

Leseprobe zu



Härting

Internetrecht

6. neu bearbeitete Auflage, 2017, 763 Seiten, gebunden, Handbuch, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-56096-6

89,80 €

- 159 Gänzlich unvorhersehbar würden die Folgen einer Anonymisierung, wenn datenschutzrechtliche Pflichten schon dann bestünden, wenn es „potentiell“ zu einer Deanonymisierung kommen könnte, da sich eine solche Deanonymisierung nie ausschließen lässt. Die Kategorie „**potentiell personenbezogener Daten**“¹⁵⁶ ist jedoch dem Datenschutzrecht fremd. Daher geht es nicht an, Handlungspflichten allein daraus abzuleiten, dass Daten „potentiell“ – etwa durch Hacker¹⁵⁷ – deanonymisiert werden können.
- 160 In der **DSGVO** kommt die Anonymität bzw. Anonymisierung nur ganz am Rande in Erwägungsgrund 26 Satz 5 und 6 DSGVO vor. Anders als nach § 3 Abs. 6 BDSG gibt es keine Unterscheidung mehr zwischen „absoluter Anonymität“ und „faktischer Anonymität“ („unverhältnismäßig großer Aufwand“). Nur Informationen, die „**absolut anonym**“ sind, sind nach der DSGVO dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts entzogen (siehe Rz. 22).
- 161 Wenn **Gerichtsentscheidungen** zur Veröffentlichung frei gegeben werden, werden sie seit jeher anonymisiert. Namen, Ortsbezeichnungen und andere individualisierende Angaben werden geschwärzt¹⁵⁸. Nach Auffassung des VGH Baden-Württemberg reicht dies bei einer Online-Veröffentlichung nicht in jedem Fall aus, um einen Personenbezug und damit die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auszuschließen. Wenn über eine Google-Recherche unter Eingabe von Stichworten aus der Entscheidung die Person einer Prozesspartei identifizierbar sei, sei ein Personenbezug zu bejahen¹⁵⁹.

4. Einwilligung und Transparenz

- 162 Die Datenflut prägt die Netzkommunikation. Und im Zeichen dieser Datenflut wird jedes Postulat, der Nutzer möge selbst über die Preisgabe von Daten bestimmen, leicht zu einer Fiktion. Dies ist das Kernproblem der **Einwilligung** bei Internet-Sachverhalten.
- 163 **Transparenz** kann nicht die Selbstbestimmung auf Seiten des Nutzers erleichtern. Vielmehr stärkt Transparenz zugleich das Vertrauen in Kommunikationsdienste und damit in eine Infrastruktur, die für den freien Informationsaustausch und die freie Entfaltung der Persönlichkeit in der Informationsgesellschaft einen hohen Stellenwert hat. Es geht um eine **Stärkung der Verlässlichkeit und Durchschaubarkeit** von Kommunikationsinfrastruktur¹⁶⁰.
- 164 Die Einwilligung versagt als zentrales Instrument der Autonomie, da dem Nutzer nur die – wenig verlockende – Alternative bleibt, auf Netzkommunikation ganz

156 Vgl. *Dammann* in Simitis, BDSG, § 3 Rz. 36.

157 Vgl. *Dammann* in Simitis, BDSG, § 3 Rz. 38.

158 Vgl. *Härting/Bielajew*, IPRB 2014, 184 ff.

159 VGH BW v. 23.7.2010 – 1 S 501/10, MMR 2011, 277, 278; vgl. auch OLG Köln v. 30.9.2016 – 20 U 83/16 Rz. 45 ff., CR 2017, 233.

160 Vgl. *Hoffmann-Riem*, AöR 2009, 513, 527.

oder doch weitgehend zu verzichten. Ein solcher Verzicht ist eine Option, die weder realistisch erscheint noch wünschenswert ist im Hinblick darauf, dass das Internet eine **Lebensader** des demokratischen Meinungs- und Informationsaustauschs ist¹⁶¹.

a) Datenschutzerklärungen

Ein gesetzlicher Anknüpfungspunkt für Transparenz ist bislang **§ 13 Abs. 1 TMG**, 165 der einige Informationspflichten des Diensteanbieters regelt. Diesen Pflichten können Dienstanbieter dadurch nachkommen, dass sie Datenschutzerklärungen auf ihre Website aufnehmen. Die Datenschutzerklärungen sind für den Nutzer jederzeit abrufbar zu halten.

In den Datenschutzerklärungen müssen die Nutzer über Art, Umfang und Zwecke 166 der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten in allgemein verständlicher Form unterrichtet werden. An einer verständlichen Form fehlt es bei einer wiederholten Verwendung von Formulierungen wie „möglicherweise“ und „beispielsweise“ und ist unzulässig, da hierdurch die nach § 13 Abs. 1 TMG geforderte Transparenz beeinträchtigt wird¹⁶².

Die Informationspflichten vervielfachen sich mit Inkrafttreten der **DSGVO**. Alle Da- 167 tenschutzerklärungen müssen bis zum Inkrafttreten der DSGVO überarbeitet und erweitert werden. Art. 13 DSGVO regelt die Informationspflichten für den Fall, dass personenbezogene Daten beim Betroffenen erhoben werden. Für personenbezogene Daten, die nicht beim Betroffenen erhoben worden sind, gilt Art. 14 Abs. 1 und 2 DSGVO.

Die DSGVO führt eine Reihe von Informationspflichten neu ein¹⁶³. Möchte der Da- 168 tenverarbeiter etwa den Verarbeitungsprozess auf Einwilligungen der Betroffenen stützen, muss er die Betroffenen gem. Art. 13 Abs. 2 lit. c DSGVO auf die **Widerruflichkeit der Einwilligung** hinweisen. Zudem bedarf es der Belehrung, dass ein Widerruf nichts an der Rechtmäßigkeit der bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung ändert (keine Rückwirkung des Widerrufs).

Möchte der Datenverarbeiter den Verarbeitungsprozess auf **berechtigte Interessen** 169 gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f DSGVO stützen, muss er angeben, um welche Interessen es sich handelt (Art. 13 Abs. 1 lit. d und Art. 14 Abs. 2 lit. b DSGVO). Vorgeschieden sind zudem Angaben zur **Speicherdauer** personenbezogener Daten. Ist dies nicht möglich, müssen die Kriterien angegeben werden, nach denen sich die Speicherdauer bestimmt (Art. 13 Abs. 2 lit. a und Art. 14 Abs. 2 lit. a DSGVO).

Die Betroffenen sind nach der DSGVO auf ihre **Rechte** auf Zugang, Berichtigung, 170 Sperrung, Löschung, Widerspruch und Datenübertragbarkeit (Art. 15 bis 21 DSGVO) hinzuweisen (Art. 13 Abs. 2 lit. b und Art. 14 Abs. 2 lit. c DSGVO). Ist ein

161 Vgl. *Hoffmann-Riem*, JZ 2008, 1009, 1010; *Hoffmann-Riem* AöR 2009, 513, 519 ff.

162 LG Frankfurt/M. v. 10.6.2016 – 2-03 O 364/15 Rz. 249, ITRB 2016, 176.

163 *Härting*, DSGVO, Rz. 56 ff.

Profiling oder eine andere Art von automatisierter Einzelentscheidung gem. Art. 22 DSGVO beabsichtigt ist, ist hierauf hinzuweisen. Zudem bedarf es sinnhafter Angaben zur verwendeten „Logik“ und eines Hinweises auf die Bedeutung und die beabsichtigten Konsequenzen des Profiling für den Betroffenen (Art. 13 Abs. 2 lit. f und Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO).

- 171 Es bedarf nach Art. 13 Abs. 2 lit. d und Art. 14 Abs. 2 lit. e DSGVO eines Hinweises auf das **Beschwerderecht** der Betroffenen bei einer Aufsichtsbehörde (Art. 77 Abs. 1 DSGVO). Bei Daten, die nicht bei dem Betroffenen erhoben worden sind, muss der Datenverarbeiter zudem nach Art. 14 Abs. 2 lit. f DSGVO die **Quellen** offenlegen, aus denen die Daten stammen. Handelt es sich um öffentlich zugängliche Quellen, ist dies gleichfalls anzugeben.
- 172 Für die **Form der Informationen**¹⁶⁴ finden sich in Art. 12 Abs. 1 und 7 sowie in Erwägungsgrund 58 DSGVO Regelungen, aus denen sich – in Verbindung mit dem allgemeinen Transparenzgebot (Art. 5 Abs. 1 lit. a, 3. Fall DSGVO) – ableiten lässt, dass alle Informationen für den Nutzer leicht erreichbar sein müssen und auf einer Website oder in anderer Weise elektronisch bereitgehalten werden können.
- 173 Die Informationen sind in leicht verständlicher Weise und in **Alltagssprache** zu formulieren. Dabei gilt das Gebot der Prägnanz. Ausschweifende Formulierungen sind zu vermeiden, und es kann geboten sein, die Informationen grafisch aufzubereiten. Hierzu eignen sich standardisierte **Bildsymbole**, die in einer gut sichtbaren, leicht verständlichen Form zu verwenden sind.

b) Informierte Einwilligung

- 174 Gemäß den §§ 4 und 4a BDSG ist die Datenverarbeitung erlaubt, wenn die Betroffenen eingewilligt haben. Die Einwilligung ist ein Rechtsgeschäft, durch die ein abstrakt-generelles Verbot durch eine konkret-individuelle Eingriffserlaubnis modifiziert wird¹⁶⁵.
- 175 Eine Einwilligung ist nach § 4a BDSG auch dann wirksam, wenn sie **unvernünftig** erscheint¹⁶⁶. Es steht dem Betroffenen frei, eine Datenverarbeitung zu billigen, an der er selbst kein Interesse hat oder die dem äußeren Anschein nach gegen sein Interesse gerichtet sein mag¹⁶⁷.

aa) Bedeutung der Einwilligung

- 176 Als Instrument der Autonomie wird die Einwilligung weit **überschätzt**¹⁶⁸. Dies wird zunehmend erkannt¹⁶⁹. Der Dienstearbeiter, der eine Einwilligung vorformuliert

164 *Härting*, DSGVO, Rz. 64 ff.

165 *Ohly*, GRUR 2012, 983, 985.

166 *Ohly*, GRUR 2012, 983, 984.

167 VG Berlin v. 24.5.2011 – 1 K 133/10 Rz. 29.

168 *Härting*, AnwBl. 2012, 716, 719 f.

169 Vgl. *Kutschka*, DuD 2011, 461, 463; *Masing*, NJW 2012, 2305, 2309.

liert, wird stets bemüht sein, die Einwilligung möglichst **weit** zu fassen und sie auf eine Vielzahl von Verarbeitungs- und Nutzungsvorgängen zu erstrecken. Für eine Beschränkung auf pseudonyme oder anonyme Verarbeitungsvorgänge¹⁷⁰ gibt es in einer solchen Situation ebenso wenig Anlass wie für andere Einschränkungen:

„Fast an jedem Ort, an dem sich der Einzelne heute bewegt – vor allem online – wird er mit langen und komplexen Datenschutzbestimmungen konfrontiert, die routiniert von Juristen für Juristen geschrieben worden sind. Sodann wird der Einzelne gefragt, entweder ‚einzuwilligen‘ oder den gewünschten Dienst nicht in Anspruch zu nehmen. Die binäre Auswahl entspricht nicht dem, was sich die Architekten des Datenschutzrechts vor vier Jahrzehnten vorstellten, als sie von dem Bild mündiger Bürger ausgingen, die informierte Entscheidungen über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten treffen. In der Praxis ist dies gewiss nicht der optimale Mechanismus, um sicherzustellen, dass sowohl die Privatsphäre als auch der freie Informationsfluss geschützt werden.“¹⁷¹

Je weiter der **Spielraum**, den sich der Datenverarbeiter durch eine Einwilligung verschafft, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass er in Zukunft die Nutzer um weitere Einwilligungen bitten muss: 177

„Die informationelle Selbstbestimmung flüchtet sich in die Einwilligung. Sie versucht neutral zu sein in der Sache – ob bestimmte Arten der Sammlung, Nutzung und Verbreitung von personenbezogenen Daten gut oder schlecht ist – und konzentriert sich stattdessen darauf, ob Personen verschiedenen Datenschutzbestimmungen zugestimmt haben. Die Einwilligung legitimiert nahezu jede Form der Sammlung, Nutzung und Verbreitung von personenbezogenen Daten.“¹⁷²

bb) Voraussetzungen der Einwilligung

Ebenso wenig wie Schweigen eine Willenserklärung ist, stellt reines Dulden eine Einwilligung dar. Die Einwilligung kann jedoch **konkludent** erklärt werden, da § 4a Abs. 1 BDSG keine Ausdrücklichkeit verlangt. Dafür muss der Rechtsinhaber eine Handlung vornehmen, die den Schluss auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen zulässt¹⁷³. 178

Aus § 4a BDSG ergibt sich nicht, dass die Einwilligung nur dann wirksam sein soll, wenn der Nutzer eine gesonderte Einwilligungserklärung unterzeichnen oder ein Kästchen ankreuzen muss. Vielmehr ist § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG zu entnehmen, dass die Einwilligung auch zusammen mit anderen Erklärungen erteilt werden kann, sofern sie **besonders hervorgehoben** wird. Durch dieses Erfordernis soll verhindert werden, dass die Einwilligung bei Formularverträgen im Kleingedruckten versteckt 179

170 Vgl. VG Berlin v. 24.5.2011 – 1 K 133/10.

171 *Catel/Mayer-Schönberger*, Notice and consent in a world of Big Data, *International Data Privacy Law*, 2013, Vol. 3, No. 2, S. 67, 67, <http://m.idpl.oxfordjournals.org/content/3/2/67.full.pdf>.

172 *Solove*, Privacy Self-Management and the Consent Dilemma, 126 *Harvard Law Review* 1880 (2013), 1880, http://www.harvardlawreview.org/media/pdf/vol126_solove.pdf.

173 *Ohly*, GRUR 2012, 983, 986.

wird und der Betroffene sie durch seine Unterschrift erteilt, ohne sich ihrer und ihres Bezugsgegenstands bewusst zu sein, weil er sie übersieht¹⁷⁴.

- 180 Gemäß § 4a Abs. 1 Satz 1 und 2 BDSG wird die Einwilligung nur wirksam, wenn sie auf der **freien Entscheidung** des Betroffenen beruht, wobei der Betroffene auf den vorgesehenen Zweck der Datenverarbeitung hinzuweisen ist. An der Möglichkeit einer freien Entscheidung kann es fehlen, wenn die Einwilligung in einer Situation wirtschaftlicher oder sozialer **Schwäche oder Unterordnung** erteilt wird oder wenn der Betroffene durch **übermäßige Anreize** finanzieller oder sonstiger Natur zur Preisgabe seiner Daten verleitet wird¹⁷⁵. An den Voraussetzungen des § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG fehlt es zudem, wenn die Einwilligung nicht hinreichend bestimmt ist. Es muss deutlich werden sein, unter welchen Bedingungen welche Daten genutzt werden dürfen, damit der Betroffene die Tragweite seines Einverständnisses erkennen kann¹⁷⁶.
- 181 Durch die **DSGVO** werden die Anforderungen an die Freiwilligkeit und Informiertheit der Einwilligung erheblich verschärft (siehe Rz. 46 ff.).

cc) AGB-Kontrolle

- 182 Den Anforderungen an eine informierte Einwilligung genügt es, wenn die Einwilligung durch ein Anklickfeld erteilt wird und in unmittelbarer Nähe des **Anklickfelds** klar und deutlich auf die Datenschutzerklärung verwiesen wird, die dann über einen Hyperlink abrufbar ist. Im Hinblick auf § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG genügt es auch, wenn auf Allgemeine Geschäftsbedingungen verwiesen wird, die eine – hervorgehobene – Einwilligungserklärung enthalten.
- 183 In seinen Entscheidungen zu „Payback“¹⁷⁷ und HappyDigits¹⁷⁸ hat der BGH betont, dass es zulässig ist, die Einwilligungserklärung gem. § 4a Abs. 1 BDSG in **Allgemeine Geschäftsbedingungen** aufzunehmen, ohne dass es des Ankreuzens eines gesonderten Anklickfeldes bedarf („Opt In“). Die Notwendigkeit, aktiv die Einwilligung zu verweigern („Opt Out“), sei keine ins Gewicht fallende Hemmschwelle, die den Verbraucher davon abhalten könnte, von seiner Entscheidungsmöglichkeit Gebrauch zu machen¹⁷⁹.

174 BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 ff. = CR 2008, 720 m. Anm. *Brischl/Laue* = ITRB 2008, 219 – Payback; BGH v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, ITRB 2010, 153 = CR 2010, 87 ff. – HappyDigits; vgl. auch OLG Hamm v. 17.2.2011 – I-4 U 174/10, CR 2011, 539.

175 BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 ff. = CR 2008, 720 m. Anm. *Brischl/Laue* = ITRB 2008, 219 – Payback; BGH v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, ITRB 2010, 153 = CR 2010, 87 ff. – HappyDigits; OLG Köln v. 17.6.2011 – 6 U 8/11 Rz. 15, CR 2012, 130 = ITRB 2012, 10.

176 Vgl. OLG Köln v. 17.6.2011 – 6 U 8/11 Rz. 17, CR 2012, 130 = ITRB 2012, 10.

177 BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 ff. = CR 2008, 720 m. Anm. *Brischl/Laue* = ITRB 2008, 219 – Payback.

178 BGH v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, ITRB 2010, 153 = CR 2010, 87 ff. – HappyDigits.

179 BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 ff. = CR 2008, 720 m. Anm. *Brischl/Laue* = ITRB 2008, 219 – Payback; BGH v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, ITRB 2010, 153

Die vorformulierte Einwilligung ist so zu gestalten, dass dem Nutzer Umfang und Inhalt der Einwilligungserteilung nicht verborgen bleiben können, so dass sich die Einwilligungserklärung als ein bewusster und autonomer Willensakt darstellt. Die Einwilligungsklausel sollte daher so platziert und drucktechnisch so gestaltet sein, dass der Betroffene auf die mit der Unterschriftsleistung verbundene Einwilligungserklärung und ein **Ankreuzkästchen mit einer Abwahlmöglichkeit** geradezu gestoßen wird¹⁸⁰. Statt eines solchen Ankreuzkästchens reicht es nach Auffassung des BGH auch aus, wenn **fettgedruckt** auf die **Möglichkeit der Streichung** der Einwilligungsklausel hingewiesen wird¹⁸¹. 184

Es verstößt gegen das **Transparenzgebot** (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) wenn eine Einwilligungserklärung an versteckter Stelle mitten in einem vorformulierten Text untergebracht ist¹⁸². Dasselbe gilt, wenn die Klausel als Bevollmächtigung zur Weitergabe von Daten an Dritte „zur Formulierung von bedarfsgerechten Angeboten und Informationen“ formuliert ist, da diese Formulierung dazu führen kann, dass der Verwender die Daten nach Gutdünken weitergibt¹⁸³. 185

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach der Nutzer eines Onlinespiels dem Spielebetreiber die Befugnis gibt, im Namen des Nutzers „Statusmeldungen, Fotos und mehr“ über Facebook zu verbreiten, ohne dass der Nutzer weiß, welche Daten zu welchem Zweck und an wen übermittelt werden, ist wegen **unangemessener Benachteiligung** des Nutzers unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB)¹⁸⁴. 186

Gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstößt es auch, wenn der Internetnutzer vor Abgabe einer Einwilligungserklärung eine Liste mit 59 vorgestellten Unternehmen aufrufen und prüfen muss, von welchem Unternehmen er keine Werbung wünscht, um sodann bei diesen Unternehmen den „Abwählen“-Button anzuklicken¹⁸⁵. 187

Nach Auffassung des LG Frankfurt/M. fehlt es an der **Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme** von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB), wenn der Text, der dem Nutzer am Bildschirm angezeigt wird, mehr als 50 Bildschirmseiten umfasst und sich Begriffsdefinitionen teils erst im hinteren Textteil befinden¹⁸⁶. 188

= CR 2010, 87 ff. – HappyDigits; vgl. auch OLG Frankfurt v. 17.12.2015 – 6 U 30/15 Rz. 30, CR 2016, 256.

180 Vgl. BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, BGHZ 177, 253 ff. = CR 2008, 720 m. Anm. *Brisch/Laue* = ITRB 2008, 219 – Payback.

181 Vgl. BGH v. 11.11.2009 – VIII ZR 12/08, ITRB 2010, 153 = CR 2010, 87 ff. – HappyDigits.

182 LG Bonn v. 31.10.2006 – 11 O 66/06, ITRB 2007, 84 = CR 2007, 237 f.

183 LG Dortmund v. 23.2.2007 – 8 O 194/06; vgl. auch OLG Köln v. 23.11.2007 – 6 U 95/07, AfP 2008, 661 = WRP 2008, 1130 ff.

184 LG Berlin v. 28.10.2014 – 16 O 60/13 Rz. 62, CR 2015, 121.

185 OLG Frankfurt v. 17.12.2015 – 6 U 30/15 Rz. 26, CR 2016, 256.

186 LG Frankfurt/M. v. 10.6.2016 – 2-03 O 364/15 Rz. 219 ff., ITRB 2016, 176.

- 189 Nach § 305 Abs. 1 BGB gilt das AGB-Recht nur für Vertragsbedingungen. Wenn daher Einwilligungserklärungen in die vorformulierten Bedingungen für ein Gewinnspiel aufgenommen werden, ohne dass ein Vertragsschluss beabsichtigt ist, sind diese Erklärungen der Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB entzogen. Allerdings gilt dies nur, wenn die Einwilligungserklärung nicht abgegeben werden muss, um an dem Gewinnspiel teilzunehmen. Wird eine solche Erklärung verlangt, liegt ein Vertragsverhältnis und kein einseitiges Rechtsgeschäft (Auslobung bzw. Preisaus-schreiben, §§ 657, 661 BGB) vor¹⁸⁷.
- 190 Vertragsbedingungen liegen auch vor bei den **Nutzungsbedingungen** unentgeltlicher Dienste, wenn die Nutzungsbedingungen so abgefasst sind, dass der Anbieter einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen zum Ausdruck bringt, indem er von dem Nutzer eine Registrierung verlangt¹⁸⁸.
- 191 Wie nach bisherigem Recht kann eine Einwilligungserklärung auch nach der **DSGVO** Bestandteil von AGB sein, sofern die Erklärung im Text deutlich hervorgehoben, leicht zugänglich und klar und einfach formuliert ist (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 DSGVO).

5. Vertrag und berechtigtes Interesse

- 192 Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b und f DSGVO sind der Vertrag und berechnigte Interessen **gleichwertige Erlaubnistatbestände** zu der in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. a DSGVO geregelten Einwilligung. Entsprechende Tatbestände finden sich derzeit in den **§§ 28 und 29 BDSG**.
- 193 Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG ist das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke zulässig, wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen **Schuldverhältnisses** mit dem Betroffenen erforderlich ist. Dasselbe gilt nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG für die Verarbeitung von Daten, soweit dies zur Wahrung **berechtigter Interessen** der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt.
- 194 Nach Auffassung des OLG Frankfurt ist **§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG** einschränkend auszulegen, wenn **Minderjährige** beteiligt sind. Die in § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG getroffene Regelung finde ihre Rechtfertigung darin, dass der Betroffene eine autonome Entscheidung für einen Vertragsabschluss getroffen habe. Sei der Betroffene **beschränkt geschäftsfähig**, ohne bereits über die in Belangen des Datenschutzes erforderliche Einsichtsfähigkeit zu verfügen, könne § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG jedenfalls dann keine uneingeschränkte Anwendung finden, wenn es um eine Vereinbarung gehe, mit der die Daten erhebende Stelle (auch) Werbezwecke verfolgt. In ei-

187 KG v. 26.8.2010 – 23 U 34/10, NJW 2011, 466.

188 Vgl. LG Berlin v. 19.11.2013 – 15 O 402/12 Rz. 29 ff., CR 2014, 404 = ITRB 2014, 79.

einer unentgeltlichen Wetter-App des Deutschen Wetterdienstes („DWD Warn Wetter“), da mit der App weder mittelbar noch unmittelbar der Absatz weiterer, gegen Entgelt erbrachter Dienstleistungen des Deutschen Wetterdienstes gefördert werden sollte²¹⁰⁸.

II. Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs

1699 ■ Übersicht:

Systematik des UWG:

- **Mitbewerberschutz** (§ 4 UWG): unlauterer Wettbewerb bei Handlungen, die sich gegen Mitbewerber richten;
- **Aggressive geschäftliche Handlungen** (§ 4a UWG): Schutz der Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer;
- **Rechtsbruch** (§ 3a UWG): unlauterer Wettbewerb bei Verstoß gegen gesetzliche Marktverhaltensregeln;
- **Irreführungsverbot** (§§ 5 und 5 a UWG);
- **Vergleichende Werbung** (§ 6 UWG);
- **Unzumutbare Belästigungen** (§ 7 UWG): Sonderregelungen für das Spamming in § 7 Abs. 2 Nr. 3 und 4 sowie in § 7 Abs. 3 UWG;
- **Schwarze Liste** (§ 3 Abs. 3 UWG): konkrete Verbote unlauteren Wettbewerbs gegenüber Verbrauchern;
- **Auffangklausel** (§ 3 Abs. 2 UWG): allgemeines Verbot unlauteren Wettbewerbs gegenüber Verbrauchern;
- **Generalklausel** (§ 3 Abs. 1 UWG): Verbot unlauteren Wettbewerbs.

1. Mitbewerberschutz (§ 4 UWG)

1700 ■ Übersicht:

Mitbewerberschutz (§ 4 UWG)

- Herabsetzung und **Verunglimpfung** (§ 4 Nr. 1 UWG);
- **Anschwärzung** und geschäftliche Verleumdung (§ 4 Nr. 2 UWG);
- **Ausbeutung**: unlautere Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen (§ 4 Nr. 3 UWG);
- gezielte **Behinderung** (§ 4 Nr. 4 UWG).

2108 OLG Frankfurt v. 4.2.2016 – 6 U 156/15 Rz. 6, CR 2016, 469.

a) Verunglimpfung und Verleumdung

Die Tatbestände des § 4 Nr. 1 UWG und des § 4 Nr. 2 UWG sind eng verwandt. Nach § 4 Nr. 2 UWG ist die Behauptung und Verbreitung geschäftsschädigender Tatsachen unlauter, sofern diese Tatsachen nicht erweislich wahr sind. Gemäß § 4 Nr. 1 UWG ist es wettbewerbswidrig, die Kennzeichen, Waren, Dienstleistungen, Tätigkeiten oder persönlichen oder geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers herabzusetzen oder zu verunglimpfen. § 4 Nr. 1 UWG schützt somit gegen **herabsetzende Werturteile**, während § 4 Nr. 2 UWG gegen **wahrheitswidrige Tatsachenbehauptungen** schützt. 1701

Ein Fall der wettbewerbswidrigen Verunglimpfung (§ 4 Nr. 1 UWG) liegt vor, wenn **Schmähschreiberei** über die Leistungen eines Konkurrenten verbreitet wird. § 4 Nr. 1 UWG entspricht § 4 Nr. 7 UWG a.F. Durch die UWG-Reform 2015 wurde die Rechtslage inhaltlich nicht geändert²¹⁰⁹. 1702

Wird das Produkt eines Wettbewerbers im Internet als ein „hoffnungslos überteuerter Schrotthaufen“ beschrieben²¹¹⁰, so erfüllt dies den Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG. Dasselbe gilt, wenn ein redaktioneller Beitrag auf einer Verkaufsplattform veröffentlicht wird, in dem Konkurrenten als „schwarze Schafe“ im Bereich des Matratzenhandels angeprangert werden²¹¹¹. Der Tatbestand des § 4 Nr. 1 UWG kann auch erfüllt sein, wenn ein Unternehmen im Internet ungeschwärzte Urteile publiziert, um einem Mitbewerber irreführende Werbung und vorsätzliche Täuschung vorzuwerfen²¹¹². 1703

Wenn über einen früheren Handelsvertreter in einer **E-Mail** der Geschäftsführung eines Unternehmens an die Angestellten und freien Handelsvertreter unwahre Tatsachenbehauptungen über die Umstände der Kündigung des Handelsvertretervertrages aufgestellt werden, kann dies eine geschäftliche Verleumdung gem. § 4 Nr. 2 UWG darstellen²¹¹³. 1704

Wird in einem **Newsletter** behauptet, „dass sich immer noch merkwürdige Anbieter auf dem Markt befinden“ und wird dies durch zwei Links zu Artikeln eines Dritten unterfüttert, so liegt darin eine Verleumdung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 2 UWG), die in den Artikeln namentlich genannt werden, wenn keine konkreten Umstände ersichtlich sind, die den Vorwurf des Betrugs belegen, der in den Artikeln erhoben wird²¹¹⁴. 1705

Ein **Blog** ist „Tatort“ für eine wettbewerbswidrige Verunglimpfung (§ 4 Nr. 1 UWG), wenn dort herabsetzende Äußerungen über einen Konkurrenten verbreitet werden („**An dieser Stelle fällt mir nur ein Wort ein: LÜGE. Anders kann man diese Texte der Firma F.de nicht begreifen. Kann sich nicht einmal ein Anwalt dieser offen-**

2109 BGH v. 31.3.2016 – I ZR 160/14 Rz. 35, AfP 2016, 440.

2110 Vgl. LG München v. 17.10.1996 – 4 HKO 12190/96, CR 1997, 155.

2111 OLG Hamm v. 28.1.2010 – 4 U 157/09, CR 2010, 274 = MMR 2010, 330, 331.

2112 OLG Hamm v. 7.2.2008, MMR 2008, 750 ff.

2113 OLG Köln v. 6.2.2013 – 6 U 127/12 Rz. 35.

2114 BGH v. 19.5.2011 – I ZR 147/09 Rz. 37, CR 2012, 51.

sichtlichen Falschaussage annehmen? Denn es ist kaum zu glauben, dass diese Aussage ein Einzelfall ist.“²¹¹⁵.

- 1707 Die auf YouTube einst vorzufindenden „GEMA-Sperrtafeln“ konnten von den angesprochenen Verkehrskreisen in der Weise verstanden werden, dass die GEMA bei der Verwertung und Einräumung von Rechten willkürlich verfährt. Die Betreiber von YouTube nahmen damit nach Auffassung des LG München I eine herabsetzende geschäftliche Handlung i.S.d. § 4 Nr. 1 UWG vor, die nicht vom Grundrecht der Meinungsäußerungsfreiheit des Art. 5 GG gedeckt war²¹¹⁶.

b) Ausbeutung

- 1708 Um Fälle der „Ausbeutung“ geht es in § 4 Nr. 3 UWG. Unlauter ist demnach die Nachahmung von Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers, wenn die Nachahmung zu einer vermeidbaren Herkunftstäuschung führt (§ 4 Nr. 3 lit. a UWG), die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt wird (§ 4 Nr. 3 lit. b UWG)²¹¹⁷ oder wenn die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse und Unterlagen unredlich erlangt worden sind (§ 4 Nr. 3 lit. c UWG).
- 1709 Unabhängig von der Urheberrechtsfähigkeit der Inhalte einer Website²¹¹⁸ kann es daher unzulässig sein, die **Inhalte einer fremden Website** nachzuahmen, wenn dadurch der Eindruck entsteht, die Inhalte seien tatsächlich selbst erstellt worden. Die unmittelbare Übernahme von Ergebnissen der Arbeit Dritter kann eine unlautere Wettbewerbshandlung sein (§ 4 Nr. 3 lit. a UWG)²¹¹⁹.
- 1710 Werden auf einer Webseite kurze **Filmausschnitte von Amateur- und Jugendfußballspielen** gezeigt, die von den Nutzern der Seite hochgeladen werden, so liegt darin keine unmittelbare Übernahme des Leistungsergebnisses eines Dritten und somit auch keine unzulässige Nachahmung i.S.d. § 4 Nr. 3 UWG²¹²⁰. Vielmehr handelt es sich um eine an das Fußballspiel anknüpfende Leistung, die sich grundlegend von der Leistung abgrenzt, die der Verband erbringt, der das Spiel ausrichtet²¹²¹. Da die Vorstellung der Güte oder Qualität der Leistung des Sportverbands nicht auf die Kurzausschnitte übertragen wird, fehlt es auch an einer Rufausnutzung nach § 4 Nr. 3 lit. b, Alt. 1 UWG²¹²².

2115 OLG Hamm v. 23.10.2007, MMR 2008, 737 f.

2116 LG München I v. 25.2.2014 – 1 HK O 1401/13 Rz. 92 – Sperrtafel.

2117 Vgl. OLG Hamm v. 29.1.2009 – 5 U 197/08, MMR 2009, 774, 775.

2118 Vgl. *Härting/Kuon*, CR 2004, 527, 529.

2119 Vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rz. 3.35.

2120 BGH v. 28.10.2010 – I ZR 60/09 Rz. 16, AfP 2011, 253 = CR 2011, 327 – Hartplatzhelden.

2121 BGH v. 28.10.2010 – I ZR 60/09 Rz. 16, AfP 2011, 253 = CR 2011, 327 – Hartplatzhelden.

2122 BGH v. 28.10.2010 – I ZR 60/09 Rz. 18, AfP 2011, 253 = CR 2011, 327 – Hartplatzhelden.

Das LG Hamburg bejahte ein unlauteres „Einschieben in eine fremde Serie“ gem. § 4 Nr. 3 lit. b UWG in einem Fall, in dem ein kostenlos angebotener „Cheat“ dazu diente, eine kostenpflichtige Zusatzfunktion eines Online-Spiels zu ersetzen²¹²³. Dabei übersah das Gericht jedoch, dass der BGH eine unlautere Rufausbeutung gem. § 4 Nr. 3 lit. b UWG bei einem „Einschieben in eine fremde Serie“ allenfalls noch zeitlich befristet bejaht²¹²⁴. Ein pauschaler „Zubehörschutz“ gegen „Cheats“ lässt sich aus § 4 Nr. 3 lit. b UWG jedenfalls nicht ableiten²¹²⁵. 1711

c) Behinderung

Als gezielt und damit gem. § 4 Nr. 4 UWG unlauter ist eine Behinderung anzusehen, wenn bei objektiver Würdigung aller Umstände die Maßnahme in erster Linie nicht auf die Förderung der eigenen wettbewerblichen Entfaltung, sondern auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers gerichtet ist. Es bedarf einer Beeinträchtigung der **wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten** der Mitbewerber, die über die mit jedem Wettbewerb verbundene Beeinträchtigung hinausgeht. Unlauter ist die Beeinträchtigung erst 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 können²¹²⁶. 1712

Die Abgrenzung zwischen einer erlaubten und einer unlauteren, **gezielten Behinderung** (§ 4 Nr. 4 UWG) erfordert eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalls, bei der die sich gegenüberstehenden Interessen der beteiligten Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer sowie der Allgemeinheit gegeneinander abzuwägen sind²¹²⁷. Bei der Bewertung spielt auch eine Rolle, ob der Handelnde seine Ziele mit weniger einschneidenden Wirkungen erreichen könnte²¹²⁸. 1713

Eine gezielte Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG liegt nach Auffassung des OLG Köln vor, wenn Internetnutzern die (kostenpflichtige) Mitgliedschaft in einer Gemeinschaft angeboten wird zur Nutzung von Breitband-Internetanschlüssen anderer Nutzer, die Flatrate-Kunden von Breitband-Anbietern sind²¹²⁹. Die Betreiber der Gemeinschaft machten den Breitband-Anbietern aus Sicht des OLG Köln auf unfaire 1714

2123 LG Hamburg v. 9.7.2009 – 308 O 332/09, CR 2009, 356 f.

2124 Vgl. BGH v. 2.12.2004 – I ZR 30/02, BGHZ 161, 204 ff. – Klemmbausteine III.

2125 *Härtling/Bielajew*, IPRB 2012, 13, 14.

2126 BGH v. 11.1.2007 – I ZR 96/04, BGHZ 171, 73 ff. – Außendienstmitarbeiter; BGH v. 7.10.2009 – I ZR 150/07, CR 2010, 447 = ITRB 2010, 179 = WRP 2010, 644 ff. – Rufumleitung; vgl. auch OLG Hamm v. 21.12.2010 – 4 U 142/10 Rz. 29; *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rz. 4.8 ff.

2127 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rz. 4.11.

2128 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rz. 4.11; LG Essen v. 26.3.2009 – 4 O 69/09, CR 2009, 395 ff. = ITRB 2009, 149 (*Schwartmann*); vgl. auch *Omsels* in *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, UWG, § 4 Nr. 4 Rz. 17.

2129 OLG Köln v. 5.6.2009 – 6 U 223/08, ITRB 2009, 247 = CR 2009, 576 ff.

Weise Konkurrenz, indem sie sich für ihr Geschäftsmodell der kostenfreien Teilhabe an Internetzugängen bedienen, die die Konkurrenten ihren Kunden gegen ein erkennbar anders kalkuliertes Entgelt zur Verfügung stellen. Statt mit eigenen technischen oder organisatorischen Leistungen auf der Vorleistung eines Dritten aufzubauen, um sie marktkonform fortzuentwickeln, nutzten die Betreiber eine von den Konkurrenten unter anderen Voraussetzungen geschaffene Infrastruktur aus, um sich mit einem eigenen kommerziellen Angebot am Markt zu etablieren.

- 1715 **Spyware-Programme** werden von Internetnutzern oft unbewusst herunter geladen und können Einfluss auf die im Internet angezeigten Inhalte nehmen. So lässt sich Spyware beispielsweise so einstellen, dass sich bei Aufruf der Website eines Unternehmens ein Pop-Up-Fenster mit Werbung für einen Konkurrenten öffnet. Wird die Software benutzt, um der Konkurrenz zu schaden, so ist darin eine gezielte Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG) zu sehen²¹³⁰.
- 1716 Ein wettbewerbsrechtliches Problem der Online-Auktionen stellen **Sniper-Programme** dar. Diese Software wird von Ersteigerern eingesetzt, um Sekunden vor Auktionsende ein (geringfügig) höheres Gebot abzugeben²¹³¹. Bemühungen der Betreiber von Internetauktions-Plattformen, gegen die Anbieter und Händler solcher Software vorzugehen, waren wegen gezielter Behinderung (§ 4 Nr. 4 UWG)²¹³², unlauterem Verleiten zum Vertragsbruch²¹³³ und eines Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß den §§ 823, 1004 BGB²¹³⁴ erfolgreich.
- 1717 Der Betreiber einer Sport-App hat keinen Anspruch gegen den App-Store Google Play auf Zulassung von Werbeeinblendungen von Sportwettenanbietern²¹³⁵. Dem App-Store ist es erlaubt, etwa im Rahmen seiner Gambling-Policy, derartige Werbeeinblendungen von vornherein auszuschließen. Hierin ist nach Ansicht des LG Hamburg weder eine missbräuchliche Ausnutzung der marktbeherrschenden Stellung i.S.d. §§ 33, 18, 19 GWB noch eine Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG zu sehen.

aa) Ausspannen und Abfangen von Kunden

- 1718 Eine **Umleitung von Kundenströmen** erfüllt den Tatbestand des § 4 Nr. 4 UWG, wenn das Motiv im Vordergrund steht, mögliche Kunden vom Wettbewerber abzulenken. Wird nur beabsichtigt, Kunden zu sich hin zu lenken, ist dies eine bloße

2130 LG Köln v. 12.3.2004 – 31 O 145/04, MMR 2004, 840.

2131 Vgl. *Leible/Sosnitza*, CR 2003, 344, 344 f.

2132 LG Hamburg v. 16.7.2002 – 312 O 271/02, CR 2002, 763 = MMR 2002, 755 = ITRB 2002, 283 (*Günther*).

2133 LG Berlin v. 11.2.2003, CR 2003, 857; LG Hamburg v. 16.7.2002 – 312 O 271/02, CR 2002, 763 = MMR 2002, 755 = ITRB 2002, 283 (*Günther*); a.A. *Leible/Sosnitza*, CR 2003, 344, 348.

2134 LG Hamburg v. 27.2.2003 – 315 O 624/02, K&R 2003, 296, 298 f.; a.A. *Leible/Sosnitza*, CR 2003, 344, 348 f.

2135 LG Hamburg v. 5.7.2016 – 408 HKO 54/16 Rz. 8 ff.

Folge des Leistungswettbewerbs und reicht für eine gezielte Behinderung nicht aus²¹³⁶.

Eine unangemessene Einwirkung auf den Kunden liegt vor, wenn sich der Abfangende zwischen den Mitbewerber und dessen Kunden stellt, um dem Kunden eine Änderung seines Entschlusses, die Waren oder Dienstleistungen des Mitbewerbers in Anspruch zu nehmen, aufzudrängen²¹³⁷. Das LG Hamburg sah daher eine unlautere Behinderung als gegeben an, wenn durch die Zusatzfunktion eines Antivirenprogramms („SafePrice“) dem Nutzer eines Online-Shops auf dessen Webseite automatisch eine Preisvergleichszeile für Konkurrenzprodukte von Mitbewerbern angezeigt wird²¹³⁸. Keine unlautere Behinderung liegt dagegen vor, wenn ein Antivirenprogramm so programmiert ist, dass es bei der Installation kostenloser zusätzlicher Software einen Sicherheitshinweis aufzeigt und den Download blockiert²¹³⁹. 1719

Ein Abwerben von Kunden ist wettbewerbswidrig, wenn der Abwerbende in einem Vertragsverhältnis mit dem Betroffenen steht, etwa in einem auslaufenden Arbeitsverhältnis²¹⁴⁰. Ein Wettbewerbsverstoß ist auch bei zweckwidriger und zielgerichteter Verwendung anvertrauter wertvoller Adressdaten gegeben²¹⁴¹. 1720

bb) Virtuelles Hausrecht

Der Betreiber einer Website hat das Recht, in Nutzungsbedingungen festzulegen, welche Art der Nutzung seiner Website zulässig sein soll. Für die Ausgestaltung der Nutzungsbedingungen hat sich der Begriff des „**virtuellen Hausrechts**“ eingebürgert²¹⁴². Maßnahmen, die auf eine Missachtung von Nutzungsbedingungen bzw. des „Hausrechts“ abzielen, können den Tatbestand des § 4 Nr. 4 UWG erfüllen²¹⁴³. 1721

In einem „**Screen Scraping**“ liegt nach Auffassung des BGH keine gezielte Behinderung. Wenn die Website eines Flugunternehmens systematisch und automatisiert von einem Anbieter von Pauschalreisen durchsucht wird, erfülle ein Pauschalreiseanbieter nicht dann schon den Tatbestand des § 4 Nr. 4 UWG, wenn er sich über ein Verbot hinwegsetzt, das das Flugunternehmen in den Nutzungsbedingungen seiner Website aufgestellt hat. Allerdings könne die Überwindung einer **technischen** 1722

2136 OLG Hamm v. 21.12.2010 – 4 U 142/10 Rz. 29; vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, § 4 Rz. 10.11.

2137 BGH v. 22.1.2009, MMR 2009, 329, 330 m. Anm. *Hoeren* = ZUM 2009, 562, 564 f. m. Anm. *Kummermehr* – Beta Layout; KG v. 9.9.2008 – 5 U 163/07, ITRB 2009, 28 = MMR 2009, 47, 48 = CR 2009, 113, 117 ff.; KG v. 26.9.2008, MMR 2009, 69 (Ls.); OLG Frankfurt v. 26.2.2008 – 6 W 17/08, K&R 2008, 309, 310 f. m. Anm. *Mann*; LG Düsseldorf v. 14.1.2009, MMR 2009, 290 (Ls.).

2138 LG Hamburg v. 28.1.2015 – 416 HKO 163/14 Rz. 27, CR 2015, 464 = ITRB 2015, 187.

2139 LG Berlin v. 19.5.2015 – 16 O 119/15 Rz. 30.

2140 OLG Frankfurt v. 21.1.2016 – 6 U 21/15 Rz. 26.

2141 OLG Frankfurt v. 21.1.2016 – 6 U 21/15 Rz. 28.

2142 Vgl. *Maume*, MMR 2007, 620 ff.

2143 Vgl. OLG Hamburg v. 28.5.2009 – 3 U 191/08, ITRB 2009, 219 = CR 2009, 609, 610 f.

Schutzvorrichtung, mit der ein Mitbewerber verhindert, dass sein Internetangebot von der Allgemeinheit genutzt werden kann, ein Umstand sein, der einen Unlauterkeitsvorwurf begründet²¹⁴⁴.

- 1723 Der Entscheidung des BGH liegt die Erwägung zugrunde, dass sich ein Unternehmer, der sein Angebot im Internet öffentlich zugänglich macht, im Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets daran festhalten lassen muss, dass die von ihm eingestellten Informationen durch übliche Suchdienste in einem automatisierten Verfahren aufgefunden und dem Nutzer entsprechend seinen Suchbedürfnissen aufbereitet zur Verfügung gestellt werden. Er muss deshalb auch hinnehmen, dass ihm Werbeeinnahmen verlorengelassen, weil die Nutzer seine Internetseite nicht aufsuchen. Dagegen ist das Allgemeininteresse an der Funktionsfähigkeit des Internets dann nicht mehr betroffen, wenn der Unternehmer durch technische Maßnahmen verhindert, dass eine automatisierte Abfrage der Daten seines Internetangebots möglich ist²¹⁴⁵.
- 1724 Der Betreiber einer Website darf einem Konkurrenten den Zugriff auf seine Seiten verwehren durch eine **IP-Sperrung**, um übermäßige Seitenaufrufe zu verhindern. Testaufrufe der Seiten durch Konkurrenten hat der Website-Betreiber zwar grundsätzlich zu dulden²¹⁴⁶, dies jedoch nur bis zur Grenze einer Betriebsstörung²¹⁴⁷.

cc) Vertragsbruch

- 1725 Aus der jüngeren Rechtsprechung des BGH lässt sich ableiten, dass eine **Verleitung zum Vertragsbruch** nur noch im Ausnahmefall die Voraussetzungen des § 4 Nr. 4 UWG erfüllt²¹⁴⁸. Eine unlautere Behinderung setzt danach voraus, dass gezielt und bewusst darauf hingewirkt wird, dass ein anderer eine ihm obliegende Vertragspflicht verletzt²¹⁴⁹.
- 1726 Das Bereitstellen einer Online-Plattform für den Weiterverkauf von Tickets stellt keine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten des Karten-

2144 BGH v. 30.4.2014 – I ZR 224/12 Rz. 24 ff., ITRB 2014, 200 – Flugvermittlung im Internet.

2145 BGH v. 30.4.2014 – I ZR 224/12 Rz. 37, ITRB 2014, 200 – Flugvermittlung im Internet; vgl. auch BGH v. 22.6.2011 – I ZR 159/10 Rz. 69, CR 2011, 757 = ITRB 2011, 275 – Automobil-Onlinebörse.

2146 Vgl. LG Hamburg v. 13.7.2006 – 327 O 272/06, NJW-RR 2007, 252 = CR 2007, 120.

2147 OLG Hamburg v. 18.4.2007 – 5 U 190/06, AfP 2008, 238 = NJW 2007, 3361 f. = CR 2007, 597 f. = MMR 2008, 58 f.; OLG Hamm v. 23.10.2007 – 4 U 99/07, CR 2008, 450 = ITRB 2008, 198 = MMR 2008, 175 f.; OLG Hamm v. 10.6.2008 – 4 U 37/08, ITRB 2009, 58 = CR 2009, 121 ff. = K&R 2009, 48, 49 ff.

2148 BGH v. 11.9.2008 – I ZR 74/06, BGHZ 178, 63 ff. = CR 2009, 175 m. Anm. *Bandehzadeh/Plog* – bundesligakarten.de; BGH v. 22.6.2011 – I ZR 159/10, ITRB 2011, 275 = CR 2011, 757 ff. – Automobil-Onlinebörse.

2149 BGH v. 11.1.2007 – I ZR 96/04, BGHZ 171, 73 ff. – Außendienstmitarbeiter; BGH v. 7.10.2009 – I ZR 150/07, CR 2010, 447 = ITRB 2010, 179 = WRP 2010, 644 ff. – Rufumleitung.

verkäufers dar, auch wenn der Kartenverkäufer den Käufern einen solchen Weiterverkauf in seinen AGB untersagt hat²¹⁵⁰.

Das **Ausnutzen fremden Vertragsbruchs** erfüllt nur dann den Tatbestand des § 4 Nr. 4 UWG, wenn besondere, die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Hierzu reicht ein systematisches und planmäßiges Vorgehen für sich allein nicht aus, da ein solches Vorgehen im Wesen des Wettbewerbs liegt²¹⁵¹. Eine Drittwirkung schuldrechtlicher Verpflichtungen würde zu einer Verdinglichung führen, die dem Wettbewerbsrecht fremd ist²¹⁵². 1727

dd) Werbeblocker

Werbeblocker sind eine Software, bei deren Installation auf dem Browser bei bestimmten Internetseiten Werbeanzeigen unterdrückt werden. Die Anbieter der Werbeblocker arbeiten zudem meist mit „Whitelists“. Auf diesen „Whitelists“ finden sich Internetseiten, die von der Unterdrückung von Werbung ausgenommen sind. Um auf eine „Whitelist“ zu gelangen, muss der Seitenbetreiber bzw. der Werbende eine Zahlung an den Anbieter des Werbeblockers leisten²¹⁵³. 1728

Das LG Hamburg verneinte eine gezielte Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG mit der Begründung, dass es der Internetnutzer und nicht der Anbieter des Werbeblockers sei, der sich für die Installation der Software bewusst und freiwillig entscheide. Daher könne für die Werbeblocker nichts anderes gelten als für die vergleichbaren **TV-Werbeblocker**, bei denen der BGH²¹⁵⁴ einen Wettbewerbsverstoß verneint hat²¹⁵⁵. 1729

Ähnlich argumentierte das LG München I, das gleichfalls eine gezielte Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG verneinte. Eine nicht unerhebliche Anzahl von Nutzern fühle sich durch Internetwerbung gestört, insbesondere wenn die Werbung nicht (sofort) weggeklickt werden könne oder wenn sie die Wahrnehmung des Inhalts der Seite beeinträchtige. Zwischen das Angebot zur Nutzung eines Werbeblockers und die Beeinträchtigung der Interessen des Betreibers der Seite, auf der sich Werbung befindet, trete die eigenständige Entscheidung des jeweiligen Internetnutzers, ob und in welchem Maße er Werbung sehen möchte. Er alleine habe die Möglichkeit, auf jeglichen Werbeblocker zu verzichten oder mit Hilfe des Werbeblockers Werbung zu blockie- 1730

2150 BGH v. 11.9.2008 – I ZR 74/06, BGHZ 178, 63 ff. = CR 2009, 175 m. Anm. *Bandehzadeh/Plog* – bundesligakarten.de; vgl. auch *Schreiber*, CR 2014, 791, 792.

2151 BGH v. 11.9.2008 – I ZR 74/06, BGHZ 178, 63 ff., CR 2009, 175 m. Anm. *Bandehzadeh/Plog* = WRP 2009, 177, 180 f. – bundesligakarten.de; vgl. auch LG Hamburg v. 5.3.2010 – 406 O 159/09, MMR 2010, 410 ff. m. Anm. *Neuhöfer/Schmidt*.

2152 BGH v. 11.9.2008 – I ZR 74/06, BGHZ 178, 63 ff. = CR 2009, 175 m. Anm. *Bandehzadeh/Plog* – bundesligakarten.de.

2153 Vgl. *Herrmann/Schwarz*, K&R 2015, 622 ff.; LG Hamburg v. 21.4.2015 – 416 HKO 159/14 Rz. 2, CR 2016, 122 = ITRB 2015, 283.

2154 BGH v. 24.6.2004 – I ZR 26/12 – Fernsehfee.

2155 LG Hamburg v. 25.11.2016 – 315 O 293/15 Rz. 45; LG Hamburg v. 21.4.2015 – 416 HKO 159/14 Rz. 52, CR 2016, 122 = ITRB 2015, 283.

ren. Dies sei Teil der grundrechtlich geschützten **negativen Informationsfreiheit** der Nutzer²¹⁵⁶.

- 1731 Auch das LG Stuttgart verneinte einen Wettbewerbsverstoß gem. § 4 Nr. 4 UWG und stellte maßgebend darauf ab, dass es dem Seitenbetreiber freistehe, „**Gegenmaßnahmen**“ gegen Werbeblocker zu ergreifen. So könne er beispielsweise Nutzer bitten, vom Einsatz des Werbeblockers freiwillig abzusehen. Alternativ könne er das inhaltliche Angebot für Nutzer, die Werbeblocker einsetzen, nur eingeschränkt zur Verfügung stellen oder sie gänzlich von der Nutzung der Seite auszuschließen. Er sei nicht gezwungen, den Einsatz von Werbeblockern hinzunehmen und Nutzern, die Werbeblocker einsetzen, seine Internetseiten kostenlos zur Verfügung zu stellen²¹⁵⁷.
- 1732 Das OLG Köln verneinte gleichfalls eine gezielte Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG, sah allerdings in dem Angebot des „Whistelisting“ im konkreten Fall eine aggressive und damit wettbewerbswidrige Praktik gem. § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG²¹⁵⁸. Die Forderung nach Zahlungen für ein „Whitelisting“ stelle ein Verhalten dar, durch das eine Machtposition gegenüber den Seitenbetreibern zur **Ausübung von Druck** ausgenutzt werde (§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG)²¹⁵⁹.
- 1733 Das LG Frankfurt/M. bejahte eine gezielte Behinderung durch das Angebot von Werbeblockern (§ 4 Nr. 4 UWG) und begründete dies pauschal damit, dass „eine gezielte, unmittelbare Verhinderung der Werbung“ eintrete²¹⁶⁰. Ebenso entschied das LG Berlin, das die Auffassung vertrat, der Betreiber der Internetseiten verfüge über keine zumutbaren Mittel, sich den Wirkungen des Blockierprogramms zu entziehen. Insbesondere sei eine Sperre des gesamten kostenlosen Internetangebotes keine gangbare Option²¹⁶¹. Anders als bei TV-Werbeblockern gehe es nicht lediglich um eine Erleichterung in Bezug auf Abläufe, die jeder Fernsehzuschauer selbst ausführen kann und die ihm vertraut sind. Das Geschäftsmodell der Anbieter von Online-Werbeblockern gründe auf einer Handlung, die der Einzelne nur in seltenen Ausnahmefällen bei entsprechenden Programmierkenntnissen selbst ausführen könne²¹⁶².

ee) Kontextsensitive Werbung

- 1734 Kontextsensitive Werbung ist so programmiert, dass sie in Abhängigkeit davon eingeblendet wird, was redaktioneller Inhalt der angezeigten Seite ist. Geht es in einer

2156 LG München I v. 27.5.2015 – 37 O 11843/14 Rz. 170, ITRB 2015, 183; LG München I v. 27.5.2015 – 37 O 11673/14 Rz. 199, CR 2015, 738; LG München I v. 22.3.2016 – 33 O 5017/15 Rz. 67.

2157 LG Stuttgart v. 10.12.2015 – 11 O 238/15 Rz. 51.

2158 OLG Köln v. 24.6.2016 – 6 U 149/15 Rz. 51 ff., AfP 2016, 359 = CR 2017, 115 = ITRB 2016, 194.

2159 OLG Köln v. 24.6.2016 – 6 U 149/15 Rz. 71, AfP 2016, 359 = CR 2017, 115 = ITRB 2016, 194.

2160 LG Frankfurt/M. v. 26.11.2015 – 3-06 O 105/15.

2161 LG Berlin v. 8.12.2015 – 16 O 449/15 Rz. 21.

2162 LG Berlin v. 8.12.2015 – 16 O 449/15 Rz. 19.

Online-Zeitung etwa um Hobbyradsport, wird Werbung für Radsportartikel ein-geblendet.

Problematisch kann diese Art der Werbung unter dem Gesichtspunkt des **unlauteren Abfangens von Kunden** sein (§ 4 Nr. 4 UWG)²¹⁶³, wenn beispielsweise in einem Bericht über den neuen BMW Bannerwerbung für Mercedes erscheint. Schon 1955 entschied das OLG Düsseldorf, dass die gezielte Schaltung einer besonders auffälligen Anzeige im Telefonbuch auf der Seite mit dem Anfangsbuchstaben des Konkurrenten wettbewerbswidrig ist²¹⁶⁴. 1735

ff) Online-Spiele

Untersagt der Anbieter eines Online-Spiels den Spielern vertraglich die Nutzung jeglicher „Schummelprogramme“, so liegt die Vermutung nahe, dass die Hersteller von „Bots“ und „Cheats“ mit ihrem Angebot die potentiellen User zu einem Bruch ihrer vertraglichen Verpflichtungen motivieren. Hieraus wird – vorschnell – eine unlautere Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG abgeleitet²¹⁶⁵. 1736

Die Entwicklung und der Vertrieb von „Bots“ verfolgen nicht den Zweck, die Spielanbieter an ihrer Entfaltung am Markt zu hindern oder sie gar aus dem Markt zu drängen bzw. ihre Leistungsfähigkeit auf dem Markt zu beschränken. Das Gegenteil ist der Fall: Die „Bot“-Software baut auf den jeweiligen Spielen auf, die Anbieter der Software sind auf den Bestand und Erfolg der Spiele angewiesen. „Bots“ erfüllen die Funktion eines **Zubehörs** zum Spiel. Wie jeder Zubehöranbieter haben die Anbieter von „Bots“ ein natürliches Interesse am Erfolg des zugrunde liegenden Spieles. Schon dies spricht gegen die Annahme einer unlauteren Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG²¹⁶⁶. 1737

Ein weiterer wettbewerbsrechtlicher Verstoß könnte in der Ausnutzung des Vertragsbruches der Spielenden gesehen werden. Denn der Einsatz von „Bots“ verstößt regelmäßig gegen die Nutzungsbedingungen der Spiele. Um bei einer Ausnutzung eines **fremden Vertragsbruchs** einen Verstoß gegen § 4 Nr. 4 UWG zu bejahen, müssen allerdings zu dem Vertragsbruch Umstände hinzutreten, aus denen sich eine Unlauterkeit ableiten lässt²¹⁶⁷. Dies wiederum ist auf den Gedanken zurück zu führen, dass die schuldrechtlichen Bindungen zwischen dem Spielbetreiber und seinem Vertragspartner (Spieler) im Allgemeinen keine rechtlichen Wirkungen gegenüber Dritten („Bots“-Anbietern) entfalten²¹⁶⁸. 1738

2163 Vgl. LG Köln v. 12.3.2004 – 31 O 145/04, MMR 2004, 840 (Ls.).

2164 OLG Düsseldorf v. 18.10.1955, NJW 1956, 64.

2165 BGH v. 12.1.2017 – I ZR 253/14, CR 2017, 154 = ITRB 2017, 50 – World of Warcraft II; OLG Hamburg v. 17.10.2012 – 5 U 168/11 Rz. 30 f.; LG Hamburg v. 30.6.2011 – 327 O 741/10 – Runes of Magic Trading (Vorinstanz); LG Hamburg v. 19.7.2012 – 312 O 322/12 Rz. 78 ff., CR 2013, 120 = ITRB 2013, 58.

2166 *Härtling/Bielajew*, IPRB 2012, 13, 14.

2167 BGH v. 11.1.2007 – I ZR 96/04, BGHZ 171, 73 ff. – Außendienstmitarbeiter.

2168 *Härtling/Bielajew*, IPRB 2012, 13, 14.

- 1739 In seiner World of Warcraft II-Entscheidung hat der BGH eine unlautere Behinderung gem. § 4 Nr. 4 UWG aus dem Umstand abgeleitet, dass die „Bots“ in das innere Spielsystem eingreifen und somit grundlegende **Spielregeln** sowie Prinzipien der Fairness, Gerechtigkeit und Chancengleichheit verletzen²¹⁶⁹.
- 1740 Es mag stimmen, dass die Spielregeln, wenn sie vertraglich vereinbart wurden, eine rechtliche Bindungswirkung zwischen den Teilnehmern des Spiels entfalten, gegenüber Dritten wirken diese Spielregeln indes nicht. Selbst bei der Nutzung einer Software, die eine Störung von Betriebsabläufen zur Folge hat, ist zudem ein Verstoß nach § 4 Nr. 4 UWG zu verneinen, solange es nicht zu einer **unzumutbaren technischen Beeinträchtigung** kommt²¹⁷⁰. Von einer technischen Beeinträchtigung von Betriebsabläufen kann bei den „Bots“ keine Rede sein²¹⁷¹.

2. Aggressive Handlungen (§ 4a UWG)

- 1741 Nach § 4a Abs. 1 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte. Erfasst sind nach § 4a Abs. 1 Satz 2 UWG die Fälle der **Belästigung**, der **Nötigung** und der **unzulässigen Beeinflussung**. Letztere ist gegeben, wenn der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt (§ 4a Abs. 1 Satz 3 UWG).
- 1742 Ob eine Handlung aggressiv ist, bestimmt sich nach Zeitpunkt, Ort, Art und Dauer der Handlung. Als **aggressiv** gelten die Verwendung drohender oder beleidigender Formulierungen oder Verhaltensweisen, die bewusste Ausnutzung von Unglücksfällen, belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art oder Drohungen mit unzulässigen Handlungen (§ 4a Abs. 2 Satz 1 UWG).

a) Belästigung und Nötigung

- 1743 **Bannerwerbung** stellt keine unlautere Belästigung des Nutzers dar (§ 4a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG), da der Internetnutzer an Bannerwerbung gewöhnt ist und akzeptiert, dass die Werbung kostenlose Internetangebote überhaupt erst ermöglicht²¹⁷². Auch ein Verstoß gegen das Trennungsgebot (§ 5a Abs. 6 UWG sowie § 6 Abs. 1 Nr. 1

2169 BGH v. 12.1.2017 – I ZR 253/14 Rz. 67 ff., CR 2017, 154 = ITRB 2017, 50 – World of Warcraft II; vgl. auch LG Hamburg v. 30.6.2011 – 327 O 741/10 – Runes of Magic Trading.

2170 BGH v. 22.6.2011 – I ZR 159/10, ITRB 2011, 275 = CR 2011, 757 ff. – Automobil-Onlinebörse.

2171 *Härtling/Bielajew*, IPRB 2012, 13, 14.

2172 LG Frankfurt/M. v. 13.9.2000 – 2-06 O 248/00, ITRB 2001, 206 = K&R 2001, 173 = MMR 2001, 560.