

Wettbewerbsverstoß bei Vermittlung von Personenbeförderungsaufträgen ohne entsprechende Genehmigung

Oberlandesgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 09.06.2016

Az.: 6 U 73/ 15

Tenor

Die Berufung der Beklagten gegen das am 18.03.2015 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Dieses Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 400.000 € abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche wegen des Angebotes internetgestützter Vermittlungsleistungen zur Personenbeförderung geltend.

Die Klägerin ist ein Zusammenschluss von Taxizentralen in Frankfurt am Main, München, Dortmund und anderen Städten in Deutschland. Unternehmensgegenstand ist die wirtschaftliche Förderung und Betreuung der Mitgliedsunternehmen. Zum diesem Zweck betreibt die Klägerin u. a. eine Taxi-Bestell-App „Taxi Deutschland“ sowie den mobil abrufbaren Taxi-Bestellruf „22456“.

Die Beklagte ist ein niederländisches Unternehmen, das sog. „Ride Sharing“-Dienste anbietet, die u. a. über die hier streitgegenständliche Internet- und Smartphone-Applikation „UBER POP“ vermittelt werden. Interessenten, die von Zeit zu Zeit eine Fahrt benötigen, können sich über die Applikation „UBER“ bei der Beklagten registrieren. Privatpersonen, die eine Fahrt mit dem eigenen Personenkraftwagen anbieten möchten, können sich bei der ... B.V., einer mit der Beklagten verbundenen Gesellschaft, registrieren lassen. Für diese Registrierung ist eine Genehmigung zur Personenbeförderung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 4 PBefG nicht erforderlich.

Wenn ein Interessent eine Fahrt über UBER POP anfragt, sucht das System der Beklagten einen passenden Fahrer heraus, zeigt dies dem Nutzer an und teilt ihm mit, wie lange es dauern wird, bis der Fahrer erscheint. Darüber hinaus gibt die App „UBER POP“ die Tarifbildung vor und übernimmt die Abrechnung der Fahrdienstleistung für den Fahrer unter Verwendung der vom Nutzer hinterlegten Kreditkarte. Als Vermittlungsgebühr behält die Beklagte 20 % des Fahrpreises ein.

Die Klägerin wirft der Beklagten vor, damit ein wettbewerbswidriges Beförderungssystem zu etablieren, weil weder die registrierten Fahrer noch die Beklagte über eine Genehmigung zur Personenbeförderung verfügten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main verwiesen.

Die Beklagte hat am 28. April 2015 einen Antrag auf Tatbestandsberichtigung gestellt. Auf dessen Inhalt wird verwiesen (Bl. 596 ff. d. A.). Das Landgericht hat den Berichtigungsantrag durch Beschluss vom 20. Januar 2015 zurückgewiesen (Bl. 771 ff. d. A.).

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, es bei Meidung gesetzlicher Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Beförderungswünsche von Fahrgästen über die technische Applikation „UBER“ und über die technische Applikation „UBER POP“ an Fahrer/Fahrerinnen zu vermitteln, soweit diese mit der Durchführung der Beförderungswünsche entgeltliche Personenbeförderung mit Kraftfahrzeugen durchführen würden, ohne im Besitz einer Genehmigung nach dem Personenbeförderungsgesetz (PBefG) zu sein, es sei denn, das Gesamtentgelt für die Beförderungsfahrt übersteigt nicht die Betriebskosten der Fahrt (Treibstoff, Schmiermittel, Abnutzung der Reifen, Reinigung des Innenraums und anteilige Kosten der Wartung), wie geschehen anlässlich der Testfahrten in der Zeit vom 24. Juli bis 6. August 2014 (S. 7 12 der Klageschrift in Bl. 7 12 d. A.).

Das Landgericht hat zur Begründung ausgeführt, der Klägerin stünden aus §§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG a.F. i.V. §§ 1, 2 PBefG Unterlassungsansprüche zu. Beide Parteien vermittelten gegen Entgelt Fahrgäste an Fahrer und stünden bundesweit im Wettbewerb. Die Beklagte sei dabei nicht nur Vermittlerin, sondern sogar Unternehmerin im Sinne von § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG. Sie könne sich nicht darauf berufen, dass der Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG eingreife, denn die Fahrten seien entgeltlich und das Gesamtentgelt übersteige die für die Testfahrten ermittelten Betriebskosten. Das Verbot, keinen Gelegenheitsverkehr ohne Genehmigung zu betreiben, verstoße nicht gegen die Berufsfreiheit gemäß Artikel 12 Abs. 1 Grundgesetz. Zwar werde in die Berufswahlfreiheit der Beklagten eingegriffen. Dies sei jedoch durch überragende Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt.

Ebenso wenig könne sich die Beklagte darauf berufen, dass die europäischen Grundfreiheiten der Dienstleistungs- bzw. der Niederlassungsfreiheit tangiert seien.

Mit der Berufung wirft die Beklagte dem Landgericht vor, den Sachverhalt unzureichend aufgeklärt und die Rechtslage falsch beurteilt zu haben. Das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien auf Bundesebene bestehe. Die Beklagte habe rechtzeitig bestritten, dass die Klägerin mit ihrem Angebot überhaupt deutschlandweit aktiv sei; den entsprechenden Beweis sei die Klägerin schuldig geblieben. Da sich die Beklagte an die Untersagungsverfügungen der Straßenverkehrs- und Ordnungsbehörden in Düsseldorf, Hamburg und Berlin halte und ihr Geschäftsmodell dort nicht mehr betreibe, fehle es sowohl an einem Rechtsschutzbedürfnis für ein bundesweites Verbot als auch an der Wiederholungsgefahr für einen Geschäftsbetrieb in diesen Städten.

Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht die Beklagte als Unternehmerin im Sinne des Personenbeförderungsgesetzes eingestuft. Die Beklagte leiste auch keine Beihilfe zu einem Verstoß der bei ihr registrierten Fahrer, denn deren Aktivitäten unterfielen dem Ausnahmetatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG.

Bei der Frage, ob der Eingriff in die Berufsfreiheit der Beklagten gerechtfertigt sei, habe sich das Landgericht zu Unrecht und ohne dass diese von der Klägerin in den Rechtsstreit eingeführt worden sei, an der Eilentscheidung des Obergerverwaltungsgerichtes Hamburg vom 24. 9. 2014 orientiert. Das Landgericht habe ohne Ermittlung der Sach- und Rechtslage voreilig angenommen, dass bei dem Geschäftsmodell der Beklagten Steuern und Sozialabgaben verkürzt würden und dass kein ausreichender Versicherungsschutz für Fahrgäste und Dritte bestehe.

Im Hinblick auf einen Vorlagebeschluss des Handelsgerichts

Barcelona sei es auch im vorliegenden Fall angezeigt, das Verfahren auszusetzen und an den Europäischen Gerichtshof mit der Frage vorzulegen, ob die wettbewerbsrechtlichen Verbote gegen die europäischen Grundfreiheiten der Beklagten verstießen.

Die Beklagte beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen,

hilfsweise

das vorliegende Verfahren gemäß Artikel 267 AEUV auszusetzen und dem Europäischen Gerichtshof folgende Fragen zur Vorab-Entscheidung vorzulegen:

1.

Handelt es sich bei dem Angebot einer softwarebasierten Plattform (hier: Smartphone-Applikation) zur digitalen Vermittlung von Fahrtanfragen, mit der auf individuelle Anfrage eines eine Mitfahrt suchenden Nutzers der Smartphone-Applikation in Echtzeit eine Fahrt mit einem eine Mitfahrt anbietenden Nutzer vermittelt wird, um einen Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft?

2.

Kann ein Dienst der Informationsgesellschaft im Sinne der Frage 1 zugleich eine Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 AEUV und Art. 2 Abs. 2 lit. d) der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt sein und handelt es sich gegebenenfalls bei dem Angebot einer Smartphone-Applikation wie in Frage 1 beschrieben um eine

Verkehrsdienstleistung?

3.

Für den Fall, dass Frage 2 verneint wird:

Steht Art. 16 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt sowie Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) der Anwendung nationaler Vorschriften entgegen, wonach das Angebot einer Smartphone-Applikation im Sinne der Frage 1 verboten wird, weil nach Auffassung des nationalen Gerichts das nationale Recht die Vermittlung einer entgeltlichen Mitfahrt an Fahrer verbietet, die nicht im Besitz einer behördlichen Genehmigung zur Personenbeförderung sind?

4.

Für den Fall, dass Frage 2 bejaht wird:

Steht Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) der Anwendung von Vorschriften des nationalen Rechts wie in Frage 3 beschrieben entgegen?

Die Klägerin beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens.

II.

Das Rechtsmittel der Beklagten hat keinen Erfolg, denn sie ist vom Landgericht mit Recht zur Unterlassung verurteilt worden. Eine Aussetzung des Verfahrens zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof ist nicht angezeigt.

Die Klage ist zulässig.

Der Klageantrag ist hinreichend bestimmt, da er sich auf die

konkreten Verletzungshandlungen bezieht (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Die dem Wortlaut von § 1 PBefG entnommenen Rechtsbegriffe „Entgeltlichkeit“ und „Betriebskosten“ werden hierdurch geklärt bzw. im Urteilstenor weiter konkretisiert. Das Landgericht hat dort klargestellt, dass sich die Betriebskosten ausschließlich aus den unmittelbaren, d. h. den sog. „beweglichen Fahrtkosten“ ergeben und es hat außerdem klargestellt, dass es sich dabei um die Kosten für Treibstoff, Schmiermittel, Abnutzung der Reifen, Reinigung und Wartung bezieht, sodass die Gemeinkosten (sog. „festen Kosten“) wie Steuern, Versicherung und Miete der Garage davon unberührt bleiben. Diese Begriffsbestimmung entspricht der ganz herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Literatur (vgl. Fromm/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl., Rn. 7 zu § 1 PBefG; Bidinger, Personenbeförderungsrecht, Stand 2014, Rn 166 zu § 1 PBefG; Liese Transportrecht 2015, 222, 224 m. w. N.).

Mit Recht hat das Landgericht auch angenommen, dass der Klägerin ein Rechtsschutzbedürfnis für ein bundesweites Verbot zusteht, worin auch die Städte eingeschlossen sind, bei denen die Straßenverkehrs- und Ordnungsbehörden Untersagungsverfügungen gegen die Beklagte erlassen haben, nämlich Düsseldorf, Hamburg und Berlin. Dass sich die Beklagte an diese Untersagungsverfügungen hält, bis die derzeit noch anhängigen Verwaltungsstreitverfahren abgeschlossen sind, ist in einem Rechtsstaat eine Selbstverständlichkeit und ändert nichts an der Tatsache, dass die Klägerin mit einer Wiederaufnahme des Geschäftsmodells in diesen Städten rechnen muss.

Die Klage ist begründet, weil der Klägerin ein Unterlassungsanspruch in dem vom Landgericht ausgesprochenen Umfang zusteht (§§ 8 Abs. 3 Nr. 1, 3, 3 a UWG i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 4, 46 PBefG).

Die Parteien sind Mitbewerber, denn sie bieten die Vermittlung von individuellen Personenbeförderungsleistungen (sog. Gelegenheitsverkehr) gegen Entgelt an, wobei sich die Klägerin sowohl einer Sammel-Telefonnummer bedient, über die der Anrufer an die angeschalteten Taxi-Zentralen gelangt, als auch über eine sog. „Smartphone-App“ agiert.

a)

Das Landgericht hat mit Recht angenommen, dass die Klägerin bundesweit tätig ist. Dies entspricht ihrem Vortrag in der Klageschrift, wonach über den bundesweit verfügbaren mobilen Taxiruf „22456“ in allen großen Mobilfunknetzen in Deutschland unter dieser Rufnummer oder über ihre App „Taxi Deutschland“ in allen Orten mit mehr als 5.000 Einwohnern Taxis bestellt werden können. Die Klägerin hat dort weiter vorgetragen, über ihre App bzw. über einen Sprachcomputer werde der Standort des Bestellers registriert und die Anfrage nach Bestätigung an die an das System angeschlossene örtliche Taxizentrale weitergeleitet, von wo aus dem Besteller ein Taxi geschickt werde.

In ihrer Klageerwiderung war die Beklagte diesem Vortrag nicht entgegen getreten. Sie hatte vielmehr auf ihr gesamtes Vorbringen in dem vorangegangenen Verfügungsverfahren vor der 3. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main (Az. 2-03 0 329/14) verwiesen, wo der o. g. Vortrag der Klägerin von der Beklagten selbst bestätigt worden war.

Ohne Erfolg verteidigt sich die Beklagte nun damit, sie sei diesen Ausführungen im Schriftsatz vom 11. März 2015 entgegengetreten (Bl. 424 d. A.). Dies ist schon deshalb unbeachtlich, weil die Beklagte nicht substantiiert dargelegt hat, warum sie den Vortrag der Klägerin zunächst eingeräumt und warum sie erst später davon abgerückt ist.

Der Vortrag der Beklagten ist auch in der Sache unerheblich. Die Beklagte hat ihr Bestreiten damit begründet, dass ihre

Prozessbevollmächtigte bislang lediglich in Frankfurt Taxen mit einem Werbeaufdruck der App „Taxi Deutschland“ bemerkt habe. Aus dieser Behauptung lassen sich allerdings überhaupt keine Rückschlüsse auf die bundesweite Verbreitung des Internet- und des Telefonangebotes der Klägerin ziehen. Dass über die mobile Telefonnummer der Klägerin oder über die App „Taxi Deutschland“ außerhalb Frankfurts keine Taxen bestellt werden konnten oder können, hat die Beklagte selbst gar nicht behauptet. Deshalb bleibt auch der neue Vortrag in der Berufung, es seien in Berlin, Düsseldorf oder München keine Taxen mit dem Aufdruck „Taxi Deutschland“ im Straßenverkehr unterwegs, ebenso wie der Hinweis auf einen Blogeintrag unter www.basicthinking.de (Anlage B 52), unerheblich.

b)

Auch wenn die Beklagte ihr Vermittlungsangebot ab April 2014 zunächst lediglich in den Großstädten Berlin, Düsseldorf, Hamburg, Frankfurt und München aktiviert hat und nach den behördlichen bzw. gerichtlichen Verboten derzeit nur noch in München aktiv ist, kann sie als bundesweite Mitbewerberin der Klägerin angesehen werden. Dafür spricht neben den Tatsachen, dass das Angebot in technischer Hinsicht ubiquitär einsetzbar ist und dass die Beklagte explizit zum Ausdruck gebracht hat, dass sie expandieren möchte, auch der Umstand, dass sie noch nach den behördlichen Verboten Werbebemühungen zur Gewinnung potentieller Fahrer in weiteren Städten, nämlich Bremen und Dresden, angestrengt hat.

Anders als in dem vom Kammergericht entschiedenen Fall (KG GRUR-RR 2016, 84 UBER BLACK), in dem ein in Berlin ansässiger Taxiunternehmer gegen die Beklagte vorgegangen ist, stehen sich hier tatsächlich zwei überregional tätige Vermittler gegenüber, was eine Entscheidung mit bundesweiter Wirkung rechtfertigt.

Unabhängig von diesen Erwägungen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. GRUR 1999, 509 [BGH 10.12.1998 –

I ZR 141/96] – Vorratslücken) der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch der Mitbewerber grundsätzlich nicht entsprechend ihrem jeweiligen Tätigkeitsbereich räumlich beschränkt, sondern für das gesamte Bundesgebiet gegeben und auch selbst bei nur räumlich beschränkter Betroffenheit bundesweit durchsetzbar.

2.

Das von der Beklagten unter der App „UBER POP“ praktizierte Geschäftsmodell verstößt gegen §§ 2, 3 PBefG, weil weder die Fahrer noch die Beklagte über eine Genehmigung zur Personenbeförderung verfügen.

Die Beförderung von Fahrgästen unter Vermittlung der App „UBER POP“ unterliegt den Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes, weil es sich um einen entgeltlichen Gelegenheitsverkehr i. S. der §§ 1, 46 Abs. 2 Nr. 1 PBefG handelt.

Beförderungen, die mit Hilfe der App „UBER POP“ vermittelt werden, sind nicht gem. § 1 Abs. 2 Nr. 1 PBefG vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Nach dieser Vorschrift gelten die Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes nicht für Beförderungen mit Kraftfahrzeugen, die unentgeltlich sind oder bei denen das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt. Durch diese Ausnahmeregelungen sollen in erster Linie Gefälligkeitsfahrten, wie beispielsweise die Mitnahme von Bekannten oder von Arbeitskollegen, privilegiert werden (vgl. Bidinger aaO., Rn 152 zu § 1 PBefG). Hier liegt keiner dieser Ausnahmefälle vor:

Eine Beförderung ist dann entgeltlich, wenn für sie eine Gegenleistung gewährt wird (BGH NZV 1991, 348 [BGH 28.05.1991 – VI ZR 291/90]; Fromm/Sellmann/Zuck, a.a.O., Rn. 4 zu § 1 PBefG). Das ist in den streitgegenständlichen Fällen nachgewiesen und nach den überzeugenden Ausführungen des

Landgerichts im Geschäftsmodell der Beklagten angelegt. Das Landgericht hat zutreffend herausgearbeitet, dass bei der Inanspruchnahme einer über die App UBER-POP vermittelten Beförderung unter Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ein entsprechender kostenpflichtiger Vertrag mit ihr zustande kommt, dessen Leistungen über die Kreditkarte des Nutzers abgerechnet wird. Dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten (Anlage B 54) auch für andere von ihr angebotene Tarife Anwendung finden, steht dem nicht entgegen.

Die Beklagte kann sich nicht darauf berufen, dass der Nutzer nach Fahrtende eine E-Mail erhält, in der der Fahrpreis als freiwillig zu zahlende Servicepauschale bezeichnet und in der ihm freigestellt wird, diese teilweise oder ganz zu reduzieren (Anlage K 7). Die Argumentation kann für die von der Klägerin angegriffenen Beförderungsleistungen nicht verfangen, weil dort von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht worden ist. Unabhängig davon hält der Senat diese Vorgehensweise für offensichtlich juristisch motiviert, weil sie dem Geschäftsmodell der Beklagten widerspricht. Dieses ist darauf ausgerichtet, entgeltliche Fahrdienste zu vermitteln, um den Fahrern eine Verdienstmöglichkeit zu eröffnen (vgl. Anlage K 4: „Geld verdienen mit UBER“, „Fahrend Geld verdienen“). Wenn in einem nennenswerten Anteil der Fälle die Reduktionsmöglichkeit der Fahrgäste wahrgenommen würde, dann wäre dieses Geschäftsmodell für Fahrer und auch für die Beklagte nicht tragfähig, denn sie will mit einer Vermittlungsgebühr von 20 % davon profitieren und damit auch Umsätze generieren.

Ebenso wenig kann sich die Beklagte damit verteidigen, dass bei den von ihr vermittelten Beförderungen das Gesamtentgelt die Betriebskosten nicht übersteigt. Dieses Argument ist schon im Ansatz widersinnig, weil die Beklagte ein Geschäftsmodell entwickelt hat, das nach ihrer eigenen Außendarstellung darauf ausgerichtet ist, langfristig erhebliche Umsätze und Gewinne

über die Vermittlung von Fahrgästen und privaten Anbietern (sog. „Ride Sharing“) zu generieren. Im Übrigen hat das Landgericht für die streitgegenständlichen Testfahrten entsprechende Feststellungen getroffen:

Die Klägerin hat in der Klageschrift substantiiert dargelegt, dass bei den Testfahrten das Entgelt jeweils deutlich über den „beweglichen“ Kosten der Fahrt, d. h. den Betriebskosten lag. Letztere hat die Klägerin mit Hilfe des vom ADAC e. V. herausgegebenen Betriebskostenrechners ermittelt. Die Beklagte hat zwar die Betriebskostenberechnung des ADAC mit der Begründung zurückgewiesen, es fehle dem ADAC an der Befugnis zu einer verbindlichen Festlegung der Betriebskosten. Dies ist jedoch unerheblich, da diese Berechnungen lediglich als Anknüpfungspunkt für eine Schätzung nach § 287 ZPO herangezogen werden müssen.

Auch die weiteren Gesichtspunkte, mit denen die Beklagte die Validität dieser Werte bestreitet, sind unerheblich. Es hätte der Beklagten oblegen, selbst substantiiert darzulegen, dass die Betriebskosten bei den hier streitgegenständlichen Testfahrten so hoch lagen, dass sie das Entgelt erreichten. Dies ist jedoch nicht geschehen. Auch nach dem von der Beklagten in Auftrag gegebenen Gutachten von A et. al. „Chancen der Digitalisierung auf Märkten für urbane Mobilität: Verbraucherwünsche und neue Anbieter“ (Anlage B 41, Bl. 491, 546) werden als Parameter der Kostenmodelle für Treibstoff, Verschleiß und Wartung 18 Eurocent pro Kilometer und sofern man dies überhaupt noch berücksichtigen will für Wertverlust weitere 5 Eurocent pro Kilometer, insgesamt also maximal 23 Eurocent pro Kilometer angesetzt. Bei der vom Landgericht herausgegriffenen Testfahrt vom 24.07.2014 lag der Fahrpreis dagegen bei 1,98 € pro Kilometer, damit deutlich über den Betriebskosten, was sich zwanglos mit der intendierten Verlohnung des Fahrers und der Vermittlungsgebühr erklären lässt.

Es spricht einiges dafür, dass die Beklagte selbst als

Personenbeförderungsunternehmerin im Sinne von § 3 Abs. 2 PBefG anzusehen ist.

Unternehmer ist derjenige, der den Verkehr im eigenen Namen unter eigener Verantwortung und für eigene Rechnung betreibt (§ 3 Abs. 2 S. 1 PBefG). Die Unternehmereigenschaft knüpft an die Beförderung an (§ 2 Abs. 1 S. 2 PBefG). Wer Beförderungsleistungen nur vermittelt, ist nicht Unternehmer i. S. des Gesetzes.

Für die Feststellung der Unternehmereigenschaft kommt es nicht darauf an, ob der Unternehmer eigene Fahrzeuge besitzt. Entscheidend ist vielmehr, wer die Verfügungsgewalt über die Fahrzeuge und Einrichtungen sowie über das Betriebspersonal innehat (BVerwG NVwZ 1992, 1189 Tz. 11 bei [...]). Dafür kommt es auf die Vertragsgestaltung und auf deren Durchführung an. Maßgeblich ist in erster Linie, wer aus Sicht der Fahrgäste der Erbringer der Dienstleistung ist (vgl. Liese TransportR 2015, 222, 226).

Das Oberverwaltungsgericht Hamburg ist in seinem Beschluss vom 24. 9. 2014 (3 Bs 175/14) aufgrund folgender Überlegungen zu der Erkenntnis gekommen, dass die Beklagte als Unternehmerin angesehen werden muss:

„...Die Antragstellerin zu 1. [Anm: die hiesige Beklagte] ist Unternehmerin dieses Gelegenheitsverkehrs i. S. des § 2 Abs. 1 Satz 2 PBefG. Denn sie betreibt mit „UBER pop“ diesen Gelegenheitsverkehr selbst. Sie schließt selbst Verträge mit den Nutzern der App als Nachfragern von Beförderungsleistungen. Sie setzt die Fahrpreise in unterschiedlicher Höhe selbst fest. Die Nutzer verpflichtet sie nach der aus der Sachakte ersichtlichen Vertragsgestaltung zur Zahlung von Fahrpreis, evtl. Stornogebühren und Reinigungspauschalen ihr gegenüber, nicht gegenüber den Fahrern. Die Antragstellerin zu 1. erteilt den Nutzern selbst darüber Rechnung. Barzahlungen und Trinkgelder an die Fahrer sind ausgeschlossen. Sie selbst schließt mit den Fahrern

Verträge über deren Tätigkeit bei „UBER pop“ nur unter konkreten Bedingungen ab, die Alter, gezeigtes Verhalten und das Fahrzeug betreffen. Sie zahlt ein als „Unterstützungsgebühr“ bezeichnetes Entgelt für 40 Stunden Arbeitszeit („Available Hours“) an die Fahrer. Sie rechnet mit den Fahrern deren Entlohnung für durchgeführte Fahrten ab. Sie steuert den Einsatz der Fahrer mit Hilfe des den Fahrern zur Verfügung gestellten Smartphones. Die Antragstellerin zu 1. ist zwar nicht Halterin der Fahrzeuge und zahlt keine Steuern und Sozialbeiträge für die Fahrer. Gleichwohl steuert und verantwortet sie die Beförderung der Nutzer der App von deren Werbung über den Einsatz der Fahrer bis zur Bezahlung der Fahrt und Entlohnung der Fahrer. Sie erfüllt damit alle Voraussetzungen, die einen selbst Personenbeförderungen durchführenden Unternehmer kennzeichnen. (OVG Hamburg NVwZ 2014, 1528, [OVG Hamburg 24.09.2014 – 3 Bs 175/14] Tz. 14 bei [...]).

Diese Einschätzung wird von der rechtswissenschaftlichen Literatur geteilt (vgl. dazu Bidinger aaO., Rn 233 zu § 2 PBefG; Nebel/Kramer NVwZ 2015, 1532; Liese TransportR 2015, 222, 226; Alexander/Knauff GewA 2015, 200, 202; Ingold NJW 2014, 3334, 3338).

Der Senat teilt ebenfalls diese Einschätzung, hält sie aber nicht für entscheidungserheblich. Selbst wenn nicht Beklagte selbst sondern die bei ihr registrierten Fahrer als Unternehmer im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 1 PBefG anzusehen sind und die Beklagte lediglich Vermittlungsleistungen für die Fahrer erbringt, ist sie zur Unterlassung verpflichtet.

Die Klägerin hat nachgewiesen, dass keiner der Fahrer bei den streitgegenständlichen Testfahrten über eine Betriebsgenehmigung zur Personenbeförderung verfügte. Der Unterlassungstenor des Landgerichts ist auch auf diese Fallgestaltung bezogen, nämlich dass die Beklagte lediglich Vermittlungsleistungen für nicht genehmigte Personenbeförderungen von Dritten erbringt.

Die Beklagte ist für das rechtswidrige Verhalten der bei ihr registrierten Fahrer verantwortlich, weil sie die Fahrer dazu angestiftet und sie durch ihre Schwestergesellschaft angeworben und weil sie ihnen durch die oben bereits dargelegten Leistungen der Vermittlung und der Abrechnung dazu Beihilfe geleistet hat.

Eine Teilnehmerhaftung ist grundsätzlich auch dann möglich, wenn der Teilnehmer nicht selbst Adressat des einschlägigen Gesetzes ist (vgl. BGH GRUR 2008, 810 [BGH 03.07.2008 – I ZR 145/05] – Kommunalversicherer, Tz. 14; BGH GRUR 2015, 1025, [BGH 12.03.2015 – I ZR 84/14] Tz. 16 TV – Wartezimmer; Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl., § 8, Rn 2.5). Der Teilnehmer haftet auf Unterlassung aber nur, wenn er – zumindest bedingt – vorsätzlich den Wettbewerbsverstoß eines anderen fördert. Dabei gehört zum Teilnehmervorsatz nicht nur die Kenntnis der objektiven Tatbestandsmerkmale, sondern auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Haupttat. (BGH GRUR 2008, 810 [BGH 03.07.2008 – I ZR 145/05] – Kommunalversicherer, Rn 14). Das ist hier der Fall:

Im Rahmen ihrer Rekrutierung für Fahrer des Modells „UBER POP“ verzichtet die Beklagte in Abgrenzung zum System „UBER Black“ bewusst darauf, sich von dem Interessenten eine Genehmigung zur Personenbeförderung vorlegen zu lassen (vgl. Anlage K 4 Bl. 30 d. A.). Voraussetzungen sind lediglich die Vorlage eines polizeilichen Führungszeugnisses, des Führerscheins, eines Auszugs aus der „Verkehrssünderkartei“ (Fahreignungsregister des Kraftfahrtbundesamts Flensburg), der TÜV Plakette, des Personalausweises, der Haftpflichtversicherung für den Privat-PKW und der Zulassungsbescheinigung (Bl. 31 d. A.).

Die Beklagte wusste schon bei Einführung der „UBER POP“ App im April 2014, dass ihr Geschäftsmodell wegen der fehlenden Betriebserlaubnisse juristisch umstritten war, denn dies ist von Anfang an in den Medien kontrovers diskutiert worden (vgl. Anlage K 5). Spätestens durch die Untersagungsverfügung der

Wirtschaftsbehörde der Hansestadt Hamburg vom 21. 7. 2014 wusste die Beklagte, dass die Rechtmäßigkeit ihres Geschäftsmodells wegen der fehlenden eigenen bzw. der fehlenden Betriebserlaubnisse der Fahrer als rechtswidrig bewertet worden war (vgl. Anlage B 4). Die hier streitgegenständlichen Testfahrten sind alle danach ausgeführt worden.

3.

Die entgeltlichen Beförderungsleistungen der bei der Schwestergesellschaft der Beklagten registrierten Fahrer sind aus den oben bereits dargestellten Gründen geschäftliche Handlungen (§ 2 Nr. 1 UWG). Gleiches gilt für das Angebot der Beklagten, denn sie erbringt gegenüber den Nutzern ihrer App sowie gegenüber den Fahrern Serviceleistungen, die durch die Vermittlungsgebühr abgegolten werden.

4.

Bei der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 2 PBefG handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3 a UWG n.F. Die Genehmigungspflicht für Taxi- und Mietwagenunternehmer dient nicht nur dem Interesse des Taxengewerbes an einem unverfälschten Wettbewerb sondern auch dem Verbraucherschutz, weil dadurch gewährleistet wird, dass der Betrieb des Unternehmens, seine Ausrüstung und die Beschaffenheit der Fahrzeuge sowie die Verkehrskenntnisse der Fahrer das Vertrauen in eine sichere und ordnungsgemäße Beförderung rechtfertigen können (§ 2 BOKraft, § 48 FeV vgl. ferner BGH GRUR 2013, 412, [BGH 18.10.2012 – I ZR 191/11] Tz. 15 ff. – Taxibestellung).

5.

Es besteht Wiederholungsgefahr für eine wettbewerbswidrige Fortsetzung oder Wiederaufnahme der Tätigkeit der Beklagten. Diese ergibt sich aus den begangenen Verletzungshandlungen in den oben genannten Städten im April 2014. Dass die Beklagte

derzeit die Untersagungsverfügungen der Straßenverkehrs- bzw. Ordnungsbehörden in Berlin, Hamburg und Düsseldorf beachtet und dass mittlerweile auch in Frankfurt ihre „App“ nicht mehr verfügbar ist, steht dem nicht entgegen. Das Landgericht hat bereits zutreffend dargelegt, dass sämtliche Untersagungsverfügungen durch die Beklagte angefochten worden sind und dass deshalb nicht auszuschließen ist, dass die Beklagte bei positivem Ausgang ihrer Verwaltungsverfahren das Geschäftsmodell wieder in diesen und anderen Städten betreibt.

Dafür spricht auch, dass die Beklagte mit einem erheblichen Aufwand nicht nur in Deutschland sondern auch in anderen europäischen Ländern gerichtlich gegen Verbote vorgeht und ein Pilotverfahren bei der EU-Kommission eingeleitet hat, mit dem der Bundesrepublik Deutschland ein Verstoß gegen die europäischen Grundfreiheiten wegen des Verbots des Geschäftsmodells der Beklagten zur Last gelegt werden soll. Wie das mit einem Wegfall der Wiederholungsgefahr zu vereinbaren ist, konnte die Beklagte nicht erklären.

6.

Das vom Landgericht verhängte Verbot verletzt weder die bei der Schwestergesellschaft der Beklagten registrierten und unter Vermittlung der App „UBER POP“ tätigen Fahrer noch die Beklagte in ihrer Berufsfreiheit (Art. 12 GG).

Der Gesetzgeber hat die dem Personenbeförderungsgesetz unterfallende Personenbeförderung im sog. Gelegenheitsverkehr, zu dem auch die hier streitgegenständlichen Dienstleistungen gehören, von der Erteilung einer Genehmigung abhängig gemacht und sie im Übrigen untersagt (§§ 2 Abs. 1 Nr. 4, 46 PBefG – Verbot mit Genehmigungsvorbehalt). Das Verbot der Personenbeförderung ohne Genehmigung ist eine objektive Berufszugangsregelung, über die sich die am Geschäftsmodell der Beklagten teilnehmenden Fahrer hinwegsetzen.

Nach der im sog. „Apothekenurteil“ vom

Bundesverfassungsgericht entwickelten „Schränkentheorie“ darf die Freiheit der Berufswahl durch objektive Zugangsregeln nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Rechtsgüter es zwingend erfordert. Wenn ein solcher Eingriff unumgänglich ist, so muss diejenige Form gewählt werden, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt (BVerfGE 7, 344).

Die gesetzliche Regelung dient dem Schutz der Allgemeinheit und der öffentlichen Ordnung, namentlich dem Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Fahrgäste und der anderen Verkehrsteilnehmer. Das ergibt sich aus der Ausgestaltung des Genehmigungsverfahrens und der behördlichen Kontrolle über den Betrieb des Unternehmers und seiner Mitarbeiter. Dabei orientiert sich der Senat an den für den Taxenverkehr einschlägigen Bestimmungen, weil die unter der „UBER POP“ App tätigen Fahrer in unmittelbaren Wettbewerb zu Taxiunternehmen treten und dadurch eine entsprechende Gefährdungslage hervorrufen (vgl. dazu Alexander/Knauff GewA 2015, 200, 203):

Die Genehmigung zur Personenbeförderung im Gelegenheitsverkehr wird nur dann erteilt, wenn die Voraussetzungen des § 13 PBefG vorliegen, was u. a. voraussetzt, dass die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet ist und dass keine Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Antragstellers oder der für die Führung der Geschäfte bestellten Personen in Frage stellen und dass der Antragsteller bzw. für die Geschäftsführung bestimmte Person fachlich geeignet ist.

Der Taxiunternehmer muss Fahrzeuge einsetzen, die für die gewerbliche Nutzung versichert sind und die so ausgerüstet und beschaffen sind, dass sie das Vertrauen in eine sichere und ordnungsgemäße Beförderung rechtfertigen (§ 2 BOKraft). Die Bestimmungen der Straßenverkehrszulassungsordnung bilden dabei die Untergrenze (Fromm/Sellmann/Zuck aaO., Rn 2 zu § 2 BOKraft).

Die bei einem Taxiunternehmer beschäftigten Fahrer müssen im Besitz einer Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung sein, was wiederum an die Vorlage und den Nachweis bestimmter Befähigungen anknüpft (§ 48 Abs. 4 FeV). Dazu gehört u. a. der Nachweis seiner geistigen und körperlichen Eignung ebenso wie der Nachweis ausreichenden Sehvermögens, der Besitz der Fahrerlaubnis über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren und ein Nachweis hinreichender Ortskenntnis. Die Fahrerlaubnis wird von der zuständigen Straßenverkehrsbehörde für einen Zeitraum von 5 Jahren erteilt und kann verlängert werden, wenn der Fahrer erneut seine Eignung nachweist und keine Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass er nicht die Gewähr dafür bietet, dass er der besonderen Verantwortung bei der Beförderung von Fahrgästen gerecht wird (§ 48 Abs. 5 FeV). Sofern Bedenken auftreten, kann die Fahrerlaubnisbehörde schon vorher ein medizinisch psychologisches Gutachten einer amtlich anerkannten Begutachtungsstelle anordnen (§ 48 Abs. 9 S. 3 FeV). Der Taxiunternehmer unterliegt der Beförderungspflicht (§ 47 Abs. 4 PBefG) und muss sich an die behördlich festgesetzten Beförderungsentgelte halten (§§ 51 PBefG, 37 BOKraft).

Die bereits zitierten Vorschriften verfolgen das Ziel, den Gelegenheitsverkehr im Interesse der Sicherheit der Fahrgäste und der anderen Verkehrsteilnehmer von einer behördlich überprüfbaren Befähigung des Betriebsinhabers und Ausstattung des Betriebs abhängig zu machen. Die Tarifierung soll sicherstellen, dass die Entgelte kostendeckend sind und dass die im öffentlichen Interesse liegende Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit der Unternehmer erhalten bleibt (Fromm/Sellmann/Zuck aaO., Rn 1 zu § 51 PBefG).

Die Beklagte kann sich nicht damit verteidigen, dass sie selbst mit den oben unter Ziffer 2 b) aufgeführten Zulassungsbedingungen ein Kontrollsystem etabliert hätte, das dem der staatlichen Aufsicht um nichts nachsteht. Würde man dieser Argumentation folgen, so müsste sich die Beklagte schon

die Frage gefallen lassen, warum sie abstreitet, selbst Unternehmerin i. S. des Personenbeförderungsgesetzes zu sein. Unabhängig davon ist dieses Argument auch deshalb unerheblich, weil die Entscheidung, ob auch ein privates Sicherheitsmanagement das im Personenbeförderungsgesetz vorgeschriebene staatliche Genehmigungs- und Aufsichtssystem ersetzen kann, allein dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muss und nicht durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden kann. Es sind deshalb auch bei der verfassungsrechtlich gebotenen Interessenabwägung keine Ansatzpunkte ersichtlich, die es erlauben könnten, die Allgemeininteressen durch weniger einschneidende Maßnahmen hinreichend zu wahren.

Entsprechende Überlegungen gelten auch für die Beeinträchtigung des Berufsfreiheitsrechts der Beklagten selbst. Als ausländische juristische Person mit Sitz in einem EU-Mitgliedsstaat kann die Beklagte zwar Trägerin materieller Grundrechte des Grundgesetzes sein (vgl. BVerfG GRUR 2012, 43). Nach dem Gleichbehandlungsgrundsatz dürfte dies auch für das Grundrecht auf Berufsfreiheit gelten (Art. 2 GG, vgl. Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl, Rn 58 zu Art. 12 GG). Für die Vermittlung rechtswidriger Beförderungsleistungen können aber bei der nach Art. 12 Grundgesetz erforderlichen Interessenabwägung keine anderen Kriterien gelten, als für die Beförderungsleistungen selbst. Mit anderen Worten: Derjenige, der dem Gesetz zuwiderlaufende berufliche Aktivitäten fördert, kann keinen weitergehenden grundgesetzlichen Schutz in Anspruch nehmen, als derjenige, der die rechtswidrige Tat selbst begeht.

Das von der Beklagten vorgelegte Parteigutachten von Prof. B (Anlage B 5) ist zivilprozessual als sog. „qualifizierter Parteivortrag“ zu betrachten (BGH NJW 1993, 2382 [BGH 11.05.1993 – VI ZR 243/92]). Es vermag die Beurteilung des Senats schon deshalb nicht in Zweifel zu ziehen, weil es sich mit den o. g. Argumenten überhaupt nicht auseinandersetzt.

Unabhängig davon ist das Gutachten von Herrn Prof. B auch

deshalb zur Untermauerung des Vortrags der Beklagten untauglich, weil nicht klar wird, ob der Privatgutachter überhaupt den Sachverhalt richtig und vollständig erfasst hat. So geht beispielsweise die Darstellung des hier streitbefangenen Geschäftsmodells auf die oben unter Ziffer 2.) dargestellten Einzelheiten des Abrechnungssystems gar nicht ein. Ferner geht der Privatgutachter von der falschen Grundannahme aus, dass die Tätigkeit der Beklagten im Hinblick auf ihre Vermittlerrolle ganz derjenigen sog. Mitfahrzentralen entspricht. Das hat das Obergerverwaltungsgericht Hamburg in der oben zitierten Entscheidung bereits überzeugend widerlegt. Während eine Mitfahrzentrale einen Interessenten und einen Fahrer, der bereits für sich ein bestimmtes Fahrziel festgelegt hat, zusammenbringt, vermittelt die Beklagte Interessenten und Fahrer, die ein Fixum erhalten, wenn sie sich zu vorgegebenen Zeiten bereithalten und 90 % der Beförderungswünsche akzeptieren. Das entspricht dem gesetzlichen Leitbild eines Taxifahrers. Eine nachvollziehbare Antwort auf die Frage, wie man dieses Geschäftsmodell mit dem einer Mitfahrzentrale vergleichen kann, bleibt das Gutachten schuldig.

7.

Das vom Landgericht ausgesprochene Verbot ist nicht europarechtswidrig. Es verstößt weder gegen Art. 56 Abs. 1 AEUV noch gegen die Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (im Folgenden: Dienstleistungsrichtlinie). Das Kammergericht hat in seinem Urteil vom 11. 12. 2015 (GRUR-RR 2016, 84, Tz. 100 ff. UBER Black) dazu folgendes ausgeführt:

Nach Art. 58 AEUV gelten für den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Verkehrs nicht die Bestimmungen des Art. 56 AEUV, sondern diejenigen des Titels VI des dritten Teils des AEUV, der die gemeinsame Verkehrspolitik betrifft.

„Verkehrsdienstleistungen“ sind auch laut Art. 2 Abs. 2 lit. d der Dienstleistungsrichtlinie in ihrer deutschen Fassung von dieser ausgenommen. Es ist davon auszugehen, dass der in Art. 58 Abs. 1 AEUV verwendete Begriff „Dienstleistungen auf dem Gebiet des Verkehrs“ weiter ist als der Begriff „Verkehrsdienstleistungen“ (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015, C-168/14 – Grupo Itevelesa, Rn 41 [Anm.: veröffentlicht in NVwZ 2016, 218 ff.]; Schlussantrag des Generalanwalts in der Rechtssache C-168/14 vom 3. Juni 2015, Rn 26).

Da alle Sprachfassungen von Art. 2 Abs. 2 lit. d der Dienstleistungsrichtlinie mit Ausnahme der Fassung in deutscher Sprache ausdrücklich den Begriff „Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs“ verwenden, beansprucht dieser Geltung auch im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie, zumal diese Deutung auch durch die allgemeine Systematik und den Zweck dieser Vorschrift gestützt wird (EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015, C-168/14 – Grupo Itevelesa, Rn 43 ff).

Weder in Titel VI AEUV noch in der Dienstleistungsrichtlinie ist definiert, was eine Dienstleistung auf dem Gebiet bzw. dem Bereich des Verkehrs darstellt. Die Erwägungsgründe 21 und 33 der Dienstleistungsrichtlinie geben Aufschluss zum Verständnis des engeren Begriffs „Verkehrsdienstleistungen“. Zum ergibt sich aus dem 21. Erwägungsgrund, dass diese Dienstleistungen auch solche „des Personennahverkehrs, Taxis und Krankenwagen sowie Hafendienste“ einschließen, diese aber vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgenommen sein sollten. Zum anderen wird im 33. Erwägungsgrund ausdrücklich erwähnt, dass die von dieser Richtlinie erfassten Dienstleistungen einen weiten Bereich von Tätigkeiten umfassen, die einem ständigen Wandel unterworfen sind, wie etwa Dienstleistungen wie „die Vermietung von Kraftfahrzeugen und Dienste von Reisebüros“. (vgl. Schlussantrag des Generalanwalts in der Rechtssache C-168/14 vom 3. Juni 2015, Rn 27).

Vor diesem Hintergrund ist auch der Ausschluss von

„Verkehrsdienstleistungen“ in der Dienstleistungsrichtlinie so zu verstehen, dass er nicht nur die körperliche Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Land-, Luft- oder Wasserfahrzeugs erfasst, sondern auch jede Dienstleistung, die naturgemäß mit einer solchen Handlung verbunden ist (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015, C-168/14 – Grupo Itevelesa, Rn 46; Schlussantrag des Generalanwalts in der Rechtssache C-168/14 vom 3. Juni 2015, Rn 28). (Anm.: Unterstreichungen durch den Senat).

Dies ist in Bezug auf das Angebot UBER Black der Beklagten der Fall. Dieses Dienstleistungsangebot, das die Beklagte als Vermittlung bezeichnet, unterscheidet sich wesentlich von der Tätigkeit des Betreibers eines Reisebüros oder des Betreibers eines Flugreservierungsportals im Internet. Der Betreiber eines Reisebüros oder der Betreiber eines Flugreservierungsportals nehmen ihren Kunden bzw. Nutzern Organisationstätigkeiten ab, die die Kunden bzw. Nutzer grundsätzlich auch eigenständig ausführen könnten. Sie suchen die den Wünschen ihrer Kunden entsprechenden Angebote Dritter an Beförderungs- und Beherbergungsleistungen heraus und nehmen die gewünschten Buchungen vor.

Die Tätigkeit der Beklagten geht weit darüber hinaus. Sie organisiert eine an sie gebundene Flotte von Fahrzeugen mit Fahrern (vgl. Anlage A 2 zur Klageschrift: „Danke an diejenigen die mir schon ... zugesagt haben, wir haben fast schon genug Fahrer.“), deren Marktauftritt sie so vereinheitlicht, dass sie die zur Flotte gehörenden Fahrzeuge in der Werbung als „UBER“ bezeichnet (vgl. Anlage A 5 zur Klageschrift), Werbung über allgemeingültige Rabattaktionen verbreitet (vgl. Anlage A 4 zur Klageschrift) und Vereinbarungen mit Dritten trifft, die eine erhöhte Nachfrage nach mit der Beklagten zusammenarbeitenden Mietwagenunternehmen schaffen sollen (vgl. Anlage A 1: „Diese Wochen partnern wir mit den folgenden Events für die Fashion Week also werden wir dort erhöhte Nachfrage sehen ...). Für die

über die Applikation UBER Black zustande gekommenen Fahraufträge sollten die von der Beklagten gestellten Bedingungen gelten. Die Bezahlung dieser Fahraufträge erfolgte über die Applikation der Beklagten.

Darüber hinaus ist es praktisch unmöglich, dass der Fahrgast einem in seiner Nähe befindlichen Mietwagenfahrer einen Beförderungsauftrag ohne die Einschaltung der Beklagten erteilen könnte. Der Fahrgast kann einen in seiner Nähe befindlichen Mietwagen, der sich im Sinne des § 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG auf der Fahrt befindet, nicht orten und regelmäßig nicht einmal dann als solchen erkennen, wenn er sich in Sichtweite befindet. Der Mietwagenfahrer dürfte wegen der Vorgaben des § 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG auf den Versuch des Fahrgastes, durch Zeichen, Rufe, direkte oder fernmündliche Ansprache Kontakt aufzunehmen, um einen Beförderungsauftrag zu erteilen, auch nicht eingehen.

Diese Verbindung der Organisationsleistungen der Beklagten mit dem eigentlichen Beförderungsvorgang rechtfertigt es, sie als Dienstleistung auf dem Gebiet des Verkehrs anzusehen. Der Einsatz der Beklagten ist eine vorgelagerte und unverzichtbare Bedingung für die Ausübung der Haupttätigkeit, nämlich die Personenbeförderung durch einen Mietwagenfahrer zeitnah nach Anforderung per Smartphone.

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Generalanwalt Wahl sich in seinem Schlussantrag vom 3. Juni 2015 in der Rechtssache C-168/14 keineswegs für einen sehr engen Anwendungsbereich des Begriffs „Verkehrsdienstleistung“ ausgesprochen (vgl. dort, Rn 29). Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Geschäftsmodell „UBER Black“ auch nicht gleich einem Mietvertrag nur ein Instrument, um sich ein Verkehrsmittel zu beschaffen. Wie bereits ausgeführt, besteht für den Fahrgast ohne die Einschaltung der Beklagten und die App keine Möglichkeit, die Beförderung mit einem Mietwagen unter den Bedingungen zu organisieren, die die Beklagte bietet. Die Einschaltung der Beklagten ist Voraussetzung für

eine Personenbeförderung unter diesen Bedingungen.

Der Senat schließt sich diesen Erwägungen an, die auch auf das Geschäftsmodell „UBER POP“ übertragbar sind, weil es in Bezug auf die Vermittlertätigkeit der Beklagten eine vergleichbare Struktur aufweist.

b)

Die in Art. 49 AEUV geregelte Niederlassungsfreiheit der Beklagten ist nicht tangiert. Auch insoweit wird auf die Ausführungen des Kammergerichts in der o. g. Entscheidung verwiesen, wo folgende Erwägungen angestellt worden sind:

„...In Anbetracht des Zieles der Eingliederung in den Aufnahmemitgliedstaat impliziert der Niederlassungsbegriff im Sinne des Art. 49 AEUV die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in diesem Staat auf unbestimmte Zeit und setzt daher zumindest im Grundsatz eine tatsächliche Ansiedlung im Aufnahmemitgliedstaat und die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem voraus (vgl. EuGH, Urteil vom 12. September 2006, C-196/04, Rn 54; ; EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012, C-378/10, Rn 34; Bröhmer in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 49, Rn 12; Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49, Rn 16; Müller-Graff in: Strinz, EUV/AEUV, 2. Aufl., Art. 49, Rn 16).

Welcher Art diese feste Einrichtung zu sein hat, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben (vgl. z.B. Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49, Rn 36 ff). Es fehlt jeder Anhaltspunkt für eine derartige Einrichtung der Beklagten in der Bundesrepublik Deutschland.

Es mögen Fälle denkbar sein, in denen die Niederlassungsfreiheit beeinträchtigt ist, obwohl der Betroffene über eine feste Einrichtung im Ausnahmestaat (noch)

nicht verfügt, insbesondere, wenn es um die geplante Aufnahme einer selbständigen Tätigkeit im Aufnahmestaat geht (vgl. z.B. Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 49, Rn 36). Die Beklagte trägt jedoch zu einer Absicht, in absehbarer Zeit in der Bundesrepublik Deutschland feste Einrichtungen aufzubauen, nichts vor. Allein die von der Beklagten betonte Absicht, sich dauerhaft auf den deutschen Markt auszurichten und in die deutsche Volkswirtschaft zu integrieren, reicht angesichts der Art der von der Beklagten angebotenen Dienstleistungen nicht aus.

Weder die Beklagte als Anbieterin der Dienstleistung noch deren Nachfrager (Mietwagenunternehmer und Fahrgäste) begeben sich in einen anderen Mitgliedstaat. Lediglich die Dienstleistungen der Beklagten sind grenzüberschreitend (sog. Korrespondenzdienstleistung). Die dauerhafte Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen allein begründet jedoch keine Niederlassung (OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 27. September 2012, 9 U 73/11; Kluth in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl., Art. 56, 57, Rn 16, Randelzhofer/Forsthoff in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 56, 57, Rn 43; Holoubek in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl., Art. 56, 57, Rn 25). Die Niederlassungsfreiheit setzt vielmehr eine tatsächliche Ansiedlung im Aufnahmemitgliedstaat und die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit in diesem voraus (EuGH, Urteil vom 12. September 2006, C-196/04, Rn 54; EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012, C-378/10, Rn 34). Inwieweit hier der Grundsatz der Technologieneutralität tangiert sein könnte, der verhindern soll, dass der Einsatz einer bestimmten Technologie vorgeschrieben oder begünstigt wird, ist nicht nachzuvollziehen. Das Problem ist die unmittelbare Kontaktaufnahme mit dem Fahrer. Dies gilt unabhängig von der Art des eingesetzten Telekommunikationsmittels....“

Der hiesige Senat schließt sich auch in dieser Frage den überzeugenden Ausführungen des Kammergerichts an. Es ist nicht

ersichtlich, warum das Geschäftsmodell „UBER POP“ eine abweichende Beurteilung in Bezug auf eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit der Beklagte gebieten würde.

8.

Es besteht auch im Hinblick auf den Vorlagebeschluss des Handelsgerichts Barcelona vom 16. 7. 2015 (Anlage BB 63) keine Veranlassung, ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zur Beantwortung der im Hilfsantrag gestellten Fragen zu richten.

Instanzgerichte müssen das Verfahren aussetzen und dem Gerichtshof gem. Art. 267 AEUV (ex-Artikel 234 EGV) ein Ersuchen um Vorabentscheidung über die Gültigkeit vorlegen, wenn sie der Auffassung sind, dass Gründe, die gegen die Gültigkeit eines Gemeinschaftsrechtsakts sprechen, durchgreifen und damit die Existenz des Gemeinschaftsrechtsakts in Frage stellen (EuGH, Urteil von 10. Januar 2006, C-344/04, Rn 29, 30). Diese Voraussetzung liegt hier aus den bereits dargestellten Gründen nicht vor.

Es liegt auch keine anderweitige Fallgestaltung vor, die eine Ermessensreduktion auf Null im Sinne einer Vorlagepflicht auslösen würde. Dies wird angenommen, wenn ein anderes Gericht dieselbe Rechtsfrage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt hat und wenn das Kooperationsverhältnis der nationalen Gerichte mit dem EuGH, der effet utile (Individualrechtsschutz des Vorabentscheidungsverfahrens) sowie die Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit dafür sprechen, von einer Reduktion des Ermessens des Instanzgerichts auf Null im Sinn einer Pflicht zur Vorlage auszugehen, um den Parteien des Ausgangsrechtsstreits dann an dem auch Individualrechtsschutz gewährleistenden Vorabentscheidungsverfahren beteiligen könnten (vgl. Foerster EuZW 2011,901, 906, Fn. 76 m.w.N.).

Die Beklagte hat eine Vorlageentscheidung des Handelsgerichts 3 Barcelona präsentiert, die in einem zwischen dem

Berufsverband Elite Taxi und der Fa. UBER Systems Spain S.L. geführten Rechtsstreit ergangen ist (Anlage B 63). Der dortige Rechtsstreit ist ebenfalls wettbewerbsrechtlicher Natur. Der klagende Berufsverband wirft der dortigen Beklagten vor, in irreführender Weise Beförderungsdienstleistungen anzubieten, weil deren Fahrer keine Lizenzen, Genehmigungen und Zeugnisse dafür besäßen (Ziffer 3.3 f.). Das Handelsgericht Barcelona hat seine Vorlageentscheidung in der Annahme getroffen, dass das spanische Schwesterunternehmen für die Vermittlung von Beförderungsleistungen nach spanischem Recht eine eigene Genehmigung benötigt und Zweifel angemeldet, ob dieses Erfordernis mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Aus den oben unter Ziffer 2 b) dargelegten Gründen kommt es dagegen hier auf diese Rechtsfrage gar nicht an.

Im Übrigen ist die vom Handelsgericht Barcelona unter Ziffer 8. des Vorlagebeschlusses aufgeworfene Rechtsfrage zur Reichweite der Dienstleistungsrichtlinie zwischenzeitlich durch die Entscheidung des EuGH vom 15. Oktober 2015 geklärt (Rechtssache C-168/14 – Grupo Itevelesa, Rn 46).

Der effet utile, d. h. der Individualrechtsschutz im Vorabentscheidungsverfahren gebietet eine Vorlage ebenfalls nicht, denn die Beklagte kann sich über ihre spanische Schwestergesellschaft hinreichend vor dem EuGH einbringen. Die hiesige Klägerin ist offensichtlich nicht daran interessiert, an dem Vorabentscheidungsverfahren beteiligt zu werden sondern strebt vielmehr eine ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Entscheidung an.

Der erkennende Senat ist (ohnein) gehalten, dem Verfahren Fortgang zu geben, um bald eine letztinstanzliche Verhandlung vor dem Bundesgerichtshof herbeizuführen, wo über die Vorlage gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV entschieden werden kann (vgl. Förster EuZW 2011, 901, 906. Dies wird durch die zeitnahe Entscheidung des Senats gewährleistet.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidungen zur vorläufigen Vollstreckbarkeit und zum Schuldnerschutz folgen aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision wird zugelassen, weil die Rechtssache im Hinblick auf die oben aufgeworfenen verfassungs- und unionsrechtlichen Fragen grundsätzliche Bedeutung hat.

vorgehend:

LG Frankfurt am Main – 18.03.2015 – AZ: 3-8 O 136/14

nachgehend:

BGH – AZ: I ZR 182/16