

Anlage 2

Büro Stuttgart
GENO Haus
Heilbronner Straße 41
D-70191 Stuttgart
Fon (0711) 601 701-0
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde*
Dr. Rainard Menke*
Dr. Andrea Vetter*
Dr. Winfried Porsch*
Dr. Tina Bergmann*
Dr. Bernd Schieferdecker*
Alexander Wirth*
Annette Braun

Büro Bonn
Rheinauen Carré
Mildred-Scheel-Straße 1
D-53175 Bonn
Fon (0228) 323 002-0
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen*
Dr. Frank Hölscher*
Dr. Markus Deutsch*
Dr. Barbara Stamm*
Dr. Christian Stelter*

19. April 2012

Gutachterliche Stellungnahme**zum Bürgerbegehren
„Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“**

erstattet im Auftrag der Landeshauptstadt Stuttgart

von Rechtsanwälten Dolde Mayen & Partner
hier: Rechtsanwältin Dr. Andrea Vetter und
Rechtsanwalt Dr. Winfried Porsch

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage	4
1. Bestehender Konzessionsvertrag	4
2. Befassung des Gemeinderats mit der Neuordnung der Energie- und Wasserversorgung	5
3. Bürgerbegehren „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“	8
II. Gegenstand des Bürgerbegehrens	9
1. Auslegungsgrundsätze	9
2. Auslegung	10
III. Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Bürgerbegehrens	12
1. Überblick	12
2. Fragestellung	13
3. Eigener Wirkungskreis	13
4. Keine Sperrwirkung eines Bürgerentscheids	14
5. Kein ausgeschlossener Gegenstand	14
6. Kostendeckungsvorschlag	15
7. Frist	17
8. Anzahl der Unterstützerunterschriften	19
9. Zwischenergebnis	20
IV. Rechtmäßiges Ziel – Prüfungsmaßstab	20
V. Rechtswidriges Ziel – Übernahme Gas- und Stromnetz	21
1. Rahmenbedingungen	21
2. Vergaberecht	22
3. Dienstleistungskonzessionen und Vergabeprinzipien aus den Grundfreiheiten	23
4. Ausnahmen von den europäischen Vergabeprinzipien	24
5. Wettbewerbsanforderungen aus § 46 EnWG und Kartellrecht	26
VI. Rechtmäßiges Ziel – Übernahme Wassernetz	32
1. Rahmenbedingungen	32
2. Dienstleistungskonzessionen und Vergabeprinzipien aus den Grundfreiheiten	33
3. Ausnahme bei Übertragung auf Eigenbetrieb	34
4. Bürgerentscheid entfällt	36
VII. Rechtmäßiges Ziel – Übernahme Fernwärmeversorgung	37
1. Rahmenbedingungen	37
2. Rechtmäßiges Ziel	37

VIII. Zwischenergebnis	40
IX. Unzureichende Begründung.....	40
1. Prüfungsmaßstab.....	40
2. Unvollständige und irreführende Begründung.....	43
X. Keine Teilbarkeit des Bürgerbegehrens	46
1. Prüfungsmaßstab.....	46
2. Vollständige Unzulässigkeit.....	47
XI. Zusammenfassung	48

I. Ausgangslage

1. Bestehender Konzessionsvertrag

Die Landeshauptstadt Stuttgart hat mit der Neckarwerke Stuttgart AG (NWS) am 21.04.1994 mit Nachtragsvereinbarung vom 15./19.03.1999 einen Konzessionsvertrag geschlossen. Mit Übernahme der NWS durch die Energie Baden-Württemberg AG (EnBW) wurde die EnBW zum 01.10.2003 als Rechtsnachfolgerin der NWS Vertragspartner der Landeshauptstadt Stuttgart.

Mit dem bestehenden Konzessionsvertrag überträgt die Stadt der EnBW das ausschließliche Recht zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser. Außerdem überträgt die Stadt der EnBW das Recht zur Versorgung mit Fernwärme im Stadtgebiet (§ 1 Abs. 1).

Die Stadt räumt der EnBW das – für die öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern mit Elektrizität, Gas und Wasser ausschließliche – Recht ein, die im Stadtgebiet gelegenen öffentlichen Straßen, Wege, Plätze, Brücken und anderen öffentlichen Verkehrsraum, über den ihr das Verfügungsrecht zusteht, für den Bau und den Betrieb von ober- und unterirdischen Versorgungsleitungen zu benutzen (§ 2 Abs. 1). Im Gegenzug verpflichtet sich die Gesellschaft, jedermann im Stadtgebiet zu den allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreisen an die Versorgungsnetze der Elektrizität und Gas anzuschließen und zu versorgen. Entsprechendes gilt auch für die Versorgung mit Wasser und Fernwärme, soweit die hierfür erforderlichen Förder-, Erzeugungs-, Bezugs- und Verteilungsanlagen vorhanden sind (§ 3 Abs. 1). Die Gesellschaft zahlt der Stadt für die Einräumung der vertraglichen Rechte eine Konzessionsabgabe (§ 5).

Nach § 17 trat der Konzessionsvertrag am 01.01.1994 in Kraft. Er läuft bis zum 31.12.2013.

2. Befassung des Gemeinderats mit der Neuordnung der Energie- und Wasserversorgung

- a) Der Gemeinderat der Landeshauptstadt Stuttgart hat sich mit der zum 01.01.2014 anstehenden Neuordnung der Energie- und Wasserversorgung mehrfach befasst. Für die Beurteilung der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens sind folgende Gemeinderatsbeschlüsse von Bedeutung:
- b) Am 02.04.2009 wurde der Gemeinderat über eine mit der EnBW Regional AG ausverhandelte Grundsatzvereinbarung über die Gründung einer gemeinsamen Gesellschaft für die Wasserversorgung informiert (GRDrs 185/2009). Die Beschlussfassung wurde zurückgestellt.
- c) Ende März 2010 wurden von der Bürgerinitiative Wasserforum im Rathaus rund 27.000 Unterschriften für ein Bürgerbegehren „100-Wasser“ abgegeben. Ziel des Bürgerbegehrens ist es, dass die Stadt Stuttgart die Wasserversorgung frühestmöglich, spätestens aber ab 01.01.2014 selbst betreibt. Die Rechte an der Wasserversorgung dürfen weder ganz noch teilweise in der Hand von Privaten (z.B. der EnBW) belassen werden.

Mit Beschluss vom 17.06.2010 hat der Gemeinderat festgestellt, dass das Bürgerbegehren „100-Wasser“ zulässig ist (GRDrs 390/2010). Er hat weiter die Forderung des Bürgerbegehrens übernommen und beschlossen, dass die Landeshauptstadt Stuttgart die Stuttgarter Wasserversorgung frühestmöglich, spätestens aber ab 01.01.2014 selbst betreiben und die Rechte an der Wasserversorgung nicht ganz oder teilweise in der Hand von Privaten (z.B. der EnBW) belassen will. Nachdem der Gemeinderat die Durchführung der mit dem Bürgerbegehren verlangten Maßnahme beschlossen hat, entfiel nach § 21 Abs. 4 S. 2 GemO der Bürgerentscheid.

d) Im Laufe der Beratungen über die Neuordnung der Energie- und Wasserversorgung hat der Gemeinderat beschlossen, ein Gutachten mit konzeptionellen Überlegungen hinsichtlich der möglichen Gründung eines Stadtwerks zu erstellen. Das Unternehmen Horváth & Partner wurde im März 2010 mit der Erstellung des Gutachtens beauftragt. Nach Vorlage des Abschlussberichts fasste der Gemeinderat am 26.05.2011 folgenden Beschluss (GRDRs 118/2011):

1. *Der Abschlussbericht des Gutachters Horváth & Partner GmbH Stuttgart über die Begleitung der konzeptionellen Überlegungen bei der Gründung eines Stadtwerks wird zur Kenntnis genommen.*
2. *Die Verwaltung wird beauftragt, die erforderlichen Schritte zur Gründung eines Stadtwerks als Tochter der SVV vorzunehmen und dem Gemeinderat bis zur Sommerpause den Entwurf des Gesellschaftsvertrags vorzulegen. Die Geschäftsfelder des Stadtwerks sollen bestehen unter anderem aus*
 - *den Netzen der allgemeinen Versorgung für Strom und Gas,*
 - *dem Vertrieb von Strom und Gas,*
 - *der Ökoenergieerzeugung und*
 - *weiteren Energiedienstleistungen.*
3. *Der bestehende „Eigenbetrieb Stadtentwässerung Stuttgart (SES)“ soll um die Wasserversorgung erweitert werden, so dass ein kommunaler Eigenbetrieb „Kommunale Wasserwerke Stuttgart (KWS)“ entsteht. Die Verwaltung wird beauftragt mögliche Synergieeffekte sowie die notwendigen Veränderungen darzustellen.*

Die Landeshauptstadt nimmt mit der EnBW entsprechende Verhandlungen zur Übernahme der Wasserversorgung einschließlich der Wasserbezugsrechte auf.
4. *Die Landeshauptstadt führt mit der EnBW entsprechende Verhandlungen zur Überlassung der Versorgungsnetze für Strom und Gas.*
5. *Dem Gemeinderat wird fortlaufend über den Stand der Gespräche sowie über die finanziellen und rechtlichen Folgen und den*

damit verbundenen unternehmerischen Aufgabenstellungen bei den verhandelten Modellen berichtet.“

- e) Nach § 46 Abs. 3 EnWG muss das Auslaufen des Konzessionsvertrages bis spätestens zwei Jahre vor Vertragsende öffentlich bekannt gemacht werden.

Entsprechend dieser gesetzlichen Verpflichtung hat die Landeshauptstadt Stuttgart am 17.02.2011 im Bundesanzeiger und am 01.03.2011 im Amtsblatt der EU veröffentlicht, dass der bestehende Konzessionsvertrag mit Ablauf des 31.12.2013 endet und die Stadt beabsichtigt, ab dem 01.01.2014 neue Wegenutzungsverträge gem. § 46 Abs. 2 EnWG für die Strom- und Gasnetze abzuschließen. Qualifizierte Unternehmen wurden gebeten, bis zum 31.05.2011 ihr Interesse an dem Abschluss von Wegenutzungsverträgen für Strom- und/oder Gasnetze für den Zeitraum ab 01.01.2014 schriftlich zu bekunden.

Der Gemeinderat wurde am 27.07.2011 (GRDrs 584/2011) darüber informiert, dass insgesamt sechs Unternehmen der Energiewirtschaft ihr Interesse bekundet hatten, darunter die EnBW Regional AG und die Stuttgarter Versorgungs- und Verkehrs- GmbH (SVV).

In der Mitteilungsvorlage wird der Gemeinderat darauf hingewiesen, dass bei der Vergabe von Wegenutzungsrechten (Konzessionen) gem. § 46 Abs. 2 EnWG durch die Gemeinde zwar kein Vergabeverfahren nach vergaberechtlichen Regeln durchzuführen sei, aber bei der Auswahlentscheidung die Anforderungen des europäischen Primärrechts zu beachten seien, das ein diskriminierungsfreies und transparentes Vorgehen zum Vertragsschluss vorgebe. Weiter wird auf die Vorgaben der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamts zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen hingewiesen. Danach sei ein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Stadt bei der Vergabe von Wegerechten verboten. Als missbräuchliches Verhalten werde auch die Bevorzugung einzelner Bieter ohne

sachlichen Grund genannt. Daraus lasse sich folgern, dass eine Ausschreibung stattfinden müsse, die nicht mit der Kommune verbundenen Unternehmen die gleichen Möglichkeiten eröffne wie den verbundenen Unternehmen.

3. Bürgerbegehren „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“

- a) Am 14.02.2012 wurden dem Statistischen Amt der Landeshauptstadt Stuttgart 27.500 Unterschriften für das Bürgerbegehren „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“ übergeben. Die Unterschriftenlisten enthalten nach der Überschrift folgenden Text:

„Wir beantragen gemäß § 21 Abs. 3 der Gemeindeordnung Baden-Württemberg einen Bürgerentscheid zu folgender Frage:

Sind Sie dafür, dass die Stadt Stuttgart die Konzession und den Betrieb der Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme spätestens ab 01.01.2014 selbst übernimmt? Und sind Sie gegen einen Gemeinderatsbeschluss, der dem nicht entspricht?“

- b) Es wird folgende Begründung gegeben:

„Der zwischen der Stadt Stuttgart und der EnBW geschlossene Konzessionsvertrag für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme läuft am 31.12.2013 aus. Die Stadt kann den Betrieb der Wasserversorgung und den Betrieb der Netze für Strom, Gas und Fernwärme spätestens ab 01.01.2014 wieder vollständig selbst übernehmen. Die Betriebsführung der Wasserversorgung durch die Stadt hat der Gemeinderat mit Übernahme des Bürgerbegehrens „100-Wasser“ beschlossen, sie ist aber noch nicht umgesetzt. Deshalb greifen wir diesen Punkt der Vollständigkeit halber hier nochmals auf.

Wasser und Energie gehören zur Daseinsvorsorge der Bürger und müssen in kommunaler Hand sein. Wasser, unser wichtigstes Lebensmittel, muss uns, unseren Kindern und Kindeskindern dauerhaft in bester Qualität und zu sozialen Preisen zur Verfügung stehen. Damit dies gewährleistet ist, muss die Stadt unsere Wasserversorgung wieder vollständig selbst betreiben. Wenn die Stadt die Netze für Strom, Gas

und Fernwärme selbst betreibt, kann verstärkt Energie dezentral und umweltfreundlich vor Ort erzeugt werden. **Um dieses Ziel zu erreichen, muss jegliche Beteiligung oder Einflussnahme von Atomenergiekonzernen ausgeschlossen sein.** Auf diese Weise wird die Möglichkeit geschaffen, von Atom- und Kohlestrom wegzukommen.“

- c) Im Hinblick auf den Kostendeckungsvorschlag wird ausgeführt:

„Der Preis für den Kauf der Wasserversorgung, der Strom- und Gasnetze, wird auf 345 Mio. € geschätzt (Gutachterauftrag Horváth & Partners, 2. Dezember 2010, Ergebnisphase 3, S. 39). Zur Finanzierung des Netzkaufs – auch des Fernwärmenetzes –, der Wasserversorgung sowie für die Entflechtungskosten stehen aus dem Verkauf der Energieanlagen im Jahr 2002 ausreichend Mittel in Höhe von 619 Mio. Euro (Zeitwert 31.12.2008, s. GRDRs, 185/2009) zur Verfügung.“

- d) Für das Bürgerbegehren werden vier Vertrauenspersonen mit Namen und Anschrift benannt.

II. Gegenstand des Bürgerbegehrens

1. Auslegungsgrundsätze

- a) Nach § 21 Abs. 3 S. 1 GemO kann die Bürgerschaft im Wege des Bürgerbegehrens einen Bürgerentscheid über eine Angelegenheit des Wirkungskreises der Gemeinde beantragen, für die der Gemeinderat zuständig ist. Das Bürgerbegehren muss gem. § 21 Abs. 3 S. 4 GemO die zur Entscheidung zu bringende Frage, eine Begründung und einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthalten.
- b) Der Text der zur Entscheidung zu bringenden Frage ist maßgeblich für die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens. Die zur Entscheidung zu bringende Frage muss sich daher dem Bürgerbegehren mit hinrei-

chender Eindeutigkeit entnehmen lassen. Ist der Wortlaut des Bürgerbegehrens mehrdeutig, ist dessen Sinn durch Auslegung zu bestimmen. Maßgebend ist der objektive Erklärungsinhalt, wie er in der Formulierung und Begründung des Antrags zum Ausdruck kommt und wie er von den Unterzeichnern verstanden werden konnte und musste (VGH Mannheim, U. v. 28.03.1988 – 1 S 1493/87 in: EKBW GemO, § 21 E 16, S. 4; VG Stuttgart, U. v. 17.07.2009 – 7 K 2332/08, UA S. 21 f.). Für die Auslegung ist unbeachtlich, was im Laufe des Verfahrens – nachträglich – von Seite der Initiatoren oder der Gemeinde politisch gewollt ist (VGH Mannheim, U. v. 28.03.1988, in: EKBW GemO, § 21 E 16, S. 4; VG Stuttgart, B. v. 31.01.2007 – 7 K 4161/06).

2. Auslegung

- a) Nach diesen Maßstäben ist die Fragestellung auf den Unterschriftenlisten und die dort gegebene Begründung für die Auslegungen maßgebend.
- b) Das Bürgerbegehren besteht aus zwei Teilfragen. Die erste Teilfrage formuliert das Ziel, dass die Stadt Stuttgart die Konzession und den Betrieb der Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme spätestens ab 01.01.2014 selbst übernimmt. Im Hinblick auf den Gegenstand ist das Begehren eindeutig. Es betrifft die Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme.

Im Hinblick auf diese Netze soll die Stadt sowohl die „Konzession“ als auch den „Betrieb“ übernehmen. Unter Konzession versteht man üblicherweise die Verleihung des Nutzungsrechts an öffentlichen Sachen. Bei Versorgungsnetzen versteht man dementsprechend unter dem Begriff der Konzession die Verleihung der Nutzungsrechte für den öffentlichen Verkehrsraum und anderer städtischer Grundstücke. Die Stadt soll allerdings nicht nur sich selbst die Nutzungsrechte an diesen Netzen einräumen, sondern auch ihren „Be-

trieb“ übernehmen. Sie soll also für die Einspeisung und Verteilung von Wasser, Strom, Gas und Fernwärme bei diesen Netzen zuständig sein.

Mehrdeutig ist die Art und Weise, auf die die Stadt die Konzession und den Betrieb der Netze übernehmen soll. Insoweit formuliert das Bürgerbegehren, dass die Stadt Konzession und Betrieb „selbst übernimmt“. Bei enger Auslegung würde dies bedeuten, dass nur die Stadt als Gebietskörperschaft des öffentlichen Rechts selbst (z.B. durch einen Eigenbetrieb) die Konzession und den Betrieb übernehmen kann. Andererseits wird in der Begründung darauf hingewiesen, dass „jegliche Beteiligung oder Einflussnahme von Atomenergiekonzernen“ ausgeschlossen sein sollte. Daraus ist zu schließen, dass auch die Übernahme von Konzession und Betrieb der Netze durch eine Gesellschaft möglich ist, die allerdings zu 100% im Eigentum der Stadt stehen muss. Dafür spricht auch die Formulierung in der Begründung, dass die Stadt Konzession und Betrieb der Netze „vollständig selbst“ übernehmen soll. Eine gemischte Gesellschaft mit Beteiligung Dritter ist demnach mit den Zielen des Bürgerbegehrens unvereinbar. Dafür spricht auch die Vorgeschichte. Die Landeshauptstadt Stuttgart hatte noch im Jahr 2009 Überlegungen angestellt, ein Gemeinschaftsunternehmen mit der EnBW Regional AG zu gründen, dem ab 2014 die Wasserversorgung übertragen werden soll (vgl. GRDRs 185/2009). Das Bürgerbegehren wendet sich gegen ein solches Gemeinschaftsunternehmen.

Ziel der ersten Teilfrage des Bürgerbegehrens ist es damit, dass die Stadt Stuttgart sich selbst die Wegerechte für die Netze Wasser, Strom, Gas und Fernwärme überträgt und auch den Betrieb dieser Netze ab dem 01.01.2014 übernimmt. Die Übernahme kann entweder durch die Stadt selbst als Körperschaft des öffentlichen Rechts erfolgen (z.B. durch einen städtischen Eigenbetrieb) oder durch eine Gesellschaft des Privatrechts, die dann allerdings zu 100% im Eigentum der Landeshauptstadt Stuttgart stehen muss.

- c) Die zweite Teilfrage ist mit der ersten Teilfrage durch das Wort „und“ verbunden. Die hat das Ziel, jeden Gemeinderatsbeschluss zu verhindern, der dem Ziel der ersten Fragestellung zuwider läuft. Die zweite Teilfrage hat damit keine selbständige Bedeutung, sondern verdeutlicht das Ziel der ersten Teilfrage. Jeder Gemeinderatsbeschluss, der der Übernahme von Konzession und Betrieb der Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme durch die Stadt selbst widerspricht oder die Erreichung dieses Ziels gefährdet, soll unzulässig sein.
- d) Das Bürgerbegehren richtet sich mit seinen strikten Forderungen mithin gegen jede Übertragung der Versorgung ab 01.01.2014 im Wettbewerb. Hätte das Bürgerbegehren Erfolg, dürfte der Gemeinderat z.B. keinen Beschluss fassen, der eine Vergabe der Konzessionen für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme im Wettbewerb mehrerer Unternehmen vorsieht und entsprechende Kriterien für eine diskriminierungsfreie Vergabe der Konzession aufstellt. Wenn der Gemeinderat einen entsprechenden Beschluss fasst, zieht er ernsthaft die Möglichkeit in Betracht, dass auch ein anderes Unternehmen als die Stadt selbst oder die von ihr gegründete Eigengesellschaft die Konzession erhalten kann. Ein solcher Beschluss würde dem Ziel, die Konzession ab 01.01.2014 selbst zu übernehmen, widersprechen und wäre deshalb bei einem Erfolg eines Bürgerentscheids nach Maßgabe des Bürgerbegehrens nicht zulässig.

III. Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Bürgerbegehrens

1. Überblick

Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Bürgerbegehrens sind nach § 21 GemO:

- Das Begehren wird schriftlich eingereicht und enthält eine mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantwortende Frage;
- es bezieht sich auf den eigenen Wirkungskreis der Gemeinde;
- es ist auf ein rechtmäßiges Ziel gerichtet;
- soweit es sich gegen einen Beschluss des Gemeinderats richtet: Die Sechswochenfrist nach § 21 Abs. 3 S. 3 GemO ist gewahrt;
- es hat keine Angelegenheit zum Gegenstand, über die innerhalb der letzten drei Jahre bereits ein Bürgerentscheid aufgrund eines Bürgerbegehrens durchgeführt worden ist;
- es hat keine nach § 21 Abs. 2 GemO vom Bürgerentscheid ausgeschlossene Angelegenheit zum Gegenstand;
- es enthält eine Begründung und einen Kostendeckungsvorschlag, die den gesetzlichen Anforderungen entsprechen und
- es erreicht das nach § 21 Abs. 3 S. 5 GemO erforderliche Quorum an Unterstützungsvorschriften.

2. Fragestellung

Die schriftlich eingereichte Fragestellung ist mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten.

3. Eigener Wirkungskreis

Das Bürgerbegehren bezieht sich auf den eigenen Wirkungskreis der Landeshauptstadt Stuttgart (§§ 1, 2 GemO). Darunter sind Angelegenheiten zu verstehen, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln und einen spezifischen Bezug zur Gemeinde haben und die der Gemeinde im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts aus Art. 28 Abs. 2 GG garantiert sind. Die Sicherstellung der Energieversorgung ist ein „Gemeinschaftsinteresse

höchsten Ranges“ und ein zur Daseinsvorsorge unverzichtbares Gemeinschaftsgut (vgl. BVerfGE 30,292, 323 f.; 66, 248, 258). Die Versorgung der Einwohner der Gemeinde mit Strom, Gas, Wasser und Fernwärme gehört demnach ebenso wie der Abschluss von Konzessionsverträgen zur Sicherstellung der Versorgung zum eigenen Wirkungskreis der Gemeinden (vgl. § 107 GemO; BVerwGE 98, 273, 275 f. zur Stromversorgung; 122, 157, 162 f. zur Energieversorgung; BVerfGE 45, 63, 78; 58, 54, 62; BVerwGE 122, 350, 354 f. zur Wasserversorgung).

4. Keine Sperrwirkung eines Bürgerentscheids

Das Bürgerbegehren hat keine Angelegenheit zum Gegenstand, über den in den letzten drei Jahren bereits ein Bürgerentscheid stattgefunden hätte (§ 21 Abs. 3 S. 2 GemO). Das 2009 eingeleitete Bürgerbegehren „100-Wasser“ führte nicht zu einem Bürgerentscheid, weil der Gemeinderat die verlangte Maßnahme beschlossen hat.

5. Kein ausgeschlossener Gegenstand

- a) Die Gegenstände des Ausschlusskatalogs des § 21 Abs. 2 GemO werden durch das Bürgerbegehren nicht berührt.
- b) Das Bürgerbegehren lässt offen, auf welche Art und Weise die Stadt die Energie- und Wasserversorgung selbst übernehmen soll. Es betrifft damit nicht Fragen der inneren Organisation der Gemeindeverwaltung im Sinne des § 21 Abs. 2 Nr. 2 GemO.
- c) Auch die Haushaltsatzung einschließlich der Wirtschaftspläne der Eigenbetriebe (§ 21 Abs. 2 Nr. 4 GemO) wird durch das Bürgerbegehren nicht berührt. Der VGH Mannheim legt diesen Ausschlussbestand zwar weit aus und entnimmt der Regelung, dass der Gesetzgeber der Bürgerschaft auch in grundsätzlichen finanziellen Fragen keine Entscheidungskompetenz anstelle des Gemeinderates einräumen wollte (VGH Mannheim, VBIBW 1992, 421, 422). Bürger-

entscheide, die unmittelbar auf Finanzierungsfragen abzielen, sind demnach nicht zulässig. Der Ausschlussstatbestand ist aber nicht schon dann erfüllt, wenn die Maßnahme, die Gegenstand des Bürgerentscheids ist, mittelbar Kosten nach sich zieht (VGH Mannheim, B. v. 27.04.2010 – 1 S 2810/09, EKBW/GemO § 21 E 34, S. 5; Kunze/Bronner/Katz, GemO, Stand: März 2011, § 21 Rn. 10). Der Ausschlussstatbestand des § 21 Abs. 2 Nr. 4 GemO steht dem Bürgerentscheid damit nicht entgegen, weil das Bürgerbegehren nicht unmittelbar zum Ziel hat, die Finanzierung der Übernahme zu regeln.

6. Kostendeckungsvorschlag

- a) Nach § 21 Abs. 3 S. 4 GemO muss das Bürgerbegehren einen „nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthalten“.

Dem Vorschlag über die Finanzierung kommt erhebliche Bedeutung zu. Die Bürgerschaft soll nicht nur Leistungen von der Gemeinde fordern können, sondern muss auch die Möglichkeit einer Finanzierung genau prüfen; damit wird der Bürgerschaft die Selbstverantwortung für die geplante Maßnahme klar vor Augen gestellt.

Der Kostendeckungsvorschlag besteht aus zwei Elementen. Er muss zunächst Angaben über die Kostenhöhe enthalten. Da das durchzuführende Projekt in der Regel in den Einzelheiten noch nicht geplant ist, genügt hier eine Kostenschätzung. Das zweite Element ist ein nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbarer Vorschlag, wie die geschätzten Kosten gedeckt werden sollen. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltswirtschaft der Gemeinde nach § 77 Abs. 2 GemO muss beachtet werden. Der Kostendeckungsvorschlag darf sich nicht auf die Herstellungskosten beschränken, sondern muss sich auch auf die Betriebskosten erstrecken (VGH Mannheim, VBIBW 1993, 269; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 20).

Die Anforderungen an den Kostendeckungsvorschlag dürfen allerdings nicht überspannt werden. Es ist zu berücksichtigen, dass die Initiatoren eines Bürgerbegehrens regelmäßig nicht über das erforderliche Fachwissen von Behörden verfügen und auch nicht verpflichtet werden sollen, kostspielige Gutachten zur Ermittlung der Kosten in Auftrag zu geben. Eine überschlägige Kostenschätzung ist deshalb ausreichend (Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 20; sehr strenge Anforderungen demgegenüber z.B. bei OVG Münster, B. v. 21.01.2008 – 15 A 2697/07, juris-Langtext Rn. 10; VG Münster, U. v. 04.11.2011 – 1 K 1960/11).

- b) Nach diesem Maßstab dürfte der Kostendeckungsvorschlag den gesetzlichen Anforderungen noch genügen. Der Kostendeckungsvorschlag verweist unter Bezugnahme auf das von der Stadt eingeholte Gutachten darauf, dass der Preis für den Kauf der Wasserversorgung sowie des Strom- und Gasnetzes auf ca. 345 Mio. € geschätzt wird. Diese Zahl ist nicht zu beanstanden. Ferner verweist der Kostendeckungsvorschlag darauf, dass zur Finanzierung des Netzkaufs – auch des Fernwärmenetzes – 619 Mio. € zur Verfügung stehen. Auch diese Zahl ist nicht zu beanstanden.
- c) Bedenken bestehen allerdings im Hinblick auf die Tatsache, dass sich der Kostendeckungsvorschlag nicht dazu äußert, wie die Stadt die erforderliche Fernwärme zum Betrieb des Fernwärmenetzes zur Verfügung stellen soll. Die Stadt betreibt kein Wärmeerzeugungskraftwerk und ist auch nicht Inhaber des Fernwärmenetzes. Im Gutachten Horváth & Partner wird darauf hingewiesen, dass eine Fernwärmeerzeugung nur aufgebaut werden könnte, wenn die Anlagen Stuttgart-Münster, Gaisburg und Altbach-Deizisau zu einem hohen dreistelligen Millionenbetrag von der EnBW abgekauft werden. Dementsprechend empfiehlt das Gutachten, die Fernwärme (Kraftwerke und Netze) in einem Stadtwerk Stuttgart nicht weiter zu berücksichtigen. Insoweit ist allerdings zu bedenken, dass das Bürgerbegehren auch eine Lösung zulässt, bei der die Stadt das Fernwärmenetz

übernimmt und die Erzeugungsanlagen im Eigentum der EnBW verbleiben. Auch im Strombereich wird der Strombetrieb von der Energieerzeugung getrennt. Legt man diese Auslegung zur Grunde, ist der Kostendeckungsvorschlag noch ausreichend.

- d) Die Tatsache, dass Betriebskosten nicht in den Kostendeckungsvorschlag aufgenommen werden, macht ihn nicht unzureichend. Aus dem Netzbetrieb können Einnahmen erzielt werden, die üblicherweise die Kosten decken und bei erfolgreichen Stadtwerken auch Gewinn abwerfen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht erforderlich, die Betriebskosten in den Kostendeckungsvorschlag aufzunehmen.
- e) Vom durchschnittlichen Empfängerhorizont gesehen ist der Kostendeckungsvorschlag nach alldem im Hinblick auf seinen Sinn und Zweck ausreichend. Der Bürgerschaft, die das Bürgerbegehren unterstützt, wird klar vor Augen gestellt, dass die Stadt derzeit nicht Eigentümer der Netze ist, sondern diese erwerben muss. Weiter wird den Bürgern klar, dass der Kauf der Netze eine sehr kostspielige Angelegenheit ist, für die ein hoher dreistelliger Millionenbetrag eingesetzt werden muss. Der Kostendeckungsvorschlag informiert die Bürger auf knappe und verständliche Art und Weise, dass für den Kauf der Netze Rücklagen in Höhe von 619 Mio. € aufgelöst werden müssten. Dem Bürger wird klar, dass diese Rücklagen dann nicht mehr für andere Zwecke zur Verfügung stehen. Damit wird dem Ziel genüge getan, der Bürgerschaft die Selbstverantwortung für die geplante Maßnahme klar vor Augen zu stellen.

7. Frist

- a) Die Zulassung des Bürgerbegehrens scheitert auch nicht an der Sechswochenfrist des § 21 Abs. 3 S. 3 GemO, weil es sich nicht „gegen einen Beschluss des Gemeinderats“ richtet.

Dies Ausschlussfrist des § 21 Abs. 3 S. 3 GemO gilt nur für so genannte „kassatorische Bürgerbegehren“, die sich gegen einen Beschluss des Gemeinderats richten. Die Ausschlussfrist gilt nicht für initiiierende Bürgerbegehren, die das zukünftige Handeln der Gemeindeorgane betreffen.

Ein kassatorisches Bürgerbegehren liegt vor, wenn das Begehren auf die Korrektur eines Gemeinderatsbeschlusses gerichtet ist. Es genügt, dass eine wesentlich andere als die vom Gemeinderat beschlossene Lösung angestrebt wird. Es ist nicht erforderlich, dass der angegriffene Gemeinderatsbeschluss in der Fragestellung oder in der Begründung ausdrücklich genannt wird (VGH Mannheim, BWGZ 1992, 599, 600; VBIBW 1990, 460,641 f.; NVwZ 1995, 288, 289).

- b) Ein in diesem Sinne „kassatorisches Bürgerbegehren“ liegt hier nicht vor. Das Bürgerbegehren richtet sich insbesondere nicht gegen den Gemeinderatsbeschluss vom 26.05.2011. Dieser Beschluss befasst sich weder wörtlich noch sinngemäß mit den Konzessionen für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme. Er schließt es auch nicht aus, dass die Stadt diese Konzessionen ebenso wie den Netzbetrieb selbst übernimmt. Im Hinblick auf die Versorgung mit Strom und Gas lässt der Beschluss die Beteiligungsverhältnisse an den künftigen Stadtwerken offen. Die Gründung von Stadtwerken steht dem Bürgerbegehren mithin nicht entgegen, das Bürgerbegehren verfolgt hier kein anderes Konzept als der Gemeinderatsbeschluss vom 26.05.2011. Es ergänzt den Beschluss dahingehend, dass die Stadtwerke nach dem Ziel des Bürgerbegehrens zu 100% im Eigentum der Landeshauptstadt Stuttgart stehen müssen.

Im Hinblick auf die Wasserversorgung entspricht der Beschluss vom 26.05.2011 auch dem mit dem Bürgerbegehren verfolgten Konzept.

Lediglich im Hinblick auf die Fernwärmeversorgung könnte sich bei genauerer Überprüfung ein Widerspruch zum Gemeinderatsbe-

schluss vom 26.05.2011 ergeben. Grundlage des Gemeinderatsbeschlusses vom 26.05.2011 ist die Beschlussvorlage GRDRs 118/2011. Dort wird zur Fernwärmeversorgung ausgeführt, dass die Übernahme der Versorgung durch die Stadt wegen der hohen Investitionskosten nicht empfehlenswert ist. Das Bürgerbegehren strebt demgegenüber die Übernahme der Fernwärmeversorgung durch die Stadt an. Im Hinblick auf den Gemeinderatsbeschluss vom 26.05.2011 ist das Bürgerbegehren dennoch kein kassatorisches Bürgerbegehren. Der Beschluss selbst befasst sich nicht ausdrücklich mit der Fernwärmeversorgung. Er stellt klar, dass die Geschäftsfelder des Stadtwerks „unter anderem“ in den Netzen der allgemeinen Versorgung für Strom und Gas sowie weiteren Energiedienstleistungen bestehen sollen. Diese Definition ist nicht abschließend. Der Gemeinderatsbeschluss schließt es nicht aus, dass die Stadtwerke auch die Fernwärmeversorgung übernehmen.

Der Abschlussbericht des Gutachters Horváth & Partner wird im Übrigen vom Gemeinderat nur zur Kenntnis genommen. Dies bedeutet nicht, dass sich der Gemeinderat in jedem Punkt diesem Abschlussbericht angeschlossen hat. Für die Bürgerschaft war mithin aus dem Gemeinderatsbeschluss vom 26.05.2011 nicht erkennbar, dass die Stadt die Übernahme der Fernwärmeversorgung in Eigenregie ablehnt (vgl. zur Erkennbarkeit der Sperrwirkung zuletzt VGH Mannheim, B. v. 30.09.2010 – 1 S 1722/10 – Schossbergtreppe Nagold). Eine solche Sperrwirkung des Beschlusses war vom Gemeinderat auch nicht beabsichtigt.

Die Ausschlussfrist des § 21 Abs. 3 S. 3 GemO steht dem Bürgerbegehren nicht entgegen.

8. Anzahl der Unterstützerunterschriften

In der Landeshauptstadt Stuttgart ist das nach § 21 Abs. 3 S. 5 GemO erforderliche Quorum erfüllt, wenn das Bürgerbegehren von 20.000 Bürgern

unterzeichnet wurde. Dies ist der Fall. Von den 27.978 eingereichten Unterstützerunterschriften stammen mindestens 21.437 von wahlberechtigten Stuttgarterinnen und Stuttgartern; nach Erreichen dieser Zahl wurde die Überprüfung der Unterschriften abgebrochen.

9. Zwischenergebnis

Näherer Prüfung bedürfen die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen, also die Frage, ob das Bürgerbegehren

- auf ein rechtmäßiges Ziel gerichtet ist (unten IV bis VII),
- eine den gesetzlichen Anforderungen genügende Begründung enthält (unten IX).

IV. Rechtmäßiges Ziel – Prüfungsmaßstab

Die Gemeindeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24.07.2000 (GBl. S. 581) enthielt unter § 21 Abs. 2 Nr. 7 GemO noch die ausdrückliche Regelung, dass ein Bürgerentscheid nicht über „Anträge, die ein gesetzwidriges Ziel verfolgen“ stattfindet. Nach der Novelle der Gemeindeordnung durch das Gesetz zur Änderung kommunalverfassungsrechtlicher Vorschriften vom 28.07.2005 (GBl. S. 578) wird dieser Ausschlussgrund im Katalog des § 21 Abs. 2 GemO nicht mehr ausdrücklich genannt, weil es in einem Rechtsstaat selbstverständlich ist, dass gesetzwidrige Ziele auch nicht im Wege des Bürgerentscheids verfolgt werden können. § 21 Abs. 2 Nr. 7 GemO a. F. hatte ausschließlich deklaratorische Bedeutung. Die mit dem Bürgerbegehren verlangte Maßnahme muss mit der Rechtsordnung vereinbar sein, es besteht kein Anspruch auf Zulassung eines Bürgerentscheids, der im Falle seiner Annahme rechtswidrig wäre und daher beanstandet und aufgehoben werden müsste (VG Stuttgart, U. v. 17.07.2009 – 7 K 3229/08, UA S. 35 f.; BayVGH, NVwZ-RR 1999, 141 ff.; Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn 14).

Wie oben ausgeführt (II) fordert das Bürgerbegehren, dass die Stadt Konzession und Betrieb der Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme spätestens ab 01.01.2014 entweder durch einen Eigenbetrieb oder durch eine Gesellschaft, die zu 100% im Eigentum der Stadt steht, übernimmt. Jeder Gemeinderatsbeschluss, der diesem Ziel nicht entspricht, ist unzulässig. Die Stadt muss die Konzession und Betrieb der Netze nach Auslaufen des Konzessionsvertrages auf sich selbst übertragen, ohne in einem offenen und diskriminierungsfreien Verfahren auch anderen Bewerbern die Chance zu geben, Konzession und Netzbetrieb zu übernehmen. Das Bürgerbegehren wäre mithin auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet, wenn die Rechtsordnung die Übernahme von Konzession und Netzbetrieb durch die Standortgemeinde ohne wettbewerbliches Verfahren nicht zulässt.

V. Rechtswidriges Ziel – Übernahme Gas- und Stromnetz

1. Rahmenbedingungen

- a) Die Nutzung der öffentlichen, insbesondere gemeindlichen Verkehrswege für die Verlegung und der Betrieb von Leitungen zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern mit Energie ist in § 46 EnWG geregelt. Für Leitungen, die nicht einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung zuzurechnen sind, sondern in sonstiger Weise zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern bestimmt sind, trifft § 46 Abs. 1 EnWG eine Regelung über sogenannte einfache Wegenutzungsverträge. Für Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, treffen § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG eine besondere, ausführliche und differenzierte Regelung über sogenannte qualifizierte Wegenutzungsverträge oder Konzessionsverträge (Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 3 und 4).

Bei dem Ende 2013 endenden Konzessionsvertrag handelt es sich um einen qualifizierten Wegenutzungsvertrag, für dessen Neuabschluss § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG gilt.

- b) Aus § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG ergibt sich die Verpflichtung der Gemeinde, ein „wettbewerbliches Auswahlverfahren“ zur Neuvergabe oder Verlängerung eines Konzessionsvertrages durchzuführen (Thomale/Kießling, N&R 2008, 166, 168; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07, - juris Rn. 23 ff. zur Vorgängervorschrift in § 13 EnWG a.F.; OVG Münster, Beschl. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11). Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob sich aus der Anwendbarkeit des Vergaberechts oder wegen der Einordnung der Konzessionsverträge als Dienstleistungskonzessionen bzw. aus den europäischen Grundfreiheiten Anforderungen an den Abschluss von Konzessionsverträgen aufgrund eines (europaweiten) Vergabeverfahrens ergeben. Diese Fragen sind getrennt zu prüfen.

2. Vergaberecht

- a) In Rechtsprechung und Literatur ist unstreitig, dass der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB) auf den Neuabschluss von Konzessionsverträgen im Sinn des § 46 Abs. 2 EnWG nicht anwendbar ist (OVG Münster, Beschl. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11; Thomale/Kießling, N&R 2008, 166, 168; Hoffmann, NZBau 2012, 11, 12; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 79). Bei den Konzessionen für örtliche Energieversorgungsnetze handelt es sich nicht um öffentliche Aufträge im Sinn des § 99 Abs. 1 GWB. Es fehlt an einem vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang der öffentlichen Hand, also der Landeshauptstadt Stuttgart als öffentlicher Auftraggeberin im Sinn des § 98 Nr. 1 GWB. Dies zeigt sich schon darin, dass die Landeshauptstadt Stuttgart als öffentliche Auftraggeberin kein Entgelt an den Konzessionsnehmer entrichtet. Vielmehr entrichtet der Konzessionär seinerseits an den Konzessionsgeber, also

an die Gemeinde, ein Entgelt in Form einer Konzessionsabgabe (Thomale/Kießling, N&R 2008, 166, 168). Auch im Gemeinsamen Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 (Rn. 14) wird ausdrücklich festgehalten, dass das Vergaberecht auf den Neuabschluss von Konzessionsverträgen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG nicht anwendbar ist, da sie keine öffentlichen Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen im Sinn von § 99 GWB zum Gegenstand haben.

- b) Für die Überprüfung entsprechender Konzessionsvergaben steht deshalb auch der Rechtsweg zu den Vergabekammern nicht offen.
- c) Das Vergaberecht ist nicht anwendbar und steht dem Bürgerbegehren nicht entgegen.

3. Dienstleistungskonzessionen und Vergabeprinzipien aus den Grundfreiheiten

- a) Überwiegend werden Konzessionsverträge nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG als Dienstleistungskonzessionen qualifiziert. Ob diese Einordnung zutreffend ist, ist mit Blick darauf fraglich, dass es beim Abschluss der Konzessionsverträge in erster Linie um die Einräumung eines Wegennutzungsrechts und weniger um die Beschaffung einer Dienstleistung durch die öffentliche Hand geht.

Die Einordnung als Dienstleistungskonzession kann letztlich offen bleiben, weil die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien unabhängig von der Einordnung der Konzessionen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG als Dienstleistungskonzessionen anwendbar sind (so zutreffend der Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, Rn. 15 unter Hinweis auf das Urteil des EuGH v.

09.09.2010 in der Rs. C 64/08, Rn. 49 ff. – Engelmann zu einer durch Verwaltungsakt zu erteilenden Genehmigung zum Spielbankbetrieb, die keine Dienstleistungskonzession ist).

Demnach muss insbesondere eine Bekanntmachung der Neuvergabe von Konzessionen in geeigneter Form folgen und die Vergabe transparent und nicht diskriminierend durchgeführt werden; die Entscheidung ist ferner zu begründen und es müssen Rechtsschutzmöglichkeiten vom nationalen Recht gewährleistet werden (vgl. Mitteilung der Kommission zur Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, ABl. 2006, Nr. C 179, S. 2; bestätigt durch EuG, U. v. 20.05.2010 – Rs.T-258/06 – Vergabemitteilung).

- b) Die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien stehen dem Ziel des Bürgerbegehrens entgegen, die Konzession ohne Wettbewerbsverfahren durch die Stadt zu übernehmen.

4. Ausnahmen von den europäischen Vergabeprinzipien

- a) Auch wenn die aus den europäischen Grundfreiheiten abgeleiteten Vergabeprinzipien grundsätzlich anwendbar sind, stellt sich die Frage, ob Konstellationen denkbar sind, in denen auf die Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens verzichtet werden kann. Denkbare Konstellationen sind insoweit die Übertragung der Konzession auf einen Eigenbetrieb oder die Heranziehung des in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Ausnahmetatbestands der ausschreibungsfreien „In-house-Vergabe“.
- b) Auch wenn die Vergabe von Konzessionen nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG als Dienstleistungskonzession eingeordnet wird, fehlt es bei einer Vergabe der Konzession nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG an einem Eigenbetrieb der Landeshauptstadt Stuttgart an einem Vertragsverhältnis zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Un-

ternehmen, das sowohl für einen öffentlichen Auftrag als auch für eine öffentliche Dienstleistungskonzession kennzeichnend ist. Soll die Konzession nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG an einen Eigenbetrieb vergeben werden, ist es also unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten auch nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH zu den Vorgaben, die sich aus dem AEUV zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ergeben, nicht geboten, ein Wettbewerbsverfahren durchzuführen.

- c) Eine weitere vergaberechtsfreie Konstellation, die unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten vergaberechtsfrei gestaltet werden kann, ist die ausschreibungsfreie „In-house-Vergabe“. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Anwendung der Grundprinzipien des EU-Vertrages nicht nur für öffentliche Aufträge, sondern auch auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ausgeschlossen, wenn die konzessionserteilende Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausübt wie über ihre eigenen Dienststellen und wenn diese Einrichtung zugleich ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle verrichtet, die ihre Anteile inne hat (vgl. z.B. EuGH, NZBau 2006, 326, 328 – ANAV). Bei der Anwendung des Wesentlichkeitskriteriums ist dabei aufgrund der jüngeren Rechtsprechung des EuGH sowie insbesondere unter Berücksichtigung des Vorschlags der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom Dezember 2011 davon auszugehen, dass das Wesentlichkeitskriterium erfüllt ist, wenn mindestens 90 % der Tätigkeiten aufgrund der Konzession erbracht werden (siehe Art. 11 Abs. 1 b des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM (2011) 896/2). Die In-house-Fähigkeit einer Stadtwerke Stuttgart GmbH wäre danach dann gegeben, wenn weniger als 10 % des Jahresumsatzes auf Drittgeschäfte entfallen. Als Drittgeschäfte sind dabei Umsätze einzustufen, die nicht auf der Konzession beruhen und/oder in einem

fremden Gemeindegebiet erwirtschaftet werden (dazu Thomale/Kießling, N&R 2008, 166, 172).

- d) Wird ausschließlich auf vergaberechtliche Anforderungen und auf die vom EuGH aus den Grundprinzipien des EU-Vertrages entwickelten Anforderungen an eine wettbewerbliche Vergabe von Dienstleistungskonzessionen abgestellt, könnte die Konzession mangels Vertrag vergaberechtsfrei an einen Eigenbetrieb oder unter Beachtung der Wesentlichkeitsanforderung im Wege der In-house-Vergabe an stadteigene Stadtwerke (100 %ige Tochter) vergeben werden. Unter rein vergaberechtlichen Aspekten könnte in diesen Fällen eine Übernahme der Konzession durch die Stadt im Einklang mit der Forderung des Bürgerbegehrens erreicht werden. § 46 EnWG darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden. Das Bürgerbegehren wäre dennoch auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet, wenn § 46 EnWG die Konzessionsvergabe im Wettbewerb verlangt.

5. Wettbewerbsanforderungen aus § 46 EnWG und Kartellrecht

- a) Auch wenn die Voraussetzungen der Konzessionsvergabe an einen Eigenbetrieb oder einer In-house-Konzessionsvergabe gegeben wären, hätte dies allerdings nur zur Folge, dass unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten und nach Maßgabe der Rechtsprechung des EuGH zur wettbewerblichen Vergabe von Dienstleistungskonzessionen einerseits und zu den In-house-Geschäften andererseits auf ein Wettbewerbsverfahren verzichtet werden kann. Unberührt bleiben dabei jedoch die Wettbewerbsanforderungen, die sich aus § 46 EnWG und den kartellrechtlichen Anforderungen ergeben (zu der Unterscheidung zwischen den vergaberechtlichen Anforderungen und den Anforderungen aus § 46 EnWG siehe auch Thomale/Kießling, N&R 2008, 166, 172).
- b) Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG dürfen Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung öffentlicher

Verkehrswege für die Verlegung und den Betrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören, höchstens für eine Laufzeit von 20 Jahren abgeschlossen werden. Die Gemeinden müssen das Auslaufen eines qualifizierten Wegenutzungs- bzw. Konzessionsvertrages nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG spätestens zwei Jahre vor dem Vertragsende öffentlich bekannt machen. Bewerben sich nach der Bekanntmachung mehrere Netzbetreiber um die Konzession, ist es Aufgabe der Gemeinde, den am besten geeigneten Netzbetreiber auszuwählen. Bei der Auswahlentscheidung hat die Gemeinde nach § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG den Zielen des § 1 EnWG Rechnung zu tragen. Die Auswahlentscheidung der Gemeinde ist nach § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen.

Sinn und Zweck der Regelung in § 46 Abs. 2 und 3 EnWG ist es, zumindest ansatzweise einen Wettbewerb beim Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen zu ermöglichen (OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07 – juris Rn. 23 zur Vorgängervorschrift in § 13 Abs. 3 EnWG). Nach dem Willen des Gesetzgebers soll es durch die genannten Regelungen mindestens alle 20 Jahre zu einem Wettbewerb um die Konzessionen und damit zu einem Wettbewerb um die örtlichen Verteilnetze kommen (Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 67).

Dabei soll Wettbewerb nicht nur in den Fällen geschaffen werden, in denen der Konzessionsvertrag an „Drittunternehmen“ oder an ein gegenüber der Trägergemeinde rechtlich verselbständigtes gemeindeeigenes Unternehmen vergeben werden soll. § 46 Abs. 2 und 3 EnWG finden nach § 46 Abs. 4 EnWG auch entsprechende Anwendung auf Eigenbetriebe der Gemeinden. Auch wenn eine Gemeinde die örtlichen Leitungsnetze selbst mit einem sogenannten Eigenbetrieb betreibt oder betreiben will, ist sie verpflichtet, alle 20 Jahre ei-

ne Entscheidung darüber herbeizuführen, ob diese Form der Aufgabenerfüllung gewählt oder – soweit die Aufgabe bereits von einem Eigenbetrieb wahrgenommen wird – ob an dieser Form der Aufgabenerfüllung festgehalten werden soll (Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 83). Die Entscheidung darüber, ob die Aufgabe durch einen Eigenbetrieb erfüllt werden soll, muss in der gleichen Form erfolgen wie die Entscheidung für eine Übertragung der Aufgabe auf ein gegenüber der Trägergemeinde rechtlich selbständiges Unternehmen, sei es ein Unternehmen, an dem die Gemeinde beteiligt ist oder ein rechtlich verselbständigtes gemeindeeigenes Unternehmen.

Insbesondere § 46 Abs. 4 EnWG, der die entsprechende Anwendung von § 46 Abs. 2 und 3 EnWG auf Eigenbetriebe anordnet, belegt mithin, dass auf den nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG vorgeschriebenen Wettbewerb um die Konzessionen auch dann nicht verzichtet werden kann, wenn eine Vergabe der Konzessionen an einen Eigenbetrieb oder im Wege der In-house-Vergabe an ein rechtlich verselbständigtes, jedoch gemeindeeigenes Unternehmen (ohne Beteiligung eines privaten Unternehmens) beabsichtigt ist. Die Beachtung des § 46 Abs. 2 und 3 EnWG ist auch in diesen Fällen erforderlich. Insbesondere muss der Ablauf des Konzessionsvertrages gem. § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG rechtzeitig bekannt gemacht werden. Die Landeshauptstadt Stuttgart hat dieser Forderung mit der Bekanntmachung nach § 46 Abs. 3 EnWG im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 01.03.2011 (Bekanntmachungsnummer 2011/S 41-067188) und mit der Bekanntmachung im Bundesanzeiger (veröffentlicht am 17.02.2011) entsprochen.

- c) § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG regelt nur einzelne Verfahrensanforderungen an die Neuvergabe der Konzessionen, wie insbesondere die Bekanntmachungspflichten nach § 46 Abs. 3 Satz 1 und 6 EnWG. Die Gemeinden sind bei der Auswahl des Unternehmens an die Ziele des § 1 EnWG gebunden. Im Übrigen werden keine Kriterien für

die Auswahl des örtlichen Netzbetreibers oder die Entscheidung für oder gegen eine (Re-)Kommunalisierung der örtlichen Verteilnetze ausdrücklich vorgegeben. Die Entscheidung hat im Rahmen der Gesetze zu erfolgen (Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 78). Neben dem bereits angesprochenen Vergaberecht und der Rechtsprechung des EuGH zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist dabei insbesondere auch das Kartellrecht sowie Sinn und Zweck des § 46 EnWG zu beachten. Sinn und Zweck des § 46 EnWG besteht nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.03.2008 – VI-2 U (Kart) 8/07 – juris Rn. 23 f.) nicht in dem Schutz der Gemeinden, sondern in der Ermöglichung des Wettbewerbs durch Dritte. Gleiche Anforderungen ergeben sich insbesondere aus den kartellrechtlichen Vorschriften der §§ 19, 20 GWB. Darauf weist auch der Gemeinsame Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 (Rn. 16 ff.) hin.

Für den Neuabschluss qualifizierter Wegenutzungsverträge (Konzessionsverträge) nach § 46 Abs. 2 EnWG gilt unter Beachtung des Kartellrechts folgendes:

- Bei der Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilernetze sind die Gemeinden unternehmerisch tätig, da es sich um die entgeltliche Vergabe von Wegerechten handelt. Deshalb ist das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht auf die Vergabe von Konzessionen für Gas- und Stromverteilernetze durch die Gemeinden anwendbar.
- Nur die Gemeinde kann qualifizierte Wegenutzungsverträge nach § 46 Abs. 2 und 3 EnWG schließen. Die Gemeinde ist deshalb in Bezug auf die örtlichen Konzessionen absolut marktbeherrschend mit der Folge, dass die §§ 19 und 20 GWB und im Einzelfall auch Art. 102 AEUV Anwendung finden. Die

Marktbeherrschung der jeweiligen Gemeinde ergibt sich entweder daraus, dass jede Konzession als eigener sachlicher Markt verstanden wird oder aus der Überlegung, dass für die Markt-abgrenzung nur auf den lokalen Angebotsmarkt abzustellen ist, weil nur die einzelne Konzession den Netzbetrieb für die örtliche Bevölkerung für die Dauer der Konzession erlaubt.

- Die Gemeinde darf diese marktbeherrschende Stellung bei der durch § 46 EnWG zwingend vorgeschriebenen wettbewerblichen Vergabe der örtlichen Wegerechte nicht im Sinn der §§ 19, 20 GWB missbrauchen. Dabei ist ein Missbrauch auch dann gegeben, wenn die Gemeinde ein mit ihr verbundenes Unternehmen ohne sachlichen Grund bevorzugt. Die Aussage, dass eine Bevorzugung eines kommunalen Eigenbetriebs oder kommunaler Stadtwerke, an der die Gemeinde beteiligt ist, ohne sachlichen Grund als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung einzuordnen ist, stützen das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur im Gemeinsamen Leitfaden vom Dezember 2010 (Rn. 26) vor allem auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den sogenannten Schilderpräger-Fällen.

Diese Streitfälle waren dadurch geprägt, dass den Kommunen aufgrund des hoheitlichen Betriebs der Zulassungsstelle eine marktbeherrschende Stellung für das Angebot von Miet- bzw. Pachtflächen für Schilderprägerbetriebe zuwuchs. Diese marktbeherrschende Stellung allein steht jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einer Bevorzugung kommunaler Eigenbetriebe oder Tochterunternehmen nicht deshalb entgegen, weil der Gemeinde eine Marktbeherrschung zukam. Entscheidend war vielmehr, dass sich die Marktbeherrschung aus besonderen hoheitlichen Befugnissen, nämlich dem Betrieb der Zulassungsstelle ableitete. Die öffentliche Hand, die sich privatwirtschaftlich – nämlich als Schilderpräger – betätigt,

darf sich bei der Wahrnehmung ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht dadurch einen unsachlichen Vorsprung vor ihren Mitbewerbern verschaffen, dass sie ihre hoheitlichen Befugnisse zur Durchsetzung ihrer privatwirtschaftlichen Interessen und zur Förderung ihres Wettbewerbs einsetzt oder die privaten Mitbewerber mit Mitteln verdrängt, die diesen nicht zugänglich sind, ihr dagegen aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Sonderstellung zur Verfügung stehen (BGH, Urt. v. 24.09.2002 – KZR 4/01 – juris Rn. 26). Beim Abschluss der qualifizierten Wegenutzungsverträge (Konzessionsverträge) ist die Situation vergleichbar: Bei der Vergabe dieser Konzessionen sind die Gemeinden unternehmerisch tätig, da die Wegerechte entgeltlich eingeräumt werden. Die Monopolstellung, die die Gemeinden beim Abschluss der Verträge haben, ist den Gemeinden wegen ihrer straßenrechtlichen hoheitlichen Aufgaben eröffnet (Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010 Rn. 26). Diese aus der hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung abgeleitete Monopolstellung darf die Gemeinde nicht dazu missbrauchen, ihrem Eigenbetrieb oder einem kommunalen Unternehmen bei der Vergabe der Konzessionsverträge ohne sachlichen Grund Vorrang einzuräumen. Ein sachlicher Grund für den Abschluss des Wegenutzungsvertrages mit den gemeindeeigenen Unternehmen kann sich nur aus den zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegten Vergabekriterien ergeben, die für alle Bewerber gleich sein müssen (OVG Münster, Beschl. v. 10.02.2012 – 11 B 1187/11).

- c) Die Forderung des Bürgerbegehrens nach der Übernahme der Konzession für das Strom- und Gasnetz durch die Stadt verstößt damit gegen § 46 EnWG und das Kartellrecht. Sie ist mit der Rechtsord-

nung nicht vereinbar. Das Bürgerbegehren ist mithin insoweit auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet und unzulässig.

VI. Rechtmäßiges Ziel – Übernahme Wassernetz

1. Rahmenbedingungen

- a) Der Konzessionsvertrag zwischen der Stadt Stuttgart und der NWS/EnBW vom 21.04.1994 mit Nachtragsvereinbarung vom 15./19.03.1999 trifft keine sogenannte „Endschaftsbestimmung“, nach der bei Beendigung des Konzessionsvertrages das örtliche Versorgungsnetz auf die Gemeinde gegen ein vertraglich vereinbartes Entgelt (Sachzeitwert oder Ertragswert) zu übertragen ist. Mit der EnBW müssen Verhandlungen über die Übernahme des Wasserversorgungsnetzes, die Übernahme der Wasserversorgung einschließlich der Wasserbezugsrechte geführt werden. Der Gemeinderat der Landeshauptstadt Stuttgart hat in seiner Sitzung am 26.05.2011 beschlossen, dass die Landeshauptstadt entsprechende Verhandlungen mit der EnBW aufnimmt.
- b) Der Gemeinderat der Landeshauptstadt Stuttgart hat in seiner Sitzung am 26.05.2011 ferner beschlossen, dass der bestehende „Eigenbetrieb Stadtentwässerung Stuttgart (SES)“ um die Wasserversorgung erweitert werden soll, so dass ein kommunaler Eigenbetrieb „Kommunale Wasserwerke Stuttgart (KWS)“ entstehen soll. Aufgabe dieses Eigenbetriebs ist die Wasserversorgung, die öffentlich-rechtlich in einer Benutzungsordnung mit entsprechenden Gebühren- und Beitragsregelungen ausgestaltet werden soll. Der nachfolgenden Prüfung wird dieses Modell zugrunde gelegt, da in dem Bürgerbegehren „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“ offen bleibt, in welcher Rechtsform die Stadt Stuttgart die Konzession für den Betrieb des Wassernetzes selbst übernehmen soll.

2. Dienstleistungskonzessionen und Vergabeprinzipien aus den Grundfreiheiten

- a) Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Auftrag über Dienstleistungen der Trinkwasserversorgung (und der Abwasserentsorgung) als Dienstleistungskonzession einzuordnen, wenn derjenige, der das Wasserversorgungsnetz betreibt und die Dienstleistungen der Wasserversorgung erbringt, das Betriebsrisiko der Wasserversorgung übernimmt. Ein solches Betriebsrisiko hat der EuGH im Urteil vom 10.09.2009 (EuGH, Urt. v. 10.09.2009 – C-206/08, NZBau 2009, 729 ff. – WAZV Gotha) bejaht, obwohl das Betriebsrisiko der Wasserversorgung aufgrund des satzungsrechtlichen Anschluss- und Benutzungszwanges erheblich reduziert war. Trotz des eingeschränkten Absatzrisikos sei der Vertrag über die Dienstleistungen der Wasserversorgung als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren (EuGH, NZBau 2009, 729 ff. – WAZV Gotha sowie nachfolgend OLG Jena, Beschl. v. 11.12.2009 – 9 Verg 2/08, siehe dazu auch Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 79; Hoffmann, NZBau 2012, 11, 12 zu Wegenutzungsverträgen für Strom- und Gasnetze).
- b) Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen fällt kraft ausdrücklicher Regelung in Art. 17 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134/114 v. 30.04.2004; künftig: VKR) und nach Art. 18 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134/1 v. 30.04.2004; künftig: SKR) nicht in den Anwendungsbereich des Europäischen Vergaberechts. Auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen finden deshalb auch die §§ 97 ff. GWB keine Anwendung.

- c) Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH verbieten es jedoch primärrechtliche Vorgaben der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. und 56 ff. AEUV) sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung (vgl. Art. 18 AEUV) und der Transparenz einem öffentlichen Auftraggeber, eine öffentliche Dienstleistungskonzession ohne wettbewerbliches europaweites Verfahren zu vergeben (siehe insbesondere EuGH, NZBau 2005, 644 – Parking Brixen sowie die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABI. Nr. C 179 v. 01.08.2006, S. 2). Ein wettbewerbliches europaweites Verfahren ist insbesondere dann durchzuführen, wenn ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse an der zu vergebenden Dienstleistungskonzession besteht (siehe zu diesem Kriterium insbesondere EuGH, NZBau 2008, 71 – „An Post“).

3. Ausnahme bei Übertragung auf Eigenbetrieb

- a) Nach § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Ein öffentlicher Auftrag ist danach unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass ein Vertrag zwischen bestimmten Parteien geschlossen wird. Dabei muss es sich auf der einen Seite um einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber und auf der anderen Seite um einen oder mehrere Unternehmen handeln (Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2011, § 99 GWB Rn. 6). Die Voraussetzung, dass ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen geschlossen wird, ist nicht nur für einen öffentlichen Auftrag maßgebend, sondern auch für die Vergabe einer Dienstleistungskonzession. Dienstleistungskonzessionen sind nach Art. 1 Abs. 4 VKR Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem

Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in dessen Recht zzgl. der Zahlung eines Preises besteht. Abweichend von § 99 Abs. 1 GWB muss für eine Dienstleistungskonzession also nicht zwingend ein entgeltlicher Vertrag vorliegen. Die Anforderung, dass ein Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmen geschlossen werden muss, gilt jedoch auch für Dienstleistungskonzessionen.

- b) Nach dem Beschluss des Gemeinderats der Landeshauptstadt Stuttgart vom 26.05.2011 soll die Aufgabe der Wasserversorgung und damit auch die Wasserkonzession einem kommunalen Eigenbetrieb „Kommunale Wasserwerke Stuttgart (KWS)“ übertragen werden. Dieser Übertragungsakt erfolgt zwar durch die Landeshauptstadt Stuttgart und damit einem öffentlichen Auftraggeber im Sinn des § 98 Nr. 1 GWB, der Kommunale Eigenbetrieb „Kommunale Wasserwerke Stuttgart (KWS)“ ist jedoch kein Unternehmen im Sinn der Begriffsdefinition des öffentlichen Auftrags und der Dienstleistungskonzession. Eigenbetriebe sind finanzwirtschaftliche Sondervermögen der Gemeinde (§ 12 Abs. 1 EigBG), die jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit haben und deshalb nicht Vertragspartner eines öffentlichen Auftrags oder einer Dienstleistungskonzession sein können.

Die Übertragung der Wasserkonzession von der Landeshauptstadt Stuttgart auf den Kommunalen Eigenbetrieb „Kommunale Wasserwerke Stuttgart (KWS)“ ist deshalb ein schlichter innerkommunaler Organisationsakt, der nicht in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts fällt und für den auch die primärrechtlichen Vorgaben der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz nicht die Durchführung eines Vergabeverfahrens erfordern.

- c) Da – anders als bei der Konzession für Strom und Gas (dort § 46 EnWG) – auch nicht aufgrund sonstiger gesetzlicher Bestimmungen ein wettbewerbliches Verfahren gefordert wird, ist die Übertragung

der Wasserversorgungskonzession von der Stadt Stuttgart auf einen kommunalen Eigenbetrieb ohne wettbewerbliches Verfahren zulässig.

4. Bürgerentscheid entfällt

- a) Der Gemeinderat der Landeshauptstadt Stuttgart hat bereits am 17.06.2010 den Grundsatzbeschluss gefasst, die Wasserversorgung frühestmöglich, spätestens aber ab 01.01.2014 selbst zu betreiben und die Rechte an der Wasserversorgung nicht ganz oder teilweise in der Hand von Privaten zu belassen. Insoweit hat sich das Bürgerbegehren erledigt, weil der Gemeinderat den angestrebten Beschluss bereits gefasst hat und bisher nicht davon abgerückt ist. Dies folgt unmittelbar aus § 21 Abs. 4 S. 2 GemO. Danach entfällt der Bürgerentscheid, wenn der Gemeinderat die Durchführung der mit dem Bürgerbegehren verlangten Maßnahme beschließt.

Der Wortlaut dieser Vorschrift sagt nicht aus, wann der Gemeinderat die Durchführung der mit dem Bürgerbegehren verlangten Maßnahme beschließen muss. Grundsätzlich ist die Vorschrift für die Fallkonstellationen geschaffen worden, in denen der Gemeinderat nach Einreichung des Antrags auf Zulassung eines Bürgerbegehrens die begehrte Maßnahme beschließt. Nach ihrem Sinn und Zweck ist die Vorschrift aber auch für die Fälle anwendbar, in denen der Gemeinderat die verlangte Maßnahme bereits vor Einreichung des Bürgerbegehrens beschlossen hat. Die Vorschrift soll unnötige Bürgerentscheide vermeiden. Beschließt der Gemeinderat die Durchführung der beantragten Maßnahme, ist der Antrag auf Durchführung des Bürgerentscheides bereits aus diesem Grund zurückzuweisen; er ist gegenstandslos geworden. Der Beschluss des Gemeinderats, die beantragte Maßnahme durchzuführen, kann auch noch nach der Entscheidung über die Zulässigkeit der Begehrens gefasst werden. Auch die nachträgliche Entschließung des Gemeinderats macht den Bürgerbescheid hinfällig (Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 21 Rn. 24).

Dasselbe gilt erst recht, wenn der Gemeinderat die verlangte Maßnahme schon vor dem Antrag auf Durchführung eines Bürgerentscheids beschlossen hat. In diesem Fall ist ein Bürgerbegehren von Anfang an hinfällig und gegenstandslos.

- b) Im Hinblick auf die Wasserversorgung ist der Antrag damit unzulässig und zurückzuweisen.

VII. Rechtmäßiges Ziel – Übernahme Fernwärmeversorgung

1. Rahmenbedingungen

Im Bereich der Fernwärmeversorgung verfügt die Landeshauptstadt Stuttgart nicht über Wärmeenergiekapazitäten. Diese müssten erst aufgebaut werden. Das Netz ist ebenso im Eigentum der EnBW. Die Landeshauptstadt Stuttgart müsste Verhandlungen zur Übernahme des Fernwärmenetzes aufnehmen.

2. Rechtmäßiges Ziel

Für die Fernwärmeversorgung gilt demnach im Grundsatz das Gleiche wie für die Wasserversorgung. Unabhängig von der Einordnung eines Auftrags über die Sicherstellung der Fernwärmeversorgung als Dienstleistungskonzession, besteht jedenfalls dem Grunde nach aus den Grundfreiheiten sowie den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz eine Verpflichtung der Landeshauptstadt Stuttgart, den Auftrag über die Durchführung der Fernwärmeversorgung ab 01.01.2014 in einem europaweiten wettbewerblichen Verfahren zu vergeben.

Von diesem Grundsatz gibt es eine Ausnahme, wenn die Konzession für die Durchführung der Fernwärmeversorgung auf einen kommunalen Eigenbetrieb übertragen wird. In diesem Fall fehlt es an einem Vertragsver-

hältnis, das Gegenstand einer wettbewerblichen Vergabe sein könnte. Die Übertragung der Konzession auf einen Eigenbetrieb ist ein innerkommunaler Organisationsakt.

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Konzession auf die neu gegründete Stadtwerke Stuttgart GmbH übertragen werden soll. In diesem Fall kommt eine Übernahme der Konzession durch die Stadtwerke Stuttgart GmbH ohne Wettbewerbsverfahren nur als vergaberechtsfreies In-house-Geschäft in Betracht. Nach der Rechtsprechung setzt die Annahme einer In-house-Vergabe zunächst voraus, dass der öffentliche Auftraggeber, also die Landeshauptstadt Stuttgart, über die auftragnehmende Stelle eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen. Diese Voraussetzungen können bei einer Stadtwerke Stuttgart GmbH, deren Geschäftsanteile zu 100 % von der Landeshauptstadt Stuttgart gehalten werden, geschaffen werden.

Ein vergaberechtsfreies In-house-Geschäft setzt nach der Rechtsprechung allerdings weiter voraus, dass die Tätigkeit der auftragnehmenden Stelle, also der Stadtwerke Stuttgart GmbH, im Wesentlichen für den Auftraggeber erfolgt. Insoweit kommt es nach der Rechtsprechung auf den Umsatz an, den das fragliche Unternehmen aufgrund der Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers, also der kontrollierenden Körperschaft erzielt, und zwar einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Vergabeentscheidungen mit Nutzern erzielt wird. Entscheidend ist also, dass die Umsätze des Auftragnehmers, also der Stadtwerke Stuttgart GmbH, im Wesentlichen, d.h. zu ca. 90 %, aufgrund der Konzession, die vergeben wird, erzielt werden. Ob das Wesentlichkeitskriterium erfüllt ist, wenn die Stadtwerke Stuttgart GmbH Umsätze aufgrund der Fernwärmeversorgung, aber auch aufgrund der Belieferung von Endkunden mit Strom und Gas erzielt, ist nach einem neuen Beschluss des OLG Frankfurt vom 30.08.2011 (11 Verg 3/11) sehr fraglich und im Ergebnis wohl zu verneinen. Das OLG Frankfurt hat in dieser Entscheidung bei der Vergabe einer Trinkwasserversorgungskonzession an die stadteigene Stadtwerke GmbH zu Recht unterschieden zwischen den Umsätzen, die

die Stadtwerke GmbH im Bereich der Trinkwasserversorgung durch die Belieferung von Endabnehmern mit Trinkwasser erzielt und Umsätzen, die die Stadtwerke GmbH durch die Belieferung von Endkunden mit Strom und Gas erzielt. Nur die Umsätze aus der Trinkwasserversorgung seien – so das OLG Frankfurt – auf der Grundlage der Vergabe der Trinkwasserkonzession erzielt. Bei den Umsätzen, die die Stadtwerke GmbH durch die Belieferung von Endkunden mit Strom und Gas erzielt, handle es sich dagegen nicht um Umsätze aufgrund einer Konzessionsvergabe und damit aufgrund einer Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers, sondern um Umsätze, die die Stadtwerke GmbH aufgrund ihrer Entscheidung erzielt, als Unternehmen im liberalisierten Energiemarkt am freien Wettbewerb teilzunehmen (OLG Frankfurt, Beschl. v. 30.08.2011 – 11 Verg 3/11 A 1 b bb). Soweit die Stadtwerke GmbH ihre Umsätze nicht aufgrund einer Vergabeentscheidung, also der Konzessionsvergabe erziele, sondern aufgrund ihrer Entscheidung, als Unternehmen im liberalisierten Energiemarkt am freien Wettbewerb teilzunehmen, sei sie – auch im Falle der Vergabe einer Dienstleistungskonzession – nicht im Sinne einer In-house-Vergabe im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig.

Diese Rechtsprechung ist auf die Konzessionsvergabe für die Fernwärmeversorgung zu übertragen. Erzielt die Stadtwerke Stuttgart GmbH ihre Umsätze voraussichtlich nicht im Wesentlichen mit der Fernwärmeversorgung von Endkunden, sondern zu mehr als 10 % aus der Belieferung von Endkunden mit Strom und Gas, ist das Wesentlichkeitskriterium für eine In-house-Vergabe der Fernwärmekonzession nicht erfüllt. Die Voraussetzungen für eine In-house-Vergabe könnten dann nur dadurch geschaffen werden, dass die Fernwärmeversorgung in ein eigenes Teilunternehmen „ausgliedert“ wird, das ausschließlich die Aufgabe der Fernwärmeversorgung hat. Auch wenn die Fernwärmeversorgung nicht durch einen Eigenbetrieb wahrgenommen wird, sind also gesellschaftsrechtliche Konstruktionen denkbar, die eine vergaberechtsfreie In-house-Vergabe der Fernwärmekonzession ermöglichen.

Das Ziel des Bürgerbegehrens, die Fernwärmeversorgung durch die Stadt selbst ohne die Durchführung eines Wettbewerbsverfahrens selbst zu übernehmen, ist deshalb grundsätzlich erreichbar und zwar entweder durch die Übertragung der Konzession auf einen Eigenbetrieb oder durch die Übertragung auf eine städtische Gesellschaft, die ausschließlich die Aufgabe der Fernwärmeversorgung hat.

VIII. Zwischenergebnis

Im Hinblick auf die Übernahme der Konzession für Gas und Strom durch die Stadt ist das Bürgerbegehren unzulässig, weil es auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet ist. Sowohl § 46 EnWG als auch das Kartellrecht schreiben zwingend vor, dass die Konzession für die Strom- und Gasnetze in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben werden muss, das den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz genügt. Die freihändige Übernahme der Konzession durch die Stadt, einen Eigenbetrieb oder eine Eigengesellschaft ist rechtlich unzulässig.

Zur Übernahme der Wasserversorgung ist das Bürgerbegehren unzulässig, weil der Gemeinderat diese Maßnahme bereits beschlossen hat.

Im Hinblick auf die Übernahme der Fernwärmeversorgung ist das Bürgerbegehren zulässig. Das Bürgerbegehren wäre aber insgesamt unzulässig, wenn die Begründung den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht (dazu unten IX) oder keine Teilbarkeit in einen rechtmäßigen und einen unrechtmäßigen Teil gegeben ist (dazu unten X).

IX. Unzureichende Begründung

1. Prüfungsmaßstab

- a) Nach § 21 Abs. 3 S. 4 GemO zählt eine Begründung zum zwingenden Inhalt eines Bürgerbegehrens. Die Begründung dient dazu, die

Unterzeichner über den Sachverhalt und die Argumente der Initiatoren aufzuklären. Der Bürger muss wissen, über was er abstimmt. Dabei sind an die Begründung keine zu hohen Anforderungen zu stellen. Da die Begründung regelmäßig auch dazu dient, für das Bürgerbegehren zu werben, kann es in gewissem Umfang hinzunehmen sein, dass Tatsachenmitteilungen und Erläuterungen im Sinne des politischen Anliegens des Bürgerbegehrens „gefärbt“ sind. Es ist vorrangig Sache der abstimmungsberechtigten Bürger, sich selbst ein eigenes Urteil darüber zu bilden, ob sie den mit dem vorgelegten Bürgerbegehren vorgetragenen Argumenten folgen wollen oder nicht. Darüber hinaus lassen schon Raumgründe eine ausführliche Erörterung des Für und Wider regelmäßig nicht zu. Die Grenze einer sachlich noch vertretbaren, politisch unter Umständen tendenziösen Darstellung des Anliegens des Bürgerbegehrens ist jedoch dann überschritten, wenn die Begründung in wesentlichen Punkten falsch, unvollständig oder irreführend ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob dem eine Täuschungsabsicht der Initiatoren des Bürgerbegehrens zu Grunde liegt. Denn maßgeblich für eine inhaltliche Kontrolle der Begründung ist allein das Ziel, Verfälschungen des Bürgerwillens vorzubeugen (VG Stuttgart, U. v. 17.07.2009 – 7 K 3229/08, UA S. 39; VG Stuttgart, U. v. 30.06.2010 – 7 K 273/09, EKBW GemO § 21 E 35, S. 9; OVG Schleswig-Holstein, U. v. 19.12.2005 – 2 LB 19/05; OVG Münster, U. v. 23.04.2002 – 15 A 5594/00; VG Ansbach, U. v. 06.07.2006 – AN 4 K 06.00437).

- b) Für die Beurteilung der Vollständigkeit und Wichtigkeit der Begründung kommt es allerdings nur auf die Begründung an, die in der Unterschriftenliste enthalten ist. Eine Bezugnahme auf Ausführungen, die nicht auf der Unterschriftenliste enthalten sind, ist unzulässig (VG Sigmaringen, U. v. 20.01.2009 – 7 K 3298/08, EKBW GemO § 21 E 29, S. 6; VG Stuttgart, U. v. 30.06.2010 – 7 K 273/09, EKBW GemO § 21 E 35, S. 9; ebenso VGH Kassel, B. v. 15.11.1999 – 8 Tz 3237/99). Dies folgt aus Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung. § 21 Abs. 2 S. 1 GemO definiert das Bürgerbegehren als An-

trag der Bürgerschaft auf Durchführung eines Bürgerbescheids. Damit ist klargestellt, dass das Bürgerbegehren nicht von Einzelpersonen eingereicht wird, sondern von der „Bürgerschaft“. Nicht die Vertrauensleute, sondern die Bürgerschaft ist „Antragsteller“ des Bürgerbegehrens. Auch das Begründungserfordernis des § 21 Abs. 1 S. 4 GemO bezieht sich auf „das Bürgerbegehren“, also auf die konkreten Unterschriftenlisten. Die Unterschriftenlisten sind wiederum Wesensmerkmal des Bürgerbegehrens, schließlich verlangt § 21 Abs. 3 S. 5 GemO, dass „es“, also „das Bürgerbegehren“ von einem bestimmten Quorum zu unterzeichnen ist. Der Wortlaut verlangt, dass das gesamte Bürgerbegehren, also Fragestellung, Begründung und Kostendeckungsvorschlag unterschrieben werden muss.

Auch der Sinn und Zweck des Begründungserfordernisses spricht dafür, dass nur die Begründung auf der Unterschriftenliste maßgeblich ist. Mit der Zulassung des Bürgerbegehrens wird die kommunalrechtliche Zuständigkeitsordnung verändert. Der nach § 24 Abs. 1 GemO zuständige Gemeinderat verliert für die konkrete Frage seine Entscheidungskompetenz. Mit dem Begründungserfordernis wollte der Gesetzgeber ersichtlich verlangen, dass diese „Entmachtung“ des Gemeinderats nicht aus irgendwelchen beliebigen Motiven heraus erfolgt, sondern gerade im Anschluss an eine bestimmte, schriftlich fixierte Begründung. Die Unterzeichner des Bürgerbegehrens sollen sich diese Begründung zu Eigen machen. Dies gelingt nur, wenn sie diese Begründung auch auf dem Unterschriftenblatt wahrnehmen können.

Es kommt nach alledem für die Beurteilung des Begründungserfordernisses nur auf die Angaben auf den Unterschriftenlisten an. Aussagen, die die Vertrauensleute oder sonstige Unterstützer im Internet oder auf Flugblättern machen, sind nicht relevant. Die „Bürgerschaft“ äußert sich zum Bürgerbegehren nur über die Unterschriftenliste. Daraus folgt auch, dass Unterschriftenlisten, die die Begründung

nicht enthalten, nicht rechtsgültig sind und für die Erreichung des Quorums nicht mitgezählt werden dürfen.

2. Unvollständige und irreführende Begründung

- a) Den oben dargelegten Anforderungen genügt die Begründung nicht. Sie ist in wesentlichen Punkten nicht vollständig und deshalb irreführend.
- b) In der Begründung wird zunächst darauf hingewiesen, dass der Konzessionsvertrag für Wasser, Strom und Gas am 31.12.2013 ausläuft und die Stadt deshalb die Möglichkeit hat, den Betrieb der Wasserversorgung und den Betrieb der Netze für Strom, Wasser, Gas und Fernwärme spätestens ab 01.01.2014 wieder vollständig selbst zu übernehmen.

Zum Auslaufen des Konzessionsvertrags ist dieses Begründungselement richtig und vollständig.

- c) Für die Übernahme des Betriebs der Netze für Strom und Gas wird nicht darauf hingewiesen, dass nach § 46 EnWG und den Anforderungen des Kartellrechts ein transparentes Wettbewerbsverfahren vorgeschaltet sein muss und es deshalb nicht ausgeschlossen ist, dass ein anderes Versorgungsunternehmen als das städtische Unternehmen des Zuschlag erhalten kann. Diese wesentliche Information wird den Bürgern vorenthalten. Die Begründung suggeriert, ab 01.01.2014 sei die Stadt frei, den Netzbetrieb für Strom und Gas zu übernehmen. Dies ist unzutreffend. Eine Verfälschung des Bürgerwillens ist nicht ausgeschlossen. Es ist durchaus damit zu rechnen, dass zahlreiche Unterzeichner sich nicht darüber bewusst waren, dass die Vergabe der Konzessionen für Strom und Gas ein Wettbewerbsverfahren voraussetzt.
- d) In der Begründung wird dargelegt, dass Wasser und Energie zur Daseinsvorsorge gehören und deshalb in kommunaler Hand sein müssen.

ten. Wasser, das wichtigste Lebensmittel, müsse dauerhaft in bester Qualität und zu sozialen Preisen zur Verfügung stehen.

Diese Passage der Begründung beinhaltet eine erhebliche Überzeichnung. Die Qualität des Trinkwassers ist durch zahlreiche Rechtsvorschriften und die Trinkwasserversorgung verbindlich geregelt. Die Qualität des Trinkwassers ist vom Betreiber unabhängig.

Insoweit ist die Begründung überzeichnend und im Sinne des politischen Anliegens der Initiatoren „gefärbt“, aber noch nicht in wesentlichen Punkten falsch oder irreführend.

- e) In der Begründung wird weiter dargelegt, wenn die Stadt die Netze für Strom, Gas und Fernwärme selbst betreibe, könne verstärkt Energie dezentral und umweltfreundlich vor Ort erzeugt werden. Um dieses Ziel zu erreichen, müsse jegliche Beteiligung oder Einflussnahme von Atomenergiekonzernen ausgeschlossen sein. Auf diese Weise werde die Möglichkeit geschaffen, von Atom- und Kohlestrom wegzukommen.

Dieser Teil der Begründung ist in wesentlichen Punkten falsch, unvollständig und damit irreführend.

Die Gasversorgung kann hier bei der weiteren Betrachtung ausgeblendet werden, weil durch eine dezentrale Erzeugung von Gas in Stuttgart nur ein geringer Anteil des Gasbedarfs gedeckt werden könnte.

Hinsichtlich der Stromnetze wird bei den Unterzeichnern des Bürgerbegehrens der Eindruck erweckt, der Netzbetreiber könne nennenswert auf die Energieerzeugung Einfluss nehmen. Dieser Eindruck ist falsch.

Gesetzlich ist eine Trennung zwischen Netzbetrieb und Energieerzeugung vorgeschrieben. Nach § 7 Abs. 1 EnWG haben integrierte Energieversorgungsunternehmen sicher zu stellen, dass Verteilnetz-

betreiber, die mit Ihnen verbunden sind, hinsichtlich ihrer Rechtsform unabhängig von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sind. Nach § 7 Abs. 2 EnWG gilt dies für alle Energieversorgungsunternehmen, an deren Elektrizitätsverteilernetz mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind. Die Stadt ist demnach nicht berechtigt, in ein und derselben Gesellschaft das Stromnetz zu betreiben und außerdem Strom zu erzeugen.

Im Übrigen kann jeder Kunde selbst entscheiden, von welchem Elektrizitätsversorgungsunternehmen er seinen Strom bezieht. Nach § 20 Abs. 1 EnWG haben die Betreiber von Energieversorgungsnetzen jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Zugang zu gewähren. Der örtliche Netzbetreiber hat damit keine Möglichkeit, die Durchleitung von Strom zu verhindern, der von einem „Atomenergiekonzern“ erzeugt worden ist.

- f) Im Hinblick auf die Fernwärmeversorgung ist die Begründung ebenfalls unvollständig und irreführend. Zunächst ist festzuhalten, dass die Stadt über keine Versorgungskapazitäten verfügt und schon deshalb nicht in der Lage ist, das Versorgungsnetz ohne Hilfe der EnBW zu betreiben. Die Hauptverbindung im Netz liegt nicht auf Gemarkung Stuttgart, eine Entflechtung ist weder technisch noch wirtschaftlich in sinnvoller Weise möglich (vgl. die Wiedergabe des Ergebnisses des Gutachtens Horváth & Partner GmbH bei GRDRs 118/2011, S. 10). Wenn die Stadt das Fernwärmeversorgungsnetz betreibt, ändert sich damit nichts an den hohen Kohleanteil im Primärenergiemix. Investitionen in Nahwärmenetze bleiben von der Übernahme der Fernwärmeversorgung unberührt.
- g) Die Begründung des Bürgerbegehrens ist nach alledem in wesentlichen Punkten unrichtig und unvollständig und damit im Ergebnis irreführend.

X. Keine Teilbarkeit des Bürgerbegehrens

1. Prüfungsmaßstab

- a) Wie oben ausgeführt, ist das Bürgerbegehren zur Übernahme der Strom- und Gasversorgung ohne wettbewerbliches Verfahren unzulässig, weil es auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet ist. Zur Übernahme der Wasserversorgung ist ein Bürgerentscheid entbehrlich, weil der Gemeinderat dieses Ziel bereits selbst beschlossen hat. Zur Übernahme der Fernwärmeversorgung wäre das Bürgerbegehren nicht auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet.

Insgesamt unzulässig ist das Bürgerbegehren, weil die Begründung in wesentlichen Punkten unvollständig und irreführend ist.

Wenn man abweichend von der hier vertretenen Auffassung die Begründung nicht für unzureichend hält, wäre das Bürgerbegehren zur Fernwärmeversorgung nicht unzulässig. In diesem Fall würde sich die Frage stellen, ob das Bürgerbegehren teilbar ist und nur im Hinblick auf die Fernwärmeversorgung ein Bürgerentscheid zugelassen werden kann.

- b) Bei Bürgerbegehren, die mehrere Fragestellungen zu einer einheitlichen Frage koppeln, „infiziert“ die Unzulässigkeit einer der Teilfragen das gesamte Bürgerbegehren; es ist dann insgesamt unzulässig. Da sich die Unterschrift der Unterstützer auf ein durch die Fragestellung genau umschriebenes Anliegen bezieht und der Wille der Unterzeichner nicht verfälscht werden darf, ist die Änderung der Fragestellung nur in Ausnahmefällen zulässig. Dabei reicht es nicht schon aus, dass das Bürgerbegehren auch ohne den ausgeschiedenen Teil für sich alleine noch sinnvoll bleibt. Denn diese Entscheidung hängt – von Randkorrekturen abgesehen – von subjektiven Einschätzungen und Präferenzen ab, die jeweils der Bürger vor seiner Unterstützung des Bürgerbegehrens zu treffen hat (VGH Mannheim,

U. v. 22.06.2009 – 1 S 2865/08, juris-Langtext Rn. 28; OVG Koblenz, NVwZ 1998, 425, 426; OVG Koblenz, NVwZ-RR 1999, 598, 599; BayVGH, GewArch. 2001, 390, 391 hält demgegenüber Randkorrekturen für zulässig).

2. Vollständige Unzulässigkeit

- a) Nach diesem Maßstab ist das Bürgerbegehren nicht schon deshalb unzulässig, weil der Gemeinderat die Übernahme der Wasserversorgung bereits beschlossen hat. In der Begründung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Übernahme der Wasserversorgung vom Gemeinderat bereits beschlossen wurde. Den Vertrauensleuten und den Unterzeichnern des Bürgerbegehrens war mithin bewusst, dass sie hier eine Maßnahme verlangen, die der Gemeinderat bereits beschlossen hat. Im Übrigen wäre es auch denkbar, dass der Gemeinderat bei einem Bürgerbegehren aus mehreren Bestandteilen nach § 21 Abs. 4 S. 2 GemO beschließt, eine Maßnahme des Bürgerbegehrens zu übernehmen und die anderen dem Bürgerentscheid zu unterstellen.

Eine andere Auslegung würde zu dem Ergebnis führen, dass der Gemeinderat bei einem Bürgerbegehren, das mehrere Maßnahmen beinhaltet, eine Maßnahme übernimmt und die Erledigung die übrigen Maßnahmen „infizieren“ und ebenfalls erledigen würde. Diese Auslegung ist mit dem Sinn und Zweck des § 21 Abs. 4 S. 2 GemO nicht vereinbar.

- b) Die Rechtswidrigkeit des Bürgerbegehrens zur Übernahme der Strom- und Gasversorgung ohne Ausschreibung infiziert auch das Begehren auf Übernahme der Fernwärme. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass für viele Unterzeichner gerade die Übernahme der Strom- und Gasversorgung von entscheidender Bedeutung war. Es wäre jedenfalls eine erhebliche Abweichung, wenn nur noch die Frage der Übernahme der Fernwärme dem Bürgerent-

scheid unterstellt wird. Nach dem Gesamteindruck des Bürgerbegehrens und seiner Begründung soll die Stadt die gesamte Daseinsvorsorge für Wasser und Energie übernehmen. Die Übernahme von lediglich der Fernwärmeversorgung entspricht nicht dem Willen der Bürger, die das Bürgerbegehren unterzeichnet haben.

Das Bürgerbegehren ist nach alledem insgesamt unzulässig.

XI. Zusammenfassung

1. Der bestehende Konzessionsvertrag zwischen der Landeshauptstadt Stuttgart und der EnBW für die Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser und Fernwärme läuft bis zum 31.12.2013.
2. Das Bürgerbegehren „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“ verfolgt das Ziel, dass die Stadt die Konzession und den Betrieb der Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme spätestens ab 01.01.2014 übernimmt. Die Übernahme kann entweder durch die Stadt selbst als Körperschaft des öffentlichen Rechts erfolgen (z. B. durch einen städtischen Eigenbetrieb) oder durch eine Gesellschaft des Privatrechts, die zu 100% im Eigentum der Landeshauptstadt Stuttgart stehen muss. Jeder Gemeinderatsbeschluss, der der Übernahme von Konzession und Betrieb der Netze durch die Stadt selbst widerspricht oder die Erreichung dieses Ziels gefährdet, soll unzulässig sein. Das Bürgerbegehren richtet sich mit seinen strikten Forderungen mithin gegen jede Übertragung der Konzession und des Netzbetriebs ab 01.01.2014 in einem diskriminierungsfreien und transparenten Wettbewerbsverfahren, bei dem auch andere Unternehmen die Chance auf die Erteilung der Konzession haben.
3. Mehrere Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Bürgerbegehrens nach § 21 GemO sind erfüllt. Das schriftlich eingereichte Bürgerbegehren enthält eine Fragestellung, die mit „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten ist. Es bezieht sich auf den eigenen Wirkungskreis der Landeshauptstadt Stuttgart, weil die Energie- und Wasserversorgung eine Aufgabe der örtlichen Gemein-

schaft ist. Das Bürgerbegehren hat keine Angelegenheit zum Gegenstand, über den in den letzten drei Jahren bereits ein Bürgerentscheid stattgefunden hätte (§ 21 Abs. 3 S. 2 GemO). Die Gegenstände des Ausschlusskatalogs des § 21 Abs. 2 GemO werden durch das Bürgerbegehren nicht berührt. Das Bürgerbegehren enthält einen ausreichenden Kostendeckungsvorschlag (§ 21 Abs. 3 S. 4 GemO). Die Sechswochenfrist des § 21 Abs. 2 S. 3 GemO gilt nicht für das Bürgerbegehren, weil es sich nicht „gegen einen Beschluss des Gemeinderats“ richtet. Das Bürgerbegehren wurde schließlich von mehr als 20.000 Bürgern unterzeichnet und erfüllt deshalb das nach § 21 Abs. 3 S. 5 GemO vorgeschriebene Quorum.

4. Die mit dem Bürgerbegehren verlangte Maßnahme muss mit der Rechtsordnung vereinbar sein. Es besteht kein Anspruch auf Zulassung eines Bürgerentscheids, der im Falle seiner Annahme rechtswidrig wäre und daher beanstandet und aufgehoben werden müsste.
5. Die Forderung des Bürgerbegehrens nach der Übernahme der Konzession für das Strom- und Gasnetz durch die Stadt verstößt gegen § 46 EnWG und das Kartellrecht. Nach diesen Vorschriften handelt eine Stadt missbräuchlich, wenn sie die Konzession und den Betrieb der Netze ihrem Eigenbetrieb oder einem kommunalen Unternehmen vergibt, ohne ein wettbewerbliches Vergabeverfahren mit festgelegten Vergabekriterien durchzuführen, die für alle Bewerber gleich sein müssen. § 46 EnWG und das Kartellrecht verlangen, dass die Konzessionen für die Gas- und Stromversorgung im Wettbewerb vergeben werden. Mit seiner strikten Forderung nach der Übernahme der Konzessionen durch die Stadt ist das Bürgerbegehren auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet und unzulässig.
6. § 46 EnWG gilt nicht für die Wasserversorgung. Die Übertragung der Wasserkonzession von der Landeshauptstadt Stuttgart auf einen kommunalen Eigenbetrieb ist ein schlichter innerkommunaler Organisationsakt, der nicht in den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts fällt und für den auch die primärrechtlichen Vorgaben sowie die Grundsätze der

Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz nicht die Durchführung eines Vergabeverfahrens erfordern. Die Übernahme der Wasserkonzession durch die Stadt ohne wettbewerbliches Verfahren ist zulässig, das Bürgerbegehren ist insoweit auf ein rechtmäßiges Ziel gerichtet.

7. Zur Übernahme der Wasserversorgung entfällt der Bürgerentscheid nach § 21 Abs. 4 S. 2 GemO, weil der Gemeinderat die verlangte Maßnahme bereits am 17.06.2010 beschlossen hat. Insoweit ist der Antrag unzulässig und zurückzuweisen.
8. Zur Übernahme der Fernwärmeversorgung ist das Bürgerbegehren auf ein rechtmäßiges Ziel gerichtet. Für die Fernwärmeversorgung gilt § 46 EnWG nicht. Es sind Lösungswege denkbar, nach denen ein Eigenbetrieb der Stadt oder eine eigens für die Fernwärmeversorgung gegründete Tochtergesellschaft der Stadt die Konzession vergaberechtsfrei übernehmen kann.
9. Die Begründung des Bürgerbegehrens genügt nicht den Anforderungen des § 21 Abs. 2 S. 4 GemO. Die Begründung legt nicht dar, dass die Übernahme von Konzession und Betrieb der Netze für Strom und Gas nicht ohne transparentes Wettbewerbsverfahren möglich ist und es deshalb nicht ausgeschlossen ist, dass ein anderes Versorgungsunternehmen als das städtische Unternehmen den Zuschlag erhalten kann. In der Begründung wird außerdem nicht dargelegt, dass die Stadt als Netzbetreiber wegen der Trennung zwischen Netzbetrieb und der Energieerzeugung keinen wesentlichen Einfluss auf die Energieerzeugung nehmen kann. Zur Fernwärmeversorgung ist die Begründung ebenfalls unvollständig und damit irreführend, weil die Stadt auf die Fernwärmeversorgungskapazitäten der EnBW angewiesen ist und die bloße Übernahme des Netzes zu keiner Änderung bei der Fernwärmeerzeugung führt.

10. Die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens zur Übernahme der Strom- und Gasversorgung ohne Wettbewerbsverfahren führt jedenfalls zur Gesamtunzulässigkeit des Bürgerbegehrens. Es wäre eine erhebliche Abweichung von dem Willen der Unterzeichner des Begehrens, wenn nur ein Teil des Bürgerbegehrens (Übernahme der Fernwärmeversorgung) dem Bürgerentscheid unterstellt würde.



Dr. Vetter
Rechtsanwältin



Dr. Porsch
Rechtsanwalt