

Einleitung

A. Problemstellung

Kommunale öffentliche Einrichtungen sind allgegenwärtig. Im Rahmen ihrer Benutzung durch eine Vielzahl von Beteiligten mit unterschiedlichen Nutzungsinteressen sind dabei Nutzungskonflikte unausweichlich. Solche Nutzungskonflikte werden allgemein durch Benutzungsordnungen vorstrukturiert und gelöst. Zur Lösung von Konfliktlagen wird der Einrichtungsträger oftmals die individuelle Nutzungsmöglichkeit partiell beschränken. Insofern wird von einschränkenden¹ beziehungsweise belastenden Benutzungsregelungen² sowie von Regelungen mit benutzungsunfreundlicher Tendenz³ gesprochen. Benutzungsregelungen sind dabei so vielgestaltig wie die Einrichtungen, deren Nutzung sie steuern. Als Benutzungsregelungen kommen beispielsweise Vorgaben für Badebekleidung von Benutzern des örtlichen Schwimmbads,⁴ Grabgestaltungsvorschriften für Gräber auf dem städtischen Friedhof⁵ oder Nutzungsbeschränkungen für Zirkusgastspiele auf kommunalen Veranstaltungsflächen⁶ in Betracht.

In letzter Zeit häufen sich jedoch in der Rechtsprechung die Fälle, wonach solche nutzungsbeschränkenden Benutzungsregelungen zur Lösung von Nutzungskonflikten im Rahmen der Einrichtungsnutzung nicht ausreichen sollen.⁷ Die Regelungen in Benutzungsordnungen werden nicht als taugliche Ermächti-

¹ Etwa NdsOVG, NVwZ 2017, 728 (729 f.); VG Darmstadt, LKRZ 2013, 289 (291 f.).

² VG Chemnitz, Beschl. v. 30.07.2008 – 1 L 206/08 –, BeckRS 2008, 139621, Rn. 19; *Gern/Brüning*, Deutsches Kommunalrecht, Rn. 944.

³ BayVGH, NVwZ 1992, 1004 (1006).

⁴ S. hierzu etwa OVG RhPf, NVwZ 2020, 170 (170 ff.).

⁵ S. hierzu etwa BVerwG, NVwZ 1987, 679 (679); VGH BW, DÖV 1988, 474 (475); NVwZ-RR 1990, 308 (308); NVwZ-RR 1997, 359 (359 f.); BayVGH, NVwZ 1986, 371 (371 f.); NVwZ-RR 1991, 250 (251); OVG NRW, Urt. v. 26.05.2000 – 19 A 2015/99 –, BeckRS 2000, 167700, Rn. 36; ausf. hierzu *Spranger*, Die Beschränkungen des kommunalen Satzungsgebers beim Erlaß von Vorschriften zur Grabgestaltung, passim.

⁶ S. zum sog. kommunalen Wildtierverschleißverbot etwa NdsOVG, NVwZ 2017, 728 (729 f.); VG Chemnitz, Beschl. v. 30.07.2008 – 1 L 206/08 –, BeckRS 2008, 139621, Rn. 18; VG Darmstadt, LKRZ 2013, 289 (292); VG Meiningen, LKV 2018, 573 (575); VG Düsseldorf, Beschl. v. 04.07.2019 – 18 L 1205/19 –, BeckRS 2019, 13419, Rn. 10 ff.; a. A. VG München, Urt. v. 06.08.2014 – 7 K 13.2449 –, BeckRS 2014, 56385; ebenso *Penz*, NVwZ 2017, 730 (731); *ders.*, KommJur 2017, 241 (243 f.); ausf. zur Problematik *Hoffmann*, Die kommunale öffentliche Einrichtung, S. 81 ff.

⁷ Vgl. BVerwGE 148, 133 (141 ff.); anders SchlHOVG, NordÖR 2016, 330 (335 f.).

gungsgrundlagen im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes und der Wesentlichkeitstheorie angesehen; es bedürfe vielmehr einer formalgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.⁸ Die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts wird damit immer öfter zur „Trumpfkarte“⁹ der Rechtsprechung bei der Rechtswidrigkeits- und damit Nichtigerklärung sublegaler Benutzungsregelungen. Die Tendenz aufgrund dieser Rechtsprechung geht im Bereich des kommunalen Einrichtungsrechts daher immer wieder dahin, dass Benutzungsregelungen zwar nicht einer „Verrechtlichungspflicht“¹⁰ zugeführt werden. Die kommunalen Einrichtungsträger sehen sich wohl aber aufgrund des mit Unsicherheiten behafteten Umgangs mit der Wesentlichkeitstheorie in der Rechtsprechung in einem Bereich der Ungewissheit hinsichtlich der Reichweite ihrer Regelungsbefugnisse. Es gilt im Zweifel der Grundsatz *in dubio pro lege*.¹¹

Diese Entwicklung verwundert auf den ersten Blick, hatte sich im Bereich der gemeindlichen öffentlichen Einrichtungen doch eine Rechtsprechungspraxis entwickelt, welche die allgemeine Satzungsermächtigung der Gemeinden als ausreichende Rechtsgrundlage ansieht, sofern Regelungen zur Benutzung der Einrichtung betroffen sind.¹² Unter solchen Benutzungsregelungen werden Bestimmungen verstanden, die mit dem Einrichtungszweck notwendigerweise verbunden sind. Denn hier unterwerfe sich der Benutzer mit der Inanspruchnahme der Einrichtung gleichsam solchen Regelungen, die zur Erlangung des Nutzungsvorteils für ihn mit entsprechenden Belastungen verbunden sind, sodass in diesem Funktionszusammenhang die allgemeine Regelung der Satzungsautonomie als hinreichend bestimmt angesehen werden könne, die damit verbundenen Eingriffe zu tragen.¹³ Solche Benutzungsregelungen unterlägen insoweit der „autonomen Regelung“¹⁴ des Einrichtungsträgers.

Diese Rechtsprechung wirft jedoch zahlreiche Fragen auf: erstens die Frage nach der Geltung und Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes im Bereich des kommunalen Einrichtungswesens, der in diesem Zusammenhang immer noch tra-

⁸ Vgl. nur BVerwGE 148, 133 (142).

⁹ *Kalscheuer/Jacobsen*, DÖV 2018, 523 (523).

¹⁰ So etwa *Gusy*, JA 2002, 610 (615).

¹¹ Jüngstes und prominentestes Beispiel hierfür sind die Regelungen in den Friedhofs- und Bestattungsgesetzen der meisten Bundesländer zur Aufstellung von Grabsteinen aus Kinderarbeit, s. § 15 Abs. 3 BestattG BW, Art. 9 a BestG Bay, § 34 Abs. 2 BbgBestG, § 4 Abs. 5 BremBestG, § 6 a HessFBG, § 13 a Abs. 2 NdsBestG, § 4 a BestG NRW, § 8 Abs. 4 SaarBestattG; zur Frage der Gesetzgebungskompetenz der Länder *Lorenzmeier*, BayVBl. 2011, 485 (490); *Kaltenborn/Reit*, NVwZ 2012, 925 (928 ff.); a. A. *Hoppe*, LKV 2010, 497 (498 f.).

¹² S. etwa BayVGH, NVwZ 1992, 1004 (1006); NVwZ-RR 1995, 347 (347 f.); OVG RhPf, NVwZ-RR 2009, 394 (395).

¹³ Instrukтив insoweit OVG RhPf, NVwZ-RR 2009, 394 (395) m.w.N.

¹⁴ OVG RhPf, NVwZ 2020, 170 (172).

ditionell als Eingriffsvorbehalt verstanden wird,¹⁵ zweitens – und damit zusammenhängend – die Frage der Möglichkeit und Notwendigkeit, zwischen Belastungs- und Begünstigungswirkung im Rahmen des Benutzungsverhältnisses zu differenzieren, und schließlich drittens die Frage der Einwilligung als zulässige Rechtfertigung bei einem etwaigen Verzicht auf den Vorbehalt des Gesetzes bei den angenommenen Eingriffen¹⁶ im Benutzungsverhältnis. Im Übrigen scheint diese Rechtsprechung *prima facie* nicht vollständig kompatibel mit dem herrschenden Dogma in Rechtsprechung und Literatur zu sein, wonach die allgemeine Satzungsermächtigung die Gemeinden jedenfalls nicht zu Eingriffen in Rechte Dritter ermächtigt.¹⁷

Eingebettet sind diese Fragen in die Sachbereichsspezifika des kommunalen Einrichtungsrechts. Das rechtliche Spektrum der Benutzung kommunaler öffentlicher Einrichtungen wird dabei vielfach in einem Konglomerat aus Kommunalrecht, öffentlichem Sachenrecht, Anstaltsrecht und Leistungsverwaltungsrecht gesehen.¹⁸ Die Zusammenhänge innerhalb und zwischen diesen Rechtsbereichen sowie deren Besonderheiten bedürfen daher beim Blick auf Benutzungsregelungen besonderer Beachtung. Dem Leistungsverwaltungsrecht wird dabei ein dogmatisches „Aufmerksamkeitsdefizit“¹⁹ attestiert und im Bereich des öffentlichen Sachenrechts moniert, es hätten sich „überkommene Begriffe und Denkmuster besonders hartnäckig gehalten, ohne daß ihre Berechtigung und Zweckmäßigkeit jemals eingehend überprüft worden wären“²⁰. Damit wird ein Defizit an normativer, theoretischer und dogmatischer Erschließung in diesem Bereich angesprochen, das es zu überprüfen gilt.

In diesen Zusammenhang reiht sich die „Anstaltsgewalt“ ein. Mit dem Begriff wurde gemeinhin die Gesamtheit der Funktionen einer Anstalt des öffentlichen Rechts bezeichnet,²¹ d.h. das Recht zur Regelung sowohl der eigenen Organisation als auch des Verhältnisses zu den Anstaltsnutzern in Anstalts-, Benutzungs- und Gebührenordnung. Angesprochen sind damit sowohl organisationsrechtliche

¹⁵ Vgl. etwa OVG NRW, NVwZ 1988, 272 (273); BayVGh, NVwZ 1992, 1004 (1006); ausf. zu den Vorbehaltslehren s. 2. Kap. A. I.

¹⁶ Ausf. zur grundrechtlichen Determination von Benutzungsregelungen s. 3. Kap. B. III.

¹⁷ Vgl. etwa *Scholler/Scholler*, in: Mann/Püttner (Hrsg.), HkWP, Bd. I, 3. Aufl., § 23 Rn. 7; *Masson*, BayVBl. 1958, 306 (307); *Badura*, DÖV 1963, 561 (562); *Conrad*, BayVBl. 1970, 384 (385); *Starck*, AöR 92 (1967), S. 449 (455 f.); krit. bereits *Kreßel*, BayVBl. 1967, 410 (411 f.); *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, § 6 Rn. 80; *Böhm*, in: Lübke-Wolff/Wegener (Hrsg.), Umweltschutz durch kommunales Satzungsrecht, S. 413 (414 ff.).

¹⁸ Statt vieler s. *Bartels*, Die rechtliche Ordnung der Benutzung, passim.

¹⁹ *Rixen*, DVBl 2018, 906 (907).

²⁰ *Adamovich/Funk*, Allg. VerwaltungsR, S. 224 für Österreich; die Aussage lässt sich jedoch auf Deutschland übertragen, so auch *Axer*; Die Widmung als Schlüsselbegriff, S. 17.

²¹ *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 74.