

N&R

Netzwirtschaften & Recht

Energie, Telekommunikation,
Verkehr und andere Netzwirtschaften

1/2022

S. 1 – 64

19. Jahrgang

Herausgegeben von
Achim Berg
Wilhelm Eschweiler
Peter Franke
Andrees Gentzsch
Martin Henke
Jochen Homann
Alexander Kirschall
Wolfgang Kopf
Stephan Korehnke
Matthias Kurth
Jochen Mohr
Andreas Mundt
Birgit Ortlieb
Stefan Richter
Franz Jürgen Säcker
Christian Seyfert
Geschäftsführender
Herausgeber
Christian Koenig
Schriftleitung
Institut für das Recht
der Netzwirtschaften,
Informations- und
Kommunikations-
technologie (IRNIK)
www.nundr.net

- | | | |
|---|---|----|
| ■ | <i>Cara Schwarz-Schilling</i>
Neues TKG in Kraft: Was steht an? | 1 |
| ■ | <i>Robert Klotz/Michael Hofmann</i>
Entwicklungen des Unionsrechts
in den Netzwirtschaften im Jahr 2021 | 2 |
| ■ | <i>Knut Werner Lange/Nora Hofmann</i>
Nutzung von Flexibilitätspotentialen
auf Verteilernetzebene nach der Reform
des EnWG vom Juli 2021 | 13 |
| ■ | <i>Lorenz Nett/Bernd Sörries/Konrad Zoz</i>
Eine anreizökonomische Analyse
des neuen Universaldienstregimes zur Versorgung
mit schnellem Internet in Deutschland | 19 |
| ■ | <i>Valentine Lemonnier/Axel Kallmayer</i>
Wassergebühren ohne Missbrauchskontrolle –
kann das gutgehen? | 28 |
| ■ | <i>Christoph Enaux/Lucas Wüsthof</i>
Anmerkung zum Urteil des BGH
vom 18. November 2021 – Az. I ZR 106/20 | 43 |
| ■ | <i>Sebastian Louven</i>
Anmerkung zum Beschluss des OLG Düsseldorf
vom 22. September 2021 – Az. VI-Kart 5/20 (V) | 59 |
| ■ | <i>Marc Schütze</i>
Zu guter Letzt ... quo vadis
Telekommunikationsregulierung? | 63 |

Dr. Christoph Enaux und Dr. Lucas Wüsthof*

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18. November 2021 – Az. I ZR 106/20

I. Problem

Das Urteil steht im Kontext der Diskussionen über die – von ihren Gegnern auch als „Nebenkostenprivileg“ bezeichnete – betriebskostenrechtliche Umlagefähigkeit der Entgelte für den Kabel-TV-Anschluss. Bei diesem Versorgungsmodell schließt der Vermieter eines Mehrfamilienhauses mit einem Telekommunikationsnetzbetreiber – in der Regel einem Kabelnetzbetreiber – einen Vertrag über den Anschluss sämtlicher Wohneinheiten an ein Telekommunikations(fest)netz sowie über die Fernsehversorgung dieser Wohneinheiten. Der Vermieter legt die vom Netzbetreiber hierfür in Rechnung gestellten Entgelte über die Betriebskosten auf alle Mieter um. Rechtliche Grundlage hierfür ist bislang § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV, der die Umlage der laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandanschlüsse als Betriebskosten ermöglicht.¹ Neben der zentral gegenüber dem Vermieter abgerechneten und als Betriebskosten umgelegten Fernsehversorgung ist der Netzbetreiber in der Regel auch berechtigt, über das Kabelnetz auf Basis von direkt mit den Mietern abgeschlossenen Einzelverträgen Internet- und Telefonangebote zu erbringen. Während dieses Modell aus Sicht der Wohnungswirtschaft eine kostengünstige flächendeckende Fernsehversorgung aller Mieter und zudem den Ausbau und die Modernisierung von Koaxialkabel- und Glasfasernetzen ermöglicht, verhindert es nach Auffassung seiner Kritiker – zu denen insbesondere die Deutsche Telekom AG (DTAG) zählt – den Wettbewerb.

Parallel zu den politischen Auseinandersetzungen im Rahmen der TKG-Novelle, die zur Abschaffung der Umlagefähigkeit mit Wirkung ab dem 1. Juli 2024 führten, verfolgte das Klageverfahren das Ziel, auch unabhängig von der TKG-Novelle eine Möglichkeit für Mieter zu schaffen, die Bereitstellung des Kabel-TV-Anschlusses im Rahmen des Mietvertrags individuell kündigen zu können. Die Wettbewerbszentrale hatte die Beklagte – eine große deutsche Wohnungsbaugesellschaft – in einem Musterverfahren auf Unterlassung verklagt, Mietverträge abzuschließen, die Mietern keine Möglichkeit bieten, den Kabel-TV-Anschluss separat zu kündigen, wenn der Mietvertrag bereits seit mindestens 24 Monaten besteht. Zur Begründung stützte sich die Klägerin auf eine von Regulierungsjuristen der DTAG entwickelte Argumentation,² nach der (1.) ein Vermieter, der einen Kabel-TV-Anschluss im Rahmen der Miete bereitstellt und die Kosten hierfür über die Betriebskosten umlegt, als Anbieter eines öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes anzusehen sei und (2.) Mieter in diesem Fall nach § 43b S. 1 TKG 2012 – der für Telekommunikationsverträge eine maximal zweijährige Mindestlaufzeit vorsieht – das Recht hätten, den Kabel-TV-Anschluss separat vom Mietvertrag zu kündigen, wenn der Mietvertrag mindestens 24 Monate bestanden habe. In einem weiteren Unterlassungsantrag wollte die Wettbewerbszentrale durchsetzen, dass die Beklagte verpflichtet ist, Mietern auf Basis von § 43b S. 2 TKG 2012 auch einen Mietvertrag anzubieten, bei dem der Kabel-TV-Anschluss bereits nach 12 Monaten separat kündbar ist.

Nachdem die Vorinstanzen die Klage der Wettbewerbszentrale mit unterschiedlichen Begründungen abgewiesen hatten,³ wies auch der BGH die Revision zurück.

II. Entscheidung

Der BGH verweist darauf, dass die Klage ausschließlich auf Grundlage der bisherigen Rechtslage, d. h. des TKG in der Fassung der TKG-Novelle 2012, zu entscheiden war (Rn. 22). Das Urteil hat daher in erster Linie historische Bedeutung, wirft aber auch einige Fragen auf, die für die Rechtslage nach Inkrafttreten des neuen TKG am 1. Dezember 2021 Bedeutung haben.

1. Wesentliche Erwägungen des BGH

a) Kabel-TV-Anschluss als Telekommunikationsdienst

Zur Begründung, dass es sich beim Kabel-TV-Anschluss um einen Telekommunikationsdienst i. S. v. § 43b S. 1 TKG 2012 handelt, verweist der BGH neben den EU-Vorgaben auf die Definition in § 3 Nr. 24 TKG 2004, wonach es sich um einen in der Regel gegen Entgelt erbrachten Dienst handeln muss, der ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze besteht.

Die Entgeltlichkeit dieses Dienstes bejaht der BGH sowohl im Hinblick auf die Entgelte, die der Vermieter dem signalliefernden Netzbetreiber zahlt, als auch im Hinblick auf die Umlage dieser Entgelte auf die Mieter im Rahmen der Betriebskostenabrechnung (Rn. 43).

Während die Vorinstanz noch in Frage gestellt hatte, ob das Merkmal der „ganz oder überwiegenden“ Signalübertragung gegeben sei, weil es sich bei der Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses im Rahmen eines Mietvertrags nur um eine mietvertragliche Nebenpflicht handle, kommt es aus Sicht des BGH für dieses Merkmal nur auf den Kabel-TV-Anschluss selbst, nicht aber seine Verbindung mit anderen mietvertraglichen Leistungen an (Rn. 45 ff.).

b) Beklagte als Anbieterin des Telekommunikationsdienstes

Nach Ansicht des BGH ist die Beklagte gegenüber ihren Mietern auch Anbieterin des Kabel-TV-Anschlusses. Zur Begründung geht der BGH ausschließlich auf die Frage ein, ob die Vermieterin auch ohne eigene Netzinfrastruktur Anbieterin des Kabel-TV-Anschlusses sein könne, was unter Verweis auf das Urteil „UPC DTH“ des EuGH⁴ bejaht wird. Dort stellte der EuGH fest, dass ein Anbieter, der Endkunden eine entgeltliche Freischaltung per Satellit übertragener Fernsehprogramme anbietet, auch dann Telekommunikationsdiensteanbieter ist, wenn die eigentliche Signalübertragung durch ein anderes Unternehmen erfolgt. Aus Sicht des BGH folgt aus dieser Entscheidung, dass derjenige als Diensteanbieter zu qualifizieren sei, der gegenüber den Endnutzern für die Übertragung des Signals verantwortlich sei, was bei der Beklagten als Vermieterin der Fall sei (Rn. 49 f.).

* Die Autoren waren auf Seiten der Beklagten in allen drei Instanzen am Verfahren beteiligt.

1 Der Begriff „Breitbandanschlüsse“ stellt klar, dass § 2 Nr. 15 lit. b BetrKV technologieneutral zu verstehen ist und sich auf alle festnetz-basierten Anschlusstechnologien bezieht. Das BGH-Verfahren betrifft über Koaxialkabelnetze bereitgestellte Fernsehanschlüsse, für die der BGH den Begriff „Kabel-TV-Anschluss“ verwendet. Diese Terminologie wird im Folgenden beibehalten.

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

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

4 EuGH, ECLI:EU:C:2014:285 (Urt. v. 30.4.2014 – Rs. C-475/12).

c) Öffentliche Zugänglichkeit

Die Vorinstanz hatte die Klageabweisung darauf gestützt, dass es sich beim Kabel-TV-Anschluss um keinen öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst handle, da dieser nur Mietern der Beklagten zur Verfügung stehe. Der BGH lehnt dieses Argument ab. Es komme darauf an, ob der Kabel-TV-Anschluss einem unbestimmten Personenkreis zugänglich sei. Dies sei erfüllt, da sich das Wohnungsangebot der Beklagten an jedermann richte und die Kabel-TV-Anschlüsse in den über 100 000 Wohnungen der Beklagten von einer Personenanzahl genutzt würden, die der Einwohnerzahl einer deutschen Großstadt entspreche. Jedenfalls bei einer solchen Größenordnung der Nutzer müsse das Angebot als öffentlich zugänglich angesehen werden (Rn. 58).

d) Keine Vereinbarung einer Mindestlaufzeit in den Mietverträgen

Der BGH kommt insofern zum Ergebnis, dass § 43b TKG 2012 auf das Verhältnis zwischen der Beklagten und ihren Mietern grundsätzlich anwendbar sei. Allerdings liegt aus Sicht des BGH kein Verstoß gegen § 43b S. 1 TKG 2012 vor, da diese Vorschrift nur bei Vereinbarung einer Mindestlaufzeit greife, die Mietverträge der Beklagten aber auf unbestimmte Zeit geschlossen seien. Jeder Mieter der Beklagten könne daher die Inanspruchnahme des Kabel-TV-Anschlusses auch vor Ablauf von zwei Jahren durch Kündigung des Mietvertrags beenden (§ 573c Abs. 1 S. 1 BGB) (Rn. 62 ff.).

e) Keine analoge Anwendung von § 43b TKG 2012

Eine analoge Anwendung des Rechtsgedankens aus § 43b TKG 2012 auf das Mietverhältnis lehnt der BGH aus zwei Gründen ab (Rn. 66 f.):

Zum einen habe der Gesetzgeber bei der Einführung des § 43b TKG 2012 nicht nur den Kundenschutz in der Telekommunikation, sondern mit einer Änderung der BetrKV im gleichen Gesetz auch das mierechtliche Umlageverhältnis geregelt, so dass keine planwidrige Regelungslücke vorliege.

Zum anderen habe der Gesetzgeber im neuen TKG in § 71 Abs. 2 S. 3 zwar ein dem Unterlassungsanspruch entsprechendes Abwahl- bzw. „Opt-out“-Recht für Mieter eingeführt. Dieses sei nach der Übergangsvorschrift des § 230 Abs. 4 TKG aber bis zum 30. Juni 2024 nicht anzuwenden, sofern das Entgelt für den Telekommunikationsdienst als Betriebskosten umgelegt werde. Der Gesetzgeber habe damit klar zu erkennen gegeben, dass Mietern ein entsprechendes Recht zur separaten Beendigung des Kabel-TV-Anschlusses erst ab dem 1. Juli 2024 zur Verfügung stehen solle.

2. Rechtliche Bewertung

Auch wenn das Urteil des BGH im Ergebnis zu begrüßen ist,⁵ begegnet die rechtliche Begründung erheblichen Zweifeln.

a) Verknüpfung mieter- und betriebskostenrechtlicher Besonderheiten

Mit der ohne weitere Ausführungen vorgetragenen Ansicht, die Beklagte sei Anbieterin eines Telekommunikationsdienstes gegenüber ihren Mietern, ignoriert der BGH, dass die Bereitstellung des Kabel-TV-Anschlusses nicht auf Basis eines separaten Vertrags zwischen Vermieter und Mieter über eine Telekommunikationsdienstleistung, sondern vielmehr im Rahmen und als Bestandteil des Mietvertrags erfolgt. Der BGH erkennt, dass der Kabel-TV-Anschluss ein Ausstattungsmerkmal der Wohnung ist und dem Mieter als mietervertragliche Leistung – und nicht als Telekommunikationsdienst – zur Verfügung gestellt wird. Das führt zu zahlreichen mierechtlichen Besonderheiten, auf die der BGH an keiner Stelle eingeht. Beispielhaft seien nur erwähnt:

- Anders als ein Telekommunikationsdiensteanbieter darf ein Vermieter die Entgelte für den Kabel-TV-Anschluss nicht

selbst festlegen und auch keinen Gewinn damit erzielen. Betriebskostenrechtlich dürfen nur die tatsächlich entstandenen Kosten – d. h. die dem Vermieter vom Netzbetreiber in Rechnung gestellten Entgelte – ohne Aufschlag umgelegt werden.

- Bei Ausfall des Kabel-TV-Anschlusses hat der Mieter ein mierechtliches Minderungsrecht (§ 536 BGB), das nach der Rechtsprechung auf die Gesamtmiete und nicht nur auf die anteiligen Kosten für den Kabel-TV-Anschluss berechnet wird.
- Die Betriebskosten für den Kabel-TV-Anschluss werden bei Transferleistungsempfängern als Kosten der Unterkunft von den Sozialämtern übernommen, während ein separater Telekommunikationsanschluss aus dem Regelsatz bestritten werden muss.
- Der Vermieter weist für den Kabel-TV-Anschluss im Rahmen der Betriebskostenabrechnung keine Umsatzsteuer aus, sondern zahlt dem Netzbetreiber gegenüber Umsatzsteuer. Auch gewerbsteuerlich handelt es sich bei den vom Mieter an den Vermieter gezahlten Betriebskosten für den Kabel-TV-Anschluss um Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung, nicht aber um Einnahmen aus einem gewerblichen Telekommunikationsdienst.
- Der Kabel-TV-Anschluss endet automatisch, wenn das Mietverhältnis endet, wobei das Mietverhältnis mit den mietervertraglichen und nicht mit den nach TKG geltenden Kündigungsfristen zu kündigen ist.

Der BGH scheint mit seiner Begründung – in der Rechtsprechung erstmalig – den Vermieter als eigenständigen Anbieter einer über die Betriebskosten abgerechneten Leistung gegenüber dem Mieter anzusehen. Auf dieser Grundlage wäre der Vermieter dem Mieter gegenüber auch Anbieter von Gas, Wärme, Wasser, (Allgemein-) Strom, Gartenarbeiten, Hausmeisterdiensten usw. Diese Auffassung steht im Widerspruch zu der gesetzgeberischen Wertung in § 556 BGB bzw. § 1 BetrKV, wonach es sich bei den umlagefähigen Betriebskostenpositionen um keine separaten Leistungen des Vermieters an den Mieter handelt, sondern um im Rahmen des Mietvertrags bereitgestellte Ausstattungsmerkmale der Wohnung und des Gebäudes, deren laufende Kosten der Vermieter nur als Betriebskosten umlegt.

Nimmt man das Urteil des BGH wörtlich, wäre auch die Vereinbarung eines mierechtlichen Kündigungsausschlusses von mehr als 24 Monaten aus telekommunikationsrechtlichen(!) Gründen unwirksam, wenn der Vermieter im Rahmen des Mietvertrags einen Kabel-TV-Anschluss bereitstellt. Diese Auslegung steht im Widerspruch zu der ständigen Rechtsprechung des Mietrechtssenats des BGH, nach dem selbst in formularmäßigen Wohnraummietverträgen ein Kündigungsausschluss von bis zu vier Jahren vereinbart werden kann.⁶

Es wäre wünschenswert gewesen, wenn sich der BGH zu diesem mierechtlichen Spannungsverhältnis zumindest geäußert hätte.

b) (Keine) öffentliche Zugänglichkeit

Auch die Ausführungen des BGH zur öffentlichen Zugänglichkeit des Dienstes begegnen erheblichen Zweifeln. Sinnvoll wäre eine differenzierende Betrachtung im Dreiecksverhältnis zwischen Netzbetreiber, Vermieter und Mieter gewesen: Im Verhältnis zwischen Vermieter und Netzbetreiber mag durchaus ein öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienst vorliegen, der vom signalliefernden Netzbetreiber jedem Vermieter in seinem Netzgebiet angeboten wird. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter ist es aber mehr als fraglich, ob eine öffentliche Zugänglichkeit vorliegt, wenn für die

⁵ Hierzu auch unten, unter III.

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 6.4.2005 – Az. VIII ZR 27/04.

Inanspruchnahme des Kabel-TV-Anschlusses der vorherige Abschluss eines Mietvertrags erforderlich ist und der Anschluss zudem auch nur während der Laufzeit des Mietvertrags genutzt werden kann.

Mit seiner ausschließlich an der Größe der beklagten Wohnungsbaugesellschaft ausgerichteten Argumentation verkennt der BGH zudem, dass es sich um ein Musterverfahren handelt, das alle Vermieter in Deutschland unabhängig von ihrer Größe betrifft, die mit einem Kabel-TV-Anschluss ausgestattete Wohnungen vermieten und die Kosten dafür als Betriebskosten umlegen. Der BGH lässt offen, ob und ab welcher Wohnungszahl das Merkmal der öffentlichen Zugänglichkeit bei kleineren Vermietern nicht mehr vorliegt. Ebenfalls nicht geklärt bleibt, ob ein öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienst auch dann vorliegen soll, wenn eine Wohnung mit einem Kabel-TV-Anschluss nur an bestimmte Bevölkerungsgruppen (z. B. Inhaber von Wohnberechtigungsscheinen, Studierende usw.) vermietet wird.

c) Widersprüchlichkeit der Argumentation

Während der BGH zunächst § 43b TKG 2012 im Verhältnis Vermieter/Mieter für grundsätzlich anwendbar erklärt und nur im konkreten Fall mangels Vereinbarung einer Mindestlaufzeit für nicht relevant hält, führt das Gericht im Rahmen der Prüfung der analogen Anwendbarkeit des § 43b TKG 2012 aus, dass der Gesetzgeber „erkennbar bei der Einführung von § 43b TKG [2012] große Wohnungsbaugesellschaften, die von ihnen vermietete Wohnungen mit Kabel-TV-Anschlüssen versehen haben und ihren Mietern entgeltlich zur Verfügung stellen, den Regelungen in dieser Vorschrift *nicht* unterwerfen wollte“ (Rn. 67).⁷ Wie der BGH diesen offensichtlichen Wertungswiderspruch zwischen den Ausführungen zur direkten und zur analogen Anwendbarkeit des § 43b TKG 2012 auflösen will, bleibt ebenfalls offen.

III. Praxisfolgen

Mit seinem Urteil hat der BGH ein separates Kündigungsrecht für den Kabel-TV-Anschluss im Rahmen eines Mietvertrags nach dem bisherigen Recht abgelehnt. Der Gesetzgeber hat ein solches „Opt-out“-Recht in § 71 Abs. 2 S. 3 TKG nunmehr gesetzlich eingeführt, wobei die Gesetzesmaterialien auch auf die Entscheidungen der Vorinstanzen ausdrücklich Bezug nehmen.⁸ Die wesentliche Bedeutung des BGH-Verfahrens liegt damit weniger in der Entscheidung selbst, als vielmehr in seiner Relevanz für und Einflussnahme auf die politischen Diskussionen um die TKG-Novelle.

Indem das Urteil im Ergebnis die bisherige Praxis der Umlage der Entgelte für einen Kabel-TV-Anschluss grundsätzlich bestätigt, sichert es den in der TKG-Novelle getroffenen politischen Kompromiss zur Abschaffung der Umlagefähigkeit nach Ablauf einer Übergangszeit und schafft nicht noch zusätzliche Komplikationen in der Zwischenzeit. Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber selbst die Anwendbarkeit des § 71 Abs. 2 TKG und damit auch des „Opt-out“-Rechts bis zum 30. Juni 2024 ausgeschlossen, wenn der Telekommunikationsdienst – wie es beim Kabel-TV-Anschluss der Fall ist – im Rahmen des Mietverhältnisses erbracht wird und die Gegenleistung ausschließlich als Betriebskosten abgerechnet wird.

Allerdings wirft die – wie dargelegt rechtlich zweifelhafte und für das Ergebnis auch nicht erforderliche – Begründung des Urteils einige praktische Fragen auf. So könnte die Auffassung vertreten werden, dass Vermieter, die eine mit einem Kabel-TV-Anschluss ausgestattete Wohnung vermieten und die Kosten hierfür als Betriebskosten umlegen, als (vermeintliche) Anbieter von Telekommunikationsdiensten gegen die

Meldepflicht gemäß § 6 Abs. 1 TKG 2004 verstoßen haben bzw. nunmehr gegen die Meldepflichten in § 5 Abs. 1 TKG verstoßen.

Für die bisherige Rechtslage hat die Bundesnetzagentur bereits klargestellt, dass nur Anbieter der Meldepflicht unterliegen, die Dienste auch selbst erbringen, während keine Meldepflicht für Anbieter besteht, die nur an der Erbringung durch einen Dritten mitwirken, indem sie einen ihnen selbst zur Verfügung gestellten Anschluss ihren Kunden zur Nutzung überlassen.⁹ Allerdings hat der BGH in seiner Entscheidung – vermutlich ohne die Konsequenzen der Wortwahl zu bedenken – ausgeführt, dass der Vermieter den Kabel-TV-Anschluss dem Mieter gegenüber „erbringt“ (Rn. 50).

Für die neue Rechtslage ergibt sich aus § 71 Abs. 2 TKG, dass ein Vermieter, der einen Telekommunikationsdienst im Rahmen oder im Zusammenhang mit einem Mietvertrag bereitstellt, vom Gesetzgeber nicht als Anbieter angesehen wird, sondern – nach Ablauf der Übergangsfrist in § 230 Abs. 4 TKG – verpflichtet ist, die Einhaltung der Kundenschutzvorgaben sicherzustellen.

Unabhängig hiervon dürfte bei einer Umlage von Versorgungsentgelten über die Betriebskosten auch die Gewerblichkeit – die ebenfalls Voraussetzung für die Meldepflicht ist – zu verneinen sein, da Vermieter bereits nach allgemeinen mietrechtlichen Vorgaben mit über die Betriebskosten abgerechneten Anschlussentgelten keine Gewinne erzielen dürfen. Um der Bundesnetzagentur Nachfragen und ggf. Nachmeldungen von zahlreichen Vermietern Deutschlands zu ersparen, wäre eine rasche behördliche Klarstellung wünschenswert.

Auf die unterschiedliche umsatz- und gewerbsteuerliche Behandlung von Einnahmen aus Telekommunikationsdiensten sowie Mieteinnahmen (einschließlich Betriebskosten) wurde bereits hingewiesen – auch hier besteht für die Praxis Klärungsbedarf, um auszuschließen, dass Vermieter aus der Begründung des BGH mit nachteiligen steuerlichen Konsequenzen zu rechnen haben.

Praktische Folgefragen und Klärungsbedarf wirft schließlich auch die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Zugänglichkeit auf. Die vom BGH vorgenommene rein quantitative Betrachtung der Anzahl der möglichen Nutzer eines Dienstes führt nicht nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten bei kleineren Diensteanbietern, sondern könnte auch dazu führen, dass z. B. größere Arbeitgeber ebenfalls als Anbieter eines öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes anzusehen sein könnten. Auch insofern wäre eine Klarstellung durch die Bundesnetzagentur wünschenswert.

⁷ Hervorhebung hinzugefügt.

⁸ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 19/26108, 200, 298.

⁹ Bundesnetzagentur, Mitteilung Nr. 149/2015, ABl. BNetzA 2015, 1140; das LG Essen hatte in seiner Entscheidung zur Vorinstanz genau auf diese Differenzierung abgestellt und die Anwendbarkeit des § 43b TKG 2012 auf Vermieter als reine Mitwirkende ausgeschlossen.

Keine Freigabe für ein Gemeinschaftsunternehmen zum Bau und Betrieb eines Glasfasernetzes

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.9.2021 – Az. VI-Kart 5/20 (V)

§§ 32b, 36, 40 GWB, § 28 TKG 2004

1. § 40 Abs. 3 S. 2 GWB ist nicht analog anzuwenden, wenn ein Zusammenschlussvorhaben im Wege einer Doppelkontrolle sowohl nach § 1 GWB als auch nach den Bestimmungen der