

VG Sigmaringen, Urteil vom 5.11.2014 - 2 K 521/12

Tenor:

Der Bescheid des Landratsamts Bodenseekreis vom 01. September 2011 und der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Tübingen vom 24. Februar 2012 werden aufgehoben.

Die Kosten des Verfahrens trägt der Beklagte.

Die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

Tatbestand:

Die Klägerin wendet sich gegen eine Verfügung im Rahmen der Kommunalaufsicht, die den geplanten Abschluss eines Konzessionsvertrages über die Nutzung öffentlicher Verkehrswege zum Bau und Betrieb von Leitungen für die Stromversorgung in ihrem Gemeindegebiet mit der Gesellschaft R. GmbH & Co. KG beanstandet.

Die Klägerin hatte seit dem Jahr 1989 mit der Gesellschaft E. (im Folgenden: E.) bzw. deren Vorgängergesellschaft einen Konzessionsvertrag abgeschlossen, in dem die exklusive Nutzung der öffentlichen Straßen, Wege und Plätze der Klägerin für Leitung und Anlagen zur Stromversorgung gestattet wurde. Für jene übertragenen Rechte hatte die E. an die Klägerin eine Konzessionsabgabe zu leisten. Vertraglich war als Ende der Laufzeit der 31.12.2008 vereinbart.

Die E. strebte im Jahr 2005 eine vorzeitige Beendigung dieser Laufzeit an. Hintergrund war, dass zum 31.12.2008 eine Vielzahl von Konzessionsverträgen, an denen sie beteiligt war, ausliefen und eine zeitliche Entzerrung erfolgen sollte. Der Gemeinderat der Klägerin fasste nach entsprechenden Gesprächen mit der E. am 07.11.2005 den Beschluss, den Konzessionsvertrag aus dem Jahre 1989 vorzeitig, nämlich bereits zum 30.11.2007, aufzuheben. Am 18.11.2005 schlossen die Klägerin und die E. eine entsprechende Vereinbarung.

Im Hinblick hierauf schaltete die Klägerin am 30.11.2005 eine Anzeige im Bundesanzeiger, in der sie Folgendes mitteilte:

„Bekanntmachung gemäß § 46 Abs. 3 EnWG: Der zwischen der E. und der Gemeinde N. bestehende Stromkonzessionsvertrag endet am 30.11.2007. Qualifizierte Energieversorgungsunternehmen, die Interesse am Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit der Gemeinde N. haben, werden um Mitteilung bis spätestens 28.02.2006 ... gebeten.“

Einen Hinweis, dass es sich um eine vorzeitige Vertragsbeendigung handelte, enthielt die Bekanntmachung nicht.

Interesse am Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages zeigte nur die E.. Am 03.04.2006 beschloss der Gemeinderat der Klägerin, mit der E. einen solchen neuen Konzessionsvertrag zu schließen, wobei dessen Laufzeit bereits zum 01.06.2006 beginnen sollte.

Die Klägerin schloss dann am 20.06.2006 einen neuen Konzessionsvertrag mit der E. (im Folgenden: Konzessionsvertrag 2006), der eine Laufzeit vom 01.06.2006 bis zum 31.05.2025 auswies. Mit einer weiteren Vereinbarung vom 20.06.2006 wurde ausdrücklich geregelt, dass abweichend von der Vereinbarung vom 18.11.2005 das vorzeitige Ende des alten Konzessionsvertrages aus dem Jahr 1989 nicht zum 30.11.2007 eintrete, sondern nochmals früher zum 31.05.2006.

Im Jahr 2007 beschlossen die Klägerin und weitere Gemeinden in ihrer Umgebung, die Stromversorgung in ihrem Gebiet neu zu ordnen. Sie gründeten hierzu eine eigene Energieversorgungsgesellschaft, die R. GmbH & Co. KG (im Folgenden: R.).

Die Klägerin unterzog den mit der E. geschlossenen Konzessionsvertrag 2006 im Weiteren einer rechtlichen Prüfung. Der Gemeinderat der Klägerin kam im September 2010 zum Ergebnis, jener Konzessionsvertrag sei wegen mehrerer Verstöße gegen die Vorgaben des § 46 Abs. 3 EnWG nichtig.

Am 01.03.2011 gab die Klägerin daher im Bundesanzeiger bekannt, sie habe derzeit keinen Wegenutzungsvertrag gemäß § 46 Abs. 2 Satz 1 EnWG und forderte interessierte, qualifizierte Energieversorgungsunternehmen auf, ein entsprechendes Interesse schriftlich bei der Klägerin zu bekunden. Als Interessent meldete sich nur das R.. Die E. teilte dagegen mit, sie gehe von der Wirksamkeit des Konzessionsvertrags 2006 aus. Sie werde sich daher an dem von der Klägerin angestoßenen Verfahren weder aktiv beteiligen noch dieses in sonst einer Form unterstützen. Einem eventuellen „Neukonzessionär“ aus dem laufenden Ausschreibungsverfahren werde jegliche Legitimation abgesprochen, die Herausgabe von Stromversorgungsanlagen der E. im Gemeindegebiet der Klägerin an sich zu verlangen. Für den Fall, dass aus dem Verhalten der Klägerin Schäden entstehen sollten, werde die E. Ersatzansprüche geltend machen.

Am 01.08.2011 fasste der Gemeinderat der Klägerin den nunmehr beanstandeten Beschluss. Mit diesem wurde die Verwaltung der Klägerin beauftragt, mit dem R. auf Grundlage des Musterkonzessionsvertrags des Gemeindetages Baden-Württemberg für die Zeit vom 01.10.2011 bis 31.12.2028 einen neuen Konzessionsvertrag abzuschließen. Den Beschluss legte die Klägerin im Hinblick auf §§ 107, 108, 121 Abs. 2 GemO beim Landratsamt Bodenseekreis vor.

Am 01.09.2011 erließ dieses die streitgegenständliche Verfügung. Mit dieser wurde „vorsorglich“ der Gemeinderatsbeschluss vom 01.08.2011 gemäß § 121 Abs. 1 Satz 2 GemO beanstandet. Außerdem wurde der Klägerin aufgegeben, den Beschluss nicht zu vollziehen und ihn innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung der Beanstandungsverfügung aufzuheben. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages verstoße gegen den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung gemäß § 77 Abs. 2 GemO. Mit hoher Wahrscheinlichkeit kämen auf die Klägerin erhebliche Schadensersatzforderungen zu. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die E. auf Grund einer Vergabeentscheidung an das R. klage. Nicht auszuschließen sei auch, dass das R. gegen die Klägerin klage, falls gerichtlich die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags 2006 festgestellt werde. Dagegen sei im Abschluss eines neuen, zum Konzessionsvertrag 2006 gleichlautenden Vertrages mit dem R. kein Vorteil zu erkennen. Nicht nachvollzogen werden könne, warum derzeit kein wirksamer Konzessionsvertrag bestehen solle, zumal die E. die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags 2006 aus ihrer Sicht bestätigt habe. Das Prozessrisiko und einer damit verbundenen Schadensersatzpflicht der

Klägerin wegen des Abschluss eines neuen Konzessionsvertrages mit dem R. sei in der Gesamtschau nicht mehr mit § 77 Abs. 2 GemO zu vereinbaren.

Den hiergegen eingereichten Widerspruch der Klägerin vom 28.09.2011 wies das Regierungspräsidium Tübingen mit Bescheid vom 24.02.2012 zurück. Die Beanstandungsverfügung sei rechtmäßig, da die Klägerin sich der Gefahr von Schadensersatzansprüchen zweier Vertragspartner aussetze. Es bestünden nach Darstellung der Klägerin Risiken in Höhe von 180.000,00 €. Die von der Klägerin dargestellten vermeintlichen Fehler im Rahmen der Bekanntmachung lägen nicht vor, seien aber jedenfalls nicht geeignet, eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrags 2006 zu begründen. Der Betrieb zweier paralleler Netze sei weder effizient noch von der Klägerin gewollt.

Die Klägerin hat hiergegen am 20.03.2012 Klage beim Verwaltungsgericht Sigmaringen erhoben. Sie ist der Auffassung, die Beanstandung wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung sei rechtswidrig. Sie beachte die allgemeinen Grenzen der Rechtsaufsicht nicht. Insbesondere seien die Zweckmäßigkeit der Entscheidung oder die Gültigkeit privatrechtlicher Verträge nicht Gegenstand der Rechtsaufsicht. Ein beanstandungsfähiger Verstoß gegen § 77 Abs. 2 GemO liege nicht vor. Die Klägerin dürfe den Konzessionsvertrag mit dem R. schließen. Der Konzessionsvertrag 2006 sei - nach der von der Klägerin und jedenfalls Teilen der Rechtsprechung und der Literatur vertretenen Rechtsauffassung - nichtig. Bei der Bekanntmachung vom 30.11.2005 sei mehrfach gegen § 46 Abs. 3 EnWG verstoßen worden. Außerdem enthalte § 7 des Konzessionsvertrags 2006 entgegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 Konzessionsabgabenverordnung (KAV) eine unzulässige Vereinbarung über Nebenleistungen. Dies führe jeweils gemäß § 134 BGB zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages. Insgesamt entscheidend sei aber nicht die abschließende Klärung der Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006, sondern der Umstand, dass der Klägerin im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltung ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum zustehe, wie sie mit der unklaren rechtlichen Situation umgehe. Weder das Prozesskostenrisiko noch das Risiko einer Schadensersatzhaftung begründeten einen Verstoß gegen § 77 Abs. 2 GemO. Eine offene Rechtslage berge stets das Risiko eines Rechtsstreits und der damit verbundenen Kosten. Ein Haftungsrisiko im Verhältnis zum R. bestehe nicht, da der geplante Konzessionsvertrag keine Verpflichtung zur Überlassung des örtlichen Netzes enthalte und das R. über die Lage hinsichtlich des Vertrages mit der E. aufgeklärt sei. Denkbar sei zwar, dass die E. Ersatz angefallener Prozesskosten verlange, wenn sie in einem Rechtsstreit mit dem R. zur Überlassung des Versorgungsnetzes unterliege. Schlimmstenfalls könnte dann eine Forderung von bis zu 180.000,00 € auf die Klägerin zukommen, nämlich die geschätzten Kosten im Falle eines Unterliegens der E. gegen das R. nach drei Instanzen. Da die E. den Text der Bekanntmachung zur Verfügung gestellt habe, habe sie allerdings einen erheblichen Verursachungs- und Verschuldensbeitrag geleistet. Im Übrigen sei auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin an einem gültigen Vertrag Interesse habe. Zwar vertrete die E. derzeit die Auffassung, der Konzessionsvertrag 2006 sei wirksam. Dies sage aber nichts darüber aus, ob dies auch in Zukunft so bleibe. Eine Feststellungsklage zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006 sei nicht dienlich. Auch diese sei mit einem Kostenrisiko - beim Unterliegen in drei Instanzen geschätzt ungefähr 30.000,00 € - verbunden und lasse den konzessionsvertragslosen Zustand während des Gerichtsverfahrens weiter andauern.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid des Landratsamts Bodenseekreis vom 01. September 2011 und den Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Tübingen vom 24. Februar 2012 aufzuheben sowie die Zuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig zu erklären.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er vertritt die Ansicht, der Gemeinderatsbeschluss sei zurecht beanstandet worden. Der Abschluss zweier Verträge über den gleichen Vertragsgegenstand führe zwangsläufig zu einer Vertragskollision. Der Konzessionsvertrag 2006 sei jedenfalls nicht offensichtlich unwirksam, weswegen zunächst von dessen Wirksamkeit auszugehen sei. Die Klägerin begeben sich angesichts des Umstandes, dass die Nichtigkeit des Konzessionsvertrags 2006 nicht rechtssicher festgestellt sei, durch den Abschluss eines zweiten Vertrages ohne Not in eine rechtlich unsichere Situation. Diese sei wenigstens im Vorfeld zu klären, um unnötige Folgekosten vorab zu vermeiden. Sogar die Klägerin selbst gehe von Regressforderungen und einem Prozesskostenrisiko aus, das schlechtestenfalls mit 180.000,00 € beziffert werde. Zudem handle es sich bei der Klägerin um eine sehr kleine Gemeinde, die ständig auf staatliche Zuschüsse jedweder Art angewiesen sei. Dennoch beabsichtige sie, sich in ihrer wirtschaftlichen Lage unnötigerweise langwierigen Prozessstreitigkeiten und möglichen Schadensersatzforderungen auszusetzen, ohne im Gegenzug einen erkennbaren finanziellen Vorteil zu erlangen.

Im Verhandlungstermin vom 05.11.2014 hat der Klägervertreter ergänzend erläutert, die betroffenen Leitungen im Gemeindegebiet der Klägerin stünden im Eigentum (nicht nur der Verfügungsgewalt) der E.. Zu den wiederholt erwähnten Kosten im Falle einer Feststellungsklage der Klägerin gegen die E. einerseits (30.000,00 €) und einer (von der Klägerin für unwahrscheinlich erachteten) Klage der E. gegen die Klägerin auf Leistung von Schadensersatz auf Grund von Verschulden bei Vertragsverhandlungen (180.000,00 €) hat er dargelegt, diese beruhten beide auf einem geschätzten Netzwert von 400.000,00 €. Diesen habe man als Ausgangswert für die Bemessung des Streitwerts genommen, wobei für die Konstellation der Feststellungsklage ein Abschlag im Streitwert vorgenommen worden sei.

Dem Gericht lagen die einschlägigen Behördenakten der Klägerin und des Regierungspräsidiums Tübingen zum Widerspruchsverfahren vor. Auf diese sowie auf die Gerichtsakten wird wegen der weiteren Einzelheiten verwiesen.

Gründe

Die zulässige Klage ist begründet.

I.

Die Klage ist zulässig. Sie ist als Anfechtungsklage statthaft (§§ 125 GemO, 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO). Klagebegehren der Klägerin ist es, den Gemeinderatsbeschluss vom 01.08.2011 vollziehen zu können. Dem steht die Beanstandungsverfügung vom 01.09.2011 entgegen. Ein auf eine ausdrückliche Bestätigung des Gemeinderatsbeschlusses gerichteter Verpflichtungsantrag ist nicht notwendig. Nach § 121 Abs. 2 GemO darf ein Beschluss der Gemeinde, der nach gesetzlicher Vorschrift der Rechtsaufsichtsbehörde vorzulegen ist, erst vollzogen werden, wenn entweder die Behörde die Gesetzmäßigkeit bestätigt oder wenn diese den Beschluss nicht innerhalb eines Monats beanstandet hat. Bei dem Beschluss vom 01.08.2011 handelt es sich um einen solchen von § 121 Abs. 2 GemO genannten Beschluss, da er den Abschluss eines Konzessionsvertrages mit einem Energieversorgungsunternehmen zum Gegenstand hat und damit nach §§ 108, 107 Abs. 1 GemO vorlagepflichtig ist. Wird die Beanstandungsverfügung im gerichtlichen Verfahren aufgehoben, entfällt diese und es greift § 121 Abs. 2 Alt. 2 GemO.

II.

Die Klage ist auch begründet. Die Beanstandungsverfügung vom 01.09.2011 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, Art. 28 Abs. 2 GG).

Ermächtigungsgrundlage für die vom Landratsamt Bodenseekreis vorgenommene Beanstandung (Ziffer 1 der Verfügung vom 01.09.2011) ist § 121 Abs. 1 Satz 1 GemO. Danach kann die Rechtsaufsichtsbehörde Beschlüsse der Gemeinde, die das Gesetz verletzen, beanstanden. Ziffer 2 der Verfügung, mit der der Klägerin aufgegeben wurde, den Beschluss nicht zu vollziehen und diesen innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung aufzuheben, beruht auf § 121 Abs. 1 Satz 1 GemO, der bestimmt, dass die Rechtsaufsichtsbehörde verlangen kann, dass beanstandete Beschlüsse binnen einer angemessenen Frist aufgehoben werden.

Die Beanstandungsverfügung ist rechtswidrig.

Voraussetzung für die Beanstandung ist, dass der Beschluss oder die Anordnung das Gesetz - nämlich gesetzliche Vorschriften des öffentlichen oder des privaten Rechts - verletzt (Kunze/Bronner/Katz, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, 4. Aufl., 20. Lief., Oktober 2013, § 121 Rn. 8.). Als Maßnahme der Rechtsaufsicht (§ 118 Abs. 1 GemO) beschränkt sich die Prüfung auf die Gesetzmäßigkeit der Entscheidungen, nicht aber deren Zweckmäßigkeit. Insbesondere erstreckt sich die Rechtsaufsicht auch darauf, dass die Gemeinde bei privatrechtlichen Vereinbarungen die haushaltsrechtlichen Grundsätze des § 77 Abs. 2 GemO beachten (Aker/Hafner/Notheis, Gemeindeordnung Baden-Württemberg, 1. Auflage 2013, § 118 Rn. 18 und 21 m.w.N.).

Der Gemeinderatsbeschluss vom 01.08.2011 verstößt entgegen der in der Beanstandungsverfügung vertretenen Auffassung des Beklagten nicht gegen den Grundsatz der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung. Unter Berücksichtigung der allgemeinen Anforderungen des § 77 Abs. 2 GemO (1.) ergibt eine Gegenüberstellung der der Klägerin zur Verfügung stehenden Handlungsalternativen (2.), die Prüfung der Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006 (3.) und die Abwägung der Risiken (4.) keinen Verstoß gegen § 77 Abs. 2 GemO.

1. Nach § 77 Abs. 2 GemO ist die Haushaltswirtschaft sparsam und wirtschaftlich zu führen. Die in § 77 GemO geregelten allgemeinen Haushaltsgrundsätze sind als Ausdruck der Finanzhoheit ein wesentlicher Bestandteil der Selbstverwaltung (vgl. Art. 104a ff., 109, 28 Abs. 2 GG, 71 ff. LV). Die Finanzhoheit manifestiert das Recht der Gemeinden, ihr Finanzwesen und alle gemeindewirtschaftsrechtlichen Betätigungen, ihre gesamte Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft, alle finanzwirtschaftlich relevanten Vorgänge im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen möglichst eigenverantwortlich zu regeln und gewährleistet eine angemessene Mindestfinanzausstattung als Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung (Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 77 Rn. 2 m.w.N.; siehe auch Aker/Hafner, Notheis, a.a.O., § 118 Rn. 10). Der Begriff der Wirtschaftlichkeit legt ein Verhalten fest, bei dem der Aufwand bzw. der Mitteleinsatz zum Ertrag in einem optimalen Verhältnis zueinander stehen, bei dem also die zu erfüllende Aufgabe nicht mit einem geringeren Mittelaufwand oder auf andere Weise besser erreicht werden kann (Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 77 Rn. 40; Aker/Hafner, Notheis, a.a.O., § 77 Rn. 17). Nach herrschender Meinung handelt es sich bei den Begriffen „wirtschaftlich“ und „sparsam“ um unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Beachtung von der Aufsichtsbehörde und den Gerichten überprüft werden können. Ihre Auslegung ist insbesondere eine Frage der unter die Begriffe zu subsumierenden konkreten Fakten und ihrer Wertung. Dabei unterliegt nicht das „Ob“ der Aufgabenerfüllung, sondern das „Wie“ und die Auswahl verschiedener Handlungsalternativen dem Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgebot. Für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit stehen neben den objektiv erfassbaren und messbaren Fakten auch Prognose- und Schätzwerte zur Verfügung, weswegen bei derartigen unbestimmten Rechtsbegriffen mit wertenden und prognostischen Elementen ein Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum zu respektieren ist und sich die Grenze zur Unwirtschaftlichkeit nur in einer Bandbreite bestimmen lässt. Die Rechtsaufsichtsbehörde ist daher in der Regel auf die Prüfung der Frage beschränkt, ob zum Zeitpunkt der Planung oder Entscheidung durch die Gemeinde alle wichtigen Fakten mit der nötigen Sorgfalt in die Kalkulation, Wirtschaftlichkeitsberechnung usw. einbezogen worden sind und ob die Abwägung unter Berücksichtigung schätzungsbedingter Toleranzen einer vernünftigen wirtschaftlichen Betrachtung standhalten, ob die Entscheidung also nachvollziehbar und vertretbar ist (Kunze/Bronner/Katz, a.a.O., § 77, Rn. 47 f. m.w.N.; auch Lange, Kommunalrecht, 1. Aufl. 2013, Kapitel 16, Rn. 55 und Kapitel 17, Rn. 41, je m.w.N.). Es handelt sich um eine begrenzt kontrollierbare Abwägung im Sinne einer Evidenzkontrolle. Gegen haushaltsrechtliche Grundsätze verstößt eine Gemeinde nicht bereits dann, wenn eine Maßnahme auch wirtschaftlicher durchgeführt werden könnte. Die Schwelle zur Rechtswidrigkeit ist erst überschritten, wenn das gemeindliche Handeln mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar ist (BayVGH Urteil vom 18.03.1998 - 4 B 97.3249 -, BayVBl. 1998, 402 und vom 27.05.1992 - 4 B 91.190 -, BayVBl. 1992, 628).

2. Zur Beurteilung der Frage, ob das Verhalten der Klägerin als unwirtschaftlich einzuordnen ist, sind die verschiedenen Handlungsalternativen sowie die möglichen Folgen der möglichen Varianten und deren Vor- und Nachteile gegenüberzustellen. Im Hinblick auf die nach Ansicht der Klägerin problematische Gültigkeit des Konzessionsvertrags 2006 stehen der Klägerin drei Vorgehensweisen zur Verfügung. Sie kann die bisherige Situation beibehalten (a)), eine Klage gegen die E. zur Feststellung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrags erheben (b)) oder den von ihr favorisierten Weg mit dem Abschluss eines neuen Konzessionsvertrags wählen (c)).

a) Behält die Klägerin die bisherige Situation bei und der Konzessionsvertrag 2006 erweist sich als wirksam, hat die Klägerin weder Vor- noch Nachteile zu erwarten. Ist der Vertrag dagegen nichtig, besteht kein wirksamer Konzessionsvertrag. Zwar beruft sich die E. aktuell nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages, sondern geht von dessen Wirksamkeit aus. Allerdings ist nicht sichergestellt, dass dies über den gesamten Zeitraum, der als Laufzeit im Konzessionsvertrag 2006 ausgewiesen ist (bis 31.05.2026), der Fall sein wird.

Die Beibehaltung der aktuellen Situation ohne weitere Maßnahmen zur Klärung des aus Sicht der Klägerin unklaren Zustands hätte den Vorteil, dass jedenfalls aktuell keine Kosten entstünden, da die E. mit ihrem Schreiben vom 25.03.2011 mitgeteilt hat, sie gehe von einer Wirksamkeit des Vertrages aus. Von Nachteil wäre diese Variante aus Sicht der Klägerin allerdings, da - wie es der Klägervorteiler im Termin bildhaft ausgedrückt hat - das „Damoklesschwert“ einer möglichen Unwirksamkeit des Vertrages über der Klägerin hänge. Im Falle einer Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006 könnte die Klägerin hieraus weder die laufenden Konzessionsabgaben fordern, sollte die E. diese verweigern, etwa weil ihr Interesse an den Netzen der Klägerin sich aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen geändert hat. Eine solche Änderung der Einstellung der E. ist im Hinblick auf mögliche Neuentwicklungen im Tatsächlichen oder auch in der Rechtsprechung nicht auszuschließen. Auch nachvertragliche Konzessionsabgaben nach § 48 Abs. 4 EnWG könnte die Klägerin im Falle einer Nichtigkeit nicht auf den Konzessionsvertrag 2006 stützen. Aus der Sicht der Klägerin ist zudem auch nicht auszuschließen, dass die E. nach Ende der Vertragslaufzeit des Konzessionsvertrags 2006 im Jahre 2026 dem in § 9 Abs. 1 Konzessionsvertrag 2006 festgehaltenen Anspruch der Klägerin auf Übernahme der Verteilungsanlagen (vgl. zur Problematik des Verhältnisses zwischen Endschaftsbestimmungen in Konzessionsverträgen und § 46 Abs. 2 EnWG: Säcker, Kommentar zum Energiewirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2014, § 46 Rn. 62 ff. sowie Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2. Aufl. 2010, § 46 Rn. 84) entgegenhält, ein solcher vertraglicher Anspruch bestehe wegen Nichtigkeit des Konzessionsvertrags 2006 nicht. Zwar könnten dem die aus § 242 BGB herrührenden Grundsätze der Verwirkung entgegenstehen (vgl. dazu zu § 46 EnWG: OLG München, Urteil vom 26.09.2013 - U 3589/12 Kart -, EnWZ 2014, 76). Welche konkreten Entwicklungen und Einwendungen von Seiten der E. aber tatsächlich vorgebracht würden, erfähre die Klägerin erst bei deren Eintreten. Zwischenzeitlich bestünde die Situation einer unklaren Rechtslage, die die Klägerin gerade beseitigen will, nachdem sie selbst zur Überzeugung gelangt ist, der Konzessionsvertrag 2006 sei nichtig.

b) Alternative Vorgehensweise im Hinblick auf die unklare Vertragssituation mit der E. wäre eine Klage der Klägerin gegen die E. vor dem zuständigen ordentlichen Gericht auf Feststellung der Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006.

Vorteil dieser Vorgehensweise wäre, dass so eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden könnte.

Wäre der Vertrag nichtig, gewönne die Klägerin. Bei ihr fielen keine Kosten an, da diese gemäß § 91 ZPO von der E. zu tragen wären. Erweise sich der Konzessionsvertrag 2006 dagegen als wirksam, verlöre die Klägerin ihre Feststellungsklage und hätte die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, die sie aber „nur“ mit 30.000,00 € ansetzt. Diese Kosten fielen dann unmittelbar und zweifelsfrei bei der Klägerin selbst an. Im Fall des Abschlusses eines neuen Konzessionsvertrages beträfe ein potentieller Rechtsstreit zur Überlassung der Netze lediglich die E. und das R.. Nicht involviert wäre dagegen die Klägerin, es sei denn, die Klägerin träte

auf eine potentielle Streitverkündung der E. dem Rechtsstreit mit der Folge der Nebeninterventionswirkungen bei. Im Falle des Unterliegens hätte sie dann ggf. gemäß § 101 ZPO Kosten zu tragen.

Zu berücksichtigen ist in dieser Variante auch, dass ein Urteil in einem Zivilverfahren gemäß § 325 Abs. 1 ZPO Rechtskraftwirkung nur zwischen den am Rechtsstreit Beteiligten entfalten würde, im Falle der genannten Feststellungsklage also zwischen der E. und der Klägerin. Im Falle eines Obsiegens der Klägerin im Feststellungsverfahren bestünde eine Bindungswirkung in einem ggf. nachfolgenden Verfahren zwischen dem R. und der E. auf Überlassung bzw. Übereignung der Netze nach § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG für das dann zuständige Gericht nicht. Für eine Beteiligung des R. an einem solchen Feststellungsverfahren im Wege der Streitverkündung oder der Nebenintervention mit der Folge der Rechtskraftwirkung im Verhältnis zwischen dem R. und der E. fehlt es an den Voraussetzungen der §§ 66 ff. ZPO. Auch eine Klärung der die Beteiligten interessierenden Frage nach dem Grund einer möglicherweise gegebenen Nichtigkeit des Vertrages wäre nicht zwingend zu erreichen. Denn die Frage, ob eine ggf. festzustellende Vertragsnichtigkeit auf Umständen beruht, die die Klägerin (allein oder unter Mitverschulden der E.) zu vertreten hat, muss im Rahmen der Feststellungsklage nicht zwingend geklärt werden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass für den Fall, dass das für die Feststellungsklage zuständige Gericht eine Nichtigkeit des Vertrages feststellt, dieses seine Entscheidung auf einen anderen Verstoß - etwa einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV - stützen würde (vgl. zu den möglichen Nichtigkeitsgründen ausführlich unter 3., dort insbesondere unter b) zu § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV).

c) Neben den vorgenannten Herangehensweisen kommt als dritte Variante der von der Klägerin beschrittene Weg der Ausschreibung eines neuen Konzessionsvertrages mit anschließendem Vertragsschluss in Betracht.

Schlösse die Klägerin wie geplant mit dem R. einen Konzessionsvertrag, ist denkbar, dass die E. und/oder das R. im Hinblick auf die streitige Wirksamkeit des Konzessionsvertrages 2006 rechtliche Schritte einleiten würden.

Unwahrscheinlich, aber nicht auszuschließen ist, dass das R. im Hinblick auf den ihm geschlossenen Konzessionsvertrag Forderungen stellen würde. Dies beträfe voraussichtlich aber nicht einen Anspruch auf Erfüllung des Vertrages gegen die Klägerin. Denn der geplante Konzessionsvertrag, der auf Grundlage des Musterkonzessionsvertrags des Gemeindetags vom 22.02.2006 (BWGZ 2006, 197 ff.) erstellt werden soll, enthält keine Verpflichtung dahin, dem R. die vorhandenen Leitungen zur Verfügung zu stellen, sondern lediglich die Nutzung der öffentlichen Verkehrswege einzuräumen. Will das R. die bereits vorhandenen Leitungen nutzen und nicht etwa - wie von der Klägerin in den Raum gestellt - ein zweites Leitungsnetz aufbauen, so muss sie von der E. als altem Energieversorgungsunternehmen den in § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG geregelten gesetzlichen Anspruch als neues Energieversorgungsunternehmen geltend machen und durchsetzen. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG bestimmt, dass dann, wenn ein Konzessionsvertrag nach seinem Ablauf nicht verlängert wird, der bisherige Nutzungsberechtigte verpflichtet ist, seine für den Betrieb der Netze der allgemeinen Versorgung im Gemeindegebiet notwendigen Verteilungsanlagen dem neuen Energieversorgungsunternehmen gegen Zahlung einer wirtschaftlich angemessenen Vergütung zu übereignen bzw. zu überlassen. Anders als die Vorgängerregelung des § 13 EnWG 1998 ist ein Netzüberlassungsanspruch zugunsten der Gemeinde im Gesetz nicht mehr vorgesehen (vgl. dazu ausführlicher Säcker, a.a.O., § 46 EnWG, Rn. 61). Eine

Schadensersatzklage des R. gegen die Klägerin im Falle eines Unterliegens im Netzüberlassungsstreit mit der E. wegen Nichterfüllung eines Netzüberlassungsanspruchs hätte somit keine Erfolgsaussichten. Die Möglichkeit von Schadensersatzforderungen des R. betreffend Kosten, die beim R. für die Rechtsstreitigkeit mit der E. im Falle eines Unterliegens - also einer Wirksamkeit des Konzessionsvertrags 2006 - entstünden, ist ebenfalls zu berücksichtigen, wobei insofern einzubeziehen ist, dass die Klägerin darauf hingewiesen hat, dass das R. - im Übrigen auch auf Grund bestehender Verflechtungen - über die Problematik des streitigen Konzessionsvertrages 2006 informiert ist.

Erwiese sich der Konzessionsvertrag 2006 dagegen als nichtig, könnte sich die Klägerin - abhängig vom Grund der Nichtigkeit - Schadensersatzforderungen der E. jedenfalls aus Verschulden bei Vertragsverhandlung („culpa in contrahendo“) gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB gegenüber sehen. Deren Grundsätze gelten auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts (Beck'scher Onlinekommentar, BGB, Stand 01.08.2014, § 311 Rn. 38).

Die Erhebung einer Zahlungsklage durch die E. wäre allerdings nur dann zu erwarten, wenn die Nichtigkeit des Vertrages einem Handeln der Klägerin zugeschrieben werden könnte, das als Pflichtverletzung gewertet werden kann, nämlich eine fehlerhafte Bekanntmachung am 30.11.2005; rührte die Nichtigkeit dagegen aus einem materiellen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV und damit nicht aus der Sphäre der Klägerin her, ist eine Klage der E. nicht wahrscheinlich (zu den möglichen Gründen einer Nichtigkeit im Weiteren ausführlich unter 3.).

Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB wäre im Falle einer Zahlungsklage durch die E. nicht der - nichtige - Konzessionsvertrag 2006, sondern ein vorvertragliches Schuldverhältnis auf Grund der Verhandlungen mit der E.. Denn gemäß § 311 Abs. 2 BGB entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch bei der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1) oder durch die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut (Nr. 2). Eine Haftung aus culpa in contrahendo kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Unwirksamkeit eines Vertrages schuldhaft von einer Vertragspartei herbei geführt wird (vgl. dazu Beck'scher Onlinekommentar, BGB, Stand 01.08.2014, § 311 Rn. 67). Als Pflichtverletzung käme der Umstand in Betracht, dass die Klägerin im Rahmen der Bekanntmachung vom 30.11.2005 den Umstand der vorzeitigen Beendigung nicht aufgeführt hat oder aber, dass die nochmalige Verkürzung der Vertragslaufzeit zum 31.05.2006 nicht öffentlich bekannt gemacht wurde.

Ersatzfähiger Schaden wäre im Rahmen einer c.i.c.-Haftung lediglich der Vertrauensschaden der E., d.h. diese wäre wirtschaftlich so zu stellen, wie sie stehen würde, wenn sie sich nicht auf die Gültigkeit des Zustandekommen des Vertrages eingestellt hätte (vgl. dazu Staudinger, BGB, Neubearb. 2011, § 122 Rn. 13). Möglich wäre insofern, dass die E. womöglich bei ihr im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages entstandene Kosten aus einem Rechtsstreit mit dem R. zur Überlassung des vorhandenen Leitungsnetzes geltend macht. Die Klägerin geht hierzu von Kosten in beträchtlicher Höhe aus, die schlimmstenfalls bis zu 180.000,00 € betragen könnten. Da die Klägerin selbst diese Summe angibt und diese auch im Rahmen der Gemeinderatssitzung vom 20.09.2010 besprochen wurde, wird diese von der Kammer auch zu Grunde gelegt, auch wenn für den vom Klägervorteiler im Termin genannten Streitwert von 400.000,00 € nicht ohne Weiteres ersichtlich ist, wie sich hieraus Gerichts- und Anwaltskosten im Umfang von insgesamt 180.000,00 € für das Verfahren zwischen E. und R.

einerseits und zwischen E. und Klägerin andererseits errechnen. Der Ausgang eines - nach mehreren Zwischenschritten nicht auszuschließenden - Verfahrens der E. gegen die Klägerin kann letztlich weder dem Grunde noch der Höhe nach prognostiziert werden. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf das von der Klägerin behauptete Mitverschulden der E. dergestalt, dass diese den Text für die Bekanntmachung vom 30.11.2005 zur Verfügung gestellt hat, zumal spekulativ ist, welche Einlassungen und Einwendungen die E. in einem solchen Prozess tätigen würde.

3. Ob eine der drei vorgenannten Handlungsalternativen nicht nur vorzugswürdig, sondern ggf. zwingend für die Klägerin wäre, ist auch abhängig davon, ob der Ausgang der dargestellten, möglichen Rechtsstreitigkeiten bereits deshalb sicher absehbar ist, weil die Wirksamkeit oder auch die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006 offensichtlich gegeben ist, in einer gerichtlichen Auseinandersetzung also eine abweichende Rechtsansicht nicht vertretbar zu erwarten ist.

So stellte sich für den Fall, dass zweifelsfrei eine Wirksamkeit des Konzessionsvertrags 2006 gegeben wäre, die Frage, ob für die Alternativen der Erhebung einer Feststellungsklage oder des Abschlusses eines neuen Konzessionsvertrages überhaupt ein Bedürfnis besteht oder diese Vorgehensweisen im Hinblick auf die Absichten der Klägerin (die Beseitigung eines vermeintlich konzessionslosen Zustands) nicht unwirtschaftlich wäre. Zwar weist die Klägerin zutreffend darauf hin, dass auch im Falle der Wirksamkeit des Konzessionsvertrages 2006 der Abschluss eines weiteren Konzessionsvertrages durchaus möglich ist. Denn ein solcher Konzessionsvertrag mit einem weiteren Anbieter könnte zum Zwecke der Schaffung eines zusätzlichen, parallelen Netzes auf dem Gemeindegebiet abgeschlossen werden, ohne dass die im Eigentum der E. stehenden Leitungen genutzt würden (vgl. dazu auch § 2 Abs. 5 und 6 des Konzessionsvertrags 2006 bzw. des Musterkonzessionsvertrags in BWGZ 2006, 197 [198]). So sieht auch § 46 Abs. 1 EnWG den Abschluss eines einfachen Wegenutzungsvertrags vor, der die Leitungen, die nicht einem Energieversorgungsnetz zur allgemeinen Versorgung zuzurechnen sind, betrifft, sondern in sonstiger Weise zur unmittelbaren Versorgung von Letztverbrauchern bestimmt sind (vgl. dazu Britz, a.a.O., § 46 Rn. 3). Die Klägerin und höchstwahrscheinlich auch das R. haben an einem weiteren Netz, dessen Erstellung sehr ungewöhnlich wäre, tatsächlich aber kein Interesse. Stünde die Wirksamkeit des Konzessionsvertrags 2006 auch aus Sicht der Klägerin positiv fest, wäre auch aus ihrer Sicht der Abschluss eines weiteren Konzessionsvertrages nicht angezeigt.

a) Eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006 wegen Verstoßes gegen § 46 Abs. 3 EnWG in der damals gültigen Fassung (§ 46 EnWG in der Fassung vom 13.07.2005 bis zum 03.08.2011; im Folgenden lediglich EnWG) im Hinblick auf Fehler bei der Bekanntmachung lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen.

Aus dem Umstand, dass die Bekanntmachung vom 30.11.2005 keinen Hinweis darauf enthielt, dass es sich bei dem angegebenen Enddatum vom 30.11.2007 um eine vorzeitige Vertragsbeendigung handelte, lässt sich eine Nichtigkeit nicht sicher ableiten. § 46 Abs. 3 Satz 3 EnWG sah vor, dass Gemeinden, die eine Verlängerung von Verträgen nach § 46 Abs. 2 EnWG vor Ablauf der Vertragslaufzeit beabsichtigen, die bestehenden Verträge zu beenden und die vorzeitige Beendigung sowie das Vertragsende öffentlich bekannt zu geben haben. §

46 Abs. 3 Satz 4 EnWG regelt, dass Vertragsabschlüsse mit Unternehmen frühestens drei Monate nach der Bekanntgabe der vorzeitigen Beendigung erfolgen dürfen.

Welche Auswirkungen es hat, wenn die Bekanntgabe nicht darauf hinweist, dass es sich nicht um ein normales Auslaufen des Altvertrages, sondern um eine vorzeitige Beendigung handelt, ist in der Rechtsprechung nicht geklärt. In Literatur und Rechtsprechung herrscht allgemein die Tendenz, zum Schutz des Wettbewerbs hohe Transparenz zu fordern. Während eine gänzlich unterlassene oder entgegen § 46 Abs. 3 Satz 2 EnWG nur im Bundesanzeiger vorgenommene Bekanntmachung nach herrschender Meinung zur Nichtigkeit des anschließend abgeschlossenen Konzessionsvertrages führt, werden ansonsten divergierende Auffassungen dazu vertreten, welche Anforderungen an eine Bekanntmachung zu stellen sind und welche Folgen - etwa die Nichtigkeit von Teilen oder des gesamten Konzessionsvertrages - bei Verstößen gegen § 46 Abs. 3 EnWG eintreten (vgl. etwa OLG Celle, Urteil vom 23.05.2013 - 13 U 185/12 (Kart) -, EnWZ 2013, 374, Leitsatz und Rn. 17 und 24 nach juris; VG Aachen, Beschluss vom 13.09.2011 - 1 L 286/11 -, Rn. 22 nach juris mit nachgehender Entscheidung des OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10.02.2012 - 11 B 1187/11 -, NVwZ-RR 2012, 415; OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.03.2008 - VI-2 U (Kart) 8/07 -, RdE 2008, 287 zur Vorgängernorm § 13 Abs. 3 Satz 1 EnWG sowie ausführlich der zugehörige Festschriftbeitrag von Jaeger, Festschrift Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, 2009: Zum rechtlichen Schicksal von Konzessionsverträgen, die unter Verstoß gegen § 13 Abs. 3 EnWG 1998/§ 46 Abs. 3 EnWG 2005 geschlossen worden sind; außerdem Säcker, a.a.O., § 46 Rn. 137 ff. und Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 9 Rn. 77 und 99). Rechtsprechung dahin, dass gerade der Umstand, dass es sich um eine vorzeitige Beendigung handelt, explizit bekannt zu machen ist, gab es im Jahr 2011 und gibt es auch aktuell nicht. Es kann daher weder festgestellt werden, dass mangels Hinweis auf die vorzeitige Beendigung des Konzessionsvertrages aus dem Jahre 1989 eine Nichtigkeit des Konzessionsvertrags 2006 bestünde noch dass die dreimonatige Frist des § 46 Abs. 3 Satz 4 EnWG mangels entsprechender Bekanntmachung verletzt wäre. Wie das zuständige Landgericht im Falle einer Klage entscheiden würde, im Rahmen derer auch die Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Konzessionsvertrags 2006 als Vorfrage zu klären wäre (s.o. die Varianten unter 2. b) und c)), ist offen. Das hieraus resultierende Prozessrisiko ist daher im Rahmen der Abwägung der verschiedenen Vorgehensmöglichkeiten zu berücksichtigen.

Zur Thematik der vorzeitigen Beendigung führt die Klägerin außerdem an, dass das nochmalige Verkürzen der Vertragslaufzeit auf den 31.05.2006 dazu führe, dass dieses Enddatum die in § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG genannte Frist von zwei Jahren zur Bekanntmachung vom 30.11.2005 nicht eingehalten habe. Ob im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung, die die spezielleren Vorschriften des § 46 Abs. 3 Satz 3 und 4 EnWG regeln, die Zweijahresfrist nach § 46 Abs. 3 Satz 1 EnWG einzuhalten ist, ist ebenfalls nicht abschließend - etwa höchstrichterlich - geklärt. In der Literatur wird hierzu teilweise vertreten, die in § 46 Abs. 3 Satz 3 und 4 EnWG geregelte Sondersituation einer vorzeitigen Vertragsbeendigung verkürze die Frist für einen Neuabschluss auf drei Monate, auch wenn hierdurch ein Wertungswiderspruch zwischen § 46 Abs. 3 Satz 1 und Satz 3 EnWG entstehe. Nach anderer Auffassung soll eine teleologische Reduktion dahin vorzunehmen sein, dass - obwohl dies § 46 Abs. 3 Satz 3 und 4 EnWG nicht zu entnehmen ist - eine vorzeitige Vertragsverlängerung nur bis zum Beginn der Zweijahresfrist möglich ist (vgl. zum Streitstand insgesamt: Britz, a.a.O., § 46 Rn. 64). In der Rechtsprechung geklärt ist die Problematik aber - wie ausgeführt - nicht. Zudem ist ein Verstoß gegen die Zweijahresfrist nicht zwingend geeignet, einen Gesetzesverstoß nach § 134 BGB zu begründen (vgl. Britz, a.a.O., § 46 Rn. 67), so dass insgesamt offen bleibt, ob ein Verstoß gegen § 46 Abs. 3 EnWG

vom zuständigen Gericht festgestellt würde bzw. wie sich ein Verstoß im Hinblick auf § 134 BGB auswirken würde.

b) Neben den mutmaßlichen Verstößen gegen § 46 Abs. 3 EnWG hat die Klägerin zuletzt auch einen materiellen Verstoß im Konzessionsvertrag 2006 bemängelt, der ihrer Ansicht nach die Nichtigkeit des gesamten Vertrages nach sich zieht. Unter Berufung auf kartellrechtliche Rechtsprechung (OLG München, Urteil vom 26.09.2013 - U 3589/12 Kart -, juris) vertritt sie die Auffassung, § 7 des Konzessionsvertrags 2006 verstoße gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV.

In § 3 Abs. 1 Satz 1 KAV ist geregelt, welche Nebenleistungen zulässig sind. In § 3 Abs. 2 KAV sind nicht zulässige Nebenleistungen beispielhaft durch den Zusatz „insbesondere“ aufgeführt. Gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 1 KAV dürfen sonstige Finanz- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder zu einem Vorzugspreis gewährt werden, nicht vereinbart oder gewährt werden. § 3 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 2 KAV enthält zu diesem speziell geregelten Verbot eine Ausnahme und statuiert, dass Leistungen der Versorgungsunternehmen bei der Aufstellung kommunaler oder regionaler Energiekonzepte oder für Maßnahmen, die dem rationellen und sparsamen sowie ressourcenschonenden Umgang mit der vertraglich vereinbarten Energieart dienen, unberührt bleiben, soweit sie nicht im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Verlängerung von Konzessionsverträgen stehen.

§ 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 des Konzessionsvertrags 2006, die auf dem damals geltenden Musterkonzessionsvertrag für Baden-Württemberg beruhen, regeln, dass die E. die Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten unterstützen und hierfür die erforderlichen Daten zur Verfügung stellen wird. Nach § 7 Abs. 3 Satz 1 Konzessionsvertrag 2006 wird die Eigenenergieerzeugung von Strom durch die Gemeinde dort, wo sie ökologisch und wirtschaftlich sinnvoll ist, von der E. unterstützt. Gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Konzessionsvertrag, wird der Gemeinde über die partnerschaftliche Zusammenarbeit im Rahmen des Konzessionsvertrages hinaus das auf kommunale Partner ausgerichtete Dienstleistungsangebot des E.-Konzerns zur Verfügung stehen. Die E. wird auf Wunsch der Gemeinde entsprechende Angebote der E.-Konzerngesellschaft vermitteln (§ 7 Abs. 4 Satz 2 Konzessionsvertrag 2006).

Jene Regelungen, wie sie in § 7 Konzessionsvertrag 2006 aufgeführt sind, waren auch Inhalt des Vertrages, mit dem sich das OLG München in der vorgenannten kartellrechtlichen Entscheidung zu befassen hatte. Laut diesem Urteil stellt die Pflicht, die in § 7 Abs. 2 Satz 1 des vom OLG zu prüfenden und auch des vorliegend interessierenden Konzessionsvertrags normiert ist (nämlich die Unterstützung der Gemeinde bei der Erstellung von kommunalen Energiekonzepten), eine unzulässige Sachleistung im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV dar. Diese führt zur Nichtigkeit des Konzessionsvertrages nach § 134 BGB (OLG München, a.a.O.; Rn. 116 f.). Auch in der Verpflichtung, die erforderlichen Daten zur Verfügung zu stellen, sieht das OLG einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV (Rn. 118). Beide Punkte wurden im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Konzessionsvertrags vereinbart (vgl. dazu Rn. 120 des Urteils). Auch die in § 7 Abs. 3 Satz 1 des Konzessionsvertrags getroffene Vereinbarung zur Unterstützung der Gemeinde bei der Eigenerzeugung von Strom stellte einen Verstoß gegen das Nebenleistungsverbot des § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV dar (Rn. 122). Schließlich begründet auch die Regelung in § 7 Abs. 4 Satz 2 des Konzessionsvertrags einen Verstoß § 3 Abs. 2 Nr. 1 KAV (Rn. 123). Die genannten Verstöße führen - jedenfalls nach der

vorgenannten Rechtsprechung - zu einer Gesamtnichtigkeit des Konzessionsvertrages gemäß § 134 BGB (Rn. 125 ff) (vgl. im Übrigen parallel auch OLG München, Urteil vom 26.09.2013 - U 3587/12 Kart -, juris; entsprechend wohl auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2014 - VI-2 Kart 3/13 -, BeckRS 2014, 11402, vgl. dazu Graef/ Faasch, Kartellvergaberecht als disziplinierender Faktor bei der Vergabe von Gas- und Stromkonzessionen, NZBau 2014, 548 [549 f.] sowie Säcker, a.a.O., § 46 Rn. 142).

Allerdings war jene Rechtsprechung des OLG München zum Zeitpunkt des Gemeinderatsbeschlusses nicht bekannt, so dass dieses die Auffassung der Klägerin zusätzlich stützende Argument weder durch den Gemeinderat noch durch die Rechtsaufsicht berücksichtigt werden konnte, weswegen diese Entwicklung im Rahmen der Prüfung des beanstandeten Gemeinderatsbeschlusses und dessen Abwägungsüberlegungen vorliegend - letztlich zum Nachteil der Klägerin - nicht einbezogen wird. Vielmehr legt die Kammer zu Grunde, dass angesichts der zahlreichen im Fluss befindlichen Rechtsfragen der Gemeinderat im Rahmen seiner Entscheidung nicht davon ausgehen konnte, dass einer bestimmten Handlungsvariante wegen feststehender Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Konzessionsvertrags 2006 zwingend der Vorzug zu geben wäre.

4. Da danach nicht etwa bestimmte Möglichkeiten von vorneherein ausgeschlossen werden durften, ist eine umfassende Abwägung der verschiedenen Handlungsvarianten vorzunehmen. Insbesondere kann die Klägerin wegen der unklaren Vertragssituation nicht auf die erste Handlungsvariante des „Nichtstuns“ verwiesen werden. Angesichts der im vorliegenden Verfahren allein zu entscheidenden Frage, ob die Beanstandung durch den Beklagten zurecht erfolgt ist, ist daher maßgeblich, ob die von der Klägerin gewählte Vorgehensweise in Anbetracht der zur Verfügung stehenden Alternativen (Beibehaltung der aktuellen Situation oder Feststellungsklage gegen die E.) und unter Berücksichtigung des ihr im Rahmen der kommunalen Selbstverwaltung zustehenden Entscheidungs- und Beurteilungsspielraums als unwirtschaftliche Entscheidung zu betrachten ist.

Der Gemeinderat der Klägerin hat sich mit den verschiedenen Möglichkeiten zum weiteren Vorgehen befasst. So wurde in der Gemeinderatssitzung vom 01.08.2011 etwa auch die Möglichkeit einer Klärung im Wege einer Klage durch die Klägerin thematisiert. Auch die von den Beteiligten gleichermaßen zu Grunde gelegte Summe von 180.000,00 € in einem „worst case“-Fall, die die E. im Falle eines Vertragsschlusses mit dem R. unter Umständen fordern könnte, wurde im Gemeinderat besprochen (vgl. Sitzungsprotokoll vom 20.09.2010, Seite 1). Während einige Gemeinderatsmitglieder die letztlich beschlossene Vorgehensweise nicht mitgetragen, sondern mit einer Gegenstimme und zwei Enthaltungen abgestimmt haben, hat sich die Mehrheit des Gemeinderats für die Beauftragung der Verwaltung zum Abschluss eines Konzessionsvertrags auf Grundlage des Musterkonzessionsvertrags des Gemeindetags Baden-Württemberg entschieden.

Unter Berücksichtigung der genannten Handlungsvarianten und deren Folgen ist nicht ersichtlich, dass die von der Klägerin getroffene Entscheidung gegen die Grundsätze der wirtschaftlichen Haushaltsführung verstößt.

Die von der Klägerin gewählte Variante hat einige Vorteile, angesichts derer eine Beurteilung als mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbares oder als nicht nachvollziehbares oder nicht vertretbares Handeln nicht zu begründen ist.

Nach Überzeugung der Kammer kann die Klägerin nicht auf ein bloßes Zuwarten verwiesen werden. Denn der Gemeinderat der Klägerin ist - mindestens vertretbar - zum Ergebnis gelangt, dass der Konzessionsvertrag 2006 nichtig ist. Eine unklare, schwebende Rechtslage in der Hoffnung, die E. werde auch weiterhin die im Schreiben vom 25.03.2011 geäußerte Ansicht bis 2025 beibehalten, muss die Klägerin nicht dulden. Eine solche Vorgehensweise stellt angesichts der mit ihr verbundenen Nachteile keine Lösung dar, die in wirtschaftlicher Hinsicht als die zwingend vorzugswürdige und einzig vertretbare erschiene. Und auch bei Gegenüberstellung der zweiten Handlungsalternative zum gewählten Vorgehen erweist sich keine Variante als zwingend vorrangig. Denn im Gegensatz zu einem Vorgehen mittels Feststellungsklage entstehen für die Klägerin im ersten Schritt - einem potentiellen Herausgabe- bzw. Übertragungsrechtsstreit zwischen R. und E. - keine Kosten. Eine Feststellungsklage hätte außerdem den Nachteil der beschränkten Rechtskraftwirkung inter partes (vgl. insgesamt die Ausführungen unter 2. b)).

Diesen Argumenten hält der Beklagte maßgeblich entgegen, die Vorgehensweise der Klägerin habe zwei konkurrierende Konzessionsverträge zur Folge, wegen derer Schadensersatzforderungen zum Nachteil der Klägerin zu befürchten seien. Dieser Situation setze sich die Klägerin ohne Not aus, da die E. erklärt habe, dass nach ihrer Auffassung der Konzessionsvertrag 2006 wirksam sei. Bezug genommen wird dabei auch auf den von der Klägerseite stammenden Betrag von 180.000,00 €, der im „worst case“ von der E. unter Berufung auf §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB („c.i.c.“) geltend gemacht werden könnte.

Allerdings vermag der Umstand, dass im Falle der Wirksamkeit des Konzessionsvertrags 2006 zwei parallele Verträge bestünden, einen Verstoß gegen das Prinzip sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung nicht zu begründen. Gesetzlich oder vertraglich untersagt sind zwei parallele Verträge nicht. Ob sich das R., das unstreitig von der Vertragssituation mit der E. Kenntnis hat, im Falle eines Unterliegens ein weiteres Netz aufbaut, fällt in die Entscheidungsfreiheit des R. und betrifft nicht die Sphäre der Klägerin. Zuzustimmen ist dem Beklagten im Hinblick auf die Höhe des von der Klägerin genannten Betrages von 180.000,00 €, dass bei einer kleinen Gemeinde wie der Klägerin mit etwa 2.700 Einwohnern ein entsprechendes Kostenrisiko schwer wiegt. Diese Summe legt die Kammer - obwohl sie jedenfalls angesichts des von Klägerseite für ein Netzherausgabeverfahren zwischen R. und E. zu Grunde gelegten Streitwerts von 400.000,00 € (zu) hoch erscheint (s.o.) und wohl auch die in §§ 7 Abs. 1 Nr. 2 LJKG, 2 Abs. 5 GKG geregelte Gerichtskostenfreiheit der Klägerin für das Schadensersatzverfahren nicht berücksichtigt - zu Grunde. Neben der Höhe des Betrages ist allerdings zu berücksichtigen, dass vor dem tatsächlichen Eintritt eines solchen Schadens bei der Gemeinde zahlreiche „Hürden“ zu überwinden wären. Nur in der Variante, dass ein Netzherausgabeverfahren tatsächlich über drei Instanzen geführt und zuletzt von der E. verloren würde, käme ein anschließender Schadensersatzprozess gegen die Klägerin in Betracht. Die Variante eines früheren Verfahrensabschlusses oder eines Vergleichs gingen dagegen mit geringeren Kosten einher. Damit eine Schadensersatzforderung der E. dem Grunde nach erfolgreich wäre, müsste die Nichtigkeit des Konzessionsvertrages 2006 auf einem Fehler der Klägerin beruhen. Hinsichtlich der Schadenshöhe wäre dann ein mögliches Mitverschulden der E. zu berücksichtigen, das diese auf Grund der Vorformulierung des Bekanntmachungstexts treffen könnte. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der Eintritt des „worst case“ im Hinblick auf eine Vielzahl von alternativen Handlungs- und Geschehensvarianten, die unterschiedlichen Reaktionsmöglichkeiten der verschiedenen Beteiligten und den nicht vorhersehbaren Ausgang gerichtlicher Verfahren nicht sehr wahrscheinlich ist. Bei einer Abwägung der Vor- und Nachteile der verschiedenen Varianten

erweist sich damit die Gemeinderatsentscheidung vom 01.08.2011 nicht als mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar.

Die Ermessensentscheidung des Beklagten ist somit fehlerhaft, da der ihr zu Grunde gelegte Gesetzesverstoß - ein Verstoß gegen das Prinzip der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung - nicht vorliegt. Die Klage ist daher erfolgreich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die Zuziehung eines Bevollmächtigten ergeht aufgrund von § 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO. Dem Antrag war stattzugeben, da die Zuziehung eines Bevollmächtigten wegen der Schwierigkeit der zu Grunde liegenden Rechtsfragen angebracht war. Das Gericht macht von der Möglichkeit, das Urteil nach § 167 Abs. 2 VwGO hinsichtlich der Kosten für vorläufig vollstreckbar zu erklären, keinen Gebrauch. Die Berufung ist nicht gemäß § 124a Abs. 1 VwGO zuzulassen, weil keiner der Gründe des § 124 Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 4 VwGO vorliegt.