

Stadtverwaltung Ingelheim am Rhein

21. Jan. 2013

FBI
Herrn
Wolfgang Weitzel
Weimarer Str. 30
55218 Ingelheim

nachrichtlich SPD-, CDU-, Bündnis 90/Die Grünen-, FBI, -FWG-, FDP-Fraktion und
Presse

Anfrage der FBI vom 13. Januar 2013
hier: Regionalbad

Sehr geehrte Damen und Herren,

die in Kopie beigefügte Anfrage wird wie folgt beantwortet:

Die Grundsätze des § 85 Abs. 1 GemO Rheinland-Pfalz werden weder durch die derzeitigen Betriebsarten des Regionalbads „Rheinwelle“ noch durch weitere Investitionen im Saunabereich verletzt.

Denn das Regionalbad Bingen/Ingelheim wird als sog. nicht-wirtschaftliche Einrichtung im Sinne des § 85 Abs. 4 GemO betrieben. Der Gesetzgeber geht in § 85 GemO zwar von einem weiten Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens aus, doch nimmt er in Abs. 4 bestimmte Bereiche wirtschaftlicher Beteiligung der Kommunen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung von diesem Unternehmensbegriff aus.

Dies hat zur Folge, dass für die in § 85 Abs. 4 genannten Einrichtungen die in den Absätzen § 85 Abs. 1 bis 3 GemO festgelegten Voraussetzungen nicht gelten.

Von den Tatbestandsmerkmalen, die in § 85 Abs. 4 GemO eine Freistellung vor den erschwerenden Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde bewirken, liegen bei einer kommunalen Saunaanlage gleich mehrerer Fallgruppen vor:

Die Saunaanlage dient der Gesundheit, dem Sport und der Erholung; vgl. Stuer, Städte- und Gemeindebund, Heft 4/84, S. 174 ff.

Die Kommentierung zu § 85 Abs. 4 GemO führt dazu aus:

„Die Tatsache, dass kommunale Schwimmbäder durch besondere Teileinrichtungen wie Wellenbad, Dampfbad oder mehrere Saunaanlagen besonders attraktiv gestaltet werden, nimmt diesen Einrichtungen nicht die Einordnung als Erholungseinrichtung (so zutreffend auch OVG Lüneburg NVwZ 2009, S. 258).

Unter diesen Gesichtspunkten ist auch eine Erweiterung der bestehenden Saunaanlage im Regionalbad nicht von Restriktionen i.S.d. § 85 Abs. 1 GemO betroffen.

Mit freundlichen Grüßen


Eveline Breyer
Bürgermeisterin

Anlagen

Nichterwerbswirtschaftliche gemeindliche Einrichtung oder wirtschaftliches Unternehmen?

Der Wettlauf um die kommunale Sauna

Von Rechtsanwalt Dr. Bernhard Stürer, Münster

In den letzten Jahren sind vielerorts Sauna-, Bade- und Massagebetriebe wie Pilze aus der Erde geschossen. Den Nährboden hierfür haben vornehmlich gesteigerte Erholungs-, Sport-, Gesundheits- und Freizeitinteressen der Bevölkerung bereitet. Die Preise für die Benutzung derartiger Anlagen sind allerdings recht stattlich, da die erheblichen Investitions- und Betriebskosten sich rentieren müssen. Um auch den weniger finanzkräftigen Bevölkerungsschichten die Teilhabe an solchen Einrichtungen zu ermöglichen, sind viele Städte und Gemeinden im Lande bemüht, durch vergleichbare kommunale Einrichtungen ein Gegengewicht zu diesen privatwirtschaftlichen Betrieben zu schaffen.

Mit diesem Anliegen haben die Kommunen allerdings den erheblichen Widerstand der privatwirtschaftlichen Bäderbetriebe auf den Plan gerufen, die mit einem „kommunalen Schwitzverbot“ gegen gemeindliche Saunaaanlagen zu Felde ziehen. In diesem Wettlauf um die kommunale Sauna berufen sich die Bäderbetriebe darauf, daß die Gemeinden nur unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO berechtigt sind, wirtschaftliche Unternehmen einzurichten und zu unterhalten. Die Gemeinden machen demgegenüber geltend, daß kommunale Saunaaanlagen zu den nicht erwerbswirtschaftlichen gemeindlichen Einrichtungen nach § 88 Abs. 2 GO zählen und daher die

erhöhten Hürden für den Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen nicht überwunden werden müssen.

Wirtschaftliche Unternehmen und nichterwerbswirtschaftliche Einrichtungen

Ausgangspunkt für die Einschränkung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden ist § 88 Abs. 1 GO. Danach darf ein wirtschaftliches Unternehmen in gemeindlicher Hand nur errichtet, übernommen, oder wesentlich erweitert werden, wenn

- ein dringender öffentlicher Zweck das Unternehmen erfordert und dieser Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann und
- das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

Die Vorschrift bezieht sich auf wirtschaftliche Unternehmen, also Einrichtungen oder Anlagen einer Gemeinde, die auch von einem Privatunternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden können.¹⁾

Den besonderen in § 88 Abs. 1 GO gestellten Anforderungen an die Er-

¹⁾ So die Ausf.Anw. zu § 67 DGO mit dem Hinweis auf Versorgungsbetriebe, Industrie- und Handwerksbetriebe.

richtung wirtschaftlicher Unternehmen unterliegen Einrichtungen nach § 88 Abs. 2 GO jedoch nicht. Danach gelten als wirtschaftliche Unternehmen nicht

- Unternehmen, zu deren Errichtung und Unterhaltung die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist (§ 88 Abs. 2 Nr. 1 GO),
- Einrichtungen des Bildungs-, Gesundheits- und Sozialwesens, der Kultur, des Sports, der Erholung, der Abfall- und Abwasserbeseitigung, der Straßenreinigung sowie *Einrichtungen ähnlicher Art* (§ 88 Abs. 2 Nr. 2 GO),
- Einrichtungen, die als Hilfsbetriebe ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen (§ 88 Abs. 2 Nr. 3 GO).

Bei dieser Aufzählung von bestimmten Unternehmen und Einrichtungen, die nicht den Voraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO unterliegen, handelt es sich um eine gesetzliche Fiktion in dem Sinne, daß es auf die Gewinnerzielungsabsicht nicht ankommt: Selbst wenn die Einrichtungen oder Anlagen der Gemeinde nach § 88 Abs. 2 GO auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können, finden auf sie die einschränkenden Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 88 Abs. 1 GO keine Anwendung. Es bedarf daher weder eines dringenden öffentlichen Zwecks noch

kommt es darauf an, daß das Unternehmen in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.²⁾

Die von Seiten der privaten Bäderbetriebe geäußerte Auffassung, neben die Tatbestandsmerkmale des § 88 Abs. 2 GO müsse als zusätzliches Merkmal treten, daß die Einrichtung oder Anlage der Gemeinde nicht auch von einem Privatunternehmer mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden könne, es sich also um eine gemeinnützige Einrichtung handele, widerspricht daher der Gesetzessystematik, die im Gegenteil gerade von einer Fiktion ausgeht. Nach § 88 Abs. 2 GO werden daher auch Unternehmen, die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein können, von den qualifizierenden Anforderungen in § 88 Abs. 1 GO ausgenommen, wenn die Tatbestandsmerkmale von § 88 Abs. 2 GO erfüllt sind. Dahinter steht die Überlegung, daß bestimmte gemeindliche Einrichtungen im öffentlichen Interesse errichtet werden und es dieser am Gemeinwohl orientierte Zweck rechtfertigt, solche Einrichtungen gegenüber anderen wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde zu privilegieren.

Saunaanlage als nichtwirtschaftliche Einrichtung nach § 88 Abs. 2 GO

Von den Tatbestandsmerkmalen, die in § 88 Abs. 2 GO eine Freistellung von den erschwerenden Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde bewirken, liegen bei einer kommunalen Saunaanlage gleich mehrere Fallgruppen vor: Die Saunaanlage dient der Gesundheit, dem Sport und der Erholung. Es handelt sich zudem dabei um eine vergleichbare Einrichtung i. S. von § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO sowie um einen „Annexbetrieb“, der einer nichtwirtschaftlichen Einrichtung dient.

Gesundheitseinrichtung

Die Benutzung einer Sauna dient der Gesundheit. Sie wird vielfach — in verträglichen Dosierungen — von

2) Von Loebell, GO-Kommentar, Erl. 1 zu § 88 GO; Kottenberg/Rehn, GO-Kommentar, Erl. VI 1 zu 88.

Ärzten zur Wiedergenesung aber besonders auch im Bereich der vorbeugenden Gesundheitsvorsorge empfohlen. Saunaaanlagen stehen vielfach im Zusammenhang mit medizinischen Badebetrieben und erfüllen in der Palette gesundheitsfördernder Bäder, Massagen und Kuren eine wichtige Funktion. Es mag Patienten geben, für die der Besuch einer Sauna nicht in Frage kommt. Dies ändert jedoch nichts daran, daß für viele Menschen der Saunabesuch die Gesundheit fördert und krankheitsvorbeugend wirkt. Abhärtung gegen Erkältungs- und Infektionskrankheiten ist nur eine positive Wirkung, auf die von Ärzten hingewiesen wird. Saunaaanlagen sind daher hinsichtlich ihrer gesundheitsfördernden Wirkungen mit Heilbädern, Kneippkuren und Massagen vergleichbar, die ebenfalls unter den Begriff der Einrichtungen für die Gesundheit fallen. Dafür spricht auch die wechselseitige Ergänzung von Saunaaanlagen und Hallenbädern bzw. medizinischen Bädern, die deshalb in der Praxis auch oft als verbundene Anlagen errichtet und betrieben werden.

Es spielt dabei keine Rolle, ob Saunaaanlagen zur gesundheitlichen Vorsorge der Bevölkerung notwendig sind in dem Sinne, daß es keine anderen Einrichtungen der Gesundheitsvorsorge mit ähnlichen Wirkungen gäbe.³⁾ Eine Einrichtung ist bereits dann nach § 88 Abs. 2 GO kein wirtschaftliches Unternehmen und damit von den Anforderungen nach § 88 Abs. 1 GO freigestellt, wenn sie den dort aufgeführten Zwecken dient. Die gesundheitsfördernde und -sichernde Funktion einer Saunaanlage kann aber ernsthaft nicht in Frage gestellt werden.

Einrichtung des Sports

Saunaaanlagen dienen, besonders wenn sie Teil eines Freizeitbades sind, dem Sport und insbesondere der Breitensportförderung. Es liegt nahe, daß durch die vielfältigen Nutzungsmöglichkeiten mehr Bürger für eine sportliche und ertüchtigende Freizeitgestaltung gewonnen werden können. Damit wird zugleich — neben

3) So aber Edzard Schmidt-Jortzig, Gutachten zur Frage kommunalrechtlicher Zulässigkeitsvoraussetzungen für gemeindliche Saunaaanlagen, Münster v. 4. 11. 1981 (Sauna-Gutachten), S. 5.

der Gesundheitsvorsorge — die öffentliche Breitensportförderung unterstützt.⁴⁾ Auch die sportliche Betätigung der Bevölkerung wird daher durch eine Saunaaanlage verstärkt. Besonders bei mehrmaligem Besuch mit dazwischenliegenden Wechselbädern und Ruhepausen kann der sportliche Charakter einer Sauna im Sinne einer körperlichen Ertüchtigung der Besucher im Vordergrund stehen.

Erholungseinrichtung

Saunaaanlagen sind ferner „Einrichtungen der Erholung“ gem. § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO, so daß auch aus diesen Gründen die besonderen Anforderungen in § 88 Abs. 1 GO nicht einzuhalten sind. Wegen der wachsenden Bedeutung sinnvoller Freizeitgestaltung wurde der Begriff der „Erholung“ durch Gesetzesänderung im Jahre 1979⁵⁾ in den Katalog der privilegierten öffentlichen Einrichtungen aufgenommen. Inhaltlich handelt es sich dabei allerdings lediglich um eine Klarstellung des Gesetzgebers, da die Einrichtungen der Erholung bereits bisher als „Einrichtungen ähnlicher Art“ zu den nichtwirtschaftlichen gemeindlichen Unternehmen gerechnet wurden. Auch die privaten Bäderbetriebe werden anerkennen, daß für die Benutzer von Saunaaanlagen die Gesichtspunkte der Erholung und Freizeitgestaltung im Vordergrund stehen.⁶⁾

Demgegenüber wird vorgebracht, daß im Rahmen des § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO besondere Gesichtspunkte vorliegen

4) Innenminister NW, Erlaß v. 23. 8. 1982 — III B 4 — 5/708 — 1416/82 — sowie Erlaß v. 26. 8. 1976 — III B 3 — 5/15 1624/76 —.

5) Zweites Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung, der Kreisordnung und anderer kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften v. 15. 5. 1979 (GV NW 408).

6) Schmidt-Jortzig, Sauna-Gutachten, S. 11, führt in Auseinandersetzung mit dem Begriff der Gesundheitsförderung aus: „Zunehmend tritt der gesundheitsfördernde Charakter regelmäßig Saunabäder für die Mehrheit der Saunabesucher hinter den Gesichtspunkten der Erholung und Freizeitgestaltung zurück.“ Und an anderer Stelle heißt es (S. 12): „Für die Benutzer der Sauna stehen Gesichtspunkte der Erholung und Freizeitgestaltung, daneben aber auch die als positiv empfundenen physiologischen Wirkungen regelmäßig im Vordergrund.“ Damit wird den Saunabädern Erholungs- und Freizeitwert eingeräumt und unausgesprochen zugegeben, daß es sich um nichtwirtschaftliche Einrichtungen nach § 88 Abs. 2 Nr. 2 GO handelt. Unzutreffend ist allerdings die Behauptung, im Gegensatz zu Schwimmbädern dienten Saunabäder nicht der körperlichen Ertüchtigung der Besucher.

öffentlicher Zwecke zur Erfüllung kommen kann als auch die Erbringung technischer oder ökonomischer Leistungen, die Fachwissen und Managementkenntnisse verlangt. Im Zusammenhang mit dem Regionalprinzip steht ferner der Auftrag, die gesamte Bevölkerung und Wirtschaft im Sparkassengebiet zu bedienen (§ 2 Abs. 2 SpkG).

Zur Frage der Zulässigkeit des Verkaufs einer Sparkasse an eine Privatbank ist auf die Auseinandersetzung um den 2003/2004 beabsichtigten Verkauf des Bankgeschäfts der Sparkasse Hansestadt Stralsund an die interessierten Geschäftsbanken Commerzbank und SEB zu verweisen (vgl. hierzu die genaue Historie in wikipedia unter dem Stichwort Sparkasse Hansestadt Stralsund und im juristischen Schrifttum insbesondere Meier, VR 2005 S. 193 ff., Schuster/Pausch, ZBB 2006 S. 342).

2.1.2.2 Organisation der Sparkasse

Organe der Sparkassen sind der Verwaltungsrat (§§ 5 bis 10 SpkG) und der Vorstand (§§ 11 bis 14 SpkG). Der Verwaltungsrat hat die Grundlagenkompetenz inne. Der Vorstand leitet die Sparkasse in eigener Verantwortung und vertritt sie gerichtlich und außergerichtlich. Ferner ist ein Kreditausschuss zu bilden. Die Sparkassen unterliegen den für alle Kreditinstitute geltenden bankwirtschaftlichen Gesetzen, zu denen insbesondere das Gesetz über das Kreditwesen (KWG) und das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) gehören. Aufsichtsbehörde ist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Zudem unterstehen die rheinland-pfälzischen Sparkassen der staatlichen Aufsicht durch das Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau (§§ 27 bis 29 SpkG).

2.2 Ausdrücklich gestattete, fiktiv nicht als wirtschaftliche Unternehmen geltende Einrichtungen (Absatz 4)

Der Gesetzgeber geht in § 85 GemO zwar von einem weiten Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens aus, doch nimmt er in Absatz 4 bestimmte Bereiche wirtschaftlicher Betätigung kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung von dem Unternehmensbegriff aus. Es handelt sich um eine Negativabgrenzung im Sinne eines Ausschlusskatalogs. Dies hat zur Folge, dass für die in Absatz 4 genannten Einrichtungen die in den Absätzen 1 bis 3 festgelegten einschränkenden und verpflichtenden Voraussetzungen, aber auch die Soll-Vorschrift, für den Gemeindehaushalt Erträge abzuwerfen (Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2), nicht gelten. Die enumerativ aufgeführten Einrichtungen dienen der kommunalen Daseinsvorsorge und tragen daher ihre öffentliche Zwecksetzung gewissermaßen auf der Stirn (*Ehlers*, DVBl. 1997 S. 497). Bei der in Abs. 4 Satz 1 enthaltenen Definition der „nichtwirtschaftlichen Unternehmen“ handelt es sich um eine Fiktion (*Oebbecke*, StuGR 1995 S. 387 ff.). Denn von ihr werden auch Unternehmen erfasst, die rein tatsächlich als Teil der kommunalen Wirtschaftstätigkeit anzusehen sind und den Voraussetzungen eines „wirtschaftlichen Unternehmens“ entsprechen würden. Die damit getroffene Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen Unternehmen (Absatz 1) und nichtwirtschaftlichen Einrichtungen (Absatz 4) knüpft an eine Zweiteilung des Aufgabenbereichs der Gemeinden an, und zwar in verwaltungstypische und von der Gemeinde geforderte Aufgaben einerseits sowie den eher untypischen Aufgaben der wirtschaftlichen Betätigung andererseits.

2.2.1 Einrichtungen der Erziehung, Bildung und Kultur (Satz 1 Nr. 1)

Hierzu zählen insbesondere Schulen und Kindergärten, Theater, Orchester, Bibliotheken, Museen und Musikschulen. Unter den Begriff Schule fällt dabei nicht auch der Schüler-spezialverkehr zwischen Wohnung und Schule (VG Köln, NVwZ-RR 2009 S. 584). Insoweit handelt es sich um einen von der Schule unabhängigen Betrieb, weil diese Beförderung der Schüler nicht von der Schulpflicht umfasst ist. Anderes gilt für Fahrten von der Schule zu auswärtigen schulischen Veranstaltungen (z. B. Sport- oder Schwimmunterricht).

§ 85 GemO – Kommentar

2.2.2 Sport- und Erholungseinrichtungen (Satz 1 Nr. 2)

Insbesondere Sportanlagen, Turnhallen, Tierparks, zoologische und botanische Gärten, Hallen- und Freibäder fallen darunter. Die bisherige im vorliegenden Kommentar vertretene Auffassung, die sog. Spaßbäder und Saunaeinrichtungen unterfielen nicht dieser Ausnahmeregelung, wird hiermit ausdrücklich aufgegeben. Die Tatsache, dass kommunale Schwimmbäder durch besondere Teileinrichtungen wie Wellenbad, Dampfbad oder mehrere Saunatypen besonders attraktiv gestaltet werden, nimmt diesen Einrichtungen nicht die Einordnung als Erholungseinrichtung (so zutreffend auch OVG Lüneburg, NVwZ 2009 S. 258). Campingplätze sind dagegen nicht den Erholungseinrichtungen im Sinne der Nr. 2 zuzurechnen. Es handelt sich vielmehr um eine Einrichtung zur Deckung der Nachfrage nach Freizeitaktivitäten, die in unserem Wirtschaftssystem heute gemeinsam mit der Absicht der Gewinnerzielung angeboten werden. Gleiches gilt für kommerzielle Freizeitparks.

2.2.3 Einrichtungen der Sozial- und Jugendhilfe (Satz 1 Nr. 3)

Gemeint sind z. B. Seniorenheime, Pflegeheime, Wohnheime für Mutter und Kind, Seniorenbegegnungsstätten, Jugendheime, Jugendbegegnungsstätten, Jugendhäuser, Obdachlosenheime und Frauenhäuser.

2.2.4 Einrichtungen des Gesundheitswesens (Satz 1 Nr. 4)

Hierunter fallen z. B. Krankenhäuser, Kliniken, Sanatorien und Kurmittelhäuser.

2.2.5 Einrichtungen für den Umweltschutz (Satz 1 Nr. 5)

Einrichtungen für den Umweltschutz im geforderten Sinne sind nur solche, deren unmittelbarer Unternehmenszweck dem Umweltschutz dient. Demgegenüber reicht es nicht aus, dass die ausgeübte Tätigkeit nur mittelbar dem Umweltschutz nützt. Anderenfalls wäre jedes gemeindliche Unternehmen, welches ein Produkt am Markt anbietet, dies jedoch umweltfreundlicher gewinnt als private Mitbewerber, automatisch ein nichtwirtschaftliches Unternehmen. Der positive Umwelteffekt darf nicht nur Begleiterscheinung des Gewinnungsprozesses sein (*Dazert/Mahlberg*, NVwZ 2004 S. 159, 160).

Anerkannt zählen insbesondere Abwasserbeseitigungseinrichtungen zu Einrichtungen des Umweltschutzes. Unterschiedlich wird dies demgegenüber bei der Abfallentsorgung gesehen. Hier ist der Umfang der Privilegierung insbesondere streitig. Es wird die Auffassung vertreten, Abfallbeseitigungseinrichtungen seien generell wirtschaftliche Unternehmen (vgl. *Moraing*, Möglichkeiten und Grenzen des kommunalen Wirtschaftsrechts, VKU-Nachrichten Januar 1998, Anlage zur Ausgabe Nr. 589, S. 5). Teilweise wird vertreten, Abs. 4 Satz 1 Nr. 5 sei einschränkend so zu verstehen, dass nur solche Einrichtungen damit gemeint seien, die auch den Pflichtaufgaben der kommunalen Abfallentsorgung entsprechen (vgl. *Cosson*, Kommunen als Konkurrenten, *ENTSORGA-Magazin* 1998 S. 28 ff.). Die Verwertung anderer als aus privaten Haushalten stammender Abfälle und die Beseitigung gewerblicher Abfälle, soweit diese nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG nicht überlassungspflichtig und nach Maßgabe von § 15 Abs. 3 KrW-/AbfG von der Entsorgung sogar ausschließbar sind, sei als wirtschaftliche Betätigung einzuordnen (*Frenz*, *AbfallR* 2006 S. 123, 126). Zu den Pflichtaufgaben der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gehört gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG die Beseitigung und Verwertung von Abfällen aus privaten Haushaltungen sowie die Beseitigung von Abfällen aus anderen Herkunftsbereichen. Generell besteht seitens der kommunalen Entsorgungsbetriebe eine Beseitigungs-, aber auch Verwertungspflicht, sobald ihnen Abfall überlassen wird. Überlassungspflichten bestehen allerdings nur eingeschränkt. Nicht überlassen werden müssen gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG Abfälle zur Verwertung gewerblicher Herkunft.