

**Az: 2 K 214/07**

*Kr*

*verkündet am  
22.01.2009  
gez. Adamietz  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle*

**Im Namen des Volkes!  
Zwischenurteil über den Grund  
In der Verwaltungsrechtssache**

der ...,

Klägerin,

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwälte ...,

**g e g e n**

die ...,

Beklagte,

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwälte ...,

Beigeladene:

Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch den Senator für Umwelt, Bau, Verkehr und Europa,  
Ansgaritorstraße 2, Bremen,

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwälte ... ,

hat das Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 2. Kammer - durch Richter  
Kramer, Richter Gerke und Richterin Steinfatt sowie die ehrenamtlichen Richter ... und ...  
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22.01.2009 für Recht erkannt:

**Der Klaganspruch wird dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.  
Über die Höhe des Anspruchs wird im nachfolgenden Betragsver-  
fahren entschieden.**

...

## **Die Berufung wird zugelassen.**

### **Tatbestand**

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung von Kosten für die Verlegung von Leitungen und sonstigen Telekommunikationsanlagen im Zuge des Baus des C...-Centers in Bremen.

Eigentümer des C...-Centers ist die Beklagte.

Sie erwarb zur Errichtung dieses Gebäudes zunächst aufgrund eines Kaufvertrages vom 13.07.2000 von der Beigeladenen ein etwa 1.360 qm großes Grundstück im Einmündungsbereich der Straße C... zum H... Dieses ursprüngliche Kaufgrundstück umfasste die später gebildeten Flurstücke ..., ..., ... und .... Jene Grundstücksflächen waren zuvor Straßenverkehrsflächen gewesen. Außerdem war der Beklagten durch den Kaufvertrag vom 13.07.2000 ein Über- und Unterbaurecht auf den nachmaligen Flurstücken ... und ... eingeräumt worden, die aber nicht Teile des damaligen Kaufgrundstücks waren. In § 3 I. Nr. 2 Satz 2 des Kaufvertrages vom 13.07.2000 verpflichtete sich die Beigeladene, der Beklagten die Kosten für die Beseitigung etwaiger baulicher Anlagen oder sonstiger Hindernisse auf dem Kaufgrundstück zu erstatten.

Im Hinblick auf die Errichtung des C...-Centers wurde seitens der Beigeladenen die Straße C... zum H... hin im letzten Abschnitt nördlich verschoben und neu angelegt („neue C...“) sowie zwischen dem geplanten Gebäude und den W... ein Fußgängerbereich als öffentliche Verkehrsfläche („alte C...“) konzipiert. Die Klägerin verlegte sämtliche Telekommunikationsanlagen, soweit sie vorher über das ursprüngliche Kaufgrundstück verliefen, in den nunmehrigen öffentlichen Verkehrsbereich. Die neuen Leitungen der Klägerin lagen auf der Südseite jetzt parallel zur Grundstücksgrenze des geplanten Bauvorhabens. Auf der Seite zur S... hin wurden nun Kabel um die geplante Ostspitze des Gebäudes herum zur „neuen C...“ verlegt.

Aufgrund von Planungen der Beklagten zur Vergrößerung des Bauvorhabens wurde zwischen ihr und der Beigeladenen am 04.02.2004 ein Nachtragskaufvertrag abgeschlossen. Durch diesen Vertrag wurden von der Beigeladenen weitere Grundstücksflächen an die Beklagte verkauft. Es handelte sich dabei um die späteren Flurstücke ... und ... auf der Südseite zu

den W... hin, um das spätere Flurstück ... in Höhe der Einmündung der „neuen C...“ in den H... mit einer Fläche von etwa 10 qm sowie längs der „neuen C...“ um das Flurstück ..., Fläche 162 qm, und das spätere Flurstück ... mit einer Fläche von 56 qm. Für die beiden letztgenannten Flurstücke war im ersten Kaufvertrag vom 13.07.2000 lediglich ein Über- und Unterbaurecht vorgesehen. Andererseits waren die späteren Flurstücke ... und ... zum H... hin nach dem Nachtragskaufvertrag vom 04.02.2004 nicht mehr Bestandteil des neuen Kaufgrundstücks. Die neu erworbenen Grundstücksflächen vergrößerten auch unter Berücksichtigung der weggefallenen Flächen das Kaufgrundstück von 1.360 qm auf etwa 1.869 qm (II. A. Nr. 1. des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004).

Zusätzlich wurde im Nachtragskaufvertrag vom 04.02.2004 der Beklagten ein Unterbaurecht im Bereich des heutigen Gehweges zwischen C...-Center und W... eingeräumt. Das Unterbaurecht bezieht sich auf die später gebildeten Flurstücke ... und ... und umfasst etwa 218 qm. Das Unterbaugrundstück ist kein Teil des Kaufgrundstücks (II. A. Nr. 3. des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004).

In dem Nachtragskaufvertrag vom 04.02.2004 ist weiter geregelt (II. K. Nr. 1. und Nr. 2. dieses Vertrages), dass ergänzend bezüglich der Einmündung der „neuen C...“ in den H... und des Geh- und Radweges der „alten C...“ ein Infrastrukturvertrag und für das Nutzen des öffentlichen Straßengrundes z. B. durch den Einbau und teilweisen Verbleib der Spundwand für die Errichtung der Baugrube ein Gestattungsvertrag von der Beklagten mit dem Amt für Straßen und Verkehr abzuschließen war und die Beklagte die aus diesen Verträgen entstehenden Kosten zu tragen hatte. Entsprechend wurden zwischen der Beklagten und der Beigeladenen am 08.03./09.03.2004 ein öffentlich-rechtlicher Infrastrukturvertrag und am 04.05.2004 ein Nutzungsvertrag abgeschlossen. In beiden Verträgen verpflichtete sich die Beklagte gegenüber der Beigeladenen, die Kosten für die im Zusammenhang mit den jeweiligen Verträgen erforderlich werdenden Leitungsumlegungen zu tragen.

Eine von der Beklagten beauftragte Baufirma durchtrennte beim Setzen der Spundwand um das Baugrundstück herum am 25.05.2004 Kabelanlagen der Klägerin. In der Folgezeit verlegte die Klägerin sowohl die durch die Spundwand zerstörten Kabelanlagen neu als auch sämtliche Leitungen und Anlagen, die mit dem Unterbaurecht im Bereich des Gehweges der „alten C...“ und mit dem erweiterten Grundstück der Beklagten kollidierten.

Mit Vertrag vom 21.12.2004/04.01.2005 trat die Beigeladene an die Klägerin ihre Ansprüche gegen die Beklagte aus dem Infrastrukturvertrag vom 08./09.03.2004 und aus dem Nutzungsvertrag vom 04.05.2004 auf Übernahme der durch die erneute Verlegung von Leitungen der

Klägerin bzw. wegen Reparaturen an ihren Anlagen entstandenen Kosten ab. Der Höhe nach war die Abtretung auf Ansprüche im Wert von 207.779,84 Euro beschränkt.

Über die Abtretung setzte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 04.01.2005 in Kenntnis.

Mit Schreiben vom 24.11.2006 forderte die Klägerin durch eine im Einzelnen aufgeschlüsselte Rechnung die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 257.355,26 Euro für die Verlegung von Kabelkanalanlagen wegen des Neubaus des C...-Centers auf. Die Zahlung wurde bis zum 12.12.2006 erwartet.

Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 12.12.2006 die Bezahlung ab. Sie hätte zu keiner Zeit Aufträge zur Verlegung oder Wiederherstellung der entsprechenden Anlagen der T... erteilt.

Die Klägerin hat am 29.01.2007 Leistungsklage gegen die Beklagte erhoben.

Sie hat zunächst die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 257.355,26 Euro nebst Zinsen seit dem 13.12.2006 begehrt.

Der Anspruch stehe ihr in Höhe von 207.779,84 Euro aus von der Beigeladenen abgetretenen Rechten zu. Hinsichtlich des gesamten Betrages leite sie ihren Anspruch gegen die Beklagte aus dem Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter her.

Den Parteien des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004 sei bewusst gewesen, dass die von der Klägerin zuvor durchgeführten Verlegungsmaßnahmen nicht ausreichend gewesen seien. Deshalb seien von der Beigeladenen der Infrastrukturvertrag vom 08./09.03.2004 und der Nutzungsvertrag vom 04.05.2004 abgeschlossen worden. Die Beklagte habe danach die Kosten der erforderlich werdenden Leitungsumlegungen übernehmen sollen. Sämtliche von der Klägerin geltend gemachten Kosten seien für dazu notwendige Arbeiten angefallen. Dem Anspruch aus abgetretenem Recht stehe § 399 BGB nicht entgegen. Denn es gäbe einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 280 Abs. 1 BGB gegen die Beigeladene. Deshalb habe der Anspruch der Beigeladenen gegen die Beklagte auf Freihaltung von Kosten wirksam an die Klägerin abgetreten werden können. Die Beigeladene habe allein auf Veranlassung der Beklagten und in deren Interesse einer weiteren Veräußerung von Grundstücksflächen zugestimmt, obwohl ihr bekannt gewesen sei, dass dieses zu erneuten umfangreichen Leitungsverlegungen führen würde. Es wäre Pflicht der Beigeladenen gewesen, die Klägerin

ausdrücklich in die vertraglichen Beziehungen zwischen der Beigeladenen und der Beklagten einzubeziehen.

Der Infrastrukturvertrag vom 08.03./09.03.2004 und der Nutzungsvertrag vom 04.05.2004 seien im Übrigen als Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter anzusehen. Da die Klägerin keinen vertraglichen Ersatzanspruch gegen die Beklagte habe, sei sie als „Dritte“ schutzbedürftig. Rechtsfolge sei, dass ein eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten als Vertragspartei des Infrastrukturvertrages und des Nutzungsvertrages begründet werde. Die Beklagte habe ihre Schutzpflichten gegenüber der Klägerin verletzt. Die objektive Interessenlage der Beteiligten spreche für einen Drittschutz, da die Beigeladene als Wegebausträger die Klägerin von Verlegungskosten freizuhalten habe, da nur die Beklagte Begünstigte des vergrößerten Bauvorhabens sei.

Während des gerichtlichen Verfahrens stellte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 06.11.2007 weitere Verlegungskosten in Höhe von 14.773,17 Euro in Rechnung. Die Beklagte wurde insoweit zur Zahlung bis zum 23.11.2007 aufgefordert. Da die Beklagte nicht zahlte, erhöhte die Klägerin mit Schriftsatz vom 26.11.2007 die Klagforderung um diesen Betrag nebst Zinsen seit dem 24.11.2007.

Am 16.01./20.01.2009 schlossen die Klägerin und die Beigeladene einen zweiten Abtretungsvertrag. Die Beigeladene trat an die Klägerin nunmehr Ansprüche gegen die Beklagte aus dem Infrastrukturvertrag vom 08./09.03.2004 und dem Nutzungsvertrag vom 04.05.2004 in Höhe von 272.128,43 Euro ab.

Schließlich machte die Klägerin mit Schriftsatz vom 16.01.2009 geltend, dass ihr auch ein Anspruch gegen die Beklagte unmittelbar aus § 75 Abs. 5 Telekommunikationsgesetz (TKG) zustehe. Die schon vorhandenen Anlagen der Klägerin hätten Vorrang vor dem Bauvorhaben der Beklagten gehabt. Da die Verlegung der Anlagen der Klägerin zur Realisierung des Bauvorhabens der Beklagten erforderlich gewesen sei, habe die Beklagte gemäß § 75 Abs. 5 TKG vollumfänglich die Kosten der Verlegung und Veränderung der vorhandenen Telekommunikationslinien und –anlagen zu tragen. Der Prioritätsgrundsatz müsse in vollem Umfang jedenfalls für den Bereich des Unterbaurechts gelten.

Die Klägerin beantragt nunmehr,

die Beklagte zu verurteilen 272.128,43 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz bezüglich 257.355,26 Euro seit dem 13.12.2006 und bezüglich 14.773,17 Euro seit dem 24.11.2007 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,  
die Klage abzuweisen.

Sie bestreitet den Anspruch der Klägerin sowohl dem Grund wie der Höhe nach.

Die Beigeladene habe sich in den Grundstückskaufverträgen verpflichtet, der Beklagten ein von aktiven Leitungen freies Grundstück zu liefern. Dieser Verpflichtung sei die Beigeladene nicht nachgekommen, was die streitgegenständlichen Leitungsverlegungen, falls sie überhaupt erforderlich gewesen seien, erst ausgelöst habe. Die entsprechenden Bestimmungen aus dem Ursprungskaufvertrag seien in dem Nachtragskaufvertrag vom 04.02.2004 nicht geändert worden und bezögen sich nunmehr auf das vergrößerte Grundstück. Nur Leitungsarbeiten, die außerhalb des Kaufgrundstücks im Rahmen des Infrastrukturvertrages und des Nutzungsvertrages hätten vorgenommen werden müssen, wären durch diese Verträge erfasst. Die Verlegung von Leitungen, für die die Klägerin Kostenersatz begehre, stünde damit in keinem Zusammenhang.

Außerdem kämen Ansprüche der Klägerin aus von der Beigeladenen abgetretenem Recht nur in Betracht, wenn die Beigeladene Ansprüche gegen die Beklagte habe. Das sei nicht der Fall. Die Beigeladene habe nichts, was sie an die Klägerin abtreten könnte.

Es bestünden aber auch keine Ansprüche der Klägerin gegenüber der Beigeladenen. Sie ergäben sich weder nach dem Telekommunikationsgesetz oder aus § 280 BGB noch sonst. Die Beigeladene sei daher nicht mit Forderungen belastet, die Ansprüche gegen die Beklagte begründen könnten.

Werde eine Pflichtverletzung der Beigeladenen gegenüber der Klägerin unterstellt, würde die Beigeladene ihr aus eigenem Verschulden haften. Zu einer Freistellung der Beigeladenen für deren eigene Haftungsverbindlichkeiten habe sich die Beklagte zu keinem Zeitpunkt verpflichtet.

Schließlich habe die Beigeladene mit dem Verkauf des Grundstücks an die Beklagte substanzielle städtebauliche Interessen verfolgt. Eigene Interessen der Beigeladenen hätten auch bei der Erweiterung des Kaufgrundstücks vorgelegen. Weil die Beigeladene keine Ampel bei der Tiefgarageneinfahrt genehmigt hätte, hätte eine zweispurige Zufahrt errichtet werden müssen.

Die erforderliche Anzahl von Stellplätzen habe vor diesem Hintergrund nur durch eine entsprechende Erweiterung der Grundstückstiefe in Richtung W... realisiert werden können.

Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter lägen hier nicht vor. Weder der Infrastrukturvertrag noch der Nutzungsvertrag hätten die Erbringung von Leistungen zum Gegenstand, die unmittelbar Interessen der Klägerin berühren könnten. Auch habe die Beigeladene kein besonderes Interesse am Schutz der Klägerin gehabt. Es sei ferner nicht ersichtlich, warum ein solches Interesse nicht auch für die Inhaber von Gas-, Wasser-, Abwasser- und Stromleitungen gelten solle, die selbstverständlich nicht allesamt in den Schutzbereich der genannten Verträge einbezogen sein könnten.

Mit Schriftsatz vom 21.01.2009 erklärte die Beklagte hilfsweise die Aufrechnung mit einem Teilbetrag einer Schadensersatzforderung in Höhe von 316.373,77 Euro. Dieser Schadensersatzanspruch habe der K... gegen die Klägerin zugestanden und sei am 15.01.2009 an die Beklagte abgetreten worden.

Die mit Beschluss vom 03.05.2007 beigeladene Stadtgemeinde Bremen stellt keinen Antrag.

Sie trägt vor, dass die Beklagte zur Umsetzung ihres Bauvorhabens zusätzliche Flächen benötigt habe und daher an die Beigeladene wegen des Erwerbs herangetreten sei. Beiden Parteien sei klar gewesen, dass durch die Erweiterung des Baus Leitungsverlegungen erforderlich werden würden. Durch den Nachtragskaufvertrag sei der ergänzende Abschluss von Verträgen mit dem Amt für Straßen und Verkehr vereinbart worden. Dadurch sei die Verpflichtung zur Lieferung eines leitungsfreien Grundstücks vertraglich modifiziert worden. Der Abschluss des Infrastrukturvertrages habe den Zweck gehabt, die Verantwortlichkeit für unter der „alten C...“ und dem übrigen neuen Kaufgrundstück liegenden Leitungen auf die Beklagte zu übertragen. Für das neue Kaufgrundstück habe keine vertragliche Pflicht der Beigeladenen zur leitungsfreien Lieferung bestanden.

Mit der Erweiterung des C...-Centers im Jahre 2004 habe die Beigeladene keine eigenen stadtplanerischen Ziele verfolgt. Die im Zusammenhang mit der Erweiterung stehenden Maßnahmen hätten ausschließlich im Interesse der Beklagten gelegen. Anderes ergäbe sich auch nicht daraus, dass keine Genehmigung einer Ampelanlage erteilt worden wäre und Stellplätze aufgrund öffentlichen Rechts zu schaffen gewesen seien. Die Erweiterung des Bauvorhabens sei rein privat motiviert gewesen, auch wenn öffentliches Baurecht eingehalten werden müs-

se. Es sei allein Aufgabe der Beklagten gewesen, die Stellplätze herzurichten oder gegebenenfalls abzulösen.

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 280 BGB werde von der Beigeladenen nicht anerkannt. Zweck der Abtretung sei es gewesen, der Klägerin einen direkten Anspruch gegen die Beklagte zu verschaffen, sofern und soweit der Anspruch berechtigt sei. Da die Beklagte jegliche Ansprüche sowohl der Klägerin als auch der Beigeladenen gegenüber in Abrede gestellt habe, sei hier auch der ursprüngliche Freihaltungsanspruch in einen Schadensersatzanspruch umgewandelt worden und daher frei abtretbar gewesen.

Wegen des Vortrags der Beteiligten im Einzelnen und zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die Gerichtsakten und die beigezogenen Behördenakten verwiesen. Hinsichtlich der erläuternden Ausführungen seitens des Amtes für Straßen und Verkehr wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 22.01.2009 Bezug genommen. Außerdem sind die Akten des Landgerichts Bremen 2-OH-7/05 (betreffend ein Beweissicherungsverfahren hinsichtlich der Telekommunikationsanlagen im Zusammenhang mit dem Bau des C...-Centers) und 2-O-223/07 (betreffend geltend gemachter deliktischer Ansprüche der Klägerin wegen der Zerstörung ihrer Kabelanlagen u.a. gegen die Beklagte) beigezogen worden.

Mit Beschluss vom 10.04.2007 hat das Verwaltungsgericht den zu ihm beschrittenen Rechtsweg für zulässig erklärt.

### **Entscheidungsgründe**

1.  
Das Gericht kann gemäß § 111 VwGO durch Zwischenurteil über den Grund vorab entscheiden, wenn bei einer Leistungsklage ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist. Das ist hier der Fall.

Hinsichtlich des Grundes sind zum Teil schwierige Fragen zu entscheiden, die höchst Richterlich nicht geklärt sind.

Auch der Betrag ist zwischen den Beteiligten letztlich hinsichtlich aller Kostenpositionen umstritten. Da es insoweit um technisch komplexe Sachverhalte sowie um die Erforderlichkeit aller abgerechneten neuen Kabelanlagen und die Angemessenheit der dafür aufgewandten



Kosten geht, ist aus Sicht des Gerichts eine Entscheidung über den Betrag ohne Sachverständigengutachten nicht möglich.

Bei dieser Konstellation macht das Gericht aus Gründen prozesswirtschaftlicher Zweckmäßigkeit von dem ihm durch § 111 Satz 1 VwGO eingeräumten Ermessen Gebrauch, zunächst eine abschließende Klärung des Grundes vorzunehmen. Die Prüfung der Höhe des Anspruchs bleibt gemäß § 111 Satz 2 VwGO dem nachgehenden Betragsverfahren vorbehalten (Kopp/Schenke, Komm. z. VwGO, 15. Aufl., zu § 111, Rdnr. 1).

2.

Die Klage ist zulässig.

Das gilt auch für den erst mit Schriftsatz vom 16.01.2009 geltend gemachten Anspruch auf Kostenersatz nach § 75 Abs. 5 TKG. Dabei handelt es sich nicht um eine unzulässige Klageänderung.

Gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 1 ZPO liegt keine Klageänderung vor, wenn ohne Änderung des Klagegrundes die rechtlichen Ausführungen ergänzt werden. Eine solche Ergänzung hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 16.01.2009 vorgenommen.

Eine Änderung des Klagegrundes würde nur zu bejahen sein, wenn an Stelle des bisher dem Klagebegehren zugrunde liegenden Vorgangs bzw. zusätzlich ein anderer Sachverhalt zur Grundlage eines neuen Klagantrags gemacht würde (Kopp/Schenke, a.a.O., zu § 91, Rdnr. 6). Das liegt hier nicht vor. Denn die Klägerin leitet den Anspruch aus § 75 Abs. 5 TKG aus dem gleichen Sachverhalt her, der bereits Grundlage ihres bisherigen Begehrens war.

Die Erhöhung des eingeklagten Betrages durch den Schriftsatz vom 26.11.2007 stellt, weil es auch insoweit keine Änderung des Klagegrundes gegeben hat, gemäß § 173 Satz 1 VwGO i.V.m. § 264 Nr. 2 ZPO ebenfalls keine Klageänderung dar.

3.

Der Klaganspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

3.1

Das folgt allerdings nicht aus dem Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

Im gerichtlichen Hinweisschreiben des Kammervorsitzenden vom 30.11.2007 ist hierzu ausgeführt worden:

„Dieses in der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickelte Rechtsinstitut wird zwar auch im öffentlichen Recht anerkannt. Es setzt hier aber voraus, dass Dritte unzweideutig in den Schutzbereich einbezogen sind (vgl. Stelkens/Bronk/Sachs, Komm. z. VwVfG, 6. Aufl., zu § 62, Rdnr. 36 b und § 58, Rdnr. 24). Eine solche Eindeutigkeit lässt sich weder dem Infrastrukturvertrag noch dem Nutzungsvertrag entnehmen. Insbesondere fehlt es wohl an dem Kriterium der Erkennbarkeit für den Schuldner – hier die Beklagte –, dass die hier geregelten Pflichten zur Kostenübernahme gegenüber der Beigeladenen auch zu einem direkten Haftungsanspruch der Klägerin gegen die Beklagte führen sollten. Die Klägerin ist in diesen Verträgen nicht genannt. Sie ist auch keineswegs die einzige Institution, deren Leitungen oder andere Anlagen durch die Baumaßnahmen betroffen waren. Die Bestimmungen über die Kostenfreihaltung der Beigeladenen sind eher Ausdruck ihres allgemeinen Interesses, nicht Ansprüchen Dritter im Zusammenhang mit den vertraglich geregelten Maßnahmen ausgesetzt zu sein. Dass sie damit auch jeden in Betracht kommenden Leitungsträger in den Schutzbereich der Verträge einbeziehen wollte und dieses der Beklagten erkennbar war, wird kaum bejaht werden können.

Im Übrigen ist auch eine besondere Schutzbedürftigkeit der Klägerin nicht anzunehmen. Denn die Verneinung von Ansprüchen aus dem Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter führt nicht dazu, dass ihr entstandener Kostenaufwand nicht ersetzt werden kann.“

Die Kammer macht sich diese Ausführungen zu eigen.

Eine Schutzbedürftigkeit der Klägerin scheidet hier schon deshalb aus, weil sie wegen der ihr entstandenen Kosten für die Verlegung von Telekommunikationsanlagen Ansprüche gegen die Beklagte aus § 75 Abs. 5 TKG (siehe 3.2 der Entscheidungsgründe) und aus abgetretenem Recht (siehe 3.3 der Entscheidungsgründe) hat.

Einer Abtretung von Ansprüchen der Beigeladenen, die diese gegen die Beklagte hatte, hätte es im Übrigen gar nicht bedurft, wenn der Klägerin bereits eigene Ansprüche aufgrund Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zugestanden hätten. Die Abtretung ist vielmehr ein Hinweis, dass im Ergebnis wohl auch die Klägerin und die Beigeladene von dem Fehlen entsprechender Ansprüche aufgrund Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter ausgegangen sind.

### 3. 2

Die Klägerin kann die Erstattung von Kosten für die Verlegung von Telekommunikationsleitungen aufgrund des eingeräumten Unterbaurechts von der Beklagten gemäß § 75 Abs. 5 TKG verlangen. Bei einer Kostenersatzforderung wegen der Verlegung von Telekommunika-

tionslinien handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch (BVerwG, Beschluss vom 17.11.2008 – 6 B 41.08 – juris).

### 3.2.1

Es besteht insoweit eine Aktivlegitimation der Klägerin. Der Anspruch nach § 75 Abs. 5 TKG gebührt dem Nutzungsberechtigten, wenn bei ihm die Kosten angefallen sind. Bei Telekommunikationslinien ist hinsichtlich der Verkehrswege nach § 68 Abs. 1 Satz 1 TKG an sich der Bund Nutzungsberechtigter. Dieser überträgt aber nach § 69 Abs. 1 TKG die Nutzungsberechtigung auf schriftlichen Antrag an die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze. Dazu zählt die Klägerin, der eine entsprechende Berechtigung für das gesamte Bundesgebiet eingeräumt wurde (siehe Angaben auf der Homepage der Bundesnetzagentur, Gerichtsakte Bl. 685, 686).

### 3.2.2

Nach § 75 Abs. 5 TKG hat der Unternehmer anderer als der in § 75 Abs. 2 TKG bezeichneten besonderen Anlagen die aus der Verlegung oder Veränderung der vorhandenen Telekommunikationslinien oder aus der Herstellung der erforderlichen Schutzvorkehrungen erwachsenden Kosten zu tragen. Daraus folgt, dass der Klägerin von der Beklagten die Kosten – wegen der durch die Errichtung der Tiefgarage im Bereich des Unterbaurechts erforderlich gewordenen Maßnahmen - hinsichtlich der betroffenen Telekommunikationslinien zu erstatten sind.

### 3.2.3

Eine privilegierte besondere Anlage im Sinne des § 75 Abs. 2 TKG, der gegenüber die Klägerin mit ihren Leitungen und Anlagen auf eigene Kosten hätte weichen müssen, liegt hier nicht vor. Die Bevorrechtigung einer solchen Anlage setzt voraus, dass ihre Ausführung im öffentlichen Interesse liegt und vom Wegeunterhaltungspflichtigen bzw. Straßenbaulastträger selbst oder zumindest unter seiner überwiegenden Beteiligung ausgeführt werden soll. Diese Voraussetzungen sind zu verneinen.

#### 3.2.3.1

Es fehlt schon am öffentlichen Interesse.

Zwar lag ein solches Interesse im Hinblick auf die ursprüngliche Planung des C...-Centers vor. Dieses ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass zur Neugestaltung des Einmündungsbereichs der C... in den H... der Bebauungsplan 2166 aufgestellt und am 26.01.1999 von der Stadtbürgerschaft beschlossen wurde (Brem.ABl. S. 36). Die Begründung des Bebauungs-

plans verdeutlicht, dass durch die Um-gestaltung dieses Bereichs und die geplante Bebauung ein bedeutender Beitrag für die gewünschte Stärkung und Attraktivität der Bremer Innenstadt geleistet werden sollte (Bremische Bürgerschaft/Stadtbürgerschaft, Ds. 14/766 S vom 12.01.1999, S. 3). Von einer städtebaulichen Aufwertung durch das geplante C...-Center ist auch in der Vorlage Nr. 15/151 vom 11.04.2000 für die Baudeputation die Rede (Gerichtsakte Bl. 675 bis 676). Wegen der aufgrund der Entwidmungsverfügung vom 09.12.1999 (Gerichtsakte Bl. 45) erfolgten Aufhebung der öffentlichen Verkehrsfläche im Bereich des ursprünglichen Kaufgrundstücks der Beklagten und der Neuanlage der öffentlichen Verkehrsflächen musste die Klägerin die dadurch notwendige Verlegung ihrer Anlagen gemäß § 72 Abs. 3 TKG auf ihre Kosten bewirken. Das hat sie auch getan.

Anders stellt sich die Situation aber hinsichtlich der Erweiterung des Bauvorhabens der Beklagten dar. Der Senator für Umwelt, Bau, Verkehr und Europa/ Referat Planung/Bauordnung Stadtmitte hat in einer Stellungnahme vom 07.11.2008 (Gerichtsakte Bl. 706) ausgeführt, dass die Stadtgemeinde Bremen mit der Erweiterung des Vorhabens C...-Center im Jahre 2004 keine eigenen stadtplanerischen Ziele verfolgt habe. Die im Zusammenhang mit der Erweiterung stehenden Maßnahmen hätten ausschließlich im Interesse der Beklagten als des Investors gelegen. Diese Darstellung, die von der Beigeladenen im gerichtlichen Verfahren unterstrichen wurde, ist überzeugend. Wegen fehlenden städteplanerischen Interesses wurde auch nicht erneut die Baudeputation befasst. Die unterschiedlichen Vertragsausgestaltungen sprechen ebenfalls für ein fehlendes öffentliches Interesse an der Erweiterung des Vorhabens. Denn während die Beklagte nach dem ersten Kaufvertrag vom 13.07.2000 mit Ausnahme der Entfernung schon stillgelegter Kanal- und Leitungsanlagen keine Kosten für Leitungsverlegungen auf dem Kaufgrundstück zu tragen hatte, musste sie nach den aufgrund des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004 abgeschlossenen Verträgen - Infrastrukturvertrag und Nutzungsvertrag - die Kosten für erforderlich werdende Leitungsumlegungen und andere Folgekosten der Vergrößerung des C...-Centers übernehmen.

Es gab auch kein öffentliches Interesse speziell an der Ausdehnung der Tiefgarage in den Bereich des Unterbaurechts hinein. Dieses kann nicht damit begründet werden, dass das Amt für Straßen und Verkehr keine Signalanlage für die Zu- und Ausfahrt der Tiefgarage genehmigt hätte. Für eine Ampel gab es nach der in der mündlichen Verhandlung vom 22.01.2009 mitgeteilten Auffassung des Amtes für Straßen und Verkehr keine verkehrliche Begründung. Ob – wie von der Beklagten vorgetragen - das Fehlen einer Ampel eine Rampe mit getrennten Auf- und Abfahrtsspuren erforderlich machte und diese wiederum die Inanspruchnahme des Unterbaurechts für die Tiefgarage bedingte, wenn die erforderliche Zahl von Stellplätzen nachgewiesen werden sollte, ist angesichts der Größe des erweiterten Kaufgrundstücks zwei-

felhaft, bedarf aber keiner Aufklärung. Denn selbst wenn es so sein sollte, hatte die Beklagte mit der Schaffung von Stellplätzen in ihrem Bürogebäude ausschließlich eigene Interessen verfolgt.

Wenn für Gebäude öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen – was auch für jedes Wohnhaus gilt –, ist deren Beachtung noch kein Beleg für ein spezifisches öffentliches Interesse im Sinne des § 75 Abs. 2 TKG. Im Übrigen hat die Beigeladene zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beklagte auch Stellplätze hätte ablösen können. Ein öffentliches Interesse für eine Tiefgaragenausnutzung des Unterbaurechts ist vor diesem Hintergrund nicht zu erkennen.

### 3.2.3.2

Eine Bejahung des öffentlichen Interesses allein hätte ohnehin die Tiefgarage nicht zu einer bevorrechtigten Anlage gemacht. Denn kumulativ wäre nach § 75 Abs. 2 Satz 1 TKG erforderlich gewesen, dass die Beigeladene als Straßenbaulastträger den Bau der Tiefgarage selber ausgeführt hätte oder diese mit ihrer überwiegenden Beteiligung errichtet worden wäre. Nicht die Beigeladene, sondern die Beklagte hatte die Tiefgarage gebaut. Die Beigeladene hat sich auch nicht überwiegend an den Aufwendungen beteiligt. Sie hat im Gegenteil nichts zu den Kosten der Tiefgarage beigetragen, sondern die durch die Erweiterung bedingten Kosten nach Maßgabe des Infrastrukturvertrages und des Nutzungsvertrages allein der Beklagten auferlegt. Voraussetzung für die Annahme einer überwiegenden Beteiligung ist ein wirtschaftlicher Beitrag des Straßenbaulastträgers zur Herstellung der Anlage (Beck'scher TKG-Komm., zu § 75, Rdnr. 13). Eine ideelle Unterstützung reicht nicht.

### 3.2.4

Bei der Tiefgarage im Bereich des Unterbaurechts handelt es sich auch um eine besondere Anlage im Sinne der §§ 74, 75 TKG. Die Aufzählung besonderer Anlagen in § 74 Abs. 1 TKG, die der Wegeunterhaltung dienende Einrichtungen, Kanalisations-, Wasser-, Gasleitungen, Schienenbahnen und elektrische Anlagen ausdrücklich erwähnt, ist nicht abschließend. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass besondere Anlagen der öffentlichen Daseinsvorsorge dienen müssen. Vielmehr können besondere Anlagen auch im Interesse Privater geschaffen werden. Als besondere Anlagen sind in der Rechtsprechung eine Zufahrt zu privaten Garagen (BVerwG, Urteil v. 23.10.1981 – 7 C 67.79 in DVBl. 1982, 590) und ein Grundstücksanschluss zum öffentlichen Entwässerungskanal (BVerwG, Urteil v. 19.12.1985 – 7 C 81.84 in DÖV 1986, 656) behandelt worden. Zu den besonderen Anlagen werden auch Arkadenpfeiler eines Hauses gerechnet, soweit sie auf einem Verkehrsweg errichtet werden (Beck'scher TKG-Komm., zu § 74, Rdnr. 4). Dass eine besondere Anlage nicht notwendigerweise öffentlichen Interessen dienen muss, zeigt das Verhältnis von § 75 Abs. 2 TKG zu § 75 Abs. 5 TKG auf.

Denn gerade wenn kein öffentliches Interesse und keine Ausführung oder überwiegende Beteiligung des Straßenbaulastträgers vorliegt, ist Raum für die Anwendung des § 75 Abs. 5 TKG.

Als besondere Anlagen sind im Ergebnis alle Einrichtungen anzusehen, die an, in oder auf Verkehrswegen bestehen, aber nicht dem bestimmungsgemäßen Zweck des Weges dienen (Beck'scher TKG-Komm., zu § 74, Rdnr. 4 mit weiteren Nachweisen). Die in den Flurstücken des Unterbaurechts vorhandene Tiefgarage dient zwar dem ruhenden Verkehr, aber nicht dem bestimmungsgemäßen Zweck der öffentlichen Verkehrsfläche, in deren Bereich sie sich befindet. Diese ist vielmehr für Fußgänger angelegt.

### 3.2.5

Begrenzt ist der Anspruch der Klägerin nach § 75 Abs. 5 TKG allerdings auf die Erstattung der angemessenen Kosten für die Verlegung und Veränderung von Telekommunikationslinien einschließlich der Schutzvorkehrungen, die wegen der Kollision ihrer Anlagen mit dem Unterbaurecht erforderlich waren. Leitungsverlegungen, die ihren Grund nicht im Unterbaurecht der Beklagten hatten, sondern ausschließlich wegen der Erweiterung ihres Kaufgrundstücks notwendig wurden, sind nicht nach § 75 Abs. 5 TKG erstattungsfähig. Soweit sich die Tiefgarage nicht im Unterbaurecht, sondern auf dem Kaufgrundstück der Beklagten befindet, ist sie auch keine besondere Anlage im Sinne der §§ 74, 75 TKG.

### 3.3

Die Klägerin kann weitere Kosten aus abgetretenem Recht geltend machen.

#### 3.3.1

Die Beigeladene hat durch Verträge vom 21.12.2004/04.01.2005 und 16.01./20.01.2009 Ansprüche, die ihr gegen die Beklagte aus dem Infrastrukturvertrag vom 08./09.03.2004 und dem Nutzungsvertrag vom 04.05.2004 zustehen, an die Klägerin abgetreten. Der Höhe nach ist die Abtretung beschränkt auf Ansprüche im Wert von insgesamt 272.128,43 Euro.

#### 3.3.2

Die Abtretung führt zu einer Zahlungsforderung der Klägerin gegen die Beklagte, soweit einerseits ein Anspruch der Beigeladenen gegen die Beklagte auf Freihaltung von Kosten für die Verlegung von Telekommunikationsanlagen bestand und im Grundsatz andererseits der Klägerin in diesem Zusammenhang in gleicher Höhe ein Zahlungsanspruch gegen die Beigeladene zusteht.

Erst diese Verknüpfung führt prinzipiell zur Wirksamkeit der Abtretung. Denn nach § 62 Satz 2 BremVwVfG i.V.m. § 399 BGB ist eine Abtretung unwirksam, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann. Eine solche Veränderung des Inhalts wäre bei Fehlen eines äquivalenten Anspruchs der Klägerin gegen die Beigeladene an sich zu bejahen. Denn die Beigeladene hatte aus dem Infrastrukturvertrag und dem Nutzungsvertrag einen Anspruch gegen die Beklagte auf Freihaltung von Kosten. Die Klägerin macht aber gegen die Beklagte einen Zahlungsanspruch geltend. Ansprüche, die auf Schuldbefreiung bzw. Freihaltung oder Kostenübernahme gerichtet sind, können nach § 399 BGB prinzipiell nicht abgetreten werden. Eine Abtretung ist bei einer solchen Konstellation grundsätzlich nur dann als wirksam anzuerkennen, wenn der Zessionar - hier die Klägerin - zugleich Gläubigerin einer entsprechenden Forderung gegenüber dem Zedenten - hier die Beigeladene - ist, die der Schuldner – hier die Beklagte – gegenüber dem Zedenten zu übernehmen hätte. Bei dieser Konstellation ist bei Abtretung die Umwandlung eines Freihaltungsanspruchs in einen Zahlungsanspruch zu bejahen (vgl. Palandt, Komm. z. BGB, 67. Aufl., zu § 399, Rdnr. 4 mit weiteren Nachweisen).

### 3.3.3

Gegen die Beigeladene hat die Klägerin dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch wegen der entstandenen streitgegenständlichen Kosten, soweit sie nicht unmittelbare Ansprüche gegen die Beklagte nach § 75 Abs. 5 TKG hat.

Der Schadensersatzanspruch beruht auf einer Verletzung von Pflichten der Beigeladenen aus einem zwischen ihr und der Klägerin bestehenden Nutzungsverhältnis. Die Nutzungsberechtigung der Klägerin nach dem Telekommunikationsgesetz ergibt sich aus öffentlichem Recht (BVerwG, Beschluss vom 17.11.2008 – 6 B 41.08 a.a.O.). Zwischen ihr und dem Wegebau- lastträger – hier die Beigeladene - besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis. Zu den aus diesem Verhältnis herrührenden Pflichten gehört auch die Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme (Beck'scher TKG-Komm., zu § 68, Rdnr. 13).

Führt eine Verletzung dieser Pflicht durch die Beigeladene zu einem Schaden bei der Klägerin, kann diese in entsprechender Anwendung des § 280 Abs. 1 BGB von der Beigeladenen Schadensersatz verlangen. § 280 Abs. 1 BGB findet auch auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse Anwendung, soweit diese schuldrechtsähnliche Leistungsbeziehungen begründen und die Eigenart des öffentlichen Rechts nicht entgegensteht (Palandt, a.a.O., zu § 280, Rdnr. 10 mit weiteren Nachweisen). Diese Voraussetzungen liegen bei dem öffentlich-rechtlichen Nutzungsverhältnis im Hinblick auf Telekommunikationslinien in öffentlichen Verkehrswegen vor.

Die Beigeladene hatte gewusst, dass durch die Grundstücksvergrößerung Telekommunikationslinien verlegt werden mussten. Denn die entsprechenden Leitungen und Anlagen waren von der Klägerin auf Aufforderung der Beigeladenen zum Teil erst jüngst aufgrund der Veräußerung des ursprünglichen Kaufgrundstücks im Jahr 2000 und der Neuordnung der öffentlichen Verkehrsflächen im Einmündungsbereich der C... neu verlegt worden. Sie kollidierten nun mit den 2004 zusätzlich an die Beklagte verkauften Flächen. Außerdem hat die Beigeladene selber deutlich gemacht, dass die Erweiterung des Grundstücks der Beklagten ausschließlich in deren privaten Interesse lag. Ein öffentliches Interesse hatte sie verneint. Sie hat damit zu Lasten der Klägerin Kosten durch erforderliche Leitungsverlegungen ausgelöst, obwohl dem kein öffentliches Interesse zugrunde lag.

Grundsätzlich hat die Klägerin bei Änderungen der Verkehrswege nach § 72 Abs. 3 TKG auf ihre Kosten die gebotenen Maßnahmen an der Telekommunikationslinie vorzunehmen. Die gesetzliche Regelung fußt aber auf der Annahme, dass eine Verkehrsflächenänderung typischerweise im öffentlichen Interesse erfolgt. Ist das nicht der Fall, sondern erfolgt die Änderung ausschließlich im privaten Interesse, gibt es keinen überzeugenden Grund, auch dann die Klägerin mit den Kosten der Leitungsverlegungen zu belasten. Da für diesen atypischen Fall – abgesehen von Sonderfällen wie bei § 75 Abs. 5 TKG – keine gesetzliche Erstattungsregelung besteht, wäre es Sache der Beigeladenen gewesen, die Klägerin als Nutzungsberechtigte von den durch den begünstigten Dritten letztlich verursachten Verlegungskosten freizustellen (Beck'scher TKG-Komm., zu § 68, Rdnr. 13, und zu § 72, Rdnr. 21). Da die Beigeladene Verkehrsflächen an die Beklagte veräußerte, in denen aufgrund der Nutzungsberechtigung der Klägerin Telekommunikationslinien verliefen, hätte sie in den entsprechenden Verträgen mit der Beklagten sicherstellen können, dass die Klägerin einen unmittelbaren vertraglichen Anspruch auf Erstattung der Kosten gegen die Beklagte erhält. Die Beigeladene hätte bei vertraglicher Nichtdurchsetzbarkeit gegenüber der Beklagten auch von einer Veräußerung – für die kein öffentliches Interesse bestand – absehen können. Das hat sie nicht gemacht. Gegenüber der Beklagten hat sich die Beigeladene vielmehr vertraglich nur insofern abgesichert, dass sie selber von solchen Kosten freizuhalten ist. Auf diese Weise hat sie ihr eigenes wirtschaftliches Interesse gewahrt, aber nicht dasjenige der Klägerin. Sie hat damit gegen die ihr obliegende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen der Klägerin verstoßen. Diesen Pflichtverstoß hat sie auch zu vertreten, weil sie in voller Kenntnis der Umstände und Interessenlagen der Beteiligten gehandelt hat.

Der Schaden besteht in den aufgrund des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004 ausgelösten Kosten für erforderliche Verlegungen von Telekommunikationsanlagen in angemessener



Höhe, soweit nicht ein unmittelbarer Anspruch nach § 75 Abs. 5 TKG vorliegt. Denn in Höhe dieses Anspruchs ist durch das Handeln der Beigeladenen kein Schaden bei der Klägerin eingetreten.

#### 3.3.4

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 22.01.1954 – I ZR 34/53 in NJW 1954, 795; Urteil v. 12.03.1993 – V ZR 69/92 in NJW 1993, 2232) steht § 399 BGB bei Ansprüchen auf Befreiung von einer Verbindlichkeit der Abtretung nicht entgegen, wenn die Forderung gerade an den Gläubiger jener Verbindlichkeit abgetreten wird, von der der Zedent freizuhalten ist.

Nach dem Infrastrukturvertrag vom 08.03./09.03.2004 und dem Nutzungsvertrag vom 04.05.2004 hatte die Beklagte die Kosten für erforderlich werdende Leitungsumlegungen zu übernehmen bzw. die Beigeladene von diesbezüglichen Ansprüchen Dritter freizuhalten.

Nun gab es allerdings keinen unmittelbaren Anspruch der Klägerin gegen die Beigeladene auf Übernahme der Kosten für die Leitungsverlegungen. Es lagen insoweit keine vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Beigeladenen und der Klägerin vor. Ein gesetzlicher Anspruch auf Erstattung der Kosten für Leitungsverlegungen gegen die Beklagte als Straßenbaulastträger ist schon durch § 72 Abs. 3 TKG ausgeschlossen. Die Klägerin war gegenüber der Beigeladenen mithin nicht Gläubigerin exakt des Anspruchs, von dem die Beklagte die Beigeladene freizuhalten hatte. Gleichwohl ist die hier vorliegende Situation derjenigen vergleichbar, in denen der BGH bisher die Wirksamkeit der Abtretung bei Freihaltungsansprüchen bejaht hatte. Denn der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beigeladene beruht ausschließlich auf dem Umstand, dass letztere nicht gegenüber der Beklagten eine Kostenerstattung wegen der Leitungsverlegungen zugunsten der Klägerin vertraglich abgesichert hatte. Damit weist der Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beigeladene eine so enge Verknüpfung mit dem Anspruch der Beigeladenen auf Freihaltung von den Leitungsverlegungskosten auf, dass er im Hinblick auf § 399 BGB einem unmittelbaren Anspruch der Klägerin gegen die Beigeladene auf Erstattung der entsprechenden Kosten gleichzusetzen ist.

#### 3.3.5

Zu diesem Ergebnis führt auch die jüngere BGH-Rechtsprechung. Danach wandelt sich ein Freistellungsanspruch in einen Zahlungsanspruch des Geschädigten um, wenn der Schädiger jeden Schadensersatz ernsthaft und endgültig verweigert und der Geschädigte Geldersatz fordert. § 399 BGB steht dann einer Abtretung nicht entgegen (BGH, Urteil vom 13.01.2004 – XI ZR 355/02 (KG) in NJW 2004, 1868).

Die Beklagte hat von Anfang an ihre Eintrittspflicht wegen der Kosten für Leitungsverlegungen der Klägerin verneint. Sie hatte im Gegenteil unter Androhung von Schadensersatzforderungen mit Schreiben vom 06.05.2004 (Gerichtsakte Bl. 353) von der Klägerin die unverzügliche vollständige Entfernung der Anlagen verlangt. Eine Bereitschaft der Beklagten zur Übernahme der Kosten war damit nicht verbunden.

Die Weigerung der Beklagten, die Kosten für die erforderlichen Leitungsverlegungen zu übernehmen, stellte eine Verletzung ihrer vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Beigeladenen aus dem Infrastrukturvertrag und dem Nutzungsvertrag dar. Schon zum Zeitpunkt des ersten Abtretungsvertrages zwischen der Klägerin und der Beigeladenen vom 21.12.2004/04.01.2005 hatte die Beigeladene aufgrund des vorangegangenen Vorgehens der Beklagten davon auszugehen, dass die Beklagte ihrer Vertragspflicht zur Übernahme der Leitungsverlegungskosten nicht nachkommen wird, diese Verpflichtung also ernsthaft und endgültig verweigert hatte. Andererseits musste die Beigeladene aus dem gleichen Zusammenhang mit einem Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen sich rechnen.

Bei einer solche Konstellation wandelt sich der ursprüngliche Freistellungsanspruch der Beigeladenen in einen Zahlungsanspruch um, wenn die Klägerin – wie hier - Geldersatz fordert (BGH, Urteil vom 13.01.2004 a.a.O.). In Anwendung dieser Rechtsprechung gab es als Folge der Umwandlung bereits einen Zahlungsanspruch der Beigeladenen, den sie an die Klägerin abtreten konnte, ohne dass die Wirksamkeit dieser Abtretung durch § 399 BGB ausgeschlossen wäre.

Jedenfalls lag zum Zeitpunkt des zweiten Abtretungsvertrages vom 16.01./20.01.2009 über die gesamte eingeklagte Kostensumme in Höhe von 272.128,38 Euro eine endgültige Verweigerung der Beklagten hinsichtlich der Kostenübernahme schon dem Grunde nach vor, sodass spätestens zu diesem Zeitpunkt die Beigeladene keinen Freihaltungsanspruch, sondern einen mit der Forderung der Klägerin gegen sie gleichartigen, auf Zahlung gerichteten Schadensersatzanspruch abgetreten hatte. Die ernsthafte und endgültige Verweigerung ergab sich aus dem gesamten Vortrag der Beklagten im anhängigen Prozess.

### 3.3.6

Soweit das Verwaltungsgericht einen Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beigeladene bejaht, kann es hierüber trotz insoweit nicht bestehendem Verwaltungsrechtsweg befinden. Für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen, ist an sich nach § 40 Abs. 2 Satz 1

VwGO der ordentliche Rechtsweg gegeben. Da aber für die hier anhängig gemachte Klage der Verwaltungsrechtsweg besteht (siehe Beschluss des erkennenden Gerichts vom 10.04.2007), hat das Verwaltungsgericht gemäß §§ 173 Satz 1 VwGO, 17 Abs. 2 Satz 1 GVG den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten zu entscheiden.

Ohnehin muss das Verwaltungsgericht im Rahmen der Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs, dessen Bestehen ganz oder zum Teil von anderen Rechtsverhältnissen abhängig ist, solche Vorfragen inzident mitentscheiden, auch wenn sie an sich nicht in den Verwaltungsrechtsweg fallen (VG Bremen, Urteil vom 15.03.2007 – 2 K 1962/06).

### 3.3.7

Der Freihaltungsanspruch der Beigeladenen gegenüber der Beklagten bezog sich auf Kosten für Leitungsverlegungen, die durch die Vergrößerung des Grundstücks aufgrund des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004 bedingt waren. Die Verpflichtung der Beigeladenen aus § 3 I. Nr. 2 des Grundstücks-Kaufvertrages vom 13.07.2000, der Beklagten die Kosten für die Beseitigung von Hindernissen auf dem Kaufgrundstück zu erstatten, betraf demgegenüber nur das ursprüngliche Kaufgrundstück.

Für die aufgrund des ergänzenden Kaufvertrages vom 04.02.2004 hinzu gekauften Grundstücksflächen, für die mit der Erweiterung des Bauvorhabens in Zusammenhang stehenden Straßenbaumaßnahmen und für die Nutzung des öffentlichen Straßengrundes gelten die besonderen Bestimmungen nach Maßgabe von II. K. dieses Vertrages in Verbindung mit den Regelungen des Infrastrukturvertrages vom 08.03./09.03.2004 und des Nutzungsvertrages vom 04.05.2004. Nach II. K. Satz 2 des Vertrages vom 04.02.2004 sind die aus dem Infrastrukturvertrag und dem Nutzungsvertrag entstehenden Kosten durch die Beklagte zu tragen. Das betrifft auch die Kosten für erforderlich werdende Leitungsumlegungen nach § 2 Abs. 2 des Infrastrukturvertrages und nach Nr. 11 des Nutzungsvertrages. Nach Nr. 4 des Nutzungsvertrages hat sich die Beigeladene von der Beklagten die Freistellung von allen Ansprüchen Dritter in diesem Zusammenhang einräumen lassen.

Die Auffassung der Beklagten, diese Verpflichtungen würden nicht die neu erworbenen Grundstücksflächen betreffen, ist irrig.

## 3.3.8

Die erforderlich werdenden Leitungsumlegungen im Sinne des § 2 Abs. 2 des Infrastrukturvertrages beziehen sich auf die in § 1 des Infrastrukturvertrages beschriebenen Maßnahmen. Dazu heißt es in § 1 Abs. 1 Nr. 1.2 dieses Vertrages:

„Aufgrund der geplanten Inanspruchnahme der Straßennebenanlagen auf der Seite der W... (alte C...) sind Geh- und Radweg in veränderter Lage einschließlich der erforderlichen Leitungsverlegungen neu zu erstellen.“

Vor dem Nachtragskaufvertrag vom 04.02.2004 waren die späteren Flurstücke 730/30 und 731/5 Teil einer öffentlichen Verkehrsfläche, die allerdings nicht für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt war. Das ergibt sich schon aus dem Bebauungsplan 2166. Die Flächen für den vorgesehenen Geh- und Radweg, im Infrastrukturvertrag Straßennebenanlagen genannt, wurden durch die Übereignung der genannten Flurstücke an die Beklagte aufgrund des Nachtragskaufvertrages teilweise für deren Bauvorhaben in Anspruch genommen. Dieses bedingte, dass der Geh- und Radweg zwischen dem C...-Center und den W... verändert, nämlich zu den W... hin verschoben erstellt werden musste. Zugleich waren als weitere Folge die Leitungen, die in den veräußerten bisherigen öffentlichen Verkehrsflächen verlegt waren, von dort - nach Inanspruchnahme dieser Flächen seitens der Beklagten - zu entfernen.

Diese Vertragsbestimmungen des Infrastrukturvertrages sind eindeutig. Sie besagen, dass Leitungsverlegungskosten wegen Maßnahmen, die wegen der veräußerungsbedingten neuen Konzeption des Geh- und Radweges zwischen C...-Center und W... erforderlich wurden, von der Beklagten zu tragen sind. Überall dort, wo Flächen bisher für einen Gehweg vorgesehen waren und die aufgrund der Veräußerung nunmehr privates Grundstück der Beklagten wurden, sollte die Beklagte die Kosten für Leitungsverlegungen tragen. So hat es die Beigeladene auch stets gesehen. Eine Interpretation, wie sie die Beklagte vornimmt, dass auch hinsichtlich dieser Flächen § 3 I. Nr. 2 des ursprünglichen Kaufvertrages vom 13.07.2000 gelte, würde der im Infrastrukturvertrag geregelten Kostentragungspflicht hinsichtlich der erforderlich werden den Leitungsverlegungen weitgehend den Sinn nehmen. Denn Leitungen, die von der Veräußerung bisheriger öffentlicher Verkehrsflächen gar nicht betroffen waren, mussten deswegen auch nicht verlegt werden. Ob unabhängig von dieser Veräußerung auch noch sonstige Leitungsverlegungskosten allein wegen der veränderten Herstellung von Geh- und Radweg entstehen konnten und von der Beklagten zu tragen waren, kann dahinstehen. Die Beklagte trägt selber nicht vor, dass sie deswegen tatsächlich Kosten hatte. Im Ergebnis läuft die Argumentation der Beklagten faktisch darauf hinaus, dass sie überhaupt keine Kosten für Leitungsver-

legungen zu tragen hätte. Das widerspricht sowohl dem Wortlaut als auch der Intention der einschlägigen Bestimmungen des Infrastrukturvertrages.

Soweit Leitungsverlegungen der Klägerin erforderlich wurden, betrafen sie die westliche Spitze des vergrößerten Grundstücks im Bereich des späteren Flurstücks ..., und die östliche Spitze des vergrößerten Grundstücks im Anschluss an das Unterbaurecht, also das spätere Flurstück .... Beide Flurstücke waren ursprünglich als Gehweg vorgesehene öffentliche Verkehrsflächen.

Aus diesem Bereich musste die Klägerin ihre Leitungen entfernen. Soweit die Verlegung nicht schon eine Folge der Kollision ihrer Anlagen mit dem Unterbaurecht der Beklagten war, folgt die Beseitigungspflicht daraus, dass der Klägerin kraft Gesetzes ein Nutzungsrecht hinsichtlich ihrer Telekommunikationslinien nur in Verkehrswegen zusteht (§ 68 Abs. 1 TKG). Nach der Übereignung an die Beklagte zur Errichtung eines privaten Zwecken dienenden Gebäudes stellten die späteren Flurstücke ... und ... keine Flächen von Verkehrswegen mehr da. Aufgrund der Verlegung des Geh- und Radwegs und des Umstandes, dass die späteren Flurstücke ... und ... nach der Veräußerung dem Verkehr auf Dauer entzogen wurden, galt diese bisherige öffentliche Wegefläche nach § 7 Abs. 4 BremLStrG durch die Sperrung als entwidmet.

Eine vertragliche Vereinbarung der Klägerin mit der Beklagten über das Belassen zumindest eines Teils der Leitungen auf ihrem vergrößerten Grundstück hat es nicht gegeben. Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 76 Abs. 1 TKG für ein Verbleiben der Leitungen auf dem Grundstück der Beklagten lagen nicht vor. Hinzu kommt, dass ein Teil der Leitungen der Klägerin bereits im Zuge der Bauarbeiten beim Rammen der Spundwand zerstört worden war.

Ob die Beklagte, wie sie schriftsätzlich vorgetragen hat, der Klägerin angeboten hatte, die das vergrößerte Kaufgrundstück querenden Leitungen dort zu belassen bzw. die Leitungen durch das von der Beklagten zu errichtende Gebäude zu führen, muss für das Zwischenurteil über den Grund nicht aufgeklärt werden.

Der Vortrag steht im Übrigen schon im Gegensatz zu der schriftlichen Aufforderung der Beklagten vom 06.05.2004 an die Klägerin, ihre Anlagen auf dem – erweiterten – Grundstück der Beklagten unverzüglich zu entfernen. In diesem Schreiben sind zwar Alternativlösungen zur Diskussion gestellt worden, sie wurden aber wohl wegen der Bedingungen der Beklagten (z.B. Abschluss eines Nutzungsvertrages) nicht von der Klägerin aufgegriffen. Lag keine Vereinba-

zung mit der Beklagten vor, mussten die Telekommunikationslinien in den öffentlichen Verkehrsraum verlegt werden.

Die Frage, ob gleichwohl ein teilweises Verbleiben der Telekommunikationsanlagen auf dem vergrößerten Grundstück der Beklagten tatsächlich und rechtlich in Betracht kam, muss unter dem Gesichtspunkt der Prüfung einer Schadensminderungspflicht der Klägerin dem Bettragsverfahren vorbehalten bleiben.

### 3.3.9

Die Pflicht zur Kostentragung für Leitungsverlegungen der Klägerin traf die Beklagte auch, soweit die Verlegungen auf dem Nutzungsvertrag vom 04.05.2004 beruhten. Die Beigeladene hatte in diesem Vertrag der Beklagten u.a. im Bereich der C... und der W... den Einbau und Verbleib von Teilen eines Baugrubenverbaues gestattet. Dazu wurde eine Spundwand um das zu errichtende Gebäude herum gesetzt, die auch nach Darstellung der Beklagten zum Teil auf öffentlichem Grund verläuft und dort verblieben ist. Soweit diese Spundwand auf öffentlichem Grund dort eingebracht wurde, wo bisher Leitungen der Klägerin verliefen, mussten diese Leitungen wegen Kollision mit der von der Beigeladenen gestatteten Spundwand verlegt werden. Die Kosten dafür hatte nach Nr. 11 des Nutzungsvertrages die Beklagte zu tragen.

### 3.3.10

Den vorstehend ausgeführten rechtlichen Folgen steht nicht entgegen, dass durch den Nachtragskaufvertrag vom 04.02.2004 der Wortlaut des § 3 I. Nr. 2 des Kaufvertrages vom 13.07.2000 nicht geändert wurde, wonach die Beigeladene die Kosten für die Beseitigung von Hindernissen – mit Ausnahme stillgelegter Kanal- und Leitungsanlagen - der Beklagten zu erstatten hatte. Einer ausdrücklichen Änderung jenes Vertragswortlautes bedurfte es nicht, weil die Bestimmungen nach II. K. des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004 Sonderregelungen darstellen, die gegenüber älteren Vertragsvereinbarungen Vorrang haben. Denn in II. K. Satz 2 des Nachtragskaufvertrages ist ausdrücklich bestimmt, dass die aus dem Infrastrukturvertrag und dem Gestattungsvertrag für das Nutzen von öffentlichem Straßengrund entstehenden Kosten durch die Beklagte zu tragen sind. Als spätere und zugleich speziellere notariell beurkundete Vereinbarung verdrängt die Vertragsregelung in II. K. des Nachtragskaufvertrages vom 04.02.2004 in ihrem Anwendungsbereich frühere Vertragsbestimmungen zwischen der Beigeladenen und der Beklagten. Im Hinblick auf das ursprüngliche Kaufgrundstück, das weder vom Infrastrukturvertrag noch vom Nutzungsvertrag betroffen war, bleibt im Übrigen § 3 I. Nr. 2 des Kaufvertrages vom 13.07.2000 weiter anwendbar.

4.

Das Gericht wird über den strittigen Betrag gemäß § 111 Satz 2 VwGO erst befinden, wenn das Zwischenurteil über den Grund rechtskräftig geworden ist.

In diesem Betragsverfahren wird zu klären sein, inwieweit der von der Klägerin berechnete Kostenaufwand dem Anspruch aus § 75 Abs. 5 TKG oder dem abgetretenen Recht zuzurechnen ist.

Dort ist dann auch zu entscheiden, ob und welche in Rechnung gestellten Maßnahmen im Rahmen der Verlegung der Telekommunikationslinien im Einzelnen erforderlich waren, ob die berechneten Kosten angemessen sind, in welchem Maße eine zu berücksichtigende Wertverbesserung durch die Neuverlegung und –errichtung von Anlagen der Klägerin vorliegt, ob von der Klägerin eine Schadensminderungspflicht nicht beachtet wurde und ob und inwieweit die Klägerin berechtigt war, Umsatzsteuer, Unternehmergeinkostenzuschläge und Gewinnzuschläge bei Fremdleistungen zu verlangen.

5.

Die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 21.01.2009 hilfsweise erklärte Aufrechnung mit einem Teilbetrag eines an sie abgetretenen Anspruchs – falls die Abtretung wirksam sein sollte – wird ebenfalls erst im Betragsverfahren zu berücksichtigen sein. Denn zunächst ist festzustellen, ob und in welcher Höhe Ansprüche der Klägerin bestehen, gegen die aufgerechnet werden könnte.

Da es sich bei dem hilfsweise aufgerechneten Anspruch um eine behauptete zivilrechtliche Schadensersatzforderung und damit um einen rechtswegfremden Gegenanspruch handelt, der weder rechtskräftig festgestellt noch von der Klägerin anerkannt wurde, wird das Verwaltungsgericht auch bei wirksamer Abtretung ohnehin nicht über dessen Bestehen entscheiden. § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG ist bei Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung nicht anzuwenden (BFH, Beschluss vom 09.04.2002 – VII B 73/01 in NJW 2002, 3126 mit eingehender Begründung).

Vielmehr hat erforderlichenfalls dann ein Vorbehaltsurteil entsprechend § 302 ZPO zu ergeben (VG Bremen, Urteil vom 19.12.1996 – 2 A 82/94 im Anschluss an OVG Bremen, Urteil vom 01.12.1987 – 1 BA 6/87 - juris).

6.

Bei einem Zwischenurteil über den Grund ist weder über die Kosten noch über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu entscheiden (Türpe, „Probleme des Grundurteils, insbesondere seiner Tenorierung (II)“ in MDR 1968, 627, 630).

Da mit dem Zwischenurteil über den Grund noch gar nicht feststeht, in welchem Maße Kläger und Beklagte obsiegen und verlieren, kann eine Kostenentscheidung nach §§ 154, 155 VwGO schon deshalb nicht getroffen werden.

Vollstreckbar sind entsprechend § 704 ZPO nur Endurteile. Dazu zählt ein Zwischenurteil nicht. Soweit abweichend von § 704 ZPO in § 168 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nicht von Endurteilen, sondern allgemein von gerichtlichen Entscheidungen die Rede ist, hat das nur die Bedeutung, dass hier auch Gerichtsbescheide und Beschlüsse mit einbezogen sind (Sodan/Ziekow, Komm. z. VwGO, 2. Aufl., zu § 168, Rdnr. 27). Eine Vollstreckbarkeit von Zwischenurteilen lässt sich aus § 168 Abs. 1 Nr. 1 VwGO nicht herleiten.

7.

Gegen ein Zwischenurteil nach § 111 VwGO steht den Beteiligten gemäß § 124 Abs. 1 VwGO die Berufung zu, wenn sie von dem Verwaltungsgericht zugelassen wird.

Die Berufung ist hier wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 124 a Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen.

Grundsätzliche Bedeutung kommt zum einen der Frage zu, ob eine Tiefgarage, die sich aufgrund eines Unterbaurechts auch im Bereich einer öffentlichen Verkehrsfläche befindet, insoweit eine besondere Anlage im Sinne der §§ 74, 75 TKG darstellt.

Zum anderen ist grundsätzlich klärungsbedürftig, ob sich ein Straßenbaulastträger gegenüber einem nach §§ 68, 69 TKG Nutzungsberechtigten schadensersatzpflichtig macht, wenn er öffentliche Verkehrsflächen, in denen Telekommunikationslinien verlegt sind, im ausschließlichen Interesse eines privaten Investors veräußert, ohne in diesem Zusammenhang zugleich Ansprüche des Nutzungsberechtigten auf Kostenersatz zu begründen.



### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig. Die Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Verwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen,  
(Tag-/Nachbriefkasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich)

einulegen. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen und ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, bei dem Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen einzureichen. Die Begründung muss einen bestimmten Antrag sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung enthalten.

Die Berufung muss von einem Rechtsanwalt oder einem sonst nach § 67 Abs. 4 VwGO zur Vertretung berechtigten Bevollmächtigten eingelegt werden.

gez.: Kramer

gez.: Gerke

gez.: Steinfatt