

4. Teil: Alternativen der Webseitenbetreiber

Neben der von der urheberrechtlichen Grundwertung vorausgesetzten Alternative, der Sperrung, gibt es noch diverse weitere Handlungsoptionen der Webseitenbetreiber. Diese sollen hier mit den bisher herausgearbeiteten Wertungen und Grundsätzen auf ihre (rechtliche) Tauglichkeit geprüft werden. Die Alternativen werden in zweierlei Hinsicht geprüft: einerseits auf ihre rechtliche Realisierbarkeit und andererseits auf den Schutz gegen die Umgehung durch die Betreiber von Werbeblockern und Nutzern.

Während für die These nur Ansprüche relevant waren, die direkt aus dem Urheberrecht folgten, kommen weitere Ansprüche aufgrund der Umgehung von Sperren (§ 8) infrage. In § 9 wird die Umgehung des Werbeblockers durch die Webseitenbetreiber behandelt. Dieses Verhalten wird vor dem Hintergrund des § 7 UWG sehr kritisch gesehen, kann aber grundsätzlich auch als Behinderung der Werbeblockerbetreiber qualifiziert werden. Danach werden unter § 10 Hinweise zur Abschaltung des Werbeblockers und andere Eigenwerbung überprüft. Dort ist der Fokus darauf zu legen, inwiefern die Werbeblockerbetreiber gegen §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG verstoßen. § 11 behandelt die Möglichkeit und Anforderungen an eine wirksame Verpflichtung zum Empfang von Werbung. Neben den Anforderungen an einen Vertragsschluss wird auf die insoweit relevanten Verbraucherschutzvorschriften eingegangen.

§ 8 Aussperrung

Die Aussperrung wurde bereits mittelbar oben im Rahmen der Überprüfung der These behandelt.¹⁷³⁸ Aus dem Umgehen von Sperren durch den Werbeblockerbetreiber folgen Ansprüche aus der Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG)¹⁷³⁹ und begründen so u. a. entsprechende Schadensersatzansprüche (§ 97 UrhG). Gegen die Nutzer sind Ansprüche aufgrund rechtswidriger Vervielfältigungen (§ 16 UrhG) denkbar.¹⁷⁴⁰ Diese scheitern jedoch in der Praxis je nach Sachver-

¹⁷³⁸ 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (S. 208).

¹⁷³⁹ 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185).

¹⁷⁴⁰ 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229).

halt am bestehenden subjektiven Erfordernis,¹⁷⁴¹ der schwierigen Rechtsverfolgung sowie den geringen Schadenssummen. Neben diesen Ansprüchen gibt es grundsätzlich weitere Ansprüche, die nicht direkt aus dem Urheberrecht folgen, aber eng mit diesen verwandt bzw. von dessen Wertungen geprägt sind. Die hier zu behandelnden Ansprüche der Webseitenbetreiber sind in solche gegen die Werblockerbetreiber (A.) und die Nutzer (B.) zu unterteilen. Daneben kommen Ansprüche der Werblockerbetreiber selbst infrage, da sich die Aussperrung „gezielt“ gegen Werblocker als Produkt wendet (C.). Abschließend soll auch noch kurz auf die Paywall (D.) als Unterfall der Aussperrung eingegangen werden.

A. Ansprüche gegen die Werblockerbetreiber

Gegen die Werblockerbetreiber kommen Ansprüche nach § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 2, BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG (I.) in Betracht, die mit Blick auf die in § 95a Abs. 3 UrhG genannten Handlungen ein früheres Eingreifen als Ansprüche nach §§ 97 Abs. 1, 19a UrhG ermöglichen. Darüber hinaus können die Webseitenbetreiber grundsätzlich nach §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (II.) vorgehen.

I. § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG

§ 95a Abs. 3 UrhG verbietet diverse Handlungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Mitteln zur Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen. Die Norm des § 95a UrhG basiert insoweit auf Art. 6 Abs. 2, 3 InfoSoc-RL und ist dementsprechend richtlinienkonform auszulegen. Das schlägt sich neben dem fast identischen Wortlaut vor allem in der Berücksichtigung der Erwägungsgründe¹⁷⁴² und der Rechtsprechung des *EuGH*¹⁷⁴³ nieder. Gleichzeitig ist der Schutz technischer Schutzmaßnahmen durch Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT¹⁷⁴⁴ vorgegeben. Mit der ganz

1741 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).

1742 Insbesondere die Erwägungsgründe 47, 48 und 53 InfoSoc-RL.

1743 Soweit ersichtlich das bisher einzige (europäische) Urteil: *EuGH* MMR 2014, 401 – *Nintendo*.

1744 Vgl. Erwägungsgrund 15 InfoSoc-RL: Umsetzung „einiger“ der Verpflichtungen der WIPO-Verträge.

herrschenden Meinung ist davon auszugehen, dass § 95a Abs. 3 UrhG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist und kein Urheberrecht schützt, sodass originär urheberrechtliche Ansprüche gem. § 97 UrhG insoweit nicht infrage kommen.¹⁷⁴⁵ Demgemäß scheiden Schadensersatzansprüche wegen Verstößen gegen § 95a Abs. 3 UrhG aus.¹⁷⁴⁶

Zuerst ist das Verhältnis des § 95a UrhG zu anderen Normen mit ähnlicher Zielrichtung zu klären (1.). Danach sind die Anforderungen an eine Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG zu analysieren und das gefundene Ergebnis auf Sperren gegen Werblocker zu übertragen (2.). Liegt eine wirksame technische Schutzmaßnahme vor, müssen zur Bejahung eines Anspruch auch die Voraussetzungen des § 95a Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 3 UrhG (3.) vorliegen.

1. Konkurrenzen

Konkurrenzprobleme bestehen vor allem zu § 69f Abs. 2 UrhG (a) und dem Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz (ZKDSG)¹⁷⁴⁷ (b).

a) Verhältnis zu § 69f Abs. 2. UrhG

Auf Computerprogramme findet gem. § 69a Abs. 5 UrhG die Vorschrift des § 95a UrhG keine Anwendung. Diese Regelung geht auf Art. 1 lit. a InfoSoc-RL (unter Hinzuziehung von Erwägungsgrund 50 S. 2 InfoSoc-RL) zurück, der die Unanwendbarkeit von Art. 6 InfoSoc-RL, der Vorlage für § 95a UrhG, auf Computerprogramme anordnet. Zu diesem Verhältnis hat der *EuGH* entschieden, dass die Regelungen trotz Spezialität der den §§ 69a ff. UrhG zugrunde liegenden Computerprogramm-RL¹⁷⁴⁸ grund-

1745 BGH GRUR 2015, 672, 678 Rn. 68 – *Videospiel-Konsolen II* m. w. N.; HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 47.

1746 Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 89 m. w. N.

1747 Zugangskontrolldiensteschutz-Gesetz, vom 19. März 2002 (BGBl. [2002] I S. 1090), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 26. Februar 2007 (BGBl. [2007] I S. 179) geändert worden ist.

1748 Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung), ABl. EU L 111 vom 17.11.2009, S. 97.

sätzlich nebeneinander anwendbar sind¹⁷⁴⁹, sofern der Gegenstand einen über die Codierung hinausgehenden schöpferischen Wert besitzt.¹⁷⁵⁰ Das ist für Webseiten – einen (im Regelfall jedoch abzulehnenden) Schutz nach § 69a Abs. 1 UrhG unterstellt¹⁷⁵¹ – bezüglich der einzelnen Inhalte fast immer der Fall.¹⁷⁵² § 69f Abs. 2 UrhG steht damit einer Anwendung von § 95a UrhG auf Schutzmaßnahmen von Webseiten grundsätzlich nicht entgegen.¹⁷⁵³

b) Verhältnis zum ZKDSG

Das ZKDSG basiert auf der ZKD-RL¹⁷⁵⁴, § 95a UrhG demgegenüber auf der später beschlossenen InfoSoc-RL. Die Richtlinien sehen dabei wechselseitig vor, dass das jeweils andere Rechtsgebiet nicht berührt wird (Erwägungsgrund 21 ZKD-RL bzw. Art. 9 InfoSoc-RL).¹⁷⁵⁵ Damit geht der Richtliniengeber von einer parallelen Anwendbarkeit aus. Dies wird von den unterschiedlichen Schutzzwecken gestützt.¹⁷⁵⁶ Während die ZKD-RL gegen Entgelt erbrachte Dienste¹⁷⁵⁷ und damit das Einkommen aus diesen schützt,¹⁷⁵⁸ basiert der Schutz des § 95a UrhG auf dem Bestehen eines schutzfähigen Rechts.¹⁷⁵⁹ Fast einhellig wird dementsprechend angenommen, dass die beiden Gesetze nebeneinander angewendet werden können.¹⁷⁶⁰

1749 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 23 – *Nintendo*; MMR 2012, 586, 588 Rn. 56 – *UsedSoft*.

1750 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 23 – *Nintendo*.

1751 Hierzu 2. Teil § 3 B. II. 3. a) (S. 89).

1752 Siehe oben, 2. Teil § 3 B. I. 1. (S. 66).

1753 Vgl. allgemein HK-UrhR/Dreyer, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 25 m. w. N.

1754 Richtlinie 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten, ABl. EG L 320 vom 28.11.1998, S. 54.

1755 Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 37.

1756 HK-UrhR/Dreyer, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 19.

1757 Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 23.

1758 Vgl. Erwägungsgrund 13 ZKD-RL: „technische Maßnahmen [...], die ergriffen werden, um die Entrichtung des Entgelts für eine rechtmäßig erbrachte Dienstleistung sicherzustellen“.

1759 HK-UrhR/Dreyer, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 19.

1760 Dreier/Schulze/Specht, UrhG § 95a Rn. 1a m. w. N.; HK-UrhR/Dreyer, UrhG Vor §§ 95a ff. Rn. 22; vgl. auch RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 28 f.

2. Technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG

Für § 95a UrhG ist umstritten, besonders im Zusammenhang mit der Sperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker (Werbeblockersperre), wann eine wirksame technische Schutzmaßnahme vorliegt. Zuerst ist das Schutzziel des § 95a UrhG zu definieren und zu prüfen, inwiefern die Aussperrung von Nutzern mit Werbeblocker dazu dient, Nutzungshandlungen zu verhindern oder einzuschränken (a). Im Anschluss daran sind die Anforderungen an wirksame technische Schutzmaßnahmen gegen Werbeblocker (b) zu formulieren.

a) Verhinderung oder Einschränkung von nicht erlaubten Nutzungshandlungen

Nach § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG ist eine technische Maßnahme nur dann wirksam, wenn sie im normalen Betrieb dazu bestimmt ist, Handlungen, die vom Rechtsinhaber nicht genehmigt sind, in Bezug auf nach dem UrhG geschützte Gegenstände zu verhindern oder einzuschränken. Dabei wird es in Bezug auf Webseiten mit sich ändernden Inhalten reichen, dass sich hinter der technischen Schutzmaßnahme im Regelfall ein Werk verbirgt.¹⁷⁶¹ Der Begriff „im normalen Betrieb“ ist weit zu verstehen, der Schutz vor nicht genehmigten Handlungen darf nicht bloßer Beifang sein.¹⁷⁶² Das ist objektiv unter Berücksichtigung des aktuellen Gebrauchs der Schutzmaßnahme zu bestimmen.¹⁷⁶³

Grundsätzlich werden Nutzungshandlungen bei Vorliegen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG verhindert bzw. eingeschränkt (aa). Allerdings ergeben sich aufgrund der Subjektivierung der Schutzrechte Probleme bei der Bestimmung der verhinderten Handlung und Folgen für den Rechtsschutz nach § 95a UrhG (bb). Teilweise wird aufgrund des Schutzzwecks des § 95a UrhG eine Einschränkung für den Fall von Werbeblockersperren gefordert (cc).

1761 Vgl. *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 895 – *Adblocker*; Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 24; hiergegen Witte ITRB 2018, 34, 38: Sämtliche Elemente müssen urheberrechtlichen Schutz genießen.

1762 Vgl. Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 12.

1763 Dreier/Schulze/Specht, UrhG § 95a Rn. 14; Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 13.

aa) Vorliegen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG

Im Fall von öffentlich zugänglich gemachten (§ 19a UrhG) Inhalten ist eine technische Beschränkung Voraussetzung, dass überhaupt eine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG vorliegt.¹⁷⁶⁴ Nur technische Beschränkungen können bei Sachverhalten im Internet, auf die § 44a Nr. 2 UrhG grundsätzlich anwendbar wäre, die andernfalls vorliegende Erlaubnis in die öffentliche Zugänglichmachung und damit die Genehmigung des Rechtsinhabers beschränken.¹⁷⁶⁵ Gleiches gilt über § 44a Nr. 2 UrhG für Vervielfältigungen infolge eines öffentlich zugänglich gemachten Schutzgegenstands.¹⁷⁶⁶ Das bedeutet, dass bei Webseiten, die für die Nutzung mit Werbeblocker gesperrt sind, stets eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegen muss, denn nur dann ist die Nutzung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG „nicht genehmigt“ und kann durch eine wirksame technische Schutzmaßnahme überhaupt erst verhindert werden. Damit stellt sich die Frage der Wirksamkeit nur bei Maßnahmen, die bereits als technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG zu qualifizieren sind, also die Erfüllung einer Nutzungsbedingung derart technisch sichern, dass ein durchschnittlicher Adressat, der das Werk öffentlich zugänglich machen will, die Verknüpfung mit der Darstellung durch die technische Wirkung als eindeutig wahrnimmt.¹⁷⁶⁷ Daher kann für die Frage, ob eine Sperre eine „nicht genehmigte“ Nutzung verhindert, auf die Ausführungen zum Vorliegen einer technischen Beschränkung im Rahmen des § 19a UrhG verwiesen werden:¹⁷⁶⁸ Soweit eine technische Beschränkung die Handlung verhindert oder unter einen Bedingungsvorbehalt stellt, ist die Handlung nicht genehmigt im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG.

1764 2. Teil § 4 C. III. d) bb) (1) (b) (S. 211).

1765 Zum Erfordernis technisch wirkender Beschränkungen 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (c) (S. 78), zu den konkreten Anforderungen 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1766 Zur Maßgeblichkeit der Erlaubnis in die öffentliche Zugänglichmachung für § 44a Nr. 2 UrhG oben, 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (S. 70).

1767 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (d) (S. 214).

1768 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

bb) Auswirkungen der Subjektivierung der Schutzrechte

Da ohnehin eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt, werden durch die technische Schutzmaßnahme – die insoweit deckungsgleich mit der technischen Beschränkung ist – grundsätzlich ungenehmigte Nutzungen im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG verhindert bzw. beschränkt. Aufgrund von § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG ist auf die Vervielfältigung (§ 16 UrhG) durch die Nutzer als verhinderte Handlung abzustellen. Allerdings wird dadurch die Subjektivierung des Vervielfältigungsrechts gem. §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG¹⁷⁶⁹ zum Problem.

Wie oben dargestellt, muss § 44a Nr. 2 UrhG unabhängig vom Vorliegen einer Schutzmaßnahme nach § 95a UrhG Anwendung finden.¹⁷⁷⁰ § 44a Nr. 2 UrhG stellt als Fortsetzung der für § 19a UrhG geltenden Subjektivierung keine Schranke dar, sondern gestaltet das Urheberrecht selbst aus. Folglich müssen die subjektiven Voraussetzungen für ein Nichteingreifen des § 44a Nr. 2 UrhG und damit eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts gegeben sein. Nur dann kommt überhaupt eine „nicht genehmigte Handlung“ im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG und ein Schutz gem. § 95a Abs. 3 UrhG in Betracht. Fehlt das subjektive Moment, so besteht bereits kein Recht, dessen Nutzung „genehmigt“ werden kann.

Damit wäre eigentlich auf die Nutzer als die Vervielfältigenden abzustellen, sodass nur ein Recht zur Vervielfältigung besteht, wenn die Nutzer die subjektiven Voraussetzungen des § 44a Nr. 2 UrhG nicht erfüllen. Man könnte zwar überlegen, dass diese Subjektivierung im Rahmen des § 95a UrhG nicht zu beachten ist, da Abs. 2 das Merkmal „im normalen Betrieb“ enthält und so eine gewisse Pauschalisierung nahelegt. Allerdings bezieht sich der normale Betrieb auf die Funktionsweise und die typische Zielrichtung der Maßnahme, Nutzungen zu verhindern und nicht darauf, dass die Nutzungen im „normalen Betrieb“ „nicht genehmigt“ sind. In systematischer Hinsicht spricht gegen das Ignorieren des jeweiligen subjektiven Horizons und damit der Frage, ob ein Werk konkret verletzt werden würde, dass es sich bei § 95a UrhG um einen Annexschutz¹⁷⁷¹ handelt, der die wirksame technische Schutzmaßnahme wegen eines dahinterstehenden Urheberrechts schützt und infolgedessen nicht weiter als das Urheberrecht

1769 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).

1770 2. Teil § 4 C. III. 3. b) bb) (S. 250).

1771 Vgl. Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 3.

selbst reichen kann.¹⁷⁷² Ein Rechtsschutz nach § 95a UrhG setzt mithin grundsätzlich voraus, dass ein Schutzrecht verletzt wird. Nur so können die systematische Stellung der subjektiven Merkmale der §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG und § 19a UrhG konsequent gewahrt werden und die subjektiven Merkmale bruchlos eingefügt werden.

Teilweise wird demgegenüber der Anwendungsbereich des § 95a Abs. 3 UrhG auch auf Schutzmaßnahmen ausgedehnt, die gemeinfreie Werke sichern.¹⁷⁷³ Hierfür wird z. B. auf die Effektivität des Schutzes nach § 95a Abs. 3 UrhG verwiesen, da Nutzer sich andernfalls auf die Umgehung von Schutzmaßnahmen ungeschützter Werke beriefen.¹⁷⁷⁴ Gegen diese Auslegung spricht jedoch der Charakter des § 95a UrhG als Annexschutz und dass wegen § 95a Abs. 3 Nr. 2, 3 UrhG und der dort angeordneten objektiven Bestimmung der Verwendung¹⁷⁷⁵ solche Schutzbehauptungen gegenstandslos sind.

Die Nutzer als Vervielfältigende müssten also grundsätzlich von der Verletzung des Rechts der Vervielfältigung wissen bzw. grob fahrlässig nicht wissen, da nur dann eine „nicht genehmigte“ Nutzung verhindert (bzw. eingeschränkt) wird und damit überhaupt erst eine Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG vorliegen kann. Dieses Ergebnis wird jedoch vom Richtliniengeber nicht gewollt sein. So würde der Werblockerbetreiber die Webseite durch die Umgehung einer technischen Beschränkung zwar öffentlich zugänglich machen, wozu ein subjektives Moment vermutet wird,¹⁷⁷⁶ könnte sich aber gleichzeitig im Rahmen des § 95a Abs. 3 UrhG auf das fehlende subjektive Moment der Nutzer in Bezug auf die Vervielfältigung gem. §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG berufen. Deshalb ist auf den subjektiven Horizont der Werblockerbetreiber abzustellen. Denn in Bezug auf § 95a Abs. 3 UrhG ist – anders als im Rahmen von §§ 19a, 16 UrhG – das subjektive Kriterium *der Nutzer* nicht erforderlich, um die Meinungs- bzw. Informationsfreiheit zu wahren, sodass insoweit die Vorschrift nicht einzuschränken ist. Gleichzeitig haben die Werblockerbetreiber die Hoheit darüber, ob ein Werk zugänglich gemacht und damit vervielfältigt wird. Der Richtliniengeber hat im Rahmen des Art. 6

1772 Vgl. HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 38: kein über das eigentliche Schutzrecht hinausgehender Rechtsschutz.

1773 Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 24; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 68.

1774 Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 24.

1775 EuGH MMR 2014, 401, 403 Rn. 36 ff. – *Nintendo*.

1776 Dazu 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221), dort auch zur Rechtfertigung des subjektiven Merkmals.

Abs. 1 InfoSoc-RL (§ 95a UrhG) deutlich gemacht, dass nur die konkrete Umgehung durch ein subjektives Merkmal eingeschränkt werden soll, während die Haftung für Umgehungswerkzeuge im gewerblichen Bereich grundsätzlich verschuldensunabhängig sein soll. Diese Entscheidung darf nicht durch die Hintertür umgangen werden, indem für die Frage der ungenehmigten Nutzung auf den subjektiven Horizont der insoweit privilegierten¹⁷⁷⁷ Nutzer abgestellt wird. Zudem spricht die Erwähnung von „Dienstleistungen“ im Rahmen des § 95a Abs. 3 UrhG dafür, dass man für das subjektive Merkmal nicht auf die Nutzer, sondern direkt auf den subjektiven Horizont der Werbeblockerbetreiber abstellen muss. Bei den Werbeblockerbetreibern kann offenbleiben, ob sie bezüglich der Vervielfältigungen der Nutzer oder der öffentlichen Zugänglichmachung die subjektiven Voraussetzungen erfüllen müssen. Denn die öffentliche Zugänglichmachung zielt stets auf die Ermöglichung von Vervielfältigungen ab, sodass das Kennenmüssen der Zugänglichmachung auch ein solches in Bezug auf die Vervielfältigung begründet. Dieses Verständnis führt zu einer faktischen Subjektivierung des Schutzes nach § 95a Abs. 3 UrhG, denn nur bei Kenntnis oder Kennenmüssen der öffentlichen Zugänglichmachung liegt ein verletztes Urheberrecht vor, was für einen Schutz nach § 95a Abs. 1, 3 UrhG erforderlich ist.

Zwar widerspricht die hier vertretene mittelbare Subjektivierung des § 95a UrhG zu einem gewissen Grade der verschuldensunabhängigen Haftung¹⁷⁷⁸ der § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG. Allerdings wird die hier vertretene Auslegung neben der bereits angesprochenen Systematik des § 95a UrhG – Gewährung eines Annexschutzes – durch einen Vergleich mit § 19a UrhG gestützt. Da bereits das eigentlich einen stärkeren Schutz verdienende Vollrecht in § 19a UrhG subjektiviert ist, muss das erst recht für Ansprüche aufgrund von § 95a Abs. 3 UrhG gelten. Gleichzeitig wird so das in Erwägungsgrund 48 S. 3 InfoSoc-RL erwähnte Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt, indem Verstöße mittelbar einen Sorgfaltspflichtverstoß voraussetzen. Zudem wird § 95a UrhG als Norm nicht überflüssig. Zwar wird im Bereich der Online-Vervielfältigungen beim Vertrieb von Umgehungsmitteln gegen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 95a UrhG stets auch eine öffentliche Wiedergabe bzw. Zugänglichmachung vorliegen, sodass ein Schutz insoweit redundant ist und mangels Schadensersatzanspruch aufgrund von § 95a Abs. 3 UrhG

1777 Sofern die Nutzer ohne Gewinnerzielungsabsicht handeln, wovon aber im Regelfall (und in dieser Arbeit) auszugehen ist.

1778 HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 53.

hinter §§ 97, 19a UrhG zurückbleibt. § 95a Abs. 3 UrhG bietet aber (unter Umständen) durch die weite Fassung einen über §§ 97, 19a UrhG hinausgehenden Vorfeldschutz für Vorbereitungshandlungen und hat im Kampf gegen Umgehungsmittel für Schutzmaßnahmen, die z. B. Vervielfältigungen von Datenträgern verhindern, seine Daseinsberechtigung. Außerdem bleibt es den Webseitenbetreibern unbenommen, die Werblockerbetreiber von einer Umgehung in Kenntnis zu setzen und so die subjektiven Voraussetzungen für eine Verletzung des § 19a UrhG und damit auch des § 95a UrhG zu begründen.

Somit ist grundsätzlich auf die Vervielfältigung (§ 16 UrhG) durch die Nutzer als nicht genehmigte und durch die Schutzmaßnahme verhinderte Nutzungshandlung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG abzustellen. Da eine Genehmigung ein Urheberrecht voraussetzt und das Vervielfältigungsrecht nach § 44a Nr. 2 UrhG subjektiviert ist, müssen die Voraussetzungen insoweit vorliegen. Für die subjektiven Voraussetzungen (des § 44a Nr. 2 UrhG) ist auf die Werblockerbetreiber abzustellen. Machen die Werblocker den Inhalt öffentlich zugänglich, so liegen die subjektiven Voraussetzungen der Vervielfältigung vor. Die öffentliche Zugänglichmachung dient im digitalen Bereich der Ermöglichung von Vervielfältigungen bei den Abrufenden, das subjektive Moment erfasst also ebenso die Vervielfältigungen durch die Nutzer. Insoweit kann auf die Ausführungen zur aktiven Rolle und der Pflichtverletzung im Rahmen des § 19a UrhG verwiesen werden.¹⁷⁷⁹ Die Sperre dient deshalb grundsätzlich dem Ziel, eine vom Rechtsinhaber nicht erlaubte Nutzung, die Vervielfältigung auf dem Bildschirm als Teil der öffentlichen Zugänglichmachung, zu verhindern (oder zu beschränken), sodass bei Sperren von Nutzern mit Werblocker die Voraussetzungen im Regelfall vorliegen.

cc) Einschränkung aufgrund des Schutzzwecks des § 95a UrhG

Gegen einen Schutz von Sperren gegen die Nutzer von Werblockern wenden sich einige Autoren, da die Sperrung von Nutzern mit Werblockern letzten Endes eine schuldrechtliche Kopplung schütze und der Genuss von Werbung erzwungen werde, was nicht vom Telos der §§ 95a ff.

¹⁷⁷⁹ Zur aktiven Rolle: 2. Teil § 4 C. III. 2. c) aa) (3) (b) (S. 198) und zur Pflichtverletzung: 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (S. 221).

UrhG gedeckt sei.¹⁷⁸⁰ Zur Konditionalisierung des Zugangs im Rahmen des § 19a UrhG wurde bereits gezeigt, dass eine öffentliche Zugänglichmachung auch an den Empfang von Werbung geknüpft werden kann.¹⁷⁸¹ Da § 95a UrhG einen Annexschutz für das Urheberrecht gewähren soll, ist eine Beschränkung des Schutzzwecks abzulehnen.¹⁷⁸² Sinn und Zweck der Gewährung des Urheberrechts ist gerade die Sicherung der Monetarisierung der Inhalte.¹⁷⁸³ Das muss ebenso für den das Urheberrecht ergänzenden Schutz des § 95a UrhG gelten. Zudem zeigt ein Vergleich zu Art. 2 lit. a ZKD-RL (§ 2 Nr. 1 ZKDSG), der explizit ein Entgelt voraussetzt, dass ein Schutz auch ohne Entgelt gewährt werden muss. Weder Art. 6 InfoSoc-RL (§ 95a UrhG) noch die der Norm zugrunde liegenden¹⁷⁸⁴ Art. 11 WCT oder Art. 18 WPPT kennen ein Entgelterfordernis.

Damit dient die technische Maßnahme „im normalen Betrieb“ dem Schutz urheberrechtlich geschützter Schutzgegenstände, indem die Vervielfältigung auf dem Bildschirm als Teil der öffentlichen Zugänglichmachung unterbunden wird.

b) Wirksamkeit

In diesem Abschnitt werden zuerst allgemeine Anforderungen an Sperren im Zusammenhang mit Webseiten (aa) formuliert und das Verhältnis zum Begriff der Umgehung (bb) geklärt, um die gefundenen Ergebnisse dann auf die Sperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker anzuwenden (cc). Zum Schluss erfolgt bei dd) ein Abgleich mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

1780 Pfeifer AfP 2016, 5, 10; skeptisch auch Krüger GRUR-Prax 2016, 322, 324; wohl auch Witte ITRB 2018, 34, 38: nur Art und Weise der Nutzung.

1781 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (a) (S. 209).

1782 Zumeist wird nicht auf diese Überlegung eingegangen: LG Hamburg ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*; HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 11; Rostam InTer 2017, 146, 149; Runkel IPRB 2016, 81, 84; vgl. auch OLG Köln GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; BeckOK UrhR/Lindhorst, UrhG § 95a Rn. 15.

1783 Vgl. auch Erwägungsgrund 10 InfoSoc-RL.

1784 Vgl. Erwägungsgrund 15 InfoSoc-RL.

aa) Allgemeine Anforderungen

Ausgangspunkt ist § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG (Art. 6 Abs. 3 S. 2 InfoSoc-RL), der Maßnahmen für wirksam erklärt, soweit durch sie die Nutzung durch eine Zugangskontrolle oder einen Schutzmechanismus wie Verschlüsselung, Verzerrung oder sonstige Umwandlung des Werks oder sonstigen Schutzgegenstands oder einen Mechanismus zur Kontrolle der Vervielfältigungen, die die Erreichung des Schutzziels sicherstellen, unter Kontrolle gehalten wird. Aus dieser umfassenden Formulierung folgt, dass grundsätzlich jeder „Mechanismus“ geschützt wird und der Begriff damit technologie-neutral ausgestaltet ist.¹⁷⁸⁵ Der für die Auslegung maßgebliche Richtlinien-text ist zum Begriff der Wirksamkeit darüber hinaus unergiebig, da sich die Formulierung ohne die Einschübe auf „Eine Maßnahme ist wirksam, soweit sie die Nutzung unter Kontrolle hält“ reduziert. Dieser Satz gilt allgemein als tautologisch.¹⁷⁸⁶ Sucht man trotzdem eine Bedeutung, so ergibt sich die Wirksamkeit aus dem bloßen Funktionieren der Maßnahme. Hieraus könnte man zumindest ableiten, dass die Schwelle der Wirksamkeit nicht allzu hoch anzusetzen ist, der *EuGH* spricht von einem weiten Verständnis.¹⁷⁸⁷ Auch die internationalen Konventionen¹⁷⁸⁸, die von der Richtlinie gem. Erwägungsgrund 15 InfoSoc-RL umgesetzt werden, erläutern dieses Kriterium nicht. Unstrittig ist, dass eine mögliche Umgehung grundsätzlich nicht die Wirksamkeit einer Maßnahme entfallen lässt, da die Norm ansonsten irrelevant wäre.¹⁷⁸⁹ Dabei kommt es für die Wirkung auf eine Ex-ante-Beurteilung an, da gerade im digitalen Bereich Neuerungen sehr häufig sind.¹⁷⁹⁰ Stellt man auf das Verhindern von Nutzungen als Wirksamkeitskriterium ab, prüft die ganz herrschende Meinung dies anhand des Durchschnittsnutzers. Maßgeblich ist, ob ein solcher von Nutzungshandlungen abgehalten wird,¹⁷⁹¹ bzw. die Schutzmaßnahme

1785 RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 26; vgl. auch Dreier/Schulze/Specht, UrhG § 95a Rn. 14.

1786 Z. B. Dreier/Schulze/Specht, UrhG § 95a Rn. 15; Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 20.

1787 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 27 – *Nintendo*.

1788 Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT.

1789 RegE UrhG-InfG BT-Drucks. 15/38, S. 26; statt aller Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 17; auch *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 30 – *Nintendo* weist hierauf hin.

1790 Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 22; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 51; Lucas GRUR Int. 2017, 114, 115.

1791 *OLG Hamburg* GRUR-RR 2010, 153, 154 – *FTA-Receiver*; *OLG München* ZUMRD 2009, 80, 84 – *AnyDVD II*; *LG Frankfurt a. M.* MMR 2006, 766, 767 –

nicht ohne Weiteres überwinden kann.¹⁷⁹² Es kommt auf die Möglichkeiten des „Hackers“ nicht an,¹⁷⁹³ ein durchschnittlicher Nutzer schreibt nicht einmal einfachsten Code.¹⁷⁹⁴ Gleichzeitig sind Schutzmaßnahmen nicht wirksam, die durch einfache Tricks umgangen werden können, wie z. B. dem manuellen Starten einer CD.¹⁷⁹⁵

Allerdings handelt es sich bei Werbeblockern, die eine Sperre umgehen, um einen Sonderfall. Das Grundprogramm, der Werbeblocker, ist weit verbreitet und mit ihm – sofern vom Betreiber implementiert – die Umgehungsfunktion. Die Nutzung weitverbreiteter Programme zur Umgehung wird unter der Frage der Verwendung von Tools diskutiert. Tools sind Programme, die die Umgehung eines Kopierschutzmechanismus ermöglichen, und dabei gezielt Laien ansprechen. Mit diesen Tools ist es durchschnittlichen Nutzern möglich, ohne jegliche Vorkenntnisse technische Maßnahmen zu umgehen. Es reicht zumeist eine kurze Recherche bei einer Suchmaschine, um eine entsprechende Anleitung mit Link zum jeweiligen Programm zu finden. Im Regelfall kursiert für jede technische Schutzmaßnahme nach kurzer Zeit ein Tool zum Umgehen (bzw. eine Anleitung),¹⁷⁹⁶ sodass eine pauschale Zurechnung dieser Tools zu den Fähigkeiten des Durchschnittsnutzers durch die Richtlinie nicht gewollt sein kann.¹⁷⁹⁷ Das kommt beispielsweise in der Richtlinie in Erwägungsgrund 47 InfoSoc-RL durch die Nennung von „Vorrichtungen und

Analoge Lücke; LG Hamburg ZUM 2016, 892, 896 – Adblocker; Dreier/Schulze/Specht, UrhG § 95a Rn. 16; Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 17; Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 22; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 50 m. w. N.; a. A. Hdb-UrhR/Peukert, § 34 Rn. 12: aktives Handeln erforderlich; dagegen spricht jedoch, dass insbesondere die Installation von zusätzlicher Software, die danach automatisch arbeitet, nur schwer zu erfassen wäre; gleichzeitig würde ein zu hohes Schutzniveau gewährt, da auch Maßnahmen, die durch einfachste Tricks auszuschalten wären, aufgrund des erforderlichen „aktiven“ Vorgehens geschützt wären.

1792 *LG Hamburg GRUR-RR 2014, 241, 242 – JDownloader 2.*

1793 *Statt aller Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 50.*

1794 *Deutlich LG Hamburg ZUM 2016, 892, 896 – Adblocker; vgl. auch Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 67.*

1795 *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 50.*

1796 *Vgl. Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 21 f.; Kiersch/Kassel CR 2017, 242, 245 weisen darauf hin, dass die auf bild.de verwendete Sperre innerhalb einer Stunde nach erstmaligen Einsatz bereits umgangen war, vgl. dazu LG Hamburg BeckRS 2016, 127854, Rn. 6 – Tobis Tricks.*

1797 *Vgl. Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 67.*

Produkte[n]“ und „Dienstleistungen“ und Art. 6 Abs. 2 InfoSoc-RL zum Ausdruck.¹⁷⁹⁸

Die Problematik der Zurechnung von Tools findet sich auch im Zusammenhang mit dem Geoblocking, das per Virtual-private-Network (VPN) umgehbar ist,¹⁷⁹⁹ und beim Einsatz von Verschlüsselungssoftware zum Schutz von Streams im Kampf gegen sogenannte Streamripper.¹⁸⁰⁰ Beide werden zumeist als wirksame technische Schutzmaßnahme angesehen.¹⁸⁰¹ Das gilt unabhängig davon, dass diese Tools Durchschnittsnutzern unproblematisch, spätestens nach einer kurzen Recherche im Netz, zugänglich sind.¹⁸⁰²

Gleichzeitig kann aber nicht ignoriert werden, dass z. B. das manuelle Starten einer CD im PC wie ein Tool auf einer Softwarefunktion beruht

1798 *Martiny* MMR 2016, 579, 582.

1799 Beim Geoblocking (auch Geo-Sperren) wird anhand der IP-Adresse des Nutzers überprüft, in welchem Land er sich befindet und ihm werden nur für dieses Land lizenzierte Inhalte zur Verfügung gestellt. Da auf die IP-Adresse abgestellt wird, kann dieses Schutzsystem mithilfe eines VPN-Dienstes umgangen werden. Bei einem Virtual Private Network wird ein eigenes Netzwerk gebildet, bei dem jedes der Mitglieder jegliche Kommunikation mit dem Internet über den Ausgangsserver des VPN laufen lässt. Die Folge davon ist, dass der Anbieter der Inhalte anhand der IP-Adresse den Standort des VPN-Servers für die Prüfung zugrunde legt (vgl. zum Begriff auch Auer-Reinsdorff/Conrad/Schmidt/Pruß, § 3 Rn. 317 ff.). Im Regelfall muss für die Nutzung eines VPN-Dienstes lediglich ein eigenes Programm installiert und die Log-in-Daten des jeweiligen VPN-Dienstes eingetragen werden. Dementsprechend blockieren die Inhalteanbieter bekannte IP-Adressen von VPN-Servern, die jedoch teilweise gewechselt werden.

1800 Streamripper ermöglichen das – mithilfe der Software für durchschnittliche Nutzer sehr einfache – Abspeichern eines Streams auf dem heimischen Computer, meist wahlweise als Audio- oder Videodatei; zu den technischen Details siehe *Janisch/Lachenmann* MMR 2013, 213 f. und insbesondere zur Verschlüsselung *Heinemeyer/Kreitlow* MMR 2013, 623, 624 f.

1801 Spindler/Schuster/Spindler, UrhG § 95a Rn. 12; zu Geo-Sperren: Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 22; *Martiny* MMR 2016, 579, 582; kritisch *Mitsdörfer/Gutfleisch* MMR 2009, 731, 735 (aber nicht unter Verweis auf die einfache Verfügbarkeit von VPNs); zu Streamrippern: *LG Hamburg* BeckRS 2017, 146120, Rn. 38 – *Konvertierungsdienst für YouTube-Videos*; GRUR-RR 2014, 241, 242 – *JDownloader 2*; *LG München I* ZUM-RD 2013, 76, 80 – *Tubebox*; *Heinemeyer/Kreitlow* MMR 2013, 623, 627; vgl. auch Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 50; eine Wirksamkeit für Streamripper hingegen verneinend Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 22.

1802 *Martiny* MMR 2016, 579, 581 f.

und wegen dieser Möglichkeit ein Schutz zu Recht verneint wird.¹⁸⁰³ Deshalb wird teilweise eine Zurechnung angenommen und damit die Wirksamkeit der Schutzmaßnahme negiert, wenn die Software mit dem Betriebssystem vorinstalliert ist¹⁸⁰⁴ oder bereits eine „allgemeine“¹⁸⁰⁵ oder „nicht unerhebliche Verbreitung“¹⁸⁰⁶ gefunden hat. Dabei soll das Prozessieren gegen Umgehungssoftware eine „allgemeine Verfügbarkeit“ verhindern.¹⁸⁰⁷

Andere hingegen möchten Tools grundsätzlich nicht zurechnen.¹⁸⁰⁸ Es komme allein auf den Durchschnittsnutzer und dessen Fähigkeiten an, andernfalls entscheide die Bedienerfreundlichkeit des Umgehungswerkzeugs.¹⁸⁰⁹ Das Vorhandensein eines Umgehungswerkzeugs sei vielmehr ein Indiz für die Wirksamkeit der Maßnahme.¹⁸¹⁰ Auch sei die Verfügbarkeit dank Suchmaschinen kein taugliches Kriterium.¹⁸¹¹ Lediglich erkennbar veraltete Maßnahmen seien anhand des Merkmals der Wirksamkeit auszuscheiden.¹⁸¹²

Im Grundsatz ist den zuletzt genannten Autoren zuzustimmen. Eine Berücksichtigung gut verfügbarer bzw. einfach zu bedienender Umgehungssoftware kann nicht entscheidend für die Wirksamkeit sein. Denn käme es auf die Verfügbarkeit an, so liefe das letztendlich auf eine Verwirkung

1803 Vgl. Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 50.

1804 Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 50; Janisch/Lachenmann MMR 2013, 213, 214; ohne Entscheidung zur Zurechnung von Tools LG München I ZUM-RD 2013, 76, 80 – Tubebox.

1805 Janisch/Lachenmann MMR 2013, 213, 214; ähnlich LG Hamburg BeckRS 2017, 146120, Rn. 38 – Konvertierungsdienst für YouTube-Videos; GRUR-RR 2014, 241, 242 – JDownloader 2 und Heinemeyer/Kreitlow MMR 2013, 623, 626: allgemein verfügbar.

1806 Dreier/Schulze/Specht, UrhG § 95a Rn. 16; Spindler/Schuster/Spindler, UrhG § 95a Rn. 12: Allerdings inkonsequent, wenn er Geoblocking als wirksam einstuft, obwohl VPN-Software insbesondere durch den Einsatz in Unternehmen (und dem daraus folgenden Kontakt mit potenziellen Nutzern) stark verbreitet ist.

1807 Heinemeyer/Kreitlow MMR 2013, 623, 626.

1808 Lucas GRUR Int. 2017, 114, 119; Martiny MMR 2016, 579, 582; vgl. auch BeckOK UrhR/Lindhorst, UrhG § 95a Rn. 16 f.

1809 In diese Richtung aber Spindler/Schuster/Spindler, UrhG § 95a Rn. 12; das Argument hilfsweise anführend LG Hamburg BeckRS 2017, 146120, Rn. 42 – Konvertierungsdienst für YouTube-Videos.

1810 Martiny MMR 2016, 579, 582.

1811 BeckOK UrhR/Lindhorst, UrhG § 95a Rn. 16; Lucas GRUR Int. 2017, 114, 119.

1812 BeckOK UrhR/Lindhorst, UrhG § 95a Rn. 16; Lucas GRUR Int. 2017, 114, 119.

des Schutzes hinaus.¹⁸¹³ Eine gute Verfügbarkeit setzt ein einfaches Auffinden solcher Tools über Suchmaschinen voraus, was jedoch insbesondere mittels durchgesetzter Unterlassungsansprüche (§ 1004 Abs. 1 S. 1 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG) verhindert, aber auch durch Untätigkeit ermöglicht werden kann. Ebenso erhöhen Parameter wie einfache Handhabbarkeit, fehlende Weiterentwicklung bestehender Schutzmaßnahmen und selbst mangelndes Unrechtsbewusstsein der Verwender die Verbreitung (und damit die Verfügbarkeit), indem z. B. die Umgehung durch als überhöht empfundene Preise gerechtfertigt wird oder in den Medien mehr oder minder offen für solche Tools geworben wird.¹⁸¹⁴ Diese Umstände können aber keinen Einfluss haben. Außerdem besteht die Gefahr eines Zirkelschlusses: Werden häufig verwendete Programme (z. B. ein Browser mit einem hohen Marktanteil) vom Hersteller durch ein automatisches Update mit einer umgehenden Funktion versehen, so erfolgt nach der wohl herrschenden Meinung – dank einer allgemeinen Verbreitung – eine Zurechnung dieses Tools zu den Fähigkeiten des Durchschnittsnutzers. Dadurch würden die danach eingesetzten Schutzmaßnahmen¹⁸¹⁵ ihre (rechtliche) Wirksamkeit verlieren. Die Wirksamkeit könnte insoweit von der Gegenseite bestimmt werden.¹⁸¹⁶

Tools sind damit prinzipiell nicht zuzurechnen, was zu einer sehr weiten Definition der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen führt. Dass nun das Kriterium der Wirksamkeit jede Bedeutung verliert, ist jedoch nicht anzunehmen. Denn der Anbieter wird ein wirkungsvolles Schutzsystem verwenden, das also möglichst viele Nutzer von unberechtigten Kopien abhält, gerade wenn Alternativen am Markt verfügbar sind. Sind die Tools zur Umgehung nun allgemein verfügbar im Sinne der wohl herrschenden Meinung oder werden sie gar mit dem Betriebssystem ausgeliefert (die Schutzmaßnahme aber deshalb noch nicht unwirksam), so werden die Inhaltenanbieter von selbst die Verwendung dieser technischen Schutzmaßnahme einstellen und ein verbessertes System nutzen. Zweitens wird ein

1813 Zur Verwirkung im Rahmen des § 97 UrhG Schrickner/Loewenheim/Wimmers, UrhG § 97 Rn. 328 ff.

1814 Vgl. zur Verlinkung auf Hersteller von Umgehungsmitteln BGH NJW 2011, 2436 ff. – *AnyDVD*.

1815 Aufgrund der Ex-ante-Betrachtung führt dies dazu, dass das gleiche Schutzsystem *vor* dem Verlust der Wirksamkeit noch geschützt ist (das Tool zur Umgehung also verboten werden könnte) aber die Implementierung *nach* der „allgemeinen Verfügbarkeit“ mangels Wirksamkeit keinen Schutz genießt.

1816 Vgl. Janisch/Lachenmann MMR 2013, 213, 214, die in diesen Fällen wohl die Wirksamkeit entfallen ließen.

zu weitgehender Schutz von technischen Schutzmaßnahmen auch mit Blick auf die Einschränkungen bezüglich des Dual Use und der Beachtung der Verhältnismäßigkeit (Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL) nicht eintreten.

Dieses Ergebnis stützt auch die InfoSoc-RL. So gehen die Erwägungsgründe 9 und 11 von einem hohen Schutzniveau (Nr. 9) aus und fordern einen „rigorosen“ Schutz der Urheberrechte (Nr. 11). Solch ein Schutzniveau muss dann ebenso für den Annex-Schutz gem. Art. 6 InfoSoc-RL gelten.¹⁸¹⁷ Zudem spricht Erwägungsgrund 53 InfoSoc-RL für ein hohes Schutzniveau, wenn er ein „sicheres Umfeld“ für interaktive Online-Dienste fordert und die Schranken des Art. 5 InfoSoc-RL für nicht anwendbar erklärt. Zwar sieht die zugehörige Regelung in Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 InfoSoc-RL (umgesetzt in § 95b Abs. 3 UrhG) eine Nichtanwendbarkeit der Schranken nur für Dienste im Rahmen vertraglicher Beziehungen vor, allerdings ging der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass nur die Schranken solch ein „sicheres Umfeld“ verhindern. Dieses gewährt Art. 6 InfoSoc-RL aber bereits grundsätzlich.

Eine zu weite Definition von Schutzmaßnahmen bedroht auch nicht die Hersteller bestimmter Software. Die Richtlinie will gerade Werkzeuge mit vornehmlich legalen Verwendungen (Dual Use) vom Verbot ausnehmen (Art. 6 Abs. 2 InfoSoc-RL) und betont gleichzeitig die Verhältnismäßigkeit in Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL. Hieraus folgt, dass ein zu weitgehender Schutz des jeweiligen Inhaltes den Rechtsschutz entfallen lassen kann¹⁸¹⁸ und deshalb selbst ein vergleichsweise schwacher Schutz wirksam im Sinne der Richtlinie sein muss. Im Übrigen ist zu beachten, dass die Hersteller von Umgehungssoftware im Vergleich zu den Inhabern absoluter Schutzrechte nicht schutzwürdiger sind.¹⁸¹⁹ Letztlich wird man die Grenze der Wirksamkeit in der Nähe des Rechtsmissbrauchs ziehen müssen, ob die Maßnahme *objektiv ernsthaft* eingesetzt wird. Dafür ist zu fragen, ob ein objektiver Rechtsinhaber die technische Maßnahme noch einsetzen würde.¹⁸²⁰ Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn das System in tatsächlicher Hinsicht sehr schwach ist und zugleich ähnlich günstige, gleich gut funktionierende Alternativen verfügbar sind, sodass ein durchschnittlicher Rechtsinhaber die Schutzmaßnahme nicht mehr

1817 LG Hamburg BeckRS 2017, 146120, Rn. 38 – *Konvertierungsdienst für YouTube-Videos*; für den Erwägungsgrund 9: EuGH MMR 2014, 401, 402 Rn. 27 – *Nintendo*.

1818 Vgl. EuGH MMR 2014, 401, 402 Rn. 30 f. – *Nintendo*.

1819 Lucas GRUR Int. 2017, 114, 119.

1820 Vgl. Lucas GRUR Int. 2017, 114, 119, die „erkennbar veraltete“ Maßnahmen ausscheiden möchte.

einsetzen würde, was eine Grenze in der Nähe des Rechtsmissbrauchs zur Folge hat.

Würde ein durchschnittlicher Hersteller eine Schutzmaßnahme noch einsetzen, so bleiben Tools außer Betracht und es ist allein auf den Durchschnittsnutzer abzustellen, ob dieser den Schutz umgehen kann. Als (weitere) Negativabgrenzung ist zu fordern, dass die Maßnahme nicht durch Tricks umgangen werden darf, also Handlungen, die ein Durchschnittsnutzer unproblematisch vornehmen kann¹⁸²¹ bzw. die sich aufdrängen.

bb) Verhältnis zum Begriff der Umgehung

Häufig wird der Begriff der Umgehung gesondert definiert: Eine Umgehungshandlung ist danach jedes Verhalten, das objektiv darauf gerichtet ist, eine wirksame technische Schutzmaßnahme außer Kraft zu setzen, abzuschwächen oder auszuschalten.¹⁸²² Der Begriff soll sehr weit zu verstehen sein.¹⁸²³ Es kommt letztlich darauf an, ob das Werk der Kontrolle des Rechtsinhabers entzogen wird.¹⁸²⁴ Eine Umgehung wird nur dann verneint, wenn das jeweilige Programm den Schutz nicht „erkennt“.¹⁸²⁵

Allerdings kann man solche Fälle ebenso und im Rahmen dieser Arbeit besser auf der Ebene des Vorliegens einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme bzw. der vorgelagerten Ebene der technischen Beschränkung lösen. „Erkennt“ das Programm den Schutz nicht, funktioniert dieser in Bezug auf die dadurch bewirkte Umgehungshandlung nicht, sodass insoweit bereits keine technische Beschränkung vorliegt bzw. nicht wirksam ist. Deshalb werden in dieser Arbeit Vorbehalte in Bezug auf die Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme¹⁸²⁶ im Rahmen des

1821 Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 50.

1822 Dreier/Schulze/Speccht, UrhG § 95a Rn. 10; Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 37; Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 10; Spindler/Schuster/Spindler, UrhG § 95a Rn. 6; vgl. auch OLG Hamburg GRUR-RR 2010, 153, 155 – FTA-Receiver.

1823 Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 38; Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 53.

1824 Dreier/Schulze/Speccht, UrhG § 95a Rn. 10.

1825 Dreier/Schulze/Speccht, UrhG § 95a Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 53.

1826 Z. B. Kiersch/Kassel CR 2017, 242, 245 ff.

Vorliegens einer technischen Beschränkung bzw. als Frage der Wirksamkeit behandelt.

cc) In Bezug auf Werbeblockersperren

Da es technisch verschiedenste Möglichkeiten gibt (und geben wird), die Nutzer von Werbeblockern zu identifizieren und auszusperrern, sind hier – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die allgemeinen Anforderungen an technische Schutzmaßnahmen gegen Werbeblocker darzustellen. Letztlich ist fraglich, wann Maßnahmen zur Verhinderung des Besuchs einer Webseite mit aktiviertem Werbeblocker (noch) wirksam im Sinne des Gesetzes sind. Da das Vorliegen einer technischen Beschränkung als Ausdruck des Willens des Rechtsinhabers zu einer Nutzungsbeschränkung Voraussetzung einer Schutzmaßnahme ist,¹⁸²⁷ eint alle Maßnahmen, dass sie objektiv dem Zweck dienen, durch das Urheberrechtsgesetz geschützte Gegenstände zu schützen und „im normalen Betrieb“ zumindest die Vervielfältigung auf dem Bildschirm verhindern bzw. beschränken. Dieses Merkmal scheidet bereits bestimmte Maßnahmen aus, da der Wille des Rechtsinhabers insoweit nicht technisch besichert und damit irrelevant ist. So wäre z. B. das bloße gemeinsame Ausspielen einer Webseite mit Werbung – also der übliche Webseitenaufbau – wirksam im Sinne des § 95a Abs. 2 UrhG, da dieser Zusammenhang nur mithilfe eines Programms durch den Durchschnittsnutzer gelöst werden kann. Allerdings fehlt es zu einem Schutz gem. § 95a UrhG an der Verhinderung einer vom Rechtsinhaber nicht genehmigten Nutzung, da keine technische Beschränkung vorliegt.¹⁸²⁸

Obwohl verschiedentlich Zweifel an der Wirksamkeit von Werbeblockersperren geäußert werden,¹⁸²⁹ ist grundsätzlich von der Wirksamkeit der Sperren auszugehen. Die Sperren hindern den Durchschnittsnutzer am Zugang zur Webseite mit eingeschaltetem Werbeblocker. Diesem ist es nicht möglich, ohne Anleitung oder Programm die eingesetzten Sperren zu umgehen. Hieran kann es auch nichts ändern, wenn aus der Sicht eines professionellen Webprogrammierers die Sperren sehr einfach zu umgehen

1827 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (b) (S. 211).

1828 Vgl. 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

1829 *Krüger* GRUR-Prax 2016, 322, 324; *Witte* ITRB 2018, 34, 38; vgl. auch *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245, die erst auf Ebene der Umgehung bestimmte Verhaltensweisen ausnehmen; kritisch auch *Nink* CR 2017, 103, 111.

sind,¹⁸³⁰ weil auf diesen gerade nicht abgestellt wird. So wird zwar verschiedentlich die Wirksamkeit bezweifelt, da allein der Prüfcode getäuscht werde oder Prüfung und Reaktion voneinander zu trennen seien, diese Einwände beziehen sich jedoch letzten Endes auf das Vorliegen einer technischen Beschränkung und sind bereits dort verworfen worden.¹⁸³¹ Die Wirksamkeit selbst kann bejaht werden, denn der Durchschnittsnutzer kann sich (ohne Hilfsmittel) keinen Zugang verschaffen. Gleiches gilt für den Einwand, das Unterdrücken von Code zur Prüfung oder die Täuschung desselben sei dem bloßen Abschalten von Programmiersprachen gleichzustellen und stelle deshalb keine Umgehung dar.¹⁸³² Zwar ist es richtig, dass das Abschalten von Programmiersprachen in den Einstellungen des Browsers zu den Fähigkeiten eines Durchschnittsnutzers gehört. Das gilt jedoch nicht für die Nichtausführung einzelner Codezeilen. Ebenso ist zu beachten, dass bereits die Aufnahme des No-Script-Tags, der eine Darstellung der Webseite ohne Verwendung von JavaScript verhindert, zur technischen Beschränkung und mangels Umgehbarkeit durch den Durchschnittsnutzer auch zur Wirksamkeit dieser Schutzmaßnahme führt. Ebenso sind Overlays, die sich über die fertige Webseite legen, wirksame Schutzmaßnahmen.¹⁸³³ Manipuliert man durch Anpassen der Bildschirmauflösung das angezeigte Overlay und kann so noch Teile der Webseite sehen,¹⁸³⁴ liegt trotzdem eine wirksame technische Maßnahme vor, sofern das Overlay nach Manipulation eine Nutzungsbeschränkung im Sinne des § 19a UrhG zur Folge hat.

Für Durchschnittsnutzer sind hingegen Sperren umgebar und damit nicht wirksam im Sinne des Gesetzes, welche durch simples Abbrechen des Ladevorgangs umgangen werden können, weil z. B. erst am Ende des Seitenaufbaus auf Werblocker geprüft wird.¹⁸³⁵ Zwar kommt der Wille des Rechtsinhabers grundsätzlich eindeutig zur Geltung (sodass eine technische Beschränkung vorliegt), allerdings ist für den Durchschnittsnutzer trotzdem ein Zugriff möglich. Da (je nach Geschwindigkeit seines Endgerätes) die Webseite zuerst aufgebaut und angezeigt wird und erst danach

1830 Vgl. das Zitat des Sachverständigen im Urteil des *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*: „trivial und in kurzer Zeit formuliert“.

1831 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (2) (S. 217).

1832 *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.

1833 Vgl. *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 245.

1834 Vgl. *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 244.

1835 Dies traf z. B. auf die am 10.04.2018 eingesetzte bild.de-Sperre zu; Nutzer mit einem langsamen Endgerät sind dabei im Vorteil.

ein Overlay (oder eine Weiterleitung) den Konsum verhindert, liegt der Abbruch des Ladevorgangs auch ohne technische Vorbildung nahe.

Nach diesen Kriterien ist davon auszugehen, dass die Mehrzahl der eingesetzten Werblockersperren wirksam im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 2 UrhG ist oder zumindest dahingehend modifiziert werden kann.

dd) Verhältnismäßigkeit der technischen Schutzmaßnahme

Aus Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL und einer richtlinienkonformen Auslegung des § 95a UrhG ergibt sich, dass der Rechtsschutz in Bezug auf die erfassten Maßnahmen verhältnismäßig sein muss.¹⁸³⁶ Der *EuGH*¹⁸³⁷ und ihm folgend der *BGH*¹⁸³⁸ interpretieren das so, dass das Schutzsystem nicht in übermäßiger Weise legale Nutzungsmöglichkeiten einschränken dürfe. Die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme ist bei den oben dargestellten Sperren grundsätzlich nicht problematisch, da sie legale¹⁸³⁹ Nutzungsmöglichkeiten nicht einschränken. Auch der regelmäßig vorliegende Zwang, JavaScript¹⁸⁴⁰ zu aktivieren, ist rechtmäßig. Es besteht kein Anspruch, Webseiten mit deaktiviertem JavaScript nutzen zu können. Aufgrund der programmiertechnischen Möglichkeiten von JavaScript, die HTML 4 als (momentane) Standardsprache für Webseiten nicht bietet, ist der Zwang hierzu auch nicht unverhältnismäßig.¹⁸⁴¹ Es bestehen also keine Bedenken vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit der Sperren.

3. Verbot nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 und 3 UrhG

Der Werblocker kann nach § 95a Abs. 3 Nr. 2 UrhG verboten werden, wenn er, abgesehen von der Umgehung technischer Maßnahmen, nur einen begrenzten wirtschaftlichen Zweck oder Nutzen hat. Zudem ist

1836 HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 37 ff. m. w. N.

1837 *EuGH* MMR 2014, 401, 402 Rn. 29 f. – *Nintendo*.

1838 *BGH* GRUR 2015, 672, 677 Rn. 56 f. – *Videospiel-Konsolen II*.

1839 Dabei kann „legal“ nur solche Nutzungen meinen, auf die ein Nutzer einen Anspruch hat, entweder aufgrund vertraglicher Regelungen oder weil die Nutzung zwingend mit einer bereits genehmigten Nutzung im Sinne des § 95a Abs. 2 S. 1 UrhG zusammenhängt. Beides ist hier nicht der Fall.

1840 Eine Programmiersprache, die die Fähigkeiten von HTML erweitert und so v. a. die Reaktion auf Nutzeraktionen ermöglicht.

1841 Vgl. HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 40.

ein Verbot nach § 95a Abs. 3 Nr. 3 UrhG möglich, sofern der Werblocker hauptsächlich entworfen, hergestellt oder angepasst wird, um die Umgehung wirksamer technischer Maßnahmen zu ermöglichen oder zu erleichtern. Eine Differenzierung zwischen den beiden Nummern kann unterbleiben, da diese letztlich die gleiche Situation beschreiben.¹⁸⁴² Ein Verbot des Werblockers als Ganzes wird jedoch nie möglich sein, da dieser vor allem dem legalen Zweck des Blockierens von Werbung¹⁸⁴³ dient und die Umgehungsfunktion unproblematisch entfernt werden kann.

Stattdessen wird sich ein Verbot stets nur auf den jeweiligen, der Umgehung dienenden Code¹⁸⁴⁴ beschränken, was sowohl der Wortlaut („Bestandteile“) als auch Erwägungsgrund 48 S. 3 InfoSoc-RL mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip deutlich machen. Bezüglich dieses Code-Bestandteils ergeben sich jedoch Probleme in Fällen des Dual Use. Unproblematisch von § 95a Abs. 3 Nr. 2 und 3 UrhG erfasst ist lediglich der Fall, dass Code geschrieben wurde, der nur auf der betreffenden Seite oder gegenüber derartigen Sperren wirkt und damit keinen anderen Zweck verfolgt. In diesen Fällen ist dieser *spezifische* Code des Werblockers unter Nr. 2 bzw. 3 zu subsumieren, da er allein dem Umgehen der technischen Schutzmaßnahme dient.

Geht es hingegen um *unspezifischen* Code, also solchen, der allgemein die Erkennung des Werblockers verhindert¹⁸⁴⁵ oder heuristisch¹⁸⁴⁶ die Webseite analysiert und ggf. Teile des dortigen Untersuchungscode unterdrückt, ist die Lage diffiziler. Die Umgehung der Erkennung und häufig auch die Unterdrückung der Reaktion haben durchaus legale Anwendungsbereiche, wie z. B. das Verhindern den Werblocker umgehender Werbung oder die Nichtanzeige von Bannern, die zum Abschalten des Werblockers auffordern.¹⁸⁴⁷

1842 Schrickner/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 36; vgl. auch Spindler/Schuster/Spindler, UrhG § 95a Rn. 16; anders Wandtke/Bullinger/Wandtke/Obst, UrhG § 95a Rn. 85, die in Nr. 3 zusätzlich ein subjektives Merkmal verorten, gegen ein solches zu Recht Schrickner/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 37 m. w. N.

1843 2. Teil § 4 C. I. (S. 156), E. (S. 307).

1844 Dies werden meist bestimmte Filterbefehle sein.

1845 Z. B. indem zu einfach benannte „Testwerbungen“ oder solche mit einer bestimmten Größe nicht blockiert werden.

1846 Hierbei wird nicht bestimmter Code gesucht, sondern nach bestimmten Merkmalen, die typischerweise bei entsprechenden Prüfmechanismen und dadurch ausgelösten Reaktionen gegeben sind.

1847 Zu umgehender Werbung 4. Teil § 9 B. (S. 386) und zu Hinweisen 4. Teil § 10 (S. 398).

Die InfoSoc-RL macht durchweg deutlich, dass der Schutz vor Vorbereitungshandlungen nicht um jeden Preis gewährt wird und insbesondere technische Entwicklung und der „normale Betrieb“ Vorrang haben,¹⁸⁴⁸ also Alltagsgeräte nicht aus dem Verkehr gezogen werden sollen.¹⁸⁴⁹ Der Richtliniengeber führt im Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL aus, dass der Rechtsschutz keine Verpflichtung schaffe, Produkte an Schutzmaßnahmen anzupassen.

Der *EuGH* hat für die Frage, wofür eine Vorrichtung dient, auf die tatsächliche Verwendung abgestellt.¹⁸⁵⁰ Der *BGH* und die wohl herrschende Meinung stellen dem folgend auf die objektive Zweckbestimmung der Vorrichtung ab.¹⁸⁵¹ Anhaltspunkt sei, welchen (wirtschaftlichen) Nutzen die jeweilige Komponente ohne Umgehungsfunktion hätte.¹⁸⁵² Setzt man voraus, dass diverse Seiten die Erkennung von Werbeblockern nicht zur Sperrung verwenden, sondern lediglich für Hinweise o. Ä., so wird das Unterdrücken dieses Codes nicht den Tatbestand des § 95a UrhG erfüllen. Denn eine legale Nutzungsmöglichkeit verbleibt und ist nach objektiven Maßstäben naheliegend.

Das kann im Rahmen des § 95a Abs. 3 UrhG zu unbefriedigenden Ergebnissen führen: Es reicht bereits aus, dass die Erkennungsvermeidung so breit programmiert ist, dass neben „normalen“ Erkennungen auch Sperren umgangen werden. Natürlich können die Webseitenbetreiber, die als Reaktion auf die Erkennung eine Sperre vorsehen, diese verbessern. Allerdings ist zu erwarten, dass die Werbeblockerbetreiber entsprechend kontern werden. Noch die beste Chance der Webseitenbetreiber besteht darin, die Erkennung von Werbeblockern derart weit zu individualisieren, dass selbst ein heuristischer Code diese nicht erkennt und daher individualisierter und damit eindeutig rechtswidriger Code zur Umgehung verwendet werden muss.

Der Tatbestand kann zudem nicht durch einen Hinweis des jeweiligen Seitenbetreibers auf die die Sperre umgehende Wirkung des Codes verwirklicht werden. Hierbei würde die Ebene des Tatbestands der Verhaltenspflicht und die Grundsätze der Störerhaftung miteinander vermischt, denn es wird – im Rahmen des § 95a UrhG – bereits keine Verhaltens-

1848 Vgl. Erwägungsgrund 48 InfoSoc-RL.

1849 Hdb-UrhR/Peukert, § 34 Rn. 25.

1850 *EuGH* MMR 2014, 401, 403 Rn. 36 – *Nintendo*.

1851 *BGH* GRUR 2015, 672, 676 Rn. 52 – *Videospiel-Konsolen II*; Dreier/Schulze/*Specht*, UrhG § 95a Rn. 18; Schricker/Loewenheim/Götting, UrhG § 95a Rn. 35; Spindler/Schuster/Spindler, UrhG § 95a Rn. 16; Hdb-UrhR/Peukert, § 34 Rn. 25.

1852 Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, UrhG § 95a Rn. 84.

pflicht verletzt. Das Nichtvorliegen einer solchen Pflicht ergibt sich aus Erwägungsgrund 48 S. 2 InfoSoc-RL, der gerade die Pflicht negiert, mit technischen Maßnahmen konforme Produkte herzustellen. Das zeigt, dass der Richtliniengeber das Risiko des Missbrauchs von Dual-Use-Geräten den Urhebern aufgebürdet hat. Eine natürliche Grenze für die Einführung solch heuristischer Verfahren stellt aber die tatsächliche Nutzung dar. Werden die Werbeblocker, die auch umgehen können, nun vor allem zu diesem Zweck genutzt, so können diese als Umgehungsmittel im Sinne des § 95a Abs. 3 UrhG verboten werden. Davon unabhängig haften die Werbeblockerbetreiber bereits nach §§ 97, 19a UrhG, da eine technische Beschränkung (und das Umgehen dieser) von § 95a UrhG vorausgesetzt wird. Insoweit besteht aufgrund des verletzten Urheberrechts eine Pflicht zur Anpassung und bei fehlender Pflichtverletzung durch den Werbeblockerbetreiber die Möglichkeit, eine Anpassung durch einen schlichten Hinweis zu erzwingen.¹⁸⁵³

4. Ergebnis

Sperren gegen Nutzer mit aktiviertem Werbeblocker sind damit fast immer als wirksame technische Maßnahmen geschützt.¹⁸⁵⁴ An die Wirksamkeit sind grundsätzlich niedrige Anforderungen zu stellen. Entscheidend ist, ob ein durchschnittlicher Nutzer die Sperre umgehen kann; Tools werden dabei nicht zugerechnet. Damit bestehen im Regelfall Ansprüche gem. § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG. Eine Pflicht zur Anpassung des Werbeblockers besteht nur unter den Voraussetzungen des § 95a Abs. 3 UrhG, andernfalls können diese nicht verlangt werden.

II. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG

Die Umgehung einer Sperre von Werbeblockern kann neben urheberrechtlichen Normen auch gegen das Lauterkeitsrecht verstoßen, konkret

1853 2. Teil § 4 C. III. 2. d) cc) (2) (S. 225).

1854 *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*; HK-UrhR/Dreyer, UrhG § 95a Rn. 11; *Rostam* InTer 2017, 146, 149 („höchstwahrscheinlich“); *Runkel* IPRB 2016, 81, 84; vgl. auch *OLG Köln* GRUR 2016, 1082, 1086 Rn. 45 – *Adblock Plus*; BeckOK UrhR/Lindhorst, UrhG § 95a Rn. 15.

gegen §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG, sodass Ansprüche gem. § 8 Abs. 1 UWG auf Unterlassung und gem. § 9 S. 1 UWG auf Schadensersatz gegeben sein können. Dazu sind zuerst die geschäftliche Handlung und das Mitbewerberverhältnis (1.) zu beschreiben, um dann den Tatbestand der §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG (2.) zu prüfen.

1. Geschäftliche Handlung und Mitbewerberverhältnis

Das Anbieten des (allowlistenden) Werbeblockers, der eine Sperre umgehen kann, ist eine geschäftliche Handlung, die sich an die Nutzer als Entscheider richtet. Da sich die Webseite an die gleichen Nutzer wendet und die geschäftliche Entscheidung der Nutzer zwischen diesen beiden Produkten alternativ ist, liegt ein Wettbewerbsverhältnis vor. Insoweit ändert sich die Beurteilung im Vergleich zum im 2. Teil behandelten Blocklisting zum Zwecke des Allowlistings nicht.¹⁸⁵⁵

2. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG

Eine gezielte Behinderung folgt beim Umgehen der Sperre nicht aus der Vernichtungsabsicht, weil das Angebot des (umgehenden) Werbeblockers ohne werbende Webseiten nicht denkbar ist.¹⁸⁵⁶ Stattdessen kann sich die Gezieltheit der Behinderung auch daraus ergeben, dass die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können.¹⁸⁵⁷ Hierzu ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände erforderlich. Zur Konkretisierung dieser Abwägung gibt es Fallgruppen, bei denen im Regelfall eine gezielte Behinderung gegeben ist. Hier kommt eine mittelbare produktbezogene Behinderung durch das Bereitstellen des Werbeblockers zum Einwirken auf das Produkt des Webseitenbetreibers infrage. Diese Fallgruppe (a) gilt es zuerst genauer zu beschreiben. Danach ist das Verhältnis zum Urheberrecht (b), insbesondere im Falle urheberrechtsfreier Gegenstände (c) zu klären, um schließlich die Fallgruppe auf Werbeblocker anzuwenden (d).

1855 Ausführlich dazu oben, 2. Teil § 4 B. III. 2. b) (S. 146).

1856 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. c) aa) (S. 292).

1857 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 4.10 m. w. N.

a) Einschlägige Fallgruppe

Es ist unklar, warum genau und unter welchen Voraussetzungen das Umgehen einer Sperre eine gezielte Behinderung darstellt. Unter Verweis auf Piratenkarten, die den kostenlosen Empfang von Pay-TV-Sendungen ermöglichen, hat der BGH das Verschaffen eines unberechtigten kostenlosen Zugangs zu einer entgeltlich angebotenen Leistung als unlauter eingeordnet.¹⁸⁵⁸ Das wurde unter Verweis auf das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets dahingehend weiter abstrahiert, dass die Überwindung von technischen Schutzvorrichtungen einen Unlauterkeitsvorwurf begründen könne¹⁸⁵⁹ und in der Entscheidung *Werbeblocker II* bestätigt.¹⁸⁶⁰ Im Zusammenhang mit dem Vertrieb von durch AGB untersagten Bots zum Verschaffen von Vorteilen im Spiel *World of Warcraft* wurde entschieden, dass Geschäftsmodelle vor Beeinträchtigungen geschützt werden, sofern sie durch wirksame allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltet und diese durch technische Sperren wirksam geschützt sind.¹⁸⁶¹ In diese Richtung deuteten bereits die Entscheidungen *Automobil-Onlinebörse* und *Flugvermittlung*, wobei hier unklar blieb, ob das Umgehen der Schutzmaßnahme bereits ausreicht oder ob zusätzlich (oder sogar nur) das Ignorieren von wirksam vereinbarten AGB erforderlich sei.¹⁸⁶²

Diesen Überlegungen wird zumeist zugestimmt,¹⁸⁶³ häufig jedoch nur auf das Umgehen der Entgeltzahlung bezogen.¹⁸⁶⁴ Teilweise wird § 4 Nr. 4 UWG aber auch auf umgehende Werbeblocker und damit auf entgeltfreie

1858 BGH NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I* unter Verweis auf OLG Frankfurt NJW 1996, 264 f. – *Piratenkarte*.

1859 BGH GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 – *Flugvermittlung im Internet*; vgl. auch GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 67 ff. – *Automobil-Onlinebörse*.

1860 BGH GRUR 2018, 1251, 1254 Rn. 31 – *Werbeblocker II*.

1861 BGH GRUR 2017, 397, 401 ff. Rn. 51, 68 – *World of Warcraft II*.

1862 BGH GRUR 2011, 1018, 1024 Rn. 69 f. – *Automobil-Onlinebörse*; vgl. auch GRUR 2014, 785, 788 Rn. 37 – *Flugvermittlung im Internet*: Hier lagen zwar AGB vor, allerdings fehlte es an einer ausreichenden Schutzvorrichtung.

1863 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 4.48a; Fritzsche/Barth WRP 2018, 1405, 1407; Glöckner ZUM 2018, 844, 846; zur Umgehung von AGB Czychowski NJW 2014, 3277, 3278; Kianfar GRUR 2014, 790, 791; vgl. auch LG Frankfurt a. M. MMR 2006, 766, 767 – *Analoge Lücke*.

1864 KG MMR 2002, 483, 484 – *Fernsehfee*; OLG Frankfurt NJW 1996, 264 f. – *Piratenkarte*; OLG München BeckRS 2017, 122821, Rn. 161 – *Whitelisting I*, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 45 – *Adblock Plus*; HK-UWG/Wirtz, UWG § 4 Rn. 4.66; Juris-PK-UWG/Müller-Bidinger, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 119; Schapiro/Zdanowiecki MMR 2015, 497, 501.

Leistungen angewendet.¹⁸⁶⁵ *Ohly* will Ansprüche nicht nur beim Umgehen von Entgeltzahlungen, sondern auch bei „legitimen“ Schutzmaßnahmen gewähren.¹⁸⁶⁶ Andere sehen die Umgehung von Schutzmaßnahmen als neue Untergruppe der gezielten Behinderung durch Beeinträchtigung der Leistungserbringung, welche die grundsätzlich erlaubte Umgehung von AGB-Verboten über die Schwelle der Unlauterkeit hebe.¹⁸⁶⁷

Diese Fallgruppe ist jedoch weiter zu differenzieren, da es zwei unterschiedliche Grundkonstellationen gibt: einerseits das Nichtzahlen des Entgelts beim Zugang und andererseits der AGB-Verstoß bei der Nutzung, jeweils unter Umgehung einer entsprechenden Schutzmaßnahme. Während im Fall der Verschaffung eines kostenlosen Zugangs keine wirksamen allgemeinen Geschäftsbedingungen gefordert werden, müssen diese nach *World of Warcraft II* wirksam sein, da nur wirksame AGB einen (lauterkeitsrechtlichen) Schutz „verdienten“.¹⁸⁶⁸ Mit dem Merkmal der Wirksamkeit versucht der *BGH*, die widerstreitenden Interessen zu wahren. Mithilfe von Schutzmaßnahmen können de facto – wider der deutschen Grundkonzeption des Lauterkeitsrechts¹⁸⁶⁹ – schuldrechtliche Pflichten verdinglicht werden. Gleichzeitig besteht aber das Bedürfnis aufseiten des Anbieters, sein Geschäftsmodell zu schützen, da dieses darauf basiert, dass seine Kunden sich an die vorgegebenen Regeln halten¹⁸⁷⁰ oder zumindest die bereitgestellten Güter und Einrichtungen nicht missbrauchen. Der Vorteil an dieser Kontrolle ist, dass so sich abschottende Geschäftsmodelle verhindert werden und dem Kunden letztlich die Möglichkeit gegeben wird, Sperren, die unwirksame AGB schützen, zu umgehen, notfalls mithilfe konkurrierender Unternehmen. Schutzgut sind damit durch wirksame AGB ausgestaltete Geschäftsmodelle.

Die erste Fallgruppe des Zugangsverschaffens zu einer entgeltlichen Leistung ersetzt hingegen das Gut Geschäftsmodell durch das Verlangen eines Entgelts. Diese Rechtsprechung entwickelte sich vor allem als Reaktion auf Piratenkarten zum Zugang zu Pay-TV-Sendern, da nur so

1865 *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Zerbst* jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 209, anders aber wohl S. 98; *Kiersch*, Adblocking, S. 114; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 439; allgemein eine Unlauterkeit annehmend *Rostam* InTer 2017, 146, 149 („höchstwahrscheinlich“).

1866 *Ohly/Sosnitza/Ohly*, UWG § 4 Rn. 4/61.

1867 *Kianfar* GRUR 2014, 790, 791; *Rolfs* WRP 2017, 1437, 1442.

1868 So *BGH* GRUR 2017, 397, 401 Rn. 51 – *World of Warcraft II*.

1869 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 397, 403 Rn. 68 – *World of Warcraft II*.

1870 Vgl. *BGH* GRUR 2017, 397, 404 Rn. 82 – *World of Warcraft II*.

die Inhalte geschützt werden konnten, und ist vor allem als „Lückenfüller“¹⁸⁷¹ anzusehen, bis ein entsprechender Schutz durch das ZKDSG¹⁸⁷² verabschiedet wurde. Allerdings ist zu beachten, dass die Fallgruppe konsequenterweise unabhängig von einem Entgeltverlangen sein muss. Es ist ausreichend, dass eine – mit dem Werbeempfang gegebene – Gegenleistung im Sinne der Voraussetzungen einer geschäftlichen Entscheidung vorliegt. Eine unterschiedliche Behandlung von klassischem Entgelt und anderen Einwirkungen auf die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher ist nicht zu rechtfertigen. Damit ist letztlich vor allem *Ohly* zuzustimmen, dass legitime Schutzmaßnahmen geschützt werden: Entweder dadurch, dass diese den Zugang zu einer (entgeltlichen) Leistung oder wirksame Geschäftsbedingungen schützen.

b) Verhältnis zum Urheberrecht

Allerdings ist das Verhältnis zum Urheberrecht strittig. Manche Autoren schreiben dem Urheberrecht insoweit eine Sperrwirkung zu.¹⁸⁷³ Andere gehen grundsätzlich von einem Nebeneinander aus.¹⁸⁷⁴ So habe der Gesetzgeber durch die Einführung des § 95a UrhG keine Schadensersatzansprüche ausschließen wollen.¹⁸⁷⁵

Ein Ausschluss des § 4 Nr. 4 UWG durch das Vorliegen des Tatbestands von § 95a Abs. 3 UrhG oder gar § 19a UrhG ist durch die InfoSoc-RL aus systematischen Gründen grundsätzlich nicht geboten. Die InfoSoc-RL nimmt in Art. 9 explizit das Wettbewerbsrecht und damit auch das Lauterkeitsrecht von ihren Wirkungen aus, was für die Möglichkeit der parallelen Anwendung spricht.¹⁸⁷⁶ Auch sehen Art. 8 Abs. 1 InfoSoc-RL und Art. 3 Enforce-RL wirksame und abschreckende Sanktionen vor, sodass ein doppelter Schutz dem nicht widerspricht. Eine Erweiterung der Anspruchsberechtigten durch § 8 Abs. 3 UWG droht nicht, da in diesen Fällen ausschließlich Interessen einzelner Mitbewerber betroffen sein

1871 Ein Beispiel für die „Schrittmacherfunktion“ des UWG, vgl. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, S. 40.

1872 Das ZKDSG geht auf die ZKD-RL zurück.

1873 Vgl. GK UWG/*Pfeifer*, UWG § 4 Nr. 10 Rn. 382 Fn. 1127; in diese Richtung auch *Fezer/Götting/Hetmank*, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 118.

1874 *Ohly/Sosnitza/Ohly*, UWG § 4 Rn. 4/61; *Rolfs* WRP 2017, 1437; *Kiersch*, Adblocking, S. 115; vgl. auch *Arlt* MMR 2005, 148, 154.

1875 *Ohly/Sosnitza/Ohly*, UWG § 4 Rn. 4/61.

1876 Vgl. *Arlt* MMR 2005, 148, 154.

werden und damit nur diese zur Durchsetzung berechtigt sind.¹⁸⁷⁷ Inso-
weit ordnet das Urheberrecht also lediglich die urheberrechtliche Rechts-
widrigkeit des Verhaltens an, sofern eine technische Beschränkung im
Sinne des § 19a UrhG vorliegt.¹⁸⁷⁸

Außer dem impliziten Erfordernis einer technischen Beschränkung be-
steht damit grundsätzlich keine Vorgabe des Urheberrechts für den hier
fraglichen Bereich. Allerdings ist unklar, woran ein Schutz nach § 4 Nr. 4
UWG genau anknüpft und in welchem Verhältnis dieser zu urheberrecht-
lichen Ansprüchen steht, insbesondere um unter Umständen Wertungs-
widersprüche zu vermeiden. Die Beantwortung dieser Frage setzt eine
präzise Bestimmung des lauterkeitsrechtlichen Unwerturteils voraus, um
die Berechtigung neben den urheberrechtlichen Ansprüchen zu klären.
Die im Fall *World of Warcraft II* maßgebenden Wertungen können nicht
herangezogen werden, denn dort folgte die Unlauterkeit aus dem Angriff
auf das Geschäftsmodell, der sich vor allem auf andere Kunden auswirkt.
Insoweit fehlt es an einer Vergleichbarkeit, da umgehende Werblocker
bzw. generell das Umgehen eines Entgeltverlangens sich nicht unmittelbar
auf die Entscheidungen anderer Kunden auswirken.

Beim Abruf von Inhalten ohne Gegenleistung unter Umgehung einer
Schutzvorkehrung ist das eigentlich gesperrte Verhalten grundsätzlich
deckungsgleich mit demjenigen Verhalten, vor dem das Urheberrecht
schützen soll. Ändert man aber gedanklich die Leistung des Webseitenbe-
treibers vom Verfügbarmachen urheberrechtlich geschützter Inhalte zur
Erbringung einer Dienstleistung¹⁸⁷⁹ wie dem Bearbeiten einer Steuererklä-
rung, wird ersichtlich, dass ein Schutz nach dem Lauterkeitsrecht grund-
sätzlich sinnvoll ist. Unlauterkeitsvorwurf ist damit nicht die Absatzmin-
derung, wie teilweise vorgeschlagen,¹⁸⁸⁰ sondern das Ermöglichen des ei-
gentlich gesperrten Leistungsabrufs ohne Erbringung einer Gegenleistung
gegen den Willen des Webseitenbetreibers. Entscheidendes Kriterium ist
der durch die Sperre zum Ausdruck gebrachte Wille, eine Leistung nur
bestimmten Nutzern (ohne aktiviertem Werblocker) gegenüber zu er-
bringen. Dieser Wille ist nach den Grundsätzen zur urheberrechtlichen
Einwilligung auszulegen, sodass auch hier eine technische Beschränkung
als Ausdruck des entgegenstehenden Willens erforderlich ist.

1877 Vgl. zu dieser Einschränkung Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler/Feddersen,
UWG § 8 Rn. 3.5a m. w. N.; *Ohly* GRUR Int. 2015, 693, 698.

1878 Vgl. 2. Teil § 4 C. IV. (S. 256).

1879 Im Sinne des UWG, vgl. HK-UWG/Götting, UWG § 2 Rn. 27.

1880 *Kiersch*, Adblocking, S. 115.

c) Anwendung auf urheberrechtsfreie Gegenstände

Das Abstellen auf die eigentlich technisch unterbundene Erbringung einer Leistung ohne Gegenleistung führt dazu, dass die Fallgruppe der mittelbaren produktbezogenen Behinderung auch auf urheberrechtsfreie Gegenstände, sei es wegen Ablauf der Schutzdauer oder Nichtvorliegen der Anforderungen an den Schutzgegenstand, Anwendung finden kann. Wie oben gezeigt, setzt eine Anwendung aber weiterhin das Vorliegen einer Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG voraus, da andernfalls erst recht die Urheberrechtsfreiheit im Rahmen des § 4 Nr. 4 UWG gelten muss.¹⁸⁸¹

Der Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG auf urheberrechtsfreie Gegenstände steht zudem die urheberrechtliche Wertung nicht entgegen. Grundsätzlich gibt das Urheberrecht zwar, sofern eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt, keine Wertung vor. Man könnte jedoch überlegen, es im Falle der Urheberrechtsfreiheit anders zu sehen, denn § 19a UrhG und § 95a UrhG setzen jeweils das Vorliegen eines geschützten Gegenstands voraus. Dann würde gelten, dass eine Sperre keinen Schutz begründen kann und wegen der negativen Begrenzungsfunktion nicht darf. Das ist aber im Fall der Bereitstellung von Inhalten im Internet abzulehnen. Zwar ist es grundsätzlich richtig, dass das Nichtvorliegen eine negative Begrenzungsfunktion insoweit hat, als dass der Inhalt nicht um seiner selbst willen geschützt werden darf, da der Gesetz- bzw. Richtliniengeber einen Schutz abgelehnt hat. § 4 Nr. 4 UWG schützt jedoch nicht den Inhalt, sondern – weitergehend – die eigentlich gesperrte Leistung selbst. Aus urheberrechtlicher Perspektive genießt der Inhalt keinen Schutz, die Leistung besteht im Fall der öffentlichen Zugänglichmachung allerdings nicht allein in der (urheberrechtsfreien) Nutzung des Inhalts, sondern auch in der Bereitstellung desselben im Sinne eines Vorhaltens und Übertragens der Daten. Insbesondere im Falle des Streamings (z. B. von inzwischen schutzfreien Stummfilmen) fallen durchaus merkliche Kosten auf der Seite des Bereitstellenden an. Dass der Webseitenbetreiber nun diese Leistung technisch sperrt, also nur bei Erbringung der Gegenleistung ein Zugang zur begehrten Leistung möglich ist, begründet die Bewertung des Umgehens als unlauter. Der durch die Sperre zum Ausdruck gebrachte Wille unterscheidet den Fall vom Aufruf einer nicht gegen den Besuch mit einem (aktiviertem) Werbeblocker gesperrten Webseite. In der zuletzt genannten Konstellation besteht gerade kein einer Nutzung entgegenstehender Wille.

1881 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. IV. 3. (S. 268).

Dem Urheberrecht bzw. dem ZKDSG kann gleichzeitig kein in Bezug auf Sperren abschließender Charakter dahingehend entnommen werden, dass bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen ein Schutz per se ausscheidet. Andernfalls bedeutete dies, jedwede Leistungserbringung im Internet freizugeben, sofern kein urheberrechtlicher Inhalt vorliegt und kein Entgelt verlangt wird. Insbesondere mit Blick auf die DINh-RL kann das nicht der Fall sein, da diese gerade solche Leistungen¹⁸⁸² und damit auch deren Schutz(fähigkeit) voraussetzt.

In der Umgehung der Gegenleistung und dem Verschaffen des Zugangs zu einer insoweit gesperrten Leistung liegt ein zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstand. Urheberrechtlich geschützte und urheberrechtsfreie Inhalte sind somit gleich zu behandeln.

d) Anwendung auf Werblocker

Häufig wird eine Unlauterkeit bei die Sperre umgehenden Werblockkern zu Recht bejaht.¹⁸⁸³ Denn diese setzen wie Piratenkarten Zugangsbeschränkungen außer Kraft.¹⁸⁸⁴ In jedem Fall muss wegen der ansonsten eingreifenden negativen Begrenzungsfunktion des Urheberrechts eine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegen. Die insoweit geltenden Beschränkungen und Voraussetzungen, insbesondere zum Dual Use, sind damit zu beachten.

Die Abwägung ergibt nichts anderes. Die Fallgruppe schützt die Freiheit, wem gegenüber eine Leistung, die in der bloßen Übertragung bestehen kann, erbracht wird. Diese Entscheidung muss über das Lauterkeitsrecht geschützt werden, da insoweit keine abschließenden Regelungen durch das Urheberrecht existieren. Die gefundene Lösung wahrt die Interessen der Webseitenbetreiber und Werbetreibenden auf der einen Seite und auch die der Vertreiber von Werblockern auf der anderen: Letztere

1882 Vgl. Erwägungsgrund 25 S. 4 DINh-RL, die den Mitgliedstaaten erlaubt, Verträge über die Erbringung digitaler Dienstleistungen gegen Werbung eigenständig zu regeln.

1883 *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488; *Runkel* IPRB 2016, 81, 84; *Weiler* jM 2019, 280, 283; *Zerbst* jurisPR-ITR 25/2018, Anm. 3, C.; *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 209, anders aber wohl S. 98; *Kiersch*, Adblocking, S. 114; *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 439; vgl. auch *Fritzsche/Barth* WRP 2018, 1405, 1409; *Glöckner* ZUM 2018, 844, 852 f.: marktorientierte Betrachtung; *Köhler* WRP 2014, 1017, 1020 zu § 823 Abs. 1 BGB; *Rostam* InTer 2017, 146, 149.

1884 *Runkel* IPRB 2016, 81, 84.

sind insbesondere nicht zu weitgehenden Unterlassungsansprüchen ausgesetzt. Der Schutz für Webseitenbetreiber setzt nur dann ein, wenn diese aktiv Schutzmaßnahmen einsetzen. Damit erfasst die Fallgruppe auch die Sperre umgehende Werbeblocker, sodass das Verhalten nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG unzulässig ist.

3. Ergebnis

Den Webseitenbetreibern stehen wegen der Umgehung der Sperre durch den Werbeblocker Ansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG auf Unterlassung, Beseitigung (Entfernung des Codes durch Update) und gem. § 9 UWG auf Schadensersatz gegen den Werbeblockerbetreiber zu.

Grund dafür ist, dass der Werbeblockerbetreiber mit dem Vertrieb eines umgehenden Werbeblockers eine mittelbar produktbezogene Behinderung vornimmt. Der die Unlauterkeit begründende Vorwurf ist nicht die Zugangseröffnung zu urheberrechtlichen Inhalten, sondern das Umgehen der Sperre und der so ermöglichte Leistungsbezug ohne Gegenleistung gegen den erklärten Willen des Webseitenbetreibers. Um Wertungswidersprüche zum Urheberrecht zu vermeiden, muss die Sperre das Niveau einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG erreichen. Nur dann erlaubt die negative Begrenzungsfunktion Ansprüche, da der Webseitenbetreiber einen dem Abruf entgegenstehenden Willen geäußert hat. Aufgrund des im Vergleich zum Urheberrecht unterschiedlichen Anknüpfungspunkts für die Unlauterkeit gilt das Ergebnis auch in Bezug auf urheberrechtsfreie Gegenstände.

B. Ansprüche gegen die Nutzer

Als Anspruch gegen die Nutzer – neben dem aus §§ 97, 16 UrhG¹⁸⁸⁵ – kommt nur § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 1 UrhG infrage. Danach dürfen wirksame technische Maßnahmen ohne Zustimmung des Rechtsinhabers nicht umgangen werden, wenn dem Handelnden bekannt ist oder den Umständen nach bekannt sein muss, dass die Umgehung erfolgt, um den Zugang zu einem solchen Werk oder Schutzgegenstand oder deren Nutzung zu ermöglichen. Wie oben gezeigt, setzt das Vorliegen einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme voraus,

1885 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229).

dass das Urheberrecht verletzt wird, was aufgrund der Subjektivierung nach §§ 16, 44a Nr. 2 UrhG nur im Falle grober Fahrlässigkeit¹⁸⁸⁶ der Fall ist. Eine Verletzung des § 95a Abs. 1 UrhG setzt voraus, dass der Nutzer zumindest grob fahrlässig in Unkenntnis von einer technischen Beschränkung handelt und gem. § 95a Abs. 1 UrhG auch (wenigstens) grob fahrlässig¹⁸⁸⁷ darum weiß, dass er eine wirksame technische Schutzmaßnahme umgeht. Ein Unterschied zwischen diesen beiden subjektiven Erfordernissen wird nur in Sonderfällen vorliegen, sodass insoweit nach oben verwiesen werden kann.¹⁸⁸⁸

Aufgrund des Erfordernisses der groben Fahrlässigkeit sind Ansprüche gegen die Nutzer aus §§ 823 Abs. 2, 1004 Abs. 1 BGB i. V. m. § 95a Abs. 1 UrhG wie solche aus §§ 97, 16 UrhG zumeist nicht gegeben oder zumindest sehr schwer realisierbar. Eine Einschränkung nach Treu und Glauben ist entsprechend den Ausführungen zu § 16 UrhG abzulehnen.¹⁸⁸⁹

C. Schutz der Werblockerbetreiber

Als Grundlage eines Anspruchs der Vertreiber von Werblockern gegen die Aussperrung von Nutzern mit aktiviertem Werblocker kommen nur §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG infrage. Durch das Aussperren könnte das Produkt Werblocker entwertet werden und infolgedessen eine produktbezogene Behinderung vorliegen.

Auch hier gibt das Urheberrecht grundsätzlich die Wertung vor. Da die Verfügungsbefugnis über das ob und wie der Veröffentlichung der Inhalte dem Rechtsinhaber zugewiesen ist, können die Webseitenbetreiber die Webseite beliebig modifizieren. Ein Anspruch der Werblockerbetreiber auf Zugang besteht gerade nicht. So lange keine zusätzlichen unlauterkeitsbegründenden Umstände vorliegen, wie z. B. die Änderung von öffentlich zugänglichen Filterlisten,¹⁸⁹⁰ ist die Aussperrung rechtmäßig. Eine Vernichtungsabsicht im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG kommt ebenso wenig infrage, da vornehmliches Ziel der Webseitenbetreiber eine Mone-

1886 Insoweit ist analog auf den – anhand von Art. 6 Abs. 1 InfoSoc-RL auszulegen- den – Fahrlässigkeitsmaßstab des § 95a Abs. 1 UrhG abzustellen.

1887 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b) (S. 242).

1888 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (b), (c) (S. 242).

1889 2. Teil § 4 C. III. 3. b) cc) (S. 253).

1890 Zumindest die Listen der häufig verwendeten *Easylis*t können nur von zugelassenen „Chefautoren“ geändert werden, sodass das einen etwas höheren Aufwand voraussetzen würde, vgl. dazu *Brüggemann*, Online-Werblocker, S. 24.

tarisierung ihres eigenen Angebots ist und die „Vernichtung“ von Werbeblockern insoweit notwendige Nebenfolge ist. Das gilt besonders vor dem Hintergrund, dass das Geschäftsmodell der Werbeblocker ohnehin zu einem gewissen Grade auf Konflikt angelegt ist. Damit sind keine Ansprüche der Vertreiber von Werbeblockern gegeben.

D. Sonderfall Paywall

Eine Paywall ist im Ergebnis eine Sperre, die nur zahlende Nutzer zulässt. Hierzu wird zumeist ein Log-in vorgeschaltet, um eindeutig die Berechtigung überprüfen zu können. Die Inhalte sind ohne Verifizierung der Zugangsberechtigung nicht abrufbar. Aufgrund des Charakters als Sperre, deren Aufhebung nur in anderer Weise bedingt ist, können die dortigen Ausführungen uneingeschränkt übernommen werden. Neben Ansprüchen wegen einer Sperre kommt ein Schutz aufgrund von § 3 Nr. 1, 2 ZKDSG, der deutschen Umsetzung der ZKD-RL, in Betracht. Anders als im Rahmen des Urheberrechts wird der Dienst als solcher geschützt,¹⁸⁹¹ bzw. die Möglichkeit, mit diesem ein Entgelt zu erzielen.¹⁸⁹² Dass Werbeblocker, die Zahlungssperren umgehen, Mittel im Sinne des ZKDSG sind, ergibt sich auch aus Art. 2 lit. e ZKD-RL, der von „Computerprogrammen“ spricht. Wenngleich der objektive Zweck¹⁸⁹³ eines Werbeblockers nicht die Zugangsverschaffung zu kostenpflichtigen Webseiten ist, gilt dies nicht für den Teil, der die Paywall umgeht und insoweit unabhängig von der Werbeblockerfunktion ist.

Die konkreten Ansprüche auf Schadensersatz und Unterlassung ergeben sich aus § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB¹⁸⁹⁴ bzw. §§ 8 Abs. 1 (bzw. § 9), 3a UWG¹⁸⁹⁵ jeweils in Verbindung mit § 3 Nr. 1, 2 ZKDSG.

1891 Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG Vor §§ 95a Rn. 37.

1892 BeckOK UrhR/Lindhorst, UrhG § 95a Rn. 10.

1893 Vgl. dazu OLG Frankfurt GRUR-RR 2003, 287 – *Magic Modul*; OLG Hamburg GRUR-RR 2010, 153, 156 – *FTA-Receiver*.

1894 MMR-HdB/Arlt, Teil 7.7 Rn. 87.

1895 Fromm/Nordemann/Czychowski, UrhG § 95a Rn. 59; vgl. auch OLG Hamburg GRUR-RR 2010, 153, 156 – *FTA-Receiver*.

E. Ergebnis

Die Aussperrung von Nutzern mit aktiviertem Werbeblocker ist damit vor allem gegen die Werbeblockerbetreiber umfassend geschützt. Diese sind neben den bereits oben behandelten Ansprüchen wegen der Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 97, 19a UrhG) Unterlassungsansprüchen wegen Verstößen gegen § 95a Abs. 3 UrhG ausgesetzt. Da die Anforderungen an eine wirksame technische Maßnahme ähnlich denen der technischen Beschränkung niedrig sind, ist fast immer von Ansprüchen nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 3 UrhG auszugehen. Daneben bestehen Ansprüche gem. §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG. Diese erfassen – anders als solche aus § 95a Abs. 3 UrhG – auch urheberrechtsfreie Inhalte, da das UWG insoweit die Leistungserbringung schützt. Der Anspruch gegen die Nutzer (§ 1004 Abs. 1 S. 2 BGB analog, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 95a Abs. 1 UrhG) wird zumeist wertlos sein, da der Nachweis der erforderlichen subjektiven Seite zumeist nur schwer möglich sein wird. Die Werbeblockerbetreiber haben trotz einer gewissen Entwertung ihres Produkts keine Ansprüche. Im Falle von Paywalls bestehen neben den besprochenen Ansprüchen aufgrund der Umgehung einer Sperre auch solche aufgrund einer Verletzung von § 3 Nr. 1, 2 ZKDSG gegen die Betreiber von umgehenden Werbeblockern.

§ 9 Umgehung des Werbeblockers

Zur Umgehung des Werbeblockers werden Anzeigen derartig getarnt, dass sie nicht als solche durch den Blocker erkannt und dementsprechend dargestellt werden. Zuerst ist auf die verschiedenen Methoden zur Ausspielung von (den Werbeblocker) *umgehender Werbung* einzugehen (A.), um danach den Schutz der Nutzer (B.) zu klären. Schließlich liegt es aus Sicht des Webseitenbetreibers nahe, dass der Nutzer keine Werbung wünscht. Im Anschluss daran wird der Schutz der Webseitenbetreiber (C.) und der Werbeblockerbetreiber (D.) behandelt; der erste will gerade nicht die Webseite ohne Werbung ausspielen, während das Produkt des zweiten durch die Umgehung beeinträchtigt wird.

A. Methoden des Ausspiels umgehender Werbung

Um Werbung auszuspielen, die vom Werbeblocker nicht erkannt wird, gibt es zwei Möglichkeiten: Einerseits kann man jede Werbung von vornherein so gestalten, dass ein Werbeblocker sie nicht erkennt, andererseits kann nach einer Erkennung, dass ein Blocker genutzt wird, speziell auf diesen abgestimmte Werbung ausgespielt werden.¹⁸⁹⁶ Zumindest im ersten Fall sind Konstellationen denkbar, in denen der Webseitenbetreiber umgehende Werbung ausspielt, ohne Kenntnis von der Verwendung eines Werbeblockers zu haben und damit auch des Unwillens des Nutzers, Werbung zu empfangen.

Allerdings ist ein solcher Fall höchst unwahrscheinlich. Werbeblocker nutzen das (momentane) Standardverfahren zum Ausspielen von Werbung (über Ad-Server), um diese als solche zu erkennen. Daneben findet eine heuristische Erkennung über den Dateinamen („ad“) oder in der Werbebranche standardisierte Parameter wie das Format statt.¹⁸⁹⁷ Jede Abweichung benötigt also mehr Aufwand zum Einbinden fremder Werbeanzeigen und kann so ggf. Werbekunden kosten oder zumindest die eigenen Kosten erhöhen, z. B. weil ein weiteres Unternehmen eingebunden werden muss.¹⁸⁹⁸ Es gibt demgemäß keinen Anlass, das System zum Ausspielen von Werbung auf der jeweiligen Seite umzustellen, abgesehen vom Ziel der Umgehung von Werbeblockern. Auch wird ein System zur Ausspielung von Werbung, das nicht darauf angelegt ist, Werbeblocker zu umgehen, vermutlich leicht in die Blocklist aufzunehmen sein, da es insoweit nicht „optimiert“ ist.

Zusätzlich spricht die Weiterentwicklung von Werbeblockern (und künstlicher Intelligenz allgemein¹⁸⁹⁹) dafür, dass das „zufällige“ dauerhafte Umgehen von Werbeblockern ein theoretischer Fall ist: Das Trennungsgebot gebietet eine für den Konsumenten sichtbare Trennung zwischen Werbung und Inhalten und infolgedessen wird diese – zumindest mittelfristig – auch für Werbeblocker zu erkennen sein.

Demnach sind beide Methoden zur Ausspielung von Werbung gleich zu behandeln. Der Unterschied ist allein, dass nach einer erfolgten Erkennung der Webseitenbetreiber (bzw. Werbetreibende) weiß, dass ein

1896 *Kreutz* MMR 2016, 364, 366; *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 210; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 417 ff.

1897 Dazu bereits oben, 1. Teil § 1 B. IV. 1. (S. 49).

1898 Vgl. *Kreutz* MMR 2016, 364, 366.

1899 Vgl. *Kiersch*, Adblocking, S. 55 f.

Werbeblocker verwendet wird, während er im anderen Fall lediglich bewusst in Kauf nimmt, dass ein Werbeblocker verwendet wird.¹⁹⁰⁰ Folglich besteht stets *dolus eventualis* bezüglich der Ausspielung von umgehender Werbung gegenüber Nutzern, die einen Werbeblocker verwenden.

B. Schutz der Nutzer vor Umgehung des Werbeblockers

Spielt ein Webseitenbetreiber umgehende Werbung aus, setzt er sich zu einem gewissen Stück nicht nur über den Willen zur Bewerbung, sondern auch über die Negierung des Trackings¹⁹⁰¹ hinweg. Deshalb werden zuerst kurz mögliche Verstöße gegen das Datenschutzrecht erörtert (I.). Danach wird auf die Ansprüche nach §§ 8, 7 UWG (II.) wegen des bewussten Ignorierens des gegenläufigen Willens der Nutzer eingegangen. Die gegebenenfalls bestehenden Ansprüche der Nutzer nach § 1004 Abs. 1 BGB analog, § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. der negativen Informationsfreiheit (bzw. dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht)¹⁹⁰² werden nicht thematisiert, da diese grundsätzlich die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit der Werbung aus dem Lauterkeitsrecht übernehmen.¹⁹⁰³

I. Haftung des Webseitenbetreibers für Verstöße gegen das Datenschutzrecht

Da Werbeblocker zu einem gewissen Grade das Tracking¹⁹⁰⁴ der Nutzer verhindern, könnte eine trotzdem erfolgende Verarbeitung bzw. Erhebung von Nutzungsdaten eine unerlaubte Verarbeitung von personenbezogenen Daten sein. Das würde den Nutzern die Rechtsbehelfe der Art. 77 ff. DS-GVO eröffnen. Der Verstoß wäre darin zu sehen, dass die personenbezogenen Daten, die durch das Werben generiert werden, im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DS-GVO verarbeitet werden. Durch den Abruf der Werbung

1900 Ähnlich *Kreutz* MMR 2016, 364, 368.

1901 Etwa ein Viertel der Nutzer will das Tracking verhindern, 1. Teil § 1 A. III. (S. 35).

1902 Zu diesen Rechten im Zusammenhang mit der Verwendung eines Werbeblockers oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. b) aa) (2) (a) (S. 279).

1903 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 7 Rn. 14 m. w. N.

1904 Die Nachverfolgung des Nutzerverhaltens, die zumeist der Bildung von Profilen und der darauf basierenden personalisierten Werbung dient, dazu 1. Teil § 1 B. III. 3. (S. 46).

erhält der Werbetreibende, fast immer ein Werbenetzwerk, im Regelfall Zugriff auf die Cookies und die Möglichkeit zur Generierung und des Abgleichs des „Fingerabdrucks“ des Geräts. Diese Daten sind zumeist als personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO) einzuordnen, da – je nach Verknüpfungsmöglichkeiten und Umfang der bisherigen Informationen – eine Zuordnung zu einer natürlichen Person möglich ist.¹⁹⁰⁵

Diese Verarbeitung ist prinzipiell gem. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DS-GVO rechtmäßig.¹⁹⁰⁶ Allerdings kommt durch die Verwendung eines Werbeflockers ein Widerspruch gegen die Datenverarbeitung zur Direktwerbung¹⁹⁰⁷ gem. Art. 21 Abs. 2 DS-GVO¹⁹⁰⁸ infrage.

Dieser Widerspruch kann gem. Art. 21 Abs. 5 DS-GVO mittels eines automatisierten Verfahrens ausgeübt werden, bei dem „technische Spezifikationen“ verwendet worden sind. Der Begriff der technischen Spezifikation ist zwar nicht in der DS-GVO selbst beschrieben, allerdings wird dieser in der Richtlinie 2015/1535/EU¹⁹⁰⁹ als ein Unterfall technischer Vorschriften definiert. Gem. Art. 1 Abs. 1 lit. c RL 2015/1535/EU müssen technische Spezifikationen durch ein „Schriftstück“ bestimmte Merkmale für ein Erzeugnis vorschreiben. In Bezug auf die Verwendung eines Werbeflockers und der daraus folgenden Ablehnung des Trackings (bzw. allgemein der Verwendung personenbezogener Daten) gibt es jedoch keine technische Spezifikation. Damit sind Werbeflocker kein geeignetes Widerspruchsmittel im Sinne des Art. 21 Abs. 5 DS-GVO.

Auch eine Auslegung der Verwendung des Werbeflockers als „normaler“ Widerspruch im Sinne des Art. 21 Abs. 2 DS-GVO ist abzulehnen.

1905 BeckOK DatenschutzR/Schild, DS-GVO Art. 4 Rn. 20; Ehmann/Selmayr/Klabunde, DS-GVO Art. 4 Rn. 18; HK-DSGVO/BDSG/Schwartzmann/Mühlenbeck, DS-GVO Art. 4 Rn. 31; Kühling/Buchner/Klar/Kühling, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 36; Simitis/Hornung/Spiecker/Karg, DS-GVO Art. 4 Nr. 1 Rn. 52; dagegen Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil/Buchholtz/Stentzel, Art. 4 Nr. 1 Rn. 19; Spindler/Schmitz/Schmitz, TMG Vor §§ 11 ff. Rn. 59; Taeger/Gabel/Arning/Rothkegel, DS-GVO Art. 4 Rn. 38; Hanloser ZD 2019, 264, 265.

1906 Dazu bereits oben, 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1907 Zum Vorliegen von Direktwerbung im Sinne der DS-GVO 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1908 Ein Widerspruch mittels Werbeflocker gem. Art. 21 Abs. 1 DS-GVO scheidet von vornherein aus, da keine Möglichkeit einer qualifizierten Begründung besteht, vgl. Spindler/Schuster/Spindler/Dalby, DS-GVO Art. 21 Rn. 16.

1909 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl. EU L 241 vom 17.09.2015, S. 1.

Zum einen liegt dies daran, dass Werbeblocker nicht per se gegen Tracking wirken und so die Erklärung nicht eindeutig ist, gerade vor dem Hintergrund, dass wirksamere und vor allem eindeutigere Maßnahmen existieren, wie z. B. die Verwendung der Do-not-track-Einstellung. Zum anderen ergibt sich aus Art. 21 Abs. 5 DS-GVO, dass automatisierte Widersprüche, die nicht auf technischen Spezifikationen im Sinne der RL 2015/1535/EU basieren, unbeachtlich sind.

Aus diesen Gründen handelt es sich bei Werbeblockern nicht um technische Spezifikationen im Sinne des Art. 21 Abs. 5 DS-GVO und damit nicht um einen Widerspruch im Sinne des Art. 21 Abs. 2 DS-GVO.

II. Verstoß aufgrund der Umgehung des Werbeblockers gegen das UWG

Als Verbotsnorm kommen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG (1.), § 7 Abs. 1 S. 2 UWG (2.) und § 7 Abs. 1 S. 1 UWG (3.) infrage.

1. § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG

§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG setzt (partiell) das Per-se-Verbot aus Nr. 26 Anhang I UGP-RL um.¹⁹¹⁰ Die Norm verbietet die hartnäckige Ansprache eines Verbrauchers, obwohl dieser eine Ansprache erkennbar nicht wünscht. Aufgrund der gebotenen europarechtskonformen Auslegung ergibt sich, dass ein wiederholtes Ansprechen erforderlich ist.¹⁹¹¹ Unabhängig davon, ob man die Norm auf Online-Werbung anwendet,¹⁹¹² fehlt bei der Auspielung von Werbung trotz Werbeblocker eine hartnäckige Ansprache. Die erste werbliche Ansprache erfolgt mit dem Laden der Werbeanzeigen im Zuge des Aufbaus der Webseite, worin der erste – von zwei erforderlichen – Verstößen gegen den Willen des Nutzers liegt. Sieht der Nutzer, der einen Werbeblocker verwendet, nun die ihm trotzdem ausgespielte Werbung, so muss ihm klar sein, dass der Werbeblocker umgangen wird. Ruft der Nutzer weitere Seiten der Webpräsenz auf, so darf er mit keinem anderen Ergebnis rechnen. Dieses Interagieren lässt die Hartnäckigkeit ent-

1910 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 7 Rn. 98.

1911 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schöler, UWG § 7 Rn. 185.

1912 Für eine Anwendbarkeit Ziebarth VuR 2018, 257, 260 f. dagegen Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 7 Rn. 106; Lettl GRUR-RR 2009, 41, 44.

fallen.¹⁹¹³ Verbleibt er also auf einer Webseite, die seinen Wunsch, ohne Werbung zu surfen, ignoriert, so kann er sich nicht darauf berufen, dass diese Webseite ihn „hartnäckig“ belästige, wenn er die weiteren Verstöße selbst ausgelöst hat.¹⁹¹⁴ Seine durch § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG vor allem geschützte Entscheidungsfreiheit¹⁹¹⁵ verdient in diesem Fall keinen Schutz. Denn nach der ersten Anzeige von Werbung musste er mit weiteren Umgehungen seines Werblockers rechnen und dementsprechend die Webseite verlassen. Dies muss auch gelten, wenn der Nutzer nur einen Hinweis zum Abschalten des Werblockers wegklickt.¹⁹¹⁶ Bei diesem handelt es sich bereits um Werbung im Sinne der Vorschrift,¹⁹¹⁷ sodass der Nutzer mit weiterer Werbung rechnen muss. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG durch umgehende Online-Werbung ist somit nicht gegeben.¹⁹¹⁸

2. § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG

§ 7 Abs. 1 S. 2 UWG schützt die Privatsphäre¹⁹¹⁹ und verbietet jede unzumutbare Belästigung. Eine solche ist gem. § 7 Abs. 1 S. 2 UWG gegeben, wenn eine werbliche Ansprache erfolgt, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer die Werbung nicht wünscht. Diese Erkennbarkeit wird im (ungeschriebenen) Tatbestandsmerkmal der Individualwerbung verortet, nur bei einer Differenzierung bezüglich der angesprochenen Person kann der Werbetreibende auf die Ablehnung reagieren.¹⁹²⁰

1913 Anders *Kreutz* MMR 2016, 364, 369, wieder anders aber S. 367, dort verneint er für umgehende Bannerwerbung ohne Erkennung eine Hartnäckigkeit; gegen eine Hartnäckigkeit wohl auch *JurisPK-Internetrecht/Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 432.

1914 Vgl. zu diesem Argument *OLG Köln*, Urt. v. 12.04.2013 – 6 U 132/12, Rn. 30 (juris); *JurisPK-Internetrecht/Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 437 (im Falle einer erfolgten Erkennung); dagegen *Ziebarth* VuR 2018, 257, 261.

1915 Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 7 Rn. 98.

1916 A. A. *Ziebarth* VuR 2018, 257, 261.

1917 Vgl. *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schöler*, UWG § 7 Rn. 180: jede Äußerung im Geschäftsverkehr mit dem Ziel, den Absatz oder Bezug von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern.

1918 So im Ergebnis auch *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 425; ohne Erkennung dazu tendierend *JurisPK-Internetrecht/Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 432, nach erfolgter Erkennung eine Unlauterkeit bejahend (Rn. 437).

1919 Köhler WRP 2012, 939.

1920 Fezer/Mankowski, UWG § 7 Rn. 91; GK UWG/Pablow, UWG § 7 Rn. 51, 124; MüKoUWG/Leible, UWG § 7 Rn. 104, 62; vgl. auch *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schöler*, UWG § 7 Rn. 184.

Damit ist für die Frage des Vorliegens von Individualwerbung entscheidend, ob die Erklärung durch den Werblocker erkennbar ist. Dabei kann es nicht darauf ankommen, ob eine theoretische Möglichkeit zur Erkennung besteht, sondern ob und inwieweit den Webseitenbetreiber die Pflicht trifft, die Ablehnung der Bewerbung zu empfangen und zu beachten. Gebietet das Lauterkeitsrecht eine Berücksichtigung der ablehnenden Erklärung durch Werblocker, handelt es sich bei trotzdem ausgespielter Werbung um Individualwerbung, sodass grundsätzlich ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG vorliegt.

a) Bisherige Stimmen zur Umgehung

Die Umgehung von Werblockern wird in der Rechtsprechung nur selten thematisiert und lediglich als Handlungsalternative angegeben,¹⁹²¹ sodass implizit die Rechtmäßigkeit der Handlung vorausgesetzt wird. Selbst der beklagte Werblockerbetreiber schlug in einem Verfahren vor dem *LG München I* die Umgehung als Reaktionsmöglichkeit der Webseitenbetreiber vor.¹⁹²² Auch andere lehnen eine Unlauterkeit umgehender Werbung ab.¹⁹²³ Die Umgehung von Werblockern wird darüber hinaus vom Thinktank des internationalen Fachverbands *IAB* als eine Methode gegen den Einnahmeverlust durch Werblocker vorgeschlagen.¹⁹²⁴

In der Literatur hingegen überwiegen die Stimmen, die von einer Unlauterkeit und damit Berücksichtigung der Ablehnung ausgehen.¹⁹²⁵ Dies

1921 *OLG München* GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 117 – *Whitelisting II*; MMR 2017, 756, 763 Rn. 166 – *Whitelisting I*; *LG Hamburg* ZUM-RD 2015, 745, 748 – *AdBlock Plus*; *LG München I* BeckRS 2015, 9563, Rn. 185; für Fernsehwerbung „technische Neuerungen“ vorschlagend *BGH NJW* 2004, 3032, 3035 – *Werblocker I*.

1922 „Diverse Umgehungsmöglichkeiten“ um den „Effekt schlicht aus[zu]hebeln“, siehe *LG München I* GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 19 – *Adblock Plus*.

1923 Fezer/*Mankowski*, S. 12 Rn. 75b; *M. Becker/F. Becker* GRUR-Prax 2015, 245; *Fritzsche* WRP 2016, 1036, 1037 Rn. 18; *Gomille* GRUR 2017, 241, 244f.: Unbeachtlichkeit gem. § 242 BGB; *Weiler* jM 2019, 280, 283; implizit durch Vorsehen als Alternative *Alexander* GRUR 2017, 1156, 1157; *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 699.

1924 IAB Tech Lab, Publisher Ad Blocking Primer, S. 16 ff.

1925 *Spindler/Schuster/Micklitz/Schirmbacher*, UWG § 7 Rn. 53; *Gramespacher* WRP Die erste Seite 2015, 8; *Ziebarth* VuR 2018, 257, 260; *Kiersch*, Adblocking, S. 120 f.; wohl auch *GK UWG/Pahlow*, UWG § 7 Rn. 217, 124 (nach Schließen eines Pop-ups darf sich kein neues öffnen); *JurisPK-Internetrecht/Paschke*,

wird mit der vom Gesetzgeber getroffenen Interessenabwägung begründet. Manche Autoren fordern darüber hinaus eine Pflicht zur Erkennung.¹⁹²⁶ Sofern der Webseitenbetreiber die Nutzung des Werbeblockers erkannt hat, dürfe er keine Werbung mehr schalten, andernfalls würdige er den Nutzer zum bloßen Objekt unzumutbarer Online-Werbung herab.¹⁹²⁷

b) Stellungnahme

Nach hier vertretenem Verständnis ist sich der Frage, ob es sich bei Werbung im Internet um Individualwerbung handelt, sprich die Webseitenbetreiber eine Pflicht zur Beachtung oder gar Erkennung haben, über den Begriff der unternehmerischen Sorgfalt zu nähern.¹⁹²⁸ Da letztlich alle Normen des UWG eine Konkretisierung der unternehmerischen Sorgfalt darstellen,¹⁹²⁹ sind Lücken im Tatbestand auch anhand dieses Maßstabs zu füllen.¹⁹³⁰ Nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG ist die unternehmerische Sorgfalt „der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheiten einhält.“ Die Definition basiert auf Art. 2 lit. h UGP-RL.¹⁹³¹ Zwar beruht § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG in der hier interessie-

24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 433; für den Fall, dass der Webseitenbetreiber einen Werbeblocker erkannt hat *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 158, 212 ff., aber auf S. 182 den Charakter als Individualwerbung verneinend; eine Unlauterkeit bejahend auch *Kreutz* MMR 2016, 364, 368 f.; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 429, anders aber *Wiebe/Kreutz* K&R 2017, 697, 699.

1926 *Kreutz* MMR 2016, 364, 368 f.; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 429; sich dem anschließend *JurisPK-Internetrecht/Paschke*, 24.03.2020, Kap. 4.5 Rn. 433; gegen eine solche Pflicht *Brüggemann*, Online-Werbeblocker, S. 158, 212 f. („unzumutbar“).

1927 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 433, wobei er jedoch auf S. 443 wiederum eine Kampagne befürwortet, die gezielt Nutzer von Werbeblockern zur Abschaltung desselben auffordert, indem es diesen nach erfolgter Erkennung einen entsprechenden Werbespot anzeigt.

1928 *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller*, UWG § 2 Rn. 194; *Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler*, UWG § 7 Rn. 37; vgl. auch *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Schöler*, UWG § 7 Rn. 53, 37: „gebotene Sorgfalt“; ähnlich *MüKoUWG/Leible*, UWG § 7 Rn. 62.

1929 *GK UWG/Fritzsche*, UWG § 2 Rn. 675.

1930 Vgl. *GK UWG/Fritzsche*, UWG § 2 Rn. 679, der zumindest Grenzfälle im europäischen Recht durch Rückgriff auf die Sorgfaltsanforderungen lösen will.

1931 *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller*, UWG § 2 Rn. 180.

renden Konstellation¹⁹³² als Verbot aufgrund der guten Sitten und des Anstands (vgl. Erwägungsgrund 7 S. 5 UGP-RL) auf nationalem Recht,¹⁹³³ allerdings ist eine Orientierung am Unionsrecht trotzdem geboten, da aufgrund der Definition der unternehmerischen Sorgfalt in § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG eine möglichst einheitliche Auslegung erfolgen sollte.¹⁹³⁴

Die Frage, ob etwas gegen die gebotene Sorgfalt verstößt, ist normativ zu beantworten.¹⁹³⁵ Ein Verstoß muss in seiner Schwere mit den positiv geregelten Unlauterkeitstatbeständen vergleichbar sein.¹⁹³⁶ Dabei macht der Begriff der „anständigen Marktgepflogenheiten“ deutlich, dass es nicht darauf ankommt, ob ein Verhalten der Übung am Markt entspricht.¹⁹³⁷ Immerhin kann man aber Verhaltensempfehlungen von Fachverbänden eine gewisse Indizwirkung beimessen,¹⁹³⁸ sodass die oben genannte Empfehlung des IAB gegen eine Pflicht zur Erkennung spricht. Grundsätzlich ist jedoch bei neuerem Verhalten, bei dem noch unklar ist, was „anständig“ ist, der Grundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen, was im Ergebnis auf eine Abwägung der verschiedenen Interessen hinausläuft.¹⁹³⁹

aa) Pflicht zur Erkennung

Eine Pflicht zur Erkennung wird der historische Richtlinien- oder Gesetzgeber nicht gewollt haben, da im Jahr 2005 (UGP-RL) bzw. 2004 (Reform des UWG) die technischen Systeme zur Erfassung der Nutzeraktivitäten noch nicht so weit entwickelt waren und Internet-Werbeblocker zwar existent, aber bedeutungslos waren. Hierfür spricht insbesondere auch Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, der selbst in seiner bis 2009 geltenden Fassung zumin-

1932 Die Norm setzt zwar nur noch Art. 13 ePrivacy-RL um, dieser erfasst jedoch nur „Direktwerbung“, die mit Blick auf Erwägungsgrund 40 ePrivacy-RL nicht Werbung im Internet umfasst; zum mit Blick auf den Normzweck anders zu definierendem Begriff der Direktwerbung in der DS-GVO 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1933 Köhler WRP 2012, 939.

1934 Vgl. Köhler WRP 2012, 22, 32.

1935 Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 3 Rn. 15.

1936 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 186.

1937 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 187a; vgl. auch BGH GRUR 2011, 431, 432 Rn. 13 – FSA-Kodex.

1938 Allgemein GK UWG/Fritzsche, UWG § 2 Rn. 692.

1939 GK UWG/Fritzsche, UWG § 2 Rn. 693; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Keller, UWG § 2 Rn. 187a; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 2 Rn. 139; Ohly/Sosnitza/Sosnitza, UWG § 3 Rn. 33.

dest eine klare und umfassende Information sowie ein Widerspruchsrecht vorsah und mit Art. 2 Nr. 5 Cookie-RL zum Zustimmungserfordernis verschärft wurde. Eine für den Nutzer unauffällige Erkennung war damit nur schwer realisierbar. Entgegen der genannten Stimmen in der Literatur fällt die Interessenabwägung der Normgeber grundsätzlich zulasten der Nutzer aus.

Während also früher die berufliche Sorgfalt eine Pflicht zur Erkennung nicht vorsah, könnte man überlegen, ob die technische Entwicklung und gleichzeitige Verbreitung von Werbeblockern die Anforderungen an die berufliche Sorgfalt modifiziert haben und inzwischen eine Pflicht zur Erkennung besteht. Allerdings erfassen die Werbeverbote typischerweise Formen, die ungefragt erfolgen und bei denen zugleich ein gewisser Aufwand für das Aussortieren der Werbung besteht. Bei Internetwerbung fällt ein solcher jedoch nicht an (außer bei belästigenden Werbeformen, die ohnehin gem. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG unlauter sind). Hier kann der Kunde die Werbung schnell und einfach durch Schließen des Fensters entfernen. Zwar verzichtet er damit auch auf die angebotene Webseite, allerdings hat er auf diese keinen Anspruch. Die mit Online-Werbung verbundene Belästigung ist also deutlich geringer als in den von der Norm üblicherweise erfassten Fällen.

Die „Belästigung“ entspricht damit Werbung im Gefolge von erwünschten Informationen, wie z. B. kostenlosen oder abonnierten Zeitungen mit Anzeigen. In beiden Fällen würde der Verlag einer Reduzierung seines Produktes auf den redaktionellen Teil nie zustimmen und stattdessen die Belieferung einstellen. Der Kunde würde dies im Regelfall auch nie fordern.¹⁹⁴⁰ Das nötige Anfordern der erwünschten Informationen führt gleichzeitig dazu, dass der Nutzer nur einmal mit Werbung „überrascht“ wird: Sobald er auf der ersten Webseite eines Angebots Werbung wider seinen Willen wahrnimmt, muss er davon ausgehen, dass auf weiteren Seiten dieses Angebots auch Werbung zu sehen sein wird. Dann willigt er in die weiteren Abrufe von Werbung konkludent ein. Da es sich somit im Regelfall nur um einen Verstoß gegen den Willen handelt, ist der Nutzer in seiner negativen Informationsfreiheit kaum beeinträchtigt, sofern man mangels Zwangs zur Kenntnisnahme überhaupt den Schutzbereich

1940 Anders aber der (erfolglose) Kläger im Urt. des *OLG Karlsruhe* NJW 1991, 2913 f.

für eröffnet hält.¹⁹⁴¹ Eine Herabwürdigung zum „bloßen Objekt“¹⁹⁴² von Online-Werbung kann hierin nicht gesehen werden.

Gleichzeitig würde eine Pflicht zur Beachtung und Erkennung sehr weit führen und die Webseitenbetreiber und mittelbar auch die Werbetreibenden stark belasten. Denn zuerst fehlt es an einer einheitlichen Schnittstelle, die zuverlässig übermittelt, ob ein Werbeblocker verwendet wird. Zwar kann man darüber nachdenken, eine simple Testwerbung¹⁹⁴³ laden zu lassen und nur bei Erfolg die übliche Werbung anzeigen zu lassen. Allerdings ist dieses System grundsätzlich fehleranfällig und datenschutzrechtlich zumindest umstritten.¹⁹⁴⁴ Weiterhin würde es in letzter Konsequenz bedeuten, dass Werbeblocker lediglich diese eine Testwerbung erkennen müssten, damit die Webseitenbetreiber die Ablehnung jedweder Werbung registriert haben. Die Webseitenbetreiber wären damit gezwungen, aktiv die Nutzer zu überprüfen und danach sämtliche Werbung zu unterlassen oder Alternativen zu ergreifen. Das erscheint nicht sinnvoll.¹⁹⁴⁵

Schlussendlich – rechtmäßiges Handeln der Webseitenbetreiber und Werbeblocker vorausgesetzt – würden Werbeblocker nicht mehr benötigt, da es für die Webseitenbetreiber nur naheliegend wäre, diese Nutzer zu blockieren. Damit wäre über einen Umweg eine (deutsche¹⁹⁴⁶) Schnittstelle geschaffen, die es den Nutzern erlaubt, keine Werbung mehr zu sehen. Dieses Ergebnis dürfte mit der Regelung des § 7 Abs. 1 S. 2 UWG bzw. der Ausnahme in der UGP-RL, nicht beabsichtigt gewesen sein, besonders mit Blick auf den digitalen Binnenmarkt.¹⁹⁴⁷ Eine Pflicht zur Erkennung ist somit abzulehnen.

1941 Was strittig ist, vgl. 2. Teil § 4 C. V. 2. b) aa) (2) (a) (S. 279).

1942 So *Kreutz* MMR 2016, 364, 369.

1943 A. A. *Kreutz* MMR 2016, 364, 368, der von hohen Aufwendungen spricht – allerdings ist eine einfache Erkennung nur wenige Zeilen lang, vgl. dazu *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242, 243 und die Wiedergabe des Sachverständigengutachtens in *LG Hamburg* ZUM 2016, 892, 896 – *Adblocker*: „trivial und in kurzer Zeit formuliert“.

1944 Aber im Ergebnis als legal einzuordnen, 2. Teil § 4 C. II. 3. (S. 177).

1945 Auch *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 429 hadert insoweit.

1946 Und alle anderen Länder, die aufgrund der Ausnahme in Erwägungsgrund 7 S. 5 UGP-RL eine vergleichbare Regelung geschaffen haben.

1947 Vgl. auch Erwägungsgrund 4 RL 2015/1535/EU.

bb) Pflicht zur Berücksichtigung

Weniger eindeutig ist die Antwort auf die Frage, ob die Webseitenbetreiber, haben sie einen Werbeblocker erkannt, umgehende Werbung bzw. überhaupt noch Werbung ausspielen dürfen. Für eine Pflicht zur Berücksichtigung spricht offenkundig, dass der Webseitenbetreiber vom Nutzer die Rückmeldung erhalten hat, keine Werbung empfangen zu wollen. Allerdings bedeutete eine solche Pflicht aus Nutzersicht letztendlich einen Rückschritt. Folge der Pflicht zur Berücksichtigung wäre nämlich, dass die Webseitenbetreiber Werbung unterlassen müssten oder auf eine Erkennung von Nutzern mit Werbeblocker komplett verzichten und stets umgehende Werbung ausspielen würden. Gleichzeitig wäre eine Zunahme von Sperren bei erkannter Verwendung wahrscheinlich.

Weiterhin ist der Erwartungshorizont der Nutzer zu berücksichtigen: Diese rechnen prinzipiell trotz Verwendung eines Werbeblockers mit einer gewissen, wenn auch deutlich geringeren Werbemenge. Dies liegt einerseits daran, dass die Filterlisten nur reaktiv aktualisiert werden, und andererseits daran, dass die Nutzer gerade eine werbefinanzierte Webseite aufgerufen haben.¹⁹⁴⁸ Die Nutzer setzen sich der Gefahr von Werbung aufgrund einer eigenen Entscheidung, dem Aufruf der Webseite, aus. Deshalb ist eine Pflicht zur Berücksichtigung ebenso abzulehnen.

c) Ergebnis

Damit fehlt es an einer Pflicht zur Erkennung und Berücksichtigung der Verwendung eines Werbeblockers. Das führt dazu, dass keine Individualwerbung vorliegt, da die unternehmerische Sorgfalt keine Berücksichtigung einer Ablehnung gebietet. Liegt keine Individualwerbung vor, so ist ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2, 1 UWG zu verneinen.

3. § 7 Abs. 1 S. 1 UWG

Eine Anwendung von § 7 Abs. 1 S. 1 UWG auf die vorliegende Konstellation scheidet aus, da Internetwerbung grundsätzlich nicht belästigend ist und die Ablehnung, die durch einen Werbeblocker zum Ausdruck gebracht wird, nicht berücksichtigt werden muss.

1948 Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler, UWG § 7 Rn. 93.

III. Ergebnis

Damit scheiden Ansprüche wegen der Umgehung des Werbeblockers aus Sicht der Nutzer aus. Ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 S. 2 UWG oder § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG scheitert daran, dass die Webseitenbetreiber die Verwendung eines Werbeblockers nicht berücksichtigen müssen, selbst wenn sie diese erkannt haben. Darüber hinaus scheidet eine Hartnäckigkeit im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG aus. Ebenso wenig ist § 7 Abs. 1 S. 1 UWG einschlägig.

C. Schutz der Webseitenbetreiber

Zwar verletzt umgehende Werbung nicht den Nutzer oder die Betreiber von Werbeblockern in ihren Rechten, allerdings haben auch die Webseitenbetreiber ein starkes Interesse daran, dass ihre umgehende Werbung gesehen und nicht blockiert wird.

Im Gegensatz zum Grundfall, normales Ausspielen mit Werbung, wehrt sich der Webseitenbetreiber aktiv gegen die Ausblendung von Werbung und macht so deutlich, dass er einen Zugang ohne Werbung nicht wünscht. Gleichzeitig lässt er jedoch den Zugang, falls die Umgehungsmaßnahmen nicht greifen, weiterhin zu.

I. Urheberrecht

Urheberrechtliche Ansprüche scheiden aus, da bereits kein Recht verletzt wird. Wie oben dargelegt,¹⁹⁴⁹ fehlt es an der für die öffentliche Zugänglichmachung erforderlichen Eröffnung eines neuen Publikums, da umgehende Werbung keine technische Beschränkung darstellt. Hier fehlt es insoweit am eindeutigen, technisch umgesetzten Willen des Rechtsinhabers. Entscheidend ist, dass der Webseitenbetreiber weiterhin den Zugang zur Webseite ohne den Empfang von Werbung erlaubt. Eine technische Verhinderung des Abrufs der Inhalte findet gerade nicht statt, die Werbung ist nur schwerer als solche identifizierbar. Mangels technischer Beschränkung existiert auch keine wirksame technische Schutzmaßnahme im Sinne des § 95a UrhG.

1949 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78), (2) (S. 82).

II. Lauterkeitsrecht

Aufgrund der urheberrechtlichen Grundwertung¹⁹⁵⁰ und dem Fehlen darüber hinausgehender lauterkeitsbegründender Umstände scheidet ein Schutz gem. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG gegen den Abruf der Webseite ohne Werbung aus.¹⁹⁵¹ Insoweit zeigt sich die negative Begrenzungsfunktion des Urheberrechts gegenüber dem Lauterkeitsrecht. Da diese Handlung nach der Wertung des Sonderschutztatbestands nicht rechtswidrig ist, ist sie erst recht nicht nach lauterkeitsrechtlichen Kriterien zu verbieten. Alles andere wäre ein Verstoß gegen das Verhältnis zwischen Wettbewerbs- und Urheberrecht und im konkreten Fall auch gegen die InfoSoc-RL. Gleiches gilt für die anderen lauterkeitsrechtlichen Tatbestände.

D. Schutz der Werblockerbetreiber

Da bereits die Aussperrung von Nutzern mit aktiviertem Werblocker wegen der urheberrechtlichen Befugnisse der Webseitenbetreiber rechtmäßig ist, muss das erst recht für das insoweit weniger invasive Umgehen des Werblockers gelten. Gleichzeitig rechnen die Nutzer aufgrund der reaktiven Natur der Aktualisierung von Filterlisten (bzw. Werblockern) ohnehin zu einem gewissen Grad damit, dass Werbung ausgespielt wird. Darüber hinaus nützt diese Entwicklung auch den Vertreibern von Werblockern, denn durch diesen technischen „Fortschritt“ besteht ein Bedürfnis nach besseren Filtern, die ggf. neu vergütet werden können bzw. zumindest professionelle Entwicklung benötigen und damit den Markt für Werblocker erhalten. Damit sind keine Ansprüche der Vertreter von Werblockern gegeben.

E. Ergebnis

Umgehende Werbung ist damit grundsätzlich ein taugliches Mittel gegen Werblocker. Insbesondere ist es zulässig, den Nutzern von aktivierten Werblockern Werbung anzuzeigen, auch wenn dem Webseitenbetreiber bewusst ist, dass diese keine Werbung sehen möchten. Dem stehen insbesondere keine datenschutzrechtlichen Bedenken entgegen. Die Werblo-

1950 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).

1951 Mit anderer Begründung ebenso *Kiersch* GRUR-Prax 2018, 487, 488.

ckerbetreiber haben ebenso keine Ansprüche aufgrund der Beeinträchtigung ihres Produkts. Nachteil an der gefundenen Lösung ist allerdings, dass ein Ausschalten dieser Werbung immer noch rechtlich zulässig ist und insoweit ein technischer Wettlauf droht.¹⁹⁵² Es ist jedoch nicht die Aufgabe des Urheber- oder Lauterkeitsrechts, diesen zu verhindern.

§ 10 Hinweise und andere Eigenwerbung

Der Hinweis ist aus Nutzersicht die harmloseste Form der Handlungsmöglichkeiten. Er zeichnet sich dadurch aus, dass im Regelfall beim Aufruf der Webseite ein unverbindlicher¹⁹⁵³ Hinweis erscheint, dass man seinen Werblocker bitte abschalten möge. Meist wird dies mit einem Link zu einer Anleitung zum Abschalten und einer Erklärung versehen, warum Werbeanzeigen für den Betrieb der Webseite nötig seien. Klickt man den Hinweis weg bzw. scrollt daran vorbei, ist dieser nicht mehr sichtbar und beeinträchtigt das Betrachten der Webseite nicht.¹⁹⁵⁴ Einige Webseiten haben Nutzer mit Werblockern um ein Abschalten eines Werblockers gebeten,¹⁹⁵⁵ jedoch blenden nun die Werblocker diese (teilweise) aus.¹⁹⁵⁶ Dabei gibt es zwei Möglichkeiten, den Hinweis nicht anzuzeigen. Der Werblocker verhindert entweder bereits die Erkennung oder aber das Nachladen (bzw. die Anzeige) des Hinweises.

Die Anzeige des Hinweises, dass man den Werblocker deaktivieren solle, ist als klassische Werbung durch die Webseitenbetreiber für das eigene Produkt einzuordnen. Dabei wird um die geschäftliche Entscheidung¹⁹⁵⁷ der Nutzer geworben, dass sie die Hoheit über die Aufmerksam-

1952 Vgl. *Klein*, Facebook legt sich mit Adblockern an, <http://www.zeit.de/digital/internet/2016-08/online-werbung-facebook-gegen-adblock-plus> (zuletzt zugriffen am 19.06.2020), der von einem Katz-und-Maus-Spiel spricht.

1953 Vgl. *OLG München* MMR 2017, 756, 764 Rn. 194 – *Whitelisting I*: keine rechtliche Wirkung.

1954 Andernfalls handelt es sich – zumeist – um einen Unterfall einer technischen Beschränkung, vgl. zu den Anforderungen an eine solche 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1955 *Klein*, Spiegel Online: Textschwund durch Adblocker, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Spiegel-Online-Textschwund-durch-Adblocker-3569373.html> (zuletzt zugriffen am 19.06.2020).

1956 *Kreutz*, Werblockersoftware, S. 443, der zwar von einer „häufig[en]“ Ausblendung anspricht, wenige Sätze später aber für eine gezielte Blockade solcher Hinweise keine Anhaltspunkte sieht.

1957 Dazu 2. Teil § 4 A. III. 2. (S. 103).

keit den Webseitenbetreibern überantworten. Letztere fragen also die Aufmerksamkeit nach. Die Ausführungen können unproblematisch auf Eigenwerbung für andere Verlagsangebote, wie z. B. Abonnements, übertragen werden – dann ist allerdings das Verlagsangebot Anknüpfungspunkt der geschäftlichen Entscheidung.

Die Nutzer haben aufgrund der Wertung des § 7 UWG keine Ansprüche. Auch die Werblockerbetreiber werden analog den Ausführungen zu umgehender (Fremd)Werbung¹⁹⁵⁸ nicht geschützt. Allein die Webseitenbetreiber kommen als Inhaber von Abwehransprüchen infrage, und zwar dahingehend, dass die Hinweise durch die Werblockerbetreiber als Mitbewerber¹⁹⁵⁹ ausgeblendet werden. Als Anspruchsgrundlage für ein entsprechendes Verbot kommt § 8 Abs. 1 S. 1 i. V. m. §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG in Betracht. Fraglich ist allein die Gezieltheit der Behinderung. Grundsätzlich ist dabei zu beachten, dass die urheberrechtliche Wertung¹⁹⁶⁰ den teilweisen Abruf der Webseite erlaubt, soweit keine technische Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG vorliegt. Es müssen also ergänzende, nicht vom Urheberrecht erfasste Umstände vorliegen, die eine Unlauterkeit begründen können.

Das gezielte Vernichten oder Verhindern fremder Werbung kommt als ein solcher Umstand infrage, konkret die Fallgruppe der Werbebehinderung.¹⁹⁶¹ Die gezielte Vereitelung fremder Werbemaßnahmen wird allgemein als wettbewerbswidrig angesehen.¹⁹⁶² Allerdings wird eine Werbebehinderung verneint, wenn diese auf der freien Entscheidung der Nutzer beruht. So hat der BGH zur Einlösung von Coupons eines anderen Unternehmens durch einen Mitbewerber entschieden, dass die Verhinderung der Werbewirkung grundsätzlich keine Beeinträchtigung darstelle, sofern sie auf einer bewussten Entscheidung des Verbrauchers beruhe.¹⁹⁶³ Andere lassen dem ähnlich eine betriebswirtschaftliche Rechtfertigung ausreichen,¹⁹⁶⁴ oder fragen danach, ob die Handlung lediglich einen Reflex dar-

1958 4. Teil § 9 D. (S. 397).

1959 2. Teil § 4 B. III. 2. (S. 144).

1960 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).

1961 BGH NJW 2004, 3032, 3034 – *Werblocker I*; vgl. auch GRUR 1972, 558, 559 – *Teerspritzmaschinen*.

1962 Vgl. nur BGH NJW 2004, 3032, 3034 – *Werblocker I*; UWG-HdB/Hasselblatt/Witschel, § 52 Rn. 125.

1963 BGH GRUR 2017, 92, 94 Rn. 20 – *Fremdcoupon-Einlösung*.

1964 Ähnlich Kreutz, Werblockersoftware, S. 224.

stelle.¹⁹⁶⁵ Bestehe eine solche Rechtfertigung, könne sich die Unlauterkeit nur durch eine Abwägung ergeben.¹⁹⁶⁶

Zumeist wird dementsprechend für Werbeblocker davon ausgegangen, dass das Dazwischentreten des Nutzers und dessen freie Entscheidung eine gezielte Behinderung in Bezug auf fremde Werbung ausschließe.¹⁹⁶⁷ Selten wird die Lauterkeit mit der Abwesenheit einer Sperre begründet.¹⁹⁶⁸ Bezogen auf die Blockade von Eigenwerbung sieht das *LG München I* in einem obiter dictum diese hingegen als „höchst [...] bedenklich“ an und fragt, ob der Wille der Nutzer über normale Werbung hinaus die Blockade der Hinweise erfasse.¹⁹⁶⁹ Die Literatur schließt sich dem, sofern thematisiert, an.¹⁹⁷⁰

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sowohl Rechtsprechung als auch Literatur die Unlauterkeit aufgrund einer Werbebehinderung durch eine Nutzerentscheidung entfallen lassen. Wünschen die Nutzer eine Entfernung der Werbung, liegt darin die betriebswirtschaftliche Rechtfertigung bzw. ist die Blockade bloßer Reflex. Ebenso stellt das *LG München I* auf den Willen der Nutzer ab, wenn es an dessen Reichweite zweifelt. Insoweit wird die unmittelbare (Werbe)Behinderung zu einer mittelbaren Behinderung, die durch eine Abwägung der widerstreitenden Interessen festzustellen ist. Es kommt für die Frage der Unmittelbarkeit darauf an, ob die Nutzer eine freie und informierte Entscheidung getroffen haben. Das

1965 MüKoUWG/Jänich, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 29.

1966 GK UWG/Pfeifer, UWG § 4 Nr. 10 Rn. 375; MüKoUWG/Jänich, UWG § 4 Nr. 4 Rn. 29; vgl. auch BGH GRUR 2017, 92, 93 Rn. 16 ff. – *Fremdcoupon-Einlösung*.

1967 BGH NJW 2004, 3032, 3034 – *Werbeblocker I*; OLG München MMR 2017, 756, 763 Rn. 163 – *Whitelisting I*; LG Hamburg GRUR-RS 2016, 20247, Rn. 36 – *Adblock Plus*; LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 46 – *Adblock Plus*; MMR 2015, 660, 665; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/Omsels, UWG § 4 Rn. 75; Hoeren K&R 2013, 757, 760; Rostam InTer 2017, 146, 150; Witte ITRB 2018, 34, 36; für eine Werbebehinderung LG Berlin ZUM-RD 2000, 144, 148 (Fernsehwerbeblocker); zu dieser Frage bereits ausführlich 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296).

1968 Kiersch, Adblocking, S. 115.

1969 LG München I BeckRS 2015, 9562, Rn. 209, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660; vgl. auch OLG München WRP 2017, 1377, 1380 Rn. 42 – *Whitelisting III* und GRUR-RS 2017, 122817, Rn. 114 – *Whitelisting II* („weitgehend keine Blockade von Eigenwerbung“), die das Problem zwar sehen, aber nicht entscheiden, sowie LG Hamburg ZUM-RD 2015, 745, 748 – *AdBlock Plus*: Hinweise als Ausweichmöglichkeit gegen Werbeblocker.

1970 Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 443, aber anders auf S. 429, 433, wenn er die Anzeige umgehender Werbung – worunter auch prinzipiell Hinweise fallen – für einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 UWG hält.

richtet sich nach den §§ 3 Abs. 2, 3, 4a ff. UWG.¹⁹⁷¹ Fehlte eine solche Entscheidung, so würde die Unlauterkeit an der Täuschung der Nutzer und der dadurch ermöglichten Behinderung der Eigenwerbung anknüpfen. In diesem Fall läge ein ergänzender, unlauterkeitsbegründender Umstand vor.

Es ist jedoch von einer freien und informierten Entscheidung der Nutzer auszugehen. Gerade vor dem Hintergrund, dass die Nutzer im Regelfall von der Werbefinanzierung des Mediums wissen. Sie erwarten im Regelfall einen Konsum der Inhalte ohne jedwede Ablenkung, sodass Hinweise die Nutzer besonders stören und die vollständige Blockade sich insoweit als Qualitätsmerkmal darstellt. Das gilt besonders für Hinweise in Form von Einblendungen über dem Text¹⁹⁷², wie sie teilweise verwendet werden. Dem *LG München I*¹⁹⁷³ ist somit nicht zuzustimmen. Der Durchschnittsnutzer wünscht also gerade die Ausblendung jeglicher, ansonsten angezeigter Werbung – was den Werblocker natürlich in die komfortable Lage bringt, die Gegenwerbung der Konkurrenz blockieren zu können.

Das bedeutet, dass die Behinderung der Werbung auf der freien und informierten Entscheidung der Nutzer beruht und damit kein zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstand infrage kommt. Da das Geschäftsmodell der Werblocker das Bestehen werbefinanzierter Angebote voraussetzt,¹⁹⁷⁴ scheidet eine Verdrängungsabsicht aus.

Damit entscheidet mangels entgegenstehender Umstände die urheberrechtliche Grundwertung die Frage der Blockade von Eigenwerbung. Nach dieser ist gerade der partielle Abruf von unbeschränkt abrufbaren Webseiten erlaubt. Das gilt auch für Fälle, in denen Eigenwerbung blockiert wird. So fällt zwar eine Handlungsalternative für Webseitenbetreiber weg, insoweit weist aber auch hier das Urheberrecht einen Ausweg, indem nämlich die Webseitenbetreiber die Anzeige der Webseite mit der Einblendung des Hinweises bedingen können und so eine technische Beschränkung vorläge. Das erlaubt es, einen Kommunikationskanal zu den Nutzern zu eröffnen. Gleichzeitig trifft der Webseitenbetreiber ohne Bedingung des Abrufs mittelbar die Entscheidung, die Einblendung eines Hinweises nicht erzwingen zu wollen. Das Blockieren von Hinweisen ist

1971 2. Teil § 4 C. V. 2. c) bb) (2) (S. 296).

1972 Vgl. *Ziebarth* VuR 2018, 257, 260 f.

1973 *LG München I* BeckRS 2015, 9562, Rn. 209, insoweit nicht abgedruckt in MMR 2015, 660.

1974 Siehe zu diesem Argument oben, 2. Teil § 4 C. V. 2. c) aa) (S. 292).

damit keine gezielte (Werbe-)Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG. Sonstige Ansprüche scheiden aus den gleichen Gründen aus.

§ 11 Vertragliche Verpflichtung zum Empfang der Werbung

Wie gezeigt, lässt sich über das Urheberrecht als absolutes Recht nur mithilfe einer technischen Beschränkung eine – mittelbare – Pflicht zum Empfang von Werbung begründen.¹⁹⁷⁵ Daneben kommt aber auch die Begründung einer relativen Pflicht durch eine vertragliche Verbindung zum Nutzer infrage.¹⁹⁷⁶ Zuerst sind die Anforderungen an die Begründung einer vertraglichen Pflicht darzustellen (A.), insbesondere mit Blick auf das Verbraucherschutzrecht. Wird dieser Pflicht nicht genügt, so bieten sich zwei Stoßrichtungen an: einerseits gegen die Nutzer (B.) und andererseits gegen die Betreiber von Werbeblockern (C.).

A. Anforderungen an die Begründung der Verpflichtung

Innerhalb dieses Abschnitts sollen zuerst die Grundannahmen (I.) in Bezug auf die zu untersuchende Verpflichtung dargelegt und bestimmte rechtliche Fragestellungen ausgeschieden werden. Unter II. werden die Minimalanforderungen an einen wirksamen Vertrag dargestellt. Danach wird untersucht, wie die Verpflichtung zum Werbeempfang selbst wirksam zum Inhalt des Vertrages gemacht werden kann (III.).

I. Grundannahmen

Hier soll die Frage beantwortet werden, unter welchen Bedingungen ein wirksamer Vertrag zustande kommt, der den Nutzer zum Empfang von Werbung bzw. zur Nichtnutzung von Werbeblockern verpflichtet. Dabei wird davon ausgegangen, dass ein Zugang zur Webseite aufgrund techni-

1975 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (a) (S. 209).

1976 Eine solche erwägend *Kiersch*, Adblocking, S. 119; vgl. auch *LG München I* MMR 2015, 660, 665; *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166 ff.; allgemein *BGH GRUR* 2017, 748, 750 Rn. 22 – *Robinson Liste*.

scher Beschränkungen¹⁹⁷⁷ nur möglich ist, wenn ein Vertrag mit dem jeweiligen Nutzer geschlossen wurde. Der Abruf der Webseite ohne Werbung ist hingegen – sofern ein Vertrag vorliegt – möglich, es fehlt insoweit eine technische Beschränkung. Die Nutzer verstoßen beim Abruf ohne Werbung (bzw. mit Werbeblocker) also allein gegen ihre vertraglichen Pflichten. Letztere werden in Gestalt von „Nutzungsbedingungen“ vereinbart. Um den Fokus auf die wesentlichen Punkte legen zu können, werden Rechtsfragen, die sich in Bezug auf allgemeine Geschäftsbedingungen unabhängig von der Pflicht zum Werbeempfang bzw. dem Verbot der Werbeblockernutzung stellen, ausgeklammert. So wird vorausgesetzt, dass es sich bei den Nutzungsbedingungen um allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handelt, diese wirksam gem. § 305 BGB – zu § 305c BGB sogleich – einbezogen sind und dem Transparenzgebot nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB¹⁹⁷⁸ genügen.

Darüber hinaus sollen hier die Implikationen infolge von Tracking und anderen datenschutzrelevanten Handlungen („Daten als Entgelt“) nicht berücksichtigt werden. Schließen die Webseitenbetreiber Verträge mit den Nutzern, müssen sie diese grundsätzlich individualisieren können, was die Möglichkeit zur Profilbildung eröffnet. So können Nutzungsdaten über Interessen, vermittelt durch gelesene Artikel, Verweilzeiten bei bestimmten Themen etc., erhoben werden, die zugleich eine besonders zielgenaue (werbliche) Ansprache dieser Nutzer ermöglichen. Die damit zusammenhängenden Rechtsfragen würden den Rahmen dieser Darstellung sprengen und sollen deshalb ausgeblendet werden.¹⁹⁷⁹

II. Vertragsschluss

Da für den Vertragsschluss im Internet die gleichen Regeln wie in der „realen“ Welt gelten,¹⁹⁸⁰ ist für das Vorliegen eines Vertragsschlusses entscheidend, dass zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen.¹⁹⁸¹

1977 Im Sinne des § 19a UrhG, zu den Anforderungen an solche 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

1978 Vgl. zu den Anforderungen in Bezug auf Werbeblocker *Kiersch*, Adblocking, S. 119; allgemein zum Transparenzgebot *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Pfeiffer*, BGB § 307 Rn. 234 ff.

1979 Zur Leistung von Daten im Rahmen von Verträgen z. B. *Hacker ZfPW* 2019, 148 ff.

1980 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 338 m. w. N.

1981 Statt aller *Palandt/Ellenberger*, BGB Einf. v. § 145 Rn. 1.

Für die hier besprochenen Sachverhalte ist das interessante Kriterium dasjenige des Rechtsbindungswillens. Ob sich die Parteien rechtlich binden wollen, bestimmt sich durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB anhand des Empfängerhorizonts.¹⁹⁸² Es kommt darauf an, dass aus Sicht eines verständigen Adressaten sich der Wille erkennen lässt, mit der Erklärung eine rechtliche Bindung zu bewirken.¹⁹⁸³ Für die Frage, ob automatisierte Willenserklärungen und allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, gilt,¹⁹⁸⁴ dass sie nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich in der Weise auszulegen sind, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden.¹⁹⁸⁵ Maßgeblich sind dabei der verfolgte Zweck, die wirtschaftliche oder rechtliche Interessenlage der beteiligten Parteien und alle sonstigen Begleitumstände, die den Sinngehalt der Erklärungen verdeutlichen können.¹⁹⁸⁶

Wie oben bereits angedeutet, kommt beim bloßen Besuch oder der Nutzung einer Webseite kein Vertrag zustande, da die Parteien nicht mit Rechtsbindungswillen handeln, beide wollen keine Bindung. Eine solche ist mangels Schutzbedürfnisses auch nicht erforderlich.¹⁹⁸⁷ Der Webseitenbetreiber kann jederzeit die Nutzung bedingen oder den konkreten Besu-

1982 BeckOK BGB/Eckert, BGB § 145 Rn. 35; vgl. BGH NJW 2014, 2269, 2271 Rn. 24 – „Nothilfeprogramm“.

1983 BGH NJW-RR 2017, 1479, 1480 Rn. 24; BeckOGK ZR/Möslein, 01.05.2019, BGB § 145 Rn. 112; MüKoBGB/Busche, BGB § 145 Rn. 7; Staudinger/Bork, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 81; vgl. auch BGH NJW 2010, 3087 Rn. 14 – *Probefahrt*; Palandt/Grüneberg, BGB Einl. v. § 241 Rn. 7.

1984 Vgl. Staudinger/Bork, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 81: Auch der Rechtsbindungswille ist anhand der Regelungen zur Auslegung festzustellen.

1985 StRspr, siehe nur BGH NJW 2014, 2269, 2272 Rn. 37 – „Nothilfeprogramm“ m. w. N.; MüKoBGB/Busche, BGB § 133 Rn. 25.

1986 BGH NJW 1984, 1533, 1536; BeckOGK ZR/Möslein, 01.05.2019, BGB § 145 Rn. 112; BeckOK BGB/Eckert, BGB § 145 Rn. 37; Palandt/Grüneberg, BGB Einl. v. § 241 Rn. 7; Staudinger/Bork, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 81; Kreutz, Werblockersoftware, S. 338 f.; vgl. auch BGH NJW-RR 2017, 1479, 1480 Rn. 24.

1987 Ausführlich Piras, Virtuelles Hausrecht?, S. 105 f.; vgl. auch OLG Hamburg GRUR-RS 2012, 22946, Rn. 156 – *Screen-Scraping*; Brüggemann, Online-Werbeblocker, S. 99 f.; Kreutz, Werblockersoftware, S. 339; im Ergebnis ebenso LG München I GRUR-RS 2016, 6816, Rn. 45 – *Adblock Plus*; Glöckner ZUM 2018, 844, 853; Nink CR 2017, 103, 107 f.; Pfeifer AfP 2016, 5, 10; Rostam InTer 2017, 146, 149; Pfeifer, Recht & Netz (2018), S. 249, 257; Kiersch, Adblocking, S. 118; vgl. aber auch zu Fernseh-Werbeblockern Apel, FS Hertin (2000), S. 337, 355: „quasi auf der Grundlage konkludent vertraglich eingeräumter Nutzung der Gesamtplattform“.

cher der Webseite ausschließen. Ebenso kann der Nutzer jederzeit die Webseite verlassen. Besucht oder nutzt jemand eine Webseite, so handelt es sich allein um einen Realakt. Nutzer und Webseitenbetreiber gehen nicht von einem Vertragsschluss aus.¹⁹⁸⁸

Selbst ein eindeutiger Hinweis, dass ein Vertrag bei der Fortsetzung der Nutzung der Seite geschlossen wird, reicht nach allgemeiner Rechtsgelehrtslehre nicht aus. Zwar liegt in dem Hinweis wohl ein Antrag des Webseitenbetreibers im Sinne des § 145 BGB,¹⁹⁸⁹ allerdings ist in der fortgesetzten Nutzung der Webseite trotz Hinweises keine Annahmeerklärung der Nutzer zu sehen. In dieser liegt lediglich ein Realakt, der nicht einseitig „ausgelegt“ bzw. umgedeutet werden kann, besonders, da selbst gut sichtbare Banner nur selten gelesen werden.¹⁹⁹⁰ Gleichzeitig ist unklar, was unter „Nutzung“ zu verstehen ist und damit, wann der Vertrag zustande kommen würde.

Entgegen vereinzelter Stimmen¹⁹⁹¹ wird man bei technisch besicherten Webseiten, die den Zugang nur bei Empfang der Werbung gewähren, im Abschalten des Werbeflockers keine Willenserklärung des Nutzers sehen können. Auch wenn der Nutzer die Abschaltaufforderung (zwangsweise) zur Kenntnis genommen hat und ihr nachkommt, erblickt er in dieser allein ein faktisches Hindernis, nicht jedoch etwas rechtlich Bindendes und geht nicht von einer (vertraglichen) Verpflichtung irgendeiner Art aus.

Im Regelfall wird deshalb zu fordern sein, dass der Nutzer eine – im Sinne der §§ 133, 157 BGB¹⁹⁹² – eindeutige Schaltfläche anklickt.¹⁹⁹³ Hierfür gelten aber hohe Anforderungen, damit der Nutzer die Schaltfläche nicht lediglich für einen Zustimmungsbutton bezüglich Cookies o. Ä.

1988 *Kreutz* ZUM 2018, 162, 163.

1989 Dieser scheitert nicht daran, dass die Nutzer – außer ihrer IP-Adresse – nicht individualisier- und verfolgbar sind, denn auch bei Stummen Verkäufern (Zeitungsautomaten, die nicht gegen Entnahme gesichert sind) wird von der Rechtsprechung ein Diebstahl angenommen (*BGH GRUR* 2010, 455, 456 Rn. 15, 458 Rn. 28 – *Stumme Verkäufer II*), sodass auch bei faktischen Schwundquoten von 60 % grundsätzlich auf einem Vertragsschluss bestanden wird, dies muss dann auch für oben genannte Banner gelten; anders *Kreutz*, Werbeflockersoftware, S. 340, anders aber wieder S. 342 f.

1990 Vgl. *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166.

1991 *Brüggemann*, Online-Werbeflocker, S. 101.

1992 Daneben kann noch § 312j Abs. 4, 3 S. 1 BGB einschlägig sein, dazu sogleich.

1993 *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166; vgl. auch *Brüggemann*, Online-Werbeflocker, S. 101; *Kreutz*, Werbeflockersoftware, S. 348.

hält, da der Nutzer keine Daten eingeben muss.¹⁹⁹⁴ Muss der Nutzer sich hingegen registrieren oder Daten eingeben, handelt der Nutzer im Regelfall mit Rechtsbindungswillen.¹⁹⁹⁵ Nach allgemeiner Rechtsgeschäftslehre kann damit grundsätzlich ein Vertragsschluss herbeigeführt werden.

III. Wirksame Verpflichtung zum Werbeempfang

Zwar kann grundsätzlich ein Vertrag geschlossen werden, allerdings muss auch die Pflicht zum Werbeempfang selbst wirksam vereinbart werden. Grundsätzlich liegt eine Vereinbarung in „Nutzungsbedingungen“ nahe, sodass die Regelungen über allgemeine Geschäftsbedingungen Anwendung finden können (1.). Bejaht man den Charakter als Hauptleistungspflicht, so kommt eine Anwendung der §§ 312 ff. BGB (2.) infrage.

1. Behandlung als allgemeine Geschäftsbedingungen

Teilweise sehen Webseiten sogenannte Nutzungsbedingungen vor, in denen das Verwenden von Werbeblockern (mittelbar) verboten wird.¹⁹⁹⁶ Auch in der Lehre wird – sofern thematisiert – die vertragliche Verpflichtung zur Nichtnutzung von Werbeblockern bzw. zur Darstellung von Werbung als Problem der Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen eingeordnet.¹⁹⁹⁷ Hier soll gefragt werden, ob in AGB die Pflicht zum Werbeempfang und damit mittelbar zur Nichtnutzung des Werbeblockers vereinbart werden kann. Dabei begegnen entsprechenden Vertragsbedingungen vor allem in Bezug auf das Verbot überraschender Klauseln gem. § 305c Abs. 1 BGB (a) Bedenken und – sind diese ausgeräumt – weitere hinsichtlich der Kontrollfähigkeit gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB (b).

1994 Kritisch auch *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166.

1995 *Kreutz* ZUM 2018, 162, 166 f.

1996 So die Klägerin in *OLG München* MMR 2017, 756 – *Whitelisting I*: Verbot der Veränderung der Webseite, wobei man sich aber streiten kann, ob die Klausel mit Blick auf § 305 Abs. 2 BGB bzw. § 307 Abs. 1 S. 2, 1 BGB überhaupt wirksam wäre.

1997 *Kiersch*, Adblocking, S. 119 ff.; *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 374 ff., 383; vgl. auch *Witte* ITRB 2018, 34, 37 unter Verweis auf *OLG München* MMR 2017, 756, 759 Rn. 95 – *Whitelisting I*, das die Wirksamkeit der „Nutzungsbedingungen“ aufgrund widersprüchlichen Verhaltens des Webseitenbetreibers nicht zu prüfen brauchte.

a) § 305c Abs. 1 BGB

Eine Einbeziehung der Klausel wirft mit Blick auf § 305c Abs. 1 BGB Fragen auf. Danach werden Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Das gilt sowohl für Haupt- als auch Nebenleistungspflichten.¹⁹⁹⁸ Grund für die Regelung ist, dass das globale Einverständnis mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen sich nur auf erwartbare Klauseln bezieht.¹⁹⁹⁹ Die Ungewöhnlichkeit der Klausel könnte hier daraus folgen, dass die Verpflichtung zum Empfang der Werbung und damit zur Nichtnutzung eines Werbeblockers nicht typisch für Nutzungsbedingungen von Webseiten ist. Der Begriff der Ungewöhnlichkeit legt nahe, dass ein – empirischer²⁰⁰⁰ – Vergleich der Klausel mit dem zu erfolgen hat, was gewöhnlich erwartet wird.²⁰⁰¹ So stellt die Abweichung von einem gesetzlichen Leitbild grundsätzlich ein Indiz für eine ungewöhnliche Klausel dar.²⁰⁰² Allerdings fehlt es für den „Webseitennutzungsvertrag“²⁰⁰³ an einem gesetzlichen Leitbild, mit dem die Klausel verglichen werden kann. In diesem Fall kann auf für Verträge dieser Art übliche Gestaltungen abgestellt werden.²⁰⁰⁴ Verträge über die Nutzung von Webseiten enthalten im Regelfall keine Verpflichtung zum Empfang von Werbung. Typisch für solche Verträge sind Einwilligungen in die Nutzung (und Verkauf) der im Zuge der Nutzung generierten Daten sowie Erklärungen über das urheberrechtliche Schicksal von durch den Nutzer erstellten Inhalten. Ebenso werden typische Schädigungshandlungen verboten, wie z. B. massenhafte Abrufe, und bestimmte Anstandsregeln für die Kommunikation auf und mit der Webpräsenz vereinbart. Auch haben die Dienstanbieter, selbst bei einer

1998 NK-BGB/Kollmann, BGB § 305c Rn. 2; Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer, BGB § 305c Rn. 14a m. w. N.

1999 Vgl. Erman/Roloff, BGB § 305c Rn. 2.

2000 BeckOGK ZR/Bonin, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 43; Palandt/Grüneberg, BGB § 305c Rn. 3 f.; dagegen Staudinger/Mäsch, BGB § 305c Rn. 21.

2001 Vgl. BeckOK BGB/Schmidt, BGB § 305c Rn. 14; Staudinger/Mäsch, BGB § 305c Rn. 20.

2002 BeckOK BGB/Schmidt, BGB § 305c Rn. 14.

2003 Vgl. zu diesem Begriff Kreuzt ZUM 2018, 162.

2004 BGH NJW-RR 2012, 1261 Rn. 12 – *Branchenverzeichnis im Internet*; NJW 2001, 1416, 1417; BeckOGK ZR/Bonin, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 41; BeckOK BGB/Schmidt, BGB § 305c Rn. 15; Palandt/Grüneberg, BGB § 305c Rn. 3.

vertraglichen Verpflichtung, selten ein Interesse an einer einklagbaren Pflicht,²⁰⁰⁵ wie sie aber eine Verpflichtung in AGB grundsätzlich schaffen würde und gem. § 305c Abs. 2 BGB zugrunde zu legen ist. Deshalb ist die Verpflichtung zum Werbeempfang als ungewöhnlich im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB einzuordnen.

Ist die Klausel ungewöhnlich, kommt es darauf an, ob der Kunde mit der Klausel vernünftigerweise „nicht zu rechnen braucht“.²⁰⁰⁶ Dabei ist auf den Erwartungshorizont eines durchschnittlichen Adressaten des Vertrags abzustellen,²⁰⁰⁷ also den durchschnittlichen Internetnutzer. Prägend für dessen Erwartungshaltung sind die allgemeinen und individuellen Begleitumstände des Vertragsschlusses.²⁰⁰⁸ Nicht zu rechnen braucht der Kunde z. B. mit Klauseln, die dem Vertragspartner zusätzliche Verpflichtungen auferlegen, welche nicht typisch für den Vertrag sind, die Leistungspflicht erweitern²⁰⁰⁹ oder gar ein Entgelt für üblicherweise unentgeltliche Verträge vorsehen.²⁰¹⁰ Zwar rechnen Nutzer im Regelfall mit den oben geschilderten Pflichten, nicht jedoch mit einer Verpflichtung zum Empfang von Werbung bzw. zur Nichtnutzung von Werbeblockern. Grund für diese Erwartungshaltung ist die gerade bei „kostenlosen“ Diensten vorherrschende „governance by code“²⁰¹¹, d. h., dass die Dienste nur dann zugänglich sind, wenn die Gegenleistung, sprich Werbeempfang, erbracht wird.²⁰¹² Dementsprechend lässt das Bewusstsein der Werbefinanzierung des Dienstes die „Überraschung“ der Nutzer nicht entfallen, da Letztere entsprechend der Übung im Verkehr mit einer technischen Verhinderung rechnen – auch bei einer Zustimmung zu Nutzungsbedingungen.²⁰¹³ Mit einer ver-

2005 *Hacker ZfPW* 2019, 148, 173.

2006 *BGH NJW* 2013, 1803, 1804 Rn. 23; *NJW-RR* 2004, 780, 781; *Ermann/Roloff*, *BGB* § 305c Rn. 10; *Palandt/Grüneberg*, *BGB* § 305c Rn. 4; ähnlich *MüKoBGB/Basedow*, *BGB* § 305c Rn. 12.

2007 *BGH NJW-RR* 2012, 1261 Rn. 10 – *Branchenverzeichnis im Internet*; *Ermann/Roloff*, *BGB* § 305c Rn. 10; vgl. auch *MüKoBGB/Basedow*, *BGB* § 305c Rn. 7; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau*, *BGB* § 305c Rn. 27.

2008 *BGH NJW* 2013, 1803, 1804 Rn. 23; *NJW-RR* 2004, 780, 781; *MüKoBGB/Basedow*, *BGB* § 305c Rn. 7.

2009 *BeckOK BGB/Schmidt*, *BGB* § 305c Rn. 15; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer*, *BGB* § 305c Rn. 26; *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Lindacher/Hau*, *BGB* § 305c Rn. 28; ähnlich *Staudinger/Mäsch*, *BGB* § 305c Rn. 28.

2010 *BGH NJW-RR* 2012, 1261, 1261 Rn. 12 – *Branchenverzeichnis im Internet*; *Ulmer/Brandner/Hensen/Ulmer/Schäfer*, *BGB* § 305c Rn. 26.

2011 Vgl. *Hacker ZfPW* 2019, 148, 177.

2012 *Hacker ZfPW* 2019, 148, 173 f.

2013 Vgl. *Hacker ZfPW* 2019, 148, 173 f.

traglichen, grundsätzlich einklagbaren Pflicht zum Werbeempfang rechnen die Nutzer nicht. Besondere Umstände, die den durch die Ungewöhnlichkeit vermittelten Überraschungseffekt²⁰¹⁴ entfallen lassen,²⁰¹⁵ wie z. B. ausdrückliche Hinweise o. Ä.,²⁰¹⁶ sind hier nicht anzunehmen.

Aus diesem Grund kann die Verpflichtung zum Empfang von Werbung (bzw. der Nichtnutzung eines Werbeblockers) grundsätzlich nicht gem. § 305c Abs. 1 BGB als eine Klausel von vielen in allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden.

b) Kontrollfähigkeit bei Ausräumen des Überraschungsmoments

Denkbar ist aber auch der Fall, dass der Webseitenbetreiber dem Nutzer die Pflicht zum Werbeempfang auf eindeutige Art und Weise kommuniziert, z. B. zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in einem gesonderten Hinweiskasten, dessen Wahrnehmung ggf. noch gesondert bestätigt werden muss.²⁰¹⁷ Ein Verstoß gegen § 305c Abs. 1 BGB scheidet dann mangels Überraschungsmoment aus.²⁰¹⁸ Prinzipiell stehen die AGB damit einer Kontrolle durch die §§ 307 ff. BGB offen. So bejahen manche Stimmen Verstöße durch AGB, welche die Nutzung von Werbeblockern verbieten.²⁰¹⁹

Allerdings wird dabei die vorgelagerte Frage der Kontrollfähigkeit der Geschäftsbedingungen ausgeblendet. Nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB gelten

2014 BGH NJW 2010, 294, 295 Rn. 13; BeckOK BGB/Schmidt, BGB § 305c Rn. 18; MüKoBGB/Basedow, BGB § 305c Rn. 12 ff.

2015 Vgl. Staudinger/Mäsch, BGB § 305c Rn. 25, der von einer „Korrektur“ spricht.

2016 BGH NJW 1992, 746; BeckOK BGB/Schmidt, BGB § 305c Rn. 19; Staudinger/Mäsch, BGB § 305c Rn. 34 („negatives Tatbestandsmerkmal“).

2017 Vgl. BeckOGK ZR/Bonin, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 50: Bei Fehlvorstellungen aufgrund individueller Begleitumstände bedürfe es ebenso individueller Hinweise und nicht bloßer drucktechnischer Hervorhebung; ähnlich Erman/Roloff, BGB § 305c Rn. 12: Je ungewöhnlicher die Klausel, desto deutlicher die Hinweise.

2018 Vgl. BGH NJW 2018, 1486, 1487 Rn. 21; NJW-RR 2014, 937, 938 Rn. 16; BeckOGK ZR/Bonin, 01.06.2020, BGB § 305c Rn. 49; Erman/Roloff, BGB § 305c Rn. 8; NK-BGB/Kollmann, BGB § 305c Rn. 12 f.; Staudinger/Mäsch, BGB § 305c Rn. 31.

2019 Kreutz, Werbeblockersoftware, S. 384, 386 f.: Verstöße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen Verstoß gegen § 7 UWG und § 307 Abs. 1 S. 1 BGB; ähnlich Kiersch, Adblocking, S. 120 f.: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unter Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 UWG; demgegenüber wohl keinen Verstoß annehmend Witte ITRB 2018, 34, 37.

die § 307 Abs. 1, 2 BGB sowie die §§ 308 und 309 BGB nur für Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Neben dem Verhindern einer Kontrolle von den Gesetzestext wiedergebenden AGB dient § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dazu, die vertraglichen Leistungsangebote und Preise einer Inhaltskontrolle zu entziehen.²⁰²⁰ Grund dafür ist, dass ein gesetzlicher Maßstab für die Beurteilung der Äquivalenz fehlt.²⁰²¹ Bei der Auslegung und Anwendung der Norm ist zu beachten, dass diese Art. 4 Abs. 2 Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (Klausel-RL)²⁰²² umsetzt.²⁰²³ Danach betrifft die Beurteilung der Mißbräuchlichkeit weder den Hauptgegenstand des Vertrages noch die Angemessenheit zwischen dem Preis bzw. dem Entgelt und den Dienstleistungen bzw. Gütern, welche die Gegenleistung darstellen. Für Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) muss § 307 Abs. 3 S. 1 BGB richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden, dass die Norm aufgrund der in Art. 8 Klausel-RL angeordneten Mindestharmonisierung nicht enger als die Entsprechung in der Richtlinie ausgelegt wird, der kontrollfreie Bereich also nicht weiter ist.²⁰²⁴ Der *EuGH* hat zur Auslegung des Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL entschieden, dass die Regelung eng auszulegen sei, da sie eine Ausnahme vom Verbraucherschutz betreffe.²⁰²⁵ Danach bestimmen den „Hauptgegenstand“ diejenigen Klauseln, die die Hauptleistungen festlegen und sie als solche charakterisieren.²⁰²⁶ Davon abzugrenzen seien Klauseln mit „akzessorischem Charakter“, die das Wesen des Vertragsverhältnisses selbst definieren.²⁰²⁷ Hierfür sind die Natur, Systematik und die Bestimmungen des Vertrags unter Berücksichtigung des rechtlichen und tatsächlichen Kontexts zu beurteilen, ob die Klauseln einen wesentlichen Bestandteil der Leistung beschreiben.²⁰²⁸

2020 MüKoBGB/Wurmnest, BGB § 307 Rn. 1.

2021 BeckOGK ZR/Eckelt, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 186; Erman/Roloff, BGB § 307 Rn. 38.

2022 Richtlinie 93/13/EWG DES RATES vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG L 95 vom 21.04.1993, S. 29.

2023 BeckOGK ZR/Eckelt, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 175; Palandt/Grüneberg, BGB § 307 Rn. 43.

2024 BeckOGK ZR/Eckelt, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 175; Palandt/Grüneberg, BGB § 307 Rn. 43.

2025 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2336 Rn. 42 – Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt.

2026 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2336 Rn. 49 – Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt.

2027 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2336 Rn. 50 – Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt.

2028 *EuGH* NJW 2014, 2335, 2337 Rn. 51 – Kásler ua/OTP Jelzálogbank Zrt.

Für das deutsche Recht nehmen der *BGH*²⁰²⁹ und sich ihm anschließend die Literatur²⁰³⁰ an, dass Leistungsbeschreibung und Preisvereinbarung der Kontrolle entzogen seien, nicht jedoch deren Einschränkungen und Ausgestaltungen. Kontrollfrei sei damit lediglich der Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden könne.²⁰³¹ Entscheidend sei mit Blick auf den Schutzzweck, ob die nach Gegenstand und Zweck des Vertrags erwartbare Leistung einseitig inhaltlich unangemessen verkürzt werde.²⁰³² Es wird davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung des *BGH* den Anforderungen von Art. 4 Abs. 2 Klausel-RL entspricht.²⁰³³ In Bezug auf die Verwendung von Werbeblockern geht wohl allein *Kreutz* auf die Kontrollfähigkeit der Klausel ein, welche er mit dem Argument bejaht, dass die Untersagung der Verwendung eines Werbeblockers lediglich eine Nebenpflicht des Nutzers begründe.²⁰³⁴ *Kiersch* weist zumindest darauf hin, dass man das Werbeblockerverbot als echte Leistungspflicht des Nutzers ausgestalten kann.²⁰³⁵

Zuerst ist zu differenzieren: Ausgangsfrage ist, unter welchen Bedingungen der Webseitenbetreiber wirksam vereinbaren kann, dass der Nutzer die Werbung wahrnimmt. Damit ist entscheidend, ob die Pflicht zum Werbeempfang die Hauptabrede über den Preis darstellt. Wie oben vorausgesetzt²⁰³⁶ ist es die einzige Pflicht des Nutzers, Werbung zu empfangen, weitere Leistungspflichten bestehen nicht. Dass überhaupt ein Vertrag für den Zugang erforderlich ist, spricht für die Annahme einer Leistungspflicht, denn Sinn und Zweck der Einbeziehung der Nutzungsbedingungen ist gerade die Verpflichtung zum Empfang der Werbung. Das wird auch, bedingt durch § 305c Abs. 1 BGB, eindeutig dem vertragschließenden Nutzer kommuniziert. Darüber hinaus muss es dem Webseitenbetrei-

2029 *BGH* NJW 2019, 2997, 2998 Rn. 19; NJW 2018, 534, 535 Rn. 15.

2030 BeckOGK ZR/*Eckelt*, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 185; Erman/*Roloff*, BGB § 307 Rn. 42; MüKoBGB/*Wurmnest*, BGB § 307 Rn. 13; grundsätzlich auch Palandt/*Grüneberg*, BGB § 307 Rn. 44.

2031 *BGH* NJW 2019, 2997, 2998 Rn. 19; NJW 2018, 534, 535 Rn. 15 m. w. N.

2032 *BGH* NJW 1987, 1931, 1935; ähnlich BeckOGK ZR/*Eckelt*, 01.01.2020, BGB § 307 Rn. 183; Erman/*Roloff*, BGB § 307 Rn. 42.

2033 Palandt/*Grüneberg*, BGB § 307 Rn. 43.

2034 *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 383.

2035 *Kiersch*, Adblocking, S. 119; vgl. auch *BGH* GRUR 2017, 748, 750 Rn. 22 – *Robinson Liste*.

2036 4. Teil § 11 A. I. (S. 402).

ber mit Blick auf die Vertragsfreiheit prinzipiell möglich sein, eine Pflicht zum Werbeempfang als verbindliche Gegenleistung zu vereinbaren.

Bezüglich der „bloßen“ Pflicht zur Nichtnutzung eines Werbeblockers, wie *Kreutz* sie anspricht, muss im Ergebnis Gleiches gelten. Diese Pflicht hat notwendigerweise eine solche zum Werbeempfang zur Folge, da die Nutzer sich der Werbung beim Konsum der Inhalte mangels Werbeblocker nicht entziehen können.²⁰³⁷ Ordnete man nun trotzdem die Pflicht zur Nichtnutzung des Werbeblockers als eine Nebenleistungspflicht²⁰³⁸ ein und nähme darüber hinaus an, dass die Klausel gegen § 307 BGB verstieße,²⁰³⁹ bestünde mangels entsprechendem dispositiven Gesetzesrecht (vgl. § 306 Abs. 2 BGB) keine Pflicht zum Werbeempfang. Dementsprechend erscheint es aus Sicht des Webseitenbetreibers sinnvoller, direkt eine Pflicht zum Werbeempfang zu vereinbaren. Dann kommt es nicht auf eine vertragliche Regelung in Bezug auf die Nutzung eines Werbeblockers an, da durch die Hauptleistungspflicht klargestellt ist, dass jegliche Werbung zu empfangen ist. Besteht aufseiten des Nutzers eine Verpflichtung zum Abruf jeglicher Werbung, so stellt die Nutzung eines Werbeblockers auch ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Verletzung der Leistungspflicht dar. Deshalb liegt in der Pflicht zum Werbeempfang eine nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB kontrollfreie Preisabrede.

2037 Denkbar ist zwar die Verwendung eines Browsers, der allein Texte darstellen kann (z. B. *Lynx*), allerdings würde zumindest textbasierte Werbung dargestellt werden.

2038 Vgl. Erman/Roloff, BGB § 307 Rn. 44, wobei man daran aber zweifeln kann, da sich aus einer Verpflichtung zum Empfang von Werbung quasi denklogisch die Pflicht zur Nichtnutzung eines Werbeblockers ergibt.

2039 So z. B. *Kreutz*, Werbeblockersoftware, S. 384, 386 f.: Verstöße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen Verstoß gegen § 7 UWG und § 307 Abs. 1 S. 1 BGB; ähnlich *Kiersch*, Adblocking, S. 120 f.: § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unter Verweis auf § 7 Abs. 1 S. 2 UWG; dieses Ergebnis ist aber abzulehnen, da der Nutzer keinen Anspruch auf das Angebot der Webseitenbetreiber hat und insoweit der Webseitenbetreiber den Zugang frei bedingen kann; im Übrigen eröffnen die Nutzer gerade einen Kommunikationskanal zum Webseitenbetreiber. Entscheidend für die Wirksamkeit der Klausel wäre neben dem Transparenzgebot vor allem die Frage der Einbeziehung trotz § 305c Abs. 1 BGB, da die Verpflichtung zur Nichtnutzung letztlich zu einer Leistungspflicht führt, sodass auf die obigen Ausführungen (4. Teil § 11 A. III. 1. a) (S. 407)) verwiesen werden kann.

c) Ergebnis

Damit begegnet eine Vereinbarung der Pflicht zum Werbeempfang in AGB nur insoweit Bedenken,²⁰⁴⁰ als die Klausel ungewöhnlich im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB ist und damit die Pflicht zum Werbeempfang eindeutig kommuniziert werden muss. Ist diesen Anforderungen genügt, so handelt es sich nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB um eine kontrollfreie Preisabrede.

2. Anwendung der §§ 312 ff. BGB

Ist die Pflicht zum Werbeempfang wirksam vereinbart worden, kommt die Beachtung weiterer Vorschriften in Betracht. Nach hier vertretener Ansicht sind die §§ 312 ff. BGB anwendbar (a), sodass bestimmte Pflichtinformationen und das Widerrufsrecht (b) zu gewähren sind. Ebenso stellt sich die Frage, ob die Webseitenbetreiber die sog. Button-Lösung (c) beachten müssen.

a) Anwendbarkeit – § 312 Abs. 1 BGB

Nach § 312 Abs. 1 BGB sind die §§ 312-312h BGB nur dann anwendbar, wenn es sich um einen Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher handelt, der eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand hat. Dass sich mit dem Webseitenbetreiber und dem Nutzer im Regelfall Unternehmer und Verbraucher gegenüberstehen, kann vorausgesetzt werden. Ebenso ist eine Leistung des Unternehmers²⁰⁴¹ gegeben, da dieser den Zugang zur Webseite ermöglicht.

Entscheidend ist für die hier vorliegenden Konstellationen, ob die Leistung des Unternehmers entgeltlich im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB ist. Diese Vorschrift dient der Umsetzung der VR-RL, die insbesondere Informationspflichten und das gesetzliche Widerrufsrecht europaweit vollharmonisiert, vgl. Art. 4 VR-RL. Grundsätzlich wird zum Begriff der Entgeltlichkeit angemerkt, dass das Merkmal sich nicht explizit in der Richtlinie

2040 Siehe 4. Teil § 11 A. I. (S. 402) zu den hier nicht betrachteten Umständen.

2041 Zu diesem zumeist unproblematischen Erfordernis BeckOGK ZR/*Busch*, 01.01.2020, BGB § 312 Rn. 9 f.

findet und fraglich ist, ob es sich dort herauslesen lässt,²⁰⁴² da Art. 3 Abs. 1 VR-RL „jegliche“ Verträge erfassen solle. Gleichzeitig sehen die beiden definierten Vertragstypen, Kauf- und Dienstvertrag (Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL), jeweils vor, dass der Verbraucher als Gegenleistung „den Preis zahlt oder dessen Zahlung zusagt“²⁰⁴³. Daraus hat der deutsche Gesetzgeber mit § 312 Abs. 1 BGB gefolgert, dass ein Entgelt erforderlich ist.²⁰⁴⁴ Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich, dass der Begriff des Entgelts weit zu verstehen sei, es reiche „irgendeine“ Leistung des Verbrauchers, sodass lediglich Verträge ohne Gegenleistung des Verbrauchers, wie z. B. Schenkungen, nicht erfasst sein sollen.²⁰⁴⁵ Auch die bloße Zurverfügungstellung von Daten könne eine Gegenleistung darstellen.²⁰⁴⁶ Dem wird in der deutschen Lehre zugestimmt.²⁰⁴⁷ Auch der BGH bezeichnete im Rahmen einer AGB-Prüfung die Einwilligung in den Empfang von Werbung als Entgelt.²⁰⁴⁸

Allerdings liegt der VR-RL ein anderes, engeres Verständnis zugrunde. Zuerst ist festzustellen, dass die Richtlinie davon ausgeht, dass es nur Kauf- und Dienstleistungsverträge gibt, die beide nach den Definitionen die Zahlung eines „Preises“ erfordern.²⁰⁴⁹ So soll die Richtlinie nach Erwägungsgrund 27 S. 4 VR-RL auch die Beförderung von Gütern und die Vermietung von Kraftfahrzeugen erfassen, „sofern diese Dienstleistungen darstellen“. Ebenso stellt die Vermietung von Sozialwohnungen eine Dienstleistung im Sinne der Richtlinie dar, vgl. Art. 3 Abs. 3 lit. a VR-RL.²⁰⁵⁰ Insbesondere aus der Einschränkung in Erwägungsgrund 27 S. 4 VR-RL – „soweit diese Dienstleistungen darstellen“ – lässt sich schließen, dass die Definitionen eine den Anwendungsbereich der Richtlinie beschränkende Funktion haben sollen und damit die Richtlinie nur für Kauf- und Dienstleistungsverträge im Sinne der Definition gelten soll. Die in Art. 3 Abs. 1

2042 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72 führt für Art. 3 Abs. 1 VR-RL historische Gründe an.

2043 Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL.

2044 RegE VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/12637, S. 45.

2045 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72; BeckOGK ZR/*Busch*, 01.01.2020, BGB § 312 § 312 Rn. 11; NK-BGB/*Ring*, BGB § 312 Rn. Rn. 5.

2046 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72.

2047 Vgl. nur BeckOK BGB/*Martens*, BGB § 312 Rn. 10; Erman/*Koch*, BGB § 312 Rn. 6 f.; Jauernig/*Stadler*, BGB § 312 Rn. 5; MüKoBGB/*Wendehorst*, BGB § 312 Rn. 36 f.; Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312 Rn. 3; Staudinger/*Thüsing*, BGB § 312 Rn. 5 f.

2048 BGH GRUR 2017, 748, 750 Rn. 22 – *Robinson Liste*.

2049 NK-BGB/*Ring*, BGB § 312 Rn. 8 f.

2050 Vgl. auch Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312 Rn. 4 mit weiteren Beispielen zum europäischen Dienstleistungsbegriff.

VR-RL angesprochene Erstreckung auf „jegliche Verträge“ stellt nach dem deutschen Gesetzgeber ein historisch zu verstehendes Überbleibsel dar, welches keine Abweichung vom Gegenleistungserfordernis in Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL zur Folge haben soll.²⁰⁵¹

Das bedeutet, dass die VR-RL nur Dienst- und Kaufverträge erfassen soll und der Verbraucher damit stets gem. den Definitionen in Art. 2 Nr. 5, 6 VR-RL einen „Preis“ zahlen muss.²⁰⁵² Dieser Begriff ist in der VR-RL von 2011 nicht definiert, allerdings in der DINh-RL von 2019. Entscheidend ist also, ob die Definition von Preis aus der DINh-RL für die Auslegung der VR-RL herangezogen werden kann, was nach hier vertretener Ansicht der Fall ist. Grundsätzlich sind europäische Vorschriften in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Unionsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszulegen.²⁰⁵³ Für das hier vertretene Ergebnis spricht zuerst das Ziel der Europäischen Union, ein einheitliches und kohärentes Kaufrecht zu schaffen.²⁰⁵⁴ Dazu lehnt sich insbesondere die DINh-RL an Begrifflichkeiten des europäischen Kaufrechts an.²⁰⁵⁵ Zweitens ergibt sich der Zusammenhang zwischen der DINh-RL und der VR-RL ebenso aus der DINh-RL selbst und der fast zeitgleich verabschiedeten²⁰⁵⁶ Richtlinie über Warenkäufe (Warenkauf-RL)²⁰⁵⁷. Nach Erwägungsgrund 13 Warenkauf-RL bzw. Erwägungsgrund 20 DINh-RL ergänzen sich diese beiden Richtlinien gegenseitig. Dementsprechend spricht Erwägungsgrund 71 S. 2 DINh-RL davon, dass zu prüfen sei, ob die DINh-RL und die Warenkauf-RL einen „einheitlichen und kohärenten Rahmen“ für digitale Inhalte schaffen. Gleichzeitig stellt die Warenkauf-RL in Erwägungsgrund 11 Warenkauf-RL klar, dass diese die VR-RL ergänzt. Dass die Richtlinien Teil eines einheitlichen Regelungskonzepts sind, ergibt sich bereits aus Art. 30 VR-RL, der ein Berichtserfordernis vorsieht, das vor allem

2051 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72.

2052 BeckOGK ZR/*Busch*, 01.01.2020, BGB § 312 Rn. 11.1.

2053 *EuGH* NJW 1983, 1257, 1258 – C. I. L. F. I. T.; ähnlich NVwZ 2013, 53, 54 Rn. 50 – *Inuit Tapiriit Kanatami*.

2054 Dazu *Schulze* ZEuP 2019, 695, 697 f.

2055 *Schulze* ZEuP 2019, 695, 699.

2056 *Schulze* ZEuP 2019, 695, 696.

2057 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, EG L 136 vom 22.05.2019, S. 28.

auf digitale Inhalte bezogen ist.²⁰⁵⁸ Dementsprechend setzt z. B. die DInh-RL einen Vertrag nach den Maßstäben der VR-RL voraus, wie sich aus Erwägungsgrund 42 S. 4 DInh-RL ergibt. Der einheitliche Regelungsansatz wird auch dadurch deutlich, dass die Richtlinien Begriffe einheitlich definieren²⁰⁵⁹ oder bestehende Rechtsbegriffe voraussetzen, so z. B. die DInh-RL den Begriff der Dienstleistung (vgl. Art. 2 Nr. 2 DInh-RL).

Aufgrund des einheitlichen Regelungskonzepts, das auch in den jeweiligen Richtlinien zum Ausdruck kommt, ist deshalb davon auszugehen, dass der europäische Gesetzgeber die Begriffe einheitlich verstanden haben will. Das muss dann auch für den in der VR-RL verwendeten Begriff des Preises gelten, der in der DInh-RL definiert ist. Dass insbesondere die Definition des Begriffs Preis nicht nur für die DInh-RL gilt, ergibt sich darüber hinaus aus der DInh-RL selbst.

In Art. 2 Nr. 7 DInh-RL ist Preis als Geld oder digitale Darstellung eines Werts definiert, das bzw. die im Austausch für die Bereitstellung digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen geschuldet wird. Aus Erwägungsgrund 23 S. 1 DInh-RL ergibt sich, dass hierunter vor allem Gutscheine oder E-Coupons zu verstehen sind, also z. B. Gutscheinkarten. Aus Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 DInh-RL ergibt sich im Umkehrschluss, dass unter einem Preis nicht die Überlassung von Daten zu verstehen ist, weil die Norm den Geltungsbereich der Richtlinie auf die Bereitstellung von personenbezogenen Daten ausdehnt.²⁰⁶⁰ Hätte der europäische Richtliniengeber nun Preis allein für die DInh-RL definieren wollen, so wäre es sinnvoller gewesen, Preis von vornherein so zu definieren, dass Daten davon erfasst sind. Für die Universalität der Definition spricht gleichzeitig, dass, anders als z. B. in der DSM-RL,²⁰⁶¹ die Geltung von Definitionen nicht ausdrücklich beschränkt wird. Darüber hinaus stellt Erwägungsgrund 25 S. 4 DInh-RL klar, dass die Richtlinie nicht für Fälle gilt, in denen der Empfang von Werbung die Leistung des Verbrauchers darstellt. Damit erfasst der Begriff des Preises nach der DInh-RL nicht den Empfang von Werbung. Diese Definition gilt auch für die Warenkauf-RL und – hier

2058 Vgl. auch Erwägungsgrund 62 VR-RL.

2059 Z. B. „digitale Inhalte“ in Art. 2 Nr. 1 DInh-RL, Art. 2 Nr. 6 Warenkauf-RL und Art. 2 Nr. 11 VR-RL, „Verbraucher“ in Art. 2 Nr. 6 DInh-RL, Art. 2 Nr. 2 Warenkauf-RL und Art. 2 Nr. 1 VR-RL oder „Kaufvertrag“ in Art. 2 Nr. 1 Warenkauf-RL und Art. 2 Nr. 5 VR-RL.

2060 Ebenso Erwägungsgrund 24 S. 1 DInh-RL: „wenn der Verbraucher keinen Preis zahlt, sondern dem Unternehmer personenbezogene Daten zur Verfügung stellt“.

2061 So z. B. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL.

entscheidend – die VR-RL. Die VR-RL erfasst somit lediglich Verträge, in denen Geld²⁰⁶² geleistet wird.

Fraglich ist also, ob man § 312 Abs. 1 BGB, entgegen dem in den Materialien geäußerten Willen des Gesetzgebers, auslegen muss. Vordergründig spricht die in Art. 4 VR-RL angeordnete Vollharmonisierung und die mit den §§ 312 ff. BGB beabsichtigte Richtlinienumsetzung²⁰⁶³ dagegen. Allerdings erfasst die VR-RL, wie gezeigt, nur Verträge zwischen Verbrauchern und Unternehmern mit einer monetären Gegenleistung, sodass insoweit gerade keine Vorgabe besteht und dem deutschen Gesetzgeber die Ausdehnung auf durch die VR-RL ungeregelte Verträge offen steht.²⁰⁶⁴ Zudem ist der Wille des Gesetzgebers in den Materialien bezüglich des weiten Verständnisses von „Entgelt“ eindeutig, sodass sich eine Auslegung am Willen des deutschen Gesetzgebers orientieren kann und muss. Damit erfasst § 312 Abs. 1 BGB grundsätzlich auch Verträge, in denen die Verpflichtung zum Werbeempfang das vom Verbraucher zu leistende Entgelt darstellt.

b) Pflichtinformationen und Widerrufsrecht

Aufgrund der Anwendung der §§ 312 ff. BGB und dem Vorliegen eines Fernabsatzvertrags (§ 312c Abs. 1 BGB) muss der Webseitenbetreiber einem umfangreichen Pflichtenprogramm genügen. Dies umfasst insbesondere bestimmte Informationspflichten (§ 312d Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 246a EGBGB) und die Gewährung eines Widerrufsrechts (§ 312g Abs. 1 BGB), wobei aus Sicht des Webseitenbetreibers § 356 Abs. 5 BGB zu beachten ist. Daneben müssen gem. § 312j Abs. 2 BGB bestimmte, für den Vertrag besonders relevante Informationen, kurz vor Vertragsschluss klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung stehen. Der in § 312j Abs. 2 BGB verwendete Begriff der „entgeltlichen Leistung“ entspricht grundsätzlich dem in § 312 Abs. 1 BGB.²⁰⁶⁵ Dem steht auch nicht entgegen, dass diese Anforderungen nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 1 VR-RL nur dann vorgeschrieben sind, wenn der Verbraucher zur „Zahlung verpflichtet“ wird. Zwar wird das Verbraucherschutzniveau insoweit modifiziert,

2062 Bzw. Wertgutscheine, vgl. Erwägungsgrund 23 S. 1 DINH-RL, wobei es sich hierbei wohl eher um eine Klarstellung handelt, da man diese Gutscheine im Regelfall nur gegen Geld erhält.

2063 Vgl. RegE VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/12637, S. 33.

2064 Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312 Rn. 1.

2065 RechtsA VR-RL-UmsG BT-Drucks. 17/13951, S. 72.

allerdings erfasst die VR-RL keine Verträge, bei denen der Verbraucher zu anderen als monetären Leistungen verpflichtet wird.

c) Anwendung der Button-Lösung

Grundsätzlich kommt eine Anwendung der Button-Lösung des § 312j Abs. 3 BGB infrage. Die Norm erachtet Verträge nur dann als wirksam (Abs. 4), wenn die Bestellsituation bei Verträgen im Sinne des § 312j Abs. 2 BGB – also auch solche zum Empfang von Werbung – so gestaltet ist, dass der Verbraucher ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet (Abs. 3). Diese Norm setzt Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 VR-RL um, der dem Unternehmer auferlegt, dass der Verbraucher ausdrücklich bestätigen muss, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. Aufgrund des insoweit klaren Wortlautes scheidet eine Anwendung auf Sachverhalte aus, in denen keine „Zahlung“ im Sinne einer monetären Leistung vorliegt. Allerdings gilt selbstverständlich anderes, sofern der Webseitenbetreiber alternativ eine Zahlungsverpflichtung vorsieht. So beispielsweise, wenn grundsätzlich eine Zahlungspflicht besteht, der Nutzer aber stattdessen zusagt, Werbung zu empfangen und der Webseitenbetreiber dafür auf die Zahlung verzichtet.²⁰⁶⁶ In diesem Fall ist der Nutzer – wie von § 312j Abs. 3 BGB vorausgesetzt – zu einer Zahlung verpflichtet.

3. Ergebnis

Die vertragliche Verpflichtung von Nutzern zum Empfang von Werbung ist damit grundsätzlich möglich. Da Nutzer mit einem Vertragsschluss zur Nutzung von Webseiten im Regelfall nicht rechnen, ist mit Blick auf §§ 133, 157 BGB darauf zu achten, dass die rechtliche Verbindlichkeit der abgegebenen Erklärungen eindeutig kommuniziert wird. Im Regelfall wird es hierfür einer Registrierung bedürfen. Die Pflicht zum Werbeempfang selbst ist grundsätzlich sehr ungewöhnlich, sodass diese aufgrund von § 305c Abs. 1 BGB ebenfalls eindeutig zu kommunizieren ist. Eine Kon-

²⁰⁶⁶ Vgl. *Hacker ZfPW* 2019, 148, 154 ff. zu „Rabatt-Modellen“, bei denen Daten als Ersatz für ein Entgelt erhoben werden.

trolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB²⁰⁶⁷ scheidet aus, insoweit liegt eine kontrollfreie Hauptleistungspflicht vor. Diese Einordnung hat jedoch zur Folge, dass die §§ 312 ff. BGB auf den geschlossenen Vertrag grundsätzlich anwendbar sind, trotz des engeren Anwendungsbereichs der § 312 Abs. 1 BGB zugrunde liegenden VR-RL. Die Button-Lösung nach § 312j Abs. 3 BGB ist hingegen mangels Zahlungspflicht nicht anwendbar.

Folgen von Verstößen gegen die Normen des Verbraucherschutzes durch die Webseitenbetreiber sind neben den Ansprüchen der Verbraucher vor allem Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung durch Verbraucherverbände (und ggf. auch Mitbewerber) gem. § 2 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b UKlaG und §§ 8 Abs. 1, 3a UWG.²⁰⁶⁸

B. Ansprüche gegen die Nutzer

Ansprüche gegen die Nutzer folgen entweder aus dem Nichtempfang der Werbung (I.) oder dem Umgehen des Vertragsschlusses (II.).

I. Nichtempfang der Werbung

Es wird dennoch Nutzer geben, die trotz ihrer vertraglichen Zusage keine Werbung empfangen. Naheliegend ist der Ausschluss der Nutzer vom Angebot. Solche Ausschlüsse sind mit Blick auf die verletzte Leistungspflicht des Nutzers – ggf. nach einer Abmahnung – ein probates Mittel. Demgegenüber scheiden urheberrechtliche Ansprüche von vornherein aus, da es an einer insoweit erforderlichen technischen Beschränkung²⁰⁶⁹ fehlt, denn die Webseite ist ebenso ohne Empfang der Werbung zugänglich.

Daneben kommen Zahlungsansprüche infrage. Hat der Webseitenbetreiber keine alternative vertragliche Verpflichtung zur Zahlung vorgesehen, so kommt prinzipiell die Zahlung von Schadensersatz aufgrund der nicht erwirtschafteten Werbeentgelte als entgangener Gewinn (§ 252 BGB) in Betracht. Der Nichtempfang der Werbung ist als Nichtleistung im

2067 Vgl. aber § 307 Abs. 3 S. 1, Abs. 1 S. 2, 1 BGB, nach dem die Transparenzkontrolle anwendbar ist.

2068 Allgemein Palandt/*Grüneberg*, BGB § 312j Rn. 12; vgl. auch Köhler/Bornkamm/*Feddersen/Köhler*, UWG § 3a Rn. 1.295, 1.319.

2069 Zum Erfordernis 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78) und zu den Anforderungen 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).

Sinne der §§ 280 ff. BGB zu qualifizieren. Ob wegen der schwankenden Anzeigenpreise²⁰⁷⁰ oder unterschiedlichen Cookies²⁰⁷¹ des Nutzers eine Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 275 BGB vorliegt, erscheint fraglich, denn der Webseitenbetreiber schließt den Vertrag grundsätzlich unabhängig von Nutzer und Zeitpunkt und leistet im Regelfall – mit Blick auf den konkreten Wert – identische Inhalte. Gleichzeitig ist es aber wenig praktikabel, den Nutzer im Nachhinein nochmals zum Empfang von Werbung aufzufordern (§ 281 Abs. 1 S. 1 BGB) und dabei erneut an ihn zu leisten, sodass wohl die Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB entbehrlich wäre.

Eine Obliegenheit des Webseitenbetreibers im Sinne des § 254 BGB zur Sperrung der Webseite bei erkanntem Werbeblocker ist abzulehnen, da der Nutzer im Regelfall um die Benutzung eines Werbeblockers weiß und ausreichend über seine Pflichten (vgl. §§ 305c Abs. 1, 312j Abs. 2, 3 BGB) informiert worden ist. Allerdings kann § 242 BGB unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs zu einem Ausschluss des Anspruchs führen. Der Webseitenbetreiber hat bereits derart die technischen Voraussetzungen geschaffen, dass die Nutzer durch den Log-in identifiziert werden, die Webseite nur mit diesem Log-in nutzbar ist und erkannt wird, ob ein Nutzer einen Werbeblocker²⁰⁷² nutzt oder nicht. Unter diesen Umständen ist ihm die weitere Verknüpfung zumutbar, dass er Nutzer vom Besuch der Webseite ausschließt, die einen Werbeblocker verwenden.²⁰⁷³ Das erscheint auch mit Blick auf die Schadenshöhe gerechtfertigt, die beim Aufruf einer Webseite ohne Werbung meist im einstelligen Cent-Bereich liegt.²⁰⁷⁴ Andernfalls würde der Webseitenbetreiber den Schaden – in Gestalt der Leistung ohne Gegenleistung – sehenden Auges entstehen lassen und trotz Wissen um die Blockade der Werbung die Webseite

2070 Es wird z. B. mehr wert sein, einem als Autofahrer identifizierten Nutzer Anfang November Werbung für Kfz-Versicherungen anzeigen zu lassen, als dies nach Verstreichen des klassischen Wechseltermins der Fall ist.

2071 So ist ein Nutzer mit z. B. einem (laut Cookies) bestehenden Interesse für Autos mehr wert als jemand, der gerne angelt.

2072 Wobei momentan nur möglich ist, zu klären, ob beim Nutzer Werbung dargestellt wird oder nicht, nicht jedoch warum das (nicht) geschieht, vgl. dazu oben, 1. Teil § 1 B. VII. 1. (S. 58).

2073 Vgl. allgemein BeckOK BGB/*Sutschet*, BGB § 242 Rn. 106 ff. und MüKoBGB/*Schubert*, BGB § 242 Rn. 473; Aspekt der Unverhältnismäßigkeit, insbesondere, wenn andere Maßnahmen dem Berechtigten ebenso zumutbar sind.

2074 Vgl. BeckOK BGB/*Sutschet*, BGB § 242 Rn. 100 ff. m. w. N.: Fehlendes Eigeninteresse.

ausliefern. Zudem geht die Verkehrserwartung von einer Sperre aus.²⁰⁷⁵ Gleichzeitig fehlt es aber aufgrund der §§ 312j Abs. 2, 305c Abs. 1 BGB an einem Vertrauenstatbestand, sodass man Schadensersatzansprüche prinzipiell für möglich halten kann. Zumindest in Fällen, in denen erst im Nachhinein eine Identifikation vertragsbrüchiger Nutzer möglich ist, kann eine Anwendung des § 242 BGB sicher verneint und können Schadensersatzansprüche²⁰⁷⁶ bejaht werden. Das aber auch nur, wenn dem Webseitenbetreiber technisch kein anderes Verfahren möglich bzw. zumutbar ist, was wohl eher selten der Fall sein dürfte.

II. Umgehen des Vertragsschlusses

Schließen die Nutzer keinen Vertrag und nutzen die Webseite trotzdem, so kommen allein Ansprüche aufgrund urheberrechtlicher Normen infrage: Entweder wegen der rechtswidrigen Vervielfältigung (§ 16 UrhG) oder der Umgehung einer technisch wirksamen Schutzmaßnahme (§ 95a Abs. 1 UrhG). Hier gelten die gleichen Erwägungen wie bei jeder anderen Sperre.²⁰⁷⁷ So müssen die Nutzer zumindest grob fahrlässig gehandelt haben, was – je nach den erforderlichen Umgehungshandlungen – schwer nachweisbar sein kann.

C. Ansprüche gegen die Werblockerbetreiber

Gegen die Werblockerbetreiber kommen vor allem Ansprüche aufgrund der Verletzung urheberrechtlicher Normen (I.) infrage, daneben aber auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche (II.).

2075 Vgl. 4. Teil § 11 A. III. 1. a) (S. 407), allgemein zur Verkehrserwartung 2. Teil § 3 B. I. 2. b) bb) (1) (c) (S. 78).

2076 Hier bieten sich grundsätzlich Klauseln an, die den Schadensersatz pauschalisieren, allerdings handelt es sich insoweit um kontrollfähige Klauseln (§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB), sodass sich diese an den §§ 307 ff. BGB, insbesondere § 309 Nr. 5 BGB, messen lassen müssen.

2077 Zu § 16 UrhG 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229) und 4. Teil § 8 B. (S. 381) zu § 95a Abs. 1 UrhG.

I. Urheberrechtliche Ansprüche

Ermöglicht der Werblockerbetreiber einen Zugang *ohne Vertrag* und umgeht dazu eine entsprechende technische Beschränkung, so kommen Ansprüche wegen einer unerlaubten öffentlichen Zugänglichmachung (§§ 19a, 15 Abs. 2 UrhG) und, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 95a UrhG erfüllt sind, wegen der Umgehung einer wirksamen technischen Schutzmaßnahme gem. § 95a Abs. 3 UrhG²⁰⁷⁸ in Betracht.

Keine Ansprüche hingegen bestehen, sofern der Werblockerbetreiber allein die Nutzung der Webseite *ohne Werbung* ermöglicht, sofern der Webseitenbetreiber insoweit keine Schutzmaßnahme (§ 95a UrhG) bzw. technische Beschränkung (§ 19a UrhG) vorgesehen hat. Die Inhalte sind auch ohne den Empfang von Werbung zugänglich.

II. Lauterkeitsrechtliche Ansprüche

Ansprüche wegen einer gezielten Behinderung gem. §§ 8 Abs. 1 (bzw. § 9), 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG sind nur im Fall der Umgehung des (technisch gesicherten) Erfordernisses einer vertraglichen Verpflichtung gegeben. Entscheidend hierfür ist das Verfügbarmachen einer Leistung, zu welcher der Zugang mittels einer technischen Beschränkung bedingt ist. Das Erfordernis der technischen Beschränkung ergibt sich aus der urheberrechtlichen Wertung.²⁰⁷⁹

Ermöglicht der Werblocker hingegen nur den Abruf der Webseite ohne Werbung, bestehen keine Ansprüche. Aus der urheberrechtlichen Wertung ergibt sich, dass es an einer technischen Beschränkung in Bezug auf den Werbeempfang fehlt und aus der bloßen „Verfügbarmachung“ urheberrechtlicher Inhalte ohne Werbung keine Unlauterkeit folgen kann, sodass es zusätzlicher, unlauterkeitsbegründender Umstände bedarf. Zwar kommt als ein solcher Umstand die Fallgruppe des Verleitens zum Vertragsbruch²⁰⁸⁰ infrage.²⁰⁸¹ Allerdings ist ein Unlauterkeitsvorwurf spätes-

2078 Zu § 19a UrhG 2. Teil § 4 C. III. (S.), zu § 95a Abs. 3 UrhG 4. Teil § 8 B. (S. 381) und zu §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG 4. Teil § 8 A. II. 2. (S. 374).

2079 Dazu oben, 2. Teil § 4 C. I. (S. 156).

2080 Die Fallgruppe ablehnend Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG § 4 Rn. 4.108 ff.

2081 Für ein Vorliegen dieser Fallgruppe Brüggemann, Online-Werblocker, S. 101; ablehnend Kiersch, Adblocking, S. 121 f.

tens seit der Entscheidung *World of Warcraft II*²⁰⁸² abzulehnen. Dort hat der BGH zu Recht entschieden, dass das bloße Ermöglichen des Bruchs von allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Unlauterkeit begründen kann.²⁰⁸³ Auch hier besteht bezüglich des Werbeempfangs nur eine vertragliche Abrede, die, anders als vom BGH zu Recht gefordert, selbst nicht technisch besichert ist. Ein trotzdem gewährter Schutz vertraglicher Abreden würde zu einer strikt abzulehnenden Verdinglichung schuldrechtlicher Pflichten führen.

D. Ergebnis

Die Verpflichtung der Nutzer zum Empfang der Werbung kann grundsätzlich durch vertragliche Vereinbarung erfolgen, muss jedoch aufgrund der untypischen Pflicht eindeutig vereinbart werden. Monetären Ansprüche wegen der Verletzung der Pflicht zum Werbeempfang begegnen letztlich mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit Bedenken, sodass im Regelfall auf Sperren zurückzugreifen sein wird. Ansprüche gegen die Betreiber von Werbeblockern kommen nur bei Umgehung des Erfordernisses einer vertraglichen Verbindung infrage, nicht jedoch bezüglich des unterlassenen Werbeempfangs, da es insoweit an einer technischen Beschränkung fehlt und die urheberrechtliche Wertung einer Unlauterkeit im Wege steht und darüber hinausgehende Umstände nicht vorliegen, die eine Unlauterkeit begründen könnten. Im Regelfall wird der Webseitenbetreiber eine entsprechende technische Beschränkung vorsehen, um gegen den Abruf ohne Werbung gegen Dritte vorgehen zu können.

Im Ergebnis stellt sich diese Alternative als zweiseitiges Schwert dar: Einerseits erhält der Webseitenbetreiber Daten über eine auch längerfristige Nutzung, andererseits wird eine solche Pflicht diverse Nutzer abschrecken. Im Vergleich zu einer Paywall ist die Schwelle für die Nutzer niedriger, allerdings bleiben dafür die Einnahmen pro Nutzer hinter einer solchen zurück. Stattdessen bietet sich eine Mischung an, indem der Webseitenbe-

2082 BGH GRUR 2017, 397 – *World of Warcraft II*: Ein Anbieter vertrieb „Buddy Bots“, die entgegen den wirksamen AGB eines Online-Spiels dem diese einsetzenden Nutzer (regelwidrige) Vorteile durch Automatisierung von Handlungen gewährten, die Einhaltung dieser AGB war technisch besichert, dazu auch oben, 4. Teil § 8 A. II. 2. a) (S. 375).

2083 BGH GRUR 2017, 397, 403 Rn. 68 – *World of Warcraft II*.

treiber grundsätzlich eine Paywall vorsieht, die aber durch die Verpflichtung zum Werbeempfang ersetzt werden kann.²⁰⁸⁴

§ 12 Zusammenfassung zu den Handlungsalternativen

Als Webseitenbetreiber hat man diverse Handlungsalternativen, mit denen man die Nutzer vom Empfang der Werbung „überzeugen“ kann. Zuerst kommen die „weichen“ Methoden infrage, also das Ausspielen von den Werblocker umgehender Werbung²⁰⁸⁵ oder die Anzeige von Hinweisen²⁰⁸⁶. Diese Handlungsalternativen sind beide zulässig, insbesondere scheitern sie nicht an §§ 7, 3 Abs. 1 UWG.²⁰⁸⁷ Gleichzeitig kann das Einsetzen entsprechender Gegenmaßnahmen durch Nutzer und Werblockerbetreiber nicht sanktioniert werden, solange insoweit keine technische Beschränkung vorliegt. Selbst das Ausblenden von Hinweisen zur Abschaltung des Werblockers begründet keine Unlauterkeit, da die Nutzer dies wünschen.²⁰⁸⁸ Letzten Endes droht in solchen Fällen ein – für beide Seiten kostenintensiver – technischer Wettlauf. Gleichzeitig sind bei diesen Methoden die Auswirkungen auf die Nutzerzahlen wohl am geringsten.²⁰⁸⁹

Besser durchsetzbar hingegen ist die Aussperrung. Diese hat den Vorteil, dass jede Umgehung zu einer Verletzung des Urheberrechts führt und entsprechende Ansprüche nach sich zieht.²⁰⁹⁰ Nachteil ist allerdings, dass ein Vorgehen gegen die Nutzer nur schwer möglich ist, da diese zumindest grob fahrlässig von der rechtswidrigen Nutzung wissen müssen.²⁰⁹¹ Darüber hinaus kommen Ansprüche gegen die Betreiber (Sperrungen) umgehender Werblocker aufgrund von Verstößen gegen § 95a Abs. 3 UrhG²⁰⁹² und §§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG²⁰⁹³ infrage. Aus § 95a Abs. 3 UrhG folgende Ansprüche sind zwar fast immer gegeben, allerdings müssen die Websei-

2084 Vgl. *Hacker* ZfPW 2019, 148, 154 f. für Daten anstelle von Werbung.

2085 4. Teil § 9 (S. 384).

2086 4. Teil § 10 (S. 398).

2087 Zur Umgehung des Werblockers 4. Teil § 9 B. II. (S. 388).

2088 4. Teil § 10 (S. 398).

2089 1. Teil § 1 B. VII. (S. 57).

2090 Gegen Werblockerbetreiber aufgrund einer Verletzung von § 19a UrhG oben, 2. Teil § 4 C. III. 2. (S. 185), und gegen Nutzer bezüglich § 16 UrhG 2. Teil § 4 C. III. 3. (S. 229).

2091 2. Teil § 4 C. III. 3. b) aa) (3) (S. 239).

2092 4. Teil § 8 A. I. (S. 351).

2093 4. Teil § 8 A. II. (S. 373).

tenbetreiber auch hier ein subjektives Moment der Werblockerbetreiber nachweisen,²⁰⁹⁴ während im Gegensatz zu §§ 97 Abs. 2, 19a UrhG kein Schadensersatzanspruch besteht. Verbote aufgrund von § 95a Abs. 3 UrhG werden deshalb zumeist – anders als in der bisherigen Praxis²⁰⁹⁵ – kaum eine Bedeutung haben, außer der Webseitenbetreiber will spezifische, nicht von § 97 Abs. 1 UrhG abgedeckte Verbote nutzen, die von § 95a Abs. 3 UrhG erfasst werden. Ansprüche aufgrund einer gezielten Behinderung (§§ 4 Nr. 4, 3 Abs. 1 UWG) durch die Umgehung der technischen Beschränkung haben neben den urheberrechtlich begründeten Ansprüchen nur dann eine Bedeutung, wenn die Inhalte urheberrechtlich frei sind. Zwar diktiert auch hier die urheberrechtliche Wertung das Vorsehen einer technischen Beschränkung im Sinne des § 19a UrhG, allerdings schützt das Lauterkeitsrecht insoweit die (technische) Bereitstellung der Inhalte und berücksichtigt im Gegensatz zum Urheberrecht damit weitere, unlauterkeitsbegründende Aspekte.²⁰⁹⁶

Die vertragliche Vereinbarung einer Pflicht zum Empfang von Werbung hat demgegenüber fast nur Nachteile. Zuerst werden die Nutzer aufgrund des untypischen Modells abgeschreckt, gleichzeitig sind Ersatzansprüche gegen die Nutzer anstelle des Werbeempfangs nur sehr schwer durchsetzbar,²⁰⁹⁷ ganz abgesehen von damit einhergehenden Image- und Nutzerverlusten. Ein Schutz wird diesem Modell nur insoweit zuteil, als es technische Beschränkungen vorsieht,²⁰⁹⁸ sodass eine Aussperrung die einfachere Methode ist.

Alles in allem ist das Sperren der Inhalte gegen den Abruf mit Werblocker mithilfe einer technischen Beschränkung nach hier vertretener Auffassung weiterhin das Mittel der Wahl, da dieses die geringste Hürde für die Nutzer darstellt und gleichzeitig (mit) am besten gesichert ist. Ein weiterer Vorteil sind die niedrigen technischen Anforderungen an technische Beschränkungen.²⁰⁹⁹

2094 4. Teil § 8 A. I. 2. a) bb) (S. 356).

2095 Vgl. z. B. *LG Hamburg* BeckRS 2016, 127854 – *Tobis Tricks*; ZUM 2016, 892 – *Adblocker*; *Kiersch/Kassel* CR 2017, 242; *Pfeifer* AfP 2016, 5, 10.

2096 4. Teil § 8 A. II. 2. c) (S. 379).

2097 4. Teil § 11 B. (S. 419).

2098 4. Teil § 11 B. II. (S. 421).

2099 2. Teil § 4 C. III. 2. d) bb) (1) (S. 209).