Gutachten

Max Weber, Greifswald*

Klausur aus dem Probeexamen Öffentliches Recht

Sachverhalt

Die U-GmbH vermittelt in verschiedenen deutschen Städten über eine Applikation für Mobiltelefone („U-App“) die Fahrwünsche potentieller Fahrgäste an Privatpersonen, die sich zuvor bei dem Dienst angemeldet haben und bereit sind, Fahrten mit dem eigenen Kfz zu übernehmen. Mit ihrem Geschäftsmodell präsentiert sich die U-GmbH als „Pionier der *Share Economy*“ mit dem selbsterklärten Ziel, „das unzeitgemäße und unflexible deutsche Taxi-Monopol mit seinen überhöhten Preisen zu überwinden“.

Als Fahrer kann sich bei der U-GmbH jeder registrieren, der mindestens 21 Jahre alt ist und über einen Führerschein sowie ein einwandfreies Führungszeugnis verfügt. Personen mit Fahrwünschen melden sich mit ihren persönlichen Daten und ihrer Mobilfunknummer bei der U-GmbH an. Mittels der auf dem Mobiltelefon installierten App können Beförderungsanfragen von jedem beliebigen Standort aus an die Server der U-GmbH übermittelt werden, welche die Anfrage an in der Nähe befindliche registrierte Fahrer weiterleitet. Das System nutzt hierzu die von der App übermittelten Standortdaten der Nutzer. Sobald ein Fahrer die Anfrage akzeptiert, erhält der Anfragende eine Bestätigung. Für die Beförderung zahlt der Fahrgast 0,80 € pro gefahrenen Kilometer. Laut Nutzungsbedingungen der U-GmbH setzt sich dieser Betrag aus 0,50 € Betriebskosten und 0,30 € „Trinkgeld“ zusammen. Die Abrechnung erfolgt mittels der App durch die U-GmbH zu Lasten einer vom Nutzer anzugebenden Kreditkarte. Die U-GmbH behält für ihre Dienste 20 % des Betrages ein und und leitet den übrigen Betrag an die Fahrer weiter.

Nach der Beschwerde mehrerer Taxiunternehmen und Anhörung der U-GmbH erlässt das Ordnungsamt der Stadt Rostock eine Verfügung, in welcher der U-GmbH die weitere Vermittlung von privaten Fahrten in Rostock untersagt wird, da ihr für diese Tätigkeit die gem. § 2 I 1 Nr. 4 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) notwendige Genehmigung fehle. Die Behörde stützt sich dabei auf § 15 II 1 GewO. Diese Norm des allgemeinen Gewerberechts sei auf das besondere Gewerberecht der Personenbeförderung anwendbar, da eine entsprechende Norm im PBefG fehle.

Die Behörde argumentiert, dass es sich bei den von der U-GmbH angebotenen Personenbeförderungen um genehmigungsbedürftigen entgeltlichen Gelegenheitsverkehr i.S.d. § 2 I 1 Nr. 4 PBefG handle. Der entgeltliche Gelegenheitsverkehr sei vom Gesetzgeber streng reglementiert. So bedürfen Taxi-Fahrer beispielsweise einer zusätzlichen Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung und gelte für Taxi-Unternehmen eine Beförderungspflicht innerhalb eines bestimmten Tarifgebietes. Zudem bestünden für im entgeltlichen Gelegenheitsverkehr eingesetzte Fahrzeuge besondere Versicherungspflichten. Die gewerberechtlichen Vorgaben des PBefG dienten dem Schutz der Fahrgäste sowie der Sicherstellung eines funktionierenden öffentlichen Individual- und Personennahverkehrs als Teil der staatlichen Daseinsvorsorge.

Die U-GmbH werde als Unternehmerin i.S.d. § 2 I 2 PBefG tätig. Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift sei nicht nur, wer faktisch die Beförderung durchführe. Vielmehr unterliege der verantwortlich Durchführende der Genehmigungspflicht. Dies sei derjenige, der den Fahrgästen gegenüber im Außenverhältnis als Vertragspartner auftrete. Dies entspreche dem Zweck der Genehmigungspflicht, der darin bestehe, den zu befördernden Fahrgast möglichst umfassend zu schützen. Die Vertragsbeziehung richte sich im vorliegenden Fall nach den Nutzungsbedingungen der U-GmbH. Diese lege den Fahrpreis gegenüber den Nutzern fest und ziehe über die bei ihr hinterlegten Kreditkartendaten den Fahrpreis in voller Höhe vom Fahrgast ein.

Die Fahrer würden durch die U-GmbH nach eigenen Kriterien ausgewählt. Sie erhielten bestimmte Fahrten durch die U-GmbH zugewiesen. Nach deren Erledigung zahle die U-GmbH den Fahrern einen mit diesen vorab vereinbarten Betrag aus. Die Tätigkeit der U-GmbH gehe damit deutlich über die einer bloßen Vermittlung von Mitfahrgelegenheiten hinaus.

Die Erteilung einer Genehmigung für die Dienste der U sei ausgeschlossen. Es läge keine zulässige Form des Gelegenheitsverkehrs gem. § 46 II PBefG vor. Die Tätigkeit der U-GmbH sei schon deshalb kein Verkehr mit Taxen i.S.d. § 47 I PBefG, weil die Fahrzeuge nicht an einer behördlich zugelassenen Stelle bereitgehalten würden. Ein Verkehr mit Mietwagen i.S.d. § 49 IV PBefG liege nicht vor, da die Fahrzeuge nach Ausführung des Beförderungsauftrags nicht unverzüglich zum Betriebssitz der U-GmbH zurückkehren würden. Andere als die gemäß §§ 2 I 1 Nr. 4, 46 II PBefG vorgesehenen Arten des Gelegenheitsverkehrs seien nicht zulässig; die Aufzählung sei insofern abschließend. Zwar sähe das Gesetz in § 2 VII PBefG die Möglichkeit von Ausnahmeerlaubnissen zur Erprobung neuer Verkehrsarten und Verkehrsmittel vor, allerdings nur soweit öffentliche Verkehrsinteressen dem nicht entgegenstünden. Wegen der Versicherungssituation und der Gefahr für den Bestand des öffentlichen Individualpersonenverkehrs sei auch eine solche Ausnahmegenehmigung für das Geschäftsmodell der U-GmbH ausgeschlossen.

Die Behörde ordnet außerdem schriftlich die sofortige Vollziehung der Verbotsverfügung an und begründet dies mit der Gefahr für die Fahrgäste im Falle eines Unfalls

* Stud. iur. *Max Weber* studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald. Die Klausur wurde im Rahmen des Probeexamens im Wintersemester 2015/2016 geschrieben und mit 14 Punkten bewertet. Korrekturanmerkungen sind an den den jeweiligen Stellen kursiv gedruckt.

ohne hinreichenden Versicherungsschutz. Auch im Hinblick auf den Schutz des Taxigewerbes sieht sie es als nicht hinnehmbar an, dass während der Dauer eines möglichen Widerspruchverfahrens systematisch und dauerhaft ungenehmigte Personenbeförderungen stattfänden.

Die U-GmbH hält das Vorgehen der Behörde für rechtswidrig. Sie macht geltend, dass ihre Tätigkeit vom Anwendungsbereich des PBefG und damit von der Genehmigungspflicht des § 2 I Nr. 4 PBefG überhaupt nicht erfasst werde. Sie befördere keine Personen, sondern vermittle lediglich unter Einbeziehung moderner Kommunikationsmittel Mitfahrgelegenheiten zwischen Privatpersonen. Unternehmerin i.S.d. § 2 I 2 PBefG sei sie schon deshalb nicht, weil das Gesetz diese Eigenschaft an den Tatbestand der Beförderung knüpfe. Die Beförderung erfolge aber ausschließlich durch die privaten Fahrer und in deren eigener Verantwortung. Zudem läge ohnehin ein Fall unentgeltlicher Beförderung i.S.d. § 1 II Nr. 1 PBefG vor. Letztlich sei das gesamte PBefG angesichts neuer Kommunikations- und Mobilitätsformen gesellschaftspolitisch überholt und verfassungswidrig. Es diene ausschließlich der Konservierung traditioneller Verkehrsformen und dem Schutz bestehender Personentransportunternehmen vor Konkurrenz und verstoße damit eindeutig gegen Art. 12 I GG. Die strenge Regulierung laufe auf ein Berufsverbot für innovative Unternehmen im Verkehrsgewerbe hinaus. Die Sicherheit der Fahrgäste lasse sich auch durch weniger einschneidende Maßnahmen garantieren.

Auch die Anordnung des sofortigen Vollzuges ist nach Auffassung der U-GmbH rechtswidrig. Vor Erlass einer solchen Anordnung hätte man sie erneut anhören müssen. Zudem fehle es an einer ausreichenden Begründung der sofortigen Vollziehung. Bis zur endgültigen Klärung der Sach- und Rechtslage möchte die U-GmbH weiter tätig sein, weil sie sonst um ihre Existenz fürchten müsse. Nach Einlegung eines Widerspruchs gegen die Verbotsverfügung wendet sich die U-GmbH daher an das zuständige Verwaltungsgericht mit dem Begehren, auf schnellstmöglichem Wege die sofortige Vollziehung der Verbotsverfügung zu stoppen.

Wird das Begehren der U-GmbH beim Verwaltungsgericht Erfolg haben?

Die U-GmbH wird mit ihrem Begehren vor dem Verwaltungsgericht Erfolg haben, wenn die Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen und es in der Sache begründet ist.

Gutachten

A. Sachentscheidungsvoraussetzungen

I. Verwaltungsrechtsweg

Mangels aufdrängender Sonderzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 I 1 VwGO.

Da die streitentscheidenden Normen, insbesondere § 15 II 1 GewO, einen Träger hoheitlicher Gewalt einseitig zur Untersagung eines Gewerbes berechtigen, liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist diese auch nichtverfassungsrechtlicher Art. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.

Der Verwaltungsrechtsweg ist also nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Antragsart

Welches Rechtsmittel statthaft ist, richtet sich nach dem Klägerbegehren, wie es sich bei verständiger rechtlicher Würdigung darstellt, §§ 86 III, 88 VwGO [*§ 122 VwGO*].

U will hier die Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung erreichen. Es kommt somit ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz in Betracht.

Nach § 123 V VwGO ist vorrangig die Statthaftigkeit des Antrags nach § 80 V VwGO zu prüfen. Hiermit kann der Antragssteller die Wiederherstellung des Suspensiveffekts der Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt erreichen. Die Untersagungsverfügung, gegen die U sich in der Hauptsache richtet, ist ein Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG. Folglich ist das statthafte Hauptsacheverfahren die Anfechtungsklage. Demnach ist der Antrag nach § 80 V 1 Alt. 2 VwGO vorliegend statthaft. [*aufschiebende Wirkung ausgeschlossen?*]

III. Antragsbefugnis analog § 42 II VwGO

Zwar gilt § 42 II VwGO ausdrücklich nur für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, doch wird die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten auch beim einstweiligen Rechtsschutz für erforderlich gehalten. Begründet wird dies mit dem Bedürfnis, Popularklagen zu vermeiden. Zudem wäre ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz bei offensichtlicher Unzulässigkeit des Hauptsacheverfahrens sinnlos.

Als Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes könnte U vorliegend jedenfalls in Art. 2 I GG verletzt sein (Adressatentheorie). Zudem erscheint eine Verletzung von Art. 12 I GG denkbar. U ist mithin antragsbefugt.

IV. Vorverfahren

U hat vorliegend bereits Widerspruch eingelegt.

V. Antragsgegner

Antragsgegner ist gemäß § 78 I Nr. 2 VwGO i.V.m. § 14 II AGGerStrG MV analog das Ordnungsamt Rostock.

VI. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

U ist gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligtenfähig und gemäß § 62 I Nr. 1 VwGO prozessfähig. [*vertreten durch?*]

Das Ordnungsamt Rostock ist nach § 61 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 14 I AGGerStrG MV beteiligtenfähig und nicht

prozessfähig. Es wird gemäß § 62 III VwGO durch den Behördenleiter vertreten.

VII. Zwischenergebnis

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen liegen vor. [*Rechtsschutzinteresse, Form und Frist?*]

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn die formellen Rechtmäßigkeitsanforderungen der Anordnung auf sofortige Vollziehung nicht gewahrt sind oder das besondere öffentliche Interesse am Entfallen des Suspensiveffekts nicht das Interesse des Betroffenen hieran überwiegt.

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. Zuständigkeit

Vorliegend handelte das Ordnungsamt Rostock als zuständige Behörde. [*Norm?*]

2. Verfahren

Hinsichtlich des Verfahrens erscheint lediglich problematisch, ob vor Erlass der Anordnung der sofortigen Vollziehung eine Anhörung der U durchgeführt werden musste. Gemäß § 28 I VwVfG MV ist der Betroffene vor Erlass eines belastenden Verwaltungsaktes anzuhören.

Fraglich ist aber, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung für sich genommen einen Verwaltungsakt darstellt.

a) Meinungsstand

Eine Mindermeinung in der Literatur nimmt dies an. Hiernach wäre § 28 VwVfG MV also anzuwenden. Dagegen wird die Verwaltungsaktqualität der Anordnung nach § 80 II Nr. 4 VwGO überwiegend verneint. Zwar wird teilweise erwogen, § 28 VwVfG MV analog anzuwenden, wenn Grundverwaltungsakt und Anordnung nicht zeitgleich ergehen, weil letztere dann für den Betroffenen überraschend ist. Doch da dieser Fall hier nicht vorliegt, braucht hierauf nicht eingegangen zu werden.

Die herrschende Ansicht würde § 28 I VwVfG MV also nicht anwenden.

b) Stellungnahme

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, ist Stellung zu beziehen.

Für die zweite Ansicht wird angeführt, der Anordnung fehle die Regelungswirkung, da sie keine eigene Rechtsfolge setze, sondern lediglich die Rechtsfolge des Grundverwaltungsaktes vorverlege.

Hiergegen wird zwar eingewandt, für den Betroffenen mache es keinen Unterschied, ob eine Rechtsfolge gesetzt oder vorverlegt wird, doch stimmt dies nicht. Im Falle der Vorverlegung der Rechtsfolge weiß der Betroffene von dieser nämlich bereits. Er hatte zudem Gelegenheit, insofern Stellung zu nehmen, als er im Rahmen des Grundverwaltungsaktes angehört wurde. Was eine neue Anhörung jetzt noch an neuen Erkenntnissen hervorbringen soll, ist nicht ersichtlich.

Mithin ist das Erfordernis einer zweiten Anhörung im Rahmen der Anordnung der sofortigen Vollziehung als überflüssiger Formalismus abzulehnen.

Das Verfahren verlief hiernach fehlerlos.

3. Begründung der Anordnung

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung müsste ausreichend begründet worden sein. Hierfür reicht es nicht, die Begründung des Grundverwaltungsaktes anzuführen. Es muss darüber hinausgehend erörtert werden, warum die aufschiebende Wirkung entfallen muss.

Hier hat die Behörde argumentiert, wenn während der Dauer des Genehmigungsverfahrens systematisch und dauerhaft ungenehmigte Personenbeförderungen erfolgten, sei in dieser Zeit nicht nur der Schutz von Fahrgästen bei eventuellen Unfällen nicht gewährleistet. Vielmehr würde auch das Taxigewerbe angesichts der kostengünstigeren Konkurrenz Schäden erleiden.

Eine ausreichende Begründung der Eilbedürftigkeit ist also erfolgt. Ob diese im Ergebnis trägt, ist hier noch nicht zu prüfen.

4. Zwischenergebnis

Die Anordnung ist also formell rechtmäßig.

II. Vorrang des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung

Nunmehr müsste das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung gegenüber den Interessen der U Vorrang haben. Das wäre jedenfalls nicht der Fall, wenn die Untersagungsverfügung rechtswidrig ist, denn am Vollzug rechtswidriger Verwaltungsakte gibt es kein berechtigtes Interesse. [*...summarische Prüfung...*]

Die Verfügung ist rechtswidrig, wenn sie sich nicht auf eine Ermächtigungsgrundlage stützen lässt oder in formeller oder materieller Hinsicht rechtswidrig ist.

1. Ermächtigungsgrundlage

Mangels speziellerer Grundlage im PBefG ist die Untersagungsverfügung auf § 15 II 1 GewO zu stützen. [*i.V.m. § 2 I PBefG*]

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Das Ordnungsamt Rostock war zuständige Behörde. Das Verfahren wurde vorschriftsgemäß durchlaufen. Insbesondere hat eine Anhörung der U stattgefunden. Hinsichtlich der Form bestehen keine Bedenken.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Tatbestand

Zunächst müsste der Tatbestand des § 15 II 1 GewO erfüllt sein.

U betreibt die Vermittlung von Mitfahrgelegenheiten selbständig, auf längere Zeit und mit Gewinnerzielungs-

absicht. Sie ist zudem erlaubt. Ein Gewerbe liegt also vor. U hatte hierfür keine Genehmigung.

Dieses müsste indes auch genehmigungspflichtig sein. Eine Genehmigungspflicht könnte sich hier aus § 2 I 1 Nr. 4 PBefG ergeben

aa) Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit dieser Norm ist allerdings fraglich. Gemäß § 1 II 1 Nr. 1 PBefG findet die Genehmigungspflicht nämlich keine Anwendung auf unentgeltliche Beförderungen oder solche, bei denen das Entgelt die Betriebskosten nicht übersteigt.

Da die Fahrgäste vorliegend einen Fahrpreis von 80ct pro km zahlen müssen, ist die Beförderung jedenfalls nicht unentgeltlich.

Dieser Preis setzt sich indes aus 50ct für die Betriebskosten und weiteren 30ct als „Trinkgeld" zusammen. Blieben diese 30ct unberücksichtigt, so läge der Fall des § 1 II 1 Nr. 1 Alt. 2 PBefG vor.

Grundsätzlich spricht vieles dafür, Trinkgelder als freiwillige Zahlungen der Fahrgäste im Rahmen des § 1 II 1 Nr. 1 PBefG für unbeachtlich zu halten. Sonst könnte die Zahlung eines Trinkgeldes unter Umständen eine nicht gewollte Genehmigungspflicht auslösen. Auch sind Trinkgelder als soziale Konvention grundsätzlich rechtspolitisch wünschenswert.

Vorliegend dürfte es sich indes nicht um Trinkgelder im klassischen Sinne handeln. Die Zahlung beruht nämlich nicht auf dem freien Willensentschluss des Fahrgastes, etwa in Folge von Dankbarkeit für die schnelle Beförderung, sondern auf den Nutzungsbedingungen der U. Diese finanziert hiervon nicht nur ihre Fahrer, sondern auch sich selbst und erwirtschaftet so Gewinne. Die Bezeichnung als „Trinkgeld" dürfte somit eine nach § 6 PBefG unzulässige Umgehung darstellen. § 1 II 1 Nr. 1 PBefG ändert also nichts an der Anwendbarkeit des § 2 I Nr. 4 PBefG. [*gut!*]

bb) Tatbestand des § 2 I 1 Nr. 4 PBefG

Die Beförderung der Fahrgäste erfolgt vorliegend durch Kraftfahrzeuge i.S.d. § 2 I Nr. 4 PBefG.

Es müsste zudem Gelegenheitsverkehr vorliegen. Dies ist gemäß § 46 I PBefG jede Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen, die nicht Linienverkehr ist. Linienverkehr i.S.d. § 42 S. 1 PBefG ist wiederum die zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten eingerichtete regelmäßige Verkehrsverbindung. Da die PKW der Nutzer der Applikation nicht zwischen festen Punkten verkehren, liegt kein Linienverkehr und folglich Gelegenheitsverkehr vor.

Der Tatbestand des § 2 I 1 Nr. 4 PBefG ist also erfüllt. [*Beförderung oder nur Mitfahrgelegenheit?*]

cc) Unternehmereigenschaft der U nach § 2 I 2 PBefG

Problematisch erscheint aber, dass U die Personen nicht selbst befördert. Möglicherweise ist sie deshalb gar nicht Unternehmer i.S.d. § 2 I 2 PBefG, sodass sie keine Genehmigungspflicht trifft.

Der Zweck der Genehmigungspflicht besteht indes im Schutz des Fahrgastes. Hierfür kann aber nicht allein auf die faktische Durchführung abgestellt werden. Der Wortlaut des § 2 I 1 PBefG ist insofern auslegungsbedürftig. Nach Sinn und Zweck sind also auch die für die Durchführung der Beförderung mittelbar Verantwortlichen Unternehmer i.S.d. § 2 I 2 PBefG. Dies ergibt sich zudem auch aus dem Umgehungsverbot des § 6 PBefG.

U übernimmt hier nicht nur die Vermittlung der Fahrten. Sie kontrolliert auch ihre Fahrer und wählt diese aus. Zudem stellt sie die Nutzungsbedingungen, legt so die Preise fest und zieht die Fahrkosten von den Konten der Kunden ein.

Die Fahrer sind dagegen nur unselbständig tätig. Sie werden von U ausgewählt, haben keinerlei Einfluss auf die Preisgestaltung und bekommen ihre Fahrgäste zugewiesen. Ein Entgelt erhalten sie nicht vom Fahrgast, sondern von U. Folglich ist U als steuernder „Kopf" der Beförderung Unternehmer i.S.d. § 2 I 2 PBefG.

dd) Zwischenergebnis

U übt mithin ein genehmigungspflichtiges Gewerbe ohne Genehmigung aus. Formelle Illegalität ist gegeben. Der Tatbestand ist erfüllt.

b) Rechtsfolge

§ 15 II 1 GewO räumt der Behörde aber Ermessen ein. Sie müsste dieses Ermessen fehlerfrei ausgeübt haben, vgl. § 40 VwVfG MV.

Im Falle der formellen Illegalität stehen der Behörde zwei Handlungsalternativen zur Verfügung: Sie kann, wie hier geschehen, untersagen oder sie kann genehmigen.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird die Behörde regelmäßig genehmigen müssen, sofern das Gewerbe genehmigungsfähig ist. Das Ordnungsamt hat die Genehmigungsfähigkeit hier verneint und hielt sich insofern zur Untersagung des Gewerbes gebunden.

Sollte sich dies als falsch herausstellen, hätte die Behörde ihr Ermessen gar nicht ausgeübt. Es läge dann ein Ermessensnichtgebrauch vor.

Zu prüfen ist daher, ob das Gewerbe der U genehmigungsfähig war. [*gut*]

Hinsichtlich § 13 PBefG bestehen insoweit keine Bedenken. Problematisch ist allerdings die Form des Gelegenheitsverkehrs nach § 46 II PBefG.

aa) Tatbestand des § 46 II PBefG

(1) § 46 II Nr. 1 PBefG

Bei den Wagen der Nutzer der U-App handelt es sich schon begrifflich nicht um Taxen. Die Wagen werden nicht gemäß § 47 I 1 PBefG an behördlich zugelassenen Stellen bereitgehalten, sondern stehen regelmäßig im Privateigentum ihrer Fahrer.

(2) § 46 II Nr. 2 PBefG

Es geht auch ersichtlich nicht um Ausflugsfahrten und Ferienziel-Reisen.

(3) § 46 II Nr. 3 PBefG

Bei den Wagen der Nutzer handelt es sich zudem nicht um Mietwagen, da diese nicht gemäß § 49 IV 3 PBefG nach Beendigung der Fahrt zum Betriebssitz zurückkehren.

(4) Ausnahmegenehmigung nach § 2 VII PBefG

Indes erscheint die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung nach § 2 VII PBefG denkbar. Dann dürften keine öffentlichen Verkehrsinteressen entgegenstehen.

Insofern ist allerdings zu berücksichtigen, dass viele Nutzer der U-App anders als Taxifahrer nicht für Unfallschäden ihrer Fahrgäste versichert sein werden. Dies führt dazu, dass infolge der Untersicherung hohe Vermögensrisiken auf die Fahrgäste zukommen. Dies stellt ein berechtigtes Verkehrsinteresse dar.

Zudem könnte der öffentliche Personennahverkehr durch die billigere Konkurrenz schwere strukturelle Schäden erleiden, die nach Auslaufen der vierjährigen Erprobungszeit nicht ohne Weiteres repariert werden können.

Folglich scheidet die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung wegen entgegenstehender Verkehrsinteressen aus.

(5) Zwischenergebnis

Mithin ist das Gewerbe der U nach § 46 II PBefG nicht genehmigungsfähig.

bb) Verfassungsmäßigkeit von § 46 II PBefG

§ 46 II PBefG könnte aber wegen Verstoßes gegen Art. 12 I GG verfassungswidrig sein. Infolgedessen hätte die Behörde dann doch genehmigen können, sodass die Untersagungsverfügung rechtswidrig wäre. [*hätte man schon bei der EGL prüfen können, aber vertretbar*]

(1) Schutzbereich

Dann müsste zunächst der Schutzbereich in persönlicher wie sachlicher Hinsicht eröffnet sein.

(a) Persönlicher Schutzbereich

Art. 12 I GG schützt in persönlicher Hinsicht alle Deutschen.

U ist als juristische Person mit tatsächlichem, effektivem Sitz im Inland durch Art. 19 III GG ebenso erfasst.

Da sich eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit der U auf die hinter ihr stehenden natürlichen Personen auswirkt und sie sich insofern in einer grundrechtsspezifischen Gefährdungslage befindet, ist Art. 12 I GG auch dem Wesen nach anwendbar.

(b) Sachlicher Schutzbereich

Art. 12 I GG schützt die Ausübung und Wahl eines Berufes. Das ist jede auf Dauer angelegte (erlaubte) Tätigkeit zur Bestreitung des Lebensunterhaltes. U betreibt hier die Vermittlung von Mitfahrgelegenheiten. Dies ist auf Dauer angelegt. Von den „Trinkgeldern", die eigentlich Entgelte sind (s.o.), bestreitet U ihre wirtschaftliche Existenz.

Die Tätigkeit der U ist auch weder als solche verboten noch sozialschädlich, sodass auf den mit dem Tatbestandsmerkmal „erlaubt" verbundenen Streit nicht eingegangen werden braucht.

Der Schutzbereich ist eröffnet.

(2) Eingriff

Ein Eingriff ist jede Beeinträchtigung des Schutzbereiches eines Grundrechts durch staatliches Handeln.

Hier wird durch § 46 II PBefG als einem Akt der Legislative jede andere berufliche Beförderung von Personen als die dort genannte verboten. Fraglich ist, ob in einer solchen Fixierung von Berufsbildern ein Eingriff gesehen werden kann.

Hiergegen spricht zunächst, dass der Staat notwendigerweise auf gewisse Berufsgruppen abstellen muss, wenn er deren rechtliche Verhältnisse regeln will.

Indes muss er hierfür nicht bestimmte Berufsbilder gesetzlich fixieren. Folglich kann auch die staatliche Festlegung von Berufsbildern den Einzelnen in seiner Berufsfreiheit beeinträchtigen und mithin Eingriff sein.

Da § 46 II PBefG einen unmittelbaren beruflichen Bezug aufweist, besteht auch eine objektiv berufsregelnde Tendenz.

(3) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

(a) Gesetz

Der Eingriff erfolgt auf gesetzlicher Grundlage, nämlich durch § 46 II PBefG.

(b) Verhältnismäßigkeit

Dieses Gesetz müsste auch verhältnismäßig sein. Hierzu müsste es in Bezug auf seinen Zweck geeignet, erforderlich und angemessen sein.

(aa) Zweck

Der Zweck des § 46 II PBefG liegt in der Sicherung der Fahrgastinteressen sowie in der Gewährleistung eines öffentlichen Individualpersonenverkehrs.

(bb) Geeignetheit

Ein Mittel ist geeignet, wenn es den Zweck auch nur in irgendeiner Weise fördern kann. Durch die strenge Regulierung des Gelegenheitsverkehrs wird die Gewährleistung eines hohen Qualitätsstandards erreicht, der u.a. auch die Absicherung des Fahrgastes im Falle eines Unfalls sowie die Verhütung eines solchen erfasst. So wird nicht nur der Schutz des Fahrgastes gefördert, sondern auch die Gewährleistung des öffentlichen Nahverkehrs.

(cc) Erforderlichkeit

Von der Erforderlichkeit eines Mittels ist auszugehen, wenn es kein gleich geeignetes, dabei jedoch milderes Mittel gibt.

U ist der Ansicht, man könne die Sicherheit der Fahrgäste auch durch weniger einschneidende Mittel gewährleisten. Denkbar wäre insofern die Auferlegung einer Versicherungspflicht für Nutzer der U-App sowie eine freiwillige Qualitätskontrolle durch U.

Im ersten Fall gibt es allerdings keinerlei Kontrollen der Fahrer auf ihre Tauglichkeit zur Personenbeförderung durch den Staat. Dieses Mittel wäre schon deshalb nicht gleich geeignet.

Ebenso sind freiwillige Kontrollen durch U aufgrund des dabei möglicherweise geringeren Standards nicht gleich geeignet.

Die Regulierung des Gelegenheitsverkehrs durch § 46 II PBefG ist somit erforderlich.

[*Nicht in gleicher Weise geschützt wäre auch der Bestand des Linien- und Taxiverkehrs*]

(dd) Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung sind die Schwere des Eingriffs und das Gewicht des hiermit verfolgten Zwecks gegeneinander abzuwägen. Bei Art. 12 I GG hat dies unter Berücksichtigung der Drei-Stufen-Theorie zu erfolgen.

Hiernach ist bei der Art des Eingriffs zwischen bloßen Berufsausübungsregelungen, subjektiven Berufswahlschranken und objektiven Berufswahlschranken zu differenzieren. Je nach Art des Eingriffs sind andere Erwägungen zur Rechtfertigung nötig.

(aaa) Berufsausübungsregelung oder Berufswahlschranke

Hier ist fraglich, ob eine Berufsübungsregelung oder eine Berufswahlschranke vorliegt.

Durch die staatliche Fixierung von Berufsbildern, wie im Falle des § 46 II PBefG des Taxifahrers, Reiseveranstalters oder Autovermieters werden Personen, die eine übliche Betätigung ausüben, lediglich in ihrer Berufsausübungsfreiheit betroffen. So wird dem Taxifahrer nicht sein Beruf untersagt, er wird lediglich staatlicher Regulierung in Form der Taxiaufsicht unterworfen. Unübliche Betätigungen sind dagegen von vornherein unmöglich.

Fraglich ist deshalb, wie die Betätigung der U zu definieren ist. So könnte man sie als Taxiunternehmerin ansehen, mit der Folge, dass sie lediglich hinsichtlich des „Wie“ ihrer Arbeit beeinträchtigt wird.

Sieht man U dagegen als „Mitfahrgelegenheitsvermittlerin“ an, so wird ihr die Berufswahl als solche verwehrt.

U selbst versteht sich als „Pionier der *Share Economy*“ und will den Taxiunternehmen Konkurrenz machen. Insofern läge eine Deutung als (unübliche) Betätigung als Mitfahrgelegenheitsvermittlerin nahe.

Zwar steht dem Einzelnen kein Berufserfindungsrecht zu, sodass regelmäßig eine Zuordnung zu schon bestehenden Berufsgruppen zu erfolgen hat. Indes ist dies bei innovativen, neuen Berufen nur selten möglich. So kann die Arbeit der U vorliegend nicht mit der eines Taxiunternehmens verglichen werden, weil sie weder Taxifahrer als Arbeitnehmer beschäftigt, noch eine eigene Taxiflotte unterhält.

Der innovative Ansatz besteht gerade darin, ungelernte (und damit billigere) Fahrer zu nutzen und sich den Aufbau einer Taxiflotte zu sparen. Dies wird durch § 46 II PBefG aber gänzlich unmöglich gemacht.

Folglich ist von einer Berufswahlschranke auszugehen. Da nicht an subjektive Kriterien angeknüpft wird, ist diese eine objektive.

(bbb) Rechtfertigungserwägungen

Zur Rechtfertigung einer objektiven Berufswahlschranke sind höchstwahrscheinliche oder erwiesene Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter vonnöten. Die Gefahren für Fahrgäste und den öffentlichen Nahverkehr mögen zwar höchstwahrscheinlich sein. Sie stellen aber keine überragend wichtigen Gemeinschaftsgüter dar.

Die Beschränkung durch § 46 II PBefG erweist sich somit als unangemessen.

(4) Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung

Möglicherweise lässt sich § 46 II PBefG aber verfassungskonform auslegen. Dies wäre beispielsweise insofern denkbar, als keine Beschränkung für neue, innovative Berufe im Gelegenheitsverkehrsgewerbe gezogen wird. Man müsste hierzu das Wort „nur“ teleologisch reduzieren und § 46 II PBefG als Aufzählung typischer Berufe und nicht als abschließend verstehen. Eine solche Deutung wäre wohl noch mit dem Wortlaut der Norm verträglich und genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen.

cc) Zwischenergebnis

Legt man diese Deutung des § 46 II PBefG zugrunde, so wäre eine Genehmigung des Gewerbes der U möglich gewesen. Da die Behörde diese Möglichkeit und so auch ihr Auswahlermessen verkannt hat, lag ein Ermessensnichtgebrauch vor. Der Untersagungsbescheid ist infolgedessen rechtswidrig.

4. Zwischenergebnis

Da der Untersagungsbescheid rechtswidrig war, kann das öffentliche Interesse am Entfallen des Suspensiveffekts nicht überwiegen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist damit rechtswidrig.

C. Endergebnis

Folglich liegen nicht nur die Sachentscheidungsvoraussetzungen vor. Der Antrag der U ist auch in der Sache begründet und wird daher Erfolg haben. [*vertretbar*]

Ende der Bearbeitung

[*Bis auf wenige Ungenauigkeiten und fehlende Ausführungen, die nicht besonders ins Gewicht fallen, eine hervorragende Bearbeitung. Sie argumentieren überzeugend, konsequent und einfallsreich. Ihre Ergebnisse überzeugen zudem ebenfalls. Die wesentlichen Probleme werden erkannt und strukturiert abgearbeitet.*]