

5. Senat  
5 A 2906/16  
VG Kassel 6 K 1149/12.KS

Verkündet am 28.08.2017  
..., Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle



## HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der A. GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer .....,  
A-Straße, A-Stadt,

Klägerin, Berufungsklägerin und  
Berufungsbeklagte,

bevollmächtigt: Rechtsanwälte Dr. B.,  
B-Straße, B-Stadt,

gegen

die Stadt Hünfeld,  
vertreten durch den Magistrat,  
Konrad-Adenauer-Platz 1, 36088 Hünfeld,

Beklagte, Berufungsbeklagte und  
Berufungsklägerin,

bevollmächtigt: Hessischer Städte- und Gemeindebund e.V.,  
vertreten durch seinen geschäftsführenden Vorstand,  
Henri-Dunant-Straße 13, 63165 Mühlheim am Main,

wegen Abwassergrundgebühr

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 5. Senat - durch

Vorsitzenden Richter am Hess. VGH ...,  
Richter am Hess. VGH ...,  
Richter am Hess. VGH ...,  
ehrenamtliche Richterin ...,  
ehrenamtlichen Richter ...

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. August 2017 für Recht erkannt:

Die Berufungen der Klägerin und der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27. Oktober 2016 - 6 K 1149/12.KS – werden zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu einem Anteil von 2/3, die Beklagte von 1/3 zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht der Kostengläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

- 1 Die Beteiligten verfolgen im Berufungsverfahren ihre in erster Instanz nur teilweise erfolgreichen Anträge weiter.
- 2 Die Klägerin - eine GmbH - erwarb von der Voreigentümerin, die auf dem Grundstück die Produktion und den Vertrieb von Obst- und Gemüsesäften sowie von Honig betrieb, mit Kaufvertrag vom 28. August 2009 das Grundstück Johann-Pülsch-Straße ... im Gebiet der beklagten Stadt. Als Übergabetermin war der 30. September 2009 vereinbart. Das Grundstück wird im Mischsystem entwässert.
- 3 Mit Grundbesitzabgabenbescheid vom 12. Februar 2011 setzte die Beklagte gegenüber der Klägerin die Grundgebühr „Abwasser“ aufgrund einer Quadratmeterzahl von 71.454 für die Zeit vom 1. Oktober bis zum 31. Dezember 2009 auf 2.411,57 € und für die Jahre 2010 und 2011 auf jeweils 14.290,80 € fest.
- 4 Mit Schreiben vom 28. April 2011 beantragte die Klägerin die Befreiung von der Entrichtung der Abwassergebühren für die Jahre 2009 bis 2011.

- 5 Mit Bescheid vom 12. Januar 2012 setzte die Beklagte die Grundgebühr „Abwasser“ auch für das Jahr 2012 aufgrund von 71.454 m<sup>2</sup> auf 17.863,50 € fest.
- 6 Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin mit Schreiben vom 18. Januar 2012 Widerspruch ein.
- 7 Mit Bescheid des Eigenbetriebs „Abwasseranlagen“ der Beklagten vom 17. April 2012 entschied sie über verschiedene Anträge der Klägerin, unter anderem über den Befreiungsantrag vom 28. April 2011. Die Grundbesitzabgabenbescheide vom 12. Februar 2011 und vom 12. Januar 2012 wurden teilweise abgeändert. Dabei wurden separate Parzellen, die nicht über einen eigenen Anschluss an die öffentliche Kanalisation verfügen, fiktiv abparzelliert und aus der Berechnung herausgenommen. Für die Berechnung der Grundgebühr wurde lediglich eine Fläche von 43.376 m<sup>2</sup> zugrunde gelegt. Dementsprechend wurde die zu zahlende Grundgebühr für das Jahr 2009 auf 1.463,94 €, für die Jahre 2010 und 2011 auf jeweils 8.675,20 € und für das Jahr 2012 auf 10.844,00 € reduziert.
- 8 Gegen diesen Bescheid vom 17. April 2012 legte die Klägerin mit Schreiben vom 2. Mai 2012 Widerspruch ein.
- 9 Mit Widerspruchsbescheid vom 12. September 2012 wies die Beklagte die Widersprüche wegen der Erhebung von grundstücksbezogenen Abwassergebühren für die Jahre 2009 bis 2011 und für das Jahr 2012 zurück. Hinsichtlich der Erhebung von Gebühren für die Vorhaltung von Abwasseranlagen sei es nicht von Bedeutung, ob diese Flächen bebaut oder befestigt seien. Durch die satzungsgemäß zu erhebende Grundgebühr würden die Vorhaltekosten, die unabhängig von den eingeleiteten Mengen seien, refinanziert.
- 10 Mit am 25. September 2012 beim Verwaltungsgericht eingegangenem Schreiben ihres Bevollmächtigten hat die Klägerin gegen die Bescheide vom 12. Februar 2011, 12. Januar 2012 und den Bescheid vom 17. April 2012 sowie den Widerspruchsbescheid vom 12. September 2012 Klage erhoben.
- 11 Zur Begründung hat sie ausgeführt, auf dem Grundstück werde eine eigene Kläranlage betrieben. Ein Anschluss an die Abwasserkanalisation sei nur hinsichtlich einer

bebauten Fläche von 4.300 m<sup>2</sup> erfolgt. Für das Niederschlagswasser bestünden verschiedene Rückhaltebecken, die das jahresdurchschnittlich anfallende Niederschlagswasser abdeckten. Der öffentliche Kanal werde lediglich für den Bereich der Halle H, für den allein auch ein Kanalanschluss bestehe, in Anspruch genommen. Gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 Hessisches Kommunalabgabengesetz - Hess KAG - könne eine Grundgebühr nur in Verbindung mit einer Zusatzgebühr gefordert werden. Nach der gesetzlichen Grundlage komme es demnach auf die tatsächliche Inanspruchnahme und nicht nur auf deren Möglichkeit an. Diese werde aber nur als Zuschlag für die befestigte Fläche in Ansatz gebracht. Im Übrigen reichten die Leitungen und Anschlüsse zum öffentlichen Kanal nicht aus, um eine ordnungsgemäße Entwässerung des Grundstücks zu bewirken, da diese nicht ausreichend dimensioniert seien. Insoweit komme es auch auf die Anschlussleitung an, da diese zu den Abwasseranlagen im Sinne des § 2 der Entwässerungssatzung - EWS - gehörten. Sie habe aufgrund der ihr erteilten wasserrechtlichen Erlaubnis die Befugnis, ohne Inanspruchnahme des öffentlichen Kanals Abwasser und Niederschlagswasser in Eigenbetrieb zu entwässern. Das Kanalnetz mit Anschlussmöglichkeit sei erst nach Herstellung der eigenen Anlagen geschaffen worden und nicht für die Aufnahme des gesamten Niederschlagswassers des klägerischen Grundstücks konzipiert. Ein Vorhaltevorteil fehle daher rechtlich und tatsächlich. Es sei gerichtlich entschieden, dass die Heranziehung zu Grundgebühren für den öffentlichen Kanal dann nicht gerechtfertigt sei, wenn eine öffentliche Einleitungserlaubnis vorliege.

12 Die Klägerin hat beantragt,

der Grundbesitzabgabenbescheid der Beklagten vom 12. Februar 2011 betreffend die Festsetzung von Abwassergebühren für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2011 und der Grundbesitzabgabenbescheid der Beklagten vom 12. Januar 2012 betreffend die Festsetzung von Abwassergebühren für das Jahr 2012 sowie der Grundlagenbescheid der Stadt Hünfeld (Eigenbetrieb Abwasseranlagen) vom 17. April 2012, alle in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Stadt Hünfeld (Eigenbetrieb Abwasseranlagen) vom 12. September 2012, werden dahingehend abgeändert, dass eine Grundgebühr im Sinne von § 23 Nr. 1 Buchst. a der im Widerspruchsbescheid angeführten Entwässerungssatzung der Beklagten nur bezogen auf eine befestigte Fläche von 4.300 m<sup>2</sup> der Liegenschaft Hünfeld, Johann-Pülsch-Straße ... in Ansatz zu bringen ist.

13 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

- 14 Sie hat vorgetragen, der Bescheid vom 12. Februar 2011 sei bestandskräftig geworden. Die spätere Neuberechnung habe auf die Bestandskraft keinen Einfluss. Im Übrigen sei die Erhebung der Grundgebühr „Abwasser“ rechtmäßig. Es komme allein auf den Anschluss des Grundstücks an. Die Dimensionierung der Anschlussleitung spiele hierfür keine Rolle. Rechtlich entscheidungserheblich sei allein die tatsächliche Vorhalteleistung der öffentlichen Einrichtung ab der Sammelleitung. Wenn die Klägerin die Anschlussleitungen als nicht ausreichend dimensioniert ansehe, sei es Aufgabe der Stadt, die Leitung in ihrer Dimensionierung zu verändern. Die Kosten wären der Beklagten in der tatsächlich entstandenen Höhe zu erstatten. Es sei nicht nachvollziehbar, nur denjenigen Teil der Grundstücksfläche zu berücksichtigen, der jeweils aktuell über eine vorhandene Anschlussleitung entwässert werden könne, denn es könnten jederzeit eine oder mehrere Anschlussleitungen hergestellt werden, die eine Entwässerung der gesamten Grundstücksfläche ermöglichen. Auch sei es zulässig, die Kosten der Überwachung der Zuleitungskanäle über die Grundgebühr abzurechnen, wie dies in § 24 Abs. 2 EWS geregelt sei. Nach § 37 Abs. 2 Satz 3 Hessisches Wassergesetz - HWG - könnten die Abwasserbeseitigungspflichtigen bestimmen, ob diese Überwachungskosten zu den ansatzfähigen Kosten nach § 10 Abs. 2 Hess KAG oder zu den erstattungsfähigen Kosten nach § 12 Satz 1 Hess KAG gehörten. Der Gesetzgeber habe nicht unterschieden, ob die ansatzfähigen Kosten im Rahmen einer Benutzungsgebühr oder einer Grundgebühr Berücksichtigung finden könnten.
- 15 Mit Urteil vom 27. Oktober 2016 hat das Verwaltungsgericht den Bescheid der Beklagten vom 12. Januar 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. September 2012 aufgehoben, soweit darin eine Grundgebühr für Niederschlagswasser bezogen auf eine größere Fläche als 4.300 m<sup>2</sup> des Grundstücks der Klägerin in Ansatz gebracht worden ist, und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klage habe keinen Erfolg, soweit sich die Klägerin gegen die Festsetzung der Grundgebühr für den Zeitraum 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2011 für den über die befestigte Fläche von 4.300 m<sup>2</sup> hinaus veranlagten Teil wende. Die angefochtenen Bescheide seien bestandskräftig und die Klägerin könne keinen Anspruch auf Erlass der Gebühren geltend machen. Der Bescheid vom 12. Februar 2011 sei nach Ablauf der Widerspruchsfrist bestandskräftig geworden. Mit Bescheid

vom 17. April 2012 habe die Beklagte zu Gunsten der Klägerin die maßgeblichen Flächen aufgrund einer geringeren Flächenberechnung neu festgesetzt. Dabei handele es sich jedoch lediglich um eine Teilrücknahme des Ausgangsbescheids und nicht um eine Neuentscheidung des gesamten Sachverhaltes. Soweit die Festsetzung der Grundgebühr „Niederschlagswasser“ für die über 4.300 m<sup>2</sup> hinausgehenden Flächen für das Jahr 2012 angegriffen werde, sei die Klage begründet, denn insoweit sei der Festsetzungsbescheid rechtswidrig. Es beständen bereits Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der satzungsrechtlichen Regelung, weil die Kosten für die Überwachung der Zuleitungskanäle gemäß § 24 Abs. 2 EWS zum Teil über die Grundgebühr abgegolten würden. Diese Kosten gehörten insoweit zu den Fixkosten, als sie unabhängig von der tatsächlichen Inanspruchnahme der Entwässerungseinrichtung entstünden. Mit der Zahlung der Grundgebühr würden aber auch die Grundstückseigentümer belastet, die zwar über einen Anschluss verfügten, tatsächlich aber kein Niederschlagswasser einleiteten. Vielmehr reiche das Vorhandensein einer Anschlussleitung aus, um eine Gebührenpflicht für die Grundgebühr auszulösen. Bei Vorhandensein einer Anschlussleitung seien aber nicht notwendigerweise auch Zuleitungskanäle vorhanden, die das Abwasser den Anschlussleitungen zuführten. Somit würden über die Grundgebühr auch diejenigen Grundstückseigentümer an den Überwachungskosten beteiligt, die über keine derartigen Leitungen verfügten. Die Beantwortung dieser Frage könne jedoch ebenso dahinstehen wie die Auswirkung des Vortrags der Beklagten, Überwachungskosten seien in die maßgebliche Gebührenkalkulation nicht eingestellt worden. Der Gebührenbescheid vom 12. Januar 2012 sei bereits deshalb rechtswidrig, soweit für die Berechnung der Grundgebühr eine über 4.300 m<sup>2</sup> hinausgehende Grundstücksfläche zugrunde gelegt worden sei, weil die Beklagte nicht habe darlegen können, dass eine größere Grundstücksfläche an die Abwasseranlage angeschlossen sei. Nach dem Wortlaut des § 24 EWS sei Gebührenmaßstab für das Vorhalten der Abwasseranlagen die angeschlossene Grundstücksfläche. Damit sei nach Auffassung des Gerichts nur die Grundstücksfläche gemeint, die tatsächlich über einen Anschluss an die Entwässerungseinrichtung verfüge, also tatsächlich über den vorhandenen Anschluss entwässert werden könne. Diese Regelung könne auch nicht dahingehend gedeutet werden, dass eigentlich die Fläche des angeschlossenen Grundstücks gemeint sei. Im Regelfall werde auch ein Grundstück, das über eine Anschlussleitung verfüge, insgesamt über diese entwässert

werden können. Bei übergroßen Grundstücken sei dies aber nicht notwendigerweise der Fall. Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen. Das Verwaltungsgericht hat im Urteil die Berufung ausdrücklich zugelassen. Das Urteil ist den Beteiligten am 9. November 2016 zugestellt worden.

- 16 Mit am 7. Dezember 2016 eingegangenem Schriftsatz ihres Bevollmächtigten haben die Klägerin und mit am 8. Dezember 2016 eingegangenem Schriftsatz ihres Bevollmächtigten die Beklagte jeweils Berufung eingelegt.
- 17 Zur Begründung hat der Bevollmächtigte der Klägerin ausgeführt, mit seiner Entscheidung, der Bescheid vom 17. April 2012 stelle lediglich eine Teilrücknahme des Ausgangsbescheids vom 12. Februar 2011 dar, verkenne das Gericht den Verfahrensgang zu diesem Bescheid und den Bescheid selbst. Der Ausgangsbescheid vom 12. Februar 2011 habe nicht auf Angaben der Klägerin zu der zu veranlagenden Grundstücksfläche beruht, sondern sei auf der Grundlage der von der Voreigentümerin eingereichten Unterlagen erfolgt. Die Klägerin sei nicht Rechtsnachfolgerin der Voreigentümerin. Erklärungen dieser zur Veranlagung der Abwasserabgaben könnten sie nicht binden. Aufgrund des Schreibens der Klägerin vom 28. April 2011 habe der Eigenbetrieb der Beklagten ein Verfahren zur Überprüfung eingeleitet. Im Bescheid vom 17. April 2012 würden die Festsetzungen ausdrücklich als „Berichtigungsveranlagung“ gekennzeichnet. Der Bescheid sei als selbstständiger Bescheid erlassen worden mit der Rechtsbehelfsbelehrung, dass gegen ihn Widerspruch erhoben werden könne. Im Rahmen eines eigenständigen Verwaltungsverfahrens sei der Eigenbetrieb in die Feststellung der heranzuziehenden Grundstücksflächen eingetreten und habe aufgrund interner Entscheidungen der Betriebskommission die heranzuziehenden Grundstücksflächen neu festgestellt. Bereits dies schließe aus, dass lediglich eine Teilrücknahme eines im Übrigen aufrechterhaltenen Bescheids beabsichtigt gewesen sei. Hinsichtlich der Veranlagung für das Jahr 2012 sei die Entscheidung des Verwaltungsgerichts in den Gründen und im Ergebnis zutreffend. Die Begründung der von der Beklagten eingelegten Berufung rechtfertige insofern keine Abänderung. Die Beklagte habe auf die entsprechende Verfügung des Verwaltungsgerichts die Auffassung vertreten, dass eine Verpflichtung ihrerseits, die ausreichende Dimensionierung der Entwässerungseinrichtungen des Grundstücks der Klägerin zu

berücksichtigen, nicht bestehe. Zutreffend sei das Gericht davon ausgegangen, dass die vorhandene Leitung nur für eine befestigte Fläche von 4.300 m<sup>2</sup> ausreichend sei. Aus Sicht der Klägerin sei es nicht gerechtfertigt, Gebühren auch dann zu erheben, wenn ein Anschluss nicht bestehe. Dies würde auch der Regelung nach § 10 Abs. 3 Hess KAG nicht entsprechen, wonach die Erhebung von Grundgebühren nur zulässig neben der Erhebung von Benutzungsgebühren für die tatsächliche Inanspruchnahme sei. Das Maß der Inanspruchnahme bleibe Anknüpfungspunkt der Gebühr. Die Grundgebühr dürfe nicht schon für die bloße Möglichkeit der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung erhoben werden. Die insoweit angeführte Entscheidung des Senats vom 28. November 2001 (- 5 UE 3530/98 -) betreffe nicht die Zulässigkeit der Erhebung von Grundgebühren für nicht vorhandene Einrichtungen dem Grunde nach, sondern die Kalkulation des Maßstabs der Grundgebühr für vorhandene Einrichtungen der Höhe nach. Nicht auseinandergesetzt habe sich das Verwaltungsgericht im Einzelnen mit dem erheblichen Umstand, dass für das streitgegenständliche Grundstück eine öffentlich-rechtliche Grundlage für die Eigenentwässerung in Form der hierzu erteilten wasserrechtlichen Erlaubnisse seit 1976 bestehe und auf der Grundlage dieser Erlaubnis umfangreiche Einrichtungen geschaffen, vorgehalten und nach den entsprechenden Vorschriften ständig unterhalten würden.

18 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27. Oktober 2016 dahingehend abzuändern, dass der Grundbesitzabgabenbescheid der Beklagten vom 12. Februar 2011 betreffend die Festsetzung von Abwassergebühren für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2011 sowie der Grundbesitzabgabenbescheid vom 17. April 2012 (Berichtigungsveranlagung) betreffend ebenfalls die Festsetzung von Abwassergebühren für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2011, beide in Gestalt des Widerspruchsbescheids der Beklagten (Eigenbetrieb Abwasseranlagen) vom 12. September 2012 aufgehoben werden, soweit eine Grundgebühr im Sinne von § 23 Nr. 1 Buchst. a EWS der Beklagten bezogen auf eine befestigte Fläche von mehr als 4.300 m<sup>2</sup> für die Liegenschaft Hünfeld, Johann-Pülsch-Straße ... in Ansatz gebracht worden ist,

und die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

19 Die Beklagte beantragt,



das Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27. Oktober 2016 abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen,

und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

- 20 Das Verwaltungsgericht habe zu Recht die Klage hinsichtlich der Niederschlagswassergebühr für die Jahre 2009 bis 2011 abgewiesen, da die angefochtenen Bescheide bestandskräftig seien. Entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin sei mit dem Bescheid vom 17. April 2012 keine neue Gebührenfestsetzung getroffen worden. Vielmehr sei damit eine Teilrücknahme des Ausgangsbescheids vom 12. Februar 2011 erfolgt. Darüber hinaus sei die Gebührenfestsetzung für die Jahre 2009 bis 2011 auch materiell rechtmäßig. Ebenso sei entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung der Bescheid vom 12. Januar 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12. September 2012 in gesamter Höhe rechtmäßig, so dass die Klage vollumfänglich unbegründet sei. Zu Unrecht gehe die erstinstanzliche Entscheidung davon aus, dass der Heranziehungsbescheid zu Grundgebühren rechtswidrig sei, soweit er eine größere Fläche als 4.300 m<sup>2</sup> für die Gebührenbemessung zu Grunde lege. Grundsätzlich sei die Erhebung einer Grundgebühr gemäß § 10 Abs. 3 Satz 3 Hess KAG neben der Erhebung einer Benutzungsgebühr zulässig. Eine solche Grundgebühr könne nach dem Wahrscheinlichkeitsmaßstab bemessen werden. Der Senat habe diesbezüglich bereits in der Entscheidung vom 28. November 2001 festgestellt, dass der Gleichheitssatz im Fall der Erhebung einer Grundgebühr für Niederschlagswasser keine Differenzierung nach unbebauten und bebauten Grundstücksflächen gebiete. Soweit das Verwaltungsgericht die Unwirksamkeit der Satzungsregelung in § 24 Abs. 2 EWS daraus herleite, dass mit der Grundgebühr auch Kosten für die Überwachung der Zuleitungskanäle abgegolten würden, sei dies nicht zutreffend. Die Beklagte habe bereits erstinstanzlich dargelegt, dass für den hier streitgegenständlichen Zeitraum in der Grundgebührenkalkulation entsprechende Kosten für Zuleitungskanäle nicht eingestellt seien. Für die Überwachung von Grundstücksentwässerungsanlagen als Teil von Zuleitungskanälen seien bei der Beklagten keine Kosten entstanden, so dass auch keine Finanzierung über Grundgebühren erfolgt sei. Allerdings habe der Gesetzgeber für die Fälle der Überprüfung der Zuleitungskanäle eine spezielle Ermächtigungsnorm zur Berücksichtigung dieser Kosten in der Gebührenkalkulation in § 37 Abs. 2 Satz 3

Hessisches Wassergesetz geschaffen, wovon die Beklagte Gebrauch gemacht habe. Auch die Berücksichtigung der Grundstücksfläche insgesamt im angefochtenen Gebührenbescheid sei rechtmäßig. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts sei die Regelung des § 24 Abs. 1 EWS nicht dahingehend auszulegen, dass nur diejenigen Grundstücksflächen für die Grundgebühr heranzuziehen seien, die über die bestehenden Anschlussleitungen tatsächlich entwässert werden könnten. Das Verwaltungsgericht gehe davon aus, dass nur eine Grundstücksfläche von 4.300 m<sup>2</sup> des Grundstücks der Klägerin über die bestehenden Anschlussleitungen entwässert werden könnten und daher sich die Vorhalteleistung, die mit der Grundgebühr abgegolten werden solle, hierauf beschränke. Dieser Ansatz sei jedoch unzutreffend. Zunächst gehe das Verwaltungsgericht zu Unrecht von der Regelung des § 24 EWS in der Fassung der Entwässerungssatzung vom 15. Dezember 2011 aus, in der als Gebührenmaßstab für das Vorhalten der Abwasseranlagen die angeschlossene Grundstücksfläche genannt sei. Bereits mit Klageerwiderung habe die Beklagte aber auf die Änderungssatzung vom 19. Dezember 2012 hingewiesen, die rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft getreten sei. Mit dieser Änderungssatzung sei der Gebührensatz reduziert und gleichzeitig § 24 Abs. 1 EWS geändert worden. Danach sei Gebührenmaßstab die Grundstücksfläche angeschlossener Grundstücke. Der rechtliche Ansatz der erstinstanzlichen Entscheidung, dass bereits aus dem Wortlaut der Entwässerungssatzung auf die tatsächlich angeschlossenen Grundstücksflächen abzustellen sei und es mithin für die Vorhalteleistung darauf ankomme, wieviel Fläche des Grundstücks über die bestehenden Anschlussleitungen entwässert seien, sei mithin nicht beachtlich. Der mit der Änderungssatzung in Kraft getretene Wortlaut verweise nunmehr noch einmal eindeutig auf den Willen des Satzungsgebers. Die Grundgebühr werde für die Inanspruchnahme der Lieferungs- bzw. der Betriebsbereitschaft der Entwässerungseinrichtung erhoben und durch sie würden die durch das Bereitstellen und ständige Vorhalten der Einrichtung entstehenden verbrauchsunabhängigen Betriebskosten abgegolten. Als Maßstab komme daher nur der Wahrscheinlichkeitsmaßstab in Betracht, der sich an Art und Umfang der aus der Lieferbereitschaft folgenden abrufbaren Arbeitsleistung als Anhalt für die vorzuhaltende Höchstlastkapazität orientieren könne. Bereits mit Urteil vom 28. November 2001 habe der Senat hinsichtlich der Grundgebührenregelung der Beklagten in der damaligen Entwässerungssatzung entschieden, dass eine Differenzierung nach unbebauten und

bebauten Grundstücksflächen nicht geboten sei. Rechtlich allein entscheidungserheblich sei nur die Vorhalteleistung der öffentlichen Einrichtung, also der Sammelleitung. Diese sei in der Dimensionierung geeignet, diese Vorhalteleistung zu erbringen. Es wäre nicht nachvollziehbar, nur diejenigen Teile einer Grundstücksfläche als Gebührenmaßstab zu berücksichtigen, die jeweils aktuell über eine vorhandene Anschlussleitung entwässert werden könnten. Jederzeit könnten eine oder mehrere Anschlussleitungen hergestellt werden, die eine Entwässerung der gesamten Grundstücksfläche ermöglichen. Bei der Grundgebühr handele es sich - worauf der Senat zutreffend hingewiesen habe - um eine einheitliche und nicht um eine Grundgebühr allein hinsichtlich des Niederschlagswassers. Die erstinstanzliche Argumentation habe die Frage betroffen, ob Anknüpfungspunkt für die einheitliche Grundgebühr die Grundstücksfläche sein könne. Eine einheitliche Grundgebühr neben zwei separaten Benutzungsgebühren für Schmutzwasser und Niederschlagswasser sei ihrer Auffassung nach unproblematisch. Die Grundgebühr finde ihre Rechtfertigung in § 10 Abs. 3 Satz 4 Hess KAG, wonach die Erhebung einer Grundgebühr neben einer Gebühr nach den Sätzen 1 bis 3 zulässig sei. Eine Einschränkung, dass eine einheitliche Grundgebühr bei gesplitteten Benutzungsgebühren unzulässig sei, enthalte die gesetzliche Regelung nicht. Die Einführung der gesplitteten Abwassergebühr sei in Erfüllung der Grundsätze der Abgabengerechtigkeit und des Äquivalenzprinzips erfolgt. Demgegenüber diene die Grundgebühr nicht der Abgeltung der tatsächlichen Einleitung von Schmutz- oder Niederschlagswassermengen, sondern solle einleitungsunabhängig Vorhaltekosten der öffentlichen Einrichtung „Entwässerung“ abgelten. Diese nehme beide Einleitungsarten einheitlich auf und müsse für beide insgesamt vorgehalten werden. Eine weitere Differenzierung hinsichtlich der Grundgebühr stehe gerade dem Sinn und Zweck einer Grundgebühr entgegen, Fixkosten bzw. die Vorhalteleistung der Einrichtung abzugelten. Auch das Äquivalenzprinzip sei nicht verletzt, da der einheitlichen Grundgebühr, bemessen nach der Grundstücksfläche, die gesamte Vorhalteleistung der Einrichtung gegenüberstehe. Das Gebührenmodell der Beklagten sei bereits vom Senat in seiner Entscheidung vom 28. November 2001 für rechtmäßig befunden worden. Aus den Nachkalkulationen ergebe sich, dass die festgesetzten jeweiligen Grundgebühren nicht kostenüberdeckend seien, sondern vielmehr die Vorhaltekosten insgesamt nicht abdeckten. Gegenüber der Grundgebühr werde mit der Benutzungsgebühr für das Niederschlagswasser der Vorteil für die tatsächliche

Inanspruchnahme, also die Einleitung des Wassers, abgegolten. Diese Benutzungsgebühr bemesse sich gemäß § 25 Abs. 1 EWS nach der bebauten und künstlich befestigten Grundstücksfläche, von der das Niederschlagswasser in die Abwasseranlage eingeleitet werde.

- 21 Im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakten (2 Bände) sowie einen Hefter Unterlagen der Klägerin und einen Hefter und einen Ordner Unterlagen der Beklagten verwiesen, die insgesamt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

### **Entscheidungsgründe:**

- 22 Die Berufung der Klägerin ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt und begründet worden.
- 23 Sie ist jedoch nicht begründet.
- 24 Die Klägerin hat mit ihrer Klage vor dem Verwaltungsgericht unter anderem beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 12. Februar 2011 über die Festsetzung von Abwassergebühren für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis zum 31. Dezember 2011 sowie den Bescheid der Beklagten vom 17. April 2012 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 12. September 2012 dahingehend abzuändern, dass eine Grundgebühr für den Zeitraum 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2011 nur bezogen auf eine befestigte Fläche von 4.300 m<sup>2</sup> in Ansatz zu bringen ist. Dieses Begehren hat das Verwaltungsgericht zu Recht als unbegründet zurückgewiesen.
- 25 Mit Bescheid vom 12. Februar 2011 hatte die Beklagte die Grundgebühr für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2011 für die Liegenschaft der Klägerin aufgrund einer Fläche von 71.454 m<sup>2</sup> festgesetzt. Gegen diesen Bescheid hat sich die Klägerin innerhalb der Widerspruchsfrist nicht gewandt, so dass er bestandskräftig geworden ist. Erst mit Schreiben vom 28. April 2011 hat sie einen Antrag auf Befreiung von den Gebühren für diesen Zeitraum gestellt. Aufgrund dieses Antrags hat die Beklagte mit Bescheid vom 17. April 2012 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 18. Juni 2012 die für die Grundgebühr zu veranlagende Fläche auf 43.376 m<sup>2</sup> verringert und die Gebührenforderung reduziert.

- 26 Der Senat teilt die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass es sich bei der Entscheidung über den Befreiungsantrag der Klägerin im Bescheid vom 17. April 2014 um eine teilweise Rücknahme des Bescheids vom 12. Februar 2016 gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b) Hessisches Kommunalabgabengesetz - Hess KAG - in Verbindung mit § 130 Abs. 1 Abgabenordnung - AO - handelt und nicht etwa um eine Aufhebung des Bescheids vom 12. Februar 2011 insgesamt verbunden mit einer Neufestsetzung. Dies ergibt sich bereits aus der oben geschilderten Entstehungsgeschichte des Bescheids vom 17. April 2012 sowie dessen Formulierung. Dafür, dass die Beklagte insgesamt das Festsetzungsverfahren wieder aufgreifen wollte, enthält er keine Anhaltspunkte. Insofern verweist der Senat auch auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts.
- 27 Soweit die Klägerin darüber hinaus die Reduzierung der der Festsetzung der Grundgebühr zu Grunde liegenden Fläche auf 4.300 m<sup>2</sup> für diesen Zeitraum begehrt, handelt es sich um den Antrag, die Beklagte zu verpflichten, den Bescheid vom 12. Februar 2011 gemäß § 130 Abs. 1 AO in diesem - weiteren - Umfang zurückzunehmen. Ein Anspruch auf Rücknahme eines bestandskräftigen, auch rechtswidrigen, Verwaltungsakts besteht grundsätzlich nicht. Allerdings hat der Betroffene ein subjektives Recht auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Behörde. Nach Unanfechtbarkeit ist diese aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zur Rücknahme nicht verpflichtet, denn durch § 130 AO sollen die Rechtsmittelfristen nicht unterlaufen werden (vgl. Klein, AO, 13. Aufl. 2016, § 130 Rn. 28 ff., mit weiteren Nachweisen). Anhaltspunkte dafür, dass die Entscheidung der Beklagten, die zugrunde zulegende Fläche für diesen Zeitraum nicht weiter zu reduzieren, ermessensfehlerhaft wäre, vermag der Senat nicht zu erkennen. Eine Reduzierung des Ermessens der Beklagten dergestalt, dass trotz bestandskräftiger Entscheidung nur die begehrte Reduzierung der Grundfläche rechtmäßig wäre, liegt nicht vor. Das hat das Verwaltungsgericht bereits ausführlich dargelegt. Insbesondere wenn die vorgetragenen Umstände bereits in einem - unterlassenen - Rechtsbehelfsverfahren hätten geltend gemacht werden können, ist die Ablehnung eines Rücknahmeantrags regelmäßig ermessensfehlerfrei (Klein, a.a.O., Rn. 29 a).
- 28 Auch die Berufung der Beklagten ist zwar zulässig, aber nicht begründet.

- 29 Sie wendet sich mit ihrer Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts, soweit es den Bescheid vom 12. Januar 2012 in der Fassung des Änderungsbescheides vom 17. April 2012 und des Widerspruchsbescheides vom 12. September 2012 aufgehoben hat, soweit darin eine Grundgebühr bezogen auf eine größere Fläche als 4.300 m<sup>2</sup> der Liegenschaft der Klägerin erhoben worden ist.
- 30 Ermächtigungsgrundlage für die Heranziehung zu der Grundgebühr für das Jahr 2012 ist § 23 Abs. 1 a) in Verbindung mit § 24 der Entwässerungssatzung - EWS - der Beklagten vom 16. Dezember 2011 (Datum der Ausfertigung), zuletzt geändert durch die rückwirkend zum 1. Januar 2012 in Kraft gesetzte Änderungssatzung vom 20. Dezember 2012 (Datum der Ausfertigung). Danach erhebt die Beklagte zur Deckung der Kosten im Sinne des § 10 Abs. 2 Hess KAG neben den Gebühren für das Einleiten und Behandeln von Niederschlagswasser und Schmutzwasser Gebühren für die Vorhaltung der Abwasseranlagen als eine Grundgebühr. Maßstab für die Grundgebühr ist in der rückwirkend geänderten Fassung des § 24 EWS die Grundstücksfläche angeschlossener Grundstücke. Vor der rückwirkenden Änderung lautete die Formulierung für den Gebührenmaßstab „angeschlossene Grundstücksfläche“. Mit diesen Formulierungen hat die Beklagte jedoch keinen wirksamen Maßstab zur Bestimmung der Grundgebühr gewählt.
- 31 Gemäß § 10 Abs. 3 Satz 3 Hess KAG in der hier noch maßgeblichen, bis zum 31. Dezember 2012 geltenden Fassung (auch in der derzeit geltenden Fassung ist diese Formulierung unverändert) können die Gemeinden und Landkreise bei der Erhebung von Benutzungsgebühren als Gegenleistung für die Inanspruchnahme ihrer öffentlichen Einrichtungen neben den nach Art und Umfang der Inanspruchnahme der Einrichtung zu bemessenden Verbrauchsgebühren eine Grundgebühr erheben. Diese Gebührenerhebung beruht auf der Erwägung, dass die Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft der betreffenden Einrichtung - hier der Abwasserentsorgung - für jeden Anschluss invariable, also verbrauchsunabhängige Betriebskosten verursacht (so genannte Fixkosten), was es rechtfertigt, diese Vorhaltekosten unabhängig vom Maß der Benutzung im Einzelfall vorab auf die Benutzer der Anlage zu verteilen (BVerwG, Beschluss vom 12. August 1981 - 8 B 20.81 -, Buchholz 401.84 Benutzungsgebühren Nr. 44; Urteil vom 1. August 1986 - 8 C 112.84 -, Buchholz 401.84 Benutzungsgebühren Nr. 59 = HSGZ 1987, 162; Beschluss des Senats vom 18. April 2016 - 5 C 2174 -,

GemHH 2016, 165 [LS]; OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25. August 1995 - 9 A 3907/93 -, NVwZ-RR 1996, 700, sämtlich auch juris; Brüning in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, Stand: März 2017, § 6 Rn. 217). Eine Grundgebühr stellt sich danach als Teil einer Benutzungsgebühr mit einem eigenen Maßstab und einem besonderen Satz zur Abgeltung der verbrauchsunabhängigen Kosten dar. Äquivalenzprinzip und Gleichheitssatz gelten auch für Grundgebühren, so dass für diese ein Maßstab zu wählen ist, der im Wesentlichen an der Vorhalteleistung und an Art und Umfang der aus der Lieferbereitschaft folgenden abrufbaren Arbeitsleistung ausgerichtet ist (Brüning a.a.O., Rn. 218 mit weiteren Nachweisen).

- 32 Das Verwaltungsgericht ist in seinem Urteil davon ausgegangen, dass es sich bei der von der Beklagten erhobenen Grundgebühr um eine Grundgebühr für die Ableitung von Niederschlagswasser handelt. Diese Annahme liegt angesichts des in § 24 EWS festgelegten Maßstabs für die Grundgebühr - „Fläche des angeschlossenen Grundstücks“ bzw. „angeschlossene Grundstücksfläche“ - also eines reinen Flächenmaßstabs nahe. Auch die in dem Verwaltungsvorgang der Beklagten enthaltenen Aufstellungen über das „Kalkulationsmodell Abwassergebühren“ für das Jahr 2012, in dem die Einnahmen aus der Grundgebühr gemeinsam mit den Einnahmen aus der Niederschlagswassergebühr und den aus dem städtischen Haushalt für die Straßenentwässerung zugeführten Mitteln - also den Einnahmen für die Beseitigung von Niederschlagswasser - aufgeführt und zu „100 %“ addiert worden sind, und Formulierungen im Bescheid vom 17. April 2012 („eine nicht versiegelte Grünfläche, von der derzeit kein Niederschlagswasser der öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlage zugeführt werden kann“), weisen in diese Richtung. Auch der in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat anwesende Betriebsleiter des Eigenbetriebs „Abwasseranlagen“ der Beklagten hat bestätigt, dass die Grundgebühr in der Vergangenheit von der Beklagten rein auf die Beseitigung von Niederschlagswasser bezogen worden ist. Die Annahme einer Grundgebühr allein auf das Vorhalten der Anlagen für die Beseitigung von Niederschlagswasser entspricht allerdings nicht dem Wortlaut der Satzungsregelung. Diese Auffassung vertritt im Verfahren nach Hinweis des Senats nunmehr auch die Beklagte.
- 33 Nach § 23 Abs. 1 a) EWS erhebt die Beklagte die Grundgebühr für die Vorhaltung der Abwasseranlagen. „Abwasseranlagen“ sind nach § 2 EWS „Sammelleitungen,

Behandlungsanlagen und Anschlussleitungen“. „Abwasser“ ist „das durch Gebrauch in seinen Eigenschaften veränderte Wasser (Schmutzwasser), das von Niederschlägen aus dem Bereich bebauter oder künstlich befestigter Flächen abfließende und gesammelte Wasser (Niederschlagswasser) sowie das sonstige zusammen mit Schmutzwasser oder Niederschlagswasser in Abwasseranlagen abfließende Wasser“. Somit bezieht sich die Grundgebühr für die Vorhaltung der Abwasseranlagen nach dem eindeutigen Wortlaut auf Abwasser insgesamt, d.h. auf die Vorhaltung der der Beseitigung von Schmutzwasser und Niederschlagswasser dienenden Anlagen. Darauf bezogen hält der in der Satzung gewählte Maßstab für die Grundgebühr „Grundstücksfläche angeschlossener Grundstücke“ (zuvor „angeschlossene Grundstücksfläche“) den Anforderungen des aus Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz hergeleiteten Grundsatzes der Abgabengerechtigkeit nicht stand.

- 34 Die der teilweisen oder vollständigen Abgeltung der verbrauchsunabhängigen Betriebskosten dienende Grundgebühr wird zwar nicht verbrauchsabhängig nach dem Ausmaß der konkreten Benutzung, d.h. der Inanspruchnahme der Einrichtung, bemessen. Allerdings ist auch sie, wenn auch verbrauchsunabhängig, nach einem Wahrscheinlichkeitsmaßstab zu bemessen, der sich an Art und Umfang der aus der Lieferbereitschaft folgenden abrufbaren Arbeitsleistung als Anhaltspunkt für die vorzuhaltende Höchstlastkapazität orientiert (vgl. BVerwG, Urteil vom 1. August 1986, a.a.O.). Dabei genügt es für einen Wahrscheinlichkeitsmaßstab, dass der von der Maßstabsregelung vorausgesetzte Zusammenhang zwischen Gebührenbemessung und Art und Umfang der Inanspruchnahme denkbar und nicht offensichtlich unmöglich ist (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25 August 1995, a.a.O.). Der in der Satzung der Beklagten für die Grundgebühr zugrunde gelegte Maßstab der Fläche des angeschlossenen Grundstücks ist jedoch zumindest hinsichtlich der der Schmutzwasserentsorgung dienenden Abwasseranlagen kein geeigneter Maßstab. Die Fläche des jeweils angeschlossenen Grundstücks bietet keinen - auch keinen groben - Anhaltspunkt für die Inanspruchnahmemöglichkeit hinsichtlich des Anfalls der Schmutzwassermenge auf dem betreffenden Grundstück. Hinsichtlich dessen sind etwa die Durchflussmenge der Wasserzähler für Frischwasser oder die Zahl der Wohneinheiten als Maßstabseinheiten anerkannt (vgl. BVerwG, Urteil vom 1. August 1986, a.a.O.; Beschluss des Senats vom 18. April 2016, a.a.O.; OVG Sachsen, Urteil



vom 7. März 2012 - 5 C 9/10 -, SächsVBl 2012, 285; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21. Juni 2011 - 4 L 229/10 -, NVwZ-RR 2011, 873 [LS], sämtlich auch juris). Ob der Maßstab für eine reine Grundgebühr auf die Fixkosten für die Beseitigung von Niederschlagswasser geeignet wäre (vgl. zu einer derartigen Gebühr: OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25. August 1995, a.a.O.), braucht der Senat ebenso wenig zu entscheiden wie die Frage, ob ein geeigneter Maßstab für eine einheitliche Grundgebühr für die Vorhaltung der Anlagen zur Beseitigung von Niederschlags- und Schmutzwasser vorstellbar ist. Die Erwägungen, die zur Einführung der gesplitteten Benutzungsgebühren für beide Bereiche geführt haben (vgl. Urteile des Senats vom 2. September 2009 - 5 A 631/08 -, HSGZ 2009, 389 = KStZ 2009, 235 und - 5 A 633/08 -, beide juris), sprechen eher dagegen. Soweit der Senat in seinem Urteil vom 28. November 2001 (- 5 UE 3530/98 -, ZKF 2002, 158), auf das sich die Beklagte beruft, den auch hier zu prüfenden Maßstab für die Grundgebühr in einer früheren Satzung der Beklagten für rechtmäßig gehalten hat, wird daran im Ergebnis nicht festgehalten. Die Argumentation und der in der Entscheidung zu findende damalige Vortrag der Beklagten weisen allerdings daraufhin, dass der damaligen Entscheidung die Auffassung zugrunde lag, es handele sich um eine Grundgebühr für die Beseitigung von Niederschlagswasser. Dies hat der Betriebsleiter des Eigenbetriebs „Abwasseranlagen“ der Beklagten in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

- 35 Weil damit der Erhebung einer Grundgebühr für das Vorhalten der Abwasseranlagen für das Jahr 2012 eine wirksame satzungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage der Beklagten fehlt, ist der Bescheid insgesamt rechtswidrig. Da die Klägerin allerdings nur die Aufhebung des Bescheides begehrt hat, soweit dieser eine größere Grundfläche zur Berechnung der Grundgebühr als 4.300 m<sup>2</sup> zu Grunde legt, ist der Bescheid im Übrigen bestandskräftig geworden. Die auf vollständige Abweisung der Klage gerichtete Berufung der Beklagten ist dementsprechend als unbegründet zurückzuweisen.
- 36 Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO, die Entscheidung hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit der festzusetzenden Kosten auf § 167 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 10, § 711 Zivilprozessordnung.
- 37 Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich (§ 132 Abs. 2 VwGO).

## Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist bei dem

**Hessischen Verwaltungsgerichtshof  
Brüder-Grimm-Platz 1  
34117 Kassel**

einzulegen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof einzureichen. In der Begründung muss entweder

- die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden oder
- die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung, oder
- ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof und dem Bundesverwaltungsgericht besteht gemäß § 67 Abs. 4 VwGO Vertretungszwang. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird.

Bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof können elektronische Dokumente nach Maßgabe der Verordnung der Landesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr bei hessischen Gerichten und Staatsanwaltschaften vom 26. Oktober 2007 (GVBl. I, S. 699) eingereicht werden. Auf die Notwendigkeit der qualifizierten digitalen Signatur bei Dokumenten, die einem schriftlich zu unterzeichnenden Schriftstück gleichstehen, wird hingewiesen (§ 55a Abs. 1 Satz 3 VwGO).

...

...

...