

Smartphone-App „UBER Black“ europarechtswidrig?

Bundesgerichtshof

Beschluss vom 18.05.2017

Az.: I ZR 3/16

Tenor

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 2017 beschlossen:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden zur Auslegung des Art. 58 Abs. 1 AEUV und der Art. 2 Abs. 2 Buchst. d und 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Erbringt ein Unternehmen, das in Kooperation mit zur Personenbeförderung zugelassenen Mietwagenunternehmen eine Smartphone-Applikation bereitstellt, über die Nutzer Mietwagen mit Fahrern bestellen können, selbst eine Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 AEUV und Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG, wenn die Organisationsleistungen dieses Unternehmens eng mit der Beförderungsleistung verbunden sind, insbesondere wenn es

– die Preisgestaltung, die Abwicklung des Zahlungsverkehrs und die Beförderungsbedingungen für die Fahraufträge bestimmt

und

– für die von ihm vermittelten Fahrzeuge unter seiner Unternehmensbezeichnung sowie mit einheitlichen Rabattaktionen wirbt?

Für den Fall, dass der Gerichtshof die Frage 1 verneinen sollte:

2. Kann es aufgrund des Ziels, die Wettbewerbs- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erhalten, unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Ordnung nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG bei den gegenwärtigen Verkehrsverhältnissen gerechtfertigt sein, eine Dienstleistung der im Streitfall in Rede stehenden Art zu untersagen?

Gründe

I. Der Kläger ist Taxiunternehmer in Berlin. Die Beklagte, ein Unternehmen mit Sitz in den Niederlanden, bot unter der Bezeichnung „UBER Black“ eine Anwendung für Smartphones („App“) an, über die Nutzer Mietwagen mit Fahrer buchen konnten. Zu diesem Zweck kooperierte die Beklagte mit Mietwagenunternehmern, die über eine Erlaubnis zur Personenbeförderung verfügten. Die zu diesen Unternehmen gehörenden Fahrzeuge wurden in der Werbung der Beklagten als „UBER“ bezeichnet. Die Preisgestaltung, Abwicklung des Zahlungsverkehrs und die Werbung für Rabattaktionen bei den über die Beklagte vermittelten Fahrzeugen erfolgte durch die Beklagte; für die Fahraufträge galten die von ihr gestellten Bedingungen.

Über UBER Black eingehende Bestellungen für Mietwagen wurden an einen Server der Beklagten in den Niederlanden weitergeleitet. Von dort erhielt der Fahrer des freien Mietfahrzeugs, das sich zum Zeitpunkt des Auftrags am Nächsten zum Fahrgast befand, den Fahrauftrag, den er zu bestätigen hatte. Zeitgleich erfolgte per EMail eine Benachrichtigung des Mietwagenunternehmens, das das ausgewählte Fahrzeug betrieb. Die Fahraufträge waren zu von der Beklagten gestellten

Bedingungen auszuführen und über die App der Beklagten zu bezahlen. Die Beklagte traf Vereinbarungen mit Dritten, um bei bestimmten Veranstaltungen eine erhöhte Nachfrage nach mit ihr kooperierenden Mietwagenunternehmen zu schaffen. Zumindest zunächst hatten die Fahrgäste für die Beförderung ein Entgelt zu entrichten.

Der Kläger hat von der Beklagten in erster Instanz verlangt, den Einsatz der Smartphone-Applikation UBER APP für Mietwagenfahrer und Mietwagenunternehmer zur Vermittlung von Fahraufträgen in Berlin zu unterlassen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben (LG Berlin, GRUR-RR 2015, 350).

In der Berufungsinstanz hat der Kläger seinen Antrag dahingehend eingeschränkt, dass er nur noch entgeltliche Beförderungsfahrten erfasst, bei denen das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt übersteigt. Dadurch soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Personenbeförderungsgesetz Beförderungen nicht regelt, die unentgeltlich erfolgen oder bei denen das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG).

Das Berufungsgericht (KG Berlin, GRURRR 2016, 84) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und den Verbotstenor entsprechend dem in zweiter Instanz gestellten Antrag des Klägers neu gefasst. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger begehrt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

II. Der Erfolg der Revision hängt von der Auslegung des Art. 58 Abs. 1 AEUV und der Art. 2 Abs. 2 Buchst. d sowie 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt ab. Vor einer Entscheidung ist das Verfahren deshalb auszusetzen und gemäß Art. 267 Abs. 1 und 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen.

1. Das Berufungsgericht hat die Klage als aus §§ 3, 4 Nr. 11 UWG aF in Verbindung mit § 49 Abs. 4 Satz 1, 2 und 5 PBefG begründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

Die mit der Beklagten kooperierenden Mietwagenunternehmer und deren Fahrer hätten regelmäßig gegen § 49 Abs. 4 Satz 1, 2 und 5 PBefG verstoßen. Der Gesetzgeber habe die Erteilung von Beförderungsaufträgen durch unmittelbare Kontaktaufnahme mit dem Fahrer als kennzeichnendes Merkmal des Taxiverkehrs angesehen. Hingegen sei der Fahrer eines Mietwagens nicht nur durch die Rückkehrpflicht des § 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG, sondern auch kommunikationstechnisch an den Betriebssitz gebunden, indem das Gesetz eine Ausnahme vom Rückkehrgebot nur zulasse, wenn an den Fahrer während der Fahrt ein zuvor am Betriebssitz eingegangener Auftrag weitergeleitet werde. Eingegangen sei ein Telefonanruf allein dort, wo er durch eine Person angenommen oder etwa durch einen Anrufbeantworter aufgezeichnet werde. Danach sei es unzulässig, wenn bei UBER Black Aufträge in gleicher Weise wie bei unmittelbarer Kontaktaufnahme zwischen Fahrgast und Fahrer ohne Einschaltung einer weiteren Person am Betriebssitz des Unternehmens erteilt würden. Die Beklagte hafte jedenfalls als Teilnehmerin an den Wettbewerbsverstößen der mit ihr kooperierenden Mietwagenunternehmer und der bei diesen tätigen Fahrern.

Die Beklagte könne sich nicht auf das Herkunftslandprinzip gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 TMG, Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr berufen. § 49 Abs. 4 PBefG regele Anforderungen an den Mietwagenverkehr und damit Offline-Dienste. Die Vorschrift stelle auch eine verfassungsgemäße Berufsausübungsregelung dar.

Das vom Kläger begehrte Verbot verstoße nicht gegen Unionsrecht. Die Verbindung der umfassenden Organisationsleistungen der Beklagten mit dem eigentlichen Beförderungsvorgang rechtfertige es, sie als Verkehrsdienstleistung anzusehen. Infolgedessen fänden weder Art. 56 AEUV noch die Richtlinie 2006/123/EG über

Dienstleistungen im Binnenmarkt Anwendung. Die in Art. 49 AEUV geregelte Niederlassungsfreiheit sei nicht berührt, weil die Beklagte in Deutschland weder über eine feste Einrichtung verfüge noch den Aufbau einer solchen beabsichtige.

2. Im Streitfall kommt es zunächst auf die Frage an, ob ein Unternehmen, das in Kooperation mit zur Personenbeförderung zugelassenen Mietwagenunternehmen eine Smartphone-Applikation bereitstellt, über die Nutzer Mietwagen mit Fahrern bestellen können, selbst eine Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 AEUV und Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG erbringt, wenn die Organisationsleistungen dieses Unternehmens in der im Streitfall vorliegenden Weise eng mit der Beförderungsleistung verbunden sind.

a) Der vom Kläger auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsantrag ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zur Zeit der Begehung wettbewerbswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 6. November 2014 I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 8 = WRP 2015, 565 Kostenlose Zweitbrille; Urteil vom 15. Dezember 2016 I ZR 221/15, GRUR 2017, 292 Rn. 15 = WRP 2017, 313 Energieverbrauchskennzeichnung im Internet). Nach der beanstandeten Werbung im Jahr 2014 und vor der Entscheidung in der Revisionsinstanz ist das im Streitfall maßgebliche Recht mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBI. 2015 I, S. 2158) novelliert worden. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt hieraus jedoch nicht. Die Verletzung von Marktverhaltensregelungen nach § 4 Nr. 11 UWG aF ist nunmehr inhaltlich unverändert in § 3a UWG geregelt.

Die im Streitfall erheblichen Vorschriften des Personenbeförderungsrechts sind unverändert geblieben.

b) Der Anwendung des § 3a UWG steht im Streitfall nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG, die in ihrem

Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat (Art. 4 der Richtlinie), keinen vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Die Richtlinie gilt nur für das Verhältnis von Unternehmern zu Verbrauchern, nicht dagegen für deren Verhältnis zu Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2009 I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 Rn. 15 = WRP 2010, 876 Zweckbetrieb). § 49 Abs. 4 PBefG regelt allein den Wettbewerb der Mietwagenunternehmer untereinander sowie den Wettbewerb zwischen Mietwagen- und Taxiunternehmen.

c) Zu Recht hat das Berufungsgericht die Bestimmungen des § 49 Abs. 4 Satz 2 und 5 PBefG als Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG aF (§ 3a UWG) angesehen. Der Bundesgerichtshof hat bereits entschieden, dass die Regelungen zur Rückkehrpflicht von Mietwagen und zur Vermeidung von Verwechslungen mit dem Taxenverkehr in § 49 Abs. 4 Satz 3 und 5 PBefG im Hinblick auf ihre wettbewerbsregelnde Funktion im Verhältnis der Mietwagenunternehmer untereinander sowie zwischen Mietwagen- und Taxiunternehmen Marktverhaltensregelungen sind (BGH, Urteil vom 24. November 2011 I ZR 154/10, GRUR 2012, 645 Rn. 12 = WRP 2012, 817 Mietwagenwerbung; Urteil vom 30. April 2015 I ZR 196/13, GRUR 2015, 1235 Rn. 12 = WRP 2015, 1461 Rückkehrpflicht V). Für die Regelung der Annahme von Beförderungsaufträgen durch Mietwagen in § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG gilt nichts anderes (vgl. v. Jagow in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 3a Rn. 98).

d) Zutreffend und von der Revision unbeanstandet hat das Berufungsgericht eine Förderung fremden Wettbewerbs durch die Beklagte bejaht und angenommen, jedenfalls der Kläger und die mit der Beklagten über UBER Black kooperierenden Mietwagenunternehmer seien Mitbewerber im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Darüber hinaus besteht ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten. Die Nutzung der beanstandeten Smartphone-Applikation der

Beklagten kann den Kläger im Absatz seiner Dienstleistungen als Taxifahrer behindern, weil grundsätzlich für ihn in Betracht kommende Beförderungsaufträge durch Mietwagenunternehmen ausgeführt werden, die mit der Beklagten kooperieren (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 I ZR 252/14, GRUR 2016, 828 Rn. 20 = WRP 2016, 974 Kundenbewertung im Internet mwN).

e) Die Verwendung der Smartphone-Applikation UBER Black in der beanstandeten Version verstößt gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG.

aa) Gemäß § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG dürfen Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausführen, die am Betriebssitz oder in der Wohnung (nachfolgend zusammenfassend: Betriebssitz) des Unternehmers eingegangen sind. Den Eingang des Beförderungsauftrags hat der Mietwagenunternehmer buchmäßig zu erfassen; die Aufzeichnung ist ein Jahr aufzubewahren (§ 49 Abs. 4 Satz 4 PBefG). Nach Ausführung des Beförderungsauftrags hat der Mietwagen unverzüglich zum Betriebssitz zurückzukehren, es sei denn, er hat vor der Fahrt von seinem Betriebssitz oder während der Fahrt fernmündlich einen neuen Beförderungsauftrag erhalten (§ 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG).

Zutreffend hat das Berufungsgericht diesen Regelungen entnommen, dass Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausführen dürfen, die zuvor am Betriebssitz des Unternehmers eingegangen sind (vgl. Bidinger, Personenbeförderungsrecht, 2. Aufl., Stand Dezember 2016, B § 49 Rn. 140 ff.; Bauer, PBefG, 2010, § 49 Rn. 18; Ingold, NJW 2014, 3334, 3336). In aller Regel ist ein Beförderungsauftrag nicht am Betriebssitz des Unternehmers eingegangen, wenn der Fahrer einen ihm unterwegs erteilten Beförderungsauftrag seiner Zentrale mitteilt und diese dann der Beförderung zustimmt (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1989 I ZR 201/87, NJWRR 1990, 173 Beförderungsauftrag; Bauer aaO § 49 Rn. 19). Aus dem Zusammenhang der in § 49 Abs. 4 PBefG getroffenen Regelungen ergibt sich, dass es sich bei den fernmündlich während der Fahrt erhaltenen Beförderungsaufträgen im Sinne von Satz 3 dieser Bestimmung

nur um solche handeln kann, die zuvor gemäß Satz 2 am Betriebsitz des Unternehmers eingegangen sind und dem Fahrer von dort mitgeteilt wurden (Bauer aaO § 49 Rn. 18). Dabei erfasst der Übermittlungsweg „fernmündlich“ zwar im Hinblick auf die zwischenzeitliche technische Entwicklung ohne weiteres auch die Benachrichtigung des Fahrers per EMail, SMS oder auf einem anderen Weg mobiler Kommunikation. Unverändert gilt aber nach wie vor, dass der Beförderungsauftrag nicht unmittelbar dem Fahrer erteilt werden darf, sondern zuerst am Betriebsitz des Unternehmens eingehen muss. Nur dieses Verständnis ist mit der Zielsetzung des Gesetzgebers vereinbar, durch die Änderung von § 49 Abs. 4 PBefG eine verbesserte Abgrenzung zwischen Taxi- und Mietwagenverkehr zu ermöglichen, um die in der Praxis entstandenen Schwierigkeiten zu beseitigen oder zumindest zu verringern (vgl. Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes, BT-Drucks. 9/2128, S. 9). Der Begriff des Taxiverkehrs ist dabei dadurch gekennzeichnet, dass Fahrgäste auf öffentlichen Straßen und Plätzen bereitgestellten oder vorbeifahrenden Taxen einen Beförderungsauftrag zur unmittelbaren Ausführung, aber auch unter Verwendung von Telefon oder durch Funkvermittlung erteilen können (vgl. § 47 Abs. 1 PBefG sowie Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes, BTDrucks. 9/2128, S. 8). Das Personenbeförderungsgesetz sieht damit als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal zwischen Taxen- und Mietwagenverkehr an, dass die unmittelbare Annahme von Beförderungsaufträgen durch den Fahrer während der Fahrt Taxen vorbehalten ist.

bb) Danach ist die Smartphone-Applikation UBER Black in der hier beanstandeten Version mit § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG unvereinbar (ebenso OVG Berlin-Brandenburg, CR 2015, 376, 378 f.). Die Bedingung, dass Mietwagen erteilte Beförderungsaufträge zunächst am Betriebsitz des Unternehmers eingehen müssen, ist nicht erfüllt, wenn der Fahrer unmittelbar und gleichzeitig mit dem Betriebsitz über einen Beförderungsauftrag unterrichtet wird. Die unmittelbare

Auftragserteilung an Fahrer von Mietwagen ist unabhängig davon unzulässig, ob sie durch die Fahrgäste selbst oder für sie handelnde Vermittler erfolgt. Es kommt nicht darauf an, ob der Verbraucher selbst unmittelbar den Auftrag erteilt, sondern darauf, ob er den Fahrer nur über den Betriebssitz erreicht. Ebenso sind entgegen der Ansicht der Revision Geschäftsmodelle, bei denen der Beförderungsauftrag durch einen vom Unternehmer beauftragten Boten dem Fahrer mitgeteilt wird, bevor er am Betriebssitz des Unternehmers eingegangen ist, unvereinbar mit § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob sich die unzulässige vorherige Beauftragung eines Boten von einer zulässigen Weiterleitung eines am Betriebssitz des Unternehmens eingegangenen Beförderungsauftrags lediglich durch einen „Mausklick“ unterscheidet.

f) Gegen diese Auslegung des § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, handelt es sich bei den Bestimmungen des § 49 Abs. 4 PBefG sowohl gegenüber den mit der Beklagten kooperierenden Mietwagenunternehmern und den dort arbeitenden gegebenenfalls selbständigen Mietwagenfahrern als auch gegenüber der Beklagten um gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG verfassungsrechtlich unbedenkliche Berufsausübungsregelungen (vgl. BVerfGE 81, 70, 84 ff., 94 ff.).

aa) Die Beklagte hat keine für den Streitfall erhebliche Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse dargelegt, die zu einer gegenüber dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1989 abweichenden verfassungsrechtlichen Beurteilung des § 49 Abs. 4 PBefG und insbesondere des Satzes 2 dieser Bestimmung Anlass geben könnte (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, CR 2015, 376, 380). So befriedigen Car-Sharing-Angebote nicht die Bedürfnisse von Personen, die nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis, nicht fahrtüchtig oder nicht willens sind, selbst ein Auto zu

fahren. Außerdem sind viele dieser Angebote nur in Großstädten und auch dort nicht in Randbezirken und Vororten verfügbar. Die Revisionserwiderung macht zudem nachvollziehbar geltend, gerade in großen Städten sei der Autobesitz mangels Parkraums, aber auch aus finanziellen Gründen rückläufig, so dass allen Formen des öffentlichen Personennahverkehrs einschließlich der Taxen gesteigerte Bedeutung zukomme. Die Revision hat demgegenüber nicht aufgezeigt, dass die Bedeutung der Taxinutzung (etwa gemessen nach Fahrgästen oder zurückgelegten Kilometern) zurückgegangen sei. Auch das Berufungsgericht hat dies nicht festgestellt.

bb) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, § 49 Abs. 4 PBefG führe bei Mietwagen-Einzelunternehmern zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG, weil sie anders als ihre größeren Wettbewerber am Betriebssitz kein Personal vorhalten könnten. Ob ein Mietwagenunternehmen seinen Betrieb in einer Weise einrichten kann, dass es in der Lage ist, Fahrern während der Beförderung oder auf der Rückfahrt neue Aufträge zu übermitteln, die zuvor am Betriebssitz eingegangen sind, ist allein der betriebswirtschaftlichen Disposition des Mietwagenunternehmers überlassen. Insbesondere steht einer Kooperation von Einzelunternehmern zu diesem Zweck nichts entgegen. Im Übrigen entspricht es dem üblichen Marktgeschehen, dass bestimmte Marktteilnehmer aufgrund ihrer Ausstattung oder Größe gewisse Aufträge nicht erhalten oder ausführen können. Nicht festgestellt oder sonst ersichtlich ist, dass ein Mietwagenunternehmen ohne die Möglichkeit, neue Aufträge an Fahrer während der Fahrt zu erteilen, nicht rentabel arbeiten kann.

g) Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, die Beklagte könne sich nicht auf das in § 3 Abs. 2 Satz 1 TMG und Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2000/31/EG geregelte Herkunftslandprinzip berufen. Die von der Beklagten über eine Smartphone-Applikation angebotene Vermittlungsleistung ist

zwar selbst ein Dienst der Informationsgesellschaft. Die dadurch vermittelte Beförderungsleistung wird aber nicht im Fernabsatz, sondern bei physischer Anwesenheit beider Vertragsparteien erbracht. Die Beförderungsleistung ist daher kein Dienst der Informationsgesellschaft (im Sinne von Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EG in Verbindung mit Art. 1 Nr. 2 und Anhang V der Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG). Eine nicht in den von der Richtlinie 2000/31/EG „koordinierten Bereich“ fallende Beförderungsdienstleistung wird nicht dadurch zu einem Dienst der Informationsgesellschaft, dass sie auf elektronischem Wege, etwa über eine App, vermittelt wird. Das Verhältnis zwischen der elektronischen Vermittlungsleistung der Beklagten und der Beförderungsdienstleistung entspricht demjenigen zwischen einer elektronischen Zugangskontrolle und einem dadurch erreichbaren Parkhaus. Gemäß Anhang V der Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG handelt es sich bei einer elektronischen Zugangskontrolle zu einem nicht elektronisch erbrachten Dienst um keinen Dienst der Informationsgesellschaft. Die für die Erbringung der physischen Dienstleistung geltenden Vorschriften bleiben in einem solchen Fall anwendbar (vgl. Wimmer/Weiß, MMR 2015, 80). Da heute nahezu jede Dienstleistung oder Ware elektronisch vermittelt oder bestellt werden kann, würde andernfalls der „koordinierte Bereich“ grenzenlos erweitert. Das entspricht nicht der Systematik der Richtlinie 2000/31/EG.

3. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann jedoch nicht mit Sicherheit angenommen werden, dass § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG in der vom Senat gebilligten Auslegung des Berufungsgerichts auch im Übrigen mit dem Unionsrecht in Einklang steht.

a) Allerdings wird die durch Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit unter den im Streitfall festgestellten Umständen durch eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Smartphone-Applikation „UBER Black“ nicht berührt.

Die dauerhafte Erbringung grenzüberschreitender, auch elektronischer Dienstleistungen begründet für sich allein keine Niederlassung. Erforderlich ist vielmehr die Möglichkeit, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben im Aufnahmemitgliedstaat mittels einer ständigen Präsenz teilzunehmen, die durch ein einfaches Büro wahrgenommen werden kann (vgl. EuGH, Urteil vom 15. September 2011 C347/09, Slg. 2011, I8185 = EuZW 2011, 841 Rn. 35 Dickinger und Ömer). Das Berufungsgericht hat dazu von der Revision unbeanstandet festgestellt, im Streitfall fehle jeder Anhaltspunkt für eine feste Einrichtung der Beklagten in Deutschland. Die Beklagte trage auch nichts zu einer Absicht vor, in absehbarer Zeit in der Bundesrepublik Deutschland feste Einrichtungen aufzubauen. Es steht ihr frei, ihren Unternehmenssitz oder eine Zweigniederlassung in Deutschland zu errichten oder von den Niederlanden aus im Rahmen der für alle Marktteilnehmer geltenden Gesetze in Deutschland tätig zu werden (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. April 2015 OVG 1 S 96.14, juris Rn. 64, insoweit nicht in CR 2015, 376).

Aus dem von der Revision herangezogenen Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache „Gebhard“ (Urteil vom 30. November 1995 C55/94, Slg 1995, I-4165 = NJW 1996, 579) ergibt sich keine abweichende Beurteilung. Der Gerichtshof führt dort in Randnummer 24 aus, Gesellschaften könnten durch Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften im Sinne des Vertrags niedergelassen sein. Daran schließt sich die von der Revision angeführte Randnummer 25 an, wonach „der Begriff der Niederlassung ... also ein sehr weiter (ist), der die Möglichkeit für einen Gemeinschaftsangehörigen impliziert, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats als seines Herkunftsstaats teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen, wodurch die wirtschaftliche und soziale Verflechtung innerhalb der Gemeinschaft im Bereich der selbständigen Tätigkeit gefördert wird“. Der Gerichtshof der

Europäischen Union hat das Erfordernis der stabilen und kontinuierlichen Teilnahme am Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats nachfolgend dahingehend konkretisiert, dass es jedenfalls eine feste Einrichtung in Form eines einfachen Büros erfordert (EuGH, EuZW 2011, 841 Rn. 35 Dickinger und Ömer).

b) Fraglich ist indes, ob ein Verbot der von der Beklagten angebotenen Smartphone-Applikation „UBER Black“ in der beanstandeten Ausgestaltung mit den Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 Abs. 1 AEUV und der Richtlinie 2006/123/EG vereinbar ist. Dabei stellt sich zunächst die Frage, ob die in Rede stehende Dienstleistung der Beklagten eine Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 AEUV und Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG ist (Vorlagefrage 1). Für den Fall, dass die Frage 1 verneint wird, stellt sich die weitere entscheidungserhebliche Frage, ob unter den im Streitfall maßgeblichen Umständen aufgrund des Ziels, die Wettbewerbs- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erhalten, das Verbot einer solchen Dienstleistung nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sein kann (Vorlagefrage 2).

aa) Nach Art. 58 Abs. 1 AEUV gilt Art. 56 AEUV nicht für Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs. Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG nimmt Verkehrsdienstleistungen von ihrem Anwendungsbereich aus. Der unterschiedlichen sprachlichen Fassung der Bereichsausnahme für den Verkehr in Art. 58 Abs. 1 AEUV und in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG kommt dabei keine Bedeutung zu. Vielmehr ist es im Hinblick auf die Entstehungsgeschichte und sämtliche andere Sprachfassungen der Richtlinie 2006/123/EG geboten, den in der deutschen Fassung gebrauchten Begriff „Verkehrsdienstleistungen“ im Sinne von „Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs“ auszulegen, der

wiederum dem Begriff „Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs“ in Art. 58 AEUV entspricht (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015 C168/14, NVwZ 2016, 218 Rn. 43 ff. Grupo Itevelesa).

Allerdings ist dem Unionsrecht und der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nach Ansicht des Senats nicht mit ausreichender Sicherheit zu entnehmen, ob eine Tätigkeit wie diejenige der Beklagten mit UBER Black eine Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs darstellt.

(1) Der Begriff der Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs ist in der Richtlinie 2006/123/EG nicht definiert. Nach Erwägungsgrund 21 soll allerdings der Taxiverkehr als Verkehrsdienstleistung ausdrücklich von der Richtlinie ausgenommen sein. Demgegenüber stellt Erwägungsgrund 33 klar, dass die Vermietung von Kraftfahrzeugen und die Dienste von Reisebüros von der Richtlinie erfasst werden sollen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zeigt die Verwendung des Begriffs „Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs“ den Willen des Gesetzgebers der Europäischen Union, den Anwendungsausschluss in Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Dienstleistungsrichtlinie nicht nur auf die Verkehrsmittel als solche zu beschränken. Vielmehr erfasst der Ausschluss außer jeder körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Land-, Luft- oder Wasserfahrzeugs auch jede Dienstleistung, die naturgemäß mit einer solchen Handlung verbunden ist. Dementsprechend hat der Gerichtshof der Europäischen Union die technische Überwachung von Kraftfahrzeugen zwar als Ergänzung zu Verkehrsdienstleistungen, jedoch als ihnen vorgelagerte und unverzichtbare Bedingung für die Transportleistung angesehen, die sich aus dem Ziel der Verkehrssicherheit ergibt (EuGH, NVwZ 2016, 218 Rn. 45 bis 47 Grupo Itevelesa).

(2) Nach diesen Grundsätzen ist die elektronische Vermittlung von Fahraufträgen an Mietwagen als solche nicht ohne weiteres als Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs anzusehen.

Diese Dienstleistung ist für das Geschäft der Vermietung von Kraftfahrzeugen mit Fahrern weder unverzichtbar noch naturgemäß damit verbunden. Vielmehr konnten und können Mietwagenunternehmen ihrem Gewerbe ohne weiteres unabhängig von UBER Black nachgehen.

(3) Das Berufungsgericht hat im Streitfall jedoch besondere Umstände festgestellt, die es rechtfertigen könnten, eine Tätigkeit wie diejenige der Beklagten als Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs anzusehen.

Danach organisiert die Beklagte eine an sie gebundene Flotte von Fahrzeugen mit Fahrern, deren Marktauftritt sie so vereinheitlicht, dass sie die zur Flotte gehörenden Fahrzeuge in der Werbung als „UBER“ bezeichnet. Die Preisgestaltung, Abwicklung des Zahlungsverkehrs und die Werbung für bei allen Fahrzeugen der Flotte gültige Rabattaktionen erfolgt durch die Beklagte; für die Fahraufträge gelten die von ihr gestellten Bedingungen.

Die Eigenschaft der kooperierenden Mietwagenunternehmer als selbständige und den Weisungen der Beklagten nicht unterworfenen Unternehmen steht nicht der Feststellung entgegen, die Beklagte organisiere eine Flotte von Fahrzeugen mit Fahrern. Selbst wenn – wie die Revision unter Hinweis auf vorinstanzlichen Vortrag der Beklagten geltend macht – die Beklagte den Fahrgästen, die ihre App nutzen, nur Höchstpreise für den Beförderungsauftrag nennt, die unterschritten werden könnten, liegt darin ein ganz erheblicher Einfluss auf die Preisgestaltung.

(4) Nach Auffassung des Senats spricht die enge Verbindung der Organisationsleistungen der Beklagten mit dem eigentlichen Beförderungsvorgang dafür, die mit UBER Black erbrachten Dienstleistungen der Beklagten als Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs anzusehen und deswegen die Vorlagefrage 1 zu bejahen. Die Beklagte erbringt mit ihrer Einflussnahme auf die Preisgestaltung, selbst wenn sie auf einheitlich für alle

Kooperationspartner geltende Rabattaktionen und Höchstpreise begrenzt sein sollte, mit der Abrechnung der über UBER Black gebuchten Beförderungsleistungen sowie dem einheitlichen Auftritt der von ihr koordinierten Flotte unter der Bezeichnung „UBER“ wesentliche und jedenfalls hinsichtlich Preisgestaltung und Abrechnung unverzichtbare Teile der eigentlichen Verkehrsdienstleistung (vgl. Ingold, NJW 2014, 3334, 3337).

Diese Beurteilung steht im Einklang mit der als „Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft“ bezeichneten Mitteilung der Kommission vom 2. Juni 2016, COM(2016) 356 final. Die Kommission führt dort aus, kollaborative Plattformen könnten den jeweiligen nationalen branchenspezifischen Vorschriften – vorliegend also dem Personenbeförderungsgesetz – unterliegen, wenn sie in hohem Maße Kontrolle über und Einfluss auf die Erbringung der vermittelten Dienstleistung ausübten. Ob dies der Fall sei, sei anhand geeigneter sachlicher und rechtlicher Kriterien zu prüfen, zu denen insbesondere die Einflussnahme auf Preis, Vertragsbedingungen und Qualität der Dienstleistung gehöre (vgl. S. 6 f. der Mitteilung der Kommission).

bb) Für den Fall, dass der Gerichtshof die Vorlagefrage 1 verneinen sollte, stellt sich im Streitfall die weitere durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs bisher ungeklärte Frage, ob aufgrund des Ziels, die Wettbewerbs- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erhalten, das Verbot einer Dienstleistung in der im Streitfall in Rede stehenden Ausgestaltung nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG unter dem Aspekt des Schutzes der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt sein kann (Vorlagefrage 2).

(1) Anforderungen, die ein Mitgliedstaat (hier Deutschland) an die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit stellt, die von einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat (hier Niederlande) aus erbracht wird, müssen nach Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG nicht-

diskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig sein. Erforderlich sind ausschließlich Anforderungen, die sich aus der öffentlichen Ordnung und Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder dem Umweltschutz ergeben. Von diesen zulässigen Gründen für Anforderungen an die Dienstleistungstätigkeit kommt im Streitfall allein der Schutz der öffentlichen Ordnung in Frage.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Begriff der öffentlichen Ordnung insbesondere, wenn er eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen soll, eng zu verstehen. Eine nationale Behörde kann sich deshalb für eine solche Beschränkung nur dann auf Gründe der öffentlichen Ordnung berufen, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (EuGH, Urteil vom 17. März 2000 C-54/99, Slg. 2000, I-1335 Rn. 17 = EWS 2000, 171 Église de scientologie; Urteil vom 14. Oktober 2004 C-36/02, Slg. 2004, I-9609 Rn. 30 Omega; vgl. Erwägungsgrund 41 der Richtlinie 2006/123/EG). Allerdings können die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land und im zeitlichen Wandel verschieden sein. Insoweit ist den Mitgliedstaaten daher ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch das Unionsrecht gesetzten Grenzen zuzubilligen (EuGH, Slg. 2004, I-9609 Rn. 31 Omega).

(2) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dient die gesetzliche Abgrenzung der Berufsbilder des Mietwagen- und Taxiunternehmers dem Schutz der Existenz- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs, an dem ein wichtiges Interesse der Allgemeinheit besteht (BVerfGE 81, 70, 84 ff., 94 ff.). Es sei ein legitimes Bedürfnis, der Allgemeinheit mit dem Taxenverkehr ein Verkehrsmittel für individuelle Bedürfnisse zu einem festgelegten Tarif zur Verfügung zu stellen. Bei einer Freigabe der Annahme von Beförderungsaufträgen durch Mietwagenfahrer außerhalb des

Betriebsitzes sei eine Beeinträchtigung der Existenz- und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs zu erwarten. Mietwagen seien im Gegensatz zu Taxen nicht an festgelegte Tarife gebunden, sondern könnten das Beförderungsentgelt frei vereinbaren; sie unterlägen überdies keinem Kontrahierungszwang. Wäre es den Mietwagenunternehmern erlaubt, in gleicher Weise wie Taxiunternehmer, jedoch ohne Tarifbindung und Kontrahierungszwang tätig zu werden, könnten sie durch Unterbietung des Taxitarifs die Wettbewerbsfähigkeit des Taxenverkehrs untergraben, ohne dass dieser darauf mit einer flexiblen Gestaltung der Beförderungsentgelte reagieren könne.

(3) Unter Berücksichtigung des in den Grenzen des Unionsrechts bestehenden Beurteilungsspielraums der Mitgliedstaaten sind diese Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts nach Ansicht des Senats geeignet, die in Rede stehende Beschränkung der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung gemäß Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG zu rechtfertigen. Unter den gegenwärtigen Verhältnissen im Individualverkehr sollten Existenz und Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs im Hinblick auf den allein für dieses Verkehrsmittel bestehenden Kontrahierungszwang und die nur dafür geltenden festen Tarife für individuelle Fahrten unionsrechtlich als hinreichend wichtiges Grundinteresse der Gesellschaft anzuerkennen sein. Dabei geht es um das öffentliche Interesse, der Allgemeinheit ein individuelles Beförderungsmittel mit Kontrahierungszwang bereitzustellen, das auch die Beförderung alter, behinderter und kranker Personen auf unattraktiven, kurzen Strecken zu festen, regulierten Tarifen gewährleistet. Zweck der hier in Rede stehenden Bestimmungen des Personenbeförderungsrechts ist dagegen nicht, einen bestimmten Wirtschaftszweig, nämlich Taxen, vor Konkurrenz zu schützen.

(4) Aus Sicht des Senats liegen die weiteren Voraussetzungen für eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art.

16 Abs. 1 der Richtlinie 2006/123/EG vor. Das Verbot der Applikation Uber-Black in der in Rede stehenden konkreten Ausgestaltung stellt weder eine direkte noch eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Ortes der Niederlassung dar (Art. 16 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie). Das Verbot ist ferner erforderlich und geeignet, die Wettbewerbs- und Funktionsfähigkeit des durch Kontrahierungszwang und feste Beförderungstarife gekennzeichneten Individualverkehrs mit Taxen zu gewährleisten; weniger beschränkende, aber ebenso wirksame andere Regelungen sind nicht ersichtlich (Art. 16 Abs. 1 Buchst. b und c der Richtlinie). Neuartige Verkehrsangebote können den Taxenverkehr zwar ergänzen, aber nicht ersetzen (dazu Rn. 23).

Die Beklagte wird auch nicht gehindert, das Geschäftsmodell der Vermittlung von Mietwagen mit Fahrern über eine Smartphone-Applikation zu betreiben, solange sie nur gewährleistet, dass die Fahraufträge zuerst am Betriebsitz des Mietwagenunternehmers eingehen und sich dieser und dessen Fahrer an die weiteren Anforderungen des Personenbeförderungsgesetzes wie etwa die Rückkehrpflicht (§ 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG) halten. Die Beklagte wird nicht von einem Markt ausgeschlossen, sondern lediglich davon abgehalten, ausschließlich die Vorteile des Taxenverkehrs zu nutzen, ohne die damit verbundenen Nachteile auf sich zu nehmen. Die Beschränkung der Beklagten bezweckt damit nicht die Verhinderung von Wettbewerb, sondern die Vermeidung einer sonst durch die Tarifbindung und den Kontrahierungszwang der Taxen eintretenden Wettbewerbsverzerrung. Sie richtet sich auch nicht gegen eine innovative Technologie als solche.

4. Die Vorlagefragen sind entscheidungserheblich.

a) Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob die eigene Tätigkeit der Beklagten dem Personenbeförderungsgesetz unterliegt. Jedenfalls hafte die Beklagte als Teilnehmerin für die Wettbewerbsverstöße der mit ihr kooperierenden

Mietwagenunternehmer und der bei diesen beschäftigten Fahrer. Das wird von der Revision nicht angegriffen und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

Das Berufungsgericht hat in fehlerfreier tatrichterlicher Würdigung als hinreichendes Indiz für das Bewusstsein der Beklagten von der Rechtswidrigkeit der Haupttat die gleichzeitig neben dem Fahrer erfolgende Benachrichtigung des Mietwagenunternehmers gewertet, die der Umgehung des § 49 Abs. 4 PBefG dient. Ohne die weitere Information, ob der unmittelbar kontaktierte Fahrer den Beförderungsauftrag bestätigt hat, ist diese Nachricht wie das Berufungsgericht fehlerfrei angenommen hat tatsächlich sinnlos (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, CR 2015, 376, 378).

b) Die Wiederholungsgefahr ist nicht dadurch entfallen, dass das Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten des Landes Berlin der Beklagten mit Bescheid vom 13. August 2014 untersagt hat, Beförderungen mittels der Smartphone-Applikation „UBER Black“ oder vergleichbarer Applikationen zu vermitteln, deren Funktionsweise gegen § 49 Abs. 4 PBefG verstößt. Die Untersagungsverfügung ist noch nicht bestandskräftig geworden. Selbst ein Urteil im Hauptsacheverfahren beseitigt die Wiederholungsgefahr im Verhältnis zu Dritten nur, wenn es rechtskräftig ist und der Titelschuldner sich gegenüber dem gegen ihn vorgehenden anderen Gläubiger auf den durch den Titel bewirkten Wegfall der Wiederholungsgefahr beruft und diesen damit als Streiterledigungsgrund anerkennt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 I ZR 160/00, GRUR 2003, 450, 452 = WRP 2003, 511 Begrenzte Preissenkung; Kessen in Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 11. Aufl., Kap. 7 Rn. 14). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall nicht erfüllt.

5. Der Senat hat Kenntnis davon, dass unter dem Aktenzeichen C-434/15 beim Gerichtshof der Europäischen Union ein Vorabentscheidungsersuchen des Handelsgerichts Barcelona vom

7. August 2015 anhängig ist. Dieses Vorabentscheidungsersuchen betrifft ausweislich der mit der Anlage B 19 von der Beklagten vorgelegten deutschen Übersetzung eine Plattform, deren Funktion es ist, „die technischen, organisatorischen oder sonstigen Mittel bereitzustellen, um den Kontakt zwischen Benutzern und Besitzern von Kraftfahrzeugen für einen innerstädtischen Transport zu ermöglichen und zu erleichtern“ (Rn. 3 der Übersetzung). Die Besitzer und Fahrer der Fahrzeuge verfügen nicht über die nach der städtischen Taxiverordnung von Barcelona erforderlichen Lizenzen und Genehmigungen (Rn. 3.3 der Übersetzung). Gegenstand der Vorlage des Handelsgerichts Barcelona ist damit nicht das hier beanstandete Geschäftsmodell „UBER Black“.

Zwischenzeitlich liegen im Verfahren C434/15 die Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 11. Mai 2017 vor. Im Hinblick auf möglicherweise entscheidungserhebliche Unterschiede im Sachverhalt ist jedoch nicht absehbar, ob die Antworten auf die im Streitfall aufgeworfenen Fragen der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in dem Vorlageverfahren aus Barcelona zu entnehmen sein werden. Der Senat hat es deshalb für geboten erachtet, das vorliegende Verfahren nicht im Hinblick auf das Verfahren C434/15 auszusetzen, sondern eigene Vorlagefragen an den Gerichtshof zu richten.