

Rechtsanwälte Günther

Partnerschaft

Rechtsanwälte Günther • Postfach 130473 • 20104 Hamburg

Michael Günther *
Hans-Gerd Heidel * (bis 30.06.2020)
Dr. Ulrich Wollenteit *¹
Martin Hack LL.M. (Stockholm) *¹
Clara Goldmann LL.M. (Sydney) *
Dr. Michéle John *
Dr. Dirk Legler LL.M. (Cape Town) *
Dr. Roda Verheyen LL.M. (London) *
Dr. Davina Bruhn *
André Horenburg

¹ Fachanwalt für Verwaltungsrecht
* Partner der Partnerschaft
AG Hamburg PR 582

Mittelweg 150
20148 Hamburg
Tel.: 040-278494-0
Fax: 040-278494-99
www.rae-guenther.de

23.03.2021
00366/20 /L /L
Mitarbeiterin: Birgit Westphal
Durchwahl: 040-278494-21
Email: westphal@rae-guenther.de

Direkte Demokratie und Energiewende in den Stadtwerken – Möglichkeiten und Grenzen von Bürgerbegehren

Rechtsgutachten im Auftrag von Umweltinstitut München e.V., BürgerBegehren
Klimaschutz e.V. und Mehr Demokratie e.V.

erstattet von Rechtsanwalt Dr. Dirk Legler
unter Mitarbeit von Rechtsreferendarin Lea Kahlbrandt

März 2021

Buslinie 19, Haltestelle Böttgerstraße • Fern- und S-Bahnhof Dammtor • Parkhaus Brodersweg

Hamburger Sparkasse
IBAN DE84 2005 0550 1022 2503 83
BIC HASPDEHHXXX

Commerzbank AG
IBAN DE22 2008 0000 0400 0262 00
BIC DRESDEFF200

GLS Bank
IBAN DE61 4306 0967 2033 2109 00
BIC GENODEM1GLS

Inhaltsverzeichnis

I.	Zur Kompetenz der Gemeinden	4
1.	Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen und Kreisen.....	4
a.	Grundsätzlicher Fall: Stadtwerk betreibt schon (Heiz-)Kraftwerke.....	5
b.	Ausnahmefall: Stadtwerke betreibt noch gar keine (Heiz-)Kraftwerke	6
c.	Besondere kommunale Voraussetzungen	7
d.	Zwischenergebnis.....	12
2.	Der Umstieg auf „100 Prozent Erneuerbar“ als kommunale Aufgabe	13
3.	„100 Prozent Erneuerbar“ und Wirtschaftsgrundsätze	14
II.	Gesellschaftsrechtliche Grenzen	16
1.	Fallkonstellation GmbH	16
2.	Fallkonstellation Aktiengesellschaft (AG).....	25
III.	Das Koppelungsverbot.....	26
1.	Kriterien der Rechtsprechung.....	27
2.	Konsequenzen für Bürgerbegehren	29
3.	Konkrete Auslegung und Beispiele	30
a.	Kein Verstoß gegen das Koppelungsverbot	31
b.	Verstoß gegen das Koppelungsverbot.....	33
c.	Zwischenergebnis zum Koppelungsverbot	34
IV.	Beispiele für konkrete Fragestellungen	37
1.	Fragen zu Kommunen mit kommunalen Stadtwerken	38
a.	Beispiel 1: Stromwende des örtlichen Stadtwerks	40
b.	Beispiel 2: Wärmewende des örtlichen Stadtwerks	42
c.	Beispiel 2a: Wärmewende mit Ausschluss der Verpachtung/Veräußerung.....	44
d.	Beispiel 3: Abschaltung konkreter fossil betriebener KWK-Anlagen	45
e.	Beispiel 4: Keine Durchleitung fossiler Wärme durch eigene Fernwärmenetze	46
f.	Beispiel 4a: Anschlussanspruch für erneuerbare Wärme ins Fernwärmenetz ...	50
2.	Fragen zu Kommunen ohne kommunale Beteiligung an EVUs vor Ort.....	56
a.	Beispiel 5: Erneuerbare-Energien-Quote für das Fernwärmenetz.....	56
b.	Beispiel 6: Festlegung des Temperaturniveaus des Fernwärmenetzes.....	60
c.	Beispiel 7: CO ₂ -Grenzwerte für das Fernwärmenetz.....	62
d.	Beispiel 8: Kombination der Beispiele 5 - 7	63
e.	Beispiel 9: CO ₂ -abhängige Sondernutzungsgebühren für Wärmenetze	64
f.	Beispiel 10: Wärmeplanung/-kataster.....	67

Das Gutachten untersucht verschiedene Möglichkeiten, mithilfe eines Bürgerbegehrens die Umstellung der kommunalen Strom- und Wärmeversorgung auf erneuerbare Energien einzuleiten. Dabei wird zunächst dargestellt, wie durch ein Bürgerbegehren auf ein bestehendes kommunales Stadtwerk so eingewirkt werden kann, dass dieses eine lokale Wärme- und Stromversorgung aus 100 Prozent Erneuerbaren Energien bereitstellen muss. Zusätzlich werden Handlungsmöglichkeiten untersucht, wie die lokale Energieversorgung ökologisch umgebaut werden kann, wenn es kein kommunales Stadtwerk vor Ort gibt.

Dieses Gutachten knüpft insoweit direkt an unser Rechtsgutachten aus November 2018 zum kommunalen Kohleausstieg durch direkte Demokratie an, welches wir für das Handbuch „*Klimawende von unten*“ erstellt hatten.¹ In diesem Gutachten aus 2018 wurde bereits grundsätzlich und sehr umfangreich zur Betätigung der Kommunen im Bereich der Energieversorgung rechtlich ausgeführt. Hierauf wird zunächst verwiesen, denn die darin aufgezeigten insbesondere energie-, kommunal- und gesellschaftsrechtlichen Aspekte sind grundsätzlich auch auf die Konstellation übertragbar, dass man im Wege eines Bürgerbegehrens in Bezug auf das örtliche vorhandene kommunale Stadtwerk nunmehr eine lokale Wärme- und Stromversorgung aus 100 Prozent Erneuerbaren Energien einfordert.

Ergänzend zu den Ausführungen aus 2018 werden im Folgenden daher nur einige im Hinblick auf die Beteiligung der Kommunen an den örtlichen Stadtwerken als besonders rechtlich relevant angesehene Aspekte vertieft. Hierbei geht es zunächst um grundsätzliche Ausführungen zur Kompetenz der Gemeinden auf dem Feld der Energieversorgung (unter I.). Sodann wird auf die – je nach der privatrechtlichen Ausgestaltung des örtlichen Stadtwerks ebenfalls geltenden – gesellschaftsrechtlichen Grenzen eingegangen (unter II.), um anschließend das so genannte Koppelungsverbot (unter III.) zu beleuchten, welches auch bei der Formulierung von Bürgerbegehren in Bezug auf die Einflussnahme von örtlichen Stadtwerken selbstverständlich zu beachten ist.

Abschließend werden – basierend auf diesen Maßstäben – Beispiele für mögliche Fragestellungen in Bürgerbegehren bei Kommunen mit und ohne kommunalem Stadtwerk aufgeführt und rechtlich untersucht (unter IV.).

¹ Dieses Rechtsgutachten kann unter: cloud.klimawende.org eingesehen werden.

I. Zur Kompetenz der Gemeinden

Gemeinden haben grundsätzlich ein freies Entschließungs- und Auswahlermessen hinsichtlich des „Ob“ und des „Wie“ der Erfüllung ihrer Tätigkeiten.² Gemeinden haben damit auch bei der Strom- und Fernwärmeversorgung als Teil ihrer kommunalen Verantwortung (für die sogenannte Daseinsvorsorge ihrer Bürger, aber auch für den Klimaschutz) grundsätzlich freies Ermessen hinsichtlich der Art und Weise ihrer Aufgabenerfüllung.³

Auch was die Voraussetzungen für das Ergreifen einer wirtschaftlichen Betätigung in Form der Gründung oder Schaffung eines örtlichen Stadtwerks angeht, ist eine Gemeinde in ihrem eigenen Wirkungskreis ebenfalls vollkommen frei in der Wahl ihrer Handlungsform. Das bedeutet, dass eine Gemeinde ihre Aufgaben auch ohne Weiteres mittels (privat-)wirtschaftlicher Betätigung (als Stadtwerk GmbH, Gemeindewerk AG, o.ä.) erfüllen kann⁴ und dies gilt nicht nur für die Gemeinde, sondern auch für die anderen Gebietskörperschaften, wie Kreise, Gemeindeverbände und Zweckverbände.⁵

Wird eine Kommune oder ein Kreis indes auch *wirtschaftlich* tätig, so gelten sowohl zum Schutz der Belange der Gemeinden als auch privater Konkurrenten für jede kommunale wirtschaftliche Betätigung besondere Bedingungen, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

1. Wirtschaftliche Betätigung von Kommunen und Kreisen

Zu beachten ist als erstes, dass alle Gemeindeordnungen der Bundesländer spezielle Voraussetzungen nicht nur für die Errichtung oder die Übernahme wirtschaftlicher kommunaler Unternehmen und für die kommunale Neu- oder Erstbeteiligung an solchen wirtschaftlichen Unternehmen normieren, sondern auch zumindest für **wesentliche Erweiterungen** von derartigen bereits bestehenden kommunalen Unternehmen. In einigen Bundesländern, wie z.B. in Nordrhein-Westfalen (NRW) oder Sachsen,⁶ wird darüber hinaus bereits bei jeder – also

² Vgl. hierzu *M. Ronellenfitsch/L. Ronellenfitsch*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 4.

³ *Franz*, Gewinnerzielung durch kommunale Daseinsvorsorge, 2005, S. 48 f.. Nach Art. 152 Satz 2 der bayerischen Landesverfassung hat allerdings das Land die Versorgung mit elektrischer Energie sicherzustellen. Die gesetzliche Anschluss- und Versorgungspflicht nach § 36 I EnWG gilt nur für das jeweilige Grundversorgungsunternehmen und richtet sich nicht spezifisch an die öffentliche Hand.

⁴ *M. Ronellenfitsch/L. Ronellenfitsch*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 1 Rn. 8.

⁵ vgl. etwa § 27 Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit NRW.

⁶ Vgl. § 107 Abs. 1 GO NRW und § 97 Abs. 1 SächsGO.

auch jeder „unwesentlichen“ – Änderung eines solchen kommunalen Unternehmens die Erfüllung dieser speziellen kommunalrechtlichen Voraussetzungen verlangt.

Betrachtet man folglich den vorliegend zu untersuchenden Fall, dass es ein kommunales Stadtwerk vor Ort bereits gibt und dass dieses auf dem Geschäftsfeld der Wärme- und Stromversorgung auch bereits tätig ist, so stellt sich als erstes die Frage, ob die Forderung nach einer Umstellung auf 100 Prozent Erneuerbare Energien gegenüber diesem Stadtwerk bereits eine „wesentliche Erweiterung“ von dessen Geschäftsfeld darstellt mit der Folge, dass die speziellen Voraussetzungen der kommunalen Gemeindeordnungen stets auch bei Bürgerbegehren, die dies einfordern, zu beachten wären.

a. Grundsätzlicher Fall: Stadtwerk betreibt schon (Heiz-)Kraftwerke

Weil ein vorhandenes örtliches Stadtwerk in der Regel bereits Kraftwerke und/oder Heizwerke (bzw. Heizkraftwerke) betreibt, dürfte die Forderung nach „100 Prozent Erneuerbare Energien“ in der Regel nur mit der Forderung nach einem Wechsel des Primärenergieträgers (erneuerbar statt fossil) und/oder einem sonstigen technischen Umbau des Kraftwerksparks dieses Stadtwerks einhergehen. Damit liegt in der Regel keine „wesentliche Erweiterung“ des kommunalen Unternehmens vor. Vielmehr ist der Kraftwerksbetrieb dann schon Geschäftsfeld des Stadtwerks und wird lediglich geändert, nicht aber „wesentlich erweitert“.

Das Merkmal der „wesentlichen Erweiterung“ hat in diesem Zusammenhang zweierlei Ausprägungen: Zum einen kann von einer *Erweiterung* hier immer dann gesprochen werden, wenn der Umfang eines bestehenden Unternehmens ausgedehnt wird, ohne dass hierdurch der eigentliche Unternehmenszweck eine Änderung erfährt.⁷ Um zu prüfen, ob diese Erweiterung auch „wesentlich“ im Sinne der Gemeindeordnungen ist, ist in einem ersten Schritt auf den bisherigen Umfang der (wirtschaftlichen) Tätigkeit des zu erweiternden Unternehmens (hier also des Stadtwerks) abzustellen. Maßgebliche Kenngrößen können dabei zum Beispiel die Bilanzsumme oder die Anzahl der Mitarbeiter sein. In einem zweiten Schritt ist dann die geplante Erweiterung hierzu in Bezug zu setzen. Schließlich wird man die Finanzkraft der das Unternehmen tragenden Gemeinde ebenfalls mit zu berücksichtigen haben. Absolute Größen lassen sich jedoch nicht bestimmen. Zum anderen wird eine wesentliche Erweiterung aber in der Regel auch dann bejaht, wenn sich ein bestehendes Unternehmen einem weiteren, neuen Ge-

⁷ vgl. hierzu und zum Folgenden: BeckOK KommunalR BW/Müller, 11. Ed. 1.10.20, GemO § 102 Rn. 8.

schäftsfeld zuwendet, welches in Bezug auf das bislang bestehende Tätigkeitsfeld nicht nur unwesentlich ist.

In der Regel dürfte ein Bürgerbegehren, welches den Einstieg in eine 100-prozentige Energieversorgung aus Erneuerbaren Energien fordert, mithin lediglich mit einer bloßen, vom Umfang her weitestgehend unveränderten *Fortführung* des kommunalen Stadtwerks einhergehen und daher keinen speziellen Voraussetzungen aus den Gemeindeordnungen unterliegen, weil es an der Wesentlichkeit der Erweiterung fehlt.

Weil die dargestellten speziellen Voraussetzungen, wie ausgeführt, grundsätzlich nur an die Errichtung, die Übernahme und die wesentliche Erweiterung geknüpft sind, sind sie also in der Regel nicht zu beachten. Vielmehr genießen die bestehenden kommunalen Unternehmen dann in der Regel **Bestandsschutz**, d.h. sie dürfen im bestehenden bzw. nur unwesentlich erweiterten Umfang fortgeführt (und auch abgewandelt fortgeführt) werden, ohne dass es besonderer zusätzlicher kommunalrechtlicher Pflichtenerfüllungen oder Voraussetzungen bedarf.

Der mit einem Bürgerbegehren angestrebte Wechsel der Primärenergie (hin zu 100 Prozent Erneuerbar) dürfte daher unter diesen Bestandsschutz fallen, so dass einem Bürgerbegehren, das dies einfordert, spezielle Hindernisse aus den Vorgaben an eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde in der Regel nicht entgegenstehen dürften.

b. Ausnahmefall: Stadtwerke betreibt noch gar keine (Heiz-)Kraftwerke

Anders kann dies im *Einzelfall* sein, wenn das Stadtwerk noch keine eigenen Kraft- und/oder Heiz- bzw. Heizkraftwerke betreibt (sondern bis dato z.B. ausschließlich im Stromhandel tätig ist). Wenn man in einem solchen Ausnahmefall mittels eines Bürgerbegehrens einen *erstmaligen Einstieg* in den (Heiz-)Kraftwerksbetrieb mit Erneuerbaren Energien fordert, würde ein solches Bürgerbegehren mit der indirekten Forderung einer Erweiterung der Betätigung des schon bestehenden Stadtwerks einhergehen. Denn das Stadtwerk hat in diesem Ausnahmefall bis dahin noch gar kein (Heiz-)Kraftwerk betrieben.

Nur in diesem (Ausnahme-)Fall – sowie in NRW und Sachsen auch bei der Konstellation a.) – sind dann die im Folgenden unter c.) genannten speziellen Voraussetzungen der Gemeindeordnungen auch bei Bürgerbegehren, die den Einstieg in 100 Prozent Erneuerbare Energien von einem Stadtwerk einfordern, zu prüfen.

c. **Besondere kommunale Voraussetzungen**

Aus den Gemeindeordnungen ergeben sich grundsätzlich für jede wirtschaftliche Betätigung einer Kommune die folgenden speziellen Voraussetzungen – hier einmal beispielhaft anhand der Rechtslage in NRW dargestellt:

1. Die geforderte Betätigung der Kommune (hier also der Einstieg in eine 100-prozentige Energieversorgung aus Erneuerbaren Energien) muss einen *öffentlichen Zweck* verfolgen.
2. Die geforderte Betätigung muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der *Leistungsfähigkeit* der Gemeinde stehen.

Und:

3. Der öffentliche Zweck darf durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden können (sog. *Subsidiarität*).⁸

Diese im Falle der Errichtung eines wirtschaftlichen kommunalen Unternehmens oder der kommunalen Neu- oder Erst-Beteiligung an solchen Unternehmen grundsätzlich geforderten Grundregeln gelten in der Regel laut den einzelnen Gemeindeordnungen der Bundesländer auch bei einer energiewirtschaftlichen Betätigung – und werden lediglich in einigen Gemeindeordnungen noch leicht modifiziert.⁹

Im Zuge der hier gegenständlichen Bürgerbegehren ist eine Neuprüfung dieser besonderen kommunalrechtlichen Aspekte indes – wie aufgezeigt – nur in dem Ausnahmefall erforderlich, dass das Stadtwerk noch keine eigenen Kraft- und/oder Heiz- bzw. Heizkraftwerke betreibt (sondern bis dato z.B. ausschließlich im Stromhandel tätig ist). In allen anderen Fällen sind diese kommunalrecht-

⁸ vgl. beispielhaft § 107 Abs.1, S. 1 GO NRW, der in der seit 02.02.2018 gültigen Fassung wie folgt lautet: „Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn 1.ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert, 2.die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und 3.bei einem Tätigwerden außerhalb der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie des Betriebes von Telekommunikationsleistungsnetzen einschließlich der Telekommunikationsdienstleistungen der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.“ Damit ist nur die hier nicht einschlägige Wasserversorgung vom Grundsatz der Subsidiarität befreit.

⁹ Nach z.B. § 107a Abs. 1 GO NRW (und auch für andere Bundesländer) dient die wirtschaftliche Betätigung in den Bereichen der Strom-, Gas- und Wärmeversorgung stets einem öffentlichen Zweck und ist zulässig, wenn sie nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht. Damit verbundene Dienstleistungen sind zulässig, wenn sie den Hauptzweck fördern, § 107a II 1 GO NRW. Auch eine überörtliche Tätigkeit wird z.T. erleichtert, vgl. § 107a III GO NRW, § 68 II 3 KV-MV.

lichen Voraussetzungen in der Regel nicht noch einmal neu zu erfüllen/zu prüfen, sondern gelten als quasi schon immer erfüllt (sie genießen Bestandsschutz).

Im Übrigen sind wir aber auch der Auffassung, dass das Ziel, auf Gemeindegebiet schnellstmöglich eine Energieversorgung aus 100 Prozent Erneuerbaren Energien durch das schon vorhandene örtliche kommunale Stadtwerk zu erreichen, im Ergebnis diese drei speziellen kommunalrechtlichen Bedingungen ebenfalls erfüllt (so dass im Ergebnis auch für die bereits oben geschilderte Rechtslage in Sachsen und NRW insoweit kein Problem besteht):

Zu 1: öffentlicher Zweck

Die Umstellung auf 100 Prozent Erneuerbare Energien dient einem **öffentlichen Zweck**, nämlich dem Ziel des Klimaschutzes. Zwar gibt es neben dem Ziel des Klima- und Umweltschutzes in der Energiewirtschaft auch noch die Aspekte der *Preisgünstigkeit* und der *Versorgungssicherheit* als weitere öffentliche Zwecke einer Energieversorgung (vgl. nur § 1 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) mit der dort normieren so genannten Zieltrias).

Im Bestreitensfalle könnte daher hier – etwa im Zuge einer Prüfung eines derartigen Bürgerbegehrens durch ein kommunales Gremium und/oder anschließend ein Gericht – eine Interessenabwägung gefordert werden zum Beispiel in dem Sinne, dass es bei einer Versorgung aus 100 Prozent Erneuerbaren Energien zu teuer für die Letztverbraucher des Stroms/der Wärme würde, und dann ggü. einem Bürgerbegehren, dass dies einfordert, ein Überwiegen des öffentlichen Zwecks abgelehnt würde (weil im Rahmen der Zieltrias eine solche Forderung zu sehr gegen den Grundsatz der Preisgünstigkeit verstoßen würde).

Gleiches könnte unter Hinweis auf Probleme mit der Versorgungssicherheit passieren. Erneuerbare Energien sind in der Regel volatil (zumindest Solar- und Windenergie).

Solchen kritischen Ausführungen kann man indes Folgendes entgegenhalten: eine Strom- und Wärmeerzeugung aus Erneuerbaren Energien liegt immer im öffentlichen Interesse. Denn die erneuerbare Wärme- und/oder Stromversorgung trägt bestmöglich zur Erreichung der energiepolitischen Ziele der Bundesregierung bei (wie sie z.B. im Klimaschutzgesetz zum Ausdruck kommen). § 1 Bundes-Klimaschutzgesetz¹⁰ lautet:

¹⁰ Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2513).

Zweck dieses Gesetzes ist es, zum Schutz vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels die Erfüllung der nationalen Klimaschutzziele sowie die Einhaltung der europäischen Zielvorgaben zu gewährleisten. Die ökologischen, sozialen und ökonomischen Folgen werden berücksichtigt. Grundlage bildet die Verpflichtung nach dem Übereinkommen von Paris aufgrund der Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen, wonach der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 Grad Celsius und möglichst auf 1,5 Grad Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist, um die Auswirkungen des weltweiten Klimawandels so gering wie möglich zu halten, sowie das Bekenntnis der Bundesrepublik Deutschland auf dem Klimagipfel der Vereinten Nationen am 23. September 2019 in New York, Treibhausgasneutralität bis 2050 als langfristiges Ziel zu verfolgen.

Diese Zielvorgabe aus dem Bundes-Klimaschutzgesetz sowie die weiteren grundsätzlichen rechtsverbindlichen Zielsetzungen der Bundesregierung zum Klimaschutz und den Zielsetzungen der Europäischen Union im Energie- und Klimabereich liegen immer in einem übergeordneten öffentlichen Interesse. Dies hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) bereits im Jahre 2016 bestätigt. In seinem insoweit bis heute grundlegenden Urteil vom 04. Mai 2016 hat der EuGH festgestellt, dass

„die Förderung erneuerbarer Energiequellen, die für die Union von hoher Priorität ist, u. a. im Hinblick darauf gerechtfertigt ist, dass die Nutzung dieser Energiequellen zum Umweltschutz und zur nachhaltigen Entwicklung beiträgt und zur Sicherheit und Diversifizierung der Energieversorgung beitragen und die Erreichung der Zielvorgaben des Kyoto-Protokolls zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen beschleunigen kann“.¹¹

Staatliche Behörden müssen dieses hohe öffentliche Interesse bei der Abwägung mit anderen Rechtsgütern daher immer prioritär berücksichtigen. Das betrifft jede einzelne Anlage und jedes einzelne (Heiz-)Kraftwerk.

Darüber hinaus dient der Ausbau der Erneuerbaren Energien auch der öffentlichen Sicherheit bzw. der Versorgungssicherheit. Denn durch die derzeitigen Stilllegungen der so genannten konventionellen Anlagen in einem erheblichen Umfang (infolge des Kohle- und Kernenergieausstiegs) würde ohne den Zubau von

¹¹ Zitat aus: EuGH, Urt. v. 04.05.2016 – C-346/14, Rn. 73.

Erneuerbare-Energien-Anlagen die Versorgung mit Strom nicht dauerhaft gesichert werden können.

Auch die europäische Rechtsprechung sowie die europäische Kommission¹² hat daher im Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit ebenfalls bereits mehrfach festgestellt, dass Energieerzeugnisse wegen ihrer außerordentlichen Bedeutung als Energiequelle in der modernen Wirtschaft wesentlich sind für die Existenz eines Staates, da nicht nur das Funktionieren seiner Wirtschaft, sondern vor allem auch das seiner Einrichtungen und seiner wichtigen öffentlichen Dienste und selbst das Überleben seiner Bevölkerung von ihnen abhängen. Eine Versorgungsunterbrechung und die sich daraus für die Existenz eines Staates ergebenden Gefahren können somit seine öffentliche Sicherheit schwer beeinträchtigen. Diese Erwägungen sind auf die Strom- und Wärmeversorgung insgesamt übertragbar. Strom und Wärme sind für das Funktionieren der öffentlichen Verwaltung und des Gesundheitssystems sowie für die Versorgung der Bevölkerung und für jegliche moderne Kommunikation zwingend erforderlich.

All dies zeigt mithin sehr deutlich, dass die oben unter 1. genannte erforderliche öffentliche Zweckverfolgung bei einer kommunalen wirtschaftlichen Betätigung, die eine Strom- und Wärmeversorgung aus 100 Prozent Erneuerbaren Energien fordert, zukünftig immer besser argumentierbar sein wird bzw. letztendlich die einzig mögliche Argumentation darstellt.

Zu 2: *Wirtschaftlichkeit*

Auch das Erfordernis, dass die geforderte Betätigung (hier: 100 Prozent Wärme und/oder Strom aus Erneuerbaren Energien) nach Art und Umfang in einem *angemessenen Verhältnis* zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen muss, ist zu bejahen.

Denn bei der Bestimmung der Ergebnis-Mittel-Relation ist stets zu beachten, dass es zulässig ist, durch die Art und Weise der Aufgabenerfüllung zahlreiche separate Nebenziele zu verfolgen.¹³ Um das Primat der Politik zu wahren, ist Planungsentscheidungen zudem ein weiterer Spielraum einzuräumen als späteren Vollzugsentscheidungen.¹⁴ Die Gerichte überprüfen die Einhaltung dieses Grundsatz-

¹² Nachweise in: Bundestags-Drucksache 19/23482, Seite 92f.

¹³ Vgl. *Diemert*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Edition, Stand: 01.09.2018, GO NRW § 75 Rn. 15 m.w.N.

¹⁴ Vgl. *Diemert*, in: BeckOK Kommunalrecht Nordrhein-Westfalen, 5. Edition, Stand: 01.09.2018, GO NRW § 75 Rn. 15 m.w.N.

zes daher auch nur zurückhaltend im Sinne einer Vertretbarkeitsprüfung.¹⁵ Zusammenfassend kann man daher sagen, dass die Stadtwerke zwar weiterhin möglichst einen **Ertrag** für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen,¹⁶ dass der **öffentliche Zweck** dabei aber **Vorrang** vor der Ertragserzielung hat.¹⁷ Häufig steht das Gebot der Ertragserzielung in den Gemeindeordnungen daher auch ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks nicht beeinträchtigt wird.¹⁸ Sonst folgt der Vorrang daraus, dass die Erfüllung des öffentlichen Zwecks als Muss-Bestimmung formuliert ist, die Erzielung eines Überschusses lediglich als Soll-Vorschrift.¹⁹ Der Vorrang muss aber auch dort gelten, wo er nicht ausdrücklich normiert ist.²⁰

Die Erfüllung des öffentlichen Zwecks ist daher die Primäraufgabe, Gewinnerzielung nur nachgeordnetes Nebenziel. Diese eindeutig festgelegte Rangfolge zwischen öffentlichem Zweck und Ertragserzielung ist eine klare Handlungs- und Entscheidungsvorgabe für die an der Führung kommunaler Unternehmen beteiligten Personen und Gremien. Zur Sicherung des Primärziels können daher auch Verluste zulässig sein.²¹ Nicht nur der eigentliche Unternehmenszweck ist der Ertragserzielung übergeordnet. Auch weitere öffentliche Zwecke darf die Gemeinde berücksichtigen. Gerade öffentliche Energieversorgungsunternehmen können daher aus ökologischen Gründen auf eine Gewinnmaximierung verzichten.²²

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Ausstieg aus einer fossilen Wärmeversorgung aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Rahmendaten zudem durchaus wirtschaftlich ist. Ab 01.01.2021 sieht nämlich nicht nur das Treibhausgasemissionshandelsgesetz (TEHG) gegenüber Großkraftwerken, sondern auch das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) vor, dass für das Inverkehrbringen von fossilen Brenn- und Kraftstoffen Zertifikate gekauft werden müssen.

¹⁵ Vgl. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. Oktober 1990 – 15 A 1099/87 –, Rn. 11, juris.

¹⁶ Vgl. § 92 IV BbgKVerf, § 109 GO NRW, § 75 KV M-V, vgl. auch §§ 102 III, 103 III, GO BW

¹⁷ *Oebbbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 11; *Katz*, NVwZ, 2018, 1091, 1095; ausführlich *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kapitel C. Rn. 65-68.

¹⁸ Vgl. § 97 IV BbgKVerf, § 121 VIII 1 HGO, § 109 I 2 GO NW.

¹⁹ Vgl. § 102 III GO BW, § 92 IV BbgKVerf, § 75 I 1, 2 KV MV, § 149 I NKomVG, § 109 GO NRW, § 85 III GemO RhPf, § 116 KSVG SL, § 94a IV SächsGemO, §§ 71 II und 75 I ThürKO; § 107 GO SH. Zum Teil wird eine Ertragserzielung auch nicht gefordert, vgl. Art. 95 I BayGO.

²⁰ *Oebbbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 11; Ein ausdrücklicher Vorrang fehlt in Sachsen-Anhalt.

²¹ *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 3. Aufl. 2015, Kapitel C. Rn. 66 f.

²² *Oebbbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 12.

Dadurch soll laut der Begründung des Gesetzgebers „ein wirtschaftlicher Anreiz zur Senkung des Verbrauchs fossiler Brennstoffe und für den Umstieg von emissionsintensiven auf klimaschonendere Technologien und die Nutzung erneuerbaren Energien“ geschaffen werden.²³ Das Gesetz verfolgt dabei den sog. Upstream-Ansatz, wonach die Kosten, die durch den Emissionshandel entstehen, über den Verkaufspreis indirekt auf den Endverbraucher abgewälzt werden. Der Preis für ein Emissionszertifikat (dies entspricht der Berechtigung zur Emission einer Tonne Treibhausgas in Tonnen Kohlendioxidäquivalent im Jahr) beträgt für den Zeitraum 01.01.2021 bis 31.12.2021 nach aktueller Rechtslage 25,00 EUR/Emissionszertifikat und steigt jährlich bis zum Jahr 2025 an, 2022 = 30,00 EUR, 2023 = 35,00 EUR, 2024 = 45,00 EUR und 2025 = 55,00 EUR. Ab 2026 werden die Zertifikate dann ohne Preisbegrenzung versteigert, so dass weitere (erhebliche) Preisanstiege bei fossilem Energieeinsatz zu erwarten sind.

Zu 3: Subsidiarität

Dass der öffentliche Zweck (Klimaschutz durch 100 Prozent Erneuerbare Energie) durch andere Unternehmen als das kommunale Stadtwerk per se besser und wirtschaftlicher erfüllt werden könnte, ist nicht der Fall. Die Subsidiaritätsklausel verlangt aber lediglich entweder das Nichtvorliegen einer zuvörderst qualitativen („nicht besseren“) oder das Nichtvorliegen einer ökonomischen („nicht wirtschaftlicheren“) Voraussetzung. Das heißt, dass es genügt, wenn die Gemeinde (bzw. ihr Stadtwerk) qualitativ die Wärme- und/oder Stromversorgung hinsichtlich der öffentlichen Zweckerfüllung „Klimaschutz“ ebenso gut erfüllen kann wie ein Privater.²⁴ Das aber kann bejaht werden.

Es besteht damit im Ergebnis eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass vor diesem Hintergrund keine Bedenken gegen ein Bürgerbegehren der aufgezeigten Art bestehen – selbst wenn man die aufgezeigten besonderen kommunalen Voraussetzungen aus den Gemeindeordnungen erfüllen müsste.

d. Zwischenergebnis

Die entsprechende Ausgestaltung der Energieversorgung (hin zu 100 Prozent Erneuerbaren Energien), die ein Bürgerbegehren einfordern würde, kann damit

²³ Zitat aus dem Entwurf eines Gesetzes über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen vom 05.11.2019, in: BT-Drs. 19/14746, S. 2.

²⁴ OVG Koblenz, NVwZ 2000, Seite 801, 803.

im Ergebnis als Teil des eingangs dargestellten freien Entschließungs- und Auswahlermessens der Gemeinde angesehen werden. Zwar greift ein solches Bürgerbegehren in die (sensible, weil durch die Gemeindeförderung besonders determinierte) wirtschaftliche Tätigkeit der Kommune ein. Die hierbei zum Schutz der Belange der Gemeinden und auch der privaten Konkurrenten normierten besonderen Bedingungen für die kommunale wirtschaftliche Betätigung können aber auch bei Beachtung dieser Forderung (nach 100 Prozent Erneuerbaren Energien) grundsätzlich eingehalten werden.

Mittels Bürgerbegehren kann daher auch eine entsprechende Ermessensausübung etwa in dem Sinne verlangt werden, dass das Bürgerbegehren die Kommune zwingt, ihren gemeindlichen Willen nur und ausschließlich in der Weise im öffentlichen Interesse auszuüben, dass die Beteiligung am örtlichen Stadtwerk so ausgenutzt wird, dass dieses (ggf. binnen angemessener Fristen) nur noch aus Erneuerbaren Energien Wärme und Strom erzeugt.

2. Der Umstieg auf „100 Prozent Erneuerbar“ als kommunale Aufgabe

Der Umstieg auf eine zu 100 Prozent erneuerbare Strom- und Wärmeversorgung liegt aber nicht nur im erforderlichen öffentlichen Interesse, sondern ist auch eine kommunale Angelegenheit. Denn dieser Umstieg ist ein dem Klimaschutz dienendes Mittel, so dass er als Teil des Klimaschutzziels – ebenso wie der Kohleausstieg – anzusehen ist. Die nun im Bundesklimaschutzgesetz und den Landesklimaschutzgesetzen sowie dem EEG 2021 (Erneuerbare-Energien-Gesetz in der ab dem 01.01.2021 geltenden Fassung) verankerte Grundsatz, dass Treibhausgasneutralität durch die für die einzelnen Sektoren vorgegebenen Pfade zu erreichen ist,²⁵ wird dabei auch durch das GEG (Gebäudeenergiegesetz) flankiert und als kommunale Aufgabe anerkannt.

§ 1 Abs. 2 GEG lautet:

„Unter Beachtung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit soll das Gesetz im Interesse des Klimaschutzes, der Schonung fossiler Ressourcen und der Minderung

²⁵ Vgl. nur § 1 Abs. 2 bis 4 EEG 2021: „(2) Ziel dieses Gesetzes ist es, den Anteil des aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms am Bruttostromverbrauch auf 65 Prozent im Jahr 2030 zu steigern. (3) Ziel dieses Gesetzes ist es ferner, dass vor dem Jahr 2050 der gesamte Strom, der im Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der deutschen ausschließlichen Wirtschaftszone (Bundesgebiet) erzeugt oder verbraucht wird, treibhausgasneutral erzeugt wird. (4) Der für die Erreichung der Ziele nach den Absätzen 2 und 3 erforderliche Ausbau der erneuerbaren Energien soll stetig, kosteneffizient und netzverträglich erfolgen.“

der Abhängigkeit von Energieimporten dazu beitragen, die energie- und klimapolitischen Ziele der Bundesregierung sowie eine weitere Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien am Endenergieverbrauch für Wärme und Kälte zu erreichen und eine nachhaltige Entwicklung der Energieversorgung zu ermöglichen.“

§ 109 GEG lautet:

„Die Gemeinden und Gemeindeverbände können von einer Bestimmung nach Landesrecht, die sie zur Begründung eines Anschluss- und Benutzungszwangs an ein Netz der öffentlichen Fernwärme- oder Fernkälteversorgung ermächtigt, auch zum Zwecke des Klima- und Ressourcenschutzes Gebrauch machen.“

Auch die Landesklimaschutzgesetze richten sich bezüglich ihrer Ziele zur Verringerung der Treibhausgasemissionen ausdrücklich an die Gemeinden und Gemeindeverbände und schreiben ihnen eine Vorbildfunktion u.a. bei der Minderung der Treibhausgase zu.²⁶ Überwiegend werden auch die juristischen Personen des Privatrechts erfasst, wenn ein bestimmender Einfluss der Gemeinden besteht.²⁷

Es ist damit unseres Erachtens wahrscheinlich rechtlich durchsetzbar, dass die Forderung nach einem Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien auch als örtliche Angelegenheit und damit kommunale Aufgabe anerkannt wird, zumal dies auch mit einer Verbesserung der örtlichen Umwelt- und Luftqualität einhergeht.

3. „100 Prozent Erneuerbar“ und Wirtschaftsgrundsätze

Wie ebenfalls in unserem Gutachten aus November 2018 bereits aufgezeigt, enthält das Kommunalrecht der Länder spezielle, an die Gemeinde gerichtete Vorgaben für die Führung ihrer kommunalen Unternehmen. Eine dieser Vorgaben ist, dass diese wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde so zu führen sind, dass der öffentliche Zweck nicht nur erfüllt wird,²⁸ sondern dass dieses Ziel auch

²⁶ Vgl. § 2 II, § 3 I, II und § 5 I 1 Klimaschutzgesetz NRW, § 1 I, § 4 I, § 7 I, IV Klimaschutzgesetz Baden-Württemberg, § 1, § 4, § 9 I, V Klimaschutzgesetz Rheinland-Pfalz, § 1, § 2 II, § 7 Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz, § 1, § 2 Nr. 9 a), § 3 Energiewende- und Klimaschutzgesetz Schleswig-Holstein. Vgl. auch § 1 I, II Nr. 1 Hamburgisches Klimaschutzgesetz und § 1, § 2 Nr. 4 a), § 3 I, § 6, § 9 Energiewendegesetz Berlin, wo naturgemäß der Bezug auf die Gemeinden fehlt, da es solche dort nicht gibt. Berlin nimmt allerdings ausdrücklich die Bezirke in die Verantwortung, § 9 Energiewendegesetz Berlin. Vgl. auch § 2, § 3, § 7 I, IV und § 8 des Entwurfs des Thüringer Klimagesetzes, Landtagsdrucksache 6/4919.

²⁷ Vgl. etwa § 3 II 2 Landesklimaschutzgesetz Rheinland-Pfalz, § 2 II 2 Klimaschutzgesetz NRW, § 7 II Bremisches Klimaschutz- und Energiegesetz.

²⁸ Vgl. z.B. § 122 I Nr. 1 HGO, § 75 I 1 KV MV, § 109 I 1 GO NW, § 116 I KSVG SL, § 94a IV SächsGemO, § 107 GO SH, § 102 III GO BW, § 87 IV GemO RP; Art. 95 I GO BY.

wirtschaftlich, also unter Optimierung des Verhältnisses von Nutzen und Kosten, zu erfüllen ist.²⁹ Das folgt auch aus den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.³⁰ Eine Forderung des Umstiegs des örtlichen Stadtwerks auf 100 Prozent erneuerbare Strom- und/oder Wärmeversorgung muss sich somit auch an diesem Grundsatz messen lassen.

Dass indes der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu bejahen ist, wenn man einen Wechsel auf 100 Prozent Erneuerbare Energien fordert, wurde bereits oben unter I.1.c) bejaht (dort unter „Zu 2.: Wirtschaftlichkeit“, Seite 8f.).

Es ist, wie aufgezeigt, zulässig, durch die Art und Weise der Aufgabenerfüllung *auch zahlreiche separate Nebenziele* zu verfolgen. Gerichte überprüfen die Einhaltung dieses Grundsatzes auch nur zurückhaltend im Sinne einer Vertretbarkeitsprüfung. Auch vor diesem Hintergrund ist ein Verstoß gegen die kommunalen Wirtschaftsgrundsätze daher nicht zu gegenwärtigen, wenn man einen Umstieg des örtlichen Stadtwerks auf 100 Prozent Erneuerbare Energien fordert, selbst wenn dies aufgrund der derzeitigen Rahmenbedingungen nach EEG 2021 bzw. EnWG weniger wirtschaftlich sein sollte und bliebe als eine fossile Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplungstechnik (mit entsprechender Förderung nach dem Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz (KWKG)). Freilich ist zu beachten, dass in einem solchen Wirtschaftlichkeitsvergleich ab Januar 2021 ohnehin die nach dem BEHG zum 01.01.2021 startende CO₂-Bepreisung ebenso einfließen wird wie bei den größeren Kraftwerken die immer höher steigenden Zertifikatskosten nach dem TEHG. Das wird die Wirtschaftlichkeit der nicht erneuerbaren Strom- und Wärmeversorgung ab 2021 Jahr für Jahr reduzieren (auch dazu bereits oben unter: I.1.c), „Zu 2.: Wirtschaftlichkeit“, Seite 9).

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang außerdem noch **§ 121 Abs. 1a HGO³¹**, der Sonderregelungen für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in Hessen „auf dem Gebiet der Erzeugung, Speicherung und Einspeisung und des Vertriebs von Strom, Wärme und Gas aus Erneuerbaren Energien sowie der Verteilung von elektrischer und thermischer Energie bis zum Hausanschluss“ vorsieht. Satz 3 dieser hessischen Norm schreibt vor, dass die wirtschaftliche Betätigung auf diesem Gebiet in besonderer Weise dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit zu unter-

²⁹ Vgl. Art. 95 I GO BY, § 87 IV GemO RP, § 102 IV 2 GO BW.

³⁰ *Oebbbecke*, in: Handbuch Kommunale Unternehmen, 3. Aufl. 2012, § 9 Rn. 11; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 09. November 2017 – 3 A 2/15 –, Rn. 32, juris: „allgemeingültige Leitlinie für die Verwendung öffentlicher Mittel“.

³¹ Hessische Gemeindeordnung (HGO). In der Fassung der Bekanntmachung vom 7. März 2005 (GVBl. I S. 142). Zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 7. Mai 2020 (GVBl. S. 318).

werfen ist. Daraus folgt aber nichts grundsätzlich Neues. Es soll einzig die dauerhafte Leistungsfähigkeit der Gemeinde sichergestellt werden und hierzu eine Prognose über die Kosten und Erträge der wirtschaftlichen Tätigkeit erstellt werden.³²

Letztlich folgt aus alledem, dass der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz Bürgerbegehren, die einen Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Strom- und/oder Wärmeversorgung des örtlichen Stadtwerks einfordern, nicht entgegensteht wird. Dies gilt natürlich umso mehr, wenn der öffentliche Zweck des Unternehmens von vornherein auch Umweltfreundlichkeit oder Klimaschutz mit einbezieht (wie das bei vielen Stadtwerken schon heute der Fall ist).

II. Gesellschaftsrechtliche Grenzen

Neben diesen grundsätzlichen Ausführungen zur Kompetenz der Kommunen und den sich im Zusammenhang damit stellenden Fragen soll im Folgenden ebenfalls in Anknüpfung an die Ausführungen aus dem Gutachten aus November 2018 auch nochmals vertiefend auf die gesellschaftsrechtlichen Fragen in diesem Zusammenhang eingegangen werden.

1. Fallkonstellation GmbH

Handelt es sich bei dem Stadtwerk, dessen Energieversorgung durch das Bürgerbegehren beeinflusst werden soll, um eine GmbH (d.h. eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung), so kann die Kommune als Mehrheits- oder gar Alleingesellschafterin ohne weitere gesellschaftsrechtliche Grenzen über den Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien entscheiden.

Für eine Mehrheit in diesem Sinne genügt in der Regel eine einfache kommunale Mehrheit in Höhe von 50,1 Prozent der Stimmen in der jeweiligen Gesellschafterversammlung.

Nur wenn es für diesen Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien auch erforderlich ist, die Satzung der GmbH zu ändern, ist nach § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) für einen solchen satzungsändernden Beschluss eine Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen erforderlich. Das heißt, dass es für das Erreichen dieses Quorums

³² BeckOK KommunalR Hessen/Ogorek, 12. Ed. 1.8.2020 Rn. 30, HGO § 121 Rn. 30.

bei der GmbH also weder auf die Kapitalmehrheit noch auf die insgesamt in der Gesellschaft vorhandenen Stimmen ankommt, auch nicht auf die Zahl der Stimmenthaltungen, sondern „nur“ auf die Mehrheit bei der jeweiligen Beschlussfassung. Dieses Dreiviertel-Quorum kann von den Gesellschaftern gemäß § 53 Abs. 2 S. 2 GmbH in der Satzung auch nur erhöht, nicht aber herabgesetzt werden.

a.

Liegt folglich eine kommunale Mehrheit bei den Gesellschaftern der Stadtwerke GmbH vor, kann der kommunale **Mehrheits- oder Alleingesellschafter** durch das Bürgerbegehren einfach zu einer entsprechenden Weisung an die **Geschäftsführung** der GmbH veranlasst bzw. angewiesen werden. Man könnte dann zum Beispiel in einer Frage im Rahmen des Bürgerbegehrens wie folgt formulieren:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH **anweist**, dass die Stadtwerke ... GmbH spätestens ab ... (Jahreszahl) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt?“*

Zu den Einzelheiten dazu siehe auch unter IV.1. in diesem Gutachten.

b.

Liegt hingegen **keine** solche kommunale Mehrheit bei den Gesellschaftern der Stadtwerke GmbH vor, sondern ist die Stadt nur Minderheitsgesellschafterin der Stadtwerke GmbH oder muss für den Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien die Satzung geändert werden und kann das Quorum von mindestens $\frac{3}{4}$ der anwesenden Stimmen nicht erreicht werden, dann besteht eine solche Anweisungsmöglichkeit aufgrund der fehlenden direkten Weisungsbefugnis der Stadt bzw. deren Gesellschaftern in der GmbH nicht. Hier kann per Bürgerbegehren nur erreicht werden, dass die Stadt auf die Geschäftsführung einwirkt. Man könnte dann also in einer Frage im Rahmen des Bürgerbegehrens lediglich zum Beispiel wie folgt formulieren:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... als Gesellschafterin der ... GmbH **nachdrücklich und kontinuierlich darauf hinwirkt**, dass diese ... GmbH spätestens ab ... (Jahreszahl) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt?“*

Auch hierzu wird unter Bezugnahme auf unterschiedliche Beispielfälle auf Ziffer IV.1. in diesem Gutachten verwiesen.

c.

Wichtig ist auch noch zu ergänzen – und das gilt für beide Varianten –, dass diese Weisung bzw. das „Hinwirken“ sogar **wirtschaftlich nachteilig** für die GmbH sein kann, solange die Grenze der Gefahr einer Insolvenz dieser Stadtwerke GmbH dadurch nicht erreicht wird.³³ Letzteres liegt bei dem gebotenen Umstieg auf Erneuerbare anhand der sich ändernden Wirtschaftsdaten (insbesondere vor dem Hintergrund der CO₂-Bepreisung nach TEHG und BEHG) aber eher fern.

Es gilt insofern der privat- bzw. gesellschaftsrechtliche Grundsatz, dass es der Kommune aufgrund ihrer Beherrschung der Mehrheitsanteile an der Gesellschaft sogar grundsätzlich – wie jedem anderen Mehrheits- oder Alleingesellschafter – freisteht, den Geschäftsbetrieb des Stadtwerks ganz einzustellen oder gar eine sich bietende Geschäftschance auf günstigeren Fortbetrieb z.B. eines (abgeschriebenen) fossilen Heizkraftwerks nicht zu ergreifen.³⁴

Weil ein von den Interessen der Gesellschafter getrenntes Interesse der Gesellschaft nicht geschützt ist,³⁵ können die Gesellschafter auch offensichtlich wirtschaftlich nachteilige Weisungen erteilen,³⁶ selbst dann, wenn diese Weisungen dazu führen würden oder auch nur dazu führen könnten, dass das Stammkapital der GmbH dadurch angegriffen würde.

Selbst wenn also ein Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien kurzfristig oder langfristig wirtschaftlich nachteilig für die Gesellschaft wäre, würde das Privatrecht bzw. das GmbH-Gesellschaftsrecht einer solchen Entscheidung grundsätzlich nicht entgegenstehen – und damit auch nicht einem Bürgerbegeh-

³³ Stephan/Tieves, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 120.

³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 2004 – II ZR 206/02 –, Rn. 18, juris;

³⁵ BGH, Urteil vom 28. September 1992 – II ZR 299/91 –, BGHZ 119, 257-262, Rn. 9; vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Mai 1993 – II ZR 74/92 –, BGHZ 122, 333-342, Rn. 10; BGH, Urteil vom 21. Juni 1999 – II ZR 47/98 –, BGHZ 142, 92-96, Rn. 11.

³⁶ OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Februar 1997 – 24 U 88/95 –, Rn. 28, juris; vgl. Stephan/Tieves, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 120; Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 37 Rn. 24 und Anhang nach § 47 Rn. 97; Lenz, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG, § 37 Rn. 20; Oetker, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2016, GmbHG § 37 Rn. 11.

ren, das eine der Stadtwerke GmbH wirtschaftlich nachteilige entsprechende Weisung bzw. ein entsprechendes Hinwirken zum Gegenstand hat.³⁷

d.

Eine Grenze besteht wegen andernfalls bestehender Anfechtbarkeit indes in dem Falle, dass eine Kommune nicht Alleingesellschafterin ist und zugleich die mit dem Bürgerbegehren begehrte Anweisung bzw. das mit dem Bürgerbegehren entsprechend angestrebte Hinwirken ausnahmsweise zudem gegen den in der Satzung dieser GmbH festgelegten **Gesellschaftszweck** verstieße. Denn bei Verstoß gegen den Gesellschaftszweck ist jeder entsprechende Gesellschafterbeschluss anfechtbar durch die anderen (überstimmten) Gesellschafter der GmbH.³⁸ Das mit dem Bürgerbegehren erstrebte Ziel wäre sehr leicht durch die Mitgesellschafter – auch wenn sie in der Minderheit sind – aushebelbar.

In einem solchen Falle, in dem die Forderung nach 100 Prozent Erneuerbaren Energien mithin ausnahmsweise gegen den Gesellschaftszweck der Stadtwerke GmbH verstößt, kann man damit letztendlich nur darauf hoffen, dass alle Gesellschafter diesem Beschluss zustimmen. Denn dann wird den Beschluss keiner anfechten und wäre selbst der gesellschaftszweckwidrige Beschluss rechtmäßig. Anders ausgedrückt: Stimmen alle (d.h. auch die „nicht-kommunalen“) Gesellschafter dem mit dem Bürgerbegehren angestrebten Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien zu und ergeht damit letztendlich durch die Gesellschafterversammlung eine einstimmige Weisung an die Geschäftsführung der GmbH, diesen umzusetzen, so löst dies unabhängig von einem diesem Ziel ggf. vollkommen entgegenstehenden ursprünglichen Gesellschaftszweck eine Folgepflicht der Geschäftsführung aus.³⁹ Selbst in dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Gesellschaftszweck der Umstellung auf 100 Prozent Erneuerbare Energien entgegensteht, kann daher auch in diesem Fall mit dem Bürgerbegehren diese Umstellung des Stadtwerks umgesetzt werden.

e.

Eine andere Grenze für den Fall, dass außer der Kommune noch andere Gesellschafter an der GmbH beteiligt sind, ergibt sich aus der **gesellschaftsrechtlichen**

³⁷ Freilich wäre dann auch noch zu prüfen, ob durch ein entsprechendes Bürgerbegehren der öffentlich-rechtliche Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verletzt würde, dazu bereits oben unter Ziffer I. 1.c) und I. 3.

³⁸ vgl. *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG Anhang nach § 47 Rn. 93.

³⁹ OLG Frankfurt, Urteil vom 07. Februar 1997 – 24 U 88/95 –, Rn. 28, juris; *Stephan/Tieves*, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Auflage 2016, § 37 Rn. 122; *Zöllner/Noack* in: Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, GmbHG § 37 Rn. 24; *Lenz*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2017, GmbHG, § 37 Rn. 18.

Treuepflicht, die allerdings sehr eng zu verstehen ist. Erst wenn die Mehrheit der Stimmen aus *sachfremden Erwägungen* die Gesellschaft oder Mitgesellschafter schädigt, kann dies ein treuwidriges Gebrauchen des Stimmrechts darstellen.⁴⁰ Das liegt bei einer Forderung, die den bestehenden Gesellschafterzweck der GmbH nur in der Weise abändert, dass diese statt fossilen Primärenergien nun erneuerbare Primärenergien nutzen soll, sehr fern.

Geprüft werden muss im jeweiligen Einzelfall auch, ob **längerfristige vertragliche Bindungen** des Stadtwerks mit den Betreibern fossiler Heizkraftwerke bestehen (gerade Wärmebezugsverträge haben oft sehr lange Laufzeiten), so dass eine Abnahmepflicht besteht bzw. das Stadtwerk sich schadensersatzpflichtig machen kann, wenn ein sofortiger Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien gefordert wird. Auch hier kann aber eine Abwägung der vertraglichen Schadensersatzpflicht mit den sonstigen negativen Folgen bei Beibehalt des fossilen Primärenergiebezugs indes ergeben, dass es im Ergebnis nicht gesellschaftsrechtswidrig (und auch nicht treuwidrig) ist, wenn man diese Schadensersatzpflicht einkalkuliert und (dennoch) den Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbar fordert. Hierzu sollten Bürgerinitiativen in jedem Einzelfall Informationen über vertragliche Verpflichtungen entweder direkt bei den Stadtwerken oder beim Bürgermeister oder dem Gemeinderat erfragen. Unter Berufung auf das Informationsfreiheits-, Transparenz- oder Umweltinformationsgesetz des jeweiligen Bundeslandes kann eine Anfrage auf Einsicht in die Verträge gestellt werden.

f.

Auch wenn bei einer GmbH ein **Aufsichtsrat** (in der Variante: fakultativ oder obligatorisch) besteht oder anderweitig im Gesellschaftsvertrag der GmbH andere qualifizierte Mehrheitserfordernisse, Vetorechte und/oder Aufteilungen der Aufgaben und Kompetenzen zwischen Geschäftsführung, Aufsichtsrat und Gesellschafter individuell gesondert geregelt sind, ist dies selbstverständlich im Rahmen eines Bürgerbegehrens zu beachten.

Im Einzelfall mag zum Beispiel die Situation bestehen, dass eine Einflussnahme auf die kommunalen Gesellschafter nicht möglich oder hinreichend ist, etwa weil die Kommune nur Minderheitsgesellschafterin ist. Zugleich kann aber ein Aufsichtsrat der Stadtwerke GmbH eingerichtet sein und in diesem z.B. ein Vertreter der Gemeinde Stimm- und Mitwirkungsrechte haben. Es könnte dann versucht werden, über dieses kommunale Aufsichtsratsmitglied den gewünschten Einfluss

⁴⁰ Merkt, in: Münchener Kommentar GmbHG, 3. Auflage 2018, § 13 Rn. 111.

auf die GmbH mittels des Bürgerbegehrens auszuüben. Der Einflussnahme sind jedoch enge gesellschaftsrechtliche Grenzen gesetzt, wie im Folgenden dargelegt wird.

Nach dem GmbHG (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist ein Aufsichtsrat für eine Stadtwerke GmbH zwar in der Regel nicht notwendig,⁴¹ er kann aber durch Satzung vorgesehen werden (so genannter fakultativer Aufsichtsrat) bzw. ist ab einer Größe von 500 Arbeitnehmern für die GmbH sogar verpflichtend (so genannter obligatorischer Aufsichtsrat⁴²). Eine Stadtwerke GmbH in größeren Städten hat daher in der Regel einen Aufsichtsrat, kleinere Gemeindewerke GmbHs dürften hingegen in der Regel keinen Aufsichtsrat haben. § 52 Abs. 1 GmbHG stellt dafür die dispositive Regelung zur Verfügung durch Verweisung auf einige aktienrechtliche Bestimmungen über den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat insoweit den fakultativen Aufsichtsrat als Einrichtung eingeordnet, die anstelle der Gesellschafterversammlung als dem eigentlich maßgeblichen Willensbildungs- und Kontrollorgan der GmbH „Teilaufgaben der Überwachung der Geschäftsführer“ übernimmt.⁴³ Anders als der obligatorische Aufsichtsrat ist der fakultative Aufsichtsrat dabei auch nicht „im Interesse der Allgemeinheit in die Pflicht genommen“ und hat daher grundsätzlich auch keine „öffentlichen Belange“ zu wahren.⁴⁴

Die Gesellschafter der GmbH haben bei der Ausgestaltung dieses fakultativen Organs des Aufsichtsrats hinsichtlich Größe, Zusammensetzung und Aufgabenzuweisung auch weitgehende Freiheit, dennoch lohnt sich eine Prüfung der entsprechenden Regelungen im Gesellschaftervertrag bzw. der Satzung der jeweiligen Stadtwerke GmbH. Denn oftmals verbleiben hier Regelungslücken und es stellen sich dann rechtlich problematische und angreifbare Auslegungsfragen, inwieweit von dem nach § 52 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich anwendbarem Aktienrecht wirksam in Satzungsregelungen abgewichen wurde. Ergebnis dieser Prü-

⁴¹ Vgl. § 52 GmbHG. Beschäftigt die GmbH mehr als 500 Arbeitnehmer, muss ein Aufsichtsrat gebildet werden (sog. obligatorischer Aufsichtsrat). Der Aufsichtsrat muss dann zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen, § 1 I Nr. 3 DrittelbG. Beschäftigt eine GmbH mehr als 2.000 Arbeitnehmer, liegt das Verhältnis gemäß Mitbestimmungsgesetz bei 1 zu 1.

⁴² Den obligatorischen, also zwingend vorgeschriebenen Aufsichtsrat gibt es in sechs verschiedenen Systemvarianten. Fünf beruhen auf mitbestimmungsrechtlichen Gesetzen, mit denen eine Mitbestimmung der Arbeitnehmerseite auf Unternehmensebene durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat verwirklicht wird (vgl. DrittelbG, MitbestG, MontanMitbestG, MitbestErgG und MgVG). Ein weiteres System hat keine mitbestimmungsrechtliche Zielsetzung, sondern will durch Installierung eines Aufsichtsrats zusätzliche Seriosität zum Schutz von Anlegern und Finanzsystem gewährleisten: bei externen KapitalverwGes. nach § 18 II KAGB; vgl. dazu nur: Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 52 Rn. 2.

⁴³ BGH NJW 2011, 221, 223 f., Rn. 26.

⁴⁴ Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 22. Aufl. 2019, GmbHG § 52 Rn. 1.

fung kann dann sein, dass die in der Satzung vorgesehene Regelung gar nicht wirksam ist (und stattdessen doch das Aktienrecht vorgeht). Hieraus kann sich dann im Einzelfall auch ergeben, dass entgegen des ersten Anscheins doch eine Einflussnahme über das kommunale Aufsichtsratsmitglied möglich ist.

aa.

Zu beachten ist hierbei aber auch, dass nach § 52 Abs. 1 GmbHG in Verbindung mit § 111 AktG (Aktiengesetz) die Mitglieder des Aufsichtsrates grundsätzlich nur dem Interesse der Gesellschaft verpflichtet sind und daher auch grundsätzlich ohne Bindung an von außerhalb der Gesellschaft erfolgenden Weisungen agieren müssen.⁴⁵ Man kann ein gemeindliches Aufsichtsratsmitglied also durch ein Bürgerbegehren **grundsätzlich nicht** anweisen, sich auf eine bestimmte Art und Weise in einer Aufsichtsratssitzung zu verhalten (und zum Beispiel für „100 Prozent Erneuerbare Energien“ zu stimmen). Die Vorschriften der Gemeindeordnungen, nach denen auch Vertreter der Gemeinden in Aufsichtsräten an Beschlüsse des Rates und seiner Ausschüsse gebunden sind,⁴⁶ vermögen hieran nichts zu ändern. Denn die aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip und der Selbstverwaltungsgarantie herleitbaren kommunalen Kontroll- und Einwirkungspflichten bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch privatrechtliche Eigen- oder Beteiligungsgesellschaften führen nicht zu einer Modifizierung oder Suspendierung entgegenstehender Vorschriften des privaten Gesellschaftsrechts. Vielmehr hat der Staat selbst die Rechtsform für die ihm obliegende Aufgabenwahrnehmung zu wählen, die die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten gewährleistet.⁴⁷ Sie könnten nur im Rahmen des gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums umgesetzt werden. Das Gesellschaftsrecht geht als Bundesrecht nach Art. 31 GG auch den Gemeindeordnungen als Landesrecht vor und das kommunale Weisungsrecht (aus den Gemeindeordnungen) gilt ebenfalls nur, soweit durch Gesetz (hier: GmbHG i.V.m. AktG) nichts anderes bestimmt ist. Landesrechtliche Vorschriften vermögen diese bundesgesetzlichen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben mithin nicht außer Kraft zu setzen wie z.B. der in § 113 Abs. 1 Satz 4 GO NRW normierte Vorbehalt („soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist“) ausweist.

Hat die Gemeinde sich also für eine Stadtwerke GmbH entschieden und verfügt sie zudem nicht bereits über die Gesellschafter dieser GmbH über die erforderli-

⁴⁵ BVerfG, Urteil vom 07. November 2017 – 2 BvE 2/11 –, juris Rn. 225 m.w.N.; BGH, Urteil vom 18. September 2006 – II ZR 137/05 –, Rn. 18; BGH, Urteil vom 29. Januar 1962 – II ZR 1/61 –, juris Rn. 33 jeweils m.w.N.. Vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2006 – II ZR 137/05 –, Rn. 18, juris; Spindler, in: Münchener Kommentar GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 52 Rn. 217 m.w.N., insbesondere Fn. 728 und Rn. 224

⁴⁶ Vgl. etwa § 113 I 2 GO NRW.

⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 07. November 2017 – 2 BvE 2/11 –, juris Rn. 225.

chen Mehrheiten,⁴⁸ sondern nur über Einflussnahmemöglichkeiten über den Aufsichtsrat, dann kann mittels des Bürgerbegehrens kein Zwang im Sinne einer unmittelbar wirkenden Weisung erzielt werden. Das bedeutet: Wenn man die Vertreter der Kommune im Aufsichtsrat zu einem bestimmten Abstimmungs- oder Handlungsverhalten in Bezug auf den Umstieg auf 100 Prozent Erneuerbare Energien zwingen will, kann man dies letztendlich nicht über ein „anweisendes“ Bürgerbegehren erreichen, das den Aufsichtsrat zu einem bestimmten Verhalten zwingen/anweisen will. Vielmehr müsste man dann hier – wie oben bei der Variante I.1.b) – zum Beispiel wie folgt in einem Bürgerbegehren formuliert werden:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt auf ... **ihre Aufsichtsratsmitglieder der Stadtwerke ... GmbH dahingehend nachdrücklich und kontinuierlich hinwirkt**, dass diese Aufsichtsratsmitglieder sich dafür einsetzen, dass die ... GmbH spätestens ab ... (Jahreszahl) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt?“*

Dies scheint für den Erfolg nur ein kleiner Schritt und dürfte daher ggf. den Aufwand eines Bürgerbegehrens nicht lohnen.

bb.

Nach § 52 Abs. 1 GmbHG sind die Vorschriften des Aktienrechts über den Aufsichtsrat auf die GmbH jedoch, wie aufgezeigt, nur entsprechend anzuwenden, **soweit nicht im Gesellschaftsvertrag wirksam etwas anderes bestimmt** ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 31.08.2011 für den **fakultativen** Aufsichtsrat einer GmbH daher klargestellt, dass vom Aktiengesetz abweichende Regelungen im Gesellschaftsvertrag zulässig sind.⁴⁹ Besteht bei einer GmbH ein Aufsichtsrat auf freiwilliger Basis, also allein auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage („fakultativer Aufsichtsrat“), gelten für diesen mithin gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG die gesetzlichen Vorgaben des Aktiengesetzes zwar grundsätzlich entsprechend, insbesondere § 111 und § 116 AktG. Dies gilt aber nur dann, „soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.“

Nach § 111 Abs. 4 AktG kann der Aufsichtsrat zwar grundsätzlich keine Weisungen für die Geschäftsführung erteilen. Denn der Geschäftsführung, nicht dem Aufsichtsrat obliegt die Führung der Geschäfte der GmbH. Diese Vorschrift ist aber bei einem fakultativen Aufsichtsrat dispositiv, also abdingbar (wie aus § 52 Abs. 1 GmbHG folgt) – ebenso wie § 111 Abs. 5 und die §§ 116, 93 AktG, aus

⁴⁸ in diesem Fall steht der oben in Ziffer II. 1. a) aufgezeigte Weg offen.

⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 23, juris.

denen der aktienrechtliche Grundsatz hergeleitet wird, dass Aufsichtsratsmitglieder allein dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind und im Rahmen der ihnen obliegenden Amtsführung keinen Weisungen unterliegen. Entscheidend ist mithin bei einem fakultativen Aufsichtsrat, ob der Gesellschaftsvertrag insoweit spezifische, von den vorgenannten aktienrechtlichen Bestimmungen abweichende Regelungen trifft. Im Gesellschaftsvertrag kann ausnahmsweise (und abweichend von § 111 AktG) wirksam geregelt sein, dass kommunale Aufsichtsratsmitglieder auch über die kommunalen Gremien (und damit auch über Bürgerbegehren) zu einem bestimmten Verhalten angewiesen werden können. Auf diesen „Umweg“ kann dann im Ergebnis also doch ein aus der Gemeindeordnung stammendes Weisungsrecht der Gemeinde auch gesellschaftsrechtlich wirksam gegenüber den von ihr vorgeschlagenen Mitgliedern des Aufsichtsrats werden.⁵⁰ Liegt eine solche Situation vor, kann auch mittels eines Bürgerbegehrens, welches die Gemeindevertreter dem Ziel des Umstiegs auf 100 Prozent Erneuerbare Energien verpflichtet, mithin ein durchgreifendes Weisungsrecht auch an die Vertreter eines (fakultativen) Aufsichtsrats einer GmbH begründet werden. In diesem Fall kann dann, wie oben unter I.1.a) dargestellt, gleichfalls in einem Bürgerbegehren zum Beispiel wie folgt gefragt werden:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... **ihre Aufsichtsratsmitglieder der Stadtwerke ... GmbH dahingehend anweist, dass sie durchsetzen**, dass die Stadtwerke ... GmbH spätestens ab ... (Jahreszahl) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt?“*

cc.

Fazit: Vor Durchführung eines Bürgerbegehrens, das auf die Einflussnahme in einer GmbH zielt, sollte dringend geprüft werden, ob ein Aufsichtsrat besteht und / oder anderweitig im Gesellschaftsvertrag und / oder der Satzung dieser GmbH andere qualifizierte Mehrheitserfordernisse, Vetorechte und/oder Aufteilungen der Aufgaben und Kompetenzen zwischen Geschäftsführung, Aufsichtsrat und Gesellschafter individuell gesondert geregelt sind. Nachdem hierüber Gewissheit besteht und auch alle Auslegungsfragen zur Satzung geklärt sind, kann die Formulierung des Bürgerbegehrens darauf abgestimmt werden und z.B. im Falle des Bestehens eines fakultativen Aufsichtsrats entweder nur ein „Hinwirken“ in das

⁵⁰ Es spricht nach der Rechtsprechung im Falle von zweifelhaften Auslegungsfragen auch eine tatsächliche Vermutung dafür, dass eine Gemeinde, die so etwas normiert, die gesetzlichen Voraussetzungen für ihre Beteiligung an einer derartigen Gesellschaft auch einhalten wollte und ein solches Weisungsrecht daher vereinbaren wollte, vgl. BVerwG, Urteil vom 31. August 2011 – 8 C 16/10 –, Rn. 27 f., juris.

Bürgerbegehren aufgenommen werden (siehe oben unter aa) oder ein „Anweisen“ (siehe oben unter bb). Schließlich kann das Bürgerbegehren auch auf eine Satzungsänderung zielen.

2. Fallkonstellation Aktiengesellschaft (AG)

Wenn das Stadtwerk als AG (Aktiengesellschaft) verfasst ist, ist keine direkte Weisung in Form des durch das Bürgerbegehren begründeten gemeindlichen Willens an z.B. den Vertreter des Hauptaktionärs möglich (vgl. § 111 Abs. 4 AktG). Allerdings kann die Kommune, sofern sie über eine Dreiviertelmehrheit verfügt, eine *Änderung der Satzung* und/oder des Unternehmensgegenstandes der AG erreichen.

In einer AG üben die Aktionäre (Gesellschafter) ihre Rechte nämlich in der so genannten Hauptversammlung aus. Im Gegensatz zur Gesellschafterversammlung der GmbH sind die Rechte einer Hauptversammlung deutlich begrenzt auf die in § 119 AktG genannten Fälle. Dazu gehört aber immerhin u.a. die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern und Satzungsänderungen. Über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung hingegen nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (§ 119 Abs. 2 AktG).

Eine Satzungsänderung, die den in dieser Satzung normierten und auch in das Handelsregister einzutragenden Unternehmensgegenstand (vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 3 und § 39 Abs. 1 AktG) ändern will, bedarf in einer Hauptversammlung der AG einer Mehrheit von drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (vgl. § 179 Abs. 2 AktG). Zu beachten ist, dass in der Satzung der AG auch eine andere Kapitalmehrheit vorgesehen werden kann – für eine Änderung des Gegenstands des Unternehmens jedoch nur eine größere Kapitalmehrheit (vgl. § 179 Abs. 2 AktG).

Die Hauptversammlung kann dementsprechend zwar dem Vorstand keine Weisungen in Geschäftsführungsangelegenheiten erteilen. Sie kann jedoch – etwa anlässlich der Entscheidung über die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat – ihre Auffassung über Geschäftsführungsangelegenheiten beraten und auch durch Beschlussfassung festhalten. Ein solcher Beschluss ist für den Vorstand rechtlich zwar nicht bindend, dürfte ihn in der Praxis aufgrund der zukünftigen Einwirkungsmöglichkeiten der Hauptversammlung gleichwohl nicht völlig unberührt lassen (die Hauptversammlung kann z.B. über die Bestellung des Aufsichtsrats

mittelbar auf die personelle Zusammensetzung des Vorstands Einfluss nehmen oder die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat verweigern).⁵¹

Alles in allem bestehen auch bei einer Stadtwerke AG, in der die Stadt mindestens die Dreiviertelmehrheit des Grundkapitals hält, mithin (indirekte) Einflussnahme-Möglichkeiten durch Bürgerbegehren, die auf eine Änderung der Satzung und/oder des Unternehmensgegenstandes der AG hinwirken können. Gesellschaftsverträge und Satzungen sollten dabei im Einzelfall über das Handelsregister, welches auch online verfügbar ist, eingesehen werden.

Ein Bürgerbegehren könnte dann zum Beispiel wie folgt formuliert werden:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... **ihre Dreiviertelmehrheit** in der **Gesellschafterversammlung** der Stadtwerke ... AG **nutzt**, um in der Satzung folgenden Passus zu verankern: Ab ... (Jahreszahl) erzeugt und vertreibt die Stadtwerke ... AG nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser?“*

III. Das Koppelungsverbot

Neben diesen spezifischen kompetenzrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Fragen stellt sich auch die Frage, wie an die Tätigkeit eines Stadtwerkes gerichtete Bürgerbegehren auch vor dem Hintergrund des Koppelungsverbots zu determinieren sind.

Das Koppelungsverbot wird als ein sich aus dem **Demokratieprinzip** ergebender allgemeiner Grundsatz der direkten Demokratie angesehen.⁵² Hierbei werden Bürgerbegehren und Volksbegehren hinsichtlich des Koppelungsverbots grundsätzlich am selben Maßstab gemessen. So entschied etwa der VGH München, dass für Bürgerbegehren „die Erwägungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Volksbegehren entsprechend“ gelten.⁵³

Das Koppelungsverbot gilt auch unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Verfahren in einzelnen Bundesländern,⁵⁴ wobei es noch nicht aus allen Bundesländern Rechtsprechung zum Koppelungsverbot gibt. Die bisherige Recht-

⁵¹ Der Vorstand kann hierauf dann z.B. auch mit der Vorlage einer Geschäftsführungsfrage an die Hauptversammlung nach § 119 Abs. 2 AktG reagieren.

⁵² Vgl. Dietlein/Suerbaum/Retzmann, BeckOK KommunalR Bayern, 6. Ed. 1.6.2020, Art. 18a GO Rn. 22.

⁵³ VGH München, Beschluss vom 03.04.2009 - 4 ZB 08.2205.

⁵⁴ Im Anhang 1 zu dieser Stellungnahme ist eine Übersicht über Regelungen in einzelnen Bundesländern enthalten.

sprechung der verschiedenen Bundesländer nimmt aber aufeinander Bezug.⁵⁵ Für dieses Gutachten gehen wir daher davon aus, dass sich die Leitlinien der bisherigen Rechtsprechung auf alle deutschen Bundesländer übertragen lassen.

In den meisten landesrechtlichen Regelungen finden sich auch konkrete Anknüpfungspunkte für das Koppelungsverbot. Als Beispiel mag hier das **niedersächsische Kommunalverfassungsgesetz** dienen:

- § 32 Abs. 3 Satz 1 NKomVG: *Das Bürgerbegehren muss die begehrte Sachentscheidung genau bezeichnen und so formuliert sein, dass für das Begehren mit Ja und gegen das Begehren mit Nein abgestimmt werden kann.*

1. Kriterien der Rechtsprechung

Die „Grundsatzentscheidung“ zum Koppelungsverbot stammt aus dem Jahr 2000 und wurde vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof gefällt.⁵⁶ Diese Entscheidung ist inzwischen allgemein anerkannt und die hierin entwickelten Kriterien wurden von anderen Gerichten weiter ausdifferenziert. Grob gesagt besagt das Koppelungsverbot, dass Materien, die nicht in einem **sachlich-inhaltlichen Zusammenhang** stehen, nicht in demselben Volks- oder Bürgerbegehren miteinander verbunden werden dürfen. Dahinter steht der aus dem Demokratieprinzip stammende Gedanke, dass es den Abstimmenden in der Wahl möglich sein soll, ihren Willen möglichst genau und differenziert wiederzugeben. Denn das Volk bzw. die Bürger als solche sind – anders als die Parlamente – nicht organisiert. Ihr in der Abstimmung zum Ausdruck gebrachter Wille entscheidet nicht über einen ausgehandelten Kompromissvorschlag, sondern sie können sich nur zu Vorlagen äußern, die inhaltlich notwendigerweise von wenigen Personen vorbereitet werden müssen. Da auf die Abstimmung nur mit „Ja“ oder „Nein“ geantwortet werden kann, ist es geboten, nicht unmittelbar miteinander zusammenhängende Materien auch getrennt zur Abstimmung zu stellen. Das Koppelungsverbot soll auch der Gefahr entgegenwirken, dass Regelungen und andere Vorlagen die erforderliche Mehrheit nur erreichen, weil sie in Verbindung mit einem populären und damit zugkräftigen Einzelbegehren zur Abstimmung gebracht werden.⁵⁷

⁵⁵ S. etwa die Bezugnahme auf die bayerische Rechtsprechung durch das Hamburgische Verfassungsgericht in HmbVerfG, Urte. v. 13.10.2016 – 2/16 oder auch den jüngsten Beschluss des Berliner Verfassungsgerichtshofes vom 18.11.2020, VerfGH 173/19, Seite 6 m.w.N.

⁵⁶ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Februar 2000 – Vf. 112-IX-99.

⁵⁷ Vgl. Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18 –, Rn. 64, juris; Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Februar 2000 – Vf. 112-IX-99 –, Rn. 41, juris.

Das Koppelungsverbot schließt es nicht grundsätzlich aus, in eine Fragestellung mehrere Teilfragen oder -maßnahmen aufzunehmen, auch wenn dadurch derjenige, der die Teilaspekte an sich unterschiedlich beantworten möchte, vor die Entscheidung gestellt wird, einheitlich mit Ja oder Nein zu stimmen.⁵⁸ Dies ist allerdings nur unter dem engen Kriterium des sachlich-inhaltlichen Zusammenhangs möglich. Ob dieser Zusammenhang vorliegt, beurteilt sich nach materiellen Kriterien. Eine gleichgerichtete abstrakte und politische Zielsetzung, eine gleiche Motivation oder Abänderungstendenz genügen dafür nicht.⁵⁹ Maßgeblich ist, ob die Teilfragen oder -maßnahmen **nach objektiver Beurteilung inhaltlich eng zusammenhängen und eine einheitliche abgrenzbare Materie** bilden.⁶⁰ Für einen sachlich-inhaltlichen Zusammenhang spricht es, wenn Regelungen für den einen Bereich nur sinnvoll möglich sind, wenn gleichzeitig Regelungen für den anderen Bereich getroffen werden. Ein sachlich-inhaltlicher Zusammenhang dürfte danach bestehen, wenn zusätzlich zum inhaltlichen Begehren noch ergänzende Verfahrensregelungen zur Abstimmung gestellt werden, wie etwa Verordnungsermächtigungen, Melde-, Berichts- und Evaluationspflichten, die Einsetzung von Gremien sowie Regelungen zu organisatorischen Vorgaben.⁶¹ Aber auch, wenn nur ein „umgrenzter Bereich“ geregelt werden soll, der nach „objektiver Beurteilung innerlich eng zusammenhängt“, also eine „Einheit der Materie“ gegeben ist, soll ein sachlicher Zusammenhang vorliegen und ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot mithin ausscheiden.⁶²

Gegen einen sachlich-inhaltlichen Zusammenhang spricht es hingegen, wenn einzelne Teile der vorgeschlagenen Regelung **nach ihrem materiellen Inhalt trennbar** sind.⁶³ Gleiches gilt, wenn der Gesetzgeber die Regelungsbereiche nicht als einheitliche Regelungsmaterien angesehen hat, sondern die Regelungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten und im Rahmen unterschiedlicher Gesetzgebungsverfahren erlassen hat und sich diese Regelungssysteme **grundlegend unter-**

⁵⁸ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 03. April 2009 – 4 ZB 08.2205 –, Rn. 17, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25. Juli 2007 – 4 BV 06.1438 –, Rn. 46, juris.

⁵⁹ Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18 –, Rn. 65, juris; Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2016 – 2/16 –, Rn. 191, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Februar 2000 – Vf. 112-IX-99 –, Rn. 45, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 03. April 2009 – 4 ZB 08.2205 –, Rn. 17, juris.

⁶⁰ Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18 –, Rn. 65, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Februar 2000 – Vf. 112-IX-99 –, Rn. 44, juris; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25. Juli 2007 – 4 BV 06.1438 –, Rn. 48, juris.

⁶¹ Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18 –, Rn. 66, juris.

⁶² Berliner Verfassungsgerichtshof, Beschluss vom 18.11.2020, VerfGH 173/19, Seite 6f. m.w.N.

⁶³ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Februar 2000 – Vf. 112-IX-99 –, Rn. 47, juris; Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18 –, Rn. 65, juris.

scheiden.⁶⁴ Gegen einen sachlich-inhaltlichen Zusammenhang spricht weiter, wenn aus der objektiven Sicht der abstimmenden Personen *grundsätzlich verschiedene Argumente für und gegen die beiden Teile des Bürgerbegehrens sprechen*.⁶⁵ Interessant ist in diesem Zusammenhang ein aktuelles Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Brandenburger Landtages vom 10.02.2020, in dem sich der Beratungsdienst mit einer Volksinitiative für Maßnahmen zur Rettung der Artenvielfalt auseinandersetzt.⁶⁶ Dieses Gutachten kommt zu dem Schluss, dass die geprüfte Volksinitiative unzulässig ist, unter anderem weil sie gegen das Koppelungsverbot verstößt. In der insoweit untersuchten Volksinitiative wurden hierbei ganz konkret ein Gesetz zur Änderung verschiedener Landesgesetze sowie einige „weitere Forderungen“ miteinander verbunden. Nach Ansicht des Parlamentarischen Beratungsdienstes verstießen beide Bereiche schon jeweils für sich genommen gegen das Koppelungsverbot, weil die vorgeschlagenen Regelungen über das unmittelbare Ziel des Artenschutzes hinausreichten und verschiedene Sachbereiche miteinander verbunden wurden.⁶⁷

2. Konsequenzen für Bürgerbegehren

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Frage nach dem sachlich-inhaltlichen Zusammenhang in der Rechtsprechung (zumeist zu Volksbegehren) eher eng ausgelegt wird und damit die Kriterien eher streng sind.⁶⁸ In der kommunalen Praxis, also bei Bürgerbegehren, wird die Frage allerdings oft großzügiger behandelt.

⁶⁴ Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18 –, Rn. 69, juris.

⁶⁵ Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Urteil vom 25. Juli 2007 – 4 BV 06.1438 –, Rn. 49, juris.

⁶⁶ *Lechleitner/Iwers*, Zulässigkeit der Volksinitiative „Artenvielfalt retten – Zukunft sichern“, Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages, 10.02.2020, abrufbar unter: <https://www.parlamentsdokumentation.brandenburg.de> → 7. Wahlperiode → Dokumentenart Gutachten.

⁶⁷ Berührt waren Regelungen zu Naturschutzgebieten und Gewässerrandstreifen, Bestimmungen über die Verpachtung von landwirtschaftlichen Flächen zum Zwecke des ökologischen Wirtschaftens, die Lebensmittel- und Trinkwasserversorgung der Bevölkerung, eine Pestizidreduktionsstrategie, die Umschichtung und Verwendung von EU-Landwirtschaftsfördermitteln, die Förderung für Maßnahmen im Grünland, die Förderung des ökologischen Landbaus nebst Beratung, die Entwicklung eines Landesaktionsplans „Ökolandbau“, die Weidetierhaltung, die Verringerung der Beeinträchtigungen der Insektenfauna durch Beleuchtungsanlagen auf Landesstraßen und zuletzt die Siedlungsentwicklung mit Blick auf den Flächenverbrauch, Gutachten des Parl. Beratungsdienstes (FN 66), S. 26.

⁶⁸ S. etwa Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Februar 2000 – Vf. 112-IX-99; VGH München, Beschluss vom 03.04.2009 - 4 ZB 08.2205 (Vorinstanz: VG Regensburg, Urteil vom 16.6.2008, RO 3 K 08.00238.Frage: „Sind Sie dafür, dass die Stadt Regensburg auf den Bau der Sallerner Regenbrücke verzichtet und die geplante Ostumgehung von der B 16 bis zur Walhalla Allee nur dann gebaut wird, wenn sie im Bereich der Wohnbebauung mit einer Einhausung (Vollabdeckung) versehen wird?“); Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 13. Oktober 2016 – 2/16; Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18.

Materiell-rechtlich ist jedenfalls der sachlich-inhaltliche Zusammenhang entscheidend und ob dem genügt wird, beurteilt sich nach materiellen Kriterien im Einzelfall. Eine gleichgerichtete abstrakte und politische Zielsetzung, eine gleiche Motivation oder Abänderungstendenz genügen aber in der Regel nicht. Maßgeblich ist, ob die Teilfragen oder -maßnahmen nach objektiver Beurteilung inhaltlich eng zusammenhängen und eine einheitliche abgrenzbare Materie bilden. Ein gemeinsames weitgefasstes Oberziel wie der Klimaschutz reicht nicht, um verschiedene Materien zu koppeln. Anders könnte dies aber zu beurteilen sein, wenn es um die konkrete Frage der Umstellung der örtlichen Wärmeversorgung auf 100 Prozent Erneuerbare Energien geht, d.h. dass unter dieser Klammer auch z.B. mehrere Änderungen verschiedener Teilbereiche gemeinsam in einem Bürgerbegehren behandelt werden könnten.

Im konkreten Fall empfehlen wir, den folgenden Fragenkatalog abzuarbeiten. Werden aus diesem ein oder mehrere Fragen mit „ja“ bzw. „nein“ beantwortet, besteht die Gefahr, dass das Begehren wegen Verstoßes gegen das Koppelungsverbot abgelehnt wird:

Fragenkatalog:

- Können die Abstimmenden ihren Willen bei der Abstimmung möglichst akkurat zum Ausdruck bringen? Wenn nein, Gefahr des Verstoßes.
- Sind die Teile der zur Abstimmung gestellten Frage trennbar, ohne dass dadurch ihr inhaltlicher Sinn verändert wird? Könnten sie auch eigenständig zur Abstimmung gestellt werden? Wenn ja, Gefahr des Verstoßes.
- Besteht die Gefahr, dass Bürger für einen ihnen besonders wichtigen Teil abstimmen und dadurch „notgedrungen“ einen anderen Teil in Kauf nehmen? Wenn ja, Gefahr des Verstoßes.
- Sprechen aus der objektiven Sicht einer abstimmenden Person grundsätzlich verschiedene Argumente für und gegen beide Teile eines Bürgerbegehrens? Wenn ja, Gefahr des Verstoßes.
- Hat der Gesetzgeber die Regelungsbereiche als einheitliche Regelungsmaterie behandelt? Gibt es für sie ein gemeinsames Regelungssystem? Oder wurden die Regelungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten und im Rahmen unterschiedlicher Gesetzgebungsverfahren erlassen? Wenn letztere Frage ja, Gefahr des Verstoßes.

3. Konkrete Auslegung und Beispiele

Anhand dieses Fragenkatalogs seien im Folgenden einige Beispiele aus der Rechtsprechung etwas näher im Detail betrachtet, um daraus Erkenntnisse für die

Prüfung des Koppelungsverbots im Zusammenhang mit Klimaschutz und Bürgerbegehren zu gewinnen.

a. Kein Verstoß gegen das Koppelungsverbot

In vielen Entscheidungen, in denen **kein Verstoß** gegen das Koppelungsverbot angenommen wurde, handelte es sich um Fragestellungen, in denen die eine Frage die Kehrseite der anderen Frage war, es also logisch ausgeschlossen war, die Fragen unterschiedlich zu beantworten.

Ein Beispiel ist ein *Beschluss des VG Augsburg von 2006*.⁶⁹ Das Gericht hatte über die Zulässigkeit der Frage zu entscheiden, ob die Bürger der Stadt Füssen dafür seien, dass die Stadt „alle rechtlich zulässigen Maßnahmen ergreift, das historische Bahnhofsgebäude [...] in seinem jetzigen äußeren Bestand zu erhalten und, soweit rechtlich zulässig, sämtliche Maßnahmen einstellt, die einen Abriss des Bahnhofsgebäudes ermöglichen“. Hier entschied das Gericht, dass Erhalt und „Nichtabbriss“ des Gebäudes letztlich ein und dieselbe Frage seien und somit ein sachlich-inhaltlicher Zusammenhang gegeben sei.

Ein weiteres Beispiel ist ein *Urteil des OVG Münster aus 2008*.⁷⁰ In dem Bürgerbegehren, das Gegenstand des Urteils war, ging es um einen Beschluss einer Stadt, Kanäle in einem bestimmten Stadtgebiet („Im F.“) zu sanieren und in diesem Rahmen gleichzeitig die Straßen auszubauen. Das Bürgerbegehren richtete sich darauf, den Beschluss der Stadt über den Straßenausbau aufzuheben und zu verhindern, dass die Gehwege und die Straßenbeleuchtungsanlagen erneuert würden. Das Gericht in Münster nahm dazu an, dass die Fragen im Verhältnis von „Seite und Kehrseite“ zueinander stünden und daher eine Koppelung möglich sei.

Aus dem Urteil:

*„[Eine solche Doppelfrage ist] zur Vermeidung von Zweideutigkeiten nur dann zulässig, wenn beide Fragen sachlich denselben Gegenstand betreffen. Das ist hier der Fall. Der nach dem ersten Frageteil aufzuhebende Beschluss des Ausschusses betrifft den Straßenausbau im Gebiet „Im F.“, der zweite Frageteil betrifft die Entscheidung, bestimmte Straßenbaumaßnahmen im Gebiet „Im F.“ nicht vorzunehmen. Es handelt sich somit im Wesentlichen um eine **der Sache nach unnötige Doppelung**, indem der Ausbaubeschluss aufgehoben und ausdrücklich entschieden werden soll, bestimmte Ausbaumaßnahmen nicht vorzunehmen. Jedenfalls wegen dieses gleichsam **im Verhältnis***

⁶⁹ VG Augsburg, Beschluss vom 31.05.2006 - Au 7 E 06.550.

⁷⁰ OVG Münster, Urteil vom 19. 2. 2008 - 15 A 2961/07 = NVwZ-RR, 2008, 636.

von Seite und Kehrseite stehenden Zusammenhangs der beiden Frageteile bestehen gegen die Koppelung der Frage keine Bedenken unter dem Gesichtspunkt eines unzweideutigen Entscheidungsgegenstandes.“

Auch der *Berliner Verfassungsgerichtshof* hat in einem *Beschluss aus November 2020*⁷¹ erst jüngst wieder bei einem Volksbegehren den sachlichen Zusammenhang bejaht und damit den Verstoß dieses Volksbegehrens gegen das Koppelungsverbot abgelehnt. In dem dortigen Fall ging es um einen Gesetzentwurf, der zugleich eine Änderung des Werbefreiheitsgesetzes und des Schulgesetzes sowie der Berliner Bauordnung vorsah. Ausreichende verbindende Klammer des vorgeschlagenen Artikelgesetzes war dabei nach Ansicht der Berliner Richter, dass nach allen Änderungen der in diesem Artikelgesetz enthaltenen unterschiedlichen Einzelgesetze gleichermaßen eine „Beeinflussung und Belästigung der Bürgerinnen und Bürger durch Werbung“ verhindert werden sollte und zwar (a) sowohl innerhalb von öffentlichen Einrichtungen (Schulen, etc.), als auch (b) außerhalb von solchen „zum Schutz des öffentlichen Raums“. Diese gemeinsame Intention, die letztendlich in einem „Schutz des öffentlichen Raums generell“ zusammenfassbar war, reichte den Richtern für die Bejahung eines objektiv-sachlichen Zusammenhangs aus, auch wenn mit der Begrenzung der Werbung innerhalb von öffentlichen Einrichtungen und des Verbots der kommerziellen Außenwerbung (auch auf privatem Grund) durchaus ein sachliches Differenzierungskriterium bestand.

Der Umstand, dass man hier zwei Unterkriterien bilden kann, führt also nicht per se und immer zu einem Verstoß gegen das Koppelungsverbot – solange durch eine verbindende Klammer ein sachlicher Zusammenhang bejaht werden kann. Die obersten Richter in Berlin hielten es mit anderen Worten für wahrscheinlicher, dass die befragten Bürger eher sowohl die Außenwerbung als auch die Werbung innerhalb von öffentlichen Einrichtungen gemeinsam bejahen oder verneinen werden als dass sie es für theoretisch denkbar hielten, dass die Bürger das eine mit „ja“ und das andere mit „nein“ beantworten würden.

Leitend dürfte daher – ohne dass sich das indes so klar aus den Urteilsgründen ergibt – durchaus das Motiv gewesen sein, dass es eben grundsätzlich keine gravierend verschiedenen Argumente für und gegen die eine oder die andere Untergruppe gibt. Man mag die Außenwerbung weniger gravierend als die Werbung innerhalb von öffentlichen Einrichtungen empfinden, letztendlich ist das aber nur

⁷¹ Berliner Verfassungsgerichtshof, Beschluss vom 18.11.2020, VerfGH 173/19, Seite 6f. m.w.N

ein gradueller und kein grundsätzlicher Unterschied. Die verbindende Klammer ist der grundsätzliche Wunsch des Freihaltens von Werbungsbeeinflussung im öffentlichen Raum.

b. Verstoß gegen das Koppelungsverbot

Demgegenüber gibt es auch Gerichtsentscheidungen, in denen ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot bejaht wurde. Das Hamburgische Verfassungsgericht z.B. **bejahte** etwa in einem Urteil aus 2019 einen **Verstoß gegen das Koppelungsverbot** im Fall eines Volksbegehrens, mit dem der Pflegenotstand in Krankenhäusern bekämpft werden und eine bessere Patientenversorgung erreicht werden sollte.⁷² Der zur Abstimmung gestellte Gesetzesvorschlag sah Regelungen zum Einsatz und zur Qualifikation von Reinigungspersonal in Krankenhäusern sowie zu Reinigungsstandards und Regelungen zur Mindestpersonalbemessung der Pflegekräfte in Krankenhäusern vor. Auch wenn diese Fragen eng zusammenhängen **und insgesamt das gleiche Ziel verfolgt wurde**, nämlich eine verbesserte Qualität der Versorgung und eine Erhöhung der Sicherheit von Krankenhauspatienten, lag nach Auffassung des Hamburgischen Verfassungsgericht kein hinreichender Zusammenhang vor. Als Begründung führte es unter anderem an, dass die beiden Regelungen nicht miteinander „stehen und fallen“.

Aus dem Urteil:

*[...] Damit ist zugleich klargestellt, dass **verschiedene Regelungsmaterien nicht allein deshalb zu einem sachlich zusammenhängenden Gesetzeswerk werden, weil sie einer gemeinsamen Zielsetzung dienen**. Auch dann, wenn Motivation und Abänderungstendenz der unterschiedlichen Materien deckungsgleich sind, müssen sie getrennt zur Abstimmung gestellt werden, um dem Volk als Souverän eine differenzierte Willensbildung zu ermöglichen.*

[...]

*Dass ein solcher [Zusammenhang] fehlt, wird bereits dadurch indiziert, dass die jeweiligen Hauptregelungen ohne Weiteres den Gegenstand eigenständiger Entwürfe bilden und gesondert im Rahmen getrennter Volksbegehren zur Abstimmung gestellt werden könnten. Denn **weder „steht und fällt“ eine Regelung zur Mindestpflegepersonalbemessung mit flankierenden Regelungen über Hygienepersonal und -standards noch sind Regelungen über Hygienepersonal und -standards nur dann sinnvoll möglich, wenn gleichzeitig Regelungen***

⁷² Hamburgisches Verfassungsgericht, Urteil vom 07. Mai 2019 – 4/18.

zur Mindest-personalausstattung im Bereich der Pflegekräfte getroffen werden.

Dieses Urteil steht mit dem Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs aus dem Jahr 2000 im Einklang, in dem das heutige Verständnis des Koppelungsverbots erstmals definiert wurde.⁷³ In dem dortigen Volksbegehren ging es um die Zusammensetzung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs sowie um die Einführung eines Richterwahlausschusses. Hierzu entschied das Gericht, dass

„die abstrakte und politische Zielsetzung, die der Volksbegehrens-Gesetzentwurf für sich in Anspruch nimmt, nämlich allgemein die Unabhängigkeit der Richter zu stärken, [...] die beiden unterschiedlichen Regelungsvorhaben nicht zu einer sachlich zusammenhängenden Materie machen [kann].“

An diesen doch eher abstrakten Ausführungen lässt sich immerhin erkennen, dass eine „lose Klammer“ allein nicht ausreicht, auch wenn die obigen (positiven) Beispiele unter a) zeigen, dass die Grenzen durchaus fließend sind.

c. Zwischenergebnis zum Koppelungsverbot

Gerade das jüngste oben unter a) als Letztes angeführte Beispiel aus Berlin zeigt, dass es obergerichtlich bestätigt ist, dass in einem einzigen Volksbegehren / Bürgerbegehren durchaus sehr unterschiedliche Gesetze und Teilbereiche dann geändert werden können, wenn es zwischen diesen unterschiedlichen Gesetzen / Teilbereichen eine feste verbindende Klammer in Form eines objektiven inhaltlich-materiellen „innerlichen“ Zusammenhangs gibt.

Wenn man also verklammernd sagen kann, dass die unterschiedlichen Änderungen der verschiedensten Fachbereiche/Materien (Fachgesetze) mit dem grundsätzlichen gleichen Argument befürwortet oder aber eben abgelehnt werden können, dann kann man diese in einem einzigen Bürgerbegehren verbinden. Wenn es also, mit anderen Worten, wahrscheinlicher ist, dass die Befragten alle Fragen zu den Teilbereichen eher gemeinsam entweder bejahen oder verneinen werden als dass es wahrscheinlich ist, dass sie zu den unterschiedlichen Teilbereichen unterschiedliche Auffassungen haben werden.

⁷³ Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 24. Februar 2000 – Vf. 112-IX-99.

Wir meinen daher, dass insoweit das Ziel einer Wärmewende (hin zu einer 100 Prozent Erneuerbaren Wärmeproduktion) eine solche verbindende Klammer bilden dürfte, unter der dann auch mehrere Einzelbereiche / Aspekte verbunden in einem einzigen Bürgerbegehren geltend gemacht werden können. Gleiches gilt für das Ziel einer Stromwende.

Geht es um die Änderung des Unternehmensgegenstandes einer Stadtwerke AG oder einer GmbH (nebst entsprechender Satzungsänderung) und enthielt dieser Unternehmensgegenstand / die Satzung auch schon bisher Wärme und Strom gleichermaßen, dann könnte – nach sorgsamer Prüfung des Einzelfalls – über die Forderung zur Änderung des so gekoppelten Unternehmensgegenstandes sogar die Forderung nach Strom- und Wärmewende gleichermaßen in einem Bürgerbegehren verbunden werden (satzungsmäßige Verklammerung im Einzelfall). Gleiches gilt, wenn es um die Umstellung von bestehenden KWK-Anlagen geht, weil insoweit eine technologische Verklammerung zwischen Strom und Wärme besteht.

Zwar würde damit in einem Bürgerbegehren die Forderung sowohl nach einer **Stromwende**, als auch zugleich nach einer **Wärmewende** erhoben. Dennoch spricht gegen einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot zum einen der technische Aspekt, dass in KWK-Anlagen wesensnotwendig immer Strom und Wärme gleichzeitig und *voneinander abhängig* produziert wird.⁷⁴ Zum zweiten geht es hier um die Verbindung im „Unternehmensgegenstand“ und dessen Umsetzung. Wenn in diesem Unternehmensgegenstand aber auch schon bisher Wärme und Strom untrennbar miteinander verbunden enthalten sind („satzungsmäßige Verklammerung“), dann könnte ein solcher gekoppelter Unternehmensgegenstand im Einzelfall unserer Meinung nach auch in einem einzigen Bürgerbegehren geändert werden.

Im Übrigen gilt freilich, dass es für einen Verstoß gegen das Koppelungsverbot spricht, dass deutlich andere Argumente für und gegen eine Verpflichtung zur Stromwende sprechen, als sie für und gegen eine Verpflichtung zur Wärmewende sprechen. Dies liegt daran, dass der Strommarkt und der Wärmemarkt sehr unterschiedlich ausgestaltet sind. Aufgrund der Liberalisierung des Strommarktes können Stromkunden z.B. leicht den Stromversorger (Stromlieferanten) wechseln, falls die Verpflichtung zur Energiewende zu höheren Strompreisen des

⁷⁴ Wenn entweder Strom oder Wärme nicht mehr genutzt werden können, sinkt der Gesamtwirkungsgrad und steigen die Kosten für die jeweils andere Energieform. Auch der Wechsel des Primärenergieträgers wirkt sich automatisch auf beide Energieformen aus. Insofern lassen sich die Aspekte Strom und Wärme in KWK-Anlagen in tatsächlicher Hinsicht nicht vollständig trennen.

kommunalen Unternehmens führt. Ein Wechsel des Fernwärmeversorgers ist hingegen nicht so einfach möglich, weil es keine bundesweiten Wärmenetze gibt und auch das „Unbundling“ im Wärmebereich nicht besteht, also der Kraftwerksbetreiber in der Regel auch der Fernwärmenetzbetreiber ist (und kein Zwang zu dessen Trennung besteht). Erzeugung und Vertrieb liegen bei der Wärmeversorgung also in der Regel beim Stadtwerk / Fernwärmeversorger. Ein diskriminierungsfreies Lieferrecht erneuerbarer Wärme in Fernwärmenetze besteht – Stand heute – ebenfalls noch nicht, lässt sich indes anhand RED II argumentieren (Art. 23 und 24 EE-Richtlinie der EU vom 11.12.2018), so dass es ab 01.07.2021 durchsetzbar scheint. Ein weiterer Unterschied ist, dass Fernwärmeversorgungsverträge anders als Stromlieferverträge deutlich längere Vertragslaufzeiten und damit wirksame Bindungen auch gegenüber Privatpersonen haben.⁷⁵ Schließlich besteht ein weiterer Unterschied auch in der Preiskontrolle und Preisbildung. Kosten- und Preissteigerungen der Fernwärmeversorger unterliegen ganz anderen rechtlichen Regeln als die der Strom- (und Gas-)versorger.⁷⁶

Für die Bewertung kann es darüber hinaus auch eine Rolle spielen, ob der Strom und die Wärme selbst von dem Stadtwerk (in eigenen oder zumindest von ihr betriebenen (Heiz-)Kraftwerken) erzeugt werden oder ob der Strom auf dem Großmarkt (Handelsmarkt an der Börse) erworben wird. Im letzteren Fall dürfte es für das Stadtwerk deutlich einfacher und kostengünstiger sein, die Stromeinkaufspolitik zu ändern, als die eigene Erzeugung in den KWK- oder sonstigen reinen Stromerzeugungsanlagen umzustellen. Dann spricht also vieles eher für eine Trennung der Aspekte zur Stromwende dieses bisher auf dem Stromhandelsmarkt aktiven Stadtwerks.

Bei der Frage, ob in Bürgerbegehren die kommunale Strom- und Wärmeversorgung verbunden behandelt werden sollte oder nicht, kommt es daher auf den Einzelfall an. Kommt man zu dem Ergebnis, dass eine Verknüpfung zwischen Strom und Wärme (entweder mittels der technologischen Verklammerung (über die KWK-Technologie) oder auch anderweitig z.B. über die satzungsmäßige Verklammerung (Änderung des bisher auch schon Wärme und Strom enthaltenen Unternehmensgegenstands)) nicht bejaht werden kann, müsste man getrennte Bürgerbegehren formulieren.

⁷⁵ § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV: In AGB ist bei der Wärmelieferung eine maximale Erstlaufzeit von 10 Jahren möglich.

⁷⁶ Stromversorger arbeiten mit Preisblättern. Ihre Preisanpassungen werden gerichtlich auf die „Billigkeit“ im Sinne des § 315 BGB überprüft. In Wärmeversorgungsverträgen sind hingegen zumeist so genannte automatische Preisanpassungsklauseln vereinbart, die (lediglich) dem Maßstab des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV genügen müssen.

IV. Beispiele für konkrete Fragestellungen

Basierend auf diesen zu I. bis III. aufgezeigten Maßstäben sollen im Folgenden konkrete Fragestellungen für Bürgerbegehren geprüft werden. Hierbei wird zwischen solchen Kommunen unterschieden, in denen es ein Stadtwerk gibt (im Folgenden unter 1.) und solchen Kommunen, in denen es keine kommunale Beteiligung an einem örtlichen Fernwärmenetzbetreiber bzw. -versorger oder auch Stromnetzbetreiber bzw. Stromerzeugungsanlagenbetreiber gibt (unter 2.).

Alle Frage sind kombinierbar oder einzeln möglich, je nach der konkreten Situation vor Ort.

Bei allen Fragen sollte zudem in der Begründung zu dem jeweiligen Bürgerbegehren eine Definition des Begriffes Erneuerbare Energien erfolgen, also zum Beispiel bei der Wärme wie folgt:

„Erneuerbare Energien in diesem Sinne sind: solare Strahlungsenergie, Geothermie, Umweltwärme, nicht-vermeidbare Industrieabwärme, Abwasser, feste (in Form von Altholz), flüssige oder gasförmige Biomasse.“

Beim Strom z.B. wie folgt:

„Erneuerbare Energien in diesem Sinne sind: Wasserkraft einschließlich der Wellen-, Gezeiten-, Salzgradienten- und Strömungsenergie, Windenergie, solare Strahlungsenergie, Geothermie, Energie aus Biomasse einschließlich Biogas, Biomethan, Deponiegas und Klärgas sowie aus dem biologisch abbaubaren Anteil von Abfällen aus Haushalten und Industrie.“

Die hier vorgeschlagene Definition beim Strom ist dabei an die Definition des § 3 Nr. 17 EEG 2021 angelehnt, wobei in Bezug auf die Biomasse dann auch noch die Biomasseverordnung herangezogen werden sollte, insbesondere was Altholz angeht. Nach § 3 der Biomasseverordnung gelten etwa folgende Stoffe nicht als Biomasse: Altholz (mit Ausnahme von Industrierestholz), Papier, Pappe, Karton, Klärschlämme im Sinne der Klärschlammverordnung, tierische Nebenprodukte, Deponiegas, Klärgas, etc.

Nach § 3 Satz 3 Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) ist regenerative Energie für die Wärmeerzeugung z.B. explizit auch Holz.

Nach § 3 Abs. 2 Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden (Gebäudeenergiege-

setz - GEG) ist oder sind Erneuerbare Energien im Sinne dieses Gesetzes (1.) Geothermie, (2.) Umweltwärme, (3.) die technisch durch im unmittelbaren räumlichen Zusammenhang mit dem Gebäude stehenden Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie oder durch solarthermische Anlagen zur Wärme- oder Kälteerzeugung nutzbar gemachte Energie, (4.) die technisch durch gebäudeintegrierte Windkraftanlagen zur Wärme- oder Kälteerzeugung nutzbar gemachte Energie, (5.) die aus fester, flüssiger oder gasförmiger Biomasse erzeugte Wärme oder (6.) Kälte aus Erneuerbaren Energien. Hierbei wird auch der Begriff der Biomasse noch näher definiert in § 3 Abs. 3 GEG. Danach ist oder sind Biomasse im Sinne von § 3 Absatz 2 Nummer 5 GEG (1.) Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung vom 21. Juni 2001 (BGBl. I S. 1234) in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung, (2.) Altholz der Kategorien A I und A II nach § 2 Nummer 4 Buchstabe a und b der Altholzverordnung vom 15. August 2002 (BGBl. I S. 3302), die zuletzt durch Artikel 120 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist, (3.) biologisch abbaubare Anteile von Abfällen aus Haushalten und Industrie, (4.) Deponiegas, (5.) Klärgas, (6.) Klärschlamm im Sinne der Klärschlammverordnung vom 27. September 2017 (BGBl. I S. 3465), die zuletzt durch Artikel 137 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung oder (7.) Pflanzenölmethylester.

Auch wäre zu erwägen, ob unvermeidbare industrielle Abwärme oder Abwasser-Wärmenutzung mit integriert werden sollte, obgleich dies nach den Legaldefinitionen im Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und im Gebäudeenergiegesetz (GEG) keine Erneuerbaren Energien sind. Wir haben das im Folgenden teilweise separat mit aufgenommen.

Ohnehin dürfte eine nähere Befassung mit den verschiedenen Begriffsbestimmungen in Energiegesetzen lohnend sein, um dann vor Ort – je nach den örtlichen Gegebenheiten – zu entscheiden, welche Erneuerbaren Energien – oder auch welche sonstigen nicht-fossilen Energieformen – nach den Vorstellungen des Bürgerbegehrens genutzt werden sollten, um die fossile Wärmeversorgung abzulösen.

1. Fragen zu Kommunen mit kommunalen Stadtwerken

Gibt es ein Stadtwerk vor Ort, an dem die Kommune beteiligt ist, ist grundsätzlich zu beachten, dass die Fragen in einem Bürgerbegehren sich jeweils daran orientieren müssen, welche Einwirkungsmöglichkeiten die Kommune vor Ort auf dieses Stadtwerk hat. Hierzu sollten in jedem Fall die Satzungen und Gesellschaftsverträge sowie der beschriebene Unternehmensgegenstand des Stadtwerks

vor Ort geprüft werden. Ist das Stadtwerk in der Form einer Aktiengesellschaft (AG) organisiert, sollte auch der entsprechende Handelsregisterauszug (der auch online verfügbar ist) eingesehen und geprüft werden, wie genau die Mehrheitsverhältnisse in dem Stadtwerk ausgestaltet sind, d.h. insbesondere auch, ob ggf. eine Dreiviertelmehrheit der Stadt (in Bezug auf das Stammkapital der AG) besteht. Denn im Falle der Aktiengesellschaft ist für eine Änderung des Unternehmensgegenstandes mindestens eine kommunale Mehrheit von drei Viertel **des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals** erforderlich (mindestens, weil in einer Satzung auch ein höheres Quorum für die Änderung des Unternehmensgegenstandes gefordert sein kann, vgl. § 179 Abs. 2, S. 2 AktG, so dass dies vor Durchführung des Bürgerbegehrens zu prüfen ist).⁷⁷ Bei der Änderung einer Satzung einer GmbH ist hingegen nach § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG für solche satzungsändernde Beschlüsse eine Mehrheit in Höhe von mindestens drei Viertel **der abgegebenen Stimmen** erforderlich.⁷⁸

Steht das Stadtwerk basierend auf diesen Vorgaben „mehrheitlich“ im Eigentum der Kommune, kann in einem Bürgerbegehren eine Anweisung durch die Stadt an das Stadtwerk formuliert werden. Ist dies nicht der Fall, kann die Gemeinde lediglich einwirken, so wie es ihre Beteiligung erlaubt.

Die Fragen sind dann entsprechend unterschiedlich im Einleitungssatz der Bürgerbegehrensfrage zu formulieren.

Variante 1:

Wenn die Kommune zum Beispiel nur mit einer Minderheit (weniger als 50 Prozent) an der Stadtwerke GmbH beteiligt ist bzw. bei einem in Form der Aktiengesellschaft (AG) organisierten Stadtwerk der Unternehmensgegenstand geändert werden muss und die Kommune nicht mind. drei Viertel des Stammkapitals hält, kann zum Beispiel wie folgt formuliert werden:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... als Gesellschafterin der ... GmbH / AG **nachdrücklich und kontinuierlich darauf hinwirkt**, dass die Stadtwerke ... GmbH / AG spätestens ab ...“*

Variante 2:

⁷⁷ Siehe dazu im Einzelnen bereits oben unter II.2.

⁷⁸ Siehe dazu im Einzelnen bereits oben unter II.1.

Wenn es sich bei dem Stadtwerk um eine GmbH handelt und die Kommune mehrheitlich (zu mind. 50,1 Prozent⁷⁹) an diesem beteiligt ist, kann wie folgt formuliert werden:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH **anweist**, dass die Stadtwerke ... GmbH spätestens ab ...“*

Variante 3:

Wenn es sich bei dem Stadtwerk um eine AG handelt und die Kommune mit mindestens 75 Prozent des Stammkapitals an diesem beteiligt ist, kann wie folgt formuliert werden:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... ihre Mehrheit in der Stadtwerke ... AG **nutzt**, um eine Änderung der Satzung / des in der Satzung aufgeführten Unternehmensgegenstands dahingehend zu erwirken, dass die Stadtwerke ... AG spätestens ab ...“*

Inhaltlich sind sodann – je nach der Situation vor Ort – unterschiedliche Fragen denkbar. Die genaue Gestaltung hängt davon ab, welche Stoßrichtung vor Ort möglich bzw. opportun ist. Im Folgenden werden dazu einige Beispiele betrachtet.

a. Beispiel 1: Stromwende des örtlichen Stadtwerks

Nimmt man die Fallkonstellationen, dass ein örtliches Stadtwerk (a) nur Strom ein- und verkauft, (b) Kraftwerke betreibt, in denen es Strom aus fossilen Primärenergien produziert oder (c) an Tochterunternehmen beteiligt ist, die ihrerseits aus fossilen Primärenergien Strom produzieren, dann könnte man die Frage in einem Bürgerbegehren zum Beispiel – in der oben als **Variante 1** dargestellten Form der nicht mehrheitlichen Beteiligung der Stadt am Stadtwerk – wie folgt formulieren:

„Soll die Stadt ... im Rahmen ihrer Unternehmensbeteiligungen nachdrücklich und kontinuierlich darauf hinwirken, dass die ... Stadtwerke GmbH / AG und deren Tochterunternehmen spätestens ab ... (Jahreszahl) nur Strom aus Erneuerbaren Energien liefern, wobei sie diesen selbst in eigenen Anlagen produzieren, im Rahmen von Stromlieferverträgen aus veröffentlichten Anla-

⁷⁹ bzw. sofern es sich bei dem Stadtwerk um eine Aktiengesellschaft handelt und mit der gewünschten „Anweisung“ zugleich der Unternehmensgegenstand geändert werden soll oder bei einer GmbH die Satzung geändert werden muss, ist hierzu eine Mehrheit von mind. drei Viertel des Stammkapitals (bei der AG) bzw. der Stimmen bei der entsprechenden Beschlussfassung (GmbH) erforderlich, siehe dazu oben im Einzelnen unter Ziffer II.1. und 2.

gen erwerben oder im Rahmen von Mieterstrommodellen zur Verfügung stellen und sollen die Stadtwerke ... GmbH / AG hierzu bis zur Erreichung des Ziels ab ... (Jahreszahl einsetzen) einen jährlichen Anstieg der entsprechenden erneuerbaren Anteile in Höhe von mindestens 10 Prozent pro Jahr realisieren und dies auf ihrer Homepage im Internet dokumentieren und veröffentlichen?“

Ist die Stadt mehrheitlich an dem Stadtwerk beteiligt, kann die Frage in der **Variante 2** ausgestaltet werden und wäre dann entsprechend geändert einzuleiten, so dass sie wie folgt lauten könnte:

„Soll die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweisen, dass die ... Stadtwerke GmbH und deren Tochterunternehmen spätestens ab ... (Jahreszahl) nur Strom aus erneuerbaren Energien liefern, wobei sie diesen selbst in eigenen Anlagen produzieren, im Rahmen von Stromlieferverträgen aus veröffentlichten Anlagen erwerben oder im Rahmen von Mieterstrommodellen zur Verfügung stellen und sollen die Stadtwerke ... GmbH / AG hierzu bis zur Erreichung des Ziels ab ... (Jahreszahl einsetzen) einen Anstieg der entsprechenden erneuerbaren Anteile in Höhe von mindestens 10 Prozent pro Jahr realisieren und dies auf ihrer Homepage im Internet dokumentieren und veröffentlichen?“

Diese Fragen kombinieren mehrere Aspekte (Teilbereiche), weil es nicht nur um den Stromvertrieb geht (Strom aus Erneuerbaren Energien liefern), sondern auch um die Stromproduktion selbst (Strom selbst in eigenen Anlagen produzieren bzw. im Mieterstrommodell zur Verfügung stellen). Es kann in einem Bürgerbegehren dabei auch sowohl eine Umstellung der örtlichen **Stromerzeugung** einerseits als auch des **Stromvertriebs** andererseits eingefordert werden. Denn die Stromerzeugung (in Erzeugungsanlagen: Windanlagen statt Kohlekraftwerke, etc.) hat rechtlich im Grunde zwar nichts mit dem Verkauf des solchermaßen produzierten Stroms durch ein örtliches Stadtwerk oder sonstige Stromhändler zu tun. Andererseits kann man aber durch eine Formulierung der auf den bloßen zweiten Aspekt beschränkten Frage – also der Lieferung bzw. des Stromvertriebs – auch erreichen, dass hierdurch gleichsam ebenfalls die Stromerzeugung umfasst wird, denn das Geldverdienen mit der Stromerzeugung beinhaltet immer auch einen Verkauf des so produzierten Stroms an Dritte, sprich: eine Lieferung des Stroms. Ohne Vertrieb bzw. Verkauf der produzierten kWh Strom macht die reine Produktion keinen Sinn. Eine Gewinnerzielung aus Stromerzeugung ohne Lieferung ist damit letztendlich nur theoretisch denkbar, erfolgt praktisch aber nicht: Der Kraftwerksbetreiber verkauft seinen Strom, liefert ihn also letztendlich (sei

es an ein Energieversorgungsunternehmen, sei es über PPAs (Power-Purchase-Agreements oder Direktlieferverträge) direkt an Kunden.

Aufgrund der gemeinsamen Verklammerung „Stromwende“ bzw. Umstellung auf 100 Prozent Erneuerbare Energien sehen wir auch einen hinreichenden inhaltlichen Zusammenhang und damit keinen Verstoß gegen das Koppelungsverbot.

Auch ist der Text inhaltlich hinreichend bestimmt und nicht mehrdeutig, was gleichfalls ein wichtiger rechtlicher Aspekt für die Rechtssicherheit eines Bürgerbegehrens ist, der hier mit dem gewählten Vorschlag eines Textes für ein Bürgerbegehren unseres Erachtens beachtet wird.

b. Beispiel 2: Wärmewende des örtlichen Stadtwerks

Gibt es vor Ort ein Stadtwerk, das als klassischer Fernwärmeversorger auftritt, also sowohl Fernwärme in eigenen Heiz- bzw. Heizkraftwerken aus fossiler Primärenergie produziert, als auch die Fernwärmenetze betreibt und Fernwärme vor Ort verkauft, kann die Frage zum (stufenweisen) Ausstieg aus der fossilen Fernwärmeproduktion und -vermarktung (in der *Variante 2*) wie folgt gestellt werden:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, dass diese ... spätestens ab (Jahreszahl einsetzen) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt und durch ihre Wärmenetze durchleiten oder einspeisen lässt und hierzu stufenweise ab (Jahreszahl einsetzen) in den insgesamt von ihr betriebenen Heiz- und Heizkraftwerken nur noch ... (Prozentzahl einsetzen) %, ab (Jahreszahl) nur noch ... (Prozentzahl einsetzen) % und ab ... (Jahreszahl einsetzen) nur noch ... (Prozentzahl einsetzen) % fossile Brennstoffe zur Wärmeerzeugung einsetzt und dass die Stadtwerke GmbH die dadurch wegfallenden Leistungen durch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder Abwasser ersetzen?“

Die hier vorgeschlagenen Stufen sind hinsichtlich ihrer Prozentzahlen dabei exakt auf den vor Ort vorhandenen Heiz- bzw. Heizkraftwerkpark und dessen Ummstellungsmöglichkeit abzustimmen (oder können im Einzelfall auch weggelassen werden).

Tritt das örtliche kommunale Stadtwerk nur als Fernwärmenetzbetreiber auf und betreibt es keine eigenen Heiz- oder Heizkraftwerke, könnte die Frage wie folgt formuliert werden:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, dass diese ... spätestens ab (Jahreszahl einsetzen) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser durch ihre Wärmenetze durchleiten oder einspeisen lässt?“

Hat man hingegen den umgekehrten Fall und tritt das örtliche kommunale Stadtwerk also nur als Heiz- bzw. Heizkraftwerksbetreiber und Wärmelieferant auf und befinden sich die Wärmenetze nicht in (mehrheitlich) kommunaler Hand, dann muss die Frage um den letzten, auf die Netznutzung zielenden Teil gekürzt werden (weil es diesbezüglich dann keine direkte Einflussnahmemöglichkeit durch ein Bürgerbegehren gibt). Gleiches gilt für den Fall, dass zwar auch die Netze in kommunaler Hand sind, es aber keine „Fremdeinspeiser“ in das kommunale Fernwärmenetz gibt (denn dann ist dieser letzte Teil eine überflüssige Doppelung), Die Frage würde dann wie folgt lauten:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, dass diese ... spätestens ab (Jahreszahl einsetzen) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt und hierzu stufenweise ab (Jahreszahl einsetzen) in den insgesamt von ihr betriebenen Heiz- und Heizkraftwerken nur noch ... (Prozentzahl einsetzen) % , ab (Jahreszahl) nur noch ... (Prozentzahl einsetzen) % und ab ... (Jahreszahl einsetzen) nur noch ... (Prozentzahl einsetzen) % fossile Brennstoffe zur Wärmeerzeugung einsetzt und dass die Stadtwerke GmbH die dadurch wegfallenden Leistungen durch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder Abwasser ersetzen, und das ihr in der Stadt ... fossil betriebenes Heizkraftwerk weder an Dritte verpachtet, noch verkauft wird?“

Die Formulierung dieser Fragen enthalten alle die Aufgabe, dass die Kommune bzw. das Stadtwerk nach und nach ihre fossilen Kraftwerke bzw. fossilen Fremdeinspeisungen zurückfahren bis stilllegen (oder technisch auf den Einsatz Erneuerbarer Energien umbauen) muss und zugleich die wegfallenden Leistungen

entweder durch den Aufbau eigener, erneuerbarer Erzeugungsanlagen kompensieren muss oder durch entsprechenden Zukauf erneuerbarer Wärme.

Die Frage, welche Jahreszahlen hierbei einzusetzen sind, kann in rechtlicher Hinsicht nicht pauschal beantwortet werden. Aus Gründen des Klimaschutzes ist jeweils eine Jahreszahl zu wählen, die sehr nah an der Gegenwart liegt (d.h. ein früher Ausstieg aus der fossilen Wärmeproduktion). Das lässt sich im Rahmen der Abwägung gegenüber den wirtschaftlichen Interessen des Stadtwerks auch sehr gut begründen.

Vor diesem Hintergrund könnte z.B. auch folgende Frage wirtschaftlich sinnvoll sein:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, dass diese ... spätestens ab (Jahreszahl einsetzen) 50 % und spätestens ab (Jahreszahl einsetzen) 100 % der von ihr erzeugten und vertriebenen Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt?“

Wie oben aufgezeigt, hat die Kommune gerade in den Varianten 2 und 3 auch die Befugnis, im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabenwahrnehmung und zum Schutz des Gemeinwohls solche Maßnahmen zu treffen und zu beschließen, die wirtschaftlich der Stadtwerke GmbH / AG sehr nachteilig sind, solange dies die GmbH / AG nicht in die Insolvenz treibt. Dies gilt auch, wenn dazu Wärmebezugsverträge mit Heiz(kraft)werksbetreibern vorzeitig zu kündigen sind und / oder Pönalen (Vertragsstrafen) oder Schadensersatzzahlungen an diese zu richten sind – jedenfalls solange, wie dies nicht zu einer Insolvenz der GmbH / AG führt.⁸⁰ Aufgrund der zu erwartenden steigenden CO₂-Bepreisung (nach BEHG und TEHG) auf fossil erzeugte Wärme verschiebt sich Jahr für Jahr die Wirtschaftlichkeit hin zu erneuerbar produzierter Wärme, so dass sich diese (Un-)Wirtschaftlichkeitsüberlegungen gegenüber der erneuerbaren Wärme ohnehin über die Jahre immer mehr relativieren und entschärfen werden.

c. Beispiel 2a: Wärmewende des Stadtwerks mit Ausschluss der Verpackung/Veräußerung der eigenen fossil betriebenen Kraftwerke

Wenn ein Stadtwerk, welches Heiz(kraft)werke betreibt, zusätzlich zu der unter b) geforderten Wärmewende daran gehindert werden soll, in ihrem Eigentum und

⁸⁰ vgl. dazu im Einzelnen oben unter II.1.c).

in ihrer Betriebsverantwortung stehende fossil betriebene Heiz(kraft)werke an Dritte zu verpachten und/oder zu verkaufen, sondern diese fossil betriebenen Heiz(kraft)werke auf 100 Prozent Erneuerbare Energien umzurüsten (oder eben komplett stillzulegen), dann könnte die Frage in einem Bürgerbegehren wie folgt formuliert werden (in der Variante 2):

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, dass diese ... spätestens ab (Jahreszahl einsetzen) nur noch Wärme aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser erzeugt und vertreibt, wobei die Stadtwerke ... GmbH / AG ihre fossil betriebenen Heiz(kraft)werke weder an Dritte verpachtet noch verkauft, sondern diese stilllegt oder auf Erneuerbare Energien umrüstet?“

Wir meinen, dass diese Fragen nicht gegen das Koppelungsverbot verstoßen, weil die Stilllegung / Umrüstung die Kehrseite des Umstiegs auf 100 Prozent Erneuerbar ist. Es besteht daher eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass die Befragten eher beide Teilfragen einheitlich beantworten, als dass sie zu beiden unterschiedliche Auffassungen haben. Wir sehen dementsprechend den notwendigen innerlichen inhaltlich-materiellen Zusammenhang.

d. Beispiel 3: Abschaltung konkreter fossil betriebener KWK-Anlagen

In einer anderen Konstellation könnte die Situation bestehen, dass eine Bürgerinitiative die Abschaltung einer oder mehrerer konkrete KWK-Anlagen (Kraft-Wärme-Koppelungs-Anlagen) erreichen will, in denen aus fossilen Brennstoffen (Braun- oder Steinkohle, Heizöl oder Erdgas) Wärme und Strom produziert und verkauft wird.

In einem solchen Fall könnte ein Bürgerbegehren zum Beispiel wie folgt formuliert sein (in der Variante 2):

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, dass das von dieser betriebene Heizkraftwerk X ... (Name und Ort einsetzen) / die von dieser betriebenen Heizkraftwerke XXX (Namen und Orte einsetzen) ab (Jahreszahl einsetzen) keine fossilen Brennstoffe zur Produktion von Wärme und Strom mehr einsetzt/einsetzen und dass diese Stadtwerke ... GmbH / AG dadurch wegfallende Leistungen durch Erneuerbare Energien oder durch unvermeidbare Abwärme oder Wärme aus Abwasser ersetzt, insbesondere durch den Aufbau eigener Wärme- und/oder Stromerzeugungsanlagen?“

In dieser Frage ist mit dem ersten Teil des zweiten Halbsatzes sichergestellt, dass das Stadtwerk die fossil betriebene KWK-Anlage nicht an einen anderen Betreiber verkaufen oder verpachten kann und dieser die KWK-Anlage dann einfach weiter betreibt (und die Wärme/den Strom anderweitig verkauft). Denn durch die konkret auf das oder die namentlich benannte(n) Heizkraftwerk(e) bezogene Formulierung wird erreicht, dass gerade diese konkrete(n) KWK-Anlage(n) keine fossilen Brennstoffe mehr einsetzen darf / dürfen. Das bedeutet, dass diese Anlage(n) entweder umgebaut werden muss/müssen, um mit Erneuerbaren Energien, Abwärme oder Abwasser Strom und / oder Wärme zu produzieren, oder stillgelegt werden.

Wir meinen, dass diese Frage auch nicht gegen das Koppelungsverbot verstößt, weil die konkrete Technologie, also die Kraft-Wärme-Kopplung, wesensnotwendig immer Strom und Wärme zugleich produziert. Insofern können Strom- und Wärmeversorgung in einem Bürgerbegehren adressiert werden.

Ebenfalls denkbar ist es in solchen Konstellationen für unterschiedliche Heizwerke oder Heizkraftwerke unterschiedliche Ausstiegsdaten vorzusehen. Wenn ein Stadtwerk mehrere Heiz(kraft-)werke betreibt, mag es Ergebnis vorheriger Prüfungen sein, dass ein Kraftwerk schon eher auf Erneuerbare Wärme umgestellt werden kann als ein anderes. Dann könnte man unterschiedliche Abschalt- bzw. Umstiegszeiten (Jahreszahlen) in das Bürgerbegehren aufnehmen, sollte zuvor indes exakte Prüfungen über die Sinnhaftigkeiten solcher Zahlen tätigen.

e. Beispiel 4: Keine Durchleitung fossiler Wärme durch eigene Fernwärmenetze

Eine weitere Konstellation vor Ort kann sein, dass das örtliche kommunale Stadtwerk die Fernwärmenetzbetreiberin ist, nicht aber auch zugleich die Betreiberin des in dieses Fernwärmenetz einspeisenden Heiz(kraft)werks. Vielmehr ist der Heiz(kraft)werksbetreiber ein anderes nicht kommunal geführtes Unternehmen, welches wiederum die in dieser Anlage produzierte Wärme in das kommunale Fernwärmenetz des örtlichen Stadtwerks einspeist bzw. durch dieses durchleitet. Diese Einspeisung bzw. Durchleitung fossiler Wärme durch kommunale Netze kann per Bürgerbegehren unterbunden werden.

In einem solchen Fall bedarf es weitergehender Prüfungen dahingehend, ob zugunsten dieses Einspeisers / Durchleitenden eine angemessene Übergangsvorschrift geboten ist (vgl. Art. 14 und 12 GG; Frage des Einzelfalls). Zudem sind in diesem Fall auch vertragliche Beziehungen (Verpflichtungen) des Fernwärme-

netzbetreibers gegenüber dem einspeisenden / durchleitenden Heiz(kraft)werksbetreiber zu beachten. Freilich können in diesem Zusammenhang, wie oben aufgezeigt, auch Schadensersatzpflichten einkalkuliert werden: Nicht jede Schadensersatzpflicht des örtlichen Stadtwerks (als Adressat des Bürgerbegehrens) verhindert die langfristige Wirtschaftlichkeit dieses Stadtwerks (als Fernwärmenetzbetreiber, der dann den Schadensersatz an den Heizwerksbetreiber zahlen muss), so dass Pönalen oder vertragliche Schadensersatzpflichten des Fernwärmenetzbetreibers gegen solche externen Kraftwerksbetreiber nicht per se zu einem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot führen.

Rechtlich schwerwiegender wiegt das Argument des Bestands- und Eigentumschutzes nach Art. 14 GG, welcher zugunsten des externen Kraftwerksbetreibers streitet. Dieses Argument kann jedenfalls angemessene Übergangsvorschriften zugunsten des externen Kraftwerksbetreibers gebieten oder doch zumindest eine sorgsame rechtliche Prüfung des Folgenden.

aa.

Bei dieser Prüfung ist als erstes zu beachten, dass dieser (externe) fossil agierende Heiz(kraft)werksbetreiber, der im Moment des geplanten Bürgerbegehrens ein Fernwärmenetz des kommunalen Stadtwerks nutzt, keinen verfassungsrechtlich garantierten Schutz dahingehend hat, dies auch noch in Zukunft unverändert (quasi „auf immer und ewig“) so tun zu können. Denn es gibt kein absolutes Recht auf einen dauerhaften Absatz von fossil erzeugter Wärme unter Inanspruchnahme des entsprechenden Netzes. Unseres Erachtens fehlt es insoweit (was in der Zukunft liegende Einspeisungen / Durchleitungen angeht), die noch nicht vertraglich gesichert sind, bereits an einem Eingriff in Grundrechte (aus Art. 14 und 12 GG).

bb.

Hinzu kommt, dass die beiden Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG ohnehin nicht schrankenlos gewährt werden, sondern auch eingeschränkt werden können und zudem eine Einschränkung bei bestehenden Lieferverträgen ggf. sogar vertraglich vorgegeben ist. Es hätte, mit anderen Worten, im Rahmen der Prüfung von Erforderlichkeit und Angemessenheit eines Eingriffs in diese Grundrechte – so er denn vorläge – in einem weiteren zweiten Schritt stets auch noch – und unabhängig vom Vorbehalt des Gesetzes – eine individuelle Abwägung zwischen den grundrechtlichen Belangen beider Beteiligter zu erfolgen.⁸¹

⁸¹ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 12. April 2007 – 1 BvR 78/02 –, Rn. 31, juris.

Zugunsten des Klimaschutzes und damit des Fernwärmenetzbetreibers, der die CO₂-Grenzwerte verankern will oder wegen des Bürgerbegehrens eben muss, würden dabei die besonderen öffentlichen Interessen des Klimaschutzes streiten, die u.a. in Art. 20a GG Verfassungsrang genießen, aber auch die so genannten anerkennungswürdigen Gemeinwohlinteressen sowie der in Artikel 36 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) explizit als Rechtfertigungsgrund hervorgehobene Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen sowie von Tieren und Pflanzen.⁸²

Bei den entsprechenden rechtlichen Prüfungen wäre dann insbesondere zu beachten, dass sich der negative Einfluss auf Umwelt und Klima sowie Gesundheit der Menschen (und Tiere) durch die **Wärmeerzeugung** auch in der Nutzung des Fernwärmenetzes selbstverständlich – wenn auch nur indirekt – fortsetzt. Denn dadurch wird die Kapazität (der „Platz“) im Fernwärmenetz für andere Wärme, die klimaschonender und gesundheitsfreundlicher aus anderen Primärenergien produziert wird, verbraucht bzw. besetzt. Namentlich Wärme aus Erneuerbaren Energien (Holz, Solarthermie, Biomethan, Biogas, etc.) kann dann nicht mehr ins Fernwärmenetz hinein.

Diese faktischen Probleme sind aus dem Strombereich bekannt, wo Anlagen, die mit Erneuerbaren Energien Strom produzieren, wie Windenergieanlagen, in Zeiten, in denen mehr Strom im Netz ist als verbraucht wird, abgeregelt bzw. gedrosselt werden müssen (vgl. § 13 EnWG und §§ 14, 15 EEG 2017), weil das Stromnetz mit anderem, aus Steinkohle oder Atomenergie produzierten Strom „verstopft“ ist. Auch dies ist ein unter Klimaschutz- und Gesundheitsaspekten bedenklicher Umstand, der freilich anschaulich zeigt, dass auch über das Netz und dessen Betrieb Gesundheits- und Klimaschutz ausgeübt werden muss bzw. kann.

cc.

Diese indirekte Wirkung von fossiler Wärme auch im Fernwärmenetz könnte daher unseres Erachtens selbst dann mit Erfolg gegen die Verfassungswidrigkeit angeführt werden, wenn man einen Eingriff in die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG der Kraftwerksbetreiber bzw. gegen die EU-Warenverkehrsfreiheit bejahen würde. Dies zumindest dann, wenn die Versagung des Zugangs von fossiler Wärme in Fernwärmenetze auf die Zukunft gerichtet ist. Zwar hätte ein an ein Fernwärmenetz angeschlossenes Kraftwerk dann im Falle des Verbots der Ein-

⁸² zum Schutz der Umwelt vgl. auch Art. 11 und 191 AEUV und Gundel Anm. EuZW 2001, 143, 148 f. sowie Streinz/W. Schroeder, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 36 Rn. 41 und 42.

speisung / Durchleitung mangels Absatzmöglichkeit seiner Wärme wohl keine wirtschaftliche Perspektive mehr,⁸³ aber dies wäre, wie aufgezeigt, bereits kein Eingriff, hilfsweise aber auch im Wege der individuellen Abwägung rechtfertigbar, weil im Interesse des Klima- und Gesundheitsschutzes liegend.

dd.

In diesem Fall des externen Heiz(kraft)werkbetriebs durch eine andere juristische Person als das kommunale Stadtwerk ist des Weiteren zu beachten, dass der kartellrechtliche Zugangsanspruch nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 4 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) – den der vom Fernwärmenetzbetreiber personenverschiedene Kraftwerksbetreiber gegen eben diesen Fernwärmenetzbetreiber anführen könnte – zusätzlich unter dem **Vorbehalt der tatsächlichen Möglichkeit der Zugangsgewährung sowie der Zumutbarkeit für den Betreiber der Infrastruktureinrichtung** (hier also des Fernwärmenetzes) steht. Auch hierüber lässt sich daher ein Zugangsanspruch eines fossilen Kraftwerksbetreibers ablehnen. Denkbar ist es im Einzelfall beispielsweise, dass eine Mitbenutzung des Netzes zukünftig nur noch realisierbar ist, wenn dazu wesentliche Netzerweiterungsmaßnahmen getroffen werden müssten. Dann könnte der Netzbetreiber den Zugangsanspruch auch etwa wegen betriebsbedingter Unmöglichkeit ablehnen, hilfsweise wegen Unzumutbarkeit.⁸⁴ Wenn dies nicht der Fall ist, scheidet diese Argumentation freilich aus.

An dieser Stelle sei insofern auch noch einmal auf eine weitere Besonderheit der Fernwärme verwiesen: Aufgrund des geschlossenen Wärmekreislaufs müssen zusätzlich (von Dritten) in diesen Kreislauf eingespeiste Wärmemengen immer mit der eigenen Wärmeerzeugung (oder der Wärmeerzeugung anderer Dritter) austariert werden. Anders als beim Strom können dabei dann aber nicht überschüssige oder fehlende Mengen über eine jeweils vorgelagerte Netzebene ausgeglichen werden. Das stellt Fernwärmenetzbetreiber also vor immense Herausforderungen, die gleichfalls im Einzelfall gegen kartellrechtliche Zugangsansprü-

⁸³ selbst dies kann man angreifen und in Abrede nehmen, weil Kohlekraftwerke über die Kraft-Wärme-Kopplungstechnik (KWK) auch aus Stromeinnahmen Wirtschaftlichkeit erzielen können.

⁸⁴ Auch ist es denkbar, dass die Bewilligung eines Durchleitungsbegehrens einen so massiven Eingriff in eine ansonsten effiziente Netzsteuerung und Anlagenfahrweise bedeuten würde, dass eine Interessenabwägung zu Lasten des Durchleitungspetenten (hier: des fossilen Kraftwerksbetreibers) ausfallen muss. Sofern man in entsprechenden Fällen nicht bereits die Möglichkeit des Netzzugangs verneinen will, erscheint es jedenfalls sehr zweifelhaft, ob die Pflicht zur Einräumung der Mitbenutzung eines Netzes nach § 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 Nr. 4 GWB den Netzbetreiber auch verpflichtet, ggf. Wärmemengen, die wegen Kapazitätsengpässen nicht zwischen Teilnetzen fließen können, durch entsprechende Drosselung bzw. Erhöhung der eigenen Wärmeproduktion in den verschiedenen Teilnetzen auszugleichen. Dies käme letztlich einer Verpflichtung zu einem echten Bilanzkreismanagement gleich, was mithin ebenfalls als Unzumutbarkeit des Netzzugangs im Einzelfall seitens des Netzbetreibers gegen den Netzzugangsanspruch des fossilen Kraftwerksbetreibers angeführt werden kann.

che von fossilen Kraftwerkbetreibern angeführt werden könnten und auch etwa gegen den gleichfalls denkbaren **Anspruch auf Abnahme aus § 20 Abs. 1 GWB** (aufgrund des Gebots diskriminierungsfreier Wärmebeschaffung), sodass die Interessenabwägung auch deswegen eher zu Gunsten des Fernwärmenetzbetreibers ausfallen dürfte und dementsprechend ein kartellrechtswidriger Missbrauch bei Nichtgewährung des Zugangs / der Abnahme auch mit diesen Gründen abgelehnt werden könnte. Eine missbräuchliche Verweigerung der Abnahme / des Zugangs läge damit bei einer Verweigerung der Abnahme/des Zugangs von fossiler Wärme in das Fernwärmenetz unseres Erachtens ebenfalls nicht vor bzw. ließe sich auch wettbewerbs- und kartellrechtlich unseres Erachtens vertretbar abwehren.

Nach alledem könnte in einer solchen Situation, in der das kommunale Stadtwerk nur das Fernwärmenetz betreibt, daher zum Beispiel ein Bürgerbegehren wie folgt formuliert sein (in der Variante 2):

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, in ihrem Fernwärmenetz spätestens ab ... (Jahreszahl einsetzen) einen Anstieg des erneuerbaren Anteils in Höhe von 10 Prozent pro Jahr zu verzeichnen, so dass in dem Fernwärmenetz ab ... (Jahreszahl einsetzen) 100 Prozent erneuerbare Wärme ist und dass die Stadtwerke ... GmbH diese jährlichen Steigerungen auf ihrer Homepage im Internet veröffentlichen?“

Alternativ könnte auch hier (wie bei dem Beispielfall 2) ein auf den vorhandenen Heiz(kraft-)werkspark abgestimmtes stufenweises Vorgehen in Betracht kommen, bei dem man dann statt des pauschalen jährlichen Anstiegs der Erneuerbaren Quote konkrete Umstiegs-Prozentsätze je nach Größe der umzustellenden einzelnen Heiz(kraft-)werke benennen würde (siehe oben die Formulierung der Frage 1 zu dem Beispielfall 2).

f. Beispiel 4a: Anschlussanspruch für erneuerbare Wärme ins Fernwärmenetz

In Ergänzung zum Beispiel 4, in dem „nur“ der erneuerbare Anteil von Wärme im Fernwärmenetz Jahr für Jahr erhöht werden soll, könnte in einer Variante auch zusätzlich ein Anschlussanspruch für erneuerbare Wärme per Bürgerbegehren initiiert werden.

Hierbei wäre in rechtlicher Hinsicht zunächst zu prüfen, ob der kommunale Fernwärmenetzbetreiber dann, wenn er künftig erneuerbare Wärme in sein Netz aufnehmen muss und andere fossile Wärme nicht mehr aufnehmen soll, gegen **§§ 19, 20 GWB** (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) verstößt.

Das Fernwärmenetz ist eine Monopolinfrastuktur, die nach Wettbewerbs- und Kartellrecht grundsätzlich allen Anschlusspetenten offenstehen muss. Hiergegen könnte ein Stadtwerk verstoßen, wenn es ab sofort die Einspeisung oder Durchleitung von fossil produzierter Wärme in sein kommunales Fernwärmenetz verböte. Jede Kommune könnte demzufolge auch aus kartellrechtlichen Gründen an der Versagung der Durchleitung von fossiler Wärme durch ihr kommunales Fernwärmenetz gehindert sein. Anders ausgedrückt: Der Kohle- oder Gaskraftwerksbetreiber könnte – trotz einer möglicherweise für den Fernwärmenetzbetreiber gegebenen vertragsrechtlichen Kündigungsmöglichkeit des Durchleitungs- bzw. Einkaufsvertrages – dennoch nach § 19 GWB einen kartellrechtlichen Anspruch auf Wärmedurchleitung durch das kommunale Fernwärmenetz haben (mit der Folge, dass er einen Anspruch auf unmittelbaren Neuabschluss eines Durchleitungsvertrages hätte, was einer Art Kontrahierungszwang des kommunalen Fernwärmenetzbetreibers gleichkäme).

Im Ergebnis besteht dieser Anspruch indes nicht: Zwar ist ein Fernwärmenetzbetreiber ein Unternehmen, das eine marktbeherrschende Stellung innehat, es nutzt diese aber nicht missbräuchlich aus.

aa.

Ein Unternehmen ist nach § 18 Abs. 1 GWB marktbeherrschend, wenn es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt (1.) ohne Wettbewerber ist, (2.) keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder (3.) eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung innehat.

Auf dem Markt der Wärmeversorgung⁸⁵ ist der Fernwärmenetzbetreiber ein Anbieter, der entweder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung innehat oder aber zumindest keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist. Dies gilt erst recht, wenn man von verschiedenen Märkten hinsichtlich der Energieart (wie z.B. der zentralen Versorgung über Fernwärme oder

⁸⁵ Wärmeenergie für Haushalte bildet dabei nach Auffassung der Rechtsprechung jedenfalls einen einheitlichen Markt, vgl. BGH v. 23.6.2009 WuW/E DE-R 2739, 2740 „Entega I“; s. aber OLG Düsseldorf v. 23.2.2005 NJOZ 2005, 2184; OLG München v. 19.10.2006 DE-R 1887 „Münchener Fernwärme“, die sachliche Markabgrenzung wurde später von BGH v 25.9.2007 WuW/E DE-R 2267 für fehlerhaft eingestuft; vgl. dazu insgesamt nur: Immenga/Mestmäcker/Fuchs/Möschel, 5. Aufl. 2014, GWB § 18 Rn. 73 m.w.N.

dezentralen Versorgung über eine Ölheizung im Objekt) ausgeht.⁸⁶ Zudem sind kostenintensive Stichleitungen auf der Ebene der Marktabgrenzung ebenfalls nicht als wirksame Alternative zu berücksichtigen.⁸⁷ In geographischer Hinsicht ist der relevante Markt zur Nutzung der Fernwärmeversorgung schließlich eindeutig auf dessen Ausdehnung beschränkt. Geht man davon aus, dass es in der Gemeinde keine parallel verlegten Fernwärmenetze gibt, ist die marktbeherrschende Stellung des örtlichen Fernwärmenetzbetreibers mithin zu bejahen.

bb.

Diese marktbeherrschende Stellung wird aber nicht rechtsmissbräuchlich ausgenutzt, wenn das Stadtwerk Kohlekraftwerke oder auch andere fossil betriebene Kraftwerke (Gaskraftwerke) nur noch sekundär / nachrangig zu erneuerbar betriebenen Heiz(kraft)werken in sein Netz ließe. Zwar spricht die Erfüllung des so genannten Regelbeispiels des **§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB** für eine Bejahung einer rechtsmissbräuchlichen Ausnutzung. Denn danach liegt ein Missbrauch insbesondere dann vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen (so genannten *essential facilities*)⁸⁸ zu gewähren und wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung dieses Netzes nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden.

Aus dieser Norm wird daher gemeinhin zwar einerseits ein kartellrechtlicher Zugangsanspruch abgeleitet,⁸⁹ andererseits ist zu dieser Norm aber gleichfalls anerkannt, dass sie zwingend dadurch determiniert wird, wie der Zugang ausgestaltet ist. Konkret ist auch im Rahmen des Zugangsanspruchs also zu beachten, ob der Gesetzgeber aus ökologischen oder klimapolitischen Gründen neue Energieformen etablieren will, welche mit den vorhandenen (konventionellen) Kraftwerken in Wettbewerb treten und als infrastrukturabhängige Leistungen ebenfalls auf die Mitbenutzung der Netzinfrastruktur angewiesen sind.

⁸⁶ vgl. dazu: BGH v. 21.10.1986 WuW/E BGH 2309, 2310 f.; OLG Hamburg v. 2.5.1985 WuW/E OLG 3650 „Glockenheide“; selbstständiger Markt für die Lieferung von Fernwärme; auch BGH v. 9.7.2002 WuW/E DE-R 1006 „Fernwärme Börsen“.

⁸⁷ vgl. OLG Düsseldorf, 04.10.2007, IV Kart 1/06 (V), Rn. 108.

⁸⁸ woraus die aus dem US-amerikanischen Recht entwickelte „essential facilities-Doktrin“ entwickelt wurde, die letztendlich Vorbild für § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB war, vgl. dazu auch die Bronner-Entscheidung des EuGH aus 1998 (Slg. 1998 I-7791).

⁸⁹ vgl. nur KG Berlin, WRP 2002, 564, 570.

Hier drückt namentlich das GEG, aber auch der neue § 1 Abs. 5 EEG 2021 ein besonderes öffentliches Interesse an der Förderung Erneuerbarer Energien im Wärmebereich aus. Zusätzlich subventionieren dem Beihilferecht der Art. 107 ff. AUEV unterliegende staatliche Förderprogramme ökologisch wünschenswerte Technologien.⁹⁰ Nicht zuletzt im **KWKG** (Kraft-Wärme-Kopplungs-Gesetz) hat, wie bereits oben aufgezeigt, der Gesetzgeber zudem zu erkennen gegeben, dass er ortsnah erzeugte Wärme aus Kleinkraftwerken vorrangig in nahe gelegene Fernwärmenetze integrieren und aus Kohle erzeugte KWK gar nicht mehr fördern will (vgl. § 7 Abs. 2, § 10 Abs. 1, § 35 Abs. 2 und 5 KWKG). Auch die **AVBFernwärmeV** zeigt in ihrem § 3 Satz 3, dass jeder Wärmekunde, der an sich zur Gesamtbedarfsdeckung gegenüber seinem Wärmelieferanten verpflichtet ist, stets berechtigt ist, Vertragsanpassung – d.h. Reduzierung der Gesamtbedarfsdeckungspflicht auf vertraglicher Ebene – zu verlangen, wenn und soweit er seinen Wärmebedarf unter Nutzung regenerativer Energiequellen (inklusive Holz) decken will.

Auch dies zeigt, dass monopolartige Strukturen im Wärmebereich seit jeher zugunsten klimaschonender Wärmegewinnung eingeschränkt sind. Auch das ist Teil des Wettbewerbs – sozusagen des internen Wettbewerbers, welchem Wärmeverkäufer (und mithin Kraftwerksbetreiber) seit jeher ausgesetzt sind. Auch die staatlich geförderte Erschließung neuer Wärmequellen – etwa auch im Bereich der Solarthermie (solarthermische Großkraftwerke) oder der Geothermie – zeigt ein komplexes Spannungsverhältnis zwischen dem generellen wettbewerblichen Zugangsanspruch einerseits und dem teilweise widerstreitenden Beihilferecht und den umweltpolitischen Spezialgesetzen (EEG, KWKG, GEG) andererseits auf. Das bringt die Frage hervor, wie dieses Spannungsverhältnis im Rahmen des Wettbewerbsrechts aufgelöst werden kann.

Unseres Erachtens spielen außerwettbewerbliche („vergabefremde“) Aspekte – wie der Klimaschutz – im Rahmen von wettbewerbsrechtlichen Erwägungen durchaus relevant eine Rolle und müssen daher auch Berücksichtigung finden. Dieser Standpunkt – und darauf sei explizit hingewiesen – ist freilich auch im Wettbewerbsrecht weiterhin umstritten.⁹¹ Immerhin hat der BGH bereits in mehreren Fällen klargestellt, dass die §§ 19, 20 GWB im Rahmen der notwendigen Interessenabwägung öffentliche Belange berücksichtigen und dabei eben auch

⁹⁰ ebenso: Säcker, Wettbewerbsliche Bindungen der Fernwärmenetzbetreiber, in: RdE 2011, 277.

⁹¹ vgl. dazu nur Torsten Körber, Drittzugang zu Fernwärmenetzen, JWV 2011, S. 80 ff. mit einer detaillierten Darstellung des Streitstandes sowie die Sektoruntersuchung Fernwärme des Bundeskartellamtes, Abschlussbericht gemäß § 32e GWB aus August 2012, Seite 106, Rn. 235.

den Umwelt- und Klimaschutz, aber auch die Versorgungssicherheit und soziale Belange.⁹² Dem ist die juristische Literatur gefolgt.⁹³

Das Interesse am funktionierenden Wettbewerb kann danach u.E. nicht losgelöst von den Allgemeinwohlinteressen, insbesondere dem des Klimaschutzes, bewertet werden.⁹⁴ Selbst die Gesetzesbegründung zur damaligen Einführung dieser Norm des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB führte aus: „Damit liegt ein Mißbrauch nicht vor, wenn das Verhalten aufgrund spezialgesetzlicher Regelungen zulässig ist.“⁹⁵ Dies zeigt zumindest, dass auch der Wille bei Schaffung der Norm nicht auf einen rein wettbewerblichen Aspekt beschränkt war, sondern „wettbewerbsfremde“ Rechtfertigungen für eine vermeintliche Verletzung des Wettbewerbsrechts durchaus von Beginn an angelegt und mithin als möglich angesehen wurden. Zumindest für den Strommarkt haben außerdem sowohl das BVerfG, als auch das Bundeskartellamt eine Berücksichtigung der energiepolitischen Wertungen des EnWG ebenfalls bejaht.⁹⁶

Wir meinen daher, dass es vertretbar und durchsetzbar ist, ein missbräuchliches Ausnutzen einer marktbeherrschenden Position des Fernwärmenetzbetreibers und damit einen Verstoß gegen das Kartellrecht (§ 19 GWB) zu verneinen, wenn dieser Netzbetreiber – gezwungen durch einen Bürgerentscheid – beschließt, einem Heiz(kraft)werksbetreiber, der fossil Wärme produziert, nur noch einen nachrangigen Zugang zu seinem Fernwärmenetz zu gewähren.

cc.

Ein mögliches Bürgerbegehren könnte dann wie folgt formuliert werden (in der Variante 2):

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... die Geschäftsführung der Stadtwerke ... GmbH anweist, in ihrem Fernwärmenetz ab sofort Anlagen in räumlicher Nähe ihrer Netzleitungen, die in nicht nur geringfügiger Menge aus Erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme oder aus Abwasser Wärme erzeugen, auf Verlangen des jeweiligen Betreibers dieser Anlagen unverzüglich und vorrangig an ihr Wärmenetz anschließen und zugleich Anlagen, die aus fossilen Energien

⁹² BGH, WuW/E DE-R 2163, 2165; BGH WuW/E DE-R 1951, 1952; BGH WuW/E DE-R 2581, 2584;

⁹³ siehe u.a. Säcker/Mohr/Wolf, Konzessionsverträge im System des europäischen und deutschen Wettbewerbsrechts, 2010, S. 121 f.; Körber, aaO, S. 85.

⁹⁴ ebenso: Säcker/Wolf, RdE 2011, 277, 281 unter Hinweis auf BVerwG, 28.11.1996, 8 B 216/96.

⁹⁵ Zitat aus BT-Drs. 13/9720.

⁹⁶ BVerfG NVwZ 2001, 789f und BKartA WuW/E DE-V 149.

Wärme produzieren, ab dem Jahr ... (Jahreszahl einsetzen) nicht mehr Zugang zu ihrem Fernwärmenetz gewähren?“

Die Begriffe „räumliche Nähe“ sollten denkbar weit ausgelegt werden, was man auch in die Begründung des Bürgerbegehrens schreiben sollte.

Die Begriffe „in nicht nur geringfügiger Menge“ sollten dazu dienen, Bagatellsachverhalte auszuschließen, etwa wenn eine Aufdach-Solarthermie-Anlage mit 10 kW den Anspruch auf Anschluss begehrt.

In Ergänzung und in Anlehnung an § 19 GWB sowie Art. 23 und 24 Erneuerbare-Energien-Richtlinie (RL (EU) 2018/2001 vom 11. Dezember 2018, sog. RED II), könnten auch Ausnahmegründe in die Begründung aufgenommen werden. Diese Ausnahmegründe sollten abschließend normieren, wann ein solcher Einspeisevorrang ausnahmsweise nicht besteht. Zu beachten ist, dass Art. 23 und 24 RED II bis 30.06.2021 in deutsches Recht umzusetzen sind, was den politischen Druck derartiger Bürgerbegehren erhöhen kann.

Mögliche Formulierungen wären hier:

„Der Netzanschluss kann verweigert werden, wenn der Anschluss an das Wärmenetz technisch nicht mit vertretbarem Aufwand möglich oder wirtschaftlich unzumutbar ist.“

Auch die Konditionen eines Anschlussanspruchs könnten in das Bürgerbegehren mit aufgenommen werden:

„Die GmbH ist verpflichtet, die erneuerbare Wärme nach Wahl des Anlagenbetreibers entweder gegen ein angemessenes Netzentgelt durch das Wärmenetz durchzuleiten oder die Wärme abzunehmen und angemessen zu vergüten. Die GmbH ist berechtigt, ein solches Netzentgelt oder eine solche Vergütung einseitig festzusetzen. Der Anlagenbetreiber hat einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit des Netzentgelts oder der Vergütung.“

Die einseitige Festsetzung des Netzentgelts bzw. der Vergütung untersteht der so genannten Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB, die der Anlagenbetreiber dann einfordern könnte. Auch hierauf sollte in der Begründung eines entsprechenden Bürgerbegehrens hingewiesen werden.

2. Fragen zu Kommunen ohne kommunale Beteiligung an EVUs vor Ort

Sind damit unter IV.1. mehrere Konstellationen geprüft worden, bei denen die Kommune an einem Stadtwerk vor Ort beteiligt ist und über dieses mittels Bürgerbegehren zu Einflussnahmen auf die Strom- und Wärmewende bewegt werden kann, so stellt sich anschließend die Frage, was man in Kommunen machen kann, in denen es keine kommunale Beteiligung an einem örtlichen Fernwärmenetzbetreiber bzw. -versorger oder auch Stromnetzbetreiber bzw. Stromerzeugungsanlagenbetreiber gibt.

Im Folgenden wird daher auf weitere Beispielfälle eingegangen, in denen es weder eine direkte Einflussnahme auf die örtlichen EVUs (Elektrizitätsversorgungsunternehmen) noch auf die FVUs (Fernwärmeversorgungsunternehmen) vor Ort gibt, die Kommune also weder ein Netz (Wärmenetz oder Stromnetz) noch Erzeugungsanlagen (Strom oder Wärme) betreibt.

a. Beispiel 5: Erneuerbare-Energien-Quote für das Fernwärmenetz

Per Bürgerbegehren könnten die Kommunen veranlasst werden, so genannte EE-Quoten (also Quoten für Anteile erneuerbar produzierter Wärme) für die in ihren Gemeindegebieten verlegten Fernwärmenetze verbindlich festzusetzen.

Die Kommune ist in der Regel auf der Grundlage von § 8 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) und den entsprechenden Normen in den Straßen- und Wegegesetzen des jeweiligen Bundeslandes die Verantwortliche für die über den Gemeingebrauch von Ortsdurchfahrten hinausgehende Sondernutzung. Sie hat daher in der Regel auch die Erlaubnis der Sondernutzung zu erteilen und kann diese an Bedingungen knüpfen. Handwerklich lässt sich eine solche Sondernutzungsgebühren-Lösung auch recht leicht umsetzen. Hierzu sind unseres Erachtens auch nicht notwendig die entsprechenden Regelungen der Landes-Straßengesetze zu ergänzen,⁹⁷ sondern es genügt in der Regel (Frage des Einzelfalls) eine Änderung der Satzungen / Verordnungen über die Erhebung von Gebühren für die Sondernutzung öffentlicher Straßen.⁹⁸

Der Betrieb und die Verlegung von Fernwärmeleitungen unter oder auf öffentlichen Straßen stellt dabei auch **keinen Gemeingebrauch** dar. Gemeingebrauch ist

⁹⁷ Freilich wäre das für jedes Bundesland zu prüfen, für Berlin siehe: Berliner Straßengesetz (BerlStrG) vom 13. Juli 1999, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 05.07.2018, GVBl. S. 464.

⁹⁸ Freilich wäre das für jedes Bundesland zu prüfen, für Berlin siehe: Sondernutzungsgebührenverordnung (SNGebV) vom 12. Juni 2006; zuletzt geändert durch Verordnung vom 16.05.2012 (GVBl. S. 160).

freier Gebrauch im Rahmen der Widmung innerhalb der „verkehrsüblichen“ Nutzung. Die Benutzung der Straßen über den Gemeingebrauch hinaus ist so genannte Sondernutzung, die im Falle der Ortsdurchfahrten der Erlaubnis der Gemeinde bedarf.⁹⁹

Zu prüfen wären dann auch noch etwaige bestehende **Konzessionsverträge** der (kommunalen bzw. privaten) Fernwärmeversorger auf dem kommunalen Gebiet. Solche Verträge sind teilweise von den Regelungen der Straßengesetze bzw. der Sondernutzungsgebührenverordnungen / -satzungen explizit befreit (vgl. § 11 Abs. 12 Berliner Straßengesetz: „*abweichende Regelungen in bestehenden Konzessionsverträgen*“ bleiben danach unberührt), was geprüft werden müsste.

Grundsätzlich könnten nach alledem die Regelungen der kommunalen **Sondernutzungsgebühren** durch entsprechende Regelungen ergänzt werden, die an den CO₂ -Gehalt der Fernwärmenetze bzw. dessen Klimafreundlichkeit anknüpfen. Im Falle zugunsten der örtlichen Fernwärmeversorger laufender Sondernutzungserlaubnisse und / oder Konzessionsverträge könnte ein Bürgerbegehren darauf zielen, dass die Kommune veranlasst wird, auf entsprechende Anpassungen (in Form von Nebenbestimmungen bzw. Vertragsanpassungen) hinzuwirken. Hierzu sei ergänzend die Rechtslage zu diesen Konzessionsverträgen sowie dem Zusammenhang zu den Sondernutzungserlaubnissen kurz erläutert:

aa.

Die Nutzung öffentlicher (gemeindlicher) Straßen und Wege mittels Fern- oder Nahwärmeleitungen stellt eine so genannte Sondernutzung dar. Das ist der Gegensatz zum sogenannten Gemein- oder Allgemeingebrauch von Straßen und Wegen (darunter fällt z.B. das Gehen, Fahren auf den Straßen).

Man braucht für eine solche Sondernutzung – im Unterschied zum Gemeingebrauch – eine Genehmigung der zuständigen Behörde (die so genannte Sondernutzungserlaubnis). Diese wird ggü. Versorgungsunternehmen oft auch in Form eines formlosen Schreibens oder aber auch eines Gestattungsvertrages (dem so genannten Konzessionsvertrag) von der Gemeinde erteilt. Den Behörden steht dabei in der Regel ein weiter Ermessensspielraum nach dem Straßen- und Wege-recht zu, was in den Ländern aber teils sehr unterschiedlich geregelt ist. In Berlin ist z.B. geregelt, dass die Regelungen zur Sondernutzungsgebührenverordnung

⁹⁹ Hierzu muss jeweils vor Ort die Ermächtigungsgrundlage in der Gemeinde geprüft werden, vgl. als Beispiel nur: <https://www.timmendorfer-strand.org/rathaus/was-erledige-ich-wo/leistungen/ansicht/vorgang/sondernutzungserlaubnis-auf-oeffentlichen-strassen-1.html>

für Konzessionsverträge mit „öffentlichen“ Versorgern nicht gelten. Als Wärmenetzbetreiber hat man grds. auch einen gesetzlichen (kartellrechtlichen) Nutzungsanspruch (auf Sondernutzung der Straße) in der Weise, dass die Gemeinde nicht ohne sachlichen Grund die Nutzung der Straße für Wärmeleitungen verweigern kann und darf. Anders als im Energiewirtschaftsgesetz, wo in § 46 EnWG eine ausdrückliche Pflicht zur Zulassung der Wegenutzung für Strom- und Gasleitungen geregelt ist, gibt es für Wärme aber explizit keine solche Regelung. In jedem Fall ist es aber so, dass man als Wärmenetzbetreiber für die Verlegung der Leitungen / Röhre unter den öffentlichen Straßen und Wegen eine „Genehmigung“ von Seiten der Gemeinde benötigt und hinsichtlich dieser als Fern- oder Nahwärmenetzbetreiber aber auch einen Anspruch auf diskriminierungsfreie, ermessensfehlerfreie Gewährung hat.

Ein Beispiel für eine gesetzliche Regelung einer Sondernutzungserlaubnis findet sich z.B. in Art. 18 Abs. 2 des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes. Danach kann z.B. eine bayerische Gemeinde einem Fernwärmenetzbetreiber gar nicht unbefristet die Nutzung seiner Straßen und Wege mittels Leitungen gestatten, sondern nur auf Zeit oder Widerruf.

In anderen Bundesländern gibt es aber solche Befristungen nicht, so dass – nach Straßen- und Wegerecht – dort Sondernutzungserlaubnisse für Wärmenetze grds. auch unbefristet erteilt werden dürfen. Auch wenn das kartellrechtlich meines Erachtens angreifbar ist. Nach dem Auslaufen eines Konzessionsvertrages begründet das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 Nr. 1 GWB für den bisher Nutzungsberechtigten daher meines Erachtens auch weder ein gesetzliches Wegenutzungsrecht, noch kann der bisher Nutzungsberechtigte verlangen, dass die Gemeinde ihm ein vertragliches Wegenutzungsrecht einräumt (strittig, vgl. die Auseinandersetzung in Berlin).

Eine weitere interessante Regelung findet sich in Art. 22 Bay Straßen- und Wegegesetz (sog. Sondernutzung nach bürgerlichem Recht). Die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums der Straßen richtet sich danach nach bürgerlichem Recht, wenn sie die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, den Gemeingebrauch und den Anliegergebrauch nicht beeinträchtigen, wobei eine vorübergehende Beeinträchtigung für Zwecke der öffentlichen Versorgung oder Entsorgung außer Betracht bleibt (so z.B. § 23 Abs.1 Brdb. StraßenG). Ähnliche Regelungen finden sich in den Flächenländern (und Bremen), wo Wegenutzungsrechte zum Zwecke der Leitungsverlegung mittels „bürgerlich-rechtlichem“ Vertrag eingeräumt werden (bürgl.-rechtl. Sondernutzung).

In Berlin und Hamburg ist die Rechtslage hingegen anders: hier sind Wegenutzungen zu Zwecken der öffentlichen Versorgung als eine öffentlich-rechtliche Sondernutzung definiert, wofür eine Erlaubnis erteilt werden muss und auch ein Anspruch darauf besteht (vgl. § 12 BerlStrG; §§ 4, 19 I, IV HWG). Das bedeutet: In Berlin und Hamburg werden Wegenutzungsrechte zum Zwecke der Leitungsverlegung mittels Sondernutzung (typischerweise statt im Wege des Verwaltungsaktes („Sondernutzungserlaubnis“) durch einen „öffentlich-rechtlichen“ Vertrag zwischen Stadt/Bezirk und Fernwärmeversorger eingeräumt (öff. - rechtl. Sondernutzung).

bb.

Was sodann die Ausgestaltung von Gestattungsverträge angeht, so gibt es hier grds. alles von unkomplizierten schnellen kostenlosen Lösungen bis hin zu seitenlangen Verträgen mit monatlichen Zahlungen und Kostentragungspflichten bei Verlegung der Leitungen, etc. Auch die Laufzeit der Gestattungsverträge kann frei vereinbart werden. Vor allem gilt die zeitliche Obergrenze von 20 Jahren des § 46 Abs. 2 S. 1 EnWG nicht. In der Praxis wird der Vertrag für eine weitaus längere Zeit oder gar unbefristet geschlossen. Das liegt vor allem daran, dass die Investition in den Aufbau eines Fernwärmeversorgungsnetzes besonders kostenträchtig ist und nur über sehr lange Zeiträume refinanziert werden kann.

Ebenso kann die Gegenleistung für das Wegenutzungsrecht der Gemeinde (Gestattungsentgelt) im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich frei vereinbart werden. Die Regeln der §§ 1 ff. KAV gelten nur für Strom- und Gasnetze. Die §§ 1 ff. KAEAnO betreffen nur Wassernetze. Die Vereinbarung des Gestattungsentgelts unterliegt aber steuer- und kartellrechtlichen Grenzen.¹⁰⁰

cc.

Das Verwaltungsgericht Berlin hat bereits in seiner so genannten „Heizpilzentcheidung“ aus Mai 2009¹⁰¹ dazu auch schon entschieden, dass insoweit die Erteilung einer solchen Sondernutzungserlaubnis auch an bestimmte Klimaschutzvorgaben im öffentlichen Interesse geknüpft werden darf. Grundlage jener Entscheidung war ein Verbot des Bezirksamts in Bezug auf die Nutzung von Heiz-

¹⁰⁰ vgl. dazu:

https://www.agfw.de/index.php?eID=tx_securedownloads&p=346&u=0&g=0&t=1614811334&hash=487ecf1a3650e2d44cd3f2bcde821c692084d986&file=/fileadmin/user_upload/Recht/Aufsatz_Fricke_Gestattungsentgelte_RdE10-2009_329ff.pdf

¹⁰¹ Az: VG 1 A 417/08, vgl. ebenso auch den Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 23.01.2009, Az: VG 1 A 358.08, sowie Verheyen: Die Bedeutung des Klimaschutzes bei der Genehmigung von Kohlekraftwerken und bei der Zulassung des Kohleabbaus, in: ZUR 2010 Heft 9, 403, 411.

strahlern (die ein Gastwirt auf dem Gehweg aufstellen wollte). Das Gericht bestätigte dieses Verbot und auch dessen Rechtfertigung „aufgrund unzumutbarer Emissionen“. Diese Argumentation kann man auf die Sondernutzung in Form der Fernwärmenetzverlegung übertragen und mit dieser Rechtfertigung auch Fernwärmenetze verbieten, die zu hohe CO₂-Emissionen verursachen bzw. Quoten und Dekarbonisierungsvorgaben einführen.

Eine mögliche Frage für ein Bürgerbegehren, dass EE-Quoten fordert, könnte dann zum Beispiel wie folgt aussehen:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... Sondernutzungserlaubnisse für Fernwärmenetze nur noch dann vergibt, wenn in diesen jeweils ein Anstieg des erneuerbaren Anteils an Wärme in Höhe von mindestens 10 Prozent pro Jahr erfolgt, so dass in dem Fernwärmenetz ab 20.... 100 Prozent erneuerbare Wärme ist und dass die Stadt ... die Einhaltung dieser jährlichen Steigerungen und des Ziels überwacht und im Falle eines Verstoßes angemessen sanktioniert?“

b. Beispiel 6: Festlegung des Temperaturniveaus der Wärmenetze

Mit der gleichen wie zu a.) beim Beispiel 5 aufgezeigten Begründung können Kommunen ihre Sondernutzungserlaubnisse auch an die Einhaltung bestimmter Temperaturniveaus für Fernwärmenetze knüpfen und durch Bürgerbegehren dazu veranlasst werden.

Ein erhebliches Problem der Wärmewende in den Fernwärmenetzen ist es nämlich, dass diese mit hohem Temperaturniveau betrieben werden, welches für z.B. die solarthermische Einspeisung, die Geothermie oder auch vorhandene industrielle Abwärme gar nicht geeignet ist, da diese Quellen häufig auf einem niedrigen Temperaturniveau betrieben werden.¹⁰² Eine Möglichkeit, Wärmenetze für die Aufnahme von erneuerbaren Wärmequellen zu optimieren, besteht daher darin, diese Wärmenetze auf geringere Temperaturen (deutlich unter 100 °C) zu senken.¹⁰³ Abgesenkte Netztemperaturen erhöhen außerdem nicht nur die Effizienz dieser alternativen Wärmequellen, sondern auch der Verbrennungs- und Kraft-

¹⁰² Haoran Li und Natasa Nord. „Transition to the 4th generation district heating - possibilities, bottlenecks, and challenges“. In: Energy Procedia 149 (2018). 16th International Symposium on District Heating and Cooling, DHC 2018, 9 – 12 September 2018, Hamburg, Germany, S. 483 – 498. issn: 1876-6102. <https://doi.org/10.1016/j.egypro.2018.08.213> ; Nina Kicherer, B. Eng., Entwicklung einer Strategie für die langfristige Transformation des Hamburger Wärmenetzes, Masterarbeit, April 2020

¹⁰³ Henrik Lund u. a. „4th Generation District Heating (4GDH): Integrating smart thermal grids into future sustainable energy systems“. In: Energy 68 (2014), S. 1–11. issn: 0360-5442 <https://doi.org/10.1016/j.energy.2014.02.089>

Wärme-Kopplung-Prozesse sowie die von Wärmepumpen.¹⁰⁴ In der fachwissenschaftlichen Literatur werden weitere Vorteile von Niedrigtemperaturnetzen aufgeführt, wie zum Beispiel verminderte Wärmeverluste im Netz, verringerte thermische Belastung der Rohrleitungen und eine verbesserte Anpassung von Wärmeerzeugung und -bedarf.¹⁰⁵ Es werden daher verschiedentlich für die Temperaturabsenkung in bestehenden Wärmenetzen drei Schritte vorgeschlagen, nämlich (1.) die Absenkung der Rücklauf-temperatur, (2.) die Absenkung der Vorlauf- und weitere Absenkung der Rücklauf-temperatur sowie (3.) die Absenkung auf Niedrigsttemperaturen. Die erforderlichen Maßnahmen für jeden der Schritte umfassen dabei jeweils gebäudeseitige Maßnahmen (für die Warmwasser- und Raumwärmeversorgung von bestehenden und neuen Gebäuden) sowie Maßnahmen im Wärmenetz und in der Wärmeerzeugung.¹⁰⁶

Indes ist diesbezüglich in besonderem Maße der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Denn die Umstellung der Hochtemperatur-Fernwärmenetze auf Niedertemperatur-Fernwärmenetze ist technisch sehr aufwändig und teuer und erfordert namentlich nicht nur im Netz und dessen Anlagen, sondern auch am Heiz(Kraft)werk sowie den Abnehmeranlagen (Übergabestationen) hin zu den Kundenanlagen (Hausnetzen) erhebliche Anpassungen.

Heutige Kundenanlagen (vgl. § 12 AVBFernwärmeV) in Bestandsgebäuden funktionieren nur mit Hochtemperatur-Fernwärme. Technisch würde eine Absenkung des Temperaturniveaus des Fernwärmenetzes mithin zumindest auch eine Nacherhitzung in den Übergabestationen (hin zu den Kundenanlagen) erfordern. Entsprechende Umrüstungen sind teuer und erfordern insbesondere weiteren dezentralen Energieaufwand. Im Sinne der CO₂-Absenkungsvorgaben müssten solche „Nacherhitzer“ in den Übergabestationen mit Strom aus Erneuerbaren Energien betrieben werden, was sowohl zu weiterem Kostenaufwand als auch zu weiterem Zubaubedarf von regenerativen Stromerzeugungsanlagen führt. Diese Kosten sollten möglichst nicht zu einem Kostenanstieg bei den Fernwärmekunden

¹⁰⁴ Li und Nord, siehe Fn. 101.

¹⁰⁵ Alessandro Dalla Rosso u. a. Annex X Final report: Toward 4th Generation District Heating: Experience and Potential of Low-Temperature District Heating. Technical University of Denmark, Lyngby, Denmark; Halmstad University, School of Business, Engineering, Science, Biological and Environmental Systems (BLESS), Energy Science; Dresden University of Technology, Dresden, Germany; Scottish & Southern Energy, Perthshire, United Kingdom; Building Research Establishment, Watford, United Kingdom, 2014.
https://www.drawdown.org/sites/default/files/solution_references/Drawdown2020_DistrictHeating_References.pdf

¹⁰⁶ Helge Averfalk u. a. Transformation Roadmap from High to Low Temperature District Heating Systems - Annex XI final report. International Energy Agency (IEA), 2017:
<https://backend.orbit.dtu.dk/ws/portalfiles/portal/142164425/Untitled.pdf>

führen, was man bestenfalls mit in das Bürgerbegehren aufnehmen sollte. Denn jede Mietermehrbelastung ist sozial- und wohnungspolitisch rechtfertigungsbedürftig.

Das Bürgerbegehren könnte dann wie folgt formuliert werden:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... Sondernutzungserlaubnisse für Fernwärmenetze nur noch an solche Fernwärmenetzbetreiber vergibt, die für ihre Wärmenetze jeweils verbindliche Temperaturabsenkungsfahrpläne aufstellen, die das Ziel einer Absenkung des Temperaturniveaus dieses Wärmenetzes auf Grad Celsius bis spätestens zum Jahr 2030 vorgeben und darstellen, wie die Betreiberin der Wärmenetze dies gewährleisten wird, und dass die Stadt ... die Einhaltung dieser Fahrpläne und des Ziels überwacht und im Falle eines Verstoßes angemessen sanktioniert?“

Dies könnte man noch ergänzen um eine Vorlage- und Veröffentlichungspflicht des Temperaturabsenkungsfahrplans (Vorlage an den Gemeinderat, Veröffentlichung auf der Homepage des Fernwärmenetzbetreibers, etc.). Auch Erneuerungs- bzw. Überarbeitungspflichten (alle 3 – 5 Jahre) wären denkbar.

c. Beispiel 7: CO₂-Grenzwerte für das Fernwärmenetz

Mit der gleichen wie zu a.) beim Beispiel 6 aufgezeigten Begründung können Kommunen ihre Sondernutzungserlaubnisse auch an die Einhaltung bestimmter Dekarbonisierungsfahrpläne und CO₂-Minderungsvorgaben knüpfen.

Das Bürgerbegehren könnte dann wie folgt formuliert werden:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... Sondernutzungserlaubnisse für Fernwärmenetze nur noch an solche Fernwärmenetzbetreiber vergibt, die für ihre Wärmenetze jeweils verbindliche öffentlich einsehbare Dekarbonisierungsfahrpläne aufstellen, die das Ziel einer CO₂-freien Wärmeversorgung bis spätestens zum Jahr ... vorgeben und darstellen, wie die Betreiberin der Wärmenetze dies gewährleisten wird, und dass die Stadt ... die Einhaltung dieser Fahrpläne und des Ziels überwacht und im Falle eines Verstoßes angemessen sanktioniert?“

Auch hier könnte man dies noch ergänzen um eine Vorlage- und Veröffentlichungspflicht des Dekarbonisierungsfahrplans (Vorlage an den Gemeinderat, Veröffentlichung auf der Homepage des Fernwärmenetzbetreibers, etc.). Eben-

falls wären auch hier Erneuerungs- bzw. Überarbeitungspflichten (alle 3 – 5 Jahre) denkbar.

Wenn man dabei an CO₂-Äquivalente anknüpfen will, muss man zudem auch Messmethoden zur Darstellung der CO₂-Emissionen bestenfalls mit vorgeben und in die Begründung aufnehmen. Man könnte dazu etwa in der Begründung wie folgt formulieren:

„Bei der Berechnung der CO₂-Äquivalente sind alle vorgelagerten Prozessstufen zur Bereitstellung der Energie zu berücksichtigen. Die Treibhausgas-Verursachung der Kraft-Wärme-Kopplung wird nach der Carnot-Methode berechnet.“

d. Beispiel 8: Kombination der Beispiele 5 - 7

Natürlich könnten die Beispiele 5 bis 7 im Einzelfall auch miteinander kombiniert werden, indes gehen sie alle von unterschiedlichen technischen Ansätzen aus, so dass dieser Schritt technisch genau geprüft werden sollte, ob er im Einzelfall tatsächlich passt.

Je nach der Situation vor Ort mag daher z.B. eher der Fall passen, dass man eine Erhöhung der EE-Quote im Fernwärmenetz fordert. Diese scheint z.B. prima facie besser geeignet, wenn vor Ort bereits erneuerbare Einspeiser vorhanden sind, die bereits mit Erneuerbaren (und dem entsprechenden Temperaturniveau) in das Fernwärmenetz Wärme einspeisen. Anders dürfte im Regelfall die Situation sein, wenn noch gar keine erneuerbare Einspeiser vor Ort vorhanden sind und klassische Hochtemperaturnetze vorliegen. Dann mag eher die Forderung nach einer grundsätzlichen Absenkung des Temperaturniveaus bzw. alternativ die Aufstellung eines Dekarbonisierungsfahrplans besser auf die Situation vor Ort passen. Der Dekarbonisierungsfahrplan dürfte zudem Vorteile haben, wenn z.B. viel industrielle Abwärme oder Wärme aus Abwasser vor Ort vorhanden ist.

Im Einzelfall mag aber auch eine Kombination möglich sein, dann könnte eine Frage zum Beispiel wie folgt lauten:

„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... Sondernutzungserlaubnisse für Fernwärmenetze nur noch an solche Fernwärmenetzbetreiber vergibt, die für ihre Wärmenetze jeweils verbindliche öffentlich einsehbare Dekarbonisierungsfahrpläne und Temperaturabsenkungsfahrpläne aufstellen, die das Ziel einer CO₂-freien Wärmeversorgung sowie einer Absenkung des Temperaturniveaus dieser Wärmenetze auf Grad Celsius bis spätestens zum Jahr ... vorgeben und darstellen, wie die Betreiberin der Wärmenet-

ze dies schrittweise durch einen Anstieg des erneuerbaren Anteils an Wärme in Höhe von mindestens 10 Prozent pro Jahr gewährleistet wird, so dass in dem Fernwärmenetz ab 20.... 100 Prozent erneuerbare Wärme ist, und dass die Stadt ... die Einhaltung dieser Fahrpläne und dieser Ziele überwacht und im Falle eines Verstoßes angemessen sanktioniert?“

Eine solche kombinierte Frage sollte im jeweiligen Einzelfall vor Ort immer jeweils technisch genau daraufhin geprüft werden, ob sie auf die örtliche Lage passt, insbesondere, ob der jährliche Anstieg um die EE-Quote mit dem Gesamtziel an Dekarbonisierung und Temperaturabsenkung übereinstimmt. Das ist eher eine technische Frage, die abstrakt im Rahmen dieser juristischen Stellungnahme nicht abschließend beantwortet werden kann.

e. Beispiel 9: CO₂-abhängige Sondernutzungsgebühren für Wärmenetze

Schließlich könnte ein Bürgerbegehren auch versuchen, die Höhe der Sondernutzungsgebühren für die Nutzung der Straßen (Ortsdurchfahrten) durch Fernwärmeleitungen nach verschiedenen Brennstoffarten zu staffeln.

Auch diese Frage fällt in die Kompetenz der Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG, wie sich bereits aus den Kommunalabgabengesetzen der Länder ergibt. Teilweise ist die Ermächtigung der Kommunen, Sondernutzungsgebühren zu erheben, auch explizit landesrechtlich geregelt (s. etwa § 26 Abs. 6 Straßen- und Wegegesetz des Landes Schleswig-Holstein).

Aber auch wenn dies ein für die Kommune möglicher Weg des indirekten Klimaschutzes ist (siehe dazu im Folgenden unter aa. bis cc.), so ist es doch wichtig, hinzuzufügen, dass dieser Weg nur in Ausnahmefällen (soweit ersichtlich: nur in Thüringen) mittels Bürgerbegehren durchsetzbar ist (dazu im Folgenden unter dd.).

aa.

Eine **Staffelung der Gebühren** ist rechtlich grundsätzlich zulässig. Vorbild könnte insoweit § 1 Abs. 1 S. 2 i.V.m. Anlage 2a der Hamburgischen Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen sein. Das Land Hamburg hat für das Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg insoweit seine gültige Gebührenordnung für die Verwaltung und

Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen¹⁰⁷ in ihrem **Anhang 2a** eine entsprechende Staffelung der Gebühren vorgesehen.¹⁰⁸ Während Fernwärme, die aus Erneuerbaren Energien oder Abwärme produziert wird, nur 0,005 Cent/kWh an Gebühren für die Benutzung von Leitungen, die durch öffentliche Flächen führen, zahlen muss, müssen für Fernwärme, die aus CO₂-intensiveren Brennstoffen erzeugt wird, wesentlich mehr Gebühren an die Stadt Hamburg gezahlt werden. So zahlt man für Fernwärme aus fossilen gasförmigen Brennstoffen 0,03 Cent/kWh, für Fernwärme aus Heizöl 0,04 Cent/kWh und für aus Kohle produzierte Fernwärme 0,05 Cent/kWh. Das bedeutet, dass die Nutzungsgebühren für mit fossilem Erdgas produzierte Fernwärme fast sechs Mal so hoch sind wie für z.B. Solarthermie-Fernwärme und für mit Kohle produzierte Fernwärme zehn Mal so hoch. Ein mit Kohle betriebenes Kraftwerk, das z.B. 10.000.000 kWh (10 Mio. kWh) im Jahr an Fernwärme durch das Hamburger Fernwärmnetz leiten würde, müsste danach € 5.000,- an Gebühren zahlen, während ein Solarthermie-Großkraftwerk mit der gleichen Jahreswärmeproduktions- bzw. einspeise- oder -durchleitungsmenge nur € 500,- an Gebühren an die Stadt zahlen müsste.

bb.

Auch die **Weitergabe dieser Gebühren an die Letztverbraucher** wäre grundsätzlich zulässig, fielen indes ebenfalls sehr unterschiedlich aus: Geht man einmal von 150 kWh/m²/a an Jahreswärmeverbrauch eines Wohnhaushalts aus, so zahlt man z.B. bei einer Wohnung von 100 m² für Solarthermie-Fernwärme nur 0,75 €/a an Gebühren, wohingegen man für Kohle-Wärme 7,50 €/a an Gebühren zahlen müsste.

Eine solche Weitergabe der künftig etwaig auch in der Gemeinde seitens des Durchleitenden an die Stadt abzuführenden Gebühren an die Letztverbraucher wäre demjenigen, der diese Gebühren dann neu zahlen müsste, aber auch zulässig, wenn und soweit seine Wärmelieferverträge eine solche Weitergabe vorsehen. Entsprechende Steuer- und Abgabeklauseln sind vielfach üblich, ein typisches Beispiel sieht etwa so aus:

¹⁰⁷ Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen vom 6. Dezember 1994, zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 4. Dezember 2018 (HmbGVBl. S. 421, 426).

¹⁰⁸ nachzulesen unter:

<http://www.landesrecht-hamburg.de/jportal/portal/page/bshaprod.psml?nid=e&showdoccase=1&doc.id=jlr-WegeBenGebOHA1994V9Anlage2a&st=null>.

„Soweit künftig den Bezug, die Erzeugung, die Übertragung, die Verteilung, die Lieferung oder den Verbrauch von Wärme belastende Steuern oder Abgaben wirksam eingeführt oder erhöht werden sollten, ist Vattenfall berechtigt, die Preise in entsprechender Höhe zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Einführung bzw. Erhöhung anzupassen, soweit in den entsprechenden Rechtsvorschriften nichts anderes bestimmt ist. Entfällt oder verringert sich künftig eine derartige bisher vom Kunden getragene Steuer oder Abgabe, ist Vattenfall verpflichtet, die Preise zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens dieser entfallenen Steuer oder Abgabe zu senken. Vattenfall wird den Kunden brieflich mindestens sechs Wochen vor dem Wirksamwerden der Preisanpassung bzw. -senkung informieren.“¹⁰⁹

Damit hätten wir eine ähnliche Rechtslage wie bei den **Treibhausgas-Emissions-Zertifikate-Kosten** nach BEHG oder TEHG. Auch diese können vom Wärmelieferanten selbstverständlich an den Wärmekunden weitergegeben werden, sei es über die Preisänderungsklausel gemäß § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV, sei es über eine allgemeine Steuer- und Abgabeklausel (Frage des Einzelfalles). Jeder Wärmelieferant (Wärmeverkäufer), der aufgrund Nutzung des kommunalen Fernwärmenetzes zu erhöhten Netzentgelten wegen seiner CO₂-intensiven Wärme verpflichtet wäre, könnte demzufolge in der Regel auch die mithin ggf. neu zu schaffenden (höheren) Durchleitungsgebühren an ihre Wärmekunden (Wärmeverkäufer) weitergeben.

Wollte man eine solche Weitergabe an die Letztverbraucher (Wärmekunden) verhindern, die zudem anders als bei der Strom- und Gasversorgung dem Wärmekunden kein automatisches Kündigungsrecht eröffnet und nach den Vorgaben der AVBFernwärmeV auch nicht eröffnen muss, so könnte man das mit in das Bürgerbegehren aufnehmen, um zu erreichen, dass der Wärmelieferant, der CO₂-intensive Wärme einsetzt, diese Mehrkosten selbst tragen muss.

cc.

Nach alledem könnte eine Kommune beschließen, eine Gebührentabelle der Sondernutzungen mit ähnlichen Formulierungen und Vorgaben an die Höhe der Gebühren zu schaffen wie der oben verlinkte Anhang 2a der Gebührenordnung für die Verwaltung und Benutzung der öffentlichen Wege, Grün- und Erholungsanlagen in Hamburg. Alternativ könnten auch bestehende Gebührentabellen der Sondernutzungsgebührensatzungen der Kommunen um solche Tabellen ergänzt werden.

¹⁰⁹ Zitat aus den AGB von Vattenfall Berlin (Abruf zuletzt am 11.06.2019):
<https://waerme.vattenfall.de/berlin/produkte/fernwaerme-klassik>.

Man könnte dazu z.B. wie folgt formulieren:

„Für die Benutzung öffentlicher Flächen durch Leitungen, die der allgemeinen Versorgung mit Wärme dienen, werden die in der Anlage festgelegten Benutzungsgebühren erhoben.“

Eine entsprechende Regelung ließe sich unseres Erachtens rechtlich zulässig auch in die Sondernutzungsgebührensatzungen der Kommunen integrieren.

dd.

Problematisch ist allerdings – und das wäre in jedem Fall zu prüfen – ob diese entsprechenden Änderungen der Sondernutzungsgebührensatzungen durch Bürgerbegehren durchsetzbar sind. In vielen Gemeindeordnungen gibt es nämlich entsprechende **Ausnahmetatbestände für Bürgerbegehren**. Weil es sich bei solchen „CO₂-Fernwärmegebühren“ um Kommunalabgaben im weiteren Sinne handeln dürfte, ist das problematisch, denn Kommunalabgaben sind in vielen Gemeindeordnungen von Bürgerbegehren explizit ausgeschlossen. So findet etwa nach § 16g Abs. 2 Nr. 3 der GO S-H ein Bürgerentscheid nicht über kommunale Abgaben statt. Gleiches gilt nach § 21 Abs. 2 Nr. 4 GemO BW, § 32 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 NKomVerfG, § 17a Abs. 2 Nr. 4 Gemo Rh-P, § 8b Abs. 2 Nr. 4 HessGO, § 26 Abs. 4 Nr. 3 GO NRW, § 21a Abs. 4 Nr. 3 KSVG Saar, § 20 Abs. 2 Nr. 3 KV-MV, § 15 Abs. 3 Nr. 5 BbgKVerf, § 24 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 SächsGemO, § 26 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 KVG LSA, § 17 Abs. 3 Nr. 5 VerfBrhv, Art. 70 Abs. 3 S. 1 Brem-Verf, Art. 62 Abs. 2 Bln Verf.

Nach § 1 Abs. 3 S. 2 ThürEBBG ist indes ein Bürgerbegehren über die Höhe von Abgaben möglich.

f. Beispiel 10: Wärmeplanung/-kataster

Schlussendlich mag als erster Schritt zur Klärung etwaiger Potenziale und insbesondere zur Erreichung einer höheren Transparenz auch die Überlegung in Betracht kommen, Bürgerbegehren für eine kommunale Wärmeplanung zu initiieren. Oftmals geht es vor Ort erst einmal nur um eine Ermittlung möglicher alternativer, CO₂-armer Wärmequellen auf dem Gebiet der Kommunen. Oftmals kann man erst, wenn man dies ermittelt hat, Strategien zu langfristigen Umstiegs- und Dekarbonisierungs-Szenarien entwickeln.

Vielfach dürfte aber gerade im ländlichen Raum genug Fläche vorhanden sein, so dass es durchaus Potenziale zum Beispiel für die oberflächennahe Geothermie oder für die Freiflächen-Solarthermie gibt, die aber erst dann erschlossen werden können, wenn man sie kennt (und transparent gemacht hat). Auch Power-To-Heat-Lösungen mit der Integration von Wärmespeichern (und ggf. der Einbindung von Windstrom aus sonst zu drosselnden Windparks) sollten betrachtet und geprüft werden. Gleiches gilt für zur Nutzung von Biomasse (zur Wärmeversorgung) über ggf. geeignete Wald- oder landwirtschaftliche Flächen.

Zugleich dürfte für den ländlichen Raum auch zu beachten sein, dass sich aufgrund der geringen Wärmebedarfsdichte oft keine netzgebundene Wärmeversorgung lohnt. Andererseits ermöglichen Wärmenetze die Kombination verschiedener Wärmequellen und die Zuschaltung großer saisonaler Speicher. Hier können Kostendegressionen über Skaleneffekte eintreten. All das wäre freilich erst einmal zu erforschen und zu prüfen, wozu Datensammlung der erste Schritt ist. Auch der kann mittels Bürgerbegehren erreicht werden.

Es kann sein, dass man dadurch, dass man die Kommune zwingt, solche Potenziale vor Ort transparent zu machen, bereits eine Diskussion anstößt, die die Wärmewende und auch die Stromwende voranbringt.

Eine mögliche Frage für diese Strategie könnte sein:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... mit dem Ziel einer 100 Prozent CO₂-neutralen Wärmeversorgung bis ... ein **Wärmekataster** in Bezug auf die auf Gemeindegebiet vorhandenen Wärmenetze erstellt und im Internet veröffentlicht und jedes Jahr wieder aktualisiert, wobei dieses Wärmekataster insbesondere folgende Informationen enthalten muss:*

- (a) Solaratlas Gemeindegebiet (mit den Flächen, die für eine Ausweisung zur Nutzung mittels Freiflächensolarthermie geeignet sind und in Betracht kommen)*
- (b) Geothermieatlas Gemeindegebiet (mit den Flächen, die für eine Ausweisung zur Nutzung mittels oberflächennaher Geothermie und Tiefengeothermie geeignet sind und in Betracht kommen)*
- (c) Verbrauchs- und Versorgungsatlas Gemeindegebiet (mit Angaben zum Energieverbrauch von Gebäuden und Gebäudegruppen (Quartieren), zu der bei Gewerbebetrieben anfallenden Abwärme, zu Art, Alter und Brennstoffverbrauch von Wärmeerzeugungsanlagen sowie zu Art, Alter und Lage von Wärme- und Gasnetzen)*

- (d) *Wärmenetzatlas Gemeindegebiet (mit folgenden Informationen: Anteil der einzelnen Energieträger an dem Gesamtenergieträgermix der im letzten oder vorletzten Jahr transportierten Wärme, die daraus resultierenden Kohlendioxidemissionen der transportierten Wärme sowie den Primärenergiefaktor der transportierten Wärme, Standort, Netzanschluss, Anschlussleistung und Informationen zu Brennstoffeinsatzart, Kohlendioxidemissionen, Alter, thermischer Leistung, möglichen Einspeisetemperaturniveaus sowie minimalen bzw. maximalen Einspeiseleistungen der angeschlossenen Wärmeerzeugungsanlagen und Wärmespeicher; Netzlasten und Auslastungsgrad der wesentlichen Netzabschnitte als Lastgänge; Vor- und Rücklauftemperaturen in allen wesentlichen Netzteilen im Jahresverlauf; Druckverhältnisse (Vorlaufdruck, Rücklaufdruck und Differenzdruck) in allen wesentlichen Netzteilen; Angaben zu den Netznutzern und deren transportierten Wärmemengen und Wärmeleistungen mit Einspeise- und Ausspeiseorten)*
- (e) *Dekarbonisierungsfahrpläne, wie die Anteile an fossil produzierter Wärme in den auf Gemeindegebiet vorhandenen Wärmenetzen mit dem Ziel einer 100 Prozent CO₂-neutralen Wärmeversorgung bis zum Jahr vollständig auf Null gesenkt werden können*
- (f) (...)

In der Begründung wäre freilich auf Datenschutzaspekte einzugehen, um den Schutz personenbezogener Daten zu wahren.

Auch eine Forderung zur verpflichtenden Bereitstellung von solchen öffentlichen Flächen, die nach der oben skizzierten kommunalen Wärmeplanung gemäß „Kataster“ als in Betracht kommend ermittelt wurden (im ersten Schritt), käme als Gegenstand eines anschließenden Bürgerbegehrens in Betracht.

Schließlich mag es im Einzelfall sein, dass man in Bezug auf die örtliche Wärmeversorgung vor Ort noch überhaupt kein Stadtwerk / kommunales Gemeindewerk hat und dass man Erkenntnisse aus einem solchen Wärmekataster nutzen möchte, um die Gemeinde zu bewegen, auf dem Gebiet der Wärmeversorgung ein solches Stadtwerk / Gemeindewerk zu gründen, um solchermaßen die Wärmewende voranzutreiben. Ein Bürgerbegehren könnte dann etwa wie folgt formuliert werden:

„Sind Sie dafür, dass die Kommune bei gegebener Wirtschaftlichkeit ein kommunales Fernwärmeversorgungsunternehmen gründet, welches bis zum Jahr xy eigene Anlagen zur Erzeugung von Wärme aus Erneuerbaren

Energien in Betrieb nimmt sowie klimaneutrale Wärmenetze zur Versorgung der örtlichen Bevölkerung im Gemeindegebiet aufbaut?“

Möglich ist schlussendlich auch folgende Variante, wenn man im ersten Schritt erst einmal nur Informationen bekommen muss, die man anderweitig nicht erhalten hat und die man aber für die weiteren Schritte für ein sinnvolles Agieren benötigt:

*„Sind Sie dafür, dass die Stadt ... alle in ihrem Gemeindegebiet tätigen **Bezirksschornsteinfegerinnen und Bezirksschornsteinfeger** verpflichtet, ihr auf Anforderung vorhandene Wärmedaten in anonymisierter Form zu übermitteln, damit die Stadt ... einen Verbrauchs- und Versorgungsatlas des Gemeindegebietes erstellen kann (mit Angaben zum Energieverbrauch von Gebäuden und Gebäudegruppen (Quartieren), zu der bei Gewerbebetrieben anfallenden Abwärme, zu Art, Alter und Brennstoffverbrauch von Wärmeerzeugungsanlagen sowie zu Art, Alter und Lage von Wärme- und Gasnetzen).“*

Auch aus solchen Informationen, die mittels Bürgerbegehren erzwungen werden könnten, könnten dann weitere Strategien für die Wärmewende entwickelt werden.

Rechtsanwalt
Dr. Dirk Legler

Hamburg, im März 2021