

RECHTSANWÄLTE
ROLAND BUTTEWEG
ANJA HÖFKEN †

RAe Butteweg, Sigmaringer Str. 98, 70567 Stuttgart

Verwaltungsgericht Stuttgart

Postfach 10 50 52

70044 Stuttgart

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

21.8.2013

AZ: 7K 986/13

In der Verwaltungsrechtssache der Frau Barbara Kern, Marabustr. 34, 70378 Stuttgart

- Klägerin -

gegen

Landeshauptstadt Stuttgart - Rechtsamt –, vertreten durch den Oberbürgermeister, Marktplatz 1,
70173 Stuttgart, (AZ: OB 81 60 – 00)

- Beklagte -

zeige ich an, dass ich nun die Klägerin vertrete.

Soweit noch nicht erfolgt, wird das Verfahren hiermit wieder angerufen und im Termin zur mündlichen Verhandlung beantragt werden, für Recht zu erkennen:

1. Der Bescheid der Beklagten vom 21.1.2013 (AZ: OB 81 60 – 00) in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 23.7.2013 (AZ: 14-2205-61/Stuttgart) wird aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, das am 14.2.2012 eingereichte Bürgerbegehren „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“ für zulässig zu erklären.
2. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits

Unter Bezugnahme auf den bisherigen Vortrag wird die Klage weiter wie folgt begründet:

1. Das Bürgerbegehren, der angefochtene Bescheid vom 21.1.2013, der Widerspruch vom 22.2.2013 und der Widerspruchsbescheid vom 23.7.2013 werden nachfolgend in Ablichtung als Anlagen K1 – K4 unter Bezugnahme auf den Inhalt, zur Meidung von Wiederholung vorgelegt.
2. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig, beschweren die Klägerin, **die** das Bürgerbegehren mitunterzeichnet hat, in **ihren** Rechten und sind infolgedessen aufzuheben und ist die Beklagte zusätzlich antragsgemäß zu verpflichten.
3. Hinsichtlich der Konzessionen für die Strom- und Gasnetze behauptet die Beklagte unzutreffenderweise, das Bürgerbegehren sei unzulässig, da es nicht auf ein rechtmäßiges Ziel gerichtet sei, weil eine Übernahme der Konzessionen durch die Stadt gegen § 46 EnWG sowie das Kartellrecht verstoße. Entgegen der Behauptung der Beklagten ist diese nach § 46 Abs. 2-4 EnWG im Falle der In-House-Vergabe gerade nicht verpflichtet, ein wettbewerbliches Auswahlverfahren durchzuführen. Erst recht ist die Beklagte nicht verpflichtet, die Neuvergabe der Konzession europaweit im Wettbewerb auszuschreiben, unabhängig davon, dass eine solche Vorgehensweise weder die Beklagte im Ausgangsbescheid, noch die Widerspruchsbehörde in ihrem Widerspruchsbescheid fordert !

Darüber hinaus verstieß die Beklagte gegen ihre eigene Prämisse, eines transparenten und nicht diskriminierenden Vergabeverfahrens indem sie in ihren Augen „qualifizierte Unternehmen“ ausdrücklich aufforderte, Interesse am Abschluss von Wegenutzungsverträgen für das Strom- und/oder Gasnetz zu bekunden (siehe Mitteilungsvorlage der Beklagten – Drs 584/2011).

Die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens formuliert § 46 III.1 EnWG nicht. Die Beklagte ist nach § 46 III.1 EnWG nur verpflichtet, sich, wenn sich mehrere Unternehmen bewerben, der maßgeblichen Gründe ihrer Auswahl zu vergewissern, da sie die maßgeblichen Gründe ihrer Entscheidung öffentlich bekanntmachen muss. „Grundsätzlich wird zurecht angenommen, dass die auf die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot gestützten, zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen entwickelten unionsrechtlichen Anforderungen bei Strom- und Gaskonzessionsverträgen über die in § 46 III.1 EnWG ausdrücklich geforderte Bekanntmachung hinaus auch die Durchführung eines transparenten, nicht diskriminierenden Auswahlverfahrens verlangen“. (so Rechtsgutachten von Prof. Dr. Johannes Hellermann im Auftrag des Verbandes kommunaler Unternehmen e.V., Januar 2013, Seite 21). Dies gilt jedoch **nicht** im Falle einer In-House-Vergabe:

„Deshalb unterfällt – wie das Bundesverwaltungsgericht formuliert hat – „wie immer auch die örtliche Stromversorgung durchgeführt wird, ... jedenfalls die Entscheidung hierüber der gemeindlichen Selbstverwaltung“. BVerwGE 95, 273 (276). Es ist eine verfassungsge-

schützte Selbstverwaltungsangelegenheit zu entscheiden, ob das Wegenutzungsrecht für Versorgungszwecke der Gemeinde selbst bzw. einem eigenen Unternehmen vorbehalten bleiben oder aber einem anderen Energieversorgungsunternehmen auf der Grundlage eines Konzessionsvertrages überlassen werden soll und unter welchen Konditionen dies erfolgen soll“. (so Rechtsgutachten von Prof. Dr. Johannes Hellermann im Auftrag des Verbandes kommunaler Unternehmen e.V., Januar 2013, Seite 11).

Der Wortlaut des § 46 III EnWG verlangt die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens nicht. Eine über die Bekanntmachung hinausgehende Verpflichtung zur Durchführung eines den unionsrechtlichen Nichtdiskriminierungs- und Transparenzanforderungen genügenden Auswahlverfahrens kann nur aus dem Unionsrecht im Zusammenhang mit der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen abgeleitet werden. Diese Grundsätze jedoch finden gerade auf In-House-Vergabe keine Anwendung, so EuGH in seinem Urteil vom 18.1.1999, Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-8121, Tz 50-Teckal.

Eine Ausschreibung und die Durchführung eines förmlichen, transparenten, nicht diskriminierenden Auswahlverfahrens ist somit bei der vom Bürgerbegehren geforderten In-House-Vergabe gerade nicht durchzuführen.

Selbst wenn § 46 EnWG gemäß der Interpretation der Beklagten bei In-House-Vergaben Anwendung fände, so könnte er in zulässiger Weise Art. 28 II GG nicht dahingehend einschränken, dass der Gemeinde die Gestaltungsbefugnis, nämlich die Systementscheidung, ob sie die leitungsgebundene Versorgung selbst durchführt oder fremd vergibt, entzogen würde (siehe BVerwGE 95, 273 267).

Artikel 28 II GG beschränkende gesetzliche Regelungen sind nach den Maßstäben des Rastede-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes nur zulässig, wenn überwiegende öffentliche Gründe dies rechtfertigen, was vorliegend nicht der Fall wäre (siehe BVerfG, Beschluss vom 23. November 1988, BVerfGE 79, 127, 151) !

Unter Rd-Nr. 66 dieser Entscheidung führt das Bundesverfassungsgericht wörtlich aus: „Eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter darf der Gesetzgeber den Gemeinden nur aus Gründen des Gemeininteresses, vor allem also dann entziehen, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre. Demgegenüber scheidet das bloße Ziel der Verwaltungsvereinfachung oder der Zuständigkeitskonzentration - etwa im Interesse der Übersichtlichkeit der öffentlichen Verwaltung - als Rechtfertigung eines Aufgabenzugs aus; denn dies zielte ausschließlich auf die Beseitigung eines Umstandes, der gerade durch die vom Grundgesetz gewollte dezentrale Aufgabenansiedlung be-

dingt wird. Auch Gründe der **Wirtschaftlichkeit** und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung insgesamt **rechtfertigen eine "Hochzonung" nicht** schon aus sich heraus, sondern erst dann, wenn ein Belassen der Aufgabe bei den Gemeinden zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Eine zentralistisch organisierte Verwaltung könnte allerdings in vielerlei Hinsicht rationeller und billiger arbeiten; die Verfassung setzt diesen ökonomischen Erwägungen jedoch den politisch-demokratischen Gesichtspunkt der Teilnahme der örtlichen Bürgerschaft an der Erledigung ihrer öffentlichen Aufgaben (oben 3. a) entgegen und gibt ihm den Vorzug. Der Staat ist daher zunächst darauf beschränkt sicherzustellen, **dass** die Gemeinden ihre Angelegenheiten nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erfüllen; **dass** andere Aufgabenträger in größeren Erledigungsräumen dieselbe Aufgabe insgesamt wirtschaftlicher erledigen könnten, gestattet - jedenfalls grundsätzlich - keinen Aufgabenzug“. **Dieser Gesichtspunkt spielt hier jedoch überhaupt keine Rolle, da die Kommune die Energieversorgung eher günstiger durchführen kann, da sie keinen großen Apparat finanzieren muss, wie bspw. EnBW. Zudem wird Energie, vor Ort erzeugt und vor Ort verbraucht, preisgünstiger, da u.a die Netzdurchleitungsgebühr niedriger wird.**

Erschrecken ruft in diesem Zusammenhang die Ausführung der Widerspruchsbehörde hervor, dass die Beklagte und die Rechtsaufsichtsbehörde an eine verfassungswidrige gesetzliche Regelung gebunden seien !

4. Das Bürgerbegehren verstößt auch gerade nicht gegen die §§ 19,20 GWB. Zum einen sind diese Vorschriften nur auf Unternehmen, nicht jedoch auf Gemeinden anwendbar, da die Gemeinde bei der Zielsetzung des Bürgerbegehrens gerade nicht unternehmerisch, sondern im Rahmen ihrer Selbstverwaltungsaufgaben tätig wird. Zum anderen übt die Gemeinde keine marktbeherrschende Stellung aus, da ein bundesweiter Markt des Netzbetriebes gegeben ist. Schließlich liegt bei einer In-House-Vergabe weder eine unbillige Behinderung im Sinne von § 19 GWB, noch eine Diskriminierung im Sinne von § 20 I GWB vor, da sich diese an den als unzulässig nach § 46 II und III EnWG zu beurteilenden Gründen orientieren und § 46 EnWG gerade nicht einschlägig ist.
Zutreffend sind die Ausführungen der Beklagten, wonach ihre Entscheidung weder missbräuchlich sein darf, noch eine Entscheidung ohne sachlichen Grund getroffen werden darf, dies führt jedoch nicht zur Anwendbarkeit der §§ 19,20 GWB.
5. Was das Wassernetz anbelangt, ist das Bürgerbegehren ebenfalls zulässig. Unzutreffend ist, dass § 21 IV 2 GO, der im Übrigen die Frage der Zulässigkeit eines Bürgerentscheids und nicht eines Bürgerbegehrens regelt, in den Fällen eingreift, in denen der Gemeinderat die verlangte Maßnahme bereits vor Einreichung des Bürgerbegehrens beschlossen hat. Darüber hinaus hat selbst das Regierungspräsidium Stuttgart laut Blatt 8 der Verwaltungs-

akte im Rahmen eines Gesprächs mit der Beklagten am 28.11.2012 bestätigt, dass ebenso wie der Gemeinderat einen einmal gefassten Beschluss wiederholen könne, dies auch der Bürger im Wege des Bürgerbegehrens können müsse.

6. Nach § 21 III 4 GO muss ein Bürgerbegehren "eine Begründung enthalten". Dieser Vorgabe entspricht das gegenständliche Bürgerbegehren, da die notwendigerweise kurssorische Begründung weder fehlerhaft ist, noch die Unterzeichnenden „in die Irre geführt wurden“.

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. Zum einen könnte die Stadt durch zwei Gesellschaften den Netzbetrieb und den Vertrieb, nur das schreibt das EnWG vor, trennen. Bereits unzutreffend ist, dass jeder Kunde selbst entscheiden kann, von welchem Stromproduzenten er seinen Strom **faktisch** bezieht. Tatsache ist, dass der Kunde keinerlei Einfluss darauf hat, zu bestimmen, auf welche Weise der Strom produziert wird, den er selbst konkret verbraucht. Der Kunde hat nur Einfluss darauf, dass die von ihm verbrauchte Strommenge durch den von ihm bestimmten Verteiler in das allgemeine Netz eingespeist wird. Da die Stadt als Netzbetreiberin und Eigentümerin Gewinne erwirtschafteten würde, wäre sie dadurch in der Lage, eine dezentrale Energieversorgung und eine umweltfreundliche Energieerzeugung vor Ort als Investor oder aber Förderer zu finanzieren.

Als Netzbetreiberin und Eigentümerin wäre die Stadt technisch in der Lage, durch die Möglichkeit Einzelhaushalte bei Stromeinspeisung vom Netz ab- oder zuzuschalten, den Anteil erneuerbarer Energien zu steigern.

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.

Entscheidend ist zudem, dass aus technischen Gründen lokal produzierter Strom überregional produzierten Strom verdrängt, was den Interessen der Stromkonzerne zwangsläufig entgegensteht. Gemäß ihren Interessen können sie, sofern sie Betreiber der Netze sind, lokale Erzeuger abschalten. Je mehr lokaler Strom eingespeist wird, desto weniger Atomstrom muss von außen abgenommen werden. Deshalb ist die Behauptung im angefochtenen Bescheid, der örtliche Netzbetreiber habe keine Möglichkeit, die Durchleitung von Atomstrom zu verhindern, unzutreffend.

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“.

7. Hinsichtlich der Fernwärme ist in vorliegendem Zusammenhang völlig irrelevant, ob die Stadt, wie auch beim Strom, über eigene Versorgungskapazitäten verfügt oder nicht. Das Bürgerbegehren zielt erkennbar auf die Übernahme der Leitungsrechte und nicht auf die Produktion ab. Auch wenn die EnBW Eigentümerin von Kraftwerken ist, so hindert dies die Stadt selbstverständlich nicht daran, das Netz zu betreiben. Wenn die Stadt das Netz betreiben würde, hätte sie selbstverständlich Einfluss auf den Primärenergiemix, da sie dann beeinflussen kann, wer in das Fernwärmenetz einspeist. Bereits heute ist es dem Netzbetreiber und Eigentümer rechtlich und technisch möglich, Wärme von kommunalen Kleinerzeugern in das Netz einspeisen zu lassen. Gerade hieraus ergibt sich, dass die Netzbetreiber-/ Eigentümereigenschaft entscheidend ist, für die Steigerung erneuerbarer Energien im Primärenergiemix.

Darüber hinaus ist **nur** der Netzbetreiber / Eigentümer berechtigt, die Netze auszubauen

und einzelnen kommunalen Wärmeerzeugern die Einspeisung in das Wärmenetz zu ermöglichen, da noch kein Rechtsanspruch auf Einspeisung eigenproduzierter Wärme in das Netz besteht.

Auch dies ist eine Interessenslage, die der Geschäftspolitik der Energiekonzerne entgegensteht, da diese auch in diesem Zusammenhang dem Aktiengesetz und damit der Gewinnmaximierung und somit zur Auslastung der Großkraftwerke verpflichtet sind.

Die Differenzierung im angefochtenen Bescheid, zwischen Fernwärme- und Nahwärmenetzen ist irreführend, da diese Begriffe unscharf und unklar verwendet werden.

(Wikipedia: Fernwärme versorgt vor allem Wohngebäude neben Heizung auch mit Warmwasser, indem die Wärme vom Erzeuger oder der Sammelstelle zu den Verbrauchern geleitet wird. Unter Fernheizung wird die Erschließung ganzer Städte oder Stadtteile verstanden. Bei der örtlichen Erschließung einzelner Gebäude, Gebäudeteile oder kleiner Wohnsiedlungen mit eigener Wärmeerzeugung spricht man auch von Nahwärme. Technisch und juristisch ist in allen Fällen Fernwärme die korrekte Bezeichnung.)

Aus obigen Ausführungen ergibt sich, dass die Begründung des Bürgerbegehrens ausreichend und zutreffend ist, es besteht noch nicht einmal ansatzweise die Verpflichtung, wie von der Beklagten gefordert, in die Begründung unzutreffende Aspekte aufzunehmen.

8. Unabhängig davon, dass das Bürgerbegehren hinsichtlich aller vier geforderten Punkte zulässig ist, würde ein Bürgerbegehren auch nur hinsichtlich Fernwärme und Wasser dem Willen der Unterzeichner entsprechen. Denn dem Text des Bürgerbegehrens ist zu entnehmen, dass den Unterzeichnern an einer weitest möglichen Rekommunalisierung ihrer Energieversorgung gelegen ist.

Das Argument, wonach ein zwingend enger sachlicher Zusammenhang zwischen Strom- und Fernwärmeversorgung bestehe, ist unzutreffend, da auch beispielsweise die Beklagte nur bei Strom, nicht jedoch bei der Fernwärmeversorgung das Auswahlverfahren durchführt und damit Gefahr läuft, verschiedene Betreiber konzessionieren zu müssen.

- Butteweg -

Rechtsanwalt