

Prof. Dr. iur. Andreas Lienhard / Daniel Kettiger

Handlungsspielräume von Gemeinden bei der Versorgung mit Energie und Telekommunikation

Fallbeispiel der Gemeindeinitiative «S'Strom- und Glasfasernetz betrieben mer sälber»

Am Beispiel einer Gemeindeinitiative wird der Frage nachgegangen, wie autonom die Gemeinden in der Regelung bzw. (Mit-)Bestimmung der Versorgungsstrukturen und in der Auswahl des Leistungserbringers bei der Stromversorgung und bei Kabeldiensten überhaupt noch sind. Dabei werden die Rahmenbedingungen der Bundesgesetzgebung beleuchtet.

Rechtsgebiet(e): Politische Rechte; Verwaltungsrecht; Kommunalrecht

Zitiervorschlag: Andreas Lienhard / Daniel Kettiger, Handlungsspielräume von Gemeinden bei der Versorgung mit Energie und Telekommunikation, in: Jusletter 10. August 2009

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
 - 1.1 Zur Thematik
 - 1.2 Zum Fallbeispiel
2. Fragestellungen im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Gemeindeinitiative Energie Emmen
 - 2.1 Inhaltliche Analyse der Gemeindeinitiative Energie Emmen
 - 2.2 Gültigkeitserfordernisse bei Gemeindeinitiativen im Kanton Luzern
 - 2.3 Katalog der zu klärenden Fragen
3. Prüfung der Gültigkeit der Gemeindeinitiative Energie Emmen
 - 3.1 Zulässigkeit bezüglich Betrieb des Stromnetzes
 - 3.2 Zulässigkeit bezüglich Betrieb des Kabelnetzes
 - 3.3 Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an Private durch Gemeindereglement
 - 3.4 Einheit der Form und der Materie
 - 3.5 Möglichkeit der Teilgültigkeit bzw. Teilungültigkeit
 - 3.6 Exkurs: Irreführender Titel der Gemeindeinitiative
4. Fazit
 - 4.1 Zur Frage der Gültigkeit der Initiative
 - 4.2 Zur Frage des Handlungsspielraums der Gemeinden

1. Einleitung

1.1 Zur Thematik

[Rz 1] Der heutige, gehobene und technisierte Lebensstandard erfordert eine funktionierende Grundversorgung mit Wasser, elektrischer Energie, Telekommunikation und allenfalls mit Erdgas. Auch in der Schweiz werden diese Versorgungsaufgaben traditionell nicht bzw. nicht ausschliesslich von der öffentlichen Hand erbracht; oft treten besondere öffentlich-rechtliche¹ oder privatrechtliche Leistungsträger² auf. Die Versorgungsstrukturen sind je nach Gegenstand der Versorgung und je nach Region bzw. Gemeinde sehr unterschiedlich. Im Bereich der Stromversorgung finden sich neben kleinen, lokalen Stromversorgern und Elektrizitätswerken grosse Unternehmen, welche oft für ganze Regionen die Versorgung mit elektrischer Energie sicherstellen.

[Rz 2] Bisher stellten die Gemeinden die Grundversorgung sicher oder konnten zumindest den Leistungserbringer bestimmen. In jüngerer Zeit sind in den Bereichen Telekommunikation und Stromversorgung neue Bundesgesetze in Kraft getreten, welche schweizweit den Markt regulieren: Für Telekommunikationsleistungen (einschliesslich des Betriebs von Kabelnetzen) muss das Fernmeldegesetz (FMG),³ für den Strommarkt das Stromversorgungsgesetz (StromVG)⁴ beachtet werden. Damit stellt sich die Frage, *wie autonom*

¹ Beispielsweise Gemeindeverbände und öffentlich-rechtliche Anstalten; in 24 Prozent der Schweizer Gemeinden wurden 1996 Leistungen der Wasserversorgung durch Gemeindeverbände erbracht (vgl. RETO STEINER, Interkommunale Zusammenarbeit und Gemeindegemeinschaften in der Schweiz, Bern 2002, S. 137).

² Traditionell oft Genossenschaften, heute vermehrt Aktiengesellschaften, an welchen die öffentliche Hand beteiligt ist.

³ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

⁴ Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG; SR 734.7).

die Gemeinden in der Regelung bzw. (Mit-)Bestimmung der Versorgungsstrukturen und in der Auswahl des Leistungserbringers überhaupt noch sind. Am Beispiel der Gemeindeinitiative «S'Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber» in der Luzerner Gemeinde Emmen soll dieser Frage nachgegangen werden. Die nachfolgenden Ausführungen basieren weitestgehend auf einem Gutachten, das die Verfasser für die Gemeinde Emmen erstellten.⁵

1.2 Zum Fallbeispiel

[Rz 3] Am 4. Februar 2009 wurde in der Gemeinde Emmen (Kanton Luzern) eine Gemeindeinitiative mit dem Titel «S'Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber»⁶ eingereicht. Der Gemeinderat von Emmen hat die Verfasser beauftragt, die Gültigkeit der Gemeindeinitiative zu untersuchen und dem Gemeinderat Bericht zu erstatten. Die Begutachtung soll sich insbesondere auf die folgenden Fragen beziehen: «Ist die Gemeinde in Anbetracht von § 3 der Verordnung zum Stromversorgungsgesetz überhaupt zuständig resp. müsste die Initiative nicht auf kantonaler Ebene anhängig gemacht werden? Es wird neben dem Betrieb des Stromnetzes (dieses müsste nach der Idee der Initiative von der CKW übernommen werden) auch der Aufbau eines eigenen Glasfasernetzes verlangt. Ist in diesem Punkt der Grundsatz der Einheit der Materie verletzt? Je nach Ergebnis der Abklärung einzelner Punkte stellt sich die Frage der Teilungültigkeit.»⁷

[Rz 4] Die Betrachtungen befassen sich dementsprechend vor dem Hintergrund der Fachgesetzgebung von Bund und Kanton sowie der Gesetzgebung über die politischen Rechte mit der Frage der *materiellen Gültigkeit* der Gemeindeinitiative sowie mit der Frage der *Einheit der Form und der Materie*. Nicht untersucht wird, ob die Initiative gültig zustande gekommen ist, d.h. ob sie von einer genügenden Anzahl Stimmberechtigten der Gemeinde Emmen unterzeichnet und innert der gesetzlich vorgesehenen Fristen eingereicht wurde.

2. Fragestellungen im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Gemeindeinitiative Energie Emmen

2.1 Inhaltliche Analyse der Gemeindeinitiative Energie Emmen

[Rz 5] Die eingereichte Gemeindeinitiative trägt den Titel «S'Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber»; der Untertitel lautet «Gemeindeinitiative für die Rekommunalisierung

⁵ Die Verfasser danken dem Gemeinderat von Emmen für die Zustimmung zur Weiterbearbeitung und zur Veröffentlichung in Jusletter.

⁶ Text gemäss Unterschriftenbogen der Initiative; ausführlich zur Gemeindeinitiative nachfolgend Ziffer 2.1.

⁷ Vgl. Schreiben des Gemeinderats von Emmen vom 30. April 2009.

des Stromnetzes und Errichtung eines Glasfasernetzes in Emmen».⁸ Überschriften ist der Initiativbogen zudem mit dem Text «Gemeindeinitiative für eine Teilrevision der Gemeindeordnung».

[Rz 6] Mit der Initiative wird gestützt auf § 38 des Gemeindegesetzes (GG)⁹ des Kantons Luzern in der Form des formulierten Entwurfs die folgende Ergänzung der Gemeindeordnung von Emmen (GO) verlangt:

Art. 4bis (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.

[Rz 7] Lanciert wurde die Gemeindeinitiative von einem Initiativkomitee bestehend aus drei Einwohnern von Emmen sowie dem Forum Emmen.¹⁰ Hinter der Gemeindeinitiative steht klar erkennbar die seit dem 22. Januar 2008 im Handelsregister eingetragene und damit seit diesem Zeitpunkt bestehende Genossenschaft Energie Emmen mit Sitz in Emmen.¹¹ Der Präsident dieser Genossenschaft ist gleichzeitig Erstunterzeichner im Initiativkomitee. Zweck der Genossenschaft ist laut Handelsregisterauszug der «Bau und Betrieb eines Strom- und Kabelnetzes auf dem Gebiet der Gemeinde Emmen und Umgebung; Produktion und Handel mit erneuerbarem und ressourcenschonendem Strom auf Selbsthilfebasis; Einsetzung für eine umweltgerechte Strompolitik».

[Rz 8] Der gemäss Gemeindeinitiative neu zu schaffende Artikel 4^{bis} GO hat die folgenden *normativen Teilgehalte*:

- a. Nach Ablauf der bestehenden Konzession mit der Centralschweizerischen Kraftwerke AG (CKW),¹² Luzern, im Jahr 2012 soll die Gemeinde Emmen das *Stromnetz* auf ihrem Gemeindegebiet selber übernehmen und zu Selbstkostenpreisen betreiben.
- b. Die Gemeinde Emmen soll auf ihrem Gemeindegebiet ein *Glasfaser-Kabelnetz* aufbauen und zu Selbstkostenpreisen betreiben.
- c. Die Gemeinde Emmen soll das Strom- und Glasfaser-Kabelnetz nicht selber betreiben sondern die *neue Gemeindeaufgabe auslagern* und mit dem Kauf bzw. der Errichtung sowie mit dem Betrieb der Netze die Genossenschaft Energie Emmen beauftragen.

- d. Die Gemeinde Emmen soll sich überdies *an der Genossenschaft Energie Emmen finanziell beteiligen*.

2.2 Gültigkeitserfordernisse bei Gemeindeinitiativen im Kanton Luzern

[Rz 9] Die Gemeindegesetzgebung des Kantons Luzern regelt die Gemeindeinitiativen abschliessend (§§ 38 bis 43 GG). Die Regelungen in der Gemeindeordnung (z.B. Art. 16 und 17 GO) haben daneben keine selbstständige rechtliche Bedeutung; ausgenommen bleibt eine abweichende Festlegung der notwendigen Anzahl Unterschriften (§ 38 Abs. 4 GG).

[Rz 10] Das Luzerner Gemeindegesetz nennt bestimmte Geschäfte, die als Inhalte von Gemeindeinitiativen zum Vornherein nicht zulässig sind (§ 38 Abs. 2 GG; Aufnahme in das Gemeindebürgerrecht; Beschluss über den Voranschlag und den Steuerfuss; Nachtragskredite; Genehmigung von Rechnungen und Abrechnungen). Diese Regelung ist für die Beurteilung der Gültigkeit im vorliegenden Fall unbeachtlich, weil kein solcher Gegenstand betroffen ist.

[Rz 11] Eine Gemeindeinitiative kann entweder in der Form der Anregung (nicht formulierte Initiative) oder in der Form des Antrags auf Erlass, Änderung oder Aufhebung der Gemeindeordnung oder von Reglementen (formulierte Initiative) eingereicht werden (§ 38 Abs. 3 GG).

[Rz 12] Hinsichtlich der Gültigkeit von Gemeindeinitiativen verweist die Gemeindegesetzgebung (§ 39 Abs. 2 Bst. a GG) auf § 145 des Stimmrechtsgesetzes¹³. Diese gesetzliche Regelung schreibt vor, dass Volksbegehren ungültig sind, wenn sie rechtswidrig oder eindeutig undurchführbar sind (§ 145 Abs. 1 Stimmrechtsgesetz). Rechtswidrig ist ein Volksbegehren namentlich dann, wenn (§ 145 Abs. 2 Stimmrechtsgesetz)

- das angerufene Gemeinwesen für den Gegenstand nicht zuständig ist;
- es nach der Zuständigkeitsordnung des Gemeinwesens nicht zulässig ist;
- es den Willen der Unterzeichner nicht eindeutig erkennen lässt;
- die Einheit der Form nicht gewährt ist;
- die Einheit der Materie nicht gewährt ist;
- der verlangte Beschluss gegen übergeordnetes Recht verstösst.

[Rz 13] Diese Regelung entspricht den Regeln, die hinsichtlich der Gültigkeit von Volksinitiativen ganz allgemein aus

⁸ Texte gemäss Unterschriftenbogen der Initiative.

⁹ Gemeindegesetz vom 4. Mai 2004 (SRL 150).

¹⁰ Angaben gemäss Unterschriftenbogen.

¹¹ Handelsregisterauszug der Genossenschaft Energie Emmen.

¹² Die Centralschweizerische Kraftwerke AG (CKW) ist ein Unternehmen der AXPO-Gruppe, vgl. www.axpo.ch/internet/axpo/de/ueberuns/gruppe.html (Stand: 24.05.2009).

¹³ Stimmrechtsgesetz vom 25. Oktober 1988 (SRL 010); im Kanton Luzern gelten somit hinsichtlich der Ungültigkeit von kantonalen Volksbegehren und von Gemeindeinitiativen die gleichen Vorschriften.

dem in Artikel 34 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV)¹⁴ verankerten Stimmrecht (Anspruch auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe¹⁵) abgeleitet werden.¹⁶ Wenn – wie im Kanton Luzern – das kantonale Recht auch die Verletzung des übergeordneten Rechts als Ungültigkeitsgrund kennt, so muss diese Frage zwingend geprüft werden.¹⁷

[Rz 14] Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) erfordert es darüber hinaus, dass bei einer festgestellten Ungültigkeit einer Volksinitiative hinsichtlich eines Teilgehalts, nur die mangelhaften Textteile der Initiative ungültig erklärt werden, das Begehren im Übrigen aber als gültig erachtet und zur Abstimmung gebracht wird.¹⁸

[Rz 15] Die Gemeindegesetzgebung schreibt vor, dass in Gemeinden mit Gemeindeparlamenten – dazu gehört die Gemeinde Emmen – nicht der Gemeinderat (§ 39 Abs. 2 GG) sondern das Gemeindeparlament zur Feststellung der Gültigkeit bzw. Ungültigkeit einer Gemeindeinitiative zuständig ist (§ 43 GG).

2.3 Katalog der zu klärenden Fragen

[Rz 16] Wie in Ziffer 2.1 dargestellt wurde, hat die Gemeindeinitiative «S'Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber» verschiedene Teilgehalte. Wegen der allfälligen Möglichkeit der Teilgültigkeit der Initiative sind diese Teilgehalte je für sich hinsichtlich der möglichen Ungültigkeitsgründe gemäss § 145 Absatz 2 Buchstaben a bis c und f des Stimmrechtsgesetzes zu untersuchen. Zusätzlich ist zu prüfen, ob die Gemeindeinitiative das Erfordernis der Einheit der Form und der Einheit der Materie einhält (§ 145 Abs. 2 Bst. d und e Stimmrechtsgesetz) und ob sie durchführbar ist (§ 145 Abs. 1 Stimmrechtsgesetz).

[Rz 17] Daraus ergibt sich das folgende *Prüfprogramm*:

- Zulässigkeit bezüglich Betrieb des Stromnetzes (Ziff. 3.1);
- Zulässigkeit bezüglich Betrieb des Kabelnetzes (Ziff. 3.2);
- Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an Private durch Gemeindereglement, einschliesslich der Frage der finanziellen Beteiligung (Ziff. 3.3);
- Einheit der Form und der Materie (Ziff. 3.4);

- Möglichkeit der Teilungültigkeit bzw. Teilgültigkeit (Ziff. 3.5).

3. Prüfung der Gültigkeit der Gemeindeinitiative Energie Emmen

3.1 Zulässigkeit bezüglich Betrieb des Stromnetzes

[Rz 18] Die Gemeindeinitiative verlangt, nach Ablauf der bestehenden Konzession mit der CKW im Jahr 2012 solle die Gemeinde Emmen das *Stromnetz* auf ihrem Gemeindegebiet selber übernehmen und zu Selbstkostenpreisen betreiben.

[Rz 19] Bisher und auch zurzeit nimmt in der Gemeinde Emmen die CKW den Netzbetrieb des Stromnetzes sowie die Stromversorgung der Endbezüger gestützt auf einen *Konzessionsvertrag* wahr, der frühestens auf den 31. Dezember 2012 gekündigt werden kann, sofern die Kündigung vor dem 31. Dezember 2010 rechtswirksam erfolgt (andernfalls verlängert sich die Konzession gemäss Vertrag um zwei Jahre). Mit dem geltenden Konzessionsvertrag wird der CKW das ausschliessliche Recht zum Betrieb eines Stromnetzes und zur Stromversorgung der Endbezüger auf dem Gemeindegebiet von Emmen eingeräumt. Solche Konzessionen, welche im Ergebnis zu einer Monopolstellung eines Energieunternehmens führen, waren bisher die übliche Form, die Aufgabe der Stromversorgung an (private) Dritte zu übertragen, wenn die Gemeinde diese Aufgabe nicht selber – d.h. durch ihre eigene Gemeindeverwaltung oder einen Eigenbetrieb – wahrnehmen wollte.

[Rz 20] Auf den 1. Januar 2009 ist das *StromVG* in Kraft getreten. Das neue Bundesrecht führt nun zu erheblichen Änderungen im Aufbau bzw. in der Organisation der Stromversorgung in der Schweiz. So erfolgt die Gebietszuteilung der Stromnetze neu ausschliesslich nach den Vorschriften des Bundesrechts.¹⁹ Artikel 5 Absatz 1 StromVG sieht zwingend vor, dass die Kantone auf ihrem Gebiet bezüglich der Netzebenen²⁰ 3, 5 und 7 die Zuteilung der Netzgebiete an die Netzbetreiber vornehmen.²¹ Die Netze behalten den Monopolcharakter.²² Die Netzzuteilung erfolgt in der Form eines einseitigen hoheitlichen, den Netzbetreiber verpflichtenden

¹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

¹⁵ Vgl. dazu PIERRE TSCHANNEN: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft; 2. Aufl.; Bern 2007, § 52, S. 656 ff.

¹⁶ Ausführlich TSCHANNEN (Fn. 15), § 51, Rz. 24 ff, S. 647 ff.; PIERRE TSCHANNEN: Stimmrecht und politische Verständigung; Basel/Frankfurt a.M. 1995, Rz. 122 ff., S. 75 ff.

¹⁷ Vgl. TSCHANNEN (Fn. 15), § 51, Rz. 29, S. 649.

¹⁸ Vgl. TSCHANNEN (Fn. 15), § 51, Rz. 32, S. 650.

¹⁹ Die Netzgebietszuteilung des StromVG wird als «bundesrechtliches Institut» bezeichnet, vgl. STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER: Netzgebietszuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP/PJA 10/2007, 1288 ff., S. 1289; Konferenz Kantonalen Energiedirektoren (EnDK): kantonale Anschlussgesetzgebung zum Stromversorgungsgesetz; Bericht der Arbeitsgruppe, vom Vorstand der EnDK am 30. Mai 2008 verabschiedet (Bericht EnDK), S. 24.

²⁰ Zu den Netzebenen 1 bis 7 vgl. Bericht EnDK (Fn. 19), S. 12.

²¹ Vgl. ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ: Stromversorgungsrecht; Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht; Bern 2009, S. 19; Rechsteiner/Waldner (Fn. 19), S. 1289; Bericht EnDK (Fn. 19), S. 25 f.

²² Vgl. Bericht EnDK (Fn. 19), S. 11 f.

Rechtsaktes, den die Kantone gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 StromVG erlassen.²³

[Rz 21] Das *abschliessende bundesrechtliche Netzzuteilungsverfahren* schränkt die Möglichkeiten der Kantone und Gemeinden, hinsichtlich des Baus und Betriebs elektrischer Anlagen Konzessionspflichten einzuführen, ein.²⁴ Ausgeschlossen ist insbesondere ein Konzessionsvorbehalt, der zur rechtlichen Monopolisierung des Baus und Betriebs eines Stromnetzes auf dem Gebiet des Kantons bzw. der Gemeinde führen würde.²⁵ Spielraum bleibt den Kantonen und Gemeinden nur noch hinsichtlich der Erteilung von Sonderkonzessionen zur Nutzung des öffentlichen Grund und Bodens.²⁶ Allerdings steht dem Netzbetreiber in seinem zugeteilten Gebiet bei Nichteinigung mit dem Eigentümer von öffentlichem oder privatem Grund hinsichtlich des Baus und Betriebs des Stromnetzes das Enteignungsrecht zu (Art. 43 Abs. 1 EleG).²⁷ Eine Gemeinde kann daher einem bezeichneten Netzbetreiber den Bau und Betrieb bzw. den Weiterbetrieb eines Stromnetzes, das der Allgemeinversorgung dient, durch Verweigerung des Nutzungsrechts am öffentlichen Grund nicht verhindern.²⁸

[Rz 22] Das Bundesrecht bezeichnet – wie erwähnt – die Kantone für die Zuteilung der Netzgebiete als zuständig. Diese können die Zuständigkeiten an die Gemeinden delegieren.²⁹ Der Kanton Luzern hat dies nicht getan und seine Zuständigkeit behalten. In § 3 der Verordnung zum Stromversorgungsgesetz³⁰, welche am 1. Januar 2009 in Kraft getreten ist, wird festgehalten, dass der *Regierungsrat zur Netzgebietszuteilung zuständig* ist. Die Gemeinden im Kanton Luzern sind somit seit dem 1. Januar 2009 nicht mehr zuständig zur Bestimmung des Trägers des Stromnetzes und der Stromversorgung (insbesondere der Grundversorgung mit Strom) auf ihrem Gemeindegebiet.

[Rz 23] Soweit die Gemeindeinitiative verlangt, dass die Gemeinde künftig selber das Stromnetz auf dem Gemeindegebiet betreibt bzw. den Betrieb an die Genossenschaft Energie Emmen überträgt, muss festgehalten werden, dass dieser Entscheid *nicht mehr in die Zuständigkeit der Gemeinde* fällt. Dieser Teilgehalt ist deshalb im Sinne von § 145 Absatz 1 Buchstabe a des Stimmrechtsgesetzes ungültig.

²³ Vgl. RECHSTEINER/WALDNER (Fn. 19), S. 1289; Bericht EnDK (Fn. 19), S. 29.

²⁴ Vgl. RECHSTEINER/WALDNER (Fn. 19), S. 1295.

²⁵ Vgl. RECHSTEINER/WALDNER (Fn. 19), S. 1295.

²⁶ In diesem Sinne auch RECHSTEINER/WALDNER (Fn. 19), S. 1293 und 1289.

²⁷ Vgl. RECHSTEINER/WALDNER (Fn. 19), S. 1295; ausführlich zum Enteignungsrecht gemäss Artikel 43 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG; SR 734.0) S. 1294.

²⁸ In diesem Sinne auch RECHSTEINER/WALDNER (Fn. 19), S. 1297 f.

²⁹ Vgl. WEBER/KRATZ (Fn. 21), S. 19, mit Hinweis auf die Botschaft zum StromVG, BBl 2005 1644.

³⁰ Verordnung zum Stromversorgungsgesetz vom 9. Dezember 2008 (SRL 772).

[Rz 24] Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers sind bei der Netzgebietszuteilung die bestehenden Betriebs- und Eigentumsverhältnisse so weit wie möglich zu wahren.³¹ Als Netzbetreiber nach der neuen Bundesgesetzgebung kommen somit praktisch nur der bestehende Netzbetreiber oder ein Dritter, dem der Netzeigentümer das Netz oder Teile davon überlassen hat, in Frage.³² Der Regierungsrat des Kantons Luzern hat in diesem Sinne in § 3 der Verordnung zum Stromversorgungsgesetz festgehalten, dass bei der Netzzuteilung die Eigentumsverhältnisse an den Elektrizitätsnetzen zu berücksichtigen sind. Eigentümerin des heutigen Stromnetzes in der Gemeinde Emmen ist die CKW. Die Gemeindeinitiative, welche verlangt, dass künftig die CKW nicht mehr Netzbetreiberin sein darf, verstösst damit auch gegen übergeordnetes Recht (§ 145 Abs. 2 Bst. f Stimmrechtsgesetz).

[Rz 25] Letztlich kann auch festgestellt werden, dass mit der verlangten Kündigung der bestehenden Konzession mit der CKW das angestrebte Ziel (d.h. die Verdrängung der CKW als Netzbetreiberin im Gemeindegebiet von Emmen und die Übernahme der Stromversorgung in Emmen durch die Gemeinde bzw. die Genossenschaft Energie Emmen) gar nicht mehr wirksam erreicht werden kann und die Gemeindeinitiative damit in diesem Punkt zusätzlich auch eindeutig undurchführbar ist (§ 145 Abs. 1 Stimmrechtsgesetz)³³.

[Rz 26] Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass der Teilgehalt der Gemeindeinitiative, wonach nach Ablauf der bestehenden Konzession mit der CKW im Jahr 2012 die Gemeinde Emmen das *Stromnetz* auf ihrem Gemeindegebiet selber übernehmen und zu Selbstkostenpreisen betreiben bzw. der Genossenschaft Energie Emmen zum Betrieb übertragen soll, *ungültig* ist.

3.2 Zulässigkeit bezüglich Betrieb des Kabelnetzes

[Rz 27] Die Gemeindeinitiative verlangt, die Gemeinde Emmen solle auf ihrem Gemeindegebiet ein *Kabelnetz* (Glasfaser-Kabel) aufbauen und zu Selbstkostenpreisen betreiben.

[Rz 28] Der Bau und Betrieb von Kabelnetzen fällt in den Geltungsbereich des Fernmelderechts des Bundes (Art. 2 FMG). Die Grundversorgung im Bereich Telekommunikation wird seit dem 1. Januar 2008 für zehn Jahre weiterhin von der Swisscom sichergestellt.³⁴ Die Eidgenössische

³¹ Vgl. WEBER/KRATZ (Fn. 21), S. 19, mit Hinweis auf die Botschaft zum StromVG, BBl 2005, 1644.

³² In diesem Sinne auch RECHSTEINER/WALDNER (Fn. 19), S. 1290.

³³ Die sowohl von § 145 Absatz 1 Stimmrechtsgesetz wie auch von der Lehre und Rechtsprechung verlangte tatsächliche und völlig zweifelsfreie Undurchführbarkeit ist hier gegeben (vgl. auch TSCHANNEN (Fn. 15), § 51, Rz. 27, S. 648, mit Hinweisen).

³⁴ Vgl. PETER HETTICH/CLAUDIA KELLER/STEFAN RECHSTEINER: Telekommunikationsrecht – Recht der audiovisuellen Medien – Stromversorgungsrecht, Entwicklungen 2008; Bern 2009, S. 9 und 29.

Kommunikationskommission (ComCom) hat der Swisscom die entsprechende Grundversorgungskonzession³⁵ erteilt; gleichzeitig wurden auch die entsprechenden neuen Regelungen der FDV³⁶ in Kraft gesetzt. Der Katalog der Grundversorgungsdienste, welche durch die Swisscom zu gewährleisten sind, umfasst neu auch einen Breitband-Internetanschluss.³⁷ Im Bereich der Telekommunikation im engeren Sinn hat somit die Gemeinde Emmen keine Grundversorgung zu gewährleisten. Gleich verhält es sich mit dem Bereich des Kabelfernsehens. Der Betrieb eines Kabelnetzes durch eine Gemeinde stellt somit eine *selbst gewählte freiwillige Aufgabe* dar. Der Bau und Betrieb eines Kabelnetzes stellt grundsätzlich eine Dienstleistung am freien Markt und damit keine öffentliche Aufgabe im engeren Sinn dar. Wenn die Gemeinde Emmen ein eigenes Kabelnetz betreiben will, so stellt dies eine gewerbliche Tätigkeit des Staates dar, die allenfalls in Konkurrenz zu weiteren Anbietern erfolgt.

[Rz 29] Die Eigentümerinnen und Eigentümer von Boden im Gemeindegebrauch (wie Strassen, Fusswege, öffentliche Plätze, Flüsse, Seen sowie Ufer) sind gemäss Artikel 35 FMG verpflichtet, den Anbieterinnen von Fernmeldediensten die Benutzung dieses Bodens für Bau und Betrieb von Leitungen und öffentlichen Sprechstellen zu bewilligen, sofern diese Einrichtungen den Gemeindegebrauch nicht beeinträchtigen.³⁸ Vor dem Hintergrund der heutigen Bundesgesetzgebung ist somit eine Gemeinde einerseits nicht mehr berechtigt, eine Monopolkonzession für ein Kabelnetz zu erteilen, wie dies die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts noch vorsah.³⁹ Andererseits kann eine Gemeinde, welche in Konkurrenz zu einem bestehenden privaten Anbieter ein eigenes Kabelnetz betreiben will, von einem bisherigen Monopolbetreiber auch nicht die Übertragung seines Netzes fordern bzw. die Übertragung auf dem Weg der Enteignung durchsetzen.

[Rz 30] Der Betrieb eines «eigenen, flächendeckenden Glasfaserkabelnetzes zu Selbstkostenpreisen», wie ihn die Gemeindeinitiative verlangt, steht der Gemeinde Emmen ohne weiteres offen, dies allenfalls in Konkurrenz zum Netzbetrieb der Cablecom GmbH, welcher heute in weiten Teilen der Gemeinde Emmen besteht. Allerdings steht zum Vornherein fest, dass die Gemeinde Emmen von der Cablecom GmbH das bestehende Kabelnetz nicht gegen deren Willen erwerben kann und somit mit grösster Wahrscheinlichkeit ein eigenes paralleles Netz (und damit auch einen neuen Kundenstamm) aufbauen muss. Rechtlich steht diesem Teilgehalt der Gemeindeinitiative indessen nichts entgegen. Das Vorhaben ist zudem grundsätzlich durchführbar, wenn auch

zum Vornherein feststeht, dass erhebliche Investitionen notwendig sein werden und dass angesichts der mit an Sicherheit grenzenden Konkurrenz mit anderen Anbietern die Selbstkosten für das neue Gemeinenetz so hoch ausfallen werden, dass das eigentliche Ziel der Initiative, nämlich kostengünstige Anschluss- und Benutzungsgebühren, nicht erreicht werden kann. Nach der Lehre und Rechtsprechung reicht die Tatsache, dass die Umsetzung eines Volksbegehrens mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, oder dass es schlichtweg unvernünftig ist und erhebliche finanzielle Opfer fordert, nicht zum Nachweis der Undurchführbarkeit und damit zur Ungültigerklärung aus.⁴⁰

[Rz 31] Hinsichtlich des Teilgehalts des *gemeindeeigenen Betriebs eines Kabelnetzes* (Glasfaser-Kabel) ist die Gemeindeinitiative somit *gültig*.

3.3 Zulässigkeit der Aufgabenübertragung an Private durch Gemeindereglement

[Rz 32] Die Gemeinde Emmen soll gemäss der Gemeindeinitiative «S-Strom- und Glasfasernetz betrieben mer sälber» das Strom- und Glasfaser-Kabelnetz nicht selber betreiben, sondern die *neue Gemeindeaufgabe auslagern* und mit dem Kauf bzw. der Errichtung sowie mit dem Betrieb der Netze die Genossenschaft Energie Emmen beauftragen. Die Gemeinde Emmen soll sich überdies *an der Genossenschaft Energie Emmen finanziell beteiligen*. Da der Betrieb des Stromnetzes wegfällt,⁴¹ können sich die nachfolgenden *Betrachtungen nur noch auf den Betrieb des Kabelnetzes beziehen*.

[Rz 33] Der Initiativtext weist hier einen *Widerspruch* auf, indem er einerseits im ersten Satz des neuen Artikels 4^{bis} der Gemeindeordnung festlegt, dass die Gemeinde Emmen das Netz «selber» betriebe (also die Gemeinde als Netzbetreiberin und Trägerin der neuen Aufgabe einsetzt), andererseits aber im zweiten Satz festhält, mit dem Kauf bzw. der Errichtung sowie mit dem Betrieb werde die Genossenschaft Energie Emmen beauftragt. § 145 Absatz 2 Buchstabe c Stimmrechtsgesetz verlangt von Volksbegehren, dass sie widerspruchsfrei sind, d.h. dass sie den Willen der Unterzeichnenden (im Rahmen einer Volksabstimmung damit auch der Stimmenden) eindeutig erkennen lassen. Die Initiative könnte alleine deshalb als ungültig erklärt werden.

[Rz 34] Falls von einer *echten Auslagerung* im Sinne einer vollständigen, eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung des externen Leistungsträgers ausgegangen wird (ob dies hier zutreffend ist, oder ob nur ein Leistungseinkauf gemeint ist, ist fraglich; vgl. unten), unterliegt die Aufgabenübertragung grundsätzlich nicht der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen. Dennoch ist der Grundsatz

³⁵ Grundversorgungskonzession Nr. 25530 2008 vom 21. Juni 2007.

³⁶ Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldeanlagen (FDV; SR 784.101.2).

³⁷ Vgl. HETTICH/KELLER/RECHSTEINER (Fn. 34), S. 9 und 29.

³⁸ Die Einzelheiten regelt die Verordnung des Bundesrates, sie sind vorliegend nicht von Interesse.

³⁹ Vgl. BGE 104 Ia 172.

⁴⁰ Vgl. TSCHANNEN (Fn. 15), § 51, Rz. 27, S. 648.

⁴¹ Vgl. vorstehend Ziffer 3.1.

der *Wettbewerbsneutralität* zu beachten.⁴² Das bedeutet, dass die Auswahl der privaten Trägerschaften nach sachlichen Kriterien erfolgen muss. Wenn die Aufgabe nicht allen daran interessierten Privaten übertragen werden kann, muss ein korrektes Auswahlverfahren durchgeführt werden, das «wohl den Anforderungen eines Submissionsverfahrens zu genügen hat»⁴³. Das luzernische Gemeinderecht geht von dieser Minimalanforderung aus.⁴⁴ Eine Übertragung einer neuen Gemeindeaufgabe, welche die Teilnahme am freien Markt umfasst, ohne vorgängiges Auswahlverfahren direkt mittels einer reglementarischen Bestimmung verstösst damit gegen rechtsstaatliche Grundsätze (namentlich Art. 27 BV), insbesondere wenn – wie im vorliegenden Fall – offensichtlich andere Mitbewerber bestehen. Die Gemeindeinitiative verstösst somit hinsichtlich des Satzes «mit dem Kauf bzw. Errichtung und Betrieb wird die Genossenschaft Energie Emmen beauftragt» gegen übergeordnetes Recht. Dieser Teilgehalt der Gemeindeinitiative ist mithin *ungültig* (§ 145 Abs. 2 Bst. f Stimmrechtsgesetz).

[Rz 35] Der eingangs von Ziffer 3.3 erwähnte Widerspruch könnte allenfalls dahingehend aufgelöst werden, dass eine hinsichtlich der Auslagerung von Gemeindeaufgaben sehr einengende Auslegung von § 45 Absatz 1 GG vorgenommen wird, was auf der Grundlage der Materialien, insbesondere der Botschaft des Regierungsrates,⁴⁵ wohl zulässig wäre. Demnach *bleibt eine luzernische Gemeinde bei der Übertragung einer Aufgabe an einen externen Leistungserbringer Trägerin der kommunalen Aufgabe*. Sie überwacht die Aufgabenerfüllung, trägt die Gesamtverantwortung und sie stellt sicher, dass sie die übertragenen Aufgaben nach Ablauf einer angemessenen Frist wieder selber ausführen oder sie einem andern externen Leistungserbringer zur Ausführung übertragen kann (§ 45 Absatz 1 GG). Verwaltungswissenschaftlich könnte es sich somit auch beim Betrieb des Kabelnetzes gemäss dem vorgeschlagenen Artikel 4^{bis} GO um einen *Leistungseinkauf* und nicht um eine Beleihung mit einer (amtlichen) Aufgabe handeln.

[Rz 36] Der Leistungseinkauf durch eine Gemeinde fällt unter die Regelungen des öffentlichen Beschaffungswesens. Geht man zu Gunsten der Widerspruchsfreiheit der Initiative von einem Leistungseinkauf aus, dann muss somit geprüft werden, ob die direkte Übertragung der Leistungserbringung durch ein Reglement (d.h. ohne vorgängiges Auswahlverfah-

ren) zulässig ist, dies nach völkervertragsrechtlichen, aber auch nach innerstaatlichen Regelungen.

[Rz 37] Massgeblich für die Frage der Anwendbarkeit des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (WTO-Abkommen, GPA)⁴⁶ ist, ob die Dienstleistung unter die in den Anhängen erwähnten Produktklassen gemäss UNO-Klassifikation⁴⁷ subsumiert werden kann. Der Betrieb eines Kabelnetzes fällt mit allen möglichen Dienstleistungen in mehrere Produktklassen. Insgesamt fallen die meisten Dienstleistungen, insbesondere aber die Verbreitung von TV- und Radiosignalen über Kabelnetze, nicht unter jene Dienstleistungen, die den Beschaffungsregeln der WTO unterstehen.

[Rz 38] Der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB)⁴⁸ sind die Kantone und Gemeinden nur unterstellt, soweit es sich nicht um kommerzielle oder industrielle Tätigkeiten handelt (Art. 8 Abs. 1 Bst. a IVöB). Der Betrieb eines Kabelnetzes als freiwillige Aufgabe am freien Markt stellt grundsätzlich eine kommerzielle Tätigkeit dar. Nun verlangt der mit der Gemeindeinitiative beantragte Artikel 4^{bis} GO aber, dass der Betrieb des Kabelnetzes «zu Selbstkostenpreisen» erfolgen muss. Erklärtes Ziel der Gemeindeinitiative ist es, dass die Leistungsbezüglerinnen und Leistungsbezügler nur die effektiven Betriebskosten, nicht aber einen Gewinn der Netzbetreiber mitfinanzieren müssen. Mithin überwiegt der gemeinnützige Charakter der Gemeindeaufgabe und sie stellt keine kommerzielle Tätigkeit im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 Buchstabe a IVöB dar. Demzufolge fällt die neue Gemeindeaufgabe unter die Regelungen der IVöB und die Vergabe der Leistungserstellung an einen Dritten muss entsprechend dem interkantonalen Recht erfolgen. Eine Ausnahme im Sinne von Artikel 10 IVöB liegt nicht vor. Der Auftragswert des Betriebs des Kabelnetzes in Emmen auf unbestimmte Zeit liegt klar erkennbar über dem Schwellenwert von CHF 250'000.00 (Anhang 2 zur IVöB). Die *Vergabe* des Auftrags muss somit von der Gemeinde Emmen im *offenen oder selektiven Verfahren* erfolgen.

[Rz 39] Zum gleichen Ergebnis käme man auch, wenn die IVöB nicht anwendbar wäre und nur das kantonale Recht Anwendung finden würde. Dem Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBG)⁴⁹ unterstehen die luzernischen Gemeinden unabhängig davon, ob die Beschaffung im Bereich der hoheitlichen Aufgaben oder der Dienstleistungsverwaltung erfolgt (§ 1 Abs. 2 öBG). Auch im luzernischen Recht gilt für Dienstleistungsaufträge ein Schwellenwert von CHF

⁴² In diesem Sinne auch TOBIAS JAAG: Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, in: Ders. (Hrsg.): Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben; Zürich 2000, S. 42.

⁴³ JAAG (Fn. 42), S. 42.

⁴⁴ Vgl. Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat B 27 vom 14. Oktober 2003 zum Entwurf eines neuen Gemeindegesetzes, S. 63 f.

⁴⁵ Vgl. Botschaft des Regierungsrates an den Grossen Rat B 27 vom 14. Oktober 2003 zum Entwurf eines neuen Gemeindegesetzes (Botschaft B 27), S. 64.

⁴⁶ Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, abgeschlossen in Marrakesch am 15. April 1994; SR 0.632.231.422 (Agreement on Government Procurement).

⁴⁷ Central Product Classification (CPC).

⁴⁸ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (SR 172.056.5, SRL 733a).

⁴⁹ Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 19. Oktober 1998 (SRL 733).

250'000.00, der beim vorgesehenen Auftrag mit unbestimmter Dauer entsprechend den massgeblichen Berechnungsmethoden (vgl. §§ 3, 5 und 6 öBV) in jedem Fall erreicht würde. Auch nach diesen Vorschriften müsste die Vergabe im öffentlichen oder selektiven Verfahren erfolgen (§ 7 i.V.m. e contrario §§ 8 und 9 öBG).

[Rz 40] Das Erfordernis einer Vergabe eines Dienstleistungsauftrags durch eine Gemeinde im offenen oder selektiven Verfahren schliesst es aus, dass – wie mit der Gemeindeinitiative verlangt – die Aufgabenübertragung durch Reglement fest an eine bestimmte Unternehmung erfolgen kann. Zudem schreibt § 3 Absatz 4 öBV vor, dass Daueraufträge in der Regel nur für 10 Jahre vergeben werden dürfen, während die Gemeindeinitiative von einem zeitlich unbeschränkten Auftrag ausgeht. Die Gemeindeinitiative verstösst somit – geht man von einem Leistungseinkauf aus – hinsichtlich des Satzes «mit dem Kauf bzw. Errichtung und Betrieb wird die Genossenschaft Energie Emmen beauftragt» gegen übergeordnetes Recht. Dieser Teilgehalt der Gemeindeinitiative ist mithin *ungültig* (§ 145 Abs. 2 Bst. f Stimmrechtsgesetz).

[Rz 41] Bei diesem Ergebnis muss die Frage der Zulässigkeit der Beteiligung der Gemeinde an der Genossenschaft Energie Emmen – die sich nur bei der Annahme eines Leistungseinkaufs, nicht aber bei einer Auslagerung im eigentlichen Sinn stellt – nicht mehr geprüft werden. Eine derartige finanzielle Beteiligung könnte aber allenfalls eine Ungleichbehandlung von Wettbewerbern darstellen, die mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) nicht mehr zu vereinbaren wäre.⁵⁰

[Rz 42] Letztlich stellt sich angesichts der Tatsache, dass hier der Präsident der Genossenschaft Energie Emmen – d.h. eines Wirtschaftssubjekt – mit einigen Mitbeteiligten mittels Lancierung einer Initiative versucht, der Genossenschaft einen Auftrag der Gemeinde zukommen zu lassen, auch noch die Frage, wie weit eine Gemeindeinitiative als Vehikel für wirtschaftliche Eigeninteressen benützt werden darf, ohne dass dies rechtsmissbräuchlich ist. Auch diese Frage kann jedoch offen bleiben.

3.4 Einheit der Form und der Materie

[Rz 43] Gemäss zwingendem kantonalem Recht muss bei Volksbegehren im Kanton Luzern die *Einheit der Form* gewahrt sein, d.h. es dürfen nicht gleichzeitig die Formen der nicht-formulierten und der formulierten Initiative miteinander verbunden werden und eine formulierte Initiative darf nur eine Stufe der Rechtserlasse umfassen (§ 145 Abs. 2 Bst. d i.V.m. § 132 Stimmrechtsgesetz). Dies gilt auch für Gemeindeinitiativen. Die Gemeindeinitiative «S'Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber» wird als «Gemeindeinitiative für eine Teilrevision der Gemeindeordnung» bezeichnet und verlangt

den Erlass eines neuen Artikels 4^{bis} der Gemeindeordnung. Die Einheit der Form ist gewahrt.

[Rz 44] Weiter müssen Gemeindeinitiativen die *Einheit der Materie* wahren (§ 145 Abs. 2 Bst. e i.V.m. § 133 Stimmrechtsgesetz). Der Grundsatz der Einheit der Materie verlangt, dass zwischen den einzelnen Teilen (Teilgehalten) einer Initiative ein sachlicher Zusammenhang besteht (§ 133 Stimmrechtsgesetz).⁵¹

[Rz 45] Es stellt sich tatsächlich die Frage, ob die Gemeindeinitiative in der ursprünglichen Fassung mit allen Teilgehalten die Einheit der Materie wahrt. Die Stromversorgung einerseits und der Betrieb eines Kabelnetzes andererseits stellen vollständig eigenständige Geschäftsgebiete dar, die je besonderen Rechtsvorschriften unterstehen und eigene, voneinander getrennte Märkte darstellen.⁵² Auch in der schweizerischen kommunalen Praxis finden sich diesbezüglich die verschiedensten Organisationsmodelle. Folgte man der strengen Auffassung von AUBERT⁵³, so wäre die Einheit der Materie nicht gewahrt, da die Stimmberechtigten für die Stromversorgung und das Kabelnetz mit dem Initiativtext nicht je eigenständige wirtschaftliche Modelle wählen können. Nach der grosszügigeren Rechtspraxis, welche einen vertretbaren Sachzusammenhang fordert,⁵⁴ wäre die Einheit der Materie allenfalls knapp gewahrt. Die Frage kann aber offen bleiben, da die Gemeindeinitiative hinsichtlich der Stromversorgung ungültig ist⁵⁵ und der Teilgehalt des Kabelnetzes mit allen Aspekten (Netzbetrieb durch Gemeinde, Aufgabenübertragung an Leistungsersteller, finanzielle Beteiligung) eine in sich geschlossene Thematik bildet.

3.5 Möglichkeit der Teilgültigkeit bzw. Teilungültigkeit

[Rz 46] Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet es, nur die rechtsmangelhaften Passagen einer Volksinitiative ungültig zu erklären, das Volksbegehren im Übrigen aber für gültig zu erklären und zur Abstimmung zu bringen. Dies ist in Luzerner Gemeinden auch bei formulierten Initiativen ohne weiteres möglich, weil eine redaktionelle Bereinigung durch das zuständige Gemeindeorgan zulässig ist (§ 39 Abs. 4 GG).

[Rz 47] Zulässig ist im vorliegenden Fall der Teilgehalt der Gemeindeinitiative, die Gemeinde Emmen solle ein *eigenes Kabelnetz zu Selbstkostenpreisen* betreiben. Ausformuliert

⁵⁰ Zur Gleichbehandlung von Konkurrenten vgl. KLAUS A. VALLENDER, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., zu Artikel 27 BV, Rz. 26 ff.; vgl. auch JAAG (Fn. 42), S. 43.

⁵¹ Vgl. TSCHANNEN (Fn. 15), Rz. 129, S. 78; STEFAN WIDMER: Wahl- und Abstimmungs-freiheit; Zürich 1989, S. 96 ff.

⁵² Vgl. dazu vorstehend die Ziffern 3.1 und 3.2.

⁵³ Nach Aubert verletzt eine Initiative die Einheit der Materie, «quand elle contient au moins deux points, et qu'un citoyen peut vouloir l'un sans vouloir l'autre, et vouloir l'autre sans vouloir le premier» (zitiert nach WIDMER, Fn. 51, S. 98 f.).

⁵⁴ Vgl. TSCHANNEN (Fn. 15), § 52, Rz. 44 f., S. 672.

⁵⁵ Vgl. vorstehend Ziffer 3.1, in fine.

bleibt nach der notwendigen Bereinigung vom Initiativtext mithin noch folgendes übrig, das zur Abstimmung gebracht werden dürfte:

Art. 4bis (neu)

Glasfaserkabelnetz

Die Gemeinde Emmen betreibt ein eigenes, flächendeckendes Glasfaserkabelnetz zu Selbstkostenpreisen.

[Rz 48] Voraussetzung einer Teilgültigkeit ist, dass der Kern der Initiative, d.h. die mit dem Blick auf die politische Zielsetzung massgeblichen Bestimmungen, bestehen bleiben.⁵⁶ Die vorliegend zu beurteilende Gemeindeinitiative ging klar davon aus, dass mit der entsprechenden Regelung in der Gemeindeordnung die bestehenden Strom- und Kabelnetze von Dritten durch ein Gemeindefeld abgelöst werden kann, welches dann so günstig betrieben werden kann, dass die Gebühren für die Endnutzerinnen und -nutzer sinken werden.⁵⁷ Wer die Initiative unterschrieben hat, ging kaum von einem Betrieb des Glasfasernetzes aus, der am freien Markt ausgeschrieben werden muss (auf dem sich nota bene auch die CKW als Neubetreiber oder die Cablecom GmbH mit ihrem bestehenden Netz mit guten Chancen bewerben können) und der allenfalls in Konkurrenz zu anderen Marktteilnehmern erfolgen muss. Nach der hier vertretenen Auffassung wird der Teilgehalt der freien Willensbildung und unverfälschten Stimmabgabe des Stimmrechts (Art. 34 Abs. 2 BV) mit der Vorlage des oben aufgezeigten teilgültigen Initiativtexts erheblich mehr verletzt, als durch die vollständige Ungültigkeitserklärung der Gemeindeinitiative.

3.6 Exkurs: Irreführender Titel der Gemeindeinitiative

[Rz 49] Der Schutz des Stimmrechts bzw. dessen Teilgehalt der freien Willensbildung verbietet es, dass Volksbegehren einen irreführenden Titel aufweisen.⁵⁸ Der Titel der Gemeindeinitiative lautet «S'Strom- und Glasfasernetz betriebed mer sälber». Dieser Titel kann bzw. muss so aufgefasst werden, dass «wir», d.h. die Gemeinde Emmen (bzw. ein Eigenbetrieb der Gemeinde) das Kabelnetz selber betreibt. Die Tatsache, dass mit dem beantragten Artikel 4^{bis} GO die neue Gemeindeaufgabe gleich wiederum auf einen privaten Dritten übertragen wird, wird damit verdeckt. Der Titel ist somit – bezogen auf den gesamten Gehalt der Gemeindeinitiative – irreführend.

[Rz 50] Die Folge eines irreführenden Titels eines Volks-

begehrens darf nicht dessen Ungültigkeit sein.⁵⁹ Der Titel müsste aber vor einer Abstimmung von Amtes wegen korrigiert werden.⁶⁰ Im Falle, dass das Gemeindeparlament von einer Teilnichtigkeit ausgeht und den geänderten Initiativtext gemäss Ziffer 3.5 zur Abstimmung bringt, müsste der Titel wie folgt lauten: «S'Glasfasernetz betriebed mer sälber».

4. Fazit

4.1 Zur Frage der Gültigkeit der Initiative

[Rz 51] Rechtlich zulässig (§ 145 Stimmrechtsgesetz) ist im vorliegenden Fall einzig der Teilgehalt der Gemeindeinitiative, die Gemeinde Emmen solle ein *eigenes Kabelnetz zu Selbstkostenpreisen* betreiben. Ausformuliert bleibt nach der notwendigen Bereinigung vom Initiativtext mithin noch folgendes übrig, das zur Abstimmung gebracht werden dürfte:

Art. 4bis (neu)

Glasfaserkabelnetz

Die Gemeinde Emmen betreibt ein eigenes, flächendeckendes Glasfaserkabelnetz zu Selbstkostenpreisen.

[Rz 52] Im Übrigen ist die Gemeindeinitiative ungültig. Im vorliegenden Fall sprechen aber erhebliche Gründe dagegen, von einer Teilgültigkeit auszugehen und den oben erwähnten, zulässigen Teil der Initiative zur Abstimmung zu bringen.⁶¹

4.2 Zur Frage des Handlungsspielraums der Gemeinden

[Rz 53] Das Fallbeispiel zeigt auf, dass der Handlungsspielraum der Gemeinden im Bereich der Stromversorgung und im Bereich der Kabelnetze sehr unterschiedlich ist.

[Rz 54] Für den Bereich der *Stromversorgung* kann vom Grundsatz ausgegangen werden, dass heute die Gemeinden die Trägerschaft der Stromversorgung in den meisten Kantonen nicht mehr zu beeinflussen vermögen, wenn sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des StromVG den Netzbetrieb nicht entweder durch die eigene Verwaltung oder durch eine Trägerschaft in ihrem Eigentum wahrnahmen.

[Rz 55] Im Bereich der Versorgung mit *Kabeldiensten* sind die Gemeinden demgegenüber weitgehend frei, andere (private) Anbieter mit einem gemeindeeigenen Netz zu konkurrenzieren. Sie können allerdings – anders als nach der älteren bundesgerichtlichen Praxis – durch Konzessionierung der Nutzung des öffentlichen Grund und Boden kein faktisches Monopol mehr in Anspruch nehmen.

[Rz 56] Letztlich muss beachtet werden, dass jeder

⁵⁶ Vgl. TSCHANNEN (Fn. 15), § 51, Rz. 32, S. 650.

⁵⁷ So ist auf der Website der Genossenschaft Energie Emmen beispielsweise folgendes zu lesen: «Das eigene, freie Glasfasernetz halbiert unsere heutigen Kosten für Radio, TV, Telefon und Internet. Die Gemeinde Gaiserwald (SG) hat es vorgemacht!» (www.energie-emmen.ch).

⁵⁸ Vgl. dazu WIDMER (Fn. 51), S. 94 ff.

⁵⁹ Vgl. WIDMER (Fn. 51), S. 96.

⁶⁰ Vgl. WIDMER (Fn. 51), S. 96.

⁶¹ Vgl. oben Ziffer 3.5.

Übertragung einer Gemeindeaufgabe an einen Dritten ein Vergabeverfahren bzw. ein vergabeähnliches Verfahren vorausgehen muss.

Prof. Dr. iur. Andreas Lienhard ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht am Institut für öffentliches Recht und geschäftsführender Direktor des Kompetenzzentrums für Public Management der Universität Bern. Mag. rer. publ. Daniel Kettiger ist Rechtsanwalt und Berater in Bern.

* * *