

Anlage 2

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

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

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

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

19. April 2012

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

erstattet im Auftrag der Landeshauptstadt Stuttgart

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

I. Ausgangslage

1. Bestehender Konzessionsvertrag

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

damit verbundenen unternehmerischen Aufgabenstellungen bei den verhandelten Modellen berichtet.“

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

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

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

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

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

3. Bürgerbegehren „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“

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

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

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

- b) Es wird folgende Begründung gegeben:

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

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

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

- c) Im Hinblick auf den Kostendeckungsvorschlag wird ausgeführt:

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

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

II. Gegenstand des Bürgerbegehrens

1. Auslegungsgrundsätze

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

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

2. Auslegung

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

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

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

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

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

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

III. Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Bürgerbegehrens

1. Überblick

Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Bürgerbegehrens sind nach § 21 GemO:

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

2. Fragestellung

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

3. Eigener Wirkungskreis

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

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

4. Keine Sperrwirkung eines Bürgerentscheids

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

5. Kein ausgeschlossener Gegenstand

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

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

6. Kostendeckungsvorschlag

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

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

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

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

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

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

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

7. Frist

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

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

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

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

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

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

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

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

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

8. Anzahl der Unterstützerunterschriften

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

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

9. Zwischenergebnis

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

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

IV. Rechtmäßiges Ziel – Prüfungsmaßstab

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

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

V. Rechtswidriges Ziel – Übernahme Gas- und Stromnetz

1. Rahmenbedingungen

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

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

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

2. Vergaberecht

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

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

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

3. Dienstleistungskonzessionen und Vergabeprinzipien aus den Grundfreiheiten

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

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

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

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

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

4. Ausnahmen von den europäischen Vergabeprinzipien

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

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

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