

Abschrift

Eimer | Märten | Mager • Postfach 15 13 • 53351 Rheinbach

Vorab per Telefax: 089 544282 13

Bayerisches Verwaltungsgericht München

Postfach 20 05 43

80005 München

Rheinbach, den 01.02.2012

Unser Zeichen: 73/10SM11

Eilt! Termin am 08.02.2012!

In

dem verwaltungsgerichtlichen Rechtsstreit

„Pedalhelden“ c/o Rikscha Mobil GmbH & Co. KG

./.

Landeshauptstadt München

- M 23 K 11.4556 -

wird zur Vorbereitung des Verhandlungstermins am 08.02.2012 sowie in Erwiderung auf die Schriftsätze der Beklagten vom 25.10.2011 und vom 09.01.2011 wie folgt vorgetragen:

Rechtsanwalt
Martin Eimer, LL.M.

- Zivil-/Vertragsrecht
- Miet-/Immobilienrecht
- Gewerblicher Rechtsschutz

Rechtsanwältin/Mediatorin
Lucia Märten, MM

- Familien-/Erbrecht
- Arbeitsrecht

Rechtsanwalt
Stephan Mager

- Strafrecht
- Verkehrsrecht
- Verwaltungsrecht

Am Bürgerhaus 1 – 3
53359 Rheinbach

Tel: 0 22 26 - 898 94 - 00
Fax: 0 22 26 - 898 94 - 10

info@emm-rechtsanwaelte.de
www.emm-rechtsanwaelte.de

Bürozeiten:
Mo. – Fr. 9.00 – 12.00 Uhr
14.00 – 18.00 Uhr

A. Sachverhalt**I.**

In der Zwischenzeit hat sich in tatsächlicher Hinsicht einiges getan. Der Geschäftsführer der Klägerin hat seine Bereitschaft zur Kooperation und zur Findung einer gütlichen Beilegung dieser Angelegenheit immer wieder dokumentiert. Insbesondere hat er nichts unversucht gelassen, mit dem Kreisverwaltungsreferat der Beklagten ins Gespräch zu gelangen.

Dem Gesprächswunsch des Geschäftsführers ist die Beklagte auch nach gekommen. An der Unterredung war maßgeblich der genannte Geschäftsführer sowie Herr Bieling, Vertreter der Beklagten, beteiligt.

Im Verlauf des Gesprächs, das am 21.12.2011 stattfand und dessen Verlauf als freundlich beschrieben werden kann, wurden unter anderem auch die Folgen der mögliche Ergebnisse dieses Prozesses diskutiert.

In dem Zusammenhang hat Herr Bieling dem Geschäftsführer der Klägerin mitgeteilt, dass man im Falle eines Prozessverlustes der Klägerin alsdann wieder prüfen müsse, ob das Bierbike der Klägerin wegen der dann wohl feststehenden Mängel noch so nachgebessert werden könne, dass es am Straßenverkehr teilnehmen dürfe.

Auf diese Aussage wird im Rahmen der rechtlichen Ausführungen dieser Replik noch weiter einzugehen sein.

II.

Ferner wird mitgeteilt, dass der TÜV-Süd inzwischen das Ergebnis des Bremstests am Bierbike der Klägerin, nach deren mehrfacher Aufforderung mitgeteilt hat.

Beweis: E-Mail des TÜVs-Süd an die Klägerin – **Anlage K 7.**

Die dort gemessene Bremskraft reicht aus, um das Fahrzeug der Klägerin selbst dann zum Stehen zu bringen, wenn alle Plätze am Bierbike besetzt sind und alle Biker in die Pedale treten.

Beweis: Sachverständigengutachten.

Ein solches Szenario ist, wie bereits mehrfach beschrieben, bislang nicht vorgekommen und wird auch nicht vorkommen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich doch nun wirklich die Frage, warum die Bremswerte nicht im ursprünglichen Gutachten aufgeführt waren, ein Umstand, der einmal mehr belegt, dass das Gutachten des TÜVs-Süd der Beklagten nicht als Entscheidungsgrundlage hätte dienen dürfen.

III.

Offenkundig war das Gutachten für die Beklagte jedoch derart politisch erfreulich ausgefallen, dass man auf rechtliche Gesichtspunkte überhaupt nicht mehr geachtet hat.

Dieses Verhalten passt auch zu Aussagen aus dem Beklagten-Lager, die die Klägerin aus den Gesprächsnotizen des Geschäftsführers der Klägerin, Herrn Dominic Staat, entstammend, wiedergeben muss.

Bemerkenswert ist hier insbesondere eine Aussage des Mitarbeiters des Kreisverwaltungsreferat der Beklagten, des Herrn Dieter Galles, die dieser im April 2011 gegenüber dem Geschäftsführer Staat der Klägerin getätigt hat. Die Aussage hatte den folgenden Wortlaut:

„Herr Staat, seit Duisburg, Love-Parade, ist die Stadt sensibilisiert. Wir wollen Rechtssicherheit und verbieten auch gerne einmal, um das in einem späteren Verfahren dann vor Gericht zu klären.“

Beweis: Zeugnis des Herrn Dieter Galles, zu laden über die Beklagte.

Herr Thomas Holz, ebenfalls Mitarbeiter des Kreisverwaltungsreferat, äußerte sich im Juli 2011 wie folgt:

„Herr Staat, wir möchten das Bierbike auf jeden Fall verbieten. Weil in Münster schon bezgl. Sondernutzung entschieden wird, heben wir hier in München aus taktischen Gründen auf die Sicherheit ab.“

Beweis: Zeugnis des Herrn Thomas Holz, zu laden über die Beklagte.

Eine weitere Aussage des Zeugen Holz verdient ebenfalls Beachtung:

„Herr Staat, im Zusammenhang mit dem Bierbike möchte ich Ihnen einmal eine Geschichte erzählen... Als ehemaliger Münchner Feuerwehrmann/Mitarbeiter, habe ich einmal bei einem Feuerwehrausflug mit Kollegen auf dem Land mit einem Traktor und einem ungesicherten Anhänger einen tragischen Unfall miterleben müssen.“

Beweis: wie vor.

Ebenfalls bemerkenswert ist die Aussage von Herrn Bernhard Kerscher, seines Zeichens Sprecher der Geschäftsführung des TÜVs-Süd, der sich folgendermaßen geäußert hat:

„Herr Staat, ich habe aus der Presse von dem Bierbike-Verbot erfahren. Wer hat bei uns im Haus das Gutachten erstellt? Ich möchte mir das Gutachten kommen lassen. Ich habe keine Lust, dass der TÜV Süd wieder einmal Handlanger des KVR München spielen muss“.

Beweis: Zeugnis des Herr Bernhard Kerscher, zu laden über den TÜV-Süd, Ridlerstraße 57, 80339 München.

B. Rechtliche Würdigung

I.

Die Beklagte bleibt bei der rechtsirrigen Annahme, bei dem Bierbike der Klägerin handele es sich nicht um ein Fahrrad. Hierbei bleibt es bei der diesbezüglichen Begründung, für die Einordnung des Fahrzeugs als Fahrrad gebe es keine „sachlichen“ Gründe.

Ein anderes ist vielmehr richtig. Es gibt rechtliche Gründe, dahingehend, das Bierbike als Fahrrad einzustufen.

Zunächst wird diesseits zur Vermeidung von Wiederholungen, auf die Klageschrift und die dortigen Ausführungen verwiesen.

II.

Auch liegen die Voraussetzungen des § 17 StVZO nicht vor, die eine Untersagung des Bierbikebetriebes rechtfertigen könnten.

1. Die Beklagte kommt bei der Anwendung von § 31 StVZO zu einer völlig falschen Schlussfolgerung. § 31 Abs. 1 StVZO zielt auf die grundsätzliche Eignung des Fahrers zum Lenken des betreffenden Fahrzeugs ab, so zum Beispiel auf die Frage, ob der Fahrer die notwendige Fahrerlaubnis besitzt bzw. im Übrigen fahrtüchtig ist.

- vgl. *Peter Dauer*, in: Hentschel, 39. Auflage 2007, § 31 StVZO Rn. 10 f.

Die Überlegungen der Beklagten, die Bierbiker, die selbst nicht als Fahrer im Sinne des § 31 StVZO zu sehen sind, könnten dem Lenker des Rades die Dienste verweigern greifen nicht Platz.

Die Beklagte geht auch von einer -durch nichts belegten- Putativgefahr aus:

Noch nie haben die Mitradler dem Bierbike-Lenker die Dienste verweigert, was auch völlig fernliegend ist, da sich die Kunden der Klägerin selbst in ihr „Schicksal“ begeben haben, die Stadt radelnd erkunden zu „müssen“.

2. Soweit die Beklagte der Klägerin vorwirft, diese bediene sich mit Blick auf § 21 Abs. 3 StVO der „Rosinentheorie“, so ist dem entgegenzuhalten, dass § 21 Abs. 3 StVO, im Einklang mit der ganz herrschenden verkehrsrechtlichen Literatur, nur auf einspurige, nicht jedoch auf vierrädrige Fahrräder anwendbar ist.

- *Peter König*, in: Hentschel, 39. Auflage 2007, § 21 StVO Rn. 14 m. w. N.

Insofern ist § 21 Abs. 3 StVO infolge einer teleologischen Reduktion nicht anwendbar auf das Bierbike der Klägerin.

3. Auch die Ausführungen der Beklagten hinsichtlich der Bestimmung des § 30 Abs. 1 Nr. 2 StVZO vermögen nicht zu überzeugen.

Die Verletzungsgefahr für den Lenker des Bierbikes und die Mitradler ist nicht höher als die für Radler auf einspurigen Fahrrädern. Im Gegenteil: Aufgrund der Konstruktion des Bikes scheint die Verletzungsgefahr noch geringer zu sein.

Auch werden andere Verkehrsteilnehmer nicht dazu „gezwungen“, das Bierbike zu überholen, wie es auf Seite 7 der Klageerwiderung fälschlich heißt. Natürlich mag es dazu kommen, dass das Bierbike überholt wird. Hierbei werden die Überholenden jedoch die maßgebenden Vorschriften, die für Überholvorgänge im Straßenverkehr gelten, zu berücksichtigen haben.

Insofern gilt hier der rechtliche Grundsatz, dass derjenige, der sich selbst rechtmäßig verhält, sich auf das rechtmäßige Verhalten anderer verlassen darf. Danach wäre, wenn es bei Überholvorgängen anderer zu gefährlichen Situationen kommt, das Bierbike der Klägerin gar nicht Störer.

Spekulativ ist in dem Zusammenhang die Ausführung der Beklagten, die betrunkenen Bierbiker neigten dazu, den Arm aus dem Gefährt herauszustrecken. Diese Aussage ist durch nichts belegt. Zum einen ist es noch nie zu Unfällen wie hier befürchtet gekommen. Zum anderen - dies wird die Klägerin nicht müde zu betonen - sind nicht alle Bierbiker betrunken. Wenn es überhaupt zu Konsum von Bier kommt, dann lediglich stark dosiert.

Kein Kriterium für eine angesprochene übermäßige Behinderung des Verkehrs durch das Bierbike ist auch dessen langsames Fahrttempo. Wie die Klägerin bereits mehrfach ausgeführt hat, haben die anderen Verkehrsteilnehmer dies als verkehrsüblich hinzunehmen. In dem Zusammenhang befremden die Ausführungen der Beklagten zum „Stand der Technik“ und zu den von ihr behaupteten Mängeln. Selbst nach dem Vortrag der Beklagten ist jedenfalls keiner der vorgetragenen Mängel kausal für ein langsames Fortkommen des Fahrrades.

4. Die angegriffene Verfügung der Beklagten beachtet das Übermaßverbot im Zusammenhang mit der Ordnungsverfügung in keinster Weise.

Zur Frage des Übermaßverbotes gelangt man freilich nur dann, wenn man mit der Beklagten von der Unvorschriftsmäßigkeit des Bierbikes ausgeht, was ersichtlich nicht der Fall ist. Hilfsweise werden zum Übermaßverbot jedoch die nachfolgenden Ausführungen gemacht:

Hinsichtlich des Übermaßverbotes ist anerkannt, dass die vollständige Betriebsuntersagung das letzte Mittel, die ultima ratio ist. Zuvor ist stets zu prüfen, ob andere, mildere Mittel in Betracht kommen, um der Gefahr zu begegnen.

Darüber hinaus ist zu förderst zu prüfen, ob überhaupt ein Einschreiten geboten ist.

a. Da die Verkehrsbehörde zu Maßnahmen nach § 17 StVZO greifen „kann“, wenn ein Fahrzeug nicht vorschriftsmäßig ist, ist erforderlich, dass die Behörde sich mit der Frage beschäftigt, ob überhaupt ein Einschreiten unter den Auspizien des § 17 StVZO geboten ist. Hier spricht vieles dafür, dass die Beklagte von einer gebundenen Entscheidung ausging. Hierzu sei eine Passage der Klageerwiderung zitiert. Auf Seite 4 heißt es:

*„Unabhängig von der Frage, ob ein Bierbike ein Fahrrad darstellt, liegt jedenfalls ein nichtmotorisiertes Fahrzeug vor, welches in den Anwendungsbereich der StVZO fällt. Die Zulassungsbehörde **hat** folglich geeignete Maßnahmen zu ergreifen, wenn zur Überzeugung der Behörde die Verkehrssicherheit nicht gegeben ist.“*

Zuvor gemachte Ausführung zeigt, dass die Beklagte ganz offensichtlich von einer gebundenen Entscheidung („hat einzugreifen“) ausgegangen ist.

Ferner hätte die Beklagte sich aus einem weiteren Grunde nicht zum Einschreiten entschließen dürfen: Der Sachverständige Zauhar hat dem Bierbike dessen Sicherheit mittels Gutachten attestiert.

Sicher hat die Beklagte sich bei ihrer Überlegung, ob einzugreifen sei, auch von sachfremden Erwägungen leiten lassen.

Der Zeuge Holz wurde mutmaßlich durch einen erlebten Unfall übersensibilisiert.

Darüber hinaus waren für ihn nicht sicherheitsrelevante, sondern taktisch/strategische Motive zielgebend.

Die vom Zeugen Galles gezogene Parallele zur Love-Parade lässt den Schluss zu, dass die Beklagte im Zweifel erst einmal verbietet, um dann eine gerichtliche Klärung herbeizuführen. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage sind wohl weniger leitend gewesen.

Auch Herrn Kerschers Angaben hinterlassen einen faden Beigeschmack. Er wird zu fragen sein, was er mit der Aussage, er wolle seine Organisation nicht „als Handlanger des KVR“ sehen, gemeint hat.

b. Ganz offensichtlich hat sich die Beklagte auch bei der Beantwortung der Frage, wie gegenwärtig einzugreifen sei, in mehrerlei Hinsicht geirrt. Zum einen, dies belegen die Ausführungen von Herrn Bieling gegenüber dem Geschäftsführer der Klägerin, will man sich offenbar erst nach Feststellung der Rechtmäßigkeit der gegenständlichen Ordnungsverfügung seitens der Beklagten Gedanken darüber machen, ob die angeblichen Mängel noch ausgeräumt werden können.

Die Verneinung der Frage nach der Ausräumbarkeit von Mängeln ist jedoch Voraussetzung dafür, überhaupt eine Verbotsverfügung (ultima ratio) aussprechen zu können. Mildere Lösungsmöglichkeiten sind zwingend vorab zu prüfen.

Die Entscheidung der Beklagten zum Verbot des Bierbikes ist auch deshalb rechtsfehlerhaft, weil dieser ein Gutachten zugrunde liegt, das erkennbare Mängel aufweist. Dass der Gutachter sich überwiegend auf Fragen zur Rechtslage eingelassen hat, wurde bereits hinreichend belegt. Durch das verspätete Übermitteln der Bremswerte zeigt sich, dass ein erkennbar unvollständiges Gutachten dazu geführt hat, das Bierbike zu verbieten.

Weitere Indizien sprechen für die Mangelhaftigkeit des Gutachtens, insbesondere der Umgang mit der Tatsache, dass nicht nach dem erwähnten vorhandenen Lenkradschloss gefragt wurde.

Dass die Beklagte vor dem Hintergrund davon spricht, dass Sachverständigengutachten sei „schlüssig“ und „nachvollziehbar“ verwundert doch sehr.

Im Übrigen hätte die Beklagte, unterstellt man die Mängel würden tatsächlich bestehen, der Klägerin ohne weiteres aufgeben müssen und können, die behaupteten Mängel zu beseitigen. Hierbei macht das nicht brauchbare Sachverständigengutachten ja teilweise sogar Vorschläge, wenn es zum Beispiel von einer Helmpflichtauflage zur Kompensation eines anderen Risikos spricht.

Soweit das Gutachten des TÜVs-Süd von einer „Lenkung mit zu großem Spiel“ spricht, hätte die Beklagte der Klägerin eine Korrektur dieser Position aufgeben können.

Besonders augenfällig wird das diesbezügliche Versäumnis der Beklagten an der Stelle, an der eine fehlende Warnblinkeinrichtung kritisiert wird. Wie leicht dieses Problem zu beheben ist, hat die Klägerin in der Klageschrift höchstselbst dargestellt.

Auch stellte es für die Klägerin ein nur kleines Problem dar, das angeblich fehlende Warndreieck nachzurüsten, wengleich sich ein Warndreieck seit jeher auf dem Bierbike befindet.

C. Fazit

In gegenwärtigem Falle sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 17 StVZO nicht erfüllt. Das Bierbike der Klägerin entspricht den straßenverkehrsrechtlichen Vorgaben. Durch die fehlerhafte Anwendung von § 17 StVZO wird die Klägerin auch in ihren Rechten verletzt. Die Ordnungsverfügung ist nach Maßgabe von § 113 Abs. 1, Satz 1 VwGO aufzuheben.

Der Beklagtenseite wurden zwei Abdrucke dieses Schriftsatzes unmittelbar per Telefax nach dorthin übermittelt.

gez. Mager

Rechtsanwalt
(Mager)

Abschrift

Eimer | Märten | Mager • Postfach 15 13 • 53351 Rheinbach

Per Telefax: 089 233 44607

Landeshauptstadt München

Kreisverwaltungsreferat

Ruppertstr. 19

80466 München

Rheinbach, den 01.02.2012

Unser Zeichen: 73/10SM11

Bierbike München./Stadt Münch

Ihr Zeichen: KVR-III/2-bierbikes/Holz

Sehr geehrte Damen und Herren,

in vorbezeichneter Angelegenheit übermitteln wir Ihnen zwei Abschriften unseres Schriftsatzes an das Bayerische Verwaltungsgericht München unmittelbar zu Ihrer Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen

Rechtsanwalt
(Mager)

Rechtsanwalt

Martin Eimer, LL.M.

- Zivil-/Vertragsrecht
- Miet-/Immobilienrecht
- Gewerblicher Rechtsschutz

Rechtsanwältin/Mediatorin

Lucia Märten, MM

- Familien-/Erbrecht
- Arbeitsrecht

Rechtsanwalt

Stephan Mager

- Strafrecht
- Verkehrsrecht
- Verwaltungsrecht

Am Bürgerhaus 1 – 3

53359 Rheinbach

Tel: 0 22 26 - 898 94 - 00

Fax: 0 22 26 - 898 94 - 10

info@emm-rechtsanwaelte.de

www.emm-rechtsanwaelte.de

Bürozeiten:

Mo. – Fr. 9.00 – 12.00 Uhr

14.00 – 18.00 Uhr