

# Kommunalrecht Baden-Württemberg

Dietlein / Pautsch

2020

ISBN 978-3-406-74753-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

9998, 41835), **Theater** (VGH Mannheim NJW 2004, 624), **Volksfeste** (VG Freiburg BeckRS 9998, 31455 = NVwZ-RR 2002, 139), **Räume in Schulen**, sofern sie **für außerschulische Veranstaltungen** zur Verfügung gestellt werden (VGH Mannheim BeckRS 2007, 27395) oder **Internet-Domains** (VGH NRW BeckRS 2015, 46869).

### III. Gegenbeispiele

Keine öffentlichen Einrichtungen sind nach der Rechtsprechung Amtsblätter, da diese nicht in erster Linie den Einwohnern dienen, sondern der **Aufgabenerfüllung der Gemeinde** (VGH Mannheim VBIBW 1996, 101). Dies mag für den amtlichen Teil richtig sein, für den nicht amtlichen Teil, der auch örtlichen Vereinen für ihre Bekanntmachungen zur Verfügung steht, ist das aber nicht zutreffend und mit der Rechtsprechung zu Plakatschlagtafeln oder Schaukästen auch nicht in Einklang zu bringen. Auch Rathäuser und sonstige Gebäude, die **ausschließlich Verwaltungszwecken dienen**, sind keine öffentlichen Einrichtungen, weil sie nicht der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind (AHN Gemeindeordnung BW Rn. 5). Sollten allerdings Teile dieser Einrichtungen auch den Einwohnern zur Verfügung stehen wie zum Beispiel Sitzungssäle, die für private Veranstaltungen wie Empfänge bei Hochzeiten vermietet werden, liegt für diesen Teil eine öffentliche Einrichtung vor (Kunze/Bronner/Katz Rn. 15). Keine öffentlichen Einrichtungen sind ferner die **im Gemeingebrauch stehenden Sachen**. Das sind in erster Linie die öffentlichen Straßen, Wege und Plätze, deren Benutzung nach der Widmung (§ 5 BWStrG) nicht nur den Einwohnern, sondern allen Verkehrsteilnehmern offensteht. Gleiches gilt für den Gemeindewald, § 37 Abs. 1 S. 1 BWLWaldG. Einrichtungen und **Sachen, die der öffentlichen Sicherheit** und somit allen Menschen **dienen** wie Feuerwehr oder Straßenbeleuchtung, sind ebenfalls keine öffentlichen Einrichtungen. Bei der Feuerwehr gilt dies auch dann, wenn sie in anderen Notlagen iSv § 2 Abs. 2 BWFwG für die Einwohner tätig wird, da nach § 2 Abs. 3 BWFwG durch ein solches Tätigwerden keine Rechtsansprüche begründet werden. **Einmalige Veranstaltungen** wie zB eine 750-Jahr-Feier, die von der Gemeinde veranstaltet wird, sind keine öffentlichen Einrichtungen, denn schon der Begriff der Einrichtung setzt eine gewisse Nachhaltigkeit voraus.

### IV. Schaffung öffentlicher Einrichtungen

#### 1. Pflicht zur Schaffung

Nach dem Wortlaut des Abs. 2 („Die Gemeinde schafft (...)“) besteht eine **Verpflichtung der Gemeinde, öffentliche Einrichtungen zu errichten** und den Einwohnern bereitzustellen. Zuständig für die Entscheidung über die Errichtung, wesentliche Erweiterung und Aufhebung von öffentlichen Einrichtungen ist der Gemeinderat, der diese Aufgabe nach § 39 Abs. 2 Nr. 11 auch nicht delegieren kann. Welche öffentlichen Einrichtungen zu schaffen sind, ist gesetzlich nicht festgelegt und die Verpflichtung zur Schaffung besteht auch nicht unbegrenzt, sondern iRd Leistungsfähigkeit der Gemeinde. Deshalb entscheidet der Gemeinderat grundsätzlich nach **pflichtgemäßem Ermessen** hierüber (VG Karlsruhe BeckRS 2004, 23970 mwN). Da es öffentliche Einrichtungen sowohl im Bereich der freiwilligen Aufgaben (Theater, Schwimmbäder) als auch im Bereich der Pflichtaufgaben (Wasser, Abwasser, Friedhöfe) gibt, haben die Gemeinden allerdings oftmals kein freies Ermessen mehr, welche öffentlichen Einrichtungen sie schaffen bzw. aufrechterhalten, da die Erfüllung der Pflichtaufgaben vorrangig gewährleistet sein muss (Kunze/Bronner/Katz Rn. 13). Außerdem kann aus dem Grundsatz der Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG), der auch die Verpflichtung der Gemeinden enthält, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wahrzunehmen, die freie Entscheidung über die Beibehaltung öffentlicher Einrichtungen eingeschränkt sein. Gibt eine Gemeinde die als öffentliche Einrichtung betriebene Veranstaltung eines Weihnachtsmarkts an einen Privaten weiter, darf sie sich dieser öffentlichen Einrichtung nicht vollständig entledigen. Sie muss sich zumindest Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeiten vorbehalten (BVerwG BeckRS 2009, 38030).

## 2. Kein Anspruch der Einwohner auf Schaffung/Aufrechterhaltung

- 10 Weder im Bereich der Pflichtaufgaben noch bei den freiwilligen Aufgaben gibt es einen Rechtsanspruch der Einwohner auf Schaffung oder Aufrechterhaltung einer öffentlichen Einrichtung. § 10 Abs. 2 vermittelt nur ein **subjektives Recht auf Benutzung** einer bestehenden Einrichtung (→ Rn. 12), nicht aber auf deren Existenz (VGH Mannheim NVwZ-RR 1990, 502; VG Karlsruhe BeckRS 2004, 23970). Lediglich dann, wenn sich aus der gesetzlichen Regelung klar ergibt, dass es sich um Pflichten handelt, die auch im individuellen Interesse der Einwohner liegen, kann ein klagbares Recht auf Schaffung einer öffentlichen Einrichtung zu bejahen sein (VGH Mannheim VBIBW 1971, 106 für den Fall künstlicher Rinderbesamung). Dies muss im Hinblick auf die Entscheidungsfreiheit des Gemeinderats aber auf absolute Ausnahmefälle begrenzt werden.

## 3. Widmung

- 11 Eine Einrichtung wird erst dann zu einer öffentlichen Einrichtung, wenn sie von der Gemeinde zu einem bestimmten Zweck gewidmet wird. Die **Widmung** ist Voraussetzung für den Nutzungsanspruch seitens der Einwohner, gibt gleichzeitig aber auch die Grenzen des Anspruchs vor (→ Rn. 20). Eine bestimmte Form ist gesetzlich nicht vorgegeben, sodass die Widmung durch einen einfachen Beschluss des Gemeinderats, durch eine Benutzungsordnung oder durch eine entsprechende Vergabepraxis seitens der Verwaltung erfolgen kann, selbst wenn diese frühere Beschlüsse des Gemeinderats erweitert (VGH Mannheim BeckRS 1997, 23428). Die tatsächliche Nutzungsmöglichkeit ist ein Indiz für eine entsprechende Widmung; sie muss allerdings auch hier über seltene Ausnahmefälle hinausgehen (VGH Mannheim VBIBW 1989, 26 für den Fall gelegentlicher Überlassung von Festhallen für Übernachtungszwecke wie etwa bei großen Sportveranstaltungen).

## V. Anspruch auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung

### 1. Berechtigter Personenkreis

- 12 Da nach § 10 Abs. 2 die **Einwohner** (→ Rn. 1) berechtigt sind, die bestehenden öffentlichen Einrichtungen zu benutzen, ergibt sich für sie ein **einklagbarer Anspruch**. Den Einwohnern **gleichgestellt** sind nach Abs. 3 diejenigen Personen, die in der Gemeinde ein **Grundstück besitzen oder ein Gewerbe betreiben**, auch wenn sie nicht in der Gemeinde wohnen. Da es nach dem Wortlaut auf den Besitz ankommt, können also auch Mieter oder Pächter von Grundstücken anspruchsberechtigt sein. Dieser Anspruch gilt allerdings nur in Bezug auf diejenigen öffentlichen Einrichtungen, die in der Gemeinde für Grundbesitzer oder Gewerbetreibende bestehen. Das sind für Grundbesitzer in erster Linie die der Versorgung dienenden Einrichtungen wie Wasser, Abwasser oder Strom. Für Gewerbetreibende könnten das beispielweise Möglichkeiten sein, auf Plakatafeln oder Internetseiten der Gemeinde mit dem eigenen Gewerbebetrieb präsent zu sein.
- 13 Ebenfalls gleichgestellt sind die **juristischen Personen** des öffentlichen und des privaten Rechts und die **nicht rechtsfähigen Personenvereinigungen**. Da diese nicht „wohnen“, kommt es stattdessen auf deren Sitz bzw. Grundbesitz in der Gemeinde oder ergänzend auf den räumlichen Schwerpunkt der Tätigkeit an (VGH Mannheim NVwZ-RR 1989, 135 = ESVG 38, 220).

### 2. Ortsfremde Personen

- 14 **Ortsfremde** Personen oder Personenvereinigungen haben grundsätzlich keinen Anspruch auf Benutzung der öffentlichen Einrichtungen. Stellt allerdings die Gemeinde in ständiger Übung die öffentlichen Einrichtungen auch Ortsfremden zur Verfügung, haben auch diese zumindest einen **Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung**, die den Grundsätzen des Art. 3 Abs. 1 GG genügen muss (VGH Mannheim BeckRS 2003, 24207). Folglich kann ein Anspruch auf Zulassung zu der öffentlichen Einrichtung gegeben sein, wenn keine sachlichen Gründe vorliegen, die eine ablehnende Entscheidung rechtfertigen. Solche sachlichen Gründe könnten etwa darin liegen, dass vor der Zulassung ein Vergabeverfahren unter mehreren Bewerbern durchgeführt wird (VGH Mannheim BeckRS 2003, 24207).

### 3. Ansprüche von politischen Parteien

Auch politische Parteien können einen Anspruch auf Überlassung öffentlicher Einrichtungen (insbesondere Stadthallen bzw. andere Veranstaltungsorte) haben. Wenn es sich nicht um in der Gemeinde ansässige Ortsverbände handelt, die ihren Anspruch aus Abs. 4 ableiten können, ergibt sich der Anspruch der Parteien aus § 5 Abs. 1 PartG iVm Art. 3 Abs. 1 und 3 sowie Art. 21 GG, denn es ist notwendig, **Parteien gleich zu behandeln**, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt seine öffentlichen Einrichtungen Parteien zur Verfügung stellt (VGH Mannheim BeckRS 2014, 57510). Hier spielen in der Praxis der Widmungszweck und die vergangene Vergabepaxis eine ganz maßgebliche Rolle (→ Rn. 20).

### 4. Gemeinde als Anspruchsgegnerin

Der Anspruch richtet sich gegen die **Gemeinde** als Träger der öffentlichen Einrichtung; die interne Zuständigkeit (Gemeinderat, ggf. Ortschaftsrat oder Bürgermeister) folgt den allgemeinen Regeln insbesondere im Hinblick auf Geschäfte der laufenden Verwaltung. Wird die öffentliche Einrichtung nicht von der Gemeinde selbst, sondern von einer juristischen Person des öffentlichen Rechts wie einem Zweckverband oder einer juristischen Person des Privatrechts wie einer GmbH betrieben, bleibt die Gemeinde auch hier aus Abs. 2 S. 2 verpflichtet. Der Anspruch ist dann auf **Einflussnahme der Gemeinde gegenüber dem Träger der Einrichtung** gerichtet, um die Zulassung zur öffentlichen Einrichtung zu bewirken, zum Beispiel durch Weisung gegenüber dem Geschäftsführer einer Stadthallen-GmbH, einen Benutzungsvertrag abzuschließen. Sofern die Gemeinde in der Gesellschaft oder dem Zweckverband keine Stimmenmehrheit hat, sollte sie sich zur Sicherung des Anspruchs aus Abs. 2 S. 2 Einwirkungsmöglichkeiten vorbehalten (→ Rn. 17). In einem Zweckverband oder in einer privatrechtlichen Gesellschaft, in denen die kommunalen Mitglieder die Mehrheit haben (was bei einem Zweckverband wegen § 13 Abs. 2 S. 3 GKZ zwingend ist), ist eine entsprechende Regelung einer Einwirkungsmöglichkeit allerdings entbehrlich. Hier besteht die Verpflichtung der anderen kommunalen Mitglieder, den Anspruch der Einwohner beteiligter Gemeinden durch zustimmende Entscheidung in der Verbands- bzw. Gesellschafterversammlung zu ermöglichen. Dies folgt aus der Pflicht der Gemeinden zum rechtmäßigen Handeln in Verbindung mit der Treuepflicht der Gesellschafter bzw. Verbandsmitglieder untereinander.

Bei einer vollständigen Übertragung einer öffentlichen Einrichtung (Weihnachtsmarkt) an einen privaten Betreiber, an dem die Gemeinde nicht beteiligt ist, soll sich die Gemeinde vertragliche Einwirkungsmöglichkeiten vorbehalten müssen, weil sie die gemeinwohlorientierten Handlungsspielräume nicht aufgeben dürfe (BVerwG BeckRS 2009, 38030). Dabei könne sogar dann, wenn die Gemeinde nicht mehr ausreichend auf den Träger der öffentlichen Einrichtung einwirken und Zugang zu der Einrichtung verschaffen könne, dem betroffenen Anspruchsberechtigten ein Anspruch auf Ausgleich von Mehrausgaben zB durch die Anmietung einer privaten Veranstaltungsstätte entstehen (OVG Koblenz DVBl 1985, 176). Dies ist sehr zweifelhaft, da hierdurch faktisch die Gemeinde verpflichtet werden könnte, öffentliche Einrichtungen dauerhaft in eigener Regie aufrechtzuerhalten, was aber die kommunale Selbstverwaltung in unzulässiger Weise einschränken würde (so auch Engel/Heilshorn KommunalR BW § 21 Rn. 73).

### 5. Öffentlich-rechtliche Natur des Anspruchs (Zwei-Stufen-Theorie)

Da sich der Anspruch der Einwohner und der ihnen gleichgestellten Personen und Personenvereinigungen aus der GemO ergibt und gegen die Gemeinde als Hoheitsträger gerichtet ist, erfolgt die **Zulassung** zur öffentlichen Einrichtung **in öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung**, also entweder als Verwaltungsakt oder als öffentlich-rechtlicher Vertrag (Kunze/Bronner/Katz Rn. 17 mwN). Von der Zulassung zu trennen ist die konkrete **Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses**, bei der die Gemeinde zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regelung **wählen** kann. Aufgrund dieser Aufteilung in den Zugang zur Einrichtung und den Modalitäten der Benutzung spricht man auch von der „Zwei-Stufen-Theorie“, wobei Streitigkeiten über die erste Stufe der Zulassung immer öffentlich-rechtliche Streitigkeiten sind, die vor den Verwaltungsgerichten ausgetragen werden müssen (VG Stutt-

gart BeckRS 2008, 41170). Zur Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses auf der zweiten Stufe → Rn. 27.

## VI. Grenzen des Zulassungsanspruchs

- 19 Der Anspruch der Einwohner und der ihnen gleichgestellten Personen auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung unterliegt Grenzen. Diese ergeben sich teils unmittelbar aus Abs. 2, teils führen auch tatsächliche bzw. rechtliche Gründe zu einer Begrenzung des Anspruchs.

### 1. Widmungszweck

- 20 Der Anspruch auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung ist vor allem **durch den Widmungszweck begrenzt**. Die Gemeinde darf selbst entscheiden, in welchem Umfang sie ihre öffentlichen Einrichtungen den Einwohnern zur Verfügung stellt. Sie darf also bspw. festlegen, für welche Art von Veranstaltungen eine Halle zur Verfügung stehen soll (VGH Mannheim BeckRS 2014, 57510) oder dass auf einem gemeindlichen Festplatz nur maximal zwei Zirkusveranstaltungen durchgeführt werden sollen (VGH Mannheim BeckRS 2003, 24207). Auch hier ist die Gemeinde allerdings an Art. 3 GG und das Gebot der Gleichbehandlung gebunden, darf also nicht ohne sachlichen Grund einzelne Nutzungen ausnehmen. Eine Herausnahme von politischen Veranstaltungen aus dem Widmungszweck von Veranstaltungstätten ist indessen sachlich gerechtfertigt und deshalb ohne weiteres möglich (VGH Mannheim BeckRS 1995, 21724), sofern sie nicht zu dem Zweck erfolgt, unliebsame Parteiveranstaltungen zu verhindern (BVerwGE 31, 368). Dann dürfen aber generell keine Parteiveranstaltungen stattfinden; insbesondere ist es in diesem Zusammenhang nicht möglich, zwischen öffentlichen und nichtöffentlichen Parteiveranstaltungen zu differenzieren (VGH Mannheim BeckRS 2014, 57510). Es ist auch zulässig, den Widmungszweck auf solche Parteiveranstaltungen zu beschränken, bei denen Medienvertreter Zutritt haben. Wird nachträglich der Widmungszweck geändert, sind vorher gestellte Anträge auf Nutzung noch nach den alten Widmungsregeln zu beurteilen (VG Karlsruhe BeckRS 2016, 43731).
- 21 Der Widmungszweck ist in der Regel vom Gemeinderat festzulegen. Dies kann bspw. dadurch erfolgen, dass der Gemeinderat in einem förmlichen Beschluss eine Benutzungssatzung mit den entsprechenden Regelungen erlässt. Liegt kein solcher Beschluss vor oder hat sich nach dem förmlichen Beschluss eine davon abweichende Vergabepaxis entwickelt, ist die Gemeinde über Art. 3 GG an diese **Vergabepaxis** – und eine damit evtl. einhergehende **Erweiterung** des Widmungszwecks – **gebunden**. Allerdings kann diese Praxis durch nachträglichen Gemeinderatsbeschluss wieder eingeschränkt werden; die Einschränkung ist selbst dann verbindlich, wenn dieser Beschluss an einem Verfahrensfehler wie zB der fehlenden Sitzungsöffentlichkeit nach § 35 leidet, weil hier lediglich eine abweichende Praxis und nicht ein früherer Beschluss korrigiert werden soll. Eine **praktische Einschränkung einer förmlichen Widmung** ist dagegen nicht möglich, hier ist auch die Einschränkung in entsprechender Form vorzunehmen (Engel/Heilshorn KommunalR BW § 21 Rn. 21).

### 2. Grundsatz der Gleichbehandlung

- 22 Der Anspruch auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung besteht gem. Abs. 2 S. 2 nach gleichen Grundsätzen, was einerseits **willkürliche Entscheidungen** seitens der Gemeinde **verbietet**, andererseits aber dem Anspruch der Einwohner auch Grenzen setzt. Der Grundsatz der Gleichbehandlung schließt Differenzierungen nicht aus, wenn dafür sachliche Gründe vorliegen. So ist es bspw. möglich, Kabarettveranstaltungen in ehemaligen Kirchengebäuden auszuschließen, Veranstaltungen der E-Musik aber zuzulassen (VGH Mannheim BeckRS 1997, 23428); dagegen wäre ein vollständiger Ausschluss von Kunstausstellungen in diesen Räumen sachlich allein mit der Würde des Gebäudes kaum zu rechtfertigen. Ebenfalls nicht gerechtfertigt wäre die Bevorzugung einzelner Personen bei der Zuteilung von Festplätzen mit der Begründung, sie hätten sich um ein bestimmtes Fest verdient gemacht (VGH Mannheim ESVGH 14, 223).

### 3. Beschränkung der Kapazitäten

Der Anspruch auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung besteht nur im Rahmen der **vorhandenen Kapazitäten**. Reichen die vorhandenen Kapazitäten nicht aus, um die Nachfrage zu befriedigen, muss ein System entwickelt werden, das eine Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ermöglicht. In vielen Fällen ist das Prioritätsprinzip, ggf. ergänzt durch eine Warteliste, sachgerecht, so zB bei Grillstellen oder bei Liegeplätzen in einem Sportboothafen (VGH Mannheim BeckRS 2003, 22388). Bei Sporthallen ist eine Differenzierung zwischen hallenintensiven Sportarten (wie zB Handball) und weniger hallenintensiven Sportarten (wie zB Tennis) sachgerecht (VGH Mannheim BWGZ 1988, 888). Sachgerecht dürfte es auch sein, Hallenzeiten nach der Zahl der aktiv am Wettkampfbetrieb teilnehmenden Mannschaften eines Vereins aufzuteilen. In der Regel sind auch Losverfahren nicht zu beanstanden, zB bei der Vergabe von Standplätzen bei Märkten (OVG Lüneburg BeckRS 2005, 28367). Nicht sachgerecht ist dagegen das Prinzip „bekannt und bewährt“, da es Mitbewerber auf unabsehbare Zeit vom Zugang zu der öffentlichen Einrichtung ausschließt (OVG Lüneburg BeckRS 9998, 44314 = NJW 2003, 531).

### 4. Sonstige Gründe für die Beschränkung des Zulassungsanspruchs

Neben den oben genannten kann es noch weitere **Gründe sachlicher oder rechtlicher Art** geben, die einem Anspruch der Einwohner auf Zulassung zur öffentlichen Einrichtung entgegenstehen. So ist es zum Beispiel ohne weiteres denkbar, die Vergabe von Grillstellen von einem Mindestalter abhängig zu machen oder bei Schwimmbädern Zugangsbeschränkungen aus hygienischen Gründen (Bademützenpflicht) vorzusehen (VGH Mannheim ESVGH 25, 203). Eine Zugangsbeschränkung bei der Benutzung von sog. „Burkinis“ kann dagegen nicht mit hygienischen Gründen gerechtfertigt werden.

Der Anspruch auf Zulassung findet außerdem dort seine Grenzen, wo Rechte Dritter verletzt werden, zum Beispiel bei beleidigenden Äußerungen auf der Homepage der Gemeinde (VGH NRW BeckRS 2015, 46869) oder wenn bei Veranstaltungen mit Sicherheit zu erwarten ist, dass Straftaten wie zB Volksverhetzung begangen werden.

Bei sog. „**gefährdungen Veranstaltungen**“, bei denen zu befürchten ist, dass es zu Ausschreitungen und Gegendemonstrationen kommen wird, ist eine Versagung der Zulassung nur aus diesem Grund nicht möglich. Hier ist die Gemeinde vielmehr verpflichtet, durch entsprechende Auflagen wie zB einer Haftungsübernahmeerklärung durch den Veranstalter sicherzustellen, dass die Veranstaltung trotz evtl. zu befürchtender Schädigungen an der öffentlichen Einrichtung durchgeführt werden kann (VGH Mannheim BeckRS 1995, 21724).

## VII. Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses

Vom Anspruch auf Zulassung ist die Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses zu trennen („Zwei-Stufen-Theorie“). Während ersterer immer öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, hat die Gemeinde bei den Bedingungen für die Benutzung ein **Wahlrecht zwischen öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Ausgestaltung**. Erlässt die Gemeinde eine Benutzungsordnung in Form einer Satzung, liegt zweifellos eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Benutzung vor. Im Übrigen ist der Wille der Gemeinde, der für die Einordnung entscheidend ist, anhand der Umstände auszulegen. Wird für die öffentliche Einrichtung eine „Benutzungsgebühr“ erhoben, ist das ein starkes Indiz für eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung (VGH Mannheim BWGZ 1989, 269). Ist dagegen von einem Benutzungsentgelt die Rede und von „Allgemeinen Benutzungsbedingungen“, spricht das ebenso für eine zivilrechtliche Ausgestaltung wie die Verwendung von Mietverträgen bei Hallen oder sonstigen Veranstaltungsräumen. Bei Friedhöfen besteht das Wahlrecht nicht, hier muss die Gemeinde eine Benutzungsordnung als Satzung erlassen, § 15 Abs. 1 S. 1 BWBestattG.

Die Differenzierung hat weitreichende Konsequenzen: Bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung handelt es sich um Verwaltungsakte, wenn Benutzungsrechte durch die Gemeinde im Einzelfall eingeschränkt oder Gebühren erhoben werden. Zuständig sind bei Streitigkeiten dann nach § 40 VwGO die Verwaltungsgerichte. Gebührenbescheide können nach den

öffentlich-rechtlichen Regelungen vollstreckt werden. Dagegen müssen privatrechtliche Nutzungsentgelte im zivilprozessualen Verfahren eingeklagt werden; auf der anderen Seite können Benutzungsregelungen vereinfacht geändert werden, weil dafür bei der zivilrechtlichen Ausgestaltung keine Satzungsregelung erforderlich ist. Wenn die Gemeinde dagegen **Bußgelder** bei Verstößen gegen die Benutzungsatzung erheben möchte (§ 142 Abs. 1 Nr. 1), muss sie die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung wählen.

### C. Hand- und Spanndienste

- 29 Unter **Hand- und Spanndiensten** versteht man nach der Legaldefinition in Abs. 5 die Mitwirkung der Einwohner und der ihnen gleichgestellten Personen und Personenvereinigungen (→ Rn. 12 f.) bei der Erfüllung vordringlicher Pflichtaufgaben (§ 2 Abs. 2 und 3) und in Notfällen. Praktische Bedeutung hat diese Regelung aufgrund der vielen Einrichtungen zur Hilfeleistung in Notfällen (Feuerwehr, THW, ggf. sogar die Bundeswehr) heute nicht mehr, obwohl sie durchaus dazu dienen kann, den Zusammenhalt innerhalb der Bevölkerung und den Gemeinschaftssinn zu stärken (Kunze/Bronner/Katz Rn. 27).
- 30 Notwendige Grundlage für die Heranziehung zu den Hand- und Spanndiensten ist eine Satzung, in der mindestens die in Abs. 5 S. 2 genannten **Mindestinhalte** zu regeln sind. Ergänzend gilt § 7 DVO GemO, die im Hinblick auf die Heranziehung bei Pflichtaufgaben weitere in der Satzung zu regelnde Vorgaben macht.
- 31 Die **Heranziehung** selbst erfolgt **durch Verwaltungsakt**, wobei der Gemeinderat vorab die generelle Entscheidung zu treffen hat, dass Hand- und Spanndienste in Anspruch genommen werden.
- 32 Inhaltlich muss es um **vordringliche Pflichtaufgaben oder Notfälle** gehen. Pflichtaufgaben, die auch solche nach Weisung sein können (§ 2 Abs. 3), sind dann vordringlich, wenn bei ihrer Nichterledigung ein Zustand eintreten würde, der erhebliche nachteilige Auswirkungen auf das Gemeinwohl hätte (ähnlich Kunze/Bronner/Katz Rn. 29). Notfälle können insbesondere Überschwemmungen oder Gewitterstürme sein. Verlangt werden können nur einfache Arbeiten; Spanndienste (Führleistungen) nur von den Personen, die über Zugtiere bzw. geeignete Kraftfahrzeuge verfügen. Eine Ablösung der Dienste durch eine Geldzahlung ist möglich (§ 7 DVO GemO).

book-shop.de  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

### § 11 Anschluss- und Benutzungszwang

(1) <sup>1</sup>Die Gemeinde kann bei öffentlichem Bedürfnis durch Satzung für die Grundstücke ihres Gebiets den Anschluss an Wasserleitung, Abwasserbeseitigung, Straßenreinigung, die Versorgung mit Nah- und Fernwärme und ähnliche der Volksgesundheit oder dem Schutz der natürlichen Grundlagen des Lebens einschließlich des Klima- und Ressourcenschutzes dienende Einrichtungen (Anschlusszwang) und die Benutzung dieser Einrichtungen sowie der Schlachthöfe (Benutzungszwang) vorschreiben. <sup>2</sup>In gleicher Weise kann die Benutzung der Bestattungseinrichtungen vorgeschrieben werden.

(2) <sup>1</sup>Die Satzung kann bestimmte Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang zulassen. <sup>2</sup>Sie kann den Zwang auf bestimmte Teile des Gemeindegebiets oder auf bestimmte Gruppen von Grundstücken, Gewerbebetrieben oder Personen beschränken.

### Überblick

§ 11 enthält eine für das Gemeinwohl und die wirtschaftliche Aufgabenerfüllung elementare Regelung, die einen Anschluss- (→ Rn. 3) und Benutzungszwang (→ Rn. 4) bei öffentlichem Bedürfnis (→ Rn. 5) für bestimmte Aufgaben bzw. Bereiche (→ Rn. 9 ff.) vorsieht. § 11 ist gleichzeitig eine im Vergleich zu § 4 speziellere Regelung zum Erlass von Satzungen (→ Rn. 8), in der auch Ausnahmen und Beschränkungen des Anschluss- und Benutzungszwangs geregelt werden (→ Rn. 25 ff.).

## Übersicht

	Rn.		Rn.
<b>A. Sinn und Zweck der Regelung</b> .....	1	1. Wasserversorgung .....	10
<b>B. Definition und Inhalt</b> .....	3	2. Abwasserbeseitigung .....	12
I. Anschlusszwang .....	3	3. Straßenreinigung .....	16
II. Benutzungszwang .....	4	4. Versorgung mit Nah- und Fernwärme .....	17
<b>C. Voraussetzungen</b> .....	5	5. Ähnliche Einrichtungen .....	19
I. Öffentliches Bedürfnis .....	5	6. Schlachthöfe .....	20
II. Regelung durch Satzung .....	8	7. Bestattungseinrichtungen .....	21
III. Einrichtungen mit Anschluss- und Benutzungszwang .....	9	<b>D. Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang</b> .....	25

## A. Sinn und Zweck der Regelung

§ 11 dient in erster Linie dem **Gemeinwohl**. Hier spielt einerseits die Gesundheit der Menschen eine große Rolle (geregelt Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung oder Bestattung), aber auch der Ressourcen- und Klimaschutzaspekt, der mittelbar natürlich auch mit der Gesundheit der Menschen zu tun hat, ist vom Gesetzgeber ausdrücklich genannt. Da vernünftige Ergebnisse nur dann erzielt werden, wenn im Wesentlichen alle Einwohner teilnehmen, hat der Gesetzgeber eine Pflicht zum Anschluss an die bzw. zur Benutzung der betreffenden Einrichtungen vorgesehen. 1

Indirekt spielt auch die **effiziente Aufgabenerfüllung** eine Rolle, denn die in § 11 genannten Aufgaben lassen sich umso wirtschaftlicher erledigen, je mehr Einwohner sich angeschlossen haben und die Einrichtung benutzen. Diese wirtschaftlichen Erwägungen alleine vermögen einen Anschluss- und Benutzungszwang, der einen erheblichen Grundrechtseingriff darstellt, allerdings nicht zu rechtfertigen, Aspekte des Gesundheits- bzw. Lebensgrundlagenschutzes müssen zwingend hinzutreten. 2

## B. Definition und Inhalt

## I. Anschlusszwang

Anschlusszwang heißt, dass jeder, dessen Grundstück betroffen ist, die zur Herstellung des Anschlusses an die Versorgungseinrichtung notwendigen Vorrichtungen auf eigene Kosten treffen muss. Der Anschlusszwang ist also **grundstücksbezogen** und richtet sich gegen diejenigen, die berechtigt sind, die entsprechenden Vorkehrungen für den Anschluss zu treffen und die öffentlichen Lasten tragen (VGH Mannheim ESVGH 13, 14). In der Regel sind das die Eigentümer bzw. Erbbauberechtigten (AHN Gemeindeordnung BW Rn. 3). 3

## II. Benutzungszwang

Benutzungszwang ist die Pflicht, die Einrichtung zu benutzen und es zu unterlassen, andere, ähnliche Einrichtungen zu benutzen. Der Benutzungszwang ist anders als der Anschlusszwang nicht grundstücks-, sondern **personenbezogen**. Betroffen sein können alle Personen, die in der Gemeinde wohnen oder sich dort aufhalten (Kunze/Bronner/Katz Rn. 1). 4

## C. Voraussetzungen

## I. Öffentliches Bedürfnis

Ein öffentliches Bedürfnis ist dann gegeben, wenn durch den Anschluss- und Benutzungszwang das **Wohl der Einwohner nach objektiven Maßstäben gefördert** wird, wobei neben den Gründen des öffentlichen Wohls auch Rentabilitäts Gesichtspunkte einen Anschluss- und Benutzungszwang rechtfertigen können (VGH Mannheim BeckRS 2004, 22174). Fiskalische Erwägungen alleine reichen aber keinesfalls aus, um ein öffentliches Bedürfnis zu begründen. 5



- 6 Es handelt sich bei dem Begriff um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**, der in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar ist (VGH Mannheim BeckRS 2004, 22174; aA OVG Magdeburg BeckRS 2015, 44817 mwN; Kunze/Bronner/Katz Rn. 10 – Beurteilungsspielraum der Gemeinden). Nur bei voller gerichtlicher Überprüfbarkeit ist indes gewährleistet, dass die teilweise erheblichen Eingriffe in die Eigentums- und Handlungsfreiheit in einem verhältnismäßigen Rahmen bleiben (so auch AHN Gemeindeordnung BW Rn. 6).
- 7 Fraglich ist, ob das öffentliche Bedürfnis voraussetzt, dass ein **hinreichender örtlicher Bezug** besteht wie bspw. eine Verbesserung der örtlichen Umweltsituation bei einem Anschluss- und Benutzungszwang an ein Fernwärmenetz (so der VGH Mannheim BeckRS 2004, 22174). Diese Entscheidung dürfte indes überholt sein, nachdem der Gesetzgeber neben der Volksgesundheit auch Klima- und Ressourcenschutz als Schutzgüter in § 11 aufgenommen hat (BVerwG BeckRS 2006, 21278). Seither ist ein Anschluss- und Benutzungszwang auch dann möglich, wenn nicht nur die lokale Umweltsituation verbessert wird. In Bereichen außerhalb des Klima- und Ressourcenschutzes, also in den Bereichen, in denen es in erster Linie und unmittelbar um die Volksgesundheit geht, wird man aber weiterhin an einer konkreten lokalen Verbesserung festhalten müssen.

## II. Regelung durch Satzung

- 8 Möchte die Gemeinde Anschluss- oder Benutzungszwang vorschreiben, hat sie dazu nach Abs. 1 S. 1 eine **Satzung** zu erlassen, die nach Abs. 2 Ausnahmen zulassen und den Zwang auf Teile des Gemeindegebiets und bestimmte Personengruppen begrenzen kann. Der Mindestinhalt der Satzung ergibt sich aus § 8 DVO GemO. Geregelt sein muss etwa, dass eine Einrichtung (zB die Wasserversorgung) zur öffentlichen Benutzung bereitgestellt wird, in welcher Art Anschluss und Benutzung erfolgen (zB Hausanschlüsse), wer verpflichtet ist (zB Eigentümer, Erbbauberechtigte) und welche Tatbestände Ausnahmen vom Anschluss- und Benutzungszwang begründen (zB Mineralwasserhersteller mit eigenen Quellen). Die Satzung ist nach § 4 Abs. 4 S. 3 anzeige-, aber nicht genehmigungspflichtig.

## III. Einrichtungen mit Anschluss- und Benutzungszwang

- 9 § 11 zählt einige Einrichtungen auf, bei denen ein Anschluss- und/oder Benutzungszwang vorgesehen werden kann. Die Aufzählung ist **nicht abschließend**, denn neben den dort ausdrücklich genannten kann auch für ähnliche Einrichtungen ein Anschluss- bzw. Benutzungszwang angeordnet werden. Dass die Einrichtung in privatrechtlicher Form betrieben wird, wie dies zB bei der Wasserversorgung häufig der Fall ist, ändert jedenfalls dann nichts an der Möglichkeit des Anschluss- und Benutzungszwangs, wenn die Gemeinde weiterhin maßgeblichen Einfluss auf den Versorger nehmen kann (Engel/Heilshorn KommunalR BW § 21 Rn. 84 mwN).

### 1. Wasserversorgung

- 10 Das öffentliche Bedürfnis ist bei der Wasserversorgung ohne weiteres zu bejahen, denn eine zentrale Wasserversorgung mit den entsprechenden Kontrolleinrichtungen bietet deutlich mehr Gewähr für qualitativ hochwertiges und gesundheitlich unbedenkliches Wasser als eine Einzelversorgung. Außerdem sind auch hier fiskalische Gesichtspunkte von Relevanz: je größer die Abnahmemenge ist, desto wirtschaftlicher lässt sich die Wasserversorgung betreiben. Es ist rechtlich deshalb unbedenklich, den Anschluss- und Benutzungszwang auf den **gesamten Trink- und Brauchwasserbedarf** der Anschlussnehmer auszudehnen (VGH Mannheim BeckRS 9998, 27436).
- 11 Gerade im Bereich der Wasserversorgung spielen Ausnahmen von der Benutzungspflicht aber eine wesentliche Rolle, weil viele Grundstückseigentümer durch eigene Brunnen oder die Nutzung von Regenwasser nicht ihren gesamten Wasserbedarf durch Entnahme aus dem öffentlichen Versorgungsnetz decken müssen oder wollen. Vielfach ist deshalb in gemeindlichen Satzungen die Nutzung von Niederschlagswasser zum Zwecke der Gartenbewässerung ausdrücklich von der Benutzungspflicht ausgenommen. Ergänzend kommen die AVBWasserV ins Spiel, da den Gemeinden nach § 44 Abs. 1 BWWG die Wasserversorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge obliegt, also eine Pflichtaufgabe darstellt. Deshalb sind die Gemeinden