fast einhellig wird aber eine Verdrängungsabsicht abgelehnt. Die Hersteller von Werbeblockern wollen mit ihrem Geschäftsmodell jedoch nicht Anbieter von werbefinanzierten Webseiten komplett verdrängen, denn allein ihre Existenz kann die Nutzung eines Werbeblockers rechtfertigen,¹⁴⁸³ ein solches Verhalten wäre „widersinnig“¹⁴⁸⁴. Das Handeln ist, anders als behauptet, nicht rein fremschädigend,¹⁴⁸⁵ da die Anbieter von Werbeblockern damit ihre angebotene Leistung erbringen. Die Ausfilterung von (unerwünschter) Werbung bietet für die Kunden einen geldwerten Nut-

1477 BGH GRUR 2014, 785, 788 Rn. 23 – *Flugvermittlung im Internet*; GRUR 2011, 1018, 1023 Rn. 65 – *Automobil-Onlinebörse*; GRUR 2010, 346, 347 Rn. 12 – *Rufumleitung*; GRUR 2009, 878, 880 Rn. 13 – *Fräsaufomat*.

1478 BGH GRUR 2015, 607, 608 Rn. 17 – *Uhrenankauf im Internet*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 4.9.

1479 GK UWG/Pfeifer, UWG § 4 Nr. 10 Rn. 28.

1480 LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 46 (juris); Thomale K&R-Beilage 2016, 27, 30.

1481 LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 46 (juris).

1482 Thomale K&R-Beilage 2016, 27, 31.

1483 Nink CR 2017, 103, 107; Rostam InTer 2017, 146, 148; vgl. im Kontext der Vorbereitung des Allowlistings OLG Hamburg WRP 2018, 604, 613 Rn. 106 – *Adblock Plus*; OLG München GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 105 – *Whitelisting II*; BeckRS 2017, 122821, Rn. 155 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; LG München I MMR 2015, 660, 663; GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 41 – *Adblock Plus*; Alexander GRUR 2017, 1156, 1157; Kreutz WRP 2018, 621 f.; Wiebe/Kreutz K&R 2017, 697, 698; zu Fernseh-Werbeblockern LG Frankfurt a. M. MMR 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*.

1484 Vgl. zu diesem Argument Becker GRUR 2017, 346, 351.

1485 So aber Thomale K&R-Beilage 2016, 27, 30.

zen.¹⁴⁸⁶ Das Verhalten ist dem Wettbewerb somit immanent.¹⁴⁸⁷ Zudem richtet sich die Beeinträchtigung der Werbung nicht gezielt an bestimmte Webseiten,¹⁴⁸⁸ sondern stellt lediglich einen Reflex dar, der aus einer möglichst hohen Attraktivität des Produkts folgt.¹⁴⁸⁹ Gleichzeitig wird durch das Blocklisting ein eigener Absatzmarkt für das Allowlisting begründet, der darüber hinaus auf die Existenz werbefinanzierter Webseiten angewiesen ist.¹⁴⁹⁰ Dementsprechend sind Werbeblocker nicht unter dem Aspekt des fremdschädigenden Handelns unlauter.¹⁴⁹¹

bb) Unmittelbare Beeinträchtigung

Manche führen als Grund für eine Unlauterkeit an, dass Werbeblocker das Produkt Webseite unmittelbar beeinträchtigen bzw. die Einheit der Dienstleistung¹⁴⁹² zerstören würden, indem in den intendierten Programmablauf der Webseite¹⁴⁹³ eingegriffen werde. Dies sei eine unmittelbare Beeinträchtigung, da auf die Webseite als einheitliches Produkt eingewirkt werde.¹⁴⁹⁴ Zwar ist dabei anerkannt, dass die unmittelbare Ein-

1486 Zu den Motiven zum Einsatz von Werbeblockern siehe oben, 1. Teil § 1 A. III. (S. 35).

1487 Nink CR 2017, 103, 107.

1488 Vgl. BGH BeckRS 2019, 24563, Rn. 13 – *Werbeblocker III* (zum Boykottaufruf).

1489 OLG Hamburg WRP 2018, 604, 613 Rn. 102 – *Adblock Plus*.

1490 Vgl. Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 88.

1491 Ebenso: Nink CR 2017, 103, 107; Kreutz WRP 2018, 621 f.; Pfeifer AfP 2016, 5, 9; Rostam InTer 2017, 146, 148; Wiebe/Kreutz K&R 2017, 697, 698; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 180; zu kostenlosen Werbeblockern mit Allowlisting LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 34 – *Adblock Plus*; OLG Hamburg WRP 2018, 604, 613 Rn. 103 – *Adblock Plus*; OLG München BeckRS 2017, 122821, Rn. 155 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; zu Fernseh-Werbeblockern KG MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; dagegen eine Verdrängungsabsicht für Werbeblocker im Internet bejahend LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 46 (juris); Thomale MMR 2017, 789, 790.

1492 Vgl. die Revisionsbegründung nach BGH GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 27 – *Werbeblocker II*; vgl. auch LG Frankfurt a. M. K&R 2016, 134, 135.

1493 LG Berlin K&R 2016, 360, 361; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 44 (juris).

1494 LG Berlin K&R 2016, 360, 361; LG Frankfurt a. M. K&R 2016, 134, 135; LG Hamburg, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 43 (juris); Thomale MMR 2017, 789, 790; Thomale K&R-Beilage 2016, 27, 30 „unmittelbarere und gezieltere Behinderung [...] kaum denkbar“; vgl. auch Engels GRUR-Prax 2015, 338, 339;

wirkung auf Produkte fremder Unternehmen eine gezielte Behinderung darstellt.¹⁴⁹⁵ Ebenso ist Konsens, dass dies regelmäßig für das Zerstören fremder Werbung gilt.¹⁴⁹⁶ Gegen eine unmittelbare Beeinträchtigung wendet die Mehrheit in Lehre und Rechtsprechung jedoch ein, dass auf den Servern keine Veränderungen stattfänden und auch nicht anders auf das Produkt eingewirkt werde (1).¹⁴⁹⁷ Andere betonen, dass die Unmittelbarkeit bzw. Gezieltheit durch die Entscheidung der Nutzer zur Installation entfalle (2).¹⁴⁹⁸

(1) Keine unmittelbare Einwirkung auf das Produkt

Aufgrund der Grundstruktur von Webseiten und des insoweit ungesicherten Einstellens der Webseite hat der Webseitenbetreiber in diese Handlung

ablehnend *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 363: „was auch immer damit genau gemeint ist“.

1495 *BGH GRUR* 2018, 1251, 1254 Rn. 29 – *Werbeblocker II* m. w. N.

1496 *BGH GRUR* 2017, 92, 94 Rn. 21 – *Fremdcoupon-Einlösung*; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, *UWG* § 4 Rn. 4.71 m. w. N.

1497 *OLG Köln GRUR* 2016, 1082, 1806 Rn. 42 – *Adblock Plus*; *OLG München MMR* 2017, 756, 762 Rn. 158 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg GRUR-RS* 2016, 20247, Rn. 39 – *Adblock Plus*; *LG München I GRUR-RS* 2016, 6816, Rn. 44 – *Adblock Plus*; *Herrmann/Laoutoumai IPRB* 2014, 272, 274; *Hoeren K&R* 2013, 757, 759; *Kreutz WRP* 2018, 621, 622; *Luckhaus MMR* 2017, 765, 766; *Luckhaus K&R* 2016, 313, 314; *Katsivelas, Recht & Netz* (2018), S. 207, 238; *Brüggemann, Online-Werbeblocker*, S. 95; *Kreutz, Werbeblockersoftware*, S. 192 f.; offengelassen von *BGH GRUR* 2018, 1251, 1254 Rn. 28 – *Werbeblocker II*.

1498 *BGH GRUR* 2018, 1251, 1254 Rn. 30 – *Werbeblocker II*; *OLG Hamburg WRP* 2018, 604, 614 Rn. 107 – *Adblock Plus*; *OLG Köln GRUR* 2016, 1082, 1086 Rn. 44 – *Adblock Plus*; *OLG München MMR* 2017, 756, 762 Rn. 160 – *Whitelisting I*; *LG München I MMR* 2015, 660, 664; *GRUR-RS* 2016, 6816, Rn. 52 – *Adblock Plus*; *LG Stuttgart K&R* 2016, 362, 364; *Fezer/Osterrieth/Schönig*, S. 1 Rn. 263, 266; *Beater AfP* 2017, 277, 281; *Fritzsche LMK* 2004, 192, 194; *Gomille GRUR* 2017, 241, 247; *Herrmann/Laoutoumai IPRB* 2014, 272, 274; *Hoeren K&R* 2013, 757, 759; *Kreutz WRP* 2018, 621, 622; *Luckhaus MMR* 2017, 765, 766; *Recke K&R-Beilage* 2016, 22, 26; *Katsivelas, Recht & Netz* (2018), S. 207, 237; *Kreutz, Werbeblockersoftware*, S. 195 für das Element Hiding; zu Fernseh-Werbeblockern *BGH NJW* 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; *KG MMR* 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; *OLG Frankfurt NJW* 2000, 2029, 2029 f. – *Fernsehfee II*; *LG Frankfurt a. M. MMR* 1999, 613, 614 – *Fernsehfee*; dagegen *Engels GRUR-Prax* 2015, 338, 339: bewusstes Verleiten zum einseitigen Bruch des Austauschverhältnisses.

seine schlichte Einwilligung gegeben. Bereits dieses (urheberrechtliche) Argument schließt eine unmittelbare Beeinträchtigung aus.

Dies gilt erst recht, wenn man sich die technische Seite vor Augen führt. Das Endgerät des Nutzers wirkt lediglich derart auf den Server ein, dass es Daten abrufen, die ohnehin zum Abruf bereitgehalten werden. Einziger Unterschied ist aus Sicht des Webseitenbetreibers, dass die Nutzer die werblichen Elemente nicht abrufen oder darstellen, auf die der HTML-Code verlinkt bzw. die dieser enthält. Diese Elemente spielen jedoch zumeist Werbeanbietern aus, sodass sich der Nichtabruf auf die Server der Webseitenbetreiber ohnehin nicht auswirkt. Selbst wenn von den gleichen Servern werbliche und gewünschte Inhalte abgerufen werden, so entspricht der teilweise Nichtabruf nur dem Verhalten, wenn die Verbindung zum Nutzer abbricht, z. B. weil dieser das Browserfenster geschlossen hat. Dass dieses Verhalten die Server übermäßig belastet, ist nicht nachvollziehbar, da vielmehr der Datenverkehr und die Serverlast reduziert werden. Gleichzeitig erfolgt der Abruf gerade mit Einwilligung in die Nutzung. Besteht eine solche Einwilligung auf urheberrechtlicher Ebene, muss diese ebenso die insoweit notwendige Nutzung der Server (Übertragungskapazität) erfassen. Gleiches gilt für das Element Hiding¹⁴⁹⁹. Auch dieses verändert nur im Rahmen der Einwilligung die jeweilige Webseite. Werbeblockerbetreiber wirken damit nicht unmittelbar auf das Produkt ein.

(2) Dazwischentreten des Nutzers

Dass die Werbeblockerbetreiber die Webseitenbetreiber nicht unmittelbar und darüber hinaus nicht gezielt beeinträchtigen, begründen viele mit dem Dazwischentreten des Nutzers und dessen Interessen. Dieser treffe eine selbstbestimmte Entscheidung dahingehend, dass er den Werbeblocker installiere und keine Werbung sehen wolle.¹⁵⁰⁰ Teilweise wird kritisch

1499 Bei diesem werden heruntergeladene Elemente der Webseite unsichtbar gemacht, dazu oben, 1. Teil § 1 B. IV. 2. (S. 50).

1500 BGH NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; OLG München MMR 2017, 756, 763 Rn. 163 – *Whitelisting I*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 36 – *Adblock Plus*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 46 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 665; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Omsels, UWG § 4 Rn. 75; Hoeren K&R 2013, 757, 760; Rostam InTer 2017, 146, 150; Witte ITRB 2018, 34, 36; für eine Werbebehinderung LG Berlin ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsehwerbeblocker).

angemerkt, dass dieses Argument für sich keine Rechtmäßigkeit begründen könne, da es nichts über die Lauterkeit des Verhaltens selbst aussage.¹⁵⁰¹

Es ist den Kritikern zuzustimmen, dass allein das Vorliegen einer Nutzerentscheidung kein Argument für die Lauterkeit eines Verhaltens ist. Vielmehr folgt aus dem Vorliegen einer unbeeinträchtigten Nutzerentscheidung nur, dass aus diesem Grund, Beeinträchtigung der Nutzerentscheidung, keine Unlauterkeit vorliegt.¹⁵⁰² Das zeigt sich auch in einem Urteil des *LG Hamburg* zu einem Add-on, das im Zuge der Installation einer Antivirensoftware (mit)installiert wurde und direkt in Webshops Dritter Vergleichsangebote für die angezeigten Produkte einblendete.¹⁵⁰³ Das *LG Hamburg* leitete die Unlauterkeit daraus her, dass der Nutzer nicht mit einer Installation des Add-ons bei einer Antivirensoftware rechne¹⁵⁰⁴ und nahm damit eine täuschungsähnliche Handlung des Anbieters an. Andere kommen dementsprechend zu einer Lauterkeit, sofern der Nutzer die Software bewusst installiere.¹⁵⁰⁵

Maßstab für die Frage, ob eine Entscheidung der Nutzer unbeeinträchtigt ist, sind grundsätzlich die §§ 4a–5a, 3 Abs. 2 UWG. Diese sind die Umsetzung der entsprechenden Vorschriften der UGP-Richtlinie, die abschließend (vgl. Art. 4 UGP-RL) die Irreführung von Verbrauchern regelt. Da das deutsche Gesetz den Schutz der Tatbestände, die die Richtlinie umsetzen, auf sonstige Marktteilnehmer erstreckt hat (vgl. §§ 4a ff. UWG), ist von einem grundsätzlich gleichen Niveau auszugehen. In jedem Fall schützt das deutsche Recht sonstige Marktteilnehmer nicht stärker als nach der UGP-RL bezüglich der Verbraucher geboten.¹⁵⁰⁶ Da auch mittelbar kein anderes Schutzniveau in Bezug auf Verbraucher gelten darf,¹⁵⁰⁷ sind die Wertungen der UGP-RL im Rahmen der nationalen mitbewerberschützenden Tatbestände zu beachten.¹⁵⁰⁸ Möchte man also eine Unlauter-

1501 Ähnlich *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 364; *Kiersch*, Adblocking, S. 141; vgl. auch *Hoche/Polly* IPRB 2015, 231, 234; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 30; Vergleich mit Boykottaufruf; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 225; Vergleich mit Schadsoftware.

1502 Vgl. *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 104 ff.

1503 *LG Hamburg* WRP 2015, 495, 496 Rn. 12 – „SafePrice“-Funktion.

1504 *LG Hamburg* WRP 2015, 495, 500 Rn. 34 f. – „SafePrice“-Funktion.

1505 *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Omsels*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 71; *Juris-PK-UWG/Müller-Bidinger*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 68.

1506 Vgl. *Fezer/Pfeifer/Obergfell*, UWG § 5 Rn. 178k.

1507 *EuGH* GRUR Int. 2013, 936, 937 Rn. 24 – *Euronics*.

1508 *Köhler* GRUR 2008, 841, 846 f.

keit aufgrund einer beeinträchtigten Entscheidung der Verbraucher als Nutzer bejahen, so muss das täuschende Verhalten die Schwelle der Irreführungstatbestände (Art. 6 f. UGP-RL)¹⁵⁰⁹ der UGP-RL erreichen bzw. die diese umsetzenden und richtlinienkonform auszulegenden¹⁵¹⁰ §§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG.¹⁵¹¹ Das Argument des Dazwischentreten des Nutzers ist deshalb so zu lesen, dass eine informierte und freie Entscheidung im Sinne der §§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG der Nutzer vorliegt und damit kein zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstand gegeben ist.

Bei allowlistenden Werbeblockern wird im Regelfall eine Täuschung der Nutzer ausscheiden, insbesondere ist davon auszugehen, dass klar über das Vorhandensein des Allowlistings informiert wird.¹⁵¹² Auch ansonsten wird eine freie und selbstbestimmte Entscheidung der Adressaten der geschäftlichen Handlung vorliegen bzw. hier vorausgesetzt. Damit führt nicht das Dazwischentreten der Nutzer zur Rechtmäßigkeit des Verhaltens, sondern die Abwesenheit einer Irreführung führt nicht zu einer Rechtswidrigkeit.

cc) Berücksichtigung der Belästigung durch Internetwerbung

Bei der Frage, ob Werbeblocker rechtmäßig sind, soll nach einer Literaturstimme zu berücksichtigen sein, inwiefern die jeweilige Werbung belästigenden Charakter hat.¹⁵¹³ Diesen belästigenden Charakter nimmt sie für einen Großteil der Werbeanzeigen an, die animiert sind oder sich dem Nutzer aufdrängen,¹⁵¹⁴ wie z. B. Werbeanzeigen vor einem Video mit einer Länge von mehr als 10 Sekunden.¹⁵¹⁵

Dem muss jedoch entgegengehalten werden, dass es nach hier vertretbarem Verständnis auf die Belästigung durch die Werbung nicht ankommt. Die urheberrechtliche Wertung erlaubt gerade den partiellen Seitenaufruf ohne Rücksicht auf die unterdrückten Inhalte. Damit ist es auch irrelevant, inwiefern die Inhalte die Nutzer „belästigen“.

1509 Sowie der Verbote aus dem Anhang.

1510 Fezer/Pfeifer/Obergfell, UWG § 5 Rn. 12.

1511 Vgl. Köhler GRUR 2008, 841, 847.

1512 Hoeren K&R 2013, 757, 761.

1513 Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 181.

1514 Vgl. Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 193.

1515 Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 190 f.

dd) Verschmelzen von Werbung und Inhalten

Teilweise wird befürchtet, dass die Webseitenbetreiber als Reaktion auf Werblocker (bzw. das unterbliebene Verbot) das Trennungsgebot aufweichen würden.¹⁵¹⁶ Dieses soll eine deutliche optische Trennung zwischen Werbung und sonstigen Inhalten sicherstellen. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass in Bezug auf Werbung im Internet keine optische Verschmelzung der Inhalte droht. Eine „Tarnung“ der Inhalte setzt nicht auf optischer, sondern auf technischer Ebene an.¹⁵¹⁷ Darüber hinaus kann es kein Argument sein, dass Nachteile auf der einen Seite – Verlust von Werbeeinnahmen – durch rechtswidriges Verhalten auf der anderen Seite – Verstöße gegen das Trennungsgebot – ausgeglichen werden.¹⁵¹⁸ Insoweit droht durch Werblocker keine „Erosion“ des Trennungsgebots.¹⁵¹⁹

Gleiches gilt für die Überlegung, dass Nutzer ohne Werblocker stärker „belästigt“ werden, damit die durch Werblocker verringerten Abrufraten von Werbung ausgeglichen werden. Dem setzt jedoch § 7 UWG, ggf. auch §§ 4a, 5, 5a, 3 Abs. 2 UWG, eine Grenze. Gleichzeitig ist davon auszugehen, dass insoweit der Markt – in Gestalt einer Flucht der Nutzer – regelnd eingreift.

d) Ergebnis

Wie gezeigt, basiert die Rechtmäßigkeit des Blocklistings auf der urheberrechtlichen Wertung, dass der vorübergehende¹⁵²⁰ Abruf insoweit unbeschränkt zugänglich gemachter Inhalte rechtmäßig ist. Diese aufgrund der negativen Begrenzungsfunktion des Urheberrechts auch im Lauterkeitsrecht als Ausgangspunkt zu beachtende Wertung erfasst alle nach Rechtsprechung und Lehre maßgeblichen Interessen im Zusammenhang mit der Benutzung des Werblockers.

Gleichzeitig sind keine sonstigen Umstände gegeben, die außerhalb des vom Urheberrecht geregelten Bereichs liegen und deshalb eine Unlau-

1516 *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 769 f.; vgl. zu Fernseh-Werblockern *Ernst ZUM* 2004, 751, 756; *Ladeur* GRUR 2005, 559, 562.

1517 Vgl. dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 5. (S. 61).

1518 So aber *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 770.

1519 *Fezer/Osterrieth/Schönig*, S. 1 Rn. 262; eine Erosion aber offenbar generell annehmend *Katsivelas*, *Recht & Netz* (2018), S. 207, 210.

1520 Im Sinne des § 44a Nr. 2 UrhG als Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 lit. b Info-Soc-RL.

terkeit begründen könnten. Die insoweit vorgebrachten Argumente sind nicht stichhaltig und rechtfertigen damit keine Abweichung von der urheberrechtlichen Wertung.

Das Verhalten ist grundsätzlich rechtmäßig, da das Urheberrecht sich bewusst gegen einen Schutz entschieden hat und dieser nicht „unter falscher Flagge“¹⁵²¹ durch das Lauterkeitsrecht (wieder) begründet werden darf. Diese Determinierung ist über das nationale Verhältnis zwischen Urheber- und Lauterkeitsrecht zu begründen und setzt so die Vorgaben der insoweit vollharmonisierenden InfoSoc-RL um. Damit sind Werblocker nicht als gezielte Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG anzusehen.¹⁵²² Ein

1521 *Obly* GRUR Int. 2015, 693, 697.

1522 Im Ergebnis ebenso zu Werblockern generell *OLG Hamburg* WRP 2018, 604, 613 f. Rn. 106 – *Adblock Plus*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 46 – *Adblock Plus*; *LG Stuttgart* K&R 2016, 362, 363; *Fezer/Osterrieth/Schönig*, S. 1 Rn. 266; *Fezer/Götting/Hetmank*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 119; *Beater* AfP 2017, 277, 280 f.; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 247, anders aber im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB: Ausnahmen für Presseseiten; *Di Fabio* MMR-Beilage 2016, 1, 11; *Fritzsche* WRP 2016, 1036; *Herrmann/Laoutoumai* IPRB 2014, 272, 274; *Hoeren* EWiR 2004, 1193, 1194; *Nink* CR 2017, 103, 105 ff.; *Köhler* WRP 2014, 1017, 1019 Rn. 14; vgl. im Rahmen einer Abwägung der Grundrechte *Kuhlmann* AfP 2016, 318, 322; *Luckhaus* IPRB 2017, 34, 35; *Rostam* InTer 2017, 146, 151; vgl. *Zimprich/Jeschke* MMR 2016, 300, 303; *Katsivelas*, Recht & Netz (2018), S. 207, 237; *Kiersch*, Adblocking, S. 148; *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, S. 209; zu kostenlosen Werblockern mit Allowlistingfunktion *BGH* GRUR 2018, 1251, 1255 Rn. 41 – *Werblocker II*; *OLG München* MMR 2017, 756, 762 Rn. 154 ff. – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 33 – *Adblock Plus*; *LG Köln* BeckRS 2015, 20248 – *Whitelisting*; *LG München I* MMR 2015, 660, 663; GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 38 – *Adblock Plus*; *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1407; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 853; *Hoeren* K&R 2013, 757, 761; *Kreutz* WRP 2018, 621, 622; *Krüger* GRUR-Prax 2016, 322, 323; *Luckhaus* MMR 2017, 765, 766; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 9; *Raue* WRP 2017, 1363, 1363 Rn. 6; *Recke* K&R-Beilage 2016, 22, 26; *Telle* AnwZert ITR 13/2015, Anm. 2, B. II.; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 698; *Zerbst* jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; *Ziegelmayr* CR 2017, 668, 669; *Brügge-mann*, Online-Werblocker, S. 228 f.; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 274; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; kritisch *Derfler/Leven* K&R 2018, 768, 769; eine Unlauterkeit beim Allowlisting bejahend *LG Frankfurt a. M.* K&R 2016, 134, 135; *Fezer/Mankowski*, S. 12 Rn. 75c; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245, 247; *Gomille* GRUR 2017, 241, 248; *Thomale* MMR 2017, 789, 790; *Thomale* K&R-Beilage 2016, 27, 30; eine Unlauterkeit bei kostenpflichtigen Werblockern bejahend *LG Berlin* K&R 2016, 360, 361; *LG Hamburg*, Urt. v. 03.05.2016 – 308 O 46/16, Rn. 42 ff. (juris); zu Fernseh-Werblockern im Ergebnis wie hier *BGH* NJW 2004, 3032, 3034 – *Werblocker I*; *KG* MMR 2002, 483, 485 – *Fernsehfee*; *LG Frankfurt a. M.* MMR 1999, 613, 614 – *Fern-*

Anspruch der Webseitenbetreiber gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG scheidet damit aus.

VI. Ergebnis

Werbeblocker sind in Bezug auf das Blockieren von Werbung nicht gem. § 4 Nr. 4 UWG unlauter, da hierin keine gezielte Behinderung gesehen werden kann. Dass die vorliegende Behinderung nicht gezielt im Sinne der Norm ist, liegt an der insoweit abschließenden urheberrechtlichen Wertung. Diese Wertung besagt, dass Vervielfältigungen von Inhalten im Rahmen des § 44a Nr. 2 UrhG rechtmäßig sind und keine öffentliche Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) durch Werbeblocker vorliegt, sofern der Rechtsinhaber keine technisch wirkenden Beschränkungen¹⁵²³ getroffen hat, die z. B. den Abruf ohne Werbung verhindern, oder sonstige zusätzliche unlauterkeitsbegründende Umstände vorliegen.

Die Voraussetzungen für die Übertragung der urheberrechtlichen Wertung liegen vor. Das setzt zuerst voraus, dass Werbeblockersperren¹⁵²⁴ mit Blick auf die hierzu erforderliche Erkennung erlaubt sind. Dass die Werbung empfangen wird, also kein aktiver Werbeblocker verwendet wird, darf auch ohne Zustimmung des Nutzers gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO überprüft werden, es ist lediglich über die Verwendung der Daten zu informieren und der Nutzer auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen.

Die urheberrechtliche Wertung passt auch dahingehend, als dass die Umgehung technischer Beschränkungen zu Ansprüchen wegen der Verletzung des Urheberrechts führt. Bedient sich der Nutzer eines umgehenden Werbeblockers, der also die Erkennung täuscht und die Werbung ausblendet, so handelt auch der Werbeblockerbetreiber rechtswidrig. In der Zugangseröffnung entgegen dem technisch besicherten Willen des Webseitenbetreibers (technische Beschränkung) liegt eine öffentliche Zu-

sehfee; JurisPK-UWG/Müller-Bidinger, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 107; *Fritzsche* LMK 2004, 192, 193; *Funk/Zeifang* MMR 2004, 665; *Lettl* BB 2005, 1913, 1918; *Ulrich* EWIR 2000, 47, 48; für Fernseh-Werbeblocker eine Unlauterkeit annehmend *LG Berlin* ZUM-RD 2000, 144, 148 unter Verweis auf die Rundfunkfreiheit; *Apel*, FS Hertin (2000), S. 337, 354; *Ladeur* GRUR 2005, 559, 562.

1523 Zum Erfordernis technisch wirkender Beschränkungen 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (c) (S. 78), zu den konkreten Anforderungen 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1524 Im Sinne einer (Aus-)Sperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker.

gänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG. Dementsprechend sind Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche gem. § 97 UrhG begründet. Ebenso verletzen die Nutzer das Urheberrecht (§ 16 UrhG) durch den Abruf von insoweit gesperrten Webseiten mit einem umgehenden Werbeblocker. In der Praxis sind allerdings konkrete Ansprüche gegen die Nutzer nur selten gegeben bzw. durchsetzbar.

Aufgrund der Ansprüche gegen die Webseitenbetreiber und der prinzipiellen Rechtswidrigkeit des Abrufs durch Nutzer ist die Wertung des Urheberrechts auf den vorliegenden Fall übertragbar, sodass insbesondere kein Bedürfnis für einen ergänzenden Leistungsschutz besteht. Die Übertragung selbst gebietet das deutsche Recht, eine richtlinienkonforme Auslegung anhand der vollharmonisierenden InfoSoc-RL kommt zu keinem anderen Ergebnis. Das nationale Recht sieht das Urheberrecht als Sonderschutztatbestand im Verhältnis zum Lauterkeitsrecht an und berücksichtigt damit ohnehin die urheberrechtlichen Wertungen. Damit determiniert die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts das lauterkeitsrechtliche Abwägungsergebnis. Dieses Ergebnis wird davon gestützt, dass das Urheberrecht insoweit die maßgeblichen Interessen regelt und gleichzeitig ein Großteil der in Rechtsprechung und Lehre angesprochenen Argumente auf urheberrechtliche Wertungen zurückgeführt werden kann. Eine Abweichung von dem durch die urheberrechtliche Wertung vorgegebenen Ergebnis ist zwar prinzipiell bei ergänzenden unlauterkeitsbegründenden Umständen möglich, solche liegen aber hier nicht vor. Deshalb ist die geschäftliche Handlung des Vertreibens¹⁵²⁵ des Werbeblockers zum Zwecke des Allowlistings gegenüber Nutzern nicht gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG unlauter.

Dabei ist zu beachten, dass das Allowlisting hier allein die Gegenleistung beschreibt und damit keine Aussage darüber getroffen wird, ob das Allowlisting als Verhalten im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG rechtmäßig ist. Vereinfacht gesagt: Es ist lauter, Werbung auf Webseiten zu blockieren und sich dafür von den Nutzern die Möglichkeit einräumen zu lassen, ihnen in gewissem Maße Werbung anzeigen zu können. Das sagt grund-

1525 Die in der Praxis natürlich weiter zu formulieren ist, hier aber aus Platzgründen unterbleibt, vgl. den Antrag *OLG Köln GRUR* 2016, 1082, 1083 – *Adblock Plus*: „[ein Programm] anzubieten, zu bewerben, zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, pflegen oder vertreiben zu lassen [...]“.

sätzlich¹⁵²⁶ nichts darüber aus, inwiefern das Verhalten des Angebots einer Allowlistingvereinbarung bzw. des Allowlistings selbst rechtmäßig ist.¹⁵²⁷

D. Weitere Tatbestände des UWG

Neben der gezielten Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG wird auch eine allgemeine Marktbehinderung (I.) als ungeschriebener Tatbestand des § 3 Abs. 1 UWG als Verbotsgrundlage in Erwägung gezogen. Wenige Autoren gehen auf das virtuelle Hausrecht (II.) ein.

I. Allgemeine Marktbehinderung

Häufig wird ein Eingreifen des Tatbestands der allgemeinen Marktbehinderung angedacht. Der wesentliche Unterschied der allgemeinen Marktbehinderung gem. § 3 Abs. 1 UWG¹⁵²⁸ im Vergleich zur gezielten Behinderung ist der Ansatz, dass die Handlung als bedenkliches Verhalten allein oder in Verbindung mit gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, dass der auf der unternehmerischen Leistung beruhende Wettbewerb in erheblichem Maß eingeschränkt wird.¹⁵²⁹ Ziel der Norm ist, dass der Wettbewerbsbestand¹⁵³⁰ im Sinne eines Vorhandenseins von Wettbewerb geschützt wird,¹⁵³¹ nicht jedoch der Schutz bestehender Strukturen oder gar des Kundenstamms.¹⁵³² Diese Voraussetzungen waren bei den in den letzten Jahren entschiedenen Fällen nie erfüllt.¹⁵³³ In Teilen der Lehre schlägt dem Tatbestand darüber hinaus

1526 Eine Beeinflussung der Ergebnisse ist natürlich insoweit gegeben, als dass das Erlangen dieser Position selbst lauter ist.

1527 Dazu ausführlich sogleich im 3. Teil.

1528 RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

1529 BGH GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 43 – *Werbeblocker II*; GRUR 2010, 455, 457 Rn. 20 – *Stumme Verkäufer II*.

1530 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 5.3; vgl. auch Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 303.

1531 Vgl. BGH GRUR 2002, 825, 827 – *Elektroarbeiten*.

1532 Vgl. BGH GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*.

1533 Dazu die Nachweise bei JurisPK-UWG/Ullmann, UWG § 3 Rn. 32; ähnlich Fritzsche/Barth WRP 2018, 1405, 1408 Rn. 22.

grundsätzliche Kritik entgegen.¹⁵³⁴ Der BGH¹⁵³⁵ und Teile der Lehre¹⁵³⁶ halten im Anschluss an die Gesetzesbegründung¹⁵³⁷ an diesem fest.

Ob die Gefährdung des Wettbewerbsbestands droht, ist grundsätzlich durch eine Abwägung der verschiedenen Positionen unter Berücksichtigung der Grundrechte festzustellen.¹⁵³⁸ In Verbindung mit der Pressefreiheit schützt der Tatbestand vor Werbeblockern vor allem dahingehend, dass der Bestand der Presse nicht gefährdet wird, wobei schon der konkret bedrohte Markt strittig ist.¹⁵³⁹ Mit Verweis auf zumutbare Alternativen,¹⁵⁴⁰ dass weder der Bestand noch die Finanzierungsform geschützt werde¹⁵⁴¹ und die Institutsgarantie nichts anderes gebiete,¹⁵⁴² wird der Tatbestand im Ergebnis mit den zu § 4 Nr. 4 UWG dargestellten Argumen-

1534 Ohly/Sosnitza/Ohly, UWG § 4 Rn. 4/97; vgl. auch JurisPK-UWG/Ullmann, UWG § 3 Rn. 32 ff.; sehr kritisch Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 3 Rn. 52 („überaus problematisch“); Alexander GRUR 2017, 1156, 1157.

1535 BGH GRUR 2010, 455, 457 Rn. 20 – *Stumme Verkäufer II*.

1536 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Podszun, UWG § 3 Rn. 181; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 5.1.

1537 RegE UWG 2004 BT-Drucks. 15/1487, S. 19.

1538 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 5.3 m. w. N.

1539 Werbefinanzierte Presseangebote im Internet: BGH GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; wohl auch Hoeren K&R 2013, 757, 762; generell Presseangebote: LG Hamburg ZUM-RD 2015, 745, 749 – *Adblock Plus*; hingegen solche im Internet: GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; LG München I BeckRS 2015, 9562, Rn. 230 insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660; wohl auch Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 258; eine Eingrenzung ablehnend OLG Hamburg WRP 2018, 604, 620 Rn. 160 – *Adblock Plus*; Kreutz WRP 2018, 621, 623 Rn. 14.

1540 Zumutbare Alternativen: KG MMR 2002, 483, 486 – *Fernsehfee* (Fernsehen); LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; Alexander GRUR 2017, 1156, 1157; Beater AfP 2017, 277, 281; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 308; vgl. auch Glöckner ZUM 2018, 844, 853; konkret Aussperrung und Entgelt BGH GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 44 f. – *Werbeblocker II*; OLG Hamburg WRP 2018, 604, 621 Rn. 161 – *Adblock Plus*; OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1087 Rn. 48 – *Adblock Plus*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; LG München I BeckRS 2015, 9562, Rn. 230, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660.

1541 BGH GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; LG München I BeckRS 2015, 9562, Rn. 230, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660 vgl. auch Fritzsche/Barth WRP 2018, 1405, 1408 Rn. 21; Glöckner ZUM 2018, 844, 849; Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 269.

1542 OLG Hamburg WRP 2018, 604, 621 Rn. 162 – *Adblock Plus*; vgl. auch Alexander GRUR 2017, 1156, 1157; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 309.

ten abgelehnt.¹⁵⁴³ Darüber hinaus wird – anders als teilweise behauptet¹⁵⁴⁴ – ein drohendes Marktversagen in Bezug auf werbefinanzierte Presse im Internet verneint.¹⁵⁴⁵

In diesem Kontext ist ebenso die Wertung des Urheberrechts und die Abwesenheit zusätzlicher unlauterkeitsbegründender Umstände entscheidend, was zur Erlaubnis von Werbeblockern führt und damit eine allgemeine Marktbehinderung ausschließt. Die zu § 4 Nr. 4 UWG gemachten Ausführungen beanspruchen hier im gleichen Maße Geltung. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass die InfoSoc-RL auch das Bestandsinteresse der Presse, soweit es um den Schutz urheberrechtlicher Inhalte geht, erfasst. Das wird durch die die InfoSoc-RL ergänzende DSM-RL, insbesondere durch die Erwägungsgründe 54–59 und Art. 15 DSM-RL, bestätigt. Vom Urheberrecht ungeregelte Umstände, die eine Unlauterkeit begründen können, liegen nicht vor.

Eine allgemeine Marktbehinderung im Sinne des § 3 Abs. 1 UWG durch Werbeblocker scheidet somit aus. Gleiches gilt für einen etwaigen unmittelbaren Leistungsschutz.¹⁵⁴⁶

1543 BGH GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 42 ff. – *Werbeblocker II*; OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1087 Rn. 48 – *Adblock Plus*; OLG München BeckRS 2017, 122821, Rn. 195 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; Fezer/Osterrieth/Schönig, S 1 Rn. 266; Alexander GRUR 2017, 1156, 1157; Beater AfP 2017, 277, 281 (Fernsehen); Glöckner ZUM 2018, 844, 849; Hoeren EWiR 2004, 1193, 1194 (Fernsehen); Kreutz WRP 2018, 621, 623 Rn. 14; Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 312; hingegen für eine allgemeine Marktbehinderung Apel, FS Hertin (2000), S. 337, 365, 361.

1544 Vgl. das Revisionsvorbringen der Kläger in BGH GRUR 2018, 1251, 1256 Rn. 45 – *Werbeblocker II*; ähnlich Engels GRUR-Prax 2015, 338, 340 f.: Videoangebote stehen vor dem Aus.

1545 OLG Hamburg WRP 2018, 604, 621 Rn. 161 – *Adblock Plus*; OLG München BeckRS 2017, 122821, Rn. 197 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 45 – *Adblock Plus*; ZUM-RD 2015, 745, 749 – *AdBlock Plus*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 53 – *Adblock Plus*; Alexander NJW 2018, 3620, 3621; Alexander GRUR 2017, 1156, 1157; Fritzsche WRP 2016, 1036, 1036 Rn. 5; Hoeren K&R 2013, 757, 762; Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 263 f.; vgl. auch OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1087 Rn. 48 – *Adblock Plus*.

1546 Im Ergebnis ebenso Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 317.

II. Virtuelles Hausrecht

Das virtuelle Hausrecht soll in Fortsetzung des Eigentums an der Hardware¹⁵⁴⁷ die Kontrolle darüber geben, was auf der eigenen Internetpräsenz geschieht bzw. was mit dieser geschieht. Insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausschluss von Nutzern wird dieses herangezogen¹⁵⁴⁸ und dient dazu, Schutzlücken in Internetsachverhalten zu schließen.¹⁵⁴⁹

Ein Anspruch aufgrund eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 UWG in Verbindung mit dem virtuellen Hausrecht¹⁵⁵⁰ (teilweise auch analog § 1004 Abs. 1 BGB¹⁵⁵¹) wird bei Werbeblockern verneint, da kein Eingriff in die Internetpräsenz bzw. die Server stattfindet.¹⁵⁵² Auch fehle es an Schutzmaßnahmen, die einen Zugriff verhinderten und die am Ende der Webseite abgedruckten Nutzungsbedingungen seien nicht verbindlich.¹⁵⁵³

Selbst wenn man die Anwendung des virtuellen Hausrechts auf Werbeblocker bejahen würde,¹⁵⁵⁴ besteht gerade keine Schutzlücke.¹⁵⁵⁵ Denn wie für das Lauterkeitsrecht festgestellt, muss auch hier der Gedanke der urheberrechtlichen Wertung ein- und durchgreifen. Im Ergebnis werden allein Inhalte abgerufen, die ohnehin öffentlich zugänglich gemacht worden sind und gerade für diesen Abruf bereitgehalten werden. Einen weitergehenden Schutz verbietet insoweit die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts und die Abwesenheit von insoweit ungeregelten Umständen, die ein abweichendes Ergebnis rechtfertigen können. Die Anwendung des virtuellen Hausrechts auf Werbeblocker ist somit abzulehnen.¹⁵⁵⁶

1547 *LG Ulm* NJW-RR 2015, 1167 f.; kritisch insoweit *Schulze* JZ 2015, 381, 391.

1548 *BSG* MMR 2013, 675, 676 Rn. 14 – *arbeitsagentur.de* m. w. N.; *OLG München* BeckRS 2015, 119932, Rn. 28 – *Cheatbot*.

1549 Ein solches bejahend *Schulze* JZ 2015, 381, 390 f.; Ausführlich ablehnend *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, S. 160 ff., da ein Schutz über andere Rechtsinstrumente erreicht werden könne.

1550 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 192 – *Whitelisting I*; *LG München I* MMR 2015, 660, 665.

1551 *Spindler/Schuster/Volkmann*, BGB § 1004 Rn. 2.

1552 *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; generell gegen eine Anwendung des virtuellen Hausrechts *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *JurisPK-Internetrecht/Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 428.

1553 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 193 – *Whitelisting I*; *LG München I* MMR 2015, 660, 665.

1554 *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340.

1555 Vgl. *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 193 – *Whitelisting I*; *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, S. 209 f.

1556 *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 192 f. – *Whitelisting I*; *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; ähnlich *LG München I* MMR

E. Ergebnis

Damit begründet das Angebot einer Software zum Blocklisting mit entgeltlicher Allowlistingfunktion an Nutzer, soweit dieses Verhalten dazu geeignet ist, Nutzer in ihrer geschäftlichen Entscheidung bezüglich der Verwendung des Werbeblockers zu beeinflussen, keine Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Grundsätzlich ist eine Beurteilung nach dem UWG eröffnet. So liegt eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG mit dem Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings gegenüber den Nutzern vor. Dieses steht mit der geschäftlichen Entscheidung (§ 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG) der Nutzer bezüglich der Hoheit über die auf deren Bildschirmen dargestellten Inhalte bzw. der Nutzung des Werbeblockers in einem objektiven Zusammenhang. Zu den Webseitenbetreibern besteht im Wettbewerb um diese Aufmerksamkeit der Nutzer ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des engen Mitbewerberbegriffs. Eine lauterkeitsrechtliche Beurteilung nach § 4 Nr. 4 UWG ergibt jedoch keinen Verstoß, da das Urheberrecht den Sachverhalt insoweit abschließend regelt. Da dieser Konflikt sich um die Nutzung der Inhalte der Webseitenbetreiber dreht und keine zusätzlichen, unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen, ist die urheberrechtliche Wertung zu übernehmen, nach der Werbeblocker rechtmäßig sind. Gleiches gilt für die allgemeine Marktbehinderung nach § 3 Abs. 1 UWG sowie das virtuelle Hausrecht.

2015, 660, 665; *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 398 f.; *Piras*, Virtuelles Hausrecht?, S. 209; anders wohl nur *Engels* GRUR-Prax 2015, 338, 340: Verletzung möglich.