

„Realofferte“ bei öffentlichen Versorgungsleistungen: Vertragspartner des Versorgungsunternehmens ist der Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss – ggf. auch der Untermieter als alleiniger Nutzer

BGH, Beschluss vom 5. Juni 2018 – VIII ZR 253/17¹

Die sog. Realofferte ist bekanntlich ein etwas eigenartiges Rechtsinstitut, das auf die besonderen Verhältnisse öffentlicher Versorgungsleistungen (Gas, Wasser, Strom oder Fernwärme) zugeschnitten ist und vor allem den berechtigten Interessen der Versorgungsunternehmen Rechnung trägt. Das wesentliche Merkmal der Realofferte ist die Begründung der Vertragsbeziehung zwischen dem Versorger und dem Abnehmer allein durch die tatsächlichen Verhältnisse – konkret: *Vertragspartner* des Versorgungsunternehmens wird *die Person, die die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt*. Dies hat der VIII. Senat des BGH im Rahmen seiner Zuständigkeit für das Kaufrecht zuletzt mit zwei Grundsatzurteilen vom 2. und 22. Juli 2014 entschieden, auf die er in dem aktuellen Beschluss Bezug nimmt. In dem einen Fall ging es um die Stromlieferung für eine kleine Gaststätte², in dem anderen Fall um die Gaslieferung für ein Einfamilienhaus.³ Voraussetzung einer Realofferte ist aber stets, dass *kein schriftlicher (oder mündlich geschlossener) Vertrag mit dem Versorgungsunternehmen besteht* und es deshalb auf die tatsächlichen Gegebenheiten, also das konkludente Leistungsangebot des Versorgers und die ebenso konkludente Annahme dieses Angebots durch tatsächlichen Abnehmer ankommt.

Für den „Gaststättenfall“ hat der BGH folgenden, etwas längeren, aber sehr aussagekräftigen Leitsatz formuliert:

In dem Leistungsangebot eines Versorgungsunternehmens ist grundsätzlich ein Vertragsangebot zum Abschluss eines Versorgungsvertrags in Form einer sogenannten Realofferte zu sehen, die von demjenigen konkludent angenommen wird, der aus dem Leitungsnetz des Versorgungsunternehmens Elektrizität, Gas, Wasser oder Fernwärme entnimmt.

Empfänger der Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrags ist typischerweise derjenige, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübt. Im Falle einer Vermietung oder Verpachtung (hier: einer Gaststätte) steht diese tatsächliche Verfügungsgewalt entsprechend der aus dem Miet- oder Pachtvertrag folgenden rechtlichen Befugnis dem Mieter oder

¹ bislang nur in juris veröffentlicht (Stand 4. August 2018); es handelt sich um einen Hinweisbeschluss über die beabsichtigte Zurückweisung der Revision durch einstimmigen Beschluss dem. § 552a ZPO. Die tatsächlichen Verhältnisse sind dementsprechend relativ knapp wiedergegeben; die Entscheidungen der Vorinstanzen sind nicht veröffentlicht. Nach dem Beschluss vom 5. Juni 2018 hat die Klägerin – das Versorgungsunternehmen – ihre Revision zurückgenommen. Das Berufungsurteil ist damit rechtskräftig.

² VIII ZR 316/13, BGHZ 202, 17 = Grundeigentum 2014, 1197 = NZM 2014, 705 = WuM 2014, 615 = NJW 2014, 3184 = CuR 2014, 136

³ VIII ZR 313/13, BGHZ 202, 158 = WuM 2014, 618 = NZM 2014, 702 = NJW 2014, 3150 = CuR 2014, 139

Pächter zu. Hierbei kommt es - ähnlich wie bei unternehmensbezogenen Geschäften - nicht darauf an, ob dem Energieversorger die Identität des Inhabers der tatsächlichen Verfügungsgewalt bekannt ist.

Diese auf den Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss weisenden Grundsätze gelten nur dann nicht, wenn gegenläufige Anhaltspunkte vorhanden sind, die im Einzelfall unübersehbar in eine andere Richtung weisen, oder wenn der Abnehmer der Versorgungsleistung bereits anderweitig feststeht, weil das Versorgungsunternehmen oder der Abnehmer zuvor mit einem Dritten eine Liefervereinbarung geschlossen haben.

Im Hinblick auf diese grundsätzliche Klärung der Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Realofferte hat der BGH zwar in dem Beschluss vom 5. Juni 2018 einen Grund für die Zulassung der Revision verneint, dennoch aber mehrere neue Gesichtspunkte angesprochen, die für die Praxis der Wohnungswirtschaft und ebenso für die Mieter und Mieterverbände von Bedeutung sind.

Der Fall:

Der Mieter hat die mit einer Gasetagenheizung versorgte Wohnung vollständig an einen Dritten untervermietet und ihm auch sämtliche Wohnungsschlüssel übergeben. Ein schriftlicher Untermietvertrag bestand nicht; das Einverständnis des Vermieters hatte der Mieter nicht eingeholt. Das Versorgungsunternehmen hat den Mieter wegen der Bezahlung der Gaslieferungen in Anspruch genommen. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, jedoch die Revision zugelassen, weil es eine höchstrichterliche Klärung der Frage, ob in einem Fall wie dem vorliegenden sich das Realangebot des Versorgungsunternehmens allein an den Untermieter oder an den Mieter und den Untermieter gemeinsam richtet, für notwendig hält.

Die Entscheidung:

Der VIII. Senat hat sowohl die Grundsatzbedeutung dieser Frage und darüber hinaus – im Rahmen der (verfassungsrechtlich) gebotenen materiellrechtlichen Prüfung – auch die Erfolgsaussicht der Revision des Versorgungsunternehmens verneint.

(1) *Die Grundsätze der Realofferte sind geklärt*

(a) *Der „Normalfall“: Ein einzelner Mieter*

An dem Grundsatz, dass sich die Realofferte des Versorgungsunternehmens an den Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt richtet, hält der Senat ohne Einschränkung fest. Und er fährt an dieser Stelle fort: „*Dass dies im Falle der (vollständigen) Untervermietung – anders als bei einer Vermietung an mehrere Mieter – allein der Untermieter ist, liegt auf der Hand...*“⁴

⁴ Rn. 2

(b) *Der Sonderfall: Mehrheit von Mietern und gegenseitige Vertretung*

Zum besseren Verständnis sei an dieser Stelle hinzugefügt, dass bei einer Vermietung an mehrere Mieter die Realofferte des Versorgungsunternehmens in der Regel *von demjenigen, der die Energie entnimmt, konkludent sowohl für sich selbst als auch im Wege der – jedenfalls nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht gegebenen – Stellvertretung für die Mitmieter angenommen wird*. Dies hat der Senat in seinem bereits erwähnten Grundsatzurteil vom 22. Juli 2014⁵ für eine Fallgestaltung ausgesprochen, in der der Mietvertrag von zwei Personen unterschrieben worden war, von denen allerdings nur *eine* Person tatsächlich die Wohnung nutzte (und Energie verbrauchte), während die andere eine eigene Wohnung hatte, die verfahrensgegenständliche Mietwohnung nur gelegentlich nutzte und den Mietvertrag lediglich aus Gründen der „Bonität“ unterzeichnet hatte. An ihrer Eigenschaft als (Mit-)Mieter und demzufolge an ihrer Stellvertretung durch den tatsächlichen Nutzer der Wohnung mit der weiteren Folge ihrer Haftung nach den Grundsätzen der (angenommenen) Realofferte änderte dieser Umstand nichts.⁶

(2) *Keine Erfolgsaussicht der Revision: Kein Vertragsverhältnis mit dem ausgezogenen Mieter*

(a) *Der Untermieter als alleiniger Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt*

Die Realofferte des Versorgungsunternehmens richtet sich, wie erwähnt, an den Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt. Bei der Gasetagenheizung, um die es hier geht, liegt der Übergabepunkt regelmäßig in der Wohnung – so auch im vorliegenden Fall.⁷ Da der Mieter entsprechend dem abgeschlossenen Untermietvertrag *die gesamte Wohnung* (und nicht nur ein einzelnes Zimmer) an den Untermieter übergeben und ihm die Wohnungsschlüssel überlassen hatte, lag in dem maßgebenden Zeitpunkt (der in dem Beschluss allerdings nicht kalendermäßig genannt ist) die *tatsächliche Verfügungsgewalt* über den Versorgungsanschluss *ausschließlich beim Untermieter* mit der Folge, dass sich die Realofferte allein an ihn richtete. Der Mieter hatte die Sachherrschaft und Verfügungsgewalt zu diesem Zeitpunkt bereits verloren, konnte mithin nicht mehr „Adressat“ der Realofferte sein.⁸

Als Übergabepunkt bezeichnet der Senat an dieser Stelle noch etwas unpräzise „die Räume und die darin befindlichen Versorgungsanschlüsse“⁹. Bei der Gasetagenheizung dürfte es aber wohl nur einen einzigen Versorgungsanschluss, nämlich den Anschluss am Heizgerät selbst geben. Dies stellt der Beschluss etwas später mit der *Definition des konkreten Über-*

⁵ VIII ZR 313/13, s.o. Fn. 3

⁶ Urteil vom 22. Juli 2014 aaO, Rn. 19 - 22

⁷ Rn. 4

⁸ Rn. 4 und 9

⁹ Rn. 4

gabepunktes als „dem allein zur Wohnung gehörenden Gasanschluss der Gasetagenheizung“¹⁰ klar.

Ob in der Wohnung sonstige gasbetriebene Geräte (Warmwasseraufbereitung, Herd) vorhanden waren, lässt sich dem Beschluss nicht entnehmen, würde aber an der (alleinigen) Verfügungsgewalt des Untermieters nichts ändern.

(b) *Eine Ausnahme: Anderweitige Liefervereinbarung mit einem Dritten*

An dieser Sach- und Rechtslage ändert entgegen der Auffassung der Revision auch der Umstand nichts, dass der Mieter mit dem Untermieter eine „pauschale Untermiete“ vereinbart hatte. Die tatsächliche Verfügungsgewalt liegt nach der Verkehrsauffassung beim Mieter, für den Untermieter gilt nichts anderes. *Eine andere Sichtweise ist nur in den Fällen geboten, in denen gegenläufige Anhaltspunkte vorhanden sind, die unübersehbar in eine andere Richtung weisen, oder wenn der Abnehmer der Versorgungsleistungen bereits anderweit feststeht, weil das Versorgungsunternehmen oder der Abnehmer zuvor mit einem Dritten eine Liefervereinbarung geschlossen haben, in der die - nur einmal fließende - Leistung eingebettet ist.*¹¹

Was mit der etwas abstrakten Formulierung „...gegenläufige Anhaltspunkte..., die unübersehbar in eine andere Richtung weisen“ konkret gemeint ist, macht der Senat weder hier noch an der in Bezug genommenen „Quelle“ des Urteils vom 22. Juli 2014 deutlich. Zur Klarstellung sinnvoll und notwendig ist aber der Hinweis auf eine etwaige Liefervereinbarung des Versorgungsunternehmens (oder des Abnehmers) mit einem Dritten. Im Klartext: Hat das Versorgungsunternehmen beispielsweise mit dem Eigentümer (Vermieter) als Dritten einen Liefervertrag abgeschlossen, so ist naturgemäß dieser Dritte zur Zahlung des Entgelts verpflichtet, *eine Realofferte als Mittel zur Schließung einer Rechtslücke in der Beziehung Versorgungsunternehmen – Abnehmer scheidet dann von vornherein aus.*

(c) *Wichtig: Mietrechtliche Betriebskosten-Praxis und ihre Bedeutung für die Realofferte*

Ein wichtiges weiteres Argument für die Annahme, dass der Mieter in aller Regel als Empfänger des Lieferangebots (der Realofferte) des Versorgungsunternehmens anzusehen ist, fügt der Senat an: Angesichts der heute „fast ausnahmslos praktizierten Abwälzung der Betriebskosten auf den Mieter“ ist zu erwarten, dass der Mieter den Vertrag direkt mit dem Versorgungsunternehmen abschließt und damit der „Umweg“ über einen Vertragsabschluss des Vermieters und eine Abrechnung der Betriebskosten eingespart wird. „Diese Praxis kann bei der Beurteilung der Realofferte eines Versorgungsunternehmens im Massengeschäft der Energieversorgung nicht unberücksichtigt bleiben und führt dazu, den Mieter als Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über den *Versorgungsanschluss ungeachtet etwaiger be-*

¹⁰ Rn. 8

¹¹ Rn. 6 unter Bezugnahme auf das Urteil v. 22. Juli 2014 aaO, Rn. 18

*sonderer Vereinbarungen über pauschal zu tragende Betriebskosten oder eine "Pauschal-miete" als den Empfänger des Lieferangebots des Versorgungsunternehmens anzusehen.*¹²

Für die Praxis diese – auf den ersten Blick fast beiläufige – Anmerkung zweifellos wichtig, weil sie etwaige Zweifel, die sich im Einzelfall aus besonderen Absprachen über die Art und Weise der Betriebskostenabwälzung ergeben könnten, mit einer sachgerechten und überzeugenden Begründung beseitigt.

(d) Die Form des Untermietvertrages und ähnliche Besonderheiten sind irrelevant

Das Bild einer relativ kurz, aber dennoch umfassend und überzeugend begründeten Entscheidung rundet die Bemerkung des Senats ab, weder der Umstand, dass der Untermietvertrag nur mündlich und ohne das Einverständnis des Vermieters abgeschlossen wurde, noch die Beendigung des bisherigen Liefervertrages mit einem anderen Energieanbieter änderten etwas daran, dass *nach der Verkehrsauffassung* nicht der Mieter, sondern *der Untermieter die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt ausübte*. Denn bei allen diesen Besonderheiten handelt es sich „*nicht um Umstände, die unübersehbar in einen andere Richtung weisen* als (zu einem) Angebot an den Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt.“¹³

Als Ausnahme für die Beurteilung der tatsächlichen Verfügungsgewalt nennt der Senat lediglich in einem Klammerzusatz „Hausbesetzer“¹⁴ – eine scheinbare Kleinigkeit, wichtig aber als Klarstellung im Zusammenhang mit der insoweit maßgebenden *Verkehrsanschauung*; dass ein Energielieferant (oder ein vergleichbarer Versorger) sein Lieferangebot, also seine Realofferte, nicht an Personen richtet, die sich in strafbarer Weise die Verfügungsgewalt über den Übergabepunkt verschafft haben, liegt auf der Hand.

Anmerkungen

Der Beschluss vom 5. Juni 2018 ist ein typisches Beispiel für Entscheidungen des VIII. Senats, die auf den ersten Blick eher unwichtig erscheinen, deren volle Bedeutung sich aber bei der Lektüre erschließt, und deren Begründung so umfassend und überzeugend ist, dass ihre Kenntnis für die Praxis geradezu unverzichtbar erscheint.

(1) Zusammenfassung: Grundsätze der Realofferte

Im „Normalfall“, also bei Existenz eines Liefervertrages für Gas, Elektrizität, Fernwärme oder Wasser, besteht kein Anlass und keine Rechtfertigung für den Rückgriff auf eine Realofferte. Diese Rechtsfigur dient, wie erwähnt, *ausschließlich dazu, die rechtliche Lücke zwischen dem Lieferangebot des Versorgungsunternehmens und dem Verhalten des verbrauchenden*

¹² Rn. 7

¹³ Rn. 8 u. 11

¹⁴ Rn. 11

Abnehmers zu schließen, wenn es an einem schriftlichen oder mündlichen Versorgungsvertrag (rechtlich: Kaufvertrag) fehlt.

Die *Realofferte* des Versorgungsunternehmens ist eine *konkludente (stillschweigende) Willenserklärung* (Lieferangebot); sie richtet sich an den Inhaber *der tatsächlichen Verfügungsgewalt* über den Anschluss am Übergabepunkt *als den, den es angeht* („to whom it may concern“). Seine Identität muss dem Versorger nicht bekannt sein.

Der Verbraucher nimmt seinerseits das Lieferangebot des Versorgungsunternehmens wiederum konkludent (stillschweigend, in schlüssiger Weise) an, *indem er das angebotene Medium* Strom, Gas, Fernwärme oder Wasser *verbraucht*. Dies beurteilt sich allein nach dem objektiven Geschehen, anders ausgedrückt: nach dem sozialtypischen Verhalten; irgendein entgegenstehender innerer Vorbehalt ist unbeachtlich.

Für den „Standardfall“ (einschließlich einer Mehrheit von Mietern) definiert der Leitsatz des Grundsatzurteils vom 22. Juli 2014¹⁵ den Komplex Realofferte wie folgt:

Das typischerweise an alle Mieter eines Grundstücks (hier: eines Einfamilienhauses) gerichtete Leistungsangebot des Energieversorgungsunternehmens (sogenannte „Realofferte“) wird in der Regel von demjenigen, der die Energie entnimmt, konkludent sowohl für sich selbst als auch im Wege der - jedenfalls nach den Grundsätzen der Duldungsvollmacht gegebenen - Stellvertretung für die Mitmieter angenommen.

(2) Die Situation im Mehrfamilienhaus

Bei einem Mehrfamilienhaus mit zwei oder mehreren Mietparteien kommt es auf die Art der Versorgung mit Wärme und Warmwasser an. Bei *einer zentralen Heiz- oder Warmwasseraufbereitungsanlage* gibt es zwangsläufig nur einen Übergabepunkt, und das ist eben der Anschluss der zentralen Anlage an das Versorgungsnetz; dann ist der Eigentümer/Vermieter Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt und damit Adressat der Realofferte. Bei der Fernwärme ist dagegen nach der Verkehrsanschauung der in der einzelnen Wohnung befindliche Wärmemengenzähler der Übergabepunkt und dementsprechend der Mieter Adressat der Realofferte. Unproblematisch ist die Situation beim Strom, für den ebenfalls der Zähler, gleichgültig ob innerhalb oder außerhalb der Wohnung, als Übergabepunkt anzusehen ist.

Für Eigentumswohnungen gelten diese Grundsätze entsprechend.

(3) Bisläng vom BGH nicht entschieden: Lieferung und Verbrauch von Wasser

Weder in dem aktuellen Beschluss noch in den beiden Grundsatzurteilen vom 2. und 22. Juli 2017 hatte der BGH Anlass, die Frage der Realofferte bei der Wasserversorgung zu entscheiden. Eine Ausnahme von den vorstehend dargelegten Grundsätzen könnte deshalb veranlasst sein, weil die Gemeinden in ihren Satzungen häufig den Grundstückseigentümer

¹⁵ VIII ZR 313/13, s.o. Fn. 3

als Anschlussberechtigten und -verpflichteten bezeichnen und diese Regelung dahin auszu-legen sein könnte, dass sich *die Realofferte an den Eigentümer richtet*.¹⁶ Stellt man auf die Verkehrsanschauung als Kriterium für die Auslegung der Offerte ab, spricht viel für diese Auffassung.

Auswirkungen für die Praxis:

Trotz der klaren Aussagen des BGH in dem Beschluss vom 5. Juni 2018 und insbesondere in den Entscheidungen vom Juli 2014 sollten Situationen, in denen auf die „Notlösung“ der Realofferte zurückgegriffen werden muss, möglichst vermieden werden. Bei der Stromversorgung ist dies mit dem heute üblichen individuellen Liefervertrag unproblematisch. Bei der Vermietung eines Einfamilienhauses sollte der Vermieter den Versorgern unverzüglich mitteilen, ab wann und an wen das Haus vermietet ist, damit die betreffenden Verträge umgestellt werden können bzw. „bei Bedarf“ der Adressat einer Realofferte zu identifizieren ist. Es bleibt aber dabei, dass bei Fehlen eines Vertrages in aller Regel entscheidend auf die tatsächlichen Verhältnisse, also die Verfügungsgewalt am Übergabepunkt, abzustellen ist. Ob die Identität des Abnehmers dem Versorger bekannt ist oder nicht, spielt keine Rolle.

¹⁶ VIII ZR 316/13 aaO, Rn. 15; VIII ZR 313/13, Rn. 17, jeweils m.w.Nachw.