

## Beglaubigte Abschrift

I-26 U 1/22  
3 O 401/15  
Landgericht Wuppertal



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem Rechtsstreit

**ImmoPartner GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Ralf Bogatzki, Windhövel 1, 42781 Haan,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: **KORBION Rechtsanwälte GbR**,  
Duisburger Landstr. 2b, 40489  
Düsseldorf,

**gegen**

**Stadtwerke Haan GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Stefan Chemelli, Leichlinger Str. 2, 42781 Haan,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: **Rechtsanwalt Dr. Dieter Hempel**,  
Wittekindstraße 30, 44139  
Dortmund,

hat der 26. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf  
am 2. November 2022

durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht van Rossum, den Richter am  
Oberlandesgericht Tischner und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Jürging

**einstimmig beschlossen:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13.12.2021 verkündete Urteil der  
3. Zivilkammer – Einzelrichterin – des Landgerichts Wuppertal (3 O  
401/15) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 49.431,35 €.

### Gründe:

#### I.

Die Klägerin begehrt die Rückzahlung gezahlter Entgelte für die Versorgung mit Wasser durch die Beklagte.

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes wird zunächst auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 13.12.2021 Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage – nach Beweisaufnahme – abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung von 36.029,47 € ergebe sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht aus § 812 Abs.1 S.1, 1. Alt. BGB. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der für den Zähler Nr. 20626781 abgelesene Verbrauch von 15.375 m<sup>3</sup> nicht dem tatsächlichen Verbrauch entsprochen habe. Die Klägerin habe den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis, dass der Wasserverbrauch durch ein geeichtes Messgerät richtig erfasst sei, sofern es keinen Anhaltspunkt für einen technischen Defekt gebe, nicht erschüttert, denn sie habe keine Tatsachen nachgewiesen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergebe, dass der Wasserzähler gleichwohl falsch angezeigt habe. Da der Hauptanspruch nicht bestehe, habe die Klägerin auch keinen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Darlehenszinsen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiter verfolgt. Sie macht geltend, das Landgericht sei bei der Prüfung von § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB schon von einer falschen Anspruchsgrundlage ausgegangen. Auch stelle es einen erheblichen prozessualen und materiell-rechtlichen Fehler dar, dass das Landgericht die ihm obliegende Prüfung der den Verträgen der Beklagten regelmäßig, so auch hier, als allgemeine Geschäftsbedingung zugrundeliegenden AVBWasserV nicht vorgenommen habe. Die Vorschrift des § 30 AVBWasserV verstoße nicht nur gegen Art. 2, 3, 14 und 103

GG und sei verfassungswidrig, sondern auch gegen § 309 Nr. 12 BGB. Sie regle auch ersichtlich nicht die Beweislast im folgenden Rückforderungsprozess und sei nicht anzuwenden. § 31 AVBWasserV mit dem Aufrechnungsverbot verstoße gegen § 309 Nr. 3 BGB. Folge der Unwirksamkeit dieser AGB sei, dass die Beklagte die Funktionstauglichkeit (des Zählers) und die Richtigkeit der Messung und Abrechnung primär nachzuweisen habe.

Das Landgericht habe erkennbar den Begriff der Verkehrsfehlergrenzen in § 21 AVBWasserV nicht bei der Prüfung herangezogen oder ausgelegt. Dieser unbestimmte Begriff sei in den AVBWasserV nicht definiert und auch in BR-Drucks. 76/79 zu § 21 AVBWasserV offengelassen worden. Was darunter zu verstehen sei, sei nicht sicher, daher sei der Begriff bereits überraschend nach §§ 305c, 306 BGB. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07.02.2018 (VIII ZR 148/17) finde der unbestimmte Begriff „Verkehrsfehlergrenzen“ dann eine Grenze, wenn es sich um einen „offensichtlichen Fehler“ handle. Der Bundesgerichtshof habe in der o.a. Entscheidung zum dort anwendbaren, wortgleichen § 30 AVBEItV als „offensichtlichen Fehler“ mindestens das Doppelte der bisherigen von den Parteien bestätigten Messungen an Strom definiert. Die Nichtbeachtung dieser vom Bundesgerichtshof vorgegebenen „Eckpunkte“ durch das Landgericht sei – unabhängig von der rechtsfehlerhaften Einordnung – damit grob rechtswidrig und materiell-rechtlich völlig „daneben“. Zu den einzelnen Punkten, die der Bundesgerichtshof in der Entscheidung aufgeworfen habe, sei durch sie – die Klägerin – erheblicher Sachvortrag und Beweiserbieten erfolgt, zudem sei auf weitere zahlreiche Entscheidungen und Anmerkungen, sowie auch Stellungnahmen von Gutachtern – insbesondere des Privatgutachters Hofmann – hingewiesen und diese prozessual eingeführt worden. Alles das habe das Landgericht nicht beachtet und damit auch materiell-rechtlich grobe Fehler gemacht. Sie, die Klägerin, habe nachgewiesen, dass der angebliche Zulauf von Wasser in erheblich kurzer Zeit faktisch nicht möglich gewesen sei, habe auffallen müssen und theoretisch der Wasserstand bis in das erste Geschoss hätte reichen müssen.

Soweit sich das Gericht ausführlich mit der Beweiserhebung zum Zustand des untersuchten Gerätes befasst habe, sei die Beweisaufnahme unnötig gewesen und die vom Gericht dargestellte Funktionstauglichkeit nicht geeignet, eine zutreffende Entscheidung zu erlassen, denn das Landgericht habe auch übersehen, dass das Gerät beschädigt gewesen sei und die Ursache nicht aufgeklärt werden können, jedenfalls aber im Risikobereich der Beklagten liege. Die Missachtung der dokumentierten Beschädigungen sei auch deswegen eine fatale Fehleinschätzung, weil es demzufolge weder dem Prüfer bei der Befundprüfung am 16.12.2014 noch der Sachverständigen Lünemann bei ihrer Nachkontrolle überhaupt möglich gewesen sei, die gemäß TR-W19, Abschnitt 2.2.2.3, Absatz d) zwingend vorgeschriebene Untersuchung der Funktionsfähigkeit des Rollenzählwerks

zuverlässig durchzuführen. Daher sei die Befundprüfung nicht ordnungsgemäß zu Ende geführt worden und habe somit zur Bewertung der einwandfreien Funktion des Zählwerks beim bestimmungsgemäßen Gebrauch im Messbetrieb keine Beweiskraft. Die Sachverständige habe die Prüfung des Zustands des zerstörten Zählwerks nicht nach dem aktuellen Stand der Technik vorgenommen und es unterlassen, auf die aktuell zu beachtende Verwendungssituation nach § 39 der MessEV hinzuweisen. Die technischen Begründungen im Urteil seien unter Hinweis auf die Faktenlage vor Ort und dem nicht zweifelsfrei zu klärendem Verbleib des angezeigten Volumens, wie in zwei von ihr – der Klägerin – eingeholten Gutachten ausführlich beschrieben, nicht ansatzweise auf das Objekt Windhövel 1 anwendbar. Zudem habe es das Landgericht unterlassen, den Sachvortrag zum Ergebnis der Beweisaufnahme und der mündlichen Verhandlung in ihrem Schriftsatz vom 28.11.2021 zu berücksichtigen.

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen bestünden auch deshalb, weil das Landgericht weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen den Inhalt der von ihr vorgelegten Gutachten Böhm und Hofmann dargestellt habe, mit denen sich die Sachverständige zudem nicht auseinandergesetzt habe. Auch fehle eine Wiedergabe der Gutachten und Stellungnahmen der Sachverständigen Lünemann. Der „renommierte Sachverständige“ Hofmann, den sie um eine Prüfung des Tatbestandes und der Wertungen des landgerichtlichen Urteils gebeten habe, habe dazu ausgeführt, dass die Anfang des Jahres von der Beklagten in unmittelbarer Nähe des Gebäudes durchgeführten Umbauarbeiten an der Trinkwasserleitung aufgrund einschlägiger Erfahrungen eine überzeugende und plausible Erklärung für die aufgetretene Fehlanzeige durch Funktionsstörungen des Wasserzählers seien. So hätten sich Luftpfeifen in mehreren Einzelfällen als Störfaktoren von Anzeigen in Zählwerken von Wasserzählern der Bauart Nassläufer erwiesen. Dazu lägen dem Gericht zwei Gutachten vor, die beide unter Hinweis auf die örtlichen Gegebenheiten den Verbleib des angezeigten Mehrverbrauchs innerhalb von 301 Tagen zweifelsfrei als strömungstechnisch nicht möglich auswiesen und damit ausschließen würden. Die erst von der Sachverständigen Lünemann aufgedeckten, offenbar beim Ausbau des Zählwerkes aus dem Werkbecher entstandenen massiven Beschädigungen würden die Frage aufwerfen, ob diese massiven Beschädigungen mit Absicht herbeigeführt worden seien, um Feststellungen von Rollensprüngen zu erschweren oder unmöglich zu machen. Obwohl zwei Eichdirektionen bestätigt hätten, dass an einem in Einzelteile zerlegten Zählwerk – und erst recht an einem demolierten Rollenzählwerk – kein Nachweis auf Rollensprünge oder deren Ausschluss möglich sei, habe die Sachverständige in nicht nachvollziehbarer Weise diesen Stand der Technik ignoriert und nicht haltbare Aussagen zu Rollensprüngen dieses schwer beschädigten Zählwerks des Wasserzählers gemacht. Die von der Sachverständigen

bestimmten Abmessungen der Zahlenrollen und Schalttriebe seien ohne die nicht mehr feststellbaren Maße des zerstörten Gehäuses des Rollenzählwerks definitiv bedeutungslos. Die daraus resultierenden Schlussfolgerungen – nämlich kein freies Durchdrehen von Zahlenrollen dieses Rollensatzes unter „idealen Laborbedingungen“ und dessen Übertragung auf den eigentlichen Messbetrieb – seien falsch und vermittelten eine geradezu dilettantische Vorgehensweise. Luftblasen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Rollenzählwerk eingeschlossen gewesen seien, seien elastische Gebilde, deren Volumina sich bei Druckänderungen entsprechend veränderten und dabei wie mechanische Metallfedern Kräfte auf Umgebungsbauteile ausübten. Dabei könnten Zahlenrollen auseinander gedrückt oder verformt und deren Blockade durch die Schalttriebe kurzzeitig aufgehoben werden. Durch Reibungskräfte bei Bewegungen des Rollenzählwerks könnten einzelne Zahlenrollen unkontrolliert weitergedreht werden. Genau dieser Sachverhalt sei die einzige plausible Erklärung für den unkontrollierten Zählwerksfortschritt und die Anzeige des exorbitanten Volumens. Die persönliche Auffassung der Sachverständigen, dass Rollensprünge nur möglich wären, wenn Bauteile im Zählwerk sichtbar beschädigt wären oder Zahlenrollen unter Laborbedingungen sich frei durchdrehen ließen, widerspreche einschlägigen Erfahrungen aus der Praxis.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 13.12.2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Wuppertal (3 O 401/15) die Beklagte zu verurteilen,

1. an sie 36.029,47 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.01.2015 zu zahlen
2. an sie weitere 8.983,68 € und weitere 4.418,41 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Zustellung der Klageerhöhung (19.12.2019), zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung hat, worauf die Klägerin mit Beschluss vom 26.09.2022 hingewiesen worden ist, nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich

keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats auf Grund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat vollumfänglich auf die rechtlichen Ausführungen seines Hinweisbeschlusses vom 26.09.2022 Bezug, an denen er auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Klägerin im Schriftsatz vom 27.10.2022 festhält.

1. Als Anspruchsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Erstattungsanspruch wegen vermeintlich zu viel gezahlter Entgelte kommt § 21 Abs. 1 S. 1 AVBWasserV in Betracht, der in diesem Fall eine besondere Ausgestaltung des Bereicherungsanspruches darstellt. Die Klägerin rügt insoweit, der Senat habe sich nicht ausreichend mit sämtlichen in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen befasst, da er nicht alle denkbaren Einflüsse auf den Messvorgang von außerhalb sowie unerklärbare Gegebenheiten im gesamten Leitungs- und Zählerbereich, die zu falschen und unerklärbaren Zählerdarstellungen des Messgerätes führen könnten, aufgeführt und auch nicht die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV geprüft habe.

Die Vorschrift des § 21 Abs. 1 S. 1 AVBWasserV ist, wie der Senat in seinem Beschluss vom 26.09.2022 ausgeführt hat, nicht auf die dort genannten Fälle der Überschreitung der Verkehrsfehlergrenzen und Fehler in der Ermittlung des Rechnungsbetrages beschränkt, sondern umfasst alle dem Verantwortungsbereich des Versorgungsunternehmens zuzurechnenden Fehler bei der Abrechnung des Wasserverbrauchs (vgl. Schütte/Horstkotte, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 2.1, 145. Lfg. April 2021, § 21 AVBWasserV Rn. 23, 26). § 21 Abs. 1 S. 2 1. Alt. AVBWasserV (die 2. Alt. – Nichtanzeige einer Messeinrichtung – kommt hier ersichtlich nicht in Betracht) ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage in allen Fällen, in denen ein Fehler nicht einwandfrei festgestellt werden kann, sondern betrifft die Berechnung des Nachzahlungs- oder Erstattungsanspruchs, wenn die Größe eines Berechnungsfehlers i.S. des Satz 1 nicht einwandfrei festzustellen ist. Hierauf kommt es indessen nicht an, weil schon nicht festgestellt werden kann, dass überhaupt ein Berechnungsfehler nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AVBWasserV vorliegt.

Was die Rüge der unterlassenen Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB angeht, hat der Senat bereits darauf hingewiesen, dass allgemeine Versorgungsbedingungen der Wasserversorgungsunternehmen gemäß § 1 Abs. 3 AVBWasserV nur dann der

Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterliegen, wenn sie von den §§ 2 bis 34 ABWWasserV abweichen. Soweit die Klägerin auf § 310 Abs. 2 BGB verweist, der für Verträge der Energieversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht ausschließt, fehlt es schon an Vortrag, dass es sich bei dem Vertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin um einen Sonderkundenvertrag handelt. Die Beklagte hat in der Klageerwiderung vielmehr unbestritten vorgetragen, dass die Bestimmungen der ABWWasserV gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 ABWWasserV zwingend Bestandteil des mit der Beklagten geschlossenen Vertrages sind.

2. Der Senat hält daran fest, dass der Beklagten der im Vorprozess zuerkannte Anspruch auf Zahlung des Entgelts für den abgelesenen Wasserverbrauch im Zeitraum 31.12.2013 bis 31.12.2014 zusteht (§ 433 Abs. 2 BGB), weil die Klägerin nach den Feststellungen des Landgerichts den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis dafür, dass sie die von dem streitgegenständlichen Wasserzähler angezeigte Menge Wasser tatsächlich verbraucht hat, nicht erschüttert hat.

2.1. Der Beklagten, der bei einem Streit über den Umfang des Wasserverbrauchs die Beweislast dafür obliegt, dass ein technisch einwandfrei funktionierender Zähler installiert war und ordnungsgemäß abgelesen wurde, kommt für die Frage der einwandfreien technischen Funktion des Zählers eine Beweiserleichterung zugute, weil der Wasserzähler noch geeicht war und eine äußere und innere Befundprüfung durch eine staatlich anerkannte Prüfstelle keine Hinweise für eine Fehlfunktion ergeben hat. In einem derartigen Fall spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass dieser Wasserzähler den Wasserverbrauch richtig angezeigt hat, d.h. dass in der Zeit vom Einbau des Zählers bis zur Ablesung tatsächlich so viel Wasser hindurch geflossen ist, wie angezeigt wird. Die richterrechtlich anerkannte Möglichkeit, bei Vorliegen eines Erfahrungssatzes einen Anscheinsbeweis zu führen, ist eine Form der Erleichterung der Beweisführung (vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2019, Kap. 12 Rn. 23). Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich aus § 21 Abs. 1 S. 2 ABWWasserV nicht, dass nicht feststehende Umstände generell zu Lasten des Versorgungsunternehmens gehen und daher Beweiserleichterungen oder ein Anscheinsbeweis im Anwendungsbereich des § 21 Abs. 1 ABWWasserV ausgeschlossen wären. Satz 2 der Vorschrift enthält keine zwingende Vorgabe für die Feststellung des für den Erstattungsanspruch maßgeblichen Berechnungsfehlers, sondern setzt – wie bereits ausgeführt – einen solchen voraus.

Der für die Heranziehung des Anscheinsbeweises typische Lebenssachverhalt liegt, was die Klägerin verkennt, hier vor, weil die Lebenserfahrung dafür spricht, dass ein bei der Befundprüfung durch eine staatlich anerkannte Prüfstelle beanstandungsfrei arbeitender Zähler den Verbrauch zutreffend anzeigt, wie dies monatlich

millionenfach ohne Probleme funktioniert (vgl. Steenbuck, MDR 2010, 357, 361 f). Genau dieser typische Lebenssachverhalt liegt auch den im Senatsbeschluss vom 26.09.2022 angeführten Entscheidungen anderer Gerichte zugrunde, auch soweit es sich um Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte handelt. Die von der Klägerin geäußerten Bedenken, auch auf diese Entscheidungen zurückzugreifen, teilt der Senat nicht. Für die Frage des Anscheinsbeweises ist es auch unerheblich, ob der Entscheidung eine Zahlungsklage oder ein Erstattungsanspruch zugrunde lag, denn dies ändert an der grundsätzlichen Beweislastverteilung nichts (vgl. BGH, Urt. v. 07.02.2018 – VIII ZR 148/17, NJW-RR 2018, 1012, 1014 Rn. 19).

Soweit die Klägerin erneut behauptet, die innere Befundprüfung des streitgegenständlichen Wasserzählers sei nicht (vollständig) durchgeführt worden, weil „beim Öffnen des Zählwerks [...] Teile des Zählwerks nachgewiesenermaßen beschädigt“ worden seien, vermag sie damit nicht durchzudringen. Ausweislich des Prüfscheins für eine Befundprüfung der Staatlich anerkannten Prüfstelle für Meßgeräte für Wasser WH 51 vom 16.12.2014, der eine Amtsauskunft i.S. d. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und als solche ein zulässiges Beweismittel darstellt (OLG Saarbrücken, Urt. v. 28.10.2003 – 4 U 686/02 - 91, juris Rn. 50), wurden die Prüfungen entsprechend den Vorschriften der Eichordnung (EO), der „Richtlinie für die Eichung von Volumenmessgeräten für strömendes Wasser und Anforderungen an Normale, Teil 1 - Kaltwasser“ vom 08.11.2001 und der Technischen Richtlinie der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt TR-W 19 „Befundprüfung durch Eichbehörden oder staatlich anerkannte Prüfstellen“, Ausgabe: 11/11, durchgeführt (Bl. 359 ff. GA). Nach der PTB-Richtlinie TR-W 19 (Ziff. 2.2.2.3) erfolgt die innere Beschaffenheitsprüfung, bei der das Geräteinnere visuell auf bestimmte Punkte geprüft wird, am demontierten Messeinsatz und Zählwerk und umfasst bei Geräten mit mechanischem Zählwerk insbesondere dessen Untersuchung auf Funktionsfähigkeit. Der Zeuge Bocks, der seinerzeit die Prüfung durchgeführt hat, hatte zwar bei seiner Vernehmung durch das Landgericht im November 2018 keine konkrete Erinnerung mehr an die Befundprüfung des streitgegenständlichen Zählers, er hat jedoch den üblichen Ablauf einer solchen Prüfung nach der genannten PTB-Richtlinie geschildert. Danach wird der Zähler bei der Befundprüfung auch daraufhin untersucht, ob einer der Mitnehmer für eine der Rollen sich verschoben hat und daher die betroffene Rolle frei drehbar ist. Daraus, dass ein „Rollensprung“ im Protokoll nicht vermerkt ist, hat der Zeuge geschlossen, dass er einen solchen bei der Prüfung nicht festgestellt hat. Das Landgericht hat, wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss ausgeführt hat, aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme nicht festgestellt, dass die Befundprüfung durch den Zeugen Bocks unter Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik und daher fehlerhaft durchgeführt worden wäre. Insbesondere ist nicht festgestellt, dass die mutmaßlich bei der Demontage des Zählwerks entstandene Beschädigung an der auf der

unteren Lagerplatte befindlichen hinteren Wand des Käfigs vor der von dem Zeugen geschilderten Funktionsprüfung erfolgt ist. Eine Dokumentation von beim Öffnen des Zählers entstandenen Beschädigungen im Prüfbericht war nach der seinerzeit geltenden Richtlinie nicht erforderlich, wie die Sachverständige Lünemann bekundet hat.

Dem Antrag der Klägerin, eine erneute Begutachtung des streitgegenständlichen Zählers durchführen zu lassen, war nicht nachzugehen. Weder ist das Gutachten der Sachverständigen Lünemann ungenügend (§ 412 Abs. 1 ZPO), noch ist ersichtlich, dass ein anderer Sachverständiger über überlegene Forschungsmittel oder Erfahrung verfügt (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 412 Rn. 2) Die Klägerin setzt mit ihren weiteren Ausführungen im Schriftsatz vom 27.10.2022 (S. 12 bis 17) letztlich nur ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Gerichts, ohne dass sich hieraus konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ergeben.

Soweit die Klägerin auf S. 23 des vorgenannten Schriftsatzes eine Beweisvereitelung durch die Beklagte geltend macht, weil sie keine ergänzende Prüfung vor Ort nach der Richtlinie „TR-W 19 Abschnitt 2.2, Anlage D“ durchgeführt habe, ist darauf hinzuweisen, dass eine solche ergänzende Prüfung, durch die der ggf. vorhandene Einfluss der Installation auf den Zähler (Messsystem) mit in die Betrachtung der Befundprüfung einfließen soll, – außer in dem hier nicht vorliegenden Fall, dass ein Ausbau des kompletten Zählers nicht möglich ist – nur auf Antrag erfolgt. Hierauf wird in dem Antrag auf Befundprüfung (Anl. C der Richtlinie) hingewiesen. Dass die Klägerin einen solchen Antrag gestellt hat, ist nicht vorgetragen.

Unzutreffend ist die Behauptung der Klägerin, der Zeuge Bocks habe ihr durch die Beschädigung des Zählers die Möglichkeit des Gegenbeweises eines nicht einwandfreien Zustandes des Messgeräts genommen. Die bei der Befundprüfung vorzunehmende innere Beschaffenheitsprüfung führt vielmehr zwangsläufig dazu, dass keine weitere aussagekräftige messtechnische Prüfung des Messgerätes mehr möglich ist, da diese geöffnet und demontiert wird. Auch hierauf wird in dem Antrag hingewiesen. Danach ist lediglich eine weitere innere Beschaffenheitsprüfung (visuelle Prüfung) an den Bauteilen des Wasserzählers möglich, deren Ziel es sein kann, Indizien dafür zu finden, ob Beschädigungen am Mess- oder Zählwerk vorgelegen haben bzw. liegen und / oder andere Auffälligkeiten festzustellen, die Rückschluss auf das Zustandekommen des hohen Zählerstandes geben können. Eine Beurteilung des Zustands des Zählers vor der Demontage oder im Einbauzustand ist hingegen nach der Befundprüfung nicht mehr möglich (vgl. Schreiben des LBME NRW v. 18.07.2019, Bl. 480 f. GA).

2.2. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis auch nicht erschüttert hat.

2.2.1. Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 26.09.2022 ausgeführt hat, kann der Anscheinsbeweis für die Richtigkeit der Anzeige des streitgegenständlichen Wasserzählers durch den Nachweis von Tatsachen erschüttert werden, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergibt, dass dieser doch falsch angezeigt hat. Mehr hat – entgegen der Darstellung auf S. 18/19 des Schriftsatzes vom 27.10.2022 – weder das Landgericht noch der Senat verlangt. Erforderlich ist jedoch, dass die für den atypischen Ablauf sprechenden Tatsachen voll bewiesen werden (BGH, Beschl. v. 06.02.2020 – IX ZR 5/19, BeckRS 2020, 3070 Rn. 6). Bloße Zweifel am Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs genügen hingegen nicht. Erforderlich ist vielmehr der Nachweis von Umständen, die die Annahme rechtfertigen, dass gleichwohl ein derart hoher Wasserverbrauch – sei es auch durch einen Rohrbruch und/oder undichte Stellen an Wasserversorgungsgeräten – nicht aufgetreten sein kann.

Soweit die Klägerin geltend macht, der Senat sehe den Begriff „offensichtlicher Fehler“ (§ 30 Nr. 1 AVBWasserV) als Maßstab und Anspruchsgrundlage im hiesigen Verfahren an, trifft dies ersichtlich nicht zu. Die Ausführungen im Hinweisbeschluss zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs zu § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StromGVV (nicht § 30 Nr. 1 AVBEitV!) aus dem Jahre 2018 (Urt. v. 07.02.2018 – VIII ZR 148/17, NJW-RR 2018, 1012) waren durch die Auffassung der Klägerin veranlasst, der BGH habe in jener Entscheidung den auch in § 21 Abs. 1 AVBWasserV verwendeten Begriff der Verkehrsfehlergrenzen dahingehend definiert, dass die ernsthafte Möglichkeit eines offensichtlichen Fehlers bereits dann vorliege, wenn der abgerechnete Verbrauch „mindestens das Doppelte der bisherigen von den Parteien bestätigten Messungen“ betrage. Der Senat hat deutlich darauf hingewiesen, dass die Verkehrsfehlergrenzen nichts mit dem „offensichtlichen Fehler“ in § 30 Nr. 1 AVBWasserV zu tun haben.

2.2.2. Das Landgericht ist, wie der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 26.09.2022 dargelegt hat, unter Würdigung der von ihm fehlerfrei festgestellten Umstände zu Recht davon ausgegangen, dass die ernsthafte Möglichkeit einer fehlerhaften Verbrauchsanzeige nicht festgestellt werden kann. Die Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 27.10.2022 (ab S. 20), die im Wesentlichen ihre eigene – abweichende – Beweiswürdigung an die Stelle des Gerichts setzen, geben keinen Anlass zu einer anderen rechtlichen Bewertung. Soweit nunmehr behauptet wird, die – angebliche – Falschanzeige könne auch Folge mehrerer Rollensprünge derselben Zahlenrolle sein, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Landgericht aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme Rollensprünge (Zählersprünge) bei dem streitgegenständlichen Wasserzähler ausgeschlossen hat. Weder sind solche bei der durchgeführten Befundprüfung festgestellt worden, noch hat die Sachverständige bei der ergänzenden Begutachtung der Bauteile Hinweise auf den behaupteten Rollensprung (das freie Durchdrehen einer Rolle) festgestellt.

Das Landgericht hat sich auch mit der Behauptung der Klägerin auseinandergesetzt, der angezeigte Wasserverbrauch sei in dem Abrechnungszeitraum rein physikalisch gar nicht möglich gewesen. Es hat die durchgeführte Beweisaufnahme zutreffend dahingehend gewürdigt, dass jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass der hohe Verbrauch ggfs. durch defekte Wasserverbrauchsstellen wie Druckspüler, Toilettenspülkästen, Wasserhähne oder sonstige Zapfstellen innerhalb des Gebäudes verursacht worden ist. Soweit die Klägerin dem Landgericht und dem Senat mangelnde Sachkunde in mathematischer Hinsicht vorwirft, weil damit die mathematischen Gesetzmäßigkeiten der Wahrscheinlichkeit übergangen würden, so ist darauf hinzuweisen, dass es nicht darauf ankommt, wie wahrscheinlich ein gleichzeitiger unbemerkter Wasseraustritt an mehreren der rund 20 Entnahmestellen im leerstehenden Untergeschoss ist, denn auszuschließen ist ein solcher Sachverhalt jedenfalls nicht. Soweit nunmehr behauptet wird, die Leitungen im Kellergeschoss seien „abgedreht“ gewesen, ist dies gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Diese Behauptung widerspricht auch dem erstinstanzlichen Sachvortrag, wonach die Wasserhähne nur zum Teil außer Betrieb gewesen seien. Anderenfalls wäre auch nicht nachvollziehbar, dass die Zapfstellen im Untergeschoss – wie erstinstanzlich vorgetragen – „häufig“ kontrolliert worden sein sollen. Der Hausmeister in dem Gebäude, der Zeuge Della Mora, hat bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht erklärt, er wisse nicht, ob die Zapfstellen im Untergeschoss funktionsfähig gewesen seien. Dass das Wasser im Kellergeschoss abgedreht war, hat auch der Zeuge Dr. Bogatzki nicht bekundet.

3. Da der Beklagten der im Vorprozess eingeklagte Betrag zustand, kann die Klägerin, wie bereits das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, auch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Ersatz für Zinsaufwendungen, die sie im Zusammenhang mit der Bezahlung der Forderung sowie der Prozesskosten gehabt haben mag, verlangen.

### III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO.

Die Beschwer der Klägerin liegt über 20.000 €.

**van Rossum**

**Tischner**

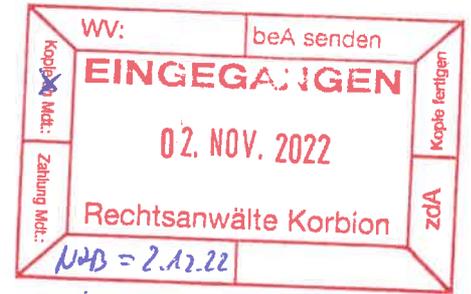
**Dr. Jürging**

Beglaubigt  
Urkundsbeamter/in der Geschäftsstelle  
Oberlandesgericht Düsseldorf



**I-26 U 1/22**  
3 O 401/15  
Landgericht Wuppertal

## Abschrift



## Oberlandesgericht Düsseldorf

### Beschluss

In dem Rechtsstreit

**ImmoPartner GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Ralf Bogatzki, Windhövel 1, 42781 Haan,

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: **KORBION** Rechtsanwälte GbR,  
Duisburger Landstr. 2b, 40489  
Düsseldorf,

**gegen**

**Stadtwerke Haan GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Stefan Chemelli, Leichlinger Str. 2, 42781 Haan,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigter: **Rechtsanwalt Dr. Dieter Hempel**,  
Wittekindstraße 30, 44139  
Dortmund,

hat der 26. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf  
am 2. November 2022

durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht van Rossum, den Richter am  
Oberlandesgericht Tischner und die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Jürging

**einstimmig beschlossen:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13.12.2021 verkündete Urteil der  
3. Zivilkammer – Einzelrichterin – des Landgerichts Wuppertal (3 O  
401/15) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das angefochtene Urteil ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung der Beklagten wegen der Kosten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 49.431,35 €.

### Gründe:

#### I.

Die Klägerin begehrt die Rückzahlung gezahlter Entgelte für die Versorgung mit Wasser durch die Beklagte.

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes wird zunächst auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 13.12.2021 Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage – nach Beweisaufnahme – abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung von 36.029,47 € ergebe sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt, insbesondere nicht aus § 812 Abs.1 S.1, 1. Alt. BGB. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe nicht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass der für den Zähler Nr. 20626781 abgelesene Verbrauch von 15.375 m<sup>3</sup> nicht dem tatsächlichen Verbrauch entsprochen habe. Die Klägerin habe den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis, dass der Wasserverbrauch durch ein geeichtes Messgerät richtig erfasst sei, sofern es keinen Anhaltspunkt für einen technischen Defekt gebe, nicht erschüttert, denn sie habe keine Tatsachen nachgewiesen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergebe, dass der Wasserzähler gleichwohl falsch angezeigt habe. Da der Hauptanspruch nicht bestehe, habe die Klägerin auch keinen Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten Darlehenszinsen.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiter verfolgt. Sie macht geltend, das Landgericht sei bei der Prüfung von § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB schon von einer falschen Anspruchsgrundlage ausgegangen. Auch stelle es einen erheblichen prozessualen und materiell-rechtlichen Fehler dar, dass das Landgericht die ihm obliegende Prüfung der den Verträgen der Beklagten regelmäßig, so auch hier, als allgemeine Geschäftsbedingung zugrundeliegenden AVBWasserV nicht vorgenommen habe. Die Vorschrift des § 30 AVBWasserV verstoße nicht nur gegen Art. 2, 3, 14 und 103

GG und sei verfassungswidrig, sondern auch gegen § 309 Nr. 12 BGB. Sie regle auch ersichtlich nicht die Beweislast im folgenden Rückforderungsprozess und sei nicht anzuwenden. § 31 AVBWasserV mit dem Aufrechnungsverbot verstoße gegen § 309 Nr. 3 BGB. Folge der Unwirksamkeit dieser AGB sei, dass die Beklagte die Funktionstauglichkeit (des Zählers) und die Richtigkeit der Messung und Abrechnung primär nachzuweisen habe.

Das Landgericht habe erkennbar den Begriff der Verkehrsfehlergrenzen in § 21 AVBWasserV nicht bei der Prüfung herangezogen oder ausgelegt. Dieser unbestimmte Begriff sei in den AVBWasserV nicht definiert und auch in BR-Drucks. 76/79 zu § 21 AVBWasserV offengelassen worden. Was darunter zu verstehen sei, sei nicht sicher, daher sei der Begriff bereits überraschend nach §§ 305c, 306 BGB. Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 07.02.2018 (VIII ZR 148/17) finde der unbestimmte Begriff „Verkehrsfehlergrenzen“ dann eine Grenze, wenn es sich um einen „offensichtlichen Fehler“ handle. Der Bundesgerichtshof habe in der o.a. Entscheidung zum dort anwendbaren, wortgleichen § 30 AVBEItV als „offensichtlichen Fehler“ mindestens das Doppelte der bisherigen von den Parteien bestätigten Messungen an Strom definiert. Die Nichtbeachtung dieser vom Bundesgerichtshof vorgegebenen „Eckpunkte“ durch das Landgericht sei – unabhängig von der rechtsfehlerhaften Einordnung – damit grob rechtswidrig und materiell-rechtlich völlig „daneben“. Zu den einzelnen Punkten, die der Bundesgerichtshof in der Entscheidung aufgeworfen habe, sei durch sie – die Klägerin – erheblicher Sachvortrag und Beweiserbieten erfolgt, zudem sei auf weitere zahlreiche Entscheidungen und Anmerkungen, sowie auch Stellungnahmen von Gutachtern – insbesondere des Privatgutachters Hofmann – hingewiesen und diese prozessual eingeführt worden. Alles das habe das Landgericht nicht beachtet und damit auch materiell-rechtlich grobe Fehler gemacht. Sie, die Klägerin, habe nachgewiesen, dass der angebliche Zulauf von Wasser in erheblich kurzer Zeit faktisch nicht möglich gewesen sei, habe auffallen müssen und theoretisch der Wasserstand bis in das erste Geschoss hätte reichen müssen.

Soweit sich das Gericht ausführlich mit der Beweiserhebung zum Zustand des untersuchten Gerätes befasst habe, sei die Beweisaufnahme unnötig gewesen und die vom Gericht dargestellte Funktionstauglichkeit nicht geeignet, eine zutreffende Entscheidung zu erlassen, denn das Landgericht habe auch übersehen, dass das Gerät beschädigt gewesen sei und die Ursache nicht aufgeklärt werden können, jedenfalls aber im Risikobereich der Beklagten liege. Die Missachtung der dokumentierten Beschädigungen sei auch deswegen eine fatale Fehleinschätzung, weil es demzufolge weder dem Prüfer bei der Befundprüfung am 16.12.2014 noch der Sachverständigen Lünemann bei ihrer Nachkontrolle überhaupt möglich gewesen sei, die gemäß TR-W19, Abschnitt 2.2.2.3, Absatz d) zwingend vorgeschriebene Untersuchung der Funktionsfähigkeit des Rollenzählwerks

zuverlässig durchzuführen. Daher sei die Befundprüfung nicht ordnungsgemäß zu Ende geführt worden und habe somit zur Bewertung der einwandfreien Funktion des Zählwerks beim bestimmungsgemäßen Gebrauch im Messbetrieb keine Beweiskraft. Die Sachverständige habe die Prüfung des Zustands des zerstörten Zählwerks nicht nach dem aktuellen Stand der Technik vorgenommen und es unterlassen, auf die aktuell zu beachtende Verwendungssituation nach § 39 der MessEV hinzuweisen. Die technischen Begründungen im Urteil seien unter Hinweis auf die Faktenlage vor Ort und dem nicht zweifelsfrei zu klärendem Verbleib des angezeigten Volumens, wie in zwei von ihr – der Klägerin – eingeholten Gutachten ausführlich beschrieben, nicht ansatzweise auf das Objekt Windhövel 1 anwendbar. Zudem habe es das Landgericht unterlassen, den Sachvortrag zum Ergebnis der Beweisaufnahme und der mündlichen Verhandlung in ihrem Schriftsatz vom 28.11.2021 zu berücksichtigen.

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen bestünden auch deshalb, weil das Landgericht weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen den Inhalt der von ihr vorgelegten Gutachten Böhm und Hofmann dargestellt habe, mit denen sich die Sachverständige zudem nicht auseinandergesetzt habe. Auch fehle eine Wiedergabe der Gutachten und Stellungnahmen der Sachverständigen Lünemann. Der „renommierte Sachverständige“ Hofmann, den sie um eine Prüfung des Tatbestandes und der Wertungen des landgerichtlichen Urteils gebeten habe, habe dazu ausgeführt, dass die Anfang des Jahres von der Beklagten in unmittelbarer Nähe des Gebäudes durchgeführten Umbauarbeiten an der Trinkwasserleitung aufgrund einschlägiger Erfahrungen eine überzeugende und plausible Erklärung für die aufgetretene Fehlanzeige durch Funktionsstörungen des Wasserzählers seien. So hätten sich Luftpfeifen in mehreren Einzelfällen als Störfaktoren von Anzeigen in Zählwerken von Wasserzählern der Bauart Nassläufer erwiesen. Dazu lägen dem Gericht zwei Gutachten vor, die beide unter Hinweis auf die örtlichen Gegebenheiten den Verbleib des angezeigten Mehrverbrauchs innerhalb von 301 Tagen zweifelsfrei als strömungstechnisch nicht möglich auswiesen und damit ausschließen würden. Die erst von der Sachverständigen Lünemann aufgedeckten, offenbar beim Ausbau des Zählwerkes aus dem Werkbecher entstandenen massiven Beschädigungen würden die Frage aufwerfen, ob diese massiven Beschädigungen mit Absicht herbeigeführt worden seien, um Feststellungen von Rollensprüngen zu erschweren oder unmöglich zu machen. Obwohl zwei Eichdirektionen bestätigt hätten, dass an einem in Einzelteile zerlegten Zählwerk – und erst recht an einem demolierten Rollenzählwerk – kein Nachweis auf Rollensprünge oder deren Ausschluss möglich sei, habe die Sachverständige in nicht nachvollziehbarer Weise diesen Stand der Technik ignoriert und nicht haltbare Aussagen zu Rollensprüngen dieses schwer beschädigten Zählwerks des Wasserzählers gemacht. Die von der Sachverständigen

bestimmten Abmessungen der Zahlenrollen und Schalttriebe seien ohne die nicht mehr feststellbaren Maße des zerstörten Gehäuses des Rollenzählwerks definitiv bedeutungslos. Die daraus resultierenden Schlussfolgerungen – nämlich kein freies Durchdrehen von Zahlenrollen dieses Rollensatzes unter „idealen Laborbedingungen“ und dessen Übertragung auf den eigentlichen Messbetrieb – seien falsch und vermittelten eine geradezu dilettantische Vorgehensweise. Luftblasen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit im Rollenzählwerk eingeschlossen gewesen seien, seien elastische Gebilde, deren Volumina sich bei Druckänderungen entsprechend veränderten und dabei wie mechanische Metallfedern Kräfte auf Umgebungsbauteile ausübten. Dabei könnten Zahlenrollen auseinander gedrückt oder verformt und deren Blockade durch die Schalttriebe kurzzeitig aufgehoben werden. Durch Reibungskräfte bei Bewegungen des Rollenzählwerks könnten einzelne Zahlenrollen unkontrolliert weitergedreht werden. Genau dieser Sachverhalt sei die einzige plausible Erklärung für den unkontrollierten Zählwerksfortschritt und die Anzeige des exorbitanten Volumens. Die persönliche Auffassung der Sachverständigen, dass Rollensprünge nur möglich wären, wenn Bauteile im Zählwerk sichtbar beschädigt wären oder Zahlenrollen unter Laborbedingungen sich frei durchdrehen ließen, widerspreche einschlägigen Erfahrungen aus der Praxis.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 13.12.2021 verkündeten Urteils des Landgerichts Wuppertal (3 O 401/15) die Beklagte zu verurteilen,

1. an sie 36.029,47 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29.01.2015 zu zahlen
2. an sie weitere 8.983,68 € und weitere 4.418,41 €, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Zustellung der Klageerhöhung (19.12.2019), zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Wegen der Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung hat, worauf die Klägerin mit Beschluss vom 26.09.2022 hingewiesen worden ist, nach einstimmiger Überzeugung des Senats offensichtlich

keine Aussicht auf Erfolg. Die Entscheidung des Landgerichts beruht nicht auf einer Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) und die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung (§ 513 ZPO). Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats auf Grund mündlicher Verhandlung, die auch sonst nicht geboten ist.

Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat vollumfänglich auf die rechtlichen Ausführungen seines Hinweisbeschlusses vom 26.09.2022 Bezug, an denen er auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Klägerin im Schriftsatz vom 27.10.2022 festhält.

1. Als Anspruchsgrundlage für den von der Klägerin geltend gemachten Erstattungsanspruch wegen vermeintlich zu viel gezahlter Entgelte kommt § 21 Abs. 1 S. 1 AVBWasserV in Betracht, der in diesem Fall eine besondere Ausgestaltung des Bereicherungsanspruches darstellt. Die Klägerin rügt insoweit, der Senat habe sich nicht ausreichend mit sämtlichen in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen befasst, da er nicht alle denkbaren Einflüsse auf den Messvorgang von außerhalb sowie unerklärbare Gegebenheiten im gesamten Leitungs- und Zählerbereich, die zu falschen und unerklärbaren Zählerdarstellungen des Messgerätes führen könnten, aufgeführt und auch nicht die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV geprüft habe.

Die Vorschrift des § 21 Abs. 1 S. 1 AVBWasserV ist, wie der Senat in seinem Beschluss vom 26.09.2022 ausgeführt hat, nicht auf die dort genannten Fälle der Überschreitung der Verkehrsfehlergrenzen und Fehler in der Ermittlung des Rechnungsbetrages beschränkt, sondern umfasst alle dem Verantwortungsbereich des Versorgungsunternehmens zuzurechnenden Fehler bei der Abrechnung des Wasserverbrauchs (vgl. Schütte/Horstkotte, in: Hempel/Franke, Recht der Energie- und Wasserversorgung, Band 2.1, 145. Lfg. April 2021, § 21 AVBWasserV Rn. 23, 26). § 21 Abs. 1 S. 2 1. Alt. AVBWasserV (die 2. Alt. – Nichtanzeige einer Messeinrichtung – kommt hier ersichtlich nicht in Betracht) ist keine eigenständige Anspruchsgrundlage in allen Fällen, in denen ein Fehler nicht einwandfrei festgestellt werden kann, sondern betrifft die Berechnung des Nachzahlungs- oder Erstattungsanspruchs, wenn die Größe eines Berechnungsfehlers i.S. des Satz 1 nicht einwandfrei festzustellen ist. Hierauf kommt es indessen nicht an, weil schon nicht festgestellt werden kann, dass überhaupt ein Berechnungsfehler nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AVBWasserV vorliegt.

Was die Rüge der unterlassenen Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB angeht, hat der Senat bereits darauf hingewiesen, dass allgemeine Versorgungsbedingungen der Wasserversorgungsunternehmen gemäß § 1 Abs. 3 AVBWasserV nur dann der

Kontrolle nach §§ 305 ff. BGB unterliegen, wenn sie von den §§ 2 bis 34 ABWWasserV abweichen. Soweit die Klägerin auf § 310 Abs. 2 BGB verweist, der für Verträge der Energieversorgungsunternehmen über die Versorgung von Sonderabnehmern mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser aus dem Versorgungsnetz eine Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht ausschließt, fehlt es schon an Vortrag, dass es sich bei dem Vertrag zwischen der Beklagten und der Klägerin um einen Sonderkundenvertrag handelt. Die Beklagte hat in der Klageerwiderung vielmehr unbestritten vorgetragen, dass die Bestimmungen der ABWWasserV gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 ABWWasserV zwingend Bestandteil des mit der Beklagten geschlossenen Vertrages sind.

2. Der Senat hält daran fest, dass der Beklagten der im Vorprozess zuerkannte Anspruch auf Zahlung des Entgelts für den abgelesenen Wasserverbrauch im Zeitraum 31.12.2013 bis 31.12.2014 zusteht (§ 433 Abs. 2 BGB), weil die Klägerin nach den Feststellungen des Landgerichts den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis dafür, dass sie die von dem streitgegenständlichen Wasserzähler angezeigte Menge Wasser tatsächlich verbraucht hat, nicht erschüttert hat.

2.1. Der Beklagten, der bei einem Streit über den Umfang des Wasserverbrauchs die Beweislast dafür obliegt, dass ein technisch einwandfrei funktionierender Zähler installiert war und ordnungsgemäß abgelesen wurde, kommt für die Frage der einwandfreien technischen Funktion des Zählers eine Beweiserleichterung zugute, weil der Wasserzähler noch geeicht war und eine äußere und innere Befundprüfung durch eine staatlich anerkannte Prüfstelle keine Hinweise für eine Fehlfunktion ergeben hat. In einem derartigen Fall spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass dieser Wasserzähler den Wasserverbrauch richtig angezeigt hat, d.h. dass in der Zeit vom Einbau des Zählers bis zur Ablesung tatsächlich so viel Wasser hindurch geflossen ist, wie angezeigt wird. Die richterrechtlich anerkannte Möglichkeit, bei Vorliegen eines Erfahrungssatzes einen Anscheinsbeweis zu führen, ist eine Form der Erleichterung der Beweisführung (vgl. Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl. 2019, Kap. 12 Rn. 23). Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich aus § 21 Abs. 1 S. 2 ABWWasserV nicht, dass nicht feststehende Umstände generell zu Lasten des Versorgungsunternehmens gehen und daher Beweiserleichterungen oder ein Anscheinsbeweis im Anwendungsbereich des § 21 Abs. 1 ABWWasserV ausgeschlossen wären. Satz 2 der Vorschrift enthält keine zwingende Vorgabe für die Feststellung des für den Erstattungsanspruch maßgeblichen Berechnungsfehlers, sondern setzt – wie bereits ausgeführt – einen solchen voraus.

Der für die Heranziehung des Anscheinsbeweises typische Lebenssachverhalt liegt, was die Klägerin verkennt, hier vor, weil die Lebenserfahrung dafür spricht, dass ein bei der Befundprüfung durch eine staatlich anerkannte Prüfstelle beanstandungsfrei arbeitender Zähler den Verbrauch zutreffend anzeigt, wie dies monatlich

millionenfach ohne Probleme funktioniert (vgl. Steenbuck, MDR 2010, 357, 361 f). Genau dieser typische Lebenssachverhalt liegt auch den im Senatsbeschluss vom 26.09.2022 angeführten Entscheidungen anderer Gerichte zugrunde, auch soweit es sich um Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte handelt. Die von der Klägerin geäußerten Bedenken, auch auf diese Entscheidungen zurückzugreifen, teilt der Senat nicht. Für die Frage des Anscheinsbeweises ist es auch unerheblich, ob der Entscheidung eine Zahlungsklage oder ein Erstattungsanspruch zugrunde lag, denn dies ändert an der grundsätzlichen Beweislastverteilung nichts (vgl. BGH, Urt. v. 07.02.2018 – VIII ZR 148/17, NJW-RR 2018, 1012, 1014 Rn. 19).

Soweit die Klägerin erneut behauptet, die innere Befundprüfung des streitgegenständlichen Wasserzählers sei nicht (vollständig) durchgeführt worden, weil „beim Öffnen des Zählwerks [...] Teile des Zählwerks nachgewiesenermaßen beschädigt“ worden seien, vermag sie damit nicht durchzudringen. Ausweislich des Prüfscheins für eine Befundprüfung der Staatlich anerkannten Prüfstelle für Meßgeräte für Wasser WH 51 vom 16.12.2014, der eine Amtsauskunft i.S. d. § 273 Abs. 2 Nr. 2 ZPO und als solche ein zulässiges Beweismittel darstellt (OLG Saarbrücken, Urt. v. 28.10.2003 – 4 U 686/02 - 91, juris Rn. 50), wurden die Prüfungen entsprechend den Vorschriften der Eichordnung (EO), der „Richtlinie für die Eichung von Volumenmessgeräten für strömendes Wasser und Anforderungen an Normale, Teil 1 - Kaltwasser“ vom 08.11.2001 und der Technischen Richtlinie der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt TR-W 19 „Befundprüfung durch Eichbehörden oder staatlich anerkannte Prüfstellen“, Ausgabe: 11/11, durchgeführt (Bl. 359 ff. GA). Nach der PTB-Richtlinie TR-W 19 (Ziff. 2.2.2.3) erfolgt die innere Beschaffenheitsprüfung, bei der das Geräteinnere visuell auf bestimmte Punkte geprüft wird, am demontierten Messeinsatz und Zählwerk und umfasst bei Geräten mit mechanischem Zählwerk insbesondere dessen Untersuchung auf Funktionsfähigkeit. Der Zeuge Bocks, der seinerzeit die Prüfung durchgeführt hat, hatte zwar bei seiner Vernehmung durch das Landgericht im November 2018 keine konkrete Erinnerung mehr an die Befundprüfung des streitgegenständlichen Zählers, er hat jedoch den üblichen Ablauf einer solchen Prüfung nach der genannten PTB-Richtlinie geschildert. Danach wird der Zähler bei der Befundprüfung auch daraufhin untersucht, ob einer der Mitnehmer für eine der Rollen sich verschoben hat und daher die betroffene Rolle frei drehbar ist. Daraus, dass ein „Rollensprung“ im Protokoll nicht vermerkt ist, hat der Zeuge geschlossen, dass er einen solchen bei der Prüfung nicht festgestellt hat. Das Landgericht hat, wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss ausgeführt hat, aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme nicht festgestellt, dass die Befundprüfung durch den Zeugen Bocks unter Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik und daher fehlerhaft durchgeführt worden wäre. Insbesondere ist nicht festgestellt, dass die mutmaßlich bei der Demontage des Zählwerks entstandene Beschädigung an der auf der

unteren Lagerplatte befindlichen hinteren Wand des Käfigs vor der von dem Zeugen geschilderten Funktionsprüfung erfolgt ist. Eine Dokumentation von beim Öffnen des Zählers entstandenen Beschädigungen im Prüfbericht war nach der seinerzeit geltenden Richtlinie nicht erforderlich, wie die Sachverständige Lünemann bekundet hat.

Dem Antrag der Klägerin, eine erneute Begutachtung des streitgegenständlichen Zählers durchführen zu lassen, war nicht nachzugehen. Weder ist das Gutachten der Sachverständigen Lünemann ungenügend (§ 412 Abs. 1 ZPO), noch ist ersichtlich, dass ein anderer Sachverständiger über überlegene Forschungsmittel oder Erfahrung verfügt (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 412 Rn. 2) Die Klägerin setzt mit ihren weiteren Ausführungen im Schriftsatz vom 27.10.2022 (S. 12 bis 17) letztlich nur ihre eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Gerichts, ohne dass sich hieraus konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen ergeben.

Soweit die Klägerin auf S. 23 des vorgenannten Schriftsatzes eine Beweisvereitelung durch die Beklagte geltend macht, weil sie keine ergänzende Prüfung vor Ort nach der Richtlinie „TR-W 19 Abschnitt 2.2, Anlage D“ durchgeführt habe, ist darauf hinzuweisen, dass eine solche ergänzende Prüfung, durch die der ggf. vorhandene Einfluss der Installation auf den Zähler (Messsystem) mit in die Betrachtung der Befundprüfung einfließen soll, – außer in dem hier nicht vorliegenden Fall, dass ein Ausbau des kompletten Zählers nicht möglich ist – nur auf Antrag erfolgt. Hierauf wird in dem Antrag auf Befundprüfung (Anl. C der Richtlinie) hingewiesen. Dass die Klägerin einen solchen Antrag gestellt hat, ist nicht vorgetragen.

Unzutreffend ist die Behauptung der Klägerin, der Zeuge Bocks habe ihr durch die Beschädigung des Zählers die Möglichkeit des Gegenbeweises eines nicht einwandfreien Zustandes des Messgeräts genommen. Die bei der Befundprüfung vorzunehmende innere Beschaffenheitsprüfung führt vielmehr zwangsläufig dazu, dass keine weitere aussagekräftige messtechnische Prüfung des Messgerätes mehr möglich ist, da diese geöffnet und demontiert wird. Auch hierauf wird in dem Antrag hingewiesen. Danach ist lediglich eine weitere innere Beschaffenheitsprüfung (visuelle Prüfung) an den Bauteilen des Wasserzählers möglich, deren Ziel es sein kann, Indizien dafür zu finden, ob Beschädigungen am Mess- oder Zählwerk vorgelegen haben bzw. liegen und / oder andere Auffälligkeiten festzustellen, die Rückschluss auf das Zustandekommen des hohen Zählerstandes geben können. Eine Beurteilung des Zustands des Zählers vor der Demontage oder im Einbauzustand ist hingegen nach der Befundprüfung nicht mehr möglich (vgl. Schreiben des LBME NRW v. 18.07.2019, Bl. 480 f. GA).

2.2. Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin den gegen sie sprechenden Anscheinsbeweis auch nicht erschüttert hat.

2.2.1. Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss vom 26.09.2022 ausgeführt hat, kann der Anscheinsbeweis für die Richtigkeit der Anzeige des streitgegenständlichen Wasserzählers durch den Nachweis von Tatsachen erschüttert werden, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergibt, dass dieser doch falsch angezeigt hat. Mehr hat – entgegen der Darstellung auf S. 18/19 des Schriftsatzes vom 27.10.2022 – weder das Landgericht noch der Senat verlangt. Erforderlich ist jedoch, dass die für den atypischen Ablauf sprechenden Tatsachen voll bewiesen werden (BGH, Beschl. v. 06.02.2020 – IX ZR 5/19, BeckRS 2020, 3070 Rn. 6). Bloße Zweifel am Vorliegen eines typischen Geschehensablaufs genügen hingegen nicht. Erforderlich ist vielmehr der Nachweis von Umständen, die die Annahme rechtfertigen, dass gleichwohl ein derart hoher Wasserverbrauch – sei es auch durch einen Rohrbruch und/oder undichte Stellen an Wasserversorgungsgeräten – nicht aufgetreten sein kann.

Soweit die Klägerin geltend macht, der Senat sehe den Begriff „offensichtlicher Fehler“ (§ 30 Nr. 1 AVBWasserV) als Maßstab und Anspruchsgrundlage im hiesigen Verfahren an, trifft dies ersichtlich nicht zu. Die Ausführungen im Hinweisbeschluss zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs zu § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StromGVV (nicht § 30 Nr. 1 AVBEItV!) aus dem Jahre 2018 (Urt. v. 07.02.2018 – VIII ZR 148/17, NJW-RR 2018, 1012) waren durch die Auffassung der Klägerin veranlasst, der BGH habe in jener Entscheidung den auch in § 21 Abs. 1 AVBWasserV verwendeten Begriff der Verkehrsfehlergrenzen dahingehend definiert, dass die ernsthafte Möglichkeit eines offensichtlichen Fehlers bereits dann vorliege, wenn der abgerechnete Verbrauch „mindestens das Doppelte der bisherigen von den Parteien bestätigten Messungen“ betrage. Der Senat hat deutlich darauf hingewiesen, dass die Verkehrsfehlergrenzen nichts mit dem „offensichtlichen Fehler“ in § 30 Nr. 1 AVBWasserV zu tun haben.

2.2.2. Das Landgericht ist, wie der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 26.09.2022 dargelegt hat, unter Würdigung der von ihm fehlerfrei festgestellten Umstände zu Recht davon ausgegangen, dass die ernsthafte Möglichkeit einer fehlerhaften Verbrauchsanzeige nicht festgestellt werden kann. Die Ausführungen der Klägerin im Schriftsatz vom 27.10.2022 (ab S. 20), die im Wesentlichen ihre eigene – abweichende – Beweiswürdigung an die Stelle des Gerichts setzen, geben keinen Anlass zu einer anderen rechtlichen Bewertung. Soweit nunmehr behauptet wird, die – angebliche – Falschanzeige könne auch Folge mehrerer Rollensprünge derselben Zahlenrolle sein, ist nochmals darauf hinzuweisen, dass das Landgericht aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme Rollensprünge (Zählersprünge) bei dem streitgegenständlichen Wasserzähler ausgeschlossen hat. Weder sind solche bei der durchgeführten Befundprüfung festgestellt worden, noch hat die Sachverständige bei der ergänzenden Begutachtung der Bauteile Hinweise auf den behaupteten Rollensprung (das freie Durchdrehen einer Rolle) festgestellt.

Das Landgericht hat sich auch mit der Behauptung der Klägerin auseinandergesetzt, der angezeigte Wasserverbrauch sei in dem Abrechnungszeitraum rein physikalisch gar nicht möglich gewesen. Es hat die durchgeführte Beweisaufnahme zutreffend dahingehend gewürdigt, dass jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann, dass der hohe Verbrauch ggfs. durch defekte Wasserverbrauchsstellen wie Druckspüler, Toilettenspülkästen, Wasserhähne oder sonstige Zapfstellen innerhalb des Gebäudes verursacht worden ist. Soweit die Klägerin dem Landgericht und dem Senat mangelnde Sachkunde in mathematischer Hinsicht vorwirft, weil damit die mathematischen Gesetzmäßigkeiten der Wahrscheinlichkeit übergangen würden, so ist darauf hinzuweisen, dass es nicht darauf ankommt, wie wahrscheinlich ein gleichzeitiger unbemerkter Wasseraustritt an mehreren der rund 20 Entnahmestellen im leerstehenden Untergeschoss ist, denn auszuschließen ist ein solcher Sachverhalt jedenfalls nicht. Soweit nunmehr behauptet wird, die Leitungen im Kellergeschoss seien „abgedreht“ gewesen, ist dies gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht zu berücksichtigen. Diese Behauptung widerspricht auch dem erstinstanzlichen Sachvortrag, wonach die Wasserhähne nur zum Teil außer Betrieb gewesen seien. Anderenfalls wäre auch nicht nachvollziehbar, dass die Zapfstellen im Untergeschoss – wie erstinstanzlich vorgetragen – „häufig“ kontrolliert worden sein sollen. Der Hausmeister in dem Gebäude, der Zeuge Della Mora, hat bei seiner Vernehmung vor dem Landgericht erklärt, er wisse nicht, ob die Zapfstellen im Untergeschoss funktionsfähig gewesen seien. Dass das Wasser im Kellergeschoss abgedreht war, hat auch der Zeuge Dr. Bogatzki nicht bekundet.

3. Da der Beklagten der im Vorprozess eingeklagte Betrag zustand, kann die Klägerin, wie bereits das Landgericht in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt hat, auch unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt Ersatz für Zinsaufwendungen, die sie im Zusammenhang mit der Bezahlung der Forderung sowie der Prozesskosten gehabt haben mag, verlangen.

### III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO.

Die Beschwer der Klägerin liegt über 20.000 €.

**van Rossum**

**Tischner**

**Dr. Jürging**

