7 K 929/13

VERWALTUNGSGERICHT STUTTGART

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

1. Jens Loewe,
   Libanonstraße 79, 70188 Stuttgart

2. Roland Butteweg,
   Sigmaringer Str. 98, 70567 Stuttgart

- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwalt Roland Butteweg,
Sigmaringer Straße 98, 70567 Stuttgart
- zu 1 -

gegen

Landeshauptstadt Stuttgart,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Marktplatz 1, 70173 Stuttgart, Az: OB 8160-00

- Antragsgegnerin -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte Dolde & Partner,
Heilbronner Straße 41, 70191 Stuttgart, Az: Wp/os 12/00077

wegen Bürgerbegehren Energie- und Wasserversorgung Stuttgart,
hier: Antrag nach § 123 VwGO

hat das Verwaltungsgericht Stuttgart - 7. Kammer - durch die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Thoren-Proske, den Richter am Verwaltungsgericht Mezger und die Richterin am Verwaltungsgericht Mühlenbruch

am 29. April 2013

beschlossen:

Die Anträge werden abgelehnt.

Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000,-- € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsteller begehren den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart".

Die Antragsteller sind nach ihren Angaben Unterzeichner des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart", das am 14.2.2012 der Antragsgegnerin übergeben wurde. Darin wird ein Bürgerentscheid zu folgender Frage beantragt:

> „Sind Sie dafür, dass die Stadt Stuttgart die Konzession und den Betrieb der Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme spätestens ab 1.1.2014 selbst übernimmt? Und sind Sie gegen einen Gemeinderatsbeschluss, der dem nicht entspricht?"

Als Begründung wird genannt:

> „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 Netze für Strom, Gas und Wärme spätestens ab 1.1.2014 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 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."

Der Kostendeckungsvorschlag lautet wie folgt:

„Der Preis für den Kauf der Wasserversorgung, des Strom- und Gasnetzes wird auf 345 Mio. € geschätzt (Gutachterauftrag Horvath & Partner, 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 Jahre 2002 ausreichende Mittel in Höhe von 619 Mio. € (Zeitwert 31.12.2008, s. GRDrs. 185/2009) zur Verfügung."

Mit an die Vertrauensleute des Bürgerbegehrens gerichteten Bescheid vom 21.1.2013 stellte die Antragsgegnerin die Unzulässigkeit des beantragten Bürgerentscheids fest. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Bürgerbegehren werde von einer ausreichenden Zahl wahlberechtigter Stuttgarter Bürgerinnen und Bürger unterstützt. Die Fragestellung des Bürgerbegehrens sei inhaltlich hinreichend bestimmt und betreffe auch eine Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises der Landeshauptstadt. Das Bürgerbegehren enthalte weiter einen Kostendeckungsvorschlag, der den gesetzlichen Anforderungen noch genüge. Der beantragte Bürgerentscheid sei aber hinsichtlich der Netze für Strom und Gas nicht auf ein rechtmäßiges Ziel gerichtet. Die Forderung nach der Übernahme der Konzession für das Strom- und Gasnetz durch die Stadt verstoße gegen § 46 EnWG und das Kartellrecht. Hinsichtlich des ablaufenden Konzessionsvertrages sei die Stadt nach § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG verpflichtet, ein wettbewerbliches Auswahlverfahren zur Neuvergabe oder Verlängerung des Vertrages durchzuführen. Durch diese Regelung solle zumindest ansatzweise und mindestens alle zwanzig Jahre ein Wettbewerb beim Neuabschluss von Wegenutzungsverträgen ermöglicht werden. Dies gelte nach § 46 Abs. 4 EnWG auch dann, wenn eine Gemeinde die örtlichen Leitungsnetze selbst mit einem Eigenbetrieb betreibe oder betreiben wolle. Auf den vorgeschriebenen Wettbewerb um die Konzessionen dürfe auch dann nicht verzichtet werden, wenn eine Vergabe der Konzessionen an einem Eigenbetrieb oder im Wege der „Inhousevergabe" an ein rechtlich verselbstständigtes, jedoch gemeindeeigenes Unternehmen beabsichtigt sei. Darüber hinaus sei anzunehmen, dass die Gemeinde hinsichtlich der Konzessionen eine marktbeherrschende Stellung habe, die sie bei der durch § 46 EnWG zwingend vorgeschriebenen wettbewerblichen Vergabe nicht im kartellrechtlichen Sinne (§§ 19, 20 GWB) missbrauchen dürfe. Hinzu komme, dass das Bürgerbegehren auch wegen einer unzureichender Begründung unzulässig sei. In der Begründung werde nicht darauf hingewiesen, dass vor der Übernahme des Betriebs der Netze für Strom und Gas ein transparentes Wettbewerbsverfahren

vorgeschaltet sein müsse. Es könne deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass ein anderes Versorgungsunternehmen als das städtische Unternehmen den Zuschlag erhalten könne. Die Begründung suggeriere, die Stadt sei frei, den Netzbetrieb für Strom und Gas zu übernehmen. In wesentlichen Punkten falsch, unvollständig und damit irreführend sei die Begründung, soweit das Ziel genannt werde, jegliche Beteiligung oder Einflussnahme von Atomenergiekonzernen auszuschließen, um vom Atom- und Kohlestrom wegzukommen. Im Energiewirtschaftsgesetz werde die Trennung zwischen Netzbetrieb und Energieerzeugung vorgeschrieben. Die Stadt sei deshalb nicht berechtigt, in ein und derselben Gesellschaft das Stromnetz zu betreiben und außerdem Strom zu erzeugen. Allein durch die Konzession oder den Netzbetrieb könne deshalb kein nennenswerter Einfluss auf die Energieerzeugung genommen werden. Im Übrigen könne jeder Kunde selbst entscheiden, von welchem Elektrizitätsversorgungsunternehmen er seinen Strom beziehe. Der örtliche Netzbetreiber habe keine Möglichkeit, die Durchleitung von „Atomstrom" zu verhindern. Hinsichtlich des Wassernetzes sei das Bürgerbegehren unzulässig, weil der Gemeinderat die Durchführung der verlangten Maßnahme bereits mit Grundsatzbeschluss vom 17.6.2010 beschlossen habe. Das Ziel des Bürgerbegehrens, die Fernwärmeversorgung durch die Stadt selbst zu übernehmen, sei zwar im Rahmen der Rechtsordnung grundsätzlich erreichbar. Allerdings erwähne die Begründung des Bürgerbegehrens nicht, dass die Stadt über keine Versorgungskapazitäten verfüge und schon deshalb nicht in der Lage sei, das Versorgungsnetz ohne Hilfe der EnBW als Eigentümerin der Kraftwerke zu betreiben. Die Hauptverbindung im Netz liege außerdem nicht auf Gemarkung Stuttgart, eine Entflechtung sei nach dem überzeugenden Gutachten Horvath und Partner nicht in sinnvoller Weise möglich. Wenn die Stadt das Fernwärmeversorgungsnetz betreibe, ändere sich auch nichts an dem hohen Kohleanteil im Primärenergiemix. Im Übrigen könne das Bürgerbegehren auch nicht für eine Teilfrage, etwa hinsichtlich der Übernahme der Fernwärmeversorgung, zugelassen werden. Denn es könne nicht festgestellt werden, dass die Übernahme nur dieses Teiles des Netzes dem Willen der Bürger entspreche, die das Bürgerbegehren unterzeichnet hätten.

Die Antragsteller legten gegen den Bescheid vom 21.1.2013 (der ihnen nicht zugestellt wurde) mit Anwaltsschreiben vom 21.2.2013 Widerspruch ein. Zur Begründung wurde vorgetragen: In § 46 Abs. 2 EnWG werde lediglich die Laufzeit eines Konzes-

sionsvertrages auf höchstens zwanzig Jahre begrenzt. Außerdem würden Gemeinden verpflichtet, das Auslaufen eines Vertrages spätestens zwei Jahre vor Vertragsende öffentlich bekanntzumachen und bei einer Auswahl die Ziele des § 1 EnWG zu beachten. Diese Regelungen führten daher nicht zu einer Verpflichtung, ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen. Die Bestimmung des § 46 Abs. 4 EnWG („Die Absätze 2 und 3 finden für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung") führe nicht zu einem abweichenden Ergebnis, da diese Vorschrift Eigenbetriebe in gleicher Weise wie die Gemeinde als Konzessionsgeber meine und nicht die Eigenbetriebe als Konzessionsnehmer. Dass die Vergabe der Konzession an einen Eigenbetrieb oder im Wege der „Inhousevergabe" an ein rechtlich verselbstständigtes, jedoch gemeindeeigenes Unternehmen keines wettbewerblichen Verfahrens bedürfe, ergebe sich auch aus dem Beschluss des VG Oldenburg vom 17.7.2012 - 1 B 3594/12 - sowie dem Aufsatz von Hertwig/Haupt, „Zulässigkeit und Grenzen ausschreibungsfreier Netzvergabe - Beteiligung kommunaler Einheiten an Ausschreibungen" (Kommunalwirtschaft 2012, 12 ff.).

Selbst wenn § 46 EnWG bei der Konzessionsvergabe ein wettbewerbliches Verfahren vorschreiben würde, wäre diese Vorschrift wegen Verfassungswidrigkeit und Europarechtswidrigkeit unwirksam. Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie gemäß Art. 28 Abs. 2 GG und Art. 71 Abs. 1 LV garantiere das Recht der Gemeinden, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung zu regeln. Hierzu gehöre die Organisationsautonomie, also die Systementscheidung, ohne wettbewerbliches Verfahren die Strom- und Gasnetze unmittelbar selbst oder durch eine organisatorische Einheit zu betreiben. Diese Garantie der kommunalen Selbstverwaltung manifestiere sich noch deutlicher in der von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichneten europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung.

Es liege auch kein Verstoß gegen die §§ 19 und 20 GWB vor, da die Entscheidung der Gemeinde zur eigenen Durchführung des Netzbetriebs keinen Marktbezug habe. Mangels Eröffnung eines Marktes um den Netzbetrieb in der betreffenden Kommune könne auch keine marktbeherrschende Stellung missbraucht werden.

Es sei erforderlich gewesen, den Betrieb der Wasserversorgung in das streitgegenständliche Bürgerbegehren aufzunehmen, weil in der Zwischenzeit nach dem Be-

schluss des Gemeinderats zur Umsetzung des Bürgerbegehrens „100-Wasser" ein Gutachten in Auftrag gegeben worden sei mit der Zielsetzung, verschiedene Stadtwerkemodelle zu entwerfen. Das Gutachten Horvath & Partner habe als angeblich beste Variante empfohlen, den Betrieb aller Versorgungen, somit auch der Wasserversorgung, extern zu vergeben.

Die notwendig kursorische Begründung des Bürgerbegehrens sei weder fehlerhaft, noch seien die Unterzeichnenden in die Irre geführt worden. Da die Stadt als Netzbetreiberin und Eigentümerin Gewinne erwirtschaften werde, wäre sie dadurch in der Lage, eine dezentrale Energieversorgung und eine umweltfreundliche Energieerzeugung vor Ort als Investor oder Förderer zu finanzieren. Hinsichtlich der Fernwärme sei es irrelevant, ob die Stadt über eigene Versorgungskapazitäten verfüge oder nicht. Denn das Bürgerbegehren ziele nicht auf die Produktion sondern auf die Übernahme der Leitungsrechte ab. Als Netzbetreiber könne die Stadt Einfluss auf den Primärenergiemix nehmen, da sie Wärme von kommunalen Kleinerzeugern in das Netz einspeisen lassen könne.

Selbst wenn das Bürgerbegehren hinsichtlich der Wasserversorgung unzulässig wäre, führe dies nicht zu einer Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens insgesamt. Der Wille der Unterzeichner des Bürgerbegehrens könne in keinem denkbaren Fall diesbezüglich verfälscht werden.

Über den Widerspruch der Antragsteller gegen den Bescheid vom 21.1.2013 ist noch nicht entschieden worden.

Am 14.3.2013 haben die Antragsteller den Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt.

Sie beantragen,

> der Antragsgegnerin zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart"
> 1. Konzessionen an Dritte zu vergeben,
> 2. Betreiberschaft bzw. Betriebsführung auf Dritte zu übertragen und

3. jegliche verbindliche Maßnahmen zu unterlassen, die den Zielen des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart" vom 14.2.2012 widersprechen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge abzulehnen.

Wegen der Einzelheiten des Sachverhalts und des Beteiligtenvorbringens wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie auf die von der Antragsgegnerin vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

Die Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart" haben keinen Erfolg.

Nach der neueren Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg (vgl. Beschluss vom 27.4.2010 - 1 S 2810/09 -, VBlBW 2010, 311), der die Kammer folgt, schließt der Umstand, dass ein Bürgerbegehren nach dem baden-württembergischen Landesrecht keine aufschiebende Wirkung hat, die Stellung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, die Durchführung eines Bürgerbegehrens zu sichern, nicht aus. Zulässig ist eine vorläufige gerichtliche Feststellung, dass das Bürgerbegehren zulässig ist. Die begehrte vorläufige Feststellung der Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Zulässigkeit bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit solcher Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann, dass eine gegenteilige Entscheidung im Hauptsacheverfahren praktisch ausgeschlossen werden kann und der mit dem Hauptsacheverfahren verbundene Zeitablauf voraussichtlich eine Erledigung des Bürgerbegehrens zur Folge hätte. Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch müssen in einem das übliche Maß der Glaubhaftmachung übersteigenden deutlichen Grad von Offenkundigkeit auf der Hand liegen (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8.4.2011 - 1 S 303/11 -, VBlBW 2011, 388). Daneben können auch weitergehende einstweilige Anordnungen zur Sicherung eines Bürgerbegehrens zulässig sein (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 27.4.2010 - 1 S 2810/09 -, juris und vom 27.6.2011 -

1 S 1509/11 -, juris). Voraussetzung für den Erlass solcher weitergehenden Sicherungsanordnungen ist ein unmittelbar drohendes treuwidriges Verhalten der Gemeinde. Das ist der Fall, wenn die Sicherungsanordnung erforderlich ist zur Verhinderung von Maßnahmen des Bürgermeisters oder des Gemeinderats, die bei objektiver Betrachtung allein dem Zweck dienen, dem Bürgerbegehren, dessen Zulässigkeit vorläufig festgestellt wurde, die Grundlage zu entziehen (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.6.2011, a.a.O.).

Es ist schon zweifelhaft, ob überhaupt Anhaltspunkte für ein unmittelbar drohendes treuwidriges Verhalten der Gemeinde im o.g. Sinne bestehen. Jedenfalls haben die Antragsteller keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Der Erlass der beantragten Anordnungen zur Sicherung des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart" kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil das Bürgerbegehren nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet und damit unzulässig sein dürfte.

Das Bürgerbegehren fordert die Übernahme der Konzession und des Betriebs der Netze für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme durch die Antragsgegnerin. Für das Begehren gelten unterschiedliche Rechtsgrundlagen.

Maßgebend für die Übernahme der Konzession und des Betriebs des Strom- und Gasnetzes ist § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG. Nach § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG dürfen Konzessionsverträge höchstens für eine Laufzeit von zwanzig Jahren abgeschlossen werden. Konzessionsverträge, die auch als qualifizierte Wegenutzungsverträge bezeichnet werden, sind Verträge von Energieversorgungsunternehmen mit Gemeinden über die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege für die Verlegung und den Vertrieb von Leitungen, die zu einem Energieversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet gehören. Nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG ist der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet, solche für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen. Die Vorschrift des § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG schreibt die Bekanntmachung des bevorstehenden Vertragsendes spätestens zwei Jahre vor Ablauf des bisherigen Konzessionsvertrages durch Veröffentlichung im Bundesanzeiger

oder im elektronischen Bundesanzeiger vor. § 46 Abs. 3 Satz 5 EnWG verpflichtet die Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens auf die Ziele des § 1 EnWG. § 46 Abs. 3 Satz 6 EnWG sieht vor, dass die Gemeinden bei Neuabschluss oder Verlängerung von Verträgen nach Abs. 2 ihre Entscheidung unter Bekanntgabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen haben. Schließlich erklärt § 46 Abs. 4 EnWG die Vorschriften der Abs. 2 und 3 für Eigenbetriebe der Gemeinde für entsprechend anwendbar.

Aus diesen Bestimmungen, die im Wesentlichen mit dem Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts vom 24.2.1998 (BGBl. I S. 730) in Kraft gesetzt wurden, folgt, dass die Gemeinde verpflichtet ist, alle zwanzig Jahre eine Auswahlentscheidung über den Netzbetreiber zu treffen hat. Dies gilt nach § 46 Abs. 4 EnWG auch dann, wenn die Gemeinde die örtlichen Leitungsnetze selbst mit einem sog. Eigenbetrieb betreibt (vgl. Albrecht in Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, § 9, Rnr. 74). Mit dem Zwang zur Auswahlentscheidung soll der Erstarrung der Versorgungsstruktur durch „Ewigkeitsrechte" entgegengewirkt und eine wettbewerbliche Auflockerung des Netzbetriebs ermöglicht werden (vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BTDrs. 13/7274, S 20 f.).

Weitere Bindungen für das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen für die Strom- und Gasnetze sind aus kartellrechtlichen Vorschriften herzuleiten. Zwar ist das (strenge) Vergaberecht der §§ 97 ff. GWB auf die Entscheidung über den Vertragspartner für die Vergabe der Konzessionen für Energienetze nicht anwendbar, da hier durch die Gemeinde kein Dienstleistungsauftrag vergeben wird, sondern regelmäßig (nur) eine Dienstleistungskonzession zustande kommt (vgl. Albrecht, a.a.O., Rnr. 72 zu § 9). Dennoch hat die Gemeinde bei der ihr zugewiesenen Auswahlentscheidung über den zukünftigen Konzessionär - abgeleitet aus dem europäischen Primärrecht (vgl. Art. 102 AEUV) - die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einzuhalten. Die gleiche Verpflichtung ergibt sich aus dem Umstand, dass die Gemeinden hinsichtlich der für den Netzbetrieb unverzichtbaren Wegenutzungsrechte über eine Monopolstellung verfügen, so dass die Vorschriften der §§ 19 und 20 GWB über den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beachten sind. Danach hat die Gemeinde nach überwiegender Ansicht über den Abschluss von Konzessionsverträgen für Strom- und Gasnetze grundsätzlich in einem transparenten und dis-

kriminierungsfreien Verfahren zu entscheiden (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22.11.2012 - 16 U (Kart) 22/12 - juris; Gemeinsamer Leitfaden von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers vom 15.12.2010, AS 10 der Behördenakten, künftig: Gemeinsamer Leitfaden; Positionspapier Konzessionsvergabe des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg als Landeskartellbehörde Energie zur Beteiligung von Gemeinden an Gemeinschaftsunternehmen mit Energieversorgungsunternehmen sowie zu Pachtmodellen im Zusammenhang von wegerechtsbezogenen Konzessionsvergaben im Strom- und Gassektor vom 5.12.2011, AS 10 der Behördenakte). Damit ist noch nicht gesagt, nach welchen Kriterien die Gemeinde ihre Auswahlentscheidung zu treffen hat. So wird einerseits die Auffassung vertreten, die Auswahl sei allein unter wettbewerblichen Aspekten zu treffen (vgl. Gemeinsamer Leitfaden, S. 5; Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22.11.2012 - 16 U [Kart] 22/11 -, juris; Hampel, Energieregulierung, RdE 2013, 47), wobei sich die Gemeinden ausschließlich bzw. vorrangig an den Zielen des § 1 Abs. 1 EnWG (Sicherung einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht) zu orientieren hätten (vgl. Hoffmann, Kommunale Konzessionsverträge im Lichte des Energiewirtschafts- und Wettbewerbsrechts, NZBau 2012, 11). Die Gegenauffassung betont dagegen die Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) und lässt weitere Kriterien zu, wie das Interesse an verstärkten Steuerungsmöglichkeiten und fiskalische Interessen der Gemeinde, die zu einer bevorzugten Berücksichtigung eines gemeindeeigenen Energieversorgungsunternehmens führen können (vgl. Hellermann, Rechtsgutachten vom 24.1.2013, abrufbar unter www.vku.de/service-navigation/recht/vku-gutachten-zu-zulaessigen-kriterien-der-konzessionsvergabe-31012013.html). Welcher Auffassung zu folgen ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Nach beiden Auffassungen gelten die Vorgaben des § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG, die bei der Vergabe der Netzkonzession die Möglichkeit des Marktzugangs für Energieversorgungsunternehmen eröffnen. Das bedeutet, dass die Gemeinde - nach einem von ihr festzulegenden Auswahlverfahren - die Netzkonzession auszuschreiben und in einem zweiten Schritt eine Auswahlentscheidung über die Vergabe der Konzession zu treffen hat (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22.11.2012 - 16 U [Kart] 22/11 -, juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.1.2013 - VII-Verg 26/12 -, juris).

Die Antragsteller halten demgegenüber unter Hinweis auf die Stellungnahme von Hertwig/Haupt (Kommunalwirtschaft 2012, 12) eine ausschreibungsfreie „Inhousevergabe" für zulässig. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist eine Ausschreibung entbehrlich, wenn die vergebende öffentliche Stelle über die beauftragte juristische Person eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle ausübt und die juristische Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen nur für ihre staatlichen Anteilseigner ausübt (vgl. EuGH, Urteile vom 18.11.1999 - C-26/03 und vom 11.1.2005 - C-26/03 -, jeweils juris). Diese Entscheidungen betreffen die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Ausschreibung von Dienstleistungs- und Lieferaufträgen durch Gebietskörperschaften europarechtlich geboten ist. Darum geht es hier nicht. Denn die hier streitige Frage, ob eine ausschreibungsfreie „Inhousevergabe" zulässig ist, bestimmt sich nach dem nationalen Recht (§ 46 EnWG und §§ 19 und 20 GWB), das - wie oben ausgeführt - eine Marktöffnung ermöglicht und damit eine Auswahlentscheidung der Gemeinde auf der Grundlage einer Ausschreibung fordert (vgl. Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 22.11.2012 a.a.O.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.1.2013 a.a.O.). Dies gilt nach § 46 Abs. 4 EnWG auch dann, wenn die Gemeinde die Konzession für die Energienetze in der Vergangenheit einem Eigenbetrieb übertragen hatte oder dies für die Zukunft beabsichtigt. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich betont, die Erstreckung auf Eigenbetriebe sei notwendig, damit die Wegenutzung in allen Gemeinden von den Bestimmungen der Absätze 2 und 3 erfasst werde; es solle verhindert werden, dass der Zweck dieser Vorschriften „Ewigkeitsrechten" bei der Versorgung entgegenzuwirken, unterlaufen werden kann (vgl. BT-Drs. 13/7274, S. 21). Soweit im Beschluss des VG Oldenburg vom 17.7.2012 - 1 B 3594/12 - eine andere Auffassung vertreten wird, vermag die Kammer dem - ebenso wie die überwiegende Rechtsprechung (vgl. Hampel, a.a.O., S. 48, m.w.N.) - nicht zu folgen. Schließlich ist der Einwand der Antragsteller, die Regelung des § 46 Abs. 4 EnWG betreffe nur solche Eigenbetriebe, die als Konzessionsgeber handelten, nicht stichhaltig. Dies folgt schon aus dem Umstand, dass Eigenbetriebe nicht Konzessionsgeber sein können. Nutzungsrechte an den gemeindlichen Verkehrswegen stehen nur der Gemeinde zu, d.h. nur sie kann im Rechtsverkehr als Konzessionsgeber auftreten.

Die Ausschreibungspflicht, die sich nach dem Ausgeführten aus § 46 EnWG und dem Kartellrecht ergibt, verstößt voraussichtlich nicht gegen die verfassungsrechtlich gewährleistete gemeindliche Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG, Art 71 Abs. 1 LV). Danach muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Zu den verfassungsrechtlich garantierten Aufgaben der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört auch die kommunale Energieversorgung, also die örtliche Versorgung mit Strom und Gas (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.5.1995 - 7 C 58.94 -, BVerwGE 98, 273). Die Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung besteht allerdings nur „im Rahmen der Gesetze". Der Gesetzgeber ist befugt, die Institution der gemeindlichen Selbstverwaltung auch hinsichtlich der Aufgabenausstattung der Gemeinden zu regeln (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.11.1988 - 2 BvR 1619/83, 2 BvR 1628/83 -, BVerfGE 79, 127). Allerdings hat der Gesetzgeber dabei den Vorrang zu berücksichtigen, den Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG in den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft den Gemeinden einräumt. Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter darf der Gesetzgeber den Gemeinden deshalb nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also dann entziehen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.11.1988 a.a.O., juris Rnr. 61 f.). Den Gemeinden wird die Aufgabe der örtlichen Energieversorgung allerdings nicht entzogen. Die Bestimmungen des Energiewirtschafts- und Kartellrechts, die eine kommunale Erfüllung der Aufgabe der örtlichen Energieversorgung zulassen, beinhalten lediglich eine Regelung über die Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung. Soweit das Energiewirtschaftsrecht eine wettbewerbliche Öffnung der Energieversorgung vorsieht, dürfte dies verfassungsrechtlich unbedenklich sein (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.1.2013 - VII-Verg 26/12 -, juris). Die Energieversorgung ist seit jeher durch einen plurales Nebeneinander von privaten, kommunalen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmensformen gekennzeichnet (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.5.1995, a.a.O.). Vor diesem Hintergrund erscheint eine wettbewerbliche Orientierung des Energiewirtschaftsrechts nicht sachwidrig. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass den Gemeinden vor allem im Ausschreibungsverfahren ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibt. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die gemeindliche Selbstwartungsgarantie dürfte nach alledem nicht vorliegen. Es ist auch nicht erkennbar, dass die nationalen Bestimmungen des

Energiewirtschafts- und Kartellrechts gegen die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung vom 15.10.1985 verstoßen.

Um den dargestellten Vorgaben zu entsprechen, hat der Gemeinderat der Antragsgegnerin in seiner Sitzung am 10.5.2012 beschlossen, das Konzessionsvergabeverfahren in vier Schritten durchzuführen (Bekanntmachung, Dialogphase, Angebotsphase, Entscheidungsphase). Mit der Bekanntmachung sollte klargestellt werden, dass die Antragsgegnerin auch die Interessenbekundungen zu Kooperationsmodellen annehmen und prüfen werde. In der Dialogphase sollte mit einem sog. „Ersten Verfahrensbrief" den Interessenten der genaue Verfahrensablauf, die Auswahlkriterien der Konzessionsvergabe und die Auswahlkriterien zu Kooperationspartnern offen gelegt werden, wobei die Kriterien und deren Gewichtung vom Gemeinderat zu beschließen waren. Ausweislich der Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 25.3.2013 ist die Dialogphase mittlerweile weitgehend abgeschlossen; die Einleitung der Angebotsphase mit dem sog. „Zweiten Verfahrensbrief" werde voraussichtlich Ende Mai 2013 von den zuständigen Gremien der Antragsgegnerin verabschiedet.

Bei dieser Sach- und Rechtslage dürfte das Bürgerbegehren - soweit es die Übernahme der Konzessionen für das Strom- und Gasnetz betrifft - auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet sein. Käme ein Bürgerentscheid zustande, der die gestellte Frage im Sinne der Initiatoren des Bürgerbegehrens beantwortet, hätte dies die Wirkung eines endgültigen Beschlusses des Gemeinderats (§ 21 Abs. 7 Satz 2 GemO). Ein im jetzigen Stadium gefasster Beschluss, mit dem die Antragsgegnerin einschränkungslos verpflichtet wird, die Konzession und den Betrieb der Netze für Strom und Gas zu übernehmen, stünde mit § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG und dem Kartellrecht nicht im Einklang. Denn damit würde eine unzulässige Vorabfestlegung getroffen, die den Wettbewerb um die Netze verschließt und eine spätere Konzessionsentscheidung, die eine Auswahl unter mehreren Varianten voraussetzt, verhindert. Das Bundeskartellamt hat in einem vergleichbaren Fall des Abschlusses von Wegenutzungsverträgen im Sinne des § 46 EnWG ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens von Amts wegen ein Verwaltungsverfahren gegen die Gemeinde wegen des Verdachts auf Verstoß gegen §§ 1, 19 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 4 Nr. 1 GWB eingeleitet (vgl. Bundeskartellamt, Beschluss Nr. B 10-6/11).

Der Erlass der beantragten Sicherungsanordnungen kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht. Es kann daher offen bleiben, ob das Bürgerbegehren auch wegen der von der Antragsgegnerin aufgezeigten Begründungsmängel unzulässig ist.

Das Gericht sieht auch keinen Anlass, eine einstweilige Anordnung beschränkt auf die Netze für Fernwärme und Wasser zu erlassen. Selbst wenn unterstellt wird, ein Bürgerbegehren bezüglich der Übernahme der Konzession und der Netze für Fernwärme und Wasser wäre (wovon auch die Antragsgegnerin ausgeht) prinzipiell rechtlich zulässig, folgt daraus nicht, dass ein Bürgerentscheid mit dieser eingeschränkten Fragestellung ohne weiteres durchgeführt werden könnte. Da sich die Unterschrift der Unterstützer des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart" 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 (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.6.2009 - 1 S 2865/08 -, VBlBW 2009, 2009, 425). Dabei reicht es nicht aus, dass das Bürgerbegehren auch ohne den ausgeschiedenen Teil für sich allein noch sinnvoll bleibt. Diese Einschätzung hängt - von Randkorrekturen abgesehen - von subjektiven Einschätzungen und Präferenzen ab, die jeweils der Bürger vor seiner Unterstützung des Bürgerbegehren zu treffen hat. Die Beschränkung des Bürgerentscheids auf die Netze für Fernwärme und Wasser verändert die Fragestellung des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart" in erheblicher Weise. Zwischen Strom- und Fernwärmeversorgung besteht ein enger sachlicher Zusammenhang. Da etwa Anlagen mit Kraft-Wärme-Kopplung sowohl Strom als auch Fernwärme produzieren, kann es wirtschaftlich sinnvoll sein, die Netze für Strom und Fernwärme unter einheitlicher Trägerschaft zu betreiben. Es ist durchaus denkbar, dass das Bürgerbegehren gerade auch mit dem Ziel unterstützt wurde, eine solche einheitliche (kommunale) Trägerschaft zu erreichen. Deshalb ist fraglich, ob die isolierte Übernahme des Fernwärmenetzes von sämtlichen Unterzeichnern des Bürgerbegehrens gewünscht wird.

Soweit es um die Übernahme des Netzes für die Wasserversorgung geht, kommt hinzu, dass der Gemeinderat der Antragsgegnerin in seiner Sitzung am 17.6.2010 beschlossen hat, die Wasserversorgung spätestens am 1.1.2014 selbst zu betreiben, so dass schon aus diesem Grunde ein darauf gerichtetes Bürgerbegehren wohl un-

zulässig wäre (vgl. § 21 Abs. 4 Satz 2 GemO). Der Einwand der Antragsteller, der Gemeinderat sei von seinem Beschluss vom 17.6.2010 abgerückt, indem er das Gutachten Horvath & Partner (das einen Netzbetrieb mit Kooperationspartnern befürwortete) „gebilligt" habe, dürfte schon deshalb nicht zutreffen, weil das genannte Gutachten in der Gemeinderatssitzung vom 26.5.2011 lediglich „zur Kenntnis" genommen wurde.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Festsetzung des Streitwerts aus §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in Mannheim, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim oder Postfach 103264, 68032 Mannheim, gegeben. Sie ist beim Verwaltungsgericht Stuttgart, Augustenstraße 5, 70178 Stuttgart oder Postfach 105052, 70044 Stuttgart, innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander setzen.

Vor dem Verwaltungsgerichtshof muss sich jeder Beteiligte, außer in Prozesskostenhilfeverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder andere in § 67 Absatz 2 VwGO bezeichnete Personen und Organisationen zugelassen.

Hinsichtlich der Streitwertfestsetzung ist die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in Mannheim, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim

oder Postfach 103264, 68032 Mannheim, gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200 € übersteigt. Diese Beschwerde kann von den Beteiligten selbst oder von einem Prozessbevollmächtigten eingelegt werden. Sie ist beim Verwaltungsgericht Stuttgart, Augustenstraße 5, 70178 Stuttgart, oder Postfach 105052, 70044 Stuttgart, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle einzulegen und dann zulässig, wenn sie vor Ablauf von sechs Monaten nach Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache oder anderweitiger Erledigung des Verfahrens eingelegt wird. Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

gez. Dr. Thoren-Proske Mezger Mühlenbruch

VERWALTUNGSGERICHT STUTTGART

Ausgefertigt/~~Beglaubigt~~
Stuttgart, den 29. April 2013
Verwaltungsgericht Stuttgart
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Kaiser, Amtsinspektorin