

Az.: 4 A 657/13  
6 K 370/08

Ausfertigung



# **SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT**

## **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

der Frau

- Klägerin -  
- Berufungsbeklagte -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Abwasserzweckverband

- Beklagter -  
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

wegen

Teilbefreiung vom Benutzungszwang für die Abwasserentsorgung; Berufung  
hier: Rechtsweg

hat der 4. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Präsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Künzler sowie die Richterinnen am Obergerverwaltungsgericht Düvelshaupt und Döpelheuer

am 15. April 2015

### **beschlossen:**

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 16. August 2011 - 6 K 370/08 - wird aufgehoben.

Der Verwaltungsrechtsweg ist unzulässig. Der Rechtsstreit wird an das Amtsgericht D. verwiesen.

Die Beschwerde wird nicht zugelassen.

### **Gründe**

- 1 I. Die Klägerin war bis zum Januar 2013 Eigentümerin eines mit einem Mehrfamilienhaus (acht Wohnungen) bebauten Grundstücks in D., W.straße... Das Grundstück ist an die öffentliche Abwasserentsorgung angeschlossen. Die Klägerin begehrt die Befreiung vom Grundpreis für leerstehende Wohnungen ab dem 1. Januar 2007.
- 2 Nachdem der Beklagte die Klägerin in den Jahren 2000 bis 2006 für drei Wohnungen, zeitweise auch für vier Wohnungen vom Grundpreis befreit hatte, hat die Klägerin den „Abwasserverband D.- Z.“ mit Schreiben vom 27. November 2006 gebeten, ab dem 1. Dezember 2006 sechs Wohneinheiten vom Grundpreis zu befreien. Daraufhin teilte der Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 16. Januar 2007 mit, er sei aufgrund der aktuellen Entwicklung in der Rechtsprechung nicht mehr in der Lage, sie weiterhin von der Zahlung des Grundpreises für leer stehende Wohnungen zu befreien. Somit würden ab 1. Januar 2007 die Grundpreise für acht Wohnungen fällig.
- 3 Unter dem 26. Februar 2007 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, dass nur insgesamt vier Wohnungen für eine Wasserversorgung und -entsorgung in Frage kämen. Die übrigen Wohnungen stünden wegen Zusammenlegung und Funktionsänderung nicht mehr als Wohnraum oder zur Vermietung zur Verfügung. Mit Schreiben vom 17. April 2007 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass es sich bei den bisher gewährten

Grundpreisbefreiungen um reine Kulanzregelungen gehandelt habe. Da - nach Feststellungen der X GmbH bei einem am 3. April 2007 durchgeführten Ortstermin - acht Wohnungen in der Bausubstanz vorhanden seien, würden Grundpreise für acht Wohnungen fällig.

- 4 Die Klägerin legte mit Schreiben vom 16. Mai 2007 am 21. Mai 2007 beim Beklagten „vorsorglich (...) Widerspruch“ gegen den mit Schreiben vom 16. Januar 2007 zurückgewiesenen Antrag vom 27. November 2006 ein. Der Antrag sei - in konsequenter Fortführung seit dem Jahr 2000 - auf Befreiung von den Grundgebühren nach § 7 der Satzung gerichtet gewesen. Unter dem 22. Mai 2007 wies der Beklagte die Klägerin darauf hin, dass seine Schreiben einem Widerspruch nicht zugänglich seien. Er entsorge das Abwasser aufgrund privatrechtlicher Entsorgungsverträge. Es würden Entgelte - per Rechnung - und keine Gebühren - per Gebührenbescheid - erhoben. Eine Regelung zur teilweisen Befreiung vom Grundpreis bei Leerstand einzelner Wohnungen sei weder Bestandteil der Satzungen noch der gültigen Tarife. Die Vorhalteleistung der Abwasserentsorgung werde am Grundstück erbracht.
- 5 Mit Schreiben vom 8. Juni 2007, das am 11. Juni bei dem Beklagten einging, verwies die Klägerin auf die Möglichkeit der Befreiung nach „§ 7 der Satzung“. Hierauf begründet habe der Beklagte in der Vergangenheit über Jahre keine Grundpreise für leer stehende Wohnungen erhoben. Seien die Entsorgungsverträge privatrechtlich, müsse es jedem Eigentümer freigestellt sein, Leistungen anzunehmen oder nicht. Dem stehe der Anschluss- und Benutzungszwang entgegen. Die bestehende Monopolstellung könne aber nicht so weit reichen, dass die Eigentumsrechte des Art. 14 GG so weit reduziert würden, dass ohne Inanspruchnahme von Leistungen eine Kostenlast bestehe. Die leerstehenden Wohnungen entsprächen nicht dem in der Sächsischen Bauordnung definierten Wohnungsbegriff. Die Räumlichkeiten seien weder saniert, noch sei beabsichtigt, sie zu sanieren. Auch hätten sie kein Innen-WC bzw. kein Bad.
- 6 Dazu teilte der Beklagte der Klägerin unter dem 13. Juni 2007 mit, „§ 7 der Versorgungssatzung“ betreffe die Befreiung vom Benutzungszwang des Grundstücks, die Klägerin begehre aber eine Befreiung vom Anschlusszwang (§ 5). Der Verband habe eine öffentlich-rechtliche Rumpfsatzung, das Benutzungsverhältnis sei

privatrechtlich ausgestaltet. Der Widerspruch der Klägerin laufe deshalb ins Leere. Das unternehmerische Risiko der Vermieter bei leerstehenden Wohnungen könne nicht auf die Allgemeinheit verlagert werden.

- 7 Am 23. April 2008 hat die Klägerin Klage gegen den „Bescheid“ des Beklagten vom 16. Januar 2007 in Form des „Widerspruchsbescheides“ vom 13. Juni 2007 erhoben mit dem Begehren auf Erteilung einer Teilbefreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang für die Abwasserentsorgung. Hilfsweise richtete sie ihre Klage auf die Befreiung von der Zahlung des Abwassergrundpreises pro leerstehende Wohneinheit. Zur Begründung ihrer Klage hat sie im Wesentlichen ausgeführt:
- 8 Der Verwaltungsrechtsweg sei eröffnet. Die „streitgegenständlichen“ Normen seien der Satzung des Beklagten zu entnehmen. Ob die Voraussetzungen für eine Teilbefreiung vorlägen, sei im Rahmen der Satzung geregelt. Daher sei die Sache nach öffentlichem Recht zu beurteilen. Dass sich der Beklagte darauf berufe, ihr gegenüber privatrechtlich aufzutreten, sei unerheblich.
- 9 Vier der Wohnungen seien unsaniert und stünden seit 1989 dauerhaft leer. Sie entsprächen wegen der fehlenden Bäder und Toiletten nicht der in der Sächsischen Bauordnung verwendeten Begrifflichkeit „Wohnung“. Für diese Wohnungen könne nach der Satzung kein Grundpreis erhoben werden; ein Antrag auf Befreiung sei nicht erforderlich. Die Befreiung sei nach § 5 der Satzung des Beklagten zu erteilen. Ferner habe sie einen gewohnheitsrechtlichen Anspruch aus der mindestens seit dem Jahr 2000 praktizierten Vorgehensweise; der Beklagte habe insoweit einen Vertrauenstatbestand gesetzt. Wegen des dauerhaften Leerstandes habe sie auch einen Grundsteuererlass bekommen. Satzung und Preiskalkulation seien zudem ab dem 1. Januar 2007 nicht geändert worden. Berufe sich der Beklagte auf privatrechtliche Versorgungsverträge, bestünde für die Eigentümer Vertragsfreiheit. Die bestehende Monopolstellung könne nicht so weit reichen, dass die Eigentumsrechte des Art. 14 GG so weit reduziert würden, dass ohne Inanspruchnahme von Leistungen eine Kostenlast bestehe.
- 10 Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat im Wesentlichen vorgetragen, die Ablehnung der Teilbefreiung sei im Rahmen des privatrechtlich ausgestalteten

Benutzungsverhältnisses erfolgt. Diese sei kein Bescheid und auch nicht durch Widerspruch oder Anfechtungsklage angreifbar. Bei der begehrten Grundpreisermäßigung gehe es auch nicht um eine - in der Satzung vorgesehene - Teilbefreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang. Da alle Wohnungen unabhängig von ihrem derzeitigen Zustand physisch vorhanden seien, sei die Klägerin verpflichtet, hierfür den tariflichen Grundpreis zu entrichten. Der Beklagte halte einen funktionsfähigen Grundstücksanschluss zur Abwasserentsorgung für die volle Kapazität von acht Wohneinheiten vor. Dies verpflichte die Klägerin, die Grundpreise für alle acht Wohneinheiten zu entrichten. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Verwaltungsgerichts Magdeburg ergebe sich nunmehr, dass die mit dem Leerstand von Wohneinheiten verbundenen Kosten Sache des betroffenen Grundstückseigentümers seien und er nicht beanspruchen könne, auf Kosten der übrigen Wasserkunden eine Vergünstigung in der Form zu erhalten, dass er teilweise von der Grundpreiszahlung entbunden werde. Eine Umverteilung der auf den Leerstand entfallenden Vorhaltekosten auf die übrigen Grundstückseigentümer im Verbandsgebiet sei nicht zulässig. Daher werde die bisher praktizierte Kulanzregelung nicht fortgesetzt. Eine Befreiung vom Grundpreis bei Leerstand sei weder in den Allgemeinen Vertragsbedingungen des Beklagten noch in seinen Tarifen vorgesehen. Die Klägerin könne sich weder auf Vertrauensschutz oder Gewohnheitsrecht berufen noch auf die Handhabung von Leerständen in anderen Rechtszweigen, beispielsweise bei der Erhebung der Grundsteuer.

- 11 Mit Urteil vom 16. August 2011 hat das Verwaltungsgericht den Beklagten „unter Aufhebung des Bescheids vom 16.1.2007 und des Widerspruchsbescheids vom 13.6.2007 verpflichtet, über den Antrag der Klägerin vom 27. November 2006 bezüglich einer Teilbefreiung vom Benutzungszwang für die Abwasserentsorgung für 4 Wohnungen auf dem Grundstück W.straße.. in..... D. ab dem 1.1.2007 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden“.
- 12 Die Verpflichtungsklage der Klägerin sei zulässig. Insbesondere seien die Voraussetzungen der §§ 68 ff. VwGO erfüllt. Dem Antrag der Klägerin vom 27. November 2006 sowie den Widerspruchsschreiben ihres Bevollmächtigten vom 16. Mai 2007 und vom 8. Juni 2007 sei nach dem objektiven Empfängerhorizont ein Begehren auf Teilbefreiung vom Benutzungszwang für die Abwasserentsorgung zu

entnehmen. Sowohl das diesbezügliche erste Schreiben des Beklagten vom 16. Januar 2007 (Ablehnung der beantragten Teilbefreiung) als auch das diesbezügliche letzte Schreiben des Beklagten vom 13. Juni 2007 (Widerspruchsbescheid) seien als Verwaltungsakt zu qualifizieren. Hinsichtlich der weiteren Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen.

- 13 Auf den Antrag des Beklagten hat der Senat die Berufung mit Beschluss vom 8. Oktober 2013 (4 A 773/11) wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung zugelassen. Es bestünden Zweifel, dass die Bewertung des Verwaltungsgerichts, hier sei der öffentlich-rechtlich geregelte Bereich des Anschluss- und Benutzungszwangs betroffen, zutreffend sei.
- 14 Zur Begründung seiner Berufung, mit der er beantragt, das Urteil des Verwaltungsgerichts zu ändern und die Klage abzuweisen, trägt der Beklagte im Wesentlichen vor:
- 15 Zwar sei die Entscheidung über den eröffneten Rechtsweg in zweiter Instanz nicht mehr überprüfbar. Der Streitgegenstand unterfalle aber nicht dem öffentlichen Recht. Der Antrag der Klägerin auf Befreiung vom Grundpreis für leerstehende Wohnungen sei nicht öffentlich-rechtlich als Teilbefreiung vom Benutzungszwang zu bewerten. Das Verwaltungsgericht habe den Antrag zu Unrecht dahingehend ausgelegt. Erstmals im „Widerspruch“ vom 4.5.2007/16.5.2007 habe die Klägerin einen Befreiungsantrag für die „Grundgebühren“ aus „§ 7 der Satzung“ gestellt. Die Befreiung vom Grundpreis betreffe aber das privatrechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnis. Die Schreiben des Beklagten seien nicht in Bescheidform ergangen. Auch sonst seien die Schreiben des Beklagten nicht als Verwaltungsakt zu werten.
- 16 Die Klägerin tritt der Berufung entgegen. Sie ist der Auffassung, eine Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung zum Rechtsweg sei nicht möglich.
- 17 Der Senat hat am 10. März 2015 mündlich verhandelt. Den in der mündlichen Verhandlung widerruflich geschlossenen Vergleich hat die Klägerin am 25. März 2015 wirksam widerrufen.

- 18 II. Dem Senat ist eine Entscheidung in der Sache verwehrt. Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist aufzuheben und das Verfahren von Amts wegen nach § 17a Abs. 2 Satz 1 GVG an das nach § 23 Nr. 1 GVG, § 17 Abs. 1 ZPO zuständige Amtsgericht D. zu verweisen. Für die streitgegenständlichen Klageanträge ist der Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben. Das Verfahren betrifft eine zivilrechtliche Streitigkeit. Eine den Senat bindende Entscheidung des Verwaltungsgerichts nach § 17a Abs. 5 GVG hinsichtlich des Verwaltungsrechtswegs liegt nicht vor.
- 19 Grundsätzlich prüft das Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache entscheidet, nach § 17a Abs. 5 GVG nicht, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn die Entscheidung der ersten Instanz unter Beachtung und Anwendung des § 17a GVG erlassen worden ist. Ist - wie hier - eine Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs in der ersten Instanz unterblieben, muss sie in der zweiten Instanz möglich sein. Eine erstinstanzlich unterbliebene Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs kann bei verfassungskonformer Auslegung des § 17a Abs. 5 GG hinsichtlich des gesetzlichen Richters nicht ohne Folgen bleiben (vgl. BayVGH, Beschl. v. 1. Februar 2013 - 3 B 12.1754 -, juris Rn. 15; LG Dessau-Roßlau, Urt. v. 20. September 2012 - 1 S 116/12 -, FamRZ 2013, 1151, juris Rn. 3). § 17a Abs. 5 GVG steht in engem Zusammenhang mit den vorhergehenden Absätzen der Vorschrift, die für die Rechtswegfrage eine für alle Gerichtszweige und Instanzen bindende, beschwerdefähige Vorabentscheidung vorsehen. Die Rechtswegzuständigkeit soll zu einem möglichst frühen Zeitpunkt des Verfahrens in erster Instanz abschließend geklärt werden. Eine Überprüfung im Beschwerdeverfahren ist vorgesehen (§ 17a Abs. 4 Satz 3 GVG). Die Möglichkeit, die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges auch im Fall einer Bejahung durch das Gericht erster Instanz durch das Rechtsmittelgericht prüfen zu lassen, würde aufgrund eines Verfahrensfehlers des Gerichts abgeschnitten, wenn dem Rechtsmittelgericht auch in den Fällen eine Prüfung des Rechtswegs versagt ist, in denen das Gericht erster Instanz gegen entscheidende Verfahrensgrundsätze des § 17a GVG verstoßen hat (BVerwG, Beschl. v. 28. Januar 1994 - 7 B 198/93 -, DVBl. 1994, 762, juris Rn. 5; BayVGH, Beschl. v. 1. Februar 2013, a. a. O.; BGH, Urt. v. 25. Februar 1993 - III ZR 9/92 -, BGHZ 121, 367, juris Rn. 21; BFH, Beschl. v. 24. Juni 2014 - X B 216/13 - BFH/NV 2014, 1888 -, juris Rn. 9). Eine Rechtswegkontrolle durch die übergeordnete

Instanz unterliegt bei ordnungsgemäßem Verfahren der Disposition der Beteiligten, denen es freisteht, die Entscheidung in erster Instanz zu akzeptieren oder sie mit der Beschwerde anzugreifen. Diese Kontrolle wird nur auf eine ausdrückliche Rüge hin eröffnet (BVerwG, Beschl. v. 28. Januar 1994, a. a. O.).

- 20 Hier hat der Beklagte in seiner Klageerwiderung (AS 37) vorgetragen, dass seine Entscheidung im Rahmen des privatrechtlich ausgestalteten Benutzungsverhältnisses getroffen worden sei und keinen Bescheid darstelle. Zwar hat er damit die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs nicht explizit gerügt. Er hat sie mit seinem Vortrag aber inhaltlich beanstandet. Dies ist ausreichend.
- 21 Eine Rüge liegt vor, wenn die Zulässigkeit des Rechtswegs ausdrücklich bestritten wird. Dabei muss der Begriff der Rüge nicht verwendet werden. Die Äußerung bloßer Zweifel reicht allerdings nicht. Gegebenenfalls muss das Verwaltungsgericht ermitteln, was gemeint ist (Ehlers, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 41 VwGO - § 17a GVG, Rn. 25; Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 17a GVG Rn. 25; BayVGH, Urt. v. 13. September 2006 - 12 BV 06.808 -, juris Rn. 27).
- 22 Der Vortrag des Beklagten, hier sei das privatrechtlich ausgestaltete Benutzungsverhältnis betroffen und die Ablehnung des Beklagten sei nicht mit Widerspruch und Anfechtungsklage angreifbar, geht über bloße Zweifel an dem von der Klägerin gewählten Rechtsweg hinaus. Mit seinem Vortrag bringt der Beklagte zum Ausdruck, dass er die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts nicht für gegeben hält. Diese konkludente Zuständigkeitsrüge ist ausreichend (zur konkludenten Zuständigkeitsrüge s. auch OLG Hamm, Beschl. v. 20. Februar 2006 - 18 U 40/05 -, juris Rn. 19). Wenn das Verwaltungsgericht dem Vortrag nicht hinreichend deutlich entnehmen konnte, was die Klägerin meint, hätte es dies aufklären müssen, zumal ihm die Einwände der Klägerin aus dem Parallelverfahren bekannt waren. Das Verwaltungsgericht hätte vorab über die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs entscheiden müssen.
- 23 Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt nicht vor.

- 24 Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen worden sind. Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Öffentlich-rechtlich sind Streitigkeiten, wenn sie sich als Folge eines Sachverhalts darstellen, der nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist (Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl., § 40 Rn. 6).
- 25 Die von der Klägerin begehrte „Befreiung vom Grundpreis“ betrifft Einzelheiten des zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses und nicht den öffentlich-rechtlichen Anschluss- und Benutzungszwang.
- 26 Nach den vorliegenden Unterlagen ist das Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten - worauf auch der Beklagte hinweist - zweistufig ausgestaltet. Der Anschluss an die öffentliche Abwasserentsorgungsanlage und ihre Benutzung ist öffentlich-rechtlich durch eine Satzung (Entwässerungssatzung - EntwS -) geregelt. Diese regelt neben dem Anschluss- und Benutzungszwang auch die diesbezügliche Befreiung. Nach § 5 Nr. 3 EntwS kann der Grundstückseigentümer vom Anschluss- und Benutzungszwang ganz oder teilweise befreit werden, wenn der Anschluss des Grundstücks an die öffentliche Abwasserentsorgungsanlage für ihn auch unter Berücksichtigung der Erfordernisse des Gemeinwohls unzumutbar ist. Bei der von der Klägerin begehrten Befreiung vom Grundpreis geht es aber nicht um die vollständige oder teilweise Befreiung vom Anschluss- und Benutzungszwang, sondern um die Reduzierung des vertraglich geschuldeten Entgelts in der Form, dass einzelne Wohneinheiten nicht berechnet werden. Dies betrifft Einzelheiten des Entsorgungsvertrages.
- 27 Das Benutzungsverhältnis selbst ist zivilrechtlich ausgestaltet. Nach dem vorgelegten Abwasserpreisblatt (AS 13 ff.) liegen der „Mengenpreis“ bei 2,05 €/m<sup>3</sup> (Ziffer I.1.1) und der „Grundpreis“ pro Wohnungseinheit bei 5,11 €/Monat (Ziffer I.1.2). Gebührenbescheide werden nicht erlassen. Zwar hat der Prozessbevollmächtigte der Klägerin in seinen Schreiben vom 16. Mai 2007 und 8. Juni 2007 auf „§ 7 der Satzung“ abgestellt, was vom Verwaltungsgericht als ein Antrag auf Teilbefreiung vom Benutzungszwang angesehen worden ist. Durch diese Bezugnahme erhält ein

privatrechtliches Rechtsverhältnis aber keine öffentlich-rechtliche Natur. Gleiches gilt im Hinblick darauf, dass die Klägerin die Schreiben des Beklagten vom 16. Januar 2007 (Beiakte, S. 10) und 13. Juni 2007 (Beiakte, S. 37) in ihrer Klage als Bescheide bezeichnet. Dass der Beklagte in dem Schreiben vom 13. Juni 2007 ausführt, der Verband habe bisher „aus Kulanz und entgegen den Regelungen der Satzung eine Teilbefreiung vom Anschlusszwang für leerstehende Wohneinheiten“ erteilt, ist sprachlich ungenau und begründet ebenfalls keine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

- 28 Die Beschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 17a Abs. 4 Satz 5 GVG nicht erfüllt sind.

gez.:  
Künzler

Düvelshaupt

Döpelheuer

*Ausgefertigt:  
Bautzen, den  
Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*

*Janetz  
Urundsbeamtin der Geschäftsstelle*