



An

DEN EINWOHNERRAT EMMEN

43/09 **Gemeindeinitiative „S'Strom- und Glasfasernetz betrieben mer sälber“**

Frau Präsidentin

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Gemeinderat unterbreitet Ihnen den Antrag zur Ungültigkeitserklärung der Initiative „S'Strom- und Glasfasernetz betrieben mer sälber“.

1 Einleitung

Nach Überprüfung und Genehmigung des Initiativbogens sowie der Veröffentlichung im Luzerner Kantonsblatt vom 6. Dezember 2008 konnte das Initiativkomitee mit der Unterschriftensammlung beginnen und reichte der Gemeindekanzlei die Gemeindeinitiative „S'Strom- und Glasfasernetz betrieben mer sälber“ mit 532 gültigen Unterschriften fristgerecht ein. Das Initiativbegehren wird in Form des formulierten Entwurfs gestellt und beantragt die folgende Änderung der Gemeindeordnung von EMMEN:

Art. 4^{bis} (neu) Strom- und Glasfaserkabelnetze

Nach Ablauf der CKW-Konzession im Jahre 2012 betreibt die Gemeinde Emmen eigene, flächendeckende Strom- und Glasfaserkabelnetze zu Selbstkostenpreisen. Mit dem Kauf bzw. Errichtung und Betrieb wird die Genossenschaft Energie Emmen beauftragt, an der sich die Gemeinde Emmen beteiligt.

2 Erhaltung des Zustandekommens der Initiative

Gestützt auf § 141 Abs. 2 des Stimmrechtsgesetzes des Kantons Luzern sowie Art. 17 Abs. 1 der Gemeindeordnung von EMMEN hat der Gemeinderat mit Entscheid vom 4. Februar 2009 das formelle Zustandekommen der Initiative festgestellt. Das Sammlungsergebnis lautet wie folgt:

Total Unterschriften	583
gültige	532
ungültige	51

3 Rechtsgültigkeit und Behandlung der Initiative

Weiter ist die materielle Gültigkeit der Initiative zu prüfen. § 145 des Stimmrechtsgesetzes des Kantons Luzern regelt die Ungültigkeit von Volksbegehren wie folgt:

§ 145 *Ungültigkeit von Volksbegehren*

¹ Ein Volksbegehren ist ungültig, wenn es rechtswidrig oder eindeutig undurchführbar ist.

² Ein Volksbegehren ist namentlich rechtswidrig, wenn

- a. das angerufene Gemeinwesen für den Gegenstand nicht zuständig ist,
- b. es nach der Zuständigkeitsordnung des Gemeinwesens nicht zulässig ist,
- c. es den Willen der Unterzeichner nicht eindeutig erkennen lässt,
- d. die Einheit der Form nicht gewahrt ist (§ 132),
- e. die Einheit der Materie nicht gewahrt ist (§ 133),
- f. der verlangte Beschluss gegen übergeordnetes Recht verstösst.

Die Regelung in § 145 Stimmrechtsgesetz ist abgeleitet aus dem in Artikel 34 Abs. 2 der Bundesverfassung verankerten Stimmrecht, welches einen Anspruch auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe gewährleistet.

Bei der Prüfung der materiellen Gültigkeit der Initiative „S‘Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber“ sind die folgenden Teilgehalte des Volksbegehrens nach Massgabe von § 145 Stimmrechtsgesetz zu prüfen:

- Nach Ablauf der bestehenden Konzession mit der Centralschweizerischen Kraftwerke AG (nachfolgend CKW) im Jahr 2012 soll die Gemeinde EMMEN das Stromnetz auf ihrem Gemeindegebiet selber übernehmen und zu Selbstkosten betreiben.
- Die Gemeinde EMMEN soll auf ihrem Gemeindegebiet ein Glasfaser-Kabelnetz aufbauen und zu Selbstkosten betreiben.
- Die Gemeinde EMMEN soll diese neue Gemeindeaufgabe auslagern und mit dem Kauf bzw. der Errichtung sowie mit dem Betrieb der Strom- und Glasfaser-Kabelnetze die Genossenschaft Energie Emmen beauftragen.
- Die Gemeinde EMMEN soll sich an der Genossenschaft Energie Emmen finanziell beteiligen.

Der Gemeinderat hat zu diesen Fragen ein Gutachten beim Kompetenzzentrum für Public Management KPM der Universität Bern eingeholt. Das Gutachten vom 1. Juni 2009 wurde erstellt von Dr.iur. Andreas Lienhard, Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Bern und Mag.rer.publ. Daniel Kettiger, Rechtsanwalt, Bern. Der Gemeinderat erachtet dieses Gutachten als schlüssig und stützt sich bei den nachfolgenden Ausführungen auf die Empfehlungen der Gutachter. Das Gutachten Lienhard/Kettiger ist zusammen mit der Medienmitteilung vom 17. Juni 2009 veröffentlicht und ist auf der Emmer Homepage einsehbar. (http://www.emmen.ch/de/aktuelles/meldungen/2009_06_17_001_Gemeineinitiativeungueltig.php?navanchor=)

3.1 Zulässigkeit Betrieb des Stromnetzes

3.1.1 Rechtslage Bund und Kanton

Seit dem 1. Januar 2009 gilt auf Bundesebene das Stromversorgungsgesetz (StromVG). Dieses sieht vor, dass die Gebietszuteilung der Stromnetze ausschliesslich nach Bundesrecht erfolgt. Gemäss Art. 5 Abs. 1 StromVG haben die Kantone auf ihrem Gebiet bezüglich der Netzebenen 3, 5 und 7 (<http://www.ckw.ch/internet/ckw/de/geschaeftskunden/Netzprodukte.html>) die Zuteilung der Netzgebiete an die Netzbetreiber vorzunehmen. Diese Kompetenz könnte gemäss StromVG an die Gemeinden delegiert werden. Der Kanton Luzern hat seine Zuständigkeit behalten und in § 3 der Verordnung zum StromVG vom 9. Dezember 2008 festgehalten, dass der Regierungsrat für die Netzgebietszuteilung zuständig ist (Abs. 1). Bei der Netzzuteilung hat er die Eigentumsverhältnisse an den Elektrizitätswerken zu berücksichtigen (Abs. 2). Die Gemeinden sind somit nicht mehr zuständig zur Bestimmung des Trägers des Stromnetzes und der Stromversorgung auf ihrem Gemeindegebiet. Spielraum bleibt den Gemeinden nur noch hinsichtlich der Erteilung von Sondernutzungskonzessionen zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens. Allerdings steht dem Netzbetreiber in dem ihm zugeteilten Gebiet bei Nichteinigung mit dem Eigentümer von öffentlichem und privatem Grund diesbezüglich das Enteignungsrecht zu.

3.1.2 Situation in der Gemeinde EMMEN

In der Gemeinde EMMEN nimmt die CKW den Netzbetrieb des Stromnetzes und die Stromversorgung der Endbezügler wahr. Dieses faktische Monopol stützt sich auf den geltenden Konzessionsvertrag mit der Gemeinde EMMEN, welcher frühestens auf den 31. Dezember 2012 gekündigt werden kann. Die CKW ist Eigentümerin des heutigen Stromnetzes in der Gemeinde EMMEN. Als Netzbetreiber in EMMEN kommen nach der bisherigen Praxis und der neuen Gesetzgebung daher praktisch nur der bestehende Netzbetreiber (CKW) oder ein Dritter, dem der Netzeigentümer das Netz oder Teile davon überlassen hat, in Frage.

3.1.3 Schlussfolgerung für die Initiative

Soweit die Initiative verlangt, dass die Gemeinde EMMEN künftig selber ein Stromnetz auf ihrem Gemeindegebiet betreibt respektive dieses an die Genossenschaft Energie Emmen auslagert, ist sie nach Massgabe von § 145 Abs. 2 lit. a. Stimmrechtsgesetz ungültig, nachdem die Gemeinde in diesem Bereich nicht mehr zuständig ist. Die Initiative ist auch nach Massgabe von § 145 Abs. 2 lit. f. Stimmrechtsgesetz ungültig, weil sie in diesem Teilgehalt gegen übergeordnetes (eidgenössisches und kantonales) Recht verstösst.

Die Gemeinde kann zudem einem von der kantonale zuständigen Stelle bezeichneten Netzbetreiber den Bau und Betrieb resp. den Weiterbetrieb des Stromnetzes, das der Allgemeinversorgung dient, durch Verweigerung des Nutzungsrechts am öffentlichen Grund nicht verhindern.

Die Initiative ist schliesslich insofern ungültig und undurchführbar (§ 145 Abs. 1 Stimmrechtsgesetz), als mit der angestrebten Kündigung des Konzessionsvertrages das angestrebte Ziel einer Verdrängung der CKW und der Übernahme der Stromversorgung in EMMEN durch die Gemeinde oder die Genossenschaft Energie Emmen gar nicht wirksam erreicht werden kann.

3.2 Zulässigkeit Betrieb eines Kabelnetzes

3.2.1 Rechtslage Bund

Der Bau und Betrieb von Kabelnetzen fällt in den Geltungsbereich des eidg. Fernmelderechts. Die Grundversorgung, wozu auch neu die Dienstleistung Breitband-Internetanschluss gehört, wird durch die Swisscom sichergestellt. Die Gemeinde EMMEN muss in diesem Bereich keine Grundversorgung gewährleisten, sie kann diese Dienstleistung aber im Sinne einer selbst gewählten freiwilligen Aufgabe wahrnehmen. Dabei würde sie grundsätzlich eine Dienstleistung am freien Markt und damit keine öffentliche Aufgabe im engeren Sinne ausüben. Art. 35 Fernmeldegesetz verpflichtet die Gemeinden, Boden im Gemeingebrauch den Anbieterinnen von Fernmeldediensten für Bau und Betrieb von Leitungen zu bewilligen. Die Gemeinde EMMEN könnte im Rahmen des übergeordneten Rechts ein eigenes Kabelnetz betreiben. Dabei stünde sie aber in Konkurrenz zu anderen Anbietern. Eine Monopolisierung des Netzes wie beim Strom ist nicht möglich.

3.2.2 Schlussfolgerung für die Initiative

Soweit die Initiative verlangt, dass die Gemeinde EMMEN künftig selber ein Glasfasernetz auf ihrem Gemeindegebiet betreibt respektive dieses an die Genossenschaft Energie Emmen auslagert, ist die Initiative gültig.

3.3 Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an Private

3.3.1 Reduziertes Prüfprogramm

Nachdem der Betrieb eines eigenen Stromnetzes aufgrund der vorstehenden Ausführungen nicht möglich ist, beziehen sich die nachfolgenden Betrachtungen nur noch auf den Betrieb eines Kabelnetzes.

3.3.2 Beschaffungsrecht

Es ist zu prüfen, ob die von der Initiative beabsichtigte Übertragung der Aufgabe dem übergeordneten Beschaffungsrecht widerspricht.

Falls von einer echten **Auslagerung** im Sinne einer vollständigen, eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung des externen Leistungserbringers ausgegangen wird, ist der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität zu beachten und das Auswahlverfahren hat nach sachlichen Kriterien zu erfolgen. Die Übertragung einer neuen Gemeindeaufgabe, welche die Teilnahme am freien Markt umfasst, ohne vorgängiges Auswahlverfahren direkt mittels einer reglementarischen Bestimmung verstösst gegen rechtsstaatliche Grundsätze, dies insbesondere wenn in diesem Bereich Mitbewerber vorhanden sind.

Falls von einem **Leistungskauf** auszugehen wäre, bleibt die Gemeinde bei der Übertragung einer Aufgabe an einen externen Leistungserbringer Trägerin der kommunalen Aufgabe. Grundsätzlich wäre die Unterstellung unter das Beschaffungsrecht nur gegeben, wenn es sich nicht um eine kommerzielle oder industrielle Tätigkeit handelt. Der Betrieb eines Kabelnetzes durch eine Gemeinde ist grundsätzlich eine

kommerzielle Tätigkeit. Weil die Initiative aber vorsieht, dass das Netz zu Selbstkosten zu betreiben ist, überwiegt der gemeinnützige Charakter der Aufgabe, weshalb auch in diesem Fall die Vergabe des Auftrags im offenen oder selektiven Verfahren zu erfolgen hätte.

3.3.3 Schlussfolgerungen für die Initiative

Der Initiativtext weist einen Widerspruch auf, indem einerseits in der Gemeindeordnung festgeschrieben werden soll, dass die Gemeinde das Netz „selber“ betreiben soll, andererseits aber gleichzeitig verlangt wird, mit dem Kauf bzw. der Errichtung und mit dem Betrieb die Genossenschaft Energie Emmen zu beauftragen. Gemäss § 145 Abs. 2 lit. c. Stimmrechtsgesetz müssen Volksbegehren widerspruchsfrei sein, was vorliegend nicht der Fall ist.

Soweit die Initiative verlangt, dass die Gemeinde EMMEN die Genossenschaft Energie Emmen mit dem Kauf bzw. Errichtung und Betrieb eines Glasfasernetzes beauftragt, verstösst sie gegen das übergeordnete Beschaffungsrecht und ist nach Massgabe von § 145 Abs. 2 lit. f. Stimmrechtsgesetz ungültig.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die gesonderte Prüfung der Frage, ob es zulässig wäre, wenn sich die Gemeinde EMMEN an der Genossenschaft Energie Emmen finanziell beteiligen würde. Eine derartige finanzielle Beteiligung könnte aber eine Ungleichbehandlung von Wettbewerbern darstellen und wiederum einen Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Bundesverfassung bedeuten.

3.4 Möglichkeit der Teilgültigkeit bzw. Teilungültigkeit der Initiative

3.4.1 Rechtslage

Die Prüfung hat ergeben, dass im vorliegenden Fall nur der Teilgehalt der Gemeindeinitiative, die *Gemeinde EMMEN solle ein eigenes Kabelnetz zu Selbstkostenpreisen betreiben*, zulässig ist. Nur der entsprechend reduzierte Text dürfte zur Abstimmung gebracht werden.

Voraussetzung der Teilgültigkeit einer Initiative ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass der Kern der Initiative, d.h. die mit dem Blick auf die politische Zielsetzung massgebenden Bestimmungen bestehen bleiben.

3.4.2 Schlussfolgerungen für die Initiative

Die Gemeindeinitiative „S-Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber“ ging klar davon aus, dass mit der entsprechenden Regelung in der Gemeindeordnung die bestehenden Strom- und Kabelnetze von Dritten durch ein Gemeinenetz abgelöst werden können, welches dann so günstig betrieben werden kann, dass die Gebühren für die Endnutzer sinken werden. Wer die Initiative unterschrieben hat, ging kaum von einem Betrieb eines Glasfasernetzes aus, der am freien Markt ausgeschrieben werden muss und der allenfalls in Konkurrenz zu anderen Marktteilnehmern erfolgen muss. Nur dieser Teilgehalt der Initiative wurde ja als gültig erkannt.

Der Gemeinderat ist mit den Gutachtern der Ansicht, dass bei diesem Ergebnis der verfassungsrechtlich geschützte Grundsatz der freien Willensbildung und der unverfälschten Abgabe des Stimmrechts verletzt ist. Mit der Vorlage des reduzierten teilgültigen Initiativtextes wird dieser Grundsatz erheblich mehr verletzt als durch die vollständige Ungültigerklärung der Gemeindeinitiative.

3.5 Fazit: Integrale Ungültigkeit

Die Prüfung hat ergeben, dass nur ein untergeordneter Teilgehalt der Gemeindeinitiative gültig ist und dass die Unterbreitung dieses Teilgehalts den Stimmberechtigten den Grundsatz der freien Willensbildung und der unverfälschten Stimmabgabe verletzen würde.

Der Gemeinderat folgt daher der Empfehlung aus dem eingeholten Gutachten und beantragt dem Einwohnerrat die integrale Ungültigerklärung der Gemeindeinitiative „S‘Strom- und Glasfasernetz betrieben mer sälber“.

4 Ablehnungsgründe wenn die Initiative materiell gültig gewesen wäre

Die Initianten fordern in ihrer Initiative unter anderem, dass nach Ablauf des Konzessionsvertrags im Jahre 2012 die Gemeinde ein eigenes, flächendeckendes Strom- und Glasfaserkabelnetz zu Selbstkostenpreisen betreiben soll. Mit dem Kauf bzw. Errichtung und Betrieb wird die Genossenschaft Energie Emmen beauftragt, an der sich die Gemeinde Emmen beteiligen soll.

Die Genossenschaft Energie Emmen umschreibt ihren Genossenschaftszweck wie folgt: Bau- und Betrieb eines Strom- und Kabelnetzes auf dem Gebiet der Gemeinde Emmen und Umgebung; Produktion von und Handel mit erneuerbarem und ressourcenschonendem Strom auf Selbsthilfebasis; Einsetzung für eine umweltgerechte Strompolitik (Auszug SHAB).

Die CKW betreibt seit über 100 Jahren das Stromnetz im Kanton Luzern. Im letzten Konzessionsvertrag, der durch die Gemeinde Emmen 1992 unterschrieben wurde, sind die Bedingungen für diesen Leistungsvertrag für 20 Jahre festgelegt worden. Dieser Konzessionsvertrag läuft 2012 aus und müsste erneuert werden. Erfolgt keine Kündigung, bleibt er für weitere zwei Jahre in Kraft. Der bisherige Konzessionsvertrag wurde weder von der CKW noch von der Gemeinde gekündigt.

Statt diesen Konzessionsvertrag zu erneuern verlangen die Initianten nun, dass sich die Gemeinde Emmen an einer Genossenschaft Energie Emmen beteiligt und von der CKW das Netz übernehmen soll.

Die CKW ist nach eigenen Aussagen nicht bereit, ihr Stromnetz weder an die Genossenschaft Energie Emmen noch an die Gemeinde Emmen zu verkaufen. Das Stromnetz hat auch nie der Gemeinde Emmen gehört. Nebst den CKW-Netzen auf öffentlichem Grund, um das es im Konzessionsvertrag geht, gibt es zusätzlich noch Zehntausende von Leitungen, welche die CKW auf Privatgrund erstellt und mittels privaten Dienstbarkeitsverträgen geregelt hat. Eine Genossenschaft/Gemeinde müsste dann auch diese Verträge übernehmen können oder eine entsprechende Regelung treffen. Es kommt dazu, dass dann die Genossenschaft/Gemeinde den Unterhalt, die Investitionen sowie den Betrieb des Netzes zu übernehmen

hat. Fachlich wäre, aus Sicht der Gemeinde, die Genossenschaft/Gemeinde kaum in der Lage, dies zu tun. In diesem Sinne wäre es von der Gemeinde her unverantwortlich einer solchen Genossenschaft das Mandat, nämlich das Betreiben des flächendeckenden Stromnetzes in der Gemeinde, zu übergeben. Die Grundversorgung und die Versorgungssicherheit wären im hohen Masse gefährdet. Die Gemeinde EMMEN ist auf eine lückenlose und sichere Stromversorgung angewiesen. Die Industrie, das Gewerbe, die Verkehrsachsen und die privaten Haushalte müssen immer und zu jeder Zeit mit Strom versorgt werden. Es gibt somit keinen Handlungsspielraum, was die Versorgung betrifft!

Weiter stellte sich die Frage, wie viel das Leitungsnetz in der Gemeinde Emmen überhaupt kosten würde. Man kann sich gut vorstellen, dass dies nicht ganz billig ist. Es darf davon ausgegangen werden, dass es sich bei einem Kauf um einen Betrag zwischen 50 – 80 Millionen Franken handeln würde. Hierzu macht die umtriebige Genossenschaft Energie Emmen nur rudimentäre Angaben. Um sich nicht von der Genossenschaft abhängig zu machen, müsste sich die Gemeinde mit mind. 51% an einem Kauf beteiligen. Das würde eine Investition der Gemeinde zwischen 26 und 41 Millionen Franken voraussetzen. Dies kann sich die Gemeinde EMMEN schlichtweg nicht leisten! Der Betrieb eines Strom- und Glasfasernetzes gehört nicht zu den Kernaufgaben einer Gemeinde.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass

1. eine Übernahme des Leitungsnetzes durch die Genossenschaft/Gemeinde nicht realistisch ist. Einerseits will die CKW nicht verkaufen und andererseits sind die finanziellen Mittel seitens der Gemeinde nicht vorhanden.
2. die Genossenschaft Energie Emmen weder über Erfahrung im Strom- und Netzanbieterbereich verfügt, noch kann die Genossenschaft eine Geschäftstätigkeit nach- oder ausweisen. Die Versorgungssicherheit kann somit nicht gewährleistet werden. Daher will die Gemeinde Emmen keinen Auftrag an die Genossenschaft Energie Emmen erteilen, dieses Stromnetz zu betreiben.

Aus den oben genannten zwei Hauptgründen hätte die Initiative zur Ablehnung empfohlen werden müssen, wenn eine formelle Gültigkeit möglich gewesen wäre.

5 Schlussfolgerung des Gemeinderates

Der Gemeinderat empfiehlt deshalb, die Initiative „S'Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber“ für ungültig zu erklären.

6 Antrag

1. Die Gemeindeinitiative „S-Strom- und Glasfasernetz betrieben mer sälber“ ist als ungültig zu erklären.
2. Der Gemeinderat wird mit dem Vollzug dieses Beschlusses beauftragt.

Emmenbrücke, 12. August 2009

Für den Gemeinderat:

Gemeindepräsident
Dr. Thomas Willi

Gemeindeschreiber
Patrick Vogel