

---

**Datum:** 07.12.2011  
**Gericht:** Obergerverwaltungsgericht NRW  
**Spruchkörper:** 11. Senat Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 11 A 341/09  
**ECLI:** ECLI:DE:OVGNRW:2011:1207.11A341.09.00

---

**Schlagworte:** atypisch, Auslegung, bürgerlich, Dauerschuldverhältnis, Dienstleistung, Dienstleistungsauftrag, Dienstleistungskonzession, Energiewirtschafts-recht, Feststellung, Feststellungsinteresse, Feststellungsklage, Gebiets-körperschaft, Gemeinde, Gericht. Konzessionsabgabe, Konzessionsab-gabenanordnung, Kündigung, Kündigungsrecht, öffentlich-rechtlich, ordentlich, privatrechtlich, Rechtsstreit, Rechtsstreitigkeit, Rechtsweg, Stadt, Vereinbarung, Verrechnung, Vertrag, Verwaltungsrechtsweg, zivilrechtlich, Zivilrechtsweg

**Normen:** §§ 40 Abs. 1 Satz 1, 43 VwGO; §§ 13, 17 Abs. 2, 17a Abs. 2 Satz 3 und Abs. 5 GVG; §§ 133, 157, 242, 624 (626 a. F.), 723 BGB; § 256 Abs. 1 ZPO; § 12 EnWG 1935; § 14 Abs. 1 EnWG 1998; § 48 Abs. 1 EnWG 2005; § 1 Abs. 1 Satz 1 Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung; § 1 Abs. 1 Konzessionsabgabenanordnung

---

**Tenor:**

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

---

Tatbestand

- 1
- 2 Die beteiligten Städte streiten im Berufungsverfahren nur noch um die Frage der Rechtswirksamkeit einer Kündigung, mit der die Klägerin die zwischen ihr und der Beklagten getroffene Vereinbarung zur anteiligen Verrechnung der von einem Energieversorgungsunternehmen an beide Städte gezahlten Konzessionsabgaben gekündigt hat.
- 3 Die Beklagte übertrug im Jahr 1912 der T. M. - und Kraftwerke GmbH die Gas- und Elektrizitätsversorgung der Stadt und räumte ihr das Recht ein, die städtischen Straßen zu Leitungszwecken unentgeltlich zu benutzen.
- 4 Am 22. April 1925 schlossen sich die Klägerin und die Beklagte sowie die U.-ringer Gasgesellschaft AG zur M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH zusammen. Jede Gesellschafterin war zu einem Drittel an der Gesellschaft beteiligt. Am gleichen Tag vereinbarte die Klägerin mit dieser Gesellschaft einen Konzessionsvertrag, mit dem sie ihr die Gas- und Elektrizitätsversorgung der Stadt übertrug und ihr das Recht einräumte, die städtischen Straßen zu Leitungszwecken unentgeltlich zu benutzen. Ferner ist in diesem Vertrag geregelt: "Es besteht Einverständnis darüber, daß in Zweifelsfällen die beiden Städte F. =T1. gleich zu behandeln sind".
- 5 Anlässlich einer Gesellschafterversammlung der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH beschlossen die Gesellschafter am 9. Februar 1926, dass jeder Gesellschafter für Unterhaltung der Wege, Straßen und Plätze sowie für Beaufsichtigung der Anlagen, Projektierung von Neuanlagen jährlich mit 5 % der Gas- und Stromeinnahmen in monatlichen Raten zu entschädigen ist.
- 6 Nachdem im Jahr 1941 die sog. Konzessionsabgabenanordnung in Kraft getreten war, teilte der Bürgermeister der Beklagten dem Bürgermeister der Klägerin unter dem 6. November 1943 mit, dass die Konzessionsabgabe der M. - und Kraftwerke, die gemäß Gesellschafterbeschluss vom 9. Februar 1926 5 % der Gas- und Stromeinnahmen betragen habe, mit Wirkung vom 1. April 1941 durch die auf Grund der Konzessionsabgabenanordnung zu ermittelnde neue Konzessionsabgabe abgelöst worden sei. Gleichzeitig bat der Bürgermeister der Beklagten den Bürgermeister der Klägerin um sein Einverständnis zu einer Verwaltungsvereinfachung bei der Auseinanderrechnung der neuen Konzessionsabgabe zwischen den beiden Städten. Hierzu ist ausgeführt: "Nachdem die Einwohnerziffer der versorgten Gebiete und unterschiedliche Prozentsätze der Roheinnahme für die Berechnung der durch den Preiskommissar vorgeschriebenen Konzessionsabgabe in Ansatz zu bringen sind, ergeben sich in der Höhe der Abgabe an die beiden Städte im Gegensatz zu den bisherigen gleichen Summen Abweichungen. Da die Städte nach den zwischen ihnen bestehenden Verabredungen (siehe auch § 11 des Konzessionsvertrages vom 3.5.1925) gleichzubehandeln bleiben, wären die an beide Städte bestimmungsgemäß zu zahlenden neuen Konzessionsabgaben im Endergebnis zusammenzuziehen und dann zu halbieren. Damit nun die M. - und Kraftwerke nicht erst getrennt die ungleichen Beträge an jede Stadt auszahlen und die Städte dann noch unter sich den Ausgleich herbeiführen müssen, halte ich es für richtig, wie bisher zu gleichen Teilen unmittelbar durch die M. - und Kraftwerke auszahlen zu lassen, um so unnötigen Verwaltungsaufwand zu vermeiden ...".

- Mit Schreiben vom 22. November 1943 erklärte der Bürgermeister der Klägerin gegenüber dem Bürgermeister der Beklagten unter anderem, mit dem geschilderten Verteilungsverfahren bezüglich der ab 1943 neu zu errechnenden Konzessionsabgaben einverstanden zu sein. 7
- Ebenfalls im Jahr 1943 gingen die Anteile der U.-ringer Gasgesellschaft AG an die Rheinische Energie AG (rhenag) über. 8
- Unter dem 28. Dezember 1955 teilte die Klägerin der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH mit, auf Grund einer Forderung des Finanzamtes solle die Konzessionsabgabe nach dem Umsatz und nicht nach dem Innenverhältnis ausgeschüttet werden. Die Herstellung der Gleichheit im Innenverhältnis der beiden Städte werde durch Verrechnung kompliziert. Die Klägerin trete daher den von ihr an die Beklagte nach dem Innenverhältnis zu zahlenden Betrag der Konzessionsabgabe ausdrücklich an die Beklagte ab und ermächtige die M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH zu entsprechender Veranlassung, d. h. zur Gleichbehandlung beider Städte in Bezug auf die tatsächliche Zahlung. 9
- Mit Schreiben vom 5. März 1956 bestätigte die Klägerin der Beklagten, dass sie "bis auf weiteres von ihrer jeweiligen Konzessionsabgaben-Forderung gegen die M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH. (M1. ) 50 % des Betrages abgetreten hat, um den die Konzessionsabgabe der M1. an die Stadt F. die Konzessionsabgabe der M1. an die Stadt T1. übersteigt". 10
- Die Klägerin kündigte erstmals unter dem 29. März 1960 das "formlose Abkommen" mit der Beklagten, nach welchem die von der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH an beide Städte zu zahlende Konzessionsabgabe zusammengerechnet und zu Lasten der Klägerin im Verhältnis eins zu eins zwischen beiden Städten verteilt werde. Nachdem die Beklagte dieser Kündigung widersprochen hatte und weiterer Schriftverkehr gewechselt worden war, nahm die Klägerin mit Schreiben vom 30. Mai 1963 die Kündigung wieder zurück und bestätigte unter dem 2. Juli 1963, dass die Konzessionsabgaben rückwirkend ab 1960 wieder verrechnet werden könnten. 11
- Im Jahr 1993 wurde die Firma der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH in EWW Energie- und Wasser-Versorgung GmbH geändert. An dieser Gesellschaft haben sich in der Folgezeit weitere Städte und Gemeinden sowie Landkreise beteiligt, die neben der rhenag, der Klägerin und der Beklagten jeweils zu unterschiedlichen Anteilen Gesellschafter sind. 12
- Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben mit der EWW Energie- und Wasser-Versorgung GmbH in den Jahren 2003 bzw. 2004 jeweils neue Konzessionsverträge für Strom und Wasser abgeschlossen. 13
- Mit Schreiben vom 15. Juni 2005 sprach die Klägerin gegenüber der Beklagten (erneut) die Kündigung der zwischen den Städten am 6./23. November 1943 abgeschlossenen Vereinbarung bezüglich der Verrechnung der Konzessionsabgaben durch die EWW Energie- und Wasser-Versorgung GmbH sowie den Widerruf der zugunsten der Beklagten unter dem 28. Dezember 1955/5. März 1956 abgegebenen Abtretungserklärung und der dies bestätigenden Erklärung vom 2. Juli 1963 unter Berufung auf die Grundsätze der Störung bzw. des Wegfalls der Geschäftsgrundlage aus. Hinsichtlich der Konzessionsabgaben könne sich die Beklagte nicht auf den wiederholt von ihr angesprochenen Gleichbehandlungsgrundsatz berufen, da dieser sich nur auf die Verteilung des gesellschaftsrechtlichen Reinerlöses, d. h. die Gewinnausschüttung, erstrecke. Er beziehe sich aber nicht auf die Konzessionsabgaben, die ein Entgelt für die Benutzung der 14

öffentlichen Verkehrswege durch ein Energieversorgungsunternehmen zum Zwecke der Leitungsverlegung seien. Bereits von 1943 bis 1960 sei die Entwicklung der beiden Städte und der zu zahlenden Konzessionsabgaben nicht in gleicher Weise verlaufen. Mittlerweile sei eine grob missverhältnliche Entwicklung zu ihren - der Klägerin - Lasten entstanden. Die entstehenden finanziellen Einbußen seien auch aus Haushaltswirtschaftsgrundsätzen nicht mehr hinzunehmen. Ferner bat die Klägerin die Energie- und Wasser-Versorgung GmbH, ab sofort die an sie zu leistenden Konzessionsabgaben in voller Höhe auszus zahlen.

Die Beklagte widersprach auch dieser Kündigung und erklärte sich ebenso wenig mit der Hinterlegung streitiger Beträge auf einem Treuhandkonto einverstanden. 15

Am 6. Dezember 2006 hat die Klägerin beim Landgericht B. Klage auf Feststellung der Wirksamkeit der Kündigung der Verrechnungsvereinbarung und des Widerrufs der Abtretungserklärung erhoben. Das Landgericht B. hat mit Beschluss vom 16. April 2007 - 12 O 562/06 - den Rechtsweg zu den Zivilgerichten für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht B. verwiesen. 16

Zur Begründung ihrer Klage hat die Klägerin im Wesentlichen geltend gemacht: Beim Abschluss der streitigen Vereinbarung, die zwischen den Städten als Gemeinwesen und nicht als Gesellschafterinnen getroffen worden sei, sei von einer gleichmäßigen Entwicklung der Gemeinden und daran anknüpfend von einer im Wesentlichen gleichen Höhe der Konzessionsabgaben ausgegangen worden. Die Vereinbarung habe der Abrechnungsvereinfachung gedient. Nachträglich habe sich die tatsächliche Höhe der Konzessionsabgaben derart abweichend entwickelt, dass die Vereinbarung so nicht geschlossen worden wäre. Ihr - der Klägerin - sei wegen der aus der Vereinbarung resultierenden erheblichen finanziellen Einbußen ein Festhalten hieran nicht mehr zuzumuten. Die Finanzsituation und die gemeinderechtlichen Haushaltsgrundsätze ließen keinen weiteren Einnahmeverzicht mehr zu. Vereinbarungen über Konzessionsabgaben hätten keinen Bezug zu Absprachen zwischen den Mitgesellschafterinnen des Energieversorgungsunternehmens über eine Gewinnausschüttung. 17

Die Klägerin hat beantragt, 18

festzustellen, dass die zwischen der Klägerin und der Beklagten am 6./"23." (richtig: 22.) November 1943 geschlossene Vereinbarung bezüglich der Verrechnung der Konzessionsabgaben durch die EWW Energie- und Wasser-Versorgung GmbH durch die Erklärung der Klägerin vom 15. Juni 2005 wirksam gekündigt und die auf der Vereinbarung gründende Abtretungserklärung vom 5. März 1956 wirksam widerrufen worden sind. 19

Die Beklagte hat beantragt, 20

die Klage abzuweisen. 21

Sie hat insbesondere vorgetragen: Die Vereinbarung sei zwischen den Städten privatrechtlich als Gesellschafterinnen der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH geschlossen worden. Die Konzessionsabgabenanordnung betreffe die Zulässigkeit und die Höhe der Konzessionsabgaben, nicht aber deren Rechtsgrund. Aufgrund des Gesellschaftsvertrages und dem gesellschaftsrechtlich vereinbarten Gleichbehandlungsgebot stünden die Konzessionsabgaben den Parteien im Innenverhältnis hälftig zu gleichen Teilen zu. Das Schreiben vom 6. November 1943 nehme ausdrücklich Bezug auf den Gesellschafterbeschluss vom 9. Februar 1926, der nicht nur als reine Gewinnverteilungsregel anzusehen sei. Eine gleichförmige Entwicklung der Gemeinden habe der getroffenen 22

Vereinbarung nicht zu Grunde gelegen. Eine Ungleichheit sei von den Beteiligten mehrfach diskutiert worden und der Klägerin stets bewusst gewesen, gleichwohl sei an der Gleichbehandlung stets festgehalten worden. Einer Kündigung stehe auch der Grundsatz von Treu und Glauben entgegen. Die Klägerin könne sich nach Jahrzehnten nicht mehr einseitig von der Vereinbarung lösen.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 12. Dezember 2008 festgestellt, dass die zwischen der Klägerin und der Beklagten am 6./"23." (richtig: 22.) November 1943 geschlossene Vereinbarung bezüglich der Verrechnung der Konzessionsabgaben durch die Erklärung der Klägerin vom 15. Juni 2005 zum 1. Januar 2006 wirksam gekündigt worden ist, und die Klage im Übrigen, d. h. hinsichtlich der Wirksamkeit des Widerrufs der Abtretungserklärung vom 5. März 1956, abgewiesen. Die erste Instanz hat ein außerordentliches Kündigungsrecht der Klägerin wegen eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage verneint, weil nicht ersichtlich sei, dass eine gleich verlaufende Entwicklung der beiden Städte eine Rolle bei der streitigen Vereinbarung gespielt habe. Die Vereinbarung sei jedoch als Dauerschuldverhältnis wirksam ordentlich gekündigt worden. Hinsichtlich des Widerrufs der Abtretungserklärung sei die Klage jedoch unbegründet. Es handele sich um einen Vertrag, dessen Rückabwicklung nur nach Bereicherungsrecht oder aufgrund eines vertraglichen Rückgewähranspruches in Betracht komme. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils verwiesen. 23

Die Beklagte hat fristgerecht die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt, zu deren Begründung sie ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Sie weist erneut auf das zwischen den Städten bestehende und bislang beachtete Gebot der Gleichbehandlung hin. Die Vereinbarung aus dem Jahr 1943 sei privatrechtlicher Natur. Deren Geschäftsgrundlage sei nicht gestört und rechtfertige keine Kündigung, weil unterschiedliche Konzessionsabgaben infolge einer unterschiedlichen Entwicklung der Städte erkennbar gewesen seien. Eine Kündigung aus wichtigem Grund scheide unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ebenfalls aus und sei zudem nicht rechtzeitig erfolgt. Ein Kündigungsrecht sei zudem verwirkt, weil sie - die Beklagte - infolge Zeitablaufs auf den Fortbestand der Vereinbarung habe vertrauen dürfen. Fristgerecht lasse sich die Vereinbarung mangels eines wichtigen Grundes und wegen des Fehlens einer Kündigungsvereinbarung innerhalb angemessener Frist nicht kündigen. Eine Kündigung berühre zudem die Gesellschaft und sei als deren Teilkündigung unzulässig. 24

Die Beklagte beantragt, 25

das angefochtene Urteil teilweise zu ändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen. 26

Die Klägerin beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und weist ergänzend darauf hin, dass die historischen Vorgänge aus dem Jahr 1925 nicht maßgebend seien. Es sei zwischen der gesellschaftsrechtlichen Gewinnverteilung und der Verteilung der Konzessionsabgaben zu differenzieren. Jedenfalls eine ordentliche Kündigung sei zulässig und nicht verwirkt. Die Beklagte habe nicht darauf vertrauen können, dass ihr Haushalt von der Klägerin auf Dauer teilweise subventioniert werde. 29

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf den zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten Inhalt der Gerichtsakte und 30

der beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Klägerin und der Beklagten.

## Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

I. Die Berufung ist zulässig.

Der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist bei einem Rechtsstreit im Zusammenhang mit energiewirtschaftsrechtlichen Konzessionsabgaben nicht gegeben. Das Verfahren ist entgegen der dem Verweisungsbeschluss des Landgerichts B. vom 16. April 2007 - 12 O 556/06 - zu Grunde liegenden Rechtsauffassung vielmehr ein bürgerlicher Rechtsstreit, der nach § 13 GVG vor die ordentlichen Gerichte gehört. Der Hinweis des Landgerichts auf den Beschluss des 15. Senats des erkennenden Gerichts vom 4. Mai 2006 - 15 E 453/06 -, NWVBl. 2006, 342, wonach für Rechtsstreitigkeiten zwischen einem Bieter und einer Gemeinde um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession der Verwaltungsrechtsweg gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffnet ist, trägt die Verweisung des Rechtsstreits an die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht. Die Rechtsprechung des 15. Senats des Obergerichts für das Land Nordrhein-Westfalen betrifft nur Dienstleistungskonzessionen. Eine Dienstleistungskonzession ist ein Vertrag, der von einem Dienstleistungsauftrag nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht. Ein Dienstleistungsauftrag ist ein zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern schriftlich geschlossener entgeltlicher Vertrag über die Erbringung einer Dienstleistung. Abgesehen von der fakultativen Zahlung eines Preises, also einer Geldzahlung des öffentlichen Auftraggebers an den Vertragspartner, ist eine Dienstleistungskonzession demnach durch das Merkmal der Unentgeltlichkeit gekennzeichnet, d. h. der öffentliche Auftraggeber gewährt keine unmittelbaren oder mittelbaren geldwerten Vorteile.

Vgl. auch OVG NRW, Beschlüsse vom 7. Februar 2011 - 15 E 1485/10 -, NZBau 2011, 319, und vom 30. März 2011 - 15 E 217/11 -, juris.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind indessen Fragen im Zusammenhang mit dem Fortbestand einer zwischen der Klägerin und der Beklagten getroffenen Vereinbarung über die Verteilung von energiewirtschaftsrechtlichen Konzessionsabgaben, die den Städten von einem privatrechtlichen Energieversorgungsunternehmen jeweils für die Inanspruchnahme von städtischen Straßen zu Leitungszwecken gezahlt werden. Energiewirtschaftsrechtliche Konzessionsabgaben sind aber, wie noch näher darzulegen sein wird, privatrechtliche Entgelte für die Benutzung öffentlicher Verkehrswege zu Leitungszwecken durch Energieversorgungsunternehmen. Vereinbarungen über eine Verteilung solcher privatrechtlichen Entgelte teilen, auch wenn sie von öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften - hier: zwei Städten - geschlossen werden, die privatrechtliche Natur des Gegenstandes, über den sie getroffen werden.

Die vorstehend aufgezeigte Rechtswegproblematik braucht allerdings nicht vertieft zu werden. Denn der Senat entscheidet im vorliegenden Verfahren über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache und ist demzufolge nach § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17a Abs. 5 GVG an der Prüfung gehindert, ob der beschrittene Rechtsweg zulässig ist. Zudem ist der Senat - ebenso wie schon das Verwaltungsgericht - gemäß § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17a Abs. 2 Satz 3 GKG an den vorgenannten Verweisungsbeschluss des

Landgerichts B. gebunden.

II. Die Berufung der Beklagten ist jedoch unbegründet. Der zulässigen Feststellungsklage der Klägerin ist in erster Instanz zu Recht in dem hier noch streitigen Umfang stattgegeben worden. 38

1. Das Verwaltungsgericht hat zu Recht die Zulässigkeit der Feststellungsklage angenommen. Es handelt sich zwar nicht um eine statthafte Feststellungsklage im Sinne des § 43 VwGO, weil sie nicht auf die Feststellung eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses (§ 40 VwGO) gerichtet sein kann. 39

Vgl. BVerwG, Urteil vom 25. Juni 1982 - 8 C 74.80 -, Buchholz 454.32 § 8 WoBindG 1974 Nr. 2, S. 2. 40

Da sowohl das Verwaltungsgericht als auch der Senat nach dem eingangs Dargelegten aber an den Verweisungsbeschluss des Landgerichts B. gebunden sind, ist der Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden (vgl. § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG), also auch unter Berücksichtigung des Zivilrechts. Zivilprozessual ergibt sich die Zulässigkeit einer Feststellungsklage aus § 256 Abs. 1 ZPO. Hiernach kann Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. So liegt der Fall hier. Unter Berücksichtigung der Eigenart des zwischen den Beteiligten in Rede stehenden Rechtsverhältnisses - Fortbestand der Vereinbarung über eine Verrechnung der Konzessionsabgaben - besteht zur Bereinigung der Ungewissheit, ob die Beteiligten weiterhin an diese Vereinbarung gebunden sind, ein berechtigtes Interesse der Klägerin an einer endgültigen Klärung der Frage, ob sie diese Vereinbarung als Dauerschuldverhältnis wirksam gekündigt hat. 41

Vgl. BGH, Urteil vom 10. November 1977 - III ZR 39/76 -, juris, Rn. 35 f. (insoweit nicht in NJW 1978, 947, veröffentlicht). 42

Die Klägerin muss sich insbesondere nicht darauf verweisen lassen, die Wirksamkeit der Kündigung inzident in einem anderen Klageverfahren überprüfen zu lassen, in dem etwa die Beklagte gegen die Klägerin auf Fortzahlung des ihr (vermeintlich) zustehenden Anteils an den von der EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH gezahlten Konzessionsabgaben klagen würde. Denn die Frage einer wirksamen Kündigung kann vorliegend mit präjudizieller Wirkung geklärt werden. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse der Klägerin besteht überdies zusätzlich wegen des zwischen ihr, der Beklagten und der EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH bestehenden Dreiecksverhältnisses. Die Frage einer wirksamen Kündigung kann auch im Verhältnis zu dem Energieversorgungsunternehmen von Bedeutung sein, weil eine Rechtssicherheit im Bereich der vom Grundmodell abweichenden Überweisung anteiliger Konzessionsabgaben hergestellt wird. 43

2. Das angefochtene Urteil hält im Ergebnis in seinem stattgebenden Teil einer rechtlichen und tatsächlichen Überprüfung stand, zumindest ist die Beklagte durch die Feststellung, dass die zwischen den Beteiligten geschlossene Vereinbarung vom 6./22. November 1943 betreffend die Verrechnung der Konzessionsabgaben durch die Erklärung der Klägerin vom 15. Juni 2005 wirksam zum 1. Januar 2006 gekündigt worden ist, nicht beschwert. Soweit die erste Instanz eine Befugnis der Klägerin zu einer fristlosen Kündigung verneint und die Klage auch im Übrigen hinsichtlich der Wirksamkeit des Widerrufs der Abtretungserklärung vom 5. März 1956 abgewiesen hat, ist das erstinstanzliche Urteil nicht angefochten worden. 44

a) Der Urteilsauspruch erster Instanz, dass die zwischen der Klägerin und der Beklagten im Jahr 1943 geschlossene Vereinbarung zum 1. Januar 2006 wirksam gekündigt worden ist, enthält inzident zugleich die Feststellung, dass die Klägerin ab diesem Zeitpunkt aus der Vereinbarung nicht mehr verpflichtet ist und die Beklagte hieraus keine Rechte mehr herleiten kann. Diese Feststellung kann in der Sache bereits deshalb nicht beanstandet werden, weil die Vereinbarung aus dem Jahr 1943 ohnehin keine Rechtswirkungen mehr hat. 45

Das Schreiben des Bürgermeisters der Beklagten vom 6. November 1943 nimmt ausdrücklich Bezug auf die "Konzessionsabgabe der M. - und Kraftwerke, die gemäß Gesellschafterbeschuß vom 9. Februar 1926 5 % der Gas- und Stromeinnahmen betrug", und auf "§ 11 des Konzessionsvertrages vom 3.5.1925". Eine sachgerechte Vertragsauslegung (vgl. §§ 133, 157 BGB) ergibt, dass sowohl der Gesellschafterbeschluss aus dem Jahr 1926 als auch der Konzessionsvertrag aus dem Jahr 1925 wesentliche Grundlagen der Vereinbarung sein sollten. Diese beiden Grundlagen sind aber - und zwar schon seit geraumer Zeit - in Wegfall geraten, womit auch der Vertrag selbst in Ermangelung wesentlicher Grundlagen keine Rechtswirkungen mehr hat. Denn der Gesellschafterbeschluss vom 9. Februar 1926 betreffend eine jährliche Gewinnausschüttung in Höhe von 5 % der Gas- und Stromeinnahmen je Stadt für die Unterhaltung der Wege, Straßen und Plätze ist, wenn nicht schon mit Inkrafttreten der Konzessionsabgabenanordnung so doch spätestens durch die in den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts vollzogenen grundlegenden Umwandlungen der gesellschaftsrechtlichen Strukturen einschließlich der Umfirmierung der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH zur EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH sowie der Beteiligung weiterer Städte, Gemeinden und Landkreise an der EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH, obsolet geworden. Des Weiteren ist der im Jahr 1925 zwischen der Klägerin und der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH geschlossene Konzessionsvertrag nicht mehr gültig, da die Klägerin im Jahr 2003 - ebenso wie die Beklagte im Jahr 2004 - mit der EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH neue Konzessionsverträge vereinbart haben. 46

b) Unabhängig von dem vorstehend Dargelegten hat die Vorinstanz selbst dann, wenn man von einem Fortbestand der Vereinbarung aus dem Jahr 1943 ausgeht, zu Recht festgestellt, dass diese Vereinbarung aufgrund einer ordentlichen Kündigung wirksam gekündigt worden ist. 47

Die Vereinbarung zwischen den Beteiligten ist zivilrechtlicher Natur und betraf ein Dauerschuldverhältnis. Dieses Dauerschuldverhältnis unterlag einem ordentlichen Kündigungsrecht, weil eine Kündigung weder vertraglich noch aus sonstigen Gründen ausgeschlossen war. 48

aa) Die Verrechnungsvereinbarung zwischen den Beteiligten aus dem Jahr 1943 ist ein Vertrag, der dem Zivilrecht unterfällt. Er wurde zwar zwischen zwei Städten, d. h. Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts, geschlossen. Die Städte traten bei Vertragsschluss indes nicht als Hoheitsträger auf, sondern als Inhaberinnen von zivilrechtlichen Forderungen, die gegenüber einer juristischen Person des Privatrechts - einer GmbH - bestanden. Zudem ist eine zwischen zwei Hoheitsträgern getroffene Vereinbarung nicht allein wegen der Person der Vertragsschließenden automatisch ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Maßgeblich ist vielmehr der Vertragsgegenstand. 49

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 26. Januar 1995 - 3 C 21.93 -, BVerwGE 97, 331 (335), m. w. N. 50

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Gegenstand und Zweck der Verrechnungsvereinbarung war es, die Verteilung von Konzessionsabgaben zwischen den Städten zu regeln. Sie betraf die Zusammenrechnung und Halbteilung der von einem Energieversorgungsunternehmen an die Beteiligten zu zahlenden Konzessionsabgaben. Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zahlung von Konzessionsabgaben sind aber grundsätzlich nach zivilrechtlichen Maßstäben zu beurteilen sind. Konzessionsabgaben sind entgegen ihrer Bezeichnung als "Abgaben" nach allgemeiner Meinung keine "Abgaben" im Sinne des Abgabenrechts, sondern privatrechtliche Entgelte für die Benutzung öffentlicher Verkehrswege zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern mit Strom oder Gas in einem Gemeindegebiet. Die Vergütung steht der Stadt bzw. Gemeinde als Wegeeigentümerin zu, nicht aber auf Grund ihrer Stellung als Wegeherr für die Erteilung öffentlich-rechtlicher Genehmigungen. |    |
| Vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1954 - I ZR 226/53 -, BGHZ 15, 113 (116); allgemein zur Benutzung der Straße für Versorgungsleitungen als bürgerlich-rechtliche Angelegenheit: BGH, Urteile vom 11. Juli 1962 - V ZR 175/60 -, BGHZ 37, 353 (355), und vom 2. April 1998 - III ZR 91/95 -, BGHZ 138, 266 (274).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 52 |
| Die Qualifizierung von Konzessionsabgaben als privatrechtliche Entgelte galt schon im Zeitpunkt der hier fraglichen, nach Erlass der Konzessionsabgabenanordnung 1941 getroffenen Verrechnungsvereinbarung vom 6./22. November 1943.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 53 |
| Vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 1954 - I ZR 226/53 -, BGHZ 15, 113 (120 f.); Tettinger, Grundlinien des Konzessionsvertragsrechts, DVBl. 1991, 786 (787 f.); Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 9 und § 48 Rn. 4 bis 7; Schmidt, Der Charakter der Konzessionsabgaben bei strompreisrechtlichen Genehmigungsverfahren und deren Auswirkungen auf die Finanzmasse der Gemeinden, Städtetag 1980, 462 (465).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 54 |
| Auch seitdem wurden Konzessionsabgaben bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt als privatrechtliche Entgelte angesehen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 55 |
| Vgl. etwa BGH, Urteil vom 21. März 1996 - III ZR 245/94 -, BGHZ 132, 198 (201); Hellermann, in: Britz/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 9 und § 48 Rn. 12.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 56 |
| Diese rechtliche Beurteilung spiegelt sich ebenso in den Gesetzesbestimmungen des § 12 EnWG 1935 ("Benutzungsgebühren oder sonstige Entschädigungen"), des § 1 Abs. 1 Satz 1 der Ausführungsanordnung zur Konzessionsabgabenanordnung 1943 ("Entgelte"), des § 1 Abs. 2 der Konzessionsabgabenverordnung 1992 ("Entgelte"), des § 14 Abs. 1 EnWG 1998 ("Entgelte") und des § 48 Abs. 1 EnWG 2005 ("Entgelte") wider.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 57 |
| Vgl. auch BT-Drucks. 13/7274, S. 21 (zu § 9 EnWG-E, später § 14 EnWG 1998): "Konzessionsabgaben sind privatrechtliche Entgelte für die Benutzung öffentlicher Verkehrswege".                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 58 |
| bb) Die Vereinbarung vom November 1943 ist ein privatrechtliches Dauerschuldverhältnis sui generis. Um ein Dauerschuldverhältnis handelt es sich, weil der Vertrag von den beiden Städten ohne eine zeitliche Befristung, d. h. auf unbestimmte Zeit geschlossen wurde. Ferner ist die getroffene Vereinbarung keinem der im Zivilrecht positiv normierten Vertragstypen vollinhaltlich unterzuordnen. Sie umfasst vielmehr unterschiedliche Gestaltungselemente, wie etwa Austausch- und Verzihtsmerkmale. Daher handelt es sich um ein atypisches Dauerschuldverhältnis.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 59 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| cc) Das Verwaltungsgericht hat zu Recht festgestellt, dass die Klägerin berechtigt war, die Vereinbarung vom November 1943 ordentlich zum 1. Januar 2006 zu kündigen. Auf ein atypisches Dauerschuldverhältnis sind die für die Dauerverträge des BGB getroffenen, im Wesentlichen übereinstimmenden Kündigungsbestimmungen der §§ 624 (626 a. F.), 723 BGB entsprechend anzuwenden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 60 |
| Vgl. etwa BGH, Urteile vom 28. Februar 1972 - III ZR 212/70 -, NJW 1972, 1128 (1129), und vom 25. Mai 1993 - X ZR 79/92 -, NJW-RR 1993, 1460; Grüneberg, in: Palandt, BGB, Kommentar, 70. Aufl. 2011, § 314 Rn. 13, m. w. N.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 61 |
| Da zwischen der Kündigungserklärung der Klägerin mit Schreiben vom 15. Juni 2005 und dem vom Verwaltungsgericht angenommenen Wirksamwerden der Kündigung zum 1. Januar 2006 eine Zeitspanne von über einem halben Jahr lag, kann weder die Rede davon sein, die Kündigung sei zur Unzeit erfolgt, noch sind Gründe vorgetragen oder ersichtlich, dass die Beklagte im Übrigen durch die Kündigung treuwidrig beschwert ist.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 62 |
| dd) Die Klägerin war nicht aus sonstigen Gründen gehindert, die Verrechnungsvereinbarung aus dem Jahr 1943 ordentlich zu kündigen.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 63 |
| Der Ausschluss eines ordentlichen Kündigungsrechts ist weder anlässlich des Vertragsschlusses durch Schriftwechsel vom 6./22. November 1943 noch zu einem späteren Zeitpunkt als Vertragsergänzung ausdrücklich oder konkludent vereinbart worden.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 64 |
| Ein ordentliches Kündigungsrecht ist entgegen der Auffassung der Beklagten ebenfalls nicht mit Blick auf das Gesellschaftsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten sowie dem Energieversorgungsunternehmen - früher: M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH; nunmehr: EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH - ausgeschlossen. Das von der Beklagten gegen eine Loslösung der Klägerin von der Vereinbarung aus dem Jahr 1943 stets angeführte "gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgebot" hätte - vorausgesetzt ein solches Gebot bestünde - keinen Einfluss auf die Zahlung der Konzessionsabgaben gehabt.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 65 |
| Der Gesellschaftsvertrag der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH vom 22. April 1925, der bei Abschluss der Verrechnungsvereinbarung im Jahr 1943 wohl noch maßgeblich war, enthält zu der Frage einer (finanziellen) Gleichbehandlung der Gesellschafter keine ausdrückliche Bestimmung. Der ebenfalls vom 22. April 1925 datierende Konzessionsvertrag zwischen der Klägerin und der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH sieht zwar unter Punkt 11. vor: "Es besteht Einverständnis darüber, daß in Zweifelsfällen die Städte F. =T1. gleich zu behandeln sind". Diese Klausel kann sich aber nur auf die im Konzessionsvertrag selbst geregelten Fragen beziehen. In Bezug auf Konzessionsabgaben enthält dieser Vertrag aber gerade keine Zahlungsregelung, vielmehr sieht er unter Punkt 6. Abs. 1 ausdrücklich vor: "Die Stadt erteilt der Gesellschaft für die Dauer dieses Vertrages das ausschließliche Recht, die bestehenden und noch entstehenden städtischen Straßen, Wege, Plätze, sowie die sonstigen städtischen Grundstücke zur Einlegung von Leitungen, Aufstellung von Transformatoren nebst Zubehör unentgeltlich zu benutzen ...". Da nach dem Konzessionsvertrag wegen des Rechts zur unentgeltlichen Benutzung gerade keine Konzessionsabgaben im Rechtssinn von dem Energieversorgungsunternehmen an die Klägerin zu bezahlen waren, konnte sich ein vertragliches Gleichbehandlungsgebot auch nicht auf die Konzessionsabgaben beziehen. Der Grund für einen Verzicht auf Konzessionsabgaben war wohl die Gewinnbeteiligung der Städte an der M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH, die nach dem Protokoll über die Gesellschafterversammlung vom 9. Februar 1926 jährlich mit 5 % der Gas- und Stromeinnahmen je Stadt für die Unterhaltung der Wege, Straßen und Plätze zu Buche | 66 |

schlug und als Ersatz für eine Konzessionsabgabe gedient haben dürfte.

Vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1966 - VIII ZR 20/64 -, BGHZ 45, 322 (325 f.).

67

Diese gleichmäßige Gewinnbeteiligung stand indes in keinem unmittelbaren Bezug zu den später nach Inkrafttreten der Konzessionsabgabenanordnung 1941 auf gesetzlicher Grundlage zu berechnenden Konzessionsabgaben. Zudem brachte die Konzessionsabgabenanordnung 1941 eine grundsätzliche Neuregelung des Konzessionsabgabenrechts, insbesondere zur Berechnung der Konzessionsabgaben und demzufolge zu deren Höhe, so dass privatrechtliche Absprachen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene nicht mehr maßgeblich waren. Deshalb dürfte auch die in der Gesellschafterversammlung vom 9. Februar 1926 beschlossene 5 %-Regelung der jährlich Entschädigung für eine Wegebenutzung mit Inkrafttreten der Konzessionsabgabenanordnung 1941 obsolet geworden sein, weil die hiernach zu berechnenden Konzessionsabgaben sonstige Entschädigungsregelungen verdrängt haben.

68

Schließlich könnte ein "gesellschaftsrechtliches Gleichbehandlungsgebot" auch schon deshalb keine Geltung mehr beanstanden, weil sich die gesellschaftsrechtlichen Strukturen im Laufe der Jahrzehnte grundlegend gewandelt haben. Die Beteiligungsverhältnisse an der früher bestehenden M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH, an der die Klägerin und die Beklagte sowie die U.-ringer Gasgesellschaft AG zu je einem Drittel beteiligt waren, sind mit der aktuellen Beteiligungsstruktur an der EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH, an der die Klägerin mit 13,19 % und die Beklagte mit 14,28 % beteiligt sind, unter keinem Gesichtspunkt mehr vergleichbar.

69

Die ordentliche Kündigung der Verrechnungsvereinbarung aus dem Jahr 1943 erfordert nach alldem entgegen dem dahingehenden Einwand der Beklagten auch keine (Teil-)Kündigung der Gesellschaft. Die Verpflichtung zur Zahlung von Konzessionsabgaben - früher durch die M. - und Kraftwerke F. -T1. GmbH und nunmehr durch die EWV Energie- und Wasser-Versorgung GmbH - besteht losgelöst von dem früheren bzw. aktuellen Gesellschaftsvertrag und einer Beteiligung der Klägerin bzw. der Beklagten an dem Energieversorgungsunternehmen. Wegen des steuerrechtlichen Verbots verdeckter Gewinnausschüttungen kann die Zahlung von Konzessionsabgaben durch das Energieversorgungsunternehmen immer nur auf gesetzlicher Grundlage erfolgen, so dass diese Zahlung das gesellschaftsrechtliche Innenverhältnis unberührt lässt. Was die Städte mit den an sie gezahlten Konzessionsabgaben machen, geht das Energieversorgungsunternehmen nichts an.

70

Einer ordentlichen Kündigung der Verrechnungsvereinbarung steht letztlich nicht der von der Beklagten ins Feld geführte Verwirkungsgedanke entgegen. Eine Verwirkung könnte allenfalls bei einem Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) angenommen werden. Ein solcher Verstoß ist hier nicht gegeben. Die Klägerin hat die Beklagte zu keiner Zeit in dem Glauben gelassen oder bestärkt, von einem Kündigungsrecht nicht mehr Gebrauch zu machen. Bereits in dem Schreiben vom 5. März 1956 betreffend die Forderungsabtretung ist die Rede davon, dass die teilweise Abtretung der Konzessionsabgaben "bis auf weiteres" erfolgt sei. Zwar hat die Klägerin nach dem ersten Kündigungsversuch im Jahr 1960 weiterhin eine Verrechnung der Konzessionsabgaben nach dem bisher geübten Zusammenrechnungs- und Halbteilungsmodus akzeptiert. Gleichwohl hat sie, wie sich aus dem Schreiben vom 30. Mai 1963 und dem hierin in Bezug genommenen Schreiben vom 30. Mai 1960 ergibt, auf ihrem Standpunkt beharrt, dass eine Neuregelung der Konzessionsabgabenverteilung geboten sei. Allein der zwischen 1963 und dem Zeitpunkt der weiteren Kündigung im Jahr 2005 verstrichene Zeitraum rechtfertigt es nicht, diese weitere Kündigung als treuwidrig zu

71

beurteilen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. 72

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus den §§ 167 VwGO, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 73

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht gegeben sind. 74