

RECHTSANWÄLTE
ROLAND BUTTEWEG
ANJA HÖFKEN †

RAe Butteweg, Sigmaringer Str. 98, 70567 Stuttgart

Verwaltungsgericht
70178 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

22.4.2013

AZ: 7 K 929/13

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn Jens Loewe u.a. gegen Landeshauptstadt Stuttgart

wegen Bürgerbegehren Energie- und Wasserversorgung Stuttgart

hier: Antrag nach § 123 VwGO

wird zur Antragserwiderung vom 4.4.2013 wie folgt Stellung genommen:

1. Die Antragsgegnerin wird korrigierend darauf hingewiesen, dass die EnBW bereits zum 1.10.2003 als Rechtsnachfolgerin der NWS Vertragspartner der Antragsgegnerin wurde und nicht erst im Jahre 2013.
2. Die Schilderungen unter Ziff. I,1 a,b, unter Ziff. I,2, Ziff. I,3 und Ziff. I,4 sind inhaltlich zutreffend und unstrittig, wenn auch nicht entscheidungserheblich. Allerdings ist die Verlängerung der Interessensbekundungsfrist am 26.5.2012 und nicht am 26.5.2013 im Amtsblatt der EU veröffentlicht und mit Bescheid vom 21.1.2013 und nicht vom 21.3.2013 festgestellt worden, dass der beantragte Bürgerentscheid unzulässig sei.

3. Die Ausführungen der Antragsgegnerin unter Ziff. II 1 sind zum einen unzutreffend und zum anderen nicht nachvollziehbar. Hierauf kommt es jedoch nicht an, da die Prozessparteien sich darin einig sind, dass vorliegender Antrag statthaft ist.

4. Der Antragsteller Jens Loewe ist sich sicher, das Bürgerbegehren unterzeichnet zu haben, zumal er Mitorganisator des Bürgerbegehrens war. Momentan werden die kopierten Unterschriftenlisten überprüft, sobald das Ergebnis feststeht, werden die notwendigen Schlussfolgerungen gezogen werden. Die Antragsbefugnis des Unterzeichnenden dürfte unstreitig sein.

5. Der dozierende Vortrag unter Ziff. III mag zwar theoretisch interessant sein, ist jedoch in der Sache nicht hilfreich. Die Antragsgegnerin darf ruhig davon ausgehen, dass sämtliche am Verfahren Beteiligten mit der Prozessmaterie vertraut sind.

6. Bei der vorliegenden Fragestellung kam die Beantragung einer Regulationsanordnung nicht in Betracht, da durch eine solche zum einen die Hauptsache vorweg genommen würde und zum anderen der vom VGH Baden-Württemberg angesprochene Warneffekt vorliegend keine Wirkung entfaltet. Anders als beispielsweise Bürgerbegehren über Baumaßnahmen würden vorliegend Schadensersatzansprüche nicht entstehen können.

Auch das vom VGH Baden-Württemberg in seinem Beschluss vom 27.4.2010, 1S 2810/09 angesprochene Argument des § 21 III GemO greift nicht. So hat z.B. die Antragsgegnerin den Finanzierungsvertrag zu S21 zu einem Zeitpunkt unterzeichnet, als über die Zulässigkeit des damaligen Bürgerbegehrens noch nicht abschließend entschieden war und somit bewusst Fakten geschaffen.

Eine Regulationsanordnung, wonach vorläufig die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens festgestellt würde, hätte das Antragsziel nicht verwirklicht.

Hingegen haben der Hess. VGH in seinem Beschluss vom 16.7.1996 und der VGH Baden-Württemberg in seinem Beschluss vom 27.4.2010 ausdrücklich festgestellt, dass das Begehren einer Sicherungsanordnung zulässig ist, „um zu vermeiden, dass vor der Lösung von Rechtskonflikten vollendete Tatsachen geschaffen werden“.

Die Ausführungen der Antraggegnerin zu Ziff. III 1 c können nur unterstützt werden.

Des Weiteren zeigt die Antragsgegnerin mit den Ausführungen in ihrem Schriftsatz vom 25.3.2013, dass sie gewillt ist, das eingeleitete Konzessionsvergabeverfahren unbeirrt weiter zu betreiben. Deutlicher kann ein Verstoß gegen den Grundsatz der Organtreue und ein Verstoß gegen § 21 III GemO nicht demonstriert werden.

Zutreffend ist, dass eine Erfolgsaussicht in der Hauptsache gegeben sein muss. Diese ist gegeben, wie nachfolgende Ausführungen zeigen werden.

7. Das Bürgerbegehren ist zulässig. Zu den Ausführungen der Antraggegnerin im Bescheid vom 21.1.2013 und damit denen im Rechtsgutachten der Bevollmächtigten der Antraggegnerin vom 19.4.2012 wurde sowohl im Widerspruch vom 22.2.2013 als auch im Antrag vom 13.3.2013 Stellung genommen, die dortigen Argumente wurden widerlegt. Hierauf wird zur Meidung von Wiederholungen Bezug genommen.

Das Ziel des Bürgerbegehrens wird unter Ziff. III 3 c zutreffend wiedergegeben.

Wie bereits ausgeführt, liegt ein Verstoß gegen § 46 EnWG und das Kartellrecht nicht vor.

Durch das gebetsmühenhafte Wiederholen von Floskeln wird Unrichtiges nicht richtig. Die Antraggegnerin möge daher konkret aus § 46 EnWG zitieren, an welcher Stelle sie eine europaweite Ausschreibung im Wettbewerb vorgeschrieben sieht. In der allgemein zugänglichen Gesetzesfassung findet sich lediglich in Abs. 3 die Verpflichtung, das Auslaufen einer Konzession durch Veröffentlichung bekannt zu machen.

Im gesamten § 46 EnWG findet sich nicht eine Stelle, die eine Ausschreibung im Wettbewerb vorschreibt. Hier wird davon ausgegangen, dass dem Gesetzgeber die deutsche Sprache und damit der Unterschied zwischen einer Bekanntmachung und einer Ausschreibung bekannt ist.

Hieran ändert auch § 46 Abs. 4 EnWG nichts, da hier lediglich auch für Eigenbetriebe eine Bekanntmachungspflicht, wie in § 46 Abs. 2 u. 3 EnWG ausgeführt, festgeschrieben wird.

Wie ebenfalls bereits ausgeführt, liegt ein Verstoß gegen die §§ 19 und 20 GwB nicht vor, da kein Marktbezug gegeben ist. Der gemeinsame Leitfaden des Bundeskartellamtes und der Bundesnetzagentur vom Dezember 2010 hat keinerlei rechtliche Wirkung, was bereits durch den Begriff „Leitfaden“ deutlich wird.

8. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, ist im Hinblick auf das Wassernetz die Antragsgegnerin sehr wohl vom Grundsatzbeschluss des Gemeinderats vom 17.6.2010 abgerückt. Diese Vorgehensweise wurde durch das von der Antragsgegnerin in Auftrag gegeben Gutachten des Büros Horvath & Partner vom 2.12.2010 vorbereitet. Angesichts der unbestreitbaren Tatsache, dass Ex-OB Dr. Schuster Verhandlungen mit der EnBW über eine weitere Betriebsführung bei der Wasserversorgung führte, die im Juli 2012 vom Gemeinderat einstimmig gebilligt worden sind (GRDRs 470/2012 vom 18.7.2012), ist die gegenteilige Behauptung der Antragsgegnerin nicht nur offensichtlich, sondern wissentlich unzutreffend.

9. Bezüglich des Fernwärmeversorgungsnetzes hält die Antragsgegnerin offensichtlich das Bürgerbegehren grundsätzlich für zulässig. Da auch die übrigen Teile des Bürgerbegehrens zulässig sind, wie ausgeführt, ist die Schlussfolgerung der Antragsgegnerin, eine angebliche Teilunzulässigkeit infiziere auch diesen Teil des Bürgerbegehrens, unzutreffend.

Selbst wenn eine Teilunzulässigkeit gegeben wäre, was nicht der Fall ist, so würde dies nicht zu einer Gesamtunzulässigkeit des Bürgerbegehrens führen, da die Unterzeichner offensichtlich eine weitest mögliche Rekommunalisierung der Grundversorgung fordern und jeden Schritt in diese Richtung begrüßen würden.

10. Die Begründung des Bürgerbegehrens ist zutreffend und keinesfalls unzureichend: Die Aussage, der örtliche Netzbetreiber habe keine Möglichkeit, die Durchleitung von Strom zu regulieren, ist falsch. Richtig ist vielmehr, dass gerade der Netzbetreiber berechtigt und verpflichtet ist (§ 13 EnWG), die Einspeiseleistung zu regulieren und regenerativen Energien (u.a. §§ 8 und 11 EEG) und den räumlich näher gelegenen Erzeugern (§ 5 EEG) den Vorzug zu geben.

Da mit dem Bürgerbegehren konkret die Übernahme der Fernwärmenetze gefordert wird, ist irrelevant, ob die Antragsgegnerin über eigene Versorgungskapazitäten verfügt oder nicht. Sie könnte die Fernwärmenetze sehr wohl betreiben, ohne selbst Erzeuger von Fernwärme zu sein. Die Schlussfolgerung der Antragsgegnerin ist unverständlich.

11. Entgegen der Behauptung der Antragsgegnerin stützt der Beschluss des VG Oldenburg vom 17.7.2012 (1 B 3594/12) die Rechtsauffassung der Antragsteller.

Die abweichende Argumentation der Antragsgegnerin ist fehlerhaft; Tatsache ist nämlich, dass dem Gericht ein Sachverhalt zur Beurteilung vorgelegt wurde, in dem ein Auswahlverfahren durchgeführt wurde. Auf dieser Entscheidungsvoraussetzung basieren die gerichtlichen Ausführungen. Die Antragsgegnerin unterlässt es jedoch bewusst, die hier entscheidenden Ausführungen des VG Oldenburg zu erörtern. Am Ende der Ziff. 86 der Entscheidung führt das Gericht wörtlich aus: „danach ist zunächst festzuhalten, dass die Regelungen des § 46 II – IV EnWG **nicht** die Durchführung eines förmlichen Auswahlverfahrens anordnen“.

<http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/jportal/portal/page/bsndprod.psml?printview=true&doc.id=MWRE120002338&st=null&showdoccase=1¶mfromHL=true>

Vielmehr wird in dem Beschluss weiter ausgeführt, dass sich aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 II GG die Befugnis der Gemeinde ergibt, „eine grundlegende Systemscheidung darüber zu treffen, ob sie die zur örtlichen Daseinsvorsorge gehörende Aufgabe des sicheren und effizienten Betriebs der öffentlichen Energienetze in eigener Regie oder durch private Dritte erfüllen will“.

http://www.verwaltungsgericht-oldenburg.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=19562&article_id=107694&psmand=128

Die Argumentation der Antragsgegnerin geht somit am entscheidungserheblichen Thema vorbei.

12. Dem Ergebnis des VG Oldenburg steht die Entscheidung des Schleswig-Holsteinischen OLG vom 22.11.2012 (16 U (Kart) 22/12) nicht entgegen, da dort die Stadt Heiligenhafen bereits ausgeschrieben hatte und sich somit die Entscheidung an dieser Tatsache orientieren musste.

<http://schleswig-holstein.de/OLG/DE/Service/Presse/Pressemeldungen/201220stromversorger.html>

Gleiches gilt für den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 9.1.2013 (VII – Verg 26/12). Zum einen hat die dortige interkommunale Netzgesellschaft ebenfalls bereits ausgeschrieben und zum anderen beabsichtigt, einen privaten strategischen Partner aufzunehmen.

<http://openjur.de/u/595851.html>

Die Ausgangssituation beider Sachverhalte unterscheidet sich also von der Vorliegenden grundsätzlich, da -nicht vorgeschriebene- Ausschreibungsverfahren durchgeführt wurden.

Wenn die Kommune freiwillig eine Ausschreibung durchführt, dann ist sie selbstverständlich an die dort geltenden Regeln gebunden.

Schließlich widerspricht auch der Beschluss des Bundeskartellamts vom 18.10.2011 (B 10-6/11) nicht der Entscheidung des VG Oldenburg. Dieser Beschluss erging in erster Linie, da die Stadt Dinkelsbühl das Auslaufen der Konzession nicht bekannt gemacht hatte und zum anderen, weil sie in einem Bieterverfahren ohne sachlichen Grund die Kommune bevorzugt hatte.

Am Rande soll noch darauf hingewiesen werden, dass es sich um eine reine Verwaltungsentscheidung ohne jegliche gerichtliche Überprüfung handelt.

13. Unzutreffend ist, dass nur eine Minderheit in der Literatur die diesseitige Auffassung stützt. Unabhängig davon ist die Qualität der Argumente entscheidend und nicht die Anzahl ihrer Verfechter.

Die Bemerkungen der Antragsgegnerin zu der Argumentation von Hertwig/Haupt sind ein Zirkelschluss: Die Argumentationskette von Hertwig/Haupt stützt sich nur in einem Punkt auf EU-Recht, wo richtigerweise festgestellt wird, dass eine Ausschreibungsverpflichtung nicht besteht. Darüber hinaus wird dort ausführlich dargelegt, dass sich auch aus § 46 EnWG keine Verpflichtung zur Ausschreibung ergibt. Im Übrigen steht der Beschluss des OLG Düsseldorf der Ansicht von Hertwig/Haupt nicht entgegen. Weder hat das EnWG 1998 noch das EnWG 2005 die Zulässigkeit von Inhouse-Geschäften beschränkt.

14. Allen Beteiligten bekannt ist, dass nach Art. 28 II GG den Gemeinden das Recht gewährleistet ist, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Selbst die Antragsgegnerin stellt fest: „zu den verfassungsrechtlich garantierten Aufgaben der gemeindlichen Selbstverwaltung zählt auch die Sicherstellung der Versorgung der Einwohner mit leitungsgebundener Energie“.

Die Klausel „im Rahmen der Gesetze“ stellt jedoch keinen so genannten „Gesetzesvorbehalt“ dar, sie erlaubt somit keinen Eingriff in die Substanz der gemeindlichen Selbstverwaltung, sondern nur die Gestaltung des Rahmens der Selbstverwaltung.

Das Vorschreiben einer Ausschreibung im Wettbewerb und damit die Erschwerung der Selbstausschreibung würde einen Eingriff in die Substanz der Verfassungsgarantie und somit einen Verfassungsbruch darstellen. Der Regelungsgehalt des Grundgesetzes hat Vorrang vor Bundesgesetzen.

Auch dann, wenn § 46 EnWG eine Ausschreibung im Wettbewerb vorschreiben würde, was nicht der Fall ist, müsste diese Vorschrift am Wesensgehalt des Art. 28 II GG gemessen werden. Wettbewerb rechtfertigt, entgegen dem Wunsch der Antragsgegnerin, keinen Verfassungsbruch, geschweige denn die Einschränkung verfassungsrechtlicher Garantien!

15. Die Ausführungen der Ziff. 14 gelten sinngemäß auch hinsichtlich der Europäischen Charta der kommunalen Selbstverwaltung (EKC) vom 15.10.1985.

Nicht nur unzutreffend, sondern auch erschreckend ist die Behauptung der Antragsgegnerin als kommunale Gebietskörperschaft, Gründe, die eine Einschränkung des Art. 28 II GG durch das Wettbewerbsprinzip rechtfertigen sollen, seien Gesetze im Sinne der Art. 3 Nr. 1 und 4 Nr. 2 EKC.

Es gibt keine Gründe, die die Einschränkung der Substanz des Art. 28 II GG durch das Wettbewerbsprinzip rechtfertigen. Art. 28 II GG stellt einen Grundpfeiler der Deutschen Verfassung dar, wohingegen das Wettbewerbsprinzip Partikularinteressen dient, dessen Anhebung auf gleichen Rang sich denknotwendig verbietet und ein Terminus ist, den das Grundgesetz nicht einmal kennt.

Das politisch gewünschte Ziel, alles der Wettbewerbslogik zu unterstellen, rechtfertigt nicht, Argumentationsgründe Gesetzen gleichzustellen. Welches Rechtsstaats- bzw. Demokratieverständnis steht hinter der Argumentation der Antragsgegnerin bzw. deren Bevollmächtigten?

16. Zutreffend ist, dass der Gemeinderat der Antraggegnerin mit Beschluss vom 26.5.2011 nicht vom Beschluss vom 17.6.2010 abgerückt ist, auch wenn in der Begründung der Beschlussvorlage (Seite 4) festgehalten ist, dass das Gutachten Horvath & Partner die Einbeziehung eines privaten Investors vorschlägt. Tatsache ist jedoch, dass der Gemeinderat der Antragsgegnerin mit seinem Beschluss vom 18.7.2012 sehr wohl von seinem vorherigen Beschluss vom 17.6.2010 und damit von den Zielen des Bürgerbegehrens 100-Wasser abgerückt ist. In diesem Beschluss vom 18.7.2012 billigte der Gemeinderat der Antragsgegnerin einstimmig die Verhandlungen des EX-OB Dr. Schuster mit der EnBW über eine weitere Betriebsführung bei der Wasserversorgung.

Die Durchführung des angestrebten Bürgerentscheids ist auch hinsichtlich der Wasserversorgung damit keinesfalls entbehrlich.

17. Da § 46 EnWG, wie bereits nun vielfach ausgeführt, eine Ausschreibungsverpflichtung nicht vorsieht, muss hierauf naturgemäß in der Begründung des Bürgerbegehrens auch nicht hingewiesen werden. Die penetrante Wiederholung einer gegenteiligen Ansicht sowie weiterer Ausführungen machen diese nicht zutreffender.

Conclusio

Offenkundig ist es das Ziel interessierter Kreise, auch die Grundversorgung der Bürger in den Kommunen dem Wettbewerb zu unterwerfen und damit auf Kosten vieler für wenige profitabel zu machen. Diesem Ansinnen muss entgegengetreten werden, um den in Jahrhunderten erkämpften Grundprinzipien des Grundgesetzes Schutz und Geltung zu verschaffen. Es gilt, das Allgemeinwohl gegen Wettbewerbsinteressen zu verteidigen.

Diesseits wird davon ausgegangen, dass das angerufene Gericht im einstweiligen Anordnungsverfahren sich noch nicht endgültig festlegt. Um die Schaffung von Fakten zu vermeiden und eine Unumkehrbarkeit zu verhindern und auch wegen der Präzedenzwirkung ist dem Antrag stattzugeben. Vorliegendem Verfahren wird voraussichtlich bundespolitische Bedeutung zukommen, das Hauptsacheverfahren wird vermutlich erst in letzter Instanz endgültig entschieden.

- Butteweg -

Rechtsanwalt