

**Zulässigkeit des Bürgerbegehrens  
„Unsere Stadtwerke: Kein Verkauf“**

Rechtsgutachtliche Stellungnahme  
mit Ausführungen zu prozessualen Fragen

im Auftrage der

Stadt Hilden

von

**Rechtsanwältin Dr. Antje Wittmann**

Münster, 23. Juni 2008

Postfach 1308  
48003 Münster

Königsstraße 51-53  
"Kettelerscher Hof"  
48143 Münster

Telefon 02 51 / 4 84 88 - 0  
Telefax 02 51 / 4 84 88 - 80

[www.baumeister.org](http://www.baumeister.org)  
[muenster@baumeister.org](mailto:muenster@baumeister.org)

### **A. Gutachtauftrag**

Die Stadt Hilden beabsichtigt, 49,9 % der Anteile an der Stadtwerke Hilden GmbH an einen privaten Investor zu veräußern. Der Rat hat am 13.02.2008 beschlossen, das zuvor bereits eingeleitete Vergabeverfahren zur Suche nach einem strategischen Partner fortzusetzen. Ursprünglich sollte in der Ratsitzung vom 18.06.2008 beschlossen werden, an welchen Bieter der Zuschlag erteilt wird und der Verkauf erfolgt.

Gegen die Pläne der Stadt wurde ein Bürgerbegehren „Unsere Stadtwerke: Kein Verkauf!“ eingeleitet. Es richtet sich auf die Durchführung eines Bürgerentscheids mit der Frage: „Sollen die Stadtwerke Hilden vollständig im Eigentum der Stadt Hilden bleiben?“ Das Bürgerbegehren sollte am 04.06.2008 eingereicht werden, um es dem Rat zu ermöglichen, bereits in der Sitzung vom 18.06.2008 über die Zulässigkeit zu entscheiden. Tatsächlich wurden die Unterschriftenlisten aber erst am 16.06.2008 an die Stadt übergeben. Da die Prüfung der Unterschriften und die Vorbereitung eines Ratsbeschlusses über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens nicht mehr bis zur Ratssitzung am 18.06.2008 stattfinden konnte, wurde eine Sondersitzung für den 09.07.2008 anberaumt. Die Entscheidung über die Zuschlagserteilung wurde am 18.06.2008 vertagt, um der Prüfung der Unterschriften nicht vorzugreifen.

Die Stadt Hilden hat die Unterzeichnerin beauftragt, die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens rechtsgutachtlich zu prüfen.

### **B. Sachverhalt**

Die Stadt Hilden ist Alleineigentümerin der Stadtwerke Hilden GmbH. In einer nichtöffentlichen Sitzung des Aufsichtsrates der Stadtwerke Hilden vom

20.12.2007 wurde unter anderem über das Thema „Zukunftssicherung Stadtwerke Hilden GmbH“ beraten. Hierzu lagen Gutachten der S-M-M Managementberatung GmbH vor, in denen eine Teilveräußerung der Stadtwerke empfohlen wurde. In der Aufsichtsratssitzung wurde einstimmig folgender Beschluss gefasst:

„Der Aufsichtsrat beschließt, ein förmliches Vergabeverfahren zur Veräußerung von 49,9 % der Geschäftsanteile an der Stadtwerke Hilden GmbH einzuleiten. Die Möglichkeit der Beendigung des Verfahrens nach dem Teilnahmewettbewerb ohne Schadensersatzansprüche auszulösen, bleibt hiervon unberührt.“

Im Anschluss an diese Entscheidung des Aufsichtsrates wurde mit Unterstützung der S-M-M Managementberatung GmbH ein Teilnahmewettbewerb eingeleitet. Im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 28.12.2007, S. 249, erfolgte die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens. Als kurze Beschreibung des Auftrags/Beschaffungsvorhabens enthält die Bekanntmachung folgenden Text:

„Die Stadt Hilden beabsichtigt, einen privaten Investor mit profunden Erfahrungen in der Versorgungswirtschaft als strategischen Partner an der Stadtwerke Hilden GmbH mit 49,9 % zu beteiligen. [...]“

Auf die Bekanntmachung gingen bei der Stadt Hilden 16 Angebote ein. Die Angebote wurden von S-M-M u.a. auf wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und formale Eignung geprüft. Über das Ergebnis dieser Prüfungen berichtete der Transaktionsberater in der Ratssitzung vom 13.02.2008.

In dieser Ratssitzung fand ausweislich des Protokolls eine ausführliche Beratung über die Fortführung des Vergabeverfahrens statt. Die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen beantragte, die Fortführung des Verfahrens auszusetzen. Dieser Antrag wurde mit 8 Ja-Stimmen und 34 Nein-Stimmen abgelehnt. Anschließend

fasst der Rat mit 35 Ja-Stimmen und 7 Nein-Stimmen folgenden (geänderten) Beschluss:

„Der Rat der Stadt Hilden beschließt – unter nachfolgenden Voraussetzungen – den Teilnehmerwettbewerb zur Suche nach einem strategischen Partner für 49,9 % an den Stadtwerke Hilden GmbH fortzusetzen:

1. Das Verfahren wird mit einem Aufhebungsvorbehalt versehen, wenn der Barwert des Angebotes nicht wirtschaftlich ist. Die Summe des wirtschaftlichen Barangebotes wird notariell hinterlegt.
2. Der Erwerber verpflichtet sich, zum Barangebot die angefallenen Transaktionskosten zu übernehmen.
3. Der Rat der Stadt beschließt die der SV als Anlage 1 beigefügten Zuschlagskriterien.
4. „KO“-Kriterium für das weitere Verfahren sind:
  - der Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen,
  - die Garantie des Standortes Hilden sowie
  - die Übernahme aller jetzt bestehenden Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.
5. Der strategische Partner akzeptiert, dass der Anteilsverkauf im sogenannten „Trecking-Stock-Modell“ erfolgt (s. beigefügtes Modell der Firma Ernst & Young, Anlage 2 der SV).
6. Auch aus steuerlichen Gründen wird die Stadthalle Hilden GmbH als Holding über die bisherige Gesellschaft gesetzt, um auch dort noch Verluste zu verrechnen. In diese Gesellschaft ist der Verkaufserlös einzulegen. Eine Entnahme des Verkaufserlöses aus dieser Gesellschaft soll nur mit einer 2/3-Mehrheit erfolgen. Die Gewinnausschüttung aus laufendem Betrieb ist davon unberührt. Hier sollte – wie bisher auch – eine einfache Mehrheit ausreichend sein.
7. Die Gesellschaftsverträge der Stadthalle Hilden GmbH sind entsprechend abzuändern und dem Rat zur Entscheidung vorzulegen.
8. (vertagt)
9. Zur Prüfung der Vertragsentwürfe wird ein „Team Vertragsentwürfe“ eingesetzt, das aus folgenden Mitgliedern besteht:

1 Vertreter CDU

Rm. Rainer Schlottmann

1 Vertreter SPD	Rm. Jürgen Scholz
2 Vertreter sonst. Fraktionen	Rm. Werner Horzeller, Rm. Rudolph Joseph
1 Vertreter Bürgermeister Geschäftsführer SWH	1. Beigeordneter Horst Thiele Dipl.-Ing. Bodo Taube

10. Der Rat der Stadt verpflichtet sich vor Ablauf von 5 Jahren keine weiteren Anteile zu veräußern. Das gilt auch, falls Bieter eine sogenannte „Put-Option“ einräumen. Weitere Anteilsverkäufe benötigen eine Zweidrittel-Mehrheit der Mitglieder des Rates.“

Entsprechend diesem Ratsbeschluss wurde das Vergabeverfahren fortgesetzt. Es wurden Verhandlungen mit den Bietern geführt. Der Stadtrat beabsichtigte, in der Ratssitzung am 18.06.2008 endgültig darüber zu beschließen, an wen der Zuschlag für die Veräußerung erteilt wird. Dies wurde auch den Bietern in Aussicht gestellt.

Der BUND, die Initiative Mut e.V., Bürgeraktion Hilden sowie Bündnis 90/Die Grünen bereiteten in der Folge ein Bürgerbegehren mit der Bezeichnung „Unsere Stadtwerke: Kein Verkauf!“ vor. Nach den Informationen auf der Internetseite [www.bürgerbegehren-hilden.de](http://www.bürgerbegehren-hilden.de) sollten bis zum 04.06.2008 die erforderlichen 3.000 Unterschriften gesammelt werden, mit dem Ziel, dass der Rat in seiner Sitzung am 18.06.2008 über das Bürgerbegehren entscheiden kann. Das Formular zur Durchführung des Bürgerbegehrens enthält die Fragestellung: „Sollen die Stadtwerke vollständig im Eigentum der Stadt Hilden bleiben?“. Zur Begründung heißt es:

„Am 18.06.2008 will der Rat den Verkauf von 49,9 % der Stadtwerke-Anteile an einen ortsfremden Investor beschließen. Die Ratsmehrheit meint, nur damit die Überlebensfähigkeit der Stadtwerke Hilden gewährleisten zu können. Die Stadtwerke Hilden befinden sich seit mehr als 120 Jahren im Eigentum der Stadt und gehörten allen Hildenerinnen und Hildenern. Sie sichern die Versorgung mit Strom, Gas und Wasser. Der Erhalt der Stadtwerke zu 100 % in städtischer Hand ist unverzichtbar. Bereits ein teilweiser Verkauf an einen privaten Investor hat in anderen Städten zu höheren Preisen für Gas, Wasser und Strom geführt. Arbeitsplätze, Servicequalität und Kundennähe sind gefährdet. Stadtwerke, die

in kommunalem Besitz stehen, stärken die lokale Wirtschaft und sichern Ausbildungs- und Arbeitsplätze. Auch andere, innovative Stadtwerke beweisen, dass sie ohne strategischen Partner dauerhaft wirtschaftlich erfolgreich sind.“

Außerdem enthält das Bürgerbegehren folgenden Kostendeckungsvorschlag:

„Wenn die Stadtwerke Hilden weiterhin im Alleinbesitz der Stadt Hilden bleiben, stehen die Erträge des Unternehmens auch künftig der Stadt in vollem Umfang zu, so dass die haushaltswirtschaftliche Situation der Stadt Hilden sich nicht verschlechtern wird.

Die Erwartung, durch eine Teilveräußerung von Geschäftsanteilen der Stadtwerke Hilden die Einnahmesituation der Stadt zu verbessern, kann auch durch die bereits laufende und fortzusetzende Optimierung im Unternehmen erfüllt werden.“

Als Vertretungsberechtigte benennt das Bürgerbegehren Herrn Achim Hankel und Frau Helga Schmidt.

Die Verhandlungen mit den Bietern wurden in der Folgezeit abgeschlossen. Die Bieter haben Angebote mit einer Gültigkeit bis zum 31.08.2008 abgegeben.

Entgegen der ursprünglichen Planung wurden die Unterschriftenlisten erst am 16.06.2008 an die Stadt übergeben. Da die Prüfung der Unterschriften und die Vorbereitung eines Ratsbeschlusses über die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens nicht mehr bis zur Ratssitzung am 18.06.2008 stattfinden konnte, wurde eine Sondersitzung für den 09.07.2008 anberaumt. Die Entscheidung über die Zuschlagserteilung wurde am 18.06.2008 ebenfalls nicht getroffen, um der Prüfung der Unterschriften nicht vorzugreifen. Die Bindungsfrist der Angebote der Bieter, die bis zum 31.08.2008 läuft, ließ eine entsprechende Verschiebung der Entscheidung über den Zuschlag noch zu.

## **C. Rechtliche Stellungnahme**

Das Bürgerbegehren ist nach § 26 GO NW zulässig, wenn die in § 26 Abs. 2 GO genannten formellen Voraussetzungen erfüllt sind, wenn – falls einschlägig – die Frist aus Absatz 3 eingehalten ist, das Quorum nach Absatz 4 erreicht wurde und sich das Bürgerbegehren nicht auf eine in Absatz 5 genannte Thematik bezieht.

### **I. Voraussetzungen nach § 26 Abs. 2 GO NW**

Nach § 26 Abs. 2 GO NW muss das Bürgerbegehren schriftlich eingereicht werden und die zur Entscheidung zu bringende Frage, eine Begründung sowie einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthalten. Es muss bis zu drei Bürger benennen, die berechtigt sind, die Unterzeichnenden zu vertreten.

#### **1. Formelle Anforderungen**

Die rein formellen Anforderungen des § 26 Abs. 2 GO NW werden von dem uns vorliegenden Bürgerbegehren erfüllt. Das Bürgerbegehren wurde schriftlich eingereicht. Es enthält die Frage: „Sollen die Stadtwerke Hilden vollständig im Eigentum der Stadt Hilden bleiben?“ und damit eine zur Entscheidung zu bringende Frage im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 1 GO NW, die mit „Ja“ beantwortet werden kann. Das Bürgerbegehren enthält eine Begründung und benennt zwei Vertretungsberechtigte. Da § 26 Abs. 2 Satz 2 GO NW nur die Benennung von „bis zu“ drei Bürgern verlangt, reicht es aus, wenn das Bürgerbegehren zwei Vertretungsberechtigte anführt.

#### **2. Kostendeckungsvorschlag**

Der in dem Bürgerbegehren unterbreitete Kostendeckungsvorschlag genügt den Anforderungen des § 26 Abs. 2 Satz 1 GO NW nicht. Zwar verlangt das

Gesetz lediglich, dass das Bürgerbegehren „einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag für die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme“ enthalten muss. Damit macht die Gemeindeordnung keine konkreten Angaben zum Inhalt und Umfang des Kostendeckungsvorschlags. Der Kostendeckungsvorschlag muss aber jedenfalls in gesetzmäßiger Weise durchführbar sein und hat sich auf die Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme zu beziehen.

Das Bürgerbegehren unterbreitet zu der Kostendeckung folgenden Vorschlag:

„Wenn die Stadtwerke Hilden weiterhin im Alleinbesitz der Stadt Hilden bleiben, stehen die Erträge des Unternehmens auch künftig der Stadt in vollem Umfang zu, so dass die haushaltswirtschaftliche Situation der Stadt Hilden sich nicht verschlechtert wird.

Die Erwartung, durch eine Teilveräußerung von Geschäftsanteilen der Stadtwerke Hilden die Einnahmesituation der Stadt zu verbessern, kann auch durch die bereits laufende und fortzusetzende Optimierung im Unternehmen erfüllt werden.“

#### **a) Allgemeine Anforderungen an den Kostendeckungsvorschlag**

Nach allgemeiner Ansicht genügen im Rahmen des § 26 Abs. 2 GO NW übersichtliche, aber schlüssige Angaben über die geschätzte Höhe der anfallenden Kosten und die Folgen der Umsetzung der Maßnahme für den Gemeindehaushalt. Die Anforderungen an den Kostendeckungsvorschlag dürfen nach der Rechtsprechung nicht überspannt werden (vgl. etwa VG Düsseldorf, Urt. v. 26.02.1999, Az. 1 K 11023/96, NWVBl. 1999, 356, 358). Wenn die Umsetzung des Bürgerbegehrens Kosten verursacht, müssen die Kosten ihrer Höhe nach beziffert sein. Der Kostendeckungsvorschlag muss aus sich heraus verständlich sein und die Folgen für den Haushalt nachvollziehbar aufzeigen. Er muss zur Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme transparente und vertretbare

Angaben enthalten (OVG Saarland, Beschluss v. 17.01.2005, Az. 3 Q 34/04, *juris*). Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Funktion des Kostendeckungsvorschlags darin besteht, den zur Unterzeichnung aufgerufenen Bürgern die finanziellen Auswirkungen der vorgeschlagenen Maßnahme deutlich vor Augen zu führen (*Rehn/Cronauge*, Gemeindeordnung NRW, § 26 Nr. 3).

Ein Kostendeckungsvorschlag besteht grundsätzlich aus zwei Elementen, nämlich der Kostenangabe und dem eigentlichen Deckungsvorschlag (VGH Baden-Württemberg, Urteil v. 06.07.1982). In dem Vorschlag sind auch evtl. Folgekosten, wie z. B. Unterhaltungskosten und Betriebskosten aufzugreifen. Allerdings reicht eine überschlägige Kostenschätzung aus, die den Bürgern mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln möglich ist. Die Bürger sind nicht verpflichtet, sich das Fachwissen von Behörden zu verschaffen und etwa Gutachten für eine Präzisierung der Kostenangaben in Auftrag zu geben (*Rehn/Cronauge*, Gemeindeordnung NRW, § 26 Nr. 3).

Die im vorliegenden „Kostendeckungsvorschlag“ zunächst geäußerte Feststellung, wonach die Erträge des Unternehmens auch künftig der Stadt in vollem Umfang zustehen, wenn die Stadtwerke weiterhin im Alleinbesitz der Stadt Hilden stehen, stellt keinen Vorschlag zur Kostendeckung vor, sondern gibt lediglich eine Tatsache wieder, die sich weder auf Kosten der verlangten Maßnahme, noch auf die Deckung von Kosten bezieht. Rechtlich relevant kann also nur der zweite Satz des Kostendeckungsvorschlags sein.

#### **b) Mindereinnahmen**

Die im Kostendeckungsvorschlag geäußerte Feststellung, dass die mit der Veräußerung der Stadtwerke-Anteile verbundene Verbesserung der Einnahmesituation der Stadt auch durch eine Optimierung der Geschäftsabläufe im Unternehmen erreicht werden könne, genügt den Anforderungen an einen Kostendeckungsvorschlag nicht. Diese Ausführungen des Kostendeckungsvorschlags müssen so verstanden werden, dass den Bürgern in Aussicht gestellt wird, eine

Verbesserung der Einnahmesituation, also des (Bar-)Mittelzuflusses der Stadt Hilden, könne durch Optimierungen bei den Stadtwerken in gleichem Maße erreicht werden, wie durch den Anteilsverkauf. Tatsächlich erscheint es äußerst fernliegend, dass innerbetriebliche Optimierungsmaßnahmen in gleicher Weise zu einer Verbesserung der Einnahmesituation der Stadt Hilden führen könnten, wie eine Veräußerung von 49,9 % der städtischen Anteile an den Stadtwerken. Es ist nicht erkennbar, dass der durch die Veräußerung für den Gemeindehaushalt zu erzielende Erlös und der damit verbundene Einnahmezufluss, der (mindestens) die Hälfte des Unternehmenswertes betragen wird, dem Gemeindehaushalt auch durch innerbetriebliche Optimierungen zugeführt werden kann. Das Bürgerbegehren äußert sich zudem in keiner Weise zu der Frage, durch welche Optimierungsmaßnahmen dies erreicht werden könnte. Die Bürger werden damit über eine mögliche „Verbesserung der Einnahmesituation“ irregeführt und können sich daher keine zutreffende Meinung über die finanziellen Folgen ihres Abstimmungsverhaltens bilden. Die Rechtsprechung verlangt vom Kostendeckungsvorschlag, dass er für den Bürger nachvollziehbar sein muss (vgl. OVG Münster, Urt. v. 28.01.2003, Az. 15 A 203/02, NVwZ-RR 2003, 584). Er darf daher keine irreführenden und unvertretbaren Angaben enthalten (*Waechter*, Anforderungen an Kostendeckungsvorschläge für Bürgerbegehren, NordÖR 2005, 89, 91; vgl. auch OVG Münster, Beschl. v. 21.11.2007, Az. 15 B 1879/07, *juris*; OVG Saarland, Beschluss v. 17.01.2005, Az. 3 Q 34/04, *juris*). Diesen Anforderungen wird der Kostendeckungsvorschlag des Bürgerbegehrens „Unsere Stadtwerke – Kein Verkauf!“ u.E. nicht gerecht. Die „Einnahmesituation“ der Gemeinde (nicht das Vermögen) stellt sich wesentlich anders dar, wenn die Anteile nicht veräußert werden und daher keine Erlöse, also keine (Bar-)Einnahmen erzielt werden. Über diese Folge des Bürgerbegehrens für den Gemeindehaushalt dürfen die Bürger nicht getäuscht werden. Daher halten wir die pauschale Angabe, wonach innerbetriebliche Optimierungsmaßnahmen in gleicher Weise zu einer Verbesserung der Einnahmesituation der Stadt Hilden führen können, für unzulässig.

### c) Transaktionskosten

Des Weiteren hätten die im Vergabeverfahren bislang bereits angefallenen „Transaktionskosten“ im Rahmen des Kostendeckungsvorschlags Berücksichtigung finden müssen.

Mit der Prüfung des Verkaufs und der Begleitung des Vergabeverfahrens durch eine Beratungsgesellschaft sind bei der Vorbereitung der Veräußerung erhebliche Kosten angefallen, die sich nicht rentieren und auch nicht von dem Erwerber übernommen werden, wenn die Veräußerung der Anteile unterbleibt. Im Hinblick auf genau diese Kosten hat der Rat in seinem Beschluss vom 13.02.2008 explizit festgelegt, dass der Teilnehmerwettbewerb nur unter der Voraussetzung fortzusetzen ist, dass sich der Erwerber verpflichtet, zum Barangebot die angefallenen Transaktionskosten zu übernehmen. Dementsprechend wurde auch mit den Bietern ausgehandelt, dass diese die Transaktionskosten tragen. Bereits aus dem Ratsbeschluss vom 13.02.2008, auf den die Initiatoren des Bürgerbegehrens auf ihrer Internet-Seite ([www.buergerbegehren-hilden.de](http://www.buergerbegehren-hilden.de)) selbst ausdrücklich Bezug nehmen, ergibt sich, dass im Zusammenhang mit der Durchführung des Vergabeverfahrens Transaktionskosten anfallen, für die zunächst einmal die Stadt Hilden einzustehen hat. Fraglich ist, ob der Kostendeckungsvorschlag diese Kosten hätte berücksichtigen müssen.

Sofern die Veräußerung von 49,9 % der Anteile der Stadtwerke Hilden unterbleibt, hat dies unmittelbar und zwangsläufig für die Stadt Hilden zur Folge, dass sie die Transaktionskosten zu tragen hat. Eine Abwälzung auf den Erwerber, wie im Ratsbeschluss vorgesehen und mit den Bietern ausgehandelt, ist in diesem Fall nicht mehr möglich. Der Sinn und Zweck des Kostendeckungsvorschlages verlangt es, auch diese Vermögensfolge in den Kostenbegriff des § 26 Abs. 2 GO NW einzubeziehen.

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat in der oben bereits zitierten Entscheidung klargestellt, dass der Sinn des Kostendeckungsvorschlags darin bestehe, sicherzustellen, dass die Bürger keine Maßnahmen beschließen, ohne über die Aufbringung der Mittel, die wegen der vermögensmindernden Folge der Maßnahme aufgewandt werden müssen, im Wege eines Deckungsvorschlags zu befinden. Dieser Zweck rechtfertigt es zwar nicht, alle durch die verlangte Maßnahme äquivalent-kausal verursachten Vermögensminderungen einzubeziehen. Es müssten aber solche Vermögensfolgen berücksichtigt werden, für die nach Sinn und Zweck des Kostendeckungsvorschlags eine Verantwortlichkeit aus der verlangten Maßnahme abgeleitet werden könne. Es müsse ein Zurechnungszusammenhang zur verlangten Maßnahme bestehen (OVG Münster, Urteil v. 19.03.2004, Az. 15 B 522/04, *juris*). Das Gericht hat festgehalten, dass der erforderliche Zusammenhang zwischen der Maßnahme und der Vermögensminderung dann nicht mehr gegeben sei, wenn es um weiterlaufende Zinslasten oder die Neubegründung von Kreditverbindlichkeiten gehe. Diese seien nicht die Kosten der Unterlassung einer Veräußerung, sondern die Kosten einer unabhängig von ihr getätigten oder beabsichtigten oder mit ihr in keinem inneren Zusammenhang stehenden Kreditaufnahme. Andererseits hat das Gericht erst jüngst wieder verlangt, dass der Deckungsvorschlag solche Kosten berücksichtigen müsse, die entstehen, wenn Anteile an einem defizitären städtischen Unternehmen nicht verkauft werden und daher auch keine Möglichkeit besteht, weitere Defizite auf einen Erwerber zu verlagern. Für diesen Fall hat das OVG Münster angenommen, dass das Bürgerbegehren einen Vorschlag dazu enthalten müsse, wie die weiteren Defizite der Gesellschaft als durch den Verzicht auf die Veräußerung bewirkte mögliche Kosten für den städtischen Gesellschafter abgedeckt werden sollen (OVG Münster, Beschluss v. 21.11.2007, Az. 15 B 1879/07, *juris*).

Ebenso muss die Situation im Falle der Stadt Hilden beurteilt werden. Für die Stadt folgt die Pflicht zur Tragung der Transaktionskosten unmittelbar aus dem Unterlassen der Veräußerung, da der Rat in den Bedingungen zur Fortsetzung

des Vergabeverfahrens vorgesehen hatte, dass der Erwerber diese Kosten übernimmt, und entsprechende Vorgaben bei der Verhandlung mit den Bietern von diesen akzeptiert wurden. Wenn also eine Veräußerung, wie vom Bürgerbegehren verlangt, nicht erfolgt, hat dies unmittelbar für die Stadt Hilden zur Folge, dass der Gemeindehaushalt mit dem Ausgaben belastet wird.

Dem Kostendeckungsvorschlag des Bürgerbegehrens lässt sich nicht entnehmen, dass die Transaktionskosten bei einem Erfolg des Bürgerbegehrens für die Stadt überhaupt anfallen und aus welchen sie Mitteln aufgebracht werden sollen. Genau darüber müsste sich der verantwortungsbewusste Bürger aber Gedanken machen, wenn er aufgefordert wird, für oder gegen die Veräußerung der Stadtwerkeanteile zu stimmen.

#### **d) Schadensersatzansprüche**

Fraglich ist, ob der Kostendeckungsvorschlag sich auch zu Schadensersatzansprüchen der Bieter verhalten müsste, die von diesen im Falle einer Nichtdurchführung der Vergabe möglicherweise geltend gemacht werden. In der Sitzungsvorlage zum Ratsbeschluss vom 13.02.2008 heißt es dazu, dass dann, wenn der Rat beschließt, das Verfahren zu beenden oder mit dem Bieter, der übrig bleibt, keine strategische Partnerschaft einzugehen, seitens der Bieter ein Anspruch darauf besteht, dass ihre Aufwendungen ersetzt werden. In Verfahren der Energiewirtschaft sei ein Schadensersatzverfahren zwar bisher unbekannt, es sei aber auch nicht auszuschließen. Die Aufwendungen der Bieter könnten nicht unerheblich sein, da sie sich ab dem nächsten Verfahrensabschnitt mit Sicherheit eines Wirtschaftsprüfers bedienen.

Tatsächlich haben mittlerweile wohl alle Bieter ihre Wirtschaftsprüfer beigezogen. Bei jedem beteiligten Bieter können erhebliche Aufwendungen angefallen sein. Fraglich ist aber, ob ein entsprechendes Schadensersatzbegehren überhaupt berechtigt wäre, die Geltendmachung gegenüber der Stadt also tatsäch-

lich droht. Andernfalls müssten die Schadensersatzansprüche keinesfalls im Kostendeckungsvorschlag berücksichtigt werden.

Ein eingeleitetes Vergabeverfahren kann unter bestimmten Voraussetzungen beendet werden. Ein Kontrahierungszwang wird durch das Vergabeverfahren nicht begründet, vielmehr ist der öffentlichen Auftraggeber aufgrund seiner Vertragsabschlussfreiheit berechtigt, das Vergabeverfahren anders als durch Zuschlag, etwa durch Aufhebung, zu beenden (vgl. *Dieck-Bogatzke*, VergR Sonderheft 2a/2008, S. 392 ff.). Ein Schadensersatzanspruch besteht nach der Rechtsprechung des BGH nur dann, wenn sich der Abbruch des Vergabeverfahrens bzw. die Nichterteilung des Zuschlags als pflichtwidrige Handlung darstellt. Der Schadensersatzanspruch (*culpa in contrahendo*) kann dann aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis resultieren, das durch das Vergabeverfahren zwischen Bieter und öffentlichem Auftraggeber begründet wurde (BGH, Urt. v. 12.06.2001, Az. X ZR 150/99)

Ob die Stadt Hilden ihre rechtlichen Pflichten verletzen würde und daher ein Schadensersatzanspruch begründet wird, wenn sie wegen des entsprechenden Ausgangs eines Bürgerentscheids ihr Vergabeverfahren abbricht, ohne einen Zuschlag zu erteilen, erscheint sehr zweifelhaft. Regelungen zur Aufhebung des Vergabeverfahrens enthält § 26 Nr. 1 VOL/A. Die Bestimmung findet auf Verhandlungsverfahren entsprechende Anwendung (*Dieck-Bogatzke*, VergR Sonderheft 2a/2008, S. 392, 393). Sie kann auch dann zur Beurteilung der möglichen Pflichtverletzung entsprechend herangezogen werden, wenn sich ein öffentlicher Auftraggeber freiwillig dem Vergaberecht unterwirft. Ein öffentlicher Auftraggeber darf eine Ausschreibung nach § 26 Nr. 1 d) VOL/A aufheben, wenn „andere schwerwiegende Gründe“ bestehen. Dies setzt nach allgemeiner Ansicht voraus, dass zum Zeitpunkt des Beginns des Ausschreibungsverfahrens das Vorhandensein oder der nachträgliche Eintritt des maßgeblichen Umstands nicht erwartet werden konnte und der Umstand ähnlich schwer wiegt wie die anderen Alternativen des § 26 Nr. 1 VOL/A (vgl. *Dieck-Bogatzke*, VergR

Sonderheft 2a/2008, S. 392, 393). Die Aufhebung muss demnach einen sachlichen Grund haben, der die Aufhebung als ultima ratio erscheinen lässt. Ein solcher Grund kann sich u.E. aus einem erfolgreichen Bürgerentscheid ergeben, der in Abkehr von einer bisherigen Planung der Gemeinde einer Veräußerung entgegensteht (so ausdrücklich auch VG Düsseldorf, Beschl. v. 12.12.2007, Az. 1 L 2054/07, *juris*). Die Durchführung und das (mögliche) Ergebnis des Bürgerentscheids war bei Einleitung des Vergabeverfahrens für die Stadt Hilden nicht erkennbar und kann einen schwerwiegenden Grund für die Beendigung des Vergabeverfahrens darstellen, da die Gemeinde kommunalrechtlich nicht mehr berechtigt wäre, entgegen dem Bürgerentscheid zu handeln und den Zuschlag für die Veräußerung zu erteilen.

Liegt ein Aufhebungstatbestand vor, stellt sich die Beendigung des Vergabeverfahrens nicht als pflichtwidrige Handlung des öffentlichen Auftraggebers dar. Eine Schadensersatzanspruch aus culpa in contrahendo wäre in diesem Fall nicht zu befürchten. Der Kostendeckungsvorschlag muss sich daher auch unabhängig von der Frage, ob Schadensersatzansprüche im Rahmen des § 26 Abs. 2 GO NW überhaupt zu berücksichtigen sind, nicht zu diesen Kosten verhalten.

## **II. Frist**

Das Bürgerbegehren ist unzulässig, weil es die Frist des § 26 Abs. 3 GO NW nicht einhält.

Nach § 26 Abs. 3 GO NW muss ein Bürgerbegehren, wenn es sich gegen einen Beschluss des Rates wendet, innerhalb von 6 Wochen nach der Bekanntmachung des Beschlusses eingereicht sein. Sofern der Beschluss nicht der Bekanntmachung bedarf, beträgt die Frist 3 Monate nach Sitzungstag.

## **1. Vorliegen eines kassatorischen Bürgerbegehrens**

Diese Regelung, die das sogenannte kassatorische Bürgerbegehren betrifft, findet nur dann Anwendung, wenn sich das Bürgerbegehren „gegen einen Beschluss des Rates richtet“. Das von § 26 Abs. 3 GO NW erfasste fristgebundene, kassatorische Bürgerbegehren unterscheidet sich von dem nicht fristgebundenen, initiierenden Bürgerbegehren dadurch, dass es die Beseitigung eines Ratsbeschlusses fordert, der eine positive sachliche Regelung enthält. Während initiierende Bürgerbegehren, die den Regelungen von Ratsbeschlüssen nicht widersprechen, gleichsam „ein noch unbestelltes Feld bearbeiten“ und damit ausschließlich gemeindliche Aktivitäten anstoßen, greifen kassatorische Bürgerbegehren in die vom Rat bereits getroffene Regelung ein, indem sie sich die Aufhebung der getroffenen Regelung verlangen oder die durch Ratsbeschluss getroffenen Regelungen durch andere ersetzen (OVG Münster, Urteil vom 28.01.2003, Az. 15 A 203/02, NWVBl. 2003, 312).

Das Oberverwaltungsgericht Münster hat ausgeführt, dass es für den die Fristgebundenheit auslösenden kassatorischen Charakter eines Bürgerbegehrens nicht darauf ankomme, ob in ihm Elemente enthalten sind, die bislang nicht Gegenstand von Ratsbeschlüssen waren. Maßgebend sei allein, ob das Bürgerbegehren bei einer verständigen Würdigung ein vom Rat beschlossenes Regelungsprogramm aufheben oder ändern wolle. Unerheblich sei insbesondere, ob nach dem Text des Bürgerbegehrens Ratsbeschlüsse ausdrücklich aufgehoben werden sollen. Zur Begründung verweist das Oberverwaltungsgericht auf den Sinn der Fristgebundenheit, der darin bestehe, im Interesse der Stabilität und Verlässlichkeit gemeindlicher Willensbildung zu verhindern, dass ein sachliches Regelungsprogramm des Rates beliebig lange durch ein Bürgerbegehren in Frage gestellt werden kann. Auf diese Weise solle bewirkt werden, dass der Ratsbeschluss nach den im Gesetz genannten Fristen als sichere Planungsgrundlage dienen kann (OVG Münster, Urt. v. 28.01.2003, Az. 15 A 203/02, NWVBl. 2003, 312).

In ähnlicher Weise hat auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg festgestellt, dass ein Bürgerbegehren nicht nur dann gegen einen Gemeinderatsbeschluss gerichtet sei, wenn es die uneingeschränkte Aufhebung des Beschlusses bezwecke, sondern dass es genüge, wenn eine wesentlich andere als die vom Gemeinderat beschlossene Lösung angestrebt werde (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.06.1990, Az: 1 S 657/90, *juris*).

Vorliegend ist die Frist des § 26 Abs. 3 GO NW also einzuhalten, wenn das Bürgerbegehren „Unsere Stadtwerke: Kein Verkauf!“ als kassatorisches Bürgerbegehren im Sinne der Vorschrift anzusehen ist.

Der Rat der Stadt Hilden hat, wie sich auch der Homepage der Initiatoren des Bürgerbegehrens ([www.buergerbegehren-hilden.de](http://www.buergerbegehren-hilden.de)) entnehmen lässt, bereits in der Sitzung vom 13.02.2008 einen Beschluss zur „Fortsetzung“ des Teilnehmerwettbewerbs getroffen. Dieser Sitzung ging keine weitere Sitzung des Rates voraus, in dem bereits die Veräußerung der Stadtwerke-Anteile beraten worden wäre. Vielmehr knüpft die Sitzung vom 13.02.2008 an eine nichtöffentliche Sitzung des Aufsichtsrates der Stadtwerke Hilden GmbH vom 20.12.2007 an. In dieser Sitzung hatte der Aufsichtsrat einstimmig folgenden Beschluss gefasst:

„Der Aufsichtsrat beschließt, ein förmliches Vergabeverfahren zur Veräußerung von 49,9 % der Gesellschaftsanteile an der Stadt Hilden GmbH einzuleiten. Die Möglichkeit der Beendigung des Verfahrens nach dem Teilnahmewettbewerb ohne Schadensersatzansprüche auszulösen bleibt hiervon unberührt.“

Im Anschluss an diese Sitzung wurde der Teilnahmewettbewerb durchgeführt. In der Sitzung vom 13.02.2008 befasste sich dann der Rat der Stadt Hilden erstmals und ausführlich mit dem Projekt. Wie sich der Niederschrift zur Sitzung des Rates vom 13.02.2008 entnehmen lässt, hat sich der Rat in dieser Sitzung ausführlich mit der Veräußerung von 49,9 % der Anteile an den Stadtwerken und mit der Fortführung des Vergabeverfahrens beschäftigt. Unter TOP 5 wurde über die Fortführung des Vergabeverfahrens entschieden. Nach ausführlicher

Diskussion fasste der Rat mit 35 Ja-Stimmen gegen 7 Nein-Stimmen folgenden (geänderten) Beschluss:

„Der Rat der Stadt Hilden beschließt – unter nachfolgenden Voraussetzungen – den Teilnehmerwettbewerb zur Suche nach einem strategischen Partner für 49,9 % an den Stadtwerke Hilden GmbH fortzusetzen:

1. Das Verfahren wird mit einem Aufhebungsvorbehalt versehen, wenn der Barwert des Angebotes nicht wirtschaftlich ist. Die Summe des wirtschaftlichen Barangebotes wird notariell hinterlegt.

2. Der Erwerber verpflichtet sich zum Barangebot die angefallenen Transaktionskosten zu übernehmen.

3. Der Rat der Stadt beschließt die der SV als Anlage 1 beigefügten Zuschlagskriterien.

4. „KO“-Kriterium für das weitere Verfahren sind:

- der Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen
- die Garantie des Standortes Hilden sowie
- die Übernahme aller jetzt bestehenden Rechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer.

5. Der strategische Partner akzeptiert, dass der Anteilsverkauf im sogenannten „Trecking-Stock-Modell“ erfolgt (s. beigefügtes Modell der Firma Ernst & Young, Anlage 2 der SV)

6. Auch aus steuerlichen Gründen wird die Stadthalle Hilden GmbH als Holding über die bisherige Gesellschaft gesetzt, um auch dort noch Verluste zu verrechnen. In diese Gesellschaft ist der Verkaufserlös einzulegen. Eine Entnahme des Verkaufserlöses aus dieser Gesellschaft soll nur mit einer 2/3-Mehrheit erfolgen. Die Gewinnausschüttung aus laufendem Betrieb ist davon unberührt. Hier sollte – wie bisher auch – eine einfache Mehrheit ausreichend sein.

7. Die Gesellschaftsverträge der Stadthalle Hilden GmbH sind entsprechend abzuändern und dem Rat zur Entscheidung vorzulegen.

8. (vertagt)

9. Zur Prüfung der Vertragsentwürfe wird ein „Team Vertragsentwürfe“ eingesetzt, das aus folgenden Mitgliedern besteht:

1 Vertreter CDU

Rm. Rainer Schlottmann

1 Vertreter SPD	Rm. Jürgen Scholz
2 Vertreter sonst. Fraktionen	Rm. Werner Horzeller, Rm. Rudolph Joseph
1 Vertreter Bürgermeister Geschäftsführer SWH	1. Beigeordneter Horst Thiele Dipl.-Ing. Bodo Taube

10. Der Rat der Stadt verpflichtet sich vor Ablauf von 5 Jahren keine weiteren Anteile zu veräußern. Das gilt auch, falls Bieter eine sogenannte „Put-Option“ einräumen. Weitere Anteilsverkäufe benötigen eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Mitglieder des Rates.“

Mit diesem Beschluss hat der Rat nicht nur beschlossen, den Teilnehmerwettbewerb „ergebnisoffen“ fortzusetzen, sondern der Beschluss lässt eindeutig erkennen, dass der erfolgreiche Abschluss durch Veräußerung an einen Bieter erfolgen soll. Nur für bestimmte, im einzelnen benannte Fälle (insbesondere unwirtschaftliches Angebot und Vorliegen der sog. KO-Kriterien) soll keine Veräußerung erfolgen.

Das Bürgerbegehren wendet sich ausdrücklich gegen den Plan, 49,9 % der Anteile an den Stadtwerken Hilden an einen Investor zu veräußern und damit auch gegen die Fortsetzung und den Abschluss des Vergabeverfahrens. Es ist wörtlich darauf gerichtet, einen entsprechenden Verkauf zu unterlassen und die Stadtwerke Hilden vollständig im Eigentum der Stadt Hilden zu belassen. Es führt hierzu aus, dass der Rat am 18.06.2008 den Verkauf von 49,9 % der Stadtwerke-Anteile beschließen wolle, der Erhalt der Stadtwerke zu 100 % in städtischer Hand jedoch unverzichtbar sei. Auch aus dem Kostendeckungsvorschlag lässt sich entnehmen, dass es dem Bürgerbegehren darum geht, die Stadtwerke Hilden im Alleinbesitz der Stadt Hilden zu belassen.

Während also der Rat sich bereits in der Sitzung vom 13.02.2008 (unter Berücksichtigung der vorangehenden Sitzung des Aufsichtsrats der Stadtwerke Hilden) für die weitere Durchführung der Vergabeverfahrens mit dem Ziel der Veräußerung von 49,9 % der Anteile an den Stadtwerken Hilden ausgespro-

chen hatte, richtet sich das Bürgerbegehren ausdrücklich darauf, die Fortsetzung des Vergabeverfahrens und damit auch die Veräußerung der Anteile zu unterlassen. Zwar nimmt das Bürgerbegehren in seiner Begründung nur auf die beabsichtigte, zukünftige Sitzung des Rates vom 18.06.2008 Bezug und nicht auf die vergangene Sitzung vom 13.02.2008. Tatsächlich wurde jedoch bereits in der Sitzung vom 13.02.2008 die Grundentscheidung des Rates darüber getroffen, dass das Vergabeverfahren fortgesetzt wird und, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, also insbesondere ein wirtschaftliches Angebot vorliegt, 49,9 % der Anteile an den Stadtwerken Hilden veräußert werden. Der Rat hat bereits ein Regelungsprogramm beschlossen, das mit der bevorstehenden Sitzung vom 18.06.2008 (bzw. der nunmehr anberaumten Sondersitzung) nur weiter umgesetzt werden soll.

Mit dem vorgelegten Bürgerbegehren wird ein gegenüber diesem Ratsbeschluss vom 13.02.2008 konträres Konzept verfolgt. Es soll gerade nicht, wie vom Rat beschlossen, mit dem Vergabeverfahren ein Partner für die Übernahme der Anteile gesucht werden und eine entsprechende Veräußerung an diesen erfolgen, sondern die Stadt Hilden soll, wie bisher, alleinige Eigentümerin der GmbH bleiben. Schon der Name des Bürgerbegehrens („Unsere Stadtwerke: Kein Verkauf“) macht als Kern des Bürgerbegehrens das im Widerspruch zu dem Ratsbeschluss vom 13.02.2008 stehende Ziel deutlich, wonach die Stadt Hilden keine Anteile veräußern und zu 100 % Eigentümerin der Stadtwerke bleiben soll.

Dies spricht u. E. dafür, dass es sich bei dem vorgelegten Bürgerbegehren um ein kassatorisches Bürgerbegehren im Sinne des § 26 Abs. 3 GO NW handelt. Der Sinn und Zweck der Befristung, wie er von § 26 Abs. 3 GO NW verfolgt wird, verlangt es gerade im vorliegenden Verfahren, eine entsprechende Fristenbindung anzunehmen. Wie das Oberverwaltungsgericht Münster festgestellt hat, sollen Ratsbeschlüsse vor späteren Angriffen durch ein Bürgerbegehren geschützt werden, damit die Stabilität und Verlässlichkeit gemeindlicher Wil-

lensbildung und Planung gewährleistet ist und ein sachliches Regelungsprogramm des Rates nicht beliebig lange in Frage gestellt werden kann. Gerade bei Vorhaben wie dem hier in Rede stehenden Verkauf von Unternehmensanteilen würde es eine unzumutbare Unsicherheit für die Durchführung des Vergabeverfahrens, für die Verhandlung mit Bietern und für die Vorbereitung und den Abschluss entsprechender Verträge bedeuten, wenn die vom Rat bereits getroffene Grundentscheidung, die dem weiteren Verfahren zugrunde liegt, unbefristet durch ein Bürgerbegehren in Frage gestellt bzw. verworfen werden könnte.

## **2. Fristablauf**

Da der Ratsbeschluss vom 13.02.2008 nicht bekannt gemacht werden musste, beträgt die einzuhaltende Frist nach § 26 Abs. 3 S. 2 GO NW drei Monate nach Sitzungstag. Die Frist ist demnach am 13.05.2008 abgelaufen. An diesem Tag war das Bürgerbegehren bei der Stadt Hilden noch nicht eingereicht. Vielmehr wurden die Unterschriftenlisten erst am 16.06.2008 an die Stadt übergeben.

Da die Frist des § 26 Abs. 3 S. 2 GO NW nicht eingehalten wurde, ist das Bürgerbegehren unzulässig.

## **3. Keine Unbeachtlichkeit des Fristablaufs**

Eine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand wegen Fristversäumung gem. § 32 VwVfG NW ist nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster nicht möglich, da die Frist des § 26 Abs. 3 GO NW eine Ausschlussfrist ist, die die Ausgestaltung des Verfahrens gemeindlicher Willensbildung regelt und ihrem Sinn und Zweck nach nicht vom subjektiven Vermögen der Vertreter des Bürgerbegehrens abhängen darf (OVG Münster, Ur. v. 28.01.2003, Az. 15 A 203/02, NWWBI. 2003, 312).

Es sind auch keine sonstigen Gründe erkennbar, von der Anwendung der Frist aus § 26 Abs. 3 GO NW im vorliegenden Verfahren abzusehen. Zwar kann eine Angelegenheit, die bereits Gegenstand eines Ratsbeschlusses war, dann (wieder) Gegenstand eines fristungebundenen Bürgerbegehrens sein, wenn die Wirkung des betreffenden Ratsbeschlusses erloschen oder eine nach dem Ratsbeschluss eingetretene tatsächliche oder rechtliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, die so wesentlich ist, dass sie dem getroffenen Ratsbeschluss die Grundlage entzieht (vgl. OVG Münster, Urt. v. 28.01.2003, Az. 15 A 203/02, NWVBl. 2003, 312; VG Köln, Urt. v. 01.06.2007, Az. 4 K 238/07, *juris*; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 18.06.1990, Az. 1 S 657/90, *juris*). Eine derartige Veränderung der Sachlage ist vorliegend nicht erkennbar. Vielmehr richtet sich Bürgerbegehren ausdrücklich gegen die Fortsetzung des Vergabeverfahrens und die Veräußerung von Anteilen, die im „weichenstellenden“ Ratsbeschluss vom 13.02.2008 bereits beschlossen wurde. Die Tatsache, dass sich mehrere Bieter in dem Wettbewerb beworben haben, stellt keine Änderung der tatsächlichen Verhältnisse dar, die dem Ratsbeschluss die Grundlage entziehen würde, sondern ist vielmehr Folge der mit dem Ratsbeschluss angestoßenen weiteren Durchführung des Vergabeverfahrens.

Nach alledem ist das Bürgerbegehren wegen Nichteinhaltung der Frist aus § 26 Abs. 3 GO NW unzulässig.

### **III. Quorum**

Das Quorum nach § 26 Abs. 54 GO NW ist nach Auskunft der Stadt Hilden erfüllt.

### **IV. Gegenstand des Bürgerbegehrens**

Das vorgelegte Bürgerbegehren bezieht sich nicht auf einen nach § 26 Abs. 5 GO NW unzulässigen Gegenstand.

## V. Ergebnis

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass das Bürgerbegehren wegen eines irreführenden und unzureichenden Kostendeckungsvorschlags sowie wegen der Nichteinhaltung der Frist aus § 26 Abs. 3 GO NW unzulässig ist.

## D. Sperrwirkung

Seit jüngstem sieht die Gemeindeordnung in § 26 Abs. 6 Satz 6 eine ausdrückliche Regelung zur Sperrwirkung des Bürgerbegehrens vor. Die Sperrwirkung kommt aber nur einem *zulässigen* Bürgerbegehren zu. Nach § 26 Abs. 6 Satz 6 GO NW darf bis zur Feststellung des Ergebnisses des Bürgerentscheids eine dem Begehren entgegenstehende Entscheidung der Gemeindeorgane nicht mehr getroffen und mit dem Vollzug einer derartigen Entscheidung nicht mehr begonnen werden, wenn die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens festgestellt wurde. Sofern der Rat der Stadt Hilden die Unzulässigkeit feststellt, greift die Sperrwirkung nicht.

Auch aus dem von der Rechtsprechung entwickelten Institut der Organtreue kann vorliegend keine Verpflichtung der Stadt Hilden abgeleitet werden, das weitere Vergabeverfahren und insbesondere die Zuschlagserteilung zu unterlassen. Zwar hat das Oberverwaltungsgericht Münster betont, dass eine Beschränkung der Handlungsmacht der Gemeinde unter Treuegesichtspunkten auch nach Einführung der gesetzlichen Regelung zur Sperrwirkung nach § 26 Abs. 6 Satz 6 GO NW grundsätzlich noch in Betracht kommt (OVG Münster, Beschluss v. 06.12.2007, Az. 15 B 1744/07, *juris*). Der Grundsatz der Organtreue verpflichtete die Gemeinde, sich so gegenüber dem Bürgerbegehren zu verhalten, dass dieses seine gesetzlich eröffnete Entscheidungskompetenz ordnungsgemäß wahrnehmen kann. Das Oberverwaltungsgericht Münster betont aber, dass die Treuepflicht wegen der Gleichwertigkeit von Entscheidungen

der Gemeindeorgane einerseits und von Bürgerentscheiden andererseits nicht schon dann verletzt ist, wenn die Entscheidung des Gemeindeorgans dem Bürgerentscheid zuvorkommt. Ein Sicherungsanspruch zugunsten des Bürgerbegehrens bestehe selbst dann nicht, wenn im Einzelfall eine Entscheidung des Rates dadurch faktischen Vorrang erhält, dass diese Entscheidung wegen der Schwerfälligkeit des Verfahrens zur Herbeiführung eines Bürgerentscheids schon vor dessen Abschluss in die Tat umgesetzt werden kann (OVG Münster, Beschl. v. 19.03.2004, Az. 15 B 522/04, *juris*). Ein treuwidriges Handeln eines Gemeindeorgans setze vielmehr voraus, dass dessen Handeln – sei es in der Sache selbst oder hinsichtlich des Zeitpunktes – bei objektiver Betrachtung nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt war, sondern *allein dem Zweck diene*, dem Bürgerbegehren die Grundlage zu entziehen und damit eine Willensbildung auf direkt-demokratischem Weg zu verhindern (OVG Münster, Beschluss v. 06.12.2007, Az. 15 B 1744/07, *juris*).

Wenn der Rat der Stadt Hilden - wie seit langem bereits für den 18.06.2008 geplant - nun die Entscheidung darüber trifft, an welchen Bieter die Veräußerung erfolgen soll, setzt er damit nur das Vergabeverfahren so fort, wie es bereits vor Kenntnis vom Bürgerbegehren beabsichtigt war. Die Gemeinde hält damit ihren ursprünglichen Zeitplan zur Veräußerung ein und trifft ihre Entscheidung, um das eingeleitete Vergabeverfahren zum Abschluss zu bringen. Sie wird damit den Erwartungen der Bieter gerecht, die ein erkennbares Interesse an einer baldigen Entscheidung haben, und ihrem eigenen Interesse daran, die Veräußerung noch in diesem Jahr abzuwickeln. Anders als etwa in dem Sachverhalt, der der zitierten Entscheidung des OVG Münster zugrunde lag, hat die Gemeinde nicht als Reaktion auf das Bürgerbegehren entschieden, in der nächsten Ratssitzung über den Zuschlag zu entscheiden, oder dafür gar noch eine vorgezogene Sitzung anberaumt, sondern die Gemeinde hält den mit ihrer Beratungsgesellschaft von Beginn an vereinbarten Zeitplan zur Durchführung des Vergabeverfahrens ein. Soweit dies angesichts der Bindungsfrist für die Angebote (bis 31.08.2008) noch möglich war, ist die Stadt dem Bürgerbegehren

sogar noch entgegengekommen und hat die Entscheidung über die Zuschlagserteilung – die an sich für den 18.06.2008 vorgesehen und bereits mit Sitzungsvorlagen vorbereitet war – verschoben und zunächst die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens geprüft.

### **E. Zusammenfassung der Ergebnisse**

1. Das Bürgerbegehren „Unsere Stadtwerke: kein Verkauf!“ muss im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung allein im Hinblick auf den Kostendeckungsvorschlag und die Einhaltung der Frist des § 26 Abs. 3 GO NW hinterfragt werden. Alle übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind erfüllt.
2. Die Anforderungen an den Kostendeckungsvorschlag dürfen nach der Rechtsprechung nicht überspannt werden. Der Kostendeckungsvorschlag muss aber aus sich heraus verständlich sein und die Folgen für den Haushalt nachvollziehbar aufzeigen. Der Kostendeckungsvorschlag muss insbesondere für den Bürger nachvollziehbar sein und darf daher keine irreführenden und unvertretbaren Angaben enthalten.
3. Vorliegend umfasst der Kostendeckungsvorschlag nur zwei Sätze. Der erste der beiden Sätze gibt lediglich eine Tatsache wieder, die sich weder auf die Kosten der verlangten Maßnahme, noch auf die Deckung von Kosten bezieht und daher rechtlich irrelevant ist.
4. Der zweite Satz des Kostendeckungsvorschlags ist irreführend, da tatsächlich nicht anzunehmen ist, dass durch Optimierungsmaßnahmen im Unternehmen die Einnahmesituation der Stadt Hilden in gleicher Weise verbessert werden kann, wie durch die Veräußerung von 49,9 % der Anteile der Stadtwerke. Ein vergleichbarer Zufluss an (Bar-)Einnahmen für den Haushalt kann offensichtlich durch innerbetriebliche Maßnahmen nicht erreicht werden, zumal das Bürgerbegehren auch nicht konkretisiert, welche Optimierungsmaßnahmen

gemeint sind. Der Kostendeckungsvorschlag ist nicht nachvollziehbar und irreführend, da die Bürger über mögliche Auswirkungen auf die Einnahmesituation getäuscht werden. Damit wird der Kostendeckungsvorschlag den Anforderungen des § 26 Abs. 2 GO NW nicht gerecht.

5. Sofern feststeht, dass die Anteile an den Stadtwerken nicht nur zu ihrem Marktwert, sondern mit Gewinn veräußert werden können, hätte sich das Bürgerbegehren nach der Rechtsprechung des OVG Münster auch zu diesen Kosten in Form eines „entgangenen Gewinns“ äußern müssen. Nicht in den Kostendeckungsvorschlag aufzunehmen sind hingegen Angaben zu der bloßen Nicht-Einnahme in Höhe des Marktpreises. Insoweit führt die vom Bürgerbegehren verlangte Maßnahme nicht zu Kosten, da der Vermögensbestand der Gemeinde gleich bleibt, unabhängig davon, ob der Wert in Form der Unternehmensanteile oder in Form des Erlöses im Gemeindevermögen vorhanden ist.

6. Auch die im Vergabeverfahren bereits angefallenen Transaktionskosten hätten im Rahmen des Kostendeckungsvorschlags berücksichtigt werden müssen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn den Initiatoren des Bürgerbegehrens der Ratsbeschluss vom 13.02.2008 bekannt war und/oder sie von der Gemeinde über die Transaktionskosten informiert wurden. Die Transaktionskosten werden zwar nicht unmittelbar durch die verlangte Maßnahme, nämlich das Unterlassen der Veräußerung, begründet, sie fallen aber unmittelbar der Stadt Hilden zur Last, sobald die Veräußerung der Anteile unterbleibt. Dies gilt vor allem deshalb, weil sich die Bieter in ihren Verhandlungen mit der Stadt zur Kostenübernahme bereit erklärt haben. Wenn die Veräußerung unterbleibt, hat dies unmittelbar für die Stadt zur Folge, dass der Gemeindehaushalt mit den Transaktionskosten belastet wird.

7. Der Kostendeckungsvorschlag musste sich nicht zu möglichen Schadensersatzansprüchen der Bieter verhalten. Schadensersatzansprüche sind u. E. nicht begründet, da der Bürgerentscheid einen schwerwiegenden Grund darstellen

würde, der die Stadt zur Aufhebung des Vergabeverfahrens berechtigen würde. Eine pflichtwidrige, schadensersatzbegründende Handlung, die eine Haftung aus culpa in contrahendo begründen könnte, läge nicht vor.

8. Das Bürgerbegehren ist unzulässig, weil es die Frist des § 26 Abs. 3 GO NW nicht einhält. Da der Beschluss des Rates vom 13.02.2008 keiner Bekanntmachung bedurfte, hätte das Bürgerbegehren gemäß § 26 Abs. 3 GO NW innerhalb von drei Monaten nach dem Sitzungstag eingereicht werden müssen. Diese Frist ist am 13.05.2008 abgelaufen, ohne dass das Bürgerbegehren eingereicht wurde.

Bei dem Bürgerbegehren handelt es sich um ein kassatorisches Bürgerbegehren gem. § 26 Abs. 3 GO NW. Das Bürgerbegehren richtet sich im Sinne der Rechtsprechung des OVG Münster inhaltlich gegen das vom Rat am 13.02.2008 beschlossene Regelungsprogramm und steht diesem konträr entgegen. Während der Rat mit Beschluss vom 13.02.2008 beschlossen hat, das Vergabeverfahren fortzusetzen mit dem Ziel – vorbehaltlich eines wirtschaftlichen Angebots und des Nicht-Vorliegens bestimmter KO-Kriterien – 49,9 % der Anteile an den Stadtwerken Hilden zu veräußern, zielt das Bürgerbegehren genau auf die gegenteilige Maßnahme ab, nämlich auf das Unterlassen des weiteren Vergabeverfahrens und der Veräußerung.

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt im Rahmen des § 26 Abs. 3 GO NW nicht in Betracht.

Es ist auch kein sonstiger Grund erkennbar, von der Anwendung der Frist des § 26 Abs. 3 GO NW abzusehen. Eine nachträgliche tatsächliche oder rechtliche Änderung der Verhältnisse, die so wesentlich ist, dass sie dem getroffenen Ratsbeschluss die Grundlage entzieht, ist nicht erkennbar.

9. Die Sperrwirkung des § 26 Abs. 6 S. 6 GO NW greift dann nicht ein, wenn der Rat die Unzulässigkeit des Bürgerbegehrens feststellt, da die Sperrwirkung nur von einem für zulässig erklärten Bürgerbegehren ausgeht.

Die Ableitung einer Sperrwirkung aus dem Grundsatz der Organtreue kommt zwar neben der Regelung des § 26 Abs. 6 Satz 6 GO NW nach wie vor in Betracht. Die Einhaltung des von Anfang an vorgesehenen Zeitplans für das Vergabeverfahren kann aber nicht als treuwidrige Handlung angesehen werden, da die Entscheidung über den Zuschlag von vornherein für die Ratssitzung am 18.06.2008 geplant war und sie nun nicht erst als Reaktion auf das Bürgerbegehren mit dem Zweck erfolgt, dem Bürgerbegehren seine Grundlage zu entziehen.

Münster, den 23.06.2008



Dr. Antje Wittmann  
Rechtsanwältin

<b>A. Gutachtenauftrag</b> .....	<b>2</b>
<b>B. Sachverhalt</b> .....	<b>2</b>
<b>C. Rechtliche Stellungnahme</b> .....	<b>7</b>
<b>I. Voraussetzungen nach § 26 Abs. 2 GO NW</b> .....	<b>7</b>
1. Formelle Anforderungen.....	7
2. Kostendeckungsvorschlag.....	7
a) Allgemeine Anforderungen an den Kostendeckungsvorschlag.....	8
b) Mindereinnahmen.....	9
c) Transaktionskosten.....	11
d) Schadensersatzansprüche.....	13
<b>II. Frist</b> .....	<b>15</b>
1. Vorliegen eines kassatorischen Bürgerbegehrens.....	16
2. Fristablauf.....	21
3. Keine Unbeachtlichkeit des Fristablaufs.....	21
<b>III. Quorum</b> .....	<b>22</b>
<b>IV. Gegenstand des Bürgerbegehrens</b> .....	<b>22</b>
<b>V. Ergebnis</b> .....	<b>23</b>
<b>D. Sperrwirkung</b> .....	<b>23</b>
<b>E. Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	<b>25</b>

