Oberlandesgericht Köln, 6 U 149/15

Datum:	24.06.2016
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 149/15
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2016:0624.6U149.15.00

Vorinstanz:	Landgericht Köln, 33 O 132/14
Normen:	UWG § 4 Nr. 4; § 4a Abs. 2 Nr. 3

Tenor:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 29.9.2015 aufgehoben.

2. Den Beklagten wird unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an den Geschäftsführern untersagt,

ein Software-Programm einschließlich der „Easylist“ und der „Easylist Germany“ gegenüber Abrufen durch Nutzer von Internetdiensten in Deutschland anzubieten, zu bewerben, hinsichtlich bereits ausgelieferter Versionen zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, hinsichtlich bereits ausgelieferter Versionen pflegen oder vertreiben zu lassen – wie durch Adblock Plus geschehen – das Werbeinhalte auf den Seiten

www.bild.de

www.welt.de

(es folgt die Wiedergabe weiterer Internetadressen)

einschließlich deren mobilen Anwendungen unterdrückt, wenn und soweit Werbung nur nach von den Beklagten vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts der Klägerin nicht

unterdrückt wird.

3. Es wird festgestellt, dass die Beklagten allen Schaden zu ersetzen haben, der der Klägerin und ihren unter I. 1. der Klageschrift genannten Tochtergesellschaften durch Handlungen gemäß Ziffer 2 seit 6 Monaten vor Rechtshängigkeit des Antrags unter 2. entstanden ist und noch entstehen wird.

4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

5. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten als Gesamtschuldner zu 2/3 und die Klägerin zu 1/3.

6. Das Urteil für die Klägerin vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 1.000.000,- Euro, für die Beklagte gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages.

7. Die Revision wird zugelassen.

G r ü n d e: 1

I. 2

Die Klägerinnen nehmen die Beklagten auf Unterlassung, Feststellung von Schadensersatz und Auskunft in Anspruch. Sie wenden sich gegen die von der Beklagten zu 1) bereitgestellte Software, mit der Werbeinhalte auf Internetseiten, die stationär und mobil von Nutzer angewählt, blockiert werden. 3

Die Klägerin ist ein Verlagshaus, das seine Inhalte selbst und durch Tochtergesellschaften unter anderem auf Internetdiensten zur Verfügung stellt. Die Beklagte zu 1), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 3) ist und der Beklagte zu 2) bis zum 17.12.2015 war, vertreibt das Softwareprogramm „AdBlock Plus“ (ABP). ABP ist ein für alle gängigen Internet-Browser verbreitetes kostenloses Zusatzprogramm, das die Unterdrückung von Werbeinhalten auf Webseiten bewirkt. ABP ergänzt den Programmcode des vom Anwender genutzten Browsers dahingehend, dass werbebezogene Informationen von den Servern der Inhalteanbieter nicht mehr beim Nutzer angezeigt werden. Typischerweise werden Inhalteangebote vom Content-Server der Klägerin abgerufen, Werbeinhalte auch von Ad-Servern ausgespielt, die vom Content-Server unabhängig sind und Internetadressen haben, die sie als Ad-Server erkennbar machen. In den Browserfenstern werden Informationen und Werbeinhalte als einheitliches Webseitenangebot dargestellt. ABP beeinflusst den Zugriff des Browsers auf der Nutzerseite dahingehend, dass nur noch Dateien von den Content-Servern, nicht dagegen Dateien von den Ad-Servern angezeigt werden. 4

ABP berücksichtigt eine Sammlung von Filterregeln im Sinne einer Blacklist. Der in Deutschland beheimatete Nutzer, der ABP als Zusatzprogramm einsetzt, nutzt standardmäßig eine internationale und eine deutsche Filterliste („Easylist“ bzw. „Easylist Germany“). Diese sog. Blacklists enthalten Serverpfade bestimmter Onlineanbieter, die herausgefiltert werden, darunter auch solche, welche die Klägerin oder ihre Konzerngesellschaften betreffen. Zudem enthalten die Listen Dateimerkmale, mit denen Werbeinhalte aufgrund von Gemeinsamkeiten im Pfad- und Dateinamen blockiert werden 5

können. Inhalte von den in den Filterregeln erfassten Werbeanbietern werden beim Aufrufen einer Internetseite im Ergebnis blockiert. Auf der Blacklist sind zudem Suchkriterien definiert, die nach den für Werbung typischen Begriffen im Link zu dem jeweiligen Dateiordner oder –namen suchen. Grafiken, aber auch Scripts und andere eingebettete Objekte werden blockiert, wenn ihre URL einen in der Filterliste enthaltenen Ausdruck enthält. Schließlich enthält die Blacklist Filterregeln für bestimmte Bannerformate entsprechend den Standardgrößen der Branche.

ABP bietet Unternehmen die Möglichkeit, Ausnahmen von den Blockierfiltern in eine sog. Whitelist aufnehmen zu lassen. ABP ist standardmäßig so vorkonfiguriert, dass die in die Whitelist aufgenommenen Werbepfade dem Nutzer auch bei aktiviertem ABP angezeigt werden. In den Filtereinstellungen von ABP ist dazu der Haken bei „Einige nicht aufdringliche Werbung zulassen“ standardmäßig gesetzt. Der Nutzer hat die Möglichkeit, diese Voreinstellung nach der Installation des Programms durch Entfernen des Häkchens zu ändern und so auch die „whitegelistete“ Werbung vollständig zu blockieren. 6

Für das Whitelisting von Werbung verwendet die Bekl. zu 1) einen Kriterienkatalog, wonach „akzeptable Werbung“ nach Maßgabe der in der Anlage K 11 zur Klageschrift genannten Kriterien gegen eine Umsatzbeteiligung zugelassen werden kann. Die Zulassung von Unternehmen auf die Whitelist erfolgt nach Prüfung durch die Beklagte zu 1) aufgrund von Vereinbarungen. 7

APB erfasst im Blacklisting-Betrieb die für die Internetwerbung gebräuchlichen Formen der Bannerwerbung und empfehlende Links, wie auf S. 14 der Klageschrift (Bl. 14 d.A.) wiedergegeben. Beide Werbeformen werden nach Tausend-Kontakt-Preisen (TKP) vergütet. Im Whitelisting-Betrieb werden Werbelinks („Affiliate Links“) nicht blockiert, Werbeseitenbetreiber erhalten diesbezüglich eine Vergütung, wenn ein Internetnutzer über den auf der Seite befindlichen Link zum beworbenen Verkaufsangebot gelangt. Die Vergütung wird wahlweise bereits für den bloßen Werbekontakt oder als Umsatzbeteiligung für eine daraufhin zustande gekommene Transaktion gezahlt. 8

Haben sich die Beklagte zu 1) und ein Unternehmen auf eine Zusammenarbeit im Rahmen des Whitelisting verständigt, so wird zunächst in einer Testphase festgestellt, welche finanziellen Auswirkungen die Freischaltung der zuvor blockierten Werbeinhalte über die Whitelist für das Unternehmen hat. Dazu werden die über die Whitelist freigeschalteten Anzeigen mit Affiliate-Links identifiziert und gezählt. Der von den ABP-Nutzern stammende auf diese Affiliate-Links bezogene Umsatz ist die Bemessungsgröße für eine an die Beklagte zu 1) von den whitegelisteten Unternehmen zu zahlende Vergütung. Die Beklagte zu 1) erhält in der Regel 30% Umsatzbeteiligung als Gegenleistung für das Whitelisting. Bei kleineren und mittleren Unternehmen erhebt sie nach eigenen Angaben keine Vergütung. 9

Akzeptiert ein Unternehmen die Bedingungen, so wurden das Unternehmen und exemplarische Werbebeispiele zunächst in ein Forum auf der Homepage von ABP eingestellt. Sie konnten dort für einen Zeitraum von einer Woche von Benutzern diskutiert werden und wurden endgültig in die Whitelist aufgenommen, sofern in dieser Zeit keine durchgreifenden Bedenken von Nutzern geäußert wurden. Seit dem 16.10.2015 werden mit der Beklagten zu 1) abgeschlossene Whitelisting-Vereinbarungen sofort wirksam und können erst anschließend von der Community diskutiert werden (vgl. TB-Berichtigung v. 17.11.2015, Bl. 995). 10

Die Whitelisting-Vereinbarung regelt die Verpflichtung der Beklagten zu 1), während der Laufzeit des Vertrages Ausnahme-Filterregeln zur Freischaltung bestimmter Werbemittel auf 11

ausgewählten Websites des Vertragspartners in eine Filterliste aufzunehmen. Die Beklagte zu 1) verpflichtet sich ferner, ABP so an den Nutzer auszuliefern, dass die Einstellung „Einige nicht aufdringliche Werbung zulassen“ aktiviert ist. Die Beklagten zu 1) vereinbart mit ihren Vertragspartnern nicht, dass diese zukünftig ausschließlich „akzeptable“ Werbung veranstalten. Das Whitelisting regelt nur, unter welchen Pfadnamen Affiliate-Werbung nicht blockiert wird.

Die Klägerin und ihre Tochtergesellschaften sind zum Abschluss einer Whitelisting-Vereinbarung nicht bereit. Zur Begründung verweisen sie darauf, dass der Schaden der Klägerin dadurch nur teilweise vermieden würde, weil die Display-Werbung (Bannerwerbung) und animierte Affiliate-Links weiterhin blockiert würden. Auch halten sie die Werbeblockade insgesamt für rechtswidrig. Durch ABP werden sämtliche Werbeinhalte auf den im Klageantrag genannten Webseiten blockiert. Dies betrifft die Display-Werbung ebenso wie die Affiliate-Werbung, und zwar unabhängig davon, ob diese Werbung nach den von der Beklagten zu 1) aufgestellten Kriterien als „nervig“ anzusehen ist oder nicht. 12

Die Klägerin hat behauptet, der Umsatzanteil digitaler Medien an ihrem Gesamtkonzernumsatz liege bei 47,9%. Sie habe mit den von ihr betriebenen Internetseiten www.bild.de und www.welt.de Bezahlmodelle im Internet etabliert, doch seien digitale Medien auf absehbare Zeit auf Anzeigenerlöse angewiesen. Werbeblocker seien erst mit der Entwicklung von ABP eine Gefahr für das Erlösmodell geworden, die Beklagte zu 1) habe im Bereich solcher Programme nicht nur innerhalb von zwei Jahren die Marktführerschaft errungen, sondern sie sei auch zu einer globalen Bedrohung der freien Internetwirtschaft geworden. Die Klägerin habe weder technische noch wirtschaftliche Möglichkeiten, diese Bedrohung zu beseitigen oder die Blockierregeln ABP effektiv zu umgehen, zumal Nutzer jederzeit vermeintlich störende Werbeinhalte an die Beklagte zu 1) berichten oder als vermeintliche Funktionsstörung des ABP melden könnten. Auch nach Angaben der Beklagten zu 1) werde die Whitelistfunktion nur von einer unbeachtlichen Zahl von Benutzern deaktiviert. Die Beklagte zu 1) habe mittlerweile mehr als 150 Kooperationspartner, die auf einen Teil der Umsätze aus dem Affiliate-Marketing verzichteten, darunter H., die nach unwidersprochenen Presseberichten für die Aufnahme in die Whitelist 25 Millionen USD an die Beklagte zu 1) bezahlte hätten. Die Vertragspartner der Beklagten zu 1) zeigten nach wie vor auch „nervige“ Werbung. Das Nutzerforum von ABP erwecke zwar den Eindruck, ein gemeinnütziges und basisdemokratisches Projekt zu verwirklichen, sei aber kaum aktiv, weil nur wenige Nutzer an den dortigen Diskussionen teilnähmen. 13

Die Klägerin hat vorgetragen, ABP, die Filterlisten und das Whitelisting-Programm seien eine einheitliche Software, für welche die Beklagte zu 1) umfassend verantwortlich sei. Eine getrennte Betrachtung verbiete sich. Die Beklagte vermarkte auch Softwareprogramme für Affiliate-Werbung. ABP sei von mehr als 250 Millionen Nutzern installiert worden, mit einem Wachstum von 2 Mio. Nutzern pro Woche. 25-30% aller Nutzer von Webseiten mit allgemeinen redaktionellen Themen setzten Werbeblocker ein. 14

Die Klägerin hat gemeint, dass die Parteien Mitbewerber i.S.d der BGH-Werbeblocker-Entscheidung GRUR 2004, 877 seien, zudem beide Parteien – die Beklagte soweit es um den Abschluss von Whitelisting-Vereinbarungen gehe – den Verkauf von Affiliate-Werbung verfolgten. Die Ausschaltung ihrer Werbung sieht sie als gezielte Behinderung, weil es der Beklagten vor allem um die Schädigung des Wettbewerbers gehe und es daher auf eine zusätzliche Interessenabwägung nicht ankomme. Der hier zu entscheidende Fall weiche von dem Sachverhalt in der Werbeblocker-Entscheidung insoweit ab, als Internetangebote – anders als lineare Fernsehprogramme – vom Nutzer nicht unterbrochen werden könnten, 15

auch werde in die Integrität des Angebots dadurch eingegriffen, dass zusammen dargebotene Inhalte und Werbung auseinandergerissen würden. Der Fall sei daher mit dem Abreißen oder Verdecken von Plakatwerbung vergleichbar und insoweit unlautere Werbebehinderung. Da ABP den Seiteninhalt als integrierte Dienstleistung unmittelbar verändere, nehme das Programm dem Verbraucher nicht lediglich aus Bequemlichkeitsgründen eine Handlung ab, die dieser auch selbst vollziehen könnte, die Nutzung von Content ohne Kenntnisnahme der auf derselben Webseite befindlichen Werbung wäre dem Nutzer ohne Einsatz des Werbeblockers unmöglich. Der Nutzer habe keinen Anspruch darauf, ein redaktionelles Produkt, das gratis geliefert werde, anders als geliefert abzunehmen. Die kostenlose Veröffentlichung wertvollen Contents erfolge unter der stillschweigenden Vereinbarung von Inhalteanbietern und Nutzern, dass die Nutzer die ausgespielte Werbung wahrnehmen und so die Finanzierung des Medienangebotes sichern.

Auch eine mittelbare Werbebehinderung liege vor, denn ABP verändere den Programminhalt zwischen „Ausstrahlung“ und Rezeption, indem es unmittelbar in Inhalte und die Gestaltung einer Webseite eingreife, zudem eine Vielzahl von Funktionen einer Webseite in einer für den Nutzer intransparenten und auch bei Nachforschung wenig verständlichen Weise blockiere. Da die Liste von der Klägerin ständig geändert werde, bleibe auch unbemerkt, wenn unverdächtige Dateien vom Adserver nicht empfangen würden. Durch die Verhinderung von Werbezugriffen werde das Bezahlmodell von Online-Medien gefährdet und es drohe der Wegfall des aus Verbrauchersicht essentiellen und verfassungsrechtlich relevanten meinungsbildenden Qualitätsjournalismus im Internet. Das Vorgehen führe nicht zu einer qualitativen Verbesserung von Werbung im Internet und hierin liege auch nicht das Ziel der Beklagten. Da die Beklagten durch den Abschluss von Whitelisting-Verträgen Einkommen erziele, hätten sie ein Interesse an der Aufrechterhaltung „nerviger Werbung“. Die hierdurch betroffenen Unternehmen würden nötigungsgleich zur Abgabe von Erlösen an einen „gatekeeper“ veranlasst. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts sowie die dort in Bezug genommenen Schriftsätze der Klägerin verwiesen. 16

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 17

1. die Beklagte zu verurteilen, es (bei Meidung von Ordnungsmitteln) zu unterlassen), ein Softwareprogramm einschließlich der „EasyList“ und der „EasyList Germany“ anzubieten, zu bewerben, zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, pflegen oder vertreiben zu lassen, das Werbeinhalte auf den im Urteilstenor zu 2 näher bezeichneten Webseiten einschließlich deren mobilen Anwendungen unterdrückt, 18

hilfsweise, 19

(die Beklagte wie vorstehend angegeben zu verurteilen), wenn und soweit Werbung nur nach von den Beklagten vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts der Klägerin nicht unterdrückt wird, 20

2. die Beklagten ferner zu verurteilen, der Klägerin Auskunft zu erteilen über 21

- die Anzahl der Downloads für das Software-Programm „AdBlock Plus“ am Stichtag sechs Monate vor Rechtshängigkeit und seitdem, gegliedert nach Monaten; 22

- die Anzahl der Nutzer des Software-Programms „AdBlock Plus“ in Deutschland am Stichtag sechs Monate vor Rechtshängigkeit und seitdem gegliedert nach Monaten; 23

24

- die Anzahl der Aufrufe der „EasyList“ und der „EasyList Germany“ durch deutsche Internet-Nutzer am Stichtag sechs Monate vor Rechtshängigkeit und seitdem, gegliedert mit dem wöchentlichen Durchschnittswert,

3. festzustellen, dass die Beklagten allen Schaden zu ersetzen haben, der der Klägerin und ihren unter I.1. der Klageschrift genannten Tochtergesellschaften durch Handlungen gemäß Ziffer 1 seit sechs Monaten vor Rechtshängigkeit entstanden ist noch entstehen wird; 25

Die Beklagten haben beantragt, 26

die Klage abzuweisen. 27

Sie haben behauptet, bei ABP handele es sich um eine Open-Source Software, deren Quelltext frei verfügbar sei, so dass jedermann die Software eins zu eins kopieren oder beliebig abwandeln und unter seinem eigenen Namen anbieten könne. Die Software helfe auch bei der Vermeidung von Angriffen durch Schadsoftware und gegen unerwünschte Datensammlung bei Nutzung von Internetdiensten. Die für die Nutzung von ABP zwingend erforderlichen Filterlisten enthielten manuell erstellte Anweisungen mit editierbaren Textdateien, die meisten Listen seien öffentlich und kostenfrei für jedermann zugänglich und anwendbar. Jeder Nutzer von ABP könne selbst entscheiden, welche Filterlisten er anwenden möchte, das Programm der Beklagten erleichtere lediglich die Handhabung der vom Nutzer gewählten Filterlisten, die von Freiwilligen auf der ganzen Welt erstellt und gepflegt würden. Der Nutzer habe die Kontrolle über den Filterprozess. Auch die EasyList und die EasyList Germany seien öffentliche, von jedermann abonnierbare und nicht von den Beklagten erstellte oder unterhaltene Listen. Die Beklagte zu 1) habe zur Einordnung von Werbung als störend oder weniger/nicht störend einen Katalog an Anforderungen erstellt, um akzeptable Werbung zuzulassen und dabei einen Diskussionsprozess mit bis zu 260 Interessenten geführt, die zur Entwicklung von aus der Nutzersicht gebildeten Kriterien geführt haben. Diese nutzerorientierte Vorgehensweise erkläre auch den Erfolg des Softwareprogramms bei den Nutzern. Das Ergebnis führe zu innovativen Marktleistungen, die auch wenig werbeaffine Nutzer für Werbung ansprechen könne. Der Prozess würde in Testphasen und Abstimmungen mit den Unternehmen nachverfolgt, die Einhaltung der Vorgaben in den Whitelisting-Vereinbarungen auf ihre Einhaltung überwacht. Freischaltung und weitere Serviceleistungen rechtfertigten es, dass die Beklagte sich von den Unternehmen vergüten lasse, die Bemessung der Vergütung sei erfolgsorientiert und insoweit internetüblich. Die Beklagten bestreiten die Angaben der Klägerin zur Verbreitung der Nutzung von ABP und behaupten, dass das Programm im August 2014 auf etwa 7 Millionen Browsern mit deutscher IP-Adresse installiert worden sei. Die Klägerin habe ihrerseits Ausweichmöglichkeiten etwa die Möglichkeit, Werbung akzeptabler zu gestalten, aber auch Nutzer, die ABP nutzten, auszusperren oder Bezahlschranken einzuführen. 28

Die Beklagten haben gemeint, die Anträge der Klägerin seien unbestimmt und zum Teil zu weitreichend. An einer gezielten Behinderung fehle es, weil Werbeblocker und ihr Einsatz durch den Nutzer zulässige Abwehrmaßnahmen gegenüber aufgedrängter Werbung seien. Dabei dürften die Beklagten Hilfe leisten. Hinzu komme, dass das Programm der Beklagten auch dabei helfe, unerwünschte Daten zu erhalten. Das Angebot der Beklagten vergrößere die Wahlmöglichkeit des Nutzers, der Einsatz der Whitelist ermögliche im Interesse der Webseitenbetreiber die Generierung höherer Werbeeinnahmen gegenüber der vollständigen Blockade von Werbung. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Urteil des Landgerichts sowie die dort in Bezug genommenen Schriftsätze der Beklagten verwiesen. 29

30

Das Landgericht hat die Klage als zulässig, aber unbegründet angesehen. Das beanstandete Verhalten sei nicht unlauter, daher bestünden auch keine Ansprüche auf Auskunft oder Schadensersatz. Das Landgericht macht sich im Wesentlichen die Begründungen der Urteile des Landgerichts München I v. 27.5.2015 – 37 O 11673/14 sowie des Landgerichts Hamburg v. 21.4.2015 – 416 KO 159/14 in zwei vom Sachverhalt her gleichgelagerten und jeweils die hiesige Beklagte betreffenden Rechtsstreitigkeiten zu eigen. An einer gezielten Behinderung fehle es mit den dort genannten Begründungen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin. Sie meint, dass das Urteil durch eine fehlende Begründung § 313 Abs. 3 ZPO und Art. 101 GG verletzt habe, weil die Klägerin nicht Verfahrensbeteiligte der vor dem LG München I und dem LG Hamburg verhandelten Rechtsstreitigkeiten gewesen sei. Das mit der Klage angegriffene Verhalten lasse sich nicht mit den Erwägungen der Werbeblocker-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2004 rechtfertigen. Als maßgeblicher Unterschied zu dieser lineare Fernsehangebote betreffenden Vorgehensweise falle im hier zu entscheidenden Fall der Eingriff in die Integrität des Webseitenangebots ins Gewicht. Dieses Angebot verbinde Informationen und Werbung zu einem einheitlichen Angebot, das die Blockadefunktion der Beklagten in seiner Substanz beeinträchtige. Der Eingriff auf die auf die im Gesamtangebot enthaltene Werbung bewirke eine Änderung des programmgemäßen Ablaufs des Aufbaus der streitgegenständlichen Webseiten und bewirke damit einen Eingriff in das von der Klägerin bereitgestellte Produkt selbst. Der dadurch verursachte Schaden bei der Klägerin liege darin, dass nur für tatsächlich abgerufene Werbeimpressionen Vergütungen flössen, der blockierte Abruf sorge hingegen dafür, dass es zu diesem tatsächlichen Abruf nicht komme. Demgegenüber sei im Fall „Werbeblocker“ das Sendesignal der betroffenen Rundfunkveranstalter unbeeinträchtigt gewesen, die Sender hätten auch keine unmittelbaren Einnahmeausfälle durch die Werbeblockade erlitten. Anders als im Fall Werbeblocker sei die Entscheidung des Nutzers, den ABP einzusetzen, nicht ein die Kausalität des Eingriffs durch die Beklagten unterbrechendes Verhalten. Der Nutzer habe vielmehr gar nicht erst die Möglichkeit, selbst den Abruf zu unterbrechen, weil die Software dies bereits ohne sein Zutun bewirke. Er müsse die Software vielmehr so verwenden, wie sie programmiert sei. Eine Möglichkeit, selbst auf das Angebot einzuwirken, wie dies bei Keine-Werbung-Aufklebern auf Briefkasten erfolge, gebe es vor vornherein nicht. Im Hinblick auf den Hilfsantrag habe sich die nötigende Wirkung auf werbewillige Unternehmen dadurch erhöht, dass die Beklagte den Anbieter „Adblock“ zu den die Whitelist der Beklagten akzeptierenden Unternehmen hinzugewonnen habe. Der Druck auf Werbetreibende sei auch durch den Erfolg des ABP weiter gestiegen. Die Versuche der Klägerin, diesen Druck zu mildern, sei durch die Blockade von Nutzern, die Adblocker-Programme nutzen, zwar intensiviert worden, diese Maßnahmen seien aber weder geeignet, die entgangenen Werbevergütungen zu kompensieren, noch sei dieser Weg zumutbar. 31

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Landgerichts vom 29.9.2015 – 33 O 132/14 aufzuheben und wie erstinstanzlich beantragt zu erkennen, wobei der Unterlassungsantrag nunmehr dahin gefasst wird, 32

die Beklagten zu verurteilen, es unter Androhung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen an den Geschäftsführern zu unterlassen, 33

ein Software-Programm einschließlich der „Easylist“ und der „Easylist Germany“ gegenüber Abrufen durch Nutzer von Internetdiensten in Deutschland anzubieten, zu bewerben, 34

hinsichtlich bereits ausgelieferter Versionen zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, hinsichtlich bereits ausgelieferter Versionen pflegen oder vertreiben zu lassen – wie durch Adblock Plus geschehen – das Werbeinhalte auf den im Urteilstenor zu 2 näher bezeichneten Webseiten einschließlich deren mobilen Anwendungen unterdrückt,

hilfsweise 35

ein Software-Programm einschließlich der „Easylist“ und der „Easylist Germany“ gegenüber Abrufen durch Nutzer von Internetdiensten in Deutschland anzubieten, zu bewerben, hinsichtlich bereits ausgelieferter Versionen zu pflegen oder zu vertreiben oder anbieten, bewerben, hinsichtlich bereits ausgelieferter Versionen pflegen oder vertreiben zu lassen – wie durch Adblock Plus geschehen – das Werbeinhalte auf den im Urteilstenor zu 2 näher bezeichneten Webseiten einschließlich deren mobilen Anwendungen unterdrückt, wenn und soweit Werbung nur nach von den Beklagten vorgegebenen Kriterien und gegen Zahlung eines Entgelts der Klägerin nicht unterdrückt wird. 36

Die Beklagte beantragen, 37

die Berufung zurückzuweisen. 38

Sie verteidigen das Urteil des Landgerichts. Sie meinen, die Möglichkeiten zur Abwehr von unerwünschter Werbung dienten nicht nur der Selbstbestimmung des Nutzers, die dazu dienende Software bewirke überdies, dass der Nutzer unerwünschte Datenströme auf seinen Computer im Interesse von Datenschutz und Datensicherheit abwehren könne. Solche Selbsthilfebefugnisse seien auch im Lichte der Pressefreiheit angemessene Mittel, um unerwünschte Informationen abzuwehren. Die Berufung halten sie für unzulässig, weil die Begründung über den erstinstanzlichen Vortrag nicht hinausgehe. Die Berufung sei auch unbegründet, weil die Beklagten nicht mit Verdrängungsabsicht handelten. Hierzu behaupten die Beklagten, dass es von ihr initiierte Bemühungen, die Softwareabwehr durch die Klägerin zu unterlaufen, nicht gebe. Auch im Übrigen liege keine gezielte Behinderung vor. Das Kerngeschäft der Klägerin werde durch die Software der Beklagten nicht beeinträchtigt, tatsächlich erziele die Klägerin im Online-Geschäft sogar Umsatzzuwächse. Hierzu wiederholen und vertiefen die Beklagten ihren erstinstanzlichen Vortrag. Sie legen Umsatzzahlungen von Internet-Inhalteanbietern vor und tragen vor, dass die von der Klägerin behaupteten Werbeverluste auf unrichtigen Schätzungen beruhten. Tatsächlich sorge der Einsatz von Werbeblockern nicht für ein Abschmelzen von Werbeeinnahmen im Online-Geschäft, sondern nur für eine Verlagerung der Einnahmen. Der Vortrag zu dem angeblich gesteigerten Nötigungspotential der Software der Beklagten sei irrelevant, da die Klage nicht auf eine unlautere aggressive Praktik gestützt werde. 39

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 40

II. 41

Die zulässige Berufung ist bezüglich des Unterlassungsbegehrens im Hauptantrag unbegründet, im Hilfsantrag aber begründet. Der Feststellungsantrag ist gleichfalls begründet, der Auskunftsanspruch hingegen unbegründet. 42

1. Die Berufung ist zulässig. Ein Verstoß gegen § 520 Abs. 3 ZPO – wie von den Beklagten gerügt – liegt im Ergebnis nicht vor. Die Klägerin hat mit der erneuten Stellung des im landgerichtlichen Verfahren erhobenen Haupt- und Hilfsantrages klargestellt, inwieweit sie 43

sich gegen das erstinstanzliche Urteil zur Wehr setzt. Der Berufungsangriff erfolgt danach sowohl gegen die Bewertung des angegriffenen Verhaltens als gezielte Behinderung wie auch als mögliche aggressive Praktik. Ersteres betrifft den Haupt-, zweites auch den Hilfsantrag. Zu beiden Punkten hat die Klägerin nicht nur Bezug auf ihren erstinstanzlichen Vortrag genommen (Berufungsbegründung S. 12). Sie hat auch ergänzend zur Frage der nötigenden Wirkung von Whitelist-Vereinbarungen auf werbewillige Unternehmen sowie zur Frage eines gezielten substanziellen Eingriff in den Webauftritt der Klägerin durch den Einsatz von Adblockern vorgetragen. Eine vollständige Wiederholung des bereits sehr umfangreichen Vortrags im erstinstanzlichen Verfahren war nicht erforderlich.

2. a) Die Berufung ist nicht bereits deswegen begründet, weil ein Verstoß gegen § 313 Abs. 3 ZPO mit der Behauptung gerügt wird, das Landgericht habe auf die Begründungen zweier Urteile in einem Rechtsstreit verwiesen, an denen die Klägerin nicht als Partei teilgenommen hat. Zutreffend an dieser Kritik ist, dass eine Verweisung jedenfalls dann nicht in Betracht kommt, wenn es um Unterlagen geht, die einer Partei nicht zugänglich sind (vgl. insoweit BGH VersR 1978, 401 unter II 1 a). Verletzt wäre § 313 Abs. 3 ZPO aber nur, wenn keinerlei Begründung angegeben worden wäre (vgl. insoweit BGHZ 39, 333 = NJW 1963, 2272 zur fehlenden Begründung als Revisionsgrund) oder die Entscheidung aufgrund der angegebenen Begründung für das Berufungsgericht nicht nachvollzogen werden kann (vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 31. Auflage 2016, § 313 Rn. 19). Darum geht es vorliegend jedoch nicht. Zunächst hat das Landgericht seine Entscheidung durchaus begründet, wobei ein Teil der Begründung bereits im umfangreichen Hinweisbeschluss v. 10.3.2015 gegeben wurde, zum anderen wird nicht auf Unterlagen verwiesen, die der Klägerin unzugänglich blieben. Die Entscheidungen der Landgerichte Hamburg und München I, auf die Bezug genommen wurde, sind in den vorliegenden Rechtsstreit eingebracht worden, also auch der Klägerin zugänglich. Schließlich hat das Landgericht klargestellt, dass es ein unlauteres Verhalten deswegen für nicht gegeben erachtet, weil es die Interessen der Nutzer und die Ausweichmöglichkeiten der Klägerin höher gewichtet hat. Diesen Standpunkt, der das Urteil des Landgerichts trägt, kann der Senat für sich genommen, aber auch aufgrund des umfangreichen Aktenvortrags ohne weiteres überprüfen. Dass nicht jede Einzelheit des Parteivorbringens im Urteil erwähnt werden muss, ist unstreitig (Zöller/Vollkommer, aaO., § 313 Rn. 19). 44

b) Der Unterlassungsantrag ist in der zuletzt gestellten Form hinreichend bestimmt nach § 253 Abs. 2 ZPO. Er enthält nach Klarstellung durch die Klägerin insbesondere auch eine Bezeichnung des Softwareprogramms, dessen Vertrieb/Angebot untersagt werden soll und eine Bezugnahme auf die konkrete Verletzungshandlung. Bezeichnung und Bezugnahme waren erforderlich, weil es für die Reichweite des Verbots der gezielten Behinderung konstitutiv ist anzugeben, wie das Programm auf die Angebote der Klägerin zugreift. Richtigerweise hat die Klägerin, den Antrag auf Zugriffe von Nutzern aus Deutschland beschränkt, zumal die Unlauterkeit nur bezogen auf den Marktort Deutschland besteht. 45

3. Der Unterlassungsanspruch kann im Ergebnis nicht auf das Verbot der gezielten Behinderung, wohl aber auf das Verbot aggressiver Praktiken nach § 4a UWG gestützt werden. 46

a) Auf den Anspruch sind die Vorschriften des seit dem 10.12.2015 geltenden UWG anzuwenden. Da der Unterlassungsanspruch in die Zukunft reicht, muss das angegriffene Verhalten nach dem zur Zeit der Entscheidung des Senats geltenden Recht unlauter sein (BGH, GRUR 2013, 956 Tz. 14 – Glückspäckchen im Osternest). Allerdings haben die für die Beurteilung maßgeblichen Vorschriften (§§ 4 Nr. 4; 4a Abs. 1 Satz 2 UWG 2015) durch die UWG-Reform keine inhaltliche Änderung erfahren haben (vgl. BT-Drucks. 18/6571, S. 15). 47

Daher haben sich die inhaltlichen Maßstäbe gegenüber der landgerichtlichen Entscheidung nicht geändert. Insbesondere kann weiterhin auf die Rechtsprechung zu § 4 Nr. 10 UWG 2008 zurückgegriffen werden.

b) Die Klägerin ist sowohl in Bezug auf den Haupt- als auch den Hilfsantrag klagebefugt nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. 48

(1) Die Klagebefugnis kann nicht mit Hinweis darauf bezweifelt werden, dass die Klägerin redaktionelle Leistungen an Leser und die Beklagte Software zur Unterdrückung von Werbung anbietet und sich die Parteien daher nicht unmittelbar an denselben Abnehmerkreis wenden (so aber LG München I, K&R 2015, 521 – juris-Rn. 179; LG Hamburg, K&R 2015, 600 – juris Rn. 31; Köhler WRP 2014, 1017, 1022). Dieses Argument greift zu kurz, wenn der Vorwurf der individuellen Behinderung im Raum steht. Hier entsteht die unmittelbare Konkurrentenbeziehung gerade dadurch, dass sich der Behindernde in den Absatzmarkt des Behinderten hineinbegibt, indem er dessen Absatz- oder Werbeverhalten beeinträchtigt (vgl. bereits BGH GRUR 1972, 533 – Statt Blumen ONKO-Kaffee). In Fällen, in denen der Vorwurf einer gezielten Beeinträchtigung unternehmerischer Entfaltung erhoben wird, liegt auch ein konkurrentenbezogenes Verhalten und damit ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vor (so i.E. auch BGH GRUR 2004, 877, 879 – Werbeblocker). 49

(2) Soweit mit dem Hilfsantrag das Angebot einer Software mit Whitelisting-Funktion angeboten wird, ist die Mitbewerberstellung ebenso wenig zu bezweifeln. Sie folgt in dieser Konstellation bereits daraus, dass sich die Parteien in einem direkten Wettbewerb um Zahlungen der werbewilligen Unternehmen befinden. Werbewillige, wie Webseitenbetreiber, Betreiber von Affiliate-Netzwerken oder von Webseitenbetreibern beauftragte Werbevermarkter, haben möglicherweise doppelte Vereinbarungen zu schließen und dabei auch doppelte Zahlungen zu leisten, nämlich zum einen durch die Buchung von Werberaum im Zusammenhang mit redaktionellen Angeboten bei der Klägerin, zum anderen durch die Buchung einer Freischaltung dieses Werberaums als „akzeptabel“ in der Beziehung zur Beklagten. Dies verdeutlicht das von der Beklagten mit Schriftsatz vom 6.6.2016 vorgelegte Beispiel anhand des Netzwerkbetreibers A (S. 4). Die Verdoppelung der Werbebeziehung kann in einer Gesamtkalkulation von Werbebudgets die Zahlungsbereitschaft von werbewilligen Unternehmen beeinträchtigen. Insbesondere kann eine Konkurrentenbeziehung auch außerhalb des Vertriebs gleichartiger Leistungen vorliegen, wenn zwischen den Vorteilen, die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen zu erreichen sucht und den Nachteilen, welche die andere Partei hierdurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt wird (BGH GRUR 2014, 1114 Tz. 32). Insoweit sind die Parteien auch in dieser Hinsicht und entgegen LG München I, K&R 2015, 521, juris-Rn. 183; Köhler WRP 2014, 1017, 1022 Konkurrenten im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Dieser Zusammenhang spielt insbesondere im Rahmen des § 4a UWG eine tragende Rolle, die durch ein alleiniges Abstellen auf die fehlende Substituierbarkeit von Leistungen (vgl. insoweit Heermann, Münchener Kommentar zu Lauterkeitsrecht, 2. Aufl. 2004, § 2 Rn 254) nicht ausreichend erfasst wird. Es trifft insbesondere nicht in dieser Pauschalität zu, dass nur der von einer aggressiven Marktpraktik betroffene Marktteilnehmer selbst klagebefugt ist, wie die Beklagten unter Berufung auf Köhler/Bornkamm (UWG, 34. Aufl. 2016, 4§ 4 Rn 4.208) meinen. Wenn es um die Ausübung aggressiver Praktiken gegenüber Abnehmern geht, haben die von der Aggression mitbetroffenen konkurrierenden Anbieter ebenso wie in Fällen der Irreführung selbstverständlich die Befugnis, eine sie benachteiligende Praktik anzugehen. 50

51

c) Der Anwendungsbereich des UWG ist sowohl in Bezug auf den Haupt-, als auch den Hilfsantrag eröffnet, denn sowohl das Angebot und der Vertrieb des Werbeblockers mit Blacklist-, also auch mit Whitelist-Funktion ist eine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

(1) Soweit die Whitelist-Funktion angegriffen wird, liegt eine geschäftliche Handlung vor. Die Beklagten fördern den Absatz der Beklagten zu 1), indem sie eine direkte Werbeumsatzbeteiligung für die konkrete Zulassung von Unternehmen in ihrem Adblocker jedenfalls nach einer Testphase erhalten (LG München I, K&R 2015, 521 – juris-Rn. 174, LG Hamburg K&R 2015, 600 Tz. 30; St. Engels, GRUR-Prax 2015, 338; Köhler WRP 2014, 1017, 1020). Daran ändert der Umstand nichts, dass durch das Whitelisting Werbung „akzeptabler“ wird, denn die Vergütung für an den Nutzer gelangende Werbung wird nicht dadurch erhöht, dass diese Werbung dem Nutzer besser behagt. Wer im Übrigen als Werbetreibender nicht gewhitelistet wird, erreicht die Aufmerksamkeit des Nutzers nicht mehr, erleidet also einen Nachteil. 52

(2) Auch soweit die reine Blacklist-Funktion angegriffen wird, liegt eine geschäftliche Handlung vor. Dagegen kann nicht angeführt werden, dass die Adblocker-Software dem Nutzer zum freien Herunterladen zur Verfügung gestellt wird, also mit Angebot und Vertrieb gerade keine Umsätze erzielt oder Umsatzerwartungen verbunden werden (LG München I, K&R 2015, 521 – juris-Rn. 169; LG Hamburg K&R 2015, 600 – juris-Rn. 27; Köhler, WRP 2014, 1017, 1018). Das wäre nur zutreffend, wenn weder die Beklagte zu 1) noch ein von ihr begünstigtes Unternehmen einen kommerziellen Vorteil durch das Blockieren von Werbebotschaften hätten. Doch bauen der Vertrieb von Blacklist- und Whitelist-Funktion aufeinander auf, dürfen also nicht künstlich in ein nicht-kommerzielles und ein kommerzielles Geschäftsfeld getrennt werden. Es ist nicht zu bezweifeln, dass der Bedarf für die Whitelist erst dadurch entsteht, dass der Werbeblocker in seiner Grundfunktion angeboten und vertrieben wird (Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245, 246). Zum anderen kann man an dem Vorliegen geschäftlicher Handlungen in der Internetwirtschaft nicht allein deswegen zweifeln, weil ein Produkt gratis zur Verfügung gestellt wird. Das Angebot sogenannter Freemium-Leistungen ist geradezu typisch für die Internetökonomie. Basisprodukte werden dabei frei zur Verfügung gestellt, um den Bedarf für Anschlussleistungen zu erzeugen. 53

d) Ein Verstoß gegen das Verbot der gezielten Behinderung nach §§ 3 Abs. 1, 4 Nr. 4 UWG, auf das sich die Klägerin mit ihrem Hauptantrag stützt, liegt nicht vor. Weder lässt sich vermuten, dass die Beklagte zu 1) mit Schädigungsabsicht gegenüber der Klägerin handelte noch ist ihr Angebot geeignet, die wettbewerbliche Entfaltung der Klägerin übermäßig zu beeinträchtigen. 54

(1) Eine unlautere individuelle Behinderung setzt die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitwerbers in den Bereichen Absatz oder Werbung voraus (BGHZ 148, 1, 5 – Mitwohnzentrale.de). Damit die Beeinträchtigung unlauter wird, müssen aber weitere Umstände hinzutreten (BGH aaO.). Hierzu werden in der Rechtsprechung zum einen das Handeln in Schädigungsabsicht, zum anderen die übermäßige Beeinträchtigung der Möglichkeiten eines Wettbewerbers, seine Leistungen am Markt angemessen zu platzieren gerechnet. Im zuletzt genannten Fall ist eine Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls geboten, bei der die sich gegenüberstehenden Interessen der Mitbewerber, der Verbraucher, der sonstigen Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit gegenüber abzuwägen sind (BGHZ 148, 1, 5 - Mitwohnzentrale.de; zurückgehend auf Brandner/Bergmann, Großkommentar UWG, 1999, § 1 Rn. A 6). 55

56

(2) Ein Handeln mit unmittelbarer Schädigungsabsicht kann nicht allein deswegen angenommen werden, weil das Angebot der Beklagten zu 1) erheblich auf die Umsätze der Klägerin auf dem Werbemarkt einwirkt. Unbestritten sind wirtschaftliche Schäden, die einem Mitbewerber durch Angebote von Konkurrenten zugefügt werden, weil Umsätze eingebüßt oder abgezogen werden, für sich genommen wettbewerbsimmanent (vgl. RegE UWG 2003, BT-Drucks. 15/1487, S. 19; Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig WRP 2002, 1317 Tz. 19). Wenn die Schädigungsabsicht nicht bewiesen ist, darf auf ihr Vorliegen nicht ohne weiteres geschlossen werden. Allein in Fällen, in denen das Handeln eines Unternehmers betriebswirtschaftlich keinen Sinn ergibt, also nur schädigt, nicht aber dem Handelnden unternehmerisch nützt (vgl. OLG Düsseldorf GRUR 2001, 247, 250), mag eine Vermutung für die Schädigungsabsicht bestehen. Solche Fälle sind bei bösgläubiger Anmeldung fremder Marken oder Domains angenommen worden (vgl. BGHZ 173, 230 = GRUR 2008, 160 Tz. 21 – CORDARONE; BGH GRUR 2009, 780 Tz. 11 – Ivadal; obiter für das sog. Domain-Grabbing OLG München, NJW-RR 1998, 984, 986). Auch der Vernichtungswettbewerb verbundener Unternehmen gegenüber einem Außenseiter nach Maßgabe des berühmten Benrather Tankstellenfalls (RG v. 18.12.1931 – II 514/30, RGZ 134, 342) würde hierunter fallen. Anhaltspunkte in diese Richtung fehlen vorliegend. Erheblicher Konkurrenzdruck allein ist wettbewerbsimmanent und genügt nicht, um eine gezielte Behinderung zu vermuten.

(3) Im Ergebnis liegt eine gezielte Behinderung auch nicht deswegen vor, weil Mittel eingesetzt werden, die dazu führen, dass der Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann (BGHZ 171, 73 Tz. 22 – Außendienstmitarbeiter). Das Angebot der Beklagten zu 1) ist nicht vergleichbar mit Verhaltensweisen, durch die unmittelbar oder mittelbar auf Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers eingewirkt wird (vgl. BGH GRUR Int. 2011, 165 Tz. 42 – GSM-Wandler: Verschaffung eines kostenlosen Zugangs zu einer entgeltlich angebotenen Leistung). Insbesondere fehlt eine körperliche Einwirkung auf Waren oder Dienstleistungen der Klägerin, wie sie in Fällen der Vernichtung, Veränderung (BGHZ 100, 51 = GRUR 1987, 438, 439 – Handtuchspender: Veränderung der Gestaltung einer Ware, so dass Nachfüllbedarf des Originalherstellers nicht mehr eingefüllt werden kann) oder Beschädigung von Konkurrentenwaren (BGH GRUR 2005, 162, 163 – SodaStream; GRUR 1972, 558, 559 – Teerspritzmaschinen: Entfernung von Kennzeichen; OLG Düsseldorf GRUR 1970, 248, 250: Unkenntlichmachen einer Fabrikationsnummer; NJW-RR 1989, 240: Entfernung eines GS-Zeichens) oder bei der körperlichen Vernichtung von Werbeträgern (OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2008, 350, 351 – Überkleben von Werbeplakaten; OLG Hamburg WRP 1994, 119: Überdrucken von Telefonkarten) vorliegen. Das Verhalten ist ebenso wenig vergleichbar mit Fällen der virtuellen Veränderung einer Ware oder Dienstleistung, wie sie im Fall der Rufumleitung von Telefongesprächen (BGH GRUR 2010, 346 Tz. 15, 18 – Rufumleitung), bei der Umleitung von Werbeaufmerksamkeit durch den Kauf von Keywords (Münchener Kommentar UWG/Jänich, § 4 Nr. 10 Rn. 10, 73), bei der Ablenkung von Informationen durch Techniken des Word Stuffing (Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 10/53a) oder beim Nach-Vorne-Schieben von Angeboten durch Mehrfachanmeldungen von Domains auf Preisportalen für identische Produkte (OLG Stuttgart, MD 2015, 763, juris-Tz. 33 = OLGR Süd 40/2015 Anm. 5; m. Anm. Marx, jurisPR-WettbR 10/2015 Anm. 3) vorliegen. 57

Allen genannten Fällen ist gemeinsam, dass entweder physische Einwirkungen auf Produkt oder Werbung erfolgen, eine bereits konkret adressierte Leistung den Adressaten unbemerkt oder ohne seinen Einfluss nicht mehr erreicht (Rufumleitung), oder dass Informationen ohne Zutun des Nutzers vorenthalten werden (Mehrfachanmeldung von Domains, Keyword-Buying). Daran fehlt es vorliegend. 58

59

Insbesondere geht es bei der hier zu beurteilenden Praktik nicht um einen physischen Eingriff in immaterielle Güter, sei es eine Veränderung von Software- oder um Einwirkungen auf Servervorgänge im betrieblichen Bereich des Aussendenden. Nach dem vorgetragenen Sachverhalt wirkt der Adblocker als sog. Plugin im Browser des eine Information abrufenden Nutzers. Der Datenstrom, der den Nutzer erreicht, erfolgt nicht von einem einheitlichen Server des Informationsanbieters, sondern, soweit es um Informationen geht, vom Verleger, soweit es um Werbung geht, vom Adserver, also aus verschiedenen Quellen. Dies trifft auch zu auf die Eigenwerbung des Inhalteanbieters, denn auch hier werden Werbeangebote und redaktionelle Inhalte durch getrennt adressierte Datenströme angeliefert. Mögen diese Datenströme auch von einem Server abgesendet werden, von dem auch die redaktionellen Inhalte abgehen, so ändert dies nichts daran, dass digitale Inhalte nicht als körperlich integrale Datei, gewissermaßen als integratives Paket abgesendet werden. Die Daten bleiben als Einzelströme identifizierbar, bei denen der Nutzer in technischer Hinsicht zunächst eine Art Inhaltsverzeichnis oder eine Dateiliste erhält, von denen er pauschal bestimmte Inhalte abruft, andere anhand bestimmter Dateibezeichnungen oder Formatvorgaben gar nicht erst akzeptiert. Die Adblocker-Software sorgt insbesondere nicht dafür, dass die Absendung der Datenströme gestört wird, sondern dafür, dass einzelne Datenpakete beim Nutzer gar nicht erst ankommen, wenn diese Pakete Werbung enthalten und nach inhaltlichen Befehlsfolgen, die der Nutzer aktiviert, blockiert bleiben. Die Technik betrifft mithin Angebote, die erst beim Nutzer zusammengeführt werden und sie wirkt sie erst im Empfangsbereich des Nutzers, weil gewissermaßen nur ein Teil der Information in den Bereich der von ihm rezipierten Angebote gerät. Vor diesem Hintergrund beeinträchtigt die Software zwar die Kommunikation, allerdings nicht in einer Weise, die einem physischen Eingriff entspricht. Das bleibt unberücksichtigt, wenn das LG Frankfurt, argumentiert, „dass durch den Werbeblocker der Antragsgegnerin in ihre digitalen Angebote unter welt.de eingegriffen“ werde (K&R 2016, 134, 135) und wenn es aus diesem Grund eine Verletzung des § 4 Nr. 4 UWG bejaht.

Es geht vorliegend auch nicht um eine Vorenthaltung von Informationen ohne Zutun des Nutzers (vgl. Peifer in Großkommentar UWG, 2. Aufl. 2013, § 4 Nr. 10 Rn. 373), weil nämlich der Nutzer an dem Vorgang dadurch beteiligt ist, dass erst durch die von ihm erfolgende Installation des Plugin die Blockade der Informationen bewirkt wird, also der Nutzer selbst für die Vorenthaltung von gefilterten Inhalten verantwortlich ist, mag die Auswahl der Filterbefehle auch nach einem pauschalen Angebot des Anbieters vorgenommen werden. 60

Die Konstellation entspricht im Ergebnis den Erwägungen des BGH im Fall „Werbeblocker“. Nach den dort festgehaltenen Erwägungen berücksichtigt der Einsatz von Werbeblockern zwar das Interesse der Inhalteanbieter, mit Werbeinformationen möglichst viele Zuschauer zu erreichen, wovon die Höhe der Werbeeinnahmen abhängt (BGH GRUR 2004, 878, 879). Allerdings geht es dort wie hier nur um mittelbare Einwirkungen. Hierbei sind auch die Interessen des Nutzers an der Abwehr unerwünschter Informationen zu gewichten. Dieser Grundgedanke ist auch in § 7 UWG erkennbar. Solange eine Abwehrmaßnahme nicht vom Diensteanbieter aufgedrängt, sondern vom Nutzer selbst installiert oder zugelassen wird, fehlt es an der gezielten Behinderung. 61

(4) Der entscheidende Gesichtspunkt, dass nicht in das Angebot der Klägerin in deren Kontrollbereich eingegriffen, sondern nur verhindert wird, dass ein Teil der Datenströme beim Nutzer dargestellt werden, wird auch durch urheberrechtliche oder hausrechtliche Erwägungen nicht in Frage gestellt. Auch für einen behaupteten Urheberrechts- oder Hausrechtsverstoß in das Webseitenangebot oder die klägerseits verwendete Software fehlt es an Nutzungshandlungen, die direkt auf die Server oder Programme der Klägerin zugreifen. Weder greift die Software der Beklagten in die Programmierung oder die Website der 62

Klägerin direkt ein noch nutzt der Adressat unrechtmäßig Inhalte der Klägerin. Ganz im Gegenteil nutzt der Abrufende bestimmte Angebote (Werbung) gerade nicht. Ein urheberrechtlicher Anspruch darauf, dass ein Angebot nur so genutzt wird, wie es bestimmungsgemäß wahrgenommen werden soll, würde darauf hinauslaufen, dem Nutzer vorzuschreiben, wie er Inhalte zu rezipieren hat. Einen solchen Anspruch verschafft das Urheberrecht dem Rechteinhaber aber nicht. Die von der Klägerin zitierten Urteile zur Störung des Ablaufs von Computerspielen greifen aus diesen Gründen nicht. Ebenso wenig greifen Urteile zur Umgehung von Schutzmaßnahmen, denn es ist nicht vorgetragen, dass die Beklagte zu 1) dem Nutzer ermöglicht, urheberrechtlich relevante Nutzungshandlungen vorzunehmen, deren Vornahme durch Mechanismen der verwendeten Software gesperrt ist.

(5) Dem vorstehenden Ergebnis widerspricht nicht der Umstand, dass die Verbreitung von Presseerzeugnissen einschließlich der Akquise von mittelbarer Finanzierung durch Werbung in besonderer Weise durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt ist (vgl. nur BVerfGE 21, 272, 278). Die Möglichkeit zur Schaltung von Werbung selbst wird durch den Adblocker nicht verhindert. Andererseits vermittelt auch die Pressefreiheit nicht die Befugnis, dem Nutzer unerwünschte Werbung oder sonstige Inhalte aufzudrängen. Die Annahme, dass es zwischen Nutzer und Presseverlegern ein stillschweigendes Einverständnis darüber gibt, dass kostenlose Inhalte nur werbefinanziert bereitgestellt werden, mag zwar faktisch eine Rolle bei der Vermarktung von Gratisinhalten durch Presseverleger spielen, sie vermittelt aber keine Pflicht des Nutzers, Werbung zu rezipieren. Für den Nutzer bleibt es dabei, dass auch seine negative Informationsfreiheit durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG geschützt ist (von Münch/Kunig/Wendt, Art. 5 GG, Rn. 26; im Zusammenhang mit der Abwehr unerwünschter Werbung Fikentscher/Möllers NJW 1998, 1337, 1341) und daher Werbung auch dann nicht rezipiert werden muss, wenn sie der Finanzierung wichtiger Informationsmedien dient. Sofern es technisch möglich ist, die Daten mit Werbeinhalten durch Maßnahmen im Empfangsbereich des Nutzers gar nicht erst entgegenzunehmen, darf der Nutzer sich solcher Mittel bedienen. Ein solches Mittel steht mit dem elektronischen Abruf von Daten unter Nutzung von Filterregeln bereit. Der Inhalteanbieter liefert gewissermaßen ein Verzeichnis von Angeboten, unter denen der Nutzer nach vorformulierten Regeln bestimmte Zulieferungen ablehnt. Eines substanzieller Eingriffs in die Daten selbst oder die technische Infrastruktur des Anbieters bedarf es dazu gerade nicht. 63

(6) Diese Beurteilung ändert sich nicht, wenn nur ein Teil der Werbung blockiert, im Übrigen Werbung aber infolge Whitelisting adressiert wird. 64

(7) Das Verhalten der Beklagten zu 1) verstößt nicht gegen das Verbot der allgemeinen Marktbehinderung. Tatbestandlich ist ein Verhalten allgemeine Marktbehinderung, wenn es nicht nur einen individuellen Unternehmer, sondern eine Vielzahl von Unternehmen gleichermaßen in ihrer Entfaltung beeinträchtigt (Begr. RegE UWG 2004 zu § 4 Nr. 10 a.F., BT-Drucks. 15/1487 S. 19). Marktbehinderung liegt aber erst vor, wenn ein Wettbewerbsverhalten allein oder in Verbindung mit zu erwartenden gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, der auf der unternehmerischen Leistung beruhende Wettbewerb werde in erheblichem Maße eingeschränkt (BGHZ 157, 55 = GRUR 2004, 602, 603 – 20 Minuten Köln). Im Ergebnis muss das Verhalten damit geeignet sein, eine bestimmte Angebotsform vom Markt zu drängen. Daran fehlt es. Zwar beeinträchtigt die streitgegenständliche Software die Möglichkeiten, frei zugängliche Inhalte mit Werbung zu koppeln. Es fehlt jedoch an Anhaltspunkten dafür, dass solche Angebote ohne die gleichzeitige Koppelung mit Werbung nicht mehr realisierbar sind. Die Klägerin selbst hat durch die „Aussperrung“ von Nutzern mit Adblockern einen technischen Weg gefunden, den gleichzeitigen Empfang von redaktionellen Inhalten mit 65

Werbeserverangeboten zu verkoppeln und dabei den reinen Inhaltebezug ohne Werbung zu verhindern. Dass auch reine Bezahlangebote gerade im digitalen Bereich möglich und erfolgreich sind, dürfte nicht zu bestreiten sein.

e) Die Klägerin dringt aber mit ihrem Hilfsantrag durch und kann insoweit Unterlassung nach §§ 8 Abs. 1; 3 Abs. 1, 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG verlangen. Soweit die Beklagten werbewillige Marktteilnehmern unter Voraussetzungen, zu denen auch die Zusicherung von Werbeumsatzbeteiligungen gehört, von der Blockadefunktion ihrer Software ausnehmen, liegt eine aggressive Praktik im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG vor. 66

(1) Die Klägerin hat sich auf diesen Gesichtspunkt zwar nicht bereits in ihrer Klageschrift, wohl aber im Ausgangsrechtsstreit mit Einbringung des Hilfsantrags durch den Schriftsatz vom 31.7.2015 erstmals gestützt, soweit auf S. 37 dieses Schriftsatzes Nötigung und Erpressung als Aggressionsmittel einbringt. Indem die Klägerin hilfsweise die Untersagung des Vertriebs eines Werbeblockers mit Whitelisting-Funktion anstrebt, zudem zu Beginn ihrer Berufungsbegründung vertieft vorträgt, dass sich der aus ihrer Sicht nötigende Effekt durch Ausweitung der Werbeblockerfunktion verstärkt hat, bringt sie zum Ausdruck, dass Marktteilnehmer durch das Angebot der Beklagten gezwungen werden, für die Aufnahme auf die Whitelist zu bezahlen. Unter den solchermaßen beeinflussten Marktteilnehmern finden sich jedenfalls potentiell auch Kunden der Klägerin. 67

Dagegen kann nicht angeführt werden, dass aggressive und gezielt behindernde Praktiken einen unterschiedlichen Streitgegenstand betreffen, denn aggressive Praktiken gegenüber Abnehmern gehören wie das Verbot gezielter Behinderung zu den konkurrentenbehindernden geschäftlichen Handlungen. 68

(2) Vorliegend richtet sich die aggressive Praktik zwar nicht gegen die Klägerin, wohl aber gegen Abnehmer, die auch von der Klägerin potentiell Werbeleistungen entgegennehmen. 69

Ein Verstoß gegen § 4a Abs. 1 UWG setzt voraus, dass eine aggressive geschäftliche Handlung vorgenommen wird, die geeignet ist, einen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte (§ 4a Abs. 1 Satz 1 UWG). Die mit der UWG-Reform 2015 eingeführte Bestimmung soll nach dem Willen des Gesetzgebers nicht von § 4 Nr. 1 UWG 2008 abweichen, und zwar auch nicht, soweit es um die Ansprache gegenüber Unternehmern geht (BT-Drucks. 18/6571, S. 15). 70

§ 4a Abs. 1 verlangt zweierlei: den Einsatz eines qualifizierten Einflussmittels, darunter die Belästigung, die Nötigung und die sonstige unangemessene Einwirkung (§ 4a Abs. 1 Satz 2 UWG) und zum anderen die dadurch bewirkte erhebliche Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit eines Marktteilnehmers. Diese Voraussetzungen liegen im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt vor. 71

(3) Als Aggressionsmittel kommen zwar nicht Belästigung oder Nötigung, wohl aber eine „unzulässige Beeinflussung“ in Betracht (§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-3 UWG). 72

(a) Belästigungen sind hartnäckige Ansprachen, die in die Privat- oder Geschäftssphäre des Angesprochen hineinragen (Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 4a Rn. 1.40), als Nötigung gilt die Inaussichtstellung eines empfindlichen Übels. Beide Aggressionsstufen werden im Hinblick auf Adblocker nicht erreicht, denn es fehlt die gezielte Einwirkung auf die innere Sphäre des Angesprochenen, zudem wird der Werbewilllige nicht dem Willen des Nötigenden unterworfen (Köhler aaO. Rn. 1.39). Weder wird mit rechtlich unzulässigen Mitteln gedroht noch werden drohende oder beleidigende Formulierungen verwendet (§ 4 73

Abs. 2 Satz 1 Nr. 2). Beim Whitelisting wird zwar ein erheblicher Anreiz ausgeübt, für die Zulassung zum Whitelisting zu zahlen, dieses Verhalten ist für die Angesprochenen aber nicht körperlich unausweichlich, ebensowenig ist das Verlangen einer Vergütung für sich genommen rechtlich unzulässig. Es wird auch nicht dadurch unzulässig, dass die Vergütung nur anfallen wird, weil zuvor ein Blacklisting stattgefunden hat. Beide Handlungen sind für sich genommen, aber auch in ihrer Kombination nicht unzulässig nach § 4 Nr. 4 UWG. Das Unternehmen ist zudem nicht gezwungen, die Vereinbarung zu schließen, mag es auch wirtschaftlich Nachteile haben, wenn es diesen Weg nicht geht.

(b) Das schließt aber nicht aus, dass eine „unzulässige Beeinflussung“ nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG vorliegt. Darunter fällt jede unangemessene Beeinflussung (Köhler WRP 2015, 1311, 1316), insbesondere gem. § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 S. 2 UWG ein Verhalten, aufgrund dessen der „Unternehmer eine Machtposition gegenüber einem Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt“ ausübt. Die Aggressionskraft des Mittels ist gegenüber der Nötigung oder Drohung abgeschwächt, kompensiert wird dies aber dadurch, dass sich der sich aggressiv Verhaltende in einer Machtposition gegenüber dem Abnehmer befindet. Da die Bestimmung erst 2015 eingeführt wurde, ist klar, dass die Machtposition nicht die kartellrechtlich relevante Schwelle der Marktbeherrschung oder der relativen Marktmacht im Sinne der §§ 18 ff. GWB erreichen muss (vgl. Schlingloff WRP 2014, 1224 Rn. 13). Sie kann sich insbesondere auch aus strukturellen oder situationsbedingten Umständen ergeben (Köhler/Bornkamm § 4a Rn. 1.57 f.; Scherer, GRUR 2016, 233, 238). Zwar ist nicht jede Machtposition auch aggressive Druckausübung, doch nennt das Gesetz als Anhaltspunkte für aggressives Verhalten die in § 4a Abs. 2 genannten Umstände, darunter Intensität, Art und Dauer des Einflusses und die Beeinträchtigung bei der Ausübung von Rechten. Vorliegend geht es um eine technisch wirkende Schranke in Form der Blacklist, die erst auf technischem Wege, nämlich durch von der Beklagten zu 1) kontrolliertes Whitelisting wieder zu beseitigen ist. Die Schranke wirkt insoweit als ein „Hindernis nichtvertraglicher Art“ nach § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG und sie hindert die „Ausübung vertraglicher Rechte“ gegenüber dem eigentlichen Werbepartner, weil die Sichtbarkeit der Werbung erst über die technische Freischaltung durch einen Dritten, der sich in diese Beziehung hineinbegibt, erreichbar ist. 74

Im Hinblick auf die Vorgängernorm in § 4 Nr. 1 UWG 2008 haben die Gerichte die Anwendung aggressiver Mittel verneint, wenn den betroffenen Inhalteinhabern alternative Möglichkeiten der Schaltung von Werbung verbleiben, etwa die Blockade von Nutzern mit Adblockern auch bezüglich der Inhalteangebote oder die Einführung einer Bezahlschranke (LG Hamburg K&R 2015, 600 Tz. 56 ff.), so dass im Ergebnis Wahlfreiheit verbleibe. Hinzu komme, dass die Einwirkung nicht von der Anbieterin des Adblockers, sondern von den Nutzern ausgehe (LG Hamburg aaO. Rn. 59 mit Bezugnahme auf Herrmann/Laoutoumai, IPRB 2014, 272, 275; Köhler WRP 2014, 1017, 1022). Dabei bleibt allerdings unberücksichtigt, dass die Praktik nicht nur gegenüber den Inhalteanbietern wirkt, sondern auch gegenüber deren Werbekunden, die ihrerseits die ursprünglich beabsichtigte Werbung im Zusammenhang mit den redaktionellen Inhalten der Klägerin nicht erreichen können, ohne die dazwischengeschaltete Sperre (Blacklistung) durch ein ggf. auch bezahltes Whitelisting wieder zu lösen. Es geht mithin um ein Gesamtverhalten, das über die Blacklist die Whitelist mit Durchsetzungskraft verbindet und hernach auf technischem Wege dafür sorgt, dass allein der Anbieter dieser Whitelist die Bedingungen für den Zugang zu den Inhalteangeboten wieder herstellen kann. Die Ermöglichung von Zahlungen über die Whitelist entfaltet ihr wirtschaftliches Potential also nur, weil zuvor Werbung blockiert wurde (vgl. Becker/Becker GRUR-Prax 2015, 245, 246). 75

76

Die Position der Beklagten über die Kontrolle von Blacklist- und Whitelist-Funktionen ist offenbar so stark, dass sie als Gatekeeper über einen substanziellen Zugang zu Werbefinanzierungsmöglichkeiten gegenüber werbewilligen Unternehmen verfügt, die zunächst in eine Blockadesituation geraten, aus der sie sich sodann freikaufen. Diese Situation wird nicht zwangsläufig aufgrund der wirtschaftlichen Größe der Klägerin erzielt, wohl aber aufgrund der technischen Wirkung und Verbreitung des Filterprogramms, das wiederum den Anker setzt, um Gegenfilter durch Whitelisting einzusetzen.

Dagegen kann man nicht einwenden, dass die Beklagte zu 1) im Ergebnis einem Wunsch vieler Nutzer nach werbefreier oder zurückhaltender Werbung im Internet entgegenkommt. Dieser Gesichtspunkt stellt zwar das maßgebliche Argument dafür, dass eine gezielte Behinderung im Sinne des § 4 Nr. 4 UWG fehlt. Für aggressive Praktiken im Sinne des § 4a ist eine umfassende Interessenabwägung dieser Art gesetzlich aber nicht vorgegeben und sie wird von den Gerichten so auch nicht praktiziert. Sie ist auch nicht angebracht, wenn es darum geht, einen aggressiven Druck von einem Marktbeteiligten zu nehmen, mag die dadurch bewirkte Verhaltensbeeinflussung (Blacklisting) auch einem anderen Marktbeteiligten (Rezipient) nutzen. Ziel des § 4a UWG ist es, freie Marktentscheidungen zu ermöglichen und die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer zu schützen. Zwar sieht die Richtlinie unlautere Geschäftspraktiken einen solchen Schutz nur im B2C-Bereich vor, der deutsche Gesetzgeber war aber nicht gehindert, auch sonstige Marktbeteiligte vor aggressiven Praktiken zu schützen. Das hat er bereits mit der Umsetzung des § 4 Nr. 1 UWG 2004/2008 getan. Mit der Umformulierung und systematischen Verlagerung des Verbots in den § 4a UWG wurde dieses Anliegen fortgeführt. 77

(4) Die technische Blockade bewirkt eine erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit werbewilliger Unternehmen, die der Sperre erst durch Whitelisting entgehen. Zwar gibt die Beklagte zu 1) an, dass kleinere und mittlere Unternehmen keine Zahlung an sie leisten, doch hat sie eingeräumt, dass größere Webseitenbetreiber und Werbevermittler zu Zahlungen herangezogen werden. Soweit dies erfolgt, ist die Verbindung von Blacklisting und Whitelisting eine Praktik, die auf die Entscheidungsfreiheit dieser zahlungspflichtigen unternehmerischen Abnehmer tatsächlich einwirkt, also auch Entscheidungsfreiheiten beeinflusst. Die betroffenen Unternehmen, die ohne Werbeblocker lediglich Werberaum bei Inhalteanbietern buchen müssen, werden durch die Kombination von Black- und Whitelist veranlasst, eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen, die sie ohne die Blockade nicht benötigt hätten. Dass auch große Unternehmen diesem Druck nachgeben müssen, die Einflussnahme also auch erheblich ist, zeigt das Beispiel von Zahlungen durch H, B und Z, die nach dem insoweit unstreitigen Vortrag (Klageerwiderung S. 36) Vergütungen für ein Whitelisting leisten. Die Beklagten können dagegen nicht mit Erfolg einwenden, dass die Vergütung für eine werthaltige Dienstleistung erfolgt, wenn diese Dienstleistung ohne die Verbindung von Black- und Whitelisting nicht erforderlich wäre. Zwar mag man anführen, dass die im Zusammenhang mit dem Whitelisting stehenden Vereinbarungen Werbung akzeptabler gestalten, doch ist nicht ersichtlich, dass die Vergütung allein für die akzeptable Gestaltung von Werbung gezahlt wird; insbesondere wäre hierfür ein Blacklisting und damit auch ein Werbeblocker nicht erforderlich. 78

(5) Hiergegen spricht nicht, dass die kartellrechtlichen Behinderungsverbote erst ab einer gewissen wirtschaftlichen Marktbedeutung eingreifen. In der Literatur wird zwar angeführt, dass die Ausübung wirtschaftlicher Machtpositionen über § 4a Abs. 1 UWG nicht unterhalb der Schwelle kartellrechtlich relevanter Marktmacht greifen dürfe (Kirchhoff, WRP 2015, 659, 662, allerdings noch zum Regierungsentwurf UWG; zweifelnd auch Fritzsche, WRP 2016, 1, 4; Scherer WRP 2015, 148, 150). Doch schützt § 4a UWG die Freiheit der 79

unternehmerischen Entscheidung vor individuellen Einflussnahmen, so dass in dieser Hinsicht kartellrechtliche und lauterkeitsrechtliche Vorschriften durchaus koexistieren können, ohne dass eine Vorfeldwirkung des UWG vor dem Erreichen von Marktbeherrschung diskutiert werden muss. Gerade der vorliegende Fall zeigt anschaulich, dass die Freiheit des Werbewilligen, bestimmte Werbeformen einzusetzen, nicht durch Schranken Dritter auf dem Weg zum Vertragspartner blockiert werden darf. Die Schranke ergibt sich aus technischen Blockaden, die sich zwischen die eigentlichen Vertragspartner schieben, also einen technisch wirkenden Zwang ausüben, der die Entscheidungsfreiheit schon deshalb beeinträchtigt, weil er mit wachsender Bedeutung dieser technischen Schranke anders als durch gesonderte Vergütung nicht zu überwinden ist.

4. Die Klägerin kann gegen die Beklagten dem Grund nach auch Schadensersatz nach § 9 UWG verlangen. Der Anspruch richtet sich ohne weiteres gegen die Beklagte zu 1), allerdings auch gegen die Bekl. zu 2) und 3). Soweit der Bekl. zu 2) als Geschäftsführer ausgeschieden ist, kann der Schadensersatzanspruch jedenfalls bis zum Ausscheiden ab 16.12.2015 für die bis dahin verursachten Schäden bestehen. 80

Der Anspruch scheitert nicht am fehlenden Verschulden im Hinblick auf eine zweifelhafte Rechtslage. Soweit § 4 Nr. 4 UWG in Rede steht, mag dies eine Rolle spielen, weil hier mehrere Gerichte und viele Stimmen im Schrifttum von einem zulässigen Verhalten ausgehen. Über die Auslegung des § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG besteht allerdings kein vergleichbarer Streit, weil zu der Frage im Schrifttum, aber auch in der Judikatur kaum Stellung genommen wurde. Daher genügt nach allgemeinen Grundsätzen bereits, dass sich die Beklagten im Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegen, um Sorgfaltspflichten zu begründen (Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. 2016, § 9 Rn. 1.19). 81

Die Haftung betrifft auch die Beklagten zu 2) und 3). Geschäftsführer haften grundsätzlich für Sorgfaltsverstöße, die in ihrem Unternehmen begangen werden, sofern sie an den geschäftlichen Entscheidungen, die den Verstoß ermöglicht haben beteiligt waren (BGH GRUR 2014, 883 – Geschäftsführerhaftung). Das ist vorliegend nicht problematisch, zumal die Kombination von Black- und Whitelisting mit korrespondierenden Zahlungspflichten für whitegelistete Unternehmen den Kern des Geschäftsmodells betrifft, also naturgemäß auf eine Leitungsentscheidung zurückzuführen ist. 82

Dabei kann offenbleiben, welcher konkrete Schaden durch das Whitelisting entstanden ist. Zwar stellt das reine Blacklisting keine unlautere gezielte Behinderung dar, so dass ein allein hierdurch bewirkter Schaden nicht ersatzfähig ist. Soweit die Unlauterkeit aber daraus folgt, dass Werbeumsätze der Klägerin dadurch geschmälert wurden, dass werbewillige Unternehmen für das Whitelisting zahlen und daraufhin die Zahlungsbereitschaft gegenüber der Klägerin sank, so dürfte die Bezifferung dieses Schadensersatzanspruchs zwar schwierig sein, das Bestehen eines Schadens ist aber nicht ausgeschlossen. 83

5. Unbegründet ist allerdings der Auskunftsanspruch. Zwar ist ein solcher Anspruch nach § 242 BGB denkbar (BGHZ 125, 322, 329). In der gestellten Form ist der Anspruch aber nicht geeignet, diesen Schaden zu ermitteln. Die Klägerin verlangt Auskunft über die Anzahl der Downloads, Nutzer und Aufrufe der Filterlisten. Das zielt darauf ab, das Ausmaß der gezielten Behinderung durch Downloads zu ermitteln. Im Ansatz würde hierdurch zwar erkennbar, inwieweit Werbung blockiert wurde, nicht aber, inwieweit Umsatzausfälle dadurch entstehen, dass werbewillige Kunden gegenüber der Klägerin geringere Zahlungsbereitschaft offenbaren. Diesbezüglich wurde ein Auskunftsersuchen aber nicht gestellt. 84

III. 85

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO. Die Höhe der Sicherheitsleistung berücksichtigt einerseits den Umstand, dass die Unterlassung wesentliche Teile des Geschäftsmodells der Beklagten beeinträchtigt, andererseits trägt sie aber auch der Tatsache Rechnung, dass dem Unterlassungsbegehren schon durch eine partielle Erweiterung der Whitelist Rechnung getragen werden könnte. 86

Die Zulassung der Revision war veranlasst, weil es um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung geht, über die derzeit noch Unklarheit besteht. Das betrifft sowohl die Anwendung des § 4 Nr. 4 UWG auf Werbeblocker der hier streitgegenständlichen Art als auch die Reichweite des Verbots aggressiver Praktiken nach § 4a Abs. 2 UWG. Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist insbesondere die Frage, ob Machtpositionen auch durch technisch wirkende Blockademöglichkeiten begründet werden können, wenn diese Blockaden anders als durch Vergütungszahlungen nicht ohne weiteres überwindbar sind. 87

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE