

MICHAEL SCHMITTMANN

Wem gehört das Inhouse-Telefonkabel?

Die Rechtsstellung des Gebäudeeigentümers gegenüber TK-Unternehmen

„Für den langfristigen Aufbau einer leistungsstarken Infrastruktur ist es erforderlich, dass Maßnahmen nicht an der Haustür enden“. Mit diesem Satz fordert das BMWi in der „Breitbandstrategie der Bundesregierung“ im Februar 2009 zur Kooperation zwischen Unternehmen der Breitbandinfrastruktur und Hauseigentümern auf. Das ehrgeizige Ziel lautet, bis 2014 in 75% der Haushalte Anschlüsse mit Übertragungsraten von mindestens 50 Megabit pro Sekunde verfügbar zu haben. Nach geltendem Recht sind die zivilrechtliche Eigentumsordnung des BGB und

das TKG indessen nicht problemfrei aufeinander eingespielt, wie das Beispiel VDSL der Deutschen Telekom AG (DTAG) zeigt, das auf die Nutzung der klassischen Telefonleitungen in den Wohngebäuden angewiesen ist. Wer ist Eigentümer dieser Inhouse-Verkabelung und wie weit reicht das Nutzungsrecht? Der folgende Beitrag geht diesen Fragen nach und kommt zu einem Ergebnis, das ein hohes Maß an Abstimmungsbedarf zwischen den Beteiligten beschreibt.

I. Neuer Wein in alten Schläuchen: VDSL via Telefonleitungen aus der Nachkriegszeit?

Die Breitbandstrategie der Bundesregierung baut bei ihrer Bemühung um die Aufrüstung der Kommunikations Haushalte nicht unwesentlich auf VDSL der DTAG.¹ Bereits ausgebaute Ortsnetze bedürfen auf ihrem Weg zum Endkonsumenten des Anschlusses an die klassischen Telefonleitungen, die die Deutsche Bundespost (DBP) einst auf den privaten Grundstücken verlegt hat. „Triple-Play“, also Internet, Telefonie und TV,² ist darauf angewiesen, dass die Inhouse-Verkabelung der Nutzungsbefugnis der DTAG auch in diesem Ausmaß unterliegt. Die im Titel aufgeworfene Frage gewinnt dadurch besondere Brisanz, dass Unternehmen der Wohnungswirtschaft (im Folgenden auch „Grundstücks“- oder „Gebäudeeigentümer“) in Gestattungsverträgen mit TV-Kabelnetzbetreibern oftmals Exklusivität vereinbart haben und vertraglich gehalten sind, i.R.d. geltenden Rechts sowohl konkurrierenden individuellen Satellitenempfang der Mieter als auch konkurrierende Kabelnetzstrukturen zu unterbinden.³ Die Situation dieser offenen Rechtsfrage haben der Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V. (GdW) und die DTAG i.R.e. Eckpunktepapier und von Mustereinzelveträgen für die Durchleitung und Vermarktung von Produkten der DTAG im Bereich Double- und Triple-Play in den Wohngebäuden der im GdW organisierten Wohnungsbauunternehmen nicht entscheiden wollen. Stattdessen ist im Vertragswerk festgehalten worden, dass die DTAG Vermarktungsprovisionen an die Gebäudeeigentümer zahlt, die das Nutzungsentgelt ersetzen, das nach Auffassung der Wohnungswirtschaft aus ihrem Leitungseigentum folgt. Die Kooperation im Eckpunktepapier hat eine Laufzeit von drei Jahren und wurde am 23.10.2007 geschlossen. Jedes Verbandsunternehmen und jedes Drittunternehmen ist indessen frei, diesen modus vivendi abzulehnen.

II. Eigentum an den Inhouse-Telefonleitungen

1. Netzstruktur

TK-Unternehmen betreiben Leitungsnetze, die aus TK-Anlagen und TK-Leitungen bestehen, welche meistens nur zu

einem kleinen Teil auf Grundstücken der jeweiligen TK-Unternehmen und zum weitaus größeren Teil auf fremden Grundstücken liegen.⁴ Werden die TK-Anlagen und Leitungen über Grundstücke Dritter geführt, so stellt sich die Ausgangsfrage, ob das Eigentum vertraglich geregelt ist oder ob es sich anhand der allgemeinen Bestimmungen des BGB ergibt. Hierbei ist das physische Netz differenziert zu betrachten: Vom öffentlichen Grund werden die Telefonkabel meist innerhalb von Kabelschutzrohren auf dem Grundstück des Grundstückseigentümers in sein Haus geführt, die entweder in Schächten oder in Korridoren verlegt werden.⁵ Linien- und Kabelverzweiger sind weitere fernmeldetechnische Verteilerstationen, die an dafür vorgesehenen Stellen auf die Schächte gesetzt und mit der Umwandlung des Schachts fest verbunden werden.⁶ Sind die Telefonleitungen an einem Hausübergabepunkt im Haus angelegt, so werden sie von dort meistens unter Putz verlegt und derart auch in die einzelnen Wohnungen bis zur Telekommunikationsabschlusseinrichtung (TAE) der einzelnen Mieter geführt.

2. Keine vertragliche Eigentumsregelung

Beispiele, die seit dem Jahr 1982 belegt sind, zeigen, dass sich damals die DBP von den Grundstückseigentümern eine Dienstbarkeit bewilligen ließ, die in das Grundbuch eingetragen wurde und wonach die DBP berechtigt ist, eine Fernmeldeanlage zu errichten und zu unterhalten. Die Frage des Eigentums ist weder im Grundbuch noch in der Eintragungsbewilligung geregelt. Auch entsprechende Gestattungsverträge enthalten keine ausdrückliche Eigentumsregelung. Wohl ist die Rede davon, dass die „oberirdischen Anlagen ... fest und unverrückbar mit der Grundstücksoberfläche verbunden“ werden. Ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund zu Gunsten des Grundeigentümers ist stets erwähnt.

1) Abzurufen unter: www.bmw.de/BMWi/Navigation/technologie-und-innovation.

2) Produktname: „T-Home“.

3) Zu den Gestattungsverträgen: GdW, Auslaufen von Gestattungsverträgen mit Kabelnetzbetreibern, 1. Aufl. 2003, S. 35 ff.

4) Ausführlicher Münch, VIZ 2004, 207 ff.

5) Münch (o. Fußn. 4), S. 210.

6) Münch (o. Fußn. 4), S. 210.

In Grundstückseigentümergeklärungen, die die DTAG als Rechtsnachfolgerin der DBP später z.B. im Jahre 2000 verwendet hat, ist lediglich geregelt, dass eine etwaige Beschädigung durch die Vorrichtungen der DTAG auf dem Grundstück beseitigt werden muss. Sodann wird festgehalten, dass die vom Netzbetreiber errichteten Vorrichtungen verlegt oder entfernt werden müssen, wenn sie einer veränderten Nutzung des Grundstücks entgegenstehen und ihr Verbleiben an der bisherigen Stelle nicht mehr zumutbar ist. Der Netzbetreiber wird ferner i.R.d. Zumutbarkeit verpflichtet und berechtigt, die von ihm errichteten Vorrichtungen binnen Jahresfrist nach der Kündigung auf eigene Kosten zu entfernen. Auf Verlangen sind die Vorrichtungen unverzüglich nach der Kündigung zu entfernen, soweit dem nicht schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. In der Gegenerklärung der DTAG übernimmt diese als Netzbetreiberin die entsprechenden Instandsetzungs- und Schadensbeseitigungspflichten sowie die Entfernung der Leitungen. Die Erklärungen basierten auf § 10 TKV 1997 bzw. § 8 TKV 1995.⁷ Auch insofern ist keine ausdrückliche Eigentumsregelung getroffen worden. Allenfalls hat die Entfernerungsverpflichtung bzw. -berechtigung indizielle Wirkung, der i.R.d. rechtlichen Würdigung nachzugehen sein wird. Mithin entscheidet über die Frage des Eigentums das Gesetzesrecht.

3. Eigentum nach Gesetzesrecht

Die DTAG ist grundsätzlich Eigentümerin der TK-Netze und der hierzu gehörenden technischen Einrichtungen. Inwieweit sich dieses Eigentum auch auf die Inhouse-Verkabelung erstreckt, ist sondergesetzlich nicht geregelt. In ihren Entscheidungen, die sich mit Inhouse-Verkabelung beschäftigen, bestätigt dies auch die BNetzA bzw. vormals die Reg TP.⁸ Auch die jüngste Novelle des TKG 2007 hat in § 45a – worauf noch einzugehen sein wird – die Nutzung von Grundstücken geregelt, aber keine Eigentumsregelung der Inhouse-Verkabelung aufgenommen. Nach § 946 BGB i.V.m. § 93 BGB erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstück auf eine bewegliche Sache, wenn diese mit einem Grundstück dergestalt verbunden wird, dass sie wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird. Der Eigentumsübergang der Leitungen auf den Gebäudeeigentümer läge also vor, wenn die Telefonleitungen ein wesentlicher Bestandteil der Wohngebäude nach §§ 93, 94 BGB wären und sie nicht nur Scheinbestandteile nach § 95 BGB darstellen würden.

a) Wesentlicher Bestandteil nach §§ 93, 94 BGB

Bestandteile einer Sache, die voneinander nicht getrennt werden können, ohne dass der eine oder der andere zer-

stört oder in seinem Wesen verändert wird, sind nach der Legaldefinition des § 93 BGB wesentliche Bestandteile. Nach § 94 Abs. 2 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen. Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist, ob die nutzlose Zerstörung wirtschaftlicher Werte einträte, wenn Bestandteile voneinander getrennt werden, die ihren wirtschaftlichen Zweck und damit ihren Wert nur in der von ihnen gebildeten Einheit haben.⁹ Wesentlich ist der Bestandteil folglich nur, wenn der eine oder andere Bestandteil nach der Trennung noch in der bisherigen Art – sei es auch erst nach Verbindung mit einer anderen Sache – wirtschaftlich genutzt werden kann.¹⁰ Bei Kabelschutzrohren, die auf den Grundstücken im Erdreich verlegt sein werden, dürfte ein Ausbau ohne Beschädigung nicht möglich sein, sodass sie in aller Regel wesentliche Bestandteile i.S.d. § 93 BGB sind.¹¹ Die in Kabelschutzrohren verlegten Leitungen können ohne deren Zerstörung zwar entfernt werden, was bei Auswechslung kapazitätsschwacher durch kapazitätsstärkere Leitungswege auch oft der Fall ist, doch ist ihre Wiederverwendung gänzlich unwahrscheinlich.¹²

Bei der Inhouse-Verkabelung kommt hinzu, dass die Leitungen meist unter Putz verlegt sind. Hier ist eine Entfernung ohne Veränderung und Beschädigung des Gebäudes und/oder der Leitung schon nicht denkbar. Das OLG Jena hat dies in einem U. v. 7.9.2004 ausgeführt.¹³ Auch für den Fall der Kabelführung durch Versorgungsschächte geht das Gericht davon aus, dass kein nennenswerter wirtschaftlicher Wert der Leitungskabel nach Abklemmung derselben mehr besteht. Das insoweit überzeugende Urteil ist zwar vom BGH später aufgehoben worden, dies aber nur, weil nach den einigungsbedingten Überleitungsvorschriften im gegebenen Fall das BGB nicht hätte Anwendung finden dürfen. Der BGH hat das Urteil materiell-rechtlich nicht aufgehoben.¹⁴ Folglich ist bereits nach § 93 BGB davon auszugehen, dass die gesamte Inhouse-Verkabelung einschließlich der Leitungen in Kabelschutzrohren und Schächten auf dem Grundstück ein wesentlicher Bestandteil der Gebäude bzw. des Grundstücks geworden ist und ein Eigentumsübergang vorliegt.

Kabel- und sonstige Installationen sind unabhängig davon auch wesentlicher Bestandteil nach § 94 Abs. 2 BGB. Eingefügt zur Herstellung eines Gebäudes sind alle Gegenstände, die nach der jeweiligen Verkehrsanschauung zur Fertigstellung eines Gebäudes notwendig sind,¹⁵ darunter sind auch technische Ausstattungen zu verstehen. Hier ist zu berücksichtigen, dass eine Wohnung kaum ohne die Möglichkeit des Anschlusses an ein TK-Festnetz zu vermieten sein wird. Wenn die Rechtsprechung schon entschieden hat, dass wesentlicher Bestandteil nach § 94 Abs. 2 BGB eine Alarmanlage in einem Kaufhaus ist,¹⁶ so gilt das erst recht für eine TK-Leitung in einem Wohngebäude. Sollte eine Einfügung zur Herstellung des Gebäudes nicht angenommen werden, so sind die TK-Leitungen und die dazugehörigen sonstigen Installationen dennoch ein wesentlicher Bestandteil nach § 94 Abs. 1 BGB, da sie fest mit dem Gebäude verbunden werden. Die genannte Norm erklärt zu wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude. Eine feste Verbindung mit einem Gebäude liegt schon dann vor, wenn die Trennung von dem Gebäude Schwierigkeiten bereiten würde.¹⁷ Dazu ist es nicht erforderlich, dass eine absolut feste Verbindung vorliegt. Auch hier ist nämlich eine Betrachtung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten anzustellen, die

7) Zur Historie Ditscheid/Rudloff, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Komm. 2008, § 45a TKG Rdnr. 1.

8) Z.B. Reg TP B. v. 24.1.2003 – BK 4d-02-043, S. 2: „nicht abschließend geklärt“; die Frage offen lassend, beide Möglichkeiten des Eigentumsverbleibs bzw. -erwerbs aber darstellend und für die Zugangsverpflichtung des alten § 33 TKG als irrelevant erklärend: OVG Münster MMR 2002, 408, 409.

9) Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB-Komm., 67. Aufl. 2008, § 93 Rdnr. 1.

10) Heinrichs (o. Fußn. 9), Rdnr. 3 m.w.Nw.

11) Vgl. Münch (o. Fußn. 4), S. 210 m.w.Nw. aus der Rspr.

12) Münch (o. Fußn. 4), S. 210.

13) OLG Jena OLG-NL 2005, 83 ff.

14) BGH MMR 2006, 29 ff. Das OLG Jena hat das Verfahren fortgeführt und am 28.11.2007 auf Grund von gutgläubigen Erwerbs des Eigentums an den Telefonleitungen das zuvor gewonnene Ergebnis mit weiterer Begründung bestätigt, vgl. Hitpaß, ZdWBay 1/2009, 18, 22 ff.

15) Heinrichs (o. Fußn. 9), § 94 Rdnr. 6.

16) OLG Hamm NJW 1976, 1296 ff.

17) Staudinger-Jekeli/Stieper, BGB-Komm., Allg. Teil 3, §§ 99–133, Bearb. 2004, § 94 Rdnr. 7.

zu einer Ergebnisidentität zu den Überlegungen gem. § 93 BGB führt.

b) Sonderrechtsfähigkeit nach § 95 BGB

Nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB gehören zu den Bestandteilen eines Grundstücks solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Das Gleiche gilt bei einem Gebäude oder einem anderen Werk, das in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden ist (Satz 2). Nach § 95 Abs. 2 BGB gilt selbiges für Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck in ein Gebäude eingefügt sind, also in Abweichung von Abs. 1 nicht mit Grund und Boden verbunden sind. Bestandteile nach § 95 BGB nennt man sog. Scheinbestandteile. Sie sind sonderrechtsfähig, d.h. das Eigentum verbleibt bei demjenigen, der den Bestandteil nur vorübergehend installiert hat. Unter den drei Normvarianten ist Abs. 1 Satz 1 hier auszuschließen, da die Inhouse-Verkabelung keineswegs mit dem Grund und Boden verbunden ist.

Installation der Leitungen in Ausübung eines Rechts (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB)

Als Recht kommt hier ein Recht nach § 76 TKG in Betracht. Nach § 76 Abs. 1 TKG muss der Eigentümer eines Grundstücks, das kein Verkehrsweg i.S.d. § 68 TKG ist, TK-Linien auf seinem Grundstück dulden, soweit entweder bereits ein entsprechendes dingliches Recht besteht (Nr. 1) oder das Grundstück durch die Benutzung nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt wird (Nr. 2). Allerdings gilt § 76 Abs. 1 TKG ausschließlich für Leitungen im Außenbereich eines Grundstücks, also für Leitungen, die im Grund und Boden des Grundstücks installiert wurden, nicht jedoch für Leitungen innerhalb eines Gebäudes auf dem Grundstück.¹⁸ Daher kann § 76 TKG nicht für die Leitungen innerhalb des Wohngebäudes herangezogen werden. Es muss allenfalls geprüft werden, ob anderweitige Rechte i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegen. Da für einige Grundstücke mit Wohngebäuden persönlich beschränkte Dienstbarkeiten zu Gunsten der DTAG vorliegen, ist zu trennen:

Bei nicht dinglich abgesicherten Grundstücken erfolgt die Installation von Hausleitungen auf der Grundlage von bereits erwähnten Grundstückseigentümergeklärungen und/oder Nutzungsverträgen, die entweder nach § 10 TKV a.F. oder nach § 45a TKG n.F. abgeschlossen wurden. Rechte nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB sind ausschließlich dingliche Rechte.¹⁹ Die Grundstückseigentümergeklärungen/Nutzungsverträge sind jedoch nur schuldrechtliche Verträge.²⁰ Ein solcher schuldrechtlicher Vertrag vermag nicht ohne weitere Voraussetzungen, insbesondere nicht ohne Eintragung in das Grundbuch, ein dingliches Recht zu gewähren, vgl. § 873 BGB. Daher ist in Grundstückseigentümergeklärungen/Nutzungsverträgen kein dingliches Recht i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB zu sehen.

Bei dinglich abgesicherten Grundstücken ergibt sich kein anderes Ergebnis: Wenn sich die persönlich beschränkte Dienstbarkeit auf das jeweilige Gebäude auf dem Grundstück erstreckt, so ist für die installierten Telefonleitungen § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB zwar einschlägig, da die Dienstbarkeit ein dingliches Recht i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB ist.²¹ Indessen ist hier zu prüfen, was die Grunddienstbarkeit abdeckt. Dem Wortlaut der bekannten Beispiele seit dem Jahre 1982 ist zu entnehmen, dass die DBP berechtigt wurde, eine Fernmeldeanlage zu errichten und zu unterhal-

ten. Sie darf zu diesem Zweck das Grundstück jederzeit betreten. Über und in unmittelbarer Nähe der Fernmeldeanlage dürfen ohne Zustimmung der DBP auf den Grund und Boden keine Einwirkungen vorgenommen werden, durch die die Fernmeldeanlage gefährdet oder beschädigt werden kann. Erfasst von der Grunddienstbarkeit ist damit nur die Fernmeldeanlage auf dem Grundstück, nicht aber die Inhouse-Verkabelung. Scheinbestandteil i.S.d. § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB können also nur Telefonleitungsanlagen sein, die außerhalb des Gebäudes auf den Grundstücken des Gebäudeeigentümers sind.

Scheinbestandteil nach § 95 Abs. 2 BGB?

Bleibt zu prüfen, ob die Telefonleitung im Gebäude von der DTAG bzw. ihrer Rechtsvorgängerin „nur zu einem vorübergehenden Zweck eingefügt“ worden ist. Die Einfügung ist ein Realakt, der unzweifelhaft durch die DTAG erfolgt ist. Zu einem vorübergehenden Zweck geschieht die Verbindung, wenn ihr Wegfall von vornherein beabsichtigt oder nach der Natur des Zwecks sicher ist; es genügt nicht, dass nach den Vorstellungen der Beteiligten eine Trennung nicht ausgeschlossen ist, es kommt vielmehr auf den vom Einfügenden erwarteten normalen Verlauf der Dinge an. Maßgeblich ist der innere Wille des Verbindenden. Er muss aber mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt vereinbar sein.²² Ein Wille, die Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck vorzunehmen, ist in der Regel zu bejahen, wenn der Verbindende in Ausübung eines zeitlich begrenzten Nutzungsrechts handelt, gleichgültig, ob dieses auf öffentlichem Recht oder Privatrecht beruht. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine nachträgliche Zweckänderung ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Bestandteilseigenschaft weder begründen noch aufheben kann, da es ausschließlich auf den Willen zur Zeit der Verbindung ankommt.²³ In jedem Fall ist eine ausdrückliche Einigung zwischen Grundstückseigentümer und dem Verbindenden erforderlich.²⁴

Weder die verwendeten Gestattungsverträge noch die Grunddienstbarkeiten aus den achtziger Jahren lassen auf eine solche, mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt kongruente Intention der DBP schließen. Vielmehr wird ausdrücklich gesagt, dass die oberirdischen Anlagen fest und unverrückbar mit der Grundstücksoberfläche verbunden werden und die unterirdischen Fernmeldeanlagen etwa 0,9 m tief in die Erde gebettet sind. Die erwähnte Kündigungsbestimmung enthält eine Räumungspflicht des Grundstücks nur dann, wenn die nachweisbare Gefahr besteht, dass der Grundeigentümer durch die noch recht lang gestaltete Kündigungsfrist einen wirtschaftlichen Schaden erleidet. Die Räumung des Grundstücks in der Kündigungsbestimmung selbst ist ebenfalls beschränkt auf den Fall einer Behinderung der Grundstücksnutzung. Auch die später verwendeten Erklärungen auf der Grundlage der TKV 1997 enthalten keine Willensäußerung der DTAG, dass sie nach Vertragsende das Eigentum der Tele-

18) BGH MMR 2004, 163 m. Anm. Nolte/Tiedemann; Schütz, Kommunikationsrecht, 2005, Rdnr. 145; Dahlke, in: Beck'scher TKG-Komm., 3. Aufl. 2006, § 45a TKG-E Rdnr. 26; a.A.: Heun, in: Hdb. Telekommunikationsrecht, 2. Aufl. 2007, Teil 2 F, Rdnr. 30 ff.

19) Heinrichs (o. Fußn. 9), § 95 Rdnr. 5; Soergel/Marly, BGB-Komm., Bd. 1 Allg. Teil 1, §§ 1–103, Stand 2000, § 95 Rdnr. 6 und Rdnr. 19.

20) So Heun (o. Fußn. 18), Rdnr. 335; Dahlke (o. Fußn. 18), Rdnr. 17.

21) Vgl. Heinrichs (o. Fußn. 9), m.w.Nw.

22) Heinrichs (o. Fußn. 9), § 95 Rdnr. 2 m.w.Nw. aus der Rspr. des BGH.

23) BGHZ 23, 57, 60; 37, 353, 359.

24) Heinrichs (o. Fußn. 9), § 95 Rdnr. 4 m.w.Nw. aus der Rspr.

fonleitungen für sich beansprucht, sondern nur eine in den beiden Erklärungen jeweils gespiegelte Verpflichtung des Netzbetreibers, binnen Jahresfrist nach der Vertragskündigung die von ihm angebrachte Vorrichtung auf eigene Kosten zu beseitigen, „soweit dies dem Eigentümer/der Eigentümerin zumutbar ist“. Hier ist deutlich zum Ausdruck gekommen, dass es der Eigentümer ist, der über das Kriterium der Zumutbarkeit sogar dem Beseitigungsverlangen des Netzbetreibers entgegnetreten kann. Die verwendeten Gegenerklärungen sprechen ebenfalls für dieses Ergebnis: Auf Verlangen des Eigentümers wird der Netzbetreiber die Vorrichtungen unverzüglich entfernen, soweit dem nicht schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. Auch hier ist es der Eigentümer, der über das „Ob“ der Entfernung entscheiden können soll und auf Grund des Schutzes von Drittinteressen könnte der Netzbetreiber dem sogar noch mit der Folge entgegnetreten, dass die Trennung der Sachen auf Dauer unterbleibt, womit der temporäre Verbindungszweck aufgehoben wäre.

Die tk-rechtliche Literatur hat sich dieser Frage durchaus ambivalent zugewandt: Jüngst haben *Ditscheid/Rudloff*²⁵ ausgeführt, dass entscheidend darauf abzustellen sei, ob die Beteiligten davon ausgegangen sind, dass der Netzbetreiber der Beseitigungsverpflichtung und den hiermit verbundenen Kosten nachkommt. Dies sei für die Vergangenheit grundsätzlich zu verneinen, da keiner der Parteien nach der bisherigen Handhabung eine Entfernung durch den Netzbetreiber annahm.²⁶ Diese Meinung liegt auf der Linie von *Piepenbrock* in der Voraufgabe des Beck'schen TKG-Kommentars, der ausführte, dass keiner der Beteiligten von einer kostenträchtigen Entferungsverpflichtung durch den Netzbetreiber ausgegangen sei und deshalb alle in der Vergangenheit errichteten Leitungen nach den §§ 946, 94 BGB in das Eigentum des Grundstückseigentümers gefallen seien.²⁷ Bestätigt wurde diese Rechtsauffassung in dem bereits zitierten Urteil des *OLG Jena* sowie vom *OVG Münster*.²⁸ Dem steht eine andere Literaturauffassung von *Dahlke* in der dritten Auflage des Beck'schen TKG-Kommentars entgegen, der eine Vermutung dafür annimmt, dass der Netzbetreiber die Leitungen nach Vertragsbeendigung deinstallieren wollte.²⁹

Eigene Wertung im Lichte des Nutzungsvertrags gem. § 45a TKG

Dahlkes Vermutung deckt sich nicht mit dem Nutzungsvertrag, den der Gesetzgeber als Muster zum neuen § 45a TKG herausgegeben hat. Zur Erinnerung: § 45a TKG entspricht dem früheren § 10 TKV, der regelt, wie und in welchem Umfang der Netzbetreiber das Grundstück nutzen darf, auf dem er für seinen Kunden, den Endnutzer, tk-spezifische Einrichtungen vorhält. Der Mustervertrag enthält die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, die Inhouse-Verkabelung dem Netzbetreiber zur Verfügung zu stellen. Wie *Dahlke* selbst ausführt, macht diese Regelung des Mustervertrags des Gesetzgebers nur dann Sinn, wenn die Inhouse-Verkabelung im Eigentum des Eigentümers

steht. Denn ansonsten bräuchte man ihm nicht die Pflicht aufzuerlegen, Zugang zu der vorinstallierten Hausverkabelung zu gewähren. Der Gesetzgeber ist also inzidenter vom Eigentum des Grundstücks- und Immobilieneigentümers bezüglich der vorinstallierten Hausverkabelung der *DTAG* ausgegangen. Auch ohne entsprechende Rechtsprechung der Obergerichte ist also zu Grunde zu legen, dass der TKG-Gesetzgeber dem Primat des BGB folgend einen Eigentumsübergang auf den Hauseigentümer hinsichtlich der Inhouse-Verkabelung als gegeben ansieht. Gegen dieses Argument wird sich nur ein nach außen in Erscheinung getretener anderslautender Wille der *DTAG* zum Zeitpunkt der Installation einwenden lassen. Dies kann – wie oben ausgeführt – nach der allgemeinen Rechtsanwendungspraxis indessen weder dargelegt noch nachgewiesen worden. Es entspricht auch nicht der Lebenserfahrung, dass eine Deinstallation von Telefonleitungen in Mehrfamilienhäusern durch die *DTAG* oder ihre Rechtsvorgängerin jemals stattgefunden hätte, allenfalls eine Leitungsersetzung durch modernere Kabelstränge. Es liegt folglich kein Scheinbestandteil nach § 95 BGB, sondern ein wesentlicher Bestandteil nach den §§ 93, 94 BGB bei der Inhouse-Verkabelung mit Telefonleitungen vor, das Eigentum ist nach § 946 BGB übergegangen.

III. Nutzungsbefugnis

Aus der Eigentumsstellung an den Leitungen ergibt sich für den Gebäudeeigentümer zunächst, dass er allein befugt ist, über die künftige Nutzung der Leitung zu entscheiden. Allerdings sind unter Zugrundelegung des Fortbestands der existierenden Grundstückseigentümergeklärungen/Gegenerklärungen dieses Eigentum und die freie Nutzungsbefugnis durch die Rechte der *DTAG* überlagert. Erst im Falle der Kündigung der bestehenden Gestattungsverträge und Erklärungen und Ablauf der etwaigen Fristen einschließlich der Deinstallationsfristen würde der Gebäudeeigentümer in den Stand gesetzt, in den Gebäuden verbliebene Leitungsnetze nach eigenem Belieben zu nutzen.

1. Grundsätze nach § 45a TKG

Unabhängig von der Frage, ob die bestehenden Gestattungsverhältnisse mit der *DTAG* fortgesetzt werden oder nicht, werden die Möglichkeiten der Eigentümer, mit ihrer Inhouse-Verkabelung nach Gutdünken zu verfahren, auch durch vorrangiges, nicht dispositives öffentliches Recht überlagert.³⁰ § 45a TKG regelt das Dreiecksverhältnis zwischen Endnutzer (hier: Mieter der Wohnungen) und dem Anbieter von TK-Diensten für die Öffentlichkeit (hier z.B. *DTAG*) sowie dem Eigentümer des Grundstücks. § 45a Abs. 3 TKG bestimmt, dass der erste nutzungsberechtigte TK-Anbieter einem anderen Anbieter Zugang zu den Leitungen und Vorrichtungen gewähren muss, allerdings ein Entgelt dafür erheben darf.

Die Norm geht von dem Fall aus, dass ein von der *DTAG* betriebenes Netz mit Inhouse-Verkabelung vorliegt und ein im Wettbewerb mit der *DTAG* befindlicher TK-Anbieter gerne einen Endnutzer mit TK-Dienstleistungen beliefern würde, und zwar unter Nutzung des *DTAG*-Netzes im Haus. Für diesen Fall eröffnet die Norm zwei Möglichkeiten: Sie verpflichtet die *DTAG*, mit diesem weiteren Anbieter ein Mitbenutzungsverhältnis gegen Entgelt einzugehen, sodass ein und dieselbe Telefonleitung von verschiedenen Anbietern benutzt werden kann. Der Eigentümer bleibt an dieser Stelle „außen vor“, d.h. er muss weder in-

25) *Ditscheid/Rudloff* (o. Fußn. 7), § 45a TKG Rdnr. 10.

26) *Ditscheid/Rudloff* (o. Fußn. 7) verweisen zur Bestätigung dieser Auffassung noch auf *Piepenbrock*, in: Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl., Anhang § 41 TKG, § 10 TKV Rdnr. 17, und *Leitemann*, in: Heun (o. Fußn. 18), Teil 5, Rdnr. 219 in der Voraufgabe.

27) *Piepenbrock* (o. Fußn. 26), Anhang § 41 TKG § 10 TKV Rdnr. 17.

28) *OLG Jena* OLG-NL 2005, 83 ff.; *OVG Münster* MMR 2002, 408, 409.

29) *Dahlke* (o. Fußn. 18), Rdnr. 23 zu § 45a TKG-E 2005.

30) Zum Hintergrund und zum Charakter des § 45a vgl. *Dahlke* (o. Fußn. 18), § 45a TKG-E 2005 Rdnr. 2–4; vgl. zur Rechtslage vor Einführung des § 45a TKG *OVG Münster* MMR 2002, 408, 409 f.

soweit gefragt werden noch sieht das Gesetz vor, dass er an dem Entgelt partizipiert. Im ersten konditionalen Halbsatz des Abs. 3 steht allerdings, dass der Eigentümer auch einen weiteren Nutzungsvertrag i.S.d. § 45a TKG mit dem weiteren Anbieter schließen kann, auf Grund dessen der weitere Anbieter eine eigene Inhouse-Verkabelung oder eine eigene Kabelzuführung zum Grundstück verlegt. In diesem Fall wäre die DTAG als berechtigter Anbieter aus dem „Bestandsnetz“ nicht verpflichtet, dem weiteren Anbieter Netzzugang gegen Entgelt zu gewähren.

Festzuhalten ist also: Das Mitbenutzungsrecht von Wettbewerbern bereits vorhandener Leitungen in der Nutzung durch die DTAG nach § 45a Abs. 3 TKG setzt den Gebäudeeigentümer nicht in den Stand, über das „Ob“ und über das „Wie“ der Mitbenutzung „seiner letzten Meile“ zu bestimmen. Würde hingegen eine Kündigung ausgesprochen und nach Beendigung des Gestattungsverhältnisses mit der DTAG der Leitungsbestand in den Gebäuden verbleiben, sodass der Gebäudeeigentümer frei disponieren kann, so könnte er neue Gestattungsverträge mit der DTAG oder Dritten schließen, die Umfang und Gegenleistungen der Nutzung der Inhouse-Verkabelung regeln würden. Der Mustervertrag nach § 45a TKG kann von den Parteien vertraglich nicht abbedungen werden, soweit er Schutzvorschriften zu Gunsten des Endkunden enthält.³¹ Daraus ist indessen nicht zu schließen, dass der Eigentümer der Inhouse-Verkabelung unbefugt ist, ein Entgelt für die Nutzung durch den Anbieter zu verlangen. Dem entspricht im Ergebnis die unter I. dargestellte GdW/DTAG-Vereinbarung aus 2007 mit einem lediglich anders benannten Nutzungsentgelt.

2. Bei Fortbestand der bestehenden Gestattung: Nutzungsrecht der DTAG für Triple-Play/VDSL?

Unter der Annahme, dass die bestehenden Gestattungsverhältnisse fortgeführt werden, erhebt sich die Frage, ob trotz des Eigentums hinsichtlich der Telefonleitungen eine Duldungspflicht des Gebäudeeigentümers insoweit besteht, als die DTAG neben Telefonie auch Internet und Television etc. anbietet. Dagegen spricht zunächst, dass zum Zeitpunkt der Gestattungserklärungen nur eine einzige Netznutzung, nämlich durch Telefonie, bekannt und technisch möglich war. Die Gestattungsgewährung ist teleologisch auf den damals bekannten Nutzungsrahmen zu reduzieren. Die einstige Erklärung des Gebäudeeigentümers lässt sich nicht dahingehend auslegen, dass er damals mit einer derartigen Nutzung der Leitungen einverstanden war. Schlagendes Indiz dafür ist insbesondere der häufig vorzufindende Vertragsabschluss mit Kabelnetzbetreibern zur Fernseh- und Hörfunkversorgung in den Gebäudebeständen mit Exklusivität zu Gunsten des Gestattungsnehmers bzw. Unterstützungspflichten des Gestattungsgebers.

Indessen dürfte § 45a TKG das Verständnis zu Grunde liegen, dass mit dem Nutzungsvertrag der Erstanbieter von TK-Diensten diese unbeschränkt erbringen kann. Ein Komplettpaket von Sprachtelefoniedienst und Internet-/Onlineanschluss ist vom § 3 Nr. 24 TKG (Legaldefinition der TK-Dienste) erfasst.³² Dem TKG wird man als Umsetzung von EG-rechtlichen Liberalisierungsrichtlinien die Tendenz entnehmen können, möglichst viele Dienste auf bestehenden und neuen Übertragungswegen zum Endkonsumenten gelangen zu lassen und Wettbewerb unter verschiedenen Netzen zu fördern. Das Nutzungsrecht i.S.d. § 45a TKG knüpft an das Subjekt (TK-Anbieter), nicht an das Objekt der Nutzung an. Insoweit soll alles erlaubt sein, was der Definition des § 3 Nr. 24 TKG unterfällt. Der

Konflikt zur Dispositionsfreiheit des Eigentümers nach BGB tritt hier deutlich hervor.

3. Duldungspflicht bezüglich der physischen Netzerweiterung?

Die DTAG hat im Zuge des Netzausbaus bei Neuinstallation von Rohren und sonstigen Anlagen oftmals neue Vereinbarungen erbeten. Es erhebt sich die Frage, ob die DTAG insoweit einen Anspruch auf Abschluss einer derartigen Vereinbarung hat. Für die Nutzung von VDSL muss ein neuer Anschluss hergestellt werden, woraus man den Schluss ziehen muss, dass damit ein zusätzliches TK-Netz i.S.d. § 3 Nr. 27 TKG angeschlossen werden soll.

Wenn auf ein neues TK-Netz nur durch physische Änderungen zugegriffen werden kann, wie dies bei den VDSL-Netzwerken der Fall ist, ist eine neue Gestattung erforderlich, da dann auch Baumaßnahmen vorgenommen werden müssen und dies nicht mehr dem Rahmen der Gestattung der ursprünglichen Grundstückseigentümergeklärung/Nutzungsverträge entspricht. Das Ergebnis liegt auf der Linie des § 45a TKG, wonach der Eigentümer eines Grundstücks einem weiteren Netzbetreiber keine zusätzliche Gestattung erteilen muss, sondern ihn auf die Mitbenutzung eines bestehenden Netzes verweisen darf. Dies gilt erst recht, wenn der Betreiber des Altnetzes nun ein zweites installieren will. Wenn diese Verweisung nicht zu einer technisch realisierbaren Nutzung des Bestandsnetzes führt und der Grundstückseigentümer sich der entsprechenden Gestattung verweigern kann,³³ so hat der TK-Netzbetreiber keinen Anspruch auf Gewährung der Gestattung. Etwas anderes kann sich nur dann ergeben, wenn ein Mieter des Eigentümers einen entsprechenden Zugang zu TK-Netzen wünscht. In einem solchen Fall ergibt sich ein mittelbarer Anspruch des Netzbetreibers, der im Informationsbedürfnis und im Grundrecht auf Informationsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG des Mieters gründet.³⁴ Ein solcher Anspruch des Mieters besteht allerdings nur dann, wenn ihm keine andere Möglichkeit zur Informationsbeschaffung eröffnet ist. Im vorliegenden Fall gibt es aber verschiedene Möglichkeiten der Informationsbeschaffung. Der Mieter kann über die herkömmlichen Telefonleitungen der DTAG bereits telefonieren und im Internet surfen, zudem kann er über das verlegte Breitbandkabelnetz eines TV-Kabelnetzbetreibers dessen Angebot verwenden, der seinerseits ggf. sogar Triple-Play anbietet. Insgesamt lässt sich festhalten, dass für die physische Installation eines VDSL-Netzwerks eine besondere Gestattung des Gebäudeeigentümers notwendig ist, indessen keine Gestattungspflicht vorliegt.³⁵

VI. Ergebnis und Handlungsoptionen

Die Inhouse-Verkabelung steht nach § 946 BGB im Eigentum des Gebäudeeigentümers. Dem steht § 95 Abs. 2 BGB nicht entgegen, da es sich mangels vertraglicher Klärung und mangels zum Zeitpunkt des Einbaus nach außen zuta-

31) *Dahlke* (o. Fußn. 18), § 45a TKG-E 2005 Rdnr. 4.

32) Vgl. *Wittern/Schuster*, in: Beck'scher Komm. zum TKG, vor § 3 Nr. 24 TKG (Legaldefinition der TK-Dienste).

33) Vgl. *Dahlke* (o. Fußn. 18), § 45a TKG-E Rdnr. 13; *Heun* (o. Fußn. 18), Teil 2 F Rdnr. 346.

34) *Heun* (o. Fußn. 18), Teil 2 F Rdnr. 348 ff.

35) Dazu fehlt es noch an veröffentlichter und hinreichend gesicherter Rspr., wie hier *LG Görlitz*, U. v. 24.7.2008 – 1 O 218/08 (unveröffentlicht) in Aufhebung einer zuvor ergangenen einstweiligen Verfügung; a.A. *LG Görlitz*, U. v. 18.7.2008 – 1 O 217/08, wo eine einstweilige Duldungsverfügung bestätigt wurde (ebenfalls unveröffentlicht).

ge getretenen Deinstallationswillens nicht um eine Einfügung „nur zu einem vorübergehenden Zweck“ handelt. § 45a TKG und der dazu vom Gesetzgeber herausgegebene Muster-Nutzungsvertrag bestätigen diesen Befund ebenso wie die Rechtspraxis. § 45a TKG regelt dabei allerdings nur das Verhältnis zwischen Bestandsnetzbetreiber und zugangswilligem Wettbewerber adäquat. Die aus dem Eigentum resultierenden Rechte und Gestaltungsmöglichkeiten des Grundstücks- und Gebäudeeigentümers werden demgegenüber stiefmütterlich behandelt.

Bei Fortbestand der bestehenden Gestattungsverträge gilt: Der Gebäudeeigentümer kann zwar selbst oder zu Gunsten eines Dritten ein weiteres Netz für einen Betrieb parallel zum DTAG-Bestandsnetz verlegen (lassen); nutzt der Dritte aber seinen Zugangsanspruch gegenüber der DTAG nach § 45a TKG, so kann der Gebäudeeigentümer gegenüber beiden TK-Diensteanbietern kein Entgelt durchsetzen. Weitet die DTAG ihr Angebot auf Triple-Play aus, so treten die Nutzungsbefugnis des Inhouse-Verkabelungseigentümers nach BGB einerseits und die Tendenz des § 45a TKG, eine solche Dienstenerweiterung ungeachtet des Willens des Gestattungsgebers zuzulassen andererseits, in Konflikt. Eine physische Netzerweiterung und damit ein

Anschluss an das neue VDSL-Ortsnetz der DTAG muss der Grundstückseigentümer indessen nicht gestatten. Dieses „Patt“ müssen die Beteiligten konsensual auflösen. Die GdW/DTAG-Vereinbarung von 2007 weist den Weg. Sein volles Nutzungsrecht erlangt der Gebäudeeigentümer erst nach Kündigung des bestehenden Gestattungsverhältnisses mit der DTAG zurück. Dann lassen sich neue Kooperationsverträge einschließlich Nutzungsentgelten durchsetzen – dem steht § 45a TKG nicht entgegen, solange die Endkunden-schützenden Bestimmungen des Mustervertrags übernommen werden. Das gilt sowohl gegenüber der DTAG wie gegenüber Dritten. Betreibt das Unternehmen der Wohnungswirtschaft sein Netz selbst weiter, rückt es in die Rechtsstellung ein, die § 45a TKG für die DTAG vorgesehen hat: Zugang muss weiteren TK-Diensteanbietern gewährt werden, aber nur gegen Entgelt.

Michael Schmittmann

Rechtsanwalt Michael Schmittmann ist Partner der Sozietät Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf. Dem Beitrag liegt ein Gutachten des Verfassers unter Mitarbeit der Kollegen Dr. Wolfgang von Reinersdorff, LL.M. und Philip Kempermann, LL.M. für ein norddeutsches Unternehmen der Wohnungswirtschaft zu Grunde.

