



# Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen

Geschäftszeichen: 2 W 53/14 = 7 O 1548/13 Landgericht Bremen

## B e s c h l u s s

In der Beschwerdesache

Freie Hansestadt Bremen, Stadtgemeinde Bremen, [...],

Klägerin und Beschwerdegegnerin,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [...]

gegen

T.[...],

Beklagte und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [...]

hat der 2. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Bremen durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Blum, die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Marx und die Richterin am Landgericht Keil am 4. November 2014 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des Landgerichts Bremen vom 27. Juni 2014 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Beschwerde.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe:**I.**

Die Klägerin macht mit der vorliegenden Klage im Wege des Urkundsprozesses gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von € 4,075 Mio. aus einem mit der Beklagten am 22.01.2010 geschlossenen „Gestattungsvertrag über die Ausübung von Werberechten auf öffentlichen Flächen der Freien Hansestadt Bremen, Stadtgemeinde Bremen“ (im Folgenden: Gestattungsvertrag) geltend.

Vorangegangen war eine von der Klägerin europaweit durchgeführte Ausschreibung einer „Dienstleistungskonzession für exklusives Werberecht auf öffentlichen Flächen der Freien Hansestadt Bremen, Stadtgemeinde Bremen“ vom 19.05.2009 im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb, bei der die D. AG (im Folgenden: D.), die Rechtsvorgängerin der Beklagten, den Zuschlag erhalten hatte.

Der Gestattungsvertrag ist für eine Laufzeit von 15 Jahren, gerechnet ab dem 1. Januar 2011, abgeschlossen (Rn. 23. Gestattungsvertrag). Nach Rn. 1.1. überträgt die Klägerin der

„D. das ausschließliche Recht, im Vertragsgebiet auf öffentlichen Flächen der Freien Hansestadt Bremen, Stadtgemeinde Bremen, mit Werbeträgern außerhalb von Gebäuden auf eigene Kosten und nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Vertrages Werbung zu betreiben.“

Nach Rn. 15.3.1 des Vertrags schuldet die D. für das Jahr 2011 ein jährliches Mindestentgelt von € 4,4 Mio., für 2012 von € 3,9 Mio.; für die folgenden Jahre sieht Rn. 15.3.2 eine an den allgemeinen Lebenshaltungskosten orientierte Erhöhung des Jahresentgelts vor. Das Entgelt ist jeweils vierteljährlich im Voraus zu zahlen.

Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin das Mindestentgelt für das 3. und 4. Quartal 2012 sowie für die ersten drei Quartale des Jahres 2013 (zusammen € 4,875 Mio.) unter Anrechnung einer Teilzahlung von € 800.000,00 geltend.

Die Beklagte rügt die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit und meint, es handele sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

Das Landgericht Bremen, 7. Zivilkammer, hat mit Beschluss vom 27. Juni 2014 nach § 17a Abs. 3 GVG den angerufenen Rechtsweg vor den Zivilgerichten für zulässig erklärt. Es liege eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG vor. Die

Klägerin mache einen Anspruch aus einem mit der Beklagten abgeschlossenen Werberechtsvertrag geltend, bei dem die Klägerin unternehmerisch und nicht hoheitlich tätig geworden sei (so im Ergebnis auch OLG Hamburg, Beschluss vom 13.09.2011, Az.: 3 W 50/11, Rn. 23, zitiert nach juris).

Mit der gegen diesen Beschluss rechtzeitig eingelegten sofortigen Beschwerde hält die Beklagte an ihrer Auffassung fest, dass eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit nicht gegeben und vielmehr der Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Bremen als zuständiges Gericht zu verweisen sei. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ergebe sich schon daraus, dass für die Errichtung der Werbeträger öffentlich-rechtliche Genehmigungen nach der Bremischen Landesbauordnung erforderlich seien. Folgerichtig würden Verträge der vorliegenden Art von der Verwaltungsgerichtsbarkeit als öffentlich-rechtliche „Sondernutzungsverträge“ eingestuft. Die vom Landgericht herangezogene Entscheidung des OLG Hamburg betreffe eine kartellrechtliche Auseinandersetzung, bei der sich die ausschließlich Zuständigkeit des Landgerichts aus § 87 GWB ergebe.

Das Landgericht Bremen hat mit Beschluss vom 13.08.2014 der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen.

## II.

Die sofortige Beschwerde der Beklagten gegen den Beschluss des Landgerichts Bremen vom 27. Juni 2014 ist zulässig (§§ 17a Abs. 4 Satz 3 GVG, 567 Abs. 1 Nr. 1, 569 ZPO), aber nicht begründet. Der Senat teilt die Auffassung des Landgerichts, dass die Klägerin im vorliegenden Prozess einen Anspruch aus einem gemäß § 13 GVG in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fallenden Vertragsverhältnis geltend macht, so dass der Prozess der ordentlichen Gerichtsbarkeit unterliegt:

Ob eine Streitigkeit öffentlich-rechtlich oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient (siehe GmS-OGB, BGHZ 97, 312, 313f.; BVerwGE 129, 9 = NJW 2007, 2275, Rn. 4 m.w.Nw.). Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit kann aber auch auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschenden Rechtsnormen nicht für jedermann gelten, sondern Sonderrecht des Staates oder

sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben sind, das sich zumindest an einer Seite nur an Hoheitsträger wendet (BVerwG a.a.O.; GemS-OGB, BGHZ 108, 284, 286).

Nach diesen Maßstäben leitet die Klägerin ihren Zahlungsanspruch aus einem dem Zivilrecht unterliegenden Vertrag ab. Ebenso wie in dem vom OLG Hamburg im Beschluss vom 13.09.2011 zum Az. 3 W 50/11 (GRUR-RR 2012, 126) zu beurteilenden Fall hat die Klägerin mit dem vorliegenden Vertrag die auf öffentlichem Grund zur Verfügung stehenden Werbeflächen vermarktet und ist insoweit unternehmerisch tätig. Sie hat sich mit der Ausschreibung dieser Flächen als Wettbewerberin neben die privaten Anbieter von Werbeflächen begeben. Der Vertrag ist nicht Ausdruck eines zwischen den Vertragsparteien bestehenden Unterordnungsverhältnisses, sondern beruht auf der unternehmerischen Entscheidung der Klägerin, den öffentlichen Grund zur Erzielung von Einnahmen zu vermarkten, sowie auf der Bereitschaft der Beklagten, diese Nutzungsmöglichkeit gegen Entgelt zu erwerben. Schließlich beruht die Möglichkeit, auf staatlichem Grund gegen Entgelt Werbeflächen zur wirtschaftlichen Nutzung zur Verfügung zu stellen, nicht auf staatlichem Sonderrecht, sondern auf der jedem Grundstückseigentümer zustehenden Befugnis, sein Grundstück wirtschaftlich nutzbringend zu verwenden.

Dass von der Beklagten zu errichtende Werbeanlagen öffentlich-rechtliche Genehmigungen nach § 64 BremLBO bedürfen oder – soweit sie hiervon befreit sind – jedenfalls die Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis nach § 18 BremLStrG erforderlich ist, steht dem nicht entgegen. Gegenstand des vorliegenden Vertrags sind nicht die hierfür erforderlichen Genehmigungen oder Erlaubnisse, sondern die Bereitstellung der öffentlichen Flächen der Klägerin außerhalb von Gebäuden zur Durchführung der in Ziffer 1 des Vertrags im Einzelnen definierten Werbemaßnahmen. Vertraglich eingeräumte Nutzungsrechte werden nicht bereits dadurch dem öffentlichen Recht unterworfen, dass sie die Erteilung der entsprechenden Genehmigungen voraussetzen.

Dies wäre möglicherweise anders zu beurteilen, wenn der Vertrag auch inhaltliche Bindungen der öffentlichen Hand hinsichtlich der zu erteilenden Genehmigungen enthielte, wenn etwa im Vertrag dem Erlaubnisnehmer pauschal ohne Prüfung des Einzelfalls für eine unbestimmte Anzahl von Sondernutzungstatbeständen nach öffentlichem Recht die entsprechenden Erlaubnisse gewährt würden (so der VGH München im Urteil vom 29.10.2008, Az.: 8 B 05.1468, DÖV 2009, 594, BeckRS 2009,

33077, Rn. 56 unter Verweis auf das zu beachtende Prüfungs- und Entscheidungsprogramm der Art. 18ff. BayStrWG).

Die im vorliegenden Fall unter Rn 14. „Genehmigungen und Erlaubnisse“ aufgeführten Bestimmungen erschöpfen sich aber in Hinweisen auf die je nach Sachlage erforderlichen Genehmigungen und die hierfür einzureichenden Antragsunterlagen und Nachweise. Sie nehmen weder die von der zuständigen Behörde durchzuführende Prüfung der jeweiligen Anträge gemäß § 18 Abs. 4 BremLStrG oder § 64 BremLBO vorweg noch lässt sich ihnen eine jeweilige Ermessensbindung entnehmen. Eine solche Bindung folgt auch nicht daraus, dass der Gestattungsvertrag – naturgemäß - die von ihm erfassten und von der Klägerin der Beklagten zur Verfügung zu stellenden Werbemöglichkeiten in Ziffer 1 abstrakt beschreibt, von den vom Vertrag nicht erfassten Werbemöglichkeiten abgrenzt sowie anhand der Anlagen 1 und 2 auch hinsichtlich der Standorte konkretisiert. Vielmehr enthält Rn. 14.7 des Vertrags Regelungen, mit denen nachteilige Auswirkungen abgelehnter Genehmigungen für die im Vertrag vorgesehenen Standorte durch die Bereitstellung von Ersatzstandorten oder durch eine Anpassung des Entgelts ausgeglichen werden sollen. Dies zeigt, dass die vertragliche Festlegung der Standorte unter dem Vorbehalt steht, dass bei einer auf die jeweiligen konkreten Verhältnisse abstellenden Genehmigungs- bzw. Erlaubnisprüfung eine derartige Genehmigung bzw. Erlaubnis zu erreichen ist, und diese Genehmigungen oder Erlaubnisse nicht durch den Gestattungsvertrag ersetzt werden. Die in Rn. 14.8 des Vertrags angeordnete Widerruflichkeit aller Genehmigungen und Erlaubnisse entspricht der gesetzlichen Vorgabe für die Erlaubnisse von Sondernutzungen nach § 18 BremLStrG (siehe § 18 Abs. 4 Satz 2 BremLStrG). Soweit die Beklagte auf die ihr übertragenen „Maßnahmen gegen Wildplakatierungen“ (Rn. 13. Gestattungsvertrag) verweist, handelt es sich ausweislich Rn. 13.2 um die Übertragung „der zivilrechtlichen Rechte Bremens gegen Wildwerber“, insbesondere also um auf die Eigentumsrechte der Klägerin gestützte Unterlassungsansprüche. Diese können zwar nicht vom Eigentum getrennt übertragen werden, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist aber eine Ermächtigung zur Geltendmachung in gewillkürter Prozessstandschaft möglich (siehe BGH, DtZ 1995, 360,365). Die Erteilung entsprechender Ermächtigungen sieht Rn. 13.2 Satz 3 Gestattungsvertrag ausdrücklich vor. Es geht somit auch hier nicht um die Übertragung hoheitlicher Befugnisse.

Aus den von der Beklagten angeführten Entscheidungen insbesondere verschiedener Verwaltungsgerichtshöfe ergibt sich nichts anderes:

Der Rechtsstreit, über den der VGH Mannheim mit Urteil vom 14.08.1992 (Az.: 10 S 816/91, NVwZ 1993, 903ff.) entschieden hat, war durch das vorher mit der Sache befasste Landgericht bindend an die Verwaltungsgerichtsbarkeit verwiesen worden. Zudem enthält nach den Feststellungen des VGH der dortige Nutzungsvertrag, ihn „rahmenrechtlich begleitend“, einzelne wesentliche Bestandteile der Sondernutzungserlaubnis, mit denen „die generalisierbaren Teile der Erlaubnisse bereits verbindlich durch den (Rahmen-) Vertrag geregelt“ seien (a.a.O., S. 904). Dem entsprechen die Regelungen im vorliegenden Vertrag nach den obigen Ausführungen nicht. Insbesondere ist das im Gestattungsvertrag geregelte Entgelt nicht gleichzusetzen mit der im Fall des VGH Mannheim im dortigen Vertrag geregelten Sondernutzungsgebühr. Die Höhe der von der Beklagten jeweils zu zahlenden Sondernutzungsgebühr ist im Gestattungsvertrag nicht geregelt. Das im Vertrag vereinbarte Entgelt ist nicht Gegenleistung für die Erteilung der erforderlichen Genehmigungen oder Erlaubnisse, sondern für die mit dem Gestattungsvertrag der Beklagten verschaffte Möglichkeit zur Nutzung der ihr zu überlassenden Werbeflächen der Klägerin.

Dies gilt auch angesichts des Umstandes, dass nach § 18 Abs. 10 Satz 2 BremLStrG – in Übereinstimmung mit § 12 Abs. 2 BremGebBeitrG – die Gemeinden für Sondernutzungen finanzielle Ausgleiche fordern können, die den wirtschaftlichen Wert der Sondernutzung berücksichtigen. Bei den im Gestattungsvertrag geregelten Entgelten handelt es sich nicht um derartige Ausgleichsforderungen der Klägerin, sondern um die im Rahmen des Vergabeverfahrens mit der Beklagten unter marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgehandelte und von der Beklagten zivilrechtlich akzeptierte Gegenleistung.

Für den Senat ist dabei nicht von entscheidender Bedeutung, was der Gestattungsvertrag hinsichtlich der Gebühren anordnet. Hierzu enthält der Vertrag verschiedene Bestimmungen, die zueinander möglicherweise in Widerspruch stehen. Während Rn. 14.1 Satz 4 Gestattungsvertrag ausdrücklich anordnet, dass die Gebühren für erforderliche Genehmigungen und Erlaubnisse D. (d.h. die Beklagte) gesondert trägt, bestimmt Rn. 15.5, dass für die Nutzung zusätzlich zu den vertraglich vereinbarten Entgelten nicht auch noch weitere Entgelte für die Sondernutzung zu zahlen sind. Möglicherweise beziehen sich die „erforderlichen Genehmigungen und Erlaubnisse“ in Rn. 14.1 Satz 4 nur auf die „sonstigen erforderlichen Genehmigungen“, welche nach Rn. 15.5 Satz 1 zusätzlich zu den vereinbarten Entgelten zu bezahlen sind. Denkbar ist auch, dass mit Nr. 15.5 Satz 1 (nur) die nach § 18 Abs. 10 BremLStrG zugelassene zusätzliche Geltendmachung eines finanziellen Ausgleichs für den wirtschaftlichen Wert der Sondernutzung ausgeschlossen werden soll, weil dieser

über das vertraglich vereinbarte Entgelt bereits hinreichend berücksichtigt ist. Auch die von der Beklagten beispielhaft vorgelegte Genehmigung für Außenwerbung nach § 64 BremLBO durch das Bauamt Bremen-Nord vom 19.11.2011 ist nicht eindeutig, weil zwar nach Seite 1 des Bescheides dieser gebührenpflichtig ist und dort zusätzlich erklärt wird, dass aus verwaltungstechnischen Gründen die Gebührenrechnung erst später zugesandt werde, sodann aber in den „Hinweisen“ unter 8810 ausgeführt ist, dass die Sondernutzung in Verbindung mit der Übertragung des exklusiven Werbenutzungsrechts auf öffentlichen Flächen der Stadtgemeinde Bremen für den jeweiligen Konzessionär gebührenfrei gestellt sei. Dies mag dafür sprechen, dass entgegen den wohl standardmäßig verwandten Hinweisen auf der ersten Seite der vorgelegten Genehmigung für diese neben der nach dem Gestattungsvertrag zu zahlenden vertraglichen Vergütung einer gesonderte Gebühr nicht mehr verlangt wird. Nach Auffassung des Senats würde dies aber nichts daran ändern, dass der Vertrag wesentlich durch das bürgerliche Recht geprägt ist und daher die ordentliche Gerichtsbarkeit für den auf diesen Vertrag gestützten Anspruch zuständig ist (siehe auch BGH, Urt. v. 12.11.1986, Az.: V ZR 273/84, NJW 1987, 773).

Auch die Entscheidung des VGH Mannheim vom 01.10.2004 (5 S 1012/03) betrifft ausweislich Rn. 77 (zitiert nach juris) eine Vereinbarung, in der die generalisierbaren Teile der Sondernutzungserlaubnisse bereits verbindlich rahmenvertraglich geregelt waren.

Dass der vom VGH München im Urteil vom 20.10.2008 (s.o.) entschiedene Fall mit dem vorliegenden nicht vergleichbar ist, hat der Senat bereits oben näher ausgeführt. Die von der Beklagten herangezogene Entscheidung des VG Hamburg (Urt. v. 25.02.1997, Az.: 12 VG 468/97) problematisiert die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht.

Die Entscheidung des VG Mainz (Beschluss vom 13.08.2010, Az.: 6 L 829/10.MZ) basiert auf der spekulativen Erwägung, dass der dort noch abzuschließende Vertrag generalisierbare Teile der Sondernutzungserlaubnis bereits verbindlich regeln werde. Wie oben ausgeführt, trifft das für den vorliegenden Vertrag nicht zu.

Die Entscheidung des VG Halle vom 04.09.2012 (Az.: 6 A 212/10 HAL) betrifft von vornherein einen unzweifelhaft dem öffentlichen Recht unterliegenden ablehnenden Bescheid auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis und verweist auf die oben bereits angeführte Rechtsprechung, dass öffentlich-rechtliche Sondernutzungsrechte für die Aufstellung von Werbeanlagen nicht pauschal und ohne Prüfung des Einzelfalls für eine unbestimmte Anzahl von Sondernutzungstatbeständen übertragen werden dürfen (Seite 19 des Urteils).

Der Senat teilt schließlich die Auffassung der Klägerin, dass die von der Beklagten angeführte wettbewerbliche Rechtsprechung des BGH (Urt. v. 25.04.2002, I ZR 250/00, „Elektroarbeiten“, NJW 2002, 2645ff.) sowie des OLG Hamm (Beschluss vom 05.11.2013, 4 U 72/13) auf die Besonderheiten des Wettbewerbsrechts zugeschnitten und deswegen für den vorliegenden Fall nicht von Relevanz ist. Beide Gerichte argumentieren damit, dass dem UWG bei der wettbewerblichen Beurteilung des Marktzutritts der öffentlichen Hand nur eine auf die Schutzfunktion seiner Anspruchsnormen begrenzte Kontrollfunktion zukomme (so der BGH, a.a.O., S. 2647f.), so dass es der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Rahmen des § 3 UWG verwehrt sei die Frage zu klären, ob die öffentliche Hand überhaupt zu diesem Marktzutritt berechtigt sei (so OLG Hamm, Rn. 60, zitiert nach juris).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO (siehe BGH, Beschluss v. 17.06.1993, Az: V ZB 31/92, NJW 1993, 2541, 2542).

Eine Zulassung der weiteren Beschwerde gemäß § 17a Abs. 4 Satz 2 und Satz 3 GVG, welche jedenfalls als Rechtsbeschwerde zu behandeln ist (siehe BGH, Beschluss v. 29.07.2004, Az.: III ZB 2/04, NJW-RR 2005, 142 n.w.Nw.) ist nicht veranlasst. Der Senat sieht sich hinsichtlich der angewandten Grundsätze in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung. Die von der Beklagten angeführten Entscheidungen betreffen, soweit sie überhaupt relevant sind, im Tatsächlichen andere Sachverhalte.

gez. Blum

gez. Dr. Marx

gez. Keil