

Dokumentation zu 5 A 1290/21

Gegenstand: Benutzungsgebührenrecht

Sachgebiet: 1121

erledigt: 30.11.2023

Entscheidung: Urteil Rev. n. zugel. (Zurückweisung)

Titel: Zur gebührenmindernden Berücksichtigung einer Wasserkonzessionsabgabe

Leitsatz: Bei der Gebührenkalkulation ist eine gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise hinsichtlich der bei einer Gemeinde als Trägerin der Wasserversorgungseinrichtung und Gebührengläubigerin in Zusammenhang mit der Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung anfallenden Ein- und Ausgaben geboten.

Die von einem Fremdleistungsunternehmen zur Abgeltung der Inanspruchnahme der öffentlichen Verkehrswege durch dessen Wasserversorgungsanlagen gezahlte Konzessionsabgabe steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der von einer Gemeinde wahrgenommenen Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung. Sie ist bei der Gebührenkalkulation als Einnahme der Gemeinde gebührenmindernd in Ansatz zu bringen.

Suchworte: EIGENBETRIEB, Einnahmebeschaffung, EREIGNISRICHTIGKEIT, FREMDLEISTUNG, GEBÜHR, GEBÜHRENSATZ, GESAMTBETRACHTUNG, KALKULATION, KONZESSIONSABGABE, KOSTENÜBERDECKUNG, WASSERVERSORGUNG, WASSERVERSORGUNGSSATZUNG, WERTVERZEHR, ZUSAMMENHANG

Normen: HessKAG § 10

5. Senat
5 A 1290/21

6 K 412/13.KS



HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

In dem Verwaltungsstreitverfahren

1. des Herrn I.
2. der Frau L.
beide wohnhaft: A.-straße

Kläger und Berufungsbeklagte,

bevollmächtigt: H., F.-straße

gegen

die R.
vertreten durch den Magistrat - Rechtsamt -,
U.-straße

Beklagte und Berufungsklägerin,

bevollmächtigt: B., O.-straße

wegen Benutzungsgebührenrecht

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 5. Senat - durch

Richterin am Hess. VGH ... als Vorsitzende,
Richterin am Hess. VGH ...,

Richterin am Hess. VGH ...,
ehrenamtliche Richterin ...,
ehrenamtlicher Richter ...,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 30. November 2023 für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27. März 2017 - 6 K 412/13.KS - wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der festzusetzenden Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger zuvor Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1. Die Kläger – Eheleute – sind Eigentümer eines Grundstücks im Gebiet der beklagten Stadt. Sie wenden sich gegen die Heranziehung zu Wassergebühren.
2. Bis zum 31. März 2012 wurde die Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung im Gebiet der Stadt Kassel und der Stadt Vellmar in privatrechtlicher Form zunächst durch die Städtische Werke AG und später durch die Städtische Werke Netz und Service GmbH (NSG) als Gesamtrechtsnachfolgerin durchgeführt, die auch über das Eigentum an den Versorgungsinfrastrukturanlagen verfügten. Für die Inanspruchnahme der öffentlichen Straßen und Verkehrswege durch die Versorgungsinfrastrukturanlagen wurde auf der Grundlage eines im Jahr 1996 geschlossenen Konzessionsvertrags an die Beklagte eine Konzessionsabgabe gezahlt. Von den Verbrauchern wurde das Entgelt auf privatrechtlicher Grundlage erhoben.
3. Mit Verfügung vom 10. April 2008 (IV 5 b - 78 k 20 / 01 - 538 - 11) beanstandete das Hessische Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung (Landeskartellbehörde) u.a. die von Haushalts- und Kleingewerbekunden erhobenen Arbeitspreise in Höhe von 2,00 Euro pro m³ als missbräuchlich überhöht und untersagte u.a., für die Lieferung von Trinkwasser zu allgemeinen Tarifpreisen einen höheren Betrag als 1,36 Euro pro m³ zu verlangen. Das sich hieran anschließende

Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main wurde durch Vergleich beendet.

4. Am 27. Februar 2012 beschloss die Stadtverordnetenversammlung der Beklagten die zum 1. April 2012 in Kraft getretene streitgegenständliche Wasserversorgungssatzung (WVS), nach der die Beklagte die Verpflichtung zur Wasserversorgung auf dem Gebiet der Städte Kassel und Vellmar übernimmt. Die darin festgesetzte verbrauchsabhängige Benutzungsgebühr für die Inanspruchnahme der Wasserversorgung beträgt 2,00 Euro pro m³ und entspricht damit der Höhe nach der zuvor geltenden Gebühr.
5. Die Beklagte lässt die Aufgabe der öffentlichen Wasserversorgung durch ihren Eigenbetrieb KASSELWASSER durchführen. Sie bedient sich – über ihren Eigenbetrieb – auch der Dienste der NSG. Nach dem Pacht- und Dienstleistungsvertrag zwischen der Stadt Kassel – Eigenbetrieb KASSELWASSER – und der NSG betreffend die Wasserversorgung in der Stadt Kassel und in der Stadt Vellmar (Anlage G 1) verpachtet die NSG als Eigentümerin die Versorgungsinfrastrukturanlagen an den Eigenbetrieb KASSELWASSER und erbringt weitere Dienstleistungen. Der Eigenbetrieb KASSELWASSER zahlt hierfür an die NSG ein Pacht- und Dienstleistungsentgelt. Dieses enthält u.a. den Betrag der Konzessionsabgabe in Höhe von durchschnittlich etwa 4.200.000 Euro im Jahr, die die NSG aufgrund des Konzessionsvertrags aus dem Jahr 1996 an die Beklagte zu entrichten hat.
6. Mit Bescheid vom 23. November 2012 zog die Beklagte die Kläger zu Wassergebühren für den Zeitraum vom 1. April 2012 bis zum 2. November 2012 in Höhe von insgesamt 281,29 Euro heran. Bei der Berechnung der Wassergebühr ging die Beklagte von einem Gebührensatz von 2,00 Euro pro m³ verbrauchten Wassers aus. Abzüglich einer bereits gezahlten Vorausleistung in Höhe von 203,00 Euro ergab sich ein zu zahlender Restbetrag in Höhe von 78,29 Euro. Die monatlichen Vorauszahlungsbeträge für die Monate Januar bis einschließlich November 2013 wurden auf 29,00 Euro festgelegt. Der Bescheid enthielt den Zusatz, dass dieser bis zur Erteilung eines neuen Bescheides gelte und Zahlungen weiterhin monatlich zu leisten seien.

7.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren haben die Kläger mit am 11. April 2013 beim Verwaltungsgericht eingegangenen Schreiben Klage erhoben.

8. Zur Begründung haben sie im Wesentlichen vorgetragen, der Bescheid sei bereits formell rechtswidrig, weil der Magistrat der Beklagten sachlich unzuständig gewesen sei. Vielmehr habe der Eigenbetrieb den Bescheid erlassen müssen. Die Kosten für die Konzessionsabgabe, die Wagnisvergütung für die NSG und den Brandschutz seien nach dem Hessischen Kommunalabgabengesetz (HessKAG) nicht gebührenfähig. Zudem rechne die Beklagte mit einem kalkulatorischen Zinssatz in Höhe von 6,5 %, der aufgrund des niedrigen Zinsniveaus unangemessen hoch sei. Das Kartellamt habe festgestellt, dass die Wassergebühren um 37 % überhöht seien. Es handele sich um eine rechtsformmissbräuchliche Schein-Rekommunalisierung, wenn der Eigenbetrieb nun durch nicht mehr durch das Kartellamt überprüfbare Bescheide Gebühren in gleicher Höhe wie zuvor festsetze. Die Beklagte beherrsche die Städtische Werke AG bzw. die NSG und wolle sich dadurch dem Zugriff der Kartellbehörde entziehen.
9. Die Kläger haben beantragt,
den Bescheid der Beklagten vom 23. November 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. März 2013 aufzuheben.
10. Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.
11. Sie hat vorgebracht, für den Erlass des Bescheids sei der Magistrat und nicht die Betriebsleitung des Eigenbetriebs als eigenständig handelnde Behörde zuständig gewesen. Über Organisationsregelungen sei die Zuständigkeit für die Gebührenfestsetzung und die Veranlagung der Gebührenpflichtigen ausdrücklich dem Magistrat – konkret dem Amt für Kämmerei und Steuern – zugewiesen worden. Der streitige Bescheid sei materiell rechtmäßig. Die Einbeziehung der Konzessionsabgabe in die Gebührenkalkulation sei zulässig, denn diese werde nicht vom Eigenbetrieb an die Beklagte, sondern von der NSG als Wasserversorgungsunternehmen bezahlt und sei im Leistungsentgelt aus dem Pacht- und Dienstleistungsvertrag enthalten. Die Löschwasserkosten seien nicht Bestandteil der in der Gebührenkalkulation berücksichtigten Kosten der Wasserversorgung, sondern bei der Ermittlung des Leistungsentgelts der NSG

herausgerechnet worden und würden von dieser getragen. Auch eine Wagnisvergütung sei in der Kalkulation nicht enthalten, vielmehr sei diese lediglich Teil des Leistungsentgeltes der NSG. Die Einbeziehung sei nach öffentlichem Preisrecht zulässig. Die Rekommunalisierung der Wasserversorgung stehe im freien Wahlrecht der Kommune und sei von ihrer Selbstverwaltungsgarantie gedeckt. Die Beklagte habe nun wieder die Betreiberfunktion und die Versorgungspflicht gegenüber den Verbrauchern übernommen. Aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen des § 30 Abs. 2 Hessisches Wassergesetz (HWG) könne nicht von einer Schein-Rekommunalisierung gesprochen werden.

12. Mit Urteil vom 27. März 2017 – 6 K 412/13.KS – hat das Verwaltungsgericht den Bescheid der Beklagten vom 23. November 2012 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 7. März 2013 hinsichtlich der festgesetzten Wassergebühren aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Gebührensatzregelung in der streitgegenständlichen Satzung sei materiell unwirksam, denn diese sei mit § 10 Abs. 1 und Abs. 2 HessKAG und daher mit höherrangigem Recht unvereinbar. Die in die Gebührenkalkulation eingestellte Konzessionsabgabe falle nicht unter die erforderlichen gebührenfähigen Kosten. Hier fehle die einrichtungsbezogene Erforderlichkeit, bei der die Notwendigkeit der Einrichtung und ihre Organisation beurteilt würden. Auch im Falle einer Rekommunalisierung der Aufgabenerfüllung rücke – ebenso wie im Zuge einer Privatisierungsmaßnahme – die kommunale Organisationswahl in den Blick des Erforderlichkeitsgrundsatzes. Bei jeder Entscheidung über die Organisationsform bzw. deren Änderung seien die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltswirtschaft zwingend zu beachten. Die Beklagte habe sich durch die Organisationsentscheidung bewusst dafür entschieden, die NSG als Eigentümerin und Verpächterin bzw. Dienstleisterin der Versorgungsleitungen und -anlagen „zwischenzuschalten“, letztlich aber die Wasserversorgung durch ihren Eigenbetrieb KASSELWASSER durchführen zu lassen. Die Auswirkungen einer solchen rechtlichen Konstruktion seien letztlich vergleichbar mit den Konstellationen, in denen ein Eigenbetrieb direkt, d.h. ohne Zwischenschaltung einer privaten Gesellschaft, für die Gemeinde die hoheitliche Aufgabe der Wasserversorgung in seine Verantwortung übernehme. Die Konzessionsabgabe, die ein als wirtschaftliches Unternehmen geführter gemeindlicher Eigenbetrieb der Wasserversorgung für die

Einräumung des Rechts zur Benutzung der öffentlichen Verkehrswege für Verlegung und Betrieb der Versorgungsleitungen an die Gemeinde zu zahlen habe, stelle aber kein gebührenfähiges Fremdleistungsentgelt dar, sondern vielmehr einen sachfremden Kostenansatz. Die Höhe der Kostenüberschreitung sei nicht unerheblich. Der Anteil der im Rahmen des Pacht- und Dienstleistungsentgeltes an die NSG gezahlten Konzessionsabgabe liege deutlich über der Geringfügigkeitsgrenze von 3 %. Ob auch noch weitere Kostenansätze zu Unrecht in die Gebührenkalkulation eingestellt worden seien und der streitgegenständliche Bescheid formell rechtswidrig sei, könne daher dahinstehen.

13. Die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung der Beklagten hat der Senat mit Urteil vom 11. Dezember 2018 – 5 A 1305/17 – zurückgewiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, die WVS der Beklagten vom 27. Februar 2012 stelle keine wirksame satzungsrechtliche Grundlage dar. Das Verwaltungsgericht habe den Ansatz der vom Eigenbetrieb KASSELWASSER in dem an die NSG gezahlten Pacht- und Dienstleistungsentgelt enthaltenen Konzessionsabgabe im Rahmen der auf die Gebührenpflichtigen umlegungsfähigen Kosten zutreffend für unrechtmäßig gehalten. Die von der NSG gegenüber dem Eigenbetrieb KASSELWASSER der Beklagten erbrachten Leistungen seien von diesem in Anspruch genommene Fremdleistungen im Sinne von § 10 Abs. 2 Satz 2 HessKAG, die für den Betrieb der öffentlichen Einrichtung nicht erforderlich seien. Sei die Fremdleistung, deren Entgelt in die Gebührenkalkulation eingestellt werde, nicht aufgrund einer Ausschreibung nach Vergaberecht vergeben worden, könne der Nachweis der Erforderlichkeit der Höhe des Entgelts in der Regel dadurch geführt werden, dass das Entgelt den Vorgaben der Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953, BAnz 1953 Nr. 244, zuletzt geändert durch Art. 289 Verordnung vom 25. November 2003, BGBl. I S. 2304 [LSP]) genüge. Diese Verpflichtung habe die Beklagte allerdings bei dem Abschluss des Pacht- und Dienstleistungsvertrags mit der NSG missachtet, weil nach dessen § 5 Abs. 3 Satz 3 im Innenverhältnis mit der NSG deren Zahlungen der Konzessionsabgabe an die Beklagte als Bestandteil des vom Eigenbetrieb KASSELWASSER nach § 13 des Vertrages zu zahlenden Entgelts als „sonstige Kosten“ nach Nr. 34 LSP auszugleichen seien. Indem die Beklagte mit der NSG die Zahlung einer Konzessionsabgabe für die Nutzung der öffentlichen

Verkehrswege vereinbart habe und zugleich der NSG den Betrag der Konzessionsabgabe wiederum über ihren – rechtlich unselbstständigen – Eigenbetrieb erstatte, schaffe die Beklagte letztlich selbst „Kosten“, die der Gebührenzahler zu finanzieren habe und deren Ertrag ihr selbst zufließe. Dies entspreche allerdings nicht den Vorgaben von Nr. 4 Abs. 2 LSP, wonach bei Preisermittlungen aufgrund von Selbstkosten nur diejenigen Kosten zu berücksichtigen seien, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung der Leistungen entstünden. Bei der Kalkulation der Wassergebühr sei zu beachten, dass Träger der Wasserversorgungseinrichtung die beklagte Stadt (§ 1 WVS) und auch zur Erhebung der Benutzungsgebühren gemäß § 10 HessKAG allein die Kommune berechtigt sei. Insofern sei für die Kalkulation der Gebühr nicht entscheidend, was sich bei dem Eigenbetrieb der Beklagten als dortiger Aufwand darstelle, sondern allein, was bei der Beklagten selbst durch den Betrieb der gebührenrechnenden Einrichtung als Summe von aufwandgleichen Grund- und Zusatzkosten anfalle. Dürfe die Erstattung der von der NSG an die Beklagte gezahlten Konzessionsabgabe innerhalb des Pacht- und Dienstleistungsentgelts durch den Eigenbetrieb KASSELWASSER in die Gebührenkalkulation nicht eingestellt werden, ergebe sich eine beachtliche Kostenüberdeckung. Die gesamten von der Beklagten angesetzten gebührenfähigen Kosten betrügen pro Jahr im Durchschnitt ca. 22.224.000 Euro, wovon ca. 21.482.000 Euro pro Jahr auf das an die NSG gezahlte Pacht- und Dienstleistungsentgelt einschließlich der erstatteten Konzessionsabgabe entfielen. Gehe man davon aus, dass zumindest die übrigen von der Beklagten in der Kalkulation angesetzten Kosten gebührenfähig seien, entstehe ohne die Konzessionsabgabe ein gebührenfähiger Jahresbedarf von ca. 18.024.000 Euro. Setze man dazu die Erstattung der Konzessionsabgabe in Höhe von 4.200.000 Euro ins Verhältnis, ergebe sich eine Kostenüberdeckung von rund 23 %.

14. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten hin hat das Bundesverwaltungsgericht die Revision mit Beschluss vom 21. Juli 2020 – 9 B 18.19 – zugelassen sowie das Urteil des Senats mit Urteil vom 23. März 2021 – 9 C 4.20 – aufgehoben und zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, das Urteil stehe insoweit nicht mit Bundesrecht in Einklang, als das Berufungsgericht festgestellt habe, die Berücksichtigung der Konzessionsabgabe im Rahmen des mit der NSG vereinbarten Entgelts entspreche

nicht den Vorgaben des öffentlichen Preisrechts. Die vom Berufungsgericht angewandte Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 (BAZ. Nr. 244 S. 1 [Verordnung PR Nr. 30/53]), zuletzt geändert durch Gesetz vom 8. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1864) und die in ihrer Anlage aufgeführten Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP) gehörten als bundesrechtliche Normen zum einfachgesetzlichen revisiblen Recht und seien auch als Bundesrecht zur Anwendung gelangt. Das Berufungsgericht nehme innerhalb der Prüfung des Fremdleistungsentgelts nach dem Selbstkostenpreis einen unzulässigen Perspektivwechsel vor. Nach § 5 Abs. 1 Verordnung PR Nr. 30/53 müsse bei den Selbstkostenpreisen auf die angemessenen Kosten des Auftragnehmers abgestellt werden. Soweit nach Nr. 4 Abs. 2 LSP bei Preisermittlungen aufgrund von Selbstkosten nur diejenigen Kosten zu berücksichtigen seien, die bei wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung der Leistungen entstünden, komme es auf den Betrieb des Auftragnehmers – hier der NSG – an. Das Berufungsgericht stelle aber darauf ab, dass die Beklagte mit der Vereinbarung im Pacht- und Dienstleistungsvertrag, wonach die Zahlung der Konzessionsabgabe an die Beklagte im Innenverhältnis Bestandteil des der NSG nach § 13 des Vertrags zu zahlenden Entgelts als „sonstige Kosten“ nach Nr. 34 LSP sei, letztlich selbst „Kosten“ schaffe, die der Gebührenzahler zu finanzieren hätte und deren Ertrag ihr selbst zufließe. Damit beurteile es die preisrechtliche Zulässigkeit der Kosten, die die NSG in Rechnung stelle, jedoch aus Sicht der Beklagten als Auftraggeberin. Bei Zugrundelegung des zutreffenden Prüfungsansatzes mit Blick auf den Betrieb der NSG begegne die Konzessionsabgabe im Übrigen keinen preisrechtlichen Bedenken. Die von der NSG im Zusammenhang mit der Wasserversorgung entrichtete Konzessionsabgabe gehöre zu den angemessenen Kosten nach § 5 Abs. 1 Verordnung PR Nr. 30/53, die der NSG bei wirtschaftlicher Betriebsführung zur Erstellung ihrer Leistung i.S.v. Nr. 4 Abs. 2 LSP entstünden. Mit der Bejahung der preisrechtlichen Zulässigkeit der von der NSG gezahlten Konzessionsabgabe im Rahmen des Fremdleistungsentgelts stehe auf der Grundlage der insoweit bindenden Auslegung des Kommunalabgabenrechts durch das Berufungsgericht lediglich fest, dass die Erforderlichkeit des angesetzten Fremdleistungsentgelts nicht aus preisrechtlichen Gründen zu verneinen sei. Welche Folgerungen sich im Übrigen für die Gebührenfähigkeit des Fremdleistungsentgelts ergäben und ob die sonstigen kommunalabgabenrechtlichen Anforderungen erfüllt

seien, bedürfe der Auslegung und Anwendung des Landesrechts, die dem Berufungsgericht vorbehalten sei.

15. Im nach der Zurückverweisung unter dem Aktenzeichen 5 A 1290/21 fortgeführten Berufungsverfahren führt die Beklagte zur Begründung der Berufung im Wesentlichen aus, die Wasserversorgungssatzung sei ebenso wie der angefochtene Bescheid rechtmäßig. In tatsächlicher Hinsicht führt sie aus, die Übertragung des Eigentums an der Wasserinfrastruktur habe weder zeitlich noch inhaltlich mit der 2012 veranlassten Rekommunalisierung der Wasserversorgung in den Städten Kassel und Vellmar in Verbindung gestanden. Ein Zusammenhang der Veräußerung der Wasserinfrastruktur im Jahr 1995 durch die Stadt Vellmar an die NSG mit dem vorliegenden Verwaltungsstreitverfahren bestehe ebenfalls nicht. Die Beklagte legt dar, dass die Landeskartellbehörde gegenüber der Städtische Werke AG am 10. April 2008 eine Verfügung erlassen habe, die sodann Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens vor dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main (11 W 20/08) gewesen sei. Dieses Verfahren sei durch Vergleich beendet worden, im Rahmen dessen die Städtische Werke AG zugesagt habe, die Wasserpreise rückwirkend im Zeitraum von Januar 2008 bis März 2012 um 20 % zu senken und entsprechende Erstattungszahlungen an ihre Kunden zu leisten. Mit Blick auf die Dienstleistungsentgelte der NSG gegenüber dem Eigenbetrieb KASSELWASSER habe der Vergleich keine Verpflichtung zu einer etwaigen Reduzierung enthalten. Die Beklagte führt weiter aus, sie habe im Vorfeld der Rekommunalisierung die rechtlichen, steuerlichen, betriebswirtschaftlichen und kommunalpolitischen Vor- und Nachteile in verschiedenen Arbeitskreisen erörtern und anschließend in den Beschlussdokumenten zusammenführen lassen. Aufgrund der Eigentumsverhältnisse an der Wasserinfrastruktur, der Beteiligungsverhältnisse an der NSG als Eigentümerin der Wasserinfrastruktur sowie einer ordnungsgemäß ermittelten technischen und wirtschaftlichen Tatsachenbasis habe sich die Beklagte unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit fehlerfrei für die Einrichtung eines „Pachtmodells“ entschieden. Die Einbeziehung der Konzessionsabgabe in die Gebührenkalkulation sei nicht zu beanstanden. Die Konzessionsabgabe sei einerseits als Teil des Fremdleistungsentgelts tatsächlich angefallen und daher auch im Rahmen des gebührenrechtlichen Kostendeckungsprinzips des § 10 Abs. 1 Satz 2 HessKAG zu berücksichtigen. Sie

sei andererseits sowohl mit Blick auf die Einrichtung als solche (einrichtungsbezogene Erforderlichkeit) als auch mit Blick auf die Kosten (kostenbezogene Erforderlichkeit) erforderlich. M. die in der Vergütung für den Pacht- und Dienstleistungsvertrag einberechnete Konzessionsabgabe sei betriebsbedingt. Die Forderung einer Konzessionsabgabe sei nach § 109 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Hessische Gemeindeordnung (HGO), § 4 Abs. 2 Hessisches Straßengesetz sowie unter Berücksichtigung von § 93 Abs. 1 Nr. 1 HGO geboten. Auch die beihilferechtlichen und energiewirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen führten zu keinem anderen Ergebnis. Wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt habe, bestünden keine preisrechtlichen Bedenken. Der Ansatz der kalkulatorischen Zinsen in Höhe von maximal 6,5 % p.a. nach § 13 Abs. 6 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages sei nach Ziffer 43 Abs. 1, Abs. 2 LSP i.V.m. § 1 Buchst. a der Verordnung PR Nr. 4/72 über die Bemessung der kalkulatorischen Zinsen preisrechtskonform. Eine Weiterberechnung der Lösch- und Brandschutzkosten an den Eigenbetrieb KASSELWASSER erfolge nicht, da die NSG einen entsprechenden Abzug vornehme. In der Kostenermittlung für die Wasserversorgung im Gesamtversorgungsgebiet sei die Löschwasservorhaltung mit einem Anteil von 3,5 % berücksichtigt worden, der damit über dem von der Rechtsprechung geforderten Ansatz in Höhe von 3 % liege. Im Zeitraum 2012 bis 2016 habe der Eigenbetrieb KASSELWASSER der Stadt Vellmar Wassermengen, die zum Betrieb öffentlicher Zier- und Straßenbrunnen in der Stadt Vellmar benötigt worden seien, nach § 11 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Hessisches Eigenbetriebsgesetz unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Entsprechende Kosten habe die NSG nicht anteilig in das Pacht- und Dienstleistungsentgelt gegenüber dem Eigenbetrieb KASSELWASSER einkalkuliert. Die Vereinbarung eines kalkulatorischen Gewinns zur Abgeltung des allgemeinen Unternehmenswagnisses in Höhe von 1 % des Nettoselbstkostenpreises stimme mit den preisrechtlichen Vorgaben überein und entspreche der Höhe nach der Rechtsprechung zur Angemessenheit bei langfristigen Vertragsbindungen. Im Verhältnis zwischen NSG und dem Eigenbetrieb KASSELWASSER finde die Begrenzung des Unternehmergewinns auf ein angemessenes Maß sachlich abschließend auf der Ebene des öffentlichen Preisrechts statt. Der Beklagten würden auch – angesichts der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse – keine Gewinne zukommen, die aus den von ihr gezahlten Entgelten herrührten und daher kostenmindernd in die Gebührenkalkulation eingestellt werden müssten. Für den

verfahrensgegenständlichen Betrachtungszeitraum 2012 bis 2016 habe die NSG überdies keinen Gewinn im Bereich der Wasserversorgung erwirtschaften können. Die Konzessionsabgabe sei auch nicht als Einnahme gebührenmindernd zu berücksichtigen, da der von der Rechtsprechung geforderte Zusammenhang zwischen der vermeintlichen Einnahme durch die Konzessionsabgabe und dem Fremdleistungsentgelt nicht bestehe. Die Behauptung, nach der Entscheidung des Senats vom 27. September 2006 – 5 N 358/04 – hätten Kommunen etwaige Erträge, Erlöse oder Einnahmen gebührenrechtlich kostenmindernd zu berücksichtigen, sei falsch. Allenfalls aus dem kommunalabgabenrechtlichen Kostenbegriff könne eine entsprechende Ableitung getroffen werden, wenn der betrachteten Einnahme ein sachbezogener Güterverzehr im Sinne des wertmäßigen Kostenbegriffs zugrunde liege. Die Erhebung der Konzessionsabgabe gründe auf den Eigentumsverhältnissen an der Wasserinfrastruktur (NSG) und an den öffentlichen Straßen sowie auf dem rechtlichen Gebot zur Erhebung eines Entgeltes für die (Sonder-)Nutzung öffentlicher Sachen. Diese Einnahme werde gerade nicht im Rahmen des Betriebs der öffentlichen Wasserversorgungseinrichtung erzielt. Ungeachtet der Zulässigkeit der Einbeziehung der einzelnen Preiskomponenten sei auch keine Kostenüberdeckung im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 3 HessKAG gegeben. Die Vertragsparteien hätten in § 13 Abs. 3 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages nicht beabsichtigt, das preisrechtlich maximal zulässige Pacht- und Dienstleistungsentgelt zu vereinbaren. Diese Vereinbarung stelle vielmehr darauf ab, dass das Pacht- und Dienstleistungsentgelt auf einem Selbstkostenvolumen in Höhe von 102.039.310 Euro aufbaue. Dieses Volumen liege erheblich unter dem maximal zulässigen Selbstkostenvolumen gemäß LSP in Höhe von 137.968.800 Euro. Für die Beurteilung der Ergebnisrichtigkeit könne es keine Rolle spielen, ob die 3 %-Grenze auf der Grundlage einer Vergleichsrechnung zwischen Gebühr einschließlich der für preisrechtswidrig empfundenen Position sowie Gebühr ohne der für preisrechtswidrig empfundenen Position überschritten sei. M. solange eine preisrechtlich zulässige Maximalposition auf der Grundlage des Kostendeckungsprinzips erforderlich im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 HessKAG sei, verstoße sie andererseits nicht gegen das Verbot der Kostenüberdeckung im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 3 HessKAG. Dass die Ansätze des Berichts von PwC zutreffend gewesen seien, werde nicht zuletzt auch aufgrund der Gebührennachkalkulation für den Kalkulationszeitraum 2012 bis 2016 deutlich. Daraus ergebe sich für den gesamten Kalkulationszeitraum eine

Überdeckung von 261.874,00 Euro (netto), die im Wesentlichen aus geringeren IST-Kosten des Eigenbetriebes KASSELWASSER resultierten.

16. Die Beklagte nimmt im Übrigen umfassend auf ihr erst-, zweit- und drittinstanzliches Vorbringen Bezug.
17. Die Beklagte beantragt,
 - das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts Kassel vom 27. März 2017 – 6 K 412/13 – abzuändern und die Klage abzuweisen.
18. Die Kläger beantragen,
 - die Berufung zurückzuweisen.
19. Im nach der Zurückverweisung fortgeführten Berufungsverfahren tragen sie vor, die Konzessionsabgabe hätte bei der Gebührenkalkulation nicht nur als Ausgabe, sondern auch als Einnahme der Beklagten kostenmindernd berücksichtigt werden müssen. Entständen der Stadt durch die Übertragung von Eigentum (Wasserleitungsnetz) und Dienstleistungen an Dritte Kosten, nämlich Pacht- und Dienstleistungsentgelte, müsse sie sich auch die Einnahmen anrechnen lassen, die sie aus dieser Vertragsgestaltung durch den Dritten erhalte. Bringe man die Konzessionsabgabe in Höhe von 4.200.000 Euro in Abzug, reduzierten sich die umgelegten Kosten in Höhe von 23,3 % von 22.224.000 Euro auf 18.024.00 Euro. Legte man die Nachkalkulation für das Jahr 2012 zugrunde, ergebe sich eine Überdeckung von 22,1 %. Der wirtschaftliche Zusammenhang von Ausgaben und Einnahmen sei bei dieser Vertragsgestaltung unauflösbar. Die Konzessionsabgabe werde ausschließlich für die Nutzung der Wege zur Wasserversorgung erhoben. Das hiermit beauftragte Unternehmen sei zur Zahlung der Abgabe nur bereit, wenn es diese im Rahmen des Pacht- und Dienstleistungsentgelts von der Stadt zurückerhalte. Für diese rechtliche Bewertung sei es unerheblich, wem das Leitungsnetz in der Vergangenheit übertragen worden sei und warum. Selbst wenn die Stadt Kassel nicht an der NSG beteiligt wäre, hätte sie die Vorteile, die ihr aus einer Übertragung der Wasserinfrastruktur an ein Fremdunternehmen entstünden, den Gebührenzahlern gutzubringen, wenn sie selbst den gebührenfähigen Aufwand ermittele und ihrer Gebührenfestsetzung zu Grunde lege.

20. Im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie den Verwaltungsvorgang der Beklagten verwiesen, die insgesamt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

21. Die Berufung bleibt ohne Erfolg.
22. Der Bescheid der Beklagten über die Heranziehung zu Wassergebühren vom 23. November 2012 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 7. März 2013 ist rechtswidrig. Die Wasserversorgungssatzung (WVS) der Beklagten vom 27. Februar 2012 stellt keine wirksame satzungsrechtliche Grundlage dar.
23. 1. Nach § 5 HGO i.V.m. § 2 Satz 2, § 10 Abs. 1 HessKAG können die Gemeinden und Landkreise als Gegenleistung für die Inanspruchnahme ihrer öffentlichen Einrichtungen Benutzungsgebühren erheben. Die Gebührensätze sind in der Regel so zu bemessen, dass die Kosten der Einrichtung gedeckt werden (§ 10 Abs. 1 Satz 2 HessKAG). Das Gebührenaufkommen soll die Kosten der Einrichtung nicht übersteigen (§ 10 Abs. 1 Satz 3 HessKAG).
24. Bei der Bestimmung der in diesem Sinne ansatzfähigen Kosten und der darauf beruhenden Festlegung des Gebührensatzes ist maßgeblich, was bei der gebührenerhebenden Gemeinde oder dem gebührenerhebenden Landkreis selbst durch den Betrieb der gebührenrechnenden öffentlichen Einrichtung als Summe von Kosten anfällt.
25. Dabei erfolgt grundsätzlich die Festlegung des Gebührensatzes in der betreffenden Gebührensatzung aufgrund einer dem Satzungsgeber vorliegenden Kalkulation. Erforderlich ist hierfür die Ermittlung der voraussichtlich umlegbaren Kosten des § 10 Abs. 2 HessKAG und der voraussichtlichen Anzahl der maßstabsbezogenen Einheiten. Der Gebührensatz ist danach das Ergebnis eines Berechnungsvorganges, bei dem die voraussichtlichen gebührenfähigen Gesamtkosten durch die Summe der voraussichtlichen maßstabsbezogenen Benutzungs- oder Leistungseinheiten geteilt werden (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 2018 – 5 A 1305/17 –, juris Rn. 27). Der Ermittlung der Kosten kann ein mehrjähriger Kalkulationszeitraum zugrunde gelegt werden, der fünf Jahre allerdings nicht überschreiten soll (§ 10 Abs. 2 Satz 6 HessKAG).

26. Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 HessKAG sind gebührenfähig die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ansatzfähigen Kosten, bei deren Ermittlung vom so genannten wertmäßigen Kostenbegriff auszugehen ist. Kosten in diesem Sinne sind der durch die Leistungserbringung in einer bestimmten Leistungsperiode bedingte, in Geld ausgedrückte Werteverzehr an Gütern und Dienstleistungen. Zu den ansatzfähigen Kosten zählen kraft Gesetzes (§ 10 Abs. 2 Satz 2 HessKAG) insbesondere Aufwendungen für die laufende Verwaltung und Unterhaltung der Einrichtung, Entgelte für in Anspruch genommene Fremdleistungen, angemessene Abschreibungen sowie eine angemessene Verzinsung des Anlagekapitals (Senatsurteil vom 8. April 2014 – 5 A 1994/12 –, juris Rn. 35).
27. Da die Gebührenkalkulation eine Form der Kostenrechnung ist, sind Erträge, Erlöse und Einnahmen (nur) dann zu berücksichtigen, wenn ihnen Kosten der Einrichtung zugrunde lagen, d.h. ein Werteverzehr an Gütern und/oder Dienstleistungen in der bestimmten Leistungsperiode. Kostenneutrale Erträge, Erlöse und Einnahmen sind gebührenrechtlich irrelevant, da sie sich nicht auf die Gebührenbelastung auswirken (Senatsbeschluss vom 27. September 2006 – 5 N 358/04 –, juris Rn. 44; zu Flugsicherungsgebühren vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 2009 – 3 C 29.08 –, juris Rn. 47 m.w.N.). Nach diesem Kostengrundsatz ist es systemgerecht, von den ansatzfähigen Kosten im Rahmen der Gebührenkalkulation etwaige Einnahmen dann abzuziehen, wenn sie ebenfalls in einem ausreichend engen Zusammenhang mit der durch die Einrichtung vorgesehenen Leistungserbringung stehen oder ihrer Erzielung Kosten der Einrichtung zugrunde liegen (zu Entwässerungsgebühren vgl. OVG NRW, Urteil vom 23. November 2006 – 9 A 1029/04 –, juris Rn. 34; im Grundsatz vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 2018 – 5 A 1305/17 –, juris Rn. 31).
28. Der Satzungsgeber unterliegt insoweit einer Veranschlagungsmaxime, denn er ist von Schätzungen, Prognosen und Werturteilen abhängig, die gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar sind. Die gerichtliche Kontrolle eines Gebührensatzes ist lediglich eine Rechtmäßigkeitsprüfung und bezieht sich darauf, ob der festgelegte Gebührensatz im Ergebnis mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Die Gebührensätze dürfen nicht von vornherein so bemessen sein, dass das Gebührenaufkommen den Aufwand nachhaltig und wesentlich übersteigt (vgl. Beschlüsse des Senats vom 27. April 1999 – 5 N 3909/98 – und vom 27. September 2006 – 5 N 358/04 –, jeweils juris).

29. 2. Hieran gemessen wird der von der Beklagten im Wege einer Kalkulation ermittelte Gebührensatz von 2,00 Euro pro m³ dem Kostenüberschreitungsverbot des § 10 Abs. 2 Satz 3 HessKAG nicht gerecht. Die dem Gebührensatz zugrundeliegende Gebührenkalkulation der Beklagten hält einer rechtlichen Prüfung nicht Stand. Insoweit bedarf es – auch unter Beachtung der bindenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts – keiner Entscheidung, ob die kostenbezogene und einrichtungsbezogene Erforderlichkeit der von der NSG erbrachten Fremdleistung gegeben ist.
30. Die Beklagte hat die von ihr vereinnahmte Konzessionsabgabe nicht als gebührenmindernde Einnahme in der Gebührenkalkulation berücksichtigt. Die Beklagte hat vielmehr der Gebührenbedarfsrechnung „sonstige Erlöse“ in Höhe von 0 Euro („Derzeit keine Erlöse bekannt“) zugrunde gelegt (Anlagenkonvolut G 4).
31. Bei der Gebührenbedarfskalkulation kommt es jedoch darauf an, was bei der Beklagten als Trägerin der Wasserversorgungseinrichtung (§ 1 WVS) und Gebührengläubigerin als Summe von aufwandgleichen Grundkosten und Zusatzkosten sowie Einnahmen anfällt. Insoweit ist eine Gesamtbetrachtung von Ein- und Ausgaben erforderlich.
32. Dem steht nicht das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. März 2021 – 9 C 4.20 – entgegen. Es hat – anders als die Beklagte meint – eine gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise nicht dem Grunde nach verneint. Insoweit hat es mit den von der Beklagten bemühten Ausführungen (BVerwG, Urteil vom 23. März 2021 – 9 C 4.20 –, juris Rn. 23) allein die kostenbezogene Erforderlichkeit von Fremdleistungsentgelten nach Maßgabe des öffentlichen Preisrechts thematisiert und klargestellt, dass mit der Forderung nach einer wirtschaftlichen Betriebsführung in Nr. 4 Abs. 2 LSP der Betrieb des Auftragnehmers – hier also der NSG – gemeint und die Preis-Leistungs-Relation innerhalb des öffentlichen Auftragsverhältnisses entscheidend ist. In früheren Entscheidungen hat das Bundesverwaltungsgericht zudem weiter klargestellt, dass die preisrechtliche Zulässigkeit einzelner Entgeltanteile nicht zwangsläufig auch zum beitragsfähigen Aufwand führt, der auf die Schuldner abgewälzt werden kann (BVerwG, Beschluss vom 14. September 2006 – 9 B 2.06 –, juris Rn. 10).

33. Hiervon zu unterscheiden ist jedenfalls die Frage der Rechtmäßigkeit des Gebührensatzes und die diesem zugrundeliegende Gebührenkalkulation der öffentlichen Einrichtung insgesamt. Nach § 10 Abs. 1 HessKAG sind die Kosten der öffentlichen Einrichtung zu ermitteln, die zwangsläufig eine gesamtwirtschaftliche Betrachtung von Gesamtkosten und Benutzungs- oder Leistungseinheiten bedingt. Maßgeblich ist der erforderliche Gebührenbedarf beim Träger der Wasserversorgung. Insoweit findet auch kein unzulässiger Perspektivwechsel statt.
34. Soweit die Beklagte einwendet, die Konzessionsabgabe sei keine Dividende und kein Gesellschaftsgewinn, ist dies dem Grunde nach zutreffend. Hierauf kommt es jedoch nicht an. Jedenfalls ist dies kein Grund, die Entscheidung des Senats vom 27. September 2006 – 5 N 358/04 – nicht heranzuziehen. M. der Senat hat in dieser Entscheidung grundlegend festgestellt, dass nach § 10 Abs. 2 HessKAG Einnahmen, die in Sachzusammenhang mit der Aufgabe stehen oder denen Kosten der Einrichtung zugrunde liegen, bei der Gebührenkalkulation zu berücksichtigen sind.
35. Dies ist vorliegend der Fall.
36. Durch die Möglichkeit der Erhebung einer Konzessionsabgabe stellen die öffentlichen Verkehrswege ein verwertbares Wirtschaftsgut und damit eine Erwerbschance der Gemeinde dar. Die Konzessionsabgabe ist ein der Beklagten zufließendes Entgelt für die Einräumung des Rechts zur Benutzung öffentlicher Verkehrswege. Durch die Zurverfügungstellung des Wirtschaftsgutes „Wegenutzungsrecht“ an die NSG können Dritte dieses (zumindest teilweise) nicht mehr für andere Leistungen nutzen. Insoweit hat das Bundesverwaltungsgericht im zurückverweisenden Urteil zu der von der NSG nach § 9 des Konzessionsvertrags geschuldeten Konzessionsabgabe i.S.v. § 48 Abs. 1 i.V.m. § 117 Energiewirtschaftsgesetz ausgeführt, sie stelle die Gegenleistung für die der NSG nach § 2 Abs. 1 des Konzessionsvertrags eingeräumte Befugnis dar, die öffentlichen Straßen und Verkehrswege zur Errichtung und zum Betrieb aller für die Versorgung von Letztverbrauchern erforderlichen Leitungen zu benutzen (so BVerwG, Urteil vom 23. März 2021 – 9 C 4.20 -, juris Rn. 28). Die mit der Konzessionsabgabe abgegoltene Inanspruchnahme der öffentlichen Verkehrswege sei notwendiger Bestandteil der von der NSG gegenüber dem Eigenbetrieb zu erbringenden Leistung der Vorhaltung und des Betriebs der Wasserinfrastrukturanlagen. Die Konzessionsabgabe, zu deren Zahlung sich die NSG wirksam vertraglich verpflichtet

habe, falle damit zwangsläufig mit der Erbringung der nach dem Pacht- und Dienstleistungsvertrag geschuldeten Leistungen der NSG an (so BVerwG, Urteil vom 23. März 2021 – 9 C 4.20 -, juris Rn. 28).

37. Die Einräumung des Wegenutzungsrechts als Wertverzehr und die Konzessionsabgabe stehen in unmittelbarem Zusammenhang mit der von der Beklagten zu sichernden Wasserversorgung. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Konzessionsvertrag und dem Pacht- und Dienstleistungsvertrag.

38. Nach § 1 des Konzessionsvertrages in der Fassung vom 30. März 2012 gilt hinsichtlich der Versorgungspflicht:

„Die Gesellschaft (gemeint: NSG) betreibt und unterhält des Weiteren ein Wasserversorgungsnetz, Wasserversorgungsanlagen und Wassergewinnungsanlagen, die sie der Stadt Kassel – Eigenbetrieb KASSELWASSER – zur Erfüllung der Aufgabe der Trinkwasserversorgung zur Verfügung stellt.“

(Hervorhebung nicht im Original)

39. § 2 Abs. 1 Satz 1 des Konzessionsvertrages in der Fassung vom 30. März 2012 regelt das Nutzungsrecht der NSG wie folgt:

„Die Stadt räumt im Rahmen ihrer Befugnisse der Gesellschaft, unbeschadet der §§ 3 und 4, zur Erfüllung der in § 1 genannten Versorgungsaufgaben das Recht ein, die öffentlichen Straßen und Verkehrswege im Sinne des Hessischen Straßengesetzes zur Errichtung und zum Betrieb aller für die Versorgung von Letztverbrauchern im Vertragsgebiet erforderlichen Leitungen zu benutzen.“

(Hervorhebung nicht im Original)

40. Ähnliche Bestimmungen finden sich auch in dem Konzessionsvertrag mit der Rechtsvorgängerin der NSG – Städtische Werke AG – aus dem Jahr 1996 (vgl. § 1 Satz 1, § 2 Abs. 1 Satz 1); die Nachträge vom 18. Oktober 2000, vom 10. Januar 2002 und März 2008 berühren diese Aspekte nicht.

41. Nach § 10 Abs. 1 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages (Stand vom 19. Januar 2012) erbringt die NSG

„bezogen auf den Pachtgegenstand im Sinne von § 2 Abs. 1 technische und kaufmännische Dienstleistungen für den Eigenbetrieb. Der Eigenbetrieb bedient sich der NSG als Verwaltungshelfer bei der Erfüllung der städtischen Wasserversorgungspflicht (§ 30 Abs. 2 Satz 1, 3. Alt. HWG).“

(Hervorhebung nicht im Original)

42. Vor diesem Hintergrund ist dem Beklagtenvorbringen nicht zu folgen, es bestünde kein Zusammenhang.
43. Zunächst geht die Beklagte fehl in der Annahme, es komme auf den Zusammenhang zwischen der Einnahme der Konzessionsabgabe und dem Fremdleistungsentgelt an (S. 8 des Schriftsatzes vom 1. November 2023). Vielmehr gilt, dass die Einnahme der Konzessionsabgabe in einem ausreichend engen Zusammenhang mit der durch die Einrichtung vorgesehenen Leistungserbringung – hier Wasserversorgung – stehen muss und hier auch steht.
44. Das von der Beklagten sodann bemühte Wortlaut-Argument vermag nicht zu verfangen. Sie argumentiert, es bestehe kein enger Sachzusammenhang, weil die Konzessionsabgabe nicht an die öffentliche Aufgabe der Trinkwasserversorgung, sondern an die Wasserinfrastruktur anknüpfe. Dieses Vorbringen ist bereits inkonsistent. M. die Beklagte selbst führt weiter aus, dass ohne einen Konzessionsvertrag zwischen ihr und der NSG letztere nicht befugt wäre, den Straßenraum zu nutzen, um die Wasserversorgungsinfrastruktur zur Verfügung stellen zu können. Die Konzessionsabgabe stelle die notwendige Kompensation für die von ihr durch den Konzessionsvertrag der NSG eingeräumten Rechte und Befugnisse dar (S. 6 des Schriftsatzes vom 1. November 2023). Die Beklagte wiederum könne die Aufgabe als Wasserversorger sinnvollerweise nur erfüllen, indem sie die unmittelbar betriebsfertigen Wasserversorgungsanlagen bzw. die Wasserinfrastruktur von der NSG pachte. Die NSG könne ihrerseits Wasserversorgungsanlagen in den öffentlichen Verkehrswegen nur verlegen und betreiben, wenn die Stadt Kassel ihr ein Nutzungsrecht an der öffentlichen Straße einräumt, was zwangsläufig mit einer Konzessionsabgabe einhergehe (S. 8 des Schriftsatzes vom 1. November 2023). Dies widerlegt die pauschale Behauptung der

Beklagten, die Einnahme der Konzessionsabgabe werde gerade nicht im Rahmen des Betriebs der öffentlichen Wasserversorgungseinrichtung erzielt.

45. Schließlich kann ohne Wasserinfrastruktur keine Wasserversorgung sichergestellt werden.
46. Ungeachtet dessen fehlt es an der Folgerichtigkeit der Argumentation der Beklagten. Unterstellt, ein hinreichend enger Sachzusammenhang zur Aufgabe der Wasserversorgung bestünde nicht, müsste die Beklagte die im Pacht- und Dienstleistungsentgelt enthaltene Konzessionsabgabe aus Haushaltsmitteln bestreiten. Sie wäre mangels Sachzusammenhangs nicht ansatz-, d.h. gebührenfähig, da Kosten einen Bezug zur gebührenfähigen Einrichtung aufweisen müssen.
47. Nicht durchzudringen vermag die Beklagte daher auch mit ihrer weiteren Argumentation, die Konzessionsabgabe wäre auch dann zu zahlen und flösse dem allgemeinen Haushalt zu, wenn die betrachtete Wasserinfrastruktur nicht zur Erfüllung der Aufgabe der öffentlichen Trinkwasserversorgung genutzt würde. Wäre dem so, dürfte die Beklagte – wie gezeigt – die sich hieraus ergebenden Kosten auch nicht in der Gebührenkalkulation für die öffentliche Einrichtung der Wasserversorgung zu Lasten der Gebührenschuldner ansetzen.
48. 3. Der Gebührensatz erweist sich auch nicht im Ergebnis als richtig.
49. Die Überprüfung von Gebührensätzen ist nach der Rechtsprechung des Senats Ergebnis- und nicht Verfahrenskontrolle. Da die im Rahmen einer Vorabentscheidungskalkulation zu Grunde gelegten ansatzfähigen Kosten sowie Leistungseinheiten letztlich auf Schätzungen, Prognosen und Werturteilen beruhen, kann bei der Überprüfung der Kalkulation auch nur der Wissensstand zum Zeitpunkt der Erstellung der Kalkulation zu Grunde gelegt werden. Es wird überprüft, ob sich der festgesetzte Gebührensatz im Ergebnis als rechtmäßig erweist, mithin nicht zu einer unzulässigen Kostenüberdeckung führt. Der hessische Gesetzgeber hat dem Berechnungsverfahren, das zur Ermittlung der zulässigen Gebührenhöhe führt, keinen so überragenden Stellenwert eingeräumt, dass allein das Fehlen einer ordnungsgemäßen Gebührenkalkulation im Zeitpunkt des Satzungserlasses – ohne Rücksicht auf ein gleichwohl richtiges Ergebnis – zur Unwirksamkeit des Gebührensatzes führen kann (vgl. Senatsbeschlüsse vom 23. Januar 2019 – 5 B

2364/18 –, juris Rn. 7 und vom 20. Januar 2016 – 5 A 1471/15.Z –, juris Rn. 9; Senatsurteil vom 8. April 2014 – 5 A 1994/12 –, juris Rn. 35). Vielmehr kann durch eine stimmige „Nachkalkulation“ oder eine nach Ablauf der Leistungsperiode erstellte Betriebsabrechnung der Nachweis erbracht werden, dass der festgelegte Gebührensatz den Anforderungen des Kostenüberschreitungsverbot es genügt (Senatsurteil vom 8. April 2014 – 5 A 1994/12 –, juris Rn. 35).

50. Vor diesem Hintergrund erweist sich der Gebührensatz – trotz der unterlassenen gebührenmindernden Berücksichtigung der Einnahme der Konzessionsabgabe – nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig.
51. a) Die Beklagte ist der Auffassung, das Fremdleistungsentgelt (in Gänze) könne nicht gegen das Verbot der Kostenüberdeckung im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 3 HessKAG verstoßen, wenn es unterhalb des preisrechtlich maximal Zulässigen liege und damit erforderlich im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 HessKAG sei. Mit diesen Ausführungen berücksichtigt sie jedoch nicht hinreichend, dass die Ergebnisrichtigkeit des Gebührensatzes und damit die diesem zugrundeliegende Gebührenkalkulation insgesamt zu bewerten sind. Unmaßgeblich sind einzelne Kostenpositionen.
52. Nichts anderes ergibt sich aus dem Umstand, dass nach dem Beklagtenvorbringen preisrechtlich zulässig mit der NSG auch ein höheres Dienstleistungs- und Pachtentgelt bis zu 138 Mio. Euro hätte vereinbart werden können und es ohne weiteres möglich sei, eine Gebührenkalkulation vorzulegen, die unter Aussparung sämtlicher Konzessionsabgaben den streitgegenständlichen Gebührensatz rechtfertige (vgl. S. 31 des Schriftsatzes 4. September vom 2020).
53. Zunächst geht es nicht um eine Außerachtlassung der Konzessionsabgabe, sondern um eine gebührenmindernde Berücksichtigung als Einnahme durch den Träger der Wasserversorgung, hier durch die Beklagte.
54. Zudem war es nicht Wille der Beklagten, mit der NSG ein höheres Pacht- und Dienstleistungsentgelt zu vereinbaren. Die Beklagte hat nach ihrem Vorbringen vielmehr die Bürger vor größeren (finanziellen) Belastungen bewahren wollen. Die spätere Gebührenkalkulation und damit mittelbar auch das Pacht- und Dienstleistungsentgelt sollten auf den Grundsätzen der „Umsatzneutralität“ (die gesamten Gebühreneinnahmen aus der Wasserversorgung des Eigenbetriebes

sollen nicht höher sein, als die Umsatzerlöse aus dem vormaligen Wasserverkauf der NSG) und der „Gebührenneutralität“ (Verhinderung organisationsformbedingter Gebührensteigerung der jeweiligen Grund- und Benutzungsgebühren) aufbauen. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist eine Benutzungsgebühr von 2,00 Euro pro m³ ermittelt worden. Die Ableitung der Grundgebühren hat dabei die „Deckelung“ der Selbstkostenfestpreise in § 13 Abs. 3 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages bedeutet (so S. 26 des Schriftsatzes vom 1. September 2017, vgl. auch S. 13 des Schriftsatzes vom 12. August 2021).

55. Dieses Konzept der „Umsatzneutralität“ und der „Gebührenneutralität“ findet sich bereits in dem Bericht von PwC vom 7. Juni 2013 (Anlage G 6) über die Ableitung von Wassergebühren gemäß Vorschriften des Hessischen Kommunalabgabengesetz für den Kalkulationszeitraum vom 1. April 2012 bis 31. Dezember 2016 für die Wasserversorgung in den Städten Kassel und Vellmar (Gebührenkalkulation) und die Ermittlung eine Selbstkostenpreiskalkulation für die Leistungen gemäß § 13 Abs. 3 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages zwischen dem Eigenbetrieb KASSELWASSER und der NSG gemäß Vorschriften des öffentlichen Preisrechts für den Kalkulationszeitraum vom 1. April 2012 bis 31. Dezember 2016 (Entgeltkalkulation). Die Wirtschaftsprüfer haben einen „gedeckelten“ Entgeltbedarf der NSG errechnet (vgl. S. 5 des Berichts) und aufgrund der Prämisse „Gebührenneutralität“ die maximale Benutzungsgebühr auf die Höhe des aktuellen Verbrauchspreises (2,00 Euro pro m³, netto) beschränkt (S. 8 des Berichts). Sie gelangten zu dem Ergebnis, dass gemäß der Kalkulation „für den Zeitraum vom 1. April 2012 bis 31. Dezember 2016 maximale Selbstkosten in Höhe von 137.968.800 €“ anfallen würden und dieser Wert „deutlich oberhalb des tatsächlich über Grund- und Arbeitspreise abgedeckten Selbstkostenvolumen von 102.039.310 € bei Berücksichtigung einer belastungsneutralen Ausgestaltung“ liege (S. 25 des Berichtes). Die von PwC ermittelten Grund- und Arbeitspreise (S. 25 f. des Berichtes) sind sodann in § 13 Abs. 3 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages aufgenommen worden:

„Der Selbstkostenpreis setzt sich aus einem Grund- und einem Arbeitspreis zusammen. Der Grundpreis beträgt derzeit 1.452.520 € netto p.a. Der Arbeitspreis bemisst sich nach der von dem

Eigenbetrieb abgegebenen Wassermenge (m³) und beträgt derzeit 1,92 € je m³ netto.“

56. Damit ist das Konzept der „Umsatzneutralität“ und der „Gebührenneutralität“ Gegenstand des Vertragsverhältnisses zwischen der Stadt Kassel – Eigenbetrieb KASSELWASSER – und der NSG geworden.
57. Auf dieser Grundlage und in dieser Höhe ist tatsächlich das Pacht- und Dienstleistungsentgelt gezahlt worden. Insoweit sind der Beklagten gerade nicht höhere Kosten entstanden, die sie auf die Gebührenzahler umlegen könnte.
58. Das Konzept ist zudem in den Vorlagen der Städtische Werke AG vom 7. November 2011 und der Betriebsleitung des Kasseler Entwässerungsbetriebs vom 20. Dezember 2011 dokumentiert (Analgenkonvolut G 4 und G 5). Hiernach strebte die Beklagte als Ziel des Projektes u.a. an: „Sicherung der Konzessionsabgaben der Kommunen oder entsprechendes Äquivalent“, „Höhe der Wassergebühr entspricht dem derzeitigen Wasserpreis“, „Gleiche Entgelthöhe in Kassel und Vellmar“ (vgl. Ziff. 3.1 der Vorlage zu TOP 5 der AR-Sitzung Städtische Werke AG am 23. November 2011).
59. An dieses Konzept ist die Beklagte gebunden und kann es nicht gleichsam wie eine Gebührenerhebung verändern. Korrigierfähig sind Kalkulations- und Prognosefehler, nicht aber Konzeptionsentscheidungen. Im Vorhinein vom Satzungsgeber festgelegte wertende Kalkulationsziele können nicht im Nachhinein rückwirkend geändert werden, etwa um die aufgewendeten Kosten zu erhöhen (vgl. Senatsurteil vom 8. April 2014 – 5 A 1994/12 –, juris Rn. 38, 41).
60. Soweit die Beklagte nunmehr pauschal anführt, es handele sich nicht um eine grundlegende Wertentscheidung, setzt sie sich in Widerspruch zu § 13 Abs. 3 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages und ihren eigenen Ausführungen. So heißt es auf S. 25 ihres Schriftsatzes vom 1. September 2017:
- „Wie § 13 Abs. 3 des Pacht- und Dienstleistungsvertrages (Anlage G 2) zeigt, haben die Vertragsparteien nicht beabsichtigt, das preisrechtlich maximal zulässige Pacht- und Dienstleistungsentgelt zu vereinbaren.“

(Hervorhebung nicht im Original)

61. b) Der Gebührensatz kann – anderes als die Beklagte meint – nicht durch eine Gebührennachkalkulation gerechtfertigt werden.
62. Zum einen ist ausweislich des Vorbringens (vgl. Schriftsatz vom 1. November 2023) die Konzessionsabgabe als Einnahme der Beklagten nicht nachträglich gebührenmindernd berücksichtigt worden.
63. Zum anderen belegt die von der Beklagten vorgelegte Gebührennachkalkulation für den Zeitraum 2012 und 2016 eine Überdeckung in Höhe von 261.874 Euro (Anlage G 9). Auf welchen Umständen oder Einzelpositionen diese Überdeckung beruht und ob dies nur auf die geringeren IST-Kosten zurückzuführen ist, ist angesichts der Gesamtbetrachtung der Gebührenbedarfsrechnung insoweit unbeachtlich.
64. c) Die sich aus der fehlerhaften Nichteinstellung der Konzessionsabgabe als Einnahme der Beklagten ergebende Kostenüberdeckung hält sich auch nicht in einem rechtlich zulässigen Rahmen. Geht man davon aus, dass zumindest die übrigen von der Beklagten in der Kalkulation angesetzten Kosten gebührenfähig sind, ergibt sich eine erhebliche Kostenüberdeckung.
65. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senates, dass Kostenüberdeckungen die Ungültigkeit des satzungsgemäß festgelegten Gebührensatzes nur dann bewirken, wenn sie zu einer Höhe von mindestens 3 % führen, weil in die Zukunft gerichtete Kalkulationen in der Regel auch Prognosen und Schätzungen beinhalten (vgl. Senatsbeschluss vom 18. April 2016 – 5 C 2174/13.N – , juris; Senatsurteil vom 8. April 2014 – 5 A 1994/12 –, juris).
66. Es bedarf keiner näheren Ausführungen, ob die 3%-Toleranzgrenze ausschließlich der mit Kalkulationen verbundenen Prognoseunwägbarkeiten Rechnung trägt oder ob sie auch bei bewusst und willentlich unterlassenem (gebührenerhöhenden oder -mindernden) Ansatz einzelner Parameter greift; hierfür dürfte dem Grunde nach schon kein Schutzbedürfnis bestehen. Jedenfalls ist die 3%-Grenze allein durch die unterlassene gebührenmindernde Berücksichtigung der Konzessionsabgabe deutlich überschritten.
67. Ausweislich der Gebührenkalkulation beträgt die im Rahmen des Pacht- und Dienstleistungsentgelts an die NSG erstattete Konzessionsabgabe durchschnittlich etwa 4.200.000 Euro im Jahr. Die gesamten von der Beklagten angesetzten gebührenfähigen Kosten betragen pro Jahr im Durchschnitt ca. 22.224.000 Euro,

wovon ca. 21.482.000 Euro pro Jahr auf das an die NSG gezahlte Pacht- und Dienstleistungsentgelt einschließlich der erstatteten Konzessionsabgabe entfallen. Bei gebührenmindernder Berücksichtigung der Konzessionsabgabe als Einnahme würde sich ein gebührenfähiger Jahresbedarf der von der Beklagten betriebenen öffentlichen Einrichtung der Wasserversorgung in Höhe von nur ca. 18.024.000 Euro ergeben.

68. Vergleicht man die im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 HessKAG tatsächlich gebührenfähigen Kosten von 18.024.000 Euro mit den von der Beklagten dem Gebührensatz zugrunde gelegten Kosten von im Durchschnitt ca. 22.224.000 Euro, ergibt sich eine Kostenüberdeckung von rund 23 %.
69. Nach alledem fehlt es dem streitigen Bescheid über die Heranziehung der Kläger zu Wassergebühren an einer wirksamen satzungsrechtlichen Ermächtigungsgrundlage, so dass die Berufung der Beklagten ohne Erfolg bleibt. Auf die weiteren klägerseits erhobenen Einwendungen kommt es daher nicht an.
70. 4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 159 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hinsichtlich der Kosten auf § 167 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
71. Gründe für die Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich (§ 132 Abs. 2 VwGO). Die aufgeworfene Frage zur gebührenmindernden Berücksichtigung von Einnahmen sind nicht grundsätzlich klärungsbedürftig, da sich ihre Beantwortung – wie gezeigt – ohne weiteres aus den normativen Bestimmungen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung ergibt.

Rechtsmittelbelehrung

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

**Hessischen Verwaltungsgerichtshof
Goethestraße 41 - 43
34119 Kassel**

einulegen. 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
- solange eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der betreffenden Rechtsfrage nicht ergangen ist, die Entscheidung eines anderen Obergerichtshofs 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.

...

...

...