



MEMORANDUM

Ort, Datum: Zürich, 16. September 2023
An: Gemeinderat der Gemeinde X
Von:
Matrikelnummer:
Semesterzahl:

UMGANG MIT FREEDOM BIKES

I. VERWEIGERUNG DER BEWILLIGUNG

A) Qualifikation der Nutzung

Bei der Nutzung öffentlichen Grundes ist der schlichte, gemeinverträgliche vom gesteigerten Gemeingebrauch zu unterscheiden. Nicht gemeinverträglich ist eine Nutzung, wenn sie ihrer Natur oder Intensität nach den Rahmen des Üblichen übersteigt, nicht der bestimmungsgemässen Verwendung entspricht oder den rechtmässigen Gebrauch durch andere Nutzer beeinträchtigt (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307).

Fahrräder dürfen auf öffentlichen Fahrradparkplätzen abgestellt werden; nach Art. 41 Abs. 1 VRV auch auf Trottoirs, sofern mindestens 1,5 Meter in der Breite frei bleiben. Das vorschriftsgemässe Abstellen ist somit eine widmungsgemässe Nutzung öffentlichen Grundes. Während Fahrräder üblicherweise die meiste Zeit auf privatem Grund abgestellt sind, sollen die 50 Freedom-Bikes allerdings ausschliesslich auf öffentlichem Grund stehen. Dadurch ergibt sich eine intensivere Nutzung. Ab einer gewissen Anzahl Fahrräder ist zudem mit einer erhöhten Belegung der Veloparkplätze zu rechnen, womit deren rechtmässiger Gebrauch durch Dritte beeinträchtigt wäre. Somit liegt gesteigerter Gemeingebrauch vor.

B) Bedingter Nutzungsanspruch

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verleiht einen bedingten Anspruch auf die Nutzung öffentlichen Grundes zur Ausübung eines Gewerbes; die Verweigerung einer Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch stellt einen Grundrechtseingriff dar (BGE 121 I 279 E. 2a S. 282).

Freedom bikes will auf öffentlichem Grund Fahrräder zum entgeltlichen Gebrauch bereitstellen. Für diese gewerbliche Tätigkeit hat sie einen bedingten Anspruch auf die Nutzung öffentlichen Grundes.

C) Eingriffsgrundlage

Das hoheitsberechtigte Gemeinwesen ist befugt, gesteigerten Gemeingebrauch von einer Bewilligung abhängig zu machen (BGE 121 I 279 E. 2b S. 283). Umstritten ist, ob gesteigerter Gemeingebrauch prinzipiell einer Bewilligung bedarf (vgl. ANDRÉ MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, in: ASR 760/2011, S. 252 f.). Das Bundesgericht hat ausserdem offen gelassen, ob gesteigerter Gemeingebrauch auch unter der neuen Bundesverfassung (vgl. Art. 36 Abs. 1 BV) ohne gesetzliche Grundlage von einer Bewilligung abhängig gemacht werden darf (BGE 135 I 302 E. 3.2 S. 307). Das Verwaltungsgericht scheint im Einklang mit der Lehre (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, S. 519 Rz. 2286) davon auszugehen, dass eine gesetzliche Grundlage nötig ist, wenn Grundrechte betroffen sind (Urteil VB.2011.00558 vom 8. Februar 2012 E. 5.3).

Für kommunalen öffentlichen Grund können Gemeinden gestützt auf § 39 Abs. 1 StrG eine gesetzliche Grundlage für die Bewilligungspflicht schaffen. Hat die Gemeinde dies unterlassen, kann sie sich auf die Rechtsprechung zur alten Bundesverfassung berufen, läuft aber Gefahr, dass ihr Entscheid einer Überprüfung nicht standhält.

D) Eingriffsinteresse

Grundrechtseinschränkungen müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Die Koordination und Prioritätensetzung zwischen verschiedenen Nutzungen des öffentlichen Raums stellt ein öffentliches Interesse dar (vgl. BGE 127 I 279 E. 2e/cc S. 286); ebenso die Einhaltung der Parkiervorschriften.

Kein legitimes Interesse ist der Schutz eines Konkurrenzangebots, an dem ein Gemeinwesen beteiligt ist. Der Staat darf nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz keine wettbewerbsverzerrenden Massnahmen ergreifen (BGE 121 I 279 E. 4a S. 285) und muss eigene privatwirtschaftliche Tätigkeiten den gleichen Wettbewerbsbedingungen unterwerfen, wie sie für Private gelten (BGE 138 I 378 E. 6.3.2 S. 389).

E) Verhältnismässigkeit

Grundrechtseinschränkungen müssen nach Art. 36 Abs. 3 BV verhältnismässig und somit zur Zielerreichung geeignet und erforderlich sein und sich als zumutbar erweisen (BGE 139 I 218 E. 4.3 S. 224). Vorliegend erscheint zweifelhaft, ob eine Bewilligungsverweigerung erforderlich ist, um die Koordination und Prioritätensetzung zwischen verschiedenen Nutzungen sowie die Einhaltung der Parkiervorschriften zu gewährleisten. So würden Auflagen (etwa die Verpflichtung, falsch parkierte Fahrräder auf Aufforderung hin kurzfristig zu entfernen) und eine Beschränkung der Anzahl Fahrräder mildere Mittel darstellen. Eine Bewilligungsverweigerung erwies sich deshalb als unverhältnismässig.

II. ABSCHLEPPEN UNTER KOSTENAUFLAGE

A) Durch die Polizei

Gemeindepolizeien sind befugt, vorschriftswidrig auf öffentlichem Grund abgestellte Fahrzeuge wegzuschaffen oder wegschaffen zu lassen (§ 41 lit. a i.V.m. § 2 Abs. 1 PolG). Dies muss der betroffenen Person angedroht werden; ausgenommen sind dringende Fälle (§ 42 Abs. 1 PolG). Nach Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist Dringlichkeit gegeben, wenn



es sich nicht nur um vorschriftswidriges, sondern auch behinderndes Parkieren handelt (Urteil VB.2007.00248 vom 17. September 2007 E. 3.2).

Somit darf ein Fahrrad abgeschleppt werden, wenn es vorschriftswidrig abgestellt ist und entweder den Verkehr behindert oder nicht innert angesetzter Frist abgeholt wird.

Die Rückgabe kann nach § 42 Abs. 2 PolG von der Zahlung der Kosten abhängig gemacht werden. Folglich ist eine Kostenaufgabe möglich, sofern die Rückgabe verlangt wird.

B) Durch andere Behörden

Das Abschleppen eines Fahrzeugs stellt eine Ersatzvornahme dar. Ohne vorhergehende Androhung und Fristansetzung liegt eine antizipierte Ersatzvornahme vor, die nur bei Dringlichkeit zulässig ist (Urteil des Verwaltungsgerichts VB.2007.00248 vom 17. September 2007 E. 3.1). Ob eine antizipierte Ersatzmassnahme ausserhalb des Anwendungsbereichs der polizeilichen Generalklausel eine besondere gesetzliche Grundlage erfordert, ist umstritten (vgl. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, S. 341 ff. Rz. 910 u. 917). Richtigerweise wird mangels ordentlichen Verfügungsverfahrens (vgl. FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, 1986, S. 330) eine Grundlage zu verlangen sein. Somit kann die Gemeinde die Fahrräder ohne Einbezug der Polizei nur im Rahmen der ordentlichen Ersatzvornahme oder unter den Voraussetzungen der polizeilichen Generalklausel (§ 9 PolG) entfernen lassen.

Ausserhalb von ordnungsgemäss angedrohten Ersatzvornahmen hat nur Polizeikostenersatz zu leisten, wer durch das Gesetz dazu verpflichtet wird (TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, a.a.O., S. 341 Rz. 910). Ohne gesetzliche Grundlage ist eine Kostenaufgabe folglich nur im Rahmen ordnungsgemäss angedrohter, nicht aber antizipierter Ersatzvornahmen möglich.

III. BESCHWERDE ANS BUNDESGERICHT

Rückweisungsentscheide schliessen das Verfahren nicht ab und sind grundsätzlich Zwischenentscheide, gegen die nur unter den Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 BGG Beschwerde an das Bundesgericht erhoben werden kann (BGE 135 V 477 E. 4.2 S. 481 f.). Einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG bejaht das Bundesgericht, wenn eine beschwerdebefugte Behörde durch einen Rückweisungsentscheid gezwungen würde, eine ihrer Ansicht nach rechtswidrige Verfügung zu erlassen (BGE 140 V 321 E. 3.7.1 S. 327). Folglich müsste die Gemeinde dies in der Beschwerde vorbringen.

Um ihr Beschwerderecht nach Art. 89 Abs. 2 lit. c BGG wahrnehmen zu können, muss die Gemeinde eine Verletzung ihrer Gemeindeautonomie rügen. Dabei genügt es, wenn sie durch den angefochtenen Akt in ihrer Stellung als Hoheitsträgerin berührt ist (BGE 135 I 43 E. 1.2 S. 45), was sie aufgrund ihrer Hoheit über den kommunalen öffentlichen Grund wäre.