

Kopie

KORBION

KORBION Rechtsanwälte GbR  
Duisburger Landstraße 2 b · 40489 Düsseldorf

Oberlandesgericht Düsseldorf  
Cecilienallee 3

40474 Düsseldorf

Rechtsanwälte

bauen + wohnen

DÜSSELDORF

**Claus-Jürgen Korbion**  
Schlichter- und Schiedsrichter  
SOBau DAV und  
Dt. Ges. f. Baurecht  
Fachanwalt f. Bau- und  
Architektenrecht

**Ira Korbion**  
Fachwältin f. Verwaltungsrecht

Duisburger Landstraße 2 b  
40489 Düsseldorf

Telefon: 0211 / 688 728 0  
Telefax: 0211 / 688 728 28  
e-mail: [kanzlei@rakorbion.de](mailto:kanzlei@rakorbion.de)  
[www.rakorbion.de](http://www.rakorbion.de)

SteuerNr.: 105/5911/2716

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, unsere Nachricht vom

Datum

CK2/22-CK

27.10.2022

d1/1002-22

## In Sachen

**ImmoPartner GmbH**

**gegen**

**Stadt Haan**

**I-26 U 1/22**

nimmt die Klägerin und Berufungsklägerin auf den Hinweis des Senats vom 26.09.2022 die Berufung nicht zurück.

Die Klägerin beantragt/bittet hingegen - auch im Hinblick auf das mediale Interesse und der derzeitigen Reformbestrebungen zur AVBWasserV – ausdrücklich,

**1. einen Verhandlungstermin anzuberaumen**

**2. die bisherige Rechtsansicht des Senats in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überdenken**

**3. im Falle der Zurückweisung der Berufung**

**a) gem. § 522 Abs. 2 S. 3 ZPO den Beschluss ausführlich zu begründen,**

**b) gem. § 522 Abs. 2 S. 4 ZPO den Beschluss mit Bezugnahme auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil mit Darstellungen etwaiger Änderungen oder Ergänzungen zu versehen,**

**c) gleichwohl gem. § 522 Abs. 3 ZPO einen Vermerk zum Ausschluss der Nichtzulassung der Revision zu erteilen und die zulässigen Rechtsmittel in der Rechtsmittelbelehrung darzustellen.**

#### **Begründung:**

Die Darstellungen des Senats im Beschluss vom 26.09.2022 sind im Ergebnis weder in der tatsächlichen Darstellung, noch im rechtlichen Ergebnis zutreffend dargestellt und behandelt. Zudem wendet der Senat auch unzutreffende Normen an. An den entscheidenden Stellen der rechtlichen Erwägung in dem Beschluss werden wesentliche Punkte nicht gewürdigt, übersehen und gar übergangen. Besonders gravierend ist, dass der Senat sich sehenden Auges grundlegenden und seitens der Klägerin nachgewiesenen physikalischen Tatsachen und Ergebnissen, sowie Berechnungen verschließt und somit unter Ausblendung einfacher Naturgesetze zu einem anderen Sachverhalt und folgend dann auch zu falschen rechtlichen Ergebnissen kommt, die im Rahmen einer rechtlichen Überprüfung nicht mehr haltbar sind.

Der Beschluss ist daher in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu überprüfen, der Rechtsstreit und die Verhandlung wieder aufzunehmen, sowie die notwendige mündliche Verhandlung anzuberaumen.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen – wie schon in der Berufungsbegründung erfolgt –, dass das gesamte erstinstanzliche Urteil unter nochmaliger Einbeziehung sämtlichem erstinstanzlichen Vortrages, Nachweisen, Gutachten und Beweiserbieten in allen diesseitigen Schriftsätzen und Anlage angegriffen wird, da es ebenfalls auf Verkennung der tatsächlichen und rechtlichen Lage zustande kam. Genau dieses verfolgt die Klägerin in der Berufungsinstanz weiter.

Die Klägerin bemängelte schon in der ersten Instanz, trotz mehrfacher eindringlicher Hinweise und Beweiserbieten zu allen – auch streitigen – Punkten, dass dem Antrag, einen Sachverständigen zu beauftragen, der vor Ort feststellen kann, ob die Wassermengen abgeflossen sind oder sein können, nicht nachgekommen wurde. Diese streitige Tatsache – die seitens der Beklagten bestrittenen Darstellungen und Gutachten der Klägerin - wurde vom erstinstanzlichen Gericht und nun vom Senat zu dem Prüfungspunkt der „ernsthaften Möglichkeit einer fehlerhaften Verbrauchsanzeige“ (Seite 7) ebenfalls nicht nachgekommen. Wesentlich ist dieses deswegen, weil der Beschluss des Senats teilweise nicht existente Sachverhalte konstruiert, die zu falschen rechtlichen Ergebnissen führen können (z.B. wird auf Seiten 7 bis 9 in denen aufgrund des Gutachtens Böhm falsche und dort im Ergebnis nicht wiederzufindende Annahmen zu Zulauf- und Abflussmöglichkeiten konstruiert werden, die faktisch und schriftsätzlich nie vorgetragen wurden und aus dem Gutachten auch nicht ersichtlich sind. Dieses hat auch nicht mit der Wertung eines Anscheinsbeweises zu tun, da nur aufgrund vorliegender und vorgetragener Tatsachen das Gericht Rückschlüsse auf übliche Erfahrungsgrundsätze in vergleichbaren Fällen durchführen darf.

#### **Im Einzelnen:**

#### **I.**

#### **Zu I. Ziffer 1**

Zunächst ist die Darstellung des Senats zu den allgemeinen Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage in dieser Form nicht zutreffend. Der Senat befasst sich nicht ausreichend mit sämtlichen in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen.

Soweit im Rahmen eines Rückforderungsprozesses §§ 812 ff. BGB vom Senat in Betracht gezogen werden, wobei der Senat sich aber nicht auf eine der Alternativen des § 812 Abs. 1 und 2 BGB offenbar festlegen will. In Betracht käme hier § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB oder § 812 Abs. 1 S. 2, 1 Alt. BGB. Die Voraussetzungen dürften aber hier erfüllt sein, denn zumindest die Voraussetzung des „ohne rechtlichen Grund“ Erlangten, dürfte hier anzuwenden sein. Hier übersieht der Senat Folgendes:

Zunächst verlegt sich der Senat auf § 21 Abs. 1 S. 1 AVBWasserV. Dabei beschränkt sich der Senat aber sogleich unter Auslassen des § 21 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 AVBWasserV und den dort genannten Voraussetzungen, nur auf die Grundvoraussetzungen der Erstattungs-

pflicht des Wasserversorgungsunternehmens. Die Voraussetzung der Anspruchsgrundlage über § 812 Abs. 1, 2 BGB ist aber – was der Senat richtig sieht – nicht nur die Überschreitung der Verkehrswertgrenzen und Fehler in der Ermittlung des Rechnungsbetrages, sondern auch andere Fälle, die der Senat nicht anführt. Diese aber sind ebenfalls zu nennen, denn neben einer Fehlfunktion des Meßgerätes und Fehlern bei der Ermittlung des Rechnungsbetrages, kommen – konkret – auch Einflüsse auf den Meßvorgang von außerhalb (z.B. Vibrationen, mutwillige Beschädigungen Dritter, Bauarbeiten in unmittelbarer Umgebung und sogar unerklärbare Zähleranzeigen (!), u.v.m.) in Betracht, wie auch unerklärbare im gesamten Leitungs- und Zählerbereich Gegebenheiten, die zu falschen und unerklärbaren Zählerdarstellungen des Meßgerätes führen. Das aber wären Anspruchsvoraussetzungen, die der Senat umfassend zu prüfen hätte. Daran fehlt es.

So ist darauf hinzuweisen, dass § 21 Abs. 1 S. 2, 1. Alt. AVBWasserV voraussetzt, dass „die Größe des Fehlers nicht einwandfrei zu ermitteln“ ist. Diese Voraussetzung wird von Senat nicht angesprochen. Denn wesentlich ist der Begriff „einwandfrei“ und „ermitteln“. Aber genau diese Tatbestandsvoraussetzungen sind in der Folge der rechtlichen Prüfung gerade elementar und zwingend zu prüfen, was der Senat nicht erwägt.

Grundlage der Auseinandersetzung in dem vorliegenden Fall ist gerade, dass die Klägerin nachgewiesen hatte, dass die Ermittlung des Zählerstandes nicht von der Beklagten erklärt werden konnte, denn die erste und damit wesentliche Prüfung durch den Prüfer und Zeugen Bocks war im Ergebnis nicht geeignet seitens der Beklagten nachzuweisen, dass die Größe des Fehlers einwandfrei festzustellen war. Wie im erstinstanzlichen Verfahren festgestellt und vorgetragen, war es so, dass die Zeugin Lünemann feststellte, dass der Zähler, als er ihr nach zwei Jahren endlich übergeben worden war, Beschädigungen u.a. am sog. „Topf“ aufwies, die nicht tatsächlich erklärbar waren, sondern es nur Vermutungen ihrerseits gab (siehe Vernehmungsprotokoll). Diese war nicht gesichert und trotz diesseitigen Vorhalts und Beweiserbieten auch an das erstinstanzliche Gericht zu weitergehenden Untersuchungen zwecks Erklärung, wurde nichts durch das Gericht oder die Beklagte, die übrigen in dem Fall beweisbelastet war – was sowohl das erstinstanzliche Gericht als auch der Senat übersehen - , veranlasst. Dies ist Verstoß gegen die allgemeinen Beweislastgrundsätze und eine rechtlich unzutreffende Rechtsansicht unter Verkennung der tatsächlichen Voraussetzungen der Rechtsgrundlagen und Anspruchsgrundlage. Deutlich ist im Umkehrschluss in § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV zu lesen, dass nur bei einwandfrei festgestellten Fehler zunächst zu Änderungen der Abrechnung führen, jedoch bei nicht einwandfrei festgestellten Fehlern, die Wasserversorger auf der Grundlage des letzten festgestellten Durchschnittsverbrauchs eine Abrechnung vornehmen dürfen. Dieser letzte Durchschnittsverbrauch war zwischen den Parteien unstrittig. Aber gerade hier ist im Verfahren eben nicht der Begriff in § 21 Abs. 1 S. 2

AVBWasserV „Größe des Fehlers nicht einwandfrei festgestellt worden“. Denn hier wird erstinstanzlich und von Senat übersehen, dass die Erläuterungen der Sachverständigen Lünne- mann nicht die Größe des Fehlers behandelten und sie eben nicht zu dem von § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV geforderten einwandfreien Ergebnis des Feststellens des Fehlers gelang- te, sondern im Ergebnis nur die Funktionsweise des ihr in der Verhandlung übergebenen Zählers erläuterte. Hierzu verhält sich deutlich das Protokoll. Die Sachverständige mutmaß- te, dass „üblicherweise“ bei Zählern dieser Art und Hersteller bestimmte Funktionsweisen möglich sein konnten oder auszuschließen waren. Konkret geprüft und die Funktion nach- kontrolliert hat sie eben nicht. Erläuterungen zu verschiedenen Stellungen der Zahnräder konnte sie schon deswegen nicht machen, weil eben der sog. „Becher“ und damit die Halte- rungen der Ritzel nicht einwandfrei in der Prüfung und Nachschau funktionierten. Der Be- fundbericht des Prüfers Bocks war schon deswegen nicht geeignet, weil er in seiner Ver- nehmung zugeben musste, die vorgeschriebenen schriftlichen Prüfprotokolle nicht ord- nungsgemäß erstellt zu haben und diese erstaunlicherweise auch nicht mehr beizubringen waren. Das aber übersah auch schon das erstinstanzliche Gericht.

In der Folge bedeutet das nun, dass der Senat die Anspruchsgrundlage über § 21 Abs. 1, S. 2, 1. Alt. AVBWasserV nochmals darzustellen und zu prüfen hat. Denn deutlich sind dort zwei Möglichkeiten vorgegeben, die eng auszulegen sind. Es ist also vom Senat zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der einwandfreien Feststellung eines Fehlers gegeben sind. Einwandfrei bedeutet „ohne jeden Zweifel“ (!). Damit bieten sich auch keine Wägungen nach § 286 ZPO. Sie verbieten sich sogar. Das übersehen erstinstanzliches Gericht und der Senat.

Die Anspruchsgrundlage ist vom Senat also nochmals zu heranzuziehen und in diesem Sin- ne zu prüfen.

Rechtsfolge wäre die Abrechnung nach einwandfrei festgestellten letzten Ablesezeitraums gem. S. 2.

Weiterhin befasst sich unter Ziffer 1 a.E. der Senat mit den Vorhalten zu §§ 305 ff. BGB. Der Senat übersieht hier überraschender Weise, dass hier § 310 Abs. 2 BGB Anwendung findet und dieser gerade auf § 307 BGB verweist. Daher ist der ledigliche Verweis auf die Unter- nehmereigenschaft der Klägerin unzutreffend. Zwar ist Voraussetzung eine Klauselabwei- chung von der Verordnung. Jedoch gibt § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, dass bei unangemes- senen Benachteiligungen des Vertragspartners des Verwenders, also wesentliche Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, vom Verwender so einge-

schränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird, die Klauseln nicht gelten und unwirksam sind, oder – im Umkehrschluss – wenn das Gericht, das bekanntlich in jeder Lage des Verfahrens gezwungen ist, auch ohne Rüge – war übrigens erstinstanzlich erfolgt (!) – sich mit der Prüfung der AGB-Regelungen nicht auseinandersetzt und damit keine Tatbestandsanalysen vor dem Hintergrund von VO-Normen betreibt, eine reversible Rechtsverletzung deutlich macht. Folge im hiesigen Fall ist daher, dass der Senat vor dem Hintergrund des anzuwendenden § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Angemessenheit zu prüfen hat. Hierzu ist der übliche Wasserversorgungsvertrag heranzuziehen

**Beweis:** Wasserversorgungsvertrag der Klägerin (wird nachgereicht)

*Hierzu auch: Grüneberg/Grüneberg, BGB, § 310 Rn. 10, § 307 Rn. 4*

und letztlich zu prüfen, ob die dort ledigliche Verweisung auf die Geltung der AVBWasserV angemessen ist, mit der möglichen Folge, dass § 21 Abs. 1 AVBWasserV so auszulegen ist, dass die Beklagte die Beweislast dafür trägt, dass die hier kein oder doch ein einwandfreier Fehler (im Sinne eines Mangels: die deutliche Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit) vorliegt und wenn der Begriff „einwandfrei“ nicht abschließend von der Beklagten ausgefüllt werden kann und vom Senat so erkannt wird, die Beweislast bei der Beklagten liegt und damit gem. § 21 Abs. 1, S. 2 AVBWasserV der Beklagten nur der Betrag der letzten fehlerfreien Ablesung/-zeitraumes zusteht.

Es geht also – deutlich – um die falsche Anwendung von Beweislasten durch das erstinstanzliche Gericht und den Senat. Sehr wohl musste sich das erstinstanzliche Gericht damit sogar zwingend auseinandersetzen.

**Zu Ziffer 2 ff.**

Das Ergebnis des Senats ist nachfolgend daher unzutreffend.

**Ziffer 2.1**

Soweit der Senat dann allerdings – dann zutreffend – zu den grundsätzlichen Beweislasten übergeht, so ist dennoch eine Verkennung der Voraussetzungen und Folgen in diesem Fall zu erkennen.

Unstreitig ist nur, dass eine Ablesung des Zählers bei Ausbau erfolgte, weil das zu Dokumentationszwecken erfolgte.

Das aber hat nichts damit zu tun, dass das Wasserversorgungsunternehmen die technisch einwandfrei funktionierenden Zähler nachzuweisen hat, ob sie ordnungsgemäß installiert waren.

*KG, Beschl. v. 4.02.2012 – 8 U 215/12*

Der Senat führt dann zwar aus, dass die Beweislast dort liege. Jedoch zitiert der Senat dann, dass es angeblich Beweiserleichterungen für das Versorgungsunternehmen gäbe und zitiert als Beleg dafür die Rechtsprechung, ohne die wesentliche Darstellung einer Beweislasterleichterung herzuleiten. Ich erlaube mir den Hinweis, dass eine Beweislasterleichterung vor dem Hintergrund des § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV zu messen ist. Soweit dort deutlich auf die einwandfreie Fehlerfeststellung verwiesen wird, heißt das letztlich, dass das Versorgungsunternehmen nachzuweisen hat, dass ein Fehler besteht oder auszuschließen ist. Nicht feststehende Umstände gehen daher nach Anordnung des § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV zu seinen Lasten, was AGB-rechtlich gem. § 307 Abs. 2 BGB verbindlich gelten soll.

Deutlich: ausgeschlossen sind damit Beweislasterleichterungen oder das Heranziehen von Anscheinsbeweisen. Das ist von dem Wortlaut des § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV überhaupt nicht gedeckt! Nach dem deutlichen Wortlaut der Voraussetzungen ist eine Beweislasterleichterung auch nicht möglich und die Anwendung daher ein Rechtsverstoß.

Im Übrigen ist auch bei den Zitatstellen festzustellen, dass die **jeweiligen Entscheidungen ungeprüfte Verweisungen enthalten und zudem die Sachlagen völlig anders sind**. Auch die Zitatstelle aus Baumgärtel/Laumen/Prütting zu Kap. 17 Rn. 578 ist ungeeignet, weil **grundsätzlich von dort vertreten** wird, dass Beweislasterleichterungen nur dann in Betracht kommen, wenn die Anspruchsnormen als „**Öffnungsnormen**“ eine Auslegung der anzuwendenden Norm zulassen (z.B. „kann“, „soll“, usw.). Bei wörtlich nicht auslegungsfähigen Normen – wie hier „einwandfrei“ und „festzustellen“ - ist das aber gerade nicht der Fall. Das wird von Senat ebenfalls übersehen, wie auch bei den Zitatstellen – soweit sie überhaupt passen -.

Zudem verwechselt der Senat den Begriff der „Beweislasterleichterung“ mit dem Begriff des „Anscheinsbeweises“. Der Begriff des Anscheinsbeweises hat zur Voraussetzung einen typischen Geschehensablauf, bei dem nach allgemeiner Lebenserfahrung aufgrund hoher Wahrscheinlichkeit auf die Beweistatsache geschlossen werden kann. Der Gegner kann den

Anscheinsbeweis erschüttern, in dem er die konkrete Möglichkeit eines von der Lebenserfahrung abweichenden Geschehensablaufs nachweist. Der Anscheinsbeweis erleichtert zwar die Darlegungslast des Beweisbelasteten (also hier der Beklagten), wenn diese für das Vorliegen einer beweiserheblichen Tatsache spricht. Dazu hat aber der Beweisbelastete Tatsachen vorzutragen und zu beweisen, aus denen sich der Anscheinsbeweis ergibt.

*Hierzu: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Kap. 17 Rn. 4*

*MüKo/Prütting, ZPO, § 286 Rn. 67*

*BGH, NJW 2016, 2024*

*Anders/Gehle/Nober, ZPO, § 286 Rn. 86 ff.*

Die Beweislasterleichterung ist jedoch nicht ein Anscheinsbeweis, sondern eine im Gesetz und Verordnung vorgegebene Tatsache, die Auswirkungen auf die Wertung eines tatsächlichen Beweises und Nachweises hat. Damit erfolgt im Rahmen der Zuweisung von Tatbestandsvoraussetzung die Anordnung, dass der Beweisbelastete sich bei Vorliegen bestimmter Tatbestände des Beweises des Gegenteils bedienen darf und sonach diese Nachweise dann zu einer Reduzierung der tatbestandlichen Voraussetzungen führen. Das hat nichts mit den o.a. Voraussetzungen des Anscheinsbeweises i.S.d. § 286 ZPO bei der Beweiswürdigung zu tun.

Jedoch ist in § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV gerade eine solche zwingende Vorgabe gegeben, wenn dort ein „Fehler“ einwandfrei festgestellt werden muss oder eben nicht einwandfrei festgestellt wurde. Die dazwischenliegenden Tatbestände führen daher zu einer strengen Beweislasterleichterung zu Lasten der Beklagten, die zunächst den Begriff „einwandfrei“ im Rahmen der Beweislasterleichterung konkret darzustellen und streng zu beweisen hat. Wenn, wie hier, dieses nicht gelingt, hat sie den dann zwischen den beiden in § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV dargestellten extremen Tatbestand zu beweisen, also die „einwandfreie“ Funktionsweise des Zählgerätes.

Nachdem o.a. ist daher weder Platz für eine Beweislasterleichterung, weil die Tatsachen in § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV zwingend vorgegeben sind, noch für einen Anscheinsbeweis. Denn der Anscheinsbeweis greift nur dann, wenn typische Sachverhalte, die in der Norm vorgegeben sind, einwandfrei feststehen und nach der Lebenserfahrung auf eine bestimmte Ursache oder einen bestimmten Ablauf hinweisen.

Der typische Sachverhalt wäre hier, dass die Beklagte einwandfrei zunächst nachweist, dass der betreffende Zähler fehlerfrei im Erhebungszeitpunkt lief, funktionierte, technisch in Ordnung war und vor allem der Zustand während dieser Zeit des entsprechenden technischen

Bedingungen und den Normen zum Zustand und Instandhaltung (z.B. EichV, usw.) entsprach.

Das ist hier eben seitens der Beklagten nicht erfolgt, denn der Zähler ist bei der Befundprüfung zumindest durch den Zeugen Bocks beschädigt worden, was dieser zunächst verschwie, das Protokoll der Befundprüfung unrichtig ausfüllte und keinen Hinweis auf die Zerstörung des Gerätes und seiner Funktion erteilt, was er zunächst auch als Zeuge verschwie und erst durch die Zeugin Lünemann offenbar wurde. Insoweit sind die Darstellungen auf Seite 4 oben im Beschluss unzutreffend. In der Folge erfolgt dort im Übrigen eine Sachverhaltsdarstellung, die es so nicht gegeben hat (vorletzter Satz erster Absatz und letzter Satz dort). Die Wertung des Senats (z.B. „haltlose Mutmaßungen“) zeigen an dieser Stelle eine nicht unvoreingenommene und unzulässige Würdigung eines so nicht vorhandenen Sachverhalts, den das Berufungsgericht jedoch zu überprüfen hat. Denn unbestritten ist, dass der Zähler ohne weitere Gegenprüfungsmöglichkeit der Klägerin (z.B. durch den Sachverständigen Hofmann) nicht auffindbar war und im Archiv der Beklagten landete, die diesen erst wieder im erstinstanzlichen Verfahren nach diesseitiger Initiative an die Sachverständige Lünemann in nicht vollständigem einwandfreien Zustand herausgab. Die Sachverständige stellte die Beschädigungen fest und sie stellte ebenfalls nicht erklärbare Beschädigungen an den Ritzeln, Mitnehmern und Zählerzähnen des Getriebes fest (an mindestens zwei Stellen). In ihrer mündlichen Vernehmung ist das ausdrücklich behandelt worden, weil niemand sich das erklären konnte, einschließlich sämtlicher anwesenden Sachverständige.

Das aber übersieht an dieser Stelle der Senat deutlich und unterstellte hier einen anderen Sachverhalt. Die Bezugnahme darauf, dass die Sachverständige die Beschädigung als Folge eines feststehenden Zählers erkannt habe ist falsch. Zwar meint der Senat mit dem Begriff „sein können“, dass es noch weitere nicht auszuschließende Möglichkeiten geben könnte. Die Schlussfolgerung des Senats, dass die Beschädigung durch – wen auch immer – nicht vorwerfbar sein könne, ist jedoch eine **unzulässige Würdigung**, die ihre Ursache in der oben bereits dargelegten **Verkennung** der Regelung des § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV und der **unzulässigen Annahme eines Anscheinsbeweises zugunsten der Beklagten** hat.

Im Gegenteil, selbst wenn man einen zugunsten der Beklagten streitenden Anscheinsbeweis annehmen würde – was aber deutlich (!) hier vorliegt und auch nicht zur Anwendung kommen darf -, wäre der Anscheinsbeweis misslungen bzw. nicht erbracht, weil bereits der Sachverhalt aufzeigt, dass ein Bestehen eines einwandfreien Fehlers oder eben der tatsächliche Ausschluss gem. § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV der Beklagten nicht gelungen ist. Sie hat nämlich den tatsächlichen einwandfreien oder komplett fehlerhaften Zustand des Gerätes darzulegen. Erst dann würde der Anscheinsbeweis ihr zugutekommen. Ob das Gerät ir-

gendwann einmal geeicht oder fehlerfrei verbaut wurde, wie der Senat dann im Weiteren u.a. zu Ziffer 2.2.1 und 2.2.2 vermutet, ist im Rahmen der Beweismwürdigung des § 286 ZPO unzulässig, weil erneut ein anderer Sachverhalt, als der Streitgegenständliche vom Senat unterstellt wird.

Entsprechend

*BGH, NJW 2017, 1961 ff.*

ist darauf hinzuweisen und es im Übrigen notwendig, dass der Kausalverlauf so häufig vorkommen muss, dass die Wahrscheinlichkeit eines solchen Falles vor sich zu haben, äußerst groß ist. Dabei hat das Gericht alle (!) bekannten Umstände des Falles – die auch ergänzend durch angebotene Beweiserhebungen zu erlangen sind – in die Prüfung einzubeziehen.

*OLG Saarbrücken, NJW 2018, 86*

Es genügt deutlich nicht, dass dann von zwei möglichen Geschehensabläufen die eine Wahrscheinlicher ist, als die andere, um einen Anscheinsbeweis anzunehmen.

Daher darf der Senat keine Mutmaßungen oder andere Kausalverläufe annehmen, als die im Verfahren – hier umfangreich – Dargestellten.

*BGH, NJW-RR 1988, 789*

**Hierzu noch Folgendes:**

Der Senat bezieht sich ohne weitere Prüfung des Sachverhalts und der Begründungen auf Seite 3 Mitte zur Einleitungen der angeblichen Tatbestandsvoraussetzungen in diesem Fall offenbar auf die Entscheidungen des

*KG, Beschl. v. 4.02.2013 – 8 U 215/12*

und prüft dann, nach den dortigen Vorgaben, ob hier ein technisch einwandfrei funktionierender Zähler vorlag.

Der Senat behauptet sodann, dass für den Begriff des „technisch einwandfrei funktionierender Zähler“ der Beklagten aber Beweiserleichterungen zukommen würden. Dieses macht der Senat dann daran fest, dass

- eine Eichung stattfand und noch nicht abgelaufen war
- eine äußere und innere Befundprüfung stattfand und diese durch eine Eichbehörde oder Prüfstelle stattfand.

Der Senat folgt hier der o.a. Entscheidung des KG unreflektiert und meint, dass nach Durchführung dieser Prüfpunkte zugunsten der Beklagten eine Beweiserleichterung und folglich ein Anscheinsbeweis für die Richtigkeit der Zähleranzeige vorliege. Dabei verlegt sich der Senat dann auf die weitere dort zitierte Rechtsprechung wobei der Senat übersieht, dass der Rückgriff auf die zahlreich dort angegebenen VG und OVG Entscheidungen zu einem anderen Rechtsgebiet des öffentlichen Rechts erfolgen, die im Wesentlichen die zivilrechtlichen Verfahrensvorgaben u.a. des § 286 ZPO nicht anwenden dürfen, sondern sich der Senat ausschließlich auf die zivilrechtlichen Entscheidungsgrundsätze zu beschränken hat. Zudem dürfte bekannt sein, dass die Normen des öffentlichen Rechts nur in beschränktem Maße einer Einschätzung des zuständigen Gerichts zugänglich sind, soweit dort Tatbestandsvoraussetzungen oder Ermessen aus dem Inhalt der betreffenden Norm streitgegenständlich sind zu überprüfen sind.

Das KG und das OLG Düsseldorf haben jedoch in den Entscheidungen verkannt bzw. nicht erwogen, dass die „Beweiserleichterung“ durch Reduktion der Beweisanforderungen und -erfordernisse zu eine „Quasi-Umkehr“ der Beweislast, nun genannt „Anscheinsbeweis“ führt. Vielmehr hat das KG sich nur auf die Entscheidung des VG Halle ohne weitere Ausführungen bezogen (*VG Halle, Urteil vom 28. Oktober 2011 – 4 A 93/11*). Der zitierte Beschluss des KG ist aber ungeeignet, das es dort um einen Zahlungsprozess ging, was hier nicht der Fall ist. Die mehrfach zitierte Entscheidung des VG Halle betrifft Verwaltungsrecht und hat mit Beweislasten nichts zu tun, obwohl das VG fälsch hier von „Anscheinsbeweis“ spricht, was im Verwaltungsrecht unzulässig ist. Dort ging es zudem um einen Gebührenbescheid für die Überprüfung des Zählers. Verwendbar sind diese Entscheidungen nicht. Zudem leiten Sie die Beweislastregeln nicht her, sondern behaupten diese Voraussetzungen nur. Das ist erkennbar ein Verstoß gegen die Beweislastregeln, wenn der Tatbestand der Norm eindeutig formuliert ist (siehe § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV).

Zudem noch ein Hinweis: Die auch in dem Beschluss des Senat wiederholte Zitatstelle *Schütte/Horstkotte zu § 30 AVBWasserV* und *Hempel zu § 21 AVBWasserV* stammen von Autoren der Wasserwirtschaft bzw. die Mitglieder der Verbände vertretenden Kollegen – so auch in diesem Verfahren -. Es dürfte bekannt sein, dass die Behandlung von Rechtsproblemen u.a. mandantengesteuert erfolgen kann und Interessenabwägungen teilweise nicht getroffen werden. Im zivilen Baurecht ist das bekannt. Die Heranziehung verbietet sich. Die Entscheidungen des VG Halle und des KG haben jedoch bei genauer Reflektion lediglich die

Inhalte der Zitatstellen übernommen, ohne sich mit den Anforderungen zu den Begriffen Beweislast, Anscheinsbeweis, Beweiserleichterung auseinanderzusetzen.

Insoweit ist zwingend in dem vorliegenden Verfahren der o.a. Vorhalt an den Senat von diesem zu überdenken.

**Ergänzend weiterhin:**

Im Hinweisbeschluss sind die folgenden Ausführungen des Senats aus Sicht des beigezogenen Privatgutachters Dipl.-Ing. Georg Hofmann, technisch fehlerbehaftet, und sie sind rechtlich fehlerhaft erfolgt aufgrund einer beim Senat nicht vorauszusetzenden Sachkunde in technischer wie in mathematischer Hinsicht:

Die Ausführungen auf **Seite 3**, beginnend mit „*Die Eichfrist des streitgegenständlichen Zählers...*“, endend mit „*...durchgeführte Befundprüfung bestanden.*“ und auf **Seite 4 erster und zweiter Absatz**, sind aus folgendem Grund grundfalsch:

Die im Beschluss zitierte Technische Richtlinie TR-W 19 schreibt in Abschnitt 2.2.2.3 d) vor:

*Bei Geräten mit mechanischem Zählwerk ist insbesondere dessen Funktionsfähigkeit zu untersuchen.*

Diese Untersuchung wurde nicht durchgeführt. Das ist mehrfach vorgetragen worden und wurde erstinstanzlich und vom Senat übergangen oder nicht gesehen. Die Untersuchung der Funktionsfähigkeit ist eine zwingende Vorschrift innerhalb der TR-W 19 und zwar Abschnitt 2.2.2.3 d). Das aber ist unstrittig nicht gemacht worden und da es Aufgabe der Befundprüfung durch die Beklagte war, ihr dieses Verhalten zuzurechnen.

Auf Seite 16 unten des erstinstanzlichen Urteils ist zudem die Feststellung falsch, wenn dort unbelegt behauptet wird, dass zur Überzeugung des Gerichts sogar die ordnungsgemäße Funktion des Messgerätes feststehe. Richtig ist vielmehr, dass die Funktionsfähigkeit des mechanischen Rollenzählwerkes nicht untersucht wurde. Daher ist die Funktionsfähigkeit nicht beweisbar und daher der Beweis durch die Beklagte nicht erbracht.

**Beweis:** Sachverständigengutachten  
Zeugnis Herr Hofmann, b.b.

Im Übrigen ist noch zu erwähnen, dass der Zeuge Bocks sich an den Wasserzähler bei der Vernehmung nicht erinnern konnte. Dennoch machte er Angaben. Die Aussage war nicht zu verwerten.

Beim Öffnen des Zählwerks wurden Teile des Zählwerks nachgewiesenermaßen beschädigt, so dass die vorgeschriebene Prüfung der inneren Beschaffenheit nicht erfolgen konnte. Eine Untersuchung der Funktionsfähigkeit des Zählwerks war dem Prüfer infolge der vorausgegangenen zerstörerischen Beschädigung

**Beweis:** Fotos BK 1

definitiv nicht möglich. Eine Funktionsstörung des Zählwerks, gleichviel welcher Art, konnte im Rahmen der Befundprüfung von vornherein nicht geklärt werden.

Im Prüfschein hätte das vermerkt werden müssen. Ohne Untersuchung des Zählwerks auf Funktionsfähigkeit durfte das Ergebnis der Befundprüfung nicht „bestanden“ lauten. Die darauf gegründete Feststellung im erstinstanzlichen Urteil, Seite 7, die Befundprüfung des Wasserzählers durch den Zeugen Bocks sei ordnungsgemäß durchgeführt worden, erfolgte daher zu Unrecht, desgleichen auf Seite 16 des Urteils, es seien keine Tatsachen nachgewiesen, aus denen sich die ernsthafte Möglichkeit ergibt, dass der Wasserzähler doch falsch angezeigt hat.

Solche Tatsachen liegen bereits in der fachlich unzulänglichen, zumal den Wasserzähler beschädigenden Untersuchung durch den Zeugen Bocks.

Die Würdigung der Aussage des Zeugen Bocks, der den Zähler – wie nachgewiesen wurde, aber dem Beweiserbieten nicht gefolgt wurde – beschädigt hatte, erfolgte nicht in erstinstanzlichen Verfahren und auch nicht durch den Senat, obwohl dieser Sachverhalt aufgeführt wurde. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass letztlich aber die Beschädigung durch diesen Zeugen, der im Übrigen bei seiner Vernehmung nicht wahrheitlich zutreffende Aussagen zum tatsächlichen Vorgang des Untersuchungsablaufs und zum Zustandekommen der unrichtigen Befundprüfung/-protokoll angab (siehe die Ausführungen zum angebliche Ankreuzen des Zustandes „i.O.“, sind nicht in die rechtliche Bewertung der Beweislast eingeflossen (hierzu s.o. Ausführungen).

Diese Punkte waren sämtlichst in der ersten Instanz vollumfänglich gerügt und aufgezeigt worden. Das erstinstanzliche Gericht hat das weder erkannt, noch sich damit beschäftigt oder wenn doch, dann verkannt, dass die Vorgehensweise nach Technische Richtlinie TR-W

19 schreibt in Abschnitt 2.2.2.3 d) eben nicht eingehalten wurden, und daher übergangen wurde. Sowohl das erstinstanzliche Gericht, als auch der Senat übergehen diesen wichtigen Aspekt.

Da es zunächst eine Rechtsfrage ist und die Darstellungen der Klägerin und Beklagten neu zu ordnen sind, möge der Senat, die rechtliche Prüfung neu vornehmen. Sodann wird nochmals **Beweis** entsprechend den Ausführungen im erstinstanzlichen diesseitigen Vorbringen und ergänzend durch

1. Sachverständigengutachten
2. Zeugnis des Sachverständigen Hofmann, b.b.

angeboten.

**Weiterhin:**

Die Ausführungen des Senats auf Seite 4 zweiter Absatz 2 und Seite 5 bis Ziffer 2.2 basieren deutlich erkennbar zu dem gesamten oben dargestellten Fehler und der Nichtkenntnis des Senats zum genauen Prüfungsvorgang eines solchen bemängelten Wasserzählers, auf der Verkennung der tatsächlichen Prüfungsvorgänge und Fokussierung nur auf die Frage der Wertung der Darstellung der SaV Lünemann. Die Ausführungen der Sachverständigen Lünemann als einzige Quelle der Überzeugung bei Beweislastfragen heranzuziehen, ist rechtlich fehlerhaft (s.o.).

Fehlerhaft geht der Senat nämlich an dieser Stelle lediglich davon aus, dass die Sachverständige Lünemann keine Einwirkung auf den Zähler festgestellt habe und fokussiert sich dann weiter auf den Vorgang der baulichen Stemmarbeiten, der Arbeiten durch die Beklagten im Straßenraum (Leitungsarbeiten mit Vibrationen) und dem zeitlichen Zusammenhang zum Ablesen des Zählers am 6.02.2014. Das ist eine unvollständige Beweiswürdigung des erstinstanzlichen Gerichts und des Senats.

Nachweise anderer Zusammenhänge wurde ebenfalls durch die Klägerin erbracht, welche aber an dieser Stelle zum Thema der „Funktionsweise“ und der „höchsten Möglichkeit des anderweitigen Kausalverlaufs“ auch vom Senat nicht in Betracht gezogen wird.

Bei genauem Studium des Vernehmungsprotokolls wäre aufgefallen, dass die Sachverständige Lünemann sich während ihrer Vernehmung klar dazu geäußert hatte, dass die Halte-

rung des Zählwerkes („Becher“) beschädigt war, als sie die „Uhr“ erstmals nach Abholung bei der Beklagten zu Gesicht bekam. Deutlich erkannte sie diese „Uhr“ in der Verhandlung wieder. Beim vom Unterzeichner initiierten Zusammensetzen, war dies nicht möglich, denn die Ritzel fielen wegen der Beschädigung heraus, waren nur schwer zuzuordnen (Reihenfolge) und das darüberliegende Zähleranzeigewerk war in den Positionen nicht mehr nachvollziehbar. Die Sachverständige konnte das nicht zusammensetzen!

Die Uhr kann auch heute **keiner** in der exakten Zustand bei Betrieb – wie dies aber § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV fordert (Anspruchsgrundlagenzusammenhang) – versetzen. Das bedeutet, dass die Beklagte belastfällig für den Zustand bleibt. Dabei spielt es keine Rolle, ob äußere Einflüsse zu einer Änderung des Zustandes führten.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Lünemann, b.b.  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

Dieser wichtige Aspekt ist erstinstanzlich und vom Senat übergangen worden.

Darüber hinaus, wurden von der Sachverständigen Lünemann zwei Beschädigungen der Ritzel und Zahnräder an deren Laufstellen und Ritzelkanten angeführt, die nicht erklärbar waren. Es waren dann nach diesseitiger Initiative diese beiden Ritzel und Zahnräder genau betrachtet worden (und zwar mit allen Beteiligten, einschließlich des erkennenden Gerichts) und festgestellt worden, dass es dort dunkle, fast schwärzliche Verfärbungen gab. Weder die Sachverständige noch sonst wer konnte eine Erklärung dafür finden, weil nach Angabe der Sachverständigen und des Sachverständigen Hofmann die dort verbauten Kunststoffe immer weiß sind. Es handelte sich aber deutlich um Abriebspuren an zwei Stellen an zwei Zählwerksrädern. Das wurde dann auch mit dem Schriftsatz vom 28.11.2021 vorgetragen, weil dies erst in der mündlichen Verhandlung erstmals offenbar wurde und im Sachverständigen-gutachten der SaV keine Erwähnung fand. Zudem konnte auch hier die Sachverständige diesen Befund nicht deutlich erklären. Auch deswegen ist die Darstellung des Senats im Hinweisbeschluss völlig unzutreffend, denn „überzeugend“ war und ist hier nichts. Im Gegenteil, inhaltlich war es sogar falsch! Der Senat folgt hier leider mangels tatsächlicher Sachkunde ohne eingehende systematische Befassung mit den Schriftsätzen in dem Inhalt des Protokolls, den unzutreffenden Ausführungen des erstinstanzlichen Gerichts. Daher ist eine Überprüfung der Ansichten erforderlich.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Lünemann, b.b.

Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

Diese Unerklärlichkeit ist aber im Rahmen der Beweislast zu Lasten der Beklagten zu werten, denn sie hätte vortragen müssen, dass zum Zeitpunkt des Funktionseinsatzes keine Abweichungen von der Norm und der Funktion vorlagen. Alles andere ist vor dem klaren Hintergrund des § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV eine Beweislastverkenntung des Gerichts. Das erstinstanzliche Gericht hätte Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen und die mündliche Verhandlung wieder eröffnen müssen, was auch der Senat verkennt.

Zudem ist darauf hinweisen, dass erst nach diesen Feststellungen die Sachverständige zur Erläuterung des Aufbaues eines Zählwerkes Stellung nahm. Dabei aber verlegte sie sich auf völlig anderen Wasserzählertypen anderer Hersteller und auch auf andere Typen des hiesigen Herstellers. Das verwertete das Gericht aber fehlerhaft und projizierte den nicht zutreffenden Sachverhalt zur Funktionsweise und Aufbau anderer Zähler auf den streitbefangenen. Hierzu ist der Ablauf der Erörterungen aber im Protokoll zu erkennen. Das erstinstanzliche Gericht mutmaßte daher, dass die Ausführungen der Sachverständigen grundsätzlich gelten würden, was es aber nicht ist, wie u.a. der Sachverständige Hofmann ausgeführt hat und im Schriftsatz vom 28.11.2021 auch dargestellt ist. Das erstinstanzliche Gericht unterstellte damit einen nicht vorhandenen Sachverhalt und der Senat folgt dem nun. Die Bewertung hat neu zu erfolgen. Die eindeutig fehlerfreie Funktionsweise des Zählers hat die Beklagte nicht nachgewiesen. Hierzu bedarf es auch keines Eingehens auf einen Anscheinbeweises, denn die exakte Bewertung von Beweisergebnissen und die nochmalige Begutachtung hat nichts mit Beweislasten zu tun, sondern Grundlagen der Beweisermittlung in der Folge des § 21 AVBWasserV.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Lünemann, b.b.  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

**Es wird daher nochmals die Begutachtung des streitbefangenen Zählers ergänzend beantragt.**

**Zudem:**

Die Ausführung auf Seite 5, beginnend mit „Auch mit der Behauptung, bei den Arbeiten der Beklagten an der Wasserleitung könne Luft in den Wasserzähler gelangt sein...“, endend mit „...bestätigt, dass hier das streitgegenständliche Ausmaß des Mehrverbrauchs nicht durch eingeschlossene Luft erklärt werden kann.“, ist verfehlt. Denn das Gericht geht irrtümlich davon aus, dass eine möglicherweise durch Bauarbeiten hervorgerufene Zählwerksstörung

in Form eines Lufteinschlusses mit dem Ende der Bauarbeiten abgeschlossen gewesen wäre. Jedoch können Luftblasen längere Zeit im oben liegenden (wassergefüllten) Zählwerksbecher verweilen, weil das Zählwerk anders als der Bereich des Flügelrades, nicht durchströmt wird und das darin stehende Wasser Luft nur bis zur Sättigung aufnehmen (absorbieren) kann. In Verbindung mit ständigen Druckänderungen, mit dem der Netzdruck überlagert ist, können Fehlfunktionen des Zählwerks (Rollensprünge) dann auch zu späteren Zeitpunkten ausgelöst werden.

Die vom Gericht beauftragte Gutachterin Lünemann, technische Angestellte des Eichamtes Dortmunds (Gerichtsprotokoll vom 15.11.2021), hätte das wissen und klarstellen müssen.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Lünemann, b.b.  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

#### **Zu I Ziffer 2.2.1**

Soweit der Senat auf Seite 5 Mitte bis Seite 6 oben weitere Ausführungen zu den Beweislasten macht, die Rechtsprechung dazu ungeprüft auf den hiesigen Fall anwendet, obwohl keine der Zitatstellen sich mit einem vergleichbaren Fall deckt, sind diese Ausführungen und Bildung von Tatbestandsvoraussetzungen zur Prüfung des Anspruchs der Klägerin, nach den oben dargestellten Ausführungen zu den Beweislasten und dem Anscheinsbeweis fehlerhaft.

Im Ergebnis ist der Senat der Auffassung, dass die Ungewissheit, wie ein derart hoher Verbrauch zustande gekommen ist, zu Lasten der Klägerin gehe.

Eine notwendige Differenzierung erfolgt nicht durch den Senat.

Zudem ist zu erkennen, dass auch hier der Senat sich fast wörtlich der Entscheidung des OVG NRW, Beschl. v. 24.10.2013 – 9 A 2553/11 bedient. Evident ist das falsch. Dort geht es wieder um Gebührenerhebungen und nicht um Zahlungsrückforderungen, wie hier. Wie aufgezeigt, ist das nicht heranzuziehen. Der Senat benutzt übrigen fehlerhaft hier den Begriff „Gebührenschildner“. Offenbar hat er sich mit der Thematik nicht auseinandergesetzt.

In diesem Zusammenhang verlegt sich der Senat dann auf die diesseits gerügte Verkenning der Voraussetzungen eines typischen Geschehensablaufes im Rahmen der Wertung bei Abweichung von den selben bei Anscheinsbeweiswertungen (s.o.).

Hierzu ist der Senat der Auffassung, dass letztlich eine erhebliche nachgewiesene Abweichung vom üblichen Verbrauch im Rahmen eines einmaligen Vorganges im Vergleich zu anderen Abnahmezeitpunkten nicht ausreicht, den Beweis des ersten Anscheins zu erschüttern. Die Darstellung zu § 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StromGVV und dem Begriff der Verkehrsfehlergrenzen ist jedoch fehlerhaft. Der Beweis des ersten Anscheins ist schon dann erschüttert, wenn die ernsthafte Möglichkeit eines anderweitigen Geschehensablaufs bewiesen wird.

*BGH, NJW 2017, 1961*

Wie Üblich verwechseln die Gerichte zumeist die Voraussetzungen der Beweislastregelung zu diesem Punkt der Entlastung des mit der Anscheinsbeweislast Belasteten. Der BGH hat in der zitierten Entscheidung auch deutlich das Thema angesprochen und die Voraussetzungen aufgezeigt. Der Senat verkennt auch diese deutlich.

Der Beweisbelastete, also derjenige, der den Anscheinsbeweis zu entkräften hat, hat eben **nicht zu beweisen, dass tatsächlich ein anderer Vorgang zu einem atypischen Geschehen geführt hat, wobei „beweisen“ nur die „hohe Wahrscheinlichkeit zur Überzeugung des Gerichts“ bedeutet (siehe § 286 ZPO)**, sondern er hat lediglich eine Stufe tiefer und davor nur zu beweisen, dass die ernsthaft in Betracht zu ziehende Möglichkeit eines anderweitigen Geschehensablaufs faktisch sehr naheliegend ist. Dieses Möglichkeit eines Ablaufs eines Geschehens ist von ihm zu beweisen.

Das ist also etwas völlig anderes als Gerichte und auch der erkennende Senat meinen. Denn auf Seite 6 stellt der Senat deutlich dar, dass er der Meinung ist, dass er die höchste Stufe der Beweislast und des Beweiserbietens bei einem – wie auch immer anzuwendenden Anscheinsbeweises – verlangt.

#### **Deutlich:**

Das ist falsch und rechtsirrig. Der BGH hat deutlich gemacht, dass es nicht darauf ankommt, dass der Beweisbelastete einen vollständigen tatsächlichen Nachweis als Beweis (-mittel) schuldet, um ein Gericht vom Gegenteil eines – im Übrigen nur vermuteten - typischen Geschehensablaufs zu überzeugen.

Nein! Der BGH hat deutlich gemacht, dass der mit der – hier unzutreffenden - Anscheinsbeweislast Belastete (die Klägerin) – die Abweichung vom üblichen (erst noch festzustellenden) typischen Geschehensablauf darzulegen und bei Nachweis eines atypischen Geschehensablaufs die Möglichkeit ausreichen zu lassen, das es eine Abweichung gibt und daher Zweifel an der Abfolge eines typischen Geschehensablauf gibt. Dieses bedeutet der Begriff „Möglichkeit“; also keine absolute feste Überzeugung, sondern berechnete Möglichkeit von Zweifeln am typischen Geschehensvorgang.

Die Überlegungen des Senats ab Seite 6 zu Ziffer 2.2.1 und 2.2.2 sind daher deutlich falsch und überwälzen – ohne große Not – die Beweislast der Klägerin. Die Wertungen des Senats sind daher deutlich rechtsfehlerhaft.

Es darf daher erwartet werden, dass der Senat sich nicht unreflektiert, mit nicht den Fall selbst umfassenden Zitatstellen und deren unrichtige Wiederholung (siehe z.B. Verwaltungsrecht, „Gebührenforderung“, verschwundene Zähler, Zahlungsklagen, usw.) befasst, sondern mit der zutreffenden Befassung mit dem Inhalt der Tatbestandsvoraussetzungen in den betreffenden Normen.

Zudem dürfte der diesseitige Hinweis auf die Entscheidung des BGH, Urt. v. 7.02.2018 – VIII ZR 148/17 Anlass geben, die Grenzen des o.a. Begriffs der „Möglichkeit“ und der damit verbundenen niedrigeren Stufe der Beweislast bei Anscheinsbeweisen aufzunehmen und unter dem Blickwinkel des Begriffs „Fehler“ völlig neu zu bewerten.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Senat völlig falsch auf Seite 6 Mitte auf den Begriff „offensichtlicher Fehler“ in § 30 Nr. 1 AVBWasserV eingeht und diesen plötzlich als Maßstab und Anspruchsgrundlage im hiesigen Verfahren sieht.

Deutlich: der Senat verkennt hier, dass nicht § 30 Nr. 1 AVBWasserV die Anspruchsgrundlage ist, das wäre im Zahlungsprozess der Fall, den wir nicht haben, sondern wir sind im Rückforderungsprozess und da gilt § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV. Folge ist nicht ein „offensichtlicher Fehler“, sondern nur ein „Fehler“. Das ist deutlich weniger!

Der Senat hat sich damit nun auseinanderzusetzen.

**Zu I Ziffer 2.2.2**

Soweit der Senat ab Seite 7 bis 9 des Beschlusses sich darauf verlegt, dass die vom erstinstanzlichen Gericht festgestellten Umstände fehlerfrei seien, ist das – wie oben gezeigt – rechtsirrig.

Zudem geht der Senat nun darauf ein, dass eine ernsthafte Möglichkeit einer fehlerhaften Verbrauchsanzeige nicht festgestellt werden kann.

Die dortigen Ausführungen offenbaren aber, dass der Senat einen neuen Sachverhalt unterstellt, der im Verfahren nicht streitgegenständlich ist und daher im Ergebnis eine nicht im Falle existente Sachverhaltsgrundlage geschaffen wird, was rechtlich und prozessual unzulässig und verboten ist.

Hierzu folgendes und zugleich zur Richtigstellung und Wiederholung des zutreffenden Sachverhalts und dessen zu erfolgende Wertung:

Auf Seite 7, beginnend mit „*Die Sachverständige Lünemann hat durch eigene Messungen festgestellt...*“, endend mit „*...Unterlagen der Bauartzulassung vorgegebenen Toleranzen liegen.*“ folgt das Gericht den Ausführungen der Sachverständigen. Deren zugrundeliegenden Feststellungen sind jedoch unvollständig wegen des Fehlens von Feststellungen zu den Innenmaßen des Gehäuses (Rollenzählwerkskäfig). Denn die axialen Abstände zwischen den Zahlenrollen, die maßgeblich sind für das Unterbrechen der Arretierung sowie für die Möglichkeit freien Durchdrehens von Zahlenrollen („Rollensprünge“), werden von der Innenabmessung des Gehäuses bestimmt.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Lünemann, b.b.  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

Seite 8, Zeile 11 lautet, beginnend mit „*Nach der Aussage des Zeugen Bocks wird...*“, endend mit „*...Auffälligkeiten auch nicht festgestellt hat.*“ Die Passage ist unlogisch, und als Begründung dafür, dass ein Rollensprung ausgeschlossen werden kann, unbrauchbar. Der Zeuge Bocks soll daraus, dass er selbst einen Rollensprung in dem von ihm gefertigten Protokoll der Befundprüfung nicht vermerkt hat, geschlossen haben, dass er solche Auffälligkeiten nicht festgestellt hat. Indessen werden Feststellungen ggf. konkret getroffen, und so dann, sofern sie wirklich getroffen wurden, in einem Protokoll vermerkt.

Dagegen ist es unzulässig, auf bestimmte Feststellungen im Nachhinein zu schließen daraus, dass sich über sie nichts findet in einem Protokoll. Im Fall nicht vorhandenen Vermerks über konkrete Feststellungen darf der für Feststellungen und Protokollierung der Feststellungen Verantwortliche lediglich angeben, dass er Feststellungen über den konkreten Sachverhalt nicht getroffen hat, aber nicht, dass er Feststellungen dahin getroffen habe, dass der konkrete Sachverhalt nicht bestanden habe. Vorliegend hat der Zeuge Bocks zur Möglichkeit eines Rollensprungs nichts protokolliert. Dass er dahingehend tatsächlich, jedoch unprotokolliert, nichts festgestellt habe, ist nicht als Rückschluss aus dem Protokoll zu qualifizieren, sondern richtigerweise als Behauptung. Die Behauptung des Senats, der Zeuge Bocks habe zur Möglichkeit eines Rollensprungs Auffälligkeiten nicht festgestellt, ist unhaltbar.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Lünemann, b.b.  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

Die Ausführung Seite 8, oberer Absatz a.E., beginnend mit „*Dass es sich bei dem von der Klägerin für den hohen ...*“, endend mit „*...gleich zwei Rollen (1.000er- und 10.000er-Anzeige) hätten betroffen sein müssen.*“ ist so nicht korrekt. Für eine Falschanzeige, wie sie vorliegend nahelegt, müssen zwei Zahlenrollen nicht betroffen sein. Die Falschanzeige kann auch Folge mehrerer Rollensprünge derselben Zahlenrolle sein. In der Dokumentation des einen Rollensprungs

**Beweis:** Fotos BK 2

ist zu erkennen, wie die 1er-Zahlenrolle über die sich drehende Welle die 100er-Zahlenrolle mitdreht. Die Falschanzeige mit ca. 5.000 m<sup>3</sup> musste in dem Fall aber durch mehrere Rollensprünge, ob der 100er-, ob der 1.000er-Zahlenrolle verursacht worden sein. Die Dokumentierung des einen Rollensprungs der 100er-Zahlenrolle in Verbindung mit der über viele 100 m<sup>3</sup> gehenden Falschanzeige verdeutlicht, dass es sich bei einer durch Rollensprung verursachten Falschanzeige keineswegs „allenfalls um eine ganz theoretische Möglichkeit handelt“.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Lünemann, b.b.  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

Auf Seite 8 des Beschlusses, vorletzte Zeile, heißt es, beginnend mit „*Danach kann bei einem defekten Spülkasten ... es im selben Zeitraum 3.901 m<sup>3</sup> sein.*“ (Seite 9), endend mit

*„...kann durchaus an mehreren Entnahmestellen insgesamt der angezeigte Verbrauch entstanden sein.“*

Vernachlässigt wird hier im Beschluss zunächst, dass Entnahmestellen sich nicht von allein öffnen und wieder schließen. Insbesondere wäre das Geräusch defekter, permanent laufender Entnahmestellen, wie sie vom Gericht als möglich angenommen werden, gehört worden vom in der ersten Instanz befragten Zeugen Andreas Della Mora. Auf ausdrückliche Nachfrage hat Della Mora die Wahrnehmung eines derartigen Geräuschs (Protokoll, Landgericht Wuppertal – 18.09.2017 – 3 O 401/15, Seite 5) verneint.

Des Weiteren sind dem in I. Instanz beigebrachten Privatgutachten Böhm zufolge (Beurteilung, 5.) einzelne durchlaufende WC-Spülkästen sowie einzelne Auslaufarmaturen an Spülen, Waschtischen oder Ausgussbecken nicht annähernd in der Lage, einen Wasserverbrauch von 15.000 m<sup>3</sup> zu verursachen. Daher wird im Hinweisbeschluss die Möglichkeit eines solchen Wasserverbrauchs damit angenommen, dass der Verbrauch an mehreren Entnahmestellen entstanden sein kann. Für einen über den üblichen Verbrauch hinausgehenden Mehrverbrauch von 15.000 m<sup>3</sup> müssten allerdings mindestens drei Entnahmestellen über 10 Monate hinweg unbemerkt einen permanenten Wasserdurchfluss bewirkt haben. Abgesehen von der Fragwürdigkeit dieser Möglichkeit in Anbetracht der Zeugenaussage Della Mora übergeht das Gericht mit seiner Annahme mathematische Gesetzmäßigkeiten der Wahrscheinlichkeit.

Die Wahrscheinlichkeit des gleichzeitigen Defekts von zwei oder drei Armaturen ist gegenüber der Wahrscheinlichkeit des Defekts einer einzelnen Armatur erheblich verringert. Der Faktor, um den sich die Wahrscheinlichkeit des Defekts nur einer einzelnen Armatur verringert für den Fall des gleichzeitigen Defekts mehrerer Armaturen, ist zu errechnen in einem stochastischen Prozess, der mathematischen Beschreibung zufälliger Vorgänge in einem Zeitintervall, ausgehend von der durchschnittlichen Häufigkeit des Ausfalls einer einzelnen Armatur (deren funktionalen Zuverlässigkeit), mündend in die Aussage, mit welcher Häufigkeit noch zu rechnen ist für den gleichzeitigen Ausfall von drei gleichartigen Entnahmearmaturen.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

Das erstinstanzliche Gericht und der Senat hätte eine derart reduzierte Zufälligkeit nicht als ohne weiteres möglich annehmen dürfen aus eigener Sachkunde. Es kann nicht angenommen werden, dass das erstinstanzliche Gericht und der Senat Fragen der Wahrscheinlichkeit

des Ausfalls von Sanitärarmaturen beherrscht. Ebenfalls - ermessensfehlerhaft - traut sich das erstinstanzliche Gericht ein Urteil zu über die mathematisch zu ermittelnder Reduzierung der Wahrscheinlichkeit des gleichzeitigen Defekts mehrerer Entnahmearmaturen.

Indessen kann allein mit der – nach der Wahrscheinlichkeit unrealistischen – Annahme des gleichzeitigen Ausfalls von drei Wasserentnahmestellen verneint werden, dass ein Fehler der Wasserzähleranzeige offensichtlich ist, dass die offensichtlich fehlerhafte Anzeige eines Wasserverbrauchs der Rechnungslegung nicht zugrunde gelegt werden. So ist dann nach § 21 Abs. 1 S. 2 AVBWasserV und § 30 AVBWasserV der durch die offensichtlich fehlerhafte Anzeige des Wasserzählers vermittelte Anscheinsbeweis erschüttert.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

Dem Hinweisbeschluss zufolge würde der Senat die erfolgreiche Erschütterung des Anscheinsbeweis verneinen allein mit ungerechtfertigter Anmaßung eigener Sachkunde.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass eine mögliche jedoch nicht durchgeführte ergänzende Prüfung vor Ort nach "TR-W 19 Abschnitt 2.2, Anlage D" durch die Beklagte nicht durchgeführt wurde und daher eine konkrete Möglichkeit der Änderung der Beweislast von der Beklagten rechtswidrig ausgeschlossen wurde.

Sodann setzt sich die von der Beklagten notwendig zu veranlassende Befundprüfung mit zerstörerischen Beschädigungen des Zählwerkes, die eine Feststellung eines einwandfreien Zustandes des Messgerätes definitiv ausschließen, durch den zeugen Bocks fort. Die Annahmen des Senats dazu, dass dieses ausgeschlossen sei (u.a. auf Seiten 7-9) sind schon bei genauem Lesen der Gerichtsakten nicht zutreffend. Das Gegenteil ist der Fall. Er hat den Zähler unstreitig beschädigt und der Klägerin damit die Möglichkeit des Gegenbeweises genommen. Die Beweislast aber liegt letztlich dann bei der Beklagten. Diesen hat sie nicht erbracht.

Erstaunlicherweise wurde das im erstinstanzlichen Urteil auch fälschlicherweise anders ausgewiesen. Darüber hinaus ist der Zählwert (**kein** Messwert) eine Fehlanzeige eines offensichtlich störanfälligen Rollenzählwerkes, weil Lieferung und Verbleib von 15.000 m<sup>3</sup> Trinkwasser technisch nicht möglich sind. Das wird durch zwei Sachverständigengutachten nachgewiesen. Alle weiteren vorgebrachten Nachweise und Beweiserbieten der Klägerin, einschließlich der Angebote an den Wasserversorgern zu Vor-Ort-Begehungen wurden im Keim

erstickt. Die vom erstinstanzlichen Gericht als Sachverständige Lünemann hat – wie bereits erstinstanzlich aufgezeigt – fachliche Defizite erkennen lassen, wie bereits erstinstanzlich ausgeführt.

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

**Weiter ergänzend zu Seite 8 und 9 des Beschlusses:**

Der Senat führt aus „*Das Landgericht hat sich auch mit der Behauptung der Klägerin auseinandergesetzt, der angezeigte Wasserverbrauch sei in dem Abrechnungszeitraum rein physikalisch gar nicht möglich gewesen. Die Sachverständige Lünemann....*“.

Dies ist nicht zutreffend und wurde erstinstanzlich gegensätzlich vorgetragen und u.a. durch das schon gelegte Gutachten Böhm widerlegt. Die Klägerin hat dargestellt, dass der angezeigte Wasserverbrauch aufgrund **der Begebenheiten des Objektes Windhövel 1 in 42781 Haan** physikalisch nicht möglich ist. Die Klägerin hat den vereidigten Sachverständigen Böhm gebeten zu überprüfen, ob diese Wassermengen überhaupt durch die Zuflussleitungen und Abflussleitungen in 301 Tagen fließen können. Der Gutachter hat sich die Begebenheiten am 26.05.2021 angesehen und kommt zu dem Ergebnis dass:

„*Durchlaufende WC-Spülkästen sowie Auslaufarmaturen an Spülen, Waschtischen oder Abgussbecken sind **nicht annähernd in der Lage**, einen derart hohen Wasserverbrauch zu verursachen.*“ (Gutachten, Punkt 5. Beurteilung Seite 10)

„*Die vorgenannte Wasser-Verbrauchsangabe der Stadtwerke Haan für das Jahr 2014 ist im Hinblick auf die damalige Nutzung des Objektes absolut realitätsfern und sowohl theoretisch als auch **praktisch gar nicht möglich**.*“ (Gutachten, Punkt 6. Fazit Seite 11)

Hierzu hat das Landgericht ausgeführt, dass „*die Sachverständige (Lünemann), anders als die Privatgutachter, den streitgegenständigen Wasserzähler untersucht...*“ habe (Urteil LG 13.12.2021, S. 18). Dies zeigt, dass das Landgericht die Privatgutachten **nicht gelesen oder verstanden** hat. Die Privatgutachten beschäftigen sich nicht mit dem Wasserzähler, sondern mit der **Möglichkeit des Wasserdurchflusses vor Ort in den Leitungen** direkt nach der Wasseruhr. Diese Leitungen hat die Gutachterin Lünemann niemals gesehen und beurteilt. Es wurden keine Ortsbegehungen – trotz diesseitigen Antrages – durchgeführt. Daher:

**Beweis:** Sachverständigengutachten  
Zeugnis Herr Böhm, b.b.  
Ortbesichtigung - durch den Senat – bei Sachverständigenbegutachtung

Fälschlicherweise geht das erstinstanzliche Gericht dazu noch davon aus, dass Zähler-  
sprünge beim streitgegenständlichen Wasserzähler von der Gutachterin ausgeschlossen  
worden (dort Seite 11). Auch das ist nicht richtig. Die Sachverständige hat mitgeteilt, „**dass  
bei der Begutachtung der Bauteile keine Hinweise auf Fehlfunktionen des streitgegen-  
ständlichen Wasserzählers festgestellt wurden. Die Attestierung des einwandfreien  
Gesamtzustands eines Messgeräts, das im bereits demontierten Zustand vorliegt  
wurde, ist nicht möglich. Gegenteiliges wurde weder von Seiten des LBME NRW, noch  
von mir persönlich je behauptet“.**

**Beweis:** Stellungnahme LBME Lünemann vom 25.01.2021, Seite 16  
Zeugenschaftliche Vernehmung der SaV Lünemann

Der Senat hat diesen Fehler bisher nicht erkannt und muss dieses neu bewerten.

Der Senat zitiert zudem das eingeführte Privatgutachten Böhm, bei dem bei einem Wasser-  
druck von 6 bar bereits 15.957 m<sup>3</sup> im Jahr ausströmen. Bei dieser Tabelle handelt es sich um  
eine **allgemeine Tabelle**, die einen Wasserdruck von 2 bis 12 bar und Leckagen von 1 bis  
10 Millimetern beinhalten. Im Allgemeinen liegt der Wasserdruck bei neuen nicht verkalkten  
Leistungen jedoch nur bei 2-3 bar.

Hierzu siehe:

<https://www.hausjournal.net/wasserleitung-druck-erhoehen>

Diese Tabelle hat nichts mit den tatsächlichen Begebenheiten vor Ort in dem Objekt zu tun.  
Das und damit den genauen Inhalt des Gutachtens ordnet der Senat falsch ein und zitiert  
daher unzutreffend, woraus ein unzulässiger Logikfehler im Rahmen der Einordnung eines  
Anscheinsbeweise folgt (s.o.).

Bei dem streitgegenständlichen Objekt ist der Wasserdruck aufgrund des Alters geringer. Die  
Klägerin hat am heutigen Tag im Büro nachgemessen. Ein Eimer Wasser mit 10 Litern füllt  
sich in 1:55 Minuten bzw. 115 Sekunden. In einer Minute fließen 5,2 Liter Wasser ab, 1  
Stunde = 312 Liter, 1 Tag = 7.488 Liter, 301 Tage = 2.253.888 Liter. Die Beklagte wollen  
über 15.500.000 Liter haben. Das wären fast 7 (sieben) voll aufgedrehte Wasserhähne (nicht

nur durchlaufende WC Spülungen) die direkt nach Übergabe des Objektes sich eigenmächtig aufgedreht hätten und dann von keinem der Zeugen entgegen deren Aussagen bemerkt worden wären und nach 301 wieder geschlossen worden wären, wobei gegen physikalische Gesetze verstoßend der Wasserdruck bei den zweiten, dritten, vierten, fünften, sechsten und siebten Wasserhahn identisch geblieben wäre.

**Beweis:** Sachverständigengutachten

Zeugnis Herr Böhm, b.b.

Ortbesichtigung - durch den Senat – bei Sachverständigenbegutachtung

Der Senat ist noch einmal deutlich darauf hinzuweisen, dass die von ihm auf Seite 8 unten vorgenommene eigene Wertung zu einem möglichen Wasserverlust durch Leckage, Wasserrohrbruch usw. einerseits oder andererseits defekte Wasserverbrauchsstellen, wie Druckspüler, Toilettenspülkästen, Wasserhähne oder sonstige Zapfstellen innerhalb des Gebäudes eine Mutmaßung des erstinstanzlichen Gerichts und nun auch des Senats sind. Solche Erwägungen sind einem Gericht auch im Rahmen eines von ihm angenommenen Anscheinsbeweises nicht erlaubt. Das Gericht darf lediglich aufgrund feststehender Tatsachen (auch keine Möglichkeiten) erst Wertungen zu möglichen Kausalverläufen anstellen, wenn sich der Vortrag der einen oder anderen Partei nicht beweisen lässt.

Deutlich: Hier hat die Klägerin durch das Anerbieten von Beweisen, wie Sachverständigengutachten, Ortbesichtigungen, eigenen veranlassten Gutachten, Zeugen, sowie den Zustand, die Zeitabläufe, die Örtlichkeiten und die Berechnungen vollständig belegt. Soweit die beklagte das bestreitet, wäre es Aufgabe des Gerichts gewesen/ist es, die streitigen Teile zu identifizieren und den Beweiserbieten nachzukommen. Weder das erstinstanzliche Gericht, noch der Senat nun kommen den prozessual notwendigen Verfahrensverläufen bei Beweisen nach. Danach bedarf es übrigens auch keines Bemühens der Anscheinsbeweisregeln, denn die Tatsachen – das eben kein Wasser an anderen Stellen des betroffenen Bereichs des Gebäudes entnommen oder ausgetreten ist - sind eindeutig belegt worden.

Zudem meint der Senat auf Seite 8 unten, dass das gesamte Gebäude betroffen sei. Das ist falsch lässt leider auf ein nicht vollständiges Studium der Akten schießen. Der hier betroffene Bereich ist das EG und das KG/Basement. Die anderen Etagen haben unstreitig eigene Wasserversorgung und Zähler!

Der Senat spekuliert hier zudem bezüglich des Wasserdrucks (6 bar) vor Ort und einer Leckage Öffnung (5 mm). Vorgetragen ist diesseits aber, dass es (bis heute) niemals einen Wasserschaden an irgendeiner Wasserleitung gegeben hat. Solch ein Wasserschaden

müsste repariert worden sein. Dies wäre für einen Gutachter heute noch nachweisbar. Ein Gutachter wird jedoch bestätigen, dass es keine reparierten Wasserschäden gab. Der Senat und das erstinstanzliche Gericht übergehen hier die Zeugenaussagen vom 18.09.2022 des Zeugen Andreas Della Mora „Einen Wasserschaden habe ich im Jahr 2014 nicht festgestellt. Ich kann sicher sagen, dass jedenfalls in einer Größenordnung, um die es hier geht, kein Wasser irgendwo im Haus vorhanden war oder ausgetreten ist. Dies hätte ich bemerkt. Ich habe nach der Übernahme des Gebäudes durch die Firma Bilfinger wöchentlich das Gebäude überprüft und bin im Zuge dessen **durch alle Räume durchgegangen**. Ich habe im Basement in alle Räume einmal reingesehen und dort ist mir nie aufgefallen, dass irgendwo nasse Stellen vorhanden waren.“ Und weiter: „Wenn dort (WC Anlage) durch eine Spülanlage das Wasser permanent gelaufen wäre, dann hätte ich das gehört. Dann wäre zu hören gewesen, wie ein Spülkasten permanent mit Wasser gefüllt wird, weil der Schwimmer die Wasserzufuhr nicht stoppt. Das habe ich aber niemals gehört.“ Auf Nachfrage des gegnerischen Rechtsanwalts: „Ich habe bei meinen wöchentlichen Rundgängen üblicherweise einmal bis in die Räume mit den Waschbecken hineingeguckt. Darüber hinaus habe ich etwa alle zwei Monate auch die Toiletten selbst angesehen. Das habe ich aber üblicherweise nicht gemacht, weil man das nicht macht. Das war auch nicht erforderlich, **weil ich gehört hätte, wenn in den Toiletten das Wasser gelaufen wäre**. Die Toiletten hatten Spülkästen, in die das Wasser hineingezischt wäre. Wenn ich mir die Toiletten angeguckt habe, dann habe ich nicht gesehen, dass dort das Wasser in die Toiletten gelaufen ist.“

Das erstinstanzliche Gericht und das OLG zitieren hieraus, dass die „Zeugen Della Mora, Adams und Dr. Bogatzki bekundet haben, keine Anzeichen für einen **größeren Wasseraustritt bzw. einen Rohrbruch** bemerkt zu haben“.

Auch das ist falsch: Die Zeugen haben bekundet, dass gar kein Wasseraustritt (auch kein Kleiner) vorhanden waren und dieser festgestellt worden wäre, hätte es ihn gegeben.

Der Zeuge Adams bekundete im Jahre 2014 keinerlei Auffälligkeiten, irgendwelche ungewollten Wasseraustritte oder Feuchtstellen gesehen zu haben. Niemals kam das Wasser aus dem Pumpensumpf, obwohl der Zeuge 14-tägige Kontrollgänge absolvierte. Zur zum Festhalten der Relationen: das ca. 1.000 Quadratmeter große Kellergeschoss hätte bei dem angegebenen Verbrauch auf eine **Höhe von 15,5 Metern volllaufen müssen** !

Der Zeuge Dr. Bogatzki bekundete, dass die WC Anlagen, Waschbecken und die Hebeanlage nicht in Betrieb waren. Das Wasser war dort abgedreht. Nur im EG und im 1. OG sind die Wasserinstallationsanlagen in Betrieb, im Kellergeschoß aber nicht.

Tatsächlich ist es so, dass die gesamte Hebeanlage seit Übernahme des Gebäudes durch die Klägerin Anfang Januar 2014 nicht in Betrieb war, da die Sicherungen fehlten. Erst im Jahre 2016 stellte sich heraus, nachdem versucht wurde, die Anlage wieder in Betrieb zu nehmen, dass die Hebeanlage, zumindest eine Pumpe defekt ist. Bis heute befinden sich die Pumpen noch im Zustand von 2014, aus Kostengründen hat die Klägerin bisher keine Reparaturen durchgeführt. Wir haben hier also sogar – wie auch mehrfach vorgetragen – noch den „Urzustand“ vor uns, der unverändert ist!

Weiterhin teilte der Zeuge mit, dass ein Hinweis auf Wasserschäden oder Rohrbrüche nicht gegeben hat und auf Seite 13 des Protokolls: *„Ich kann bestätigen, dass es seit 2014, d.h. seit der Zeit, als wir das Objekt übernommen haben, keinen einzigen Wasserschaden in dem Objekt gab.“*

Hieraus konstruiert der Senat nun, dass der hohe Verbrauch ggfs. durch defekte Wasserverbrauchsstellen wie Druckspüler, Toilettenspülungen, Wasserhähne oder sonstige Zapfstellen innerhalb des Gebäudes verursacht worden sind.

**Das OLG übernimmt hier, wie ebenfalls das erstinstanzliche Gericht die nicht belegten Formulierungen der Beklagtenseite, die im völligen Gegensatz zu allen Zeugenaussagen stehen. Der vereidigte Sachverständige Böhm schreibt auf Seite 10 „Durchlaufende WC-Spülkästen sowie Auslaufarmaturen an Spülen, Waschtischen oder Ausgussbecken sind nicht annähernd in der Lage, einen derart hohen Wasserverbrauch zu verursachen.“**

Eine laienhafte und nicht belegte Behauptung der Beklagten, der diesseits immer erheblich widersprochen wurde und die zudem konträr jeder Zeugenaussage ist und nach der Darstellung eines vereidigten Sachverständigen selbst annähernd auch tatsächlich und physikalisch nicht möglich ist, wird als Begründung nun vom Senat herangezogen, um den Anspruch der Klägerin abzulehnen. Sowohl das erstinstanzliche Gericht und nun der Senat verstoßen gegen das einfache kontradiktorische System der Beweislasten bei tatsächlichem Vortrag. Daher wäre neben den Zeugen ein Sachverständiger zur Klärung der Ortslage und der Ursachen zu beauftragen gewesen, um (vor Ort) festzustellen, ob durchlaufende WC-Spülkästen ... überhaupt für die strittige Wassermenge ursächlich sein können. Obwohl die Klägerin das immer wieder beantragt hatte. Dies verstößt gegen elementare prozessuale Regeln und ist nun durch den Senat nachzuholen. Der Senat kann hier auch selbst entscheiden.

Der Senat spekuliert sodann auf Seite 9 über gleichzeitig voll geöffnete Ventile bei mehreren Entnahmekquellen, ohne zu berücksichtigen, dass der Wasserdruck bei jeder zusätzlich geöffneten Quelle niedriger wird und stellt sich zudem gegen die Aussagen der Zeugen. Auch

dieses ist dem Senat nicht erlaubt, da es keine Anhaltspunkt im Rechtsstreit gab und die Zeugenaussagen zunächst zu werten sind. Eine Unsicherheit oder eine andere offenkundige Möglichkeit gibt es nicht und war auch nicht von der Beklagten vorgetragen und bewiesen. Daher liegen auch hier die Grundsätze des Anscheinsbeweise fern.

Dann führt der Senat aus, dass Wasser könne direkt abgeflossen sein und lässt die Zeugenaussagen völlig unberücksichtigt, dass diese ausführten, dass sie das mit Sicherheit gehört hätten. Die einzelnen WCs sind mit Leichtbautrennwänden ausgestattet, die etwa 20 cm über dem Boden beginnen und nicht bis zur Decke gehen. Die Türen fehlen. In einem solchen WC hört man Spülgeräusche.

**Beweis:** Fotos vom 26.10.2022 (BK 3), I.v.

Dann unterstellt das erstinstanzliche Gericht nun folgend der Senat dem Zeugen Dr. Bogatzki, der bekundete, dass die Hebeanlage „*seit sehr langer Zeit*“ (wo wurde das gesagt?) außer Betrieb sei, eine Falschaussage, da der Senat davon ausgehe, dass ein derartiger Defekt der Klägerin bei Übernahme des Gebäudes Anfang 2014 nicht verborgen geblieben wäre.

Folgende Fakten dazu werden gebeten zu reflektieren: Die Klägerin übernimmt ein Objekt mit einem komplett leer stehenden verschlossenen Kellergeschoss. Die Leitungen sind abgedreht, die Sicherungen fehlen. Die Einheit ist nicht vermietbar und dann soll die Klägerin Anfang 2014 also direkt nach Kauf den Defekt bemerken und beheben? Warum? Die Pumpen wurden bis heute nicht repariert. Des Weiteren ist es völlig unerheblich, wann der Defekt der Pumpe festgestellt wurde. Die Klägerin hat wahrheitsgemäß vorgetragen. Ansonsten hätte sie doch auch behaupten können, der Defekt der Pumpe sei bei Übergabe des Hauses festgestellt worden. Festgestellt worden ist, dass die beiden Pumpen außer Betrieb waren und die Sicherung hierzu ausgebaut worden ist.

Der Geschäftsführer der Klägerin kann zeugenschaftlich bzw. als Partei angehört, bestätigen, dass die Sicherungen für das Kellergeschoss und die Pumpen bereits Anfang Januar 2014 nicht mehr vorhanden waren. Das Kellergeschoss haben die gesamten benannten Zeugen und Mitarbeiter der Klägerin mit Taschenlampen und Handybeleuchtung betreten. Erst im Jahre 2016 wurden neue Sicherungen installiert und dann festgestellt, dass eine Pumpe defekt ist.

**Es wird daher nochmals unter Beweis gestellt, dass niemals die von der Beklagten angegebenen Mengen überhaupt abgeflossen sein können, es keine reparierte Wasserterschäden gab, die Pumpenanlage in Betrieb ist oder – nicht - in der Lage ist, solche**

**Wassermengen in das Kanalnetz zu befördern. Zudem: Ist es nach den Zeugenaussagen von Della Mora, Adams und Dr. Bogatzki möglich, dass die Wassermengen abgeflossen sind?** Zudem sind die von der Beklagten behaupteten, erstinstanzlich und nun vom Senat lediglich übernommenen Behauptungen der angeblich tropfenden Wasserhähne und durchlaufenden WC-Spülungen in der Lage, den von ihr behaupteten Wasserverbrauch zu erklären?

**Beweis:** Sachverständigengutachten  
Ortsbesichtigung  
Zeugnis Böhm, b.b.  
Zeugnis Della Mora, b.b.  
Zeugnis Adams, b.b.  
Zeugnis Dr. Bogatzki, b.b.

**Zusammenfassend ist zu den Ausführungen des Senats auf Seiten 7 bis 9 festzuhalten:**

Im Urteil des LG Wuppertal - 3 O 401/15 und dem aktuellen Hinweisbeschluss des Senats wird mehrmals auf die "Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser", kurz **AVBWasserV** hingewiesen. Diese Verordnung ist am **01.04.1980** in Kraft getreten. Diese Verordnung enthält in §§ 19 und 21 Hinweise auf Verkehrsfehlergrenzen ( $\pm 10\%$ ), die im Falle von unkontrollierten **Zählwerksfortschritten** (als Rollensprünge bezeichnet) mit angezeigten Verbrauchswerten die ein Vielfaches des Durchschnittsverbrauchs betragen, nicht das Geringste zu tun haben. Das ist damit zu erklären, dass im Jahr 1980 derartige Rollensprünge wegen Unkenntnis noch nicht beachtet werden konnten.

Der Senat geht weiterhin unzutreffend davon aus, dass im Urteil des OVG Saarlouis vom 20.01.1994 (Az.: 1 R 4/92), welches er dreimal zitiert und einen Fall aus dem Jahr 1985 betrifft, dass "...eine solche innere Beschaffenheitsprüfung sei im Jahre 1986 gänzlich unüblich gewesen..." sei, was wiederum beweist, dass die AVBWasserV vom 01.04.1980 die Ursachen von unkontrollierten Zählwerksfortschritten (Rollensprüngen) noch gar nicht berücksichtigen konnte und auch nicht berücksichtigt hat. Aufgrund dieses Vorganges wurde erst die Verwaltungsvorschrift "TR-W19" erlassen, die ein Öffnen des Wasserzählers und eine Untersuchung der Funktionsfähigkeit des Rollenzählwerks vorschreibt. Erst vor wenigen Jahren erschien die aktuelle Verwaltungsvorschrift "GM-BP 5.22 Wasserzähler" nach der das Rol-

lenzählwerk auch auf mögliche Rollensprünge untersucht werden muss. Allerdings ist der Einfluss von Luftanteilen auf die Funktion auf des Rollenzählwerk in Zählwerken von Wasserzählern der Bauart Nassläufer (wie hier) bisher nicht berücksichtigt, aber zwingend immer bei den Befundprüfungen und vor Ort bei der Entnahme des Zählers zu prüfen.

Zudem geht es hier allein darum, ob ein offensichtlicher Fehler vorliegt. Der Senat ist mit nicht nachvollziehbarer und nicht an den zutreffenden Beweislasten orientierten Darstellungen der Auffassung dass ein offensichtlicher Fehler nicht vorliege, weil der Beweis des ersten Anscheins für die Richtigkeit der Wasserzähler-Anzeige spreche und weil der Anscheinsbeweis nicht erschüttert sei. Die Wassermenge könnte durch den Defekt einer Verbrauchsstelle verursacht, und auf diese Weise unauffällig in der Entwässerung entsorgt worden sein. Das und welche anderweitige Ursache in Betracht zu ziehen wäre und dafür, dass der Anscheinsbeweis "nicht erschüttert" sei, umgeht der Senat unter der Heranziehung des Gutachtens Böhm, der jedoch im Ergebnis deutlich zu anderen Ergebnissen gelangte, die das erstinstanzliche Gericht und der Senat nicht ansetzweise der Würdigung unterzieht. Die Darstellung im Gutachten Böhm aber war mehr als aussagekräftig und war technisch und tatsächlich nachvollziehbar und das die Wassermenge nicht erklärbar ist (vorgerechnet von Böhm) mit dem Defekt einer Verbrauchsstelle, und demzufolge auch nicht mit normaler Entwässerung einer Verbrauchsstelle.

Unzulässig ist daher die vom Senat dann dazu angestellte ledigliche höchste Spekulation und lediglichen Annahme, dass dann eben mehrere Verbrauchsstellen defekt gewesen seien. Eine solche bisher im Verfahren nie erwogene, vorgetragene und sonst wie angestellten Spekulation, also einer „Verdrehung des Sachverhalts“, ist nicht nur rechtsfehlerhaft, sondern prozessual für ein Gericht unzulässig!

**Zum gesamten Vorstehenden:** Sachverständigengutachten  
Sachverständiges Zeugnis Hofmann, b.b.

#### **Ergänzung:**

Die Klägerin hat am 26.10.2022 die betreffenden Räume in dem Objekt, in denen sich Entnahmestellen befinden, noch einmal begehen lassen und Fotos gefertigt. Der Zustand der betreffenden Räume ist infolge der Nichtvermietung unverändert, zu Zustand seit dem Ereignis mit dem Zähler in Januar 2014, also vor ca. 8 Jahren. Wie zu sehen ist, ergeben sich keine Änderungen zu den bisher in dem Verfahren vorgelegten Fotos und Gutachten, insbesondere Böhm. Zudem ist Anzahl der Entnahmestellen erkennbar. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass es lediglich normale WC-Anlagen/-Kästen und Waschbecken/Wasserhähne

sind. Die Fotos machen deutlich, dass abfließendes Wasser in jedem Fall beim Betreten der Räume durch Zeugen gehört/vernommen werden kann und auch erkannt werden kann. Hier ist auf die Zeugenaussage Della Mora hinzuweisen. Weiterhin existiert dort kein Druckspüler.

**Beweis:** Fotos vom 26.10.2022 (BK 3)  
Ortsbesichtigung  
Sachverständigengutachten

Hingewiesen wird aber auch noch einmal auf die nicht behandelten Berechnungen zu den Wassermassen und der schon vor 2014 nicht funktionierenden Abwasserpumpe. Die Berechnungen und der Tatbestand zur Pumpe werden ebenfalls von Senat nicht behandelt.

### **Zu I. Ziffer 3**

Aus den vorstehenden Gründen wird die Berufung nicht zurückgenommen und die Durchführung der mündlichen Verhandlung beantragt.

Zudem erlaube ich mir darauf hinzuweisen, dass der Fall in der Vergangenheit bereits mediales Interesse erzeugte und u.a. in Bild-Zeitung seinerzeit behandelt wurde. Der MDR hat eine Reportage zwar nicht zu diesem Fall direkt, aber bezogen auf seinen Sendebereich im letzten Jahr ausgestrahlt, der die Fehlerhaftigkeit auch dieses hier verwendenden Typs des Zählers eingehend darstellte. Außerdem wurde der Fall in der ARD – „Morgenmagazin – Moma“ und „Terra X“ aufgegriffen und berichtet. Weiterhin ist aktuell das mediale Interesse dieses Falles am 19.10.2022 in der Rheinischen Post – Ausgabe Haan und erneut über Produktionsbereiche des MDR im gleichen Zeitraum geweckt worden.

**Hierzu Verweis auf:**

<https://www.youtube.com/watch?v=E-r2ddq1PLE>

<https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=OLLrdjPRqSM>

<https://www.bild.de/regional/duesseldorf/duesseldorf/ich-musste-80000-euro-fuer-wasser-zahlen-48962644.bild.html>

**Zudem ist am 26.10.2022 eine umfangreiche Dokumentation des WDR in der Sendung „Lokalzeit aus Düsseldorf“ ausgestrahlt worden. Dort sind die Räumlichkeiten und die Vorgänge aufgenommen worden, der Geschäftsführer der Klägerin und der Geschäftsführer der Beklagten zu Wort gekommen. In der Mediathek des WDR ist diese Sendung bis 2.11.2022 verfügbar, was im Hinblick auf den überraschend kleinen betroffenen Bereich und den angeblich abgenommenen Wasserfluss höchst erstaunlich und auch bei einer Entscheidung zwingend zu bedenken ist.**

Daher ist es zwingend, dass die auch mit diesem Schriftsatz angegriffenen und dargestellten rechtlichen und prozessualen Punkte eine zutreffende Wertung erfahren.

Korbion  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht