

Aufsätze

Prof. Dr. Christian Koenig und Carlos D. Cesarano*

Ende der Kundenknebelung bei Telekommunikationsanschlüssen in Mehrfamilienhäusern durch das neue TKG

Die Richtlinie (EU) 2018/1972 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Kommunikationskodex) sieht eine maßgebliche Stärkung der Stellung der Verbraucher vor. Insbesondere die Wahlfreiheit der Verbraucher spielt eine zentrale Rolle für einen wirksamen Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten, denn sie aktiviert die Effizienz- und Innovationstreiber bei den Telekommunikationsanbietern. Doch gerade die Verbraucher in Mehrfamilienhäusern sind häufig im Nebenkostenmietrecht gefangen. In Umsetzung des Kommunikationskodex enthält nun der aktuelle Entwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TKModG-RefE-2020, Stand: 7. August 2020) Neuregelungen, die Bewohnern von Mehrfamilienhäusern sowohl rechtlich als auch faktisch einen freien Anbieterwechsel ermöglichen sollen. Damit wird der Kundenknebelung, die sich aus überkommenen Kooperationen zwischen Vermietern und Kabelnetzbetreibern im Zusammenwirken mit dem Nebenkostenprivileg (§ 2 Nr. 15 lit. b BetrKV) ergab, ein Ende gesetzt. Die geplanten Neuregelungen stellen vor diesem Hintergrund eine zwingend gebotene Umsetzung des Kommunikationskodex dar.

I. Regelungen des TKModG-RefE

Die konkreten Neuregelungen mit Blick auf das Verhältnis von Verbrauchern zu Vermietern¹ sind in § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 (Art. 1 TKModG-RefE-2020²) sowie Art. 14 TKModG-RefE-2020 vorgesehen. Anlass für die Neuregelungen ist der Umstand, dass im Rahmen von Mietverhältnissen Telekommunikationsdienste erbracht werden. In einer solchen Konstellation schließt also der Vermieter mit einem Telekommunikationsunternehmen einen Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten. Diese Telekommunikationsdienste werden dann im Rahmen der Mietverhältnisse an die Mieter weitergereicht. In der Praxis handelt es sich dabei häufig um eine Rundfunkversorgung mit Fernseh- und Radioprogrammen. Immer öfter werden jedoch auch Internet- und Telefondienstleistungen zum Gegenstand von Miet- und Pachtverhältnissen.³

Diese Konstellation erscheint vor allem für die Stellung der Mieter als Verbraucher problematisch. So adressieren die Verbraucherschutzvorschriften der §§ 43a ff. TKG (§§ 49 ff. TKG-RefE-2020) stets Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdiensten, wobei als Anknüpfungspunkt des Verbraucherschutzes das Vertragsverhältnis fungiert. Einziger Vertragspartner der Mieter ist der Vermieter, nicht jedoch das Telekommunikationsunternehmen. Fraglich erscheint somit, ob der Vermieter in dieser Konstellation als Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsdiensten agiert, so dass die Verbraucherrechte im Rahmen des Mietverhältnisses Anwendung finden müssen.⁴ Anderenfalls würden die Mieter als Verbraucher

durch die vorgefundenen Vertrags- und Kooperationsgestaltungen zwischen Vermietern und Telekommunikationsunternehmen vollständig in ihren Verbraucherrechten beschnitten, was vor allem einen freien Anbieterwechsel unmöglich machen würde.

Problematisch erscheint ferner, dass die Vermieter durch das Nebenkostenprivileg (§ 2 Nr. 15 lit. b BetrKV) die monatlichen Grundgebühren von Breitbandanschlüssen, die sie im Verhältnis zum Telekommunikationsunternehmen zu tragen haben, auf die Mieter umlegen können. Selbst wenn also die Verbraucherrechte im Verhältnis der Verbraucher zum Vermieter Anwendung fänden, wäre die Wahlfreiheit der Verbraucher gleichwohl durch die langjährige Kostentragung faktisch gehemmt. Die Verbraucher müssten nach einem Anbieterwechsel die Kosten für zwei Breitbandanschlüsse tragen. Zunächst entstünden den Verbrauchern eigene zusätzliche Kosten im Verhältnis zu dem von ihnen ausgewählten neuen Anbieter. Hinzu treten die Kosten des Anschlusses des Vermieters, der seine Kosten über die Betriebskostenabrechnung auf die Mieter abwälzt. Sofern keine parallele Infrastruktur im Haus vorhanden ist, geht von der einzig vorhandenen und für die Fernsehversorgung genutzten Infrastruktur zudem ein praktisch-wirtschaftlicher Blockadeeffekt aus, so dass der Mieter gehalten wäre, auf eine mobile Breitbandversorgung auszuweichen.

Vor diesem Hintergrund stellen die Neuregelungen des TKModG-RefE-2020 nun klar, dass der Verbraucherschutz auch im Rahmen von Mietverhältnissen, die Telekommunikationsdienste zum Gegenstand haben, Anwendung findet. Darüber hinaus wird das Nebenkostenprivileg aus § 2 Nr. 15 BetrKV gestrichen. Beide Maßnahmen dienen der Umsetzung des hohen Verbraucherschutzniveaus, das den Vorschriften des Kommunikationskodex zugrunde liegt. Zugleich wird ein wirksamer Wettbewerb sichergestellt.

* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

1 Gleiches gilt für Pachtverhältnisse.

2 Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung) und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz) ist mit Stand v. 7.8.2020 abrufbar unter <https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2020/08/TKG-Novelle-August-2020.pdf> [zuletzt abgerufen am 4.10.2020].

3 Zur Vereinfachung der Darstellung wird im Folgenden nur auf den Fall der Rundfunkversorgung Bezug genommen. Die Aussagen lassen sich entsprechend auf die Internet- und Telefondienstleistungen im Rahmen von Miet- und Pachtverhältnissen übertragen.

4 OLG Hamm, Urt. v. 28.5.2020 – Az. I-4 U 82/19; LG Essen, Urt. v. 31.5.2019 – Az. 45 O 72/18.

1. § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020

§ 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 regelt zunächst, dass die Kundenschutzvorschriften gemäß §§ 49 ff. TKG-RefE-2020 in Umsetzung der Endnutzerrechte nach den Art. 98 ff. des Kommunikationskodex entsprechend auf das Vertragsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter anzuwenden sind, soweit im Rahmen des Mietverhältnisses oder im Zusammenhang mit einem solchen öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste angeboten bzw. zur Verfügung gestellt werden. § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 lautet wie folgt:

„Wer im Rahmen eines Miet- oder Pachtvertrages oder im Zusammenhang mit einem Miet- oder Pachtvertrag öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste, bei denen es sich weder um nummernunabhängige interpersonelle Telekommunikationsdienste noch um für die Bereitstellung von Diensten der Maschine-Maschine-Kommunikation genutzte Übertragungsdienste handelt, zur Verfügung stellt, vereinbart, anbietet oder dem Endnutzer im Rahmen des Miet- oder Pachtvertrages oder im Zusammenhang mit einem Miet- oder Pachtvertrag Kosten für solche Dienste in Rechnung stellt, hat sicherzustellen, dass die Vorschriften dieses Teils gegenüber dem Endnutzer eingehalten werden. Endnutzer können entsprechend § 55 Absatz 3 gegenüber ihrem Vermieter oder Verpächter die Beendigung der Inanspruchnahme öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste im Rahmen des Miet- oder Pachtverhältnisses erklären, wenn das Miet- oder Pachtverhältnis bereits 24 Monate oder länger besteht.“

Die vorgesehene Stärkung der vertraglichen Rechte gemäß § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 gewährleistet einen freien Anbieterwechsel sowie eine Wahlfreiheit der Verbraucher. Der freie Anbieterwechsel ist eine Funktionsbedingung des wirksamen Wettbewerbs. Ohne ein entsprechendes Beendigungsrecht drohen Kundenknebelungen. Indem § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 diese vertraglichen Rechte der Verbraucher auch auf Mietverhältnisse erstreckt, die Telekommunikationsdienste zum Gegenstand haben, wird eine Umgehung des Verbraucherschutzes durch vertragliche Gestaltungen verhindert. Diese Zielsetzung der Vorschrift wird auch bei einer Betrachtung der Begründung des TKG-RefE-2020 deutlich:

„Durch Absatz 2 soll sichergestellt werden, dass die Anwendung der Regelungen dieses Teils nicht durch miet- oder pachtvertragliche Konstruktionen umgangen werden kann. Die Regelung des Absatz 2 wurde notwendig, da in jüngerer Zeit Zweifel darüber aufkamen, ob die Versorgung eines Mieters mit Telekommunikationsdiensten im Rahmen eines Mietvertrages in den Anwendungsbereich des TKG fällt (vgl. LG Essen, Urteil vom 31. Mai 2019 – 45 O 72/18). Nach Absatz 2 Satz 2 können sich Mieter und Pächter nun aus der Bereitstellung und Bezahlung solcher im Rahmen des Mietverhältnisses angebotener Dienste mit Monatsfrist lösen, ohne gleichzeitig ihren Miet- oder Pachtvertrag kündigen zu müssen.“⁵

2. Art. 14 TKModG-RefE-2020

In diesem Zusammenhang trägt die Streichung der Umlagefähigkeit von Betriebskosten i. S. d. § 2 Nr. 15 BetrKV durch den Art. 14 des TKModG-RefE-2020 dazu bei, die Verbraucher nicht durch die langjährige Kostentragung von einem Anbieterwechsel abzuschrecken. Der Art. 14 TKModG-RefE-2020 lautet wie folgt:

„Nach § 2 Satz 1 der Betriebskostenverordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346, 2347), die durch

Artikel 4 des Gesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958) geändert worden ist, werden folgende Sätze angefügt:

§ 2 Nummer 15 findet Anwendung auf Anlagen, die vor dem 21. Dezember 2020 in Betrieb gesetzt worden sind. § 2 Nummer 15 tritt am 31. Dezember 2025 außer Kraft.“

Während § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 also die rechtliche Grundlage für einen freien Anbieterwechsel darstellt, wird durch die Abschaffung des Nebenkostenprivilegs die Möglichkeit der Verbraucher zum freien Anbieterwechsel auch faktisch sichergestellt. Zudem verhindert sie die anfängliche Bindung neuer Mieter an einen nicht selbst gewählten Telekommunikationsdienst. Auch diese Umsetzungsmaßnahme dient somit der Stärkung der Wahlfreiheit der Verbraucher, die durch die Ziele des hohen Verbraucherschutzniveaus sowie eines wirksamen Wettbewerbs geboten ist. Diese Zielsetzung des Art. 14 TKModG-RefE-2020 lässt sich der Entwurfsbegründung explizit entnehmen:

„Die Umlagefähigkeit der laufenden monatlichen Grundgebühren für den Breitbandanschluss im Rahmen der Wohnnebenkosten gemäß § 2 Nummer 15 Buchstabe b Betriebskostenverordnung (BetrKV) hemmt die Wahlfreiheit der Verbraucher bei der Auswahl des Telekommunikations- bzw. TV-Dienste-Anbieters erheblich. Im Fall der zwischen den Anbietern eines Breitbandanschlusses und den Vermietern in der Regel langjährig geschlossenen Gestattungsverträgen werden die Mieter dauerhaft an einen einzelnen Anbieter gebunden. Die Regelung stellt nicht nur einen Nachteil für Verbraucher, sondern auch für den Wettbewerb dar. Letzteres hat auch die Monopolkommission wiederholt festgestellt.“⁶

II. Zielsetzung des Kommunikationskodex

Für die Frage nach der Gebotenheit der dargestellten Neuregelungen zur Umsetzung des Kommunikationskodex ist zunächst eine Betrachtung der Zielsetzung des europäischen Rechtsrahmens erforderlich. Die hier relevante Verbraucherschutzvorschrift in Art. 105 des Kommunikationskodex stellt in diesem Zusammenhang einen freien Anbieterwechsel durch eine Stärkung der Verbraucherrechte sicher. Dabei liegt dem Art. 105 des Kommunikationskodex eine duale Zielsetzung zugrunde.

Die Stärkung der Verbraucherrechte gewährleistet nicht nur ein hohes Niveau an Verbraucherschutz, wie es durch die Vorschriften des Kommunikationskodex vorgesehen ist (hierzu sogleich, unter 1.). Auch das unionsrechtliche Postulat des wirksamen Wettbewerbs verlangt eine effektive Möglichkeit des Anbieterwechsels durch die Verbraucher als Marktgegenseite (hierzu unten, unter 2.).

1. Hohes Verbraucherschutzniveau

Zunächst bezweckt Art. 105 des Kommunikationskodex eine maßgebliche Stärkung der Verbraucherrechte im Rahmen von Vertragsverhältnissen über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Bedingungen und Verfahren für die Vertragskündigung nicht davon abschrecken, einen Anbieterwechsel vorzunehmen ...“

Damit wird ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet, wie es durch den Kommunikationskodex anvisiert wird.

⁵ Begründung zum TKModG-RefE-2020 (Fn. 2), S. 217, 313.

⁶ Begründung zum TKModG-RefE-2020 (Fn. 2), S. 217, 409.

Mit Blick auf die Erwägungsgründe des Kodex ist nicht zu verkennen, dass der Verbraucherschutz immer weiter in den Fokus rückt. So statuiert der Erwägungsgrund 257 des Kommunikationskodex ausdrücklich:

„Zur Erreichung eines hohen gemeinsamen Schutzniveaus sollten einige Bestimmungen über die Rechte von Endnutzern mit Blick auf die bewährten Verfahren in den Mitgliedstaaten in dieser Richtlinie angemessen verbessert werden.“

Dabei steht vor allem die Stärkung der Rechte der Verbraucher im Rahmen der vertraglichen Ausgestaltung von Telekommunikationsdiensten im Mittelpunkt. Dies zeigt der Erwägungsgrund 273 des Kommunikationskodex deutlich:

„Damit die Verbraucher in den vollen Genuss der Vorteile eines wettbewerbsorientierten Umfelds kommen, sollten sie in der Lage sein, in voller Sachkenntnis ihre Wahl zu treffen und den Anbieter zu wechseln, wenn dies in ihrem besten Interesse ist. Dabei muss unbedingt dafür gesorgt werden, dass sie davon nicht durch rechtliche, technische oder praktische Hindernisse wie Vertragsbedingungen, Verfahren oder Gebühren abgehalten werden.“

Gestützt wird die hohe Bedeutung des Anbieterwechsels auch durch den Erwägungsgrund 277 des Kommunikationskodex:

„Die Möglichkeit, den Anbieter zu wechseln, ist für einen wirksamen Wettbewerb in einem wettbewerbsorientierten Umfeld von zentraler Bedeutung.“

Damit ist ersichtlich, dass der Kommunikationskodex die Stärkung der Wahlfreiheit der Verbraucher zum zentralen Instrument für die Herbeiführung eines hohen Verbraucherschutzniveaus macht. Die Mitgliedstaaten haben vor diesem Hintergrund den Auftrag, sicherzustellen, dass rechtliche Umgehungen und faktische Hindernisse mit Blick auf den freien Anbieterwechsel ausgeschlossen werden.

2. Wirksamer Wettbewerb

Zudem trägt die Stärkung der Verbraucherrechte gemäß Art. 105 des Kommunikationskodex zu einem wirksamen Wettbewerb bei. Die enge Verknüpfung der Ziele des hohen Verbraucherschutzes sowie des wirksamen Wettbewerbs ergibt sich bereits aus dem Erwägungsgrund 29 des Kodex:

„Mit der Vorabregulierung soll zum Nutzen der Endnutzer ein nachhaltiger und wirksamer Wettbewerb auf den Endkundenmärkten sichergestellt werden.“

Der freie Anbieterwechsel stellt in diesem Zusammenhang eines der maßgeblichen Mittel dar, um einen wirksamen Wettbewerb zu etablieren (Erwägungsgrund [277]). Ein wirksamer Wettbewerb zeichnet sich gerade dadurch aus, dass das – sich permanent erneuernde – Zusammenspiel von Marktstrukturen, Marktverhalten und Marktergebnissen einen dynamischen Prozess eines Leistungswettbewerbs („competition on the merits“) im Hinblick auf die Dienstqualität sowie fortlaufend anzupassende Preise auf der Anbieterseite induziert. Für einen wirksamen Wettbewerb ist somit eine ebenso – nur durch die effektive Möglichkeit des Anbieterwechsels zu erreichende – dynamische Stellung der Nachfrager als Marktgegenseite erforderlich. Erst dieser von den Verbrauchern aufgrund ihres Beendigungsrechts und ihrer – nicht durch Kosten faktisch behinderten – Anbieterwechseloption ausgeübte nachfrageseitige Wettbewerbsdruck auf die Anbieter vermag die erwünschten wohlfahrtsökonomischen Effekte der hohen Dienstqualität, der erschwinglichen Preisbildung sowie der Innovationsfindung hervorzubringen.

Eine Stärkung der Verbraucher als „reale Marktgegenseite“ sichert somit den effizienten Wettbewerb und beugt

Missbrauchspotentialen vor, die sich aus hoher Marktmacht insbesondere aus der Kooperation zwischen großen Wohnungsgesellschaften bzw. den mit ihnen verbundenen Betreiber- und Kabelnetzangebietern andererseits ergeben.

III. Gebotenheit des TKModG-RefE-2020

Ausgehend von dieser Zielsetzung des Kommunikationskodex stellen die Neuregelungen des TKModG-RefE-2020 eine gebotene Umsetzung von Art. 105 des Kommunikationskodex dar. Denn gemäß Art. 288 AEUV sind die verbindlichen Richtlinienziele durch den Umsetzungsgesetzgeber zwingend umzusetzen. Die Verschiedenartigkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen macht es erforderlich, dass die abstrakte und grundsätzlich rechtsordnungsindifferente Richtlinie passgenau in das nationale Rechtssystem eingefügt wird, da nur so die Richtlinie hinreichende praktische Wirksamkeit erlangen kann.

Durch die Stärkung der vertraglichen Rechte der Verbraucher gemäß § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 wird rechtlich ein freier Anbieterwechsel sowie eine Wahlfreiheit der Verbraucher mit Blick auf die Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten gewährleistet (hierzu sogleich, unter 1.). Flankierend verhindert die Abschaffung der Umlagefähigkeit von Betriebskosten gemäß Art. 14 TKModG-RefE-2020 faktische Beschränkungen der Wahlfreiheit durch Abschreckungswirkungen sowie eine anfängliche Festlegung der Telekommunikationsdienste und -anbieter durch den Vermieter (hierzu unten, unter 2.). Die Vorschriften des TKModG-RefE-2020 stellen somit eine optimale Wirkungskraft von Art. 105 des Kommunikationskodex sicher, welche aufgrund der besonderen nationalen Regelung des § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV zuvor nicht erreicht werden konnte. Damit stehen die Anpassungen ganz im Lichte des Kommunikationskodex, indem sie durch die Wahlfreiheit der Verbraucher ein hohes Maß an Verbraucherschutz sowie einen wirksamen Wettbewerb etablieren.

1. § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020: rechtliche Wahlfreiheit

§ 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 verhindert die Umgehung der Vorschriften zum Verbraucherschutz durch die Zwischenschaltung eines Vermieters, der die Leistungen des Telekommunikationsunternehmens an die Mieter erbringt. Für den rechtlichen Schutz der Verbraucher kann es nicht darauf ankommen, ob diese einen Vertrag unmittelbar mit dem Telekommunikationsunternehmen schließen oder aber mit dem Vermieter, der seinerseits einen Vertrag mit dem Telekommunikationsunternehmen abschließt. Es entspricht gerade dem hohen Schutzniveau, das der Kommunikationskodex mit Blick auf die Stellung der Verbraucher zugrunde legt, durch eine praktisch wirksame Umsetzung etwaige Umgehungen mittels vertraglicher Ausgestaltungen zu verhindern, um dem vom EuGH entwickelten und hier an Art. 105 des Kommunikationskodex anzulegenden Auslegungsgrundsatz des „effet utile“ zu genügen. Somit dürfen die Mieter als Verbraucher nicht dadurch in ihren Rechten gemäß Art. 105 des Kommunikationskodex beschnitten werden, dass eine Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste nur im Verhältnis Telekommunikationsunternehmen/Vermieter und nicht im Verhältnis Vermieter/Mieter angenommen wird. Dies würde erhebliche Spielräume zur Kundenknebelung eröffnen, indem die tatsächlichen Verbraucher – die Mieter – von der Ausübung der Rechte gemäß Art. 105 des Kommunikationskodex abgehalten werden.

Vor diesem Hintergrund stellt die Erbringung von Telekommunikationsdiensten im Rahmen von Mietverhältnissen einen Fall von Art. 105 des Kommunikationskodex dar, so dass in

diesem Verhältnis eine Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften zur Gewährleistung einer rechtlichen Wahlfreiheit geboten ist. Der Art. 105 des Kodex erfasst nämlich Verträge zwischen Verbrauchern und Anbietern öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste (Art. 105 Abs. 1 des Kommunikationskodex). Telekommunikationsdienste, die im Rahmen von Mietverhältnissen an die Verbraucher weitergereicht werden, sind dabei als öffentlich zugängliche elektronische Kommunikationsdienste (nachfolgend: öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste) zu qualifizieren (hierzu sogleich, unter a)). Der Vermieter agiert zudem als Anbieter (hierzu unten, unter b)). Ein restriktiveres Begriffsverständnis würde überdies eine unbillige Deregulierung zulasten der Verbraucher herbeiführen (hierzu unten, unter c)).

a) Öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienst

Der Begriff des Telekommunikationsdienstes ist in Art. 2 Nr. 4 des Kommunikationskodex legaldefiniert. Demzufolge sind Telekommunikationsdienste alle gewöhnlich entgeltlich über elektronische Kommunikationsnetze erbrachten Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen bestehen. Hierzu zählen nach Art. 2 Nr. 4 lit. c des Kommunikationskodex u. a. Übertragungsdienste, die für den Rundfunk genutzt werden. Dem Kodex liegt damit ein besonders extensives Begriffsverständnis zugrunde. Die Erbringung einer Rundfunkversorgung stellt somit einen Telekommunikationsdienst gemäß Art. 2 Nr. 4 des Kommunikationskodex dar.

Die öffentliche Zugänglichkeit eines Telekommunikationsdienstes ist im Kommunikationskodex hingegen nicht näher konkretisiert. Insofern lässt sich das herkömmliche Begriffsverständnis heranziehen, das mangels abweichender Vorschriften auch dem Art. 105 des Kodex zugrunde liegt. Demnach ist „ein Dienst für die Öffentlichkeit ein allen Mitgliedern der Öffentlichkeit auf der gleichen Grundlage zugänglicher Dienst“.⁷ Der Öffentlichkeitsbezug ergibt sich somit aus der Zielrichtung des Leistungsangebots: Wenn sich ein Angebot an einen unbestimmten Personenkreis richtet, ist der Dienst als öffentlich zugänglich einzustufen.⁸ Als negatives Abgrenzungskriterium wird häufig der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“ herangezogen. Darunter fallen lediglich solche Dienste, die von der Regulierung auszunehmen sind, da sie nicht im (potentiellen) Wettbewerb erbracht werden.

Die Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit muss vor dem Hintergrund der Zielrichtung des Kommunikationskodex, der einen wirksamen Wettbewerb und Angebotsvielfalt gewährleisten sowie die Interessen der Endnutzer fördern soll (Art. 1 Abs. 2 des Kodex), erfolgen. Eine Umgehung der Wettbewerbsregulierung muss vermieden werden.⁹ Ausgehend von diesem Begriffsverständnis sind die Telekommunikationsdienste im Rahmen von Mietverhältnissen als öffentlich zugänglich einzustufen. So richtet sich der Telekommunikationsdienst an einen unbestimmten Personenkreis (hierzu sogleich, unter aa)). Zudem stellen die Mieter keine geschlossene Benutzergruppe dar (hierzu unten, unter bb)).

aa) Angebot für einen unbestimmten Personenkreis

Verträge über Telekommunikationsdienste, die über die Betriebskosten abgerechnet werden, werden zeitgleich mit dem Mietvertrag geschlossen. Die vertragliche Einigung über die Versorgung des Mieters mit der Rundfunkversorgung ist im jeweiligen Mietvertrag enthalten. Daher erfolgt die Bewerbung des Telekommunikationsdienstes häufig zusammen mit der Beschreibung der Mietsache. Ausschlaggebend für die öffentliche Zugänglichkeit der Telekommunikationsdienste ist demnach die öffentliche Zugänglichkeit der Mietverhältnisse. Das

Leistungsangebot richtet sich nicht an die Personen, die bereits einen Mietvertrag geschlossen haben, sondern an alle potentiellen Mieter. Der gebotene Zeitpunkt der Bewertung der öffentlichen Zugänglichkeit ist somit vor dem Abschluss des Mietvertrages anzusetzen. Demzufolge ist für das Öffentlichkeitskriterium allein ausschlaggebend, ob die konkrete Leistung potentiell durch jedermann wahrgenommen werden kann oder von vornherein auf einen bestimmten Nutzerkreis und eine bestimmte Zwecksetzung der Nutzung beschränkt ist. Indem vor dem Abschluss der Mietverträge keine Einschränkung des Personenkreises erfolgt, sondern vielmehr regelmäßig jedermann als potentieller Mieter und Kunde der, im Rahmen des Mietverhältnisses erbrachten, Rundfunkversorgung in Betracht kommt, liegt ein unbestimmter Personenkreis vor.

Aber selbst, wenn ein Vermieter dazu übergehen würde, lediglich seinen vorhandenen Mietern (nach Abschluss des Mietvertrages) eine Rundfunkversorgung anzubieten, würde sich das Angebot immer noch an einen unbestimmten Personenkreis richten. Entscheidend ist, dass sich ein Angebot an beliebige Personen richtet. Diese Unbestimmtheit oder Beliebigkeit kann nicht schon dadurch ausgeschlossen werden, dass nur einer bestimmten Mehrzahl von Personen – etwa den Mitgliedern eines Verbandes oder Vereins oder nur den Bewohnern eines Stadtviertels – ein Telekommunikationsangebot unterbreitet wird. Denn solche Gruppen lassen sich beliebig definieren und würden eine Umgehung der Wettbewerbsregulierung ermöglichen.¹⁰ An die Unbestimmtheit des Personenkreises sind daher nicht zu hohe Anforderungen zu stellen.

Nur dieses gebotene Verständnis entspricht dem Zweck des Öffentlichkeitskriteriums. Dieses soll sicherstellen, dass die Regulierung insoweit Anwendung findet, wie sie erforderlich ist, um einen effektiven Wettbewerb zu gewährleisten. Eine Regulierung erscheint hingegen nicht erforderlich, sofern es sich um Bereiche handelt, in denen aufgrund einer übergeordneten Zwecksetzung der Nutzung ohnehin kein Wettbewerb auf der Endnutzerebene denkbar ist. Sofern im Grundsatz eine vertragliche Offenheit vorliegt, die einen Wettbewerb ermöglicht, ist ein Telekommunikationsdienst als öffentlich zugänglich zu qualifizieren.

Dieses funktionale Verständnis des unbestimmten Personenkreises entspricht auch dem Normzweck von Art. 105 des Kommunikationskodex. Selbst wenn man annimmt, die Mieter seien begrifflich als geschlossener Personenkreis anzusehen, kann es nicht der Zielsetzung der unionsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften entsprechen, ca. 15 Millionen Verbraucher, die mit einer Rundfunkversorgung ausgestattet werden, von den sektorspezifischen EU-Verbraucherschutzvorschriften auszuklammern. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Mieter in der Wohnungswirtschaft (ca. 6,5 Millionen Verbraucher) oder Bewohner in Wohnungseigentümergeinschaften (ca. 8,5 Millionen Verbraucher) handelt. So sind auch gegenüber einer Wohnungseigentümergeinschaft in der Regel Verbraucherrechte einzuhalten. Ein Eigentümer als Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft kann somit davon ausgehen, dass die Telekommunikationsunternehmen gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft die Verbraucherrechte wahren. Dies gilt unabhängig davon, ob der Eigentümer die Wohnung selbst bewohnt oder diese vermietet.

7 Kommission, Mitteilung über den Stand der Umsetzung der Richtlinie 90/388/EWG über den Wettbewerb auf dem Markt für Telekommunikationsdienste, ABl. EG 1995 C 275, 2, 5.

8 In diesem Sinne OVG Münster, Beschl. v. 1.10.2001 – Az. 13 B 1156/00.

9 Schütz, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 6 Rn. 46.

10 Schütz (Fn. 9), § 6 Rn. 51.

Entsprechend hat der Eigentümer im Falle der Vermietung sodann die Verbraucherrechte im Verhältnis zum Mieter zu wahren. Der vorgelagerte Verbraucherschutz zugunsten der Wohnungseigentümergeinschaft ist somit auf die nachgelagerte Ebene der Vermietung zu übertragen, um einen effektiven Schutz der tatsächlichen Verbraucher zu gewährleisten. Die bloße Zwischenschaltung eines Vermieters kann nicht zu einer Nichtanwendung der Verbraucherschutzvorschriften führen. Dies würde eine unzulässige Umgehung des Unionsrechts darstellen. Das hohe Verbraucherschutzniveau des Kommunikationskodex gebietet somit eine vollumfängliche Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften auf alle Mieter und Bewohner, welche die Telekommunikationsdienste zu privaten Zwecken nutzen.

Vor diesem Hintergrund erscheinen die Mieter als Nutzer von Telekommunikationsdiensten erst recht schutzwürdig, da sie sich den Vermieter nicht wegen der Telekommunikationsdienste aussuchen, sondern vielmehr zur Wahrnehmung von Telekommunikationsdiensten gezwungen werden, um die Wohnung in Anspruch nehmen zu können. Dieser Fall eines aufgedrängten Telekommunikationsdienstes ohne freie Wahlmöglichkeit der Mieter auf erster Stufe („take it or leave it“-Situation) lässt das Bedürfnis nach einem angemessenen Verbraucherschutz umso größer erscheinen.

Hinzu tritt der Umstand, dass die Anwendbarkeit der Kundenschutzvorschriften im Verhältnis Vermieter/Telekommunikationsunternehmen faktisch keinen Verbraucherschutz bewirkt. So mag der Vermieter zwar rechtlich als Vertragspartner und Kunde des Telekommunikationsunternehmens anzusehen sein. Faktisch sind jedoch die Mieter als Verbraucher einzustufen, die einen Schutz durch den Art. 105 des Kommunikationskodex erlangen sollen. Dies entspricht vor allem auch dem Verbraucherbegriff gemäß Art. 2 Nr. 15 des Kodex, da die Mieter in der Vermietungskonstellation die einzigen Akteure sind, welche die Telekommunikationsdienste zu privaten Zwecken nutzen. Die bloße Zwischenschaltung des Vermieters kann nicht tatsächlich zu einer Beschneidung der Verbraucher in ihren Verbraucherschutzrechten führen. Insofern erscheint es nur sachgerecht, die Verbraucherschutzvorschriften auf das Verhältnis Mieter/Vermieter anzuwenden, um das vom Kommunikationskodex anvisierte hohe Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten und dem „effet utile“ des Kodex nachzukommen.

Das Kriterium der Öffentlichkeit ist demgemäß extensiv auszulegen, um einen weitreichenden Verbraucherschutz zu gewährleisten.¹¹ Insgesamt ist damit die Rundfunkversorgung gegenüber Mietern als öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienst einzustufen. So ist der Kreis der potentiellen Mieter/Kunden unbestimmt.

bb) Keine Vergleichbarkeit mit geschlossenen Benutzergruppen

Der Begriff der „geschlossenen Benutzergruppe“, der häufig als negatives Abgrenzungskriterium zum Begriff der „Öffentlichkeit“ verwendet wird, muss vor dem Hintergrund der Zielrichtung des Kommunikationskodex eng ausgelegt werden und erfasst nur solche Gruppen, die einer juristischen Person oder zumindest einer juristischen Einheit zugerechnet werden können.¹² In der Regel handelt es sich um geschlossene Unternehmensnetze.

Geschlossene Unternehmensnetze stellen eine Ausnahmekonstellation dar, in der eine öffentliche Zugänglichkeit eines Telekommunikationsdienstes nicht gegeben ist. Ein Unternehmensnetz zeichnet sich gerade dadurch aus, dass das vorhandene Netz von einer Vielzahl von Endnutzern genutzt wird, die dabei jedoch einen einheitlichen übergeordneten Zweck verfolgen. Das Unternehmensnetz unterliegt folglich

der Zwecksetzung, den Unternehmensgegenstand zu fördern. Dementsprechend handelt es sich typologisch nur um einen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst an das Unternehmen, nicht jedoch an jeden Endnutzer, der das Netz im Rahmen des unternehmerischen Zwecks nutzt. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs der Verbraucherschutzvorschriften erscheint auch mit der Zwecksetzung des Kommunikationskodex vereinbar, da die Endnutzer im Unternehmensnetz keine privaten Zwecke i. S. v. Art. 2 Nr. 15 des Kommunikationskodex verfolgen. Ausschlaggebendes Kriterium ist demnach die Zwecksetzung der Nutzung.¹³

Der vorliegende Fall der Rundfunkversorgung zwischen Vermieter und Mieter ist mit einem solchen Unternehmensnetz nicht vergleichbar. So mangelt es bereits an einer übergeordneten einheitlichen Zwecksetzung der Nutzung des Netzes. Anders als im typischen Unternehmensnetz zeichnet sich die Nutzung des Netzes durch die Mieter als Endnutzer gerade dadurch aus, dass jeder Mieter eigene private Zwecke verfolgt und dabei vollumfänglich selbständig agieren kann. Die Mieter sind somit typische Verbraucher gemäß Art. 2 Nr. 15 des Kommunikationskodex mit eigenständiger Zwecksetzung und nicht mit Personen vergleichbar, die aus unternehmerischen Zwecken ein geschlossenes Unternehmensnetz nutzen.

Schließlich führt auch die Netzebene nicht zu einer abweichenden Bewertung. Ein öffentlicher Telekommunikationsdienst kann grundsätzlich auf jeder Netzebene erbracht werden. Der bloße Umstand, dass es sich bei der Netzebene 4 um die Inhaus-Netze handelt und diese nur von den jeweiligen Bewohnern genutzt werden können, führt nicht dazu, dass es sich um ein nicht öffentliches Netz handelt. Würde man Inhaus-Netze aufgrund dieser Eigenschaft als geschlossene Netze bezeichnen, ließen sich mit dieser Argumentation alle Telekommunikationsdienste, die über die Netzebene 4 notwendigerweise erbracht werden – also jeder leitungsgebundene Internetzugangsdienst und Telefondienst –, als nicht öffentlich zugänglich einstufen. Dies würde zu einer unangemessenen Deregulierung des kompletten leitungsgebundenen Endkundenmarktes führen. Die Netzebene ist also von vornherein kein taugliches Kriterium zur Bewertung der öffentlichen Zugänglichkeit eines Telekommunikationsdienstes.

b) Anbieter von Telekommunikationsdiensten

Der Vermieter ist zudem als Anbieter von Telekommunikationsdiensten gemäß Art. 105 Abs. 1 des Kommunikationskodex zu qualifizieren.¹⁴ Die praktische Wirksamkeit des Kodex erfordert insofern ein funktionales Verständnis des Anbieterbegriffs. Das Telekommunikationsrecht als sektorspezifisches Wettbewerbsrecht folgt den Axiomen des vom „more economic approach“¹⁵ geprägten europäischen allgemeinen Wettbewerbsrechts, insbesondere der Marktmachtmissbrauchskontrolle (Art. 102 AEUV). Ausschlaggebend sind demzufolge allein die Wirkungen im Wettbewerb. Dies zeichnet sich deutlich am funktionalen Unternehmensbegriff ab, der dem gesamten europäischen Wettbewerbsrecht zugrunde liegt.¹⁶ Im Telekommunikationssektor tritt nun der Anbieter begrifflich an die Stelle des Unternehmens. Dies ändert jedoch nichts an der funktional identischen Stellung im Wettbewerb. Die Grundsätze des funktionalen Unternehmensbegriffs

11 LG Essen, Urt. v. 31.5.2019 – Az. 45 O 72/18, S. 11; *Schadow*, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. A., 2018, vor § 43a Rn. 14.

12 *Schütz* (Fn. 9), § 6 Rn. 46 ff.

13 *Schütz* (Fn. 9), § 6 Rn. 51 f.

14 *Busch/Riewerts*, K&R 2017, 769, 773.

15 *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 11. A., 2018, Rn. 1145.

16 EuGH, ECLI:EU:C:1991:161, Rn. 21 (Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90) – *Höfner und Elser*.

lassen sich somit entsprechend auf den Anbieterbegriff übertragen.

aa) Wortlaut der Richtlinie

Das funktionale Verständnis des Anbieterbegriffes ist bereits im englischen Wortlaut der Richtlinie angelegt (Art. 105 Abs. 1 des Kommunikationskodex). Der dort verwendete Begriff „provider“ ist das Substantiv des Verbs „provide“, das in der ordnungsgemäßen Übersetzung die Aspekte des „Zurverfügungstellens“, „Anbietens“, „Versorgens“ sowie „Leistens“ umfasst. Bereits der englische Wortlaut zeigt somit das extensive Begriffsverständnis.

bb) Systematik und Telos der Richtlinie

Zudem sprechen gewichtige systematische sowie teleologische Erwägungen für ein funktionales Begriffsverständnis. Der Art. 105 des Kommunikationskodex gliedert sich systematisch in den Normenkomplex der Endnutzerrechte gemäß Art. 98 ff. des Kodex ein. Bei diesen Endnutzerrechten handelt es sich bereits typologisch stets um vertragliche Rechte der Endnutzer gegenüber den Anbietern von Telekommunikationsdiensten als Vertragspartner. So sieht Art. 99 des Kommunikationskodex den Grundsatz der Nichtdiskriminierung mit Blick auf die vertraglichen Bedingungen vor, während Art. 102 besondere Informationspflichten für Verträge etabliert. Der Art. 105 des Kodex gliedert sich in diese vertragsspezifische Besserstellung der Endnutzer ein, indem besondere Rechte mit Blick auf die Vertragslaufzeit und -kündigung etabliert werden.

Dieser vertragsbezogene Ansatz des Verbraucherschutzes wird auch in den Erwägungsgründen des Kommunikationskodex ersichtlich. Die Stärkung der Position der Verbraucher und das damit verfolgte Ziel eines hohen Maßes an Verbraucherschutz soll primär durch horizontale Vertragsregeln erfolgen. Die zentrale Stellung der Verträge wird in Erwägungsgrund 258 deutlich:

„Verträge sind für Endnutzer ein wichtiges Mittel, das Informationstransparenz und Rechtssicherheit gewährleistet. In einem wettbewerblichen Umfeld werden die meisten Diensteanbieter Verträge mit ihren Kunden schließen, weil dies aus wirtschaftlichen Gründen wünschenswert ist.“

Die hohe Bedeutung des Anbieterwechsels wird in diesem Zusammenhang bei Betrachtung der Erwägungsgründe 273 und 277 ersichtlich. Insgesamt zielt also der Kommunikationskodex darauf ab, ein hohes Maß an Verbraucherschutz durch eine Einführung besonderer Vertragsrechte der Verbraucher zu gewährleisten.

Eben diese systematischen und teleologischen Erwägungen sprechen für ein funktionales und vertragsspezifisches Verständnis des Anbieterbegriffes. Um die Verbraucher nicht in ihren vertraglichen Rechten zu beschneiden, muss als Anbieter von Telekommunikationsdiensten i. S. v. Art. 105 des Kommunikationskodex folglich der Vertragspartner gelten, der Partei des Vertrages ist, auf dessen Grundlage der gegenständliche Telekommunikationsdienst zur Verfügung gestellt wird. Nur so lässt sich ein hohes Maß an Verbraucherschutz durch vertragliche Rechte gewährleisten. Würde man den Begriff hingegen restriktiver auslegen, so ließen sich die besonderen Vertragsrechte des Kommunikationskodex durch raffinierte vertragliche Gestaltungen (so wie im vorliegenden Fall der Zwischenschaltung eines Vermieters) umgehen. Damit einher geht wiederum die erhebliche Gefahr der Kundennebelung, indem die Vermieter in Kooperation mit spezifischen Telekommunikationsunternehmen sicherstellen, dass nur deren Leistungen in Anspruch genommen werden können.

cc) Rechtsprechung des EuGH

Ein solches vertragsspezifisches funktionales Begriffsverständnis, nach dem es für die Anbietereigenschaft allein darauf ankommt, dass die Zurverfügungstellung des Telekommunikationsdienstes vertraglich geschuldet ist, lässt sich auch der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „UPC DTH“ entnehmen:

„In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass der Umstand, dass die Übertragung des Signals über eine Infrastruktur erfolgt, die nicht der UPC gehört, für die Einordnung der Art der Dienstleistung unerheblich ist. Es kommt nämlich nur darauf an, dass die UPC gegenüber den Endnutzern für die Übertragung des Signals, die diesen die Bereitstellung des Dienstes, den sie abonniert haben, gewährleistet, verantwortlich ist.“¹⁷

Dabei hat der EuGH auch klargestellt, dass die regulatorischen Vorgaben nicht durch eine restriktive Auslegung der unionsrechtlichen Vorgaben vereitelt werden dürfen:

„Jede andere Auslegung würde die Tragweite des [neuen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsdienste] beträchtlich verringern, die praktische Wirksamkeit seiner Vorschriften beeinträchtigen und damit die Verwirklichung der Ziele, die er verfolgt, vereiteln. Da das eigentliche Ziel des [Rechtsrahmens], wie aus dem fünften Erwägungsgrund der Richtlinie 2009/140 hervorgeht, die Schaffung eines wirklichen Binnenmarkts für die elektronische Kommunikation ist, in dessen Rahmen diese letztendlich nur durch das Wettbewerbsrecht geregelt werden soll, würde der Ausschluss der Tätigkeiten eines Unternehmens wie der UPC von seinem Anwendungsbereich unter dem Vorwand, dass dieses nicht Eigentümer der Satelliteninfrastruktur sei, die die Übertragung der Signale erlaube, diesen Rahmen nämlich eines wesentlichen Teils seiner Bedeutung berauben ...“¹⁸

Dieses Verbot der Umgehung der regulatorischen Vorgaben wurde durch die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „SkypeOut“ nochmals mit Blick auf vertragliche Gestaltungen zur Umgehung bestätigt:

„Würde man nämlich annehmen, dass sich der Anbieter einer Dienstleistung, die inhaltlich der Einstufung als ‚elektronischem Kommunikationsdienst‘ unterfällt, dem Anwendungsbereich der Rahmenrichtlinie entziehen könnte, indem er in seinen allgemeinen Vertragsbedingungen eine Klausel aufnimmt, die ihn von jeder Haftung befreit, würde man den neuen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsdienste, dessen Ziel in der Schaffung eines wirklichen Binnenmarkts für die elektronische Kommunikation besteht, in dessen Rahmen diese letztendlich nur durch das Wettbewerbsrecht geregelt werden soll, vollständig seiner Bedeutung berauben ...“¹⁹

Zwar zielen die dargelegten Entscheidungen des EuGH nicht direkt auf eine vorliegende Vermieterkonstellation ab. Die Aussagen lassen sich jedoch dahingehend abstrahieren, dass es für die Anbietereigenschaft und die damit einhergehende Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf eine Vertragsbeziehung ankommt, kraft derer der Anbieter zur Zurverfügungstellung der Telekommunikationsdienste

17 EuGH, ECLI:EU:C:2014:285, Rn. 43 f. (Urt. v. 30.4.2014 – Rs. C-475/12) – *UPC DTH*.

18 EuGH, ECLI:EU:C:2014:285, Rn. 44 (Urt. v. 30.4.2014 – Rs. C-475/12) – *UPC DTH*.

19 EuGH, N&R 2019, 235, 237 = ECLI:EU:C:2019:460, Rn. 45 (Urt. v. 5.6.2019 – Rs. C-142/18) – *SkypeOut*; siehe auch EuGH, N&R 2019, 238 = ECLI:EU:C:2019:498, Rn. 32 (Urt. v. 13.6.2019 – Rs. C-193/18) – *Gmail*.

verpflichtet ist. Diesen Verbraucherschutzvorschriften soll sich der Anbieter zudem nicht durch etwaige Umgehungs-konstellationen entziehen können.

dd) Funktionaler Anbieterbegriff

Im Sinne des hohen Verbraucherschutz-niveaus ist somit als Anbieter von Telekommunikationsdiensten gemäß Art. 105 des Kommunikationskodex die Person anzusehen, die durch ein Vertragsverhältnis, auf dessen Grundlage der Telekommunikationsdienst erbracht wird, eine unmittelbare Verbindung zum Verbraucher aufweist (funktionaler Anbieterbegriff). Der Vertrag über die Erbringung von Telekommunikationsdiensten, auf den sich die besonderen Rechte nach Art. 105 des Kodex beziehen, wird somit zum Anknüpfungspunkt für die Anbiereigenschaft. Nur so lässt sich die vertragliche Besserstellung der Verbraucher, die durch den Kommunikationskodex anvisiert wird, vollumfänglich realisieren.²⁰ Sofern ein Vermieter eine Wohnung inkl. Rundfunkversorgung vermietet, ist er gegenüber seinen Mietern auch hinsichtlich der Telekommunikationsdienstleistung aus dem Mietvertrag leistungspflichtig.

Das Geschäftsmodell des Vermieters unterscheidet sich hinsichtlich seiner Anbiereigenschaft insofern auch nicht vom Geschäftsmodell eines klassischen Weiterverkäufers („Resellers“), da er den Verbrauchern als Endnutzern vollumfängliche Telekommunikationsanschlüsse zur dauerhaften Nutzung (und freien Verfügung) gegen ein Entgelt überlässt.

Würde man hingegen den Anbieterbegriff unbillig restriktiv auslegen, wäre in einer Vielzahl der Fälle (ca. 15 Millionen betroffene Verbraucher) der vertragliche Verbraucherschutz vollkommen ausgeschaltet. Es käme zu einem unzumutbaren Zustand, indem eine große Anzahl von Verbrauchern ihre Verbraucherschutzrechte mangels tauglichen Vertragspartners nicht wahrnehmen könnten.

c) Unbillige Deregulierung bei restriktivem Begriffsverständnis

Die Gebotenheit eines solchen extensiven und funktionalen Begriffsverständnisses sowohl mit Blick auf das Öffentlichkeitskriterium (oben, unter a)) als auch bezüglich der Anbiereigenschaft (oben, unter b)) zeigt sich schließlich auch deutlich an dem Umstand, dass es bei einem restriktiveren Begriffsverständnis zu einem Zustand käme, in dem zahlreiche verbraucherschützende Normen bei Mietern keine Anwendung finden könnten.

Exemplarisch lassen sich folgende Vorschriften nennen, die neben dem § 54 TKG-RefE-2020 unanwendbar würden, da sie allesamt nur auf Anbieter öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste Anwendung finden:

- die Pflicht, Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen zu berücksichtigen (§ 49 Abs. 2 TKG-RefE-2020),
- das Recht auf Informationen vor Vertragsabschluss und im Vertrag (§§ 52, 53 TKG-RefE-2020),
- das Recht auf Entstörung (§ 56 TKG-RefE-2020),
- das Schutzrecht vor Sperrungen im Falle des Zahlungsverzuges (§ 59 Abs. 4 TKG-RefE-2020),
- das Recht zur Einleitung eines Schlichtungsverfahrens (§ 66 TKG-RefE-2020).

Vor dem Hintergrund, dass Vermieter in den vorliegenden Fällen die einzige vertragliche Gegenpartei der Mieter mit Blick auf die im Rahmen des Mietvertrags enthaltenen Telekommunikationsdienste sind, würden vor allem die besonderen Informationsvorschriften der §§ 52, 53 TKG-RefE-2020 vollkommen umgangen. Ein restriktiveres Begriffsverständnis würde zu dem Ergebnis führen, dass die Mieter durch die bloße Zwischenschaltung des Vermieters gar keine Informationen

erhalten. Dies erscheint gerade mit Blick auf die Zielsetzung des Kommunikationskodex unzumutbar.

Auch die Unanwendbarkeit des § 49 TKG-RefE-2020, vor allem im Hinblick auf die Pflicht, Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung zu berücksichtigen (§ 49 Abs. 2 TKG-RefE-2020), erscheint vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Kommunikationskodex untragbar. Der Stellenwert der Berücksichtigung der besonderen Belange von Menschen mit Behinderung wird im Kommunikationskodex an zahlreichen Stellen ersichtlich und ist in der aktuellen Entwicklung maßgeblich in den Vordergrund gerückt (exemplarisch Erwägungsgründe 9, 14, 153, 214, 219, 226, 271 des Kodex).

2. Art. 14 TKModG-RefE-2020: faktische Wahlfreiheit

Art. 14 TKModG-RefE-2020 trägt faktisch zur Anbieterwahl-freiheit bei. Zum einen kann der Vermieter künftig nicht mehr darüber bestimmen, welchen Telekommunikationsdienst seine Mieter anfänglich in Anspruch nehmen müssen. Eine anfängliche Bindung an einen Anbieter oder Dienst bei Neueinzug entfällt nach Ablauf der Übergangsfrist. Zum anderen wird die Abschreckungswirkung, die von der Umlagefähigkeit von Betriebskosten gemäß § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV ausgeht, vermieden. Eine derartige Abschreckungswirkung folgt aus der doppelten Kostentragung, der die Verbraucher bei einem Anbieterwechsel ausgesetzt wären. Indem das Nebenkostenprivileg i. S. d. § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV dem Vermieter die Umlegung der monatlichen Grundgebühren von Breitbandanschlüssen auf die Mieter ermöglicht, hätten die Mieter nach einem Anbieterwechsel fortan sowohl die eigenen Kosten gegenüber dem selbst gewählten Telekommunikationsunternehmen als auch die Kosten des Vermieters über die Nebenkostenabrechnung zu tragen. Damit hemmt das Nebenkostenprivileg die Wahlfreiheit der Verbraucher faktisch.²¹ Die Verbraucher werden vielmehr langfristig an einen Anbieter gebunden, den sie nicht frei gewählt haben.

Dass die Wahlfreiheit der Verbraucher i. S. v. Art. 105 des Kommunikationskodex nicht bloß rechtlich, sondern vor allem auch faktisch zu gewährleisten ist, ist ausdrücklich im Erwägungsgrund 273 des Kodex vorgesehen. Bei der Umsetzung des freien Anbieterwechsels zugunsten der Verbraucher muss demnach „unbedingt dafür gesorgt werden, dass sie davon nicht durch rechtliche, technische oder praktische Hindernisse wie Vertragsbedingungen, Verfahren oder Gebühren abgehalten werden“. Demzufolge gebietet der europäische Rechtsrahmen die Abschaffung jeglicher Hindernisse, welche die rechtliche Wahlfreiheit der Verbraucher hemmen. Dazu gehört auch eine langjährige umgelegte Kostentragung auf Grundlage von Vertragsverhältnissen zwischen Vermietern und Telekommunikationsunternehmen, die der Disposition der Mieter vollständig entzogen sind.

Art. 14 TKModG-RefE-2020 flankiert somit die Neuregelung des § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020, indem durch die Abschaffung des Nebenkostenprivilegs neben der rechtlichen Wahlfreiheit auch eine faktische sowie anfängliche Wahlfreiheit sichergestellt wird. Würden die Verbraucher hingegen aufgrund der langjährigen Kostentragung von der Wahrnehmung der Rechte aus § 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 abgehalten, käme dem Art. 105 des Kommunikationskodex in der Umsetzung keine optimale Wirkungskraft zu. Damit ist Art. 14 TKModG-RefE-2020 eine gebotene Maßnahme zur Umsetzung von Art. 105 des Kodex.

Zudem wird gewährleistet, dass die vorhandene Kabelinfrastruktur auch von anderen Anbietern genutzt werden kann. So

20 Busch/Riewerts, K&R 2017, 769, 773.

21 Busch/Riewerts, K&R 2017, 769.

folgt nämlich aus der wirtschaftlichen Abschreckung der Verbraucher auch ein praktischer Blockadeeffekt zulasten anderer Anbieter, der den Wettbewerb erheblich verzerrt. Die Kabelinfrastruktur durch eine faktische Zwangsabnahme für andere Anbieter zu blockieren ist somit nicht mit dem Ziel eines wirksamen Wettbewerbs vereinbar.

Durch Art. 14 TKModG-RefE-2020 wird folglich eine vollumfängliche Wahlfreiheit der Verbraucher gesichert. Diese Wahlfreiheit fördert zudem den Wettbewerb, so dass der Abschaffung des Nebenkostenprivilegs eine duale Förderlichkeit sowohl mit Blick auf den Verbraucherschutz als auch mit Blick auf den wirksamen Wettbewerb zukommt.

IV. Fazit

Vor dem Hintergrund der Zielsetzungen des Kommunikationskodex handelt es sich bei den im TKModG-RefE-2020 vorgesehenen Regelungen zur Stärkung der Wahlfreiheit der

Verbraucher um zwingend gebotene Umsetzungsmaßnahmen. Sowohl das Ziel des hohen Verbraucherschutzniveaus als auch das unionsrechtliche Postulat des wirksamen Wettbewerbs gebieten eine Stellung der Verbraucher, die einen freien Anbieterwechsel rechtlich und faktisch ermöglicht (Art. 105 des Kodex).

§ 68 Abs. 2 TKG-RefE-2020 stellt in diesem Zusammenhang die rechtliche Grundlage für eine Wahlfreiheit der Verbraucher in Mietverhältnissen dar. Damit handelt es sich um eine erforderliche Umsetzungsmaßnahme, um eine Umgehung der Verbraucherrechte durch Vertrags- und Kooperationsgestaltungen zu verhindern (Art. 105 des Kodex).

Flankierend schafft Art. 14 TKModG-RefE-2020 faktische Hemmnisse der Wahlfreiheit der Verbraucher ab, die aus einer langjährigen Kostentragung in Folge des Nebenkostenprivilegs gemäß § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV resultieren.