

Az.: 5 A 241/16  
2 K 922/13

beglaubigte  
Abschrift



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Im Namen des Volkes

## Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Kläger -  
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Stadt Wittichenau,  
vertreten durch den Bürgermeister  
Markt 1, 02997 Wittichenau

- Beklagte -  
- Berufungsbeklagte -

prozessbevollmächtigt:

wegen

Abwassergebühren 2011  
hier: Berufung

hat der 5. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Raden, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Tischer und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Groschupp aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. März 2017

am 23. März 2017

### **für Recht erkannt:**

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. Dezember 2014 - 2 K 922/13 - wird geändert.

Der Bescheid der Beklagten vom 7. Februar 2012 und deren Widerspruchsbescheid vom 11. Juni 2013 werden aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

- 1 Der Kläger wendet sich mit seiner vom Senat zugelassenen Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. Dezember 2014, mit dem seine Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 7. Februar 2012 über die Festsetzung von Abwassergebühren für die Nutzung der Teilortskanalisation (TOK) im Abrechnungszeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 abgewiesen wurde.
- 2 Der Kläger ist Eigentümer des im Grundbuch von D....., Blatt B1, laufende Grundstücksnummer G1, Flurstück F1., eingetragenen Grundstücks mit der postalischen Anschrift D..... 3 im Ortsteil D..... der Beklagten.
- 3 Im Veranlagungsjahr 2011 betrieb die Beklagte in ihrem Hoheitsgebiet insgesamt vier öffentliche Einrichtungen der Abwasserbeseitigung mit Anschluss- und Benutzungszwang, darunter die anlagenbezogene öffentliche Einrichtung „Ableitung des Überlaufwassers aus Kleinkläranlagen und abflusslosen Gruben“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 der Satzung der Beklagten über die Abwasserbeseitigung und den Anschluss an die öffentliche Abwasserbeseitigung vom 24. März 2010 - AbwBesS -).

- 4 Das auf dem Grundstück des Klägers anfallende Schmutzwasser wurde im Veranlagungsjahr 2011 in einer auf dem Grundstück befindlichen Grundstücksentwässerungsanlage (mechanische Kleinkläranlage) gereinigt. Das Überlaufwasser wurde von dem Grundstück in den verrohrten Teil eines Grabens eingeleitet, der in den V....., einem Gewässer zweiter Ordnung, mündet.
- 5 Mit Bescheid vom 7. Februar 2012 zog die Beklagte den Kläger für den Zeitraum vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2011 zu Abwassergebühren in Höhe von 145,27 € für die Nutzung der Teilortskanalisation heran. Sie legte dem Bescheid ihre Abwassergebührensatzung für die Ableitung der Überläufe von privaten Kleinkläranlagen in Teilortskanalisationen im dezentralen Entsorgungsgebiet vom 23. Juni 2010 - AbwGS - zugrunde.
- 6 Gegen den Bescheid vom 7. Februar 2012 erhob der Kläger am 6. März 2012 Widerspruch, den er im Wesentlichen damit begründete, dass die Erhebung von Gebühren für die Benutzung der verrohrten Gräben rechtswidrig sei. Die nunmehr verrohrten Straßengräben hätten seit jeher die Funktion gehabt, landwirtschaftliche Flächen zu entwässern.
- 7 Mit Bescheid vom 11. Juni 2013 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers im Wesentlichen mit der Begründung zurück, dass das Landratsamt Bautzen als untere Wasserbehörde die verrohrten Gräben in D..... als der Teilortskanalisation zugehörig ansehen würde. Der das Überlaufwasser von mehreren D.....er Grundstücken sammelnde Kanal, in den auch der Kläger das auf seinem Grundstück anfallende Überlaufwasser einleite, leite das aufgenommene Überlaufwasser in ein Gewässer ein. Dieser Kanal erfülle damit die Kriterien, die im Erlass des Sächsischen Ministeriums für Umwelt und Landwirtschaft (SMUL) vom 9. April 2008 zum „Umgang mit sogenannten Bürgermeisterkanälen bzw. Teilortskanalisationen als Element der Abwassersammlung und -ableitung“ für das Vorliegen einer Teilortskanalisation festgelegt worden seien. Der das Überlaufwasser der Grundstücksentwässerungsanlage des klägerischen Grundstücks aufnehmende Kanal sei damit eine öffentliche Abwasserbeseitigungseinrichtung und als solcher Bestandteil der in § 1 Abs. 1 Nr. 3 AbwBesS vom 29. März 2010 definierten Einrichtung „Ableitung des Überlaufwassers aus Kleinkläranlagen in öffentliche Anlagen“.

- 8 Am 12. Juli 2013 hat der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht Dresden erhoben. Zur Begründung trug er unter Vertiefung seines Vorbringens aus dem Verwaltungsverfahren im Wesentlichen vor: Die im Ortsteil D..... der Beklagten vorhandenen Straßengräben entsprächen auch im verrohrten Zustand nicht den Kriterien des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft im Erlass vom 9. April 2008. Es handle sich bei diesen verrohrten Straßengräben um Gewässer, weil sie in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden seien und eine Verbindung zur Ökologie aufwiesen. Sowohl das Sächsische Oberbergamt als auch die Abteilung Wasserschutz des Landratsamtes Bautzen hätten diese Auffassung bestätigt. Damit sei das Grundstück des Klägers nicht an die leitungsgebundene öffentliche Einrichtung der Beklagten angeschlossen.
- 9 Mit Urteil vom 18. Dezember 2014 wies das Verwaltungsgericht Dresden die Klage des Klägers als unbegründet ab. Der Kanal, in den der Kläger das auf seinem Grundstück anfallende Überlaufwasser einleite, gehöre zur öffentlichen Einrichtung der Beklagten nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 AbwBesS. Bei ihm handle es sich um eine Teilortskanalisation im Sinne des Erlasses des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft vom 2. September 2003 und der hierzu ergangenen Ergänzung vom 9. April 2008. Der Kanal werde von der Beklagten für die Entsorgung des Abwassers von den an ihm anliegenden Grundstücken verwendet. Dies ergebe sich aus dem Abwasserbeseitigungskonzept der Beklagten. Bei dem Kanal handle es sich auch um einen öffentlichen Kanal. So werde das Abwasser von mehr als einem Grundstück über den Kanal entsorgt. Hier würden zudem die Lage und Anzahl der angeschlossenen Grundstücke darauf hinweisen, dass der Anschluss auch planmäßig erfolgt sei. Auch die Verrohrung spreche hierfür, weil durch diese u. a. Geruchsbelästigungen eingedämmt würden. Der Anschluss stehe jedem anliegenden Grundstück frei. Über den Kanal werde - zum Teil - auch die Straßenentwässerung vorgenommen. Der Kanal verlaufe auch über öffentliche Grundstücke. Die Beklagte als Trägerin der Abwasserbeseitigungspflicht verfüge über die Sachherrschaft an dem Kanal. Selbst wenn sie sich dieser Sachherrschaft in rechtswidriger Weise bedient hätte, wofür hier keine Anhaltspunkte ersichtlich seien, wäre eine - auch konkludente - Widmung des Kanals als Bestandteil der öffentlichen Einrichtung nicht nichtig. Die Beklagte zeichne sich auch verantwortlich für die - bauliche - Unterhaltung des Kanals und habe auch schon Reparaturen und Reinigungen vorgenommen.

- 10 Es könne dahinstehen, ob es sich bereits bei den - teilweise verrohrten - Straßengräben um Gewässer zweiter Ordnung handele, denn dies schließe ihre Zugehörigkeit zur öffentlichen Einrichtung nicht aus. Vielmehr könnten auch Gewässer Teil der Einrichtung sein und deren Aufgabenerfüllung dienen. Im Übrigen ließen die Einlassungen des Oberbergamtes sowie der Wasserbehörde, auf die sich der Kläger beziehe, keine Aussage darüber treffen, in wieweit die Straßengräben zur öffentlichen Einrichtung der Beklagten gehörten. Beide Behörden seien rechtlich nicht in der Lage, den Umfang einer öffentlichen Einrichtung zu definieren.
- 11 Mit Beschluss vom 11. April 2016 hat der erkennende Senat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. Dezember 2014 wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen. Rechtliche Bedenken bestünden an der Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass die mögliche Zugehörigkeit der verrohrten Straßengräben zur öffentlichen Einrichtung nicht dadurch ausgeschlossen sei, dass es sich bei ihnen um Gewässer zweiter Ordnung handle. Zumindest die Rechtsstellungen als Gewässer- und als Kanalbenutzer und damit als Direkt- und ggf. Indirekteinleiter dürften sich ausschließen. Es spreche auch einiges dafür, dass der Wasserlauf selbst nur einem Regime, entweder dem wasserwirtschaftlichen oder dem kommunalen, unterfallen und deshalb entweder nur Vorfluter oder nur Kanal sein könne. Bei dem Kanal, in den das veranlagte Grundstück des Klägers einleite, sei zwar fraglich, ob es trotz der Verrohrung noch in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden gewesen sei. Dies könne jedoch bei dem hier betroffenen linksseitigen - westlichen - Kanal wegen der Schreiben des Oberbergamts vom 1. Dezember 2010 und des Umweltamts des Landratsamts Bautzen vom 14. Dezember 2010 nicht ausgeschlossen werden.
- 12 Zur Begründung seiner Berufung trägt der Kläger im Wesentlichen vor: Das Verwaltungsgericht habe den Status des streitgegenständlichen Grabens verkannt, weil die Bestimmungen über Gewässer keine Anwendung auf Straßenentwässerungsgräben (§ 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 SächsWG a. F.) fänden, da diese Gräben zum Straßenkörper gehörten. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts handle es sich bei dem verrohrten Graben gemäß dem Erlass des SMUL vom 9. April 2008 um ein Gewässer, das nicht Teil der Teilortskanalisation der Beklagten sein könne. Auch habe das Landratsamt Bautzen unter dem 6. Mai 2013 festgestellt, dass es sich bei den

verrohrten Gräben in D..... zweifelsfrei um Straßengräben handeln würde. Das Oberbergamt habe ebenfalls den verrohrten Graben als Gewässer eingestuft.

13 Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. Dezember 2014 - 2 K 922/13 - zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 7. Februar 2012 sowie deren Widerspruchsbescheid vom 11. Juni 2013 aufzuheben.

14 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

15 Dem Senat liegen die zur Sache gehörenden Akten der Beklagten (1 Heftung) vor. Auf sie sowie auf die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze im Zulassungsverfahren (5 A 99/15) und im Berufungsverfahren (5 A 241/16) wird ergänzend Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

16 Die zulässige Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht Dresden hat zu Unrecht die Klage abgewiesen. Diese ist zulässig und begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 7. Februar 2012 und deren Widerspruchsbescheid vom 11. Juni 2013 sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

17 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts leitet der Kläger das auf seinem Grundstück anfallende Überlaufwasser aus seiner Kleinkläranlage nicht in die öffentliche Einrichtung „Ableitung des Überlaufwassers aus Kleinkläranlagen in öffentliche Anlagen“ ein. Der vor seinem Grundstück liegende verrohrte Graben, in den das Überlaufwasser eingeleitet wird, ist ein Gewässer und als solches nicht Teil der öffentlichen Abwasserbeseitigungseinrichtung der Beklagten.

18 Nach § 3 Nr. 1 WHG ist ein oberirdisches Gewässer das ständig oder zeitweilig in Betten fließende oder stehende oder aus Quellen wild abfließende Wasser. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 27. Januar 2011 - 7 C 3.10 - unter Aufgabe seiner Rechtsprechung im Urteil vom 31. Oktober 1975 - 4 C

43.73 -, BVerwGE 49, 298) ist für ein oberirdisches Gewässer die nicht nur gelegentliche Wasseransammlung in einem Gewässerbett kennzeichnend. Dabei meint der Begriff des Gewässerbettes eine äußerlich erkennbare natürliche oder künstliche Begrenzung des Wassers in einer Eintiefung an der Erdoberfläche. Befindet sich das Wasser an einem solchen Ort, ist es in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden und hat Anteil an den Gewässerfunktionen. In dieser Eigenschaft soll es der wasserrechtlichen Benutzungsordnung unterliegen und nach Menge und Güte durch deren Instrumentarium gesteuert werden. Allerdings ist das Vorliegen eines Gewässerbettes als Ansatzpunkt des wasserrechtlichen Regelungsprogramms nicht in dem Sinne zwingende Voraussetzung der Einordnung als oberirdisches Gewässer, dass jegliche Unterbrechung im oberirdischen Wasserlauf durch unterirdische Teilstrecken - etwa in Felsdurchlässen oder -höhlungen, in Rohren, Tunneln oder Dükern - zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führt (BVerwG, Urt. v. 27. Januar 2011 - 7 C 3.10 -, juris Rn. 17, m. w. N.). Diese Erkenntnis folgt aus dem am Regelungszweck des Wasserrechts orientierten Gebot, eine Wasserführung erst dann aus dem wasserrechtlichen Regelungsregime zu entlassen, wenn mit dem Wegfall des Gewässerbettes eine Absonderung vom natürlichen Wasserhaushalt einhergeht (BVerwG, Urt. v. 27. Januar 2011, a. a. O., Rn. 18).

- 19 Der Maßstab für den Verlust der Gewässereigenschaft ist letztlich die Absonderung vom natürlichen Gewässerhaushalt, die sich insbesondere in der Beeinträchtigung der Gewässerfunktion zeigt. Ob diese bei einer Unterbrechung der offenen Wasserführung von einem solchen Gewicht ist, dass der Zusammenhang mit dem Wasserhaushalt gelöst erscheint, muss sich daran messen lassen, ob das Wasser weiterhin in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden ist. Hierfür ist unbeachtlich, ob das Gewässer vor und nach der unterirdischen Wasserführung rechtlich identisch ist. Vielmehr kann die Einbindung in den natürlichen Wasserkreislauf bei einer funktionsbezogenen, an den tatsächlichen Gegebenheiten orientierten Betrachtungsweise auch dann zu bejahen sein, wenn die unterirdische Wasserführung das Wasser von einem Gewässer in das nächste überleitet. Demgegenüber endet die Gewässereigenschaft, wenn der Wasserlauf vollständig in eine Abwasseranlage einbezogen wird (BVerwG, Urt. v. 27. Januar 2011, a. a. O. Rn. 20, m. w. N.).

- 20 Von diesen Maßstäben ausgehend, ist der Graben, der im Anschluss an die Trasse der ehemaligen .....bahn beginnt und östlich des Feldweges bis zur ....straße geführt wird, als ein Gewässer einzuordnen. Er führte im Zeitpunkt der gerichtlichen Einnahme des Augenscheins Wasser, das in nordwestlicher Richtung abfloss. Der Graben nimmt erkennbar das von den östlich des Feldweges gelegenen und leicht ansteigenden Grundstücken abfließende Niederschlags- und Grundwasser auf. Denn er befindet sich auf seiner gesamten Länge bis zum Beginn seiner Verrohrung in einer talartigen Geländeeintiefung. Damit ist der Graben in den natürlichen Wasserkreislauf eingebunden, nimmt Anteil an den Gewässerfunktionen und ist auch nicht vom Anwendungsbereich des Wasserhaushaltsgesetzes und des Sächsischen Wassergesetzes ausgenommen, weil er nicht nur ein einziges Grundstück entwässert und auch nicht nur als Bestandteil des Feldweges, neben dem er verläuft, ein bloßer Straßenentwässerungsgraben ist (vgl. § 1a Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 SächsWG i. d. F bis 7. August 2013 bzw. ab 8. August 2013 § 1 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 SächsWG n. F.).
- 21 Der Graben verliert seine Eigenschaft als oberirdisches Gewässer nicht im Bereich des hier verrohrten Teils. Die Länge des verrohrten Teils beträgt maximal ein Viertel der Gesamtlänge des Grabens bis zu seiner Einmündung in den V..... Er nimmt sowohl vor als auch nach seiner Verrohrung das durch Niederschläge wild abfließende Wasser von den im Außenbereich liegenden Grundstücken auf. Die Verrohrung entzieht somit den Graben nicht dem natürlichen Wasserkreislauf. Sie hat vielmehr Anteil daran, den Graben in den V..... als dem nächsten Graben überzuleiten.
- 22 Der Umstand, dass in dem verrohrten Teil Überlaufwasser aus privaten Kläranlagen eingeleitet wird, führt nicht zu einer Einbeziehung des Grabens in eine Abwasseranlage. In den Graben wird das auf neun Grundstücken anfallende Überlaufwasser eingeleitet. Damit verliert der Graben nicht seine Eigenschaft als Gewässer, weil im Hinblick auf die begrenzten Mengen an Überlaufwasser nicht die Rede davon sein kann, dass der Graben in eine Abwasseranlage einbezogen wird. Vielmehr wird das Überlaufwasser in den Graben in seiner Funktion als Vorfluter eingeleitet.
- 23 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts kann ein Gewässer nicht zugleich Teil einer Abwasserbeseitigungsanlage sein. Der Graben, dem aus den oben genannten

Gründen die Gewässereigenschaft zukommt, kann nicht neben seiner „Gewässerfunktion“ als weitere Funktion die „Entwässerungsfunktion“ (Zwei-Naturen-Theorie oder Zwei-Funktionen-Theorie) erfüllen. Beide Funktionen schließen sich gegenseitig aus.

- 24 Die Rechtsprechung (PrOVG, Urt. v. 19. Juni 1934, OVGE 94,39, 42; OVG Lüneburg, Urt. v. 28. April 1954, OVGE 8, 385) nahm früher an, dass Wasserläufe durch faktische Einbeziehung in die Ortskanalisation zumindest bei entsprechender Deklaration zur Entwässerungsanlage durch eine gemeindliche Satzung auch rechtlich zum Bestandteil der Ortskanalisation und damit der öffentlichen Abwasserbeseitigungseinrichtung geworden seien. Behielt der Wasserlauf neben seiner Kanalisationsfunktion die Vorfluterfunktion, dominierte früher die sog. Zwei-Naturen-Theorie, wonach sowohl ein Gewässer als auch eine Kanalisation vorliegen und das Wasserwirtschaftsrecht neben dem kommunalen Anstalts- und Abgabenrecht anwendbar sein sollte.
- 25 Das OVG Münster verwarf mit Urteil vom 27. November 1972 die Zwei-Naturen-Theorie. Zur Begründung führte das OVG aus: Ein Gewässer könne nur entweder seinen wasserrechtlichen Status behalten oder zur ausschließlichen Abwasseranlage werden. Wegen der höherrangigen Bestimmungen des Wasserrechts könnten - vorbehaltlich der in Spezialgesetzen (z. B. Emschergenossenschaftsgesetz, siehe dazu PrOVG, Urt. v. 19. Juni 1934, a. a. O.) einigen wasserrechtlichen Verbänden eingeräumten besonderen Rechte - oberirdische Gewässer nicht unter Beibehaltung dieser ihrer Eigenschaft zugleich Bestandteil der gemeindlichen Kanalisationsanlage sein und damit der Satzungs- und Verfügungsgewalt der Gemeinde unterliegen. Ferner könne ein oberirdisches Gewässer nur dann seine Eigenschaft als solches verlieren und zu einem Bestandteil der Ortskanalisation werden, wenn es durch ein förmliches Planfeststellungsverfahren nach § 31 WHG a. F. beseitigt worden sei. Die bloße faktische Einbeziehung eines Wasserlaufs in die Ortskanalisation sei ebenso wie die Deklaration zur Abwasseranlage allein durch eine gemeindliche Satzung wegen des Verstoßes gegen das höherrangige Wasserrecht unwirksam.
- 26 Das Bundesverwaltungsgericht (Urt. v. 31. Oktober 1975, BVerwGE 49, 301, 304f.) ist dieser Auffassung des OVG Münster entgegengetreten. Die Frage, ob ein Gewässer „Bestandteil einer Abwasseranlage“ sein könne, stelle sich für das

Wasserhaushaltsrecht des Bundes nicht. Nach ihm sei vielmehr allein zu entscheiden, ob ein oberirdisches Gewässer für Zwecke einer Abwasseranlage in Anspruch genommen werden dürfe. Es gehe nicht um die Einbeziehung eines oberirdischen Gewässers in eine Abwasseranlage oder um seine Beurteilung unter einem doppelten rechtlichen Ansatz, sondern allein um die Frage, ob und unter welchen bundesrechtlichen Voraussetzungen ein dem Wasserrecht unterliegendes Gewässer von einer solchen Anlage regelmäßig in Anspruch genommen werden könne. Die Einleitung von Abwässern in oberirdische Gewässer sei nicht schlechthin unzulässig. Sie setze aber in formeller Hinsicht die Durchführung eines Verfahrens nach § 2 oder § 31 WHG a. F. und in materieller Hinsicht eine positive Sachentscheidung nach den Maßstäben der §§ 6 und 26 WHG a. F. voraus.

- 27 Das Bundesverwaltungsgericht hat in zwei Beschlüssen vom 28. April 2008 (7 B 16.08 und 7 B 18.08, jeweils juris Rn. 6/7) ausgeführt, dass das WHG a. F. es nicht ausschließe, dass ein Gewässer Bestandteil einer gemeindlichen Entwässerungsanlage sei. Nach Bundesrecht würden sich nur die Fragen beantworten, ob ein von § 1 WHG erfasstes oberirdisches Gewässer für Zwecke einer Abwasseranlage i. S. d. § 2 WHG benutzt oder i. S. d. § 31 WHG ausgebaut werden dürfe. Werde ein oberirdisches Gewässer rechtmäßig von einer Abwasseranlage in Anspruch genommen, schließe es Bundesrecht nicht aus, dass das Gewässer gleichzeitig Teil dieser Anlage sei. Wörtlich heißt es in dem Beschluss 7 B 16.08 (Rn. 6,7):

„Das Wasserhaushaltsgesetz schließt es nicht aus, dass ein Gewässer Bestandteil einer gemeindlichen Entwässerungsanlage ist. Nach Bundesrecht beantworten sich nur die Fragen, ob ein von § 1 WHG erfasstes oberirdisches Gewässer für Zwecke einer Abwasseranlage i.S.d. § 2 WHG "benutzt" oder i.S.d. § 31 WHG "ausgebaut" werden darf. Dies setzt formellrechtlich die Durchführung der nach den §§ 2 und 31 WHG vorgeschriebenen Verfahren voraus. Materiell-rechtlich ist die Einleitung von (ungereinigten) Abwässern in ein unter § 1 WHG fallendes Gewässer nicht schlechterdings ausgeschlossen (vgl. Urteil vom 31. Oktober 1975 - BVerwG 4 C 8 - 11.74 - BVerwGE 49, 301 = Buchholz 445.4 § 2 WHG Nr. 2). Vielmehr kann die Einleitung von Niederschlagswasser, um das es hier geht, im Einzelfall erlaubnisfähig sein.

Wird danach ein oberirdisches Gewässer rechtmäßig von einer Abwasseranlage in Anspruch genommen, schließt es Bundesrecht nicht aus, dass das Gewässer gleichzeitig Teil dieser Anlage ist. Folglich ist es eine Frage des Einzelfalls, ob ein oberirdisches Gewässer zugleich Teil einer Abwasseranlage, die der Ableitung von Niederschlagswasser dient, sein kann.“

- 28 Das Oberverwaltungsgericht Münster (Beschl. v. 6. Juli 2012 - 9 A 980/11 -, juris Rn. 5/6) vertritt unter Bezugnahme auf den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. April 2008 - 7 B 16.08 - ohne weitere Begründung die Auffassung, dass ein Gewässer zugleich als Teil einer öffentlichen Abwasseranlage gewidmet sein kann. Wörtlich hat das Oberverwaltungsgericht ausgeführt (Rn. 5):

„Die Zuordnung der sog. Abwasserläufe, in die der Kläger das Oberflächenwasser ableitet, zur städtischen Abwasseranlage ist keinen durchgreifenden Bedenken ausgesetzt. Ein Gewässer i.S.d. Landeswassergesetzes NRW und des Wasserhaushaltsgesetzes kann zugleich Bestandteil der städtischen Abwasseranlage sein (sog. Zwei-Naturen- oder Zwei-Funktionen-Theorie).“

- 29 Das Oberverwaltungsgericht Schleswig hat in seinem Urteil vom 4. September 2014 (4 KN 1/13, juris Rn. 36, 37) ausgeführt:

„Der Senat merkt in diesem Zusammenhang noch an, dass er es für zweifelhaft hält, ob der Satzungsgeber ein Gewässer zweiter Ordnung vor dessen förmlicher Entwidmung überhaupt zulässigerweise durch eine Satzungsregelung in die öffentliche Einrichtung einbeziehen könnte.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang nur ausgesprochen, dass das Bundesrecht eine vor dem Zeitpunkt der Endwidmung bestehende Eigenschaft als Gewässer die Zuordnung zur öffentlichen Einrichtung nicht grundsätzlich hindert (BVerwG, Beschl. v. 28.04.2008 - 7 B 16.08 -, Juris). Ob ein Gewässer in diesem Sinne zwei Naturen haben kann, das heißt zugleich Bestandteil einer öffentlichen Einrichtung und ein dem Regime des Wasserrechts unterworfenen Gewässer sein kann, hält der Senat landesrechtlich für zweifelhaft. Der Landesgesetzgeber hat im Kommunalabgabengesetz zwischen Benutzungsgebühren in § 6 KAG und den Kosten für die Unterhaltung von Gewässern in § 7 KAG unterschieden. Dies spricht dafür, dass Gewässerunterhaltungskosten nicht in die Benutzungsgebühr für eine öffentliche Einrichtung im Sinne von § 6 KAG einbezogen werden dürfen. Des weiteren obliegt nach Landesrecht die Gewässerunterhaltung gemäß § 40 LWG bei Gewässern zweiter Ordnung den in § 40 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 genannten Personen, in erster Linie den Eigentümerinnen oder Eigentümern des Gewässers sowie den Anliegerinnen oder Anliegern. Die Anwendung der sogenannten Zwei-Naturen-Lehre würde erhebliche Kostenzuordnungsprobleme aufwerfen, zumal - anders als bei technischen Gemeinschaftsanlagen wie etwa bei der Straßenentwässerung - hier typischerweise unterschiedliche Unterhaltungslasten bestehen dürften.“

- 30 Der Senat schließt sich der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Schleswig an.

31 Die Unterhaltungslast für Gewässer zweiter Ordnung (§ 30 Abs. 1 Nr. 2 SächsWG) - bei dem hier Streitgegenständlichen Graben handelt es sich um ein solches Gewässer - ist in 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SächsWG geregelt. Danach obliegt für diese Gewässer die Unterhaltungslast den Gemeinden, soweit sie nicht den satzungsmäßigen Aufgaben eines Wasser- und Bodenverbandes im Sinne des Gesetzes über Wasser- und Bodenverbände (Wasserverbandsgesetz - WVG) vom 12. Februar 1991 (BGBl. I S. 405) in der jeweils geltenden Fassung, gehört. Die Unterhaltungslast weicht insoweit von den Regelungen in § 40 WHG ab. Dort heißt es:

„Die Unterhaltung oberirdischer Gewässer obliegt den Eigentümern der Gewässer, soweit sie nicht nach landesrechtlichen Vorschriften Aufgabe von Gebietskörperschaften, Wasser- und Bodenverbänden, gemeindlichen Zweckverbänden oder sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts ist. Ist der Gewässereigentümer Träger der Unterhaltungslast, sind die Anlieger sowie diejenigen Eigentümer von Grundstücken und Anlagen, die aus der Unterhaltung Vorteile haben oder die Unterhaltung erschweren, verpflichtet, sich an den Kosten der Unterhaltung zu beteiligen. Ist eine Körperschaft nach Satz 1 unterhaltungspflichtig, können die Länder bestimmen, inwieweit die Gewässereigentümer, die in Satz 2 genannten Personen, andere Personen, die aus der Unterhaltung Vorteile haben, oder sonstige Eigentümer von Grundstücken im Einzugsgebiet verpflichtet sind, sich an den Kosten der Unterhaltung zu beteiligen.“

(2) Die Unterhaltungslast kann mit Zustimmung der zuständigen Behörde auf einen Dritten übertragen werden.

(3) Ist ein Hindernis für den Wasserabfluss oder für die Schifffahrt oder eine andere Beeinträchtigung, die Unterhaltungsmaßnahmen nach § 39 erforderlich macht, von einer anderen als der unterhaltungspflichtigen Person verursacht worden, so soll die zuständige Behörde die andere Person zur Beseitigung verpflichten. Hat die unterhaltungspflichtige Person das Hindernis oder die andere Beeinträchtigung beseitigt, so hat ihr die andere Person die Kosten zu erstatten, soweit die Arbeiten erforderlich waren und die Kosten angemessen sind.

(4) Erfüllt der Träger der Unterhaltungslast seine Verpflichtungen nicht, so sind die erforderlichen Unterhaltungsarbeiten auf seine Kosten durch das Land oder, sofern das Landesrecht dies bestimmt, durch eine andere öffentlich-rechtliche Körperschaft im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 durchzuführen. Satz 1 gilt nicht, soweit eine öffentlich-rechtliche Körperschaft Träger der Unterhaltungslast ist.“

32 Die den Eigentümern der Gewässer obliegende Unterhaltungspflicht ist durch § 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SächsWG auf die Gemeinden übertragen worden. Dazu war

Sachsen durch § 40 Abs. 1 Satz 1 WHG ermächtigt. Dies bedeutet, dass die Gemeinden auch die Kosten für die Unterhaltungsmaßnahmen tragen.

- 33 Nach § 33 Abs. 3 SächsWG kann die zuständige Wasserbehörde auf Antrag oder von Amts wegen die Unterhaltungslast ganz oder teilweise auf die in § 40 Abs. 1 WHG genannten Beteiligten übertragen, wenn und soweit die Unterhaltung deren Interessen dient oder der Aufwand für die Unterhaltung durch die Beteiligten verursacht wird.
- 34 Ist Trägerin der Unterhaltungslast die Gemeinde, kann diese gemäß § 37 SächsWG durch Satzung bestimmen, dass Anlieger, Hinterlieger, Eigentümer und Besitzer von Grundstücken, Inhaber von Wasserbenutzungsrechten und von wasserwirtschaftlichen Anlagen, denen durch die Unterhaltung des Gewässers und der Ufer ein Vorteil entsteht, für den der Gemeinde entstehenden Unterhaltungsaufwand nach dem Verhältnis des Vorteils eine Gewässerunterhaltungsabgabe zu leisten haben.
- 35 Bei dieser Rechtslage stellt sich das Problem der Kostenzuordnung. Soweit es sich um Maßnahmen der Gewässerunterhaltung handelt, dürfen diese nicht als gebührenfähiger Aufwand in die Gebührenkalkulation und damit in die Abwassergebühr eingestellt werden. Die Abgrenzung zwischen Gewässerunterhaltungsmaßnahmen und die Abwasserbeseitigungseinrichtung betreffenden Unterhaltungsmaßnahmen ist problembehaftet. So würde sich bei der Anwendung der Zwei-Naturen-Theorie bei Pflegemaßnahmen an einem offenen Graben z. B. - Mähen, Beseitigung der Verkräutung, Beseitigung von Schlamm - immer die Frage stellen, in welchem Umfang diese Kosten durch die beiden Funktionen des Gewässers als Teil der öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlage veranlasst sind. Zudem bliebe der abwassergebührenpflichtige Indirekt-einleiter daneben auch Direkteinleiter in ein Gewässer und als solcher kosten- bzw. abgabepflichtig (vgl. § 76 Abs. 1, § 92 Abs. 3 SächsWG i. d. F. bis 7. August 2013 bzw. ab 8. August 2013 § 27 Abs. 3, § 37 Abs. 1 SächsWG n. F.). Diesen Schwierigkeiten ist durch die Ablehnung der Zwei-Naturen-Theorie zu begegnen.
- 36 Dieser Auffassung folgend hat der hier streitgegenständliche Graben lediglich die Funktion eines Gewässers. Mangels seiner Eigenschaft als Abwasserbeseitigungseinrichtung darf die Beklagte deshalb vom Kläger keine Abwassergebühren für die Einleitung des Überlaufwassers verlangen.

- 37 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 38 Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Sächsischen Obergerverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa über den elektronischen Rechtsverkehr, die elektronische Aktenführung, die elektronischen Register und das maschinelle Grundbuch in Sachsen (Sächsische E-Justizverordnung - SächsEJustizVO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. April 2014 (SächsGVBl. S. 291) in der jeweils geltenden Fassung einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Sächsischen E-Justizverordnung einzureichen.

In der Begründung der Beschwerde muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden. In Rechtstreitigkeiten aus dem Beamtenverhältnis und Disziplinarrecht kann auch die Abweichung des Urteils von einer Entscheidung eines anderen Obergerverwaltungsgerichts vorgetragen werden, wenn es auf diese Abweichung beruht, solange eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen.

In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis oder die Entstehung eines solchen Verhältnisses betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch

Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder vertretungsbefugt. Vertretungsbefugt sind auch juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Diese Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln.

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Ein Beteiligter, der zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

gez.:  
Raden

Tischer

Groschupp

### **Beschluss vom 23. März 2017**

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf

**145, 27 €**

festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 3 Satz 1, § 47 Abs. 1 GKG.
- 2 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
Raden

Tischer

Groschupp