

LUBBERGER · LEHMENT Theodorstraße 41 a D-22761 Hamburg

LANDTAG  
NORDRHEIN-WESTFALEN  
16. WAHLPERIODE

**STELLUNGNAHME**  
**16/4665**

A12

**Büro Hamburg**Dr. Cornelis Lehment  
Dr. David Weller**Büro Berlin**Dr. Andreas Lubberger  
Martin Fiebig  
Dr. Kai Hendrik Schmidt-Hern, LL.M.\*  
Dr. Bernd Weichhaus, LL.M.  
Dr. Rani Mallick\*\*  
Anja Wulff  
Friederike Funk  
Dr. Joachim Jung**Büro München**

Dr. Benjamin Koch\*\*

\*Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht

\*\* Fachanwalt/-anwältin für gewerblichen Rechtsschutz

Hamburg, 17.03.2017

**Unser Zeichen:** 216/17 CL01-SSC**Assistentin:** Stefanie Schröder**Durchwahl:** 040/8195148-10

lehment@lubbergerlehment.com

UST.-IdNr. DE 814004079

D2763-17

**Stellungnahme zum Rechtsgutachten****„Kollidierende Privatrechtsinteressen bei der Verwendung digitaler Werbeblocker“ von Prof. Dr. Udo Di Fabio vom September 2015**

Im Rahmen der Sachverständigenanhörung des Ausschusses für Kultur und Medien des nordrhein-westfälischen Landtages (DRS. 16/13682) hat die Eyeo GmbH ein von ihr beauftragtes Gutachten des ehemaligen Verfassungsrichters Prof. Dr. Udo Di Fabio vorgelegt (MMR-Beilage 10/2016). Die Eyeo GmbH mit Sitz in Köln ist mit ihrer Software „AdBlockPlus“ Weltmarktführerin für Internet-Werbeblocker. Sie hat das Geschäftsmodell des „Whitelisting“ entwickelt, bei dem Online-Medien und Werbetreibende dafür bezahlen müssen, dass die zuvor von „AdBlockPlus“ blockierte Werbung teilweise wieder freigeschaltet wird. Die Eyeo GmbH beansprucht dabei eine Provision von durchschnittlich 30 % der auf diese Weise erzielten „Mehrerlöse“.

Das Auftragsgutachten von Prof. Dr. Di Fabio soll dieses Geschäftsmodell insbesondere mit Blick auf die Nutzerinteressen rechtfertigen. Das Gutachten ist fehlerhaft und nicht überzeugend.

#### 1. Sachverhalt

Grundlage einer plausiblen juristischen Erörterung ist ein zutreffender Sachverhalt. Eine solche Sachverhaltsdarstellung enthält das Gutachten indessen nicht. Es fehlt jede Befassung damit, wie Internet-Werbeblocker funktionieren und auf welche Weise sie in die technische, wirtschaftliche und visuelle Integrität der Webseiten Dritter eingreifen.

Kurze Sachverhaltsbetrachtungen des Gutachtens betreffen lediglich die angeblichen Auswirkungen werblicher Inhalte bei den Nutzern. Diese Sachverhaltsdarstellungen enthalten Behauptungen, die ohne jeden empirischen Befund unzulässig verallgemeinert werden. Beginnt die Sachverhaltsdarstellung zunächst noch etwas nebulös:

*„Das Werbung beim Aufsuchen von Webseiten als störend empfunden wird, vor allem, wenn sie derart ausgestaltet ist, dass sie die Nutzung der Webseiten erheblich einschränkt oder gar verhindert, ist in einigen Fällen zu einer allgemeinen zugänglichen Erfahrung geworden.“ (aaO. S. 8)*

wird der Ton schon bald verschärft:

*„Gegenüber einem Übermaß an oktroyieren und die Informationsaufnahme deformierende Werbung stehen den Nutzern ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht (...)“ (aaO. S. 9)*

und steigert sich schließlich zu einer haltlosen Verzerrung:

*„Einige Geschäftsmodelle – und hier besonders interessierend einige Werbeformate – lassen aus der Nutzung einer Webseite eine grelle Situation der Ausnutzung, Überrumpelung und Angebotsverzerrung werden, die den Nutzer zum bloßen Objekt aggressiver Werbung werden lässt“. (aaO. S. 10)*

Mit der Wirklichkeit seriöser Online-Medien hat dieser Sachverhalt nichts zu tun. Das Gutachten bemüht sich darum, durch eine extreme Verzerrung der Belastungswirkung von Werbung beim Nutzer eine Art Notwehrsituation zu konstruieren, die grundrechtliche Abwehrrechte aktiviert. Für meinungsbildende Online-Medien gilt das nicht, so dass alle darauf gestützten Argumente ins Leere laufen. Der für die Beurteilung maßgebende Sachverhalt ist auf Seite 1 ff. des ZVNRW vom 28.02.2017 in der Drucksache 16/13682 sowie bei Lehment in: Raue/Hegemann (Hrsg.) Münchener Anwaltshandbuch zum Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl., Rn. 132 ff. wiedergegeben.

## 2. Mittelbare Drittwirkung

Die Darstellung zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten auf S. 5 f. des Gutachtens ist im Ausgangspunkt zutreffend: Die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Schutzes der Werbeanzeige im Hinblick auf deren Kommunikations- und Finanzierungsfunktionen sind im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung auch in privatrechtlichen Auseinandersetzungen zu berücksichtigen (BVerfG, NJW 1958, 257, 258 – Lüth). Die daraus für alle staatlichen Organe erwachsenen Schutzpflichten müssen das beeinträchtigte Grundrecht der Pressefreiheit bei der Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Vorschriften berücksichtigen und zur Geltung bringen (BVerfGE 66, 116, 133 – Wallraff I).

## 3. Grundrechtsdarstellung

Die Darstellung der grundrechtlichen Betroffenheit von Anbietern, AdBlock-Betreibern und Nutzern sowie die sich daran anschließende „Abwägung“ auf S. 7 ff. des Gutachtens ist fehlerhaft.

### a) Online-Medien

aa) Das für die Interessen der Online-Medien streitende Grundrecht der Pressefreiheit wird auf den Seiten 7 f. wortreich erläutert, allerdings nur im Hinblick auf deren institutionelle Aspekte. Lediglich auf Seite 9 des Gutachtens wird in einem einzigen Nebensatz wie nebenbei darauf hingewiesen, dass Artikel 5 Abs. 1 auch subjektive Abwehrrechte der Presseunternehmen verbürgt. Welchen Schutzbereich dieses subjektive Abwehrrecht hat und auf welche Weise Internet-Werbeblocker in diesen Schutzbereich eingreifen, wird mit keiner Zeile erläutert.

Werbeanzeigen sind demgegenüber von der Individualgewährleistung der Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG gleich aus zwei Gründen erfasst. Sie sind zum einen eine unentbehrliche Finanzierungsgrundlage und damit Grundbedingung für ein funktionsfähiges privatrechtliches Mediensystem. In diesem Rahmen ist es ausschließlich Sache des Online-Verlegers, über sein Finanzierungsmodell zu bestimmen.

Anzeigen sind aber auch als genuin kommunikativer Inhalt von der Pressefreiheit umfasst. Seit der Südkurier-Entscheidung des BVerfG (Urteil v. 04.04.1967, Az. 1 BvR 414/64) steht fest, dass Werbung Informationen über die kulturellen, politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse transportiert. Die Presse bringt die Anzeige, ebenso wie Nachrichten im redaktionellen Teil, ihren Lesern ohne eigene Stellungnahme zur Kenntnis und informiert sie über die in den Anzeigen enthaltenen wirtschaftlichen Möglichkeiten oder über die in ihnen enthaltenen, von anderen geäußerten Meinungen. Durch das Inserat ist jedermann der Zugang zum öffentlichen Meinungsmarkt eröffnet. Unabhängig von der

Qualität ihres Beitrages haben die Annoncen einen informations-, meinungs- und bildungsfördernden Einfluss auf den Leser hinsichtlich des jeweiligen Sachgebietes.

Anzeigen sind Nachrichten – es sind inhaltliche Informationen im Kernbereich der Pressefreiheit.

Daneben berührt der vorliegende Sachverhalt auch die Institutsgarantie der freien Online-Presse wegen ihrer überragenden Bedeutung für die demokratische Grundordnung. Dabei geht es nicht nur um die finanzielle Existenzfrage. Schon heute ist die redaktionelle Qualität von Online-Medien beeinträchtigt, weil Internet-Werbeblocker die Refinanzierung aufwendiger Medieninhalte erschweren oder sogar unmöglich machen. Wenn sich der eingeschlagene Weg fortsetzt, werden kleinere, für die Meinungsvielfalt wesentliche Anbieter mittelfristig vom Markt verdrängt und nur wenige meinungsbildende Qualitätsmedien können mittels einer hohen Bezahlschranke überleben. Die Meinungsbildung für die breite Masse erfolgt dann durch Blogger ohne journalistische Standards und soziale Netzwerke. Ein barrierefreier Zugang zu Qualitätsmedien im Internet ist für die demokratische Meinungsbildung der Bevölkerung von grundlegender Bedeutung. Die Werbefinanzierung gewährleistet dies.

Adblocker behindern zudem die Freiheit der Onlinemedien, über die Ausgestaltung der Werbung selbst zu entscheiden. Die statischen Kriterien für eine angeblich akzeptable Werbung in der Whitelist der marktführenden Programme schließen jede wirklich kreative Werbung aus.

Adblocker behindern ferner den Zugang der Werbetreibenden zum Meinungsmarkt. Die Vielzahl der Anzeigen selbst bildet einen wichtigen Teil des Kommunikationsmarktes Presse. Adblocker regulieren nicht nur den Zugang der Werbetreibenden zu einem für sie unentbehrlichen Markt, sondern erheben hierfür gegebenenfalls auch gesonderte Entgelte.

Werbeblocker mit Whitelist-Funktion erhöhen schließlich die ohnehin kritische Abhängigkeit der Online-Medien von Google, da die Whitelist auf Google-Werbung zugeschnitten ist.

Dieser verfassungsrechtliche Schutz der Anzeige sowohl als Finanzierungsgrundlage wie als selbstständiger kommunikativer Inhalt wird im Gutachten nicht erörtert, obwohl es sich dabei um den Kern der Grundrechtsinteressen handelt, die in eine verfassungsrechtliche Abwägung einzustellen sind.

bb) Die Beschränkung auf rein institutionelle Aspekte der Pressefreiheit ist kein Zufall. Denn nur auf diese Weise gelingt es, den Sachverhalt auf eine abstrakte Ebene zu heben, bei dem lediglich „Geschäftsmodelle“ verglichen werden.

Die bewusste Ausblendung individuellen Grundrechtsschutzes dient in diesem Zusammenhang drei Zwecken:

- Die damit scheinbar auf beiden Seiten ganz im Vordergrund stehenden Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit gem. Art. 12, 14 GG neutralisieren sich angeblich;
- Die Lauterkeitsprüfung wird von dem tatsächlich einschlägigen Tatbestand der individuellen Behinderung auf den weniger relevanten Gesichtspunkt der allgemeinen Marktstörung verlagert;
- Im Rahmen des Schutzes des Geschäftsmodells der Online-Medien soll der rein institutionell betrachteten Pressefreiheit lediglich eine unterstützende Funktion zukommen: Die Kommunikationsgrundrechte würden die zuvorverderst wirtschaftlichen Interessen der Medienunternehmen nur „verstärken“ (aaO. S. 8).

Diese Betrachtung stellt die verfassungsrechtliche Dogmatik auf den Kopf. Die individuellen Abwehrrechte der Medienunternehmen zum Schutz der finanziellen und kommunikativen Anzeigeninhalte sind der Kern der grundrechtlichen Bewertung. Die Wirtschaftsgrundrechte verstärken ihrerseits also lediglich das im Vordergrund stehende Kommunikationsgrundrecht.

cc) Die Verengung der „Grundrechtsprüfung“ auf den institutionellen Gesichtspunkt dient schließlich auch dazu, eine weitere fehlerhafte Argumentation vorzubereiten. Auf S. 8 referiert das Gutachten die eingeschränkte Reichweite des verfassungsrechtlichen institutionellen Schutzes der Pressefreiheit unter Bezugnahme auf die Entscheidung BGH NJW 2004, 2083 – 20 Minuten Köln. Der BGH habe festgestellt, dass Artikel 5 Abs. 1 keinen Bestandsschutz garantiere und nichts daran ändere, dass auch Zeitungsunternehmen den Kräften des Marktes ausgesetzt seien. Diese Grundsätze gälten erst recht für „private außerpublizistische Konkurrenten in einem neuen Marktumfeld“. Diese Behauptung ist falsch. Die Rechtsprechung des BGH zur Reichweite des Grundrechtsschutzes in Fällen der allgemeinen Marktstörung betraf Fallkonstellationen, in denen sich zwei Grundrechtsträger aus Art. 5 Abs. 1 GG gegenüberstanden. Es ging um Gratiszeitungen, die die Absatzchancen etablierter Kaufzeitungen beeinträchtigen konnten. Der BGH hat in diesen Fällen gerade mit der grundrechtlichen Gleichwertigkeit der Wettbewerber argumentiert und unter Hinblick auf die hohen Marktzutritts-

schränken im Pressemarkt festgestellt, dass ein Verbot neuer Vertriebsformen nur dann ausgesprochen werden könne, wenn der Bestand des Pressemarktes hierdurch insgesamt nachweislich in Gefahr gerate. Die BGH-Entscheidungen betrafen also den Ausgleich einer grundrechtsimmanenten Spannungslage bei gleichwertigen Grundrechtsträgern. Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein, da sich die Vertreter von Internet-Werbeblockern auf das für die Funktionsfähigkeit der demokratischen Grundordnung schlechthin unentbehrliche Grundrecht der Pressefreiheit gerade nicht stützen können.

dd) Völlig verkannt wird der Inhalt der Pressefreiheit auf S. 9 des Gutachtens. Zunächst wird hier erneut auf die angeblich lediglich „verstärkende“ Wirkung der Pressefreiheit hingewiesen. Sodann wird behauptet, die Pressefreiheit sei eine „dienende“ Freiheit im Interesse der Grundrechte anderer. Bei den dabei in Bezug genommenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich um ein klassisches Fehlzitat: Den Begriff der „dienenden“ Freiheit hat das Bundesverfassungsgericht stets ausschließlich im Zusammenhang mit der Rundfunkfreiheit verwendet, die strukturell ein völlig anders gelagertes Grundrecht ist. Die Pressefreiheit ist ein klassisches Individualgrundrecht, während die Rundfunkfreiheit nur im Rahmen der staatlich verfassten Rundfunkordnung besteht. Die staatliche Rundfunkordnung ist dadurch geprägt, dass der Grundversorgungsauftrag und die daraus resultierende Bestands-, Entwicklungs- und Finanzierungsgarantie nur für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gilt. Der zulassungspflichtige private Rundfunk verfügt demgegenüber nicht über eine entsprechende Finanzierungsgarantie und das Bundesverfassungsgericht hat bislang ausdrücklich offengelassen, „ob Wirtschaftswerbung im Rundfunk in gleicher Weise durch die Rundfunkfreiheit geschützt wird, wie der Anzeigenteil von Presseerzeugnissen durch die Pressefreiheit“ (BVerfGE 74, 297, 324).

Die fehlerhafte Einordnung der Pressefreiheit als „dienende“ Freiheit soll dieses Grundrecht nach Auffassung des Gutachtens offenbar besonders anfällig machen für die Abwägung mit Grundrechtsbelangen Dritten, insbesondere dem für das Demokratieprinzip ebenfalls bedeutsamen „mündigen Bürger“. Das Grundrecht der Pressefreiheit unterliegt aber keiner solchen Relativierung, zumal es hier im Kernbereich des individuellen Abwehrrechts und nicht nur aufgrund seiner demokratiethoretischen Bedeutung als Institutionsschutz betroffen ist. „Content-Blocker“ nehmen gezielt Einfluss auf den Inhalt eines Online-Medienangebotes und damit auf den individuellen Kernbereich der Pressefreiheit.

## b) Werbeblocker-Hersteller

Für die Interessen der Unternehmen, die Internet-Werbeblocker programmieren und vertreiben streiten nach Auffassung des Gutachtens die Wirtschaftsfreiheiten aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG. In diesem Zusammenhang wird der Begriff „Start Up-Unternehmen“ verwendet (aaO. S. 8). Hiermit soll Stimmung gegen die angeblich übermächtigen Medienunternehmen erzeugt werden, aber die Unternehmensgröße ist für den Grundrechtsschutz irrelevant. Für die verfassungsrechtliche Abwägung kommt es nicht darauf an, ob ein Unternehmen, das eine Software zur gezielten Beeinträchtigung der Integrität von Medienangeboten Dritter betreibt, schon länger am Markt ist, sondern darauf, ob sich ein solches Unternehmen für diese Tätigkeit überhaupt auf die Wirtschaftsfreiheiten aus Art. 12, 14 GG berufen kann. Dazu findet sich in dem Gutachten kein Wort. Der Grundrechtsschutz wird vielmehr einfach unterstellt, aber § 4 Nr. 4 UWG und § 69c UrhG sind eine verfassungskonforme Ausgestaltung der Berufsausübungsfreiheit und der Vertrieb einer „Störersoftware“ unterfällt deshalb gar nicht dem Grundrechtsschutz. Und im Hinblick auf eine solche Software bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Eigentumspositionen, die Dritten entgegengehalten werden könnten.

Das Gutachten ist dann der Auffassung, dass sich Werbeblocker-Hersteller außerdem auf die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG berufen könnten (S. 8). Diese Auffassung entspricht einer absoluten Mindermeinung, nach richtiger Ansicht wird die allgemeine Handlungsfreiheit im Anwendungsbereich der spezifischen Freiheitsrechte und deren Regelungen verdrängt; es handelt sich um ein subsidiäres Auffanggrundrecht (st. Rspr. seit BVerfGE 6, 32 ff. – Elfes). Und selbst wenn es anders wäre, so stünde dieses Grundrecht natürlich auch den betroffenen Medienunternehmen zur Seite. Hier klingt der verfassungsrechtlich unhaltbare Versuch an, Grundrechtskonflikte mathematisch zu lösen, in dem so getan wird, als hätte der Werbeblocker-Hersteller „eins mehr“.

Auch inhaltlich kann die Erörterung nicht überzeugen, soweit in diesem Zusammenhang von schutzwürdigen „ideellen“ Interessen an der „guten Ordnung eines offenen Netzes“ die Rede ist. Wer gerade mit diesem Argument eine Behinderungssoftware rechtfertigen will, verlässt den Boden ernsthafter Auseinandersetzung. Die „gute Ordnung eines offenen Netzes“ wird vielmehr geprägt durch kostenlose und allgemein zugängliche werbefinanzierte Informationsangebote, die für Milliarden Menschen den barrierefreien Zugang zu den Ressourcen des Informationszeitalters sichern. Wer eine Software herstellt und vertreibt, die diesen Marktstandard gefährdet und dazu die Integrität von Medienangeboten beschädigt, kann sich weder auf Grundrechte noch auf falsch verstandenen Idealismus berufen.

## c) Grundrechte der Nutzer

Das Gutachten erörtert schließlich die Grundrechte der Nutzer einer Werbeblocker-Software, weil es der Auffassung ist, dass deren Grundrechte in einem „multipolaren“ Verhältnis die Rechtsposition der Werbeblocker-Hersteller „verstärken“ würden.

Das ist schon im Ansatz unzutreffend. Für die durch Internet-Werbeblocker verursachten Urheberrechtsverletzungen spielen Nutzerinteressen keine Rolle, wie das Gutachten auf Seite 11. ausdrücklich feststellt:

*„(...) wenn Urheberrechte verletzt werden und die Achtung geistigen Eigentums im Netz auf dem Spiel steht: In diesem Fällen ist der Gesetzgeber und sind die Gerichte gefordert, die privatrechtliche Eigentums- und Entfaltungsordnung zu schützen oder wiederherzustellen.“*

Aber auch für den wettbewerbsrechtlichen Behinderungstatbestand kommt es auf derartige Erwägungen nicht an, weil Internet-Werbeblocker unmittelbar in die Integrität der Medienleistung der Antragstellerin eingreift und es somit – anders als im Werbeblocker-Fall des BGH<sup>1</sup> – gar nicht erst zu einer umfassenden Interessenabwägung kommt.

Das Gutachten benennt dann ein ganzes Bündel hier angeblich einschlägiger grundrechtlicher Interessen der Nutzer:

- aa) Die „negative Informationsfreiheit“ wird vom Gutachten auf S. 9 lediglich referiert, aber mit keinem Wort erläutert. Wer dieses Schlagwort verwendet, setzt auf Assoziationen, nicht Substanz (s. Seite 6 der Stellungnahme des ZVNRW zur Drs. 16/13682). Die „negative Informationsfreiheit“ der Nutzer gewährleistet das Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen nicht informieren zu müssen. Weder die negative noch die in Art. 5 Abs. 1 GG verbürgte positive Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 GG beinhalten indessen das Recht auf eine gegenleistungsfreie Nutzung von Medieninhalten. Die Freiheit des Verbrauchers besteht darin, ein kostenloses Presseprodukt anzunehmen oder nicht; nimmt er es an, muss er es nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Ur. v. 14.07.2011, I ZR 158/11) akzeptieren, wie es ist. Der Verbraucher hat danach keinen Anspruch darauf, dass z.B. Werbebeilagen aus eine Anzeigenzeitung entnommen werden, bevor ihm die Zeitung in den Briefkasten gelegt wird. Diese Grundsätze gelten natürlich erst recht, wenn die sog. Informationskonfrontation nicht vom Werbenden ausgeht – wie im Falle von Anzeigenzeitungen im Briefkasten – sondern der Verbraucher selbst und freiwillig eine bestimmte Webseite aufsucht. Wenn ihm die Seite nicht gefällt, weil er die Inhalte nicht schätzt oder der Auffassung ist, dass dort zu viel Werbung ist, kann er die Seite jederzeit wie-

<sup>1</sup> GRUR 2004, 877 ff.

der verlassen. Mit der „negativen Informationsfreiheit“ hat der Sachverhalt nichts zu tun.

- bb) Das Gutachten referiert auf Seite 8 f. sodann die Grundlagen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Nutzer. Die anschließende Subsumtion bleibt aber diffus (a.a.O. S. 9):

*„Die lockende Ausnutzung des Informationsinteresses oder auch schlicht der Neugier von Webseitenbesuchern für einer Art kommerzieller Überwältigung dagegen kann dem Gesetzgeber zu persönlichkeitsrechtsschützenden Maßnahmen verpflichten, weil im Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrecht der Schutzauftrag aus Art. 1 Abs.1 S. 2 GG seine Wirkung entfaltet. Jedenfalls aber rechtfertigt dies bei der Anwendung lauterkeitsrechtlicher Rechtsvorschriften – vor dem Hintergrund asymmetrischer Interaktionsszenarien aufdringlicher Werbestrategien – eine positive Gewichtung von digitalen Instrumenten wie AdBlockern zur Steuerung des Werbeinflusses in der Hand der Nutzer.“*

Das Gutachten behauptet also nicht, dass Internet-Werbung im allgemeinen Persönlichkeitsrechte des Nutzers tangiert. Eine solche Position wäre auch nicht ernst zu nehmen. Das Gutachten greift deshalb zum Terminus der „kommerziellen Überwältigung“ der insinuiert, dass Persönlichkeitsrechte jedenfalls dann aktiviert werden, wenn der Nutzer zum bloßen Spielball der Interessen des Webseitenbetreibers wird. Wann dies der Fall sein könnte, erläutert das Gutachten nicht, auch hier fehlt es wieder an der konkreten Rückkoppelung zum Sachverhalt. Für die Webseiten deutscher Informationsmedien gilt jedenfalls, dass davon keine Rede sein kann. Müsste das Gutachten diese Sachverhalte subsumieren, wäre es der gleichen Auffassung.

Das Gutachten verweist sodann auf die Wertungen des § 7 Abs. 1 S. 2 UWG, der den Schutz vor belästigender Werbung als Ausschluss des Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Nutzers gesetzgeberisch ausgeformt habe. Dabei verkennt das Gutachten, dass diese Vorschrift einen ganz anderen Fall regelt, nämlich die aktive Konfrontation des Nutzers mit aufgedrängter Werbung durch den Anbieter. Eine solche Konstellation liegt im Falle einer Internetseite, die der Nutzer freiwillig aufsucht und jederzeit wieder verlassen kann, schon im Ansatz nicht vor. Die „Informationskonfrontation“ geht in diesem Fall vom Nutzer selbst aus und er ist jederzeit in der Lage, diesen Zustand zu beenden. Bei dieser Konstellation sind von vorneherein keine persönlichkeitsrechtlichen Aspekte einschlägig. Aus der gesetzlichen Regelung in § 7 UWG folgt deshalb ein Um-

kehrschluss: Internet-Werbung ist dort – selbstverständlich – nicht erfasst. Es ist also die gesetzgeberische Entscheidung, dass Persönlichkeitsrechte der Nutzer dadurch nicht betroffen werden.

- cc) Auf S. 9 befasst sich das Gutachten mit einem spezifischen Ausschnitt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nämlich der informationellen Selbstbestimmung. Die damit angesprochenen datenschutzrechtlichen Aspekte sind auf der einen Seite selbstverständlich und durch gesetzliche Regelungen wie in §§ 11 ff. TMG gesetzlich gewährleistet. Sie sind aber auch irrelevant, denn sie betreffen nicht das Thema der Lästigkeit einer Werbung, sondern das Tracking und andere Formen der Verfolgung von Nutzeraktivitäten. Der Erörterung des Gutachtens liegt dabei schon ein technisches Missverständnis zugrunde: Die Instrumente zur Verfolgung der Nutzeraktivitäten sind nahezu ausschließlich in die jeweilige Webseite selbst eingebunden und kein Teil der dort ausgespielten Werbung. Eine zielgruppenorientierte Werbung setzt voraus, dass die maßgeblichen Daten vor der Ausspielung der Werbung erhoben werden. Die Unterdrückung von Werbung hat deshalb auf den Umfang des sog. Tracking auf einer Webseite so gut wie keine Auswirkungen. In allen marktführenden Internet-Werbeblockern sind dementsprechend die Programmkomponenten zur Unterdrückung von Werbung und zum Trackingschutz getrennt voneinander aktivierbar. Beim Marktführer Ad-blockPlus ist dieses Modul übrigens in der Standardkonfiguration nicht enthalten, sondern muss vom Nutzer separat installiert werden. Der Grund dafür ist, dass die Eyeo GmbH selbst ein Werbevermarkter ist und ihren Whitelisting-Partnern das Tracking ermöglichen will. Es ist somit unverantwortlich, Werbeblocker als Sicherheitssoftware zu vermarkten. Zum Schutz vor Tracking gibt es eigenständige Programme, die die Anonymität des Nutzers sichern können. Ein Werbeblocker wird dafür nicht benötigt. Das für sich genommen unstreitige und in § 15 Abs. 3 TMG durch ein Opt-out-Prinzip geregelte informationelle Selbstbestimmungsrecht der Nutzer rechtfertigt also nicht ein Softwareprogramm, das die Zielsetzung hat, die gesamte Werbung und Refinanzierung eines Anbieters zu unterdrücken.

Auch die weitere Erörterung zu diesem Thema ist nicht überzeugend. Auf S. 10 spricht das Gutachten einige „Entwicklungen der digitalen Welt“ an, bei denen auf der Hand liege, dass der Gesetzgeber „Derartiges beschränken oder gar verbieten kann, ohne unverhältnismäßig die Grundrechte der Werbetreibenden einzugreifen.“ Die Beispiele für diese Entwicklungen sind aber nicht plausibel:

- Pop-up-Werbung ist selbst dann keine unzumutbare Belästigung, wenn die Webseite sich an Kinder und Jugendliche richtet (KG MMR 2014, 44 ff.);
- Verstöße gegen das Trennungsgebot zwischen Werbung und Inhalten sind sowohl presse- als auch wettbewerbsrechtlich sanktioniert;
- Cookies und Tracking sind gem. § 15 Abs. 3 TMG zulässig und in Deutschland durch ein Opt-Out Modell geregelt;
- will der Gutachter ernsthaft die „Gratismentalität“ durch gesetzliche Regelungen bekämpfen?

Die vom Gutachten genannten Beispiele zeichnen sich also dadurch aus, dass sie entweder längst gesetzlich geregelt sind oder ein fehlender Regelungsbedarf offensichtlich ist. Hier sind deshalb zweifellos auch keine „spontanen Selbstregulationskräfte des Netzes“ gefragt.

- d) Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass auch die „Gesamtwürdigung der Umstände im Licht der Grundrechte“ auf Seite 10 f. fehlerhaft ist. Auch hier stellt das Gutachten fälschlich ausschließlich auf die behauptete fehlende Existenzgefährdung von Online-Medien ab, auf die es indessen weder für eine Urheberrechtsverletzung noch den Behinderungstatbestand ankommt.

#### 4. Fazit

- Urheberrechtsverletzungen sind auch nach Auffassung des Gutachtens stets unzulässig.
- Das Grundrecht der Pressefreiheit wird nur in seinem institutionellen Gehalt gewürdigt und nicht in dem hier entscheidenden Kernbereich als subjektives Abwehrrecht gegen die Beeinträchtigung der inhaltlichen Integrität von Online-Medien. Ebenso fehlt jede Auseinandersetzung mit der Eingriffsqualität von Internet-Werbeblockern.
- Unterstützende Grundrechtspositionen der Nutzer werden nur unter einem apokalyptischen Szenario überwältigender Werbung diskutiert und gehen beim informationellen Selbstbestimmungsrecht von falschen Sachverhaltsannahmen aus. Tatsächlich sind Grundrechte der Nutzer bei dem freiwilligen Aufsuchen einer Webseite gar nicht betroffen. Sie können deshalb den Eingriff von Internet-Werbeblockern in die visuelle, technische und wirtschaftliche Integrität von Online-Medien nicht rechtfertigen.

Hamburg, den 17. März 2017

  
Dr. Cornelis Lehment