

Kollidierende Privatrechtsinteressen bei der Verwendung digitaler Werbeblocker

Rechtsgutachten

von

Prof. Dr. iur. Dr. sc. pol Udo Di Fabio

Direktor des Instituts für Öffentliches Recht der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

im
September 2015

Inhalt

A. Untersuchungsgegenstand und Konfliktlagen	4
I. Multipolarisierung der Geschäftsbeziehungen im Netz	4
II. Zivilrechtliche Verfahren	6
1. LG Hamburg	6
2. LG München I	7
3. Erwartbare Entwicklung der Rechtsprechung und Bedeutung von Verfassungsargumenten	14
B. Gutachten-Auftrag	16
C. Wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche und verfassungsrechtliche Einwirkungen	19
I. Mittelbare Geltung der Grundrechte im Wettbewerbsverhältnis	19
1. Rechtliche Abwägung im multipolaren Wettbewerbsverhältnis	19
2. Zivilrecht und Verfassungsrecht: mittelbare Drittewirkung von Grundrechten	20
3. Zwischenergebnis	27
II. Einschlägige Grundrechtseinwirkungen im Streitverhältnis betreffend Werbefilter	28
1. Grundrechte der Medienunternehmen	28
2. Der hohe Rang der Pressefreiheit im System der grundrechtlichen Werteordnung	28
3. Schutz- und Förderpflicht	32
4. Beurteilung der instanzgerichtlichen Rechtsprechung	35
5. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Nutzer als grundrechtsverstärkender Abwägungsbelang für Adblock-Anbieter	38
6. Grundrechtskonkretisierende Wertung des Gesetzgebers in § 7 UWG	43
7. Selbstregulative Strategien und Gleichrangigkeit der wirtschaftlichen Interessen der Streitparteien	46
8. Gesamtwürdigung der Umstände im Licht der Grundrechte	48

III. Verfassungsrechtliche Beurteilung des White-listing	52
1. Differenzierung zwischen vollständigen Werbeblockaden und selektiven Werbefiltern.....	52
2. White-lists und die Beurteilung von Akzeptanzkriterien	53
D. Perspektiven legislativen Vorgehens.....	61
I. Möglichkeiten gesetzlicher Regelungen	61
II. Verfassungsrechtliche Grenzen für den Gesetzgeber.....	63

A. Untersuchungsgegenstand und Konfliktlagen

I. Multipolarisierung der Geschäftsbeziehungen im Netz

Das Internet ist in den rund 20 Jahren seines Bestehens immer stärker und sich allgemein verbreitend genutzt worden. Ganze Branchen haben ihr Geschäftsfeld ins Netz verlagert, zunächst den Vertrieb, die Kundenbeziehungen, die Werbung und inzwischen auch Teile der Entwicklung und der Produktion von Waren und Dienstleistungen. Aus der Sicht des Nutzers besaß das Netz von vornehmlich enormen Vorteilen hinsichtlich der Dezentralität und Interaktivität des Mediums. Inzwischen hat die Digitalisierung einen „tiefgehenden strukturellen Wandel ausgelöst, der nahezu alle Lebensbereiche erfasst“¹. Eine gravierende Besonderheit im Geschäftsleben ist nicht nur die kommunikative Vernetzung, sondern auch die Multipolarisierung der Geschäftsbeziehungen. Die übliche Konstellation zwischen Anbieter und Nachfrager, zwischen Käufer und Verkäufer wird in spezifischer Weise durch

¹ Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderungen digitale Märkte. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB (Kurzfassung), S. 1.

Intermediäre verändert. Das gilt für Plattformen, die als Versandhändler und Verkaufsplattform arbeiten – wie Amazon – und eine hohe Transparenz der Marktbedingungen erzeugen oder für Suchmaschinen, die kostenlos Ordnungs- und Informationsleistungen anbieten, sich dann aber mit Werbung und der kommerziellen Nutzung angefallener Daten (wiederum insbesondere für Werbezwecke und Pflege der Kundenbeziehungen) finanzieren. Dabei werden große Teile der Wirtschaft mit ihren Wertschöpfungsketten in das Netz gedrängt oder von ihm angezogen, dies gilt auch für klassische Printmedien wie Verlage, Zeitungen und Nachrichtenmagazine oder für private Rundfunkanbieter.

Die Digitalisierung der Wertschöpfung löst für bestehende Akteure den Zwang aus, traditionelle Geschäftsmodelle im Netz neu zu begründen oder auf die neuen Nutzungsgewohnheiten hin zu verändern. Dabei ist die Verbindung von nachgefragten medialen Leistungen und dem Transport von Werbebotschaften ein Modell das sich gut etabliert hat, während sogenannte Bezahlmodelle, die für Leistungen im Netz finanzielle Gegenleistungen oder den Zugang über einen Basistarif (Flat) ermöglichen, eher begrenzt und umkämpft sind. Für mediale Anbieter ist das Netz hauptsächlich über die Verbindung mit Werbeformaten lukrativ, so dass hier eine erhebliche Belastungswirkung und auch eine bedenkliche Informationsverformung für die Nutzer entsteht. Die netztypische Antwort darauf

sind Programme, die Werbung blockieren oder filtern, damit aber die neun Geschäftsmodelle bei entsprechender Verbreitung stark unter Druck setzen können. Das Erwerbsinteresse derjenigen, die werbefinanzierte Leistungen anbieten und Unternehmen, die – ebenfalls erwerbswirtschaftlich orientiert – dem Nutzer solcher Leistungen Instrumente an die Hand geben, Werbung nach eigenen Wünschen zu steuern, kollidiert und wird als Wettbewerbsfrage den staatlichen Gerichten vorgelegt.

II. Zivilrechtliche Verfahren

Die Analyse ergangener Instanzrechtsprechung verdeutlicht beispielhaft den Interessen- und Rechtskonflikt.

1. LG Hamburg

Das Nachrichtenportal der Wochenzeitschrift „Die Zeit“ (Zeit-online) klagte vor dem Landgericht Hamburg auf Unterlassung, eine Software anzubieten oder zu vertreiben, die geeignet ist vom Nachrichtenportal gestaltete Internetseiten aufzurufen, wobei die dort geschalteten Werbeanzeigen unterdrückt werden können. Hilfsweise klagte sie auf Untersagung des Angebots einer Software mit der Option der sogenannten White-list, die es dem Internetseitenbetreiber ermöglicht über die Aufnahme in diese Liste eine Befreiung von der Blo-

ckade zu erwirken, dies allerdings gegen die Leistung eines Entgelts an den Anbieter der Werbeblockierungs-Software.

Das LG Hamburg nahm zwar ein Wettbewerbsverhältnis im Sinne von § 2 Abs. 1 Nummer 3 UWG an, sah jedoch im Verhalten des beklagten Werbeblockanbieters keinen Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Vorschriften. Das LG stellt hier fest, dass es nicht um eine unzulässige gezielte Behinderungsabsicht, gegebenenfalls unter Inkaufnahme wirtschaftlicher Verluste geht, sondern um die Entwicklung und Verbreitung eines für den betroffenen Websiteanbieter zwar lästigen, aber legitimen Geschäftsmodells.² Eine Existenzgefährdung des Onlineportals wurde als nicht gegeben angenommen.³

2. LG München I

Das in Deutschland bei der digitalen Verbreitung von Bildmaterial erfolgreichste private Medienunternehmen ProSiebenSat.1 Digital GmbH klagte ebenfalls bislang erfolglos vor dem LG München I. Die Klage richtete sich gegen dasselbe private Unternehmen, das Werbeblocker ins Netz stellt und gewerbsmäßig ausgestaltet. Es sollte zur Unterlassung verurteilt werden, und zwar im Hinblick da-

² LG Hamburg, Urteil vom 21.4.2015 - 416 HKO 159/14 BeckRS, 07710, S. 6.

³ LG Hamburg, 21.04.2015 - 416 HK O 159/14 BeckRS, 07710, S. 8 f.

rauf, eine Software zur Blockade von Online-Werbung anzubieten, zu vertreiben oder vertreiben zu lassen oder zu bewerben. Zudem sollte untersagt werden, einzelne Werbungen nur nach bestimmten Kriterien zuzulassen und für diese Aufnahme in eine sogenannte White-list von den durch Werbung begünstigten Unternehmen Entgelte zu verlangen.⁴ Im Konflikt stehen der über Werbeformate erfüllte Finanzierungsbedarf der Websitebetreiber auf der einen Seite und das Angebot an den Internetnutzer auf der anderen Seite, ein Instrument zu erhalten, mit dem er aufdringliche Werbung ausblenden. Die Unternehmen, die Werbefilter anbieten, lassen sich von großen Websitebetreibern bis zu 30 % ihrer Werbeeinnahmen abtreten, wenn sie positiv gelistet werden wollen. Von Bloggern und kleinen Seitenbetreibern soll dagegen ein Entgelt nicht verlangt werden.⁵

Zivilrechtlich gestritten wird über die Frage, ob ein Verstoß gegen Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vorliegt. Das klagende Medienunternehmen macht insofern eine gezielte Behinderung des Wettbewerbs im Sinne von § 8 Abs. 1, § 3, § 4 Nummer 10 UWG geltend. Nach der letztgenannten Vorschrift handelt unlauter, wer Mitbewerber gezielt behindert, d.h. sein

⁴ Zur genauen Fassung der Anträge siehe etwa Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 16 f. der Urteilsausfertigung.

⁵ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 18 der Urteilsausfertigung.

Verhalten muss geeignet sein, die Interessen von Mitbewerbern, Verbrauchern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen (§ 3 Abs. 1 UWG). Das Landgericht München lehnt allerdings ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den streitenden Parteien ab, weil sie keine gleichartigen Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen.⁶

Das fehlende Wettbewerbsverhältnis wird damit begründet, dass der Werbeblocker Adblock Plus für die Nutzer unentgeltlich sei. Die Konkurrenz um die Aufmerksamkeit der Nutzer findet nicht auf dem gleichen Spielfeld statt, weil es der Sinn des Werbeblockers gerade sei, Werbung zu unterbinden und nicht mit eigener Werbung Aufmerksamkeit des Nutzers auf sich zu lenken. Das erkennende Gericht sieht aber auch keine gezielte Behinderung des Medienunternehmens und seiner wirtschaftlichen Möglichkeit der Generierung von Einnahmen durch Werbung auf seinen Websites. Denn Wettbewerb sei darauf angelegt, auf Kosten des Mitbewerbers einen Wettbewerbsvorteil zu erzielen wobei die Maßnahme bei objektiver Würdigung aller Umstände in erster Linie nicht auf die Förderung der eigenen wettbewerblichen Entfaltung, sondern auf

⁶ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 31 f. der Urteilsausfertigung.

die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung eines Mitbewerbers gerichtet ist.⁷ Es müsse gezielt der Zweck verfolgt werden, Mitbewerber an der Entfaltung zu hindern und sie dadurch zu verdrängen, diese also zu hindern, ihre Leistung am Markt durch eigene Anstrengung zur Geltung zu bringen.

Dabei stellt das Gericht durchaus in Rechnung, dass das Geschäftsmodell von Adblock Plus selbstverständlich Nachteile für das klagende Medienunternehmen bedeutet. Den Nutzern von Adblock Plus wird Werbung auf den vom Medienunternehmen betriebenen und vermarkteten Internetseiten nicht mehr angezeigt, sodass dem Unternehmen Werbeeinnahmen entgehen, die vom Gericht als durchaus spürbar eingestuft werden.⁸ Dabei verschließt das Gericht auch nicht die Augen davor, dass die unentgeltliche Weitergabe der entsprechenden Software vor dem Hintergrund geschieht, dass im nächsten Schritt eine ungefilterte Zulassung von Werbung kostenpflichtig erlangt werden kann über das White-list-Verfahren.

Gleichwohl gelangt das Landgericht München zur Klageabweisung über eine Gesamtabwägung der widerstreitenden Interessen der Parteien und zwar

⁷ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 33 der Urteilsausfertigung unter Berufung auf BGH GRUR 2005, 581.

⁸ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 35 der Urteilsausfertigung.

auch unter Berücksichtigung der Interessen der Nutzer. Auf der einen Seite steht das Geschäftsmodell des Medienunternehmens, das mit seinen Websites und den dort dem Nutzer kostenlos präsentierten Angeboten darauf angewiesen ist, sich über Werbeeinnahmen zu finanzieren und Rendite zu erzielen. Dieses Geschäftsmodell sieht das Landgericht auch als verfassungsrechtlich geschützt an, insbesondere durch Art. 12 Abs. 1 GG.⁹ Spiegelbildlich gilt auf der anderen Seite derselbe Grundrechtsschutz für den Anbieter von Adblock Plus.¹⁰ Die insoweit beklagte Firma hat „mit dem Werbeblocker Adblock Plus und dem Angebot der White-list ein Geschäftsmodell entwickelt, dass es ihr ermöglicht, an den Werbeeinnahmen von Websitembetreibern und Werbevermarktern zu partizipieren“.¹¹

In die Abwägung widerstreitender gewerblicher Interessen sind nach Auffassung des Gerichts darüber hinaus die Interessen der Allgemeinheit und der Nutzer gleichsam als Dritte im Rechtsverhältnis einzustellen. Für die Allgemeinheit und die Nutzer werden bei verbreiteter Nutzung von Werbeblockierern ebenfalls negative Auswirkungen festgestellt. Denn das zwischen den Website-Betreibern

⁹ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 35 der Urteilsausfertigung.

¹⁰ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 36 der Urteilsausfertigung.

¹¹ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 38 der Urteilsausfertigung.

und den Nutzern stillschweigend zustande gekommene Übereinkommen (der „Deal“) geht dahin, dass ein kostenloser Inhalt gegen die Belästigung durch Werbung gleichsam getauscht wird. Wird demgegenüber von einer großen Nutzerzahl alle Werbung unterdrückt, so kommt das einer Auflösung dieser „Vereinbarung“ gleich und im Ergebnis werden bei nachhaltiger Beschädigung des Geschäftsmodells dem Nutzer die Inhalte nicht mehr zur Verfügung gestellt werden können.

Auf der anderen Seite - und von der Kammer ersichtlich höher gewichtet - stehen als Interessen der Nutzer und der Allgemeinheit die aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG) hergeleiteten Ansprüche auf *selbstbestimmten* Zugang zu Netzinformationen. Hier weist das Landgericht München darauf hin, dass die negative Informationsfreiheit dem Nutzer eine geschützte Position vermittele, um sich gegen den oktroyierten Informationszwang durch Werbung zu wehren. Eine solch unausweichliche Konfrontation mit Informationen entsteht etwa, wenn aufdringliche Werbeangebote über den Text gelegt oder vor einen Filmbeitrag gesetzt werden und sie vom Nutzer nicht beendbar (wegklickbar) sind.¹² Die Werbeblocker bieten sich dem Nutzer als Instrument zur Gestaltung dessen an, was er auf seinem Bild-

¹² Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 37 der Urteilsausfertigung.

schirm wahrnehmen will, während zugleich der Lieferant dieses Modells Rendite gerade aus dieser autonomen Entscheidung des Nutzers in Verbindung mit seiner Software bezieht.

Für das Landgericht München ist die Entwicklung eines solchen Geschäftsmodells nicht unlauter, zumal es den Medienunternehmen, die werbefinanzierte Websites betreiben, offen steht, „ihrerseits Modelle zu entwickeln, wie sie die Nutzer für ihr Geschäftsmodell ‚Inhalte gegen (aufmerksamkeitserregernde) Werbung‘ gewinnen kann“.¹³ Entscheidend für die Verneinung des Lauterkeitsverstoßes ist die Mediatisierung des Wettbewerbsverhältnisses durch die autonome Entscheidung des Nutzers, Werbeblocker zu verwenden. Die Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Einwirkung auf die Ware oder Dienstleistung eines Mitbewerbers entnimmt das Landgericht der Fernsehfee-Entscheidung des BGH.¹⁴

Eigentumsverfassungsrechtlich von Bedeutung sind auch Ausführungen zu dem Anspruch aus § 97 Abs. 1 UrhG zur Verletzung eines Rechts aus § 69 c UrhG. Die Websites der klagenden Medienunternehmen können als geistige Schöpfung ihres Urhebers ein eigener Schutzgegenstand sein, allerdings

¹³ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 39 der Urteilsausfertigung.

¹⁴ BGH Urteil vom 24.6.2004 - I ZR 26/02 (KG) Werbeblocker, GRUR 2004, 877 (879).

nimmt das Landgericht an, dass es an einem Eingriff in das Recht auf Vervielfältigung ebenso fehlt wie keine Umarbeitung im Sinne von § 69 c Nr. 2 UrhG vorliegt.¹⁵ dabei stellt die Kammer maßgeblich darauf ab, dass die Unterdrückung von Werbung kein Eingriff in das die Website herstellende oder repräsentierende Computerprogramm darstellt, insbesondere kein Eingriff in den Quellcode, sondern lediglich die auf den Anwender konzentrierte Teilnutzung des Angebots, die das Gericht als bestimmungsgemäße Benutzung der Websites annimmt.¹⁶

3. Erwartbare Entwicklung der Rechtsprechung und Bedeutung von Verfassungsargumenten

Den erstinstanzlichen Urteilen (zwischenzeitlich ebenfalls klageabweisend das LG Köln) ist noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung gefolgt. Angesichts der Bedeutung der Rechtsfrage dürfte die Befassung höherer Instanzen bis zum BGH zu erwarten sein. Der Argumentationsgang der beiden einschlägigen Entscheidungen zeigt in der Auslegung einfachgesetzlicher Vorschriften, bei der Wertung und Abwägung bereits die Verwendung verfassungsrechtlicher Argumente. Insofern bietet es

¹⁵ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 53 f. der Urteilsausfertigung.

¹⁶ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 54 der Urteilsausfertigung.

sich an, den hier aufgetretenen Konflikt als Referenzfrage einer verfassungsrechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen. Es geht um die Frage, wie grundrechtliche Kollisionslagen im digitalen Wettbewerb von der Zivilrechtsprechung verfassungsrechtlich angemessen gewürdigt werden.

B. Gutachten-Auftrag

Es geht nachfolgend nicht darum, die Beispiele der Instanz-Rechtsprechung im Einzelnen verfassungsrechtlich zu würdigen, sondern die Fragestellung allgemein auf die Verwendung von Werbeblockern hin zu entwickeln. Im Näheren sollen deshalb folgende Fragen erörtert werden:

1. Welche Einwirkungen vorrangigen Verfassungsrechts hat ein Gericht zu beachten, das im Rahmen einer auf § 8 Abs. 1 UWG gestützten Unterlassungsklage das Angebot und den Vertrieb von Werbeblockern beurteilt? Inwieweit sind bei der einfachgesetzlichen Rechtsanwendung insbesondere der § 3 Abs. 1 und § 4 Nr. 10 UWG Grundrechte von Medienunternehmen, insbesondere Rundfunkveranstalter und Verlagen, zu berücksichtigen, die im Internet Websites betreiben und sich ganz oder teilweise über Werbung finanzieren?
 - a) Bei der Beantwortung dieser Hauptfrage wird es zum einen darum gehen, ob der Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte von Medienunternehmen berührt ist und ein möglicher Eingriff durch ein für sie nachteiliges Urteil im Wettbewerbsverfahren gerechtfertigt wäre. In diesem Zusammenhang

wird auf die Grundrechte der Verwender von Werbeblockern eingegangen, insbesondere auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und auf die Berufsfreiheit von Herstellern, Anbietern oder Vertreibern von Werbeblockern. Dabei soll auch die Frage beantwortet werden, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Verwenders Einfluss auf die Auslegung von § 7 UWG bei der Frage hat, was als unzumutbare Belästigung anzusehen ist, wenn Websitebetreiber Vorkehrungen schaffen, den vom Verwender genutzten Werbeblocker technisch zu umgehen und ihm auch gegen seinen Willen Werbung anzuziegen.

b) Gesondert beurteilt werden White-lists, auf deren Grundlage der Endverbraucher sich im Rahmen eines verwendeten Werbeblockers entscheidet, bestimmte Werbung zuzulassen. Dabei wird es auch um die Frage gehen, ob aus verfassungsrechtlicher Perspektive White-lists zugelassen werden, wenn das Medienunternehmen für die Aufnahme in die Liste erlaubter Werbung einen Anteil an den hierdurch erzielten Einnahmen an den Hersteller oder Vertreiber des Werbeblockers zu zahlen hat. Eine weitere Frage geht dahin, ob die derzeit von Ad-block Plus angewendeten Listingkriterien in Einklang mit grundrechtlichen Anforderungen stehen.

2. Darüber hinaus soll perspektivisch beurteilt werden, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben der

Gesetzgeber zu beachten hat, wenn er die Verwendung oder das Inverkehrbringen von Werbeblockern untersagen oder einschränken wollte. Auch hierbei soll speziell das Problem der Whitelists einschließlich des dahinter stehenden Geschäftsmodells behandelt werden.

C. Wettbewerbsrechtliche Abwehransprüche und verfassungsrechtliche Einwirkungen

I. Mittelbare Geltung der Grundrechte im Wettbewerbsverhältnis

1. Rechtliche Abwägung im multipolaren Wettbewerbsverhältnis

Der Abwehranspruch aus § 8 UWG ist einfachgesetzlich eingeräumt, sichert zugleich aber mit der Freiheit des Wettbewerbs auch grundrechtliche Positionen aus Art. 12 GG, Art. 14 und Art. 2 Abs. 1 GG. Die bereits skizzierten Instanzrechtsprechung zu Adblockern hat es dabei jedoch mit einem multipolaren Rechtsverhältnis zu tun: die Berufsfreiheit der kommerziellen Websitebetreiber steht derjenigen der kommerziell handelnden Anbieter und Vertreiber von Adblockern gegenüber und wird durch die Rechtsinteressen der Nutzer, die in der Informationsfreiheit oder ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ihre verfassungsrechtliche Grundlage finden können, zu einem mehrpoligen Grund-

rechtsverhältnis. Dies muss als verfassungsrechtlicher Horizont bei der Auslegung und Anwendung wettbewerbsrechtlicher Rechtsvorschriften angemessen gewürdigt werden.

2. Civilrecht und Verfassungsrecht: mittelbare Drittirkung von Grundrechten

Civilrecht und Verfassungsrecht stehen nicht unverbunden nebeneinander, sondern sind im Stufenbau der Rechtsordnung¹⁷ hierarchisch gegliedert. Der Vorrang des Verfassungsrechts wird von Art. 20 Abs. 3 GG angeordnet, wenn dort die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung an das Gesetz gebunden werden, der Gesetzgeber selbst aber an die verfassungsmäßige Ordnung. Verfassungsrecht setzt sich gegenüber dem einfachen Recht mit Geltungsvorrang durch, d.h. verfassungswidriges Gesetzesrecht ist grundsätzlich nichtig.¹⁸

Das bedeutet aber nicht, dass ein Zivilgericht für die Rechtsfindung unmittelbar Verfassungsnormen anzuwenden hätte. Denn es gilt neben dem Gel-

¹⁷ Die Lehre ist maßgeblich von Adolf Merkl entwickelt worden: Jürgen Behrend, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkls und Hans Kelsens, 1977.

¹⁸ Das gilt als Regelrechtsfolge ungeachtet der prozessrechtlichen Möglichkeit für das Bundesverfassungsgericht, nur die Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit der Verfassung und dessen befristete Fortgeltung anzurufen, siehe § 31 Abs. 2 BVerfGG.

tungsvorrang des Verfassungsrechts auch der Anwendungsvorrang des konkreteren Gesetzes. Ein Gericht, das im Rahmen einer auf § 8 Abs. 1 UWG gestützten Unterlassungsklage das Angebot und den Vertrieb von Werbeblockern beurteilt, hat deshalb zuvörderst die Normen des UWG anzuwenden. Da der Begriff der Unlauterkeit ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, der ebenso wie die gesetzgeberische Konkretisierung in § 4 Nr. 10 UWG („gezielt behindert“) der Auslegung bedarf, liegt eine Konstellation der mittelbaren Drittirkung der Grundrechte vor.

Die mittelbare Drittirkung der Grundrechte wurde als Rechtsfigur vom Bundesverfassungsgericht mit der Lüth-Entscheidung dogmatisch ins Leben gerufen.¹⁹ Im Jahr 1958 stellte das Bundesverfassungsgericht einer Entscheidung folgende Leitsätze voran:

„Die Grundrechte sind in erster Linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der Grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem Bestimmungen

¹⁹ Siehe näher Di Fabio: Grundrechte als Argument - Drittirkungslehre und Wertordnungsidee, in: Herdegen/H.H. Klein/Papier/Scholz (Hg.): Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, C.H. Beck, München 2009, S. 35 ff.

zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.“²⁰

So ist etwa die Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) ein Grundrecht, das den Bürgern als Abwehrrecht gegen den Staat zusteht.²¹ Ohne öffentlich-rechtlichen Verpflichtungssadressaten hatte das Landgericht im Lüth-Fall die mit der Klage angegriffenen Boykottaufrufe von ihrer praktischen Wirkung her beurteilt und in ihnen eine privatrechtlich verursachte Beschränkung der Berufsfreiheit erkannt, die vom Schutzzweck des § 826 BGB umfasst ist. Das Bundesverfassungsgericht sah aus der Perspektive des Art. 5 GG das Landgericht indes ebenfalls als Teil des Staates und nicht als nur neutraler

²⁰ BVerfGE 7, 198 (198). Der Entscheidung lag ein Fall zu Grunde, der den damals zeitgeschichtlichen Hintergrund des Urteils aufs Beste ausleuchtet. Der Leiter der staatlichen Pressestelle der Freien und Hansestadt Hamburg mit Namen Lüth hatte sich im Jahr 1950 in einer Ansprache gegen den neuen Film „Unsterbliche Geliebte“ des Regisseurs Veit Harlan gewandt. Harlan hatte den im Jahr 1940 uraufgeführten antisemitischen Hetzfilm „Jud Süß“ gedreht. In den Augen Lüths hatte er sich damit moralisch diskreditiert, weshalb er das deutsche Publikum in einem „Offenen Brief“ dazu aufforderte, den Film „Unsterbliche Geliebte“ nicht zu besuchen. Das Landgericht Hamburg sah darin eine sittenwidrige Aufforderung zum Boykott und damit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 826 BGB als verwirklicht. Es verurteilte Lüth deshalb dazu, diese Aufforderung fortan zu unterlassen. Das vom OLG bestätigte Urteil war Gegenstand der Verfassungsbeschwerde, die auf Art. 5 GG gestützt war.

²¹ BVerfGE 7, 198 (204 f.); 21, 362 (369); 61, 82 (100 f.); 68, 193 (205); vgl. auch R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 174 ff.; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 287; J. Isensee, in: HbStR V, 2000, § 111, Rn. 22 ff.; T. Maunz/G. Dürig (M. Herdegen), GG Kommentar, Art. 1 Abs. 3 Rn. 29; R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, 2003, S. 15 ff.

Schiedsrichter eines Privatrechtskonflikts. Gerichtliche Entscheidungen sind demnach Akte der öffentlichen Gewalt, die beispielsweise im Fall einer erfolgreichen Abwehrklage eine Meinungskundgabe als unerlaubte Handlung qualifiziert und damit die Freiheit der Meinungsäußerung beschränkt.²² Obwohl das Bundesverfassungsgericht nach eigenem Bekunden die Frage der Drittewirkung der Grundrechte nicht umfänglich entscheiden wollte, hatte es damals doch eine neue dogmatische Position gefunden, die über das hinausgeht, was zuvor der U.S. Supreme Court an Privileierung der Meinungsfreiheit vorgezeichnet hatte²³. Die Grundrechte sind danach eine objektive Wertordnung, die in das gesamte Recht hineinstrahlen und damit von vornherein einen anderen Akzent setzen als die wertneutrale Weimarer Verfassung.²⁴ Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung

²² BVerfGE 7, 198 (203).

²³ Mit seiner Entscheidung *Shelly v. Kraemer* (334 U.S. 1 (1948)) hat der U.S. Supreme Court in den fünfziger Jahren die Erstreckung des Geltungsbereichs der Grundrechte auf Privatrechtsverhältnisse eingeleitet. Er ging zwar weiter vom Abwehrcharakter der Grundrechte aus, sah deren Schutzbereich jedoch auch dann als betroffen an, wenn staatliche Gerichte eine diskriminierende Vereinbarung zwischen Privaten durchsetzten, indem er diesen Vorgang als „State Action“ qualifizierte. Dazu näher *T. Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 162 und 74.

²⁴ *E.-W. Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat 29 (1990), 1 (3); *T. Henne/A. Riedlinger*, Das Lüth-Urteil aus (rechts-)historischer Sicht, 2005, S.39. Bezeichnend für die Schwäche einer wertneutralen Demokratie war Hitlers Legalitätseid, der diese Schwäche offen aussprach und sich zunutze machte. Zum Legalitätseid im Leipziger Reichswehrprozess des Jahres 1930, siehe *H. Mommsen*, Aufstieg und Untergang der Republik von Weimar, 2001, S. 512 bis 514.

sein.²⁵ Dies führt zur Annahme einer objektiven, über das zweipolige Grundrechtverhältnis zwischen Bürger und Staat hinausgreifenden Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte. Jedenfalls dort, wo der demokratische Gesetzgeber mit unbestimmten Rechtsbegriffen den Gerichten erhebliche Auslegungsspielräume lässt, ist ausfüllend das grundrechtliche Wertesystem von den Zivilgerichten heranzuziehen.²⁶ Damit kommt grundsätzlich jedes Grundrecht mit seiner spezifischen, dem Schutzbereich zu entnehmenden Wertsetzung als Auslöser einer Vorrangwirkung in Betracht. Allerdings lässt sich auch innerhalb der Grundrechte gerade in Bezug auf die Würde des Menschen als Höchstwert der Verfassung eine gewisse Ordnung und eine Hierarchisierung erkennen. Im Mittelpunkt des grundrechtlichen Wertesystems steht die sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft frei entfaltende menschliche Persönlichkeit und ihre Würde.²⁷

²⁵ BVerfGE 2, 1 (12); 5, 85 (134 ff., 197 ff.); 6, 32 (40 f.); 7, 198 (205).

²⁶ *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: T. Maunz (Hrsg.), FS für Hans Nawiasky, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, 1956, S. 157 (176 ff.); *K. Stern*, Staatsrecht III/1, 1988, S. 1512; vgl. *E.-W. Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), 1 (3 ff.); *P. Häberle*, Die Wesensgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 1963, S. 17 ff.; *H.D. Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AÖR* 110 (1985), 363 (376 ff.); *W. Rüfner*, *HbStR* V, 2000, § 117 Rn. 54 ff.; Di Fabio: Grundrechte als Argument - Drittirkungslehre und Wertordnungsidee, in: Herdegen/H.H. Klein/Papier/Scholz (Hg.): Staatsrecht und Politik. Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, C.H. Beck, München 2009, S. 35 ff.

²⁷ BVerfGE 7, 198 (205).

Die Wirkung der Grundrechte ist nur mittelbar. Wäre das anders und würden sie unmittelbar „zum Anknüpfungspunkt für Handlungs- und Unterlassungspflichten Dritter“²⁸ werden, so setzten sie sich mit ihrem Geltungsvorrang in die Teilrechtsordnungen des Strafrechts²⁹ und des Zivilrechts³⁰ hinein durch, verdrängten die demokratischen Entscheidungen des Gesetzgebers und könnten bei unmittelbarer und das Fachrecht verdrängender Anwendung schwerlich auf den insgesamt ausgewogenen Systemcharakter ausdifferenzierter Teilrechtsordnungen Rücksicht nehmen.³¹ Manche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gehen bei der Durchsetzung der Vorrangwirkung der Grundrechte recht weit und ziehen insofern auch Kritik auf sich;³² das ändert aber nichts an der dogmatisch inzwischen gesicherten Einstrahlwirkung

²⁸ *E.-W. Böckenförde*, Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz, 1990, S. 37; vgl. v.a. auch: *ders.*, Grundrechte als Grundsatznormen. Zur Gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 29 (1990), 1 (19).

²⁹ *H. Kudlich*, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, *JZ* 2003, 127 ff.; *K. Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, *passim*.

³⁰ *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *T. Maunz* (Hrsg.), *FS für Hans Nawiasky, Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, 1956, S. 157 (176 ff.); *H.D. Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektive Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 110 (1985), 363 (378); *H.C. Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, *RdA* 1950, 121 (125); *K. Stern*, *Staatsrecht III/1*, 1988, S. 924 f.

³¹ Auf diese Gefahr der punktuellen Intervention hat das BVerfG in seiner Görgülü-Entscheidung vom 14. Oktober 2004 in Bezug auf Entscheidungen des EGMR hingewiesen BVerfGE 111, 307 (327).

³² BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreterbeschluss); 89, 1 (Bürgschaftsbeschluss); 89, 214 (Mietereigentumsentscheidung);

der Grundrechte auf die Anwendung zivilrechtlicher Normen.

Auch europarechtlich ist diese Rechtsfigur inzwischen übernommen und entwickelt worden. Der Gedanke einer höherrangigen, auf die einfache Rechtsanwendung einwirkenden objektiven Wertesordnung findet sich primärrechtlich³³ und in der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere der zu den Grundfreiheiten.³⁴

90, 27 (Parabolantennen-Entscheidung); 97, 169 (Kleinbetriebsbeschluss); 103, 89 (Urteil zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen). Die Probleme der Drittirkung von Grundrechten wurden später auch sichtbar an der kontrovers aufgenommenen Bürgschafts-Entscheidung, BVerfGE 89, 214 ff.

³³ Der Vertrag über eine Verfassung für Europa v. 29.10.2004, ABI. C 310/1, stellte die „Werte der Union“ und das Gebot ihrer Achtung und Förderung mit Art. I-1 Abs. 2, Art. I-2, Art. I-3 Abs. 1 und 4 an die Spitze des operativen Teils des Verfassungstextes, im Vertrag von Lissabon, siehe insoweit Art. 2 EU. Aus der Literatur dazu: *C. Callies*, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, *JZ* 2004, 1033 ff.; *F.S.M. Hesselhaus/C. Nowak* (Nicolaysen), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 1 Rn. 73; *J. Meyer*, in: ders., Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2006, Präambel, Rn. 28; *F. Reimer*, Wertegemeinschaft durch Wertenormierung? Die Grundwerteklausel im europäischen Verfassungsvertrag, *ZG* 2003, 208 ff.; vgl. auch bereits Europäisches Parlament, Entschließung zum Vertrag von Amsterdam v. 19.11.1997, *EuGRZ* 1998, 69 (70). Auch außerhalb des Europa rechts findet sich diese Vorstellung im Völkerrecht wieder: So werden gemeinsame Werte auch im juristischen Meinungskampf um humanitäre NATO-Einsätze zu deren Rechtfertigung herangezogen, *T. Rensmann*, Wertordnung und Verfassung, 2007, S. 360 (376 ff.); vgl. weiter in der Literatur: *A.L. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, S. 250 ff.; *W.G. Grewe*, The Epochs of International Law, 2000, S. 714 ff.; *B. Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, *RdC* 205 (1994 VI), 217 (256 ff.); *C. Tomuschat*, International Law – Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, *RdC* 281 (1999), 9 (72 ff.).

³⁴ EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139. Dazu *W. Kluth*,

3. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann deshalb festgehalten werden, dass auch bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Lauterkeitsrecht die Grundrechte mittelbar, d.h. bei der einfachgesetzlichen Auslegung der Begriffe heranzuziehen sind. Dies gilt insbesondere dort, wo es um persönlichkeitsrelevante, aber auch um demokratierelevante Rechtspositionen geht, die den Mittelpunkt der grundrechtlichen Werteordnung bilden.

Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH, in: AöR 122 (1997), 557 ff.; *K. Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur so genannten Drittirkung im Europarecht, 2005, S. 47 f.; *M. Jaensch*, Die unmittelbare Drittirkung der Grundfreiheiten, 1997, S. 186 f.; *W. Kluth*, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), 557 (580ff.); *T. Körber*, Innerstaatliche Anwendung und Drittirkung der Grundfreiheiten?, EuR 2000, 932 (948); *R. Streinz/S. Leible*, Die unmittelbare Drittirkung der Grundfreiheiten, EuzW 2000, 459 (461 f.).

II. Einschlägige Grundrechtseinwirkungen im Streitverhältnis betreffend Werbefilter

1. Grundrechte der Medienunternehmen

Bei der einfachgesetzlichen Rechtsanwendung insbesondere der § 3 Abs. 1 und § 4 Nr. 10 UWG könnten Grundrechte von Medienunternehmen, beispielsweise privater Rundfunkveranstalter und Verlage, zu berücksichtigen sein, wenn diese Unternehmen im Internet Websites betreiben und sich ganz oder teilweise über Werbung finanzieren. Zivilgerichte, die über einen wettbewerbsrechtlichen Abwehranspruch dieser Unternehmen gegen Werbeblockierer zu entscheiden haben, müssten dann in die Auslegung einfachgesetzlicher Rechtsbegriffe oder in eine ohnehin angezeigte Abwägung das Grundrecht der Meinungsfreiheit und das Grundrecht der Pressefreiheit entsprechend einbeziehen und gewichten. Fraglich ist allerdings, ob auch ein bestimmtes Geschäftsmodell vom Schutzbereich der Pressefreiheit umfasst sein kann und demgemäß dieses Geschäftsmodell vor Eingriffen des Staates in die Meinungs- und Pressefreiheit geschützt ist und ob das darüber hinaus auch im Verhältnis zum wirtschaftlichen Wettbewerber gilt.

2. Der hohe Rang der Pressefreiheit im System der grundrechtlichen Werteordnung

Die Pressefreiheit, wie sie das Grundgesetz in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgt, schützt die *Eigenständigkeit* der Presse „von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und der Meinung“.³⁵ Die Pressefreiheit nimmt in der grundrechtlichen Werteordnung einen besonderen Rang ein, weil eine freie Presse, die nicht von politischer Herrschaftsgewalt gelenkt wird, ein Wesenselement des freiheitlichen Staates ist. Eine freie Presse ist für die Demokratie schlechthin unentbehrlich.³⁶

Das Bundesverfassungsgericht sieht es in seiner Rechtsprechung als Aufgabe der Presse an, „umfassende Information zu ermöglichen, die Vielfalt der bestehenden Meinungen wiederzugeben und selbst Meinungen zu bilden und zu vertreten.“³⁷ Eine freie Presse (und ein freier Rundfunk) sind von besonderer, von tragender Bedeutung für die Möglichkeit der Meinungsbildung und Verbreitung einer öffentlichen Meinung im einem demokratischen Gemeinwesen. Daran ändert auch die Entwicklung des Internets nichts Gravierendes, denn das dezentrale Netz kann nicht ohne weiteres eine professionelle Korrespondentenarbeit und die Redaktionsleistungen eines Presse- oder Medienunternehmens ersetzen.

³⁵ BVerfGE 66, 116 (133) – Springer.

³⁶ BVerfGE 20, 162 (174) – Spiegel; 52, 283 (296) – Tendenzschutz.

³⁷ BVerfGE 52, 283 (296) – Tendenzschutz.

Diese Aufgabe kann nur erfüllt werden, wenn die Presse vom Staat unabhängig und plural im Markt präsent ist. Unabhängig und plural kann Presse nur sein, wenn sie mit wirtschaftlicher Renditeaussicht zu existieren vermag. Seit ihrer Entstehung in der frühen Neuzeit war die Druckpresse sowohl im Hinblick auf die Buchherstellung als auch die Nachrichtenübermittlung und Unterhaltung renditeorientiert und blieb durchweg ganz überwiegend in privater Unternehmerhand.³⁸

Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die der staatliche Gesetzgeber veranlasst, sind daher besonders pressesensibel, weil auch ein mittelbares wirtschaftliches Austrocknen der Presse eine Gefahr wäre - eine Gefahr für eine der konstituierenden Bedingungen der Demokratie.³⁹ Aus diesem Grund wurde beispielsweise noch jüngst diskutiert, ob die Einführung der Mindestlohnregelung für Zeitungszusteller ein Eingriff in die Pressefreiheit ist oder gegen eine staatliche Schutzwicht verstößt.⁴⁰ Denn mit einer staatlich

³⁸ Siehe dazu R. Stöber, Deutsche Pressegeschichte, 2. Aufl. 2005, S. 61 ff. Eine Ausnahme gilt nur für die so genannte Intelligenz-Presse, die als Anzeigen-Presse vor allem in Preußen staatlich betrieben wurde, a.a.O. S. 78 ff.

³⁹ *Ladeur*, Ein „Leistungsschutzrecht“ für Presseverlage und die Rechtsverfassung der Internetkommunikation, AfP 2012, S. 420 (423).

⁴⁰ U. Di Fabio, Mindestlohn und Pressefreiheit. Zu den Auswirkungen eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns auf den Pressevertrieb deutscher Zeitungshäuser, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag des Bundesverbandes Deutscher Zeitungsverleger, 2014.

veranlassten Verschlechterung der Rentabilitätsbedingungen für Presseunternehmen kann mittelbar auf die Pressefreiheit eingewirkt werden, wobei es auf entsprechende Finalität nicht ankommt. Die Pressefreiheit ist insofern auch eine institutionelle Umfeld- und Funktionsgewährleistung. Die Grundrechtsträger werden deshalb vor staatlichem Handeln auch insoweit geschützt, als der Staat auf die verbreiteten Informationen, auf Inhalt und Gestaltung des Presseerzeugnisses über negative oder positive Sanktionen Einfluss nehmen will. Eine funktionierende öffentliche Meinung setzt die Existenz einer ausreichend großen Zahl selbständiger, vom Staat unabhängiger und nach ihrer Tendenz, politischen Färbung oder weltanschaulichen Grundhaltung miteinander konkurrierender Presseerzeugnisse voraus, die ihrerseits davon abhängen, dass die Grundrichtung einer Zeitung unbeeinflusst bestimmt und verwirklicht werden könne.⁴¹ Das Grundgesetz garantiert insofern als objektives Recht die Freiheit des Pressewesens insgesamt.

Bereits im Jahr 1966 formulierte der Erste Senat im Rahmen eines bedeutenden Verfassungsbeschwerde-Verfahrens über die Verfassungsmäßigkeit von Durchsuchungen in Redaktionsräumen („Spiegel-Affäre“), dass der „Staat [...] – unabhängig von subjektiven Berechtigungen Einzelter – verpflichtet [ist], in seiner Rechtsordnung überall,

⁴¹ BVerfGE 52, 283 (296) – Tendenzschutz unter Hinweis auf BVerfGE 12, 205 (206) – Fernsehurteil.

wo der Geltungsbereich einer Norm die Presse berührt, dem Postulat ihrer Freiheit Rechnung zu tragen. Freie Gründung von Presseorganen, freier Zugang zu den Presseberufen, Auskunftspflichten der öffentlichen Behörden sind prinzipielle Folgerungen daraus; doch ließe sich etwa auch an eine Pflicht des Staates denken, Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten.⁴² Daraus folgt, dass die Ausgestaltung und Entwicklung des wirtschaftlichen Wettbewerbs grundrechtsrelevant im Blick auf Art. 5 Abs. 1 GG sein kann, wie dies regelmäßig im Fall der drohenden Bildung von Publikationsmonopolen diskutiert worden ist. Würde aber nicht die Presse als Wirtschaftsmacht zentralisiert, sondern als Wirtschaftsakteur systematisch durch Wettbewerber ausgetrocknet, so könnte man ähnliche Überlegungen anstellen.

3. Schutz- und Förderpflicht

Das Verständnis der Pressefreiheit als institutionelle Gewährleistung wirft bis heute immer wieder die Frage auf, ob der Staat aus dem Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch eine verfassungsrechtliche Pflicht hat, ein Institut „Freie Presse“⁴³ zu schützen, indem er etwa fördernde Maßnahmen

⁴² BVerfGE 20, 162 (175 f.) – Spiegel.

⁴³ BVerfGE 20, 162 (175) – Spiegel; 86, 122 (128) – Schüberzeitung: „Institution einer freien Presse“.

ergreift. Die Thematik grundrechtlicher Schutzpflichten wird auf die Pressefreiheit erstreckt. Normativer Ansatzpunkt ist der Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1989 zum „Postzeitungsdienst“, in dem das Gericht in einigen Absätzen auf die dem Staat auferlegte „Schutzpflicht für die Presse“ eingegangen ist.⁴⁴ Wie selbstverständlich nimmt das Gericht an, dass eine solche, aus den Grundrechten folgende Schutzpflicht bestehe. Sie müsse dem Neutralitätsgebot genügen, d.h. die Fördermaßnahmen dürften nicht inhaltslenkende Wirkungen haben und müssten den Anspruch auf Gleichbehandlung im publizistischen Wettbewerb erfüllen.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung zum Wettbewerb von Presseerzeugnissen deutlich ausgesprochen, dass die mit dieser institutionellen Gewährleistung einhergehende Schutzpflicht nicht darauf gerichtet sei, „den Bestand eines Presseorgans gegen den Wettbewerb durch ein anderes Presseorgan zu schützen“.⁴⁵ Es geht also nicht per se um den Schutz einzelner Zeitungen oder Zeitschriften, die sich unter den marktwirtschaftlichen Bedingungen nicht mehr behaupten

⁴⁴ BVerfGE 80, 124 (133) – Postzeitungsdienst. Dieser Zustellungsweg spielt heute praktisch keine sonderliche Rolle mehr und auch die rechtlichen Rahmenbedingungen der damaligen Organisationsform als Verwaltung des Bundes sind nach der Privatisierung der Post andere. Das ändert aber nichts an der grundsätzlichen Bedeutung des Schutzgedankens.

⁴⁵ BGH, NJW 1985, S. 1624 – Bliestal-Spiegel; BGH, NJW 2004, S. 2083 (2085) – Gratiszeitung 20 Minuten Köln.

können. Es geht vielmehr um den (institutionellen) Erhalt von meinungsbildender Presse, d.h. Zeitungen, die „sich redaktionell vor allem mit allgemein interessierenden politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Gegenständen befassen und dabei informierend und kommentierend an der Bildung der öffentlichen Meinung mitwirken.⁴⁶

Im Grundrechtsverhältnis ist allerdings die Beziehung von Grundrechtsberechtigten aus Art. 5 Abs. 1 GG zur öffentlichen Gewalt im Sinne von Art. 1 Abs. 3 GG deutlich zu unterscheiden von privaten Rechtsbeziehungen. Auch wenn man mit einer gewissen Zurückhaltung Schutz- und Förderpflichten der Hohen Hand annehmen kann, so gilt das doch nicht für private außerpublizistische Konkurrenten in einem neuen Marktumfeld. Der Konkurrent im Netz hat keine Schutz- und Förderpflichten gegenüber einem Medienunternehmen, das sich im Verhältnis zum Staat auf Art. 5 Abs. 1 GG ohne Zweifel berufen kann. Es bleibt insofern bei der dogmatisch anerkannten *nur mittelbaren* Grundrechtswirkung, die als Abwägungsbelang entsprechend einfachgesetzlich einzustellen ist. Eine materielle Imprägnierung oder gar eine das Abwägungsergebnis determinierende Grundrechtseinwirkung scheidet aus. Würde das einfachgesetzlich geregelte Wettbewerbsverhältnis grundrechtsunmittelbar im Sinne

⁴⁶ In Anlehnung an BGH, NJW 2004, S. 2083 (2085) – Gratiszeitung 20 Minuten Köln.

einer von der Zivilrechtsprechung letztlich zu vollstreckenden Schutzwicht des Mitbewerbers gegenüber der Institution der Presse oder im Hinblick auf Kommunikationsfreiheiten insgesamt verstanden, so würde dies zu einer unerlaubten unmittelbaren Grundrechtsgeltung führen und das demokratische Mandat des Gesetzgebers zugunsten richterrechtlicher Grundrechtskonkretisierung ausgehebelt werden. Der BGH hat deshalb in seiner Fernsefee-Entscheidung vom 24.6.2004 zu Recht ausgeführt:

„Die Rechtsordnung darf den privaten Rundfunk zwar nicht Bedingungen unterwerfen, die die Ausübung der grundrechtlichen Freiheit wesentlich erschweren oder gar praktisch unmöglich machen würden (...). Aus der institutionellen Garantie des Staates für die Freiheit des Rundfunks lässt sich aber ein Anspruch der Fernsehsender auf ungestörte geschäftliche Betätigung nicht herleiten. Der Schutz des Rundfunks als einer meinungsbildenden Institution gebietet grundsätzlich keinen Bestandsschutz über die Zuerkennung zivilrechtlicher Ansprüche. 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.“⁴⁷

4. Beurteilung der instanzgerichtlichen Rechtsprechung

⁴⁷ BGH GRUR 2004, 877 (880).

Unter insofern angezeigter angemessener Berücksichtigung der mittelbaren Grundrechtseinwirkung lässt sich bei der bislang bekannten Instanzrechtsprechung kein Verfassungsverstoß feststellen. Das legitime Interesse von Medienunternehmen, die im Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG wirtschaftlich handeln, wurde von den Instanzgerichten erkannt und gewürdigt. Insbesondere sehen die Zivilgerichte, dass die Online-Vermarktung redaktioneller Texte, Bilder oder Filme traditioneller Medienunternehmen diese zwingt, neue Geschäftsmodelle nicht allein, aber maßgeblich über Werbeeinnahmen zu entwickeln.⁴⁸ Würde beispielsweise der Gesetzgeber die Werbung auf Websites generell verbieten, so käme ein Verstoß gegen die institutionellen Schutz- und Förderpflichten im Hinblick auf die Institutsgarantie von Art. 5 Abs. 1 GG in Betracht. Dass die öffentliche Gewalt demgegenüber aber verpflichtet wäre, privatwirtschaftliche Konkurrenzmodelle, die Werbeeinnahmen beeinträchtigen, über die wettbewerbsrechtliche Abwehrklage gleichsam zu beseitigen, schießt weit über das Ziel hinaus.

Es spricht nichts dagegen, das wirtschaftliche Interesse der zivilrechtlich gegen Werbeblocker klagenden Medienunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG durch das Grundrecht der Meinungsfreiheit, der Pressefreiheit oder der Filmfreiheit, also

⁴⁸ A. Godulla, Mehr als lousy pennies? Etablierte vs. alternative Geschäftsmodelle im Online-Journalismus, in: Hahn/Hohlfeld/Knieper (Hg.) Digitale Öffentlichkeit (en), 2015, S. 135 ff.

der Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG *verstärkt* zu sehen. Diese Verstärkung kann für die Einschätzung einer gezielten Behinderung und für die Abwägung konfliktierender Rechte im Wettbewerbsverhältnis das Gewicht zu Gunsten der klagenden Medienunternehmen durchaus von Belang sein, aber nicht die Gegenrechte von Startup-Unternehmen, die Werbeblocker entwickeln, anbieten und vermarkten, dem Grunde nach zur Seite drängen. Denn auch diese Unternehmen können sich selbstverständlich ihrerseits auf die Wirtschaftsfreiheiten des Grundgesetzes aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG berufen. Ihnen steht bei der Entwicklung sowie dem Vertrieb ihrer kostenlosen Software zudem das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)⁴⁹ zur Seite. Neben dem wirtschaftlichen Interesse an der Beteiligung an Werbeeinnahmen durch das selezierende Whitelist-Angebot, also eines Ausnahmefilters für akzeptable Werbung, können sehr wohl auch ideelle Interessen an der guten Ordnung eines offenen Netzwerkes bestehen. Dass Werbung beim Aufsuchen von Websites als störend empfunden wird, vor allem wenn sie derart ausgestaltet ist, dass sie die Nutzung der Websites erheblich einschränkt oder gar verhindert, ist in einigen Fällen zu einer allgemein zugänglichen Erfahrung geworden.

⁴⁹ Di Fabio, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 2 Abs. 1 Rdnr. 12.

5. Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Nutzer als grundrechtsverstärkender Abwägungsbelang für Adblock-Anbieter

Entscheidend für die Beantwortung der Frage nach den Grundrechtseinwirkungen auf das konkrete Streitverhältnis dürfte allerdings etwas anderes sein. Wenn die klagenden Medienunternehmen neben ihren Wirtschaftsgrundrechten aus Art. 12 und 14 GG sich auch auf Art. 5 Abs. 1 GG berufen können - wenngleich in der hier als eingeschränkt darstellten Art und Weise -, so ist eine solche Wirkungsverstärkung auch für die Gegenseite eröffnet. In die Abwägung zugunsten des Unternehmens, das Adblocker entwickelt, anbietet und als Geschäftsmodell betreibt muss neben den Wirtschaftsgrundrechten ebenfalls ein *grundrechtsverstärkender* Gesichtspunkt in die Abwägung mit eingestellt werden. Die Zivilgerichte, insbesondere das Landgericht München I, haben zu Recht darauf hingewiesen, dass die Verwendung und Verbreitung von Adblockern ein Instrument darstellt, um die Privatautonomie der Nutzer als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit und seiner negativen Informationsfreiheit (als Bestandteil des Schutzbereichs von Art. 5 Abs. 1 GG) zu stärken⁵⁰. Es geht um den selbstbestimmten Zugang zu Netzinformationen.

⁵⁰ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 37 der Urteilsausfertigung.

Für die einfachgesetzliche Rechtsanwendung der §§ 3 und 4 in Verbindung mit § 8 UWG kommt es nicht darauf an, ob diese Rechte dem beklagten Unternehmen selbst als eigenes (subjektives) Recht zustehen. Auch die Pressefreiheit verstärkt die Position der Medienunternehmen vor allem aufgrund ihres *institutionellen Gewährleistungsgehalts*. Pressefreiheit ist ein subjektives Abwehrrecht für Journalisten und Verleger, aber auch eine institutionelle Gewährleistung zugunsten der freien demokratischen Gesellschaft, insofern eine (auch) „dienende“ Freiheit im Interesse der Grundrechte anderer,⁵¹ insbesondere des Grundrechts auf Demokratie (Art. 38 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG)⁵² sowie im Hinblick auf die objektive Gewährleistung einer demokratischen Staatsstruktur. Es geht im Übrigen eben (unter Zugrundelegung der allgemeinen Einsichten zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung)⁵³ nicht darum, ein zweipoliges Grundrechtsverhältnis nach dem Muster des Verfassungsbeschwerdeverfahrens unmittelbar anzuwenden, sondern die multipolare, von der Werteordnung der Grundrechte beeinflusste, einfachgesetzlich konkretisierte Situation fachgerichtlich zu bewältigen. Dabei sind die gesetzlichen Wertungen von erheblichem Gewicht.

⁵¹ BVerfGE 95, 220 (236); 119, 181 (214); Bethge, in: Sachs, GG Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 5 Rn. 92.

⁵² BVerfGE 123, 267 (340 f.).

⁵³ Siehe oben C. I. 2.

Die Nutzer, die Werbeblocker oder Werbefilter einsetzen, üben nicht nur ihrerseits ihre allgemeine Handlungsfreiheit aus, sondern sie schützen damit auch ihren Anspruch auf einen geordneten, selbstbestimmten Informationszugang, der negative, irritierende Einflüsse ausschließt, wenn dies dem Willen des Nutzers entspricht. Gegenüber einem Übermaß an oktroyierter und die Informationsaufnahme deformierende Werbung stehen den Nutzern ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht und auch das speziell für den Umgang mit persönlichen Daten entwickelte Recht auf informationelle Selbstbestimmung zur Seite. Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ist Bestandteil (genauer: Konkretisierung) des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁵⁴

Dieses Recht wiederum wurde im Zivilrecht entwickelt. Die Rechtsprechung hat es als sonstiges Recht von § 823 Abs. 1 BGB umfasst gesehen.⁵⁵ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wurde vom deutschen Verfassungsrecht so interpretiert, dass durch die Nähe zu der in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG garantierten und für unantastbar erklärten Würde des Menschen aus dem weit gefassten (beinah uferlosen) Schutzbereich der freien Entfaltung der Persönlichkeit ein stärker geschützter Kernbereich

⁵⁴ BVerfGE 65, 1 (46) – Volkszählung; BVerfGE 113, 29 (46) – Anwaltsdaten.

⁵⁵ BGHZ 20, 345 (347); ständige Rechtsprechung.

konkretisiert wurde. Das Menschenbild des Grundgesetzes geht vom Einzelnen aus, der sich nach eigenen Plänen und eigenverantwortlich als Persönlichkeit frei entfaltet, der sich dabei als soziales Wesen bindet und Gemeinschaften begründet. Dieses Recht steht jedem in gleichem Maße zu. Die Ordnung, in die hinein Menschen wirken, wird von allen mit gleichem Recht gestaltet. Damit Freiheit sich in diesem grundsätzlichen Sinne entfalten kann, bedarf es nicht nur der Habeas-Corpus-Garantien, wie sie im Recht auf Leben und persönliche Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 GG) gewährleistet sind, sondern auch des besonderen Schutzes eines Raumes der Privatheit und ungestörten Selbstbestimmung. Es geht um einen privaten Entfaltungsraum, der vor öffentlicher Durchdringung im Kernbereich absolut verschlossen ist, der aber in gestufter Weise letztlich immer die Herrschaft über Selbstdarstellung und soziale Interaktion beim Subjekt gesichert wissen will. Die Selbstbestimmung der eigenen Rolle und Darstellung in der sozialen Welt ist davon ebenso erfasst wie die Aneignung von Wissen und Information.⁵⁶

Der Persönlichkeitsschutz gebietet, dass die Nutzung von Daten dem Netznutzer von kommerziellen Intermediären kenntlich gemacht werden muss und seiner Zustimmung bedarf, damit die Subjektstellung des Betroffenen gesichert bleibt. Es kommt

⁵⁶ Zu einer Theorie der Gesellschaft aus der Perspektive ihrer Wissensleistungen siehe etwa K.-H. Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006, S. 125 ff.

darauf an, dass der Nutzer die konkrete Verwendung und die Risiken, aber auch das zugrunde liegende Geschäftsmodell eines Anbieters hinreichend deutlich mitgeteilt bekommt. Der nationale und der europäische Gesetzgeber sind verpflichtet, für alltagstaugliche, vom durchschnittlichen Empfängerhorizont ausgehende Transparenz in den Geschäftsbedingungen zu sorgen. Die Nutzer müssen wissen, wann sie in ein Geschäft einwilligen, was mit ihren Daten geschieht, wenn sie scheinbar kostenlose Angebote etwa durch Herunterladen von Apps oder auch nur den Besuch einer Website annehmen. Ähnliches gilt für Werbungen, die Informationen über das Nutzerprofil weiterleiten, sammeln oder durch auf das Profil hin zugeschnittene weitere Werbeangebote ergänzt werden.

Ein solch asymmetrisches Interaktionsszenario der Abschöpfung und profilgesteuerten Beeinflussung ist nur zulässig, wenn der Nutzer es erkennt und in die wesentlichen Bedingungen einwilligt. Die lockende Ausnutzung des Informationsinteresses oder auch schlicht der Neugier von Websitebesuchern für eine Art kommerzieller Überwältigung dagegen kann den Gesetzgeber zu persönlichkeitschützenden Maßnahmen verpflichten, weil im Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Schutzauftrag aus Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG seine Wirkung entfaltet. Jedenfalls aber rechtfertigt dies bei der Anwendung lauterkeitsrechtlicher Rechtsvorschriften - vor dem Hintergrund asymmetri-

scher Interaktionsszenarien aufdringlicher Werbestrategien - eine positive Gewichtung von digitalen Instrumenten wie Adblockern zur Steuerung des Werbeflusses in der Hand der Nutzer.

6. Grundrechtskonkretisierende Wertung des Gesetzgebers in § 7 UWG

Es ist denn auch der Gesetzgeber selbst, der in § 7 UWG unzumutbare Belästigungen vor allem in Zusammenhang mit aufdringlichen Werbemaßnahmen bringt. § 7 Abs. 1 Satz 2 UWG hebt als eine geschäftliche Handlung, die Marktteilnehmer in unzumutbarer Weise belästigen kann, diejenige Werbung hervor, die erfolgt, obwohl erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht. Das im Gesetz ausgesprochene Werbeverbot ist eine verbraucherschützende Maßnahme, die zugleich das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Bürger schützt. Als Verbotsgesetz ist es indes auch ein Eingriff in die Grundrechte des Werbetreibenden, insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG, der einer Rechtfertigung bedarf.

Die Rechtfertigung für diesen Eingriff im Lauterkeitsrecht liegt im erstrebten Schutz des Markttenehmers in seiner persönlichen Disposition, frei von aufdringlicher unerwünschter Werbung zu sein. Dieser gesetzliche Rechtfertigungsgrund für einen Grundrechtseingriff erhält seine tiefere verfassungsrechtliche Grundierung nicht nur durch den

institutionellen Schutz der Privatautonomie als einer *ungestörten wirtschaftlichen Entfaltungsordnung*⁵⁷, sondern auch zum Schutz des individuellen allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Marktteilnehmer als selbstbestimmtem Kommunikationsteilnehmer, der Informationen aufnimmt und weitergibt. Wer ein Angebot im Netz nutzt, kann zwar nicht jedes Detail der Präsentation seinerseits bestimmen, aber die speziell an ihn oder sein Unterbewusstsein adressierten Botschaften sollten seiner selbstbestimmten Kontrolle gleichwohl offen stehen. Nutzerinnen und Nutzer sollten jedenfalls nicht auch dann noch mit Werbung konfrontiert werden, wenn sie dies erkennbar nicht wünschen.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG, der Gedanke des Verbraucherschutzes und der informationellen Selbstbestimmung wirken insoweit zusammen und werden auch institutionell von der Grundidee der *sozialen Marktwirtschaft* abgebildet. Die soziale Marktwirtschaft, als die in ihren wesentlichen Elementen von den Grundrechten vorgegebene und vom Europarecht inzwischen als Teil der europäischen Wirtschaftsverfassung einschlägig vertraglich kodifizierte Form des wirtschaftlichen Handelns

⁵⁷ Hier spielt etwa eine Rolle die „Ressourcenbindung“ beim Empfänger der Werbemaßnahmen: S. Leible, in: Münchener Kommentar Lauterkeitsrecht §§ 5 bis 20 UWG, 2. Aufl. 2014, § 7 UWG Rn. 1.

(Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV)⁵⁸, verlangt die Möglichkeit der chancengerechten Marktteilnahme als Teil der freien Entfaltung der Persönlichkeit unter Achtung der *Subjektstellung* des Verbrauchers. Es ist gerade das von dem Institut der Privatautonomie⁵⁹ geprägte Leitbild der Subjektstellung des Verbrauchers, Konsumenten oder Nutzers von Internetangeboten, vor dessen Hintergrund manche Entwicklung der digitalen Welt als verfassungsrechtlich bedenklich erscheinen.

Dazu gehören die heimliche Datenerhebung und ihre wirtschaftliche Nutzung, aber auch die Verbreitung von Lockangeboten, die Förderung der „Graitismentalität“ unter verdeckter wirtschaftlicher Nutzung und eine überhandnehmende aufdringliche Werbung, die sich mit Pop-ups zwangsweise in den Aufmerksamkeitshorizont des Nutzers schieben oder die Grenzen zwischen Werbung und Information verdunkeln. Einige Geschäftsmodelle – und hier besonders interessierend, einige Werbeformate – lassen aus der Nutzung einer Website eine grelle Situation der Ausnutzung, Überrumpe-

⁵⁸ P.-C. Mueller-Graff, soziale Marktwirtschaft als neuer Primärrechts Begriff der Europäischen Union, in: Mueller-Graff/Schmahl/Skouris (Hg.), Europäisches Recht zwischen Bewährung und Wandel, Festschrift für Dieter H. Scheuing, 2011, S. 600 ff.; J. Lowitsch, Neuaustrichtung der Sozialpolitik im europäischen Reformvertrag, Umsetzungsprobleme am Beispiel der Mitarbeiterbeteiligung, ZESAR 2010,217 ff.

⁵⁹ Siehe dazu: A. Hatje, Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt, in Bogdandy (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 801 (811 f.).

lung und Angebotsverzerrung werden, die den Nutzer zum bloßen Objekt aggressiver Werbung werden lässt. Es liegt auf der Hand, dass der Gesetzgeber Derartiges beschränken oder gar verbieten kann, ohne unverhältnismäßig in Grundrechte der Werbetreibenden einzugreifen.

7. Selbstregulative Strategien und Gleichrangigkeit der wirtschaftlichen Interessen der Streitparteien

Ebenso (selbst)verständlich ist es aber, wenn Marktkräfte ihrerseits – ohne auf staatliche Intervention zu warten – im Netz Instrumente bereitstellen, die den Wunsch der Nutzer, von unerwünschter Werbung unbehelligt zu bleiben, verwirklichen. Die spontanen Selbstregulationskräfte⁶⁰ des Netzes handeln mitunter ohne eine Verbraucherschutzzentrale oder einen Abmahnverein konsultieren zu müssen. Insofern unterscheidet sich die Entwicklung und Verbreitung einer werbeunterdrückenden Software ohne direktes Wettbewerbsverhältnis gravierend vom unlauteren Verhalten eines Konkurrenten, der etwa die Plakate seines Mitbewerbers im öffentlichen Darbietungsraum entfernt.

⁶⁰ Zum Gedanken der Selbstregulation als verfassungsrechtliche Rechtsidee: U. Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 235 ff.

In eine Abwägung, die die grundrechtliche Werteordnung vollständig mit einbezieht, gehört der die Privatautonomie der Nutzer stärkende Effekt von Werbeblockern. Daran ändert sich nichts, wenn die beklagte Firma auf der faktischen Grundlage weit verbreiteter Werbeblocker dann Ausnahmefilter für vom Nutzer akzeptierte Werbung gewerbsmäßig vertreibt und sich einen Anteil am Werbeentgelt versprechen lässt. Denn hier geschieht lediglich das, was auch Medienunternehmen als legitimes Marktverhalten begreifen, nämlich ein nützliches Produkt rentabel zu vertreiben. Der BGH hat bereits in seiner Fernsehfee-Entscheidung vom 24.6.2004 die prinzipielle *Gleichrangigkeit der Geschäftsinteressen* eines privaten Fernseheranbieters auf der einen Seite und eines Unternehmers auf der anderen Seite gesehen, der Vorschaltgeräte mit Werbeblocker-Funktion vertreibt.⁶¹ Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dem BGH beizupflichten, dass Werbeblocker nicht *per se unzulässige Behinderungen* sind, sondern es auf eine „Gesamtwürdigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls“ ankomme⁶², schon weil nur in einer solchen Gesamtwürdigung die Grundrechte als objektive Werteordnung in einem multipolaren Rechtsverhältnis angemessen zur Geltung gebracht werden können.

⁶¹ BGH GRUR 2004, 877 (879).

⁶² BGH GRUR 2004, 877 (879).

8. Gesamtwürdigung der Umstände im Licht der Grundrechte

Die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt eine prinzipielle Gleichrangigkeit der wirtschaftlichen Interessen von Medienunternehmen und Unternehmen, die Werbeblocker anbieten. Beide Positionen können sich auf Grundrechte Dritter oder institutionelle Verbürgungen flankierend und unterstützend berufen. Für Medienunternehmen ist der hohe Rang der Kommunikationsfreiheiten (Meinungsfreiheit, Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen, der insbesondere dann zur Geltung gelangt, wenn das digitale Geschäftsmodell entsprechender Medienunternehmen durch gezielte Werbeblockierungen existenziell getroffen wird. Auf der anderen Seite stehen die Wirtschaftsgrundrechte der Unternehmen, die Werbeblockierer anbieten. Ihre Position wird verstärkt durch das allgemeine Interesse der Nutzer, ihre Subjektstellung im Netz durch Instrumente wie Werbeblockierer zu verbessern oder wiederherzustellen. Damit wird zugleich der selbstbestimmte ungestörte Informationsfluss für den Nutzer gesichert und die negative Informationsfreiheit gewährleistet.

Die Abwägung im hier skizzierten multipolaren Rechtsverhältnis läuft unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls auf die Frage hinaus, ob die bereits verbreitete Nutzung von Werbeblockierern das digitale Geschäftsmodell von

Medienunternehmen substantiell beschädigt oder in zerstörerischer Weise zum Erliegen bringt. Dies wäre angesichts der institutionellen Bedeutung von Presse, Rundfunk und Film umso bedeutsamer, weil der Rückgang im konventionellen Marktbereich etwa der Printmedien, durch digitale Präsenz ausgeglichen werden muss. Es ist insofern eine fachrichterliche Frage der Sachverhaltsfeststellung, ob solche destruktiven Wirkungen bereits eingetreten sind oder mit einer hinreichenden Eintrittswahrscheinlichkeit unmittelbar bevorstehen. Zur Zeit deutet vieles darauf hin, dass es einigen wichtigen Medienunternehmen gelungen ist, im Netz rentabel Fuß zu fassen. Werbeblocker scheinen hier lediglich eine Minderung des Wachstums der Renditen zu bewirken; es fehlt bislang an Belegen, dass sie das neue Geschäftsmodell zerstören könnten. Der Geschäftsbericht der Axel Springer AG⁶³ jedenfalls enthält folgende Aussage:

"Durch die fortschreitende Digitalisierung der Geschäftsaktivitäten erhöhten sich die Werbeerlöse von Axel Springer um 15,3 Prozent auf EUR 985,9 Mio. (Vj.: EUR 855,3 Mio.). Dabei entfielen 80,1 Prozent der Werbeerlöse auf die digitalen Geschäftsmodelle."

In einer etwas weiter gefassten Perspektive könnte es sogar sein, dass die Diskussion um Werbeblocker zu einer Verfeinerung der Werbemaßnahmen und letztlich zu einer Erhöhung der Akzeptanz beim

⁶³ https://www.axelspringer.de/presse/Axel-Springer-investiert-im-ersten-Halbjahr-in-digitales-Wachstum_24078678.html.

Nutzer führt. Im Ergebnis könnte die Herausforderung durch Werbeblocker das digitale Geschäftsmodell von Medienunternehmen langfristig eher stabilisieren als dies bei Fortführung des archaischen Modells von störender oder den Nutzer überwältigender Werbung zu erwarten ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass eine Gesamtwürdigung der Umstände die Schnelllebigkeit des Netzes, den hohen Veränderungsdruck, das rasche Entstehen und Vergehen von Geschäftsmodellen zu berücksichtigen hat. Auch Adblocker stehen im Wettbewerb und werden im Falle des Erfolges von Browern, Betriebssystemen oder Plattformen herausfordert. Gerade das Netz ist offen und garantiert keinen Ertragsbestandsschutz, sodass es bei der klassischen grundrechtsdogmatischen Einsicht bleibt, dass Art. 12 Abs. 1 GG freie Betätigung *im Wettbewerb*, aber nicht *vor Wettbewerb* schützt und dass Art. 14 GG das substantiell Erworbene gewährleistet, jedoch bloße Wettbewerbschancen nicht grundrechtlich gesichert sind.⁶⁴

Für die fachgerichtliche Rechtsanwendung ist gerade aus Sicht des Verfassungsrechts deshalb genau zu unterscheiden, ob es um die Beurteilung von Wettbewerbsverhalten in gesunder Konkurrenz in einem dynamischen Medium spontaner Ordnungsbildung geht oder um die unerlaubte Verletzung von Rechtspositionen unter der Devise „im

⁶⁴ BVerfGE 28, 119 (142); 78, 205 II (211 f.).

Netz gelten keine Regeln“. Solche Rechtsverletzungen entstehen etwa dann, wenn Monopolisten ihre Plattformen ausnutzen, wenn Urheberrechte verletzt werden und die Achtung geistigen Eigentums im Netz auf dem Spiel steht: In diesen Fällen ist der Gesetzgeber und sind die Gerichte gefordert, die privatrechtliche Eigentums- und Entfaltungsordnung zu schützen oder wiederherzustellen. Der hier zur Beurteilung stehenden Sachverhalt indes ist nicht Teil einer solchen Problematik – hier geht es um klassische wirtschaftliche Konkurrenzlagen bei der Erschließung eines neuen Marktes.

III. Verfassungsrechtliche Beurteilung des White-listing

1. Differenzierung zwischen vollständigen Werbeblockaden und selektiven Werbefiltern

Die rechtliche Beurteilung und Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalls muss differenzieren zwischen vollständigen Werbeblockaden und derjenigen Software, die eine selektive Werbe durchlässigkeit erlaubt. Dabei kann ein Filter nach unterschiedlichen Kriterien funktionieren. Technisch ist es möglich, nur statische Werbung zuzulassen, also Animationen, Sounds, Filme zu unterdrücken. Erfahrungsgemäß wird eine solche kondensierte oder konfigurierte Werbebotschaft, die unaufdringlich, aber wohl auch häufig unterhalb der Wahrnehmungsschwelle erfolgt, als akzeptabel angesehen. Gegenüber der vollständigen Werbeunterdrückung handelt es sich aber um eine für die Werbetreibenden schonendere Maßnahme, die allerdings weniger kreative Optionen für Werbebotschaften belässt. Wenn auch Bilder unterdrückt werden, bleibt nur noch die Textbotschaft. Weiterhin ist eine Vorauswahl danach möglich, wo die Werbung platziert ist, ob sie insbesondere den Inhalt der Website verdeckt, diesen überlagert oder zwischen dem Text platziert ist und dadurch den Lesefluss beeinträchtigt. Fremdfinanzierte, gesponserte Suchergebnisse sollten klar separiert sein, und nicht organisch vermischt werden, was

insbesondere bei redaktionellen Inhalten und Werbebotschaften häufig geschieht. In den Seiteninhalt eingebettete Hyperlinks dürfen nicht automatisch aufgerufen werden und müssen in einer für den Nutzer erkennbarer Weise dem Seitenziel entsprechen, das angegeben wird. Solche technischen Filter sind rechtlich gemessen an den oben entwickelten grundsätzlichen Abwägungskriterien unproblematisch, insbesondere wenn sie für den Nutzer und den Werbetreibenden transparent sind.

2. White-lists und die Beurteilung von Akzeptanzkriterien

Naturgemäß in wirtschaftlicher Hinsicht besonders umstritten sind vorstrukturierte White-lists, die eine Durchlässigkeit herstellen, wenn das Medienunternehmen für die Aufnahme in die Liste erlaubter Werbung einen Anteil an den hierdurch erzielten Einnahmen an den Hersteller oder Vertreiber des Werbeblockers zu zahlen hat. Betroffene Medienunternehmen reagieren wie andere Website-betreiber auch darauf empfindlich, da sie dieses entgeltliche Listing wie Wegelagerei empfinden, weil es ja hier ersichtlich nicht um eine aus ideellen Motiven gespeiste Stärkung der Nutzerinstrumente geht, sondern um eine „egoistische“ Renditeabsicht. Nach dem bereits oben entwickelten Kriterium ist ein White-listing in gewerbsmäßiger Absicht kein negatives Merkmal, das auf Unlauterkeit hindeuten oder die Abwägung zulasten der Adblock-Anbieter

ausfallen lassen würde. Eine weitere Frage geht dahin, ob die derzeit von Adblock Plus angewendeten Listingkriterien in Einklang mit grundrechtlichen Anforderungen stehen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Nutzer wird mit allgemeinen Kriterien für akzeptable Werbung ersichtlich gestärkt. In der noch ergebnisoffenen Diskussion befinden sich zur Zeit etwa folgende Werbungsmöglichkeiten, die als "akzeptabel" gelten dürfen:

- Statische Werbung (keine Animationen, Sounds etc.)⁶⁵
- Nach Möglichkeit nur Text, keine aufmerksamkeitserregenden Bilder⁶⁶
- Platzierung der Werbung: Werbung, welche über, unter, oder neben dem vom Benutzer begehrten Inhalt erscheint, wird von diesem weniger störend empfunden, als Werbung (gleich welcher Art) die sich in oder über den Inhalt schiebt (z.B. Overlays).

⁶⁵ Werbemittel gleich welcher Art (mithin sowohl Bilder, z.B. „Banner“, als auch Texte, z.B. „Google Textads“, „Adsense for search“), die ohne Bewegung oder Ton angezeigt werden, werden als akzeptabel bewertet. Animierte bzw. mit Tönen untermaulte Werbung dagegen wird als störend empfunden, da diese von dem eigentlich Inhalt der Webseite ablenkt (Stichwort: Musik im Hintergrund).

⁶⁶ Textwerbung wird im allgemeinen als akzeptables Werbemittel angesehen, da diese dezent ist und kaum die Aufmerksamkeit des Besuchers vom begehrten Inhalt ablenkt. Bilder können ebenso nicht störend wirken, wenn sie in Ihrer Gestaltung zurückhaltend sind und sich zudem in den Kontext der Webseite einbinden, also nicht zu „aggressiv“ sind. Deutlich negative Beispiele dagegen wären beispielhaft sexualisierte Werbung auf einer Kinderwebseite oder gewalttätige Botschaften mit grellen Farben im Kontext einer Webseite, die über Pazifismus diskutiert.

- Werbung sollte nicht den Inhalt verdecken (z.B. nicht den Seiteninhalt bis zum Klicken eines Buttons überlagern).
- Auf Textseiten sollte Werbung nicht zwischen dem Text platziert werden, wo sie den Lese- fluss beeinträchtigt, sondern entweder ober- halb oder unterhalb des Textes. Die gleichen Regeln gelten für Suchseiten: gesponserte Suchergebnisse sollten nicht mit den Sucher- gebnissen vermischt werden, sondern deut- lich von diesen gesondert stehen.⁶⁷
- Ist Werbung über dem eigentlichen Seitenin- hält platziert, dann sollte kein Scrollen erfor- derlich sein, um diesen zu sehen. Der verfü- bare vertikale Platz ist mindestens 700 Pixel. Werbung sollte nicht mehr als ein Drittel die- ser Höhe einnehmen. Gesponserte Sucher- gebnisse auf Suchseiten dürfen mehr Platz einnehmen, aber sie sollten nie mehr Platz einnehmen als organische Suchergebnisse.⁶⁸
- Wenn Werbung seitlich platziert ist, muss sie genug Platz für den eigentlichen Seiteninhalt lassen. Es wird erwartet, dass horizontal min- destens 1000 Pixel verfügbar sind, wovon die

⁶⁷ Soweit der Inhalt einer Webseite ein redaktioneller Text ist, sollte Werbung den Lese- fluss nicht unterbrechen. Der Text sollte also „am Stück“ gelesen werden können, ohne das eine „Pause“ bzw. eine Last zum Überspringen von in den Text eingelagerten Werbemitteln entsteht. Erscheint Werbung auf Suchseiten (google.de) so sollen die (gewollten=organi- schen) Suchergebnisse klar von den Anzeigen abgegrenzt sein und nicht vermischt werden.

⁶⁸ Werbemittel, die im oberen Bereich einer Webseite darge- stellt werden (z.B. über einem redaktionellen Text) werden als akzeptabel angesehen, da sie den Lese- fluss nicht stören. Dies gilt aber nur dann, wenn das Werbemittel nicht so groß und dominant gestaltet ist, dass der Besucher erst die Web- seite herunterscrollen muss, um den Text lesen zu können.

Werbung nicht mehr als ein Drittel der Breite einnehmen sollte.

- Werbung sollte deutlich durch das Wort "Werbung" oder Vergleichbares als solche gekennzeichnet sein und klar vom Inhalt der Seite unterschieden werden können (z.B. durch einen Rahmen und/oder einer anderen Hintergrundfarbe).
- Anforderungen bezüglich Kennzeichnung und Platzierung treffen für in den Seiteninhalt eingebettete Hyperlinks mit Affiliate Referrer IDs nicht zu. Zusätzliche Anforderungen für Hyperlinks mit Affiliate Referrer IDs: Vom Hyperlink ausgelöste Weiterleitungen sollten keine andere Webseite präsentieren als die Zielseite. In Texten können nicht mehr als 2% aller Wörter für Monetarisierungszwecke mit einem Hyperlink versehen werden. Hyperlinks sollten nicht anders formatiert werden und sich nicht anders verhalten als andere Links. Hyperlinks sollten nicht irreführend sein. Dies gilt sowohl für deren Inhalt als auch deren Platzierung.⁶⁹

Derartige Kriterien, die sich für die Werbewirtschaft gewiss wie ein arg enges Korsett darstellen, können für den Verbraucher eine sinnvolle Kanalisierung der Werbeflut sein. Damit würde der Interaktivität des Netzes Rechnung getragen: der Nutzer gestaltet Werbung mit. Der Anbieter selektiver

⁶⁹ Dieser Vorschlag betrifft sog. „in Text Werbung“. Dabei werden einzelne Wörter eines redaktionellen Textes mit einem Link unterlegt. Ein solcher Link führt auf eine Webseite eines zu dem Wort passenden Werbetreibenden, Beispielsfall: Verlinkung des Namens eines Autoren auf Amazon.de, über die sodann das aktuellste Buch erworben werden kann.

White-lists kann hier als Mediator zwischen der Nutzergemeinde und den gewerblichen Websitebetreibern auftreten, zwar durchaus mit eigenem Geschäftsinteresse, jedoch gerade aus diesem Interesse heraus auch bemüht, beiden Seiten angemessen Rechnung zu tragen.

Die Autonomie des Nutzers im Sinne einer freien Wahlentscheidung wird allerdings nicht gestärkt, wenn sich das werbetreibende Unternehmen oder die Werbewirtschaft mit einem Softwareanbieter für selektive Werbeblockaden geschäftlich einigt, welche Werbung beim Nutzer durchkommen, unabhängig von den Interessen des Nutzers. Es wäre eine Entwicklung denkbar, dass jedenfalls die Verstärkung von Autonomie des Nutzers nicht mehr im Vordergrund stehen würde, sondern allein das geschäftliche Interesse an der Teilung von Werbeeinnahmen. Anhaltspunkte dafür lassen sich zur Zeit indes nicht erkennen.

Ein Gesichtspunkt dürfte auch sein, dass für den Nutzer die Kriterien selektiver Filter und die begünstigten Unternehmen transparent gemacht werden können. Ob sich hier für die grundsätzliche verfassungsrechtliche Beurteilung etwas ändert (die ja bereits dem Grunde nach die gewerbliche Orientierung beim White-listing als legitime Grundrechtsbetätigung aus Art. 12 Abs. 1 GG gewertet hat), lässt sich nur dann exakt beurteilen, wenn deutlich wird, wie viel der Website-Besucher und die Nutzer von Adblock Plus von diesem Geschäft

erfahren oder erfahren können. Von Bedeutung dürfte dabei sein, ob die Nutzer selbst Einflussmöglichkeiten besitzen, hier zu gestalten oder zu konfigurieren. Die einzelnen Inhalte der White-lists und damit die Anzeige von akzeptabler Werbung kann sich der Nutzer – nach dem Vortrag des Adblock-Plus-Betreibers – anzeigen lassen, Filterlisten, auf die das Programm Adblock Plus zugreift, können danach grundsätzlich von jedem Internetnutzer individuell angepasst, abgeändert oder eingesetzt werden.⁷⁰

Die Verbreitung von Werbefiltern und deren selektive Freischaltung gegen Entgelt ist innerhalb des Netzambientes aus verfassungsrechtlicher Sicht jedenfalls nicht in einem solchen Maße asymmetrisch und intransparent, dass die öffentliche Gewalt hier zugunsten einer benachteiligten Seite mit dem Lauterkeitsrecht oder mit der Veränderung der gesetzlichen Rechtslage reagieren müsste. Eine solche das oben gefundene Abwägungsergebnis verändernde Asymmetrie liegt schon deshalb nicht vor, weil (worauf das Landgericht München I hingewiesen hat) den klagenden Websitebetreibern eigene *Reaktionsmöglichkeiten* zur Verfügung stehen, so-

⁷⁰ Duplik der Beklagten Eyeo GmbH im Verfahren vor dem LG München I (Aktenzeichen 37 O 11673/14) vom 4. Dezember 2014, S. 28 f., 36.

dass eine allgemeine Marktstörung nicht anzunehmen ist. Dazu hat das Landgericht München I ausgeführt:

„Die Klägerin könnte beispielsweise versuchen, auf das Verhalten der Nutzer Einfluss zu nehmen, sodass diese keinen Werbeblocker einsetzen, oder aber ihr Finanzierungsmodell umstellen und für den Besuch ihrer Webseiten generell bzw. von Nutzern eines Werbeblocker ein Entgelt verlangen. Das Wettbewerbsrecht sichert der Klägerin keinen Besitzstand dahingehend zu, dass ihr bislang erfolgreiches Entgeltmodell und ihr Kundenstamm erhalten bleiben. Sofern keine besonderen Unlauterkeitsgründe vorliegen, ist es dem freien Wettbewerb immanent, dass sich bestehende Strukturen wandeln und Unternehmen auf neues Nutzerverhalten und geänderte Marktbedingungen reagieren müssen.“⁷¹

Insgesamt bleibt es demnach bei dem grundlegenden Ergebnis der verfassungsrechtlichen Abwägung im polyzentrischen Verhältnis zwischen Websitebetreibern, Nutzern und den Anbietern von Werbefiltern, auch wenn man die gängigen Kriterien für akzeptable Werbung und das Geschäftsmodell des selektiven Zugangs über Whitelists entsprechend berücksichtigt.

⁷¹ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 44 der Urteilsausfertigung.

D. Perspektiven legislativen Vorgehens

I. Möglichkeiten gesetzlicher Regelungen

Im Zusammenhang mit der deutlichen Verlagerung von Wertschöpfungsketten hinein ins Netz und der Zunahme konfliktierender Interessen sind immer wieder Rufe zu vernehmen, der Gesetzgeber solle regulativ eingreifen. Dies ist angesichts der Globalität des Netzes allerdings bereits regelungstechnisch außerordentlich schwierig und verlangt regelmäßig wenigstens die Europäische Union als Regelungsebene, die sich aber – wie etwa der Blick auf die Datenschutzgrundverordnung⁷² zeigt – als schwerfällig und sehr häufig der technischen Entwicklung hinterher hinkend erweist. Was die Ausgestaltung des Lauterkeitsrechts angeht, stehen auch dem staatlichen Gesetzgeber Regelfreiräume zur Verfügung, allerdings ist schwer einzusehen, wie eine gesetzliche Regelung beschaffen sein sollte, die über das kasuistisch erreichte Niveau der Zivilrechtsprechung hinauslangte.

⁷² Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) vom 25.1.2012 KOM(2012) 11, endgültig 2012/0011 (COD).

Ein generelles Verbot des Geschäftsmodells selektiver Werbefilter dürfte nach derzeitigem Sachstand ohnehin nicht in Betracht kommen, weil es dafür an einer verfassungsrechtlich belastbaren Rechtfertigung im Hinblick auf die multipolaren grundrechtlich geschützten Interessen fehlt. Sollte der Gesetzgeber auf dem heutigen Entwicklungsstand seinerseits versuchen, Wettbewerbsvorgaben zu konkretisieren, so legeferierte er in einen Raum hinein, der sich beinah täglich verändert und in dem Reaktionsmöglichkeiten des jeweils nachteilig betroffenen Unternehmens noch nicht annähernd ausgeschöpft sind.

Ebenso klar dürfte eine gesetzliche Schutzpflicht zur Regelung nach gegenwärtigen Kenntnisstand nicht bestehen. Schutzpflichten für den Gesetzgeber bestehen ohnehin nur in einem vergleichsweise engen Feld, etwa wenn es um die unantastbare Würde des Menschen geht (Art. 1 Abs. 1 GG) oder um Leben und körperliche Unversehrtheit in konkreten Gefahrenlagen oder um die Sicherung der grundlegenden Wertentscheidungen, der Substanz eines Grundrechts.⁷³ Solche Voraussetzungen, die eine situative Verdichtung im Sinne des Untermaßverbots⁷⁴ belegen könnten, sind im hier skizzierten Wettbewerbsverhältnis ersichtlich nicht gegeben. Darüber könnte allenfalls dann gesprochen werden,

⁷³ Zum hier vertretenen Meinungsstand: C. Callies, Schutzpflichten, in: Merten/Papier (Hg.) Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. II, 2006, § 44 Rn. 5.

⁷⁴ BVerfGE 88, 203 (254) m.Nachweisen.

wenn der Einsatz selektiver Werbefilter jeglichen Entfaltungsraum der Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG für die Presse, den Rundfunk oder das Filmwesen blockieren würde und damit grundrechtliche Substanz auf dem Spiel stünde. Bei gegenwärtigem Entwicklungsstand kann davon ungeachtet der Gefährdungslage für traditionelle Printmedien keine Rede sein. Es bestehen bereits Zweifel, ob die Printmedien das Netz in strategischer Absicht bereits optimal genutzt haben. Von einigen Unternehmen abgesehen, die klageführend in Erscheinung getreten sind, können Medienunternehmen schwerlich in einem Geschäftsmodell behindert sein, dass sie noch nicht hinreichend erschlossen haben. Etwas anderes gilt lediglich dort (wie ausgeführt), wo Leistungsschutzrechte der Presse oder der Verlage verletzt und redaktionelle Inhalte urheberrechtsverletzend unter Ausnutzung einer Monopolstellung genutzt werden. Das trifft jedoch nicht die hier begutachtete Fallkonstellation.

II. Verfassungsrechtliche Grenzen für den Gesetzgeber

Sollte der Gesetzgeber in Zukunft gleichwohl an eine Veränderung der gesetzlichen Bedingungen im hier thematisch erfassten Bereich denken, so wären – wie im Lauterkeitsrecht üblich – lediglich all-

gemeine Kriterien sinnvoll und verfassungsrechtlich zulässig. Allgemeine Kriterien müssten dahingehen, das digitale Wettbewerbsverhältnis in seiner Pluralität anzuerkennen und dabei Gestaltungsrechte des Nutzers deutlicher hervorzuheben.

Dies läge ganz auf der Linie dieses Gutachtens, wonach ein maßgeblicher Abwägungsgesichtspunkt neben der wirtschaftlichen Interessenlage der beteiligten Unternehmen in der Stärkung der Zugriffsrechte des Nutzers im Sinne einer selbstbestimmten Verhaltensautonomie im Netz liegt. Dabei stehen nicht so sehr neue Verbraucherschutzrechte in Rede, sondern die allgemeine Betonung der Subjektstellung des Internetnutzers. Den Intermediären (Plattformen, Suchmaschinen) und Anbietern von Websites könnten, wie dies die europäische Rechtsentwicklung bereits vorzeichnet, zusätzliche Transparenzpflichten auferlegt werden, es könnte die Annahme von Monopolen deutlicher konkretisiert und allgemeine Pflichten zur Rücksichtnahme formuliert werden.

Insgesamt bleibt es aber dabei, dass aus verfassungsrechtlicher Sicht ein Bedarf für Gesetzesänderungen aus Anlass des hier thematisierten Streitverhältnisses und auf der Grundlage der bereits erlangenen instanzgerichtlichen Urteile nicht besteht. Ein generelles Verbot gewerblich gestalteter selektiver Werbefilter würde von keinem legitimen Rechtfertigungsgrund getragen, weil ein solcher

Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit auf der Grundlage des gegenwärtigen Sachverhalts nicht zu rechtfertigen wäre. Dies gilt insbesondere angesichts des verstärkenden Wirkgehalts des aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Nutzer unter Einschluss ihres Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung. Würde man hier einen legitimen Eingriffsgrund etwa zum Schutz von Kommunikationsfreiheiten aus Art. 5 Abs. 1 GG überhaupt annehmen wollen, so müsste sich dieser Eingriff jedenfalls als erforderlich erweisen. Dies ist ersichtlich nicht der Fall, weil es unterhalb der Verbotsschwelle für den Gesetzgeber Gestaltungsmöglichkeiten gäbe, etwa Richtlinien, nach denen der Endkunde (Nutzer) über die Funktionen des Werbeblocker aufgeklärt wird, wie dies allerdings nach Feststellungen der einschlägigen Instanzrechtsprechung bereits heute hinreichend der Fall ist.⁷⁵

Der Interessenkonflikt bei der Verwendung digitaler Werbeblocker wird durch die fachgerichtliche Rechtsprechung bislang in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise gelöst. Da weitere Fallerfahrung und höhererinstanzliche Rechtsprechung zu erwarten ist, fehlt es zurzeit schon deshalb am Anlass für ein Eingreifen des Gesetzgebers. Aber auch in der Sache besteht kein legislativer Handlungsbedarf. Das Lauterkeitsrecht, das Kartellrecht und die

⁷⁵ Landgericht München I - 37 O 11673/14 -, Urteil vom 27.5.2015, S. 70 der Urteilsausfertigung.

Bestimmungen des UWG gegen Irreführung sind eine tatbestandlich und kasuistisch gut aufbereitete geeignete Beurteilungsgrundlage zur Lösung kollidierender Privatrechtsinteressen bei der Verwendung digitaler Werbeblocker. Die hier vorgelegten verfassungsrechtlichen Überlegungen zeigen, dass die kollidierenden Privatrechtsinteressen in digitalen Geschäftsmodellen eben nicht länger allein bipolar erfassbar sind, sondern nur multipolar unter interaktiver Beteiligung des Endkunden oder Nutzers gewürdigt werden können. Genau das hat die bislang vorliegende Rechtsprechung aber umstandslos unter Anwendung der bestehenden gesetzlichen Maßstäbe getan. Zum Schutz des Nutzers ist eine korrigierende Gesetzgebung nicht geboten. Es ist auch nicht ersichtlich, dass es eines gesetzgeberischen Eingreifens zum Schutz der Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG bedarf, weil es dafür an einer hinreichend verdichteten Gefahrenlage insbesondere für die Pressefreiheit fehlt.

Bonn, im September 2015

Udo Di Fabio