

Werbeblocker II: Internet Werbeblocker nicht wettbewerbswidrig

Bundesgerichtshof

Urteil vom 19.04.2018

Az.: I ZR 154/16

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. April 2018

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung der Revision der Klägerin das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 24. Juni 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 33. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 29. September 2015 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin, ein Verlag, und ihre Tochtergesellschaften verlegen Zeitungen und Zeitschriften (z.B. B. , D.) 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.

Die Beklagte zu 1 vertreibt das Softwareprogramm A. , ein Zusatzprogramm für alle gängigen Internet-Browser, das Werbung auf Internetseiten unterdrückt. Der Beklagte zu 3 ist Geschäftsführer der Beklagten zu 1; der Beklagte zu 2 hatte diese Stellung bis zum 17. Dezember 2015 inne.

Typischerweise werden redaktionelle Inhalte des Online-Angebots („content“) von einem Content-Server der Klägerin abgerufen, Werbeinhalte („ads“) hingegen von Ad-Servern. Ruft der Nutzer eine Internetseite auf, werden redaktionelle und werbliche Inhalte als einheitliches Webseitenangebot dargestellt. A. beeinflusst den Zugriff des Browsers des Nutzers, so dass nur noch Dateien von Content-Servern, nicht aber von Ad-Servern angezeigt werden.

A. blockiert Werbung nach Filterregeln, die in einer sogenannten Blacklist enthalten sind. Inländische Nutzer von A. verwenden standardmäßig eine internationale und eine deutsche Filterliste („Easylist“ und „Easylist Germany“). Die Beklagte bietet Unternehmen die Möglichkeit, ihre Werbung von dieser Blockade durch Aufnahme in eine sogenannte Whitelist ausnehmen zu lassen. Voraussetzung hierfür ist, dass diese Werbung die von der Beklagten gestellten Anforderungen an eine „akzeptable Werbung“ erfüllt und die Unternehmen die Beklagte am Umsatz beteiligen. Bei kleineren und mittleren Unternehmen verlangt die Beklagte für die Ausnahme von der automatischen Blockade nach eigenen Angaben keine Umsatzbeteiligung. Bei der Auslieferung an den Nutzer ist A. so voreingestellt, dass dem Nutzer die in die Whitelist aufgenommene Werbung angezeigt wird. Der Nutzer kann diese Voreinstellung dahin ändern, dass auch von der Whitelist erfasste Werbung blockiert wird.

Die Klägerin und ihre Tochtergesellschaften haben mit der Beklagten zu 1 keine Whitelisting-Vereinbarung getroffen. Daher wird sämtliche Werbung auf ihren Internetseiten beim

Betrieb von A. blockiert. Die Klägerin beanstandet mit ihrer im Juni 2014 erhobenen Klage die durch A. bewirkte Werbeblockade als gezielte Behinderung und aggressive Geschäftspraktik. Sie hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, ein Softwareprogramm einschließlich der „Easy-List“ 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 A. geschehen –, das Werbeinhalte auf den Seiten

www.b .de, www.w .de, www.b -b .de, www.s .de, www.a .de, www.c .de, www.m .de, www.mu .de, www.r .de, www.ca .de, www.e .de, www.k .de, www.s .de, www.re .de, www.w .com, www.t .de, www.my .de, www.wa .de, www.o .de, www.g .de, www.tr .de, www.n .de, www.i .de, www.z .tv

einschließlich deren mobilen Anwendungen unterdrückt;

hilfsweise: die Beklagten 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,

2. die Beklagte ferner zu verurteilen, der Klägerin Auskünfte zu erteilen über

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

– die Anzahl der Nutzer des Software-Programms „A. “ in Deutschland am Stichtag sechs Monate vor Rechtshängigkeit und seitdem, gegliedert nach Monaten;

– 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 und noch entstehen wird.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagten nach dem Hilfsantrag zur Unterlassung verurteilt und die Schadensersatzpflicht der Beklagten festgestellt. Den Hauptantrag auf Unterlassung und den Auskunftsantrag hat das Berufungsgericht abgewiesen (OLG Köln, GRUR 2016, 1082 = WRP 2016, 1027). Hiergegen richten sich die vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen der Klägerin und der Beklagten, deren Zurückweisung die jeweilige Gegenpartei beantragt.

Entscheidungsgründe

A. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungshilfsantrag und den Antrag auf Schadensersatzfeststellung, nicht aber den Unterlassungshauptantrag und den Auskunftsantrag für begründet erachtet und hierzu ausgeführt:

Die Parteien seien Mitbewerber, weil die erforderliche unmittelbare Konkurrentenbeziehung zum einen im Hinblick auf die geltend gemachte gezielte Behinderung durch die Beeinträchtigung des Absatz- oder Werbeverhaltens des Behinderten entstehe und weil die Parteien zum anderen im Hinblick auf die Whitelisting-Funktion von A. im Wettbewerb um Zahlungen werbewilliger Unternehmen stünden. Angebot und Vertrieb von A. seien geschäftliche Handlungen, weil die Beklagte zu 1 durch die Whitelisting-Funktion eine Werbeumsatzbeteiligung erhalten und damit ihren Absatz fördern

könne. Ebenso begründe schon die reine Blacklisting-Funktion der Software eine geschäftliche Handlung, weil Blacklisting- und Whitelisting-Funktion aufeinander aufbauten und nicht künstlich in ein nicht-kommerzielles und ein kommerzielles Geschäftsfeld getrennt werden dürften.

Die Beklagten verstießen jedoch nicht gegen das Verbot der gezielten Behinderung nach § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 4 UWG. Eine Schädigungsabsicht könne nicht festgestellt werden, weil wirtschaftliche Schäden, die Mitbewerber durch Angebote von Konkurrenten erleiden, wettbewerbsimmanent seien und auch keine Vermutung für eine Schädigungsabsicht bestehe. Die Klägerin werde

auch nicht gehindert, ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung in angemessener Weise zur Geltung zu bringen. Das Angebot der Beklagten zu 1 wirke nicht physisch unmittelbar oder mittelbar auf Waren oder Dienstleistungen der Klägerin ein. Der Nutzer sei selbst für das Vorenthalten von gefilterten Inhalten verantwortlich, weil er die Software installiert habe. Eine Verletzung des Urheberrechts liege nicht vor, weil bei der Nutzung von A. weder in die Programmierung der Webseiten eingegriffen werde noch unrechtmäßig Inhalte der Klägerin genutzt würden. Die Pressefreiheit gebiete zwar den Schutz der Verbreitung von Presseerzeugnissen einschließlich der Akquisition von Werbung. Die Schaltung von Werbung werde durch A. jedoch nicht verhindert. Dem gegenüber könne sich der Nutzer auf seine negative Informationsfreiheit berufen.

Das Verhalten der Beklagten stelle allerdings eine gegen werbewillige Marktteilnehmer gerichtete aggressive Praktik im Sinne von § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG dar, soweit die Beklagten diese Marktteilnehmer unter der Voraussetzung einer Umsatzbeteiligung von der Blockadefunktion ausnähmen. Zwar fehle es an einer Belästigung oder Nötigung, jedoch übten die Beklagten eine unzulässige Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG aus. Durch die Blacklisting-Funktion werde eine

technisch wirkende Schranke errichtet, die nur durch die von der Beklagten zu 1 kontrollierte Whitelisting-Funktion überwunden werden könne. Die Entscheidungsfreiheit der werbewilligen Unternehmen sei erheblich beeinträchtigt, weil sie der Sperre erst durch die Whitelisting-Funktion entgingen.

Die Beklagten schuldeten ferner Schadensersatz, nicht jedoch Erteilung der verlangten Auskünfte, weil damit der Schaden der Klägerin nicht ermittelt werden könne.

B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Die Revision der Beklagten führt hingegen zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Abweisung der Klage. Die Rechtsmittel der Parteien sind uneingeschränkt zulässig (dazu B I). Die Revision der Klägerin wendet sich ohne Erfolg gegen die Abweisung des Unterlassungshauptantrags (dazu B II).

Mit Erfolg greift die Revision der Beklagten ihre Verurteilung nach dem Unterlassungshilfsantrag und dem Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht an (dazu B III und IV). Die Revision der Klägerin hat schließlich auch hinsichtlich der Abweisung des Auskunftsantrags keinen Erfolg (dazu B V).

I. Die Rechtsmittel der Parteien sind uneingeschränkt zulässig. Die Entscheidungsformel des Berufungsurteils zur Zulassung der Revision enthält keine Beschränkung der Revisionszulassung. Eine solche folgt auch nicht aus den Entscheidungsgründen. Zwar hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Revision werde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen, weil Unklarheit sowohl

über die Anwendung von § 4 Nr. 4 UWG auf Werbeflocker als auch über die Reichweite des Verbots aggressiver Praktiken nach § 4a Abs. 2 UWG bestehe, insbesondere über die Frage, ob Machtpositionen auch durch technisch wirkende Blockaden begründet werden können, wenn die Blockaden anders als durch Vergütungszahlungen nicht ohne weiteres überwindbar sind. Darin liegt indes lediglich die Begründung der Revisionszulassung, nicht aber eine Beschränkung der Zulassung

des Rechtsmittels. Das genügt nicht, um mit der notwendigen Sicherheit von einer nur beschränkten Zulassung des Rechtsmittels auszugehen. Nach dem Grundsatz der Rechtsmittelklarheit muss für die Parteien zweifelsfrei erkennbar sein, welches Rechtsmittel statthaft und unter welchen Voraussetzungen es zulässig ist (BGH, Urteil vom 23. Juni 2016 I ZR 241/14, GRUR 2016, 965 Rn. 17 = WRP 2016, 1236 – Baumann II; Urteil vom 16. März 2017 I ZR 39/15, GRUR 2017, 702 Rn. 16 = WRP 2017, 962 PC mit Festplatte I; Urteil vom 1. Februar 2018 I ZR 82/17, GRUR 2018, 627 Rn. 9 = WRP 2018, 827 – Gefäßgerüst).

II. Die Revision der Klägerin wendet sich ohne Erfolg gegen die Abweisung des Unterlassungshauptantrags. Die Klägerin ist zwar nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert (dazu B II 1). Das angegriffene Verhalten stellt auch eine geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar (dazu B II 2). Der Unterlassungshauptantrag ist allerdings weder unter dem Aspekt der gezielten Behinderung nach § 4 Nr. 4 UWG (dazu B II 3) noch der allgemeinen Marktstörung nach § 3 UWG (dazu B II 4) begründet.

1. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG klagebefugt, greift die Klägerin mit ihrer Revision als ihr günstig nicht an. Rechtsfehler sind insoweit auch nicht ersichtlich.

a) Die Eigenschaft als Mitbewerber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG erfordert ein konkretes Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Das ist gegeben, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen und daher das Wettbewerbsverhalten des einen den anderen beeinträchtigen, das

heißt im Absatz behindern oder stören kann (BGH, Urteil vom 13. Juli 2006 I ZR 241/03, BGHZ 168, 314 Rn. 14 – Kontaktanzeigen; Urteil vom 28. September 2011 – I ZR 92/09,

GRUR 2012, 193 Rn. 17 = WRP 2012, 201 Sportwetten im Internet II). Da im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes grundsätzlich keine hohen Anforderungen an das Vorliegen

eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zu stellen sind, reicht es hierfür aus, dass sich der Verletzer durch seine Verletzungshandlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zu dem Betroffenen stellt (BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 – I ZR 26/02, GRUR 2004, 877, 878 f. [juris Rn. 21] = WRP 2004, 1272 – Werbeblocker I; Urteil vom 10. April 2014 – I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Rn. 32 = WRP 2014, 1307 – nickelfrei; Urteil vom 19. März 2015 I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Rn. 19 = WRP 2015, 1326 – Hotelbewertungsportal; Urteil vom 26. Januar 2017 – I ZR 217/15, GRUR 2017, 918 Rn. 16 = WRP 2017, 1085 Wettbewerbsbezug). Nach der Rechtsprechung des Senats ist daher ein konkretes Wettbewerbsverhältnis anzunehmen, wenn zwischen

den Vorteilen, die die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann (BGH, GRUR 2014, 1114 Rn. 32 nickelfrei; GRUR 2015, 1129 Rn. 19 Hotelbewertungsportal). Nicht ausreichend ist es allerdings, wenn die Maßnahme den anderen nur irgendwie in seinem Marktstreben betrifft. Eine bloße Beeinträchtigung reicht zur Begründung eines Wettbewerbsverhältnisses nicht aus, wenn es an jeglichem Konkurrenzmoment im Angebots- oder Nachfragewettbewerb fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 17. Oktober 2013 – I ZR 173/12, GRUR 2014, 573 Rn. 20 f. = WRP 2014, 552 – Werbung für Fremdprodukte; BGH, GRUR 2014, 1114 Rn. 32 nickelfrei; GRUR 2017, 918 Rn. 16 – Wettbewerbsbezug). Im Falle eines werbefinanzierten Fernsehsenders und eines Unternehmens, das ein Gerät mit Werbeblocker-Funktion vertreibt, wird der wettbewerbliche Bezug zwischen den verschiedenartigen Waren und Dienstleistungen durch deren Einwirkung auf die Wahrnehmbarkeit der Werbesendungen

hergestellt (vgl. BGH, GRUR 2004, 877, 879 [juris Rn. 22] – Werbeblocker I).

b) Im Streitfall versuchen die Parteien zwar nicht gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen. Zwischen dem Angebot werbefinanzierter redaktioneller Inhalte im Internet durch die Klägerin und der Bereitstellung einer Software zur Unterdrückung von Werbung auf Internetseiten durch die Beklagte zu 1 besteht aber die für ein Konkurrenzverhältnis erforderliche wettbewerbliche Wechselwirkung. Beide Parteien wenden sich mit ihrem Angebot an Nutzer redaktioneller Gratisangebote, die durch begleitende Werbung finanziert werden (vgl. BGH, GRUR 2004, 877, 879 [juris Rn. 22] Werbeblocker I; Keller in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 2 Rn. 145; Peifer in GK UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 10 Rn. 85; Alexander, GRUR 2016, 1089; Becker/Becker, GRUR-Prax 2015, 245, 246 f.; Engels, GRUR-Prax 2015, 338 f.; Gomille, GRUR 2017, 241, 246). Der Umstand, dass das Angebot der Beklagten zu 1 mittels der Whitelisting-Funktion die Freischaltung nach ihren Maßstäben akzeptabler Werbung anbietet und die Klägerin als Anbieterin von Inhalten im Internet zugleich als Nachfragerin dieser von der Beklagten zu 1 entgeltlich angebotenen Dienstleistung in Betracht kommt, hebt dieses Konkurrenzverhältnis jedenfalls im Zusammenhang mit der Geltendmachung einer wettbewerblichen Behinderung nicht auf (aA Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 2 Rn. 111a; ders., WRP 2014, 1017, 1020 f.). Im Interesse eines effektiven lauterkeitsrechtlichen Schutzes vermag die Möglichkeit des durch eine Behinderung beeinträchtigten Unternehmens, vom Behinderer eine der Beseitigung der Behinderung dienende Dienstleistung zu beziehen, die Geltendmachung der wettbewerblichen Behinderung nicht auszuschließen.

2. Die Revision der Klägerin wendet sich weiter nicht gegen die ihr günstige Einordnung des angegriffenen Verhaltens als

geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG. Rechtsfehler sind auch insoweit nicht ersichtlich.

a) Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung im Sinne dieses 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. Der Begriff der geschäftlichen Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist nicht enger als der der Wettbewerbshandlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2012 – I ZR 54/11, GRUR 2013, 301 Rn. 22 = WRP 2013, 491 – Solarinitiative; Urteil vom 27. Juli 2017 I ZR 162/15, GRUR 2018, 196 Rn. 22 = WRP 2018, 186 – Eigenbetrieb Friedhöfe, mwN). Zur Bestimmung einer geschäftlichen Handlung kann daher auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Begriff der Wettbewerbshandlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 zurückgegriffen werden (vgl. Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., Einf. D Rn. 24; Schönemann in GK UWG, 2. Aufl., Einl. F Rn. 47).

b) Nach diesem Maßstab ist das Angebot von A. eine geschäftliche Handlung. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass es im Rahmen der rechtlichen Bewertung nicht angängig ist, das Angebot der Beklagten zu 1 in eine nicht-kommerzielle, da kostenlos verfügbare Blacklisting-Funktion und eine potentiell entgeltlich vertriebene Whitelisting-Funktion aufzuspalten. Es handelt sich vielmehr um ein einheitliches, der Absatzförderung des Unternehmens der Beklagten 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; aA

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.

3. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, dass Angebot, Vertrieb und Pflege des Programms A. durch die Beklagten keine zielgerichtete Behinderung gemäß § 4 Nr. 4 UWG (§ 4 Nr. 10 UWG aF) darstellen.

a) Nach der Vorschrift des § 4 Nr. 4 UWG, die mit Wirkung vom 10. Dezember 2015 ohne Änderung in der Sache an die Stelle des § 4 Nr. 10 UWG aF getreten ist (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2017 – I ZR 253/14, GRUR 2017, 397 Rn. 48 = WRP 2017, 434 – World of Warcraft II, mwN), handelt unlauter, wer Mitbewerber gezielt behindert. Eine unlautere Behinderung von Mitbewerbern setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber voraus, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeitsmerkmale aufweist. Unlauter ist die Beeinträchtigung im Allgemeinen dann, wenn gezielt der Zweck verfolgt wird, Mitbewerber an ihrer Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu

verdrängen, oder wenn die Behinderung dazu führt, dass die beeinträchtigten Mitbewerber ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen können. Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstiger Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit beurteilen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 12. März 2015 – I ZR 188/13, GRUR 2015, 607 Rn. 16 = WRP

2015, 714 Uhrenankauf im Internet; Urteil vom 23. Juni 2016 – I ZR 137/15, GRUR 2017, 92 Rn. 14 = WRP 2017, 46 – Fremdcoupon-Einlösung; BGH, GRUR 2017, 397 Rn. 49 – World of

Warcraft II).

b) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine Schädigungsabsicht könne nicht festgestellt werden, weil wirtschaftliche Schäden, die Mitbewerber durch Angebote von Konkurrenten erleiden, wettbewerbsimmanent seien und auch keine Vermutung für eine Schädigungsabsicht bestehe. Die Klägerin werde auch nicht gehindert, ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung in angemessener Weise zur Geltung zu bringen. Das Angebot der Beklagten zu 1 wirke nicht physisch unmittelbar oder mittelbar auf Waren oder Dienstleistungen der Klägerin ein. Die Software A. Sorge nicht dafür, dass beim Aufruf von Websites der Klägerin die Absendung von Datenströmen gestört werde, sondern dafür, dass einzelne Datenpakete beim Nutzer nicht ankommen. Sie wirke erst im Empfangsbereich des Nutzers. Zudem sei der Nutzer selbst für das Vorenthalten von gefilterten Inhalten verantwortlich, weil er die Software installiert habe. Eine Verletzung des Urheberrechts liege nicht vor, weil bei der Nutzung von A. weder in die Programmierung der Webseiten eingegriffen werde noch unrechtmäßig Inhalte der Klägerin genutzt würden. Die Pressefreiheit gebiete zwar den Schutz der Verbreitung von Presseerzeugnissen einschließlich der Akquisition von Werbung. Die Schaltung von Werbung werde durch A. jedoch nicht verhindert. Demgegenüber könne sich der Nutzer auf seine negative Informationsfreiheit berufen. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

c) Die Revision der Klägerin macht vergeblich geltend, die Beklagten handelten in Verdrängungsabsicht, weil ihr Geschäftsmodell keinen anderen Zweck als die Verdrängung oder Schwächung des Mitbewerbers haben könne. Es ziele allein darauf ab, die Finanzierungsgrundlage der Klägerin – Werbeanzeigen – zu zerstören. Hinzu komme, dass die Beklagte zu 1 sich mit dem angegriffenen Verhalten in unlauterer Weise zwischen die Klägerin und ihre Kunden stelle, weil es die

Klägerin zwingen, sich durch Aufnahme in die Whitelist von der Werbeblockade freizukaufen.

Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts, deren Unvollständigkeit die Revision der Klägerin nicht rügt, 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 Mitbe-

werbers und nicht auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – I ZR 29/02, GRUR 2005, 581, 582 [juris Rn. 22] = WRP 2005, 881 – The Colour of Elégance; Urteil vom 11. Januar 2007 I ZR 96/04, BGHZ 171, 73 Rn. 23 – Außendienstmitarbeiter; BGH, GRUR 2015, 607 Rn. 17 Uhrenankauf im Internet; BGH, Urteil vom 23. September 2015 – I ZR 105/14, BGHZ 207, 71 Rn. 57 f. – Goldbären). Zwar beeinträchtigt das angegriffene Geschäftsmodell durch die Unterdrückung von Werbung auf den Internetseiten der Klägerin deren Werbeeinnahmen. Der Erzielung solcher Einnahmen steht das Programm der Beklagten zu 1 jedoch nicht grundsätzlich entgegen, weil es die Möglichkeit der Freischaltung von Werbung durch Aufnahme in die Whitelist eröffnet. Das Programm der Beklagten zu 1 setzt mithin die Funktionsfähigkeit der Internetseite der Klägerin gerade voraus (vgl. BGH, Urteil vom 30. April 2014 – I ZR 224/12, GRUR 2014, 785 Rn. 25 = WRP 2014, 839 Flugvermittlung im Internet; Köhler, WRP 2014, 1017, 1021). Dass die Beklagte 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 Beklagten 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 Klägerin gerichtet ist.

d) Die Revision der Klägerin macht ohne Erfolg geltend, die Beklagten beeinträchtigten unlauter die wettbewerbliche Entfaltung der Klägerin, weil das Programm A. unmittelbar auf die Dienstleistung der Klägerin einwirke. Nach Auffassung der Revision der Klägerin ist nicht maßgeblich, ob Servervorgänge bei der Klägerin gestört würden, sondern dass die Dienstleistung der Klägerin – eine Einheit aus redaktionellen und werblichen Beiträgen – durch das Eingreifen des Werbeblockers unvollständig angezeigt, ihr Produkt also verändert werde.

Entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin liegt keine unlautere unmittelbare Einwirkung auf ihr Produkt vor. Hierbei kann dahinstehen, ob es wie das Berufungsgericht angenommen hat – an einer physischen Einwirkung auf das Internetangebot der Klägerin fehlt, weil das Programm der Beklagten zu 1 nicht auf Vorgänge im Bereich der Klägerin oder der Werbung aussendenden Serverbetreiber, sondern ausschließlich auf die Anzeige der Internetseite durch den Browser des Nutzers einwirkt.

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, Urteil vom 18. Februar 1972 – I ZR 82/70, GRUR 1972, 558, 559 [juris Rn. 19] = WRP 1972, 198 Teerspritzmaschinen; BGH, GRUR 2004, 877, 879 [juris Rn. 26] Werbeblocker

I; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 4 Rn. 4.48). Die Beeinträchtigung muss in diesen Fällen unmittelbar vom Wettbewerber ausgehen, dieser also direkt auf das Produkt einwirken (vgl. BGH, GRUR 2004, 877, 879 [juris Rn. 26] – Werbeblocker I).

Eine unmittelbare Einwirkung durch die Beklagten 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, 92 Rn. 21 – Fremdcoupon-Einlösung) stellt eine Beeinträchtigung, die sich erst aufgrund der freien Entscheidung eines weiteren Marktteilnehmers ergibt, grundsätzlich keine unlautere Behinderung dar. Selbst wenn wie die Revision der Klägerin geltend macht die Beklagte 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 Beklagten lediglich ein Produkt zur Verfügung, über dessen Anwendung allein der Internetnutzer entscheidet. Entgegen der Auffassung der Revision ist in diesem Zusammenhang unerheblich, ob das beanstandete Produkt lediglich der Erleichterung von Abläufen dient, die der Nutzer – wie das Umschalten des Fernsehprogramms (vgl. BGH, GRUR 2004, 877, 879 [juris Rn. 26] Werbeblocker I) – selbst auszuführen in der Lage wäre, oder ob der Nutzer selbst das herbeigeführte Ergebnis aufgrund der hierbei zu überwindenden komplexen technischen Schwierigkeiten nicht ohne weiteres erreichen könnte. Die Bereitstellung eines auch technisch anspruchsvollen – Produkts auf dem Markt bedeutet noch keine unmittelbare Einwirkung auf das Produkt des Wettbewerbers.

e) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, dass auch die Voraussetzungen einer unlauteren Behinderung in Form der mittelbaren Einwirkung auf das Produkt der Klägerin nicht vorliegen. Eine mittelbare Produkteinwirkung kann im Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen liegen, die geeignet sind, Dritten einen unberechtigten Zugang zu einer entgeltlich angebotenen Leistung zu verschaffen (vgl. BGH, GRUR 2004, 877, 879 [juris Rn. 27] Werbeblocker I). Unlauter ist regelmäßig auch die Bereitstellung eines Produkts, das auf das Produkt eines Mitbewerbers einwirkt, wenn dabei eine Schutzvorkehrung

unterlaufen wird, die eine solche Einwirkung auf das Produkt verhindern soll (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 2011 I ZR 159/10, GRUR 2011, 1018 Rn. 67 bis 70 = WRP 2011, 1469 – Automobil-Onlinebörse; GRUR 2014, 785 Rn. 37 – Flugvermittlung im Internet; GRUR 2017, 397 Rn. 68 – World of Warcraft II).

(1) Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass das Programm der Beklagten zu 1 gegen Werbeblocker gerichtete Schutzvorkehrungen des Internetangebots der Klägerin unterläuft. Die Revision der Klägerin macht nicht geltend, dass diesbezüglicher Sachvortrag übergangen worden wäre.

(2) Entgegen der Ansicht der Revision der Klägerin ist das Angebot des beanstandeten Programms durch die Beklagte zu 1 auch nicht unter Berücksichtigung urheberrechtlicher Wertungen als unlautere mittelbare Einwirkung anzusehen. Die Revision der Klägerin macht insoweit geltend, dass das Angebot der Klägerin eine untrennbare Gesamtheit redaktioneller und werblicher Inhalte darstelle, das der Konsument so akzeptieren müsse, wie es ihm dargeboten werde. Hiermit dringt die Revision der Klägerin nicht durch.

Die von der Revision der Klägerin 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. BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 – I ZR 58/14, BGHZ 210, 144 Rn. 37 – Segmentstruktur, mwN). Das Berufungsgericht hat zudem angenommen, dass es für einen Urheberrechtsverstoß an Nutzungshandlungen fehlt, die direkt auf die Server oder Programme der Klägerin zugreifen. Die Revision vermag insoweit weder fehlende Berücksichtigung von Tatsachenvortrag der Klägerin noch anderweitige Rechtsfehler des Berufungsgerichts aufzuzeigen. Urheberrechtliche Ansprüche macht die Klägerin im Streitfall nicht geltend.

(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.

Im Rahmen der Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Behinderungstatbestands ist – wie auch im Falle anderer unbestimmter Rechtsbegriffe des Zivilrechts – die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu beachten (mittelbare Drittwirkung der Grundrechte; grundlegend BVerfGE 7, 198, 205 ff. – Lüth-Urteil; vgl. BGH, Urteil vom 26. November 2015 – I ZR 174/14, BGHZ 208, 82 Rn. 32 Störerhaftung des Access-Providers; Müller-Franken in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hennecke, GG, 13. Aufl., Vorb. v. Art. 1 Rn. 22 mwN).

Auf Seiten der Klägerin 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, Urteil vom 16. August 2012 – I ZR 96/09, ZUM 2013, 406 Rn. 35; Urteil vom 5. Februar 2015 – I ZR 136/13, GRUR 2015, 906 Rn. 34 = WRP 2015, 1098 TIP der Woche, mwN). Das Grundrecht der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG erfasst neben der Berufswahl auch die Art und Weise der unternehmerischen Tätigkeit (BVerfGE 50, 290, 363; 114, 196, 244; BGH, Urteil vom 12. November 2015 – I ZR 167/14, GRUR 2016, 836 Rn. 18 = WRP 2016, 985 Abschlagspflicht II, mwN). Hinsichtlich der Beklagten ist ebenfalls die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.

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, Urteil vom 22. April 2010 – I ZR 29/09, GRUR 2010, 1113 Rn. 15 = WRP 2010, 1502 Grabmalwerbung; Urteil vom 3. März 2011 – I ZR 167/09, GRUR 2011, 747 Rn. 17 = WRP 2011, 1054 – 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.

Bei der Gewichtung der von der Klägerin beanstandeten Beeinträchtigung ihrer Geschäftstätigkeit ist zunächst zu beachten, dass sich auch Unternehmen des Medienbereichs den Herausforderungen des Marktes stellen müssen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von der Kraft der Innovation lebt (vgl. BGH, GRUR 2004, 877, 880 [juris Rn. 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, GRUR 2004, 877, 880 [juris Rn. 33] Werbeblocker I). Hierzu hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Klägerin 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 Klägerin nicht wirksam angreift, kann keine Rede davon sein, dass die Klägerin gezwungen wäre, auf das Angebot der kostenpflichtigen Whitelisting-Funktion einzugehen.

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

Die Gesamtwürdigung führt zu dem Ergebnis, dass das Lauterkeitsrecht ein Verbot der angegriffenen Software unter dem Aspekt der zielgerichteten Behinderung nicht rechtfertigt (vgl. MünchKomm.UWG/Jänich, 2. Aufl., § 4 Nr. 10 Rn. 75; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 4 Rn. 4.48a; Mankowski in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., S 12 Rn. 75; Ohly in Ohly/Sosnitzka aaO § 4 Rn. 4/64; Köhler, WRP 2014, 1017, 1022). Die Klägerin ist auch als grundrechtlich nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG privilegiertes Medienunternehmen gehalten, sich zur Abwehr der vom Einsatz des Programms der Beklagten zu 1 ausgehenden wettbewerblichen Beeinträchtigung eigener wettbewerblicher Mittel zu bedienen. Solche Mittel stehen der Klägerin 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 Klägerin keinen Anspruch darauf, dass der Nutzer die Werbung zur Kenntnis nimmt und keinen Werbeblocker einsetzt, wenn sie keine technischen Maßnahmen gegen eine Verwendung von Werbeblockern ergreift. Nach allem stellt der

Vertrieb des Werbeblocker-Programms keine unlautere gezielte Behinderung dar.

4. Das Berufungsgericht hat weiter mit Recht angenommen, dass im Streitfall auch die Voraussetzungen einer allgemeinen Marktbehinderung nicht erfüllt sind.

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, Urteil vom 2. Oktober 2008 I ZR 48/06, GRUR 2009, 416 Rn. 25 = WRP 2009, 432 Küchentiefstpreis-Garantie; Urteil vom 29. Oktober 2009 – I ZR 180/07, GRUR 2010, 455 Rn. 20 = WRP 2010, 746 – Stumme Verkäufer II).

b) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Programm der Beklagten zu 1 beeinträchtigt zwar die Möglichkeiten der Klägerin, 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 Klägerin 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.

c) Die Revision der Klägerin macht ohne Erfolg geltend, das Programm der Beklagten 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 Klägerin abweichendes Ergebnis. Auf der

Grundlage der von der Revision der Klägerin nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht erkennbar, dass aufgrund des Einsatzes des angegriffenen Programms der Beklagten zu 1 jegliches Angebot werbefinanzierter redaktioneller Inhalte im Internet vom Markt verdrängt werden könnte. Auch hier gilt, dass sich die Klägerin 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 Kundenstammes erblicken (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2003 I ZR 151/01, BGHZ 157, 55, 64 f. [juris Rn. 24] – 20 Minuten Köln).

III. Mit Erfolg greift die Revision der Beklagten ihre Verurteilung nach dem Unterlassungshilfsantrag an. Das mit diesem Antrag angegriffene Angebot des Werbeblocker-Programms unter Einsatz der Whitelisting-Funktion verletzt § 4a UWG nicht.

1. Die Revision der Beklagten rügt allerdings vergeblich, der Unterlassungshilfsantrag sei unzulässig, weil insoweit kein Rechtsschutzbedürfnis bestehe.

Die Klägerin macht geltend, durch die Kombination der Werbeblockade (Blacklisting) mit der Möglichkeit, durch einen entgeltlichen Vertrag eine Freischaltung bestimmter Werbung zu erlangen (Whitelisting), in ihren Rechten verletzt zu werden. Bei Leistungsklagen, zu denen auch Unterlassungsklagen zählen (vgl. § 241 Abs. 1 Satz 2 BGB), ergibt sich ein Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig schon aus der Nichterfüllung des behaupteten materiellen Anspruchs, dessen Vorliegen für die Prüfung des Interesses an seiner gerichtlichen Durchsetzung zu unterstellen ist (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 21. September 2017 I ZR 58/16, GRUR 2017, 1236 Rn. 37 = WRP 2017, 1488 – Sicherung der Drittauskunft, mwN). Die von der

Revision angeführte Erklärung der Beklagten, dass die Freischaltung bei einem Vertragsabschluss mit der Klägerin oder ihren Tochtergesellschaften „wahrscheinlich“ kostenfrei wäre, lässt mangels hinreichender Verbindlichkeit das Interesse der Klägerin an einer gerichtlichen Klärung nicht entfallen.

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts verletzt das mit dem Antrag beanstandete Verhalten nicht § 4a UWG.

a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das Verhalten der Beklagten stelle zwar nicht eine gegen die Klägerin, jedoch gegen werbewillige Marktteilnehmer gerichtete aggressive Praktik im Sinne von § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG dar, soweit die Beklagten diese Marktteilnehmer unter der Voraussetzung einer Umsatzbeteiligung von der Blockadefunktion ausnehmen. Die Parteien seien mit Blick auf den Wettbewerb um Zahlungen werbewilliger Unternehmen Wettbewerber. Die Beklagten übten eine unzulässige Beeinflussung nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG aus. Die Machtposition der Beklagten bestehe in der Blacklisting-Funktion, durch die eine technisch wirkende Schranke errichtet werde, die nur durch die von der Beklagten zu 1 kontrollierte Whitelisting-Funktion überwunden werden könne. Dies sei ein Hindernis nichtvertraglicher Art, durch welches die Ausübung vertraglicher Rechte gegenüber dem eigentlichen Werbepartner gehindert werde. Die Position der Beklagten über die Kontrolle der Funktionen der Blacklist und der Whitelist sei offenbar so stark, dass sie als „Gatekeeper“ über einen substantziellen Zugang zu Werbefinanzierungsmöglichkeiten werbewilliger Unternehmen verfüge. Auf alternative Möglichkeiten der Klägerin als Inhaberin von Inhalten, Werbung zu schalten, komme es nicht an, weil die aggressive Praktik der Beklagten auch gegenüber den Werbekunden der Klägerin wirke. Ob das Blockieren von Werbung einem Wunsch vieler Internetkunden entgegenkomme, sei für die Frage einer aggressiven Geschäftspraktik unbeachtlich, weil diese sich gegen die wirtschaftliche

Entscheidungsfreiheit anderer Marktteilnehmer als der Nutzer der Internetangebote richte und der Schutz des § 4a UWG, über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus, auch den Schutz von Nichtverbrauchern bezwecke. Die Entscheidungsfreiheit der werbewilligen Unternehmen sei erheblich beeinträchtigt, weil sie der Sperre erst durch Whitelisting entgingen. Unternehmen, die gegen Entgelt ein Whitelisting mit den Beklagten vereinbarten, würden durch die Kombination von Blacklist und Whitelist veranlasst, eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen, die sie ohne die Blockade nicht benötigt hätten. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

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 gegenüber 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 Buchst. j in Verbindung mit Art. 8 der Richtlinie 2005/29/EG).

c) Da die Klägerin den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr stützt, ist die Klage nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme rechtswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2017 – I ZR 84/16, GRUR 2018, 324 Rn. 11 = WRP 2018, 324 –

Kraftfahrzeugwerbung). Nach dem beanstandeten Verhalten der Beklagten im Jahr 2014 und vor der Entscheidung in der Revisionsinstanz am 19. April 2018 ist das im Streitfall maßgebliche Recht mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. I 2015, S. 2158) novelliert worden. Dadurch ist der in § 4 Nr. 1 UWG aF geregelte Tatbestand der unlauteren Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers und des sonstigen Marktteilnehmers in die neu geschaffene Bestimmung des § 4a UWG überführt und entsprechend den Regelungen über aggressive Geschäftspraktiken gemäß Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken neu gefasst worden.

Nach der Rechtsprechung des Senats folgt hieraus hinsichtlich geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern keine Änderung der Rechtslage, weil bereits § 4 Nr. 1 UWG aF unionsrechtskonform dahingehend auszulegen war, dass eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG aF nur dann vorliegt, wenn der Handelnde diese Freiheit gemäß Art. 8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG durch Belästigung, Nötigung oder durch unzulässige Beeinflussung im Sinne des Art. 2 Buchst. j der Richtlinie 2005/29/EG erheblich beeinträchtigt (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 157/13, GRUR 2015, 1134 Rn. 31 = WRP 2015, 1341 – Schufa-Hinweis; Urteil vom 21. April 2016 – I ZR 276/14, GRUR 2016, 831 Rn. 24 = WRP 2016, 866 – Lebens-Kost; Urteil vom 21. Juli 2016 – I ZR 127/15, GRUR 2017, 199 Rn. 32 = WRP 2017, 169 – Förderverein).

Dies gilt gleichermaßen für geschäftliche Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern, die dem Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie nicht unterfallen. Die Vorschrift des § 4 Nr. 1 UWG aF ist zur Vermeidung einer gespaltenen Auslegung dieser Vorschrift auch mit Blick auf geschäftliche Handlungen gegenüber sonstigen Marktteilnehmern nach dem Maßstab der Art.

8 und 9 der Richtlinie 2005/29/EG auszulegen (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 4 Rn. 1.27 und 1.53; Fritzsche, WRP 2016, 1, 2).

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

Vergeblich rügt die Revision der Beklagten, damit habe das Berufungsgericht seiner Entscheidung unter Verstoß gegen den Beibringungsgrundsatz einen von der Klägerin nicht vorgetragene Sachverhalt zugrunde gelegt, weil die Klägerin stets ausschließlich eine gegen sie, nicht aber eine gegen Werbekunden der Klägerin gerichtete aggressive Handlung vorgetragen habe. Die Klägerin hat im nachgelassenen Schriftsatz vom 6. Juni 2016 ausdrücklich geltend gemacht, dass die Beklagte Whitelisting-Vereinbarungen auch mit Werbetreibenden und nicht nur mit Website-Betreibern wie der Klägerin abschließt und dass die Beklagte insoweit auf Werbetreibende Druck ausübt, weil diese darauf angewiesen sind, eine Whitelisting-Vereinbarung abzuschließen.

e) Die Revision der Beklagten rügt ferner ohne Erfolg, dass das Berufungsgericht einerseits angenommen habe, die Klägerin selbst sei von der mit dem Unterlassungshilfsantrag angegriffenen Geschäftspraktik nicht betroffen, andererseits aber die Aktivlegitimation der Klägerin als Mitbewerberin im Wettbewerb um Zahlungen werbewilliger Unternehmen bejaht habe. Der von der

Revision der Beklagten 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, GRUR 2017, 92 Rn. 31 – Fremdcoupon-

Einlösung, mwN). Dies gilt jedoch nicht für die Vorschrift des § 4a UWG, die aggressive geschäftliche Handlungen nicht im Horizontalverhältnis, sondern im Vertikalverhältnis gegenüber Verbrauchern und sonstigen Marktteilnehmern – verbietet (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen aaO § 4a Rn. 1.27).

f) Gleichfalls ohne Erfolg rügt die Revision der Beklagten die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe gegenüber Werbepartnern der Klägerin eine Machtposition im Sinne des § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG inne. Der Einwand der Revision, es fehle insoweit an einer Feststellung, weil das Berufungsgericht – wie durch die Verwendung des Begriffs „offenbar“ zum Ausdruck komme – das Ausmaß der Verbreitung der Software lediglich vermute, zeigt keinen Rechtsfehler auf.

Eine Machtposition im Sinne des § 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 aaO § 4a Rn. 1.58; Scherer in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 4a Rn. 129).

Zwar weist die Revision der Beklagten zu Recht darauf hin, dass das Berufungsgericht über den streitigen Umfang der Verbreitung von A. keinen Beweis erhoben hat. Indes haben die Beklagten 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 Beklagten zu 1 mit den Großunternehmen Google, Amazon und Yahoo trägt die Feststellung des Berufungsgerichts, der den Beklagten aufgrund der technischen Blockadevorrichtung offen stehende substantielle Zugang zur Werbefinanzierung werbewilliger Unternehmen komme einer überlegenen Stellung gleich.

Weiter verfängt die Rüge der Revision der Beklagten nicht, das Berufungsgericht habe bei der Beurteilung der technisch

begründeten Machtposition der Beklagten 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 Beklagten zu 1 unstreitig mit der auf das Whitelisting bezogenen Voreinstellung ausgeliefert wird, erweist sich die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts auch insoweit als rechtsfehlerfrei.

g) Mit Erfolg wendet sich die Revision der Beklagten allerdings gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die nach § 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG unzulässige Beeinflussung liege darin, dass die Klägerin an der Ausübung vertraglicher Rechte im Sinne des § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG gegenüber den Werbepartnern gehindert werde.

Das Berufungsgericht hat angenommen, durch die Blacklist werde eine technisch wirkende Schranke errichtet, die nur durch das von der Beklagten zu 1 kontrollierte Whitelisting überwunden werden könne. Dies sei ein Hindernis nicht vertraglicher Art im Sinne von § 4a Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 UWG, durch das die Ausübung vertraglicher Rechte gegenüber dem eigentlichen Werbepartner

gehindert werde, weil die Sichtbarkeit der Werbung erst über die Freischaltung durch einen Dritten die Beklagte zu 1 erreichbar sei. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Einwände der Revision der Beklagten sind begründet.

Nach § 4a Abs. 2 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 kün-

digen 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 gegenüber dem ihm gegenüber aggressiv handelnden Unternehmer zustehen (Alexander, GRUR 2016, 1089, 1090; Fritzsche, WRP 2016, 1036, 1037).

Hieran fehlt es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Streitfall, denen zufolge einerseits die Beklagte gegenüber Werbepartnern der Klägerin aggressiv handelt, andererseits die Verhinderung der Vertragsausübung im Verhältnis zwischen der Klägerin 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 Nr. 4 UWG nicht.

h) Gleichfalls mit Erfolg beanstandet die Revision der Beklagten die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagten nutzten ihre Machtposition in einer Weise aus, die die Fähigkeit sonstiger Marktteilnehmer zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränke. 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 (vgl. Alexander, GRUR 2016, 1089, 1090; Fritzsche, WRP 2016, 1036, 1037). 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 aaO § 4a Rn. 1.66).

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 Klägerin – Adressaten der aggressiven geschäftlichen Handlung der Beklagten. 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 zugrunde gelegt.

Im Falle einer geschäftlichen Handlung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern ist von einer durchschnittlichen geschäftlichen Erfahrung 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 (vgl. Alexander, GRUR 2016, 1089, 1090; Fritzsche, WRP 2016, 1036, 1037). Wird ein Unternehmen, das die Schaltung von Werbung im Internet beabsichtigt, mit dem Phänomen der Werbeblocker konfrontiert, so ist davon auszugehen, dass im Rahmen der wirtschaftlichen Entscheidungsfindung die zur Verfügung stehenden Optionen kaufmännisch betrachtet und abgewogen werden.

IV. Mit Erfolg greift die Revision der Beklagten ihre Verurteilung hinsichtlich der Feststellung der Schadensersatzpflicht nach § 9 UWG an. Die Beklagten schulden keinen Schadensersatz, weil es nach dem Vorstehenden an einer wettbewerbswidrigen Handlung fehlt.

V. Aus dem gleichen Grund bleibt die Revision der Klägerin hinsichtlich der Abweisung des Auskunftsantrags erfolglos.

C. Danach ist, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), auf die Revision der Beklagten das

angegriffene Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist, und die Berufung der Klägerin gegen das erstinstanzliche Urteil zurückzuweisen. Die Revision der Klägerin ist zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 29.09.2015 – 33 O 132/14 –

OLG Köln, Entscheidung vom 24.06.2016 – 6 U 149/15 –