

Sachgebiet:

BVerwGE: ja
Fachpresse: ja

Wirtschaftsverwaltungsrecht einschließlich des Spielbankenrechts und des Wett- und Lotterierechts, des Ladenschlussrechts und des Arbeitszeitrechts

Sachgebietsergänzung:

hier: Mess- und Eichrecht

Rechtsquelle/n:

RL 2002/19/EG	Art. 2 Buchst. c
RL 2002/21/EG	Art. 2 Buchst. m
RL 2014/32/EU	Art. 1 und 3 Abs. 1, Art. 4 Nr. 8 bis 12, Art. 8 ff., Erwägungsgründe 7, 11 und 15 f.
GG	Art. 20 und 103 Abs. 2
MessEG	§ 3 Nr. 22, § 6 Abs. 2 und 3, § 23 Abs. 2 und 3 Satz 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 und 2 Nr. 5, § 37 Abs. 1 Satz 2, § 55 Abs. 1 Satz 1
VwGO	§ 113 Abs. 1 Satz 4
TKG a.F.	§ 3 Nr. 1
HeizkostenV	§§ 4 bis 6 und 8

Titelzeile:

Anzeigepflicht nach § 32 Abs. 1 MessEG bei Identität von Verwender und Messwert-erfasser oder "Messdienstleister"

Leitsätze:

1. Das Betreiben eines Messgeräts im Sinne des § 3 Nr. 22 MessEG setzt neben einer gewissen Stetigkeit die Funktionsherrschaft über das Messgerät voraus. Darunter ist die tatsächliche und rechtliche Kontrolle über die Gesamtheit der für die ordnungsgemäße Messtätigkeit erforderlichen Funktionen des Geräts zu verstehen.
2. Die rechtliche Kontrolle über die Gerätefunktionen kann auf dinglichen oder vertraglichen Rechten beruhen. Sie steht dem Vermieter des Messgeräts zu, wenn dieser sich vertraglich ausschließliche oder den Befugnissen anderer vorgehende wesentliche Kontroll- und Zugriffsrechte vorbehalten hat.
3. Zur tatsächlichen Kontrolle genügt die Möglichkeit, die Zugriffsbefugnis auf vertraglicher Grundlage auszuüben.

Urteil des 8. Senats vom 10. Dezember 2020 - BVerwG 8 C 26.20



- I. VG Köln vom 10. März 2016
Az: VG 1 K 6502/15
- II. OVG Münster vom 6. Juni 2019
Az: OVG 4 A 804/16



Bundesverwaltungsgericht

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 8 C 26.20
OVG 4 A 804/16

Verkündet
am 10. Dezember 2020

...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 8. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 2020
durch die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Held-Daab,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Hooch,
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Keller,
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Rublack und
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Dr. Seegmüller

für Recht erkannt:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer Ordnungsverfügung, mit der der Klägerin aufgegeben wurde, die Verwendung von Messgeräten anzuzeigen.
- 2 Die Klägerin bietet Immobilieneigentümern die Erfassung und Abrechnung des Heizenergie- und Wasserverbrauchs sowie die Vermietung, Wartung und den regelmäßigen Austausch entsprechender Messgeräte an. Die B. e.G. in K. (B.) bestellte im Jahr 2010 für eines ihrer Mietwohnhäuser 14 Warmwasserzähler zur Miete mit Montage. Nach den einbezogenen Miet-AGB der Klägerin blieben die Messgeräte in deren Eigentum und wurden ausschließlich von ihr unterhalten und erneuert. Der zusätzlich mit der B. vereinbarte Abrechnungsservice umfasste nach den Abrechnungs-AGB der Klägerin die Aufnahme aller für die Abrechnung erforderlichen Daten in den Abrechnungsbetrag, die gegebenenfalls erforderliche Programmierung der Geräte, die Anmeldung und das Durchführen der Ablesung sowie das Erstellen und den Versand der Abrechnung.
- 3 Am 9. Juli 2015 tauschte die Klägerin die Warmwasserzähler aus. Der Landesbetrieb Mess- und Eichwesen Nordrhein-Westfalen (Landesbetrieb) erfuhr davon durch eine E-Mail der B. mit einem Anhang, der verschiedene Vertragsunterlagen und Montageformulare enthielt. Daraufhin forderte der Landesbetrieb die Klägerin nach Anhörung mit Ordnungsverfügung vom 27. Oktober 2015 auf, die neuen Zähler gemäß § 32 Abs. 1 des Mess- und Eichgesetzes (MessEG) anzuzeigen. Die Klägerin hat die Verfügung angefochten und später auch die Feststellung begehrt, sie verwende die Zähler nicht im Sinne des § 3 Nr. 22 MessEG. Verwender sei stets der Gebäudeeigentümer. Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen.
- 4 Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufung der Klägerin als unbegründet zurückgewiesen. Die Verpflichtung zur Anzeige der Zähler sei von § 55 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 und § 3 Nr. 22 MessEG gedeckt. Zu den nach § 55 MessEG durchzusetzenden Anforderungen zähle die Pflicht des Verwenders

neuer Messgeräte, diese der zuständigen Behörde gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 MesseG innerhalb von sechs Wochen nach Inbetriebnahme anzuzeigen. Als Verwenden eines Messgeräts definiere § 3 Nr. 22 MesseG das erforderliche Betreiben oder Bereithalten solcher Geräte zur Bestimmung von Messwerten im geschäftlichen oder amtlichen Verkehr. Die Warmwasserzähler dienen diesem Zweck. Betreiber sei, wer die Funktionsherrschaft innehat, also die rechtliche und tatsächliche Kontrolle über die Gerätefunktionen ausübt. Das sei derjenige, der das Gerät bereitstellt oder dazu befugt ist, es einrichtet, betreibt, kontrolliert oder zur Verfügung stellt und die Möglichkeit hat, es zum bestimmungsgemäßen Zweck zu nutzen sowie über die Nutzung zu diesem Zweck zu bestimmen. Der davon zu unterscheidende Verwender der Messwerte (§ 3 Nr. 23 und § 33 Abs. 2 MesseG) könne, müsse aber nicht mit dem Verwender des Messgeräts identisch sein.

- 5 Die Klägerin sei Verwenderin der Warmwasserzähler, weil sie diese betreibe. Ihre Verträge mit der B. vermittelten ihr nicht nur kurzfristig die rechtliche und tatsächliche Funktionsherrschaft über die Geräte. Die Miet-AGB behielten ihr in Verbindung mit der Vereinbarung über den Abrechnungsservice umfassende Einwirkungsrechte vor, sodass ihr wesentliche Kontroll- und Zugriffsbefugnisse bezüglich der Geräte und des Ablesens von Messwerten verblieben. Beide Verträge bildeten ein Dienstleistungspaket mit dem Zweck, der B. jede eigene nach der Heizkostenverordnung erforderliche Verwendung der Geräte abzunehmen und die Verantwortung für alle nötigen Zugriffe bei der Klägerin zu belassen. Unschädlich sei, dass die Klägerin nur mittelbaren Besitz an den Geräten habe und den Zugang dazu nicht unmittelbar gegenüber den Wohnungsmietern erzwingen könne. Es genüge, dass sie die rechtliche und tatsächliche Kontrolle auf vertraglicher Grundlage ausübe und keine die Vertragsdurchführung ausschließenden Zugangshindernisse bestünden.
- 6 Die Anzeigepflicht der Klägerin sei unionsrechtskonform, weil sie nicht an deren Händlertätigkeit, sondern an das Verwenden der Messgeräte anknüpfe und die Verwendungsüberwachung nicht harmonisiert sei.

- 7 Die Aufforderung zur Anzeige sei auch ermessensfehlerfrei. Ein Auswahlermes-
sen habe nicht bestanden, weil nur die Klägerin und nicht - auch - die B. Ver-
wenderin der Messgeräte sei. Die Zwischenfeststellungsklage sei nach § 173 Satz
1 VwGO i.V.m. § 256 Abs. 2 ZPO zulässig, aber ebenfalls unbegründet.
- 8 Mit ihrer vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Revision hat die Klägerin
die fehlerhafte Anwendung des § 32 Abs. 1 MessEG, die unzutreffende Ausle-
gung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sowie einen Verstoß gegen das Be-
stimmtheitsgebot und gegen unionsrechtliche Vorschriften gerügt.
- 9 Am 2. Dezember 2020 hat die Klägerin die verfahrensgegenständlichen Zähler
ausgetauscht und sodann den Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt er-
klärt. Dazu hat sie Montageunterlagen und ein Geräteverzeichnis vorgelegt. Das
Verzeichnis erläutert, Verwender der Geräte sei nach Auffassung des Beklagten
die Klägerin und nach deren Auffassung die B.; es gibt die Anschriften beider
Unternehmen an.
- 10 Die Klägerin beantragt,

festzustellen, dass der Rechtsstreit in der Hauptsache erle-
digt ist.
- 11 Hilfsweise beantragt sie,

das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land
Nordrhein-Westfalen vom 6. Juni 2019 und das Urteil des
Verwaltungsgerichts Köln vom 10. März 2016, soweit die-
ses Ziffer 1 der Ordnungsverfügung des Beklagten vom
27. Oktober 2015 betrifft, zu ändern und diese Ziffer auf-
zuheben,

sowie

festzustellen, dass die Klägerin die am 9. Juli 2015 in der
Liegenschaft P.-Straße ... in ... K. eingebauten und in der
genannten Ordnungsverfügung mit Seriennummern be-
zeichneten Warmwasserzähler nicht im Sinne des § 3
Nr. 22 MessEG verwendet.

12 Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

13 Er widerspricht der Erledigungserklärung und beruft sich auf ein berechtigtes Interesse an einer Sachentscheidung. Die Klärung der Frage, ob die Klägerin Verwenderin der Messgeräte sei, bleibe auch nach der Neufassung des § 32 Abs. 1 MessEG für deren Anzeigepflicht und für eine effektive Verwendungsüberwachung von Bedeutung.

II

14 Die zulässige Revision ist unbegründet. Das angegriffene Urteil hat die Berufung der Klägerin zu Recht zurückgewiesen (§ 137 Abs. 1, § 144 Abs. 4 VwGO).

15 Nachdem die Klägerin den Rechtsstreit für in der Hauptsache erledigt erklärt und der Beklagte dieser Erklärung widersprochen hat, beschränkt sich der Rechtsstreit auf die Frage, ob eine Erledigung in der Hauptsache eingetreten ist (BVerwG, Urteil vom 19. Februar 1981 - 8 C 49.79 - Buchholz 448.0 § 21 WPflG Nr. 30). Der entsprechende Feststellungsantrag der Klägerin ist zulässig (1.), aber nicht begründet (2.). Gleiches gilt für die hilfsweise aufrecht erhaltenen Sachanträge (3.).

16 1. Nach einseitiger Erledigungserklärung darf das Klagebegehren auch im Revisionsverfahren auf den Antrag umgestellt werden, die Erledigung der Hauptsache festzustellen. § 142 Abs. 1 Satz 1 VwGO steht dem nicht entgegen (§ 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 3 ZPO; BVerwG, Urteile vom 25. April 1989 - 9 C 61.88 - BVerwGE 82, 41 <44> und vom 28. Oktober 1999 - 7 C 32.98 - BVerwGE 110, 17 <19 f.>).

- 17 2. Der Feststellungsantrag ist unbegründet. Zwar hat sich die angefochtene Verfügung nach Klageerhebung objektiv erledigt (a). Wegen des schutzwürdigen Interesses des Beklagten an einer Sachentscheidung kann die begehrte Feststellung jedoch nur getroffen werden, wenn die ursprüngliche Klage zulässig und begründet war, sodass (erst) das erledigende Ereignis ihr die Grundlage entzogen hat (b). Das trifft weder auf die Anfechtung der Aufforderung gemäß § 55 Abs. 1 i.V.m. § 32 Abs. 1 des Gesetzes über das Inverkehrbringen und die Bereitstellung von Messgeräten auf dem Markt, ihre Verwendung und Eichung sowie über Fertigpackungen (Mess- und Eichgesetz - MessEG) vom 25. Juli 2013 (BGBl. I S. 2722 <2723>) (c) noch auf den Zwischenfeststellungsantrag (d) zu.
- 18 a) Die Anordnung, die 14 verfahrensgegenständlichen, seit 2015 im Mietwohngebäude der B. betriebenen Warmwasserzähler anzuzeigen, ist mit dem Ausbau und Austausch der Geräte gegenstandslos geworden und hat sich damit objektiv erledigt.
- 19 b) Darüber hinaus setzt die Erledigungsfeststellung die Zulässigkeit und Begründetheit der ursprünglichen Klage voraus, wenn der Beklagte, der der einseitigen Erledigungserklärung widersprochen hat, ein schutzwürdiges Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung darüber geltend machen kann (BVerwG, Urteile vom 14. Januar 1965 - 1 C 68.61 - BVerwGE 20, 146 <149 ff.>, vom 25. April 1989 - 9 C 61.88 - BVerwGE 82, 41 <42>, vom 31. Oktober 1990 - 4 C 7.88 - BVerwGE 87, 62 <64> und vom 1. September 2011 - 5 C 21.10 - juris Rn. 11 ff. m.w.N.). Ein solches Interesse ist in Anlehnung an die Kriterien des berechtigten Feststellungsinteresses gemäß § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zu beurteilen (BVerwG, Urteil vom 20. Oktober 2010 - 6 C 20.09 - Buchholz 448.0 § 12 WPflG Nr. 215 Rn. 17; Beschluss vom 19. Dezember 2013 - 8 B 8.13 - juris Rn. 6). Danach ist das Sachentscheidungsinteresse des Beklagten schutzwürdig, wenn die gerichtliche Klärung der Rechtsbeziehungen zur Vermeidung oder Vereinfachung künftiger Rechtsstreitigkeiten zwischen den Beteiligten beiträgt, etwa, weil die streitige Frage sich im Zuge der Verwaltungspraxis des Beklagten im Verhältnis zum Kläger jederzeit erneut stellen kann (BVerwG, Urteile vom 25. März 1981 - 8 C 85.80 - Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 104 und vom 31. Oktober 1990 - 4 C 7.88 - BVerwGE 87, 62 <65, 67>; Beschluss vom 19. Dezember

2013 - 8 B 8.13 - juris Rn. 6 und 9). Davon ist hier ungeachtet der zwischenzeitlichen Änderung des § 32 Abs. 1 und 2 MessEG durch Art. 1 Nr. 2 des Ersten Gesetzes zur Änderung des Mess- und Eichgesetzes vom 11. April 2016 (BGBl. I S. 718) auszugehen.

- 20 § 32 Abs. 1 Satz 1 MessEG normiert nach wie vor - nunmehr lediglich als erste Alternative - eine Anzeigepflicht des Verwenders von Messgeräten; dabei ist die Definition des Verwenders in § 3 Nr. 22 MessEG unverändert geblieben. Die mit der zweiten Alternative des § 32 Abs. 1 Satz 1 MessEG neu eingeführte Anzeigepflicht auch desjenigen, der vom Verwender mit der Erfassung von Messwerten beauftragt wurde, geht - erstens - davon aus, dass Verwender und Messwerterfasser nicht identisch sind, und lässt - zweitens - die Anzeigepflicht des Verwenders nur entfallen, wenn dieser nachweisen kann, dass er einen Dritten mit der Erfassung der Messwerte beauftragt hat (§ 32 Abs. 1 Satz 3 Alt. 2 MessEG). Verwender, die die Messwerterfassung selbst vornehmen, bleiben danach als Verwender nach der ersten Alternative anzeigepflichtig.
- 21 Darüber hinaus bleibt die Verwendereigenschaft der Klägerin jedenfalls wegen der gesetzlichen Anforderungen an den Inhalt der Anzeige relevant. § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 MessEG verlangt die Angabe der Anschrift des Verwenders. Wie sich aus dem von der Klägerin als Anlage K 14 mit Schriftsatz vom 8. Dezember 2020 vorgelegten Geräteverzeichnis ergibt, bezeichnet sie jedoch nach wie vor nicht die eigene Anschrift als die des Verwenders, sondern teilt ihre Adresse nur unter Bestreiten der Verwendereigenschaft und gleichzeitiger Angabe der Anschrift des Immobilieneigentümers als des nach ihrer Auffassung anzeigepflichtigen Verwenders mit. Mangels eindeutiger Angaben sind künftige, durch die Klärung der Verwendereigenschaft zu vermeidende oder jedenfalls zu vereinfachende Rechtsstreitigkeiten um die Anzeigepflicht und deren ordnungsgemäße Erfüllung zwischen den Beteiligten absehbar. Außerdem liegt auf der Hand, dass eine effektive Verwendungsüberwachung erschwert wird, wenn divergierende Angaben zum Verwender nach dem Muster der Anlage K 14 den Beklagten zwingen, die Person des Verpflichteten stets neu zu ermitteln und gegebenenfalls gerichtlich klären zu lassen.

- 22 c) Die Anfechtungsklage war ursprünglich zulässig, aber unbegründet. Das angegriffene Urteil hat die Anordnung zur Anzeige der Warmwasserzähler im Ergebnis zutreffend für rechtmäßig gehalten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 23 Rechtsgrundlage der Anordnung war § 55 Abs. 1 Satz 1 MessEG in der hier maßgeblichen, bei Erlass der Ordnungsverfügung geltenden ursprünglichen Fassung. Danach treffen die zuständigen Behörden die erforderlichen Maßnahmen, wenn sie den begründeten Verdacht haben, dass Messgeräte nicht entsprechend den Anforderungen des Abschnitts 3 verwendet werden. Zu diesen Anforderungen zählt die in § 32 Abs. 1 Satz 1 MessEG normierte Pflicht desjenigen, der neue oder erneuerte Messgeräte verwendet, diese Geräte der nach Landesrecht zuständigen Behörde - hier dem Landesbetrieb - innerhalb von sechs Wochen nach Inbetriebnahme anzuzeigen. Dabei sind gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 MessEG die Geräteart, der Hersteller, die Typbezeichnung, das Jahr der Kennzeichnung des Messgeräts und die Anschrift des Verwenders anzugeben.
- 24 aa) Der begründete Verdacht einer Missachtung der Anzeigepflicht liegt schon bei konkreten Anhaltspunkten für einen Verstoß vor (Hoffmann, in: Hollinger/Schade, MessEG/MesseV, 2015, § 55 MessEG Rn. 1 i.V.m. § 55 MessEG Rn. 10). Sie waren bei Erlass der Ordnungsverfügung gegeben, weil die Klägerin die Anzeige der 2015 montierten und in Betrieb genommenen neuen Messgeräte verweigerte, die Mitteilung der B. ausdrücklich nicht als Anzeige abgegeben wurde und ihr Inhalt überdies nicht den Anforderungen des § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 MessEG entsprach. Der Text der E-Mail und deren Anhänge benannten niemanden als Verwender. Daher waren auch die Anforderungen an eine alternativ vorzunehmende Listenanzeige gemäß § 32 Abs. 2 MessEG nicht erfüllt.
- 25 bb) Die Ordnungsverfügung ging zu Recht von einer Anzeigepflicht der Klägerin als Verwenderin der verfahrensgegenständlichen Messgeräte im Sinne des § 3 Nr. 22 Buchst. a Alt. 1 MessEG aus. Danach fällt unter den Begriff des Verwendens unter anderem das erforderliche Betreiben eines Messgeräts zur Bestimmung von Messwerten im geschäftlichen Verkehr.

- 26 (1) Die Warmwasserzähler dienten der Ermittlung des anteiligen Warmwasserverbrauchs der Mieter der B. und wurden im geschäftlichen Verkehr betrieben. Ihr Einsatz erfüllte zum einen die Verpflichtung der B., die Mietwohnungen gemäß § 4 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten (Verordnung über Heizkostenabrechnung - HeizkostenV) in der Neufassung vom 5. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3250) zwecks verbrauchsabhängiger Verteilung der Warmwasserkosten gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1, § 8 Abs. 1 HeizkostenV mit entsprechenden Messgeräten auszustatten, und zum anderen - zugleich - die vertraglichen Verpflichtungen der Klägerin, im Rahmen des Gerätemietvertrages funktionsfähige Warmwasserzähler zur Verfügung zu stellen und im Rahmen des Abrechnungsservice eine verbrauchsabhängige Betriebskostenabrechnung aufgrund der gemessenen Werte vorzunehmen.
- 27 Das Betreiben der Geräte war erforderlich im Sinne des § 3 Nr. 22 Buchst. a Alt. 1 MessEG. Die Erforderlichkeit im Sinne der Vorschrift setzt lediglich voraus, dass der Einsatz der Geräte oder die Nutzung der mit ihrer Hilfe ermittelten Messwerte kraft Rechtsnorm oder vertraglicher Abrede für den geschäftlichen Verkehr relevant war (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur Neuregelung des gesetzlichen Messwesens vom 13. März 2013, BT-Drs. 17/12727 S. 39, zu § 3 Nr. 21 und 22 des Entwurfs [jetzt Nr. 22 und 23] mit dem Gegenbeispiel der flat rate). Der Auffassung der Klägerin, der Begriff müsse enger verstanden werden, weil andernfalls jedem Messgerät regelmäßig eine Mehrzahl von Verwendern zugeordnet werde, kann der Senat sich nicht anschließen. Denn Verwender im Sinne des § 3 Nr. 22 Buchst. a Alt. 1 MessEG ist nicht jeder, für dessen geschäftlichen Verkehr der Einsatz des Messgeräts relevant ist, sondern nur derjenige, der es dazu selbst bereithält oder betreibt.
- 28 (2) Betreiberin der verfahrensgegenständlichen Warmwasserzähler war die Klägerin und nicht die B.
- 29 (a) Der Begriff des Betriebens im Sinne des § 3 Nr. 22 MessEG ist nach dem Willen des Gesetzgebers ebenso wie im Telekommunikations- und Anlagenrecht zu bestimmen. Er setzt eine gewisse, über eine vorübergehende Nutzung hinausgehende Stetigkeit sowie die Funktionsherrschaft über das Gerät voraus

(BT-Drs. 17/12727 S. 39). Unter der Funktionsherrschaft ist in Anlehnung an § 3 Nr. 1 des Telekommunikationsgesetzes i.d.F. vom 25. Juli 1996 - TKG a.F. (BGBl. I S. 1120) die tatsächliche und rechtliche Kontrolle über die Gesamtheit der Funktionen zu verstehen, die zur zweckentsprechenden Leistung oder Nutzung unabdingbar erbracht werden müssen (BGH, Urteile vom 17. Juni 2005 - V ZR 202/04 - NJW-RR 2005, 1683 <1684> und vom 16. März 2012 - V ZR 98/11 - NJW-RR 2012, 1334 Rn. 10; Löwnau/Ipsen, in: Scheurle/Mayen, TKG, 3. Aufl. 2018, § 110 Rn. 13).

- 30 Von dieser Begriffskonkretisierung ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auch nach der Neufassung des Telekommunikationsgesetzes durch Gesetz vom 22. Juni 2004 (BGBl. I S. 1190) auszugehen, die keine Legaldefinition mehr enthält (BGH, Urteil vom 16. März 2012 - V ZR 98/11 - NJW-RR 2012, 1334 Rn. 10; Nolte, in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 16 Rn. 11 ff.). Insbesondere hat der Gesetzgeber - jedenfalls für das Mess- und Eichrecht - nicht die Begriffserweiterung übernommen, die das Berufungsgericht aus Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung - Zugangsrichtlinie - (Abl. EU L 108 S. 7) und Art. 2 Buchst. m der Richtlinie 2002/21/EG des Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste - Rahmenrichtlinie (Abl. EU L 108 S. 33) abgeleitet hat und die das Bereitstellen und die Befugnis dazu unter den Begriff des Betriebes fasst. Sie widerspräche der Systematik des Mess- und Eichgesetzes. Nach § 2 Nr. 1 und § 3 Nr. 22 MessEG ist das Betreiben kein Oberbegriff für diese Tätigkeiten, sondern ein Unterfall des Verwendens, das seinerseits - neben dem Vertrieb - Zweck der Bereitstellung sein kann. Im Ergebnis wirkt sich die zu weit gefasste Definition im Berufungsurteil jedoch nicht aus. Seiner fallbezogenen Rechtsanwendung legt es zutreffend nur die auf Stetigkeit und Funktionsherrschaft abstellende Begriffsbestimmung zugrunde. Dabei bezieht es das Kriterium der Funktionsherrschaft der Sache nach richtig auf das jeweilige Gerät und dessen Messvorgang.

- 31 Die für das Betreiben im Sinne des § 3 Nr. 22 MessEG erforderliche Stetigkeit liegt wegen des mehrjährigen kontinuierlichen Einsatzes der verfahrensgegenständlichen Warmwasserzähler vor. Die Klägerin hatte auch die Funktionsherrschaft im Sinne der tatsächlichen und rechtlichen Kontrolle über die Gesamtheit der für die ordnungsgemäße Messtätigkeit erforderlichen Funktionen dieser Geräte inne. Gegenteiliges folgt nicht schon daraus, dass die B. mit Abschluss des Gerätemietvertrags über Beginn und Ende des Einsatzes der gemieteten Zähler (dazu sogleich S. 13 Rn. 35) mitentschied. Ebenso wenig ist ausschlaggebend, dass die Klägerin während der Mietzeit nur mittelbaren Besitz an den in ihrem Eigentum verbleibenden Geräten hatte und den Zutritt zu deren Standorten nur aufgrund ihres Vertragsverhältnisses zur B. und nicht unmittelbar gegenüber den Wohnungsmietern durchsetzen konnte.
- 32 Die mit dem Begriff der Funktionsherrschaft vorausgesetzte Kontrolle verlangt keine umfassende tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt. Vielmehr genügt die Befugnis, über die Nutzung zum jeweiligen Zweck zu bestimmen (BGH, Urteil vom 16. März 2012 - V ZR 98/11 - NJW-RR 2012, 1334 Rn. 9 f.). Sie muss sich nicht allein auf Beginn und Ende der Nutzung, sondern auch und gerade auf die Gerätefunktion während der Nutzungsdauer beziehen. Das ist nicht mit dem von der Klägerin als Gegenbeispiel angeführten Recht zur Entscheidung über das "Stop and Go" der Signalübermittlung in der Telekommunikation zu widerlegen. Diese Entscheidung betrifft mit der Frage, ob und wann welche Signale übermittelt werden, gerade die Ausgestaltung der Nutzung der Telekommunikationsleitung im laufenden Betrieb.
- 33 (b) Die rechtliche Kontrolle liegt in der dinglichen oder vertraglichen Befugnis zum Zugriff auf die für die Messtätigkeit notwendigen Funktionen des jeweiligen Messgeräts. Das Eigentum am Messgerät ist dafür weder notwendige noch hinreichende Bedingung, weil anderen Personen durch Rechtssatz oder Rechtsgeschäft Zugriffsrechte verliehen sein können, die diejenigen des Eigentümers einschränken oder aufheben. Bei gestuften Zugriffsrechten steht die rechtliche Kontrolle derjenigen zu, deren Zugriffsbefugnis den Zugriffsrechten anderer vorgeht. Auf die von der Klägerin für maßgeblich gehaltenen Gesichtspunkte, wer den größten oder "primären" wirtschaftlichen Nutzen aus dem Einsatz des

Geräts zieht oder wessen Rechtspflichten damit erfüllt werden, kommt es nicht an. Aus ihnen folgt keine Befugnis, die Gerätefunktionen zu kontrollieren.

- 34 Danach steht dem Vermieter eines Messgeräts die rechtliche Kontrolle darüber zu, wenn er sich vertraglich ausschließliche oder den Befugnissen anderer vorgehende wesentliche Kontroll- und Zugriffsrechte vorbehalten hat (vgl. Nolte, in: Säcker, TKG, 3. Aufl. 2013, § 16 Rn. 12). Davon ist das Berufungsurteil zu Recht ausgegangen. Allerdings stellt es zur Begründung der Kontrollbefugnis der Klägerin unzutreffend auf die Kombination der Verträge über die Gerätemiete und den Abrechnungsservice ab. Richtigerweise ergibt sich diese Befugnis der Klägerin schon aus dem Gerätemietvertrag, weil dieser ihr wesentliche Kontroll- und Zugriffsrechte vorbehält. Der zusätzlich vereinbarte Abrechnungsservice hat lediglich zur Folge, dass die Klägerin auch die Messwerte der von ihr betriebenen Geräte erfasst und zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtung gegenüber der B., die Betriebskosten abzurechnen, verwendet (vgl. § 3 Nr. 23 MessEG).
- 35 Der Gerätemietvertrag behielt die Befugnis zur Wartung und zum Austausch der verfahrensgegenständlichen Geräte allein der Klägerin vor. An die Feststellungen zum Vertragswortlaut und der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist der Senat gemäß § 137 Abs. 2 VwGO gebunden, weil sie nicht mit wirksamen, substantiierten Verfahrensrügen gemäß § 139 Abs. 3 Satz 4 VwGO angegriffen wurden. Auch die berufsgerichtliche Auslegung der vertraglichen Abreden gemäß § 133 und § 157 BGB ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Nach dem gattungsschuldartig konzipierten Gerätemietvertrag waren die Zähler ausschließlich von der Klägerin zu unterhalten und zu erneuern (vgl. § 3 Nr. 1 Miet-AGB). Das schloss die Befugnis ein, die Warmwasserzähler schon vor Ende der Vertragslaufzeit - etwa bei irreparablen Defekten - eigenverantwortlich gegen gleichartige, funktionsfähige Geräte auszutauschen. Nur die Klägerin war daher befugt zu entscheiden, ob ein bestimmter Zähler installiert und in Betrieb genommen, wieder ausgebaut oder ersetzt wird, wie dies hier am 2. Dezember 2020 geschah. Mit der Befugnis zur Wartung war auch der Zugriff auf die für den Messvorgang wesentlichen Funktionen ausschließlich der Klägerin vorbehalten. Den von ihr beauftragten Drittfirmen standen keine von ihr unabhängigen, ihren Befugnissen vorgehenden Zugriffsrechte zu.

- 36 (c) Die Klägerin verfügte auch über die tatsächliche Kontrolle. Nach den revisionsrechtlich bindenden Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts konnte sie ihre rechtlichen Zugriffsbefugnisse während des Mietzeitraums ungehindert ausüben. Die Frage, welche Hindernisse die tatsächliche Kontrolle entfallen lassen könnten, bedarf daher hier keiner Erörterung.
- 37 Entgegen der Auffassung der Klägerin fehlte ihr die tatsächliche Kontrolle auch nicht etwa, weil sie ihr Zugriffsrecht nicht unmittelbar gegenüber den Wohnungsmietern durchsetzen konnte. Für die tatsächliche Kontrolle genügt die Möglichkeit, die Zugriffsbefugnis auf vertraglicher Grundlage auszuüben (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2012 - V ZR 98/11 - NJW-RR 2012, 1334 Rn. 9 f.). Sie bestand, weil die B. der Klägerin nach § 9 Nr. 5 und § 12 Nr. 1 und 2 Miet-AGB (vgl. § 9 Nr. 1 Service-AGB) bei Bedarf den Zutritt zu den Mietwohnungen zu ermöglichen hatte und ihn wegen der Verpflichtung der Wohnungsmieter, den Zutritt des Vermieters oder seiner Beauftragten für solche Zwecke zu dulden (vgl. §§ 2, 4 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 HeizkostenV), auch gerichtlich durchsetzen konnte. Die dafür von der Klägerin gewählte Bezeichnung als bloße Obliegenheit der B. wird der vertraglichen Abrede nicht gerecht. Wegen des Rechts der Klägerin zur außerordentlichen Kündigung bei Zutrittsverweigerung (§ 13 Nr. 2 Spiegelstrich 3 Service-AGB) war die B. auch vertraglich gehalten, den Zugang bei Bedarf zu gewährleisten. Jedenfalls blieb der Klägerin die Möglichkeit, mit einer solchen Kündigung einen Anspruch auf sofortige Rückgabe der Geräte zu begründen und diesen durchzusetzen, wenn die Vertragsdurchführung an Zugangshindernissen scheiterte.
- 38 (3) Die dargestellte Auslegung des Betreiberbegriffs in § 3 Nr. 22 MessEG und des daran anknüpfenden Begriffs des Verwenders in dieser Vorschrift und in § 32 Abs. 1 MessEG wird nicht durch die Neufassung des § 32 Abs. 1 MessEG widerlegt. Die Ausweitung der Anzeigepflicht auf beauftragte Dritte nach § 32 Abs. 1 Satz 1 MessEG (n.F.) tritt neben die Anzeigepflicht des Verwenders; sie soll das Anzeigeverfahren straffen und ermöglichen, die bereits bei Messdienstleistern vorhandenen Informationen zu nutzen (vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs des Ersten Gesetzes zur Änderung des Mess- und Eichgesetzes vom 6. Januar 2016 - BT-Drs. 18/7194 S. 9). Die Neuregelung lässt erkennen,

dass niemand schon deswegen, weil er Messwerte erfasst, als Verwender des Messgeräts anzusehen ist. Daraus folgt allerdings nicht, dass ein Messwerterfasser oder Messdienstleister niemals zugleich Betreiber und damit auch Verwender eines Messgeräts sein könnte. Steht die dafür maßgebliche Funktionsherrschaft dem Messwerterfasser zu, ist er als Verwender des Messgeräts anzeigepflichtig. Andernfalls trifft ihn die Anzeigepflicht als mit der Messwerterfassung beauftragten Dritten. Der dann neben ihm anzeigepflichtige, mit ihm nicht identische Verwender (vgl. BT-Drs. 17/12727 S. 39) wird erst mit dem Nachweis der Beauftragung von der Anzeigepflicht frei (§ 32 Abs. 1 Satz 1 und Satz 3 Alt. 2 MessEG).

- 39 Die entstehungsgeschichtlich gestützte, am Kriterium der Funktionsherrschaft orientierte Auslegung des Betreiberbegriffs nach § 3 Nr. 22 MessEG wird durch die systematische Unterscheidung zwischen der Verwendung von Geräten und Messwerten (§ 3 Nr. 22 und 23 MessEG) bestätigt und trägt zugleich der Differenzierung der jeweiligen Verwenderpflichten Rechnung. Die Gewährleistung ordnungsgemäßer Messtätigkeit wird nur vom Geräteverwender verlangt, der die für den Messvorgang notwendigen Funktionen kontrollieren kann (§ 31 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2, insbesondere Nr. 1 und 4 MessEG). Wer nicht das Messgerät, sondern nur die Messwerte verwendet, muss sich lediglich im Rahmen seiner Möglichkeiten der ordnungsgemäßen Verwendung des Geräts vergewissern (§ 33 Abs. 2 MessEG). Aus den datenschutzrechtlichen Erwägungen der Klägerin ergibt sich nichts Anderes. Wer Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter der gemessenen Verbrauchsdaten ist, hat für die Bestimmung des Gerätebetreibers und -verwenders nach § 3 Nr. 22 MessEG keine systematische Relevanz, weil die jeweiligen Vorschriften verschiedene Regelungsgegenstände betreffen.
- 40 Das Kriterium der Funktionsherrschaft entspricht schließlich dem Sinn und Zweck der Regelungen zur Verwendungsüberwachung von Messgeräten nach §§ 54 ff. MessEG. Sie kann nur effektiv sein, wenn der Verpflichtete zur Kontrolle der Messfunktionen des Geräts befugt und in der Lage ist. Nur dann sind ihm wirksame Abhilfemaßnahmen (§ 55 Abs. 2 Satz 1 MessEG) möglich.
- 41 (4) Die Auslegung des Betreiberbegriffs ist mit höherrangigem Recht vereinbar. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 103

Abs. 2 GG wird nicht verletzt. Ebenso wie im Telekommunikationsrecht ist der Begriff des Betriebens auch in § 3 Nr. 22 MessEG auslegungsfähig und in der dargestellten Interpretation hinreichend bestimmt. Grundrechtsverletzungen hat die Klägerin - zu Recht - nicht geltend gemacht.

42 Die Auslegung des § 3 Nr. 22 MessEG und die daraus folgende Anzeigepflicht der Klägerin gemäß § 32 Abs. 1 MessEG stehen mit dem Unionsrecht im Einklang. Dieses definiert weder den Begriff des Verwendens von Messgeräten, noch regelt es die Überwachung ihrer Verwendung. Die Richtlinie 2014/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung von Messgeräten auf dem Markt (ABl. EU L 96 S. 149) normiert nur die Anforderungen an Messgeräte, die zu deren Bereitstellung auf dem Markt oder zur Inbetriebnahme für mitgliedstaatlich vorgeschriebene Messungen erfüllt werden müssen (Art. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1, Erwägungsgrund 15 f. RL 2014/32/EU), sowie die darauf bezogenen Pflichten der als Wirtschaftsakteure bezeichneten Hersteller, Bevollmächtigten, Einführer und Händler (Art. 4 Nr. 8 bis 12, Art. 8 ff. RL 2014/32/EU; umgesetzt in § 3 Nr. 6, 3 und 4 sowie §§ 23 ff. MessEG). Dagegen ist die Verwendungsüberwachung schon bereitgestellter und in Betrieb genommener Messgeräte nicht Gegenstand der Richtlinie (Burrer, GewArch 2015, 481 <485>; Zehelein, NZM 2017, 794 <798 f., 802>). Die dazu von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Vorschriften dürfen lediglich die Bereitstellung und Inbetriebnahme unionsrechtskonformer Messgeräte nicht beeinträchtigen (vgl. Erwägungsgründe 7 und 11 RL 2014/32/EU). § 3 Nr. 22 i.V.m. § 32 Abs. 1 MessEG entspricht diesen Anforderungen. Er knüpft nicht an Tätigkeiten der Wirtschaftsakteure im sachlichen Geltungsbereich der Richtlinie an, sondern erst an die Verwendung schon bereitgestellter und in Betrieb genommener Messgeräte.

43 (5) Die Anordnung, die verfahrensgegenständlichen Warmwasserzähler anzuzeigen, war zur Durchsetzung der Anzeigepflicht erforderlich. Die E-Mail der B. nebst Anhängen genügte den Anforderungen des § 32 Abs. 1 MessEG nicht. Satz 2 der Vorschrift verlangt nach seinem Regelungszweck klare, eindeutige Angaben. Dazu genügt nicht die Übermittlung eines Konvoluts, aus dem - wie hier -

selbst bei wohlwollender Interpretation bestenfalls Rückschlüsse auf das Mitzuteilende gezogen werden können. Die Anzeige soll das Informationsdefizit der Überwachungsbehörden ausgleichen, das sich aus dem Wegfall der Ersteichung infolge der Neuregelung des Mess- und Eichrechts ergibt (BT-Drs. 17/12727 S. 46). Sie teilt der zuständigen Behörde die Inbetriebnahme von Messgeräten mit, die ohne vorherige gerätebezogene behördliche Kontrolle aufgrund typenbezogener Konformitätsbewertung und einer gerätebezogenen Konformitätserklärung des Herstellers in Verkehr gebracht werden durften (vgl. § 6 Abs. 2 und 3, § 23 Abs. 2 und 3 Satz 2 MessEG, § 9 MessEV; Kieninger/Schade, in: Hollinger/Schade, a.a.O., § 8 MessEG, Rn. 1; Burrer, GewArch 2015, 481 <482 ff.>). Nach § 32 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 MessEG ist die Postanschrift des Verwenders, zu der auch dessen Name gehört, eindeutig zu bezeichnen. Nur so erfährt die Behörde, wer nach § 31 Abs. 1 und 2 MessEG für die ordnungsgemäße Installation, die Einhaltung der Verkehrsfehlgrenzen und die Einhaltung der Frist zur Nacheichung verantwortlich ist und an wen Maßnahmen der Verwendungsüberwachung zu richten sind. Deren Effektivität bis hin zur rechtzeitigen Überprüfung der Nacheichung (§ 37 Abs. 1 Satz 2 MessEG) wäre gefährdet, wenn bei Streitigkeiten über die Identität des Verwenders die Angabe aller in Betracht kommenden Personen und Anschriften genügte.

- 44 (6) Die angegriffene Aufforderung war ermessensfehlerfrei. Ein Auswahlermes-
sen war nicht eröffnet, weil die verfahrensgegenständlichen Warmwasserzähler
nur von der Klägerin und nicht - auch - von der B. verwendet wurden. Diese war
mangels Funktionsherrschaft keine Betreiberin und auch nach den übrigen Kri-
terien des § 3 Nr. 22 MessEG keine Verwenderin dieser Geräte.
- 45 d) Die ursprünglich erhobene Zwischenfeststellungsklage war nach § 173 Satz 1
VwGO i.V.m. § 256 Abs. 2 ZPO zulässig, aber unbegründet, weil die Klägerin
Verwenderin der Warmwasserzähler war.
- 46 3. Die hilfsweise aufrecht erhaltenen Sachanträge der Klägerin haben aus den
oben zu 2. c) und d) (Rn. 22 ff. und 45) ausgeführten Gründen keinen Erfolg.

47 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Dr. Held-Daab

Hoock

Dr. Keller

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 5 000 € festgesetzt.

Dr. Held-Daab

Hoock

Dr. Keller

Dr. Rublack

Dr. Seegmüller