



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 3/16

Verkündet am:
13. Dezember 2018
Bürk
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Über Black II

UWG § 3a; PBefG § 49 Abs. 4 Satz 2 und 5

- a) Die Bestimmungen des § 49 Abs. 4 Satz 2 und 5 PBefG über die Ausführung von Beförderungsaufträgen durch Mietwagen sind Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG.
- b) Nach § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG ist die unmittelbare Annahme von Beförderungsaufträgen durch Fahrer von Mietwagen unabhängig davon unzulässig, ob die Auftragserteilung durch die Fahrgäste selbst oder für sie handelnde Vermittler erfolgt.
- c) Das Verbot der Smartphone-Applikation "UBER Black" in der beanstandeten Ausgestaltung ist mit den Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 Abs. 1 AEUV und der Richtlinie 2006/123/EG vereinbar.
- d) Ist ein mittels einer Smartphone-Applikation erbrachter Vermittlungsdienst integraler Bestandteil einer hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung bestehenden Gesamtdienstleistung, handelt es sich um eine Verkehrsdienstleistung.

BGH, Urteil vom 13. Dezember 2018 - I ZR 3/16 - Kammergericht
LG Berlin

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Oktober 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Prof. Dr. Kirchhoff, Dr. Löffler und die Richterin Dr. Schwonke

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 11. Dezember 2015 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 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 Mietwagenunternehmen, 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.
- 2 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 E-Mail 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.

3 Das Land Berlin, Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten, hat der Beklagten mit Bescheid vom 13. August 2014 untersagt, Beförderungen mittels der Smartphone-Applikation UBER Black oder vergleichbarer Applikationen zu vermitteln, deren Funktionsweise gegen § 49 Abs. 4 PBefG verstößt.

4 Soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, hat der Kläger 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.

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

6 In der Berufungsinstanz hat der Kläger beantragt,

der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, in der Stadt Berlin im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken die von ihr herausgegebene Smartphone-Applikation UBER Black für Mietwagenfahrer und Mietwagenunternehmer für die Vermittlung von Fahraufträgen einzusetzen, soweit diese Beförderungen entgeltlich erfolgen, 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).

7 Durch Einschränkung des Antrags auf entgeltliche Beförderungsfahrten, bei denen das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt übersteigt, will der

Kläger dem Umstand Rechnung tragen, 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).

8 Das Berufungsgericht (KG Berlin, GRUR-RR 2016, 84) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und den Verbotstenor entsprechend dem in zweiter Instanz gestellten Antrag des Klägers neu gefasst. Mit Blick darauf, dass die Parteien einen in erster Instanz gestellten weiteren Unterlassungsantrag übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt hatten, hat das Berufungsgericht insoweit dem Kläger 60% und der Beklagten 40% der Kosten auferlegt.

9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger begehrt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

10 Der Senat hat mit Beschluss vom 18. Mai 2017 dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt (BGH, GRUR 2017, 743 = WRP 2017, 801 - Uber Black I):

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?

11 Der Gerichtshof der Europäischen Union hat mit Schreiben vom 8. Januar 2018 um Mitteilung gebeten, ob der Senat im Hinblick auf das Urteil des Gerichtshofs vom 20. Dezember 2017 in der Rechtssache C-434/15 (GRUR 2018, 308 = WRP 2018, 167 - Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL [Elite Taxi]) sein Vorabentscheidungsersuchen noch aufrechterhalte. Der Gerichtshof hat in diesem Urteil für Recht erkannt:

Art. 56 AEUV in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1 AEUV sowie Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt und Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der Fassung der Richtlinie 98/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juli 1998, auf den Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr") verweist, sind dahin auszulegen, dass ein Vermittlungsdienst wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende, der es mittels einer Smartphone-Applikation ermöglichen soll, gegen Entgelt eine Verbindung zwischen nicht berufsmäßigen Fahrern, die das eigene Fahrzeug benutzen, und Personen herzustellen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, als mit einer Verkehrsdienstleistung untrennbar verbunden anzusehen und daher als Verkehrsdienstleistung im Sinne von Art. 58 Abs. 1 AEUV ein-

zustufen ist. Eine solche Dienstleistung ist daher vom Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV der Richtlinie 2006/123/EG und der Richtlinie 2000/31/EG auszuschließen.

12

Der Senat hat daraufhin mit Beschluss vom 29. März 2018 sein Vorabentscheidungsersuchen im vorliegenden Rechtsstreit zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

13

A. 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:

14

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 Verwendung der Applikation 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 Fahrer.

15 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.

16 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.

17 B. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten hat keinen Erfolg.

18 Das Berufungsgericht hat die Verurteilung zu Recht auf eine Haftung der Beklagten für Verstöße der Mietwagenunternehmer und Fahrer gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG gestützt und verfassungs- sowie unionsrechtliche Bedenken gegen das der Beklagten auferlegte Verbot zutreffend verneint.

19 I. Der Unterlassungsantrag ist zulässig.

20 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der im Berufungsverfahren gestellte Antrag ausreichend bestimmt ist (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO). Diese Frage ist auch im Revisionsverfahren von Amts wegen zu prüfen (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 - I ZR 28/98, BGHZ 144, 255, 263 - Abgasemissionen [juris Rn. 34]; Urteil vom 30. April 2015 - I ZR 196/13, GRUR 2015, 1235 Rn. 9 = WRP 2015, 1461 - Rückkehrpflicht V; Urteil vom

5. Oktober 2017 - I ZR 184/16, GRUR 2018, 203 Rn. 9 = WRP 2018, 190 - Betriebspsychologe).

21 Mit der Bezugnahme auf die Smartphone-Applikation "UBER Black für Mietwagenfahrer und Mietwagenunternehmer" und die Beschränkung auf entgeltliche Beförderungen ist die vom Kläger angegriffene Verletzungsform hinreichend bestimmt. Über die Funktionsweise dieser Smartphone-Applikation herrscht zwischen den Parteien kein Streit. Das Berufungsgericht hat angenommen, es stehe eindeutig fest, welche Version der Applikation gemeint sei, nämlich UBER Black vor den Änderungen, die die Beklagte vorgenommen habe, um auf das behördliche Verbot vom 13. August 2014 zu reagieren. Dagegen erhebt die Revision keine Einwände. Soweit der letzte Halbsatz des Antrags weitgehend dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PBefG entspricht, wird er durch den Klammerzusatz mit einer Aufzählung der als Betriebskosten der Fahrt berücksichtigungsfähigen Positionen ausreichend konkretisiert.

22 2. Für den Unterlassungsantrag fehlt nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

23 a) Die Revision meint, die Beklagte halte sich an das sofort vollziehbare und durch verwaltungsrechtliche Ordnungsmittel hinreichend abgesicherte behördliche Verbot, so dass der Kläger keinen zusätzlichen zivilrechtlichen Unterlassungstitel benötige. Dabei sei unerheblich, dass die Beklagte gegen die Untersagungsverfügung Widerspruch eingelegt habe.

24 b) Damit hat die Revision keinen Erfolg. Der zivilrechtliche Schutz für Mitbewerber und die verwaltungsbehördliche Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten stehen grundsätzlich unabhängig nebeneinander. Die Rechtsauffassung der zuständigen Verwaltungsbehörde ist daher für die Beurteilung der objektiven Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht maßgeblich (BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 194/02, BGHZ 163, 265, 270 - Atemtest I [juris Rn. 20]; Urteil vom 20. Oktober 2005 - I ZR 10/03, GRUR

2006, 82 Rn. 15 = WRP 2006, 79 - Betonstahl; Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 36. Aufl., § 3a Rn. 1.44). Allerdings kann ein Marktverhalten lauterkeitsrechtlich nicht mehr beanstandet werden, wenn es durch einen Verwaltungsakt der zuständigen Behörde ausdrücklich erlaubt worden und der Verwaltungsakt nicht nichtig ist (BGHZ 163, 265, 269 - Atemtest I [juris Rn. 17]; BGH, Urteil vom 24. September 2013 - I ZR 73/12, GRUR 2014, 405 Rn. 10 f. = WRP 2014, 429 - Atemtest II). Eine behördliche Erlaubnis der beanstandeten Smartphone-Applikation ist der Beklagten indes weder erteilt worden noch kann sie Ergebnis des Untersagungsverfahrens der Verwaltungsbehörde sein. Der Kläger kann weder darauf verwiesen werden, die Bestandskraft der behördlichen Untersagungsverfügung abzuwarten, noch muss er im Hinblick auf gegebenenfalls für das Verbot bestehende behördliche Durchsetzungsmöglichkeiten auf einen allein durch ihn vollstreckbaren Unterlassungstitel verzichten.

25 II. Der Unterlassungsantrag ist begründet.

26 1. 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 1. März 2018 - I ZR 264/16, GRUR 2018, 62 Rn. 11 = WRP 2018, 835 - Verkürzter Versorgungsweg II). 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 (BGBl. 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.

- 27 Die im Streitfall erheblichen Vorschriften des Personenbeförderungsrechts sind unverändert geblieben.
- 28 2. 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; BGH, GRUR 2017 Rn. 15 - Über Black I). § 49 Abs. 4 PBefG regelt allein den Wettbewerb der Mietwagenunternehmer untereinander sowie den Wettbewerb zwischen Mietwagen- und Taxiunternehmen.
- 29 3. 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 (BGH, GRUR 2017 Rn. 16 - Über Black I; vgl. v. Jagow in Harte/Henning, UWG, 4. Aufl., § 3a Rn. 98).

- 30 4. 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; BGH, GRUR 2017 Rn. 17 - Uber Black I).
- 31 5. Die Verwendung der Smartphone-Applikation UBER Black in der beanstandeten Version verstößt gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG (BGH, GRUR 2017 Rn. 18 bis 21 - Uber Black I).
- 32 a) 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).
- 33 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 2017, B § 49 Rn. 140 ff.; Bauer, PBefG, 2010, § 49 Rn. 18; Ingold, NJW 2014, 3334, 3336). In aller Regel ist ein Beför-

derungsauftrag 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, NJW-RR 1990, 173 - Beförderungsauftrag [juris Rn. 15]; 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 Betriebssitz des Unternehmers eingegangen und dem Fahrer von dort mitgeteilt worden sind (Bauer aaO § 49 Rn. 18). Dabei erfasst der Übermittlungsweg "fern-mündlich" zwar im Hinblick auf die zwischenzeitliche technische Entwicklung ohne weiteres auch die Benachrichtigung des Fahrers per E-Mail, 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 Betriebssitz 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, BT-Drucks. 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.

34 b) Danach ist die Smartphone-Applikation UBER Black in der hier beanstandeten Version mit § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG unvereinbar (BGH, GRUR 2017 Rn. 21 - Uber Black I; OVG Berlin-Brandenburg, CR 2015, 376, 378 f. [juris Rn. 39 bis 47]). Die Bedingung, dass Mietwagen erteilte Beförderungsaufträge zunächst am Betriebssitz des Unternehmers eingehen müssen, ist nicht erfüllt, wenn der Fahrer unmittelbar und gleichzeitig mit dem Betriebssitz 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.

35 6. Gegen diese Auslegung des § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (BGH, GRUR 2017 Rn. 22 bis 24 - Uber Black I). 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 bis 97 [juris Rn. 45 bis 85]).

- 36 a) Grundrechtsträger gemäß Art. 12 GG sind grundsätzlich nur Deutsche. Allerdings verfügt die Beklagte als in einem anderen Mitgliedstaat der Union niedergelassene Kapitalgesellschaft über eine Rechtsstellung, die sie über das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art. 18 Abs. 1 AEUV und Art. 2 Abs. 1 GG in Bezug auf die Berufsfreiheit jedenfalls weitgehend deutschen Staatsangehörigen gleichstellt (vgl. Scholz in Maunz/Dürig, GG, 47. Lfg. Juni 2006, Art. 12 Rn. 105; Ruffert in Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 38. Ed., Art. 12 Rn. 35 bis 37; Schmidt in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Aufl., Art. 12 GG Rn. 12).
- 37 b) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die Rückkehr- und Aufzeichnungspflichten gemäß § 49 Abs. 4 Satz 3 und 4 PBefG mit dem Grundgesetz vereinbar (BVerfGE 81, 70, 84 bis 97 [juris Rn. 45 bis 85]). Danach 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. Bei einer Freigabe der Annahme von Beförderungsaufträgen durch Mietwagenfahrer außerhalb des Betriebssitzes 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 völlig 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. Langfristig könne dies dazu führen, dass ein großer Teil der Taxiunternehmer zum Mietwagenverkehr übergehe, um nicht mehr an die Tarife gebunden zu sein. Es bestehe aber ein legitimes Bedürfnis danach, der Allgemeinheit mit dem Taxenverkehr ein Verkehrsmittel für individuelle Bedürfnisse zu einem festgelegten Tarif zur Verfügung zu stellen (BVerfGE 81, 70, 87 [juris Rn. 55]). Das Verbot

des taxiähnlichen Bereitstellens von Mietwagen sei auch verhältnismäßig (BVerfGE 81, 70, 89 bis 92 [juris Rn. 63 bis 67]). Ebenso hat das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift des § 49 Abs. 4 Satz 4 PBefG für verfassungsrechtlich unbedenklich gehalten, weil die Aufzeichnungspflicht die Einhaltung der Gebote des § 49 Abs. 4 Satz 2 und 3 PBefG sichern und die Ahndung von Verstößen gegen diese Gebote erleichtern solle (BVerfGE 81, 70, 95 [juris Rn. 78]; vgl. Bidinger aaO B § 49 Rn. 192).

38 c) Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Gebot des § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG ebenfalls verfassungsgemäß. Andernfalls könnte die Aufzeichnungspflicht gemäß Satz 4 dieser Bestimmung nicht damit gerechtfertigt werden, die Einhaltung dieses Gebots zu gewährleisten.

39 aa) Ohne Erfolg wendet die Revision dagegen ein, der Taxenverkehr habe aufgrund der geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse nicht mehr dieselbe Bedeutung wie zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 1989. Eingriffe in die von Art. 12 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Mietwagenunternehmen könnten daher nicht mehr uneingeschränkt mit dem Schutz des Bestandes und der Funktionsfähigkeit des Taxenverkehrs gerechtfertigt werden.

40 bb) 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 [juris Rn. 66]).

41 (1) Ohne Erfolg versucht die Revision die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Neubeurteilung des § 49 Abs. 4 PBefG mit dem XX. Hauptgutachten der Monopolkommission zu begründen. An den von ihr angeführten

Stellen des Hauptgutachtens äußert die Monopolkommission die Meinung, eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Taxigewerbes durch dauerhafte Überkapazitäten sei bei einer Liberalisierung des Konzessionierungssystems nicht zu befürchten (XX. Hauptgutachten der Monopolkommission [2012/2013] Rn. 232). In Randnummer 251 begrüßt die Monopolkommission prinzipiell den Markteintritt neuer Anbieter im Gelegenheitsverkehr, enthält sich aber ausdrücklich einer Stellungnahme zur Rechtmäßigkeit dieser neuen Angebote. Schließlich äußert sie in Randnummer 252 den Wunsch, die Vorschrift des § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG, wonach der Beförderungsauftrag im Mietwagenverkehr am Betriebssitz des Mietwagenunternehmers eingehen müsse, solle de lege ferenda entfallen. Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit des § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG ergeben sich aus diesen Äußerungen der Monopolkommission nicht.

42 (2) Im Übrigen hat die Beklagte vorgetragen, es gebe inzwischen zu den öffentlichen Verkehrsangeboten und dem Taxiverkehr Alternativen wie Mitfahrzentralen und Car-Sharing-Modelle. Nicht zuletzt mit Hilfe des Internets seien diese Alternativangebote einer breiten Öffentlichkeit zugänglich geworden. Die Beklagte hat ferner behauptet, das Taxigewerbe könne insbesondere in Großstädten die Nachfrage nach Beförderungsdienstleistungen sowohl qualitativ als auch quantitativ nicht mehr befriedigen. Die Fahrgäste seien auf der Suche nach alternativen, flexibleren Beförderungsmöglichkeiten. Das Berufungsgericht hat diesen Erwägungen zutreffend entgegengehalten, Car-Sharing-Angebote befriedigten nicht die Bedürfnisse von Personen, die nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis, nicht fahrtüchtig oder schlicht nicht willens seien, selbst ein Auto zu fahren. Zudem seien eine Vielzahl dieser Angebote nur in Großstädten und auch dort nicht in Randbezirken und Vororten verfügbar. Die Revisionserweiterung macht zudem plausibel geltend, gerade in großen Städten sei der Autobesitz wegen mangelnden Parkraums, aber auch aus finanziellen Gründen rückläufig, so dass allen Formen des öffentlichen Personennahverkehrs einschließlich der Taxen gesteigerte Bedeutung zukomme. Zu einer gesunkenen Bedeu-

tung der Taxinutzung (etwa gemessen nach Fahrgästen oder zurückgelegten Kilometern) hat die Beklagte keinen Vortrag gehalten. Auch das Berufungsgericht hat dazu nichts festgestellt.

43 (3) Unter diesen Umständen besteht weder Anlass, § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG im Sinne der Beklagten verfassungskonform in einer von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1989 (BVerfGE 81, 70) abweichenden Weise auszulegen, noch das Verfahren auszusetzen und das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG im Wege der konkreten Normenkontrolle anzurufen.

44 d) 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.

45 7. Das Verbot der von der Beklagten angebotenen Smartphone-Applikation "UBER Black" in der beanstandeten Ausgestaltung ist mit den Vorschriften zur Dienstleistungsfreiheit in Art. 56 Abs. 1 AEUV und der Richtlinie 2006/123/EG vereinbar. 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 Anwen-

dungsbereich ausdrücklich aus. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind die in Rede stehenden Dienstleistungen der Beklagten Verkehrsdienstleistungen im Sinne dieser Bestimmungen.

46 a) Zwar stellt ein Vermittlungsdienst, der in der Herstellung einer Verbindung zwischen einem Fahrer und einem Fahrgast besteht, grundsätzlich eine Dienstleistung dar, die sich von der Verkehrsdienstleistung unterscheidet, die in der körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zum anderen mittels eines Fahrzeugs besteht (vgl. EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 34 - Elite Taxi). Jedoch ist ein Vermittlungsdienst als Verkehrsdienstleistung im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123/EG einzustufen, wenn er integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung ist, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht (EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 40 - Elite Taxi). Das ist etwa der Fall, wenn der Anbieter des Vermittlungsdienstes entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen der Leistungserbringung nimmt und die Fahrgäste ohne den Vermittlungsdienst die konkreten Dienste des jeweils darüber vermittelten Fahrers nicht in Anspruch nehmen würden (vgl. EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 39 - Elite Taxi).

47 b) Nach diesen Grundsätzen stellt der Vermittlungsdienst der Beklagten eine Verkehrsdienstleistung dar.

48 aa) Unabhängig von der Eigenschaft der kooperierenden Mietwagenunternehmer als selbständige und den Weisungen der Beklagten nicht unterworfenen Unternehmen organisiert die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts 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 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. 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 nennen würde, die unterschritten werden könnten, liegt darin ein ganz erheblicher Einfluss auf die Preisgestaltung.

49 bb) Damit erbringt die Beklagte mit dem hier in Rede stehenden Vermittlungsdienst wie in dem vom Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 20. Dezember 2017 zu beurteilenden Fall gleichzeitig ein Angebot über innerstädtische Verkehrsdienstleistungen, das sie durch ihre App zugänglich macht und dessen allgemeine Funktionsfähigkeit für Kunden, die dieses Angebot nutzen möchten, sie organisiert (EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 38 - Elite Taxi). Wie in jenem Fall übt Uber auch im Streitfall einen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen aus, zu denen die Fahraufträge erbracht werden, und setzt zumindest den Höchstpreis für die Fahrt fest. Die Beklagte wickelt den Zahlungsverkehr ab und übt mit der Vereinheitlichung des Marktauftritts der für sie fahrenden Flotte auch eine gewisse Kontrolle über die Qualität der Fahrzeuge und deren Fahrer aus (vgl. EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 39 - Elite Taxi).

50 Der mittels einer Smartphone-Applikation erbrachte Vermittlungsdienst der Beklagten ist damit integraler Bestandteil einer hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung bestehenden Gesamtdienstleistung im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123 und Art. 58 Abs. 1 AEUV (EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 40 - Elite Taxi). Bei der Festsetzung des Beförderungspreises sowie der Beförderungsbedingungen und der Abwicklung des Zahlungsverkehrs handelt es sich jedenfalls um Dienstleistungen, die zwangsläufig und naturgemäß mit der physischen Personenbeförderung von einem Ort zum anderen mit einem Verkehrsmittel verbunden und damit nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union als "Dienstleistungen im Bereich des Verkehrs" anzusehen sind (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2015 - C-168/14, NvWZ 2016, 218 Rn. 45 bis 47 - Grupo Itevelesa; GRUR 2018, 308 Rn. 41 - Elite Taxi).

- 51 Wie in dem vom Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Entscheidung vom 20. Dezember 2017 beurteilten Fall würden auch im Streitfall die Personen, die eine Fahrt unternehmen möchten, ohne die App der Beklagten nicht konkret die Dienste dieser ihnen darüber vermittelten Fahrer in Anspruch nehmen (vgl. EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 39 - Elite Taxi). Entgegen der Ansicht der Revision kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die Mietwagenunternehmer, ihre Fahrer und Fahrgäste zur Erbringung ihrer Dienstleistung zwingend notwendig auf die Smartphone-Applikation angewiesen sind.
- 52 cc) Keine Bedeutung hat in diesem Zusammenhang, dass sich die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 20. Dezember 2017 auf ein Geschäftsmodell der Beklagten bezog, bei dem die Fahraufträge nicht an gewerbliche Fahrer von Mietwagen, sondern an nicht berufsmäßige, das eigene Fahrzeug benutzende Fahrer erteilt wurden (ebenso OGH, Beschluss vom 25. September 2018 - 4 Ob 162/18d, unter I.1.2., abrufbar unter www.ris.bka.gv.at).
- 53 Der Gerichtshof erwähnt diese Umstände zwar als Merkmale der von ihm zu beurteilenden konkreten Vermittlungsleistung (EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 37, 39 - Elite Taxi). Er führt indes in Randnummer 34 jenes Urteils aus, eine Verkehrsdienstleistung bestehe in der körperlichen Handlung der Beförderung von Personen oder Waren von einem Ort zu einem anderen mittels eines Fahrzeugs. Nach dieser Definition des Gerichtshofs ist für das Vorliegen einer Verkehrsdienstleistung zweifellos keine Voraussetzung, dass sie von nicht berufsmäßigen Fahrern mit deren eigenen Fahrzeugen erbracht wird.
- 54 Die Bedeutung der Leistungen der Beklagten für die Ausführung der Beförderungsleistung hängt nicht davon ab, ob es sich um einen privaten oder berufsmäßigen Fahrer handelt oder ob das für die Fahrt benutzte Fahrzeug im Eigentum einer Privatperson oder eines Unternehmens steht. Der Charakter des Vermittlungsdienstes der Beklagten als integraler Bestandteil einer Verkehrsdienstleistung wird davon nicht berührt. Auch der Gerichtshof der Europäi-

schen Union hat die fehlende Gewerblichkeit der Fahrer im Fall Elite Taxi nicht für entscheidend erachtet. Andernfalls hätte er dem Senat kaum eine Rücknahme seines Vorabentscheidungsersuchens nahelegen können.

55 c) Handelt es sich danach bei dem Vermittlungsdienst der Beklagten um eine Verkehrsdienstleistung, so ist es beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts Sache der Mitgliedstaaten, unter Beachtung der allgemeinen Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union die Bedingungen zu regeln, unter denen sie tätig werden können (vgl. EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 47 - Elite Taxi).

56 8. 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 (BGH, GRUR 2017 Rn. 25 - Uber Black I). Nach diesen Bestimmungen wird der freie Dienstleistungsverkehr von Telemedien nicht eingeschränkt, die in der Bundesrepublik Deutschland von Diensteanbietern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr niedergelassen sind. Die von der Beklagten über eine Smartphone-Applikation angebotene Vermittlungsleistung ist bei isolierter Betrachtung zwar grundsätzlich ein Dienst der Informationsgesellschaft (vgl. EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 34 f. - Elite Taxi). Der Vermittlungsdienst der Beklagten ist aber integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung, die hauptsächlich aus einer Beförderungsleistung besteht und daher nicht als 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) anzusehen ist (vgl. EuGH, GRUR 2018, 308 Rn. 40 - Elite Taxi).

57 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. Da heute nahezu jede Dienstleistung oder Ware elektronisch vermittelt oder bestellt werden kann, würde andernfalls der "koordinierte Bereich" grenzenlos erweitert. Das entspricht nicht Sinn und Zweck der Richtlinie 2000/31/EG.

58 9. Unter den im Streitfall festgestellten Umständen wird die durch Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit durch eine wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit der Smartphone-Applikation "UBER Black" ebenfalls nicht berührt (BGH, GRUR 2017 Rn. 27 bis 30 - Uber Black I).

59 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 - C-347/09, Slg. 2011, I-8185 = 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).

60 Aus dem von der Revision herangezogenen Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Gebhard (Urteil vom 30. November 1995 - C-55/94, 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).

61 10. Die weiteren Voraussetzungen für eine Inanspruchnahme der Beklagten liegen ebenfalls vor.

62 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 keinen Rechtsfehler erkennen.

63 Eine Teilnehmerhaftung kommt auch in Betracht, wenn der Teilnehmer selbst nicht Adressat der Marktverhaltensregelung ist, jedoch Normadressaten dazu auffordert oder ihnen dabei behilflich ist, gegen diese Regelung zu verstoßen (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2008 - I ZR 145/05, BGHZ 177, 150 Rn. 14 - Kommunalversicherer; Urteil vom 12. März 2015 - I ZR 84/14, GRUR 2015, 1025 Rn. 15 = WRP 2015, 1085 - TV Wartezimmer). Zum dafür erforderlichen Teilnehmervorsatz gehört neben der Kenntnis der objektiven Tatumstände auch der zumindest bedingte Vorsatz in Bezug auf die Haupttat, der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Haupttat einschließt (BGH, Urteil vom 12. Juli 2012 - I ZR 54/11, GRUR 2013, 301 Rn. 47 = WRP 2013, 491 - Solarinitiative; Köhler/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG aaO § 8 Rn. 2.15).

- 64 Die Beklagte, die ihr Geschäftsmodell nach ihren Vorstellungen ausgestaltet hatte, wusste, dass die Beförderungsaufträge unmittelbar den Mietwagenfahrern zugeleitet wurden. Sie hat damit zumindest bedingt vorsätzlich den Wettbewerbsverstoß durch die Mietwagenunternehmer und -fahrer gefördert. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts rechnete die Beklagte jedenfalls mit der Möglichkeit eines Verstoßes gegen § 49 Abs. 4 PBefG durch Einsatz der beanstandeten Smartphone-Applikation.
- 65 Das Berufungsgericht hat in rechtsfehlerfreier 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 [juris Rn. 44]).
- 66 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.

- 67 III. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 Abs. 3 AEUV ist nicht veranlasst. Im Streitfall stellt sich keine entscheidungserhebliche Frage zur Auslegung des Unionsrechts, die nicht durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union geklärt oder zweifelsfrei zu beantworten ist (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - C-283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257, 1258 - C.I.L.F.I.T.; Urteil vom 1. Oktober 2015 - C-452/14, GRUR 2015, 1152 Rn. 43 - Doc Generici). Die Einordnung des von der Beklagten angebotenen Dienstes als Verkehrsdienstleistung ist nach dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Elite Taxi (GRUR 2018, 308) zweifelsfrei.
- 68 Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich Abweichendes nicht aus der zwischenzeitlich ergangenen Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Uber France SAS vom 10. April 2018 (C-320/16, GRUR 2018, 739 = WRP 2018, 544). Dieses Urteil beschränkt sich in den Randnummern 18 bis 23 auf Bezugnahmen auf die frühere Entscheidung Elite Taxi (GRUR 2018, 308) und erklärt sodann in Randnummer 24 knapp deren Grundsätze für auf den dort vom Gerichtshof zu beurteilenden Fall Uber France SAS für anwendbar.
- 69 Soweit der Gerichtshof der Europäischen Union in Randnummer 21 des Urteils Uber France SAS (GRUR 2018, 739) die konkrete Gestaltung der vermittelten Beförderungsleistung in Form der Leistungserbringung durch nicht berufsmäßige Fahrer in deren eigenem Fahrzeug erwähnt, die ohne die Applikation der Beklagten keine Verkehrsdienstleistungen erbringen würden, nimmt er damit lediglich Bezug auf die im vorangegangenen Vorabentscheidungsverfahren Elite Taxi (GRUR 2018, 308) vom Gerichtshof berücksichtigten Tatsachen des Einzelfalls. Eine Einschränkung des in Randnummer 40 des Urteils Elite Taxi entwickelten Grundsatzes, wonach ein Vermittlerdienst als Verkehrsdienstleistung einzustufen ist, wenn er integraler Bestandteil einer Gesamt-

dienstleistung ist, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung besteht, ist dem Urteil Über France SAS (GRUR 2018, 739) nicht zu entnehmen.

70 Unter diesen Umständen kommt es auf die im Schriftsatz der Beklagten vom 8. März 2018 formulierten Fragen nicht an. Die Anregung, sie dem Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen, erfolgte ausdrücklich für den Fall, dass der Senat zu der Auffassung gelangen sollte, der Gerichtshof habe zu den im Vorabentscheidungsersuchen des Senats aufgeführten Vorlagefragen in dem Urteil Elite Taxi keine ausreichenden Vorgaben gemacht. Diese Voraussetzung liegt, wie oben unter Randnummer 49 ausgeführt, nicht vor. Das Urteil des EuGH ist eindeutig und erfasst den vorliegenden Fall.

71 IV. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts hinsichtlich des übereinstimmend für erledigt erklärten weiteren Unterlassungsantrags.

72 Der auf § 91a ZPO beruhende Teil einer nach einvernehmlicher Erledigungserklärung getroffenen gemischten Kostenentscheidung ist in der Revisionsinstanz hinsichtlich materiell-rechtlicher Fragen nicht überprüfbar (BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 20/10, GRUR 2011, 1140 Rn. 30 = WRP 2011, 1606 - Schaumstoff Lübke, mwN).

73 V. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung von der Beklagten eingereichte Unterlassungserklärung war nicht mehr zu berücksichtigen (§ 555 Abs. 1 Satz 1 iVm § 296a Satz 1 ZPO; Huber in Musielak/Voit, ZPO, 15. Aufl., § 296a Rn. 3).

74 C. Danach ist die Revision der Beklagten gegen das Berufungsurteil zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Schaffert

Kirchhoff

Löffler

Schwonke

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 09.02.2015 - 101 O 125/14 -

KG Berlin, Entscheidung vom 11.12.2015 - 5 U 31/15 -