

VG Hamburg Urteil vom 31.3.2009, 4 K 2027/08**Leitsätze**

Das Abstellen von Mietfahrrädern mit Werbetafeln auf öffentlichen Gehwegen durch einen gewerblichen Fahrradvermieter unterfällt dem Gemeingebrauch

Tenor

Die Bescheide vom 17.6.2008 und vom 24.06.2008 sowie der Widerspruchsbescheid vom 17.07.2008 werden aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Tatbestand

Die Klägerin wendet sich gegen eine wegerechtliche Verfügung, mit der ihr aufgegeben wurde, Mietfahrräder von bestimmten öffentlichen Flächen zu entfernen, sowie gegen Maßnahmen der Zwangsvollstreckung.

Die Klägerin betreibt seit 2004 in zahlreichen deutschen und ausländischen Städten eine gewerbliche Fahrradvermietung ohne feste Mietstationen. Das System basiert darauf, dass sich Kunden telefonisch anmelden und ihre Kontodaten angeben. Sobald sie ein abgestelltes Fahrrad benutzen möchten, geben sie die Radnummer bei einer Kundenhotline ein und erhalten einen Code, um das Zahlenschloss zu öffnen. Zur Rückgabe schließt der Nutzer das Fahrrad wieder an und meldet sich bei der Kundenhotline ab, woraufhin die Mietpreise berechnet werden. Die registrierten Kunden erhalten telefonisch Auskunft über den Standort des nächstgelegenen Fahrrads oder können die Miete nach dem zufälligen Auffinden eines Fahrrads vereinbaren. Die Fahrräder sind mit einer am Rahmen befestigten Werbetafel versehen, die von Werbekunden gemietet werden kann, wodurch die Mietpreise für ein Fahrrad auf etwa 1,- EUR pro Stunde und 5,- EUR pro Tag begrenzt werden. Auf der Werbetafel ist auch der Name der Klägerin nebst deren Telefonnummer zu erkennen mit dem Hinweis, dass das Rad angemietet werden kann.

Erstmals am 27. Mai 2008 stellte die Klägerin in der Hamburger Innenstadt Mietfahrräder ohne feste Stationen auf; u.a. standen mehrere Fahrräder bei den St. Pauli Landungsbrücken, an der Mönckebergstraße, am Reesendamm und an anderen Standorten.

Mit Schreiben vom 3. Juni 2008 hörte die Beklagte die Klägerin im Hinblick auf eine beabsichtigte Untersagungsverfügung und ein einzuleitendes Ordnungswidrigkeitenverfahren an. Die Beklagte teilte mit, dass es sich ihrer Ansicht nach beim Abstellen von Fahrrädern einer gewerblichen Fahrradvermietung mit Werbetafeln um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung im Sinne des § 19 Abs. 1 HWG handele, eine Sondernutzungserlaubnis aber nicht beantragt oder erteilt worden sei.

Etwa zeitgleich kündigte die Stadtentwicklungssenatorin anlässlich einer Fahrraddemonstration am 16. Juni 2008 an, dass ausweislich des Koalitionsvertrages in Hamburg ein städtisches Mietfahrradsystem eingeführt werden solle. In diesem Zusammenhang führte die Beklagte ein Ausschreibungsverfahren durch, an dem sich die Klägerin nicht beteiligte.

Mit Bescheid vom 17. Juni 2008 wies die Beklagte die Klägerin erneut auf die ihrer Ansicht nach erlaubnispflichtige Sondernutzung durch die „auf diversen öffentlichen Wegflächen im Bezirk Hamburg-Mitte, z.B. Mönckebergstraße Ecke Barkhof, Lange Mühren zwischen xxx und xx, Jungfernstieg Nr. xx xx“ aufgestellten Mietfahrräder hin und auf das daraus resultierende ordnungswidrige Verhalten. Die Beklagte forderte die Klägerin auf, alle im Bezirk Hamburg-Mitte aufgestellten Fahrräder spätestens bis zum 24. Juni 2008, 12 Uhr, zu entfernen, setzte für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld in Höhe von 500,- fest und drohte eine Ersatzvornahme an. Die Beklagte ordnete ferner die sofortige Vollziehung der Verfügung an, die sie mit einem zu vermeidenden Nachahmungseffekt begründete.

Ferner kündigte die Beklagte an, dass die Klägerin mit dem Erlass einer Untersagungsverfügung rechnen müsse.

Der Bescheid wurde der Klägerin am 19. Juni 2008 zugestellt.

Mit Fax vom 24. Juni 2008 wies die Klägerin darauf hin, dass die Frist ihrer Ansicht nach zu kurz sei und kündigte an, den Bescheid rechtlich prüfen zu lassen.

Mit Bescheid vom 24. Juni 2008, zugegangen am 25. Juni 2008, erklärte die Beklagte das festgesetzte Zwangsgeld in Höhe von 500,- EUR für verwirkt, da am 24. Juni 2008 in der Zeit von 13.00 Uhr bis 13.22 Uhr noch insgesamt 21 Mietfahrräder im Bezirk Hamburg-Mitte abgestellt gewesen seien. Die Klägerin wurde aufgefordert, das Zwangsgeld in Höhe von 500,- EUR zu zahlen. Nunmehr setzte die Beklagte der Klägerin eine weitere Frist für das Entfernen der Fahrräder bis zum 30. Juni 2008, 12.00 Uhr, und setzte für den Fall der Nichtbefolgung ein Zwangsgeld in Höhe von 2000,- EUR fest.

Mit Schreiben vom 30. Juni 2008 kündigte die Klägerin an, die Fahrräder zu entfernen und teilte mit, dass eine Entfernung bis 12 Uhr wegen der urlaubsbedingten Abwesenheit eines Mitarbeiters nicht möglich gewesen sei. Ferner habe sie das Zwangsgeld in Höhe von 500,- EUR bereits bezahlt.

Mit Fax vom 11. Juli 2008 legte die Klägerin Widerspruch gegen die Bescheide vom 17. und vom 24. Juni 2008 ein. Zur Begründung führte sie aus, dass Hauptzweck der Fahrradvermietung die Teilnahme am öffentlichen Straßenverkehr sei und nicht gewerbliche Werbung zu ermöglichen. Die Klägerin berief sich auf höchstgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Bereitstellen von betriebsbereiten Verkehrsmitteln durch eine Vermietungsfirma keine erlaubnispflichtige Sondernutzung darstelle. Ferner stellte die Klägerin die umwelt- und verkehrspolitischen Vorzüge ihres Vermietsystems dar und erklärte, verschiedene Städte hätten sich bereit erklärt, das System der Klägerin finanziell zu unterstützen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17. Juli 2008 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück. Zur Begründung führte sie aus, die Beseitigungsverfügung stütze sich auf § 61 Abs. 1 HmbWG und verwies auf die Begründung der Ausgangsbescheide. Die Festsetzung und Anwendung des Zwangsgeldes über 500,- EUR beruhe auf §§ 14 b, 18, 20 HmbVwVG.

Mit der am 23. Juli 2008 bei Gericht eingegangenen Klage verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Die Klägerin beantragte in einem gerichtlichen Eilverfahren die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs bzw. der Klage gegen die Verfügung vom 17. Juni 2008 (4 E 1996/08). Sie erklärte, im Hinblick auf die Zwangsgeldfestsetzung die Fahrräder vorübergehend entfernt zu haben, sie aber unverzüglich wieder aufstellen zu wollen. Eine Erledigung sei dadurch nicht eingetreten, da sie dauerhaft beschwert sei. Mit Beschluss vom 30. Juni 2008 stellte das Gericht die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Klage 4 K 2027/08 im Hinblick auf die Beseitigungsanordnung wieder her und ordnete die aufschiebende Wirkung im Hinblick auf die Zwangsgeldandrohung an. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass es sich bei der angegriffenen Maßnahme im Bescheid vom 17. Juni 2008 um eine Beseitigungsverfügung mit Dauerwirkung – ähnlich einem Hausverbot – handele, so dass auch nach dem einmaligen Entfernen der Fahrräder keine Erledigung eingetreten sei. Das Gericht führte aus, dass die Klage gegen den Bescheid vom 17. Juli 2008 Erfolgsaussichten besitzen dürfte, da das Aufstellen von Mietfahrrädern nach summarischer Prüfung auch dann keine erlaubnispflichtige Sondernutzung darstelle, wenn die Fahrräder mit Werbetafeln versehen seien. Das Abstellen von Fahrrädern auf Gehwegen sei straßenverkehrsrechtlich erlaubt; die Nutzung öffentlicher Flächen durch Mietfahrzeuge überschreite nicht den Gemeingebrauch; ein vorrangiger Werbezweck sei vorliegend ebenso wenig erkennbar wie eine unzumutbare Belästigung anderer Verkehrsteilnehmer. Für ein Zwangsmittelverfahren fehle durch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels die Grundvoraussetzung des vollziehbaren Verwaltungsakts. Der Beschluss wurde rechtskräftig.

Mit Bescheid vom 13. August 2008 untersagte die Beklagte der Klägerin nach §§ 58 Abs. 1,

76 Abs. 1 HBauO im Hinblick auf das Werbeverbot gemäß § 3 Abs. 3 der Binnenanster-Verordnung, im Geltungsbereich der Binnenansterverordnung Fahrräder mit Werbeträgern aufzustellen, ordnete die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung an und setzte ein Zwangsgeld von 200,- EUR je Werbeträger fest. Ebenso untersagte die Beklagte der Klägerin mit Bescheid vom 20. August 2008, im Geltungsbereich der Rathausmarkt-Verordnung Fahrräder mit Werbeträgern aufzustellen. Die Klägerin legte gegen beide Bescheide Widerspruch ein und beantragte bei Gericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Rechtsmittels (11 E 2374/08 und 11 E 2375/08). Im Rahmen der gerichtlichen Eilverfahren hob die Beklagte die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Bescheide auf, so dass die Eilverfahren nach der Abgabe übereinstimmender Erledigungserklärungen eingestellt wurden.

Am 18. Dezember 2008 schloss die Beklagte mit der xxx einen Vertrag zur exklusiven Nutzung des öffentlichen Raums durch ein Fahrradmietsystem.

Mit Bescheid vom 24. Februar 2009 erließ die Beklagte eine weitere Verfügung gegen die Klägerin, in der sie ihr untersagte, ohne wegerechtliche Erlaubnis zu veranlassen oder zu dulden, dass auf öffentlichen Wegeflächen im Bereich des Bezirksamtes Hamburg-Mitte Fahrräder zu Miet- und/oder Werbezwecken aufgestellt werden. Die Beklagte setzte für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld von 1000,- EUR fest. Die Untersagungsverfügung wurde auf § 61 S. 1 HWG gestützt und unter anderem damit begründet, dass der xxx ein Exklusivrecht für die Nutzung des öffentlichen Raumes eingeräumt worden sei. Die von der Klägerin vorgesehene Nutzung bedürfe der Sondernutzungserlaubnis. Anders als bei Kraftfahrzeugen sei das Parken von Fahrrädern nicht in der Straßenverkehrsordnung geregelt, daher sei die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Gemeingebrauch geparkter Mietfahrzeuge nicht auf diesen Fall übertragbar. Hinzu komme, dass der Mietvertrag für das Fahrrad auf öffentlichem Grund geschlossen werde, die Fahrräder häufig nicht ordnungsgemäß abgestellt würden und dass Schwerpunkt der klägerischen Tätigkeit die Werbung durch die abgestellten Fahrräder sei. So stelle das Anbieten von Kutschfahrten auf öffentlichen Wegen eine Sondernutzung dar (OVG Lüneburg, Beschluss vom 3.9.1997, 12 M 3916/97, juris).

Die Klägerin legte mit Schreiben vom 11. März 2009 Widerspruch gegen den Bescheid vom 24. Februar 2009 ein. Sie betonte, dass sich die Kunden vertraglich verpflichtet hätten, die Fahrräder verkehrsgerecht abzustellen. Außerdem komme der Vertrag häufig telefonisch zustande, indem dem Kunden per Telefon, Internet oder SMS mitgeteilt werde, wo sich ein freies Fahrrad befinde. Mit Kutschfahrten sei das Fahrradvermietsystem nicht vergleichbar.

Die Klägerin macht im vorliegenden Klageverfahren geltend, eine erlaubnispflichtige Sondernutzung liege nicht vor. In den deutschen Städten Nürnberg, Düsseldorf, Offenbach am Main, Friedrichshafen, Halle, Berlin, Köln, Frankfurt, Erlangen, Cottbus, Heidelberg und Karlsruhe werde die Fahrradvermietung ohne Beanstandungen bzw. mit ausdrücklicher Billigung im Rahmen des Gemeingebrauchs betrieben. Die Klägerin betont erneut, dass sich aus ihrer Sicht das Verfahren nicht erledigt habe, da sie sich durch die Dauerwirkung der Untersagung weiterhin beschwert fühle. Sie habe die Fahrräder unter dem Druck der Zwangsmittellandrohung entfernt, wolle aber weiterhin an dem Geschäftskonzept festhalten. Daran ändere auch die am 24. Februar 2009 erlassene ausdrückliche Untersagungsverfügung nichts. Die Fahrräder seien gegenwärtig über die Wintermonate eingelagert und sollten im Frühjahr 2009 wieder aufgestellt werden. Die Klägerin gibt an, dass bei ihrer Geschäftstätigkeit die Vermietung der Fahrräder im Vordergrund stehe. Ihre Einnahmen aus dem Mietfahrradgeschäft setzten sich aus Mieteinnahmen, Werbeeinnahmen und Franchisegebühren zusammen. Je stärker sich das Konzept etabliere, desto höher werde der Anteil an Mieteinnahmen, wie es in Frankfurt am Main und in Düsseldorf bereits der Fall sei. An Werbeeinnahmen seien etwa 30,- EUR pro Fahrrad monatlich zu erzielen; mindestens dieser Betrag werde auch aus Mieteinnahmen angestrebt. In Hamburg stünden daneben die Franchisegebühren noch im Vordergrund, da sie, die Klägerin, derzeit noch daran gehindert werde, ihr Konzept im Markt einzuführen.

Die Klägerin beantragt,

den Bescheid vom 17. Juni 2008, den Bescheid vom 24. Juni 2008 und den

Widerspruchsbescheid vom 17. Juli 2008 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, dass sich das Verfahren nach der Entfernung aller Fahrräder aus dem betroffenen Bereich erledigt habe. In der Beseitigungsverfügung sei insbesondere deshalb keine Untersagungsverfügung mit Dauerwirkung zu erkennen, weil bereits im Bescheid vom 17. Juni 2008 darauf hingewiesen worden sei, dass die Klägerin mit einer Untersagungsverfügung rechnen müsse. Aus dem Bescheid gehe daher zweifelsfrei hervor, dass er selbst keine Untersagung darstelle. Inhaltlich handele es sich deshalb um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung, da gewerbliche Zwecke im Vordergrund stünden. Die Fahrräder seien mehr bewegliche Werbetafeln als Verkehrsmittel, was bereits optisch erkennbar sei. Auch seien die Fahrräder kaum bewegt worden in der Zeit, als sie aufgestellt waren, was ebenfalls für vorrangig werbliche Zwecke spreche. Ferner werde der Mietvertrag auf der Straße geschlossen, was einem Straßenhandel gleichkomme. Insofern unterscheide sich der vorliegende Fall von dem höchststrichterlich als Gemeingebrauch bezeichneten Abstellen von Kraftfahrzeugen zwischen den jeweiligen Vermietungsintervallen. Schließlich würden die Mietfahrräder häufig am Wegezubehör angeschlossen werden, was nicht mehr vom Gemeingebrauch gedeckt sei.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage hat Erfolg, sowohl im Hinblick auf den Bescheid vom 17. Juni 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Juli 2008 (1.) als auch bezüglich des Bescheides vom 24. Juni 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Juli 2008 (2.).

1. Die Klage gegen die Verfügung vom 17. Juni 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Juli 2008 ist zulässig (a.) und begründet (b.).

a. Der Zulässigkeit der Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO scheidet nicht am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis infolge Erledigung, nachdem die Klägerin die Fahrräder entsprechend der Beseitigungsverfügung entfernt hat. Unter der Erledigung des Rechtsstreits ist die außerprozessuale Veränderung der Sach- und Rechtslage zu verstehen, die sich auf den Erfolg des Rechtsmittels auswirkt, d.h. dass durch den Wegfall der Beschwer das Rechtsmittel für den Kläger nicht mehr von Interesse ist (Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., § 113 Rdnr. 102 ff.). Davon ist hier nicht auszugehen.

Offen bleiben kann die Frage, ob in der unter Zwangsmittelandrohung erfolgten Erfüllung der aufgegebenen Beseitigungspflicht dem Wesen nach eine Erledigung gesehen werden kann, oder ob ein freiwilliges, endgültiges Nachgeben erforderlich ist (vgl. hierzu Kopp/Schenke, a.a.O., § 113, Rdnr. 103). Denn hier liegt nach Auffassung der Kammer in der Verfügung der Beklagten vom 17. Juni 2008 über die reine Beseitigungsanordnung hinaus eine fortdauernde Beschwer, gegen die sich die Klägerin mit der Anfechtungsklage wehren kann. Wie bereits im Beschluss vom 30.7.2008, 4 E 1996/08, ausgeführt, beinhaltet die angegriffene Beseitigungsverfügung zugleich eine Untersagungsverfügung mit Dauerwirkung:

„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 Mietfahrräder 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."

Eine Auslegung dahingehend, dass sich der Regelungsgehalt der angegriffenen Verfügung in der einmaligen Beseitigungspflicht erschöpft, drängt sich dagegen nicht auf, zumal die Beklagte der Klägerin im Anhörungsschreiben vom 3. August 2008 neben einem Ordnungswidrigkeitenverfahren eine Untersagungsverfügung angekündigt hat. Damit hatte die Klägerin allen Anlass davon auszugehen, die Untersagung solle nunmehr erfolgen. Aus dem Inhalt des Bescheides vom 17. Juni 2009 lässt sich – trotz des insoweit irreführenden Hinweises auf eine geplante Untersagungsverfügung nach der Rechtsmittelbelehrung – nicht schließen, dass allein das einmalige Entfernen der Fahrräder gemeint sei. Im Gegenteil wäre eine solche Interpretation angesichts der grundsätzlich ablehnenden Haltung der Beklagten weder sach- noch interessengerecht, sondern eher lebensfremd. Die Klägerin hätte nicht ohne Angst vor Zwangsmitteln nach Erhalt der Verfügung vom 17.6.2008 die Fahrräder fristgerecht entfernen, aber am nächsten Tag wieder aufstellen können. Ein solches Verhalten hätte ihr Prozessrisiko erhöht und ihre Rechtsschutzmöglichkeiten geschmälert, da sie die Untersagungsverfügung hätte abwarten müssen. Wenn die Beklagte eine – nicht anlassbezogene – Beseitigung der Fahrräder anordnet, sich aber zugleich den Erlass einer Untersagungsverfügung vorbehält, können der Klägerin aus diesem nicht eindeutigen Verfügungstext keine Nachteile entstehen, wenn sie dagegen Rechtsschutz begehrt. Denn Zweifel bei der Auslegung behördlicher Verfügungen gehen stets zu Lasten der Behörde, § 37 Abs. 1 VwVfG.

b. Die Klage ist auch begründet gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, da die angegriffene Verfügung rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt.

Die Anordnung der Beklagten kann nicht auf die Spezialvorschriften der § 61 und § 60 des Hamburgischen Wegegesetzes (HWG) gestützt werden. Nach § 60 Abs. 1 HWG kann die Wegeaufsichtsbehörde den Pflichtigen beauftragen, die Folgen einer unzulässigen Handlung zu beseitigen und den ordnungsgemäßen Zustand wieder herzustellen. § 61 Satz 1 HWG enthält eine allgemeine Anordnungsbefugnis im Hinblick auf rechtswidrige Straßennutzungen und würde zum Erlass einer Untersagungsverfügung ermächtigen. Das Aufstellen der mit Werbung versehenen Mietfahrrädern auf öffentlichen Gehwegen durch die Beklagte stellt jedoch keine unzulässige Maßnahme nach dem HWG dar, da darin keine genehmigungspflichtige Sondernutzung nach § 19 Abs. 1 HWG zu sehen ist, sondern Gemeingebrauch gemäß § 16 HWG. Gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 HWG (in der hier maßgeblichen Fassung vom 29.11.2006 bis zum 9.2.2009) 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 begründet deshalb keine Sondernutzung, 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 Klägerin nicht um eine erlaubnispflichtige Sondernutzung. Die Nutzung der Gehwege durch abgestellte Mietfahräder widerspricht nicht den Vorschriften über den Straßenverkehr (aa.). Schwerpunkt der klägerischen Tätigkeit ist die Nutzung der Fahrräder zu Verkehrszwecken (bb.). Schließlich ist bislang nicht davon auszugehen, dass die Klägerin durch das Aufstellen der Mietfahräder andere Verkehrsteilnehmer in ihrem Gemeingebrauch unzumutbar beeinträchtigt (cc.). Auch die Festsetzung des Zwangsgeldes ist rechtswidrig.

aa.) Die Klägerin nutzt die öffentlichen Wege durch die Mietfahräder nicht im Widerspruch zu Vorschriften des öffentlichen Straßenverkehrs. 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 nach dem Straßenverkehrsrecht nicht verboten (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 29.1.2004, 3 C 29/03, NJW 2004, 1815 f. und in juris). Der Ordnungsgeber 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).

Entgegen der Auffassung der Beklagten widerspricht das Aufstellen der Fahrräder mit der auf der Werbetafel enthaltenen Aufforderung, einen Nutzungsvertrag abzuschließen, auch nicht der Vorschrift des § 33 Abs. 1 Nr. 2 StVO. Danach ist das Anbieten von Waren und Leistungen aller Art auf der Straße als unzulässige Verkehrsbeeinträchtigung verboten. Nach der Auffassung der Kammer kann diese Vorschrift jedoch ihrem Sinn und Zweck nach nur auf verkehrsfremde Waren und Dienstleistungen angewandt werden, nicht auf Transportleistungen, die zwingend auf öffentlichen Straßen erfolgen. Denn in der Erbringung einer Transportleistung kann keine Verkehrsbeeinträchtigung gesehen werden wie etwa im Fall eines stehenden Straßenhändlers oder im Fall der in § 33 Abs. 1 Nr. 1 StVO verbotenen Verwendung von Lautsprechern. Das Anbieten von Transportleistungen auf öffentlichen Straßen ist ebenso üblich wie der Abschluss des Transport- oder Nutzungsvertrages (a. A. OVG Lüneburg, Beschluss vom 3. September 1997 -12 M 3916/97 und 12 M 4248/97 -, juris, zum Anbieten von Transportleistungen durch eine Kutsche). Die Beklagte hat auch nicht geltend gemacht, dass etwa privaten Anbieter für Stadtrundfahrten, die in großer Zahl Fahrkarten auf öffentlichen Straßen verkaufen, hierfür einer Sondernutzungserlaubnis bedürfen. Dasselbe gilt für Taxen, Velodroschken und Busse der Hamburger Verkehrsbetriebe, des HVV.

Der Umstand, dass – wie von der Beklagten vorgetragen – verschiedentlich Mietfahräder der Klägerin entgegen § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 HWG am Wegezubehör angeschlossen werden, wirkt sich schon tatbestandlich nicht auf das gesamte Konzept der Klägerin aus. Erst recht dürfte aufgrund einzelner Verstöße kein umfassendes Verbot erlassen werden mit der Folge, dass die Nutzung öffentlicher Straßen der Klägerin insgesamt untersagt werden dürfte. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt nur fallbezogene Maßnahmen zu.

bb.) Nach dem Geschäftskonzept der Klägerin und der Gestaltung der Fahrräder geht die Kammer davon aus, dass der Schwerpunkt der klägerischen Tätigkeit die Vermietung der Fahrräder in ihrer Eigenschaft als Verkehrsmittel ist, nicht dagegen, den Werbepartnern bewegliche Werbeflächen zur Verfügung zu stellen. Dies ergibt sich zum einen aus der in der mündlichen Verhandlung erfolgten Offenlegung der betriebswirtschaftlichen Kalkulation durch die Klägerin. Danach werden aus drei Bereichen Einnahmen erzielt, nämlich aus der Vermietung der Räder als Verkehrsmittel, aus Franchisegebühren und aus Werbung. Beabsichtigt ist eine möglichst weit reichende Vermietung, die jedoch erst zu erwarten ist, wenn sich das Geschäftskonzept in dem noch neuen Markt etabliert hat. Dass die Geschäftsidee, Passanten im Innenstadtbereich auch stundenweise Mietfahräder anzubieten, lukrativ ist, zeigt sich nicht nur an den umfangreichen Aktivitäten der Klägerin in anderen Städten, sondern auch an der Absicht der Beklagten, diese Idee mit Hilfe eines Partners möglichst exklusiv für Hamburg aufzugreifen zu wollen. Die Klägerin gab an, dass sie sich in Hamburg derzeit über Franchisegebühren finanziert, was der Verkehrsbezogenheit des Geschäftsbetriebes nicht schadet. Der Kammer ist bewusst, dass neben den genannten Einnahmen zu einem nicht unerheblichen Teil auch Werbeeinnahmen das Geschäftskonzept absichern. Dies ist aber aus wegerechtlicher Sicht unbeachtlich, da die Werbung schon

nach dem Geschäftskonzept der Klägerin nicht den Schwerpunkt der Einnahmen und damit der Straßennutzung darstellt.

Denn Werbung auf Fahrzeugen, die regelmäßig am fließenden Verkehr teilnehmen, schadet grundsätzlich der Bewertung als Gemeingebrauch nicht, da der Verkehrszweck im Vordergrund steht. 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 – wie hier – vorrangig zu Verkehrs- und nicht zu anderen 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 unabhängig davon, auf welche Weise die Straßenverkehrsordnung das Parken der verschiedenen Fahrzeugtypen regelt. 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.

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.). 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 geparkt wird. Um dies zu ermitteln, sind objektive Anhaltspunkte wie die Dauer des Abstellens, die Wahl des Abstellortes und die Art der konkreten Aufstellung zu berücksichtigen (HmbOVG, Beschluss vom 13.6.2003, 2 Bs 181/03, juris, m.w.N.; OVG Münster, Urteil vom 12.7.2005, 11 A 4433/02, juris).

Auch in Anbetracht sämtlicher Kriterien nimmt die Werbetafel den Mietfahrrädern nicht die Eigenschaft als Verkehrsmittel. Das Gericht hält insoweit an seiner im Beschluss vom 30. Juli 2008 (4 E 1996/08) geäußerten Rechtsauffassung fest:

„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 HVV 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. ...

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 Werbeeffect 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.“

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. Reisebusse, Busse für gewerbliche Stadtrundfahrten, Taxen, gewerblich genutzte Kleintransporter ebenso wie in großem Stil Busse des HVV. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, für diese Vergleichsgruppen Sondernutzungserlaubnisse erteilt zu haben.

cc.) Bislang ist weder ersichtlich noch von der Beklagten geltend gemacht worden, dass andere Verkehrsteilnehmer in ihrem Gemeingebrauch unzumutbar beeinträchtigt wären, so dass die Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs nicht mehr gewährleistet wäre. Zwar nimmt die Klägerin 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 Klägerin andere derart behindern würde, dass Fahrräder nunmehr vermehrt für andere störend abgestellt werden oder dass der Fußgängerverkehr auf den Gehwegen beeinträchtigt wäre.

Die Festsetzung des Zwangsgeldes im Bescheid vom 17. Juni 2008 ist rechtswidrig, da es an den allgemeinen Vollstreckungsvoraussetzungen nach § 18 Abs. 1 HmbVG fehlt. Es liegt kein sofort vollziehbarer Grundverwaltungsakt vor. Denn das Gericht hat im Beschluss vom 30. Juli 2008 (4 E 1996/08) rechtskräftig die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Beseitigungsverfügung mit ex-tunc-Wirkung wiederhergestellt.

2. Die Klage hat auch Erfolg, soweit sie sich gegen den Bescheid vom 24. Juni 2008 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Juli 2008 richtet, denn auch dieser Bescheid ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die im Bescheid vom 24. Juni 2008 nach § 20 Abs. 1 Satz 2 HmbVG erfolgte Feststellung, dass das Zwangsgeld in Höhe von 500,- EUR verwirkt sei, nebst erneuter Zwangsmittelfestsetzung, erfüllt ebenfalls nicht die oben geschilderten allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nach § 18 Abs. 1 HmbVG, da die Klage nach dem gerichtlichen Beschluss im Eilverfahren aufschiebende Wirkung besitzt.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO; der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit stützt sich auf §§ 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.