

Die Aufgabe hat 1 Seite.

Schwerpunktklausur SPB III

Sachverhalt:

Verlag V und seine Tochtergesellschaften verlegen Zeitungen und Zeitschriften und stellen ihre redaktionellen Inhalte auch im Internet zur Verfügung. Dieses Angebot finanzieren sie mit dem Entgelt, das sie von anderen Unternehmen für die Veröffentlichung von Werbung auf diesen Internetseiten erhalten. Startup S vertreibt zur Steigerung seiner Einnahmen das Softwareprogramm „AdVanish“, ein Zusatzprogramm für alle gängigen Internet-Browser, das Werbung auf Internetseiten unterdrückt. Typischerweise werden redaktionelle Inhalte des Online-Angebots (content) von einem Content-Server der V abgerufen, Werbeinhalte (ads) hingegen von Ad-Servern. Ruft der Nutzer eine Internetseite auf, werden redaktionelle und werbliche Inhalte als einheitliches Webseitenangebot dargestellt. „AdVanish“ blockiert Werbung nach Filterregeln. Inländische Nutzer von „AdVanish“ verwenden standardmäßig eine internationale und eine deutsche Filterliste. Nutzer können dieses Zusatzprogramm kostenlos herunterladen. S bietet Unternehmen die Möglichkeit, ihre Werbung von dieser Blockade durch Aufnahme in eine sog. Whitelist ausnehmen zu lassen. V und seine Tochtergesellschaften haben mit der S keine Whitelisting-Vereinbarung getroffen. Daher wird sämtliche Werbung auf ihren Internetseiten beim Betrieb von „AdVanish“ blockiert. V beanstandet die durch „AdVanish“ bewirkte Werbeblockade als unlauter und fordert S auf, dies zu unterlassen, weil hierdurch ihre Finanzierungsgrundlage beeinträchtigt werde.

Zu Recht?

Bearbeitervermerk:

Die Lösung hat in einem juristischen **Gutachten** zu erfolgen. Alle aufgeworfenen Rechtsprobleme sind – ggf. im Hilfsgutachten – zu erörtern. Zu prüfen sind ausschließlich Ansprüche aus dem UWG.

Lösungsskizze

Teil 1:

nach BGH, Urteil v. 19.4.2018 – I ZR 154/16 (MMR 2018, 817 ff.) – Werbeblocker II

Leitsätze des Gerichts:

- 1. Das Angebot einer Software, die Internetnutzern ermöglicht, beim Abruf mit Werbung finanziert Internetangebote die Anzeige von Werbung zu unterdrücken, ist keine unlautere zielgerichtete Behinderung i.S.d. § 4 Nr. 4 UWG. Dies gilt auch, wenn das Programm die Freischaltung bestimmter Werbung solcher Werbetreibender vorsieht, die dem Anbieter des Programms hierfür ein Entgelt entrichten.**
- 2. Das Angebot einer Werbeblocker-Software stellt auch keine aggressive geschäftliche Handlung i.S.d. § 4a Abs. 1 UWG ggü. den Unternehmen dar, die an der Schaltung von Werbung interessiert sind.**

V fordert S zu Recht auf es zu unterlassen die Werbung auf ihren Internetauftritten zu unterdrücken, wenn ein Unterlassungsanspruch gegenüber S einer rechtsgutachterlichen Überprüfung standhält.

A. Unterlassungsanspruch der V gegen S gemäß § 8 I 1 Alt. 2 UWG

A könnte gegen S einen Anspruch auf Unterlassen gemäß § 8 I 1 Alt. 2 UWG haben. Voraussetzung ist die Vornahme einer nach § 3 oder § 7 UWG unzulässigen geschäftlichen Handlung (1) und bei deren Vorliegen Wiederholungsgefahr (2).

I. Verstoß gegen § 3 I UWG

In Betracht kommt ein Verstoß gegen § 3 I UWG. Der Vertrieb des die Werbung auf den Internetauftritten der V blockierenden Software „AdVanish“ müsste eine unlautere geschäftliche Handlung der S darstellen.

1. Geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 I Nr. 1 UWG

Voraussetzung ist zunächst, dass der Vertrieb des die Werbung auf den Internetauftritten der V blockierenden Software „AdVanish“ eine geschäftliche Handlung i.S.v. § 2 I Nr. 1 UWG darstellt.

Dazu der BGH aaO. Rn. 20-21:

„20 a) Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung i.S.d. Gesetzes jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem

Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. ...

21 b) Nach diesem Maßstab ist das Angebot von A. eine geschäftliche Handlung. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass es i.R.d. rechtlichen Bewertung nicht angängig ist, das Angebot der Bekl. zu 1 in eine nicht-kommerzielle, da kostenlos verfügbare Blacklisting-Funktion und eine potenziell entgeltlich vertriebene Whitelisting-Funktion aufzuspalten. Es handelt sich vielmehr um ein einheitliches, der Absatzförderung des Unternehmens der Bekl. zu 1 dienendes Geschäftsmodell, deren entgeltlich angebotene Whitelisting-Funktion nur abgesetzt werden kann, wenn zuvor die unentgeltlich abgegebene Blacklisting-Funktion zum Einsatz kommt (vgl. LG München I MMR 2016, 406; Kreutz, Online-Angebote und Werbeblockersoftware, Diss. Göttingen 2017, S. 134; Alexander, GRUR 2017, 1156, 1157; Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245, 246; Engels, GRUR-Prax 2015, 338; a.A. Köhler, WRP 2014, 1017, 1020 f.). Für die Annahme einer geschäftlichen Handlung ist der unentgeltliche Charakter einzelner Aktionen des Unternehmers unerheblich, sofern diese der Förderung der gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers dienen (vgl. Ullmann, jurisPR-WettbR 11/2015 Anm. 4). Dies ist vorliegend der Fall.“

2. Unlauterkeit der geschäftlichen Handlung

Die geschäftliche Handlung müsste unlauter gewesen sein.

a) Unlauterkeit durch gezielte Behinderung gemäß § 4 Nr. 4 UWG

Die geschäftliche Handlung des S könnte eine gezielte Behinderung eines Mitbewerbers gem. § 4 Nr. 4 UWG darstellen.

aa) Mitbewerber, § 2 I Nr. 3 UWG

Zunächst müssten V und S in einem Mitbewerberverhältnis i.S.v. § 2 I Nr. 3 UWG stehen. Bei V und S handelt es sich um Unternehmen im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG, die jedoch in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinanderstehen müssen

Dazu die Vorinstanz OLG Köln Urteil vom 24.6.2016 – 6 U 149/15 (MMR 2017, 124 ff.) Rn. 49:

„49 (1) Die Klagebefugnis kann nicht mit Hinweis darauf bezweifelt werden, dass die Kl. redaktionelle Leistungen an Leser und die Bekl. 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 [= MMR 2015, 660], Rdnr. 179; LG Hamburg K&R 2015, 600 [= MMR-Aktuell 2015, 374631 (Ls.)], Rdnr. 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 [= MMR 2004, 662 m. Anm. Funk/Zeifang] – Werbeblocker).“

S und V sind Mitbewerber i.S.v. §§ 4 Nr. 4, 2 I Nr. 3 UWG.

bb) Gezielte Behinderung

S müsste V gezielt behindert haben, § 4 Nr. 4 UWG.

Dazu der BGH aaO. Rn. 23:

„23 a) Nach der Vorschrift des § 4 Nr. 4 UWG, die mit Wirkung v. 10.12.2015 ohne Änderung in der Sache an die Stelle des § 4 Nr. 10 UWG a.F. getreten ist (vgl. BGH, U. v. 12.1.2017 – I ZR 253/14, [= MMR 2017, 394], Rdnr. 48 – World of Warcraft II, m.w.Nw.), handelt unlauter, wer Mitbewerber gezielt behindert. ... Unlauter ist die Beeinträchtigung im Allgemeinen dann, wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen ...“

(1) Verdrängungsabsicht

Die bloße Beeinträchtigung der Entfaltungsmöglichkeit eines Mitbewerbers ist nicht unlauter. Es müssen besondere Umstände hinzutreten, die zu einer „gezielten“ Behinderung eines Mitbewerbers führen. Ein besonderer, die Unlauterkeit begründender Umstand kann in der Verdrängungsabsicht liegen.

Dazu der BGH aaO. Rn. 25-26:

„25 c) Die Revision der Kl. macht vergeblich geltend, die Bekl. handelten in Verdrängungsabsicht, weil ihr Geschäftsmodell keinen anderen Zweck als die Verdrängung oder Schwächung des Mitbewerbers haben könne. ...“

26 Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts, ... kann nicht vom Vorliegen einer Schädigungsabsicht ausgegangen werden. Die Revision rückt den Streitfall zu Unrecht in die Nähe solcher Sachverhalte, in denen ein Verhalten in erster Linie auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers und nicht auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet ist (vgl. BGH, U. v. 20.1.2005 – I ZR 29/02, Rdnr. 22 – The Colour of Elegance; BGHZ 171, 73, Rdnr. 23 – Außendienstmitarbeiter; BGH GRUR 2015, 607 [= MMR 2015, 446], Rdnr. 17 – Uhrenankauf im Internet; BGHZ 207, 7 f. – Goldbären). Zwar beeinträchtigt das angegriffene Geschäftsmodell durch die Unterdrückung von Werbung auf den Internetseiten der Kl. deren Werbeeinnahmen. Der Erzielung solcher Einnahmen steht das Programm der Bekl. zu 1 jedoch nicht grds. entgegen, weil es die Möglichkeit der Freischaltung von Werbung durch Aufnahme in die Whitelist eröffnet. Das Programm der Bekl. zu 1 setzt mithin die Funktionsfähigkeit der Internetseite der Kl. gerade voraus (vgl. BGH, U. v. 30.4.2014 – I ZR 224/12 [= MMR 2014, 740], Rdnr. 25 – Flugvermittlung im Internet; Köhler, WRP 2014, 1017, 1021). Dass die Bekl. zu 1 sich diese Freischaltung jedenfalls teilweise bezahlen lässt, schmälert die Werbeeinnahmen der Betreiber von Internetseiten, belegt aber zugleich das dem angegriffenen Verhalten zugrundeliegende eigenwirtschaftliche Interesse. Richtet man den Blick zudem auf das Interesse solcher Internetnutzer, die mithilfe des von ihnen installierten Programms A. bestimmte, von der Bekl. zu 1 als aufdringlich eingeordnete Werbeformen bei dem Besuch kostenfreier Internetseiten nicht angezeigt bekommen möchten, erweist sich die angegriffene Geschäftsidee als marktgängiges Dienstleistungsangebot, das nicht in erster Linie auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung der Kl. gerichtet ist.“

S handelte nicht in Verdrängungsabsicht.

(2) Unmittelbare Einwirkung auf das Produkt des V

Ohne den o.g. Zweck ist eine Behinderung dann gezielt, wenn der beeinträchtigte Mitbewerber seine Leistung nicht mehr selbst am Markt in angemessener Weise erbringen kann. Dies ist auf Grund einer Gesamtwürdigung des Einzelfalls unter umfassender Interessenabwägung festzustellen.

Zunächst könnte eine unmittelbare Einwirkung auf das Produkt der V vorliegen.

Dazu der BGH aaO. Rn. 29-30:

„29 Eine produktbezogene Behinderung durch unmittelbare Einwirkung auf das Produkt des Wettbewerbers kommt in Betracht, wenn dieses vernichtet, beiseite geschafft, verändert oder beschädigt wird (vgl. BGH, U. v. 18.2.1972 – I ZR 82/70, Rdnr. 19 – Teerspritzmaschinen; BGH GRUR 2002, 877, 879 [= MMR 2004, 662 m. Anm. Funk/Zeifang], Rdnr. 26 – Werbeblocker I; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 4 Rdnr. 4.48). Die Beeinträchtigung muss in diesen Fällen unmittelbar vom Wettbewerber ausgehen, dieser also direkt auf das Produkt einwirken (vgl. BGH, a.a.O. – Werbeblocker I).“

30 Eine unmittelbare Einwirkung durch die Bekl. liegt im Streitfall schon deshalb nicht vor, weil Installation und Einsatz des Programms der autonomen Entscheidung des Internetnutzers vorbehalten sind. Nicht anders als in den Fällen der Werbebehinderung (vgl. BGH GRUR 2017, 21 – Fremdcoupon-Einlösung) stellt eine Beeinträchtigung, die sich erst auf Grund der freien Entscheidung eines weiteren Marktteilnehmers ergibt, grds. keine unlautere Behinderung dar. Selbst wenn – wie die Revision der Kl. geltend macht – die Bekl. zu 1 allein entscheidet, welche Werbung in die von A. angewendeten Filterlisten aufgenommen wird, und ihr Programm mit einer Voreinstellung ausliefert, die 99% der Nutzer nicht verändern, stellen die Bekl. lediglich ein Produkt zur Verfügung, über dessen Anwendung allein der Internetnutzer entscheidet. ...“

S wirkt nicht unmittelbar auf das Produkt der V ein.

(3) Mittelbare Einwirkung auf das Produkt des V

S könnte jedoch durch den Vertrieb der Software „AdVanish“ mittelbar auf das Produkt der V einwirken und dieses so unlauter behindern.

Dazu der BGH aaO. Rn. 32-41:

„32 (1) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass das Programm der Bekl. zu 1 gegen Werbeblocker gerichtete Schutzvorkehrungen des Internetangebots der Kl. unterläuft. Die Revision der Kl. macht nicht geltend, dass diesbezüglicher Sachvortrag übergegangen worden wäre.“

33 (2) Entgegen der Ansicht der Revision der Kl. ist das Angebot des beanstandeten Programms durch die Bekl. zu 1 auch nicht unter Berücksichtigung urheberrechtlicher Wertungen als unlautere mittelbare Einwirkung anzusehen. ...“

34 Die von der Revision der Kl. geforderte Berücksichtigung urheberrechtlicher Belange spricht nicht für die Annahme einer unlauteren Behinderung. Dies gilt schon deshalb, weil der Tatbestand der unlauteren Behinderung sich nach Schutzzweck, Voraussetzungen und

Rechtsfolgen von den Sonderschutzrechten unterscheidet (zu § 4 Nr. 3 UWG vgl. BGHZ 210, 144, Rdnr. 37 – Segmentstruktur, m.w.Nw.). Das Berufungsgericht hat zudem angenommen, dass es für einen Urheberrechtsverstoß an Nutzungshandlungen fehlt, die direkt auf die Server oder Programme der Kl. zugreifen. ...

35 (3) Die vorzunehmende Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit führt zu dem Ergebnis, dass im Streitfall keine unlautere Behinderung in Form der mittelbaren Produkteinwirkung vorliegt.

36 I.R.d. Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Behinderungstatbestands ist – wie auch im Falle anderer unbestimmter Rechtsbegriffe des Zivilrechts – die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu beachten (mittelbare Drittewirkung der Grundrechte; grundlegend BVerfGE 7, 198, 205 ff. – Lüth-Urteil; vgl. BGHZ 208, 82, Rdnr. 32 [= MMR 2016, 180 m. Anm. Finger/Conraths] – Störerhaftung des Access-Providers; Müller-Franken, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 13. Aufl., Vorb. v. Art. 1 Rdnr. 22 m.w.Nw.).

37 Auf Seiten der Kl. als Medienunternehmen sind die Grundrechte der Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) betroffen. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG schützt die Eigenständigkeit der Presse von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht unter Einschluss des Anzeigenteils eines Presseorgans. Der Schutzbereich erfasst nicht nur Presseerzeugnisse im herkömmlichen Sinne (vgl. BVerfGE 21, 271, 278 – Südkurier; BVerfGE 66, 116, 133; BVerfG GRUR 2001, 170, 172; BGH, U. v. 16.8.2012 – I ZR 96/09, Rdnr. 35; U. v. 5.2.2015 – I ZR 136/13, Rdnr. 34 – TIP der Woche, m.w.Nw.). Das Grundrecht der Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG erfasst neben der Berufswahl auch die Art und Weise der unternehmerischen Tätigkeit (BVerfGE 50, 290, 363; BVerfGE 114, 196, 244; BGH, U. v. 12.11.2015 – I ZR 167/14, Rdnr. 18 – Abschlagspflicht II, m.w.Nw.). Hinsichtlich der Bekl. ist ebenfalls die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

38 Auf Seiten der Internetnutzer ist das Interesse, von – zumal aufdringlicher – Werbung verschont zu bleiben, zu berücksichtigen. Grundrechtlich geschützt ist jedenfalls das Interesse, von aufgedrängter Werbung verschont zu bleiben. Der Senat hat diesen Schutz Art. 2 Abs. 1 GG entnommen (vgl. BGH, U. v. 22.4.2010 – I ZR 29/09, Rdnr. 15 – Grabmalwerbung; U. v. 3.3.2011 – I ZR 167/09 [= MMR 2011, 660], Rdnr. 17 – Kreditkartenübersendung). Das Berufungsgericht hat angenommen, aus Art. 5 Abs. 1 GG ergebe sich nicht nur das positive Recht auf Meinungsäußerung und Information, sondern zugleich das Recht, sich nicht zu äußern oder sich aufgedrängten Informationen zu verschließen (negative Informationsfreiheit). Im Streitfall geht es allerdings nicht um aufgedrängte Werbung, sondern um aufdringliche Werbung. Die Nutzer können frei entscheiden, ob sie das Angebot einer kostenlosen, werbefinanzierten Online-Zeitung in Anspruch nehmen oder nicht. Gleichwohl kann auch ein (etwaig grundrechtlich nicht geschütztes) Interesse der Internetnutzer, von aufdringlicher Werbung verschont zu bleiben, berücksichtigt werden.

39 Bei der Gewichtung der von der Kl. beanstandeten Beeinträchtigung ihrer Geschäftstätigkeit ist zunächst zu beachten, dass sich auch Unternehmen des Medienbereichs den Herausforderungen des Markts stellen müssen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von der Kraft der Innovation lebt (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 33 – Werbeblocker I). Zu diesen Herausforderungen zählt auch die Entwicklung von Maßnahmen, mit deren Hilfe Medienunternehmen den negativen Auswirkungen der Handlungen eines Wettbewerbers

entgegenwirken können (vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 33 – Werbeblocker I). Hierzu hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Kl. über eine technische Funktion verfügt, mit deren Hilfe Nutzer, die Werbeblocker einsetzen, von der Wahrnehmung kostenloser redaktioneller Inhalte ausgeschlossen werden können. Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, dass Anbietern von redaktionellen Inhalten im Internet die Möglichkeit offensteht, durch die Einführung von Bezahlangeboten für Einnahmen zu sorgen. Auf der Grundlage dieser Feststellungen, die die Revision der Kl. nicht wirksam angreift, kann keine Rede davon sein, dass die Kl. gezwungen wäre, auf das Angebot der kostenpflichtigen Whitelisting-Funktion einzugehen.

40 Auf Seiten der Bekl. zu 1 berührte das Verbot, eine bestimmte Software zu vertreiben, ihre Berufsfreiheit erheblich.

41 Die Gesamtwürdigung führt zu dem Ergebnis, dass das Lauterkeitsrecht ein Verbot der angegriffenen Software unter dem Aspekt der zielgerichteten Behinderung nicht rechtfertigt (vgl. MüKo-UWG/Jänich, 2. Aufl., § 4 Nr. 10 Rdnr. 75; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 4 Rdnr. 4.48a; Mankowski, in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., S. 12 Rdnr. 75; Ohly, in Ohly/Sosnitza, a.a.O., § 4 Rdnr. 4/64; Köhler, WRP 2014, 1017, 1022). Die Kl. ist auch als grundrechtlich nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG privilegiertes Medienunternehmen gehalten, sich zur Abwehr der vom Einsatz des Programms der Bekl. zu 1 ausgehenden wettbewerblichen Beeinträchtigung eigener wettbewerblicher Mittel zu bedienen. Solche Mittel stehen der Kl. zur Verfügung, weil sie den Abruf ihres Internetangebots durch Nutzer von Werbeblockern verhindern oder ihr Angebot auf entgeltlichen Abruf umstellen kann. Das beanstandete Programm dient als wettbewerbsimmanente Maßnahme dem Auswahlinteresse der Internetnutzer. Der Nutzer hat zwar keinen Anspruch darauf, von vornherein vor aufdringlicher Werbung verschont zu werden, wenn er freiwillig ein werbefinanziertes Angebot in Anspruch nimmt. Umgekehrt hat aber auch die Kl. keinen Anspruch darauf, dass der Nutzer die Werbung zur Kenntnis nimmt und keinen Werbeblocker einsetzt, wenn sie keine technischen Maßnahmen gegen eine Verwendung von Werbeblocken ergreift. Nach allem stellt der Vertrieb des Werbeblocker-Programms keine unlautere gezielte Behinderung dar.

cc) Zwischenergebnis

Eine unlautere gezielte Behinderung des V durch den Vertrieb der Software „AdVanish“ durch S i.S.v. § 4 Nr. 4 UWG.

b) Unlauterkeit durch allgemeine Marktbehinderung, § 3 I UWG

Liegen, wie hier, die Voraussetzungen des § 4 Nr. 4 UWG nicht vor, kommt eine Unlauterkeit durch allgemeine Marktbehinderung i.S.v. § 3 I UWG in Betracht.

Dazu der BGH aaO. Rn. 43-45:

„43 a) Der § 3 Abs. 1 UWG zu entnehmende Tatbestand der allgemeinen Marktstörung ist erfüllt, wenn ein für sich genommen zwar nicht unlauteres, aber immerhin bedenkliches Wettbewerbsverhalten allein oder in Verbindung mit gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, dass der auf der unternehmerischen Leistung beruhende Wettbewerb in erheblichem Maß eingeschränkt wird (BGH, U. v. 2.10.2008 – I ZR 48/06, Rdnr. 25 – KüchentiefstpreisGarantie; U. v. 29.10.2009 – I ZR 180/07, Rdnr. 20 – Stumme Verkäufer II).

44 b) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Programm der Bekl. zu 1 beeinträchtige zwar die Möglichkeiten der Kl., frei zugängliche Inhalte mit Werbung zu koppeln. Es bestünden jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass – wie für eine allgemeine Marktbehinderung erforderlich – solche Angebote ohne die gleichzeitige Koppelung mit Werbung nicht mehr realisierbar seien. Die Kl. habe – im Gegenteil – die Möglichkeit, Nutzer mit Werbeblockern auf technische Weise von ihrem Angebot „auszusperren“ oder ihre redaktionellen Inhalte kostenpflichtig anzubieten. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

45 c) Die Revision der Kl. macht ohne Erfolg geltend, das Programm der Bekl. zu 1 zerstöre das Geschäftsmodell der Bereitstellung kostenloser, werbefinanzierter Inhalte im Internet. Mit dieser Darlegung zeigt die Revision keine Rechtsfehler der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts auf, sondern bemängelt nur deren vom Standpunkt der Kl. abweichendes Ergebnis. Auf der Grundlage der von der Revision der Kl. nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht erkennbar, dass auf Grund des Einsatzes des angegriffenen Programms der Bekl. zu 1 jegliches Angebot werbefinanzierter redaktioneller Inhalte im Internet vom Markt verdrängt werden könnte. Auch hier gilt, dass sich die Kl. den Herausforderungen des Wettbewerbs zu stellen hat. Es ist nicht Aufgabe des Behinderungstatbestands oder des Lauterkeitsrechts allgemein, bestehende wettbewerbliche Strukturen zu bewahren und wirtschaftlichen Entwicklungen entgegenzusteuern, in denen die bisherigen Marktteilnehmer eine Bedrohung ihres Kundenstamms erblicken (vgl. BGHZ 157, 55, 64 f., Rdnr. 24 – 20 Minuten Köln).“

Eine allgemeine Marktbehinderung i.S.v. § 3 I UWG ist ebenfalls auszuschließen.

c) Unlauterkeit durch eine unzulässige Beeinflussung, § 4a I 2 Nr. 3 UWG

In Betracht kommt schließlich eine aggressive geschäftliche Handlung des S gegen V durch unzulässige Beeinflussung gem. § 4a I 2 Nr. 3 UWG.

Dazu der BGH aaO. Rn. 51-71:

„51 b) § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG verbietet aggressive geschäftliche Handlungen, die geeignet sind, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Für eine im Streitfall allein in Betracht kommende unzulässige Beeinflussung der Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers (§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG) ist erforderlich, dass der Unternehmer eine Machtposition ggü. dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt (§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG; vgl. Art. 2 lit. j i.V.m. Art. 8 RL 2005/29/EG). ...

55 d) Das Berufungsgericht hat angenommen, das Verhalten der Bekl. stelle eine gegen werbewillige Marktteilnehmer gerichtete aggressive Praktik dar, soweit die Bekl. diese Marktteilnehmer gegen eine Umsatzbeteiligung von der Blockadefunktion ausnehme.

56 Vergeblich rügt die Revision der Bekl., damit habe das Berufungsgericht seiner Entscheidung unter Verstoß gegen den Beibringungsgrundsatz einen von der Kl. nicht vorgetragenen Sachverhalt zu Grunde gelegt, weil die Kl. stets ausschließlich eine gegen sie, nicht aber eine gegen Werbekunden der Kl. gerichtete aggressive Handlung vorgetragen habe.

57 Die Kl. hat im nachgelassenen Schriftsatz v. 6.6.2016 ausdrücklich geltend gemacht, dass die Bekl. Whitelisting-Vereinbarungen auch mit Werbetreibenden und nicht nur mit Website-Betreibern wie der Kl. abschließt und dass die Bekl. insoweit auf Werbetreibende Druck ausübt, weil diese darauf angewiesen sind, eine Whitelisting-Vereinbarung abzuschließen.

58 e) Die Revision der Bekl. rügt ferner ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht einerseits angenommen habe, die Kl. selbst sei von der mit dem Unterlassungshilfsantrag angegriffenen Geschäftspraktik nicht betroffen, andererseits aber die Aktivlegitimation der Kl. als Mitbewerberin im Wettbewerb um Zahlungen werbewilliger Unternehmen bejaht habe. Der von der Revision der Bekl. hiergegen vorgebrachte Einwand, nur dem von der aggressiven Geschäftspraktik betroffenen Mitbewerber stehe die Klagebefugnis zu, verfängt nicht. Zwar ist für die mitbewerberschützenden Tatbestände des § 4 UWG anerkannt, dass ihre Geltendmachung dem in seinem individuellen Schutzinteresse betroffenen Mitbewerber vorbehalten ist (zu § 4 Nr. 4 UWG vgl. BGH, a.a.O., Rdnr. 31 – Fremdcoupon-Einlösung, m.w.Nw.). Dies gilt jedoch nicht für die Vorschrift des § 4a UWG, die aggressive geschäftliche Handlungen nicht im Horizontalverhältnis, sondern im Vertikalverhältnis – ggü. Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern – verbietet (vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 4a Rdnr. 1.27).

59 f) Gleichfalls ohne Erfolg rügt die Revision der Bekl. die Annahme des Berufungsgerichts, die Bekl. habe ggü. Werbepartnern der Kl. eine Machtposition i.S.d. § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG inne. ...

60 Eine Machtposition i.S.d. § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG ist eine überlegene Stellung, die situativ oder strukturell – etwa durch wirtschaftliche Überlegenheit – begründet sein kann (vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/ Feddersen, a.a.O., § 4a Rdnr. 1.58; Scherer, in: Fezer/Büscher/Obergfell, a.a.O., § 4a Rdnr. 129).

61 Zwar weist die Revision der Bekl. zu Recht darauf hin, dass das Berufungsgericht über den streitigen Umfang der Verbreitung von A. keinen Beweis erhoben hat. Indes haben die Bekl. selbst vorgebracht, dass die Software auf über 9,5 Mio. Endgeräten mit Zugang zum Internet verwendet wird. Diese Darlegung sowie die Berücksichtigung der unstreitigen Vertragsverhältnisse der Bekl. zu 1 mit den Großunternehmen Google, Amazon und Yahoo trägt die Feststellung des Berufungsgerichts, der den Bekl. auf Grund der technischen Blockadevorrichtung offen stehende substantielle Zugang zur Werbefinanzierung werbewilliger Unternehmen komme einer überlegenen Stellung gleich.

62 Weiter verfängt die Rüge der Revision der Bekl. nicht, das Berufungsgericht habe bei der Beurteilung der technisch begründeten Machtposition der Bekl. verkannt, dass die Konfiguration der Software in der Hand der Nutzer liege, die etwa sämtliche Werbung ungeachtet der Whitelist blockieren könnten. Im Hinblick auf vorstehende Feststellungen und den Umstand, dass das Programm der Bekl. zu 1 unstreitig mit der auf das Whitelisting bezogenen Voreinstellung ausgeliefert wird, erweist sich die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts auch insoweit als rechtsfehlerfrei.

63 g) Mit Erfolg wendet sich die Revision der Bekl. allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG unzulässige Beeinflussung liege darin, dass die Kl. an der Ausübung vertraglicher Rechte i.S.d. § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG ggü. den Werbepartnern gehindert werde.

64 Das Berufungsgericht hat angenommen, durch die Blacklist werde eine technisch wirkende Schranke errichtet, die nur durch das von der Bekl. zu 1 kontrollierte Whitelisting überwunden werden könne. Dies sei ein Hindernis nicht vertraglicher Art i.S.v. § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UWG, durch das die Ausübung vertraglicher Rechte ggü. dem eigentlichen Werbepartner gehindert werde, weil die Sichtbarkeit der Werbung erst über die Freischaltung durch einen Dritten – die Bekl. zu 1 – erreichbar sei. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Einwände der Revision der Bekl. sind begründet.

65 Nach § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UWG ist bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv ist, auf belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art abzustellen, mit denen der Unternehmer den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer an der Ausübung seiner vertraglichen Rechte zu hindern versucht, wozu auch das Recht gehört, den Vertrag zu kündigen oder zu einer anderen Ware oder Dienstleistung oder einem anderen Unternehmer zu wechseln. Nach Wortlaut und Sinn dieser Vorschrift bezieht sich die Einwirkung, mit der die Ausübung vertraglicher Rechte verhindert werden soll, auf solche vertraglichen Rechte, die dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer ggü. dem ihm ggü. aggressiv handelnden Unternehmer zustehen (Alexander, GRUR 2016, 1089, 1090; Fritzsche, WRP 2016, 1036, 1037).

66 Hieran fehlt es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall, denen zufolge einerseits die Bekl. ggü. Werbepartnern der Kl. aggressiv handelt, andererseits die Verhinderung der Vertragsausübung im Verhältnis zwischen der Kl. und ihren Werbepartnern erfolgen soll. Die Einwirkung des Aggressors auf die Ausübung von Rechten in einem Vertragsverhältnis, das zwischen dem von der geschäftlichen Handlung betroffenen Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer und einem Dritten besteht, unterfällt § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UWG nicht.

67 h) Gleichfalls mit Erfolg beanstandet die Revision der Bekl. die Annahme des Berufungsgerichts, die Bekl. nutzten ihre Machtposition in einer Weise aus, die die Fähigkeit sonstiger Marktteilnehmer zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränke.

68 Die Prüfung, ob durch die Ausübung von Druck die Fähigkeit zu einer informierten Entscheidung wesentlich eingeschränkt ist, hat nach dem Maßstab des durchschnittlichen Adressaten der geschäftlichen Handlung – hier: des sonstigen Marktteilnehmers – zu erfolgen ... Eine solche Einschränkung liegt vor, wenn die geschäftliche Handlung das Urteilsvermögen des sonstigen Marktteilnehmers beeinträchtigt, er also die Vor- und Nachteile des Geschäfts nicht mehr hinreichend wahrnehmen und gegeneinander abwägen kann (vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 4a Rdnr. 1.66).

69 Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass größere Webseitenbetreiber und Werbevermittler in ihrer Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt würden, vermag dies auf der Grundlage der weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts einen Verstoß gegen § 4a UWG nicht zu begründen. Denn danach sind nicht diese, sondern werbewillige Unternehmen – (potentielle) Kunden der Kl. – Adressaten der aggressiven geschäftlichen Handlung der Bekl.

70 Aber auch die Annahme des Berufungsgerichts, werbewillige Unternehmen seien in ihrer Fähigkeit zu einer informierten geschäftlichen Entscheidung beeinträchtigt, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat seiner Beurteilung einen unzutreffenden rechtlichen Maßstab des durchschnittlichen Adressaten der beanstandeten geschäftlichen Handlung zu Grunde gelegt.

71 Im Falle einer geschäftlichen Handlung ggü. sonstigen Marktteilnehmern ist von einer durchschnittlichen geschäftlichen Erfahrenheit der beteiligten Unternehmen auszugehen. Bei Anlegung dieses Maßstabs kann nicht angenommen werden, dass allein die Existenz des entgeltlichen Whitelisting die Urteilsfähigkeit der handelnden Personen beeinträchtigt und diese zu irrationalen Handlungen verleitet werden ... Wird ein Unternehmen, das die Schaltung von Werbung im Internet beabsichtigt, mit dem Phänomen der Werbeblocker konfrontiert, so ist davon auszugehen, dass i.R.d. wirtschaftlichen Entscheidungsfindung die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachtet und abgewogen werden.“

Eine aggressive geschäftliche Handlung des S gegen V durch unzulässige Beeinflussung gem. § 4a I 2 Nr. 3 UWG liegt ebenfalls nicht vor.

II. Zwischenergebnis

Da weitere Unlauterkeitstatbestände nicht ersichtlich sind, war die geschäftliche Handlung des S nicht gem. § 3 I UWG unzulässig.

B. Ergebnis

V hat gegen S keinen Unterlassungsanspruch aus dem UWG.

(Fortführung im Hilfsgutachten)

II. Wiederholungsgefahr

Die Wiederholungsgefahr ist bei rechtswidrigem Handeln im unternehmerischen Verkehr nach der Lebenserfahrung zu vermuten. S trägt nichts Gegenteiliges vor.

III. Anspruchsberechtigung des V

V ist als Mitbewerber des S (s.o.) gem. § 8 III Nr. 1 anspruchsberechtigt.

IV. Anspruchsverpflichtung der E

S ist als Verletzer der richtige Anspruchsgegner des V und somit anspruchsverpflichtet.

B. Ergebnis