

Rechtliche Aspekte:

- a) Nach den vorangehenden Urteilen des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 17.07. 2009 - 7 K 3229/08 - und vom 17.07.2013 - 7 K 4182/11 - sind einige Fragen der Zulässigkeit des Bürgerbegehrens der Stuttgarter Bürgerschaft gegen S 21 unproblematisch und daher hier nur kurz anzusprechen.
- Die Fragestellung des Bürgerbegehrens muss bestimmt sein und eine konkrete abschließende Entscheidung in der Sache ermöglichen (Urteil VG Stuttgart, 2009, Rn 77). Die gestellten zwei Fragen des BB erfüllen diese Anforderung.
 - Es ist der Wirkungskreis der Gemeinde (§ 21 Absatz 3 Satz 2 GemO) und kein verbotener Gegenstand betroffen, insbes. nicht unmittelbar die Haushaltssatzung, (§ 21 Abs. 2 Nr. 4 GemO, vgl. auch VG Stuttgart, 2013, Rn 89 - 91, zit.iuris).
 - Auch die Sechs-Wochenfrist bei Bürgerentscheiden gegen Gemeinderats-beschlüsse (§ 21 Abs. 3 S.3) steht hier nicht entgegen, da sich das Bürgerbegehren in die Zukunft, auf ein „unbestelltes Feld“ (Zitat OVG Münster) richtet.
 - Die Begründung des Textes des Bürgerbegehrens darf nicht in wesentlichen Punkten falsch, unvollständig oder irreführend sein (vgl. u.a. VG Stuttgart, 2009). Wertungen und die Werbung für das Begehren bleiben aber zulässig.
- b) **Von zentraler Bedeutung für die Zulässigkeit des Bürgerbegehrens ist die Frage, ob die vorgeschlagene Maßnahme der Kündigung des Finanzierungsvertrags rechtlich begründet ist** und sich nicht auf ein rechtswidriges Ziel richtet. Zunächst ist daher zu klären, welche rechtlichen Maßstäbe dafür zu gelten haben:
- Nach dem jüngsten Urteil des VG Stuttgart (2013 aaO Rn 105) ist für die Kündigung des Finanzierungsvertrags zu S 21 § 60 Absatz 1 S. 1 Landesverwaltungs-Verfahrensgesetz (LVwVfG) maßgebend, weil der Vertragsgegenstand dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, nämlich der „Durchführung und Finanzierung eines dem öffentlichen Schienenverkehr dienenden Infrastrukturprojektes“.
 - Seinem Wortlaut nach betrifft § 60 LVwVfG - genau übereinstimmend mit § 60 VwVfG - die **„Anpassung und Kündigung (öffentlich-rechtlicher Verträge) in besonderen Fällen“** in folgender Weise:
„Haben die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Vertragsinhalts maßgebend gewesen sind, sich seit Abschluss des Vertrages so wesentlich geändert, dass einer Vertragspartei das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist, so kann diese Vertragspartei eine Anpassung des Vertragsinhalts an die geänderten Verhältnisse verlangen oder, sofern eine Anpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zuzumuten ist, den Vertrag kündigen.“
 - Die Rechtsprechung hat hierzu klargestellt, dass die Folgen der nachträglichen Änderung der Verhältnisse „schwerwiegend“, bei Vertragsschluss nicht absehbar und den Risikorahmen überschreitend sein müssen, den ein Vertragspartner nach Treu und Glauben hinzunehmen hat (BVerwG, Beschluss vom 25.01.2011, 2 B 73/10, Rn 8, zitiert nach iuris). Die rechtliche Würdigung müsse auf der Grundlage aller maßgebenden Umstände des Einzelfalls erfolgen (BVerwG aaO mit weiteren Nachweisen). Nach dem VGH Mannheim darf sich ein Vertragspartner nicht auf § 60 VwVfG berufen, wenn sich aus dem Vertrag selbst, dem Vertragszweck sowie dem dispositiven Recht die Risikozuweisung an ihn ergibt (VGH BW, Urteil vom 9.03.1999, 8 S 2877/98, Rn 40 f. zitiert nach iuris).

- Wann die Vertragsanpassung „unmöglich“ ist, betrifft nach § 275 BGB (i.V.mit der Verweisungsnorm des § 62 S.2 VwVfG auf das BGB) auch den Fall, dass einer Leistung ein dauerndes Rechtshindernis entgegensteht oder die Herbeiführung der Leistung zu einem Rechtserfolg führt, den die Rechtsordnung nicht anerkennt (BGH NJW 2008, 1070 Tz 21, Palandt-Grüneberg, BGB, 71.Aufl. § 275 Rn 16). Der weitere alternative Kündigungsgrund, die Vertragsanpassung sei „unzumutbar“, besteht dann, wenn einer der Parteien die Fortsetzung des Vertrags aus der Sicht eines verständigen Betrachters nicht angesonnen werden kann, weil das Missverhältnis der Leistungen nicht beseitigt werden kann und ein neuer Vertrag keinen Sinn macht (Bonk, in Stelckens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage, § 60 Rn 25 b).
- Ergänzend und lückenfüllend gelten generell die Vorschriften des BGB für öffentlich-rechtliche Verträge (§§ 54 ff. VwVfG), so dass § 314 BGB neben § 60 VwVfG ergänzend anwendbar sein soll (Bonk aaO § 60 Rn 8b, Kopp/Ramsauer, 13. Auflage, § 60 Rn 11, Knack/Henneke, § 60 Rn 4, a.M. Ziekow, § 60 Rn 2, der hier § 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG für die vorrangige Spezialnorm hält). Es wird damit anerkannt, dass das Kündigungsrecht nach § 314 BGB eine Ausprägung des auch im öffentlichen Recht gültigen Grundsatzes von Treu und Glauben im Rechtsverkehr darstellt (VGH München BayVBl 1995, 659, 660 sowie Bonk aaO § 60 Rn 25).
- Im vorliegenden Falle fällt allerdings der gesellschaftsrechtliche oder zumindest gesellschaftsähnliche Charakter des Finanzierungsvertrags im Sinne des § 705 BGB ins Gewicht. Da die Spezialnorm der Generalnorm vorgeht, ist § 723 BGB (statt § 314 BGB) als Sonderfall der Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen ergänzend zu § 60 VwVfG anwendbar. Hiernach muss der Kündigungsgrund - wie in § 314 BGB - „wichtig“ sein. Er setzt nicht zwingend schuldhaftes Verhalten voraus. **Die Vorschrift des § 723 Absatz 1 S. 3 BGB anerkennt einen gesetzlichen Kündigungsgrund ausdrücklich bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung wesentlicher Pflichten des anderen Gesellschafters** (vgl. dazu Palandt-Sprau, BGB, 71. Auflage, § 723 Rn 4). Zumindest ist der Rechtsgedanke des Pflichtenverstößes analog § 723 BGB für das Kündigungsrecht heranzuziehen, wenn es darum geht, ob eine Vertragsfortsetzung unter angepassten Bedingungen noch zumutbar ist oder nicht (vgl. dazu treffend Bonk aaO Rn 20 ff.)
Im Ergebnis ist somit für die Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigung vorrangig § 60 S. 1 VwVfG und ergänzend direkt oder analog § 723 BGB anwendbar.

c) Für den vorliegenden Fall bedeutet dies:

- Gemäß § 60 Absatz 1 Satz 1 VwVfG kommt es zunächst darauf an, ob die Verhältnisse, die für die Festsetzung des Finanzierungsvertrags maßgebend waren, sich durch dadurch wesentlich geändert haben, dass die vereinbarte Kostenobergrenze einschließlich der Risiken um bis zu 2,3 Milliarden Euro überschritten wurde. Zu bedenken ist: § 2 Absatz 2 Satz 4 FinVe stellt fest, im Falle einer bis Jahresende 2009 zu erwartenden Überschreitung der Gesamtkosten von 4,526 Milliarden Euro und nach Scheitern von Verhandlungen - „wird das Projekt qualifiziert abgeschlossen“. Das unterstreicht die weitreichende Bedeutung, die eine Überschreitung des Kostendeckels für das Kündigungsrecht der Partner haben soll, zumal vor Jahresende 2009.
Allerdings enthält der Vertrag zugleich in § 8 Absatz 4 FinVe bei weiteren Kostensteigerungen ab 2010 die Verpflichtung „Gespräche aufzunehmen“ (sog. Sprechklausel). Dafür gilt die einzige Vorgabe, dass § 2 Absatz 2 FinVe dann keine Anwendung finden soll. Das bedeutet: Ein qualifizierter Abschluss des Projekts wurde für diesen Fall nicht vorgesehen, durfte aber auch als gesetzliches Recht (sogar ungeschriebener Bestandteil des Verfassungsrechts, vgl. BVerfGE 34, 216, 230 f.) nicht ausgeschlossen

werden. Die geringstmögliche vertragliche Regelung der „Sprechklausel“ sagt somit im Grunde nur, dass sie positiv keine Rechte und Pflichten zu weiteren Beitragszahlungen erzeugt und sich in notwendigen Gesprächen erschöpft.

Hätten die Projektpartner aber bei Abschluss des Vertrags erkannt, dass die Kostenobergrenze um etwa 50 % überschritten würde, hätten sie zumindest § 2 Absatz 2, §§ 5, 6, 8, 10 FinVe ganz anders abfassen und bestimmen müssen, wer für entsprechende Mehrkosten aufzukommen hat. Die seit Dezember 2012 bekannte, für die Projektpartner der Deutschen Bahn unerwartete Kostenüberschreitung ist daher zweifellos wesentlich und schwerwiegend. Zwar hat die DB AG auf Antrag ihres Vorstands mit Beschluss des Aufsichtsrats vom 5.03.2013 den Finanzrahmen für das Projekt S 21 einseitig um zwei Milliarden Euro erhöht. Sie hat aber zugleich den Vertragspartnern die gerichtliche Klage auf Beteiligung an den Mehrkosten angekündigt. An einer neuen Finanzierungsvereinbarung fehlt es, die Gesamtfinanzierung ist ungesichert.

- Die Aufgabe der Planung und der Ausführung von Stuttgart 21 liegt nach § 4 FinVe beim Träger des Projekts, das sind die Eisenbahninfrastrukturunternehmen (EIU), die auch die Wirtschaftlichkeitsrechnung (§ 2 Abs. 1 FinVe) erstellen. Für die Überschreitung der vereinbarten Kostenobergrenze und deren verspätete Bekanntgabe sind daher die EIU verantwortlich, auf keinen Fall die Stadt Stuttgart. Die Stadt hat also die wesentliche Änderung der Verhältnisse nicht verursacht und kann sich grundsätzlich auf ein Kündigungsrecht nach § 60 Absatz 1 S. 1 VwVfG berufen.
- Das setzt aber zugleich voraus, dass der Stadt „das Festhalten an der ursprünglichen vertraglichen Regelung nicht zuzumuten ist“. Ursprünglich war genau geregelt, mit welchen finanziellen Mitteln und Leistungen der Vertragspartner (Beitrags - und Förderpflicht gemäß §§ 6, 8, 16 Abs. 10 FinVe) das gemeinsame Projektziel realisiert werden sollte. Die Realisierungspflicht besteht aber nur innerhalb des im Finanzierungsvertrag festgelegten Rahmens. Seit der Kostenüberschreitung tragen daher die Deutsche Bahn AG und ihre Tochterunternehmen EIU nicht mehr die vertragliche Ausführungspflicht zu S 21 (vgl. vertiefend Das Rätsel der Sprechklausel, abrufbar unter www.juristen-zu-s21.de). Hinzu kommt: Früher hatte die DB AG mit dem Projekt eine Renditeerwartung von 7,5 % verknüpft, die inzwischen einer „Negativ-Verzinsung“ des eingebrachten Kapitals von 0,3 % p.a. gewichen ist. Das bedeutet: Die Deutsche Bahn AG ist generell infolge der jetzt fehlenden Vertragsbasis, fehlender Gesamtfinanzierung und erst recht bei Unwirtschaftlichkeit des Projekts infolge absehbarer zusätzlicher Milliardenkosten für notwendige Planänderungen und für bisher fehlende Genehmigungen zum Weiterbau von S 21 nicht verpflichtet.
Die Deutsche Bahn AG darf aber nach §§ 93, 111, 116 AktG kein unwirtschaftliches Projekt betreiben, andernfalls die Verantwortlichen die Strafverfolgung wegen Untreue nach § 266 StGB riskieren (vgl. BGHSt 50, 343 f. Rn 13). Weil dies der rechtmäßigen Durchführung des Projekts entgegen steht und der Aufsichtsrats - Beschluss zum Weiterbau von S 21 gesetzwidrig ergangen ist (weil die Faktenlage auch entgegen dem Dossier des BMVBS übergegangen wurde), kann dies bedeuten, dass der Weiterbau von S 21 im Rechtssinne „unmöglich“ ist.
Die DB AG kann ihre Partner später auf diese Rechtslage verweisen nach dem Motto: Nur wenn ihr die wirtschaftlichen Defizite in Milliardenhöhe ausgleicht, dürfen wir weiterbauen, also könnt nur ihr Projektpartner eine Bauruine verhindern. Diese Konstellation sehenden Auges in Kauf zu nehmen, ist für die Stadt aber schlechterdings unzumutbar.
- Dem Kündigungsrecht nach § 60 Absatz 1 Satz 1 VwVfG ist generell vorgeschaltet, dass Verhandlungen zur Vertragsanpassung scheitern oder dass

sich definitiv gegensätzliche Standpunkte gegenüberstehen (Bonk aaO § 60 Rn 23 b). Vorliegend ist die Stadt durch den Grundsatzbeschluss des Gemeinderats vom 29.07.2009 zu einem Bürgerentscheid verpflichtet, falls die Deutsche Bahn konkrete Zahlungen außerhalb des Finanzierungsvertrags einfordert. Und die DB AG hat ihren Grundsatzbeschluss vom 5.03.13 für die unverzügliche Klage gegen die Projektpartner auf Beteiligung an den ermittelten Mehrkosten gefasst. Diese Ausgangslage verschließt den Weg für eine einvernehmliche Vertragsanpassung. Schon deshalb können Vertragsverhandlungen zwischen der Deutschen Bahn AG und der Stadt Stuttgart nicht weiterführen. Zu denken wäre zwar daran, dass die Deutsche Bahn AG als Träger und Planer des Projekts durch eine zu erringende gerichtliche Entscheidung verpflichtet würde, für alle Mehrkosten von Stuttgart 21, die über den Rahmen des Finanzierungsvertrags hinausreichen, aufzukommen und dass der Vertrag durch eine solche Gerichtsentscheidung rechtsverbindlich ergänzt würde.

Dem steht aber entgegen: Auch wenn die Stadt auf diesem Wege von zusätzlichen Zahlungen für S 21 verschont bleiben könnte, ließe die bloße Vertragsanpassung unbeachtet:

- a) **die Bahn - Verantwortlichen haben zu Lasten der Stadt durch die gut dreijährige wissentliche Vorenthaltung von Mehrkosten in Milliardenhöhe vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig wesentliche Offenbarungspflichten über die längst eingetretene Sprengung des Kostendeckels verletzt, weshalb die Vertragskündigung allein schon deshalb begründet ist.**
- b) **Unzumutbar ist aber auch die bei Fortsetzung von Stuttgart 21 für die Stadt bestehende große Rechtsunsicherheit, dass ihr Handlungsspielraum durch den Baufortgang immer kleiner wird, zugleich aber infolge absehbarer weiterer Kostensteigerungen die aktienrechtliche Pflicht der Bahn immer größer, auf Zuschüssen der Partner im Interesse der Wirtschaftlichkeit zu bestehen. Die Stadt würde sich damit zur Geisel der Bahn machen.** Das Bürgerbegehren soll dem das notwendige Signal zur Umkehr entgegensetzen, bevor weiter eine nicht mehr wieder gut zu machende Stadtzerstörung angerichtet wurde.
- c) Hinzu kommt: Stuttgart 21 trotz aller Fehlplanungen und trotz Unwirtschaftlichkeit zu vollziehen, obwohl der Vertrag es nicht gebietet und es das Aktienrecht verbietet, ist auch der DB AG nicht zuzumuten. Die Beendigung der Projektbeteiligung der Stadt und das Signal an die Bahn und an die anderen Projektbeteiligten, Stuttgart 21 insgesamt zu beenden, ist daher sinnvoll und eine rechtlich nach § 60 Absatz 1 Satz 1 VwVfG begründete Lösung.
- d) Zur Erläuterung der vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung wesentlicher Pflichten der DB AG im Sinne der Spezialnorm des § 723 BGB i.V.m. § 62 Satz 2 VwVfG ist noch anzumerken: Nachweisbar hat die Deutsche Bahn AG die Stadt als Vertragspartner hintergangen: Bei der Berechnung der Gesamtkosten hat sie fälschlich Einsparpotentiale von 891 Mio. Euro behauptet, um den Kostendeckel von 4,526 Milliarden Euro zu unterschreiten und die vertragliche Kündigung zu vermeiden (DB - Beweisdokument vom 10.12.2009). Sie hat ferner nach den Untersuchungen ihres früheren Projektleiters Hany Azer von März 2011 ausweislich der „Liste der 121 Risiken“ etwa 1,25 Mrd. Euro Mehrkosten gekannt, aber den Projektpartnern verschwiegen und sie hat schließlich am 20.12.2012 und am 21.02.2013 laut vorliegenden Beweisen einräumen müssen, dass 613 Mio. Euro von ihr „nicht budgetierte Leistungen“ und 490 Mio. Euro „nicht realisierbare Planansätze“ betrafen. Letztere wurden vor Ablauf der vertraglichen Kündigungsfrist zum 31.12.2009 nur fingiert, aber nie auch nur beim Eisenbahnbundesamt beantragt, wie SPIEGEL-Ermittlungen ergaben. Die Methode der Deutschen Bahn, ihre Projektpartner irrezuführen, verletzt also eindeutig ihre wesentlichen Vertragspflichten und erschüttert die Vertrauensbasis tiefgreifend.

- Auf das Scheitern der Gespräche für eine neue Finanzierungsvereinbarung dürfte sich die Stadt allerdings nach Gesellschaftsrecht nicht berufen, wenn dies „zur Unzeit“ (§ 723 Abs. 3 BGB), also rechtsmissbräuchlich verspätet geschehen würde. Das könnte der Fall sein, wenn die Stadt längerfristig untätig bliebe und damit der Eindruck vermittelt würde, man wolle sich dauerhaft mit der DB AG auch finanziell irgendwie arrangieren. Bisher ist dies ist eindeutig nicht der Fall. Denn erstmals Mitte Februar 2013 und sodann bei der lange hinausgeschobenen Sitzung des Lenkungskreises vom 23.07.2013 hat sich das Misslingen der Gespräche zwischen den Projektpartnern gezeigt. Mit dem jetzt zu startenden Bürgerbegehren wird darauf zeitnah reagiert, ohne dass dies treuwidrig, also mit dem bisherigen Verhalten der Stadt unvereinbar wäre.
- d) Schließlich muss das Bürgerbegehren „einen nach den gesetzlichen Bestimmungen durchführbaren Vorschlag zur Deckung der Kosten der verlangten Maßnahme enthalten“ (§ 21 Absatz 3 Satz 4 GemO). Vorliegend verursacht die verlangte rechtswirksame Vertragsbeendigung keine Kosten, sondern führt zum Wegfall vertraglich geschuldeter Leistungen. Da aus diesem Anstoß aber die Projekt-beendigung insgesamt hervorgehen kann, sind mögliche Rückabwicklungs - bzw. Ausstiegskosten zu erwähnen (vgl. in dieser Richtung VG Düsseldorf , Urteil v. 22.10.2004). Gemessen am S 21- Finanzierungsanteil von 6,5 % aus 4,526 Milliarden Euro (290 Mio. Euro) könnte ein Ausstiegskostenanteil von 6,5 % zum Zuge kommen, das wären z.B. bei 500 Mio. Euro Ausstiegskosten 32,5 Mio. Euro - abzüglich vier Jahresbeiträge der Stadt seit 2010 in Höhe von je 3,945 Mio. Euro = rund 16,7 Mio. Euro. Darauf ist aber nicht abzustellen, um den Streit über falsche Angaben zu vermeiden, welche der Zulässigkeit des Begehrens entgegenstehen könnten. Es genügt die Tatsache, dass ein möglicher Anteil der Stadt an Folgekosten eines Ausstiegs in jedem Falle zu decken wäre durch Einnahmen aus der Rückabwicklung der Grundstücksverkäufe (laut Angaben der Bahn sind dies 795 Mio. Euro, nach einem Brief des OB Kuhn an den Aufsichtsrat vom 4.03.2013 bis etwa 130 Mio. Euro weniger).

Schlussbemerkungen:

Das Bürgerbegehren fordert nur die wirksame Vertragsbeendigung, die - auch bei Beauftragung eines Anwalts - im Ergebnis keine Prozesskosten auslösen kann, weil das Verlangen begründet ist. Wenn aber die Mehrheit der S 21-Befürworter im Gemeinderat das Begehren als unzulässig zurückweist, entscheidet sich die Sache bereits im anschließenden Zulassungsstreit vor dem Verwaltungsgericht Stuttgart . Würde das Gericht rechtskräftig das Kündigungsrecht der Stadt verneinen, dann wäre ein Bürgerentscheid und ein Folgeprozess dazu ausgeschlossen. Wird aber der Kündigungsgrund als begründet anerkannt, dann ist das allein schon ein unüberhörbares Signal für eine politische Wende und - soweit es darauf noch ankäme - eine Steilvorlage für einen sich anschließenden Bürgerentscheid.