

## **OLG Köln: Mitbenutzung fremder Internetzugänge über WLAN im Tausch zwischen Internetnutzern**

UWG §§ 3, 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1

Urteil vom 5.6.2009 - 6 U 223/08 (LG Köln); nicht rechtskräftig

### **Leitsatz der Redaktion**

Ein Geschäftsmodell, das darauf ausgerichtet ist, dass registrierte Mitglieder ihren jeweiligen Breitbandinternetzugang mit anderen Mitgliedern über einen WLAN-Router teilen, ist wettbewerblich unlauter.

### **Sachverhalt**

Die Kl., ein Internet-Service-Provider (ISP), bietet ihren Kunden Breitband-(DSL-) Internetzugänge über kabelgebundene Datennetze (z.B. Telefonfestnetz) an, die mit Hilfe eines geeigneten (Funk-) Geräts (WLAN-Router) von den Endgeräten eines kabellosen lokalen Netzwerks (WLAN) aus genutzt werden können. Sie berechnet ihren Kunden für den Internetzugang in der Regel unabhängig vom tatsächlichen Umfang der Nutzung ein pauschales Entgelt (Flatrate); gegen zusätzliche Vergütung kann man bei ihr einen mobilen Dienst buchen, der es den Kunden ermöglicht, das Internet auch unterwegs, außerhalb des eigenen stationären Netzanschlussbereichs zu nutzen. Sie selbst hat (als sog. Reseller) ein vom Volumen der Datenübertragung abhängiges Entgelt an den jeweiligen Netzbetreiber zu zahlen.

Die Bekl. (eine weltweit operierende Gesellschaft britischen Rechts und ihre deutsche Tochtergesellschaft) werben dafür, sich als registriertes Mitglied einer Gemeinschaft von Internetnutzern (GE) anzuschließen und in diesem Rahmen seinen Breitbandinternetzugang mit anderen Mitgliedern zu teilen. Zu diesem Zweck stellen sie Mitgliedern mit eigenem, von der Kl. oder anderen Providern zur Verfügung gestellten Internetzugang (Gf) einen WLAN-Router nebst Software (in der Regel entgeltlich) zur Verfügung, über den sie ihren Internetzugang rund um die Uhr für die Nutzung durch andere, von der Bekl. vermittelte Nutzer (in Funkreichweite via WLAN) öffnen; der Zugang wird so zu einer Einwahlstation für die anderen Mitglieder (G-Hotspot). Die Bekl. unterscheiden drei Typen von Mitgliedern: Ein „Linus“ stellt seinen Internetzugang kostenlos zur Verfügung und erhält im Gegenzug kostenfreien Zugang zu den anderen „G-Hotspots“. Ein „Bill“ erhält einen Teil des Erlöses aus dem Verkauf von Tagestickets. Diese Tickets müssen die „Aliens“ genannten Mitglieder ohne „Linus“-Status für die Nutzung von Zugangspunkten (nämlich der von den „Linusses“ oder „Bills“ eröffneten „G-Hotspots“) bei den Bekl. erwerben. Das LG hat die Bekl. antragsgemäß zur Unterlassung und Auskunft verurteilt sowie ihre Schadensersatzpflicht festgestellt.

### **Aus den Gründen**

Die ... Berufung bleibt ... ohne Erfolg...

**1.** Das *LG* hat einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch der Kl. (§§ 3, 8 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 1 UWG) zu Recht bejaht. ... Wie bereits die *Kammer* mit zutreffenden Erwägungen ausgeführt hat, stellt sich das angegriffene Geschäftsmodell der Bekl. insgesamt als wettbewerbswidrig dar, weil es bei Abwägung aller Umstände unlauter und geeignet ist, die Interessen der Kl. als Mitbewerberin, aber auch anderer Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen (§ 3 Abs. 1 UWG).

**a)** Die Parteien sind Mitbewerber, denn sie stehen zueinander als Anbieter von Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG). ... denn beide Parteien sprechen Nachfrager von Internetzugängen an, wobei die kabelgebundene oder kabellose Art des Zugangs (DSL mit oder ohne WLAN) nicht entscheidend ist ... Auch steht einem Wettbewerbsverhältnis nicht entgegen, dass die Beklagte als „Linus“ oder „Bill“ nur solche Internetnutzer anspricht, die bereits über einen von einem Provider (wie der Kl.) zur Verfügung gestellten stationären Internetzugang verfügen; ausschlaggebend ist vielmehr, dass derjenige, der sich als „Linus“ oder „Alien“ für die Nutzung eines von der Bekl. vermittelten „G-Hotspots“ entscheidet, damit zugleich (sei es vorübergehend, sei es dauerhaft) auf entsprechende (stationäre oder mobile) Angebote der Kl. und anderer Provider verzichtet. ...

**b)** Das mit der Klage angegriffene... Verhalten der Bekl. stellt sich unter Abwägung aller betroffenen Individual- und Allgemeininteressen als wettbewerblich unlauter dar. Wie in der Berufungsverhandlung erörtert, weist die von der Bekl. unstreitig in Gewinnerzielungsabsicht betriebene „GE“ (auf rein idealistische Motive hat sie sich in zweiter Instanz nicht mehr berufen und nichtkommerzielle Formen der Vermittlung kabelloser Internetzugänge an Dritte ohne eigenen DSL-Zugang sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits) bereits Anzeichen einer drohenden Marktstörung (allgemeinen Marktbehinderung) auf. In ihrer konkreten Form wirkt sie indessen – ohne dass es i.E. auf die Subsumtion unter den betreffenden Beispielstatbestand entscheidend ankommt – wie eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern (§ 4 Nr. 10 UWG) und steht den hierzu entwickelten Fallgruppen des Ausnutzens fremder Einrichtungen (Hefermehl / Köhler / Bornkamm, UWG, 27. Aufl., §4 UWG Rdnr. 10.27 m.w.Nw.) und des Verleitens zur Vertragsuntreue (a.a.O., Rdnr. 10.36 f. m.w.N.) bei wertender Betrachtung zumindest nahe.

**aa)** Das Geschäftsmodell der Bekl. ist geeignet und darauf angelegt, die Kl. in ihrem von legitimen Absatzinteressen getragenen Vertriebskonzept zu behindern, das darin besteht, DSL-Internetzugänge nicht (nur) gegen eine nutzungsabhängige Vergütung, sondern gegen ein vom tatsächlichen Nutzungsumfang unabhängiges pauschales Entgelt (Flatrate) anzubieten (und ergänzende mobile Internetdienste von einer Zusatzvergütung abhängig zu machen).

Die Berufung zieht eine „gezielte“ Behinderung der Kl. in Zweifel, weil solche Angebote branchenüblich sind, die in Rede stehende Beeinträchtigung also außer der Kl. auch andere Internetserviceprovider betrifft. Für den weit gefassten Tatbestand des § 4 Nr. 10 UWG kann aber auch ein Verhalten genügen, das sich direkt oder indirekt gegen mehrere (bestimmte) Mitbewerber richtet (*Senat MD 2007, 1217, 1219* – „Switch & Profit“; Hefermehl / Köhler / Bornkamm, a.a.O., § 4 Rdnr. 10.2).

Den Flatrate-Angeboten in diesem Bereich liegt die unternehmerische Erfahrung und Erwartung zu Grunde, dass Privatkunden ihren Internetzugang nicht rund um die Uhr in gleichbleibendem Umfang (beschränkt nur durch die Vertragslaufzeit und die zur

Verfügung gestellte Bandbreite) nutzen, sondern typischerweise nur für begrenzte Zeitabschnitte unter Übertragung begrenzter Datenmengen, wobei ein intensiveres Nutzungsverhalten einzelner Anschlussinhaber durch das Verhalten der Nutzer ausgeglichen wird, die nur gelegentlich im Internet surfen.

Indem die Bekl. bei Flatrate-Kunden dafür werben, ihre i.R.d. Flatrate selbst nicht benötigten Nutzungskapazitäten der "G E" zwecks weiterer kommerzieller Auswertung zur Verfügung zu stellen, stören sie dieses wirtschaftlich naheliegende, am Verhalten durchschnittlicher Internetnutzer orientierte Konzept. Denn einerseits setzt ihr Geschäftsmodell zwar die Existenz einer hinreichenden Zahl von Kunden der Kl. oder anderer Internetserviceprovider voraus, die über einen Internetzugang mit Flatrate verfügen (weil nur sie als „H“ vom Typ „Linus“ oder „Bill“ in Betracht kommen), sodass der Bekl. nicht die Absicht unterstellt werden kann, das Angebot und die Anbieter solcher Internetzugänge vollständig vom Markt zu verdrängen. Andererseits liegt es aber in der Konsequenz ihres Modells, das Prinzip der Flatrate durch extreme Nutzung der pauschal vergüteten Internetzugänge gewissermaßen auf die Spitze zu treiben und ad absurdum zu führen: Bei aus ihrer Sicht optimaler Verbreitung der „GE“ würden nämlich alle Internetzugänge, welche die Kl. und die anderen Provider ihren Kunden gegen ein pauschales Entgelt zur Verfügung stellen, täglich 24 Stunden lang über die volle Bandbreite genutzt. Es liegt auf der Hand, dass damit jede (Misch-)Kalkulation der Anbieter hinfällig würde und sie entweder das geforderte Pauschalentgelt ihren nutzungsabhängigen Einstandskosten anpassen, also wesentlich erhöhen, oder die pauschale Abrechnung ganz aufgeben müssten.

Hinzu kommt als weitere Behinderung des Dienstleistungsangebots der Kl., dass Verbraucher, die das Internet nur gelegentlich nutzen und als „Alien“ Tageskarten bei den Bekl. erwerben, keinen Vertrag mit ihr schließen werden und Flatrate-Kunden, die sich als „Linus“ registrieren lassen, um über „G-Hotspots“ das Internet kostenlos mobil nutzen zu können, ihren vergütungspflichtigen mobilen Dienst nicht mehr benötigen.

**bb)** Da jeder Wettbewerb die Mitbewerber zu beeinträchtigen vermag, müssen zu der Behinderung weitere Umstände hinzutreten, damit von einem unzulässigen Wettbewerbsverhalten gesprochen werden kann (BGHZ 148, 1 [MMR 2001, 666 m. Anm. Hoeren] - Mitwohnzentrale.de; BGH GRUR 2002, 902, 905 [= MMR 2002, 605] – Vanity-Nummer; BGH GRUR 2004, 877, 879 [= MMR 2004, 662] – Werbeblocker; BGH GRUR 2005, 581, 582 – The Colour of Elégance; BGHZ 178, 63 Rdnr. 25 [= MMR 2009, 108] – bundesligakarten.de). Dabei ist eine am Schutzzweck des Wettbewerbsrechts ausgerichtete objektive Betrachtung maßgebend: Hat das beanstandete Verhalten nachteilige Auswirkungen auf das Marktgeschehen, die so erheblich sind, dass sie von den Mitbewerbern unter Berücksichtigung der Verbraucherinteressen und des Interesses der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb (§ 1 UWG) nicht hingenommen werden müssen, sind für seine Bewertung der subjektive Kenntnisstand des Handelnden oder eine auf die Behinderung gerichtete Absicht ohne Bedeutung (BGHZ 171, 73 – Außendienstmitarbeiter).

Verhaltensweisen, die zum Wesen des Wettbewerbs gehören, sind danach erlaubt, nicht aber eine unangemessene Einwirkung auf bereits dem Wettbewerber zuzurechnende Kunden (BGH GRUR 2002, 548, 549 – Mietwagenkostenersatz; BGH GRUR 2007, 987 [= MMR 2007, 704 m. Anm. Schulze zur Wiesche] – Änderung der Voreinstellung). Während das (sogar planmäßige) Ausnutzen fremden Vertragsbruchs in der Regel nicht zu beanstanden ist, um keiner Verdinglichung schuldrechtlicher

Verpflichtungen Vorschub zu leisten, kann es sich als unlauter darstellen, wenn besondere Umstände hinzutreten (vgl. *BGH*, a.a.O. – Außendienstmitarbeiter; *BGH*, a.a.O. – bundesligakarten.de). Die Schwelle der als bloße Folge des Wettbewerbs hinzunehmenden Behinderung ist im Allgemeinen überschritten, wenn ein Verhalten bei objektiver Würdigung aller Umstände des Einzelfalls in erster Linie auf die Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltung des Mitbewerbers und nicht auf die Förderung des eigenen Wettbewerbs gerichtet ist (*BGH GRUR* 2008, 621– Akademiks), sodass der Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann (*BGH*, a.a.O. – Außendienstmitarbeiter m.w.Nw.; *Senat*, a.a.O. – "Switch & Profit").

Dabei kann auch eine mittelbare Einwirkung auf Leistungen des Mitbewerbers wie der Vertrieb von Produkten, die Dritten einen unberechtigten kostenlosen Zugang zu einer entgeltlich angebotenen Leistung verschaffen können, unlauter sein (*BGH*, a.a.O. – Werbeblocker unter Hinweis auf den Vertrieb von „Piratenkarten“ zum kostenlosen Empfang von Pay-TV-Programmen, *OLG Frankfurt/M.* NJW 1996, 264).

**cc)** Im Streitfall beeinträchtigt das Geschäftsmodell der Bekl. die Interessen der Kl. und der übrigen Mitbewerber, aber auch die Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb objektiv so erheblich, dass die Schwelle zur unlauteren Einflussnahme auf das Marktgeschehen als überschritten angesehen werden muss:

**(1)** Die Bekl. machen der Kl. auf unfaire Weise Konkurrenz, indem sie sich für ihr Geschäftsmodell der kostenfreien Teilhabe an DSL-Internetzugängen bedienen, welche die Kl. ihren Kunden gegen ein erkennbar anders kalkuliertes Entgelt zur Verfügung stellt. Statt mit eigenen technischen oder organisatorischen Leistungen auf der Vorleistung eines Dritten aufzubauen, um sie marktkonform fortzuentwickeln, nutzen sie eine von der Kl. unter anderen Voraussetzungen geschaffene Infrastruktur „schmarotzend“ aus, um sich mit einem eigenen kommerziellen Angebot am Markt zu etablieren. Ihre „GE“ schließt nicht nur eine von der Kl. gelassene Marktlücke. Indem die Bekl. ihren Kunden (in der Regel gegen Entgelt) ihre eigenen WLAN-Router zur Verfügung stellen, verschaffen sie sich vielmehr ohne nennenswerten eigenen Aufwand Zugang zum Internet, ohne auf die Nutzung der darin liegenden geldwerten Fremdleistung einen Anspruch zu haben. Zugleich erzielen sie wirtschaftliche Vorteile auf Kosten der Kl.. Ihre Gewinne aus dem Verkauf von Tagestickets an „Aliens“ verdanken sie nämlich vor allem dem Umstand, dass ihr für die über WLAN zugänglich gemachten DSL-Zugangspunkte (abgesehen von der Gewinnbeteiligung der „Bills“) keine weiteren Kosten entstehen, während die Kosten des erhöhten Datenverkehrs, die sich aus der durch die „GE“ ausgeweiteten Nutzung der Internetzugänge und den dadurch anfallenden höheren Nutzungsvergütungen der Netzbetreiber ergeben, allein von der Kl. zu tragen sind. Damit geht der von den Bekl. praktizierte Betrieb ihrer „GE“ wirtschaftlich einseitig zu Lasten der Kl. und der anderen ISP. ...

**(2)** Der Umstand, dass den Bekl. der Zugang zum Internet durch Kunden der Kl. vermittelt wird, die sich als „H“ registrieren lassen, vermag diese Ausbeutung der von der Kl. geschaffenen Infrastruktur nicht zu rechtfertigen.

Klausel Nr. 4 der AGB der Bekl., wonach ein „Linus“ oder „Bill“ einen Vertrag mit einem Internetzugangsanbieter abgeschlossen haben sollte, der „ine gemeinsame Bandbreitennutzung mit H gestattet“, ist insofern ebenso unerheblich wie die Frage, ob die Kl. ihren Kunden zweifelsfrei (§ 305c Abs. 2 BGB) verbietet, den bereitgestellten DSL-Internetzugang Dritten außerhalb ihrer Hausgemeinschaft zu überlassen. Denn die Bekl. beschränken sich nicht darauf, ein bestimmtes Verhalten dieser Kunden – sei es ihnen schuldrechtlich verboten oder nicht – lediglich auszunutzen. Vielmehr ist ihr Geschäftsmodell objektiv darauf angelegt, gerade solche Inhaber von WLAN-fähigen Internetanschlüssen zur Öffnung ihres Internetzugangs (statt zu dem üblichen Kennwortschutz ggü. Drittzugriffen) zu bewegen, die dazu einerseits ohne „GE“ keinen Anlass hätten und die andererseits wegen einer Flatrate-Vereinbarung mit ihrem Provider keine Mehrkosten durch erhöhten Datenfluss befürchten müssen. ...

**(3)** Jedenfalls droht ... eine Gefährdung des Wettbewerbs außer durch den „schmarotzenden“ Zugriff auf die von Mitbewerbern mit eigenen erheblichen Kosten eingerichteten Internetzugänge auch deshalb, weil das Geschäftsmodell der Bekl., sollte es sich am Markt weiter durchsetzen, das derzeit noch vorhandene und nicht zuletzt auch aus Verbrauchersicht erhaltenswerte Angebot von Flatrate-Tarifen für den Internetzugang grds. in Frage stellt. Denn weil eine Optimierung der „GE“ – wie oben zu aa) dargestellt – zu einer fast ununterbrochenen und vollständigen Ausnutzung der von den Providern ihren Privatkunden auf Flatrate-Basis eingeräumten Bandbreiten innerhalb der jeweiligen Vertragslaufzeit führen würde, könnte auf Dauer kein Provider mehr einen Internetzugang zu den bisherigen Pauschaltarifen anbieten. ...

- S. 697 -

#### **Anmerkung**

Das Urteil des OLG Köln zeigt deutlich, dass die möglichen Fallgestaltungen im Recht der neuen Medien noch lange nicht alle erfasst, untersucht und bearbeitet sind. Unter dem hier relevanten Stichwort „WLAN“ beispielsweise sind bisher hauptsächlich Fragen der Störerhaftung für die Nutzung des WLAN durch Dritte (zuletzt

- S. 698 -

OLG Frankfurt MMR 2008, 603; weiter ausführlich Mantz, Rechtsfragen offener Netze, 2008, S. 242 ff.; Gietl, MMR 2007, 630; jew. m.w.N.) sowie Fragen bezüglich des sog. „War-Driving“ bekannt geworden (dazu AG Wuppertal MMR 2008, 632 m.Anm. Höfinger sowie Ferner, <http://www.datenschutzbeauftragter-online.de/strafbarkeit-des-schwarz-surfens-im-ungesicherten-wlan>; eingehend zum War-Driving Buermeyer, HRRS 2004, 285; Heidrich, c't 13/2004, <http://www.recht-im-internet.de/themen/wlan.htm>; Bär, MMR 2005, 434). Während die bisher behandelten Fälle also eher im Bereich der Endnutzer angesiedelt waren, lag dem OLG Köln ein Streit zwischen TK-Diensteanbietern vor. Dass eine solche Fallkonstellation vor Gericht gebracht wurde, ist sicher auch Ausweis eines hart umkämpften Telekommunikationsmarkts. Die Bewahrung dieses Marktes, oder ihres Anteils daran, hatte sich die Klägerin, der Anbieter 1&1, auf die Fahnen geschrieben. Den Prämissen des Wettbewerbsrechts folgend hat das OLG Köln auch nicht nur das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien, sondern auch das Verhältnis der Beklagten zu allen anderen TK-Diensteanbietern bewertet.

Allerdings handelt es sich vorliegend nicht um einen Streit zwischen zwei „typischen“ TK-Diensteanbietern. Denn die Beklagten (im folgenden FON, s. <http://www.fon.com>) verfolgen ein ebenso einfaches wie einleuchtendes Geschäftsmodell: FON verteilt in vielen Ländern gegen einen Unkostenbeitrag WLAN-Router an Endnutzer, die sog. „Foneros“. Über die WLAN-Router der Foneros können dann Dritte ihren Internetzugang mitnutzen (zu den Details s. die Feststellungen des Gerichts). Die Foneros verfügen dabei in aller Regel über einen Flatrate-Internetanschluss eines Internetanbieters, den sie potentiellen Nutzern – aufgrund des Flatratemodells ohne weitere Kosten für sie – (teilweise) zur Verfügung stellen.

Nach eigenen Angaben sind an FON weltweit derzeit ca. 700.000 Nutzer angeschlossen (<http://www.fon.com/de/support/faqs>). FON bezeichnet sich selbst als „weltweit größte WiFi Community“. Dabei wird die „Community“ in diesem Zusammenhang – ganz im Web 2.0-Stil – stark betont.

I. Die Vision von FON lautet „WiFi everywhere“. Das OLG Köln hat dieser Vision zumindest für Deutschland vorläufig einen Dämpfer verpasst. Denn nach den Ausführungen des Gerichts ist das Geschäftsmodell von FON „schmarotzerisch“ und damit unlauter. Mit der Feststellung eines schmarotzerischen Verhaltens ist die Annahme der Voraussetzungen der §§ 3, 4 UWG nicht mehr fernliegend, und der Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG praktisch zwingend zuzusprechen – Trittbrettfahrer sind im Wettbewerbsrecht nicht gerade gern gesehene Gäste.

Unstreitig ist und bleibt, dass über FON Endnutzer dritten Personen ihren Internetzugang zur Verfügung stellen und so Dritte die vorhandene Infrastruktur nutzen. Unstreitig ist weiter, dass dadurch die Möglichkeit besteht, dass der einzelne Fonero mehr Datenverkehr produziert, als er es ohne FON tun würde. Die Klägerin hat vorgetragen, dass sie als Reseller für den durch ihre Nutzer verursachten Datenverkehr volumenabhängig bezahlen muss. Ihr Interesse wird damit deutlich. Ob allerdings diese Konstellation dazu führen kann, dass das gesamte Geschäftsmodell von FON als wettbewerbswidrig zu bezeichnen ist, lässt sich bezweifeln.

1. Zunächst hat das Gericht festgestellt, dass die Parteien Wettbewerber sind. Der Begriff des Wettbewerbers ist grundsätzlich weit auszulegen (Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, UWG, 27. Aufl. 2009, § 2 Rn. 92). Das Gericht hat das Angebot von FON insbesondere in einem Wettbewerbsverhältnis mit dem „mobilen Angebot“ der Klägerin gesehen. Die Vergleichbarkeit zwischen dem „mobilen Angebot“ der Klägerin und dem Angebot von FON ist allerdings zumindest nicht offensichtlich. Denn bei der Klägerin ist das mobile Angebot eines über UMTS/HSDPA oder GPRS/EDGE, also über das Mobilfunknetz. Im Gegensatz dazu wird das Angebot von FON über WLAN angeboten. Auch wenn der technische Unterschied der Übertragungstechniken selbstverständlich das Wettbewerbsverhältnis nicht beeinträchtigt, offenbart sich gerade in der Technikwahl ein deutlicher Unterschied. Das mobile Angebot von 1&1 ist praktisch überall verfügbar, wohingegen der Dienst von FON nur in unmittelbarer Nähe des WLAN-Routers eines Foneros genutzt werden kann – davon kann man sich direkt auf von FON bereitgestellten Karten überzeugen (<http://maps.fon.com>). Hinzu tritt, dass die Angaben von FON zur Verbreitung dieser Hotspots ebenso wie die Karteninformationen mit Vorsicht zu genießen sind, denn nicht alle der Zugangspunkte sind regelmäßig aktiv. Teilweise wird von Nutzern berichtet, dass lediglich 1/3 der Hotspots tatsächlich aktiv und davon wiederum nur ein Teil erreichbar sei (vgl. <http://www.fonboard.de/viewtopic.php?f=1&t=4151#p24443>). Das tatsächliche Angebot an Zugangspunkten dürfte daher signifikant unter der jeweils beworbenen Anzahl der Hotspots liegen. Zudem hat 1&1 für sein mobiles Internet hauptsächlich dauerhafte (24 Monats-)Verträge im Programm, wohingegen FON insbesondere auch die kurzfristige, sogar stundenweise Nutzung anbietet. Die Angebote sind also nicht austauschbar. Ein

Wettbewerbsverhältnis von FON dürfte daher viel eher mit Internet-Cafés oder anderen Hotspot-Diensten anzunehmen sein. Aufgrund der grundsätzlich weiten Auslegung des Wettbewerbersbegriffs können FON und 1&1 aber trotz dieser Bedenken als Wettbewerber angesehen werden.

2. Interessanter ist jedoch die Beurteilung der wettbewerblichen Unlauterkeit. Das Gericht geht nämlich von „Anzeichen einer drohenden Marktstörung“ durch das Geschäftsmodell der Beklagten aus. Diese wirke wie eine gezielte Behinderung und stehe dem Ausnutzen fremder Einrichtungen und der Verleitung zum Vertragsbruch – in einer wertenden Betrachtung – „zumindest nahe“.

Als Ausgangspunkt für diese wertende Betrachtung wählt das Gericht das Geschäftsmodell „Flatrate“ von 1&1, das eine typische Mischkalkulation darstellt. Gedanklich stellt das Gericht nun auf eine zeitlich durchgängige und zusätzlich die Bandbreite des 1&1-Anschlusses voll beanspruchende Nutzung aller Kunden von 1&1 ab (24/7, 100%), die als Fonero auftreten, und konstatiert, dass dadurch eine erhebliche Beeinträchtigung der Klägerin (und anderer Internet-Provider) entstehe, durch die das Flatrate-Modell an sich gefährdet sei. Diese Betrachtung untermauert das Gericht leider nicht mit Tatsachen (für die die Klägerin letztlich in der Beweispflicht gewesen wäre) oder wenigstens mit empirischen Erfahrungen oder Untersuchungen. Denn es ist wohl überzogen, auf der einen Seite davon auszugehen, dass der typische Nutzer eines Flatrate-Modells in der Regel wenig bis durchschnittlichen Datenverkehr verursacht, der typische FON-Nutzer (bzw. mehrere) die Bandbreite des Anschlusses hingegen dauerhaft bis ans Limit ausreizt. Ganz im Gegenteil dürfte der typische Fonero überhaupt nur wenige „Kunden“ haben, die dann aufgrund des mobilen Charakters der Nutzung auch nur vergleichsweise geringen zusätzlichen Datenverkehr verursachen dürften. Auch dürften sich die

- S. 699 -

Nutzungsgewohnheiten der Foneros und der „Kunden der Foneros“ nicht signifikant unterscheiden – nachts dürfte also auch weiterhin kaum Datenverkehr anfallen. Zusätzlich wird der Fonero, der seinen Internetzugang teilt, dies nur und genau so lange tun, wie sein eigener Internetzugang dadurch nicht gestört wird. Bei einer auch nur zeitweisen vollständigen Auslastung seines Anschlusses durch Dritte (100%), wie sie das Gericht annimmt, dürfte ihn die Teilung des Anschlusses schnell stören, mit der Folge, dass er sein FON-Angebot einstellen wird. Außerdem taugt das Angebot des Erwerbs von Tickets bei FON nicht als Ersatz für einen dauerhaften vollwertigen Internetzugang, denn wenigstens in den Städten ist die Versorgung mit Breitbandinternet gut und im Ergebnis auch günstiger. FON ist zudem, wie das Gericht zu Recht feststellt, auch von diesem guten Breitbandangebot abhängig und hat daher gar kein Interesse, das Flatrate-Modell an sich maßgeblich zu beeinträchtigen.

Ohne Zweifel wird insgesamt über die Anschlüsse der Foneros, die FON anbieten, mehr Datenverkehr verursacht als ohne FON. Ob diese Steigerung aber tatsächlich so erheblich ist, wie es das Gericht in seiner hypothetischen Betrachtung (24/7, 100%) annimmt, darf hinterfragt werden. Denn im Vergleich zur Gesamtzahl der Internetnutzer dürfte die Anzahl der Foneros maximal im einstelligen Prozentbereich liegen, so dass eine Marktbehinderung oder drohende – störung gerade nicht einfach erkennbar ist. Ob man darüber hinaus bereits den Schluss ziehen kann, dass sogar das gesamte Geschäftsmodell von FON wettbewerbswidrig ist und deshalb von vornherein unterbunden werden muss (streng nach dem Motto „Wehret den Anfängen!“), darüber lässt sich – schließlich handelt es sich um eine wertende Betrachtung - trefflich streiten. Festhalten lässt sich aber unter Einbeziehung der o.g. Kritikpunkte, dass die Wertung keinesfalls

zwingend so ausfällt wie in der eher ergebnisorientierten Entscheidung des Gerichts. Denn zusätzlich müssen für diese Betrachtung nicht nur Reseller wie 1&1, sondern auch die anderen TK-Anbieter einbezogen werden. Die Klägerin zahlt als Reseller volumenabhängig an ihren Provider. Nicht-Reseller hingegen, die einen Großteil des Marktes ausmachen, und die ihre Infrastruktur zumindest mit den hohen Bandbreiten bewerben und diese auch in großem Umfang vorhalten dürften, müssten zunächst ihren Schaden vortragen und belegen. Erst dann kann die für eine drohende Marktstörung erforderliche Erheblichkeit der Beeinträchtigung, und daraus folgend das allgemeine Interesse der Verbraucher an der Untersagung des Geschäftsmodells von FON, abschließend beurteilt werden. Auf das Argument, dass der zusätzlich verursachte mobile Datenverkehr sich letztendlich wenigstens teilweise mindernd auf den Datenverkehr über die Leitung des mobilen FON-Nutzers über seinen Hausanschluss auswirken dürfte und damit dem „erheblichen“ Schaden der Betreiber entgegenwirkt, kommt man zudem schnell. Denn der 1&1-Kunde, der über den FON-Zugang (eines anderen 1&1-Nutzers) eine Datei herunterlädt, muss dies zu Hause über den eigenen DSL-Anschluss i.d.R. nicht mehr tun. Zwar hat der Fonero mehr Datenverkehr, der Kunde aber im gleichen Umfang weniger – im Ergebnis (dieses lediglich zur Illustration dienenden Beispiels) für 1&1 eine Nullnummer.

3. Der Unterlassungsanspruch ist nach alledem insgesamt wenigstens fraglich. Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin liegt aber auf der Hand, denn FON nutzt tatsächlich das Angebot der Festnetzprovider, ohne hierfür selbst Entgelte zu entrichten. Problematisch an diesem wäre lediglich die Bezifferung und der Beweis der Höhe (vgl. Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl. 2007, Kap. 28 Rn. 1 m.w.N.). Das LG Köln hatte in der Vorinstanz die Schadensersatzpflicht von FON gestützt auf §§ 9 Abs. 1 UWG, 242 BGB bereits festgestellt. Ausreichend hierfür ist, dass es nicht fernliegt, dass durch die (hier nicht zwingend anzunehmende) Wettbewerbsverletzung ein Schaden entstanden ist (vgl. BGH GRUR 1995, 744, 749 – Feuer, Eis & Dynamit; BGH GRUR 2001, 849, 850 – Remailing-Angebot). Ob sich der Anspruch daneben auch auf §§ 812 ff. BGB stützen ließe, wäre eine interessante Frage, mit der sich das LG nicht beschäftigt hat – und die es aufgrund seiner Rechtsauffassung nicht behandeln musste. Es ist aber unklar, ob die Klägerin in Zukunft in der Lage sein wird, Ausgangs- und Anknüpfungspunkte für eine Schadensbemessung nach gerichtlichem Ermessen gemäß § 287 ZPO hinreichend konkret darzulegen (vgl. MünchKommZPO-Prütting, 3. Aufl. 2008, § 287 Rn. 14; allg. Teplitzky, aaO, Kap. 28 Rn. 1).

II. Die Auswirkungen des Urteils sind, bevor der BGH über die zugelassene und bereits eingelegte Revision entschieden hat, noch nicht endgültig abzusehen. FON scheint jedenfalls entschlossen, das Modell weiter zu verfolgen. In der FON-Community hat es zusätzlich wohl Befürchtungen gegeben, dass durch das Urteil unmittelbar auch die Foneros betroffen sein könnten (s. <http://boards.fon.com/viewtopic.php?f=1&t=5750>). FON hat jedenfalls klargestellt, dass der Betrieb eines FON-Routers nicht „illegal“ sei (<http://blog.fon.com/de/archive/business/klarstellung-fon-ist-nicht-illegal-in-deutschland.html>). Parallel steht FON wohl in Verhandlungen mit der Klägerin und anderen Internetanbietern (<http://blog.fon.com/de/archive/business/fon-ein-unfairer-wettbewerber-wohl-was-falsch-verstanden.html>). Eine Zusammenarbeit mit E-Plus beispielsweise hatte FON bereits Anfang Juni bekannt gegeben.

Im Ausland hingegen scheint sich die Frage der Wettbewerbswidrigkeit des Geschäftsmodells bisher noch nicht zu einem Problem entwickelt zu haben. Auch wenn es bisher keine Probleme gab, werden die Provider im Ausland den Ausgang des hiesigen Verfahrens sowie ihre daraus resultierenden Optionen aber sicher genau im Auge behalten.



III. 1. Das Urteil hat schließlich auch in der netzpolitischen Gemeinde einigen Nachhall gefunden, obwohl FON teilweise weniger als echte Community wahrgenommen wird. Betroffen von dem Urteil können allerdings diejenigen sein, deren Modell FON übernommen und auf eine kommerzielle Schiene gehoben hat: die Freifunk-Community (<http://freifunk.net>; s. dazu ausführlich Medosch, Freie Netze, 2003; Autengruber, Vision und Realität Freier Community Netze, 2007, [http://home.subnet.at/christof/wp-content/uploads/Mag-Arbeit\\_Freie-Netze.pdf](http://home.subnet.at/christof/wp-content/uploads/Mag-Arbeit_Freie-Netze.pdf); Ernst, <http://www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,344668,00.html>; Mantz, Rechtsfragen offener Netze, 2008). In der Freifunk-Community wird die Teilung des Internetzugangs ebenfalls praktiziert, ähnlich wie bei den Foneros, allerdings mit einem gänzlich anderen ideellen, organisatorischen und teilweise auch technischen Hintergrund. Im Gegensatz zu FON gibt es keine zentrale Organisation. Die einzelnen Nutzer sind voneinander unabhängig und auch nicht über ein übergeordnetes Unternehmen in irgendeiner Form verbunden. Lediglich Vereine wie der Freifunk e.V. stellen eine Art förderndes Sammelbecken dar. Im übrigen organisiert sich die Community über regelmäßige Treffen, Mailing-Listen und Foren. Anders als bei FON gibt es bei Freifunk aber gerade keinerlei entgeltliche Bereitstellung.

- S. 700 -

Stattdessen investieren Privatleute erheblich an Zeit und eigenem Geld bei der Fortentwicklung der Komponenten und des Netzwerks. Hintergrund ist – neben dem Zugang zum Internet – eine weitverbreitete soziale Motivation, die u.a. die Überwindung der digitalen Teilung („Digital Divide“) und die Bereitstellung des Internetzugangs als Teil der Kommunikationsfreiheit und eines allgemeinen Rechts auf Teilhabe bezweckt (zur Motivation sowie deren Auswirkungen eingehend Mantz, in: Hansen/Karagiannis/Fill (Hrsg.), Tagungsband 9. Internationale Tagung Wirtschaftsinformatik 2009 - Business Services: Konzepte, Technologien, Anwendungen, Band 1, Wien 2009, S. 473, [http://www.dke.univie.ac.at/wi2009/Tagungsband\\_8f9643f/Band1.pdf](http://www.dke.univie.ac.at/wi2009/Tagungsband_8f9643f/Band1.pdf)). Das Netz basiert zudem i.d.R. auf dem sog. Ad-hoc-Modus (s. <http://de.wikipedia.org/wiki/Ad-hoc-Netz>). Dadurch wird jeder Teilnehmer am Netz automatisch zum Zugangspunkt: Er ist also sowohl passiver Nutzer als auch aktiver Betreiber und wird dadurch zum integrativen Bestandteil des Netzwerks.

2. Folge dieser Unterschiede ist, dass die Feststellungen des OLG Köln auf Freifunk in keinerlei Hinsicht übertragbar sind. Freifunk hat kein und verfolgt kein „Geschäftsmodell“. Freifunk handelt auch nicht geschäftlich i.S.v. § 2 Nr. 1 UWG, weder durch seine Mitglieder noch durch die fördernden Vereine. Nach Art. 2 lit. d) der Richtlinie 2005/29/EG sind Geschäftshandlungen nämlich nur Handlungen von Gewerbetreibenden. Während FON als ein Unternehmen handelt, das die Leistungen der Foneros Dritten entgeltlich anbietet, sind die offenen Netzcommunities „nur“ die Gesamtheit von Einzelpersonen, die eine gemeinsame Idee verbindet. Von Gewerblichkeit kann hier also nicht die Rede sein. Auch die Definition des Mitbewerbers in § 2 Nr. 3 UWG - wesentliche Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs im vorliegenden Urteil - ist bei Freifunk nicht erfüllt, denn Mitbewerber kann ebenfalls nur ein Unternehmer sein (Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, aaO, § 2 Rn. 93). Auch der Freifunk e.V. kann insofern nicht nach dem UWG in Anspruch genommen werden (vgl. Hefermehl/Köhler/Bornkamm-Köhler, aaO, § 2 Rn. 119).

IV. Insgesamt hinterlässt das Urteil einige Fragezeichen. Das Geschäftsmodell von FON beruht darauf, dass die Foneros Dritten und damit FON ihre überschüssige Bandbreite zur Verfügung

stellen. Ob dies jedoch für die vom OLG Köln gezogenen Schlüsse und die Annahme einer mittelbaren Behinderung von erheblichem Gewicht oder eine generelle Marktstörung nach § 3 UWG und damit für einen so weitreichenden Unterlassungstenor ausreicht, ist zu bezweifeln. Ein weiterer Ansatzpunkt für eine erfolgreiche Revision könnte der nicht ausreichend ermittelte bzw. vorgetragene Sachverhalt sein, insbesondere Umfang und Form der vom Gericht angenommenen Beeinträchtigung. Sofern sich die Parteien nicht vorher vergleichsweise einigen, wird es das Urteil des BGH zeigen.

Dipl.-Inf. Dr. jur. Reto Mantz, Frankfurt/M.