

1 S 1047/13



# VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Thomas Neubrand,  
Klopstockstraße 49, 70193 Stuttgart

- Antragsteller -  
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwalt Roland Butteweg,  
Sigmaringer Straße 98, 70567 Stuttgart, Az: bg/kö

gegen

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

- Antragsgegnerin -  
- Beschwerdegegnerin -

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

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

hat der 1. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den  
Präsidenten des Verwaltungsgerichtshofs Ellenberger, den Richter am Ver-  
waltungsgerichtshof Epe und den Richter am Verwaltungsgerichtshof Hettich

am 22. August 2013

beschlossen:

- 2 -

**Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 29. April 2013 - 7 K 1016/13 - wird zurückgewiesen.**

**Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.**

**Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000,- EUR festgesetzt.**

## **Gründe**

### **I.**

**Der Antragsteller begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Sicherung des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“. Er ist Unterzeichner des Bürgerbegehrens, das am 14.02.2012 der Antragsgegnerin übergeben wurde. Darin wird ein Bürgerentscheid zu folgender Frage beantragt:**

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

**Als Begründung wird genannt:**

**„Der zwischen der Stadt Stuttgart und der EnBW geschlossene Konzessionsvertrag für Wasser, Strom, Gas und Fernwärme läuft am 31.12.2013 aus. Die Stadt kann den Betrieb der Netze für Strom, Gas und Wärme spätestens ab 1.1.2014 wieder vollständig selbst übernehmen. Die Betriebsführung der Wasserversorgung durch die Stadt hat der Gemeinderat mit Übernahme des Bürgerbegehrens „100-Wasser“ beschlossen, sie ist aber noch nicht umgesetzt. Deshalb greifen wir diesen Punkt der Vollständigkeit halber nochmals auf.**

**Wasser und Energie gehören zur Daseinsvorsorge der Bürger und müssen in kommunaler Hand sein. Wasser, unser wichtigstes Lebensmittel, muss uns, unseren Kindern und Kindeskindern dauerhaft in bester Qualität und zu sozialen Preisen zur Verfügung stehen. Damit dies gewährleistet ist, muss die Stadt unsere Wasserversorgung wieder vollständig selbst betreiben. Wenn die Stadt die Netze für Strom, Gas und Fernwärme selbst betreibt, kann verstärkt Energie dezentral und umweltfreundlich vor Ort erzeugt werden. Um dieses Ziel zu erreichen, muss jegliche Beteiligung oder Einflussnahme von Atomenergiekonzernen**

- 3 -

ausgeschlossen sein. Auf diese Weise wird die Möglichkeit geschaffen, von Atom- und Kohlestrom wegzukommen."

Der Kostendeckungsvorschlag lautet:

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

Mit an die Vertrauensleute des Bürgerbegehrens gerichtetem Bescheid vom 21.01.2013 stellte die Antragsgegnerin die Unzulässigkeit des beantragten Bürgerentscheids fest. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Bürgerbegehren werde von einer ausreichenden Zahl wahlberechtigter Stuttgarter Bürgerinnen und Bürger unterstützt. Die Fragestellung des Bürgerbegehrens sei inhaltlich hinreichend bestimmt und betreffe auch eine Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises der Landeshauptstadt. Das Bürgerbegehren enthalte einen Kostendeckungsvorschlag, der den gesetzlichen Anforderungen noch genüge. Der beantragte Bürgerentscheid sei aber hinsichtlich der Netze für Strom und Gas nicht auf ein rechtmäßiges Ziel gerichtet. Die Forderung nach der Übernahme der Konzession für das Strom- und Gasnetz durch die Stadt verstoße gegen § 46 EnWG und das Kartellrecht. Hinsichtlich des ablaufenden Konzessionsvertrages sei die Stadt nach § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG verpflichtet, ein wettbewerbliches Auswahlverfahren zur Neuvergabe oder Verlängerung des Vertrages durchzuführen. Zudem sei das Bürgerbegehren auch wegen einer unzureichenden Begründung unzulässig. Hinsichtlich des Wassernetzes sei das Bürgerbegehren unzulässig, weil der Gemeinderat die Durchführung der verlangten Maßnahme bereits mit Grundsatzbeschluss vom 17.06.2010 beschlossen habe. Im Übrigen könne das Bürgerbegehren auch nicht für eine Teilfrage, etwa hinsichtlich der Übernahme der Fernwärmeversorgung, zugelassen werden. Denn es könne nicht festgestellt werden, dass die Übernahme nur dieses Teiles des Netzes dem Willen der Bürger entspreche, die das Bürgerbegehren unterzeichnet hätten.

- 4 -

Der Antragsteller, dem der Bescheid nicht zugestellt wurde, legte gegen diesen mit Schreiben vom 04.04.2013, das bei der Antragsgegnerin am 05.04.2013 einging, Widerspruch ein. Eine Kommune könne aufgrund ihres Selbstverwaltungsrechts eigenständig bestimmen, dass sie den für die Versorgung ihrer Bürger entscheidenden Netzbetrieb selbst übernehmen wolle. § 46 EnWG schreibe eine Ausschreibung der Strom- und Gaskonzessionen nicht vor. Es sei erforderlich gewesen, den Betrieb der Wasserversorgung in das streitgegenständliche Bürgerbegehren aufzunehmen, weil in der Zwischenzeit nach dem Beschluss des Gemeinderats zur Umsetzung des Bürgerbegehrens „100-Wasser“ ein Gutachten in Auftrag gegeben worden sei mit der Zielsetzung, verschiedene Stadtwerke-Modelle zu entwerfen. Das Gutachten Horvath & Partner habe als angeblich beste Variante empfohlen, den Betrieb aller Versorgungen, somit auch der Wasserversorgung, extern zu vergeben. Die Begründung des Bürgerbegehrens sei zulässig.

Beim Verwaltungsgericht Stuttgart hat der Antragsteller beantragt, der Antragsgegnerin durch einstweilige Anordnung zu untersagen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“ Konzessionen an Dritte zu vergeben, Betreiberschaft bzw. Betriebsführung auf Dritte zu übertragen und jegliche verbindliche Maßnahmen zu unterlassen, die den Zielen des Bürgerbegehrens „Energie- und Wasserversorgung Stuttgart“ vom 14.02.2012 widersprechen. Die Antragsgegnerin ist dem Antrag entgegengetreten.

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 29.04.2013 - ebenso wie in den von den Vertrauensleuten betriebenen Verfahren mit im wesentlichen gleichlautenden Beschlüssen (vgl. dazu VG Stuttgart, Beschl. v. 29.04.2013 - 7 K 929/13 - juris) - den Antrag abgelehnt. Es sei schon zweifelhaft, ob überhaupt Anhaltspunkte für ein unmittelbar drohendes treuwidriges Verhalten der Gemeinde bestehe. Jedenfalls habe der Antragsteller keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Das Bürgerbegehren sei nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet und dürfte damit unzulässig sein. Die Gemeinde habe nach überwiegender Ansicht über den Abschluss von Konzessi-

- 5 -

onsverträgen für Strom- und Gasnetze grundsätzlich in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu entscheiden. Ob sie die Auswahl allein unter wettbewerblichen Aspekten und nach den Zielen des § 1 EnWG zu treffen habe oder weitere Kriterien zulässig seien, brauche nicht entschieden zu werden. Nach beiden Auffassungen habe die Gemeinde - nach einem von ihr festzulegenden Auswahlverfahren - die Netzkonzession auszuschreiben und in einem zweiten Schritt eine Auswahlentscheidung über die Vergabe der Konzession zu treffen. Die Frage, ob eine ausschreibungsfreie „Inhousevergabe“ zulässig sei, bestimme sich nach dem nationalen Recht, das eine Auswahlentscheidung der Gemeinde auf der Grundlage einer Ausschreibung fordere. Dies gelte nach § 46 Abs. 4 EnWG auch dann, wenn die Gemeinde die Konzession für die Energienetze in der Vergangenheit einem Eigenbetrieb übertragen habe oder dies für die Zukunft beabsichtige. Die Ausschreibungspflicht verstoße voraussichtlich nicht gegen die verfassungsrechtlich gewährleistete gemeindliche Selbstverwaltung. Ein im jetzigen Stadium gefasster Beschluss, mit dem die Antragsgegnerin einschränkungslos verpflichtet werde, die Konzession und den Betrieb der Netze für Strom und Gas zu übernehmen, stünde daher mit § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG und dem Kartellrecht nicht im Einklang. Denn damit würde eine unzulässige Vorabfestlegung getroffen, die den Wettbewerb um die Netze verschließe und eine spätere Konzessionsentscheidung, die eine Auswahl unter mehreren Varianten voraussetze, verhindere. Es könne daher offen bleiben, ob das Bürgerbegehren wegen Begründungsmängeln unzulässig sei. Es bestehe kein Anlass, eine einstweilige Anordnung beschränkt auf die Netze für Fernwärme und Wasser zu erlassen. Die Beschränkung des Bürgerentscheids auf die Netze für Fernwärme und Wasser verändere die Fragestellung des Bürgerbegehrens in erheblicher Weise. Soweit es um die Übernahme des Netzes für die Wasserversorgung gehe, komme hinzu, dass der Gemeinderat der Antragsgegnerin in seiner Sitzung am 17.06.2010 beschlossen habe, die Wasserversorgung spätestens am 01.01.2014 selbst zu betreiben, so dass schon aus diesem Grunde ein darauf gerichtetes Bürgerbegehren wohl unzulässig wäre.

Gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde, der die Antragsgegnerin entgegengetreten ist.

- 6 -

Mit Widerspruchsbescheid vom 23.07.2013 hat das Regierungspräsidium Stuttgart den Widerspruch des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 21.01.2013 zurückgewiesen.

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Die fristgerecht dargelegten Gründe, auf die sich die Prüfung des Senats beschränkt (§ 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO), geben dem Senat keinen Anlass, über den Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abweichend vom Verwaltungsgericht zu entscheiden.

1. Der Senat kann über die Beschwerde entscheiden, da das Beschwerdeverfahren entscheidungsreif ist. Die Verwaltungsakte der Antragsgegnerin liegt dem Senat vollständig vor (vgl. § 100 Abs. 1 VwGO), der Antragsteller hatte Gelegenheit zur Akteneinsicht. Entgegen der Auffassung des Antragstellers ist für die von ihm behauptete Unvollständigkeit der Verwaltungsakte nichts ersichtlich, nachdem die Antragsgegnerin auf die Verfügung des Berichterstatters vom 22.07.2013 mit Schriftsatz vom 24.07.2013 zum einen klargestellt hat, dass es sich bei den Anlagen zur Mail des Rechtsamts der Antragsgegnerin an das Regierungspräsidium Stuttgart vom 27.07.2011 (Bd. 1/7 der Verwaltungsakte) um die in der Verwaltungsakte unter Bd. 1/6 vorhandenen Unterlagen handelt, und zum anderen nachvollziehbar dargelegt hat, dass ein weiteres von der Antragsgegnerin eingeholtes Gutachten einer Rechtsanwaltskanzlei zur Notwendigkeit eines Vergabeverfahrens nicht eingeholt wurde, sowie die von der Kanzlei Becker Büttner Held bei der öffentlichen Informationsveranstaltung am 25.05.2012 vorgeführte Folienpräsentation vorgelegt wurde. Soweit der Antragsteller das Fehlen von Unterlagen aus dem Vergabeverfahren rügt, ergibt sich daraus keine Unvollständigkeit der Verwaltungsakte; solche Schriftstücke sind nicht Bestandteil der Verwaltungsakte, da das Vergabeverfahren hier nicht streitgegenständlich ist. Im Übrigen ist die Aufforderung der Antragsgegnerin an qualifizierte Unternehmen, ihr Interesse an dem Abschluss von Wegenutzungsverträgen für das Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetz zu bekunden, Teil der Bekanntmachungen nach § 46

- 7 -

**Abs. 3 EnWG im Bundesanzeiger und im Amtsblatt der Europäischen Union, die öffentlich zugänglich sind.**

**2. a) Nach der Rechtsprechung des Senats schließt der Umstand, dass ein Bürgerbegehren nach dem baden-württembergischen Landesrecht keine aufschiebende Wirkung hat, die Stellung eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel, die Durchführung eines Bürgerbegehrens zu sichern, nicht aus. Möglich ist eine vorläufige gerichtliche Feststellung, dass das Bürgerbegehren zulässig ist. Die begehrte vorläufige Feststellung der Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die Zulässigkeit bereits im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit solcher Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann, dass eine gegenteilige Entscheidung im Hauptsacheverfahren praktisch ausgeschlossen werden kann und der mit dem Hauptsacheverfahren verbundene Zeitablauf voraussichtlich eine Erledigung des Bürgerbegehrens zur Folge hätte. Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch müssen in einem das übliche Maß der Glaubhaftmachung übersteigenden deutlichen Grad von Offenkundigkeit auf der Hand liegen. Daneben können auch weitergehende einstweilige Anordnungen zur Sicherung eines Bürgerbegehrens zulässig sein. Voraussetzung für den Erlass solcher weitergehenden Sicherungsanordnungen ist ein unmittelbar drohendes treuwidriges Verhalten der Gemeinde. Das ist der Fall, wenn die Sicherungsanordnung erforderlich ist zur Verhinderung von Maßnahmen des Bürgermeisters oder des Gemeinderats, die bei objektiver Betrachtung allein dem Zweck dienen, dem Bürgerbegehren die Grundlage zu entziehen (vgl. zum Ganzen: Senatsbeschlüsse vom 27.04.2010 - 1 S 2810/09 - VBIBW 2010, 311, vom 27.06.2011 - 1 S 1509/11 - VBIBW 2011, 471, vom 06.12.2012 - 1 S 2408/12 - VBIBW 2013, 212, je m.w.N.)**

**b) Nach § 21 Abs. 3 GemO kann die Bürgerschaft über eine Angelegenheit des Wirkungskreises der Gemeinde, für die der Gemeinderat zuständig ist, einen Bürgerentscheid beantragen (Bürgerbegehren). Ein Bürgerbegehren darf nur Angelegenheiten zum Gegenstand haben, über die innerhalb der letzten drei Jahre nicht bereits ein Bürgerentscheid aufgrund eines Bürgerbegehrens durchgeführt worden ist. Das Bürgerbegehren muss schriftlich einge-**

- 8 -

reicht werden; richtet es sich gegen einen Beschluss des Gemeinderats, muss es innerhalb von sechs Wochen nach der Bekanntgabe des Beschlusses eingereicht sein. Das Bürgerbegehren muss die zur Entscheidung zu bringende Frage, eine Begründung und einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag zur Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthalten. Es muss von mindestens 10 v.H. der Bürger unterzeichnet sein, höchstens jedoch in Gemeinden mit mehr als 200.000 Einwohnern von 20.000 Bürgern.

Das Bürgerbegehren darf nicht auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet sein. Bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Bürgerbegehrens ist daher zu prüfen, ob die mit dem Bürgerbegehren verlangte Maßnahme mit der Rechtsordnung vereinbar ist. Dies ergibt sich auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung bereits aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Tatsache, dass ein Bürgerentscheid die Wirkungen eines endgültigen Beschlusses des Gemeinderats hat (§ 21 Abs. 7 Satz 1 GemO) und rechtswidrige Beschlüsse des Gemeinderats der Widerspruchspflicht des Bürgermeisters und der Überprüfung durch die Rechtsaufsichtsbehörde nach § 43 Abs. 2 GemO unterliegen. Es besteht kein Anspruch auf Zulassung eines Bürgerentscheids, der im Falle seiner Annahme rechtswidrig wäre (vgl. Senatsbeschluss vom 27.08.2011, a.a.O.; VG Stuttgart, Urf. v. 17.07.2009 - 7 K 3229/08 - VBIBW 2009, 432, m.w.N.)

Gemäß § 21 Abs. 3 Satz 4 GemO zählt eine Begründung zum zwingenden Inhalt eines Bürgerbegehrens. An die Begründung sind keine hohen Anforderungen zu stellen (vgl. Senatsurteil vom 25.10.1976 - I 561/76 - ESVGH 27, 73 <75>). Die Begründung dient dazu, die Unterzeichner über den Sachverhalt und die Argumente der Initiatoren aufzuklären. Der Bürger muss wissen, über was er abstimmt. Dabei lassen Raumgründe eine ausführliche Erörterung des Für und Wider regelmäßig nicht zu. Die Begründung darf auch für das Bürgerbegehren werben. Aus diesen Funktionen der Begründung folgt, dass diese zum einen die Tatsachen, soweit sie für die Entscheidung wesentlich sind, zutreffend darstellen muss und dass sie zum anderen Wertungen, Schlussfolgerungen und Erwartungen enthalten darf, die einem Wahr-



- 9 -

heitsbeweis nicht zugänglich sind. Maßgebend für eine inhaltliche Kontrolle der Begründung ist das Ziel, Verfälschungen des Bürgerwillens vorzubeugen. Ist dies gewährleistet, ist es vorrangig Sache der abstimmungsberechtigten Bürger, sich selbst ein eigenes Urteil darüber zu bilden, ob sie den mit dem vorgelegten Bürgerbegehren vorgetragenen Argumenten folgen wollen oder nicht. Gewisse Überzeichnungen und bloße Unrichtigkeiten in Details sind daher hinzunehmen. Die Grenze einer sachlich noch vertretbaren, politisch unter Umständen tendenziösen Darstellung des Anliegens des Bürgerbegehrens ist jedoch dann überschritten, wenn die Begründung in wesentlichen Punkten falsch, unvollständig oder irreführend ist. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob dem eine Täuschungsabsicht der Initiatoren des Bürgerbegehrens zu Grunde liegt (vgl. VG Stuttgart, Ur. v. 17.07.2009, a.a.O.; OVG NRW, Ur. v. 23.04.2002 - 15 A 5594/00 - NVwZ-RR 2002, 767; OVG Schl.-Holst., Ur. v. 19.12.2005 - 2 LB 19/05 - juris).

3. Nach diesen Maßstäben fehlt es für die beantragte Anordnung zur Sicherung des Bürgerbegehrens sowohl an einem Anordnungsanspruch (a) als auch an einem Anordnungsgrund (b).

a) Ein Anordnungsanspruch besteht nicht. Denn die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens lässt sich nicht mit der erforderlichen ganz überwiegenden Wahrscheinlichkeit feststellen. Dieses ist voraussichtlich auf ein rechtswidriges Ziel gerichtet, nämlich die Übernahme der Konzessionen und den Betrieb der Netze für Strom und Gas spätestens ab 01.01.2014 durch die Antragsgegnerin selbst ohne Durchführung des notwendigen transparenten und nichtdiskriminierenden Auswahlverfahrens (aa). Zudem entspricht die Begründung des Bürgerbegehrens nicht den gesetzlichen Anforderungen (bb).

aa) Das Verwaltungsgericht hat in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt, die Gemeinde habe bei der Auswahlentscheidung nach europäischem Primärrecht die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz einzuhalten. Die gleiche Verpflichtung ergebe sich aus den §§ 19, 20 GWB. Daher habe die Gemeinde nach überwiegender Ansicht über den Abschluss von Konzessionsverträgen für das Strom- und das Gasnetz grundsätzlich in einem

transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren zu entscheiden. Die Gemeinde habe nach einem von ihr festzulegenden Auswahlverfahren die Konzession auszuschreiben und in einem zweiten Schritt eine Auswahlentscheidung über die Vergabe der Konzession zu treffen. Eine ausschreibungsfreie Inhousevergabe sei nicht zulässig.

Ohne Erfolg bringt der Antragsteller hiergegen mit der Beschwerde vor, dass nach einem Auslaufen des bestehenden Konzessionsvertrages eine Gemeinde wieder über alle Rechte am Leitungsnetz verfüge, dass folglich keine Vergabe vorliege, wenn die Gemeinde diese Rechte behalte, dass § 46 EnWG und §§ 19, 20 GWB in diesem Fall nicht anwendbar seien und dass eine andere Auslegung mit Art. 28 Abs. 2 GG unvereinbar sei. Es trifft zu, dass § 46 Abs. 2 bis 4 EnWG eine förmliche Ausschreibung der Konzessionsvergabe nicht ausdrücklich vorschreibt, sondern dass § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG nach seinem Wortlaut nur einzelne Verfahrensschritte, insbesondere die Pflicht zur Bekanntmachung des Vertragsendes und den Hinweis auf die dort genannten Daten regelt (vgl. VG Oldenburg, Beschl. v. 17.07.2012 - 1 B 3594/12 - juris Rn. 86; Salje, EnWG, 2006, § 46 Rn. 134 ff.; Hellermann, Zulässige Kriterien im Rahmen der gemeindlichen Entscheidung über die Vergabe von Strom- und Gaskonzessionsverträgen – Möglichkeiten der Wahrung kommunaler Interessen und Spielräume in dem Verfahren der Konzessionsvergabe, Rechtsgutachten im Auftrag des Verbands kommunaler Unternehmen e.V., Januar 2013 [im Folgenden: Hellermann, Gutachten], S. 20 ff.; ders., in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl., § 46 Rn. 67; Greb, KommP spezial 2011, 93 <94>; Schau, NdsVBl. 2013, 89 <93>). Das Konzessionsvergabeverfahren ist gesetzlich wenig konturiert, seine Ausgestaltung in Rechtsprechung und Schrifttum noch nicht abschließend geklärt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013 - VII-Verg 26/12 u.a. - juris Rn. 62; Graf, KommP BY 2011, 257 <259>; Schau, NdsVBl. 2013, 89). Jedoch folgt aus § 46 EnWG, dem europäischen Primärrecht und den §§ 19, 20 GWB eine Pflicht zur Durchführung eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens zur Vergabe der Konzessionen für das Stromnetz und das Gasnetz. Eine Übernahme dieser Konzessionen durch die Antragsgegnerin ohne ein solches Verfahren, wie es das Bürgerbegehren bezweckt, wäre mithin rechtswidrig. Ergänzend zu den

Darlegungen des Verwaltungsgerichts und im Hinblick auf das Beschwerdevorbringen ist insoweit auszuführen:

(1) Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG ist nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen, einen Wettbewerb um die Netze zu ermöglichen. Dieser gesetzliche Zweck steht nicht ernstlich infrage (vgl. nur OLG Celle, Ur. v. 23.05.2013 - 13 U 185/12 Kart - juris; Höch, RdE 2013, 60 <63>; Albrecht, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2008, § 9 Rn. 63, 75; Theobald, in: Danner/Theobald, Energierecht, Bd. 1, § 46 EnWG Rn. 104 <Stand: Mai 2007>; Salje, a.a.O., § 46 Rn. 137; Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 46 Rn. 61). Die Pflicht zur Information über das Auslaufen eines Wegenutzungsvertrages (§ 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG) führte der Gesetzgeber ein, "...damit sich andere Unternehmen um solche Wegenutzungsrechte bewerben können. Nur wenn bekannt ist, dass ein Wegenutzungsvertrag zum Neuabschluss ansteht, kann auch ein Wettbewerb entstehen." Die Erstreckung auf Eigenbetriebe der Gemeinde (§ 46 Abs. 4 EnWG) dient dazu, dass "...die Wegenutzung in allen Gemeinden von den Bestimmungen der Absätze 2 und 3 erfasst wird. Damit soll verhindert werden, dass der Zweck dieser Vorschriften, ‚Ewigkeitsrechten‘ bei der Versorgung entgegenzuwirken, unterlaufen werden kann" (vgl. jeweils BT-Drs. 13/7274, S. 21, zu den insoweit gleichlautenden Vorgängervorschriften).

Dieser Gesetzeszweck, einen Wettbewerb um Wegenutzungsrechte zwischen verschiedenen Bewerbern zu ermöglichen, hat im Gesetzestext auch hinreichenden Ausdruck gefunden. Denn § 46 Abs. 3 Sätze 5 und 6 EnWG gehen ausdrücklich davon aus, dass sich mehrere Unternehmen um die Wegenutzungsrechte bewerben können sowie dass die Gemeinde bei der Bewerbung mehrerer Unternehmen eine Auswahlentscheidung zu treffen und diese unter Angabe der maßgeblichen Gründe öffentlich bekannt zu machen hat. Auch die Regelungen des § 46 Abs. 3 Sätze 3 und 4 EnWG belegen dies deutlich. Die Pflicht zur öffentlichen Bekanntmachung der vorzeitigen Beendigung eines Wegenutzungsvertrages ist die Reaktion des Gesetzgebers auf den Versuch von Gemeinden, mit vorzeitigen Vertragsverlängerungen dem vom Gesetzge-

- 12 -

ber intendierten Wettbewerb auszuweichen (vgl. Albrecht, a.a.O., § 9 Rn. 75 ff.).

Legt man dies zu Grunde – nämlich dass Zweck des § 46 Abs. 3 EnWG ist, einen Wettbewerb um Wegenutzungsverträge zu ermöglichen, dass dieser Gesetzeszweck hinreichend Niederschlag im Gesetzestext gefunden hat und dass dies nach § 46 Abs. 4 EnWG auch für die Aufgabenwahrnehmung durch Eigenbetriebe gilt –, dürfte sich bereits daraus ergeben, dass aus § 46 Abs. 3 EnWG nicht nur die Pflichten zu einer Bekanntmachung des bevorstehenden Vertragsendes, zu einer Auswahlentscheidung und zu einer Vergewisserung der Gemeinde über die maßgeblichen Gründe ihrer Auswahl folgen können (so aber wohl Hellermann, Gutachten, S. 21 f.). Denn ein echter Wettbewerb um die Vergabe von Wegenutzungsrechten setzt voraus, dass jeder Bewerber um eine Konzession eine reale und formal gleiche Chance hat, den Zuschlag zu erhalten. Bedingung hierfür ist zumindest, dass alle Bewerber die netzrelevanten Informationen erhalten können, die Gemeinde Auswahlkriterien anhand objektiver Grundlagen festlegt, diese und deren Gewichtung bekanntgibt und die Auswahlentscheidung anhand dieser Auswahlkriterien trifft (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 10.02.2012 - 11 B 1187/11 - NVwZ-RR 2012, 415; Greb, KommP spezial 2011, 93 <94>). Nur durch die Beachtung dieser Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz lässt sich ein Verfahren wettbewerblich ausgestalten (vgl. Schaub, NdsVBl. 2013, 89 <94>; ähnlich OLG Schleswig, Ur. v. 22.11.2012 - 16 U (Kart) 22/12 - juris Rn. 114 ff.). Bereits die Auslegung des § 46 Abs. 3 EnWG dürfte mithin das Erfordernis begründen, dass ein Auswahlverfahren stattzufinden hat, das eine Bewerbung potentieller Interessenten um die Konzessionen und eine Auswahlentscheidung anhand objektiver, vorab bekanntgemachter Kriterien ermöglicht. Dies soll nach § 46 Abs. 4 EnWG stets gelten, auch bei der Vergabe der Konzessionen an einen Eigenbetrieb. Folge ist, dass eine Übernahme der Konzession durch die Antragsgegnerin selbst ohne ein solches Verfahren ausgeschlossen sein dürfte.

(2) Diese rechtlichen Anforderungen ergeben sich jedenfalls auch aus dem Unionsrecht, nach dem ein transparentes und nichtdiskriminierendes Auswahlverfahren durchzuführen ist (vgl. VG Aachen, Beschl. v. 13.09.2011

- 13 -

- 11 L 286/11 - juris Rn. 21 ff.; LG Hannover, Urt. v. 28.02.2013 - 21 O 10/11 - juris; Meyer-Hetling/Probst, Publicus 7/2013, 4; Höch, RdE 2013, 60 <61, 63>; Greb, KommP spezial 2011, 93; Graf KommP BY 2011, 257; Schau, NdsVBl. 2013, 89 <93>; so wohl auch VG Oldenburg, Beschl. v. 17.07.2012, a.a.O., Rn. 88). Denn nach europäischem Primärrecht haben öffentliche Stellen, auch wenn sie - wie bei der Vergabe von Konzessionen über Wegenutzungsverträge - Verträge über öffentliche Dienstleistungskonzessionen schließen, die vom Anwendungsbereich der Vergaberechtsrichtlinien ausgenommen sind, den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und das Transparenzgebot zu beachten. Dies folgt unter anderem aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV), der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter bedeutet, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen. Die Transparenzpflicht besteht darin, zugunsten möglicher Interessenten Öffentlichkeit dadurch herzustellen, dass ein Wettbewerb eröffnet wird und für Wirtschaftsteilnehmer die reale Möglichkeit besteht, Interesse an der Konzession zu bekunden (vgl. EuGH, Urt. v. 07.12.2000 - C-324/98 - Rn. 60 ff. [Telaustria]; Urt. v. 21.07.2005 - C-231/03 - Rn. 15 ff. [Coname]; Urt. v. 13.10.2005 - C-458/03 - Rn. 46 ff. [Parking Brixen]; Urt. v. 13.11.2008 - C-324/07 - Rn. 25 [Coditel]; Urt. v. 09.09.2010 - C-64/08 - Rn. 49 [Engelmann]; je m.w.N., alle zit. nach [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). Auch wenn das Transparenzgebot nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionserteilende Stelle, zugunsten der potentiellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung der Dienstleistungskonzessionen für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind (vgl. EuGH, Urt. v. 13.11.2008, a.a.O., Rn. 25; Urt. v. 09.09.2010, a.a.O., Rn. 50; Urt. v. 16.02.2012 - C 72/10 u.a. - Rn. 55 [Cosat und Cifone], zit. nach [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); je m.w.N.; Guckelberger, VerwArch 2013, 161 <177>; Graf, KommP BY 2011, 257 <258>).

- 14 -

Diese Grundsätze kommen zwar dann nicht zur Anwendung, wenn die konzessionserteilende öffentliche 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 (sog. Inhousevergabe, vgl. EuGH, Urt. v. 11.01.2005 - C-26/03 - Rn. 49 [Stadt Halle], zit. nach [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); Urt. v. 13.10.2005, a.a.O., Rn. 62 f.; Urt. v. 13.11.2008, a.a.O., Rn. 26; je m.w.N.; Guckelberger, *VerwArch* 2013, 161 <178 ff.>; zur vergaberechtsfreien Inhouse-Vergabe außerhalb des § 46 EnWG vgl. u.a.: OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 15.10.2003 - Verg 50/03 u.a. - NVwZ* 2004, 254; OLG Hamburg, *Beschl. v. 14.12.2010 - 1 Verg 5/10 - juris*; OLG Frankfurt, *Beschl. v. 30.08.2011 - 11 Verg 3/11 - juris*). Jedoch ist eine Inhousevergabe ohne diskriminierungsfreies und transparentes Verfahren bei Wegenutzungsverträgen durch § 46 Abs. 4 EnWG ausgeschlossen. § 46 Abs. 4 EnWG dient dazu sicherzustellen, dass auch bei einer Konzessionsvergabe an einen Eigenbetrieb spätestens alle 20 Jahre ein Wettbewerb um die Konzessionen stattfinden kann (vgl. OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 09.01.2013, a.a.O., Rn. 77 ff.*; OLG Schleswig, *Urt. v. 22.11.2012, a.a.O., Rn. 122*; Theobald, a.a.O., § 46 EnWG Rn. 111; Höch, *RdE* 2013, 60 <64>; Dünchheim, *DVBl.*, 2013, 603 <604>; i. Erg. ebenso, ohne Heranziehung von § 46 Abs. 4 EnWG: Hüting/Hopt, *RdE* 2011, 255; a.A. wohl: Graf, *KommP BY* 2011, 257 <258> und Greb *KommP spezial* 2011, 93 <94>). Soweit hiergegen vorgebracht wird, § 46 Abs. 4 EnWG beziehe sich nicht auf eine Vergabe von Wegekonzessionen an Eigenbetriebe der Kommunen, sondern richte sich an Eigenbetriebe als Konzessionsgeber (vgl. Hertwig/Haupt, *Kommunalwirtschaft* 2012, 12 <14>; Haupt/Slawinski, *IR* 2012, 122 <123>), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Für eine so zu verstehende Regelung besteht ersichtlich kein Bedürfnis. Bei einem auslaufenden Wegenutzungsvertrag treffen die Pflichten nach § 46 Abs. 3 EnWG die Gemeinde selbst, nicht die nicht rechtsfähigen Eigenbetriebe, die über den Neuabschluss des Wegenutzungsvertrags auch keine Auswahlentscheidung treffen (vgl. OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 09.01.2013, a.a.O., Rn. 77*; Salje, a.a.O., § 46 Rn. 173; Albrecht, a.a.O., § 9 Rn. 74). Die Gegenauffassung ist mit dem aus den Gesetzesmaterialien erkennbaren

**Zweck des § 46 Abs. 4 EnWG nicht vereinbar und kann dessen Regelungsgehalt nicht plausibel erklären (so zutreffend Höch, RdE 2013, 60 <64>).**

An der Vereinbarkeit des § 46 Abs. 4 EnWG mit Unionsrecht und Verfassungsrecht bestehen voraussichtlich keine durchgreifenden Zweifel. Der deutsche Gesetzgeber kann von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Inhousevergabe abweichende Regelungen jedenfalls dann treffen, wenn diese den vom Unionsrecht intendierten Wettbewerb auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens nicht einschränken, sondern - wie § 46 Abs. 4 EnWG - erweitern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, a.a.O., Rn. 77). § 46 Abs. 4 EnWG verstößt voraussichtlich auch nicht gegen die gemeindliche Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG (ebenso OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.01.2013, a.a.O., Rn. 80; Dünchheim, DVBl., 2013, 603 <604>; Schau NdsVBl. 2013, 89 <96>). Auf die zutreffende Begründung im angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts, der der Senat folgt, wird Bezug genommen. Ohne Erfolg bringt der Antragsteller mit der Beschwerde hiergegen vor, dass der Gesetzgeber den Gemeinden eine Aufgabe mit relevantem örtlichen Charakter nur entziehen dürfe, wenn anders die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung nicht sicherzustellen wäre, und dass § 46 EnWG, §§ 19, 20 GWB nicht nur die Art und Weise der Aufgabenwahrnehmung regelten, sondern mit der Systementscheidung zur Öffnung zum Wettbewerb den Gemeinden in diesem Bereich den Gestaltungsspielraum nähmen. Eine Entziehung der Aufgabe der örtlichen Energieversorgung mit der Folge, dass die Gemeinden keinen oder keinen nennenswerten Gestaltungsspielraum mehr haben, vermag der Senat nicht zu erkennen. Rekommunalisierungen sind durch die genannten Regelungen nicht ausgeschlossen, sie sind bei Beachtung der dargestellten Anforderungen rechtlich zulässig und daher weiterhin möglich (vgl. Hüting/Hopp, RdE 2011, 255 <259>; Brüning, VerwArch 2009, 453 <455 ff.>; Burgi, NdsVBl. 2013, 225 <227 ff.>).

(3) Das Erfordernis eines diskriminierungsfreien und transparenten Verfahrens zur Vergabe der Konzessionen folgt auch aus dem Kartellrecht. Auf die Konzessionsvergabe finden nach ganz überwiegender Auffassung, insbeson-

dere der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, die §§ 19, 20 GWB Anwendung, da die Kommunen bei der Vergabe von Wegerechten unternehmerisch tätig werden und auf dem die öffentlichen Wege umfassenden Markt jeweils die einzigen Anbieter sind (vgl. BGH, Urt. v. 11.11.2008 - Urt. v. 11.11.2008 - KZR 43/07 - NVwZ-RR 2009, 596; Höch, RdE 2013, 60 <60, 82 f.>, m.w.N.; Greb, KommP spezial 2011, 93; Albrecht, a.a.O., § 9 Rn. 70; Schau, NdsVBl. 2013, 89 <93>; a.A. Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, a.a.O., § 46 Rn. 65a). Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB verbietet eine Diskriminierung ohne sachliche Rechtfertigung. Kartellrechtlich diskriminierend ist eine Konzessionierungsentscheidung, die mit den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung unvereinbar ist (vgl. Schau, NdsVBl. 2013, 89 <97 f.>).

(4) Zu Recht hat das Verwaltungsgericht im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass für eine einstweilige Anordnung beschränkt auf die Netze der Fernwärme und Wasser kein Raum ist. Auf die zutreffende Begründung des Verwaltungsgerichts zu einer Veränderung des Bürgerbegehrens durch eine entsprechende Beschränkung nimmt der Senat Bezug. Soweit der Antragsteller hiergegen vorbringt, ein Bürgerbegehren nur hinsichtlich Fernwärme und Wasser würde dem Willen der Unterzeichner entsprechen und die Berufung des Verwaltungsgerichts auf § 21 Abs. 4 GemO sei unzutreffend, vermag dies der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen. Mit diesen Ausführungen ist die zutreffende Feststellung, dass die Fragestellung des Bürgerbegehrens durch eine solche Beschränkung in erheblicher Weise verändert würde, nicht schlüssig infrage gestellt.

bb) Die Begründung des Bürgerbegehrens entspricht jedenfalls insoweit nicht den gesetzlichen Vorschriften, als sie in den letzten drei Sätzen ausführt, dass verstärkt Energie dezentral und umweltfreundlich vor Ort erzeugt werden könne, wenn die Antragsgegnerin die Netze für Strom, Gas und Fernwärme selbst betreibe, dass zur Erreichung dieses Ziels jegliche Beteiligung oder Einflussnahme von Atomenergiekonzernen ausgeschlossen sein müsse und dass auf diese Weise die Möglichkeit geschaffen werde, von Atom- und Kohlestrom wegzukommen. Damit werden die Gestaltungs- und Einflussnahme-



- 17 -

möglichkeiten der Antragsgegnerin als (mögliche) Betreiberin des Stromnetzes in wesentlichen Punkten falsch dargestellt. Durch § 7 Abs. 1, 2 EnWG ist für Energieversorgungsunternehmen, an deren Elektrizitätsverteilernetz mehr als 100.000 Kunden unmittelbar oder mittelbar angeschlossen sind, die Trennung zwischen Netzbetrieb und Energieerzeugung gesetzlich vorgeschrieben (vgl. dazu nur de Wyl/Finke, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2008, § 4 Rn. 8 ff.; Eder, in: Danner/Theobald, Energierecht, Bd. 1, § 7 EnWG Rn. 1 ff. <Stand: Januar 2012>). Zudem wäre die Antragsgegnerin als Betreiberin des Stromnetzes gemäß § 20 Abs. 1 EnWG verpflichtet, jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfreien Zugang zum Netz zu gewähren, so dass Einwohner der Antragsgegnerin auch bei einer Übernahme des Stromnetzes durch die Antragsgegnerin frei wären, Strom auch von solchen Unternehmen zu beziehen, die diesen in Atom- oder Kohlekraftwerken erzeugt haben. Indem die Begründung des Bürgerbegehrens diese eindeutigen gesetzlichen Vorgaben nicht nur verschweigt, sondern darüber hinaus den vollkommen unzutreffenden Eindruck erweckt, mit der Übernahme der genannten Netze könne die Antragsgegnerin maßgeblich darauf Einfluss nehmen, ob in ihrem Gebiet in Atom- und Kohlekraftwerken erzeugter Strom bezogen wird, ist eine Irreführung der abstimmungsberechtigten Bürger zu befürchten. Die Begründung ist geeignet, in einem wesentlichen Punkt falsche Vorstellungen von den Folgen der vom Bürgerbegehren geforderten Übernahme der genannten Netze hervorzurufen, und kann daher zu einer Verfälschung des Willens der abstimmungsberechtigten Bürger führen.

b) Zudem fehlt es für die begehrte Sicherungsanordnung an einem Anordnungsgrund. Ein unmittelbar drohendes treuwidriges Verhalten der Gemeinde hat der Antragsteller nicht hinreichend dargelegt, es ist für den Senat auch nicht ersichtlich. Der Antragsteller hat insoweit im Wesentlichen vorgetragen, es liege Dringlichkeit vor, da ansonsten die Gefahr bestehe, dass durch Maßnahmen der Antragsgegnerin die Konzessionen auf voraussichtlich bis zu 20 Jahre vergeben würden und dadurch das Ziel des Bürgerbegehrens unmöglich gemacht werde; die Antragsgegnerin habe die Konzessionsvergabe bereits europaweit ausgeschrieben; der mit dem Hauptsacheverfahren verbundene Zeitablauf hätte eine Erledigung des Bürgerbegehrens zur Folge.

- 18 -

Eine Vergabe von Konzessionen, insbesondere für Gas und Strom, und die damit verbundenen Folgen für das Bürgerbegehren sind keine treuwidrigen Maßnahmen im oben genannten Sinne. Die Antragsgegnerin betreibt, wie sie erstinstanzlich mit Schriftsatz vom 26.03.2013 dargelegt hat, das Konzessionsvergabeverfahren in den vier Schritten Bekanntmachung, Dialogphase, Angebotsphase und Entscheidungsphase (zum derzeitigen Stand vgl. GRDRs. 344/2013 vom 09.07.2013 für die Gemeinderatssitzung vom 18.07.2013 [veröffentlicht auf [www.stuttgart.de](http://www.stuttgart.de)]). Die Antragsgegnerin hat sich mit guten Gründen für eine Ausschreibung der Konzessionen für das Gasnetz und das Stromnetz entscheiden. Aus welchen Gründen Verfahrensschritte in diesem Prozess Maßnahmen der Antragsgegnerin sein sollen, die allein dem Zweck dienen, dem Bürgerbegehren die Grundlage zu entziehen, ist nicht erkennbar.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Ellenberger

Epe

Hettlich