

Die Umlage nach § 2 Nr. 15b BetrKV – ein Hindernis im Telekommunikationswettbewerb?

Stefan Bentrop, Justiziar des Deutschen Mieterbundes e.V.

I. Einleitung

„Hochleistungsfähige Breitbandnetze sind Basis und Treiber der Digitalisierung und damit für die digitale Zukunftsfähigkeit Deutschlands unverzichtbar.“

So heißt es im Kapitel „Zehn Schritte in die Zukunft“ der im März 2016 vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie veröffentlichten Digitalen Strategie 2025.¹ Über das Ziel, in der Bundesrepublik Deutschland eine leistungsstarke Breitbandnetzinfrastruktur zu errichten, besteht Einigkeit, doch wie verläuft der Weg dorthin? Der notwendige Netzausbau soll „marktgetrieben“ geschehen. In erster Linie wird darauf gesetzt, dass Telekommunikationsunternehmen in den Netzausbau investieren, um die Grundlage zu schaffen, im Wettbewerb um die Gunst der Kunden leistungsstarke und attraktive Angebote unterbreiten zu können und wettbewerbsfähig zu bleiben. Öffentliche Fördermittel sollen nur dort aufgewendet werden, wo private Investitionen in den Netzausbau nicht wirtschaftlich realisierbar sind, insbesondere für den Ausbau in ländlichen Räumen und kleinen Gemeinden.²

Für die Breitbandversorgung in Mehrfamilienhäusern kommt neben dem Netz der Deutschen Telekom AG eine zweite Festnetzinfrastruktur in Betracht: das TV-Kabelnetz (im Folgenden: Kabelnetz). Darüber werden durch die Wohnungswirtschaft etwa 11 Millionen Mieterhaushalte versorgt.³ Dabei geht es längst nicht mehr nur um den Empfang von Rundfunk und Fernsehen. Das Kabelnetz erlaubt es, leistungsfähige Breitbandanschlüsse zu realisieren und Mieterinnen und Mietern auch Internet und Telefonie zu bieten. Oftmals werden die Leistungen zu Multimediapaketen verknüpft, zum Beispiel bei sogenannten Triple-Play-Angeboten.⁴

Wettbewerber und Wettbewerbshüter kritisieren, dass Kabelnetzbetreiber dabei von der Betriebskostenumlage des § 2 Nr. 15b BetrKV profitierten. Das sogenannte Betriebskostenprivi-

¹ Digitale Strategie 2025, S. 13, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/digitale-strategie-2025.html> (letzter Aufruf: 22.09.2019)

² Informationen des Breitbandbüros des Bundes (BBB) zur Bundesförderung Breitband, <https://breitbandbuero.de/wissenswertes/foerderprogramme/bundesfoerderung-breitband/> (letzter Aufruf: 22.09.2019)

³ Nach Hankmann, Die Kabelgebühr in den Nebenkosten: Relikt der Vergangenheit oder Garant für günstiges Fernsehen und Internet?, <https://www.medialabcom.de/newsletter/2019/04/index.html> (letzter Aufruf: 22.09.2019); Busch/Riewerts, Keine dauerhafte Bindung der Mieter an den Kabel-TV-Anschluss!, K&R 2017, S. 769 (770)

⁴ Vgl. Busch/Riewerts, a.a.O., S. 770

leg verschaffe ihnen einen Wettbewerbsvorteil und behindere einen fairen Telekommunikationswettbewerb. Die Monopolkommission⁵ fordert, § 2 Nr. 15b BetrKV deshalb abzuschaffen.⁶ Auch die Bundesministerien für Wirtschaft und Energie sowie für Verkehr und digitale Infrastruktur haben in einem gemeinsamen Eckpunktepapier zur anstehenden TKG-Novelle 2019 die Abschaffung des § 2 Nr. 15b BetrKV thematisiert.⁷

II. Die mietrechtlichen Grundlagen der Umlage

1. Die Umlagevereinbarung

§ 2 Nr. 15b BetrKV bestimmt, dass die laufenden Kosten des Betriebs einer mit einem Breitbandnetz verbundenen privaten Verteilanlage Betriebskosten im Sinne des § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV sind.⁸ Der Vermieter, der eine Wohnung mit Breitbandanschluss vermietet, in der Praxis handelt es sich regelmäßig um einen Kabelanschluss, kann die damit verbundenen Kosten deshalb nach § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB durch eine Vereinbarung mit dem Mieter auf diesen umlegen.

Die Umlagevereinbarung kann sich explizit auf die Kosten für eine Kabelnetzverteilanlage richten, es genügt jedoch, wenn in der Vereinbarung allgemein auf die „Betriebskosten nach der BetrKV“⁹ verwiesen wird. Denn nach der Rechtsprechung des BGH umfasst die Umlage in einem solchen Fall sämtliche der in dem Betriebskostenkatalog des § 2 Nrn. 1 bis 16 BetrKV bezeichneten Kostenarten, also auch die Kosten der Nr. 15b. Durch den Verweis sei für den Mieter auch ohne Angabe der Kostenarten im Einzelnen hinreichend klar, welche Betriebskosten auf ihn zukommen können.¹⁰ Selbst den Verweis auf die BetrKV¹¹ hält der BGH nicht für zwingend. Vielmehr lässt er es auch ausreichen, wenn die Umlagevereinbarung besagt, der Mieter trage „die Betriebskosten“. Der Begriff sei nicht nur seit langem gesetzlich definiert und konkretisiert, sondern es sei auch seit Jahrzehnten allgemein üblich, in Mietverträgen die Umlage sämtlicher Betriebskostenarten zu vereinbaren und abzurechnen, die nach § 2 Nrn. 1 bis 16 BetrKV umlagefähig seien. Der Begriff könne deshalb als bekannt

⁵ Die Monopolkommission ist ein unabhängiges Beratungsgremium, das die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften auf den Gebieten der Wettbewerbspolitik, des Wettbewerbsrechts und der Regulierung berät (§§ 44 bis 47 GWB). Sie erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten zu Stand und Entwicklung des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor (§ 121 Abs. 2 TKG).

⁶ Monopolkommission, Sektorgutachten Telekommunikation 2011 (ehem. Sondergutachten 61), Rn. 159, S. 84

⁷ Eckpunktepapier zur TKG-Novelle 2019 vom 21.02.2019, Kap. V.3, S. 15

⁸ § 2 Nr. 15b BetrKV gilt für den preisfreien Wohnraum. Im preisgebundenen Wohnraum ist die Vorschrift nach § 20 Abs. 1 NMV 1970 in Verbindung mit § 27 Abs. 1 II. BV anzuwenden.

⁹ Vor Inkrafttreten der BetrKV zum 01.01.2004: Betriebskosten nach Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV

¹⁰ BGH, Urt. v. 27.06.2007, VIII ZR 202/06, WuM 2007, S. 571 (573); BGH, Urt. v. 07.04.2004, VIII ZR 167/03, WuM 2004, S. 290 (291)

¹¹ Vor Inkrafttreten der BetrKV zum 01.01.2004: Betriebskosten nach Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV

vorausgesetzt werden und sei für den durchschnittlichen Mieter hinreichend klar und verständlich.¹²

Die genannten Grundsätze gelten sowohl für die individualvertragliche als auch für die formularvertragliche Umlagevereinbarung zwischen dem Vermieter und dem Mieter.¹³ Letztere ist in der Praxis die Regel.

2. Die umlagefähigen Kosten

Umlagefähig sind, wie sich aus § 2 Nr. 15b, 2. Halbsatz in Verbindung mit Nr. 15a BetrKV ergibt, die Kosten des Betriebsstroms und der regelmäßigen Prüfung der Betriebsbereitschaft einschließlich der Einstellung durch eine Fachkraft oder das Nutzungsentgelt für eine nicht zu dem Gebäude gehörende Verteilanlage sowie die Gebühren, die nach dem UrhG für die Kabelweitersendung entstehen.¹⁴

Umlagefähig sind nach § 2 Nr. 15b, 2. Halbsatz BetrKV außerdem – und um diese Kosten wird es im Folgenden gehen – die laufenden monatlichen Grundgebühren für Kabelanschlüsse.¹⁵ Dabei handelt es sich nicht um Kosten für die Bereitstellung der Netzinfrastruktur, sondern um Kosten für ein konkretes, von dem Vermieter bereit gestelltes Angebot an Telekommunikationsleistungen.

3. Die Dauerhaftigkeit der Umlage

Umgelegte Kosten, darunter auch die Grundgebühren für den Kabelanschluss, muss der Mieter zusätzlich zur Miete zahlen. Dies gilt auch dann, wenn er den Anschluss nicht nutzt, zum Beispiel, weil er kein Empfangsgerät besitzt oder weil er anderweitig Fernsehen, Internet oder Telefonie empfangen möchte und deshalb an der vom Vermieter bereit gestellten Versorgung kein Interesse hat.¹⁶ Werde eine Wohnung mit einem Kabelanschluss vermietet,

¹² BGH, Urt. v. 07.06.2016, VIII ZR 274/15, WuM 2016, S. 498 (499); BGH, Urt. v. 10.02.2016, VIII ZR 137/15, WuM 2016, S. 211 (213)

¹³ Zur individualvertraglichen Vereinbarung Zehelein in: Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl. 2019, Kapitel B, Rn. 38 m.w.N.; zur formularvertraglichen Vereinbarung vgl. BGH, Urt. v. 27.06.2007, VIII ZR 202/06, WuM 2007, S. 571 (573); BGH, Urt. v. 07.04.2004, VIII ZR 167/03, WuM 2004, S. 290 (291)

¹⁴ Für preisgebundenen Wohnraum gilt Entsprechendes nach § 24a Abs. 1 Satz 1 NMV 1970.

¹⁵ Für preisgebundenen Wohnraum gilt Entsprechendes nach § 24a Abs. 1 Satz 3 NMV 1970. Diese Kosten dürfen nach Abs. 2 Satz 2 nur auf die Mieter umgelegt werden, mit deren Zustimmung die Wohnungen angeschlossen sind.

¹⁶ BGH, Urt. v. 27.06.2007, VIII ZR 202/06, WuM 2007, S. 571 (573); AG Münster, Urt. v. 27.02.2007, 7 C 4811/06, NZM 2007, S. 771; AG Berlin-Schöneberg, Urt. v. 17.11.2004, 103 C 350/04, GE 2004, S. 1595; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 556 BGB Rn. 195; Wall, Betriebs- und Heizkostenkommentar, 4. Aufl. 2015, Rn. 4556; Emmerich in: Bub/Treier, Handbuch Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. III, Rn. 158; a. A. Harsch in: Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 16. Aufl. 2019, Rn. 5560

sei der Anschluss Bestandteil des Mietvertrages. Der Vermieter sei während der Mietzeit zur Gebrauchsgewährung verpflichtet, der Mieter zur Zahlung der Umlage. Der Mieter könne den Anschluss nicht isoliert kündigen, weil eine Kündigung nur einzelner Bestandteile des Mietvertrages mangels besonderer Vereinbarung regelmäßig ausgeschlossen sei.¹⁷

Der Mieter kann mit dem Vermieter vereinbaren, den Anschluss verplomben oder sperren zu lassen. Dann ist der Mieter, weil er keine Möglichkeit zur Nutzung mehr hat, von der Zahlungspflicht befreit.¹⁸ Einen Anspruch gegen den Vermieter, dass der Anschluss verplombt oder gesperrt wird, hat der Mieter jedoch nicht.¹⁹

Der Mieter bleibt somit regelmäßig für die Dauer des Mietverhältnisses zur Zahlung der Umlage, somit auch der laufenden monatlichen Grundgebühren für den Anschluss verpflichtet, selbst wenn er aus dem Anschluss keinen Nutzen zieht.

III. Die Umlage als Instrument zur Finanzierung von Telekommunikationsleistungen

Die dauerhafte Bindung des Mieters an die Umlage bildet die Anknüpfung für ein Geschäftsmodell zur Finanzierung von Telekommunikationsleistungen in Mehrfamilienhäusern, das als Sammelinkasso bezeichnet wird. Dabei schließen Kabelnetzbetreiber keine Verträge mit einzelnen Mietern ab, sondern adressieren Vermieter. Mit ihnen werden sogenannte Gestattungsverträge abgeschlossen, in denen die Breitbandversorgung des Hauses durch den jeweiligen Kabelnetzbetreiber verabredet wird. Die Verträge haben regelmäßig lange Laufzeiten von 10 bis 15 Jahren. Die Kosten der Breitbandversorgung fallen für alle Wohneinheiten zentral beim Vermieter an und werden durch die Umlage an die einzelnen Mieter weiterbelastet.²⁰ Da die Umlage auch zu zahlen ist, wenn der Mieter den Kabelanschluss nicht nutzt und sie während der Dauer des Mietverhältnisses nicht einseitig beendet werden kann, gewährleistet sie Kabelnetzbetreibern für die Dauer des Gestattungsvertrages stabile und sicher kalkulierbare Einnahmen durch die Mieterinnen und Mieter des Hauses.²¹

¹⁷ AG Münster, Urt. v. 27.02.2007, 7 C 4811/06, NZM 2007, S. 771; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 556 BGB Rn. 195; Emmerich in: Bub/Treier, Handbuch Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. III, Rn. 158

¹⁸ Langenberg in: Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl. 2019, Kapitel A, Rn. 231

¹⁹ AG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.01.2018, 33 C 2941/17 (67), juris; AG Berlin-Schöneberg, Urt. v. 17.11.2004, 103 C 350/04, GE 2004, S. 1595

²⁰ Vgl. Monopolkommission, a.a.O., Rn. 158, S. 84; Busch/Riewerts, a.a.O., S. 770; Schulze zur Wiesche, Juconomy-Newsletter 03/2019, S. 7, <https://www.juconomy.de/newsletter/newsletter-maerz-2019/> (letzter Aufruf: 22.09.2019)

²¹ Körber, Ein Relikt aus analogen Zeiten – Das analoge Nebenkostenprivileg in Zeiten der Digitalisierung, <https://www.medienpolitik.net/2017/04/> (letzter Aufruf: 22.09.2019); Busch/Riewerts, a.a.O., S.770

Der Grundstein für das Sammelinkasso wurde im Jahre 1984 gelegt. Mit der Verordnung zur Änderung wohnungsrechtlicher Vorschriften vom 05.04.1984²² wurden § 24a Abs. 2 NMV 1970 und Nr. 15b der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV eingeführt. Dadurch wurde es Vermietern ermöglicht, die Kosten des Betriebs der mit einem Breitbandkabelnetz verbundenen privaten Verteilanlage einschließlich der laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandanschlüsse als Betriebskosten auf Mieter umzulegen. Ziel der Einführung war die Förderung des Ausbaus des Kabelnetzes, zur damaligen Zeit Monopol der staatseigenen Deutschen Bundespost.²³

Im Zuge der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes wurde das Kabelnetz in den Jahren 2000 bis 2003 von der Deutschen Telekom AG in der Nachfolge der Deutschen Bundespost in regionalen Teilnetzen an private Betreiberunternehmen verkauft. Seither nutzen diese die Möglichkeit zur Umlage der Kabelanschlussgebühren als Grundlage des Sammelinkassos, das seit Inkrafttreten der BetrKV zum 01.01.2004 auf § 2 Nr. 15b BetrKV fußt.²⁴

IV. Die Kontroverse um die wettbewerbliche Bedeutung der Umlage

1. Der Ausgangspunkt

Die Möglichkeit der Umlage der Grundgebühren für den Kabelanschluss wurde von Beginn an kontrovers diskutiert. Bei ihrer Einführung im Jahre 1984 hatte die Diskussion vor dem Hintergrund des damaligen Kabelmonopols der Deutschen Bundespost allerdings noch keinen wettbewerblichen Einschlag. Umlagebefürworter wollten den Ausbau des Kabelnetzes fördern, indem für den Vermieter durch eine Vereinfachung der Umlage und Abrechnung ein Anreiz geschaffen werden sollte, sein Haus an das Kabelnetz anzuschließen.²⁵ Umlagegegner kritisierten, Mieterinnen und Mietern werde die Entscheidungsfreiheit über den Anschluss an das Kabelnetz genommen und das Betriebskostenrecht werde dazu benutzt, deren Zwangsverkabelung herbeizuführen.²⁶ Erst durch die spätere Privatisierung des Kabelnetzes wurde eine Wettbewerbssituation eröffnet. Sie kennzeichnet die aktuelle Kontroverse um § 2 Nr. 15b BetrKV.

²² BGBl. I S. 546

²³ Vgl. die Ausführungen des Parl. Staatssekretärs im Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau Dr. Jahn im Protokoll der 532. Sitzung des Bundesrates am 24.02.1984, S. 78

²⁴ Siehe Fn. 8

²⁵ Vgl. die Ausführungen des Parl. Staatssekretärs im Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau Dr. Jahn im Protokoll der 532. Sitzung des Bundesrates am 24.02.1984, S. 78

²⁶ Vgl. die Ausführungen der Hessischen Staatsministerin Dr. Rüdiger im Protokoll der 532. Sitzung des Bundesrates am 24.02.1984, S. 71 f.

2. Die Position der Umlagegegner

a. Die Abschaffung des § 2 Nr. 15b BetrKV

Die Gegner der Umlage kritisieren, die Umlagemöglichkeit begünstige Kabelnetzbetreiber und führe zu Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten anderer Wettbewerber. Die Kritik mündet in die Forderung, § 2 Nr. 15b BetrKV abzuschaffen, weil damit die Möglichkeit entfalle, Kabelanschlussgebühren über die Nebenkostenabrechnung abzurechnen.²⁷ Vereinzelt wird angenommen, die Umlage sei nur zeitlich begrenzt möglich (siehe unten unter b.).

Angeführt wird, Mieterinnen und Mieter könnten durch die Umlage von einem Wechsel zu einem anderen Telekommunikationsanbieter abgehalten werden, weil sie nach einem Wechsel die Kosten für den nicht mehr genutzten bisherigen Anschluss weiterhin zahlen müssten und dadurch doppelte Kosten hätten. Die Umlage wirke damit wie eine Marktzutrittschürde.²⁸ Auch entfalte die Umlage eine Sogwirkung, weil Kabelnetzbetreiber die langfristig stabilen Einnahmen aus der Umlage der Grundgebühren nutzen könnten, zusätzliche Dienste für Internet und Telefonie insbesondere in Bündelprodukten wie etwa Triple-Play-Angeboten besonders günstig anzubieten.²⁹ Außerdem könnten Kabelnetzbetreiber durch das Sammelinkasso Verwaltungskosten sparen, weil statt diverser Einzelverträge mit Mietern nur ein Vertrag mit dem Vermieter geführt werden müsse; auch deshalb könnten Kabelnetzbetreiber ihre Leistungen preiswerter anbieten als andere Wettbewerber.³⁰

Ferner wird in Bezug auf Netzausbaumaßnahmen argumentiert, Kabelnetze hätten den strukturellen Vorteil, dass deren Aufrüstung und Ausbau vergleichsweise kostengünstig sei, da Neuverkabelung, Tiefbau oder sonstige Bauarbeiten erspart werden könnten. Zudem könne der Ausbau sukzessive gemäß der zunehmenden Nachfrage nach Anschlüssen erfolgen, so dass ein Netzausbau – anders als für andere Wettbewerber – nicht mit hohen Fixkosten verbunden sei, die sich dann später in der Vermarktung amortisieren müssten. Eine Folge sei, dass Kabelnetzbetreiber besonders preisflexibel seien und nahezu jedes Endkundenentgelt anderer Anbieter unterbieten könnten.³¹

b. Die zeitliche Begrenzung der Umlagemöglichkeit

Vereinzelt wird angenommen, dass die Umlagemöglichkeit nur zeitlich begrenzt bestehe. Zur Begründung wird § 43b TKG ins Feld geführt. Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur

²⁷ Monopolkommission, a.a.O., Rn. 159, S. 84; Körber, a.a.O.

²⁸ Monopolkommission, a.a.O., Rn. 158, S. 84; Hankmann, a.a.O.; Körber, a.a.O.

²⁹ Monopolkommission, a.a.O., Rn. 158, S. 84; Hankmann, a.a.O.

³⁰ Hankmann, a.a.O.

³¹ Monopolkommission, a.a.O., Rn. 158, S. 84

Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 03.05.2012³² in das TKG eingeführt. Sie soll die Bereitschaft von Verbrauchern, einen Anbieterwechsel zu vollziehen, durch eine Begrenzung der anfänglichen Mindestlaufzeit von Verträgen absichern und so einen weiteren wettbewerbsfördernden Impuls setzen.³³

§ 43b TKG lautet:

„Die anfängliche Mindestlaufzeit eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten darf 24 Monate nicht überschreiten. Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten sind verpflichtet sind, einem Teilnehmer zu ermöglichen, einen Vertrag mit einer Höchstlaufzeit von zwölf Monaten abzuschließen.“

Vor diesem Hintergrund wird argumentiert, die dem Sammelinkasso zugrunde liegende, für die Dauer des Mietverhältnisses angenommene Bindung des Mieters an die Umlage nach § 2 Nr. 15b BetrKV sei mit § 43b TKG nicht zu vereinbaren, da Mietverhältnisse regelmäßig weitaus länger Bestand hätten als die nach § 43b TKG vorgesehene Höchstbindungszeit von 24 Monaten.³⁴ Dabei wird zugrunde gelegt, dass § 43b TKG auch im Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter Anwendung finde, weil der Vermieter als Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste im Sinne der Vorschrift zu qualifizieren sei.³⁵

Verfolgt werden zwei unterschiedliche Lösungsansätze. Zum einen wird geschlussfolgert, ein Mietvertrag über eine Wohnung, die mit einem Kabelanschluss vermietet werde, sei ergänzend so auszulegen, dass der Mieter zu einer isolierten Kündigung des Kabelanschlusses nach Maßgabe der zeitlichen Vorgaben des § 43b TKG berechtigt sei.³⁶

Zum anderen wird eine wettbewerbsrechtliche Argumentationslinie vertreten. Sie knüpft daran an, dass § 43b TKG eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 3a UWG darstellt.³⁷ Diese Regel habe der Vermieter bei der Wohnraumvermietung zu beachten. Der Vermieter sei daher nach § 8 Abs. 1 in Verbindung mit § 3a UWG verpflichtet, es zu unterlassen,

- Wohnraummietverträge mit Verbrauchern abzuschließen, die auch die kostenpflichtige Bereitstellung eines Kabelanschlusses beinhalten, wenn die kostenpflichtige Bereitstel-

³² BGBl. I S. 958

³³ BT-Drs. 17/5707, S. 65

³⁴ Busch/Riewerts, a.a.O., S. 773

³⁵ Busch/Riewerts, a.a.O., S. 771; Rechtsposition der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V. in einem Klageverfahren vor dem LG Essen (vgl. Fn. 38)

³⁶ Busch/Riewerts, a.a.O., S. 771

³⁷ Vgl. dazu Schadow in: Scheurle/Mayen, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 43b Rn. 6; Ditscheid/Rutloff in: Geppert/Schütz, BeckTKG-Kommentar, 4. Aufl. 2013, § 43b Rn. 5

lung für den Verbraucher nicht wenigstens zum Ablauf von 24 Monaten Laufzeit kündbar ist,

- sich im Rahmen eines bestehenden Wohnraummietverhältnisses mit einem Verbraucher auf die Unkündbarkeit einer vertraglich vereinbarten kostenpflichtigen Bereitstellung eines Kabelanschlusses zu berufen, wenn die kostenpflichtige Bereitstellung dieses Anschlusses bereits 24 Monate andauert hat oder
- Verbrauchern den Abschluss von Wohnraummietverträgen anzubieten oder anbieten zu lassen, die die kostenpflichtige Bereitstellung eines Kabelanschlusses mit einer Laufzeit von mehr als 12 Monaten beinhalten, ohne alternativ die Möglichkeit einer auf höchstens 12 Monate Laufzeit begrenzten Bereitstellung anzubieten oder anbieten zu lassen.³⁸

3. Die Position der Umlagebefürworter

Die Befürworter der Umlage wollen den Status quo aufrechterhalten. Sie sehen bereits keinen Wettbewerbsvorteil für Kabelnetzbetreiber. Mit der Einführung des § 43b TKG sei – was zutrifft – auch § 2 Nr. 15b BetrKV durch Artikel 4 des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 03.05.2012³⁹ geändert worden. Seinerzeit sei der Begriff „Breitbandkabelnetz“ durch den Begriff „Breitbandnetz“ ersetzt worden, um die Vorschrift technologieneutral zu gestalten. Die Möglichkeit des Sammelinkassos sei deshalb kein Privileg für Kabelnetzbetreiber, sondern stehe auch anderen Anbietern von Breitbandanschlüssen offen.⁴⁰

Die Befürworter weisen außerdem darauf hin, dass eine Abschaffung der Umlagemöglichkeit nicht zu mehr, sondern im Gegenteil zu weniger Wettbewerb führen werde. Insbesondere kleinere Kabelnetzbetreiber seien wirtschaftlich auf das Sammelinkasso angewiesen und beim Wegfall dieser Möglichkeit in ihrer Existenz gefährdet.⁴¹ Weiter wird angeführt, ein Wegfall der Umlagemöglichkeit könne auch nicht im Interesse der Mieterinnen und Mieter

³⁸ Entsprechende Unterlassungsanträge verfolgt aktuell die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs Frankfurt am Main e.V. in einem Klageverfahren gegen ein Wohnungsunternehmen. Die Klage wurde in erster Instanz vor dem LG Essen durch Urteil vom 31.05.2019, 45 O 72/18 (unveröffentlicht), abgewiesen. Das Verfahren befindet sich derzeit in der Berufung beim OLG Hamm.

³⁹ BGBl. I S. 958 (997)

⁴⁰ Vgl. Schulze zur Wiesche, a.a.O., S. 7; Hankmann, Klage abgewiesen! Umlagefähigkeit der Kabelanschlussgebühren bleibt – vorerst, <https://www.medialabcom.de/newsletter/2019/08/index.html> (letzter Aufruf: 22.09.2019);

⁴¹ Vgl. Schulze zur Wiesche, a.a.O., S. 6; Hankmann, Die Kabelgebühr in den Nebenkosten: Relikt der Vergangenheit oder Garant für günstiges Fernsehen und Internet?, <https://www.medialabcom.de/newsletter/2019/04/index.html> (letzter Aufruf: 22.09.2019)

liegen, weil die Preise einer Breitbandversorgung beim Abschluss von Einzelverträgen deutlich höher lägen als beim Sammelinkasso.⁴²

V. Stellungnahme

1. § 2 Nr. 15b TKG im europäischen Kontext

Die Kontroverse um § 2 Nr. 15b BetrKV ist eingebettet in einen europäischen Kontext: die Liberalisierung des Telekommunikationssektors. Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union haben seit den 1990er Jahren mittels Richtlinien einen europäischen Rechtsrahmen für Kommunikationsnetze und –dienste errichtet mit dem Ziel, im Telekommunikationssektor anstelle früherer staatlicher Netz- und Dienstleistungsmonopole in den einzelnen Mitgliedstaaten einen freien Dienstleistungsverkehr in der Union zu entwickeln und zu erhalten.⁴³

Von wesentlicher Bedeutung ist dabei, den Wettbewerb durch größtmögliche Vorteile für die Nachfrager in Bezug auf Auswahl, Preise und Qualität ihnen angebotener Telekommunikationsleistungen zu fördern.⁴⁴ Dazu gehört auch, die freie Wahl des Anbieters zu gewährleisten, insbesondere die Möglichkeit eines Anbieterwechsels zu sichern. Dem dient Art. 30 Abs. 5 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 (Universaldienstrichtlinie) in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009⁴⁵, indem er eine Höchstdauer der anfänglichen Mindestlaufzeit von Verträgen mit Verbrauchern regelt und so einer Beschränkung der Wahlfreiheit Grenzen setzt.⁴⁶ Die europäischen Vorgaben wurden durch die Einführung des § 43b TKG mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 03.05.2012⁴⁷ in das nationale Recht transformiert.

Die gegenwärtige Praxis der Umlage nach § 2 Nr. 15b TKG ist mit den durch § 43b TKG gezogenen Grenzen nicht zu vereinbaren. Ist die Umlage verabredet, sind Mieterinnen und

⁴² Vgl. Schulze zur Wiesche, a.a.O., S. 6; Hankmann, Die Kabelgebühr in den Nebenkosten: Relikt der Vergangenheit oder Garant für günstiges Fernsehen und Internet?, <https://www.medialabcom.de/newsletter/2019/04/index.html> (letzter Aufruf: 22.09.2019);

⁴³ Zum Überblick Klotz in: Säcker, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2013, Einl. II Rn. 1 ff.

⁴⁴ Vgl. Art. 8 (2) a) der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und –dienste (Rahmenrichtlinie), Abl. EG Nr. L 108, S. 33

⁴⁵ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz, ABl. EG Nr. L 337, S. 11

⁴⁶ Erwägungsgrund (47), Abl. EG L 337, S. 17

⁴⁷ Siehe Fn. 32

Mieter für die Dauer des Mietverhältnisses an den Kabelanschluss gebunden und zur Zahlung der umgelegten Kosten verpflichtet. Sie können einen Anbieterwechsel in dieser Zeit nur unter Inkaufnahme doppelter Kosten vollziehen, weil sie einen ungenutzten Kabelanschluss weiterhin bezahlen müssen. Diese Aussicht kann Mieterinnen und Mieter von vornherein davon abhalten, überhaupt einen Anbieterwechsel vorzunehmen. Die Umlage bewirkt so eine Beschränkung der freien Wahl des Anbieters. Sie wird, da Mietverhältnisse regelmäßig für weitaus längere Zeit als 24 Monate geschlossen werden, für eine Zeitdauer begründet, die die durch § 43b TKG gezogenen zeitlichen Grenzen überschreitet.

2. Keine Geltung des § 43b TKG im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter

Allerdings kann nicht angenommen werden, § 43b TKG sei im Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter anwendbar. Die Vorschrift betrifft ihrem Wortlaut nach einen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten.

Zwar sind die in einem Mehrfamilienhaus gegenüber dem Mieter erbrachten Telekommunikationsdienste als „öffentlich zugänglich“ zu begreifen. „Öffentlich zugänglich“ sind nach § 3 Nr. 17a TKG der Öffentlichkeit zur Verfügung stehende Telekommunikationsdienste. Darunter ist jede Infrastruktur zu verstehen, die nicht exklusiv nur einem von der Allgemeinheit durch individualisierende Merkmale abgrenzbaren Personenkreis zur Verfügung steht wie etwa den Nutzern eines internen Firmennetzwerks.⁴⁸ Da die Telekommunikationsdienste bei einem Mehrfamilienhaus nicht allein der hausinternen Kommunikation dienen, sondern den Empfang von Signalen über ein öffentliches Telekommunikationsnetz ermöglichen und der Vermieter die Dienste auch nicht nur für einen begrenzten Kreis von Mieterinnen und Mietern vorhält, sondern für jede Person, die bei ihm mietet oder mieten wird, sind die Telekommunikationsdienste als „öffentlich zugänglich“ zu qualifizieren.⁴⁹

Der Vermieter von Wohnraum ist aber nicht Anbieter derartiger Dienste. Weder die Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Rates und des Parlaments vom 07.03.2002 (Universaldienstrichtlinie) noch die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 noch das TKG nennen Vermieter als Anbieter von Telekommunikationsdiensten im Sinne der Richtlinien beziehungsweise des TKG. Im Gegenteil zeigt § 43a TKG, dass der Vermieter nicht als Anbieter zu sehen ist. Die Vorschrift normiert verbindliche Mindestanforderungen hinsichtlich des Inhaltes eines Einzelvertrages zwischen dem Anbieter

⁴⁸ Lünenbürger/Stamm in: Scheurle/Mayen, TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 40 f.; Busch/Riewerts, a.a.O. S. 772 f.

⁴⁹ Busch/Riewerts, a.a.O., S. 773

von öffentlichen Telekommunikationsdienstleistungen und einem Verbraucher. Sie dient der Angebotstransparenz und soll dem Verbraucher aus Gründen der Wettbewerbsförderung eine bessere Vergleichbarkeit von unterschiedlichen Angeboten ermöglichen⁵⁰ und dadurch zugleich den Qualitätswettbewerb der Anbieter fördern.⁵¹

§ 43a Abs. 1 Satz 1 TKG lautet:

„Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten müssen dem Verbraucher und auf Verlangen anderen Endnutzern im Vertrag in klarer, umfassender und leicht zugänglicher Form folgende Informationen zur Verfügung stellen:...“

Es folgt eine Aufzählung diverser Informationen, die ein Anbieter dem Verbraucher im Vertrag mitteilen muss und der Vermieter dem Mieter zur Verfügung zu stellen hätte, wenn er als Anbieter im Sinne des § 43a TKG zu sehen wäre, unter anderem:

- Name und ladungsfähige Anschrift (Nr. 1),
- Art und wichtigste technische Leistungsdaten der angebotenen Telekommunikationsdienste (Nr. 2),
- angebotene Wartungs- und Kundendienste sowie die Möglichkeiten zur Kontaktaufnahme mit diesen Diensten (Nr. 4),
- die Fundstelle eines allgemein zugänglichen, vollständigen und gültigen Preisverzeichnisses des Anbieters von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten (Nr. 6),
- die Voraussetzungen für die Verlängerung und Beendigung des Bezuges einzelner Dienste und des gesamten Vertragsverhältnisses... (Nr. 8),
- etwaige Entschädigungs- und Erstattungsregelungen für den Fall, dass der Anbieter die wichtigsten technischen Leistungsdaten der zu erbringenden Dienste nicht eingehalten hat (Nr. 9).

Diese Informationen verdeutlichen, dass mit dem Begriff des „Anbieters“ der Vermieter nicht gemeint sein kann. Als Vertragspartner des Kabelnetzbetreibers beim Sammelinkasso mag der Vermieter noch Art und Leistungsdaten der angebotenen Dienste kennen (vgl. Nr. 1). Er unterhält aber weder einen Wartungs- und Kundendienst (vgl. Nr. 4) noch führt er ein allgemein zugängliches Preisverzeichnis (vgl. Nr. 6). Es bestehen im Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter keine besonderen Voraussetzungen für die Verlängerung oder

⁵⁰ Scholz in: Arndt/Fezer/Scherer/Graulich, TKG-Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 43a Rn. 2; Schadow, a.a.O., § 43a Rn. 1

⁵¹ BT-Drs. 15/5213, S. 21

Beendigung der angebotenen Dienste, da dieses Verhältnis allein auf dem Mietvertrag beruht (vgl. Nr. 8). Auch existieren keine speziellen Entschädigungs- oder Erstattungsregelungen, wenn die Qualität der Breitbandversorgung hinter den vertraglichen Vereinbarungen zurückbleibt (vgl. Nr. 9), vielmehr stehen dem Mieter gegebenenfalls die Gewährleistungsansprüche des Mietrechts gegen den Vermieter zu.

Die Informationspflichten des § 43a TKG laufen im Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Mieter erkennbar ins Leere. Sie gelten für Unternehmen, die öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste bereit stellen und betreffen Verträge, die unmittelbar die Erbringung derartiger Dienste zum Gegenstand haben. Der (Wohnraum-)Mietvertrag gehört nicht dazu. Der Vermieter ist deshalb nicht Anbieter im Sinne des § 43a TKG.

Für § 43b TKG kann dann nichts anderes gelten. Wie § 43b TKG zählt auch § 43a TKG zu den Kundenschutzvorschriften des 3. Teils des TKG, geht zurück auf die Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 und wurde mit dem Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen vom 03.05.2012 in das TKG aufgenommen.⁵² Für ein unterschiedliches Verständnis des Begriffs „Anbieter“ besteht kein Anhaltspunkt. Der Vermieter ist nicht Anbieter im Sinne des § 43b TKG, so dass die Vorschrift im Verhältnis des Vermieters zum Mieter keine Anwendung findet.⁵³

3. Gesetzliche Neuregelung: Zeitliche Begrenzung oder Abschaffung der Umlagemöglichkeit?

Dass § 43b TKG im Verhältnis des Vermieters zum Mieter nicht gilt, schließt es jedoch nicht aus, den Rechtsgedanken des § 43b TKG im nationalen Recht zur Geltung zu bringen, um die Wahlfreiheit von Mieterinnen und Mietern in Mehrfamilienhäusern zu stärken. Dazu bestehen zwei Möglichkeiten.

Zum einen könnte der Gesetzgeber gesetzliche Regelungen schaffen, mit denen eine zeitliche Begrenzung der Umlagemöglichkeit nach § 2 Nr. 15b BetrKV herbeigeführt wird, indem dem Mieter ein Recht zur isolierten Kündigung eines Kabel- beziehungsweise sonstigen Breitbandanschlusses entsprechend den zeitlichen Vorgaben des § 43b TKG eingeräumt wird.

⁵² § 43a Abs. 1 Satz 1 TKG dient der Umsetzung des Art. 20 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 07.03.2002 (Universaldienstrichtlinie) in der Fassung der Richtlinie 2009/136/EG in das nationale Recht.

⁵³ So im Ergebnis auch LG Essen, Urteil v. 31.05.2019, 45 O 72/18, S. 12 ff. (unveröffentlicht). Das Gericht argumentiert, Anbieter im Sinne des § 43b TKG könne nur sein, wer Dienstbringer im Sinne des § 3 Nr. 6a TKG sei. Dies sei der Vermieter nicht.

Zum anderen kann § 2 Nr. 15b TKG abgeschafft werden. Dadurch könnte das Sammelinkasso in weiten Teilen des Mietwohnungsmarktes abgeschafft werden. Denn mangels Umlagemöglichkeit müsste der Vermieter die Bereitstellung eines Breitbandanschlusses aus der Miete finanzieren, was wohl in erster Linie im hochpreisigen Marktsegment in Betracht kommt. Dort dürften Mieterinnen und Mieter angesichts hoher Mieten die Bereitstellung eines leistungsfähigen Breitbandanschlusses durch den Vermieter als selbstverständlich erwarten. Im Übrigen jedoch könnte die Abschaffung der Umlagemöglichkeit dazu führen, dass Sammelinkassoangebote perspektivisch nicht mehr unterbreitet werden, sondern Mieterinnen und Mieter jeweils Einzelversorgungsverträge mit Telekommunikationsunternehmen abschließen müssen. Für solche Verträge gilt § 43b TKG dann unmittelbar.

Aus Sicht von Mieterinnen und Mietern ist die Einführung eines Rechts des Mieters zur isolierten Kündigung eines Kabel- beziehungsweise sonstigen Breitbandanschlusses der Abschaffung des § 2 Nr. 15b BetrKV vorzuziehen. Die Möglichkeit des Sammelinkassos bliebe, wenn auch unter veränderten Bedingungen, erhalten, so das Mieterinnen und Mieter die Wahl hätten, ob sie im Sammelinkasso durch den Vermieter oder mittels Einzelvertrag mit einem Telekommunikationsunternehmen versorgt werden möchten. Die Wahlmöglichkeit ist wünschenswert, weil Mieterinnen und Mieter in der Frage der Breitbandversorgung keine homogene Gruppe bilden. Mieterinnen und Mietern, die mit der Versorgung über ihren Vermieter zufrieden sind und keine Veranlassung zu Änderungen sehen, stehen solche gegenüber, die Angebote anderer Anbieter nutzen und wechseln möchten, ohne durch Doppelkosten „sanktioniert“ zu werden. Beiden Interessen ließe sich Rechnung tragen.

Zudem ist im Hinblick auf den angestrebten Netzausbau fraglich, ob die mit einer Abschaffung des § 2 Nr. 15b BetrKV möglicherweise verbundene Schwächung der Rolle der Kabelnetzbetreiber im Wettbewerb sinnvoll ist. Auch die Monopolkommission, die für die Abschaffung des § 2 Nr. 15b BetrKV plädiert, betont die aktive Rolle der Kabelnetzbetreiber beim Ausbau der Netze und hebt hervor, dies erzeuge erheblichen Druck auf Wettbewerber und befördere den Ausbau.⁵⁴ Eine vollständige Abschaffung des § 2 Nr. 15b BetrKV könnte dies gefährden. Eine zeitliche Begrenzung der Umlagemöglichkeit wäre allemal das mildere Mittel.

⁵⁴ Monopolkommission, a.a.O, Rn. 156 ff., S. 83