

## **OVG Hamburg Beschluß vom 19.6.2009, 2 Bs 82/09**

Aufstellung von Fahrrädern zu Miet- und/oder Werbezwecken ohne wegerechtliche Erlaubnis auf öffentlichen Wegeflächen

### **Tenor**

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 24. April 2009 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 10.000,-- Euro festgesetzt.

### **Gründe**

I. Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin führt in der Sache nicht zum Erfolg.

1. Das Verwaltungsgericht hat die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die auf § 61 Satz 1 des Hamburgischen Wegegesetzes (HWG) gestützte Verfügung der Antragsgegnerin vom 24. Februar 2009 wiederhergestellt, mit welcher der Antragstellerin untersagt worden ist, ohne wegerechtliche Erlaubnis zu veranlassen oder zu dulden, dass auf den öffentlichen Wegeflächen im Bereich des Bezirksamts Hamburg-Mitte Fahrräder zu Miet- und/oder Werbezwecken aufgestellt werden. Dabei hat es darauf abgestellt, dass dem Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs Vorrang vor einem öffentlichen Interesse am Sofortvollzug des Verbots gebührt, weil dieses - wie die Kammer hinsichtlich eines vorangegangenen Bescheides gegenüber der Antragstellerin bereits mit Urteil vom 31. März 2009 (4 K 2027/08) entschieden habe - rechtswidrig sei.

Die von der Antragsgegnerin mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung das Beschwerdegericht gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine andere Entscheidung. Sie sind nicht geeignet, die Erwägungen des Verwaltungsgerichts ernstlich in Frage zu stellen, die von der Antragstellerin ausgeübte Nutzung halte sich im Rahmen des Gemeingebrauchs des § 16 HWG und stelle keine erlaubnispflichtige Sondernutzung i.S.v. § 19 HWG dar. Dies schließt zugleich eine Interessenabwägung zu Gunsten einer Aufrechterhaltung des angeordneten Sofortvollzugs aus. Der für die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines wegerechtlichen Untersagungsbescheides typische und sie regelmäßig rechtfertigende Fall einer ohne Erlaubnis aufgenommenen Sondernutzung ist dann nicht gegeben, wenn die Erlaubnisbedürftigkeit ernstlich zweifelhaft ist (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 10.6.1997, OVG Bs II 16/97).

2. Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 und 2 HWG dienen die öffentlichen Wege dem Gemeingebrauch und dürfen ohne besondere Erlaubnis im Rahmen der Widmung und der Vorschriften über den Straßenverkehr zum Verkehr benutzt werden, soweit andere dadurch nicht in ihrem Gemeingebrauch unzumutbar beeinträchtigt werden und Sondernutzungen nicht entgegenstehen. Nicht zum Gemeingebrauch gehört die Benutzung eines Weges zu anderen Zwecken, insbesondere zur Ausübung eines Gewerbes (§ 16 Abs. 2 HWG). Eine Benutzung der öffentlichen Wege, die über die Teilnahme am allgemeinen öffentlichen Verkehr (Gemeingebrauch) hinausgeht, ist nach § 19 Abs. 1 Satz 1 und 2 HWG Sondernutzung und bedarf der Erlaubnis der Wegeaufsichtsbehörde. Inwieweit eine zulässige Teilnahme am allgemeinen öffentlichen Verkehr vorliegt, ist aufgrund des bundesrechtlich abschließend geregelten Straßenverkehrsrechts zu entscheiden, das solchermaßen den landesstraßenrechtlich geregelten Inhalt des Gemeingebrauchs mitbestimmt (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.6.1982, NJW 1982, 2332).

a) Mit ihrer Beschwerde bestreitet die Antragsgegnerin hier diese straßenverkehrsrechtliche Determinante, weil die Straßenverkehrs-Ordnung keine Bestimmungen über das Abstellen von Fahrrädern enthalte, und macht weiter geltend, dass die öffentlichen Wege auch nicht allgemein dem Abstellen von Mietfahrrädern gewidmet seien, weshalb die Benutzung des öffentlichen Raums insoweit abschließend durch den sogenannten „Fahrradbetreibervertrag“ habe geregelt werden dürfen. Diese Einwände greifen nicht durch.

aa) Durch die dem Landesrecht überantwortete Widmung wird lediglich bestimmt, welche Verkehrsarten als solche auf der jeweiligen Wegefläche zulässig sein sollen. Beschränkungen der Verkehrsarten oder der Benutzungszwecke sind auf dieser Ebene nur statthaft, soweit sie aufgrund der der Straße mit der Widmung zugedachten Verkehrsfunktion oder aufgrund der

straßenbaulichen Belastungsgrenze erforderlich sind. Der Gemeingebrauch in diesem Sinne deckt alle verkehrsbezogenen Verhaltensweisen, zu denen die jeweilige Verkehrsart Gelegenheit bietet oder zwingt. Demgegenüber ist die Regelung der Ausübung des Gemeingebrauchs ausschließlich Sache des Straßenverkehrsrechts. Regelungsgegenstand ist hier allein die Ausübung der vom zugelassenen Gemeingebrauch umfassten verkehrsbezogenen Verhaltensweisen der jeweiligen Verkehrsart durch den einzelnen Verkehrsteilnehmer in der konkreten Verkehrssituation sowie die Einschränkung oder Untersagung dieser Ausübung mit Rücksicht auf die sich aus ihr ergebenden Nachteile oder Gefahren für Sicherheit oder Ordnung. Dabei stellt das Abstellen von Fahrzeugen keine eigenständige Verkehrsart, sondern nur eine konkrete Ausprägung der jeweiligen Verkehrsart dar. Der Verkehr ist zwar in erster Linie auf Fortbewegung angelegt („fließender Verkehr“), umfasst notwendigerweise aber auch, dass ein Fahrzeug zwischen den „fließenden“ Verkehrsvorgängen abgestellt wird („ruhender Verkehr“). Der Verkehrsbezug wird erst dort aufgehoben, wo ein aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht umgehend betriebsbereites oder ein vorrangig zu anderen Zwecken als zur Inbetriebnahme abgestelltes Fahrzeug den öffentlichen Straßengrund in Anspruch nimmt und somit zu einer auf die Straße aufgebrachten verkehrsfremden „Sache“ - nicht anders als jeder beliebige sonstige körperliche Gegenstand - wird. Derartige Vorgänge fallen bereits aus der Widmung zum Verkehr und damit aus dem einschlägigen Gemeingebrauch heraus, da sie nicht „zum Verkehr“ geschehen (vgl. zu allem BVerfG, 2. Senat, Beschl. v. 9.10.1984, BVerfGE 67, 299, 321 ff., mit dem § 16 Abs. 2 Satz 1 HWG v. 4.4.1961 für nichtig erklärt worden ist, soweit die Vorschrift die Benutzung eines Weges regelmäßig als Einstellplatz für ein Kraftfahrzeug in der Nähe der Wohnung oder der Arbeitsstätte des Fahrzeughalters oder -benutzers vom Gemeingebrauch ausnimmt; vgl. ferner BVerwG, Urt. v. 12.12.1969, BVerwGE 34, 320 und v. 4.3.1966, BVerwGE 23, 325).

bb) Für das Abstellen von Fahrrädern gilt nichts anderes. Die Straßenverkehrs-Ordnung regelt auch den Fahrradverkehr, wie sich zweifelsohne aus der ausdrücklichen Erwähnung von Fahrrädern oder Radfahrern in einer Reihe von Vorschriften ergibt (vgl. z.B. §§ 2 Abs. 4 und 5, 17 Abs. 4 Satz 4, 21 Abs. 3, 23 Abs. 3, 37 Abs. 2 Nr. 5, 41 Abs. 2 Nr. 2, 5 und 6 StVO). Auch soweit Fahrräder in den Vorschriften nicht konkret angesprochen werden, können sie dennoch Adressaten der jeweiligen Ge- oder Verbote sein, da sie - mit Ausnahme von Kinderfahrrädern (§ 24 Abs. 1 StVO) - unbestritten dem Fahrzeugbegriff des § 2 Abs. 1 StVO unterfallen (vgl. BVerwG, Beschl. v. 31.5.2001, VRS 101, 310, 311; König in: Hentschel/König/Dauer, Straßenverkehrsrecht, § 23 StVO Rn. 11). Dementsprechend ist auch das Abstellen von Zweirädern Parken im Rechtssinne und gelten die in § 12 StVO getroffenen Regelungen auch für Fahrräder, soweit sich aus dem Wortlaut der Regelungen oder ihrem Sinn und Zweck nichts anderes ergibt (vgl. König, a.a.O., § 12 StVO Rn. 42 m.w.N.). Danach lässt das Straßenverkehrsrecht das Abstellen von Fahrrädern im Bereich der hier allein in Rede stehenden Gehwege - vorbehaltlich der Grundregel des § 1 Abs. 2 StVO - ohne Einschränkungen zu. Auch ohne ausdrückliche Gestattung folgt dies daraus, dass das sich aus § 12 Abs. 4 Satz 1 StVO grundsätzlich ergebende Verbot des Parkens auf Gehwegen für Fahrräder nicht gilt (vgl. König, a.a.O., § 12 StVO Rn. 55 m.w.N.) und deshalb der die gesamten Vorschriften über die Teilnahme am Straßenverkehr beherrschende Grundsatz der freien - nur durch ausdrückliche Verbote beschränkten - Entfaltung des Verkehrsteilnehmers zum Tragen kommt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.10.1984, a.a.O., S. 326).

cc) Das Aufstellen der Fahrräder der Antragstellerin dürfte nach den oben dargelegten Maßstäben auch nicht deshalb aus der Widmung zum Verkehr und damit aus dem einschlägigen Gemeingebrauch herausfallen, weil es sich um Mietfahrräder handelt. Insoweit hat bereits das Verwaltungsgericht zutreffend auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 3.6.1982, a.a.O.) hingewiesen, derzufolge das Aufstellen von zugelassenen und betriebsbereiten Kraftfahrzeugen auf der Straße durch eine Kraftfahrzeugvermietungsfirma, um sie an Kunden zur Wiederinbetriebnahme zu vermieten, als zulässiges Parken i.S.v. § 12 StVO und damit als Ausübung des Gemeingebrauchs anzusehen ist. Die in jener Entscheidung angeführte Begründung lässt sich ohne Weiteres auf den Streitfall übertragen. Danach dürfte auch die Antragstellerin nichts anderes tun, als betriebsbereite Fahrräder bei objektiv gegebener und gewollter Möglichkeit jederzeitiger Inbetriebnahme im Bereich der Gehwege aufzustellen und damit - wie dargelegt - von einem nach dem Straßenverkehrsrecht zulässigen Verkehrsvorgang Gebrauch zu machen. Ebenso dürfte das gewerbliche Instrument der Vermietung und das deshalb veranlasste Bereitstellen der Fahrräder auf den Gehwegen auch hier lediglich dazu dienen, die von vornherein bezweckte Wiederinbetriebnahme der Fahrräder als Verkehrsmittel zu erreichen. Ob die Straße aus privaten oder geschäftlichen Gründen benutzt wird, ist für die straßenverkehrsrechtliche Zulässigkeit und damit für den Gemeingebrauch nach der genannten Rechtsprechung des

Bundesverwaltungsgerichts so lange ohne Bedeutung, wie eine Nutzung zum Zwecke des Verkehrs gegeben ist.

Allerdings ist der Antragsgegnerin einzuräumen, dass sich der hier in Rede stehende Sachverhalt insoweit von dem der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zugrundeliegenden Sachverhalt unterscheidet, als das Geschäftskonzept der Antragstellerin darauf basiert, dass der wirtschaftliche Vorgang der Anmietung unmittelbar auf der Straße abgewickelt werden kann. Die Fahrräder sind mit einem Hinweis auf die Möglichkeit ihrer Anmietung und der Telefonnummer einer Kundenhotline versehen. Nach einer einmaligen Registrierung über Telefon oder Internet können Kunden jederzeit die Hotline anrufen, nach Angabe der jeweiligen Fahrradnummer einen Zahlencode zur Öffnung des Fahrradschlusses erhalten, das Fahrrad benutzen und sich anschließend nach Abstellen des Fahrrads an einem der von der Antragstellerin definierten Standorte über die Kundenhotline abmelden. Dass damit - wie es die Antragsgegnerin formuliert - die Inanspruchnahme des Straßenraums „nicht nur“ dem Abstellen der Fahrräder dient bzw. ein „zusätzlicher über die bloße Teilnahme am ruhenden Verkehr hinausgehender“ Zweck verfolgt wird, vermag aber nicht schon das Vorliegen einer Sondernutzung zu begründen. Wie bereits oben ausgeführt, ist das Abstellen eines Fahrzeugs vom Gemeingebrauch nur dann nicht gedeckt, wenn es vorrangig zu einem anderen Zweck als der Wiederinbetriebnahme erfolgt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 9.10.1984, a.a.O., S. 323) bzw. ein anderer Zweck den Verkehrszweck verdrängt (vgl. BVerwG, Urt. v. 3.6.1982, a.a.O., S. 2333). Das legt die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde nicht überzeugend dar und liegt im Übrigen auch sonst nicht auf der Hand. Das Anbieten der Fahrzeuge und die - zwar mögliche, aber nach dem Vortrag der Antragstellerin nicht notwendig nur so erfolgende - Abwicklung der Anmietung auf der Straße gehen der Wiederinbetriebnahme zwar voraus. Sie sind aber in der konkreten Ausgestaltung marginal und vor allem ihrerseits auf die Teilnahme am Straßenverkehr gerichtet und machen die Fahrräder somit nicht zu einer verkehrsfremden Sache. Darin unterscheidet sich der Sachverhalt von dem gewerblichen Anbieten sonstiger Leistungen und Waren auf öffentlichen Straßen, das als Sondernutzung eingeordnet werden kann (vgl. Wiget in: Zeitler, Bayerisches Straßen- und Wegegesetz, Stand Februar 2008, Art. 18 Rn. 51 Stichwort „Straßenhandel“, m.w.N.). Soweit der von der Antragsgegnerin angeführten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg (Beschl. v. 3.9.1997, DVBl. 1997, 1336 zum Anbieten von Kutschfahrten) eine gegenteilige Auffassung entnommen werden kann, vermag das Beschwerdegericht dem nicht zu folgen.

Schließlich rechtfertigt auch der Hinweis der Antragsgegnerin auf § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StVO keine andere Beurteilung. Die Vorschrift verbietet das Anbieten von Waren und Leistungen aller Art auf der Straße; dies gilt allerdings nur dann, wenn dadurch Verkehrsteilnehmer in einer den Verkehr gefährdenden oder erschwerenden Weise abgelenkt oder belästigt werden können. Ob diese Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck überhaupt auf das Anbieten von Fahrzeugen anwendbar ist, kann offen bleiben. Denn jedenfalls kann sie dann keinen Hinweis auf das Vorliegen einer Sondernutzung geben, wenn sich das Anbieten der Fahrzeuge - wie hier - äußerlich in keinerlei Weise von dem sonstigen Abstellen eines Fahrzeugs abhebt.

b) Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe lassen auch nicht erkennen, dass unter dem Gesichtspunkt der Werbung eine Sondernutzung vorliegt. Zwar sind die Fahrräder mit einer Werbefläche für Fremdwerbung versehen und weist die Antragsgegnerin in der Sache zutreffend darauf hin, dass die Antragstellerin im Internet die auf ihren Fahrrädern verfügbaren Werbeflächen bundesweit unabhängig davon anbietet, ob das Fahrradverleihsystem in einer Stadt bereits besteht. Insoweit heißt es auszugsweise auf der Homepage: „Werbekampagnen mit ... sind bundesweit in allen Städten verfügbar, also auch dort, wo ... momentan noch nicht vertreten ist. Sie buchen einfach Werbung auf x Rädern für einen Zeitraum von x Monaten und wir eröffnen medienwirksam das Verleihsystem“. Dies sowie der Umstand, dass die Antragstellerin ihre Fahrräder in diesem Zusammenhang selbst als „Werberäder“ bzw. „stehende oder fahrende Werbeträger“ bezeichnet und die Vorzüge der Fahrradwerbung anpreist, dürfte jedoch nicht schon die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass die Fahrräder vorrangig zu Werbezwecken abgestellt werden, der Werbezweck mithin den Verkehrszweck verdrängt.

Zutreffend ist das Verwaltungsgericht in seinem angefochtenen Beschluss davon ausgegangen, dass die Frage, ob die Fahrräder den öffentlichen Straßengrund vorrangig zu Werbezwecken in Anspruch nehmen, nur anhand objektiver Anhaltspunkte unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles beantwortet werden kann. Dabei hat es sich bei der Verneinung eines vorrangigen Werbezwecks hier zum einen davon leiten lassen, dass die Werbung nach dem Geschäftskonzept und der im Hauptsacheverfahren 4 K 2027/08 offen gelegten betriebswirtschaftlichen Kalkulation der Antragstellerin nicht den Schwerpunkt der Einnahmen

bilde und dass Fremdwerbung auf gewerblich genutzten Verkehrsmitteln ebenso wie das Werben für diese vorhandenen Werbeflächen kein ungewöhnlicher Vorgang sei. Weiter hat es darauf abgehoben, dass die Werbetafel die Funktionsfähigkeit der Fahrräder in keiner Weise beeinträchtigt und praktisch nicht wahrnehmbar sei, wenn die Fahrräder in Betrieb seien. Ebenso wenig hat das Verwaltungsgericht Anhaltspunkte dafür gesehen, dass die Fahrräder nicht regelmäßig genutzt werden. Auch hinsichtlich der Orte, an denen die Fahrräder aufgestellt sind, sowie hinsichtlich der konkreten Art und Weise ihrer Aufstellung hat es keine besonderen, nicht aus dem Vermietungszweck heraus erklärliche Umstände erkennen können. Die insoweit im angefochtenen Beschluss jeweils ausführlich angestellten Erwägungen, die auch nach Auffassung des Beschwerdegerichts allesamt gegen ein vorrangig zu Werbezwecken erfolgtes Aufstellen der Fahrräder sprechen, greift die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde nicht an.

II. Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 154 Abs. 2 VwGO und §§ 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.