



Oberlandesgericht
Dresden

Aktenzeichen: 1 U 1472/09
4 O 428/07 LG Leipzig

Verkündet am 23.12.2011
Die Urkundsbeamtin:

R.
Justizhauptsekretärin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

U. GmbH,
vertr. durch die Geschäftsführer
Klägerin / Berufungsbeklagte / Anschlussberufungsklägerin
Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

K. GmbH,
vertr. durch die Geschäftsführer
Beklagte / Berufungsklägerin / Anschlussberufungsbeklagte
Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

wegen Austausch von Wasserzählern u.a.

hat der 1. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Dresden aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2011 durch

Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht R.
Richterin am Oberlandesgericht P. und
Richterin am Oberlandesgericht T.

für Recht erkannt:

1. Das Urteil des Landgerichts Leipzig vom 07.09.2009, Az: 4 O 428/07, wird auf die Berufung der Beklagten im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, den auf dem Grundstück P., L., als Messeinrichtung zur Erfassung des Wasserverbrauchs eingebauten Wasserzähler Qn 6 (mit einem Nenndurchfluss von 6,0 m³/h) zu ersetzen durch einen Wasserzähler Qn 2,5.

Die Beklagte wird verurteilt, den auf dem Grundstück S., L., als Messeinrichtung zur Erfassung des Wasserverbrauchs eingebauten Wasserzähler Qn 6 (mit einem Nenndurchfluss von 6,0 m³/h) zu ersetzen durch einen Wasserzähler Qn 2,5.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

2. Die weitergehende Berufung der Beklagten und die Berufung der Klägerin werden zurückgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Kläger in und die Beklagte jeweils 50 % zu tragen. Von den Kosten des Rechtsstreits in zweiter Instanz haben die Klägerin 45 % und die Beklagte 55 % zu tragen.
4. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.
5. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:**I.**

Von der Darstellung des Tatbestandes wird abgesehen (§§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 ZPO).

II.

Die Berufungen von Klägerin und Beklagter sind zulässig. Das Rechtsmittel der Klägerin ist nicht begründet; die Berufung der Beklagten ist zum Teil begründet.

1.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte jeweils einen Anspruch auf Austausch des eingebauten Wasserzählers Qn 6 gegen einen Wasserzähler der Dimensionierung Qn 2,5 in den streitgegenständlichen Objekten S. und P. in L..

Die von der Beklagten getroffene Auswahl der derzeit verwendeten Wasserzähler der Dimensionierung Qn 6 in den genannten Objekten ist nicht (mehr) ermessensfehlerfrei im Rahmen des von ihr nach Billigkeitsmaßstäben auszuübenden Leistungsbestimmungsrechts gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 und 4 AVBWasserV.

Nur der Einbau jeweils eines Wasserzählers der Dimensionierung Qn 2,5 entspricht zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung einer ermessensfehlerfreien Auswahl.

a)

Nach § 18 Abs. 1 Satz 1 AVBWasserV stellt das Wasserversorgungsunternehmen die vom Kunden verbrauchte Wassermenge durch Messeinrichtungen fest, die den eichrechtlichen Vorschriften, insbesondere § 6 Abs. 1a EichO,

entsprechen müssen. Nach § 18 Abs. 2 Satz 2 und 4 AVBWasserV bestimmt das Wasserversorgungsunternehmen Art, Zahl und Größe sowie Anbringungsort der Messeinrichtungen. Das Wasserversorgungsunternehmen hat dafür Sorge zu tragen, dass eine einwandfreie Messung der verbrauchten Wassermenge gewährleistet ist. Es hat dabei den Kunden und den Anschlussnehmer anzuhören und deren berechnigte Interessen zu wahren. Das Wasserversorgungsunternehmen verfügt insoweit über ein Bestimmungsrecht (BGH, Urteil vom 21.04.2010, Az: VIII ZR 97/09, NJW-RR 2010, 1162; Morell, Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV), Kommentar Stand Oktober 2007, E § 18 Abs. 2 Buchst. ca), das es nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) auszuüben hat (vgl. auch BGH, Urteil vom 06.04.2005, Az: VIII ZR 260/04, WM 2005, 1808 m.w.N.). Dies erfordert eine vom Wasserversorgungsunternehmen vorzunehmende Abwägung der beiderseitigen berechtigten Interessen (BGH, Urteil vom 06.04.2005, Az: VIII ZR 260/04, a.a.O.).

Bei Ausübung ihres Ermessens ist die Beklagte nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (zuletzt: Urteil vom 21.04.2010, Az: VIII ZR 97/09, a.a.O.) gehalten, diesem den aktuellen Stand der Technik zugrunde zu legen und unter dessen Berücksichtigung darüber zu entscheiden, ob ein Austausch des Wasserzählers wegen neuerer technischer Erkenntnisse gerechtfertigt ist.

b)

Das Bestimmungsrecht der Beklagten ist nicht etwa deshalb der Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB entzogen, weil die Klägerin konkludent der falschen Zählergröße zugestimmt hätte, etwa weil zunächst unbeanstandet gezahlt und kein Zähleraustausch verlangt wurde. Es liegt auch keine Verwirkung vor.

Bei der einseitigen Bestimmung des einzubauenden Zählers durch die Beklagte handelt es sich bereits nicht um eine vertragliche Vereinbarung (BGH, Urteil vom 21.04.2010, Az:

VIII ZR 97/09, a.a.O., m.w.N. aus Rechtsprechung und Literatur).

Eine Verwirkung scheidet an dem hierfür erforderlichen Zeitmoment. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs ist entscheidend auf das Austauschverlangen der Klägerin abzustellen. Nach diesem hat die Klägerin aber ohne treuwidrige Verzögerung auf die Durchsetzung des von ihr in Anspruch genommenen Rechtes bestanden.

c)

Die Beklagte war hier jeweils außerhalb des Wechselturnus des Wasserzählers zu einer erneuten Ermessensausübung verpflichtet. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass der Wasserzähler aufgrund der eichrechtlichen Bestimmungen im Abstand von 6 Jahren auszuwechseln ist und der Versorgungsvertrag als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet ist. Hinzu kommt, dass die Dimensionierung des Wasserzählers wegen der Ausgestaltung der Tarifstruktur zum Zeitpunkt des Austauschverlangens der Klägerin erheblichen Einfluss auf die Kostenbelastung des Kunden hatte (BGH, Urteil vom 21.04.2010, Az: VIII ZR 97/09, a.a.O.).

Für die Frage des Austausches des Zählers kann dahinstehen, ob die ursprüngliche auf der Grundlage der DIN 1988 Teil 3 ("Technische Regeln für die Trinkwasserinstallation (TRWI) - Ermittlung der Rohrdurchmesser - technische Regel des DVGW") getroffene Ermessensentscheidung der Beklagten, einen Wasserzähler Qn 6 einzubauen, dem Stand der Technik und billigem Ermessen entsprach. Denn die Beklagte hat die Schreiben der Klägerin vom 08.12.2005 bzw. 12.12.2005, mit der die Klägerin den Austausch der Zähler der Größe Qn 6 gegen Zähler der Größe Qn 2,5 begehrte, zum Anlass genommen, eine neue Ermessensentscheidung in Gestalt der Ablehnung des Einbaus eines Wasserzählers der Größe Qn 2,5 zu treffen. Maßgeblich kommt es deshalb darauf an, ob diese erneute Ausübung des Leistungsbestimmungsrechtes, zu der die Beklagte

angesichts der hier gegebenen Umstände ausnahmsweise verpflichtet war, billigem Ermessen entsprach (§ 315 BGB).

Aufgrund des Versorgungsvertrages bestehen gegenüber der Klägerin besondere Schutz- und Rücksichtnahmepflichten (§§ 242, 241 Abs. 2 BGB). Aus diesen folgt jeweils ein Anspruch auf erneute Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts jedenfalls dann, wenn sich der technische Standard, der einen Einfluss auf die Auswahl der Messgeräte hat, in einem wesentlichen Maße ändert und beachtenswerte Interessen des Kunden geltend gemacht werden. Das Wasserversorgungsunternehmen ist dann gehalten, eine neue Ermessensentscheidung dahingehend zu treffen, ob ein Austausch der Wasserzähler unter Berücksichtigung des neuen Standes der Technik im Interesse des Kunden vorzunehmen ist (BGH, Urteil vom 21.04.2010, Az: VIII ZR 97/09, a.a.O.).

d)

Die Beklagte musste sich jedenfalls zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung für den Austausch des Wasserzählers Qn 6 zugunsten eines Wasserzähler Qn 2,5 entscheiden, denn ein Wasserzähler der Dimensionierung Qn 6 entsprach nicht (mehr) dem aktuellen Stand der Technik. Der für die ordnungsgemäße Ausübung ihres Leistungsbestimmungsrechts nach § 315 BGB beweisbelasteten Beklagten ist es nicht gelungen nachzuweisen, dass sie ihr Leistungsbestimmungsrecht zu diesem Zeitpunkt nach billigem Ermessen ausgeübt hat.

aa)

Bei der zu treffenden Ermessensentscheidung ist nach der o.g. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.04.2010 auf den aktuellen Stand der Technik, nicht aber auf die allgemein anerkannten Regeln der Technik abzustellen.

Der Begriff der "allgemein anerkannte Regeln der Technik" entstammt dem Strafrecht und wurde in das zivile Baurecht

übertragen. Er ist dahin umschrieben, dass eine Regel bei völliger wissenschaftlicher Erkenntnis sich als richtig und unanfechtbar darstellt und allgemein anerkannt ist, d.h. durchweg in den Kreisen der betreffenden Techniker bekannt und als richtig anerkannt ist. Erforderlich ist damit eine Durchsetzung in der Theorie und Praxis, abgestellt auf den jeweiligen Einzelfall (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1459).

In Abgrenzung dazu erfordern die aktuellen Regeln der Technik mithin noch keine allgemeine Durchsetzung in der Praxis jedoch die entsprechend durch die Praxis gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse.

bb)

Ein Wasserzähler der Dimensionierung Qn 6 entspricht in beiden Gebäuden nicht (mehr) dem aktuellen Stand der Technik.

Dies steht für den Senat aufgrund der Gesamtwürdigung der Gutachten der Sachverständigen S. und S. sowie des Schreibens des Staatsbetriebes für Mess- und Eichwesen (SME) vom 24.08.2011, dessen Inhalt mit Stellungnahme vom 10.11.2011 bestätigt wurde, fest.

Der Senat war jedoch nicht an die Feststellungen des Ausgangsgerichts, das die hier erfolgte Zählerauswahl nach DIN 1988 Teil 3 bereits allein unter Bezugnahme auf das Gutachten des Sachverständigen S. als ermessensfehlerhaft angesehen hat, gebunden, §§ 529 ff ZPO. Es bestanden Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der zugrunde liegenden Feststellungen.

Der Sachverständige S. geht davon aus, dass die DIN 1988 Teil 3 weder den anerkannten Regeln noch dem Stand der Technik entspreche. Anzuwenden sei vielmehr die Vorgabe des DVGW-Arbeitsblattes W 406, das auf die Methode Wohneinheiten bzw. zu erwartender Bedarf abstelle und den anerkannten Regeln der Technik entspreche.

Demgegenüber hatte das Landgericht Leipzig in einer Parallelentscheidung vom 26.03.2009 (Az: 1 S 636/07) angenommen, dass die Beklagte ihr Leistungsbestimmungsrecht bei Anwendung der DIN 1988 Teil 3 ermessensfehlerfrei ausgeübt habe und nahm insoweit Bezug auf die Ausführungen des dortigen Sachverständigen P..

Es herrschte zudem - auch nach dem vorliegenden Gutachten des Sachverständigen S. - weder für den Verwender noch für den Abnehmer Klarheit. Nicht nur, dass die DIN 1988 Teil 3 in der Anmerkung zu Ziffer 13 hinsichtlich der Auswahl der Wasserzähler auf die Empfehlungen des DVGW in dessen Arbeitsblatt verweist. In dem Arbeitsblatt W 406 wird im Anschluss von Tabelle 3 zur Dimensionierung von Wasserzählern für Wohngebäude wiederum auf die DIN 1988 Teil 3 rückverwiesen. Zusätzlich weist die europäische Norm DIN EN 806/3 eine weitere Variante als Berechnungsgrundlage auf, wobei diese Norm neben den vorangegangenen innerstaatlichen Regelwerken existiert.

Der Senat ist im Ergebnis der umfangreichen Beweisaufnahme davon überzeugt, dass weder die DIN 1988 Teil 3 noch das DVGW Arbeitsblatt W 406 dem aktuellen Stand der Technik entspricht.

Es kommt entscheidend darauf an, welche Norm auf einem neueren Stand der Erkenntnisse im Hinblick auf die zu gewährleistende Versorgungssicherheit beruht. Denn das Wasserversorgungsunternehmen schuldet auch nur einen Standard an Versorgungssicherheit, wie er in den allgemeinen Regeln der Technik zum Ausdruck kommt. Zwar ist das Arbeitsblatt des DVGW W 406 nach der DIN 1988 Teil 3 in Kraft getreten, beiden Werken liegen jedoch dieselben Forschungsdaten, die bereits vor Inkrafttreten der DIN 1988 Teil 3 erhoben worden sind, zugrunde.

Der Sachverständige S., der durch seine praktische Tätigkeit als Ingenieur, aber auch durch seine Tätigkeit in der Lehre bei der Ausbildung von Ingenieuren über umfangreiches

Fachwissen verfügt, das er eindrucksvoll unter Beweis gestellt hat, hat sowohl in seinem Gutachten vom 10.03.2011 als auch in der mündlichen Anhörung vor dem Senat am 23.11.2011 nachvollziehbar begründet, dass die Frage zum "aktuellen Stand der Technik" nicht eindeutig zu beantworten ist, weil beide Regelwerke - da nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik entsprechend - überarbeitet werden und nach wie vor an unterschiedlichen Vorgehensweisen in beiden Ausschüssen festgehalten wird. Das DVGW-Arbeitsblatt für die Dimensionierung stellt ausgehend vom maßgeblichen Volumenstrom einen Minutenmittelwert dar, während die DIN 1988 Teil 3 für die Dimensionierung maßgebliche Volumenströme als Spitzenvolumenströme im Sekundenbereich ansetzt. Daraus folgt, dass beide Volumenströme nicht vergleichbar sind. Allerdings beruht die Notwendigkeit der Überarbeitung beider Regelwerke auch nicht auf der Optimierung der Zählerbemessung, sondern im Hinblick auf das Ziel der Trinkwasserversorgung auf der Optimierung der hygienischen Standards. Die DIN EN 806/3 genügt derzeit den in Deutschland für Trinkwasser geforderten Qualitätsansprüchen nicht und wird in Deutschland daher nicht "anerkannt", nämlich in der Praxis nicht angewendet. Inhaltlich beschäftigt sich die DIN EN 806/3 auch nicht mit Wasserzählern.

Der Sachverständige S. hat aber zugleich ausgeführt, dass die DIN 1988 Teil 3 zwar nicht mehr Stand der Technik ist, gleichwohl aber bis zum heutigen Tag als allgemein anerkannte Regel der Technik von planenden Ingenieurbüros zur Dimensionierung der Trinkwasserinstallation (mit Ausnahme der Dimensionierung der Zirkulationsleitungen) eingesetzt wird. Bei Planung und Ausführung wird nicht nach DVGW-Arbeitsblatt W 406 gearbeitet.

Für den Senat steht im Ergebnis der Beweisaufnahme auch fest, dass mit dem Erscheinen des DVGW-Arbeitsblattes mit Ausgabedatum 12/2003 kein Wechsel von einer anerkannten Regel der Technik zum Stand der Technik vollzogen worden ist. Vielmehr standen und stehen beide Regelwerke, ausgehend von den vorbeschriebenen verschiedenen Ansätzen, nebeneinander.

Dies sehend wollen beide Normenausschüsse zukünftig durch Schaffung einer klaren Schnittstelle im Rahmen der Trinkwasseranlageninstallation derartige Überscheidungen verhindern.

Dies und auch die Ansicht des Sachverständigen S., dass die DIN 1988 Teil 3 als auch das DVGW-Arbeitsblatt W 406 nicht mehr Stand der Technik sind, wird auch von dem von der Klägerin mit Schriftsatz vom 01.10.2011 vorgelegten Schreiben des Staatsbetriebes für Mess- und Eichwesen vom 24.08.2011 bestätigt.

Soweit der Sachverständige St. in erster Instanz festgestellt hat, dass die DIN 1988 Teil 3 nicht anerkannte Regel der Technik sei, was der Sachverständige P. im Parallelverfahren gerade anders bewertet hatte, lässt sich dies mit den Ausführungen des Sachverständigen S. dahingehend in Einklang bringen, dass die entsprechenden Sachverständigen entweder in dem einen oder dem anderen Normenausschuss inhaltlich gebunden sind und mit ihren jeweils guten Gründen die eine oder andere Auffassung vertreten. In diesem Zusammenhang wurde für den Senat die Kompetenz des Sachverständigen S. auch dadurch deutlich, dass er sich neutral mit den beiden fachlichen Ansichten auseinandersetzt, dem Ansatz des vorhergehenden Sachverständigen St. nicht die Berechtigung abspricht und unumwunden eine unklare Formulierung seines Gutachtens korrigiert hat.

cc)

Unter Abwägung der beiderseitigen Interessen entsprach jedenfalls zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung allein der Einbau eines Zählers der Dimensionierung Qn 2,5 billigem Ermessen.

Da weder die DIN 1988 Teil 3 noch das DVGW Arbeitsblatt W 406 dem aktuellen Stand der Technik entspricht, kann die Abwägung nur anhand der übrigen Ermessenskriterien, die einen möglichst optimalen Interessenausgleich herbeiführen sollen, getroffen

werden. Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofes in seiner Entscheidung vom 21.04.2010 muss das Wasserversorgungsunternehmen beiderseitig berechnete Interessen abwägen. Es sind also die Interessen an einer möglichst fehlerfreien Messung, die hierfür entstehenden Kosten, das zwingend Kostendeckung erfordernde Massengeschäft der Daseinsvorsorge aber auch die Aspekte der Versorgungssicherheit (Problematik der Druckschwankungen) gegenüberzustellen.

(1) Unter dem Gesichtspunkt der Messgenauigkeit ist bei den streitgegenständlichen Objekten ein Zähler Qn 2,5 zu verwenden.

Zur Frage der Messgenauigkeit kann weder auf die DIN 1988 Teil 3 noch auf das DVGW Arbeitsblatt W 406 abgestellt werden. Die DIN 1988 Teil 3 und das DVGW-Arbeitsblatt W 406 (Ausgabe Dezember 2003) berücksichtigen aus Sicht des Staatsbetriebes für Mess- und Eichwesen nicht (mehr) die eichrechtlichen Forderungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 der Eichordnung.

Der Sächsische Staatsbetrieb für Mess- und Eichwesen empfiehlt in seinem Schreiben vom 24.08.2011 nunmehr unter eichrechtlichen Gesichtspunkten für Wohngebäude mit bis zu 30 Wohneinheiten Zähler der Nenngroße Qn 2,5. Unter eichrechtlichen Gesichtspunkten, d.h. unter dem Gesichtspunkt der Messgenauigkeit, ergeben sich nach dem Schreiben des Staatsbetriebes für Mess- und Eichwesen vom 01.10.2011 selbst bei Gebäuden mit bis zu 50 Wohneinheiten bei Einbau eines Wasserzählers Qn 2,5 keine Beanstandungen.

Anhand der mit der Klageschrift vorgetragene Tabelle und des insoweit unbestrittenen Vortrages der Klägerseite arbeiten die Zähler im oberen Belastungsbereich messgenauer, d.h. ein Zähler Qn 2,5 arbeitet im oberen Belastungsbereich genauer als ein Zähler Qn 6 im unteren Belastungsbereich. Daraus ist zu schließen, dass die Zähler Qn 6 bei 9 (.weg) bis 11 (.straße) Wohneinheiten nach aktueller Ansicht im unteren Belastungsbereich und damit messgenauer arbeiten, als dies

Zähler der Dimensionierung Qn 2,5 würden. Anhand des Vortrages in der Klageschrift (dort Bl. 7) dürfte die Messgenauigkeit ungefähr bei 1 % zulasten des Abnehmers liegen.

Zudem ist aus der Formulierung im Schreiben des Sächsischen Staatsbetriebes für Mess- und Eichwesen vom 24.08.2011, dass man den Einbau der Zählergröße Qn 2,5 bis 31.12.2011 unbeanstandet lasse, zu entnehmen, dass ab 01.01.2012 jedenfalls gemessen an den Anforderungen der Messgenauigkeit vorliegend der Einbau eines Zählers Qn 2,5 erwartet werden kann.

(2) Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit erfordert nicht zwingend den Einbau eines größeren Zählers der Dimensionierung Qn 6.

Die Dimensionierung des Wasserzählers hat Einfluss auf die Versorgungssicherheit. Der Sachverständige S. hat ebenso wie der Sachverständige St. ausgeführt, dass sich die Zählerbemessungsregel auf die Druckverhältnisse in der Trinkwasserinstallation auswirkt. Der Einbau eines kleineren Zählers führt zu einem Druckverlust bei der Wasserentnahme, da der Zähler - wie der Sachverständige S. sehr plastisch dargestellt hat - eine Drosselungswirkung hat.

Der Sachverständige S. geht, wie auch schon der Sachverständige P. im Parallelverfahren, davon aus, dass die DIN 1988 Teil 3 die Hydraulik der Trinkwasserinstallation, wozu auch der Druckverlust durch den Zähler zählt, beschreibt, während das DVGW-Arbeitsblatt W 406 Hinweise für die Zählerauswahl mit Blick auf die Messgenauigkeit gibt, ohne auf die verursachten Druckverluste einzugehen. Dies führt aber aktuell nicht zwingend dazu, dass unter dem Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit der Zähler nach der DIN 1988 Teil 3 zu bemessen ist. Denn es besteht allgemein Übereinstimmung, dass aufgrund einer generellen Veränderung im Abnahmeverhalten der Wasserverbrauch zurückgegangen ist. Dadurch sind aber auch geringere Anforderungen an den anliegenden Druck zu stellen als zum Zeitpunkt der Datenerhebungen für die DIN 1988 Teil 3.

Zwar hat die Beklagte bereits vorgetragen, dass ihr Beschwerden anderer Abnehmer über Druckschwankungen bei Einbau eines kleineren Zählers vorliegen. Diese Fälle sind jedoch mit den vorliegenden nicht zu vergleichen. Die von der Beklagten angeführten Objekte hatten über 30 Wohnungseinheiten, die hier streitgegenständlichen haben aber nur 9 bzw. 11 Wohneinheiten. Für den Einbau eines Zählers der Größe Qn 6 lagen die streitgegenständlichen Objekte an der unteren Grenze, weshalb die Gefahr von erheblichen Druckverlusten auch nach den der DIN 1988 Teil 3 zugrundeliegenden Zahlen nur in theoretischen Extremfällen bestand.

Auch die Ausführungen des Sachverständigen S. in der mündlichen Anhörung lassen in den streitgegenständlichen Objekten nicht auf die konkrete Gefahr eines relevanten Druckverlustes schließen. Der Druckverlust ist zunächst eine theoretische Möglichkeit, der insbesondere im Fall eines Spitzenvolumenstromes auftreten könnte, wenn die Zähler im äußersten Grenzbereich, der nach dem Staatsbetrieb für Mess- und Eichwesen nach dem aktuellen Stand der Technik nicht unter 30 Wohneinheiten liegen dürfte, ausgelastet würden. Dies wäre für die vorliegenden Objekte mit 9 bzw. 11 Wohneinheiten ohne Belang.

(3) Die Kosten der Messung haben aktuell keine Auswirkungen mehr auf die Abwägung für die Zählergrößenauswahl.

Nachdem die Beklagte seit 01.07.2010 der Klägerin nur noch die Grundentgelte für den kleineren Zähler Qn 2,5 in Rechnung stellt, wird die Klägerin nicht mit höheren Kosten für den größeren Zähler Qn 6 belastet.

(4) Auch die Sicherung der Daseinsvorsorge erfordert nicht den Einbau eines Zählers der Dimensionierung Qn 6 in jedes der Gebäude.

Die Beklagte muss als Unternehmerin im Bereich des Massengeschäfts und der Daseinsvorsorge besonderen Kriterien

der Kostendeckung zur Absicherung der allgemeinen Versorgung gerecht werden. Sie hat jedoch weder substantiiert vorgetragen noch ist sonst erkennbar, dass die Beklagte nur mit den Zählergebühren, die für Zähler Qn 6 erhoben wurden, in den streitgegenständlichen Objekten kostendeckend hätte arbeiten können. Soweit sie generell nur mit dem bis 30.06.2010 bestehenden Zählergrundgebührensysteem kostendeckend arbeiten konnte, muss sie angesichts der sich - wie vorstehend beschrieben - abzeichnenden Entwicklung ihr Preissystem überarbeiten. Dies kann aber bei einer Interessenabwägung im konkreten Einzelfall nicht zu Lasten des Abnehmers gehen.

(5) Mithin ist hier im Ergebnis der Messsicherheit gegenüber dem nur theoretisch bestehenden Risiko der Versorgungssicherheit (des Druckverlustes) der Vorrang zu geben, mit der Folge, dass die Zähler Qn 6 gegen solche der Größe Qn 2,5 auszutauschen sind.

2.

Die Klägerin hat jedoch gegen die Beklagte unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt einen Anspruch auf Erstattung der Differenz der Zählergrundgebühren von Zählergröße Qn 2,5 zu Zählergröße Qn 6 für den berufsgegenständlichen Zeitraum vom 01.01.2003 bis 31.12.2005.

a)

Ein Anspruch auf Rückzahlung ergibt sich nicht aus § 280 Abs. 1 BGB. Die Beklagte hat ihre Pflicht zur ermessensfehlerfreien Auswahl der Messeinrichtungen nicht durch den Einbau bzw. fortlaufend durch die Verwendung jeweils eines mit Qn 6 überdimensionierten Zählers verletzt.

aa)

Ein Anspruch auf Rückerstattung der bis dahin angefallenen Zählergrundgebühr im (allein berufsgegenständlichen) Zeitraum vom 01.01.2003 bis 31.12.2005 scheidet aus, weil im

fraglichen Zeitraum eine Ermessensentscheidung, die zum Einbau eines kleineren Zählers hätte führen können, nicht geschuldet war.

(1) Bei Einbau der Wasserzähler in beiden Objekten war das DVGW-Arbeitsblatt W 406, da es erst nach dem Einbau im Dezember 2003 veröffentlicht wurde, nicht zu berücksichtigen. Auch bei Einbau der Wasserzähler lag keine fehlerhafte Ermessensausübung hinsichtlich der Auswahl vor. Zwar schlug die damals geltende Empfehlung des DVGW "Auswahl und Bemessung von Hauswasserzählern für Kaltwasser" (veröffentlicht in gwf Wasser/Abwasser Nr. 122 (Heft 11, 1981), S. 541) wie auch das dieser nachfolgende DVGW-Arbeitsblatt W 406 vor, bis 30 Wohneinheiten mit Spülkästen Wasserzähler Qn 2,5 vor. Es ist jedoch nicht erkennbar, dass die von der Beklagten bei erstmaligem Einbau vorgenommene Zählerbemessung nach der DIN 1988 Teil 3 nicht dem Stand der Technik entsprochen hätte.

(2) Die Beklagte war angesichts des Massencharakters ihres Geschäftes grundsätzlich auch nicht gehalten, bei Veröffentlichung des DVGW Arbeitsblattes W 406 im Dezember 2003 außerhalb des Zählerwechsellturnusses eine erneute Ermessensentscheidung zu treffen.

(3) Im fraglichen Zeitraum war auch weder ein turnusmäßiger Zähleraustausch, der eine erneute Ermessensausübung erfordert hätte, geschuldet oder erfolgt.

(4) Zu einer erneuten Ermessenausübung war die Beklagte erst verpflichtet, als die Klägerin mit den Schreiben vom 08.12.2005 bzw. 12.12.2005 den Einbau eines Wasserzählers Qn 2,5 gefordert hat (vgl. BGH, Urteil vom 21.04.2010, Az: VIII ZR 97/09, a.a.O.).

Diese Ermessensentscheidung kann aber keine rückwirkenden Folgen haben. Sie kann erst ab dem Zeitpunkt einer angemessenen Prüfungsfrist, die hier, nachdem die Verlangen im Dezember 2005 an die Beklagte gerichtet worden waren, jedenfalls nicht vor dem 31.01.2005 endete, Wirkung entfalten.

Der Beklagten musste ein angemessener Prüfungszeitraum für die von ihr zu treffende Ermessensentscheidung verbleiben.

bb)

Selbst wenn die Beklagte eine solche Entscheidung zu treffen gehabt hätte, wäre diese nicht ermessensfehlerhaft gewesen.

Die Beklagte hat das ihr nach § 18 Abs. 2 AVBWasserV gewährte Leistungsbestimmungsrecht nach billigem Ermessen unter Beachtung der maßgeblichen sie bindenden Normen und Vorschriften mit der Auswahl des Wasserzählers Qn 6 fehlerfrei ausgeübt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme, insbesondere den nochmaligen ausführlichen Erläuterungen des Sachverständigen S. in der mündlichen Verhandlung am 23.11.2011 und den Erläuterungen in seinem Gutachten vom 10.03.2011 sowie einer Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der Angaben des Sachverständigen St. in erster Instanz steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Auswahl der Wasserzähler der Dimensionierung Qn 6 nach den Vorgaben der DIN 1988 Teil 3 in den streitgegenständlichen Objekten .weg . und .straße . in L. in dem berufsgegenständlichen Zeitraum vertretbar war und sich daher im Rahmen des dem Wasserversorgungsunternehmen obliegendem Ermessen gehalten hat.

Die DIN 1988 Teil 3 entsprach im fraglichen Zeitraum von 2003 bis 2005 dem Stand der Technik. Daran ändert allein die Veröffentlichung des DVGW Arbeitsblattes W 406 im Dezember 2003 nichts. Sowohl die Vorschriften der DIN als auch des DVGW-Arbeitsblattes W 406 beruhen auf den selben Forschungsergebnissen. Dem DVGW Arbeitsblatt W 406 liegen keine neueren technischen Erkenntnisse, insbesondere kein aktuelleres Zahlenmaterial im Hinblick auf das Abnahmeverhalten oder hierdurch bedingte hygienische Standards, auf die die Trinkwasserinstallationsregeln in erster Linie ausgerichtet sind, zugrunde. Vielmehr haben beide Regelwerke verschiedene Ansätze für die Zählerbemessung. Während die DIN 1988 Teil 3 die Hydraulik der

Trinkwasserinstallation, wozu auch der Druckverlust durch den Zähler gehört, beschreibt, gibt das DVGW-Arbeitsblatt W 406 Hinweise für die Zählerauswahl mit Blick auf die Messgenauigkeit, ohne auf die verursachten Druckverluste einzugehen. Der Sachverständige S. hat deutlich gemacht, dass sowohl die DIN 1988 Teil 3 als auch das DVGW-Arbeitsblatt W 406 von ihrem jeweiligen Standpunkt aus ihre Berechtigung haben, es aber keine neutrale Wertung über deren Richtigkeit in die eine wie in die andere Richtung geben kann. Mit Veröffentlichung des DVGW Arbeitsblattes W 406 entsprach dieses auch dem Stand der Technik. Dass aber allein dadurch die Regelung der DIN 1988 Teil 3 nicht mehr dem Stand der Technik entsprachen, ist nicht erkennbar. Auch die amtlich eingeholte Auskunft des Staatsbetriebs für Mess- und Eichwesen vom 10.11.2011 bietet dafür keine Anhaltspunkte. Im Ergebnis der Beweisaufnahme steht lediglich fest, dass aktuell beide Vorschriften aufgrund veränderten Abnahmeverhaltens (geringerer Trinkwasserverbrauch) nicht mehr dem Stand der Technik entsprechen. Hinsichtlich dieser Daten gibt es aber bei beiden Regelwerken keinen Unterschied. Auch haben weder der Sachverständige S. noch der Sachverständige St. eine eindeutige Aussage dahin treffen können, wann genau sich der Stand der Technik insbesondere im Hinblick auf das veränderte Abnahmeverhalten geändert hat.

Auch die Abwägung der sonstigen berechtigten Parteiinteressen lassen im fraglichen Zeitraum keinen Ermessensfehlgebrauch erkennen. Die eingebauten Wasserzähler Qn 6 entsprachen im Umkehrschluss zum Schreiben des Staatsbetriebes für Mess- und Eichwesen vom 24.08.2011 zum damaligen Zeitpunkt noch den eichrechtlichen Vorschriften.

Angesichts allgemein divergierender Standpunkte, welche Zählerbemessungsregel zu verwenden ist, hat sich die Beklagte bei der Auswahl an einer gängigen Praxis orientiert und sich zwar für die teurere aber theoretisch versorgungssichere Variante entschieden. Dies ist unter Abwägung all der vorgenannten Aspekte nicht als ermessensfehlerhaft zu bewerten. Sie musste sich nicht zwingend für die Auswahl

anhand des DVGW Arbeitsblattes W 406 entscheiden. Selbst bei Einbeziehung der wirtschaftlichen Interessen der Kunden stehen diese dem berechtigten Interesse des Wasserversorgungsunternehmens gegenüber, das aufgrund des Massengeschäftscharakters keine Einzelfallentscheidung, sondern nur generalisierte Betrachtungen anstellen kann. Wenn sich das Wasserversorgungsunternehmen mangels anderer eindeutiger sicherer Erkenntnisse unter dem Gesichtspunkt der Versorgungssicherheit für den größeren Zähler entscheidet, ist dies danach nicht zu beanstanden.

Entsprechendes galt erst recht zum Zeitpunkt des erstmaligen Einbaus der Zähler, als noch die dem Merkblatt vorangehende Empfehlung des DVGW galt. Der Senat kann daher insoweit dahingestellt sein lassen, ob eine etwaig fehlerhafte Auswahlentscheidung bei erstmaligem Einbau der Zähler überhaupt noch einen Rückzahlungsanspruch begründen könnte.

cc)

Selbst wenn, wie nicht, die Zählerauswahl ermessensfehlerhaft gewesen sein sollte, wäre die fehlerhafte Auswahl nicht schuldhaft erfolgt.

Dies zeigen schon die Sachverständigengutachten, die zur Frage der Zählerbemessung nach DIN oder DVGW auseinandergehen. Bessere Erkenntnis als die Sachverständigen musste die Beklagte nicht - schon gar nicht zum damaligen Zeitpunkt - haben. Unstreitig war die Beklagte auch bei weitem nicht das einzige Wasserversorgungsunternehmen, welches die DIN 1988 Teil 3 der Zählerbemessung zugrunde legte.

Die diesbezüglichen Diskrepanzen der Sachverständigenausführungen zeigen, dass hinsichtlich der Anwendung der Vorschriften für die Verwender und damit für das beklagte Versorgungsunternehmen keineswegs Klarheit herrschen konnte. Nicht nur das in der DIN 1988 Teil 3 in der Anmerkung zu Ziffer 13 hinsichtlich der Auswahl der Wasserzähler auf die

Empfehlung des DVGW in dessen Arbeitsblatt verwiesen wird. In dem Arbeitsblatt W 406 wird im Anschluss von Tabelle 3 zur Dimensionierung von Wasserzählern für Wohngebäude wiederum auf die DIN 1988 Teil 3 rückverwiesen. Letztlich bleibt dem Anwender überlassen, welche Norm er anwendet, wobei er möglichst die neueste Veröffentlichung auswählen soll. Es ist der Beklagten somit nicht vorzuwerfen, dass sie sich für die Zählerbemessung aufgrund der gültigen DIN 1988 Teil 3 entschieden hat und auf der Grundlage der Berechnungsgrundlagen und Tabellen der DIN ein Zähler ausgewählt hat, den auch der Sachverständige für technisch vertretbar und als den Planungen der Ingenieure zugrunde liegend bezeichnet hat.

dd)

Ohne dass es nach Vorstehendem noch darauf ankäme, erscheint es sehr fraglich, ob der Klägerin, da sie die streitgegenständlichen Kosten auf ihre Mieter umgelegt hat, überhaupt ein Schaden entstanden ist. Auch die Gefahr, Rückforderungsansprüchen der Mieter ausgesetzt zu sein, ist nicht ersichtlich.

b)

Anders als die Klägerin meint, besteht kein verschuldensunabhängiger vertraglicher Rückzahlungsanspruch. Die von ihr zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 11.02.1999, Az: VII ZR 399/97, BGHZ 140, 365; Urteil vom 22.11.2007, Az: VII ZR 130/06, MDR 2008, 200) und des Saarländischen Oberlandesgerichts (Urteil vom 13.07.2010, Az: 4 U 569/09, NJW 2010, 3171) sind mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Den dortigen Entscheidungen lagen Werkverträge zugrunde, bei denen eine Vorschusszahlung vereinbart war, über die nach Vertragsbeendigung abzurechnen war. Hier ist aber zum einen weder der Vertrag beendet noch sind auf die Zählergebühren Vorschusszahlungen vereinbart worden.

Die Frage des Schadens kann danach auch hier offen bleiben.

c)

Nach den vorhergehenden Ausführungen (vgl. 2.a)) steht der Klägerin ein Rückforderungsanspruch nach § 21 AVBWasserV, ohne dass der Senat entscheiden müsste, ob § 21 Abs. 1 Satz 1 AVBWasserV hier überhaupt anwendbar wäre, nicht zu.

Wie ausgeführt, liegt im konkreten Fall kein Messfehler durch eine (ermessens-)fehlerhafte Auswahl des Zählers nach der DIN 1988 Teil 3 vor.

d)

Der Klägerin steht gegen die Beklagte auch kein Anspruch auf Rückzahlung zu viel gezahlter Entgelte nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

Es ist nicht festzustellen, dass ein Rechtsgrund, der in der ordnungsgemäßen Bestimmung des Wasserzählers liegt, nicht bestanden hat.

Die Klägerin ist als diejenige, die den Bereicherungsanspruch nach vorausgegangener Leistung geltend macht, beweispflichtig dafür, dass ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung nicht vorgelegen hat. Sie kann sich dabei darauf beschränken, einen von der Beklagten als Empfängerin der Leistung behaupteten Rechtsgrund auszuräumen (BGH, Urteil vom 05.02.2003, Az: VIII ZR 111/02, NJW 2003, 1449; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.10.1995, Az: 13 U 134/94, OLGR Düsseldorf 1996, 8).

Dementsprechend wäre es insoweit Sache der Klägerin, nachzuweisen, dass sie die nunmehr zurückgeforderte Leistung, d.h. die erhöhte Zählergebühr für die Jahre 2003 bis 2005, an die Beklagte ohne Rechtsgrund erbracht hat. Dies ist ihr nicht gelungen.

Wie bereits ausgeführt, ist die Beklagte aufgrund des mit der Klägerin geschlossenen Wasserlieferungsvertrages berechtigt, die Höhe des Wasserpreises entsprechend den §§ 315, 316 BGB nach billigem Ermessen zu bestimmen. Diese Bestimmung ist aber der Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterworfen.

Allerdings war die Klägerin innerhalb des berufungsgegenständlichen Zeitraums nicht zu einer konkret-individuellen Überprüfung der Zählergröße, mithin einer Ermessensentscheidung verpflichtet. Ebenso war die vorhergehende Auswahlentscheidung bei Einbau der Zähler nicht ermessensfehlerhaft (s.o.).

3.

Nach vorstehenden Ausführungen hat auch die Anschlussberufung der Klägerin, mit der weitere Zahlungsansprüche für die .straße für die Jahre 2004/2005 geltend gemacht werden, als auch hinsichtlich des geltend gemachten Differenzbetrages für den .weg in Höhe von 45,72 EUR keinen Erfolg.

4.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten, die ihr für das Zähleraustauschverlangen entstanden sind.

Ansprüche aus § 286 BGB scheidern mangels Verzuges der Beklagten aus. Zwar hat die Klägerin selbst die Beklagte zum Austausch der Zähler aufgefordert, ihr hierfür aber keine Frist gesetzt. Das erstmalig verzugsbegründende Schreiben des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 31.07.2006 kann dann aber nicht als Verzugsschaden ersetzt werden.

Ein Anspruch auf Ersatz der Rechtsanwaltskosten ergibt sich - wie zuvor dargestellt - auch nicht aus § 280 Abs. 1 BGB.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs. 1, 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern, § 543 Abs. 2 ZPO. Insbesondere wurde die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Wasserversorgungsunternehmen im Rahmen seines die Messeinrichtung betreffenden Leistungsbestimmungsrechts gehalten ist, eine erneute Ermessensentscheidung zu treffen, bereits höchstrichterlich entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 21.04.2010, Az: VIII ZR 97/09, a.a.O.). Hiervon ist der Senat nicht abgewichen. Im Übrigen handelt es sich um tatrichterliche Entscheidungen im Einzelfall. So ist es auch Tatrichterfrage, ob die Entscheidung zur Größe der einzubauenden Messeinrichtung billigem Ermessen entspricht (BGH, Urteil vom 21.04.2010, Az: VIII ZR 97/09, a.a.O.). Soweit die Klägerin für konkrete Fragen die Zulassung der Revision beantragt, war die Revision bereits deshalb nicht zuzulassen, weil diese Fragen hier nicht streitentscheidend waren.

R.

P.

T.