

Whitelisting bei Adblockern nicht wettbewerbswidrig

Oberlandesgericht München

Urteil vom 17.08.2017

Az.: 29 U 1917/16

Tenor

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 22. März 2016 wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Entscheidungsgründe

A.

Die Parteien streiten um die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit eines Internetwerbeblockers.

Die Klägerin betreibt unter dem Domainnamen www.s...de einen werbefinanzierten Internetauftritt, mit dem sie journalistische Inhalte und Werbung unentgeltlich öffentlich zugänglich macht.

Die Beklagte bietet unentgeltlich die Software Adblock Plus an, die der Unterdrückung von Werbeeinblendungen beim Aufruf einer Internetseite dient. Diese Software besitzt selbst keine

eigene Filter-Funktionalität, um Onlinewerbung zu blockieren, und muss deshalb mit Vorgaben dazu ergänzt werden, welche Werbeinhalte blockiert werden sollen. Diese Vorgaben sind in sogenannten Filterlisten (auch Blacklists genannt) enthalten, auf welche die Software zugreifen kann.

Entsprechend der – vom Nutzer abänderbaren – Voreinstellung der Software wird Werbung weiterhin angezeigt, die nach den sogenannten Acceptable-Ads-Kriterien der Beklagten als nicht störend eingestuft und in sogenannten Whitelists zusammengestellt ist. Jeder Internetseitenbetreiber hat die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen am „Whitelisting“ teilzunehmen und seine Seiten freischalten zu lassen. Von den Betreibern größerer Internetseiten erhält die Beklagte Zahlungen für das Whitelisting.

Beim Aufruf der Internetseite der Klägerin werden die Inhalte der Seite im Browser – etwa Texte, Bilder, Angaben zur Menüführung, rechtliche Hinweise oder Werbeinhalte – von verschiedenen Servern aus zugeliefert. Einer dieser Server ist ein sogenannter Adserver, von dem Werbung für diese Internetseite ausgespielt wird. Die Installation und Aktivierung der Software der Beklagten bewirkt, dass jedenfalls die Ausspielung von Werbung vom Adserver unterbunden wird. Dies führt unter anderem auch zu einer abweichenden Darstellung des Layouts der Internetseite der Klägerin im Browser des betreffenden Nutzers.

Die Klägerin hat das Angebot der Werbeblocker-Software zur Vorbereitung eines Whitelistings als unlautere gezielte Mitbewerberbehinderung angesehen und mit ihrer Klage, welcher die Beklagte entgegengetreten ist, deswegen Unterlassungs-, Schadensersatz- und Auskunftsansprüche gegen die Beklagte geltend gemacht.

Mit Urteil vom 22. März 2017 (MMR 2016, 406 ff.), auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug und stützt ihre Ansprüche nunmehr zudem darauf, dass die beanstandete Vorgehensweise der Beklagten auch eine aggressive geschäftliche Handlung i. S. d. § 4a UWG darstelle.

Sie beantragt,

I. das landgerichtliche Urteil aufzuheben;

II. der Beklagten unter Androhung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- € oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten – Ordnungshaft auch für den Fall, dass das Ordnungsgeld nicht beigetrieben werden kann – wegen jeder Zuwiderhandlung zu untersagen,

in der Bundesrepublik Deutschland unentgeltlich die Software Adblock Plus anzubieten, zu bewerben und/oder zu vertreiben, sofern diese die Anzeige und/oder das Laden von Inhalten, insbesondere Werbeinhalten, auf der Internetseite www.s...de verhindert, wenn dies zur Vorbereitung der nachfolgenden Aufgabe der zunächst bewirkten Verhinderung durch „Whitelisting“ geschieht, wie in den nachfolgenden Screenshots dargestellt:

Anfang der Internetseite ohne installierten Adblock Plus

[Abbildungen]

Fußleiste der Internetseite mit installierten Adblock Plus

Anfang eines Artikels ohne installierten Adblock Plus

Anfang eines Artikels mit installierten Adblock Plus

Abschluss eines Artikels ohne installierten Adblock Plus

Abschluss eines Artikels mit installierten Adblock Plus

Ende eines Artikel-Links ohne installierten Adblock Plus

Ende eines Artikel-Links mit installierten Adblock Plus

III. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin schriftlich in geordneter Form Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen über Art, Umfang und Dauer der Handlungen gemäß Ziffer I. [richtig:

IV. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin jeden Schaden zu ersetzen, der der Klägerin durch

die Handlungen der Beklagten gemäß Ziffer I. [richtig: II.] entstanden ist.

Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin auf Nachfrage erklärt, dass sich die Klage und damit auch die Berufung gegen ein Whitelisting sowohl ohne als auch gegen Entgelt richten.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 9. März 2017 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung bleibt ohne Erfolg.

I.

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat die Klägerin nicht dadurch einen neuen Streitgegenstand in das Berufungsverfahren eingeführt, dass sie sich nunmehr darauf beruft, die beanstandeten Handlungen des Anbietens, Bewerbens und Vertreibens der Software der Beklagten stellten auch aggressive geschäftliche Handlungen i. S. d. § 4a UWG dar.

Der Streitgegenstand wird durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt bestimmt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Zu dem Lebenssachverhalt, der die Grundlage für die Bestimmung des Streitgegenstands bildet, rechnen alle Tatsachen, die bei einer natürlichen Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Ob der vorgetragene Lebenssachverhalt die Voraussetzungen mehrerer Verbotsnormen erfüllt, ist für die Frage, ob mehrere Streitgegenstände vorliegen, ohne Bedeutung; die rechtliche Würdigung der beanstandeten konkreten Verletzungshandlung ist allein Sache des Gerichts (vgl. BGH

GRUR 2016, 292 – Treuhandgesellschaft Tz. 11 m. w. N).

Im Streitfall hat die Klägerin durch die Einbeziehung der rechtlichen Würdigung des von Anfang an beanstandeten Verhaltens der Beklagten als aggressive geschäftliche Handlungen weder den Klageantrag geändert noch einen neuen Tatsachenkomplex eingeführt, so dass der Streitgegenstand dadurch unverändert geblieben ist. Da mithin keine Klageänderung durch Erweiterung vorliegt, sind entgegen der Auffassung der Beklagten die Anforderungen des § 533 ZPO im Streitfall ohne Bedeutung.

II.

Die Berufung ist unbegründet.

1. Der Unterlassungsantrag (Berufungsantrag Ziffer II.) ist auf das Verbot des unentgeltlichen Anbietens, Bewerbens oder Vertreibens der Software zur Blockierung von Inhalten auf der Internetseite der Klägerin gerichtet, wenn dieses Blockieren zur Vorbereitung eines Whitelisting unabhängig davon geschieht, unter welchen Bedingungen dieses Whitelisting erfolgen soll. Da nicht jede Art des Whitelisting den Unlauterkeitsvorwurf begründet, erfasst der Antrag jedenfalls auch Handlungen, die nicht unlauter sind, und ist deshalb insgesamt unbegründet.

a) Allerdings ist das Landgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die Klägerin als Mitbewerberin der Beklagten gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG lauterkeitsrechtliche Unterlassungsansprüche gegen diese geltend machen kann.

aa) Nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist Mitbewerber jeder Unternehmer, der mit einem oder mehreren Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis liegt vor, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen mit der Folge, dass

das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten des einen Wettbewerbers den anderen beeinträchtigen, das heißt im Absatz behindern oder stören kann (vgl. BGH Urt. v. 26. Januar 2017 – I ZR 217/15, juris, – Wettbewerbsbezug Tz. 16; GRUR 2017, 397 – World of Warcraft II, Tz. 45; jeweils m. w. N.).

bb) Die unternehmerische Tätigkeit der Klägerin als Anbieterin werbefinanzierter Internetinhalte ist durch ihr Auftreten auf zwei verschiedenen Märkten gekennzeichnet.

(1) Zum einen bietet die Klägerin gegen Entgelt Gelegenheit für die Wiedergabe von Werbung in ihrem Internetauftritt an, woraus sie sich zumindest zum Teil finanziert. Es kann dahinstehen, ob sie auf diesem Markt der Beklagten als Mitbewerberin gegenübersteht.

(2) Denn zum anderen bietet die Klägerin den Nutzern ihre Inhalte unentgeltlich an. Diese Unentgeltlichkeit steht hier – anders als etwa bei werbefreien Rundfunkprogrammen (vgl. OLG München, Urt. v. 27. Juli 2017 – U 2879/16 Kart – Frequenzwechsel) – der Anwendung des Lauterkeitsrechts nicht entgegen, weil die Leistungen der Klägerin gleichwohl abgesetzt – das heißt, im weitesten Sinne gegen Entgelt vertrieben (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 2 UWG Rz. 95 i. V. m. Rz. 21; Keller in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl. 2016, § 2 Rz. 125 i. V. m. Rz. 27; Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 2 UWG Rz. 45; Lehmler in: Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – Medienrecht, 3. Aufl. 2015, § 2 UWG Rz. 63 i. V. m. Rz. 11; jeweils m. w. N.) – werden. Denn auch das Angebot journalistischer Inhalte ist als Leistung anzusehen, durch welche die Attraktivität des gesamten Internetauftritts einschließlich der Werbeinhalte erhöht wird und die deshalb Teil dessen ist, was durch die für die Werbeinhalte geleisteten Entgelte abgegolten wird (vgl. BGH GRUR 2004, 602 [603] – 20 Minuten Köln).

Jedenfalls auf dem Markt, auf dem die Klägerin ihre Inhalte

den Nutzern anbietet, tritt die Beklagte mit dem angegriffenen Verhalten mit dieser in Wettbewerb. Das von der Beklagten angebotene Programm mit Werbeblocker-Funktion stellt zwar eine andersartige gewerbliche Leistung dar als diejenige, welche die Klägerin den Nutzern präsentiert. Die Beklagte wendet sich mit ihrem Angebot aber ebenso wie die Klägerin – wenn auch mit umgekehrter Zielrichtung -an die Nutzer. Während die Klägerin möglichst viele Nutzer zu erreichen versucht, die ihre Inhalte und insbesondere die darin enthaltene Werbung abrufen, wendet sich die Beklagte an Nutzer, die beim Abruf der von der Klägerin angebotenen Inhalte die damit verbundene Werbung nicht mitabrufen wollen. Eine geringere Anzahl von Werbeabrufen führt unmittelbar zu geringeren Einnahmen der Klägerin und behindert diese im Absatz ihrer Werbeplätze (vgl. BGH GRUR 2004, 877 [879] – Werbeblocker zu einem den Empfang von Fernsehwerbesendungen blockierenden Gerät).

b) Das beanstandete Angebot der Beklagten stellt auch eine geschäftliche Handlung i. S. d. § 2 Nr. 1 UWG dar.

Nach dieser Vorschrift ist geschäftliche Handlung jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

Zu Recht hat das Landgericht darauf abgestellt, dass die Beklagte ihr Programm selbst zwar unentgeltlich anbietet, dieses Angebot aber der Vorbereitung der entgeltlichen Aufnahme größerer Internetseitenbetreiber in die Whitelist dient. Damit besteht der erforderliche objektive Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über den Absatz von Dienstleistungen, nämlich über das Whitelisting gegen Entgelt.

Für die Beurteilung, ob ein Verhalten eine geschäftliche Handlung darstellt, ist unerheblich, ob das angegriffene

Verhalten selbst oder die damit im Zusammenhang stehenden Geschäfte gerade gegenüber dem Mitbewerber erfolgen, der dagegen lauterkeitsrechtlich vorgeht.

c) Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch gleichwohl nicht zu, weil nicht jedes zu verbietende Verhalten unlauter ist, insbesondere die von der Klägerin mit der Berufungsbegründung als verletzt gerügten Tatbestände der gezielten Mitbewerberbehinderung i. S. d. § 4 Nr. 4 UWG oder der aggressiven geschäftlichen Handlung i. S. d. § 4a UWG erfüllt.

aa) Die Klägerin verfolgt einen Unterlassungsanspruch hinsichtlich des Angebots der Software der Beklagten, der nur voraussetzt, dass die Blockierung von Inhalten auf der Internetseite der Klägerin der Vorbereitung eines – wie auch immer ausgestalteten – Whitelistings dient. Er erfasst damit auch den Fall, dass das Angebot der Software auf die Vorbereitung lediglich eines unentgeltlichen Whitelistings gerichtet ist. Insoweit fehlt es schon an einer geschäftlichen Handlung, ohne die ein lauterkeitsrechtlicher Unterlassungsanspruch nicht in Betracht kommt (vgl. BGH GRUR 2006, 428 – Abschleppkosten-Inkasso Tz. 12 m. w. N.).

Denn diese Gestaltung verlässt das von der Beklagten derzeit praktizierte Geschäftsmodell, bei dem sie sich über die Einnahmen aus den von ihr mit einigen Seitenbetreibern geschlossenen entgeltlichen Verträgen finanziert. Wird das Whitelisting nicht zumindest teilweise gegen Entgelt, sondern immer unentgeltlich angeboten, so werden die Leistungen der Beklagten nicht abgesetzt, das heißt im weitesten Sinne gegen Entgelt vertrieben, so dass es an dem für die Annahme einer geschäftlichen Handlung erforderlichen Unternehmensbezug fehlt (vgl. Köhler, a. a. O., § 2 UWG Rz. 21; Keller, a. a. O., § 2 Rz. 27; Sosnitza, a. a. O., § 2 UWG Rz. 45; Lehmler, a. a. O., § 2 UWG Rz. 11; jeweils m. w. N.).

bb) Im Übrigen stellen die beanstandeten Handlungen keine

gezielte Mitbewerberbehinderung i. S. d. § 4 Nr. 4 UWG dar.

(1) Da der auf eine Verletzungshandlung gestützte Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, ist er nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zum Zeitpunkt seiner Vornahme unlauter war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Berufungsinstanz unlauter ist (vgl. BGH, Urt. v. 2. März 2017 – I ZR 41/16, juris, – Komplettküchen Tz. 13 m. w. N.). Nach den mit der Klage vom 19. März 2015 angegriffenen Handlungen der Beklagten ist zwar das Lauterkeitsrecht mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. 2015, S. 2158) novelliert worden, der Tatbestand der gezielten Mitbewerberbehinderung, der sich in § 4 Nr. 10 UWG a. F. und § 4 Nr. 4 UWG wortgleich findet, hat sich aber in der Sache nicht geändert (vgl. BGH, a. a. O. – World of Warcraft II Tz. 48).

(2) Eine unlautere Behinderung von Mitbewerbern i. S. d. § 4 Nr. 4 UWG setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber voraus, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht und bestimmte Unlauterkeits-merkmale 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 (vgl. BGH, a. a. O., – World of Warcraft II Tz. 49 m. w. N.).

(3) Danach sind das unentgeltliche Anbieten, Bewerben oder Vertreiben der Software zur Blockierung von Inhalten, wie sie

die Beklagte vornimmt, nicht gemäß § 4 Nr. 4 UWG unlauter.

aaa) Diese Blockierung von Werbung als solche (das Blacklisting) begründet nicht den Vorwurf der gezielten Mitbewerberbehinderung.

a-1) Der Streitfall bietet keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, die Beklagte verfolge mit ihrem Angebot den Zweck, die Klägerin oder andere Anbieter von Internetinhalten, die Werbung enthalten, zu verdrängen, sondern setzt deren Leistungen voraus (vgl. auch BGH GRUR 2014, 785 – Flugvermittlung im Internet Tz. 25).

a-2) Eine unlautere produktbezogene Behinderung kommt beim Vorliegen einer unmittelbaren Einwirkung auf das Produkt des Mitbewerbers – etwa dadurch, dass dieses vernichtet oder beschädigt wird – in Betracht. An einer solchen unmittelbaren Einwirkung auf die von der Klägerin angebotenen Dienstleistungen durch die Beklagte fehlt es im Streitfall.

Die Beklagte wirkt auf die abrufbaren Internetinhalte der Klägerin und namentlich auch auf die darin enthaltene Werbung nicht unmittelbar ein (vgl. BGH, a. a. O., – Werbeblocker S. 879). Sie ermöglicht es den Nutzern lediglich, nicht alle von der Klägerin angebotenen Inhalte – insbesondere nicht die Werbeinhalte – abzurufen oder (jedenfalls nach dem Vorbringen der Klägerin) auf dem Rechner des Nutzers die Anzeige eines Teils der abgerufenen Daten zu verhindern (sogenanntes element hiding). In beiden Fällen bleibt das an die Gesamtheit der Nutzer gerichtete Angebot der Klägerin auf den Servern unverändert; lediglich beim konkreten, das Programm der Beklagten verwendenden Nutzer erfolgt die von diesem gewünschte Nichtanzeige bestimmter, von der Klägerin für die Anzeige vorgesehener Inhalte.

Entgegen der Auffassung der Klägerin kann darin, dass Inhalte nicht von den entsprechenden Servern abgerufen werden, kein lauterkeitsrechtlich relevanter unmittelbarer Eingriff in das

Serververhalten gesehen werden, denn die Server und ihre Inhalte werden nicht verändert. Dass diese Inhalte nicht abgerufen werden, läuft lediglich der Vorstellung der Klägerin zuwider, dass derjenige, der ihre journalistischen Inhalte abrufen, auch die anderen von ihr über ihre Internetseite angebotenen Inhalte abrufen müsse; die Enttäuschung der Erwartung, dass beide Arten von Inhalten nur zusammen abgerufen werden, ist indes nicht geeignet, den Vorwurf der Unlauterkeit zu begründen.

Auch soweit es zu einem element hiding kommen mag, findet dieses lediglich bei den bereits vom Nutzer abgerufenen und auf dessen Rechner gespeicherten Daten statt. Es ist nicht unlauter, dem Nutzer die Möglichkeit an die Hand zu geben, von der Klägerin angebotene Werbeinhalte von deren sonstigen Angebot zu trennen und diese – anders als das sonstige Angebot – nicht wahrnehmen zu müssen (vgl. BGH, a. a. O., – Werbeblocker S. 879), oder bestimmte, sich bereits in seiner Einflussphäre befindliche Daten unangezeigt zu lassen. Da die grundsätzliche Entscheidung zur Ausblendung von Werbeinhalten vom Nutzer getroffen wird, ist es lauterkeitsrechtlich ohne Belang, dass dieser sowohl die technische Ausführung im Detail als auch die Ausgestaltung der Whitelist-Vereinbarungen mit den Seitenbetreibern der Beklagten überlässt.

Auch eine mittelbare Einwirkung auf die Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers kann unlauter sein. So verhält es sich etwa bei dem Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen, die geeignet sind, Dritten einen unberechtigten kostenlosen Zugang zu einer entgeltlich angebotenen Leistung zu verschaffen (vgl. BGH, a. a. O., – Werbeblocker S. 879 m. w. N.). Eine solche Fallgestaltung liegt im Streitfall indes schon deshalb nicht vor, weil die Klägerin selbst ihre Inhalte den Nutzern kostenlos anbietet.

Die von der Beklagten über den Vertrieb des Werbeblockers dem Nutzer angebotene technische Auswahlmöglichkeit hindert die Klägerin nicht daran, ihre Leistungen auf dem Markt in

angemessener Weise zur Geltung zu bringen. Zwar läuft der Einsatz des Werbeblockers dem Interesse der Klägerin zuwider, nicht nur mit ihren journalistischen Inhalten, sondern insbesondere auch mit ihren Werbeinhalten möglichst viele Nutzer zu erreichen, da hiervon die Höhe ihrer Werbeeinnahmen abhängt. Das allein macht das Angebot und den Vertrieb der Leistungen der Beklagten aber noch nicht unlauter. Ein unlauteres Verhalten wäre vielmehr nur dann gegeben, wenn sich die Beklagte dabei nicht wettbewerbseigener Mittel bediente. Das ist jedoch nicht der Fall (vgl. BGH, a. a. O., – Werbeblocker S. 879).

a-3) Aus den vorstehend genannten Gründen liegt auch keine unlautere Werbebehinderung vor.

Zwar kann die Beeinträchtigung der Werbung eines Mitbewerbers – etwa durch deren Zerstörung, Beschädigung, Beseitigung oder Verdeckung – im Einzelfall eine unlautere Behinderung des Mitbewerbers darstellen. Dabei handelt es sich aber typischerweise um die Beeinträchtigung der Werbewirkung gegenüber einem mit der Werbung angesprochenen breiteren Publikum oder – etwa in den Fällen einer Erinnerungswerbung – gegenüber den Erwerbern eines bestimmten Produkts, ohne dass dies auf einer freien Entscheidung derer beruht, an die sich die Werbung richtet.

Anders verhält es sich jedoch im Streitfall. Abgesehen davon, dass zumindest weitgehend nicht die Eigenwerbung der Klägerin für deren Produkt blockiert wird, sondern Teile deren Produkts selbst – die Drittwerbung enthalten -, erreicht die von der Klägerin angebotene Werbung, wenn der Werbeblocker der Beklagten zum Einsatz kommt, nur diejenigen Nutzer nicht, die sich bewusst dafür entschieden haben, sich der Werbung im Internet nicht oder nur eingeschränkt auszusetzen (vgl. BGH, a. a. O., – Werbeblocker S. 879).

a-4) Auch der verfassungsrechtliche Schutz, den die Klägerin genießt, gebietet unter den gegebenen Umständen keinen weiter

reichenden lauterkeitsrechtlichen Schutz.

a) Die Klägerin handelt bei dem Angebot ihrer Inhalte im Internet, zu denen auch die darin enthaltene Werbung gehört, im Rahmen ihrer durch die Grundrechte der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG und der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Tätigkeit. Das ist bei der Auslegung und Anwendung des Lauterkeitsrechts zu berücksichtigen. Aus der Pressefreiheit lässt sich aber ein Anspruch der Presseunternehmen auf ungestörte geschäftliche Betätigung nicht herleiten. Auch Unternehmen des Medienbereichs müssen sich den Herausforderungen des Marktes stellen, der von der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung und von der Kraft der Innovation lebt (vgl. BGH, a. a. O., – Werbeblocker S. 880). Im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung ist zudem in den Blick zu nehmen, dass das von der Klägerin beanstandete Verhalten der Beklagten im Rahmen deren Berufsfreiheit ebenfalls grundrechtlichen Schutz genießt, der insbesondere die wirtschaftliche Verwertung der beruflich erbrachten Leistung umfasst (vgl. BGH, a. a. O., – Werbeblocker S. 880). Schließlich ist auch die von der negativen Informationsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG und der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG getragene Entscheidung des Nutzers, sich der Werbung im Internet nicht oder nur eingeschränkt auszusetzen, zu berücksichtigen, deren Umsetzung die Software der Beklagten dient.

β) Ein Überwiegen der – dem Marktgeschehen nicht entzogenen – Interessen der Klägerin über die genannten gegenläufigen Interessen kann nicht festgestellt werden, zumal der Klägerin grundsätzlich verschiedene Maßnahmen zu Gebote stehen, die Auswirkungen der Software der Beklagten auf ihr Geschäftsmodell einzugrenzen.

So hat sie die technische Möglichkeit, den Abruf ihrer Inhalte durch Nutzer zu verhindern, welche die Software der Beklagten verwenden, und so diese Nutzer zu motivieren, die Software jedenfalls für den Besuch ihrer Internetseiten außer Funktion

zu stellen. Wenn die Beklagte derartige technische Maßnahmen durch eine „Gegen-Programmierung“ umging, die in die entsprechenden Filterlisten geschrieben wurde (vgl. S. 22 ff. d. klägerischen Schriftsatzes v. 10. November 2015 = Bl. 228 ff. d. A.; S. 30 d. Berufungsbegründung v. 1. August 2016 = Bl. 500 d. A.; S. 10 d. klägerischen Schriftsatzes v. 20. Februar 2017 = Bl. 648 d. A.), mag diese konkrete Vorgehensweise unlauter gewesen sein; ein Überwiegen des klägerischen Interesses an dem streitgegenständlichen Schlechthinverbot des Angebots der Software selbst, das nicht auf derartige Umgehungsmaßnahmen beschränkt ist, kann sie dagegen nicht begründen.

Schließlich kann die Klägerin auch die Finanzierung ihrer journalistischen Angebote umgestalten, etwa durch Einführung einer (partiellen) Bezahlschranke (vgl. zu einer sogenannten Me-tered Paywall Senat GRUR-RR 2017, 89 – Kein Vollgas).

Ebenfalls fehl geht die Berufung der Klägerin darauf, dass es auch zur Blockierung anderer als werblicher Inhalte kommen könne und sie insbesondere bei der Entfernung des Impressums und von Copyrightvermerken und Urheberangaben eine rechtliche Inanspruchnahme fürchten müsse. Wenn derartige Veränderungen bei einzelnen Nutzern ohne ihr Zutun eintreten, weil diese die Software der Beklagten verwenden, kann die Klägerin dafür nicht in Anspruch genommen werden.

bbb) Der Vorwurf der Unlauterkeit wird auch nicht dadurch begründet, dass die Blockierung von Inhalten zur Vorbereitung eines Whitelisting geschicht, für das zumindest von einigen Seitenbetreibern ein Entgelt verlangt wird.

Denn das Whitelisting eröffnet den Betreibern von Internetauftritten mit Werbeinhalten gegenüber dem Zustand der – lauterkeitsrechtlich wie dargelegt zulässigen – Blockierung lediglich zusätzliche Nutzerkreise für diejenige Werbung, die den Acceptable-Ads-Kriterien der Beklagten entspricht (vgl. Köhler WRP 2014, 1017 Tz. 36 a. E.). Die Beklagte verlangt von

den Seitenbetreibern dafür ein Entgelt, dass sie ihnen diesen Vorteil eröffnet. Als Gegenleistung für eine erbrachte Leistung ein Entgelt zu verlangen stellt indes grundsätzlich einen wettbewerbskonformen Vorgang dar. Dadurch werden die Seitenbetreiber weder an ihrer Entfaltung gehindert oder vom Markt verdrängt noch daran gehindert, ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung in angemessener Weise zur Geltung zu bringen.

dd) Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die beanstandeten Verhaltensweisen aggressive geschäftliche Handlungen i. S. d. § 4a UWG seien.

(1) Das im Streitfall maßgebliche Recht ist 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 a. F. 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.

Es kann dahin stehen, ob eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage hieraus folgt. Denn jedenfalls kann keine aggressive geschäftliche Handlung i. S. d. § 4a UWG angenommen werden.

(2) Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG sind aggressive geschäftliche Handlungen unlauter, die geeignet sind, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung insbesondere dann aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen

Marktteilnehmers durch unzulässige Beeinflussung erheblich zu beeinträchtigen. Eine unzulässige Beeinflussung liegt nach § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG vor, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.

(3) Danach kann vorliegend nicht von einer unzulässigen Beeinflussung ausgegangen werden. Selbst wenn die Beklagte durch die auf der kostenlosen Bezugsmöglichkeit beruhende weite Verbreitung ihrer Software eine lauterkeitsrechtlich bedeutsame wirtschaftliche Machtposition erlangt haben sollte, läge kein Ausnutzen dieser Position zur Druckausübung i. S. d. § 4a Abs. 1 Satz 3 UWG vor.

Eine Machtposition wird zur Ausübung von Druck ausgenutzt, wenn der Handelnde sie in einer Weise nutzt, die beim Adressaten den Eindruck erweckt, er müsse mit irgendwelchen Nachteilen außerhalb des angestrebten Geschäfts rechnen, falls er die von ihm erwartete geschäftliche Entscheidung nicht trifft. Der Nachteil darf nicht bloß darin bestehen, dass der Unternehmer das Geschäft nicht abschließt, wenn der Adressat nicht auf die geforderten Vertragsbedingungen eingeht; denn insoweit hat der Grundsatz der Vertragsfreiheit Vorrang (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 4a UWG Rz. 1.59).

Im Streitfall läge der Nachteil der Seitenbetreiber lediglich darin, dass sie sich weiterhin mit der lauterkeitsrechtlich zulässigen Situation der Blockierung ihrer Werbung abfinden müssten, weil sie mit der Beklagten keine Whitelistingvereinbarung getroffen haben, und beschränkt sich deshalb auf die Folgen des Nichtabschlusses eines Geschäfts, so dass kein Ausnutzen zur Druckausübung gegeben ist. Es liegt auch kein belastendes oder unverhältnismäßiges Hindernis nichtvertraglicher Art i. S. d. § 4a Abs. 2 Nr. 4 UWG vor,

weil damit nur Hindernisse bei der Ausübung von Rechten aus einem Vertrag zwischen dem Handelnden und dem Druckadressaten gemeint sind (vgl. Sosnitza in: Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl. 2016, § 4a UWG Tz. 188; wohl auch Seichter in: Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl. 2016, § 4a UWG Rz. 54 und Fritzsche, WRP 2016, 1 Tz. 39; a. A. OLG Köln GRUR 2016, 1082 – Adblock Plus, dort Tz. 57).

d) Im Streitfall ist allerdings nicht entscheidungserheblich, dass die konkrete Vorgehensweise der Beklagten nicht unlauter ist, bei der jedenfalls teilweise ein entgeltliches Whitelisting vorbereitet wird.

Der Unterlassungsantrag enthält weder eine allgemeine Beschränkung auf Handlungen im geschäftlichen Verkehr oder zu Zwecken des Wettbewerbs noch eine konkrete Beschränkung auf die Entgeltlichkeit des Whitelistings, zu dessen Vorbereitung die zu verbietenden Handlungen des Anbietens, Bewerbens oder Vertreibens der Software vorgenommen werden. Eine Beschränkung auf entgeltliches Whitelisting kann auch der namentlichen Bezugnahme auf die konkrete Software nicht entnommen werden, da diese mit den vertraglichen Bedingungen, zu denen die Beklagte das Whitelisting vornimmt, nichts zu tun hat.

Die Klägerin hat zudem ausdrücklich erklärt, dass Handlungen zur Vorbereitung eines unentgeltlichen Whitelistings ebenfalls vom beantragten Verbot erfasst werden sollen. Sie hat damit klargestellt, dass der Antrag auch solche Verhaltensweisen erfassen soll, die selbst unentgeltlich erfolgen und nur der Vorbereitung eines unentgeltlichen Whitelistings dienen.

Der Antrag erfasst daher auch Handlungen, die – wie unter c) aa) dargelegt – schon deshalb nicht unlauter sind, weil sie keine geschäftlichen Handlungen darstellen, und ist deshalb unbegründet (vgl. BGH GRUR 2014, 393 – wetteronline.de Tz. 47 m. w. N.).

Wegen der von der Klägerin ausdrücklich erklärten Festlegung auf einen zu weiten Antragsinhalt käme eine Verurteilung hinsichtlich der konkreten Verletzungsform als minus selbst dann nicht in Betracht, wenn die konkrete Vorgehensweise der Beklagten unlauter wäre. Denn es ist nicht Sache der Gerichte, einen zu weit gefassten Antrag so umzuformulieren, dass er Erfolg hat oder haben könnte (vgl. BGH GRUR 2002, 187 [188] – Lieferstörung; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. 2017, § 12 UWG Rz. 2.44).

2. Mit dem Unterlassungsantrag erweisen sich auch die darauf rückbezogenen Folgeanträge zu Ansprüchen aus Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz als unbegründet.

C.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter B. zeigen, lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.