

RECHTSANWÄLTE
ROLAND BUTTEWEG
ANJA HÖFKEN †

RAe Butteweg, Sigmaringer Str. 98, 70567 Stuttgart

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Schubertstrasse 11

68165 Mannheim

SIGMARINGER STR. 98
70567 STUTTGART (MÖHRINGEN)
TELEFON: (0711) 7 28 04 79
TELEFAX: (0711) 7 28 04 59
info@ra-butteweg.de

IN KOOPERATION MIT:
FISCA STEUERBERATUNGSGESELLSCHAFT MBH
PLIENINGER STR. 66
70567 STUTTGART (MÖHRINGEN)
TELEFON: (0711) 7 26 17 42

14.9.2013

vorab per Telefax: 0621 – 292 4444

AZ: 1 S 1047/13

In der Verwaltungsrechtssache des

Herrn Thomas Neubrand

gegen

Landeshauptstadt Stuttgart –Rechtsamt-

wegen Bürgerbegehren „Energie – und Wasserversorgung Stuttgart“

hier: Antrag nach § 123 VwGO

wird zum Beschluss vom 22.8.2013 folgende

Gegenvorstellung

abgegeben und beantragt, den Beschluss vom 22.8.2013 abzuändern und es der Antragsgegnerin zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens

„Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“

- a. Konzessionen an Dritte zu vergeben
- b. Betreiberschaft bzw. Betriebsführung auf Dritte zu übertragen und
- c. jegliche verbindliche Maßnahmen zu unterlassen, die den Zielen des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“ vom 14.2.2012 widersprechen.

Begründung:

1. Diesseits ist selbstverständlich bekannt, dass es sich bei der Gegenvorstellung um einen außerprozessualen Rechtsbehelf handelt, es ist jedoch beabsichtigt, gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 29.4.2013 und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 22.8.2013 Verfassungsbeschwerde zu erheben.

2. Der Senat hat ausgeführt, das Beschwerdeverfahren sei entscheidungsreif, da die Verwaltungsakte der Antragsgegnerin dem Senat vollständig vorliege. Der Senat macht zu diesem Punkt zwar Ausführungen, berücksichtigt jedoch den schriftsätzlichlichen Zusatzvortrag des Antragstellers vom 9.8.2013 in missachtender Weise mit keinem Wort. Dort wurde nämlich ausgeführt:

- Offensichtlich unzutreffend ist die Behauptung der Antragsgegnerin, wonach sich die in der Email des Rechtsamtes vom 21.2.2012 erwähnte Prüfung darauf beziehe, dass ein Auswahlverfahren mit ausgewählten Rechtsanwaltskanzleien durchgeführt werden solle.

*In der genannten Email vom 21.2.2012 wird vielmehr ausgeführt, dass die Antragsgegnerin **derzeit** durch Anwälte überprüfen lasse, ob eine Vergabe zwingend durchzuführen sei.*

*Dies bedeutet nichts anderes, als dass bereits **vor** dem 21.2.2012 Anwälte mit der Überprüfung beauftragt waren. Auch diese Beauftragungen, die diesbezügliche Korrespondenz und insbesondere die Ergebnisse sind nicht in der Verwaltungsakte enthalten!*

- Zwingend unzutreffend muss infolge dessen auch die Behauptung der Antraggeberin sein, dass die Stadtkämmerei mit Schreiben vom 21.2.2012 drei Anwaltkanzleien angeschrieben und um Angebote über Beratungsleistungen gebeten habe. Zu diesem Zeitpunkt waren nach der Email vom 21.2.2012 ja bereits Anwälte mit der Überprüfung im Auftrag der Antragsgegnerin tätig.

Im Übrigen befinden sich auch diese Anschreiben nicht in der Verwaltungsakte.

- Da, wie ausgeführt, am 21.2.2012 Anwälte bereits mit der Überprüfung beschäftigt waren, kann auch die Behauptung der Antragsgegnerin, am 29.3.2012 sei die Entscheidung für die Kanzlei Becker Büttner Held gefallen, nicht den Tatsachen entsprechen.

Im Übrigen findet auch diese Entscheidung in der Verwaltungsakte keinen Niederschlag.

- Erstaunen ruft hervor, dass die angebliche mündliche Einschätzung von Frau Dr. Vetter und Herrn Dr. Porsch ebenso wenig in der Verwaltungsakte festgehalten wurde, als auch die angebliche anschließende Entscheidung auf eine weitere schriftliche Stellungnahme zu verzichten.

*- Wenn die Antraggeberin behauptet, auf eine **weitere** schriftliche Stellungnahme vor dem 29.3.2012 verzichtet zu haben, so muss zu diesem Zeitpunkt bereits mindestens **eine** schriftliche Stellungnahme von Anwälten vorgelegen haben, die jedoch ebenfalls in den Verwaltungsakten nicht enthalten ist.*

3. Entgegen den Ausführungen des Senats liegen Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch „in einem das übliche Maß der Glaubhaftmachung übersteigenden deutlichen Grad von Offenkundigkeit auf der Hand“. Desweiteren droht sehr wohl ein treuwidriges Verhalten der Antragsgegnerin, sodass die Voraussetzung für den Erlass weitergehender Sicherungsanordnungen gegeben ist.

Wie der Senat zutreffend ausführt, sind an die Begründung des Bürgerbegehrens keine hohen Anforderungen zu stellen, der Bürger muss lediglich wissen, über was er abstimmt.

Das Bürgerbegehren ist offensichtlich nicht auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet. Der Senat räumt im Gegensatz zum Verwaltungsgericht Stuttgart wenigstens ein, dass § 46 Abs. 2-4 EnWG eine förmliche Ausschreibung der Konzessionsvergabe nicht ausdrücklich vorschreibt. Dann jedoch kann entgegen den Ausführungen des Senats aus § 46 EnWG eine Pflicht zur Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe der Konzessionen auch nicht folgen!

Diesseits wurde ausführlich ausgeführt, weshalb weder aus dem europäischen Primärrecht, noch aus dem GWB eine entsprechende Verpflichtung folgt.

Rechtlich unzulässig ist, § 46 EnWG ergänzend im Interesse der Energiekonzerne auszulegen.

Bei der Auslegung eines Gesetzes darf Wettbewerb nicht das einzige Kriterium sein. Die ausführlichen Ausführungen des Senats betreffen den unstreitigen Fall einer Vergabe der Konzessionen an Dritte.

Auch die BT-Drs. 13/7274 befasst sich mit einer Vergabe an Dritte und betrifft deshalb inhouse-Vergaben gerade nicht.

Primäres Auslegungskriterium eines Gesetzes ist sein Wortlaut, die Sinnhaftigkeit einer gesetzlichen Regelung hat ein Gericht weder zu prüfen, noch herzustellen.

4. Entgegen den Ausführungen des Senats würde § 46 Abs. 4 EnWG in der Auslegung des Senats gegen Unionsrecht verstoßen. Es mag zwar sein, dass generell nach Unionsrecht Wettbewerb gefördert werden soll, sodass § 46 Abs. 4 EnWG in der Auslegung des Senats in der Tat dieses Ziel noch erweitern würde. Bewusst räumt jedoch das Unionsrecht den Gemeinden das Recht ein, inhouse-Vergaben ohne Ausschreibung vorzunehmen, sodass § 46 Abs. 4 EnWG in der Auslegung des

Senats dieses Ziel konterkariert. Ziel des Unionsrechts ist es gerade, den Gemeinden die Systementscheidung zu überlassen, wohingegen § 46 Abs. 4 EnWG, in der Auslegung des Senats, den Gemeinden die Systementscheidung nimmt.

Der Verwaltungsgerichtshof erkennt dementsprechend richtigerweise an, dass die europarechtlichen Grundsätze der Diskriminierungsfreiheit und Transparenz dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die konzessionserteilende öffentlichen Stelle über die konzessionsnehmende Einrichtung eine Kontrolle ausübt, wie über ihre eigenen Dienststellen und zugleich diese Einrichtung ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die Stelle oder die Stellen verrichtet, die ihre Anteile innehat oder innehaben soll (Beschluss, S. 14). So liegt es unbestritten in der seitens der Antragstellerin avisierten Vorgehensweise. Der Stromnetzbetrieb soll durch die Antragsgegnerin selbst übernommen werden.

Der vorliegende Streit zielt aber darauf ab, ob zugunsten der Kommunen eine Systementscheidung in Hinblick auf die Vergabe der Konzession besteht. Der Wortlaut des § 46 Abs. 4 EnWG dass dessen Abs. 2 und 3 „für Eigenbetriebe der Gemeinden entsprechende Anwendung [finden]“ ist uneindeutig und daher auslegungsbedürftig. Die Begrifflichkeit „für Eigenbetriebe“ deutet darauf hin, dass Adressat der Regelung nicht die Gemeinde, sondern die Eigenbetriebe sein sollen – beispielsweise hinsichtlich der Laufzeitbegrenzung auf 20 Jahre sowie der Pflicht zur Übertragung der Netze gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG.

Auch das nationale Kartellrecht steht dieser Wertung nicht entgegen, da die Bevorzugung eines Tochterunternehmens keine verbotene Diskriminierung darstellt. Diskriminiert werden können lediglich gegenüber anderen Unternehmen gleichartige Unternehmen, wobei eine solche Gleichartigkeit hinsichtlich einer Konzerntochter nicht gegeben ist.

BGH NJW 1987, 3197, 3198.

Nicht anwendbar ist insbesondere die Kasuistik der sog. Schilderprägerrechtsprechung, da es schon an der für diese Fallkonstellation typischen Verknüpfung von Marktaktivität (Vermietung) einerseits und Nähe zu einer damit in Zusammenhang stehenden hoheitlichen Tätigkeit (Kraftfahrzeugzulassungsstelle) fehlt.

Hoch/Theobald, KSzW 2011, 300, 305

Darüber hinaus liegt eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit diskriminierende Bevorzugung eines kommunalen Unternehmens dann nicht vor, wenn eine Kommu-

ne ihr eigenes Unternehmen nicht allein aus fiskalischen Erwägungen, sondern aus Gründen der Daseinsvorsorge auswählt.

BGH NJW 2002, 3779, 3781; BGH NJW, 2003, 748, 752.

Damit steht der Sache nach der Aufgabenerfüllung durch die Antragsgegnerin und somit dem Ziel des Bürgerbegehrens weder das Kartellrecht noch das EnWG entgegen.

Hieran ändert auch nichts, dass die Gemeinde an einer Ausschreibung teilnehmen kann, da ihr nur dann die Systementscheidung verbliebe, wenn sie gegebenenfalls unter Außerachtlassung der Vergaberegeln und unter Konterkarierung des Sinn und Zwecks eines Vergabeverfahrens sich selbst den Zuschlag erteilen würde.

Die absolute Behauptung des Senats, dass auch bei einem wettbewerblichen Verfahren Rekommunalisierungen weiterhin möglich seien, kann nur zu völliger Konfusion führen. Denn, wäre diese Behauptung zutreffend, würde wiederum das Ziel eines fairen, diskriminierungsfreien, transparenten Wettbewerbs denotwendig unmöglich gemacht werden.

Gegen die Logik des Senats spricht ferner, dass die Kommune unter allen Umständen, - sinnvoller Weise-, die Gewährleistungsverantwortung und- Verpflichtung trägt. Wie soll eine Kommune die Versorgung ihrer Bürger sicherstellen, wenn der Konzessionär z.B. seinen Sitz in Australien unterhält und /oder in Insolvenz fällt ? An diesem Beispiel wird deutlich, dass das kommunale Gewährleistungsprinzip wohlüberlegt begründet ist und vor dem Wettbewerbsprinzip Vorrang haben muss.

Die Versorgungssicherheit der Bürger muss der Gewinnmaximierung privater Konzerne vorgehen.

5. Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Hinsichtlich der nunmehr maßgeblichen verfassungsrechtlichen Erwägungen bezieht sich der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich auf die Ausführungen des VG Stuttgart und führt aus, dass die Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG wie auch die entsprechenden Regelungen des Kartellrechts voraussichtlich nicht gegen die verfassungsrechtlich gewährleistete gemeindliche Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG, Art 71 Abs. 1 LV) verstoßen würden und damit eine freie Systementscheidung nicht besteht. Diese Ausführungen überzeugen nicht.

- a) Örtliche Energieversorgung auf Grundlage des Konzessionsvertrages als „Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft“ i.S.d. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG muss den Kommunen *„das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln“*. Nach Auffassung des BVerfG sind unter den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft *„diejenigen Bedürfnisse, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf sie einen spezifischen Bezug haben, die also den Gemeindebürgern gerade als solche gemeinsam sind, indem sie das Zusammenleben und -wohnen der Menschen in der (politischen) Gemeinde betreffen“*, zu verstehen.

BVerfGE 79, 127 (151f.); vgl. auch: BVerfGE 110, 370 (400); zuvor schon: BVerfGE 8, 122 (134), 50, 195 (210), 52, 95 (120).

Hiernach sichert Art. 28 Abs. 2 Satz GG den Kommunen *„einen grundsätzlich alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft umfassenden Aufgabenbereich sowie die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte in diesem Bereich“*.

Die örtliche Energieversorgung stellt so dann nach der Rechtsprechung eine Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft i.S.v. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG dar. *„Nach ihrer historischen Entwicklung, ihrer Bedeutung für das wirtschaftliche und soziale Wohl der Einwohner sowie ihrem spezifischem Bezug zum kommunalen Wegeigentum, zur kleinräumigen Siedlungsstruktur und zur Bauleitplanung unterfällt die kommunale Energieversorgung danach als in der örtlichen Gemeinschaft wurzelnde Angelegenheit der „Daseinsvorsorge“ den verfassungsrechtlich geschützten Selbstverwaltungsangelegenheiten der Kommunen“*.

BVerwGE 98, 273 (275).

Das BVerwG hat weiter ausgeführt: *„Wie immer auch die örtliche Stromversorgung durchgeführt wird, so unterfällt jedenfalls die Entscheidung hierüber der gemeindlichen Selbstverwaltung. Das genügt, um die örtliche Stromversorgung zu den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu rechnen“*.

BVerwGE 98, 273 (276).

Danach ist die Entscheidung über die Art und Weise der Energieversorgung durch die Kommunen von grundsätzlicher Bedeutung. Auch der BGH versteht die Energieversorgung als kommunale Aufgabe

BGH, RdE 1996, S. 193,

bezieht sich dabei in seiner Argumentation aber ersichtlich auf das BVerfG.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1989 klargestellt, dass die *„Durchführung der Wasser- und Energieversorgung zu den typischen, die Daseinsvorsorge betreffenden Aufgaben der kommunalen Gebietskörperschaften“* gehört.

BVerfG, NJW 1990, S. 1783

Selbst wenn die Kommune einen Konzessionsvertrag abschließt, bleibt die Energieversorgung hiernach eine kommunale Aufgabe. Der Konzessionsvertrag wird dabei letztlich als privatförmige Wahrnehmung einer Selbstverwaltungsaufgabe verstanden.

Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, S. 282; Püttner, *DöV* 1990, S. 466; vgl. auch Wesener, *Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte*, S. 178.

Wesentliches Kernelement der Selbstverwaltungsgarantie ist die Eigenverantwortlichkeit der gemeindlichen Aufgabenwahrnehmung, also die grundsätzliche Freiheit der Gemeinde, über das „Ob“, „Wann“ und „Wie“ der Aufgabenwahrnehmung zu entscheiden.

RhPfVerfGH *DÖV* 1983, 113f.; Theobald/Borrmann, *EnWZ* 2013, 10 (13); Löwer (Fn. 9), Rdnr. 61, Pieroth, in: Jarass/Pieroth, *GG*, 13. Auflage, 2012, Art. 28, Rdnr.16.

Aus Sicht der Verfassung ist sicherzustellen, dass die Wahrnehmung kommunaler Aufgaben durch die Gemeinde ohne die „Vormundschaft des Staates“ und insbesondere in Freiheit von staatlicher Reglementierung hinsichtlich der Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung erfolgen kann.

BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04 – BVerfGE 119, 331 (362) = NJW 2008, 1212.

Den Gemeinden fließt insofern eine umfassende Ermessens-, Gestaltungs- und Weisungsfreiheit in grundsätzlich jeder Form der Aufgabenwahrnehmung zu.

Aus der Garantie auf kommunale Selbstverwaltung aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ist eine Sicherstellungspflicht der Kommunen zu folgern. Wird bspw. eine Aufgabe privatisiert, so enthebt dies die Kommune nicht von ihrer Verantwortung für diese Aufgabe. Die Kommune muss auch für einen Ausfall des Privaten Sorge tragen. Die Eigenverantwortlichkeit wird in diesem Falle nicht nur von ihrem Abwehrgedanken gegen staatliche Weisungen, sondern auch als Kompetenzbegründung verstanden. In diesem Zusammenhang wird eine Gewährleistungsverantwortung der Kommunen

explizit aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Hünnekens, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, S. 247; Faber, Der kommunale Anschluss- und Benutzungszwang, S. 117; Braun, ET 1985, S. 64; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und kommunale Selbstverwaltung, S. 280ff.; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft, 1. Auflage, § 8 Rn. 135; Tomerius/Breitkreuz, DVBl. 2003, S. 431 m.w.N.; vgl. auch Monopolkommission, Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, 2003, S. 81,

bzw. aus dem Sozialstaatsprinzip

Brosius-Gersdorf, VerwArch 98 (2007), S. 333; Haack, VerwArch 99 (2008), S. 203 m.w.N.,

abgeleitet.

Da Art. 28 Abs. 2 GG keine Pflicht, sondern lediglich ein Recht begründet, bleibt es den Gemeinden allerdings unbenommen, sich zur Wahrnehmung örtlicher Angelegenheiten Dritter zu bedienen. Die Gemeinde zieht sich dann von der Erfüllungsverantwortung auf eine Gewährleistungsverantwortung zurück.

Das Vorliegen einer Systementscheidung ergibt sich dabei schon aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 28 Abs. 2 GG selbst. Sie garantiert den Gemeinden nicht nur die Wahrnehmung ihrer Verantwortung für die Energieversorgung des Gemeindegebiets durch eine Konzessionierung, sondern auch das Recht zur eigenen kommunalwirtschaftlichen Betätigung, auch und gerade in der Energieversorgung.

Vgl. nur BVerwGE 98, 273 (275); RhPfVerfGH, NVwZ 2000, 801 (803); Britz, in: Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 3. Aufl. 2011, § 5 Rn. 47 f.

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.

Aber auch dieser Vorbehalt ist nicht ohne Grenzen. Er wird zunächst seinerseits durch den Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie beschränkt. Hiernach darf der Wesensgehalt der kommunalen Selbstverwaltung nicht ausgehöhlt werden.

BVerfGE 79, 127 (143).

Neben diesem unantastbaren Bereich besteht ein sog. Randbereich der Verfassungsgarantie.

Statt vieler Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 49ff.;

Hiernach sind auch jene örtlichen Angelegenheiten geschützt, die nicht dem Kernbereich unterfallen.

Diese Systematik entspricht einem „Regel-Ausnahme-Verhältnis“, in dem die grundlegende Zuständigkeit bei den Gemeinden liegen soll. Dies ist nicht bloße Rechts-technik, sondern materiell verstandenes Prinzip dezentraler Aufgabenansiedlung.

b) Verletzung des Schutzbereichs des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG steht den Gemeinden demnach nur „im Rahmen der Gesetze“ zu. Durch die Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG 2005 – soweit diese auf die Inhouse-Vergabe anwendbar sein sollte (s.o.) – wurde den Gemeinden das Recht entzogen, den allgemeinen Netzeigentümer und -betreiber nach den von der Gemeinde selbst aufgestellten Grundsätzen ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens zu bestimmen. Da diese Kompetenz aber Ausfluss des Rechts auf kommunale Selbstverwaltung ist, liegt hierin eine Schutzbereichsverletzung des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.

aa) Die Verhinderung der Systementscheidung der Kommunen als Kernbereichsverletzung

Die freie Auswahlentscheidung der Kommunen über den örtlichen Netzbetrieb gehört zu den „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG. Im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung am Maßstab der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung ist die Beschränkung der gemeindlichen Entscheidungskompetenz als Eingriff in den Kernbereich der Verfassungsgarantie zu bewerten. Die Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG ist daher von vornherein, ohne jegliche Abwägungsmöglichkeit, verfassungswidrig.

Klassischerweise wird die Entscheidung darüber, wer den örtlichen Netzbetrieb durchführt, zum Kernbereich gemeindlicher Aufgaben gezählt.

Zenke, Genehmigungszwänge im liberalisierten Energiemarkt, S. 233; Püttner, RdE 1992, S. 94; Stern, Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften, S. 37; Trzeciak, Rechtsformen und Grenzen kommunalen Handelns bei der Energieversorgung, S. 148; Wesener, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, S. 171; Scholz, Gemeindliche Gebietsreform und regionale Energieversorgung, S. 37f.; Kimminich, Verfassungsrechtliche Probleme einer Neuregelung der vertraglichen Grundlagen für die örtliche Energieversorgung, S. 23; Pöhlmann, Die Gebietsreglung der öffentlichen Energieversorgung mit Elektrizität und Gas als Staatsaufgabe, S. 44; Stern, in: FS für Baur, S. 362; Ahrens, ET 1983, S. 211; Püttner, Das Recht der kommunalen Energieversorgung, S. 16; Karst, DöV 2002, S. 811; Damm, JZ 1988, S. 841; Württemberg, WiVerw 1985, S. 199; Friauf, in: Baur/Friauf, Energierrechtsreform zwischen Europarecht und kommunaler Selbstverwaltung, S. 84ff.; Püttner, in: Ipsen/Tettinger (Hrsg.), Zukunftsperspektiven der kommunalen Energieversorgung, S. 23

Hinsichtlich der örtlichen Elektrizitätsversorgung hat sich die gemeindliche Lenkungscompetenz seit den Anfängen der Versorgung mittels des Konzessionsvertrages vollzogen. Gegenstand bereits des ersten Konzessionsvertrages war die Systemscheidung der Kommunen.

Zum Ganzen: Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 29 ff.

Auch im Laufe der recht vielschichtigen Entwicklung des Konzessionsvertragsrechts hat sich diese gemeindliche Entscheidungskompetenz nicht verändert. Der Konzessionsvertrag über die örtliche Elektrizitätsversorgung kann hierbei als Gestaltungs- und Ordnungsprinzip einer geschichtlichen Entwicklung gesehen werden. Insofern lässt sich aus der geschichtlichen Entwicklung ein Anhaltspunkt dafür herleiten, dass die Bestimmung des örtlichen Netzbetreibers unter den Kernbereich fällt.

Auch die Tatsache, dass zumeist private Unternehmen die Pionierarbeit zur Elektrifizierung leisteten oder die Energieversorgung seit jeher durch ein plurales Nebeneinander von privaten, kommunalen und gemischtwirtschaftlichen Unternehmensformen gekennzeichnet ist (Beschluss VG Stuttgart, Rn. 32) kann kein Argument gegen die historische Bedeutung der Gemeinden im Rahmen der örtlichen Elektrizitätsversorgung darstellen. Denn entscheidend ist vorliegend gerade die Überlegung jeder Gemeinde: soll der örtliche Netzbetrieb durch sie selbst oder durch einen Dritten durchgeführt werden? Gerade diese Systemscheidung bestand seit den Anfängen

der örtlichen Energieversorgung durchgehend zugunsten der Kommunen. Gerade hierin zeigt sich, dass sich die Gemeinden für die örtliche Elektrizitätsversorgung stets verantwortlich gefühlt haben.

Zum Ganzen: Templin, Recht der Konzessionsverträge, 2009, S. 29 ff.

Die Entscheidung über den Konzessionär und die Frage, ob eine Selbstvornahme in Betracht kommt., gehört dabei zum Typus und Erscheinungsbild der gemeindlichen Tätigkeit in der Energieversorgung. Es steht den Gemeinden aufgrund ihres Wegeigentums frei, entweder selbst die Elektrizitätsversorgung mittels eines Eigenbetriebes zu verwalten oder eine Konzessionierung vorzunehmen.

Der Kernbereich als „engster Bereich“ der Selbstverwaltung umfasst dabei gerade die Versorgungswirtschaft als wesentlicher Bestandteil gemeindlicher Aufgabe. Das hat auch der BGH entschieden. Den Kommunen steht bei der Auswahl des neuen Betreibers insbesondere die Systementscheidung zu, ob der Netzbetrieb

- durch die Stadt selber, sei es in der Rechtsform eines Eigenbetriebs oder in der Rechtsform einer Eigengesellschaft, oder
- durch ein drittes öffentliches (kommunales) Unternehmen oder
- durch ein gemischtwirtschaftliches oder privates Unternehmen erfolgen soll.

BGH-„Kaufering“, BGHZ 143, S. 128ff.

Die Entscheidungskompetenz der Gemeinde umfasst auch und gerade diese Systementscheidung. Soweit diese Systementscheidung den Kommunen genommen wird, verletzt dies unmittelbar Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG und ist damit verfassungswidrig.

bb) Die Verhinderung der Systementscheidung der Kommunen als Randbereichverletzung

Soweit das Gericht den Schutz der gemeindlichen Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Systementscheidung dem Schutz des Kernbereichs entziehen sollte, erfolgt ein wirksamer Schutz durch den sog. Randbereich.

Im Vorfeld des Kernbereichs, dem so genannten Randbereich der institutionellen Garantie der kommunalen Selbstverwaltung, ist ein gemeindespezifisches materielles Aufgabenverteilungsprinzip angesiedelt, welches auch als „*Prinzip des Vorrangs der gemeindlichen Aufgabenerfüllung*“ verstanden wird.

BVerfGE 79, 127 (150); siehe auch BVerfGE 26, 228 (238); 56, 298 (312); 59, 216 (226); 107, 1 (13); NdsStGH, DöV 1996, S. 657; vgl. Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 51; Ehlers, DVBl. 2000, S. 1307; Wieland/Hellermann, DVBl. 1996, S. 408; Magen, JuS 2006, S. 407.

Das BVerfG prüft die Regelung auf ihre Vertretbarkeit und misst der gemeindlichen Erfüllung der Aufgabe wegen des „*verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzips des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG*“ einen besonderen Stellenwert bei. *„Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter darf der Gesetzgeber den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses“*

BVerfGE 79, 127 (153).

entziehen und *„wenn die den Aufgabenentzug tragenden Gründe gegenüber dem verfassungsrechtlichen Aufgabenverteilungsprinzip des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG überwiegen...“*

BVerfGE 79, 127 (154).

Dabei kann insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grundlage einer verfassungsrechtlichen Bewertung herangezogen werden.

Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 56; Ehlers, DVBl. 2000, S. 1307; Faber, in: AK-GG, Art. 28 Rn. 38; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 28 Rn. 22; Vogelgesang, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 28 Rn. 148; Ipsen, ZG 9 (1994), S. 209; Theobald, VerwArch 92 (2001), S. 124; Kühne, in: FS für Faber, S. 37; Knemeyer, in: FS für von Unruh, S. 225; Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, Art. 28 Rn. 194; Hinkel, NVwZ 1985, S. 229; Kenntner, DöV 1998, S. 710; Wenzl, Das Örtlichkeitsprinzip im europäischen Binnenmarkt, S. 83; Schoch, Jura 2001, S. 126; Schoch, VerwArch 81 (1990), S. 27ff.; Brosius-Gersdorf, VerwArch 98 (2007), S. 346; Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, S. 121; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 466; von Mutius/Schoch, DVBl. 1981, S. 1080.

Betrachtet man zudem die Rechtsprechung des BVerfG, so hat es etwaige Gründe der Verwaltungsvereinfachung und der Wirtschaftlichkeit der öffentlichen Verwaltung für den Aufgabenentzug als unzureichend angesehen. Dem Übermaßverbot wäre es aber gerade nicht fremd, diese Gesichtspunkte ebenfalls mit einzubeziehen. Das BVerfG hat demnach engere und „prägnantere“ Grenzen als das Übermaßverbot formuliert.

Das BVerfG spricht insofern davon, dass verfassungsrechtlich vorgegebene Gesichtspunkte den Zuständigkeitsvorrang der Gemeinden begründen können, es also

einer Abwägung bedarf. Aus den Leitsätzen der *Rastede*-Entscheidung geht hervor, dass Eingriffe in den Randbereich nur aus überwiegenden Gründen des Gemeininteresses zulässig sind.

BVerfGE 79, 127.

Die kommunale Selbstverwaltung dient der Demokratie von unten nach oben und unterliegt nicht reinen Effizienzbestrebungen. Wenn demnach entgegen des „Regel-Ausnahme-Verhältnisses“ eine örtliche Aufgabe zentral geregelt werden soll, darf dies nur aus Gründen des Gemeininteresses erfolgen. Die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung darf anders nicht sichergestellt werden können.

Löwer, in: v. Münch/Kunig, GGK II, Art. 28 Rn. 50; Leibholz/Rinck, GG, Art. 28 Rn. 251; Nierhaus, in: Sachs, GG, Art. 28 Rn. 52; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 28 Rn. 74.

Es handelt sich somit nicht um eine Ausweitung der Regelungsbefugnisse des Gesetzgebers, sondern um eine verschärfte Prüfung am Merkmal des Gemeinwohls.

So auch: Albrecht, in: Held/Theobald, Kommunale Wirtschaft im 21. Jahrhundert, S. 77; Frers, DVBl. 1998, S. 452; Gern, Kommunalrecht, Rn. 82; vgl. hierzu ebenfalls: Schmidt-Aßmann, in: FS für Sandler, S. 136; Heusch, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 204.

Seit der *Rastede*-Entscheidung ist die Abwägung sehr differenziert vorzunehmen, da das BVerfG ausführt: *„Die Einschätzungsprärogative ist dabei um so enger und die gerichtliche Kontrolle um so intensiver, je mehr als Folge der gesetzlichen Regelung die Selbstverwaltung der Gemeinden an Substanz verliert“*

BVerfGE 79, 127 (154).

Je mehr eine Aufgabe zum zentralen, typischen und essentiellen Wirkungskreis der Gemeinde gehört und je größer der Substanzverlust für die gemeindliche Selbstverwaltung ist, umso höher sind die Anforderungen an eine gesetzliche Regelung. Bei der Abwägung der einzelnen Interessen kommt es insbesondere auf deren Wertigkeit an. Gemeinwohlbelange sind letztlich solche, die weit über partikulare, sektorale Einzelinteressen hinausgehen.

Vor diesem Hintergrund würde die Beschränkung der gemeindlichen Selbstbestimmung und der Systementscheidung der Kommunen einen verfassungswidrigen Eingriff in den Randbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG darstellen:

(1) Wettbewerb als Zweck der Gesetzgebung zum EnWG

Nach den Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs dient die Beschränkung der kommunalen Systementscheidung dem Zweck der Wettbewerbsförderung. Einge- führt wurde die Regelung des § 46 Abs. 4 EnWG durch die Novelle 1998 in § 13 Abs. 4 EnWG. Die Gesetzesbegründung und der Sinn und Zweck der Regelung sprechen aber nicht gegen das Fortbestehen der Befugnis der Gemeinden zur System- entscheidung.

Für ein Privileg der Inhouse-Vergabe und für die grundlegende Systementscheidung der Gemeinde spricht vielmehr die Gesetzeshistorie. Nach der amtlichen Begrün- dung bestand das Anliegen des Gesetzgebers darin, Ewigkeitsrechte zu verhindern, nicht jedoch die Vergabe an kommunale Betriebe zu beschränken.

BT-Drucks. 13/7274, S.21.

Der Erreichung dieses gesetzgeberischen Ziels wird damit Rechnung getragen, dass auch der Netzbetrieb von Eigenbetrieben eine Höchstdauer von 20 Jahren nicht überschreiten darf. Trotz der mittlerweile ergangenen Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe bei Dienstleistungskonzessionen erfolgte kein ausdrückliches Verbot. Käme es dem Gesetzgeber mit der Regelung des § 46 Abs. 4 darauf an, eine Beschränkung der Inhouse-Vergabe zu erreichen, hätte der Geset- zeswortlaut angepasst werden müssen. Dies ist nicht erfolgt. Das Gesetz zielt auch weiterhin einzig darauf ab, die Vergabe an einen Betreiber (ganz gleich in welcher Form) auf einen Zeitraum von 20 Jahren zu begrenzen.

Die entgegengesetzte Wettbewerbsargumentation des Verwaltungsgerichtshofs ver- kennt die Normenhierarchie, die bei einer Auslegung von § 46 Abs. 4 EnWG zu be- rücksichtigen ist. Maßgeblich sind primär die Festlegungen der verfassungsrechtlich garantierten kommunalen Selbstverwaltungsgarantie: *„Dabei ist zunächst herauszu- stellen, dass die Vorschriften des EnWG nicht den Umfang und die Reichweite des kommunalen Selbstverwaltungsrechts vorgeben, sondern umgekehrt das einfache Gesetz an der Verfassung zu messen ist.“*

VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, Az. 1 B 3594/12 S. 28 (juris).

Auch im Hinblick auf eine Vergabe der Konzession an einen gemeindeeigenen Be- trieb sind die Gemeinden gleichwohl grundsätzlich verpflichtet, das Auslaufen des Konzessionsvertrages öffentlich bekanntzumachen.

Den Gemeinden steht es allerdings frei, sich aufgrund des Inhouseprivilegs im Wege einer Systementscheidung für eine Vergabe an ein kommunales Unternehmen ent-

scheiden zu können. Über die Form der Konzessionierung des Eigenbetriebs sagt das Gesetz nichts. Es obliegt damit den Gemeinden – im Rahmen ihres Kommunalrechts – festzulegen, welche Form sie wählen. Da die Konzessionierung des Eigenbetriebs keine unmittelbare Außenwirkung hat, besteht kein Anlass, die Konzessionierung durch Satzung vorzunehmen. Ein einfacher Beschluss des nach Kommunalrecht zuständigen Gemeindeorgans genügt.

Der Ausschluss einer Systementscheidung ist auch nicht durch Sinn und Zweck des § 46 EnWG gerechtfertigt. Die Regelung des § 46 Abs. 3 EnWG dient der Sicherung von Unternehmensinteressen im Markt und soll eine Verdrängung aus dem Markt verhindern. Sofern jedoch die Inhouse-Kriterien einschlägig sind, eröffnet die Kommune gerade keinen Markt, sondern erledigt die ihr obliegende Aufgabe selbst im verwaltungsinternen Bereich, so dass der Schutzzweck des § 46 EnWG – also die Wettbewerbsförderung – von vorne herein nicht betroffen ist.

Zudem wird bereits durch haushaltsrechtliche Vorgaben das Erreichen einer möglichst preisgünstigen Energieversorgung sichergestellt. So fordert die Regelung des § 6 Abs. 2 HGrG eine „*angemessene Wirtschaftlichkeitsuntersuchung*“ für alle finanzierungswirksamen Maßnahmen, zu welchem auch der Abschluss von Wegenutzungsverträgen nach § 46 EnWG zählt. Dieser Grundsatz findet sich für Gemeinden in den jeweiligen Haushaltsverordnungen wieder.

(2) Die Beschränkung der Systementscheidung der Kommunen ist unverhältnismäßig

Der Eingriff in die Systementscheidung der Kommunen ist auch am Maßstab des Art. 28 Abs. 2 GG nicht verhältnismäßig.

Eine Maßnahme ist dann verhältnismäßig, wenn die Beschränkung zu dem verfolgten Zweck und den dabei erstrebten Vorteilen für die Allgemeinheit unter Anwendung einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis steht.

Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 289; Voßkuhle, JuS 2007, S. 430.

Es ist demnach eine **Abwägung der betroffenen Rechtsgüter und Ziele** vorzunehmen: Herstellung eines Wettbewerbs auf der einen Seite und Sicherung der ge-

meindlichen Entscheidungskompetenz im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie auf der anderen Seite.

Der Gesetzgeber hat diese Abwägung offensichtlich nicht vorgenommen.

Durch die Gesetzesbegründung und auch im Gesetzgebungsverfahren ist von Seiten des Gesetzgebers nicht hervorgebracht worden, dass die Regelung in § 46 Abs. 4 EnWG (zuvor § 13 Abs. 4 EnWG 1998) aus überwiegenden Gemeinwohlbelangen gerechtfertigt sei.

Obwohl das Wettbewerbsmoment wesentlich für die Verteilung von Gütern ist, sollte im Rahmen einer Abwägung beachtet werden, dass auch der Markt und damit der Wettbewerb nicht durchweg geeignet ist, gemeinwohlfördernde Ziele zu erreichen. Wettbewerb ist kein Selbstzweck, sondern ein Instrument zur optimalen Ressourcenallokation. In der Debatte um die zukünftige Elektrizitätsversorgung wird zumeist um das Ziel der Preisgünstigkeit und damit auch um das mittelbare Ziel des Wettbewerbs gestritten. Allerdings sind die Ziele der Versorgungssicherheit und Zuverlässigkeit der Stromversorgung ebenso von Bedeutung. Auch die im Zielpentagon aufgeführte Umweltverträglichkeit der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung ist von großer Bedeutung. Ferner ist zu beachten, dass auch das Energiewirtschaftsgesetz den Kommunen eine besondere Funktion im Rahmen der Bestimmung des örtlichen Netzbetreibers ausdrücklich zusteht und auch in den Vorgängerregelungen zugestanden hat. In dieser Hinsicht ist der Wettbewerb nur ein Aspekt unter vielen.

Möller, ET 2001, S. 674; vgl. zum Leitziel Sicherheit der Energieversorgung: Lippert, in: Leible/Lippert/Walter, Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, S. 1ff.

Insbesondere bei der Erfüllung der Daseinsvorsorge sollte nicht ohne weiteres auf den Wettbewerb als ergebnisoffenes Entdeckungsverfahren vertraut werden.

Schoch, NVwZ 2008, S. 245.

Eine Regulierung muss in jedem Fall die Strukturen des Systems in das sie eingreift berücksichtigen. Hierzu gehört insbesondere die föderale Gestaltung der Elektrizitätsversorgung.

Möller, ET 2001, S. 676.

Grundsätzlich ist die Wettbewerbsförderung und –sicherung ein Grundanliegen der bundesdeutschen Verfassung. Dies kommt schon in Art. 12 Abs. 1 GG zum Ausdruck. Auf der anderen Seite bedeutet die kommunale Selbstverwaltung nicht nur ein

grundlegendes Staatsprinzip. Sie ist sogleich Umsetzung der Demokratie von unten nach oben und gemeindlicher Gestaltungsauftrag. Insofern sollte der Wettbewerb nur als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung eingesetzt werden. Hierbei unterstreicht die Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG die Steuerungsfunktion der Gemeinden auch in der Wasser- und Energieversorgung. Eine derart ausgeformte Steuerung bedarf zu seiner wirksamen Umsetzung auch immer hinreichende Steuerungsinstrumente.

Schoch, NVwZ 2008, S. 245; Attig/Hemmers/Wußing, ZNER 2002, S. 12.

Die Systementscheidung steht hierbei grundsätzlich den Gemeinden zu. Das Herausbrechen dieser Entscheidung greift tief in die kommunale Selbstverwaltungsgarantie ein. Der Gesetzgeber darf den Gemeinden diese Entscheidungskompetenz nicht deshalb nehmen, weil er auf örtlicher Ebene ein Wettbewerbsmodell bevorzugt, zumal in den Fällen einer Aufgabenerfüllung durch die Kommune ein Markt nicht eröffnet würde.

Wieland, NWVBl. 2000, S. 248; Schlack, VersorgungW 2004, S. 106; Leidinger, DöV 1999, S. 869.

Eine alleinige wettbewerbsorientierte Zielsetzung kann eine Begrenzung der örtlich-demokratischen Teilhabe nicht rechtfertigen.

Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 307.

Im Übrigen erfüllen die Gemeinden einen sicheren Netzbetrieb und eine sichere Versorgung.

Wettbewerbsbelange können im Einzelfall vorliegen, die Verfassung setzt aber diesen ökonomischen Erwägungen des Gesetzgebers den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben entgegen und gibt ihm den Vorzug (Aufgabenverteilungsprinzip, „*Prinzip des Vorrangs der gemeindlichen Aufgabenerfüllung*“).

Der Gesetzgeber darf seine Vorstellungen und wirtschaftspolitischen Präferenzen nicht an die Stelle der gemeindlichen Entscheidungskompetenzen setzen. Die Gemeinden hatten nämlich selbst ohne gesetzliche Steuerung ein System entwickelt, dass eine Versorgung der Gemeindebewohner ermöglichte.

Es wird auch nicht bestritten, dass eine gesamtstaatliche Aufsicht und die Vorgabe eines rechtlichen Ordnungsrahmens in der Energiewirtschaft erforderlich sind. Der

Staat sollte aber nur subsidiär hinsichtlich der Kontroll- und Steuerungsfunktionen der Gemeindeorgane handeln und die kommunale Selbstverwaltung weder aushöhlen noch außer Kraft setzen. Der Staat kann sich in seiner Abwägung nicht darauf berufen, dass er Zustände „privatisieren“ will. Vielmehr ist diese Entscheidung den Gemeinden im Bereich ihrer Aufgabenerfüllung nach Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG übertragen worden. Was im örtlichen Wirkungskreis von wem wahrzunehmen ist, entscheidet nicht der Gesetzgeber, sondern die Gemeinde.

Dabei ist auch zu bedenken, dass In-House-Vergaben und damit letztlich Systementscheidungen der Kommunen im Bereich des Öffentlichen Personen-Nahverkehrs und der Abfall- und Müllbeseitigung seit Jahren ohne Beanstandung durch den Gesetzgeber durchgeführt werden.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die wettbewerbs- und kartellrechtlich geprägte Betrachtungsweise dem Aspekt der Sicherstellung eines effektiven Wettbewerbes ein Gewicht beimisst, zu, das diesem im Zusammenhang mit der Konzessionsvergabe für die Energienetze nicht zukommt. Anders als bei der Energieerzeugung und Belieferung der Endverbraucher mit Strom und Gas, wo ein permanenter Wettbewerb stattfinden kann und soll, geht es bei der Vergabe der Konzession für den Netzbetrieb angesichts der regelmäßigen Vertragslaufzeit von 20 Jahren (nur) um einen "periodischen" Wettbewerb, der sich letztlich auf eine periodische System- und ggf. Auswahlentscheidung beschränkt.

VG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2012, Az. 1 B 3594/12, Rn. 95 (juris).

Soweit das VG Stuttgart ausführt, dass den Gemeinden vor allem im Ausschreibungsverfahren ein erheblicher Gestaltungsspielraum verbleibt und der Verwaltungsgerichtshof darauf abstellt, dass Rekommunalisierungen bei Berücksichtigung der wettbewerblichen Anforderungen nicht ausgeschlossen sind, so führt dies zu keiner anderen Bewertung. Denn bei Durchführung einer Ausschreibung kann die Gemeinde natürlich sich auch mit einem eigenen Unternehmen (etwa einem gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen) bewerben. Dies stellt aber keine Inhouse-Vergabe dar.

Zu beachten ist zudem, dass die Zulässigkeit einer Systementscheidung ferner aus der kommunalen Gewährleistungsverantwortung folgt. Weil die Gemeinde im Falle

der Übertragung kommunaler Angelegenheiten auf Dritte eine Überwachungs- und Einstandspflicht trifft, erscheint es zwingend, dass die Gemeinde auch in der Lage sein muss, ihrer verfassungsrechtlich auferlegten Verantwortung in adäquater Art und Weise nachkommen zu können. Die unmittelbar aus Art. 28 Abs. 2 GG resultierende Gewährleistungsverantwortung soll sicherstellen, dass sich die Gemeinde ihrer Erfüllungsverantwortung nicht dadurch entziehen kann, dass sie die Wahrnehmung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft auf Private überträgt. Dies ist jedoch nur dann möglich, wenn ihr das dafür notwendige Kontrollinstrumentarium in Gänze zur Verfügung steht, mit anderen Worten der erforderliche kommunale Einfluss auf die Energieversorgung zu jeder Zeit sichergestellt ist und damit auch durch eine Systementscheidung durchgesetzt werden kann.

3. Schlussfolgerungen

Aus der Selbstverwaltungsgarantie der Gemeinden ergibt sich damit die Aufgabe und die Verpflichtung der Gemeinde, eine letztlich (kommunal-)politische Entscheidung darüber zu treffen, wie die Aufgabe der örtlichen Energieversorgung erfüllt werden soll. Insoweit hat die Gemeinde die grundlegende Entscheidung darüber zu treffen, ob sie die Konzessionen an einen Dritten vergeben, sich also aus ihrer Erfüllungsverantwortung zugunsten einer bloßen Gewährleistungsverantwortung zurückziehen will, oder ob sie sich dafür entscheidet, die Erfüllungsverantwortung selbst zu übernehmen.

Aus der aus Art. 28 Abs. 2 GG folgenden Befugnis der Gemeinde, eine weitgehend kontrollfreie grundlegende Systementscheidung zu treffen und aus den Grundsätzen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung zu den sog. "Inhouse-Geschäften" entwickelt hat, ist zu folgern, dass eine Gemeinde, die sich entschieden hat, die Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge im Bereich des Betriebs der örtlichen Energienetze unter Einschaltung eines Eigenbetriebes oder eine vollständig in ihrer Hand befindlichen Eigengesellschaft zu erfüllen, nicht gehalten ist, überhaupt ein Auswahlverfahren durchzuführen.

Dies steht auch nicht im Gegensatz zu den Bestimmungen des EnWG. Die Bekanntmachungspflichten könnte die Gemeinde im Vorfeld ihrer Systementscheidung ohne Weiteres erfüllen. Die Zielverpflichtung aus § 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG muss die

Gemeinde ohnehin im Rahmen ihrer Systementscheidung beachten. Die Entscheidung der Kommune, den Betrieb der örtlichen Energienetze in eigener Regie in der beschriebenen Weise durchzuführen, wird sich naturgemäß zumindest auch an den im Energiewirtschaftsgesetz genannten Zielen einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas ausrichten.

Dabei ist zugrunde gelegt, dass die Systementscheidung und ggf. Konzessionsvergabe durch die Gemeinde nicht vollkommen beliebig, sondern willkürfrei, auf Grund sachlicher Erwägungen zu erfolgen hat. Das folgt bereits aus Vorgaben höherrangigen Rechts, nämlich aus der Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG.

Hellermann, Rechtsgutachten „Zulässige Kriterien im Rahmen der gemeindlichen Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gas Konzessionsverträgen“, 2013, S. 24.

Schon aus der unbestrittenen Bindung der Gemeinde bei der Wegerechtsvergabe an Art. 3 Abs. 1 GG folgt, dass die Beauftragung eines gemeindeeigenen Unternehmens unter Hintansetzung anderer Interessenten nicht willkürlich sein darf, sondern auf sachlich einleuchtenden Gründen beruhen muss. Solche sachlichen Gründe für eine Konzessionierung eines eigenen Unternehmens, die nach den bisherigen Überlegungen zulässige Kriterien im Rahmen der Konzessionsvergabeentscheidung sind, gibt es grundsätzlich. Ein zentrales Argument ist insofern das der besseren Steuerung des netzbetreibenden Unternehmens.

Vgl. dazu auch VG Oldenburg, Beschluss vom 17. Juli 2012, 1 B 3594/12, insbes. Tz. 104 (zitiert nach juris).

Bei einem fremden Netzbetreiber beschränkt sich die mögliche Steuerung grundsätzlich – sozusagen im Außenverhältnis – auf die Durchsetzung der im Konzessionsvertrag vereinbarten Regelungen. Bei einem gemeindeeigenen Unternehmen treten die Steuerungsmöglichkeiten hinzu, die – sozusagen im Innenverhältnis – der Gemeinde als Unternehmensträgerin kommunal- bzw. gesellschaftsrechtlich gegenüber dem Unternehmen zur Verfügung stehen. Dies bedeutet eine Stärkung der kommunalen Steuerungsmöglichkeit sowohl in inhaltlicher Hinsicht wie vor allem auch in zeitlicher Hinsicht, da auch bei Vertragsschluss noch nicht geregelte Fragen erfasst werden können, was bei typischerweise auf lange Laufzeiten abgeschlossenen Konzessionsverträgen von besonderer Bedeutung sein kann.

Hellermann, Rechtsgutachten „Zulässige Kriterien im Rahmen der gemeindlichen Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gas Konzessionsverträgen“, 2013, S. 35.

6. Auch trotz ständigen Wiederholens wird die Behauptung des Senats nicht zutreffender, dass aus den §§ 19,20 GWB sich eine Ausschreibungsverpflichtung der Kommunen ergäbe, wenn sie die Netze selbst betreiben. Eine Konzessionsvergabe findet dann gerade nicht statt, wenn die Aufgaben durch einen Eigenbetrieb ausgeübt werden. Die Richtigkeit der Behauptung des Senats hätte zur Folge, dass es keinerlei hoheitliche Aufgaben mehr gäbe und alles dem Popanz des Wettbewerbs unterstellt werden müsste.

Unterstellt der Senat dem Bund ebenfalls einen Wettbewerbsverstoß und rechtswidriges Verhalten, da dieser den Betrieb der Telekommunikationsnetze von Bundesministerien und Bundesbehörden künftig nicht mehr ausschreiben, sondern selbst übernehmen will ?

<http://www.wiwo.de/unternehmen/deutsche-telekom-bund-wird-selbst-netzbetreiber/5579238.html>

7. Da dem Bürgerbegehren zu entnehmen ist, dass die Unterzeichner eine weitest mögliche Rekommunalisierung anstreben, wird das Bürgerbegehren durch eine theoretische Beschränkung auf die Netze der Fernwärme und des Wassers gerade nicht in erheblicher Weise verändert.

8. Die Aussage der Begründung des Bürgerbegehrens, wonach bei einem Netzbetrieb durch die Stadt auch Einfluss auf die Erzeugungsart des Stroms genommen werden kann, ist zutreffend.

Als Netzbetreiberin und Eigentümerin könnte die Stadt dezentral von den Bürgern erzeugten Strom ins kommunale Netz einspeisen. Sie würde die Einspeisung nicht drosseln, wie es die großen Netzbetreiber tun, die ihren eigenen Strom verkaufen wollen. Die Stadt als Netzbetreiberin könnte z.B. den von den Bürgern eingespeisten Strom günstiger vergüten als die großen Netzbetreiber und so die dezentrale Stromerzeugung fördern.

Entscheidend ist zudem, dass aus physikalischen Gründen lokal produzierter Strom

überregional produzierten Strom verdrängt. Je mehr lokaler Strom eingespeist wird, desto weniger Atomstrom muss von außen abgenommen werden. Deshalb ist die Behauptung, der örtliche Netzbetreiber habe keine Möglichkeit, die Durchleitung von Atomstrom zu verhindern, unzutreffend. **Die Abrechnung und Rechnungsstellung** bestellten Stroms über ausgesuchte Stromlieferanten ist eine andere Sache.

In diesem Zusammenhang ist noch wichtig darauf hinzuweisen, dass nach dem EEG eine rechtliche Verpflichtung des Netzbetreibers besteht, den Anteil an erneuerbaren Energien zu steigern und deren Einspeisung Vorrang einzuräumen.

Genau diese Intention des EEG jedoch steht der Geschäftspolitik der Stromkonzerne entgegen, da diese dem Aktiengesetz und damit der Gewinnmaximierung und somit zur Auslastung ihrer Großkraftwerke verpflichtet sind.

Zukünftig wird und muss, um die Ziele der Energiewende zu erreichen, die Stromverteilung mit Hilfe von Smart-Grid-Systemen, also „intelligenten Netzen“ organisiert werden.

(Wikipedia: *Der Begriff **intelligentes Stromnetz** (englisch smart grid) umfasst die kommunikative Vernetzung und Steuerung von Stromerzeugern, Speichern, elektrischen Verbrauchern und Netzbetriebsmitteln in Energieübertragungs- und -verteilungsnetzen der Elektrizitätsversorgung. Diese ermöglicht eine Optimierung und Überwachung der miteinander verbundenen Bestandteile. Ziel ist die Sicherstellung der Energieversorgung auf Basis eines effizienten und zuverlässigen Systembetriebs*).

Damit ist es unrichtig, zu behaupten, dass es bei der Frage der Netzbetreiber- und –Eigentümerschaft nur darum gehe, wer einspeisen darf. Vielmehr gehört ebenso ein intelligentes Strommanagement zwischen kommunalen Erzeugern, den Netzbetreibern und den Verbrauchern dazu. Genau dieses Management aber obliegt der Netzbetreiberin / Eigentümerin und nicht dem Stromerzeuger.

Bei einem Netzbetrieb durch die Kommune selbst stünden aufgrund des Demokratieprinzips die Interessen der Bürger und nicht Profitinteressen Dritter im Vordergrund. Deshalb ist nur auf kommunaler Ebene der intelligente Ausgleich zwischen lokalen Energieerzeugern und lokalen Energieverbrauchern individuell möglich.

Laut Stuttgarter Zeitung vom 11.5.2013 hält es sogar der EBM Föll der Beklagten „sehr wohl für möglich, mit dem Netz die Energiewende zu befördern, die Stadtwerke könnten selbst entscheiden, wo sie beim Ausbau Schwerpunkte legten und so energiepolitische Akzente setzen“.

9. Schließlich ist auch ein Anordnungsgrund für die begehrte Sicherungsanordnung gegeben.

Nach dem Beschluss des Gemeinderates zur Umsetzung des Bürgerbegehrens „100-Wasser“ vom 17.6.2010, hat die Antragsgegnerin bei der Kanzlei Horvath & Partner ein Gutachten in Auftrag gegeben, mit der Zielsetzung, verschiedene Stadtwerkemodelle zu entwerfen. Dieses Gutachten empfahl als angeblich beste Variante, den Betrieb aller Versorgungen extern zu vergeben.

In einem späteren Beschluss zur Gründung von Stuttgarter Stadtwerken berief sich der Gemeinderat gerade auf dieses Gutachten.

Zudem verhandelte Ex OB Dr. Schuster, im Jahre 2012, -entgegen dem zitierten Gemeinderatsbeschluss-, mit der EnBW über die Betriebsführung bei der Wasserversorgung. Hieraus ergibt sich die Absicht der Antragsgegnerin, dem Bürgerbegehren die Grundlage zu entziehen.

- Butteweg -

Rechtsanwalt