
Datum: 28.05.2020
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 82/19
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2020:0528.4U82.19.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 45 O 72/18
Nachinstanz: Bundesgerichtshof, I ZR 106/20
Schlagworte: Mieter; Breitbandanschluss; Umlage; Betriebskosten; Vertragslaufzeit
Normen: TKG § 43b; BetrKV § 2 Nr. 15 Buchstabe b)
Leitsätze: § 43b TKG ist im Verhältnis zwischen einem Mieter und einem Vermieter, der nach § 2 Nr. 15 lit b) der Betriebskostenverordnung die laufenden monatlichen Grundgebühren für einen Breitbandkabelanschluss auf seine Mieter umlegt, nicht anwendbar.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 31.05.2019 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen (in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses des Landgerichts vom 25.06.2019) wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

A.

Der Kläger ist der Verein „A e.V.“.

Die Beklagte gehört nach ihren eigenen Angaben zu den führenden Wohnungsanbietern in Nordrhein-Westfalen. Sie bewirtschaftet mehr als 120.000 Mietwohnungen in rund 100 Städten und Gemeinden. In den von ihr vermieteten Wohnungen wohnen insgesamt etwa 300.000 Menschen. Ein großer Teil der Wohnungen der Beklagten – nach den Angaben der Beklagten etwa 108.000 Wohnungen – hat eine Anbindung an ein Kabelfernsehtnetz, über das Fernseh- und Hörfunkprogramme übertragen werden können und das in technischer Hinsicht aufgrund seiner Rückkanalfähigkeit darüber hinaus auch für andere Dienste wie Telefonate und Internet geeignet ist. Zum Zwecke der Versorgung dieser Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen über dieses Kabelnetz besteht ein Vertragsverhältnis zwischen der Beklagten und der N GmbH. Die N GmbH ist bei der Bundesnetzagentur nach § 6 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) als „gewerbliche Betreiberin öffentlicher Telekommunikationsnetze und gewerbliche Erbringerin öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste“ gemeldet und ist im Rahmen des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten für die – in Kabelfernsehtnetzen üblicherweise als „Netzebene 4“ bezeichnete – grundstücks- und gebäudeinterne Netz-installation zwischen den auf den jeweils versorgten Grundstücken gelegenen „Hausübergabepunkten“ und den Kabelanschlussdosen in den einzelnen Wohnungen verantwortlich. Die wesentlichen Leistungspflichten der N GmbH im Rahmen des Vertragsverhältnisses mit der Beklagten sind:

- Errichtung und Modernisierung von Kabelnetzen der „Netzebene 4“ in den Objekten der Beklagten,
- Anschluss dieser neu errichteten bzw. modernisierten Kabelnetze an das regionale Kabelnetz („Netzebene 3“) des Anbieters „V“,
- Betrieb, Wartung und Entstörung der „Netzebene 4“,
- Versorgung der über die „Netzebene 4“ an das Kabelnetz angebundenen Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen, die von dem Anbieter „V“ über die „Netzebene 3“ herangeführt werden.

Als „Netzebene 3“ bezeichnet man in Kabelfernsehtnetzen das – der „Netzebene 4“ unmittelbar vorgelagerte – Kabelnetz zwischen den zentralen Empfangsstellen des Kabelnetzes (den sogenannten „Kabelkopfstellen“ oder „Kabelkopfstationen“) und den „Hausübergabepunkten“.

Zwischen der N GmbH und der W GmbH als herrschendem Unternehmen besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Zwischen der W GmbH und der Beklagten als herrschendem Unternehmen besteht ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag.

1

2

3

4

56

7

8

9

10

11

12

Die N GmbH stellt der Beklagten für die Erfüllung der oben beschriebenen Leistungspflichten ein Entgelt in Rechnung (Beispiel für eine Rechnung in Anlage B6 [Blatt 177 der Gerichtsakte]), die Beklagte legt dieses Entgelt als Betriebskosten auf ihre Mieter um (Beispiel für eine Betriebskostenabrechnung in Anlage B6 [Blatt 178-180 der Gerichtsakte], dort trägt die entsprechende Kostenposition die Bezeichnung „Fernsehversorgung“). Die Mietverträge zwischen der Beklagten und ihren Mietern (Beispiel für einen Mietvertrag: Anlage B2 = Blatt 122-129 der Gerichtsakte) enthalten hierzu folgende Bestimmung:

„§ 2 Miete und Nebenleistungen

(...) 14

(4) Der Vermieter legt die Betriebskosten im Sinne der Betriebskostenverordnung um. Er erhebt Vorauszahlungen für folgende Kosten, sofern sie tatsächlich anfallen: 15

(...) 16

(k) Gemeinschafts-Antennenanlage / Gemeinschafts-Parabolantenne / Breitbandkabelnetz 17

(...)“ 18

Für die Mieter der Beklagten besteht keine Möglichkeit, sich während der Dauer des Mietverhältnisses durch eine einseitige Erklärung von der auf die vorbeschriebene Art und Weise erfolgenden Versorgung ihrer Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen zu lösen. 19

Ein im Juni 2018 von der Beklagten im Internet veröffentlichtes Exposé für eine 2-Zimmer-Dachgeschosswohnung in C (Anlage K3 = Blatt 59-60 der Gerichtsakte) enthielt unter der Überschrift „Sonstiges“ u.a. die folgende Angabe: 20

„Multimediaanschluss: Internet, Telefonie sowie eine Vielzahl in- und ausländischer Fernsender“ 21

Einem Interessenten für diese Wohnung teilte die Beklagte mit E-Mail vom 14.06.2018 (Anlage K4 = Blatt 61 der Gerichtsakte) Folgendes mit: 22

„Sehr geehrter Herr (...), 23

das Objekt verfügt momentan noch über eine Sat-Anlagen-Aufbereitung. Kurzfristig soll das Objekt jedoch mit V ausgestattet werden. Die Grundversorgung TV ist in den Nebenkosten enthalten und kann nicht gekündigt werden. Ergänzend können Sie später auch Internet und Telefonie über V beziehen. 24

Mit freundlichen Grüßen 25

(...)“ 26

Jedenfalls am 14.08.2018 führte die Beklagte in ihrem Internetauftritt „www.w2.de“ (Internetausdruck Anlage K2 = Blatt 55-58 der Gerichtsakte) u.a. Folgendes aus: 27

„Multimedia-Angebot für unsere Mieterinnen und Mieter 28

Ihr Zuhause (...) ist mit einer modernen und zukunftsweisenden Multimediainfrastruktur ausgestattet. In Kooperation mit V bieten wir Ihnen die Versorgung mit Digital- und Pay-TV, 29

Telefonie sowie Breitband-Internet mit allen Vorteilen einer modernen TV- und Hörfunkversorgung.

HighSpeed Internet von V mit bis zu 400 Mbit/s 30

Unsere Wohnungen sind durch hochleistungsfähige Verteilpunkte an das COAX-Glasfasernetz unseres Kooperationspartners V angeschlossen. Alle Netze bieten die zukunftssichere Ein-Gigahertz-Technik und die für Internet- und Telefoniedienste erforderliche Rückkanalfähigkeit. Die modernisierte Kabel-Infrastruktur ermöglicht damit schon heute eine Internetnutzung mit Downloadgeschwindigkeiten von 400 Mbit/s und bietet Potenzial für weitaus höhere Bandbreiten. Mit dem kommenden Übertragungsstandard Gigasphere lassen sich im Kabelnetz von V perspektivisch Datenraten von weit über einem Gigabit pro Sekunde im Download und auch weitaus höhere Upload-Geschwindigkeiten als bisher erzielen. 31

90 TV-Programme, Internet und Telefonie 32

Die digitale Grundversorgung, die bereits als Standardausstattung zur Wohnung gehört, umfasst rund 90 digitale Fernseh- sowie rund 70 digitale Rundfunkprogramme, einen Basis-Internetzugang als Flatrate mit 1 Mbit/s und die kostenfreie Buchung eines internationalen Programmpakets nach Wahl. Doch der Kabelanschluss kann noch mehr: Er ermöglicht HighSpeed Internet ohne Einschränkungen und Leistungsverlust – selbst wenn mehrere Endgeräte gleichzeitig genutzt werden. 33

Sparvorteil für unsere Mieterinnen und Mieter 34

Sofern Sie möchten, können Sie auch einen weiteren Vorteil (...) in Anspruch nehmen. Dazu haben wir mit V ein besonderes Angebot vereinbart: Entscheiden Sie sich für ein 2play-Kombipaket aus Telefon und HighSpeed-Internet und erhalten Sie dauerhaft 5 Euro Rabatt auf den Monatspreis. 35

Die Buchung aller hier aufgeführten Sonderleistungen ist denkbar einfach. V hat dafür eine exklusive Service-Rufnummer eingerichtet. (...)“ 36

Mit Schreiben vom 10.09.2018 (Anlage K5 = Blatt 62-67 der Gerichtsakte) mahnte der Kläger die Beklagte ab. Die Beklagte handele unlauter. Er, der Kläger, entnehme den Verlautbarungen und Äußerungen der Beklagten, dass die Versorgung der von der Beklagten vermieteten Wohnungen mit einem Kabelanschluss für den TV-Empfang und einem Basis-Internetzugang Bestandteil der von der Beklagten abgeschlossenen Mietverträge sei und diese Versorgung durch die Beklagte erfolge. Da eine (isolierte) Kündigung dieser Versorgung nicht möglich sei, seien die Mieter für die gesamte Dauer des Mietverhältnisses an den Kabel-TV-Anschluss und den Basis-Internetzugang gebunden. Hierin liege ein Verstoß gegen § 43b Satz 1 und Satz 2 TKG. Der Kläger forderte die Beklagte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und zur Zahlung von Abmahnkosten (Abmahnkostenpauschale) in Höhe von 299,60 € auf. 37

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 04.10.2018 (Anlage K6 = Blatt 68-74 der Gerichtsakte) wies die Beklagte die erhobenen lauterkeitsrechtlichen Vorwürfe zurück. 38

Der Kläger hat gegenüber dem Landgericht die Argumentation aus seiner Abmahnung wiederholt und vertieft. Die Beklagte sei, soweit sie die von ihr vermieteten Wohnungen mit einem Kabelanschluss versorge, als „Anbieterin von öffentlich zugänglichen 39

Telekommunikationsdiensten“ im Sinne des § 43b TKG anzusehen. Die von der Beklagten angebotenen Telekommunikationsdienste stünden insbesondere im Sinne des § 3 Nr. 17a TKG „der Öffentlichkeit zur Verfügung“: Bei den Nutzern der von der Beklagten angebotenen Dienste handele es sich – anders als etwa bei der Belegschaft eines Unternehmens im Rahmen des Betriebs eines Unternehmensnetzwerkes – nicht um einen geschlossenen und von der Beklagten eingrenzbaren oder bestimmbaren Personenkreis. Da die Beklagte ihre Wohnungen öffentlich auf dem Wohnungsmarkt bewerbe und offeriere, komme im Ergebnis jedermann als Mieter und damit auch als Abnehmer der angebotenen Telekommunikationsdienste in Betracht. Die Beklagte sei damit verpflichtet, die in der dem Kunden- und Verbraucherschutz dienenden Vorschrift des § 43b TKG enthaltenen Regelungen zu den Vertragslaufzeiten zu beachten. Dieser Verpflichtung komme sie nicht nach. Der durch § 43b TKG beabsichtigte umfassende Kundenschutz sei nur durch eine weite Auslegung der Norm zu erreichen. Der vom Gesetz gewollte umfassende Schutz der Abnehmer von Telekommunikationsdiensten müsse auch für Mieter gelten, deren Wohnung mit einem Breitbandanschluss ausgestattet sei, dessen Kosten der Vermieter auf die Mieter umlege. Notfalls müsse § 43b TKG analog angewendet werden, um den gebotenen Schutz für Wohnungsmieter zu gewährleisten.

Der Kläger hat beantragt,

40

- 1. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, geschäftlich handelnd 412

a) Wohnraummietverträge mit Verbrauchern abzuschließen und/oder abschließen zu lassen, die die kostenpflichtige Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses und/oder Kabel-Internet-Anschlusses beinhalten, wenn diese kostenpflichtige Bereitstellung für den Verbraucher nicht wenigstens zum Ablauf von 24 Monaten Laufzeit kündbar ist, 43

und/oder 44

b) sich im Rahmen eines bestehenden Wohnraummietverhältnisses mit einem Verbraucher auf die Unkündbarkeit einer vertraglich vereinbarten kostenpflichtigen Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses und/oder Kabel-Internet-Anschlusses zu berufen, wenn die kostenpflichtige Bereitstellung dieses Anschlusses bereits 24 Monate angedauert hat, 45

und/oder 46

c) Verbrauchern den Abschluss von Wohnraummietverträgen anzubieten und/oder anbieten zu lassen, die die kostenpflichtige Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses und/oder Kabel-Internet-Anschlusses mit einer Laufzeit von mehr als 12 Monaten beinhalten, ohne alternativ die Möglichkeit einer auf höchstens 12 Monate Laufzeit begrenzten Bereitstellung anzubieten und/oder anbieten zu lassen; 47

- 2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, 299,60 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen. 489

Die Beklagte hat beantragt,

50

die Klage abzuweisen.	51
Die Beklagte hat behauptet, der in ihrer Werbung erwähnte kostenlose Basis-Internetzugang mit einer Datenübertragungsgeschwindigkeit von 1 Mbit/s sei nicht Gegenstand der vertraglichen Beziehungen zwischen ihr und ihren Mietern, sondern setze den separaten Abschluss eines Vertrages unmittelbar zwischen dem jeweiligen Mieter und dem Anbieter V voraus. Dieser kostenlose Einzelvertrag habe eine Mindestvertragslaufzeit von einem Monat und könne von dem Mieter jederzeit mit einer Kündigungsfrist von einem Monat gekündigt werden. Darüber hinaus könne der Mieter unmittelbar bei V auch weitergehende – kostenpflichtige – Leistungen wie z.B. einen Internetzugang mit einer höheren Datenübertragungsgeschwindigkeit buchen. Sie, die Beklagte, lege auf ihre Mieter lediglich die ihr von der N GmbH in Rechnung gestellten Kosten für die Versorgung der Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen um und erhebe dabei auch keinerlei Aufschläge auf die von der N GmbH in Rechnung gestellten Kosten. Soweit sie, die Beklagte, die Kosten für die Versorgung der Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen auf ihre Mieter umlege, sei sie keine „Anbieterin von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ im Sinne des § 43b TKG. Allein die betriebskostenrechtliche Umlage dieser Kosten mache sie nicht zu einer derartigen Anbieterin. Die Versorgung der Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen sei für sie, die Beklagte, auch kein „Telekommunikationsdienst“ im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG, weil sie – anders als die N GmbH und der Anbieter V – nicht für die „Übertragung von Signalen“ verantwortlich sei. Eine analoge Anwendung des § 43b TKG auf das mietvertragliche und betriebskostenrechtliche Umlageverhältnis komme nicht in Betracht, es fehle sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke als auch an einer vergleichbaren Interessenlage. Eine Ausdehnung des durch § 43b TKG gewährten Schutzes auf Wohnraummietter in der hier in Rede stehenden Sachverhaltskonstellation könne vielleicht de lege ferenda diskutiert werden, de lege lata komme sie aber nicht in Betracht.	52
Mit dem angefochtenen, am 31.05.2019 verkündeten Urteil hat die 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen die Klage abgewiesen.	53
Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.	54
Der Kläger beantragt (sinngemäß),	55
das angefochtene Urteil abzuändern und	56
1. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, geschäftlich handelnd	57
a) Wohnraummietverträge mit Verbrauchern abzuschließen und/oder abschließen zu lassen, die die kostenpflichtige Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses und/oder Kabel-Internet-Anschlusses beinhalten, wenn diese kostenpflichtige Bereitstellung für den Verbraucher nicht wenigstens zum Ablauf von 24 Monaten Laufzeit kündbar ist,	59
und/oder	60
b) sich im Rahmen eines bestehenden Wohnraummietverhältnisses mit einem Verbraucher auf die Unkündbarkeit einer vertraglich vereinbarten kostenpflichtigen Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses und/oder Kabel-Internet-Anschlusses zu berufen,	61

wenn die kostenpflichtige Bereitstellung dieses Anschlusses bereits 24 Monate andauert hat,	
und/oder	62
c) Verbrauchern den Abschluss von Wohnraummietverträgen anzubieten und/oder anbieten zu lassen, die die kostenpflichtige Bereitstellung eines Kabel-TV-Anschlusses und/oder Kabel-Internet-Anschlusses mit einer Laufzeit von mehr als 12 Monaten beinhalten, ohne alternativ die Möglichkeit einer auf höchstens 12 Monate Laufzeit begrenzten Bereitstellung anzubieten und/oder anbieten zu lassen;	63
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, 299,60 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	65
Die Beklagte beantragt,	66
die Berufung zurückzuweisen.	67
Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.	68
Soweit in den Gründen dieses Urteils Fundstellen in der Gerichtsakte angegeben sind, wird wegen der Einzelheiten auf die dort befindlichen Dokumente verwiesen.	69
<u>B.</u>	70
Die – zulässige – Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Die Klage ist zulässig, jedoch in vollem Umfang unbegründet.	71
<u>I.</u> Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Kläger nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt.	72
<u>II.</u> Die Klage ist jedoch in vollem Umfang unbegründet. Dem Kläger stehen weder die von ihm geltend gemachten Unterlassungsansprüche noch der geltend gemachte Zahlungsanspruch zu.	73
<u>1. Unterlassungsansprüche</u>	74
<u>a) Klage- und Berufungsantrag zu 1.a)</u>	75
Als Grundlage für den vom Kläger geltend gemachten Unterlassungsanspruch kommt allein die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG iVm § 43b Satz 1 TKG in Betracht. Es fehlt indes an einem Verstoß gegen die Bestimmung des § 43b Satz 1 TKG.	76
<u>aa)</u> Die Erwähnung eines „Kabel-Internet-Anschlusses“ in diesem Klageantrag – wie auch in den weiteren Unterlassungsanträgen des Klägers – macht es zunächst erforderlich klarzustellen, von welcher Tatsachengrundlage der Senat bei seiner rechtlichen Bewertung ausgeht. Es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass Gegenstand der vertraglichen Abreden zwischen der Beklagten und ihren Mietern allein die Versorgung der Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen und die Umlage der hierfür anfallenden Betriebskosten auf die Mieter ist. Der sogenannte „Basis-Internetzugang“ mit der – vergleichsweise niedrigen – Datenübertragungsgeschwindigkeit von 1 Mbit/s bedarf demgegenüber eines gesonderten	77

Vertrages des jeweiligen Mieters mit dem Anbieter V. Bereits der – im Hinblick auf die hier zu beantwortende Frage allerdings nicht ganz eindeutige – Internetauftritt der Beklagten weist auf die Kooperation der Beklagten mit V hin. Das Exposé für die Dachgeschosswohnung in C enthält lediglich eine technische Information über den in der Wohnung vorhandenen „Multimediaanschluss“, ohne Auskunft darüber zu geben, auf welcher vertraglichen Grundlage ein Internetzugang erfolgt. In der E-Mail der Beklagten vom 14.06.2018 (Anlage K4 = Blatt 61 der Gerichtsakte) heißt es ausdrücklich, dass die Internetversorgung über V erfolgt. Schließlich hat die Beklagte Unterlagen über Verträge zwischen einzelnen Mietern und dem Anbieter V (Anlage B3 = Blatt 130-139 der Gerichtsakte; Anlage B7 = Blatt 182-189 der Gerichtsakte) vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass der in diesen Unterlagen mit dem Kürzel „N2 - 1 Mbit/s“ bezeichnete „Basis-Internetzugang“ Gegenstand der vertraglichen Beziehungen zwischen den einzelnen Mietern und dem Anbieter V ist. Gegenstand des Mietverhältnisses ist damit lediglich die Versorgung der Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen. Soweit der Kläger die Behauptung der Beklagten, sie lege ausschließlich die ihr insoweit von der N GmbH in Rechnung gestellten Kosten – ohne Aufschläge – als Betriebskosten auf die Mieter um, bestritten hat, ist anzumerken, dass es keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Beklagte höhere Beträge als die jeweiligen Rechnungsbeträge der N GmbH auf ihre Mieter umlegt. Schon aus diesen Gründen konnten die Anträge des Klägers – soweit diese sich zu „Kabel-Internet“ verhalten –, keinen Erfolg haben.

bb) § 43b Satz 1 TKG ist im Verhältnis zwischen der Beklagten und ihren Mietern nicht anwendbar, weil zwischen der Beklagten und ihren jeweiligen Mietern kein Vertrag über die Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste besteht. 78

(1) § 43b Satz 1 TKG bestimmt, dass die anfängliche Mindestlaufzeit eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten 24 Monate nicht überschreiten darf, und trifft damit eine Bestimmung über den zulässigen und unzulässigen Inhalt von Verträgen. Die Vorschrift beschreibt indes nicht ausdrücklich, für welche Arten von Verträgen (Vertragstypen) diese Inhaltsbestimmung gelten soll. Es liegt indes auf der Hand, dass die Vorschrift (nur) für Verträge gelten soll, die der Anbieter gerade in seiner Eigenschaft als „Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten“ geschlossen hat, also nur für Verträge über die Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste und nicht für jedweden Vertrag, dessen Vertragspartner (zufällig) auf der einen Seite ein Verbraucher und auf der anderen Seite ein Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten sind, Geltung beansprucht. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der Erwähnung des „Teilnehmers“ in § 43b Satz 2 TKG (die in § 43b Satz 1 TKG genannten „Verbraucher“ sind eine Teilmenge der Personengruppe der „Teilnehmer“): „Teilnehmer“ ist nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 20 TKG jede natürliche oder juristische Person, die mit einem Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten einen Vertrag über die Erbringung derartiger Dienste geschlossen hat (Hervorhebungen durch den Senat). 79

(2) Zwischen der Beklagten und ihren jeweiligen Mietern besteht kein Vertrag über die Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste. 80

(a) Es ist bereits fraglich, ob die im Rahmen des Mietverhältnisses erfolgende Versorgung der Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunkprogrammen überhaupt ein „Telekommunikationsdienst“ im Sinne des Telekommunikationsgesetzes ist. „Telekommunikationsdienste“ sind nach der Legaldefinition in § 3 Nr. 24 TKG „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von 81

Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“.

(aa) Die Übertragung von Fernseh- und Hörfunksignalen reicht nach der vorstehenden Legaldefinition als Übertragungsgegenstand für einen Telekommunikationsdienst aus. Das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes lässt sich auch nicht mit der Begründung verneinen, die Beklagte sei gegenüber ihren Mietern nicht für die Signalübertragung verantwortlich. Der Vermieter hat nämlich neben der reinen Überlassung der Mietsache auch sämtliche Leistungen, aus denen Betriebskosten resultieren, als mietvertragliche Pflicht zu erbringen (*Zehlein* in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. [2020], § 556 Rdnr. 5). Im Falle eines Signalausfalls haftet die Beklagte gegenüber ihren Mietern nach den mietrechtlichen Gewährleistungsvorschriften (§§ 536 ff. BGB). Dass die Beklagte die Verantwortung für die sogenannte „Netzebene 4“ auf die N GmbH übertragen hat, ist im Rechtsverhältnis zwischen der Beklagten und ihren Mietern ohne Belang.

82

(bb) Es ist indes fraglich, ob die Leistungspflicht der Beklagten im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG „ganz oder überwiegend“ (vgl. allgemein zu diesem Tatbestandsmerkmal: EuGH, Urteil vom 13.06.2019 – C-193-18 – <juris>, Rdnr. 34 ff.; OVG NRW, Urteil vom 05.02.2020 – 13 A 17/16 – <juris>, Rdnr. 42 ff.) in der Übertragung von Signalen besteht. Sollte zur Ermittlung des Anteils der Signalübertragung an der Leistung der Beklagten auf deren Gesamtleistung, deren wesentlicher Kern die Gewährung des Gebrauchs der vermieteten Wohnung ist (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB), abzustellen sein, wäre die von der Beklagten geschuldete Signalübertragung lediglich eine von mehreren nachgeordneten Nebenleistungen und keineswegs der „überwiegende“ Teil der Leistung.

83

(b) Der in der Übertragung von Signalen bestehende Dienst der Beklagten ist aber jedenfalls nicht „öffentlich zugänglich“ (a.A. für die Versorgung vermieteter Wohnungen mit Fernseh- und Hörfunksignalen: *Busch/Riewerts*, Kommunikation & Recht 2017, 769 [772 f.]). „Öffentlich zugänglich“ ist ein Telekommunikationsdienst nach § 3 Nr. 17a TKG dann, wenn er der Öffentlichkeit zur Verfügung steht. Unter „Öffentlichkeit“ ist jeder unbestimmte Personenkreis zu verstehen (*Schütz* in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Aufl. [2013], § 6 Rdnr. 44) bzw. – anders ausgedrückt – jede beliebige natürliche oder juristische Person, die nach Eigenart der jeweiligen Leistung als Empfänger, Nutzer oder Verbraucher in Betracht kommt (OVG NRW, MMR 2002, 636). Bei den Mietern eines Mehrfamilienwohnhauses handelt es sich hingegen nicht um einen unbestimmten Personenkreis, sondern um eine von der Öffentlichkeit durch ihre Eigenschaft als Mieter von Wohnungen in bestimmten Immobilien klar abgegrenzte Personengruppe. Die Leistung der Beklagten steht auch nicht jeder Person, die nach der Eigenart der Leistung als Nutzer in Betracht kommt, zur Verfügung, sondern nur einem (kleinen) Teil dieser Personengruppe, nämlich den Mietern der Wohnungen der Beklagten. Dass die Beklagte ihre Wohnungen „öffentlich“ auf dem Wohnungsmarkt anbietet, ändert hieran nichts. Denn in den Genuss der Signalübertragungsleistung der Beklagten kann nicht jeder Fernseh- und Hörfunkinteressierte kommen, sondern nur solche Personen, die an dem Empfang von Fernseh- und Hörfunkprogrammen interessiert sind und zusätzlich noch eine weitere persönliche Voraussetzung, nämlich den Abschluss eines Mietvertrages mit der Beklagten, erfüllen.

84

cc) § 43b Satz 1 TKG ist im Verhältnis zwischen der Beklagten und ihren Mietern auch nicht analog anwendbar. Es fehlt bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. § 43b TKG ist durch Art. 1 Nr. 35 des „Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Regelungen“ vom 03.05.2012 (BGBl. 2012 I, S. 958) in das Telekommunikationsgesetz eingefügt worden. Durch Art. 4 des vorerwähnten „Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher

85

Regelungen“ vom 03.05.2012 ist § 2 Nr. 15 lit. b) der Betriebskostenverordnung, der die Umlage der laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandanschlüsse (frühere Fassung: „laufenden monatlichen Grundgebühren für Breitbandkabelanschlüsse“) auf die Mieter ermöglicht, neu gefasst worden. Der Gesetzgeber hat mithin in demselben Gesetz sowohl den Kunden- und Verbraucherschutz im Anwendungsbereich des Telekommunikationsgesetzes als auch das miet- und betriebskostenrechtliche Umlageverhältnis geregelt, ohne im Mietrecht Schutzvorschriften einzuführen, die inhaltlich dem Regelungsgehalt des § 43b TKG entsprechen. Das Bestehen einer planwidrigen Regelungslücke muss vor diesem Hintergrund verneint werden.

b) Klage- und Berufungsantrag zu 1.b) 86

Als Grundlage für den mit diesem Antrag geltend gemachten Unterlassungsanspruch kommt ebenfalls allein die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG iVm § 43b Satz 1 TKG in Betracht. Es fehlt indes – wie bereits vorstehend unter a) dargelegt – an einem Verstoß gegen die Bestimmung des § 43b Satz 1 TKG. 87

c) Klage- und Berufungsantrag zu 1.c) 88

Als Grundlage für den mit diesem Antrag vom Kläger geltend gemachten Unterlassungsanspruch kommt allein die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG iVm § 43b Satz 2 TKG in Betracht. § 43b TKG ist indes – wie bereits vorstehend unter a) dargelegt – im Verhältnis zwischen der Beklagten und ihren Mietern nicht anwendbar. 89

2. Klage- und Berufungsantrag zu 2. (Abmahnkosten) 90

Da die Abmahnung aus den vorstehend dargestellten Gründen unberechtigt war, steht dem Kläger kein Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten zu. 91

C. 92

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 93

Die Zulassung der Revision beruht auf § 543 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 ZPO. 94

D. 95

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 30.000,00 € festgesetzt. 96