

# **ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0037/2019 vom 19. März 2019**

ZH Baurekursgericht, 2019-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_baurekursgericht\\_BRGE II Nr. 0037\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_baurekursgericht_BRGE%20II%20Nr.%200037_2019)

FR: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0037/2019 du 19 mars 2019

IT: ZH\_BAUREKURSGERICHT BRGE II Nr. 0037/2019 del 19 marzo 2019

## **Regeste**

Strittig waren die Wasseranschlussgebühren für eine Mehrfamilienhausüberbauung in der Höhe von insgesamt Fr. 158'691.00. Der Rekurrent monierte zu Recht, dass es die kommunale Legislative versäumt hatte, die Kriterien für die Festlegung der Höhe solcher Gebühren reglementarisch genügend bestimmt festzulegen. Das Baurekursgericht hielt jedoch fest, dass die strittige Gebührenerhebung trotz der fehlenden kommunalen Detailregelung nicht nichtig sei und nahm eine richterliche Lückenfüllung war. Das Gericht kam dabei zum Schluss, dass die jahrelange unreglementarische Praxis der Gemeinde X im Ergebnis korrekt sei und wies den Rekurs ab.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Dem vorliegenden Rechtsstreit geht folgende Vorgeschichte voraus: Mit Beschluss vom 1. April 2014 erteilte der Rekursgegner dem Rekurrenten die baurechtliche Bewilligung für die Erstellung von vier Mehrfamilienhäusern an der Z.-Strasse in X [...]. Für diese Überbauung stellten die Gas- und Wasserversorgungswerke der Gemeinde X dem Rekurrenten mit Akonto-Rechnung vom 12. Februar 2015 Wasseranschlussgebühren in der Höhe von Fr. 31'960.80 in Rechnung, welche der Rekurrent innert Zahlungsfrist beglich. Mit Schlussrechnung vom 16. Februar 2018 stellten die Gas- und Wasserversorgungswerke dem Rekurrenten zusätzliche Wasseranschlussgebühren in der Höhe von Fr. 126'730.20 in Rechnung. Auch diese Rechnung wurde vom Rekurrenten innert Frist beglichen. In der Folge gelangte der Rekurrent mit Eingabe vom 26. Juni 2018 an den Rekursgegner und beantragte die Rückerstattung der geleisteten Zahlungen im Umfang von total Fr. 158'691.--. Diese Eingabe nahm der Rekursgegner als Einsprache entgegen und wies sie mit Beschluss vom 3. Dezember 2018 ab. R2.2018.00200 Seite 3

3.1. Der Rekurrent macht im Wesentlichen geltend, die hier zur Diskussion stehende Gebührenerhebung sei nichtig, weil sie sich nicht auf eine genügende Rechtsgrundlage stütze. Der Verordnungsgeber habe es vorliegend versäumt, von seiner Regelungskompetenz Gebrauch zu machen und über die konkrete Tariffhöhe einen formellen Beschluss zu fassen. Die rekursgegnerischen Vorbringen zum Gemeinderatsprotokoll vom 16. März 1970, zur Weisung des Gemeinderates vom 26. März 2012 und zum Revisionsbericht des kantonalen Gemeindeamts stellten klarerweise keine genügenden Rechtsgrundlagen für die erhobenen Anschlussgebühren dar. Gestützt auf das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip könne sich lediglich ergeben, dass die konkrete Tariffhöhe auf einer gesetzeshierarchisch tieferen Stufe als in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt werden könne, nicht aber, dass gar nie ein Gesetz im materiellen Sinne erlassen werden müsse. Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip könnten

den fehlenden Gemeinderatsbeschluss nicht ersetzen. Gestützt auf das Legalitätsprinzip im Abgaberecht sei davon auszugehen, dass eine Gebühr, welche sich in Bezug auf ihre konkrete Höhe nicht nur auf eine ungenügende, sondern auf überhaupt keine gesetzliche Grundlage stütze, nichtig sei. Vorliegend sei es den Behörden gänzlich freigestellt gewesen, irgendeinen prozentualen Anteil der Gebäudeversicherungssumme als Wasseranschlussgebühr zu veranschlagen, auch wenn der Gegenstand der Abgabe, der Kreis der Abgabepflichtigen und die Bemessungsgrundlage in einem Gesetz im formellen Sinne festgelegt seien. Da nie ein formeller Gemeinderatsbeschluss über die Tarifhöhen ergangen sei, sei es auch nicht möglich gewesen, von einem solchen Beschluss Kenntnis zu erlangen und einen solchen allenfalls anzufechten. Entgegen der sinngemässen Auffassung des Rekursgegners seien vorliegend die Voraussetzungen für einen sogenannten Appellentscheid nicht gegeben. Die Gemeinde X habe sich dazu entschieden, ab dem 1. Januar 2016 auf die Erhebung von einmaligen Anschlussgebühren zu verzichten und nur noch erhöhte und bezugsabhängige Benutzungsgebühren zu erheben. Die hier strittige Anschlussleistung werde folglich seit dem 1. Januar 2016 mit jedem Kubikmeter Wasser, den die Überbauung Rebberg beziehe, bezahlt. Selbst wenn dem Rekurrenten die erhobene Anschlussgebühr zurückbezahlt würde, würde er die erbrachte Dienstleistung der Gemeinde X genau gleich wie jeder andere Grundeigentümer, dessen Baubewilligung seit dem 1. Januar 2016 in Rechtskraft erwachsen sei, entschädigen. Dass R2.2018.00200 Seite 4

der Gemeinde X durch die Rückzahlung der hier strittigen Gebühren kein unverhältnismässiger Nachteil entstehe, werde umso deutlicher, wenn man betrachte, dass im Zeitraum ab der Rechtskraft der Baubewilligung bis zur Einführung der neuen Gebührenpolitik lediglich 102 m<sup>3</sup> Wasser zum noch tieferen Benutzungsgebührentarif von Fr. 1.50/m<sup>3</sup> bezogen worden seien. Hinzukomme, dass die Anschlussleistung für den Bauwasserbezug zu einem separaten Tarif abgerechnet und ebenfalls bezahlt worden sei. Entsprechend seien überhaupt keine Leistungen bezogen worden, welche nicht bereits vollumfänglich bezahlt worden seien. Die Wasseranschlussleistung des Gemeinwesens sei vollumfänglich über die neuen Benutzungsgebührentarife abgegolten. Das finanzielle Risiko der Gemeinde, dass auch weitere Wasseranschlussgebühren zurückerstattet werden müssten, halte sich in einem überschaubaren Rahmen. Aus dem Umstand, dass bisher keine andere Bauherrschaft die Rechtmässigkeit der Wasseranschlussgebühren in Frage stellte, könne der Rekursgegner nichts zu seinen Gunsten ableiten. Schliesslich habe der Rekursgegner mit nachweislich falschen Angaben auf den strittigen Rechnungen bzw. mit dem Hinweis auf einen "Beschluss Nr. 1 des Gebührentarifs vom 1. Januar 2008" verhindert, dass die fehlende Rechtsgrundlage auf den allerersten Blick erkennbar gewesen sei. Es könne nicht angehen, dass der Rekursgegner auf eine fiktive bzw. nicht existente Rechtsgrundlage verweise und dann im Hinblick auf die Nichtigkeit geltend mache, die mangelnde Rechtsgrundlage sei nicht offensichtlich gewesen. 3.2.1. Kausalabgaben bedürfen abgesehen von Kanzleigebühren einer Grundlage in einem formellen Gesetz (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 2795 ff.). Dem Legalitätsprinzip kommt im Abgaberecht eine besondere Bedeutung zu: Das formelle Gesetz muss zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand der Abgabe sowie deren Bemessungsgrundlage nennen. Für gewisse Arten von Kausalabgaben können die Anforderungen an die formellgesetzlichen Vorgaben zur Bemessung gelockert werden, nicht aber jene, die sich auf die Umschreibung des Kreises der Abgabepflichtigen beziehen (Adrian Hungerbühler, Grundsätze des Kausalabgaberechts, ZBl 104/2003, S. 516; BGE 123 I 248, E. 2).

Finanzierung der öffentlichen Wasserversorgung bildet § 29 Abs. 2 WWG die Grundlage dafür, dass die Gemeinden oder die öffentlich erklärten Wasserversorgungsunternehmen für die Benützung der öffentlichen Wasserversorgungsanlagen kostendeckende Anschluss- und Benützungsgelühren oder Benützungsgelühren allein erheben können. Gelühren unterliegen neben dem Gesetzmässigkeitprinzip auch dem Kostendeckungsprinzip und dem Äquivalenzprinzip. Das Kostendeckungsprinzip besagt, dass die Gelühnenerträge für einen bestimmten Verwaltungszweig den Gesamtaufwand nicht oder jedenfalls nicht wesentlich überschreiten dürfen. Hieraus lässt sich indes nicht etwa ableiten, dass für jedes einzelne Geschäft des betreffenden Verwaltungszweiges eine kostendeckende Gelühn erhoben werden kann oder muss. Im Rahmen der anzuwendenden Gelühnenerlasse und der sich aus dem Äquivalenzprinzip ergebenden Schranken sind die Gemeinden bei der Verteilung der Gesamtkosten auf einzelne gelühnspflichtige Handlungen vielmehr relativ frei. Aus dem Äquivalenzprinzip, welches namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung [BV]) konkretisiert, ergibt sich, dass die Höhe der Gelühn im Einzelfall in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der staatlichen Leistung stehen muss. Dieser Wert bestimmt sich nach dem (nicht notwendigerweise wirtschaftlichen) Nutzen, welchen die Leistung dem Pflichtigen bringt, oder aber nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme der Verwaltung im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2758 ff. und 2785 ff.).

3.2.2. Dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip kommt damit im Abgaberecht eine zweifache Bedeutung zu. Einerseits sind die Prinzipien für die Bemessung der Kausalabgaben massgebend, indem sie gewisse Leitlinien zur Festlegung der Abgaben vorsehen bzw. die Abgaben in ihren Höhen begrenzen. Sie dienen mithin dem Schutz der Abgabepflichtigen vor zu hohen Abgaben. Andererseits ist das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip für die Frage entscheidend, welche Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Abgaben zu stellen sind. Das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip ist folglich für die Bemessung der Abgabe und für die Bestimmung der Anforderung an die gesetzliche Grundlage bedeutsam (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann Rz. 2762; Isabelle Häner, Kausalabgaben – R2.2018.00200 Seite 6

Eine Einführung, in: Kausalabgaben, Zürich 2015, S. 1 ff., auch zum Folgenden). Hinsichtlich der Anforderungen an die gesetzliche Grundlage wird davon ausgegangen, dass (im Unterschied zum Kreis der Abgabepflichtigen und zum Gegenstand der Abgabe) die Höhe der Abgabe nicht zwingend im Gesetz im formellen Sinn selbst enthalten sein muss und dem Verordnungsgeber die Detailregelung bezüglich der Höhe der Abgabe überlassen werden kann. Wie weit eine solche Gesetzesdelegation zulässig ist und die Bemessung einer Abgabe der Exekutive überlassen werden kann, hängt zum einen von der Art der Abgabe ab und zum anderen von der Frage, ob das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip zur Anwendung gelangen. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der Delegationsnorm können geringer sein, wenn die betreffende Gelühn durch das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip geprüft werden können.

3.3. Die hier strittigen Gelühren stützen sich auf die von der Gemeindeversammlung X erlassene – und zwischenzeitlich ausser Kraft getretene – Verordnung über die Gelühren der Wasserversorgung vom 29. November 2007 (nachfolgend: Wassergelührenverordnung). Gemäss Art. 1 der Wassergelührenverordnung erhebt die Gemeinde X zur Finanzierung

der öffentlichen Wasserversorgung Anschluss- und Benutzungsgebühren. Nur erstere bilden Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Im Unterschied hierzu sieht die seit dem 1. Januar 2016 in Kraft stehende (und ebenfalls von der Gemeindeversammlung) genehmigte Verordnung über die Wasserversorgung (nachfolgend:

Wasserversorgungsverordnung) vor, dass nur noch Benutzungsgebühren erhoben werden und auf die Erhebung von Anschlussgebühren verzichtet wird (vgl. Art. 56 Wasserversorgungsverordnung). Dem angefochtenen Beschluss lässt sich zur neuen Gebührenpolitik entnehmen, dass die Ausfälle der Anschlussgebühren über einen Staffeltarif und über die generelle Erhöhung des Wasserpreises bzw. der Benutzungsgebühren gedeckt werden sollen (vgl. act. 3, S. 5). Bei den hier strittigen Anschlussgebühren handelt es sich – im Unterschied zu den wiederkehrenden Benutzungsgebühren – um einmalige Gebühren. Sie sind für jeden vor dem 1. Januar 2016 rechtskräftig bewilligten Anschluss an die Wasserversorgung für die Mitbenützung der bestehenden R2.2018.00200 Seite 7

Wasserversorgungsanlagen zu entrichten (vgl. Art. 8 und Art. 9 Ziffer 1 der Wassergebührenverordnung). Mit Rechtskraft der Bau- bzw. Anschlussbewilligung sind 75 Prozent der mutmasslichen Anschlussgebühr als Akontozahlung zu entrichten. Die Schlussabrechnung erfolgt, wenn der Schätzwert der Liegenschaft durch die Gebäudeversicherung des Kantons Zürich bestimmt ist (vgl. Art. 6 Abs. 1 der Wassergebührenverordnung). 3.4. Der für den vorliegenden Rechtsstreit massgebenden Wassergebührenverordnung kommt aufgrund der Genehmigung durch die Gemeindeversammlung der Status eines Gesetzes im formellen Sinne zu. Aus ihr ergibt sich, wie bereits erwähnt, dass für jede neu an das Wasserversorgungsnetz angeschlossene Liegenschaft eine Anschlussgebühr zu entrichten ist. Zahlungspflichtig ist die Grundeigentümerschaft (bzw. die Baurechtsnehmer-, Stockwerkeigentümer- oder Grundeigentümergeinschaft; vgl. Art. 7 der Wassergebührenverordnung). Die Wassergebührenverordnung bestimmt damit den Kreis der Abgabepflichtigen und den Gegenstand der Abgabe. Diesbezüglich sind sich die Parteien einig. Wesentlicher Streitpunkt bildet vorliegend die Frage, ob die Regulierung der Gebührenhöhe den vorstehend genannten Grundsätzen des Abgaberechts (vgl. E. 3.2.1 und E. 3.2.2) genügt. Für die Bemessung der Anschlussgebühr ist gemäss Art. 9 Ziffer 1 der Wassergebührenverordnung der kantonale Gebäudeversicherungswert einer Liegenschaft massgebend. Die Detailregelung der Gebührentarife (bzw. der auf den kantonalen Gebäudeversicherungswert anzuwendende Bemessungsindikator) wurde zulässigerweise dem Gemeinderat als Exekutivorgan überlassen. Gemäss Art. 4 der Wassergebührenverordnung setzt der Gemeinderat den Tarif für die Anschluss- und die Benutzungsgebühren mit öffentlich bekanntzumachenden Beschluss fest. Dieses Modell, wonach ein Gesetz im formellen Sinn die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an den Verordnungsgeber delegiert, ist in der Praxis weit verbreitet, da das Modell aufgrund der erleichterten Abänderbarkeit durch die zuständige Exekutive anstelle der Legislative eine erhöhte Flexibilität hinsichtlich der Anpassung der Tarife gewährleistet. R2.2018.00200 Seite 8

3.5. Von dieser Rechtsetzungskompetenz (bzw. Rechtsetzungspflicht; siehe nachstehend) hat die Gemeindeexekutive hier indes, wie seitens des Rekursgegners anerkannt (vgl. act. 3, S. 4), scheinbar nie Gebrauch gemacht. Der Rekursgegner verkennt, dass das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip den Verordnungsgeber nicht davon entlasten, eine ausreichend bestimmte Regelung zur Gebührenhöhe zu erlassen (vgl.

Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2810; Häner, S. 23). Die genannten Prinzipien können, wie dargelegt, zwar den Detaillierungsgrad, der an eine Delegationsnorm zu stellen ist, herabsetzen (sodass die Detailregelung gewisser Gebührenhöhen nicht im Gesetz im formellen Sinn zu regeln ist, sondern der Exekutive überlassen wird). Auch können die Prinzipien als Leitlinie herangezogen werden, um (materiell) überprüfen zu können, inwiefern der Normgeber die beiden Bemessungsprinzipien berücksichtigt hat (vgl. Häner, S. 13). Eine umfassende Ersatzfunktion in dem Sinne, dass gestützt auf das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip die Gebührentarife überhaupt nicht in einem generell abstrakten Erlass (jedwelcher Hierarchiestufe) genügend bestimmt zu regeln wären, kann den Prinzipien hingegen nicht zukommen. Die Höhe einer Abgabe muss aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit in einer generell abstrakten und genügend bestimmten Rechtsnorm vorgesehen sein, damit eine rechtsgleiche und voraussehbare Gebührenerhebung gewährleistet werden kann (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 2810). Der auf den Gebäudeversicherungswert zu veranschlagende Bemessungsindikator beeinflusst die effektive Höhe der Anschlussgebühren massgeblich. Wenn es der kommunale Normgeber wie hier unterlässt, den zu veranschlagenden Bemessungsindikator festzulegen, verbleibt den rechtsanwendenden Behörden bei der Erhebung der Anschlussgebühren ein derart grosser Spielraum, dass die zu erwartenden Anschlussgebühren für die Zahlungspflichtigen nicht voraussehbar sind. Ob die hier strittigen Gebühren inhaltlich, mithin materiell zu Recht erhoben wurden, spielt unter diesem Gesichtspunkt keine Rolle. Generell-abstrakte Rechtsnormen, welche die Höhe der zu erhebenden Anschlussgebühren genügend bestimmt festlegen und im Sinne von Art. 4 der Wassergebührenverordnung mit öffentlich bekanntzumachenden Beschluss des Gemeinderates festzusetzen sind, existieren vorliegend keine. Weder bei der zwischenzeitlich ausser Kraft getretenen und damit klar-

R2.2018.00200 Seite 9

erweise nicht (mehr) einschlägigen Wasserversorgungsverordnung vom 16. März 1970 (welche seinerzeit vorsah, dass Anschlussgebühren im Umfang von 1 % des kantonalen Gebäudeversicherungswertes zu entrichten waren; vgl. act. 4.9) noch bei der Weisung des Gemeinderates vom 26. März 2012 (in welcher darauf hingewiesen wird, dass "[...] zurzeit für die Wasseranschlussgebühren 1 % [...] der Gebäudeversicherungssumme verrechnet" werden; vgl. act. 4.8) handelt es sich um für die hier strittige Gebührenerhebung einschlägige generell-abstrakte Rechtsnormen. Auch der rekursgegnerische Hinweis auf den Revisionsbericht des kantonalen Gemeindeamts, wonach bei der Überprüfung der kommunalen Gebührenpraxis offenbar keine Beanstandungen festgestellt wurden, vermag offensichtlich nicht als genügende Rechtsgrundlage oder als Indiz für eine solche herhalten. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass es der kommunale Normgeber vorliegend versäumt hat, die Höhe der Wasseranschlussgebühren genügend bestimmt festzulegen. Es liegt eine Verletzung des Legalitätsprinzips vor. Der alleinige Umstand, dass die hier strittigen Anschlussgebühren nach Ansicht des Rekursgegners das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip inhaltlich respektieren, vermag eine genügend bestimmte und generell-abstrakte Regelung der Gebührenhöhe nicht zu ersetzen. 3.6. Mit Blick auf den hier angefochtenen Beschluss hat die fehlende Detailregulierung der Gebührentarife entgegen der Ansicht des Rekurrenten indes nicht zur Folge, dass die strittige Gebührenerhebung nichtig ist. Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, wird nur angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird.

Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwerwiegende Verfahrensfehler in Betracht (BGE 129 I 361, E. 2.1; BGE 122 I 97, E. 3a/aa; vgl. zudem die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1105 ff.). Selbst bei schwerwiegenden Verfahrensmängeln wird Nichtigkeit allerdings praxisgemäss nur zurückhaltend angenommen. R2.2018.00200 Seite 10

Eine Verfügung, die sich auf eine fehlende gesetzliche Grundlage stützt, kann zweifelsohne einen gravierenden inhaltlichen Mangel darstellen, der zur Nichtigkeit der betreffenden Verfügung führen kann. Dieser Mangel liegt insbesondere dann schwer, wenn die zur Diskussion stehende staatliche Anordnung mit einem Eingriff in die Freiheitsrechte verbunden ist. Auch in derlei rechtsstaatlich sensiblen Bereichen ist indes im Einzelfall zu prüfen, wie schwer der umstrittene staatliche Eingriff in die Rechtsgüter wiegt. Vorliegend sind Geldleistungen umstritten, die zur Deckung von staatlichen Leistungen (Gewährleistung der öffentlichen Wasserversorgung) erhoben wurden. Kausalabgaben dienen dazu, Kosten zu decken, die dem Staat dadurch entstehen, dass er den Abgabepflichtigen eine Leistung erbringt oder einen Vorteil einräumt. Anschlussgebühren sind öffentlich-rechtliche Abgaben der Grundeigentümer an die Erstellungskosten des Wassernetzes als Gegenleistung dafür, dass sie das Recht erhalten, die Versorgungsanlage zu benutzen (vgl. BGr 2C\_153/2007 vom 10. Oktober 2007, E. 4). Für die hier strittige Gebührenerhebung als solche besteht, wie dargelegt, eine hinreichende gesetzliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn (vgl. Art. 8 der Wassergebührenverordnung). Auch die Tatsache, dass dem Rekurrenten eine Zahlungspflicht zukommt und er die staatliche Dienstleistung nicht unentgeltlich in Anspruch nehmen kann, ist formell gesetzlich vorgesehen (vgl. Art. 7 der Wassergebührenverordnung), ebenso wie der Umstand, dass der kantonale Gebäudeversicherungswert als Grundlage für die Gebührenerhebung heranzuziehen ist (vgl. Art. 9 Ziffer 1 der Wassergebührenverordnung). Unter Berücksichtigung der dargelegten Gegebenheiten und dem Umstand, dass die hier effektiv erhobenen Gebühren materiell betrachtet nicht in einem Missverhältnis zur staatlichen Leistung stehen (siehe hierzu E. 3.9), wiegt der inhaltliche Mangel nicht derart schwer, als dass er die Nichtigkeit der hier strittigen Gebührenerhebung zur Folge hätte. Ob der Mangel erkennbar war, ist damit nicht weiter zu beurteilen, fehlt es vorliegend für die Annahme der Nichtigkeit doch bereits an einem besonders schwerwiegenden Mangel. 3.7. Dem rekurrentischen Dafürhalten, dass vorliegend die Voraussetzungen für einen sogenannten Appellentscheid nicht greifen würden, ist im Ergebnis zuzustimmen. Diese im Ergebnis geteilte Auffassung ist indes nicht – wie seitens des Rekurrenten vorgebracht – darauf zurückzuführen, dass der R2.2018.00200 Seite 11 politischen Gemeinde X durch die Rückzahlung der strittigen Wasseranschlussgebühren kein unverhältnismässiger Nachteil entstünde. Gemäss der Rechtsprechung kann ein Gericht (oder eine andere Rechtsmittelinstanz) von der Aufhebung eines auf verfassungswidriger rechtlicher Grundlage beruhenden Entscheids absehen, wenn durch die unverzügliche Nichtanwendung der dem Entscheid zugrundeliegenden Normen nicht bloss ein verhältnismässig unbedeutendes Regelungsdefizit entstünde, sondern ein eigentlich rechtsfreier Raum. Der Verzicht auf die sofortige Aufhebung einer angefochtenen Norm bzw. deren einstweilige Weiteranwendung trotz festgestellter Verfassungswidrigkeit kann somit ausnahmsweise gerechtfertigt oder sogar geboten sein, wenn andernfalls dem

Gemeinwesen oder den Betroffenen ein unverhältnismässiger Nachteil entstünde, indem zum Beispiel ein ganzes Regelungssystem aus den Angeln gehoben würde, eine wichtige öffentliche Aufgabe bis auf Weiteres nicht mehr oder nicht mehr zufriedenstellend erfüllt werden könnte oder durch die Kassierung eine frühere, ebenfalls verfassungswidrige Ordnung wieder aufleben würde. Die Schwere der Verfassungsverletzung ist mitzuberücksichtigen. Ein Appellentscheid setzt weiter voraus, dass das Gericht nicht in der Lage oder berufen ist, die mangelhafte Norm durch eine eigene, bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers geltende Anordnung zu ersetzen (vgl. VB.2009.00048 vom 4. Juni 2009, E. 3.3.1 mit weiteren Hinweisen). Derlei steht vorliegend nicht zur Diskussion. Wie dargelegt hat es der kommunale Normgeber versäumt, die Gebührenhöhe rechtsatzmässig genügend bestimmt festzulegen. Aus diesem Grund ist es deshalb auch nicht möglich, eine (inexistente) verfassungswidrige Norm in Form eines Appellentscheids einstweilen weiter anzuwenden. Das Instrument des Appellentscheids ist für die vorliegenden Sachumstände unpassend. 3.8. Unter diesen Umständen stellt sich die Frage, ob und wie die dargelegte Regelungslücke gerichtlich aufzufangen ist. Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine Antwort enthält. Bevor eine solche Lücke angenommen wird, ist durch Auslegung zu ermitteln, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht als so genanntes qualifiziertes Schweigen zu verstehen ist. Diesfalls hat der Gesetzgeber ei-

R2.2018.00200 Seite 12  
ne Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend (negativ) mitentschieden. Lehre und Rechtsprechung unterscheiden zwischen echten und unechten Lücken. Eine echte Lücke liegt vor, wenn ein Gesetz für eine Frage, ohne deren Beantwortung die Rechtsanwendung nicht (vollständig) möglich ist, keine Regelung enthält. Bei der unechten Lücke gibt die gesetzliche Regelung zwar auf alle Fragen, die sich bei der Rechtsanwendung stellen, eine Antwort; weil die Regelung aber zu einem sachlich gänzlich unbefriedigenden Resultat führt, wird sie als lückenhaft empfunden. Das Rechtsverweigerungsverbot verpflichtet die rechtsanwendende Behörde, echte Lücken zu füllen, während das Legalitätsprinzip es grundsätzlich untersagt, unechte Lücken zu schliessen. Eine neuere Auffassung verzichtet auf die Unterscheidung zwischen echter und unechter Lücke und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Behörden behoben werden darf. Das Bundesgericht hat diesen Lückenbegriff übernommen und nimmt eine vom Gericht zu schliessende Lücke stets dann an, wenn die gesetzliche Regelung nach den dem Gesetz zu Grunde liegenden Wertungen und Zielsetzungen als unvollständig und daher ergänzungsbedürftig betrachtet werden muss (BGE 102 Ib 224 f., E. 2). Diesfalls ist der Richter zur Lückenfüllung berechtigt und verpflichtet (vgl. zum Ganzen Häfelin/ Müller/ Uhlmann, Rz. 201 ff.). Vorliegend lässt der kommunale Normgeber eine wesentliche Frage offen, die nach der Zwecksetzung der Wassergebührenverordnung hätte geregelt werden müssen. Die Wassergebührenverordnung bezweckt, die Finanzierung der öffentlichen Wasserversorgung in der Gemeinde X sicherzustellen. Will der kommunale Gesetzgeber gewährleisten, dass die Kosten für die Erstellung, den Betrieb und den Unterhalt der öffentlichen Wasserversorgungsanlagen gedeckt werden (vgl. Art. 3 der Wassergebührenverordnung), indem zu diesem Zweck nicht nur wiederkehrende Benutzungsgebühren, sondern (bis zum Inkrafttreten der Wasserversorgungsverordnung) auch einmalige Anschlussgebühren erhoben werden, müssen die zu erhebende Anschlussgebühren genügend bestimmt festgelegt sein. Hierüber bleibt der kommunale Normgeber indes planwidrig eine Antwort schuldig. Von einem qualifizierten Schweigen des Normgebers kann offensichtlich nicht ausgegangen werden,

da der formelle Gesetzgeber die Beantwortung R2.2018.00200 Seite 13

dieser Frage bewusst und zulässigerweise dem Verordnungsgeber überlassen hat und er die Beantwortung dieser Frage gerade nicht absichtlich ungeregelt lassen wollte (vgl. Art. 4 der Wassergebührenverordnung). Die rekursgegnerische Ansicht, dass es, so die Argumentation im vorliegenden Verfahren, nicht zwingend eine Detailregelung der Anschlussgebührenhöhe brauche, weil sich die Gebührenhöhe anhand des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips bestimmen lasse, ist angesichts des klaren Rechtsetzungsauftrags gemäss Art. 4 der Wassergebührenverordnung unverständlich. Der Wassergebührenverordnung selbst lässt sich durch Auslegung keine Antwort entnehmen, wie die Gebühren im Detail zu berechnen sind bzw. welcher Bemessungsindikator auf den Gebäudeversicherungswert einer Liegenschaft zu veranschlagen ist. Die Gesetzes- bzw. Verordnungslage erweist sich als planwidrig unvollständig. Bei diesem Ergebnis bleibt zu prüfen, ob und inwieweit das Baurekursgericht diese (echte) Lücke füllen darf. Dem Gebot der richterlichen Lückenfüllung gemäss Art. 1 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB) kommt grundsätzlich umfassende Geltung zu (vgl. Susan Emmenegger/Axel Tschentscher, in: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, Art. 1 Rz. 115 ff.). Einer der wichtigsten Grundsätze im Steuer- und Abgaberecht stellt, wie dargelegt, das in Art. 127 Abs. 1 BV verankerte Legalitätsprinzip dar. Die Bestimmung gilt gemäss ihrem Wortlaut nur für Steuern, d.h. für voraussetzungslos geschuldete Geldleistungen. Dessen ungeachtet unterstellt das Bundesgericht aber auch kantonale Kausalabgaben dem strengen Legalitätsprinzip (mit Lockerungen bei gewissen Arten von Kausalabgaben; vgl. Giovanni Biaggini, in: Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 127 Rz. 5 ff.). Während die ältere Lehre und Praxis davon ausging, dass im Bereich des Abgaberechts die richterliche Lückenfüllung aufgrund des steuerrechtlichen Legalitätsprinzips gänzlich unzulässig sei, gilt diese Auffassung heute grundsätzlich als überholt (vgl. Emmenegger/Tschentscher, Art. 1 Rz. 120 ff. mit weiteren Hinweisen). Wenn wie hier der Gegenstand der Abgabe, der Kreis der Abgabepflichtigen und die hauptsächliche Bemessungsgrundlage der Abgabe (Gebäudeversicherungswert) – mithin die wesentlichen Teilaspekte des Legalitätsprinzips gemäss Art. 127 Abs. 1 BV –

R2.2018.00200 Seite 14

im Gesetz im formellen Sinn geregelt sind, erscheint es nicht im Widerspruch zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben (sondern auch aus Billigkeitsgründen geboten; siehe nachstehend), die noch verbleibende Regelungslücke (Bestimmung des auf den Gebäudeversicherungswert anzuwendenden Bemessungsindikators) richterlich zu füllen. Unter dem Gesichtspunkt des Legalitäts- bzw. Gewaltenteilungsprinzips gilt es allgemein zu berücksichtigen, dass im Rahmen der hier zur Diskussion stehenden Lückenfüllung nicht in den Zuständigkeitsbereich des formellen Gesetzgebers eingegriffen wird, sondern das Gericht anstelle des säumigen Verordnungsgebers tätig wird. Dessen ungeachtet ist der Umstand, dass die Festsetzung eines auf den Gebäudeversicherungswert anzuwendenden Bemessungsindikators im Zuge des Rechtssetzungsprozesses (der im Nachgang zum Bundesgerichtsurteil BGr 2C\_150/2007 vom 9. August 2007 von Grund auf in die Wege zu leiten war) vergessen werden konnte, angesichts des klaren Rechtsetzungsauftrags gemäss Art. 4 der Wassergebührenverordnung unbegreiflich. Würde diese Regelungslücke indes nicht geschlossen, könnte die Bestimmung gemäss Art. 9 Ziffer 1 der Wassergebührenverordnung (welche für die vor dem 1. Januar 2016 rechtskräftig bewilligten Neuanschlüsse

immer noch Bedeutung hat) nicht angewendet werden bzw. könnte die Anschlussgebührenpflicht nicht vollzogen werden, womit letztlich dem Sinn und Zweck der Wassergebührenverordnung, nämlich, die kommunale Wasserversorgung (bis zum Inkrafttreten der neuen Wasserversorgungsverordnung auf den 1. Januar 2016) durch Benutzungsgebühren und Anschlussgebühren zu finanzieren, nicht entsprochen werden könnte. Aus den Akten erschliesst sich nicht, ob die Gemeinde X weitere (verbleibende) Einnahmen aus Anschlussgebühren erwartet und wie hoch diese zu beziffert sind. Auch ist unklar, ob nebst dem Rekurrenten allenfalls auch noch weitere Rechnungsadressaten Rückforderungsbegehren stellen könnten und ob diese im Rahmen eines Rekursverfahrens zu hören wären. Allein der hier strittige und augenscheinlich sehr hohe Betrag von Fr. 158'691.-- Anschlussgebühren macht indes deutlich, dass die Finanzplanung der Wasserversorgungswerke massgeblich bereits vom Ausfall einzelner Gebührenerhebungen betroffen sein kann – dies insbesondere dann, wenn, wie hier, die kommunale Gebührenpraxis scheinbar seit längerer Zeit nicht kostendeckend ist (vgl. act. 7, S. 4). Hat sich eine Gemeinde wie hier während eines gewissen Zeitraums für ein Gebührenmodell bestehend aus Anschluss- und Benutzungsgebühren entschieden, machen Anschlussgebühren einen wesentlichen Bestandteil im Finanzhaushalt der Wasserversor-

R2.2018.00200 Seite 15

gungswerke aus – dies auch dann, wenn ein solches Finanzierungsmodell zu einem späteren Zeitpunkt (wie hier mit der Inkraftsetzung der Wasserversorgungsverordnung per 1. Januar 2016 geschehen) aufgehoben wird. Soll eine neue Gebührenpolitik eingeführt werden, muss zunächst Klarheit darüber bestehen, welche bisherigen und noch zu erwartenden Einnahmen gestützt auf das "alte" Gebührenregime einkalkuliert werden können (beispielsweise auch als mögliche Reserven für spätere Infrastrukturinvestitionen). Ohne diese Angaben lassen sich neue Gebührentarife nicht vernünftig festsetzen, müssen die Wasserversorgungswerke doch auf die noch zu erwartenden Einnahmen gemäss dem alten Gebührenregime abstellen können. Aus diesem Grund greift die Argumentation des Rekurrenten, er finanziere (wie jeder andere Grundeigentümer auch, der seit dem 1. Januar 2016 erhöhte Benutzungsgebühren bezahle) über die nunmehr erhöhten Benutzungsgebühren den Anschluss an die Wasserversorgung, zu kurz. Zusammengefasst erweist sich die Gesetzes- bzw. Verordnungslage gemessen an der Zielsetzung der Wasserversorgungsverordnung als unvollständig und ergänzungsbedürftig. 3.9. Gemäss Art. 1 Abs. 2 ZGB soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. In diesem Lichte betrachtet drängt es sich vorliegend auf, die Höhe der Anschlussgebühren lückenfüllend in gleicher Weise zu regeln, wie es (unstrittig) jahrelang in der Gemeinde X praktiziert wurde, so dass die Anschlussgebühren mit 1 % des kantonalen Gebäudeversicherungswertes zu veranschlagen sind. Ob die grundsätzlich sehr strengen Voraussetzungen für die Annahme von Gewohnheitsrecht vorliegend erfüllt sind, kann offengelassen werden (zumindest scheint die zeitliche Dauer der über mehrere Jahre scheinbar so gehandhabten Gebührenpraxis und der Umstand, dass keine weiteren Zahlungspflichtigen die Behördenpraxis je in Frage stellten, die Begründung von Gewohnheitsrecht nicht vorderhand auszuschliessen). Sachlich führt die Lückenfüllungsmethode im einen wie im anderen Fall (d.h. nach Gewohnheitsrecht und nach freier richterlicher Rechtsfindung) zum selben Ergebnis. Anschlussgebühren mit 1 % des kantonalen Gebäudeversicherungswertes zu veranschlagen ist ohne Weiteres üblich und steht materiell nicht im Widerspruch zum übergeordneten Recht bzw. dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip.

In diesem Sinne ist die Wasseranschlussgebühr auf 1 % der von der Kantonalen Gebäudeversicherung geschätzten Gebäudeversicherungssumme zu bemessen. Dies entspricht den hier mit Rechnungen vom 12. Februar 2015 und 16. Februar 2018 veranschlagten Gebührentarifen. Im Ergebnis erweisen sich die rekurrentischen Vorbringen damit als unbegründet, wenn auch die Beanstandungen hinsichtlich der mangelhaften Rechtsgrundlage nach Massgabe der vorstehenden Erwägungen klarerweise berechtigt sind.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. 5.1. Gemäss § 13 Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Kosten, die ein Beteiligter durch Verletzung von Verfahrensvorschriften oder durch nachträgliches Vorbringen von Tatsachen oder Beweismitteln verursacht, die er schon früher hätte geltend machen können, sind ihm ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens zu überbinden. Damit verlangt das Gesetz in erster Linie, die Kosten des Rekursverfahrens den Verfahrensbeteiligten gemäss ihrem Unterliegen zu überbinden. Das Obsiegen (als Gegenstück zum Unterliegen) wird grundsätzlich daran gemessen, ob und in welchem Umfange die anfechtende Partei mit ihrem Rechtsmittel zum Nachteil der Gegenpartei eine Änderung der angefochtenen Anordnung bewirkt. Massgebend sind die gestellten Anträge. Auf die Begründetheit einzelner Rügen kommt es nicht an (Kaspar Plüss, in: Kommentar VRG, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, § 13 Rz. 50 f.). Nebst dem Unterliegerprinzip sind die Verfahrenskosten ausnahmsweise (auch) gemäss dem Verursacherprinzip zu verlegen. Dies einerseits in den im Gesetz explizit genannten Fällen; andererseits aber auch in Fällen, in denen ein Beteiligter Verfahrenskosten durch anderes schuldhaftes oder ordnungswidriges Verhalten verursacht hat. Nach dem Verursacherprinzip können sowohl Vorinstanzen wie auch private Parteien kostenpflichtig werden (zur Kasuistik vgl. Plüss, § 13 Rz. 58 ff.). Der Umfang der Kostenauflege ist regelmässig auf die durch das Verhalten des Beteiligten verursachten

R2.2018.00200 Seite 17

Kosten beschränkt, was ohne weiteres auch zu einer vollumfänglichen Kostenbelastung des Verursachers führen kann. Da die Kostenverlegung nach dem Unterlieger- bzw. Verursacherprinzip mit einer gewissen Starrheit behaftet ist und im Einzelfall zu unbilligen Ergebnissen führen kann, verbleibt der anordnenden Behörde ein Spielraum, um bei besonderen Umständen die Kosten nach Gesichtspunkten der Billigkeit aufzuerlegen (zur Kasuistik vgl. Plüss, § 13 Rz. 64). Weil es der Rekursgegner vorliegend versäumt hat, seinen Rechtsetzungspflichten rechtsgenügend nachzukommen und er damit das vorliegende Verfahren massgeblich verursacht hat, rechtfertigt es sich, dem Rekursgegner die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Nach § 338 Abs. 1 des Planungs- und Baugesetzes (PBG) bzw. § 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts (GebV VGr) legt das Baurekursgericht die Gerichtsgebühr nach seinem Zeitaufwand, nach der Schwierigkeit des Falls und nach dem bestimmbaren Streitwert oder dem tatsächlichen Streitinteresse fest. Liegt wie hier ein Verfahren mit bestimmbarem Streitwert vor, beträgt die Gerichtsgebühr in der Regel Fr. 500.-- bis Fr. 50'000.-- (§ 338 Abs. 2 PBG; § 3 Abs. 1 GebV VGr). Der vorliegende Streitwert von Fr. 158'691.-- hält sich innerhalb des Streitwertrahmens von Fr. 100'000.-- bis Fr. 250'000.--, womit der massgebliche Gebührenrahmen Fr. 6'000.-- bis Fr. 10'000.-- beträgt. Demzufolge sowie mit Blick auf die Schwierigkeit des Falls und den Zeitaufwand des Gerichts ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 6'000.-- festzusetzen. 5.2. Der

Rekurrent beantragt die Zusprechung einer Umtriebsentschädigung. Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG kann im Rekursverfahren und im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung für die Umtriebe der Gegenpartei verpflichtet werden, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistandes rechtfertigte. Die Bemessung der Umtriebsentschädigung richtet sich nach § 8 GebV VGr. R2.2018.00200 Seite 18

Einer nicht durch einen Rechtsbeistand vertretenen Partei entstehen im Allgemeinen keine Rechtsverfolgungskosten, die zu entschädigen wären. Eine Umtriebsentschädigung ist ihr demnach nur dann zuzusprechen, wenn die Grenzen des im Verwaltungsrechtspflegeverfahren Üblichen und Zumutbaren durch anderweitigen Aufwand deutlich überschritten wurden. In der Regel ist das Vorliegen eines solchen Aufwandes zu verneinen. Ausnahmsweise werden Umtriebsentschädigungen nicht nach dem Unterliegerprinzip auferlegt, sondern nach dem Verursacherprinzip oder nach Gesichtspunkten der Billigkeit (vgl. Plüss, § 17 Rz. 25). Vorliegend kam der Rekursgegner seinen Rechtsetzungspflichten nicht nach und löste damit ein vermeidbares Rekursverfahren aus. Da der Rekurrent für das vorliegende Verfahren einen besonderen Aufwand betreiben musste, drängt es sich vorliegend auf, den Rekursgegner zu verpflichten, dem Rekurrenten eine Umtriebsentschädigung von Fr. 2'500.-- zu bezahlen. [...]. R2.2018.00200 Seite 19

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.