



Praxisvorschläge zum Umgang mit der Gutschrift der Berliner Wasserbetriebe

Auskehrung zwingend erforderlich?

In GE 3/2013 Seite 158 ff. hat sich Brückner mit der Frage befasst, wann und ob die von den BWB erteilte Gutschrift Mietern gutzuschreiben ist. Ihm widerspricht der Autor des folgenden Beitrages. Der Berliner Senat hat soeben erklärt (AH-Drs. 17/11445), dass sich seine Vertreter im Aufsichtsrat dafür einsetzen, dass die gewährte - vorläufige - Erstattung „dauerhaft erhalten“ bleibt. Das spricht auch für eine Auskehrung.

Von RA LUKAS ANDREAS WENDEROTH

Die Verunsicherung der Vermieter und einiger damit befasster Juristen, wie mit der Gutschrift der Wasserbetriebe (BWB) und ihrer drohenden Rückforderung umzugehen ist, verwundert, da die Problematik nicht neu ist und selbst der BGH mehrfach über vergleichbare Sachverhalte entschieden hat. Bei Auswertung der Rechtsprechung kann jedem Vermieter oder seinem Hausverwalter ein klarer Rat gegeben werden: *Die Gutschrift muss in die Abrechnung des entsprechenden Jahres als betragsmäßig ausgewiesener Einzelposten eingestellt und dem Mieter zugute gebracht werden.* Die Abrechnung muss einen qualifizierten schriftlich Rückforderungsvorbehalt enthalten, da der Vermieter sonst Schwierigkeiten haben wird, die Gutschrift nach Rückforderung durch die BWB von seinen Mietern zurückzubekommen. Wird die Gutschrift tatsächlich von den BWB zurückgefordert, ist eine neue Abrechnung zu erstellen.

Zuletzt hat der BGH dieses Procedere in seinem Urteil vom 12. Dezember 2012 (VIII ZR 264/12, GE 2013, 202) ausdrücklich gebilligt und allen Einwänden des Mieters wie z. B. Verjährung oder Versäumung der Abrechnungsfrist nach § 556 Abs. 3 BGB eine Absage erteilt. In diesem Fall ging es zwar um die rückwirkende Neufestsetzung der Grundsteuer, was aber rechtlich in gleicher Weise zu würdigen ist. Dort konnte der Vermieter wegen einer anstehenden Erhöhung der Grundsteuer diese nicht abschließend in die Betriebskostenabrechnungen mehrerer Jahre einstellen und behielt sich daher die Geltendmachung der Nachforderung des Finanzamtes vor. Tatsächlich wurde die Grundsteuer Jahre später höher festgesetzt, und der Vermieter berechnete sodann diese Position gegenüber dem Mieter nach – zu Recht, wie der Bundesgerichtshof befand.

Wann ist die Gutschrift einzustellen?

Die Gutschrift der BWB betrifft die Frischwasserkosten des Jahres 2012, wird aber erst 2013 durch Verrechnung dem Vermieter zugute gebracht. Dementsprechend ist die Gutschrift in die Betriebskostenabrechnung des Jahres 2013 einzustellen, wenn als Abrechnungsmethode das sog. Zufluss-

Abfluss-Prinzip vereinbart ist bzw. in die Abrechnung des Jahres 2012, wenn das Zeitabgrenzungsprinzip (Leistungsprinzip) praktiziert wird. Das Zufluss-Abfluss-Prinzip kommt überwiegend bei nicht verbrauchsabhängiger Umlage der Wasserkosten (i. d. R. nach Fläche) zur Anwendung, während das Zeitabgrenzungsprinzip überwiegend bei einer verbrauchsabhängigen Abrechnung zum Tragen kommt. Maßgeblich ist aber stets die mit dem Mieter getroffene Vereinbarung, die sich aus dem Mietvertrag oder aus der jahrelangen Abrechnungspraxis des Vermieters ergibt (vgl. BGH v. 20. Februar 2008, VIII ZR 49/07, GE 2008, 471). Beim Zufluss-Abfluss-Prinzip muss der Vermieter alle Ausgaben, aber auch Gutschriften, die innerhalb der entsprechenden Abrechnungsperiode bei ihm ein- bzw. abgehen, berücksichtigen und in die Betriebskostenabrechnung einstellen – auf welchen Zeitraum sich die Kontenbewegung bezieht, ist dabei nicht relevant. Konkret werden dabei die Wasserkosten nach der Höhe der in der Abrechnungsperiode gezahlten Abschläge sowie dem Saldo aus der Abrechnung der Vorjahre berechnet. Da die Gutschrift der Wasserbetriebe erst im Laufe des Jahres 2013 dem Vermieter zugute kommt, muss sie erst bei der Abrechnung für das Jahr 2013 Berücksichtigung finden, wofür der Vermieter bis zum 31. Dezember 2014 Zeit hat. Der Mieter hat keinen Anspruch auf eine vorzeitige Auszahlung der Gutschrift. Es empfiehlt sich jedoch zur Vermeidung von Nachfragen, in der Abrechnung des Jahres 2012 bereits die Berücksichtigung der Gutschrift im nächsten Jahre *anzukündigen*. Im Einklang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 20. Februar 2008 (aaO.) wird dies im Regelfall dazu führen, dass ein 2012 ausgezogener Mieter leer ausgeht und ein 2013 zugezogener Mieter begünstigt wird. Beim Zeitabgrenzungsprinzip ist dagegen der Abrechnungszeitraum in der Abrechnung der Wasserbetriebe maßgeblich, unabhängig davon, wann die Rechnung bezahlt wird. Dies bereitet keine Probleme, wenn die Abrechnung der Wasserbetriebe dem mietvertraglichen Abrechnungsjahr

entspricht (z. B. dem Kalenderjahr). Ist dies nicht der Fall, müssen die der Betriebskostenabrechnung zugrunde zu legenden Wasserkosten zwei Wasserrechnungen entnommen und von der Mietverwaltung hochgerechnet werden. Hier steht die Gutschrift grundsätzlich dem jeweiligen Mieter zu, der in dem entsprechenden Abrechnungszeitraum (hier also 2012) Vertragspartner des Vermieters war.

Was passiert bei Rückforderung?

Auch hier ist zu unterscheiden, welches Abrechnungsprinzip vereinbart ist. Ist das Zufluss-Abfluss-Prinzip vereinbart, hat der Vermieter grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Er kann rückwirkend neu abrechnen oder den Rückforderungsbetrag der Wasserbetriebe im Jahr des Abflusses als erhöhte Wasserkosten einstellen. Entscheidet sich der Vermieter für die Neuaufrechnung, wozu er aufgrund des erklärten Vorbehalts berechtigt ist (vgl. BGH vom 12. Dezember 2012, VIII ZR 264/12, GE 2013, 202), so muss er die neue Betriebskostenabrechnung dem Mieter innerhalb von drei Monaten nach Zugang der Rückforderungsrechnung der Wasserbetriebe zustellen (vgl. BGH vom 5. Juli 2006, VIII ZR 220/05, GE 2006, 740). Ansonsten wird es bei vereinbartem Abflussprinzip allgemein für zulässig gehalten, die Rückforderung erst in die Abrechnung des Abflussjahres einzustellen, da dies zumindest dann zu keiner Benachteiligung führt, wenn das entsprechende Mietverhältnis sowohl die Gutschrift als auch die Rückforderung umfasst (Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 6. Aufl., S. 373 unter Bezugnahme auf BGH vom 20. Februar 2008, aaO.).

Probleme gibt es aber bei Mieterwechseln. Zwar wird die Ansicht vertreten, dass zumindest bei einem Umzug innerhalb Berlins ausgeschiedener und zugezogener Mieter im Ergebnis gleichmäßig belastet werden (Brückner in GE 2013, 158), jedoch setzt dies voraus, dass Wohnungsgröße und Abrechnungsprinzip übereinstimmen. Ohne Weiteres sind Fallkonstellationen hierbei möglich, nach der ein Mieter zwei Gutschriften ohne Nachzahlung erhält, während der andere zweimal nachzahlen muss. Auch wenn die hier in Rede stehenden Gutschriften bei durchschnittlichen Mietverhältnissen im Bereich von ca. 50 € liegen dürften, könnte bei ungünstigen Fallkonstellationen bereits eine nicht hinnehmbare Ungleichbehandlung vorliegen (vgl. Langenberg, aaO. und BGH vom 20. Februar 2008, aaO.). Um diese Probleme zu vermeiden, die dazu führen können, dass der Vermieter weder vom ausgeschiedenen



noch vom aktuellen Mieter die anteilige Rückforderung der Wasserbetriebe erhält, empfiehlt sich die Neuabrechnung. Ist dagegen das Zeitabgrenzungsprinzip (Leistungsprinzip) vereinbart, muss der Vermieter rückwirkend neu abrechnen. Insbesondere bei verbrauchsabhängiger Abrechnung der Wasserkosten wird dies mit erheblichen Kosten verbunden sein. Eine theoretische Möglichkeit, eine neue, zweite Verbrauchsabrechnung für das Kalenderjahr 2012 zu vermeiden, ist es, bereits in der ursprünglichen Abrechnung für 2012 die Gutschrift der Wasserbetriebe als eigene Abrechnungsposition nachvollziehbar zu berechnen. Das könnte erfolgen, indem der prozentuale Anteil, den die Gutschrift der Wasserbetriebe auf die Frischwasserkosten ausmacht, dem Mieter auf seinen individuellen Wasserverbrauch gutgeschrieben wird. In diesen Fällen könnte sich die Neuabrechnung darauf beschränken, dass dem Mieter mitgeteilt wird, dass sich die Gesamtfrischwasserkosten um die zurückgezahlte Gutschrift erhöht hätten, so dass genau der bereits in der Erstabrechnung ausgewiesene Betrag vom Mieter dann eingefordert wird. Dieses Procedere wird aber mit deutlichen Risiken belastet sein, insbesondere, was die rechnerische Nachvollziehbarkeit anbelangt, da die Gerichte bei Betriebskostenabrechnungen insoweit hohe Anforderungen stellen.

Gibt es eine Alternative zu Auskehr des Guthabens und Neuabrechnung?

Besonders verlockend ist der hier aufgezeigte Weg nicht: Zum einen muss ein qualifizierter Vorbehalt formuliert werden, zum anderen sollte im Falle einer Rückforderung der BWB eine neue Abrechnung gelegt werden, und schließlich trägt der Vermieter das Risiko, ob die Forderung in einigen Jahren noch erfolgreich gegenüber dem Mieter durchgesetzt werden kann, z. B. weil der damalige Mieter insolvent oder unbekannt verzogen ist. Wollen Vermieter/

Verwalter sich diese Probleme ersparen, gibt es zwar Lösungsansätze dafür, die aber alle mit Risiken belastet sind!

Sofern der Vermieter mit seinem Mieter eine Nettokaltmiete mit Vorschüssen auf die Betriebskosten vereinbart hat, muss der Vermieter in der Betriebskostenabrechnung die Erstattung an die Mieter weitergeben. Das Rechtsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter zur Versorgung der Wohnung mit den mietvertraglich vereinbarten Leistungen wie Heizung, Wasser etc. weist die Züge eines *Geschäftsbesorgungsvertrages* auf, mit der Folge, dass der Vermieter über die Vorschüsse des Mieters und seine tatsächlich aufgewandten Kosten abrechnen muss (§ 259 BGB), wobei das anlässlich der Geschäftsbesorgung Erlangte analog § 667 BGB herauszugeben ist, also auch Gutschriften. Nur wenn der Vermieter mit dem Mieter eine Bruttokaltmiete oder Betriebskostenpauschale vereinbart hat, braucht er die Gutschrift nicht weiter zu geben. Die Meinung einiger Vermieter, dass sie die Gutschrift bis zur endgültigen Klärung den Mietern verschweigen, ist rechtlich nicht haltbar.

Auch der Vorschlag von Brückner in GE 2013, 158, die Gutschrift zwar abzurechnen, aber - zunächst - nicht zugunsten des Mieters auszukehren, wird einer Zahlungsklage der Mieter nicht standhalten. Nach dieser Auffassung sei die unter dem Rückforderungsvorbehalt geleistete Gutschrift der BWB nicht als Erfüllung zu werten, d. h. der Vermieter habe von den Wasserwerken nichts erlangt, was er an die Mieter herausgeben müsse – dies ändere sich erst, wenn die Rückforderung sicher ausgeschlossen werden könne, also der Vermieter die Gutschrift endgültig behalten dürfe. Die Auffassung von Brückner verkennt jedoch die rechtliche Wirkung einer Leistung unter Vorbehalt, die grundsätzlich als ordnungsgemäße Erfüllung zu werten ist (MünchKommBGB/Fetzer, 6. Aufl., § 362 Rn. 5 und Palandt/Grüneberg, BGB, 72. Aufl., § 362 Rn. 14). Dies bestätigt der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 24. November 2006 (-LwZR 6/05, NJW 2007, 1269), wo es heißt:

„Will der Schuldner lediglich dem Verständnis seiner Leistung als Anerkenntnis (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB) entgegnetreten und die Wirkung des § 814 BGB ausschließen, sich also die Möglichkeit offen halten, das Geleistete nach § 812 BGB zurückzufordern, so stellt dies die Ordnungsmäßigkeit der Erfüllung nicht in Frage. Anders ist es, wenn der Schuldner in der Weise unter Vorbehalt leistet, dass den Leistungsempfänger in einem späteren Rückforderungsstreit auch die Beweislast für das Bestehen des Anspruchs treffen soll.“

Diese Grundsätze gelten auch hinsichtlich der Gutschrift: Die BWB wollen vom Vermieter den Gutschriftsbetrag zurück, also den vollen tarifmäßigen Wasserpreis berechnen, wenn sie den Rechtsstreit gegen das Bundeskartellamt gewinnen. Mit dem Kartellrechtsstreit versuchen die BWB, den Rechtsgrund für die Gutschrift zu beseitigen und klären dabei selbst alle Rechtsfragen – eine Beweislastumkehr zu Lasten des Vermieters findet gerade nicht statt. Bis zu dieser Entscheidung kann der Vermieter frei über die Gutschrift verfügen, er ist Verfügungsberechtigter über den Geldwert, und nicht zuletzt müssen auch die BWB das in der Person des Vermieters liegende Insolvenzrisiko tragen.

Auch eine Lösung über § 259 BGB führt zu keinem anderen Ergebnis. Zutreffend ist, dass der Vermieter über die treuhänderisch eingenommenen Vorschüsse des Mieters im Rahmen der Betriebskostenabrechnung Rechenschaft abzulegen hat, und zwar über die Einnahmen und die Ausgaben. Eine Ausgabe hatte der Vermieter für das Jahr 2012 nur in Form des um die Gutschrift reduzierten Rechnungsbetrages für das Frischwasser. Dass sich die BWB hier effektiv eine Nachforderung vorbehalten haben, kann jedoch nicht dazu führen, dass der Vermieter schon jetzt eine Mehrausgabe einstellen darf, die er noch gar nicht getätigt hat, und von der niemand weiß, ob sie tatsächlich Realität wird.

Schließlich scheidet hier auch ein Zurückbehaltungsrecht aus, da es dafür nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 273 BGB stets eines *fälligen* Gegenanspruchs bedarf. Eine zurzeit noch nicht absehbare Rückforderung der 2013 gewährten Gutschrift durch die Wasserbetriebe ist aber gerade kein fälliger Gegenanspruch.

Sicherlich werden nicht alle Mieter klagen, aber die Mietervereine und Medien rotieren um dieses Thema, und die Quote der Mieter mit Rechtsschutzversicherung ist hoch. Ein verlorener Rechtsstreit wird den Vermieter im Allgemeinen das Sechsbis- bis Zehnfache des zurückbehaltenen Betrages kosten. Eine Lösung für ausziehende Mieter könnte sich aber aus dem Urteil des BGH vom 18. Januar 2006 (VIII ZR 71/05, GE 2006, 510 = NJW 2006, 1422) ergeben. Danach kann der Vermieter die Kautions für nicht fällige Abrechnungssalden aus künftigen Betriebskostenabrechnungen zurückbehalten, da insoweit § 273 BGB keine Anwendung findet. Es ist dann möglich, von der Kautions – auch – die anteilige Gutschrift der BWB bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BWB-Kartellrechtsstreits zurückzubehalten.



Hades Hausverwaltung
seit 17 Jahren Ihr Partner in Berlin und Brandenburg

WEG, Mietverwaltung
Wohn- u. Gewerbeimmobilien
Technische Betreuung
Hausmeisterservice
Nebenkosten-Benchmarking

Hades Hausverwaltung GmbH
Bismarckstr. 30
14109 Berlin (Wannsee)
030 6920 6065 0
www.Hades-Berlin.de info@hades-berlin.de