

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Teil 1 – Einleitung	1
A. Problemstellung und Arbeitshypothese	1
B. Stand von Forschung und Rechtsprechung	3
C. Gang der Darstellung	5
Teil 2 – Grundlagen des Web-Trackings und der Abwehrtechnologien	7
A. Betriebswirtschaftliche Gründe für Web-Tracking und Gründe für dessen Ablehnung	7
I. Durch Web-Tracking erhobene und ausgewertete Daten	7
II. Verwendungsmöglichkeiten von Web-Tracking	8
1. Konsumentendaten als Mittel zur Finanzierung von Inhalten	9
2. Einsatz zur Verbesserung der Konsumentenerfahrung auf Webseiten	9
3. Einsatz zur Erstellung von Statistiken über die Seitenbenutzung	9
4. Einsatz zur Personalisierung von Inhalten	10
a) Einsatz zur Personalisierung von Beiträgen, Empfehlungen und Preisen ...	10
b) Einsatz für personalisierte Werbung	11
aa) Retargeting, Behavioral Advertisement und deren Vorteile für werbetreibende Unternehmen	11
bb) Vorteile des Verkaufs personalisierbarer Werbeplätze	12
cc) Traditionelle Werbung ohne Web-Tracking als Alternative	13
dd) Kontextbasierte Werbung als Alternative ohne Web-Tracking	14
ee) Paywall als alternative Finanzierung ohne Web-Tracking	14
5. Einsatz beim Affiliate-Marketing	15
6. Handel mit Daten als Zusatzgeschäftsmodell	15
III. Gründe der Konsumenten für die Abwehr von Web-Tracking	16

1. Schutz der Privatsphäre und der Daten	16
2. Detaillierte Selbstbestimmung über die eigenen Daten	17
3. Mangelnde Transparenz	20
4. Malware und wirtschaftliche Nachteile	21
5. Ressourcenverbrauch	22
B. In Web-Tracking involvierte Akteure und ihre Betroffenheit durch Abwehrtechnologien	23
I. In Web-Tracking involvierte Akteure	23
1. Konsumenten	23
2. Embedder	23
3. Tracking-Unternehmen	25
4. Unternehmen mit Dienstleistungen zur Technologieentwicklung und -bereitstellung	26
II. Akteure im Bereich des Einsatzes personalisierter Werbung	27
1. Werbekunden	27
2. Publisher	27
3. Werbevermittler	28
a) Anbieter von Werbenetzwerken	28
b) Anbieter von Ad Exchanges	29
c) Weitere involvierte Plattformbetreiber	30
4. Anbieter von Ad-Servern und weiteren Dienstleistungen zur Technologieentwicklung und -bereitstellung	30
III. Betroffenheit der Akteure durch den Einsatz von Abwehrtechnologien	31
1. Wirtschaftliche Folgen für die Akteure	31
2. Unterschiedliche Intensität der Beeinträchtigung durch Trackingblocker und Obfuscation-Tools	32
3. Vordergründig netzkonformes Verhalten von Konsumenten	33
C. Technische Wege des Web-Trackings und der Abwehrtechnologien	34
I. Technische Grundlagen des Web-Trackings	34
1. Grundzüge der Funktionsweise des World Wide Webs	35
2. HTTP-Nachrichten als Ansatzpunkt für Web-Tracking	36
3. Markup-Sprache HTML als Ansatzpunkt für Web-Tracking	37
a) Grundlagen der Markup-Sprache HTML	37
b) Verbindungsinitialisierung durch Code-Elemente	37
c) Eingebettete Trackingmedien	38
aa) Bilder	38

bb) Zählpixel	38
cc) Aktive Inhalte	38
dd) Social Plugins	39
4. Caching als Ansatzpunkt für Web-Tracking	39
5. Funktionsweise einzelner Identifikationstechnologien	40
a) IP Adressen	40
b) HTTP Cookies	41
aa) Grundlagen der Verwendung von HTTP Cookies	42
bb) Same Origin Policy und Cookie Matching	43
c) Flash-Cookies	44
d) E-Tags	44
e) Evercookies	45
f) Fingerprinting	46
g) Ultraschall-Tracking	47
h) Ausblick in die Zukunft des Web-Trackings	47
II. Funktionsweise der Personalisierung von Inhalten	48
III. Funktionsweise der Abwehrtechnologien gegen Web-Tracking	49
1. Do Not Track-Standard	49
2. Funktionsweise von Trackingblockern	50
a) Browserbasiertes Blocken	51
aa) Blockieren von Trackingmedien	51
bb) Blockieren von Identifikationstechnologien	52
b) Netzwerkbasiertes Blocken	53
aa) DNS-Blocking	53
bb) VPN	54
c) Zum Vergleich: der Parallelfall Adblocker	54
3. Funktionsweise von Obfuscation-Tools	56
4. Finanzierungsstrategien der Vertreiber von Abwehrtechnologien	58
a) Direkte Finanzierungsstrategien	58
b) Indirekte Finanzierungsstrategien	58
aa) Freemium-Geschäftsmodell	59
bb) Entgeltliche Whitelist-Freischaltung	59
cc) Verkauf von personalisierten Werbeplätzen	60
dd) Weiterverwendung erlangter Informationen	61
ee) Finanzierung durch Spenden und Sponsoren	61
c) Absatzförderung weiterer Produkte	61
5. „Wettrüsten“	61

D. Zwischenergebnis	62
Teil 3 – Lauterkeitsrechtliche Bewertung des Vertriebs von Abwehrtechnologien	65
A. Vertrieb von Abwehrtechnologien als geschäftliche Handlung, § 2 I Nr. 1 UWG	65
I. Definition einer geschäftlichen Handlung	65
II. Vertrieb mit direkter Finanzierungsstrategie als geschäftliche Handlung	66
III. Vertrieb mit indirekten Finanzierungsstrategien als geschäftliche Handlung	67
1. Geschäftliche Handlung bei Freemium-Geschäftsmodell	67
2. Geschäftliche Handlung bei entgeltlicher Whitelist-Freischaltung	68
3. Geschäftliche Handlung bei Verkauf von personalisierten Werbeplätzen	71
4. Geschäftliche Handlung bei Weiterverwendung erlangter Informationen und Förderung des Absatzes an Dritte	72
5. Geschäftliche Handlung bei Finanzierung durch Spenden und Sponsoren	74
a) Finanzierung durch Spenden	75
aa) Unternehmenseigenschaft	75
(1) Monatliche Spenden	75
(2) Dauerhafte Annahme einmaliger Spenden	76
bb) Objektiver Förderungszusammenhang	80
b) Finanzierung durch Sponsoren	80
IV. Unentgeltlicher Vertrieb als geschäftliche Handlung	81
1. Vertrieb als Verhalten zugunsten des eigenen Unternehmens	81
a) Keine geschäftliche Handlung bei privater Entwicklung	81
b) Geschäftliche Handlung bei Absatzförderung weiterer Produkte	82
2. Vertrieb als Verhalten zugunsten eines fremden Unternehmens	82
V. Ergebnis zu § 2 I Nr. 1 UWG	83
B. Vertrieb von Abwehrtechnologien als gezielte Behinderung von Mitbewerbern, § 4 Nr. 4 UWG	83
I. In Web-Tracking involvierte Akteure als Mitbewerber der Vertreiber	84
1. Definition eines Mitbewerbers	84
a) Enger Mitbewerberbegriff	85
b) Weiter Mitbewerberbegriff	85
2. Mitbewerbereigenschaft beim Vertrieb reiner Abwehrtechnologien	87
a) Wertungen im Parallelfall der Adblocker	87
aa) Mitbewerbereigenschaft der Betreiber von Webseiten	87
bb) Mitbewerbereigenschaft weiterer Akteure des Werbemarkts	90

b)	Übertragbarkeit und Unterschiede	90
c)	Anwendung auf Akteure des Web-Trackingmarktes	91
aa)	Mitbewerbereigenschaft von Embeddern	91
(1)	Einsatz von Web-Tracking zum Verkauf personalisierbarer Werbeplätze	93
(2)	Einsatz von Web-Tracking zur Vermarktung des eigenen Angebots	95
(3)	Einsatz von Web-Tracking zur Vermarktung fremder Angebote ...	97
(4)	Einsatz von Web-Tracking zum Verkauf von Daten	98
bb)	Mitbewerbereigenschaft von Werbekunden und Werbevermittlern ...	98
cc)	Mitbewerbereigenschaft von Tracking-Unternehmen	99
dd)	Mitbewerbereigenschaft von Unternehmen mit Dienstleistungen zur Technologieentwicklung und -bereitstellung	101
3.	Keine abweichende Bewertung bei hinzutretender Nachfragerstellung	101
a)	Darstellung des Problems anhand des Parallelfalls der Adblocker-Whitelist	102
b)	Übertragung auf Geschäftsmodelle der Vertreiber von Abwehrtechnologien	104
4.	Zwischenergebnis	105
II.	Vertrieb als gezielte Behinderung der Mitbewerber	105
1.	Beurteilungsmaßstab	106
a)	Abgrenzung Leistungs- und Behinderungswettbewerb	106
b)	Objektive wettbewerbsfunktionale Betrachtung	108
c)	„Faustformeln“ der Rechtsprechung	108
2.	Fallgruppen der gezielten Behinderung	109
a)	Keine Verdrängungsabsicht der Vertreiber	110
b)	Vertrieb von Abwehrtechnologien als produktbezogene Behinderung	111
aa)	Bestimmung der relevanten Produkte	111
(1)	Digitale Produkte von Fallgruppe erfasst	111
(2)	Webseite als Produkt	112
(3)	(Personalisierbarer) Werbeplatz als Produkt	113
(4)	Analyse- und Werbedienstleistung als Produkt	113
(5)	Tracking-Tool als Produkt	114
bb)	Keine unmittelbare Einwirkung durch Vertreiber	115
(1)	Maßstäbe für die Einwirkung auf unkörperliche Produkte	115
(2)	Einwirkung durch Trackingblocker	116
(a)	Keine Einwirkung auf Webseiten	116

(aa) Wertungen im Parallelfall der Adblocker	117
bb) Übertragbarkeit und Unterschiede	119
cc) Übertragung auf die Einwirkung durch Trackingblocker	120
(b) Keine Einwirkung auf (personalisierbare) Werbeplätze	122
(c) Einwirkung auf Analyse- und Werbedienstleistungen	123
(d) Einwirkung auf Tracking-Tools	124
(3) Einwirkung durch Obfuscation-Tools	125
(a) Einwirkung auf Webseiten?	125
(b) Keine Einwirkung auf (personalisierbare) Werbeplätze	129
(c) Einwirkung auf Werbedienstleistungen	129
(d) Keine Einwirkung auf Tracking-Tools	130
(4) Dazwischenreten der selbstbestimmten Konsumentenentscheidung	130
(5) Zwischenergebnis	133
cc) Mittelbare Einwirkung der Vertreiber	134
(1) Daten als Entgelt	134
(2) Bedeutung der Nutzungsbedingungen einer Website	137
(3) Bedeutung der vordergründigen Einwilligung von Konsumenten	142
(4) Beeinträchtigung und technische Schutzvorkehrungen	144
(5) Zwischenergebnis	146
c) Keine kundenbezogene Behinderung durch den Vertrieb von Abwehrtechnologien	146
aa) Kein Abfangen von Kunden	147
bb) Kein Ausnutzen fremder Einrichtungen	147
cc) Kein Abwerben von Kunden	148
(1) Keine Einwirkung auf Vertragsbeziehungen zwischen Embedder und Konsument	148
(a) Wirksamkeit der Vertragsbedingungen	149
(b) Kein Verleiten zum Vertragsbruch	152
(2) Vertragsbeziehungen zwischen Embeddern, Werbekunden, Werbevermittlern und Tracking-Unternehmen nicht erfasst	153
dd) Zwischenergebnis	156
d) Keine Werbebehinderung durch den Vertrieb von Abwehrtechnologien	156
e) Vertrieb von Abwehrtechnologien als betriebsbezogene Behinderung	159
aa) Profilbildung als betrieblicher Ablauf	160

bb) Keine Betriebsstörung durch Einwirkung auf eine Datenzuordnung ...	162
cc) Betriebsstörung durch erhöhtes Datenvolumen	163
dd) Keine Unruhestiftung	165
ee) Verletzung des virtuellen Hausrechts als betriebsbezogene Behinderung	165
(1) Anerkennung und Herleitung eines virtuellen Hausrechts in Rechtsprechung und Literatur	166
(2) Stellungnahme	171
ff) Relevanz der Mittelbarkeit der Betriebsstörung	173
gg) Zwischenergebnis	175
f. Keine Aufforderung an Konsumenten zum Boykott der Mitbewerber	175
aa) Liefer- und Bezugssperre zweifelhaft	176
bb) Keine Bestimmtheit der Adressaten und der Verrufenen	177
cc) Keine Beeinflussung der freien Willensentscheidung der Konsumenten	178
dd) Zwischenergebnis	179
g) Ergebnis der Prüfung der Fallgruppen	179
III. Interessenabwägung	180
1. Zu berücksichtigende Interessen	181
a) Berücksichtigung der Interessen aller Marktteilnehmer und der Allgemeinheit	181
b) Mittelbare Drittirkung der Grundrechte	182
c) Berücksichtigung des Schutzzwecks des UWG	183
2. Betroffene Interessen und Handlungsalternativen der Embedder	184
a) Grundrechtlich geschützte Interessen	184
aa) Schutz durch Berufsfreiheit und Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung	185
bb) Schutz durch Eigentumsfreiheit	186
cc) Bei Verbreitung redaktioneller Inhalte: Schutz durch Pressefreiheit ...	190
(1) Zuordnung der Online-Angebote zur Pressefreiheit	190
(2) Schutz der Personalisierung von Inhalten	192
(3) Schutz von Werbeanzeigen	194
(4) Kein Aufdrängen, keine ungestörte Betätigung, kein Schutz eines konkreten Geschäftsmodells	194
dd). Berücksichtigung der Meinungsfreiheit Dritter	196
b) Handlungsalternativen	196
aa) Technische Abwehrmaßnahmen	197

bb) Anpassung der Finanzierungs- und Marketingstrategien	199
c) Zwischenergebnis	201
3. Betroffene Interessen und Handlungsalternativen der Werbekunden und -vermittler	201
a) Grundrechtlich geschützte Interessen	201
b) Handlungsalternativen	203
c) Zwischenergebnis	203
4. Betroffene Interessen und Handlungsalternativen der Tracking-Unternehmen	204
a) Grundrechtlich geschützte Interessen	204
b) Handlungsalternativen	205
c) Zwischenergebnis	205
5. Betroffene Interessen und Handlungsalternativen der Unternehmen mit Dienstleistungen zur Technologieentwicklung und -bereitstellung	206
6. Betroffene Interessen der Hersteller und Vertreiber der Abwehrtechnologien	206
7. Betroffene Interessen und Handlungsalternativen der Konsumenten	207
a) Schutz der informierten Selbstbestimmung der Konsumenten	208
aa) Recht auf Privatsphäre	208
bb) Recht auf informationelle Selbstbestimmung	210
cc) Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme	212
dd) Informationsfreiheit	213
ee) Negative Informationsfreiheit	217
ff) Wissenschaftsfreiheit	220
gg) Eigentumsfreiheit	222
hh) § 7 UWG	222
ii) Zwischenergebnis	223
b) Auswirkung einer Einwilligung	223
c) Handlungsalternativen und mildere Mittel	227
aa) Vertrauen auf Schutz durch datenschutzrechtliche Vorschriften	227
bb) Trackingblocker als milderes Mittel zu Obfuscation-Tools	229
d) Zwischenergebnis	230
8. Interessen der Allgemeinheit	230
9. Gesamtabwägung	231
IV. Ergebnis zu § 4 Nr. 4 UWG	238

C. Vertrieb von Abwehrtechnologien als aggressive geschäftliche Handlung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern, § 4a UWG	239
I. Konsumenten als Schutzadressaten	239
II. Sonstige Marktteilnehmer als Schutzadressaten	240
1. Relevante geschäftliche Handlungen	240
2. Bestimmung der „sonstigen Marktteilnehmer“	242
a) Erfordernis einer Negativabgrenzung zu Mitbewerbern	242
b) Bestimmung des relevanten Mitbewerberbegriffs	244
aa) Vertretene Ansichten	245
bb) Stellungnahme	248
cc) Zwischenergebnis	252
c) Bedeutung für die Akteure des Web-Trackingmarktes	252
III. Kein Vorliegen einer aggressiven Handlung	253
1. Beurteilungskriterien des § 4a II 1 UWG	254
a) Zeitpunkt, Ort, Art oder Dauer der Handlung (Nr. 1)	254
b) Verwendung drohender Verhaltensweisen (Nr. 2) und Drohung mit rechtlich unzulässigen Handlungen (Nr. 5)	255
c) Belastende oder unverhältnismäßige Hindernisse nichtvertraglicher Art (Nr. 4)	256
2. Einwirkungsmittel des § 4a I 2 UWG	257
a) Keine Belästigung (Nr. 1) oder Nötigung (Nr. 2)	257
b) Keine unzulässige Beeinflussung (Nr. 3)	257
aa) Vorliegen einer Machtposition	258
bb) Ausnutzen der Machtposition zur Ausübung von Druck	259
cc) Keine wesentliche Einschränkung der Fähigkeit zur informierten Entscheidung	261
IV. Ergebnis zu § 4a UWG	263
D. Keine Unlauterkeit auf der Grundlage der Generalklausel, § 3 I UWG	264
I. Anwendbarkeit und Reichweite der Generalklausel	264
II. Keine allgemeine Marktstörung	265
III. Kein unmittelbarer Leistungsschutz	267
IV. Keine Unlauterkeit aufgrund eines erpresserischen Charakters	270
V. Ergebnis zu § 3 I UWG	270
E. Gesamtergebnis	271
Literaturverzeichnis	275