

VG Hamburg Beschluß vom 30.7.2008, 4 E 1996/08**Leitsätze**

Mietfahräder mit Werbetafeln dürfen grundsätzlich ohne Sondernutzungserlaubnis auf Gehwegen abgestellt werden.

Tenor

Die aufschiebende Wirkung der Klage mit dem Aktenzeichen 4 K 2027/08 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 17.6.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.7.2008 wird wiederhergestellt, soweit er die Beseitigungsanordnung betrifft und angeordnet im Hinblick auf die Androhung des Zwangsgeldes in Höhe von 500,- EUR.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert wird auf 1050,- festgesetzt.

Gründe**I.**

Der nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellte Antrag ist zulässig (1.) und begründet (2.).

1. Der Eilantrag ist nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft, da Rechtsmittel gegen die angegriffene Beseitigungsverfügung vom 17.6.2008 nach der ausgesprochenen Anordnung der sofortigen Vollziehung keine aufschiebende Wirkung besitzen. Im Hinblick auf die Klage gegen die zugleich verfügte Zwangsmittelandrohung im Bescheid vom 17.6.2008 war der Antrag interessengerecht gemäß § 88 VwGO auszulegen. Da Rechtsmitteln gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 HmbVwVG von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung zukommt, ist der Eilantrag der Antragstellerin nach interessengerechter Auslegung dahingehend zu verstehen, dass die Antragstellerin hinsichtlich der Zwangsmittelandrohung nicht die Wiederherstellung, sondern die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs begehrt.

Die Antragstellerin besitzt entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin auch das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Denn obwohl die Antragstellerin im Hinblick auf die beiden Zwangsgeldandrohungen mit Schreiben vom 30.6.2008 zugesagt hat, die Fahrräder zu entfernen und dies offenbar auch zunächst geschehen ist, kann darin keine Erledigung gesehen werden, die das Rechtsschutzbedürfnis entfallen ließe. Eine Erledigung des vorliegenden Eilantrags würde voraussetzen, dass die Antragstellerin durch den Fortfall der aufschiebenden Wirkung ihrer Rechtsmittel nicht mehr beschwert wäre. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn die Antragstellerin eine Handlungsaufforderung der Antragsgegnerin befolgt hätte und der Streitgegenstand damit abschließend aus der Welt wäre – denkbar z.B. bei der Abrissverfügung für ein illegal errichtetes Bauwerk. Wenn jedoch die Handlungsaufforderung einen weitergehenden Inhalt besitzt, der eine Dauerwirkung entfaltet, kann mit dem einmaligen Befolgen der Aufforderung keine Erledigung eintreten, wenn auch für die Zukunft im Streit bleibt, wie sich der Betroffene verhalten darf und der Betroffene auch während des laufenden Rechtsmittelverfahrens an der streitigen Verhaltensweise festhalten möchte. So ist z.B. in einem Hausverbot zugleich das Gebot enthalten, sich aus dem geschützten Bereich zu entfernen, darüber hinaus jedoch auch das Verbot, den Bereich wieder zu betreten, d.h. die Untersagung mit Dauerwirkung. Hausverbote werden in gerichtlichen Eilverfahren nicht deshalb für erledigt gehalten, weil der Betroffene einmal das Gebäude verlassen hat.

Nach Auffassung des Gerichts ist vorliegend eine Konstellation gegeben, die wie beim Hausverbot eine Handlungsaufforderung mit Untersagung für die Zukunft beinhaltet, obwohl ausdrücklich nur eine Beseitigungsanordnung ausgesprochen wurde. Maßgeblich ist der Inhalt des Verwaltungsaktes nach objektivierter Empfängersicht. Aus dem angegriffenen Verwaltungsakt ist zu entnehmen, dass eine dauerhafte Entfernung der Mietfahräder gewünscht wird und nicht etwa eine kurzfristige Maßnahme, z.B. im Hinblick auf eine termingebundene Veranstaltung. Wäre es der Antragsgegnerin allein auf die kurzfristige Beseitigung bestimmter Fahrräder angekommen, hätte sie die

Fahrräder einzeln bezeichnet. Da sie dies nicht getan hat und auf das ihrer Ansicht nach generell bestehende Verbot hingewiesen hat, muss der Adressat von einer kombinierten Beseitigungs- und Untersagungsverfügung ausgehen – auch in Anbetracht der Tatsache, dass sich die Antragsgegnerin eine zusätzliche Untersagung im Bescheid vom 17.6.2008 vorbehalten hat. Da die Antragstellerin nur kurzfristig der Beseitigungsanordnung Folge geleistet, verschiedene Fahrräder zwischenzeitlich aber wieder aufgestellt hat bzw. dies beabsichtigt, und sich während des laufenden Klageverfahrens nicht der Beseitigungs- und Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin beugen möchte, ist sie nach wie vor beschwert und besitzt ein Rechtsschutzbedürfnis.

2. Der Antrag auf Wiederherstellung (a.) bzw. Anordnung (b.) der aufschiebenden Wirkung der inzwischen erhobenen Klage zum Aktenzeichen 4 K 2027/08 ist begründet.

a. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage der Antragstellerin zum Aktenzeichen 4 K 2027/08 gegen die im Bescheide enthaltene Beseitigungsverfügung der Antragsgegnerin vom 17.6.2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.7.2008 ist begründet. Das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiegt das Interesse der Antragsgegnerin an der sofortigen Vollziehung der Beseitigungsanordnung. Denn nach der im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur möglichen, aber auch hinreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung, mit welcher die Antragsgegnerin der Antragstellerin aufgegeben hat, eine unbestimmte Zahl von Mietfahrrädern aus dem Bezirk Hamburg-Mitte zu entfernen. Das Interesse, eine voraussichtlich rechtswidrige Verfügung zu vollziehen, ist gegenüber dem Interesse des Antragstellers, den Suspensiveffekt seines Rechtsmittels in Anspruch zu nehmen, stets nachrangig.

Die angegriffene Verfügung begegnet schon deshalb rechtlichen Bedenken, weil sie zu unbestimmt im Sinne des § 37 Abs. 1 VwVfG sein dürfte. Aus einer reinen Beseitigungsverfügung muss für den Adressaten hinreichend deutlich werden, wie viele, d.h. welche Objekte zu entfernen sind. Bestand dürfte die Verfügung insoweit allenfalls im Hinblick darauf haben, dass es der Antragsgegnerin vielmehr auf die generelle Untersagung des Aufstellens von gewerblich angebotenen Mietfahrrädern angekommen ist. Bei einer generellen Untersagungsverfügung darf nach Auffassung des Gerichts die Beseitigung aller störenden Objekte verfügt werden, da aus ihr klar hervorgeht, dass jedes Mietfahrrad jetzt und in Zukunft als ordnungswidrig aufgestellt betrachtet wird.

Die Anordnung der Antragsgegner kann voraussichtlich nicht auf die Spezialvorschriften der § 61 und § 60 des Hamburgischen Wegegesetzes (HWG) gestützt werden. Danach kann die Wegeaufsichtsbehörde den Pflichtigen beauftragen, die Folgen einer unzulässigen Handlung zu beseitigen und den ordnungsgemäßen Zustand wieder herzustellen. Das Aufstellen der mit Werbung versehenen Mietfahrrädern auf öffentlichen Gehwegen durch die Antragsgegnerin stellt nach summarischer Prüfung jedoch keine unzulässige Maßnahme nach dem HWG dar, da darin keine genehmigungspflichtige Sondernutzung nach § 19 Abs. 1 HWG zu sehen sein dürfte, sondern Gemeingebrauch gemäß § 16 HWG. Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 HWG stellt jede Benutzung der öffentlichen Wege, die ihren Gebrauch für andere ausschließt oder in den Wegekörper eingreift oder über die Teilnahme am öffentlichen Verkehr (Gemeingebrauch) oder über den Anliegergebrauch hinausgeht, eine genehmigungspflichtige Sondernutzung dar. Das Aufstellen von Mietfahrrädern dürfte insbesondere deshalb keine Sondernutzung darstellen, weil der Gemeingebrauch nach § 16 HWG nicht überschritten wird. Nach § 16 Abs. 1 HWG dürfen öffentliche Wege, da diese dem Gemeingebrauch dienen, ohne besondere Erlaubnis im Rahmen der Widmung

und der Vorschriften über den Straßenverkehr zum Verkehr benutzt werden, soweit dadurch nicht andere in ihrem Gemeingebrauch unzumutbar beeinträchtigt werden und – genehmigte – Sondernutzungen nicht entgegenstehen. § 16 Abs. 2 HWG bestimmt, dass zum Gemeingebrauch nicht die Benutzung eines Weges zu anderen Zwecken, insbesondere zur Gewerbeausübung, gehört. Werbung auf öffentlichen Flächen stellt grundsätzlich eine erlaubnispflichtige Sondernutzung dar, solange sie vorrangig betrieben wird und nicht nur gelegentlich der Verkehrsteilnahme (HmbOVG, Beschluss vom 13.6.2003, 2 Bs 181/03, juris).

Nach diesen Grundsätzen handelt es sich beim Aufstellen der Mietfahräder durch die Antragstellerin nach summarischer Prüfung nicht um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung. Die Nutzung der Gehwege durch abgestellte Mietfahräder widerspricht nicht den Vorschriften über den Straßenverkehr (aa.). Auch ist die Nutzung öffentlicher Flächen durch Mietfahrzeuge im ruhenden wie im fließenden Verkehr als Gemeingebrauch anzusehen (bb.). Dies gilt auch in Anbetracht der Tatsache, dass die streitigen Mietfahräder mit Eigen- und Fremdwertetafeln ausgestattet sind (cc.). Schließlich ist bislang nicht davon auszugehen, dass die Antragstellerin durch das Aufstellen der Mietfahräder andere Verkehrsteilnehmer in ihrem Gemeingebrauch unzumutbar beeinträchtigt (dd).

aa.) Die Antragstellerin dürfte den Widmungszweck einhalten, da die Mietfahräder nicht im Widerspruch zu Vorschriften des öffentlichen Straßenverkehrs abgestellt werden. Anders als bei Kraftfahrzeugen, für die das Gehwegparken grundsätzlich gemäß § 12 Abs. 4 Satz 1 StVO untersagt ist, ist das Abstellen von Fahrrädern auf öffentlichen Gehwegen nicht nach dem Straßenverkehrsrecht verboten (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 29.1.2004, 3 C 29/03, NJW 2004, 1815 f. und in juris). Der Verordnungsgeber hat es bisher bewusst abgelehnt, für das Abstellen von Fahrrädern auf Gehwegen eine straßenverkehrsrechtliche Regelung zu erlassen (VG Lüneburg, Urteil vom 14.12.2005, 5 A 51/05, NJW 2006, 1609 ff. und in juris).

bb.) Das Aufstellen von zugelassenen und betriebsbereiten Fahrzeugen zum Zwecke der alsbaldigen Vermietung durch einen gewerblichen Vermieter – in straßenverkehrsrechtlich zulässiger Weise - gehört zu einer Nutzung der Straße im Rahmen des Gemeingebrauchs (BVerwG, Urteil vom 3.6.1982, NJW 1982, 2332 f. und in juris, zu zeitweilig nicht vermieteten Kraftfahrzeugen, die auf öffentlichem Grund geparkt werden). Solange ein Fahrzeug vorrangig zu Verkehrs- und nicht zu gewerblichen Zwecken vorübergehend abgestellt wird und dies als Unterbrechung des fließenden Verkehrs angesehen werden muss, handelt es sich um einen straßenrechtlich zulässigen Parkvorgang im Rahmen des Gemeingebrauchs. Dies gilt auch für Gewerbebetriebe, die ihre Fahrzeuge zur Teilnahme am Verkehr gewerblich anderen zur Verfügung stellen oder selbst gewerblich nutzen. Aus diesem Grund ist die Verkehrsteilnahme für eine Vielzahl gewerblich genutzter Fahrzeuge aus straßenrechtlicher Sicht unproblematisch, wie z.B. für Taxen, Mietwagen, Reisebusse, Kleintransporter usw., auch dann, wenn sie vorübergehend abgestellt werden. Der Verkehrszweck steht nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich das Gericht anschließt, auch dann im Vordergrund, wenn nicht absehbar ist, welcher Kunde welches Fahrrad über welchen Zeitraum nutzt.

cc.) Anders kann die Beurteilung ausfallen, wenn das Verkehrsmittel praktisch nicht mehr als solches benutzt wird, sondern ausschließlich Werbezwecken dient (BVerwG, Urteil vom 3.6.1982, a.a.O.). Nach Auffassung des Gerichts dürfte bei den von der Antragstellerin aufgestellten Fahrrädern der Nutzungsschwerpunkt jedoch nicht im Werbezweck liegen, sondern in der Bereitstellung als Mietfahrzeug.

Werbung auf Fahrzeugen, die regelmäßig am fließenden Verkehr teilnehmen, schadet grundsätzlich der Bewertung als Gemeingebrauch nicht, da der Verkehrszweck im Vordergrund steht. Daher ist eine Vielzahl gewerblich genutzter Fahrzeuge – ohne dass es straßenrechtlich bedenklich wäre und zu Beanstandungen kommt – mit Eigen- oder Fremdwerbung versehen, wie z.B. Taxen, gewerblich genutzte Kleintransporter ebenso wie in großem Stil Busse der Hamburger Verkehrsbetriebe, des

Beim Abstellen eines Fahrzeugs, das mit Werbung versehen ist, kommt eine Sondernutzung eher in Betracht. Entscheidend ist, ob das Fahrzeug zum Zwecke des Verkehrs, also der späteren Inbetriebnahme – oder vorrangig zu Werbezwecken erfolgt. Um dies zu ermitteln, sind objektive Anhaltspunkte wie die Dauer der Abstellung, die Wahl des Abstellortes und die Art der konkreten Aufstellung zu berücksichtigen (HmbOVG, Beschluss vom 13.6.2003, a.a.O., m.w.N.; OVG Münster, Urteil vom 12.7.2005, 11 A 4433/02, juris).

Hier dürften nicht genügend Anhaltspunkte für den vorrangigen Zweck der Werbung sprechen.

Die Gestaltung der Mietfahrräder bietet keinen Anhaltspunkt dafür, dass sie vorrangig Werbezwecken dienen. Es handelt sich um einsatzbereite Fahrräder, die mit einer Werbetafel versehen sind, welche die Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt und die nicht so aufdringlich sind, dass sie den Fahrer als Werbeträger erscheinen lassen. Wenn die Fahrräder in Betrieb sind, ist die Werbetafel praktisch nicht wahrnehmbar, sondern nur in abgestelltem Zustand. Dass die Antragstellerin auf ihrer Homepage mit der Möglichkeit zur Fremdwerbung wirbt, ändert nach Auffassung des Gerichts nichts am vorrangigen Verkehrszweck. Auch der ... wird z.B. mögliche Interessenten auf die Werbeflächen auf Bussen aufmerksam gemacht haben.

Die Dauer des Abstellens lässt ebenfalls keine Schlüsse auf einen vorrangigen Werbezweck der Antragstellerin zu. Das Gericht hat keine Anhaltspunkte dafür, dass die bereitgestellten Fahrräder nicht regelmäßig genutzt werden, sondern eher dauerhaft abgestellt sind. Das Geschäftskonzept der Antragstellerin wird auch von der Antragsgegnerin als erfolgversprechend bewertet, was sich daraus schließen lässt, dass diese selbst ab dem Jahr 2009 selbst ein ähnliches Vermietssystem für Fahrräder in Hamburg installieren möchte. Allein dieser Umstand berechtigt die Antragsgegnerin selbstverständlich nicht dazu, das Konzept der mit der Antragsgegnerin insoweit konkurrierenden Antragstellerin als unzulässige Sondernutzung anzusehen. Möglicherweise bereits jetzt - spätestens sobald sich das Geschäftskonzept der Antragstellerin am Markt etabliert hat, ist wie in einer Vielzahl anderer Städte von einer häufigen Nutzung

der Fahrräder und von ständig wechselnden Aufstellorten auszugehen, so dass die Mietfahrräder nicht als feste Werbetafel auf öffentlichem Grund angesehen werden können.

Aus der Art und Weise der Aufstellung kann auch nicht auf einen vorrangigen Werbezweck geschlossen werden. Hinreichend deutlich erkennbar wird der Vorrang des Werbezwecks erst, wenn er sich unter dem Gesichtspunkt des Parkens nicht mehr als sinnvoll erklärbar darstellt (HmbOVG, Beschluss vom 13.6.2003, a.a.O.). Dies scheint nicht der Fall zu sein. Die Fahrräder standen bislang in üblichen Fahrradständern auf Gehwegen sowie an Brückengeländern o.ä. im Innenstadtbereich. Das Gericht verkennt nicht, dass die Fahrräder deutlich sichtbar für Passanten abgestellt wurden, was angesichts des Geschäftskonzepts der Antragstellerin jedoch erforderlich ist, um eine häufige Vermietung zu gewährleisten. Zwangsläufig werden die Mietfahrräder der Antragstellerin in einer von Touristen und Passanten stark besuchten Gegend wie der Hamburger Innenstadt aufgestellt, da hier mit einer verstärkten Nutzung der Fahrräder zu rechnen ist. Dass in dieser Gegend der Werbeeinfluss größer ist als in Randgebieten, ist ein günstiger Nebeneffekt. Das Gericht hat keinen Anhaltspunkt für die Annahme, die Vermietung sei nur ein „Scheingeschäft“ – in Wahrheit komme es der Antragstellerin allein auf die Werbewirkung der Fahrräder an. Die Fahrräder werden zudem nach der Nutzung durch die Kunden von diesen selbst positioniert und nicht von der Antragstellerin, so dass die Art und Weise der Aufstellung dieser kaum zugerechnet werden kann.

dd.) Bislang hat die Antragsgegnerin auch nicht geltend gemacht, dass andere Verkehrsteilnehmer in ihrem Gemeindegebrauch unzumutbar beeinträchtigt wären, so dass die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs nicht mehr gewährleistet wäre. Zwar nimmt die Antragstellerin ausweislich der Lichtbilder in der Akte zeitgleich einige Fahrradständer in Anspruch, die ansonsten anderen Radfahrern zur Verfügung stehen. Es gibt aber – noch – keine Anhaltspunkte dafür, dass die Nutzung der Fahrradständer und der sonstigen Abstellorte für Fahrräder durch die Antragstellerin andere derart behindern würde, dass Fahrräder nunmehr vermehrt für andere störend abgestellt werden oder dass der Fußgängerverkehr auf den Gehwegen beeinträchtigt wäre.

Andere Ermächtigungsgrundlagen kommen für die Untersagungsverfügung nicht in Betracht. Da es sich nicht um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung handeln dürfte, entbehrt auch die in der Verfügung enthaltene Untersagung voraussichtlich der erforderlichen rechtlichen Grundlage.

b. Der Antrag hat auch Erfolg, soweit mit ihm begehrt wird, die aufschiebende Wirkung der Klage im Hinblick auf die Zwangsmittellandrohung anzuordnen.

Denn die Klage gegen die Beseitigungsverfügung besitzt – wie oben erörtert – Erfolgsaussichten und das Gericht hat ihre aufschiebende Wirkung bezüglich der Beseitigungsverfügung wiederhergestellt. Somit fehlt es für das Zwangsmittelverfahren an der allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzung gemäß § 18 Abs. 1 HmbVG, der sofortigen Vollziehbarkeit der Beseitigungsverfügung.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Der Streitwert wurde gemäß §§ 53 Abs. 3 Nr. 2 und 52 Abs. 1 GKG und Nr. 43.1. des Streitwertkatalogs in der Fassung vom 7./8. Juli 2004 (Anlage zu § 164 VwGO, Kopp/Schenke, VwGO, 14. Auflage) festgesetzt, wobei der von der Antragstellerin erwartete Jahresgewinn von 2.100,- EUR an den 21 streitigen Fahrrädern halbiert wurde, da es sich um ein Eilverfahren handelt.