

Über die elektronische Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten – zugleich Anmerkungen zur Reichweite des § 126 österr GewO

NICOLAS RASCHAUER

Abstract

Der OGH stellte rezent klar, dass die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten (als Aspekt einer Verkehrsdienstleistung) in Österreich der GewO unterliegt; der Vermittler hat in Österreich eine Niederlassung zu gründen und das Reisebürogewerbe anzumelden. Beides war bis zuletzt strittig.

Im Einzelfall ist anhand verschiedener Kriterien zu prüfen, ob der Vermittler lediglich Personenbeförderungsdienstleistungen vermittelt oder diese aufgrund des maßgeblichen Einflusses selbst anbietet. Auch hier hat der OGH nun Klarheit geschaffen.

Schlagworte

Personenbeförderung, Vermittlung, Taxis, Mietwagen, Reisebüro, Verkehrsdienstleistung

Rechtsquellen

§ 3 GelverkG; § 126 GewO; Art 49 ff, 56, 58, 90 ff AEUV, VO (EU) 1071/2009, RL 2000/31/EG, RL 2006/123/EU; § 15 GewG-FL

Inhaltsübersicht

I.	Vorbemerkung	26
II.	Auslegungsrelevantes Geschäftsmodell	26
III.	Unionsrechtliche Einordnung der Vermittlung von Verkehrsdiensten	27
	A. E-Commerce – Dienst der Informationsgesellschaft	28
	1. Das Geschäftsmodell von <i>Airbnb</i>	29
	2. Auswirkungen für Vermittler	30
	B. Verkehrsdienstleistung	31
	C. Rechtsprechung des EuGH in Sachen <i>UBER</i>	32
IV.	Nationale Einordnung	35
	A. Allgemeines	35
	B. Das Reisebürogewerbe	35
V.	Inbesondere:	
	Das Reisebürogewerbe, eingeschränkt auf die Vermittlung von Beförderungsleistungen	36
	A. Vermittlung von Fahrten als Reisebürotätigkeit?	36
	1. Gang der Untersuchung	36
	2. Charakteristika eines Reisebürogewerbes	37
	B. Bedeutung für den vorliegenden Fall	38
V.	Blick über die Grenze – was gilt in Liechtenstein?	39

I. Vorbemerkung

Mit Beschluss vom 19.12.2019 urteilte der österr OGH, dass für die grenzüberschreitende Vermittlung von Dienstleistungen der Personenbeförderung¹ in Österreich eine Gewerbeberechtigung für das Reisebürogewerbe gem § 126 Abs 1 Z 2 GewO² erforderlich sei.³ Er beendete damit einen langjährigen Rechtsstreit rund um das Geschäftsmodell von »UBER«. Auf den ersten Blick besteht damit Rechtssicherheit.

Doch bei genauerer Hinsicht sind Reichweite und Grenzen des »Reisebürogewerbes« nicht derart eindeutig, wie sich nach Studium des OGH-Entscheids vermuten ließe; immerhin sind dem höchstgerichtlichen Beschluss (dem Prozessgegenstand⁴ geschuldet) nur ansatzweise weiterführende Begründungselemente zu entnehmen.⁵ Grund genug, sich mit der Thematik der Vermittlung von Personenbeförderungen an der Schnittstelle von GewO und GelverkG auseinanderzusetzen.⁶

II. Auslegungsrelevantes Geschäftsmodell

Zum besseren Verständnis der aktuellen Fallkonstellation ist auf das Geschäftsmodell einzugehen, das Vermittler von Beförderungsdiensten in Österreich bereits mehrfach anbieten. Diese Vermittler vermarkten und vermitteln Verträge über Beförderungsdienste.⁷ Diese

Verträge werden zwischen unabhängigen Beförderungsdienstleistern und Kunden abgeschlossen (»Vermittlungsdienste«). Diese Dienstleistungen vermittelt der Dienstleister etwa über Webseiten oder elektronische Applikationen. Oftmals sind Vermittler in Österreich grenzüberschreitend tätig, ohne über eigenes Personal oder Niederlassungen im Inland zu verfügen.

Hauptdienstleistung des Vermittlers ist die Vermittlung von Fahrzeugen mit Chauffeuren an Kunden. Zweck der Vermittlung ist die spontane Organisation der Beförderung von Personen (im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 oder 3 GelverkG, geltende Fassung). Die Beförderungsdienstleistungen werden für individuelle Fahrten im Voraus vereinbart (zB Fahrten mit festgelegten Zeiten und Orten zur Abholung des Passagiers und festgelegten Zielen) oder für eine bestimmte Zeitdauer. Die Beförderungsdienste werden von unabhängigen Beförderungsdienstleistern, die mit dem Vermittler separate Kooperationsverträge schließen, erbracht.

Der Vermittler stellt den Dienstleistern Zugang zu Web- und Mobilanwendungen bereit, damit diese die vermittelten Beförderungen vereinbarungsgemäß vornehmen können. Zu diesem Zweck teilt der Vermittler dem Dienstleister eine Anfrage eines Kunden nach Beförderungsdienstleistungen mit. Im Rahmen der Mitteilung werden dem Beförderer die näheren Details der Dienstleistungen (zB Ort und Zeit der Abholung des Fahrgastes, Zielort der Fahrt oder benötigte Zeitdauer etc) bekannt gegeben.

Beförderer können dem Vermittler den Erhalt der Beförderungsanfrage bestätigen. Ein verbindlicher Dienstleistungsvertrag zwischen dem Dienstleister und dem Kunden kommt erst zustande,⁸ wenn der Vermittler den Dienstleister informiert, dass ein Beförderungsdienstleistungsvertrag zwischen dem Dienstleister und dem Kunden zustande gekommen ist. Gleichzeitig teilt der Vermittler dem Kunden die Daten des Dienstleiters/Chauffeurs mit.

Der Inhalt des Dienstleistungsvertrags, einschließlich des vom Kunden für die Fahrt zu zahlenden Entgelts, ergibt sich aus der Buchungsanfrage und sonstigen AGB, die Vermittler, Beförderer und Kunden – je nach Geschäftsmodell – vereinbaren; sie werden bei Vertragsabschluss Bestandteil jedes Dienstleistungsvertrages.⁹

1 Dabei handelt es sich nach österreichischer Terminologie um Unternehmen, die über eine Konzession nach § 3 Abs 1 Z 2 oder 3 Gelegenheitsverkehrsgesetz (GelverkG, BGBl 1996/112 idGF) verfügen und daher berechtigt sind, Personenbeförderungsdienste gem § 3 GelverkG (daher mittels Taxis oder Mietwagen) im Bundesgebiet zu erbringen. Angemerkt wird, dass durch eine Novelle zu § 3 GelverkG, die mit 1.9.2020 in Kraft tritt (§ 21 Abs 8 GelverkG idF BGBl I 2019/83), beide Gewerbe an sich zu einem sog »Einheitsgewerbe« vereinigt werden (§ 3 Abs 1 Z 3 GelverkG idF BGBl I 2019/83). Konzessionen für das »alte« Mietwagengewerbe können nicht mehr erteilt werden (§ 20 Abs 7 GelverkG idF BGBl I 2019/83). Bestehende Konzessionen für das Taxi- und Mietwagengewerbe bleiben ab 1.9.2020 noch fünf Jahre aufrecht (§ 20 Abs 8 GelverkG idF BGBl I 2019/83).

2 Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl 1994/194 (WV) idGF.

3 OGH 4 Ob 206/19a.

4 Der OGH hatte in einem Rechtsstreit nach UWG über die Auslegung und Reichweite einer beantragten einstweiligen Verfügung zu befinden.

5 Der Gerichtshof begnügte sich mit dem Hinweis, dass derjenige, der die Personenbeförderung nicht selbst durchführe, sondern lediglich eine (elektronische) Vermittlungsplattform betreibe, keiner Konzession nach dem GelverkG bedürfe, wohl aber einer Gewerbeberechtigung für das Reisebürogewerbe nach der GewO.

6 Stand der berücksichtigten Rechtslage: 24.2.2020. Nachfolgende Entwicklungen konnten nicht berücksichtigt werden.

7 Zu diesem Zweck vermitteln Dienstleister ua Fahraufträge von Kunden an lizenzierte Taxizentralen zur Weitervermittlung an konzessionierte Taxiunternehmen. Verträge über Fahrten kommen zwischen lizenzierten Personenbeförderungsun-

nehmen und Kunden zustande. Weder Vermittler noch Taxizentralen werden Partei von (vermittelten) Verträgen mit Kunden über die einzelne Fahrt.

8 Der Beförderer, nicht aber der Vermittler schließt Dienstleistungsverträge in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ab. Chauffeure, welche der Beförderer zur Erbringung der Dienste einsetzt, sind nicht Angestellte des Vermittlers. Der Vermittler selbst wird idR nicht Partei des Beförderungsvertrages.

9 Abweichendes gilt, wenn für ein Tarifgebiet (§ 14 GelverkG) ein fixer Tarif verordnet wurde – diesfalls unterliegt die Gebühr für die Beförderung im Tarifgebiet keiner freien Vereinbarung.

Darüber hinaus ist es typisch, dass Vermittler und Beförderer für die Durchführung der vermittelten Personenbeförderung zusätzliche Bedingungen vereinbaren, die zu den gesetzlich bzw per Verordnung bereits definierten Rahmenbedingungen für Personenbeförderungen in Österreich¹⁰ hinzutreten. In den zusätzlichen Bedingungen (die etwa in AGB des Vermittlers integriert sind) einigen sich Vermittler und Beförderer über die näheren Details der Leistungserbringung (etwa welche Qualität die zur Beförderung eingesetzten Fahrzeuge zu erfüllen haben, welche Voraussetzungen die eingesetzten Fahrer erfüllen müssen, welche Gebühren der Vermittler für die erbrachten Dienste erhält, wer zur Abrechnung der Dienstleistungen zuständig ist¹¹). Zusammengefasst hält sich der Vermittler auf diesem Weg die Möglichkeit offen, Einfluss auf die von ihm vermittelten Dienste zu sichern, in dem er spezifische Bedingungen für die zu erbringenden Beförderungen festsetzt.

Gängig ist auch, dass der Vermittler – nicht aber der Beförderer – die erbrachten Dienstleistungen namens und auf Rechnung des Beförderers abrechnet. Rechnungen werden daher vom Vermittler ausgestellt und dem Kunden elektronisch übermittelt. Der Beförderer erhält im Anschluss den nach dem Dienstleistungsvertrag geschuldeten Bruttofahrtpreis abzüglich der vereinbarten Vermittlungsgebühr überwiesen.

Für die weitere Auslegung der Fallkonstellation ist auf Basis der eingangs zitierten Entscheidung des OGH festzuhalten, dass die Vermittlungsleistungen nicht im Herkunftsstaat des Vermittlers, sondern am Geschäftssitz des jeweiligen Beförderers, der eine ihm vermittelte Dienstleistung nach Maßgabe der vereinbarten besonderen AGB ausübt, als erbracht gelten.

III. Unionsrechtliche Einordnung der Vermittlung von Verkehrsdiensten

Wer die Reichweite des aktuellen Beschlusses des OGH erfassen will, ist gezwungen, sich die unionsrechtlichen Grundlagen für die grenzüberschreitende (elektronische) Vermittlung von Verkehrsdienstleistungen »zu Gemüte zu führen«. Immerhin nimmt der OGH auf die aktuelle Rechtsprechung des EuGH im Bereich der

»sharing economy«¹² (*UBER; Airbnb*) Bezug und wendet die vom EuGH entwickelten Kriterien für die Abgrenzung eines Vermittlers von Beförderungsdiensten von anderen Anbietern im Bereich der »Sharing economy« konsequent an.

Nimmt man zunächst isoliert den durch den Vermittler bereitgestellten elektronischen Vermittlungsdienst in den Blick, zeigt sich Folgendes: Der Vermittlungsdienst wird elektronisch »über die Grenze«, daher ohne feste Niederlassung in Österreich erbracht. Es handelt an sich um eine klassische »Korrespondenzdienstleistung« iSd Art 56 AEUV, bei dem lediglich die Dienstleistung »die Grenze überschreitet«.¹³ Über die bereitgestellte Applikation des Vermittlers bestellen Kunden Fahraufträge; die gebuchte gewerbliche Beförderung wird dann durch den Vermittler elektronisch vermittelt und organisiert.

Vor diesem Hintergrund könnten die vom Vermittler erbrachten Dienstleistungen als »**wirtschaftliche Dienstleistung**« auf dem Gebiet der **Informationsgesellschaft** (daher als »E-Commerce-Dienstleistung«) eingeordnet werden. Vermittlungsdienstleistung und Beförderungsdienstleistung wären grds separat als jeweils eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit iSd Art 49 AEUV zu werten, wenn man die aktuelle Rsp des EuGH zur E-Commerce-RL 2000/31/EG (ECRL)¹⁴ vorerst ausklammert.

Diese isolierte Auslegung hätte zur Konsequenz, dass bezogen auf die Vermittlungstätigkeit die Anwendbarkeit der Art 49 ff, 56 ff AEUV (Dienst- und Niederlassungsfreiheit)¹⁵ und – daran anknüpfend – die Anwendbarkeit der sie konkretisierenden DienstleistungsRL 2006/123/EG (DRL)¹⁶ sowie der ECRL zu prüfen ist. In Ergänzung dazu wäre auch die Anwendbarkeit der No-

12 Der Begriff der Sharing Economy (auch »Shared Economy«) meint das systematische Ausleihen von Gegenständen und gegenseitige Bereitstellen von Gegenständen, Räumen und Flächen, insbesondere durch Privatpersonen und Interessengruppen, ua via elektronischer Applikationen (zB praktiziert von Airbnb, UBER etc). Der Begriff der Shared Economy wird synonym oder in Bezug auf das Teilen von Informationen und Wissen verwendet (*Bendel*, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort »Sharing Economy«, abgerufen am 24.2.2020 unter <<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/sharing-economy-53876>>. Instrukтив und weiterführend *Fröndhoff*, »Airbnb zeigt, wie sehr der Gedanke der Sharing-Economy ad absurdum geführt wird«, Handelsblatt vom 3.9.2019.

13 Dazu bspw *Rolshoven*, Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs (2016) 70 f.

14 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«), ABl 2000 L 178/1.

15 Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2012 C 326/47.

16 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl 2006 L 376/36.

10 Angesprochen sind idZ die im GelverKG, in den Landesbetriebsordnungen und in Tarifverordnungen der LH angesprochenen »Beförderungsbedingungen«.

11 Der Beförderer hat etwa zu gewährleisten, dass er im Besitz aller erforderlichen Genehmigungen und Konzessionen für den Betrieb eines Beförderungsunternehmens gemäß § 3 Abs 1 Z 2 und 3 GelverKG ist. Er hat ferner zu gewährleisten, dass er nur Fahrzeuge einsetzt, die für die Personenbeförderung eingesetzt werden dürfen und angemessen versichert sind.

tifikationsRL 2015/1535/EU (NRL) zu beurteilen,¹⁷ zumal die Beschränkung von E-Commerce-Dienstleistern durch die Aufnahmestaaten (im Anlassfall: Österreich) der Europäischen Kommission vorab zu notifizieren ist.

Dolch einer solch isolierten Interpretation ist der EuGH in seiner Rsp zur ECRL zuletzt wiederholt entgegengetreten. Aus der Rsp ergibt sich stattdessen die Notwendigkeit einer materienübergreifenden Gesamtbetrachtung des jeweiligen Geschäftsmodells. Daher ist auf Basis der aktuellen EuGH-Rechtsprechung zur ECRL zu prüfen, ob und inwieweit der Vermittler in seinem Geschäftsmodell für die Durchführung der von ihm elektronisch vermittelten Beförderungsdienstleistung letztlich fixe Bedingungen (zB für die Ausstattung der verwendeten Fahrzeuge) vorgibt. Die vom Vermittler in seinen AGB vorgegebenen Bedingungen für die Durchführung von Personenbeförderungen könnten nämlich darauf abzielen, die Durchführung der auf der Vermittlungsdienstleistung fußenden Hauptdienstleistung in bestimmter Art und Weise zu gestalten – der Vermittler nimmt auf die von ihm vermittelten Personenbeförderungsdienste entscheidenden Einfluss.

Nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des EuGH, des OGH und des dt BGH zum »Maßstabfall« *UBER*¹⁸ sind elektronische Vermittlungsdienstleistungen, die über E-Commerce-Applikationen erbracht werden, insoweit als **integraler Bestandteil einer anderen Hauptdienstleistung** – konkret der vermittelten Personenbeförderungsdienstleistung (welche insoweit die Hauptdienstleistung darstellt) – zu sehen. Dies dann, wenn der Vermittler maßgebliche Bedingungen für die vermittelte Dienstleistung festsetzt und so auf die Durchführung und Gestaltung der Beförderung Einfluss nimmt.

Das führt zu der Beurteilung, dass für die Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten die Anwendbarkeit der Regelungen des Politikbereichs **Verkehr** gem den Art 58 Abs 1; 90 ff AEUV samt europäischen und nationalen Begleitregelungen (vgl etwa die VO 1071/2009) als *leges speciales* zum Bereich E-Commerce zu prüfen ist.¹⁹

17 Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABl 2015 L 241/1.

18 Österr OGH 4 Ob 162/18d; OGH 4 Ob 206/19a; dt BGH 13.12.2018, I ZR 3/16.

19 Vgl zB Art 58 Abs 1 AEUV sowie Art 2 Abs 2 Bst d DRL. Die Art 58, 90 ff AEUV (Verkehrswesen) stellen nicht nur Kompetenztatbestände dar. Diesen primärrechtlichen Regelungen des AEUV (und die diese konkretisierenden sekundärrechtlichen Vorgaben) determinieren, unter welchen Bedingungen ein Unternehmen grenzüberschreitend Dienstleistungen in Österreich anbieten kann und welche Vorgaben darauf anzuwenden sind. Dies ist nachfolgend für die korrekte Auslegung und Anwen-

A. E-Commerce – Dienst der Informationsgesellschaft

Zu untersuchen ist im Einzelfall, ob der Vermittler grenzüberschreitend einen **Dienst der Informationsgesellschaft** erbringt, in dem dem Publikum zB via elektronisch bereitgestellter Applikationen im Zusammenwirken mit anderen Gesellschaften (zB Taxizentralen) andere Dienstleistungen (hier: Personenbeförderungsdienste) vermittelt werden. Art 1 Abs 1 Bst b der NRL 2015 definiert diesen Dienst wie folgt:

»jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung«.

Bst b Subst i–iii leg cit definiert weiter wie folgt:

i) *»im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung« eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird;«*

ii) *»elektronisch erbrachte Dienstleistung« eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung (einschließlich digitaler Kompression) und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird;«*

iii) *»auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung« eine Dienstleistung die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird.«*

Dienste der Informationsgesellschaft sind beispielsweise der Online-Vertrieb von Waren und Dienstleistungen, Online-Informationsangebote, die Online-Werbung, elektronische Suchmaschinen und Datenabfragemöglichkeiten sowie Dienste, die Informationen über ein elektronisches Netz übermitteln, die den Zugang zu einem solchen vermitteln oder die Informationen eines Nutzers speichern²⁰ (§ 3 Z 1 ECG²¹). Entscheidend ist also im Einzelfall, ob der Vermittler nur eine elektronische Vermittlungsplattform für Beförderungsdienste bereitstellt, oder diese Dienstleistungen – etwa durch Festsetzung spezifischer Ausübungsbedingungen, etwa in AGB – in spezifischer Weise organisiert und beeinflusst.²²

dung des nationalen Gewerbe-, E-Commerce- und Verkehrsrechts essentiell.

20 Vgl auch EuGH 19.12.2019, C-390/18 (*Airbnb*), ECLI:EU:C:2019:1112 Rn 49 f.

21 Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden (E-Commerce-Gesetz – ECG), BGBl I 2001/152 idGF.

22 OGH 4 Ob 162/18d; 4 Ob 206/19a; dt BGH 13.12.2018, I ZR 3/16; EuGH 20.12.2017, C-434/15 (*Asociación Profesional Elite Taxi*),

Ist letztere Voraussetzung erfüllt, ist der Vermittlungsdienst und der darauf aufbauende **Beförderungsdienst jedenfalls nicht als Dienst der Informationsgesellschaft anzusehen**. Lediglich die vom Vermittler bereit gestellte Vermittlungs-Applikation könnte als Dienst der Informationsgesellschaft eingeordnet werden.

Für Dienste der Informationsgesellschaft gilt, va auch in jenen Staaten, in denen der Dienst abrufbar ist (»Aufnahmestaaten«), der Grundsatz der **Zulassungsfreiheit** (Art 4 Abs 1 ECRL).

Dienste der Informationsgesellschaft, die vom Diensteanbieter von seinem Sitz- bzw Herkunftsstaat ausgehend grenzüberschreitend in verschiedenen »Aufnahmestaaten« erbracht werden, müssen (ausschließlich) den jeweils im **Herkunftsstaat** geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, soweit sie in den **koordinierten Bereich** gem Art 2 Bst i ECRL fallen (Art 3 Abs 1 ECRL). Andere Mitgliedstaaten (die »Aufnahmestaaten«) dürfen den freien Verkehr von Diensten der Informationsgesellschaft aus dem Herkunftsstaat »über die Grenze« nicht aus Gründen einschränken, die in den koordinierten Bereich fallen (Art 3 Abs 2 ECRL).

Anders gewendet unterliegt der **Diensteanbieter**, der einen Dienst der Informationsgesellschaft erbringt, im koordinierten Bereich prinzipiell nur den **Regelungen des Herkunftsstaates** (zB in Bezug auf die Anforderungen, die der Diensteanbieter vor Aufnahme seiner Tätigkeit erfüllen müssen, etwa gewerberechtliche Regelungen). Die Aufnahmestaaten, in deren Territorium der Dienst angeboten bzw abrufbar ist, dürfen die Dienstleistung daher – abgesehen von den in der ECRL vorgesehenen Fällen – nicht beschränken oder regulieren.

In diesem Zusammenhang stellt Art 2 Bst i ECRL klar, wie der sog »**koordinierte Bereich**«, für den das »**Herkunftsstaatsprinzip**« iSd Art 3 ECRL gilt, zu definieren und abzugrenzen ist. Der koordinierte Bereich betrifft vom Diensteanbieter zu erfüllende Anforderungen in Bezug auf:

- ▷ die Aufnahme der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, beispielsweise Anforderungen betreffend Qualifikationen, Genehmigungen oder Anmeldungserfordernisse;
- ▷ die Ausübung der Tätigkeit eines Dienstes der Informationsgesellschaft, beispielsweise Anforderungen betreffend das Verhalten des Diensteanbieters, Anforderungen betreffend Qualität oder Inhalt des Dienstes, einschließlich der auf Werbung und Verträge anwendbaren Anforderungen, sowie Anforderungen betreffend die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters.

EU:C:2017:981; EuGH 10.4.2018, C-320/16 (*Uber France SAS*), ECLI:EU:C:2018:221.

Der koordinierte Bereich umfasst hingegen keine Anforderungen wie Anforderungen betreffend Waren/Dienstleistungen als solche; Anforderungen betreffend die Lieferung von Waren; **Anforderungen betreffend Dienste, die nicht auf elektronischem Wege erbracht werden** (Art 2 Bst i dritter Spiegelstrich ECRL; § 21 Z 14 ECG) wie zB Beförderungsleistungen im Bereich Personenverkehr.²³

In der Rs *Airbnb C-390/18* stellte der EuGH zuletzt klar, dass *Airbnb* als »Dienst der Informationsgesellschaft« zu qualifizieren sei. *Airbnb Irland* könne daher das »Herkunftslandprinzip« gemäß der ECRL in Anspruch nehmen. Die französischen Zugangsbeschränkungen für Immobilienmakler²⁴ seien von *Airbnb Irland* hingegen nicht anzuwenden. Dies ist deshalb hervorzuheben, da der EuGH 2017 in der Rs C-434/15 die von *Uber* angebotene Vermittlungsleistung betreffend Personenbeförderung (daher funktionell mit dem Ausgangsfall vergleichbar) nicht als »Dienst der Informationsgesellschaft«, sondern als »**Verkehrsdienstleistung**« eingestuft hatte. In diesem Fall musste *Uber* daher das **nationale spanische Gewerbe- und Verkehrsrecht beachten**.

Die unterschiedliche rechtliche Bewertung der beiden Vermittlungsplattformen *Airbnb* und *Uber* durch den EuGH ist für den konkreten Anlassfall von Bedeutung, da die von unserem Vermittler geplanten Dienstleistungen einem der beiden Geschäftsmodelle funktionell entsprechen. Die unterschiedliche Beurteilung der Fälle in der Rechtsprechung des EuGH ist insbesondere auf ihre unterschiedlich ausgestaltete Fähigkeit zurückzuführen, die jeweils vermittelte Dienstleistung – kurzfristige Beherbergung versus Personenbeförderung durch zB Mietwagen – zu beeinflussen.

1. Das Geschäftsmodell von *Airbnb*

Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Ausführungen bietet es sich an, kurz auf die wesentlichen Eckpunkte der Entscheidung des EuGH in der Rs *Airbnb* im Verfahren C-390/18²⁵ einzugehen und diese zu rekapitulieren.

Im Anlassfall hatte das französische Fremdenverkehrsamt beanstandet, dass *Airbnb* mangels offizieller

23 Der dt BHG stellte in der zuvor zitierten E (FN 20) unmissverständlich klar, dass eine nicht in den von der ECRL »koordinierten Bereich« fallende Beförderungsdienstleistung **nicht dadurch zu einem Dienst der Informationsgesellschaft wird, dass sie auf elektronischem Weg, 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 würde nicht Sinn und Zweck der ECRL entsprechen.

24 Nach französischem Recht: Gewerbetreibende. Vgl FN 20.

Erlaubnis nicht berechtigt sei, in Frankreich Dienste als Immobilienmakler anzubieten. Die Behörde ging davon aus, dass die von *Airbnb* erbrachte Vermittlungsleistung einen integralen Bestandteil eines Beherbergungsdienstes darstelle. *Airbnb* müsse daher das französische Gewererecht, soweit es Regeln für Immobilienmakler enthalte, einhalten.

Der EuGH gelangte jedoch zu einer gegenteiligen Auffassung. Das von *Airbnb* praktizierte Geschäftsmodell sei als Vermittlungstätigkeit anzusehen, die über eine elektronische Plattform abgewickelt werde. Diese Tätigkeit sei als Dienst der Informationsgesellschaft iSd ECRL anzusehen. Der Dienst umfasse die entgeltliche Anbahnung von kurzfristigen Beherbergungsleistungen zwischen Vermietern und Mietern. *Airbnb* würde zudem weitere Dienstleistungen wie Formatvorlagen, Fotoservices, Haftpflichtversicherung oder ein Tool zur Einschätzung der marktüblichen Mietpreise anbieten. Gastgeber und Gäste würden mit *Airbnb* nur einen Vertrag über die Nutzung der elektronischen Plattform schließen. Der Beherbergungsvertrag komme hingegen immer direkt zwischen Vermieter und Gast zustande.

Der EuGH verneinte daher, anders als etwa im Fall *Uber*, das Vorliegen einer Dienstleistung, die Teil einer Gesamtdienstleistung sei. Der von *Airbnb* angebotene Vermittlungsdienst sei vom eigentlichen Immobiliengeschäft trennbar. Die von *Airbnb* angebotenen Leistungen seien nicht unmittelbar auf die Realisierung der Beherbergungsleistung gerichtet. Vielmehr diene das Service von *Airbnb* dazu, Nutzern der Plattform eine strukturierte Übersicht von Unterkünften zur Verfügung zu stellen.

Airbnb übe nach Auffassung des Gerichtshofes keine Kontrolle über das Immobiliengeschäft bzw die Gestaltung des Mietpreises aus. Die Vermittlungsplattform liefere Interessenten lediglich eine Einschätzung über den marktüblichen Mietpreis. Die Preisfestsetzung sei jedoch Sache des Vermieters selbst.

Der Gerichtshof konstatierte daher, dass die von *Airbnb* erbrachte Vermittlungsleistung für die Erbringung von Beherbergungsleistungen »verzichtbar« sei. Vermieter und Mieter könnten Verträge im Einzelfall auch über andere Kanäle abschließen.

Die weiteren von *Airbnb* angebotenen Dienstleistungen (Fotodienst udgl) qualifizierte der EuGH lediglich als Beitrag zur Optimierung des von *Airbnb* erbrachten Vermittlungsdienstes. Folglich ist das von *Airbnb* Irland erbrachte Geschäftsmodell funktional nicht mit dem von *Uber* vermittelten Beförderungsdiensten vergleichbar. *Uber* übe einen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen der Transportleistung der Fahrer aus. Einen ähnlichen entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen der Beherbergungsleistungen von Vermietern übe *Airbnb* nicht aus.

2. Auswirkungen für Vermittler

Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft wie *Airbnb* unterliegen grds der ECRL. Für solche Unternehmen gilt prinzipiell das Herkunftslandprinzip. Das bedeutet, dass sich die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit des Anbieters primär nach dem Recht jenes Mitgliedstaats richtet, in dem er niedergelassen ist (Herkunftsstaat).

Die Aufnahmestaaten (»Gastländer«), in denen E-Commerce-Dienstleister auch tätig sind, ohne dort niedergelassen zu sein, können die grenzüberschreitende Dienstleistung nur begrenzt regulieren und entsprechend einschränkende Maßnahmen treffen, und zwar, wenn dies zum Schutz besonderer Rechtsgüter (öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Verbraucherschutz) erforderlich ist. Die Maßnahmen müssen allerdings in einem angemessenen Verhältnis zu den Schutzziele stehen; derartige Regeln sind der Europäischen Kommission und dem betroffenen Herkunftsstaat vorab zu melden.

Diese Auffassung gilt aber nur dann und insoweit, als der grenzüberschreitend erbrachte elektronische Vermittlungsdienst **kein integraler Bestandteil** einer anderen (der vermittelten) **Gesamtdienstleistung** ist. Überwiegt daher die andere Dienstleistung, etwa ein Beförderungsdienst, der vom Dienstleister vermittelt wurde, liegt keine E-Commerce-Dienstleistung (Dienst der Informationsgesellschaft iSd ECRL), sondern eine andere realwirtschaftliche Dienstleistung vor; die ECRL ist insoweit nicht anwendbar.

Die Regelungen der ECRL über die digital vermittelte Dienstleistung treten diesfalls hinter die Bestimmungen der Hauptdienstleistung (etwa des Verkehrsrechts) zurück.

Die ECRL tritt zudem dann in den Hintergrund, wenn der Vermittler (wie etwa *Uber*) die vermittelte Gesamtdienstleistung (die Beförderungsdienstleistung) nach außen hin verantwortet, etwa, weil das Unternehmen einen entscheidenden Einfluss auf die Vertragsbedingungen der Beförderung nimmt (zB die Regelung der Preise, die Übernahme des Inkassos und die Kontrolle der Qualität von Fahrzeugen und Fahrern).²⁶

Schon basierend auf diesen klaren regulatorischen Vorgaben des Unionsrechts und der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Airbnb* und *Uber* ergibt sich, dass die **vermittelten Beförderungsdienste**, wenn die Dienstleistung nicht ausschließlich auf elektronischem Weg erbracht werden, **nicht als Dienste der Informationsgesellschaft** angese-

²⁶ Vgl auch Th. Müller, Digitale Geschäftsmodelle und ihre gewererechtliche Bewältigung anhand der Beispiele »Sharing Economy« und »Mining«, Spektrum des Wirtschaftsrechts 2018, 203 (205).

hen werden können. Die vermittelten Dienstleistungen fallen nicht unter den koordinierten Bereich gem Art 2 Bst i ECRL. Daraus folgt, dass die durch einen Vermittler elektronisch vermittelten Beförderungen rechtlich nicht als Dienste der Informationsgesellschaft, sondern in Summe als **Verkehrsdienste** angesehen werden müssen. Sie unterliegen im Ergebnis den **Vorgaben des Titels V des AEUV (Verkehrsrecht)** samt dem **einschlägigen EU-Sekundärrecht** und nationalen Ausführungsbestimmungen auf dem Gebiet des **Gewerbe- und des Verkehrsrechts**.

B. Verkehrsdienstleistung

Die durch einen Dienstleister vermittelten Beförderungsdienste fallen unter den Begriff »**Verkehrsdienstleistung**« gem Art 58 Abs 1; 90 ff AEUV samt einschlägigem EU-Sekundärrecht auf dem Gebiet des Verkehrswesens, welche das EU-Verkehrsprimärrecht näher konkretisieren. Dies, wenn der Vermittler einen **entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen** ausübt, unter denen die Beförderung durch konzessionierte Beförderungsunternehmen, die über Vermittlung eines Vermittlers tätig werden, ausübt.

Die angesprochenen Bestimmungen des AEUV (Art 91) ermächtigen den EU-Gesetzgeber zur Erlassung von Berufsantritts- und Berufsausübungsregelungen auf dem Gebiet des Verkehrswesens. Diese Regelungen sind außerdem für die korrekte inhaltliche Abgrenzung/Zuordnung der grenzüberschreitend und elektronisch vermittelten Verkehrsdienstleistungen im Bereich Personenbeförderung maßgebend: Bei den angesprochenen Bestimmungen handelt es sich um *leges speciales* zu sonstigen Regelungen des EU-Wirtschaftsrechts, insbesondere auch solche auf dem Gebiet des E-Commerce-Rechts (nach Maßgabe der ECRL).

Art 58 Abs 1 AEUV stellt idZ klar, dass die in Rede stehenden **Verkehrsdienstleistungen** ausschließlich den Vorschriften des **V. Titels des AEUV** über den Verkehr (Art 90 ff AEUV) samt einschlägigem Sekundärrecht unterliegen; die **allgemeinen Regelungen über die Dienstleistungsfreiheit** (Art 49 ff AEUV) sind auf die Verkehrsdienstleistungen auf dem Gebiet der Personenbeförderung, die ein Vermittler erbringt, **nicht anwendbar**.²⁷

²⁷ *Randelzhofer/Forsthoff*, Art 58 AEUV Rn 1 in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (67. EL Juni 2019); *Müller-Graff*, Art 58 AEUV Rn 4 in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV₃ (2018); EuGH Rs 13/83 (*Parlament/Rat*), Slg 1985, 1513, Rn 62 f. Besteht zwischen Verkehrs- und Hilfsdienst kein enger Zusammenhang, wie dies etwa bei einer Reiseorganisation durch ein Reisebüro (hier: wegen der zT erheblichen zeitlichen Lücke zwischen Reisebuchung und Durchführung der Verkehrsdienstleistung), technischen Kontrollen etc der Fall sein kann, sind die Art 49 ff; 56 ff AEUV anzuwenden (*Müller-Graff* aaO).

Ob und inwieweit Anbieter von Verkehrsdienstleistungen die Dienstleistungsfreiheit außerhalb ihres Herkunftsstaates in Anspruch nehmen können, ist durch sekundärrechtliche Maßnahmen der EU-Verkehrspolitik zu regeln und ausschließlich nach Maßgabe dieser Vorschriften zu beurteilen (Art 58 Abs 1 ff; 90 ff AEUV). Da das EU-Sekundärrecht auf dem Gebiet des Verkehrsrechts außerhalb der RL 2005/36/EG,²⁸ 87/540/EWG²⁹ und VO 1071/2009³⁰ keine diesbezüglich harmonisierenden Regelungen enthält, gelten die jeweils **nationalen Berufsantritts- und -ausübungsvorschriften für Verkehrsdienstleister** bzw »Verkehrsunternehmen« des jeweiligen Herkunftsstaats, die diskriminierungsfrei anzuwenden sind.

Der Begriff »Verkehrsdienstleister« bzw »**Verkehrsunternehmen**«, wie er im Unionsrecht gebräuchlich ist, erfasst jedenfalls Dienstleistungen auf dem Gebiet der **gewerblichen Personenbeförderung**, dh soweit sie mit Mietwagen oder Taxis durchgeführt werden (vgl zB Art 2 Abs 3 VO 1071/2009; Art 2 Abs 2 Bst d iVm ErWG 21 DRL).

Unter diesen Begriff fällt ferner nicht nur der eigentliche Verkehrsdienst, sondern auch damit in **einem engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stehende Hilfsdienste**, wie zB das Festmachen von Schiffen und Lotsendienste im Hafen.³¹ Die hM umschreibt den Begriff »Verkehrsdienst« dahingehend, dass er den gesamten Vorgang der Organisation/Durchführung von Beförderungsleistungen sowie die hoheitlichen Maßnahmen zur Regelung des Verkehrs umfasse.³² Dazu zählen nach Auffassung des EuGH, des österr OGH und des dt BGH auch elektronisch erbrachte **Vermittlungsdienste**, die grenzüberschreitend angeboten werden.

Das Gesagte führt zu der Beurteilung, dass jedenfalls grenzüberschreitend vermittelte Beförderungsdienste als »**Verkehrsdienstleistungen**« im Sinn der Art 58; 90 ff AEUV zu qualifizieren sind; **Vermittler wie Uber** sind daher als »**Verkehrsunternehmen**« iSd Unionsrechts zu bezeichnen. Die Dienstleistungsfreiheit gem Art 56 ff AEUV ist für die grenzüberschreitend vermittel-

²⁸ Diese regelt Anforderungen an Ausbildungsnachweise von Hilfsberufen im Verkehrssektor (zB Reisevermittler, Fahrlehrer), nicht aber Anforderungen an Verkehrsdienstleister selbst.
²⁹ Diese RL regelt den Zugang zum Beruf des Unternehmers im innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Binnenschiffs-güterverkehr und die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise für diesen Beruf.

³⁰ Diese VO (Verordnung (EG) 1071/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009, ABl 2009 L 300/51) statuiert gemeinsame Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers.

³¹ *Randelzhofer/Forsthoff*, Art 58 AEUV Rn 3 in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (67. EL Juni 2019); EuGH C-18/93 (*Corsica Ferries*), Slg 1994, I-1783.

³² *Boeing/Rusche/Kotthaus*, Art 90 AEUV Rn 116 in Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (67. EL Juni 2019).

ten Beförderungsdienste nicht einschlägig (vgl Art 58 Abs 1 AEUV; Art 2 Abs 2 Bst d DRL).

Die in Rede stehende Verkehrsdienstleistung besteht konkret aus einer Vermittlungsdienstleistung auf dem Gebiet der **Personenbeförderung**,³³ die unionsrechtlich an der Schnittstelle zu »**Kraftverkehrsdienstleistungen**« iSd Art 2 Z 3 VO (EG) 1071/2009 erbracht wird – für diese hat der Vermittler eine tatsächliche und dauernde **Niederlassung** in jedem Mitgliedstaat zu verfügen, in welchem das Unternehmen die angesprochenen Dienste erbringt (vgl betreffend Verkehrsunternehmen allgemein Art 3 Abs 1 Bst a VO 1071/2009). Die Vermittlung gewerblicher Personenbeförderungsdienste ist zudem in jedem Aufnahmestaat, in welchem diese Dienstleistungen erbracht werden, anmelde- bzw **zulassungspflichtig** (§ 333 GewO; Art 5 iVm 11 VO [EG] 1071/2009).

Die zwecks Vermittlung der Beförderungsdienste eingesetzten bzw angebotenen **Applikationen** sind nach dem zuvor Gesagten als **Hilfsdienste Bestandteil einer Verkehrsdienstleistung** – Personenbeförderung – anzusehen; dafür spricht der enge sachliche und zeitliche **Zusammenhang** zwischen der via Applikation organisierten Vermittlung einer Personenbeförderung und den durch den Vermittler festgesetzten Bedingungen, zu denen die Beförderung tatsächlich durchgeführt wird.

Anders als im Fall eines Reisebüros, das im Auftrag eines Kunden eine weiter in der Zukunft liegende Verkehrsdienstleistung vermittelt (hier fehlt der enge sachlich-zeitliche Zusammenhang zur Verkehrsdienstleistung und die konkrete Einflussnahme auf die Beförderungsleistung), die Beförderungsleistung aber nicht selbst bzw nicht im eigenen Namen durchführt, können die von zB via **Applikation** vermittelten **Beförderungsdienste** nicht als **Dienst der Informationsgesellschaft** angesehen werden – die von via Applikation vermittelten Dienstleistungen fallen wie auch die App selbst (als Hilfsverkehrsdienst) aufgrund des aufgezeigten **Sachzusammenhangs** jedenfalls unter den Begriff der Verkehrsdienstleistungen. Dies, wenn der Vermittler die von ihm vermittelten Beförderungsdienstleistungen tatsächlich durch die Vorgabe detaillierter Bedingungen maßgeblich beeinflusst (dafür spricht zudem in zeitlicher Hinsicht, dass der Beförderungsauftrag via App nahezu gleichzeitig beim Auftrag ausführenden Verkehrsunternehmen und deren Fahrer sowie eine Auftragsbestätigung bei dem den Auftrag erteilenden Kunden einlangt und der Vermittler idR »stellvertretend« für das Partnerunternehmen abrechnet). Dies hat zur Konsequenz, dass die ECRL, die DRL sowie die Art 56 ff AEUV nicht auf die Vermittler und ihre Applikationen

anzuwenden sind (Art 2 Abs 2 Bst d DRL; Art 58 Abs 1 AEUV).³⁴

Ferner folgt aus dem Gesagten, dass die durch den Vermittler vermittelten Personenbeförderungen, ungeachtet dessen, über welches Medium der Auftrag zur Personenbeförderung vermittelt wurde, **einheitlich als Verkehrsdienstleistungen** anzusehen sind. Eine funktionelle Trennung zwischen Applikation und Personenbeförderungsdienstleistung und die daran anknüpfende unterschiedliche rechtliche Zuordnung der einzelnen Dienstbestandteile einmal zu den Art 49 ff; 56 AEUV, einmal zu den Art 58 Abs 1; 90 ff AEUV (samt jeweils unterschiedlichen Sekundärrechtsakten der EU) ist damit rechtlich (auch vor dem Hintergrund der einschlägigen Rsp des EuGH in Sachen *UBER*) nicht erlaubt bzw rechtlich nicht indiziert.

C. Rechtsprechung des EuGH in Sachen *UBER*

Zur Verdeutlichung der zuvor referierten Position ist auf die relevante Judikatur des EuGH einzugehen, der bereits ein funktionell vergleichbares Geschäftsmodell (Fall *UBER*) zu beurteilen hatte. In den Entscheidungen *Asociación Profesional Elite Taxi* – C-434/15 und *Uber France SAS* – C-320/16 wurden die von UBER vermittelten und organisierten Dienstleistungen gesamthaft als **Verkehrsdienstleistungen** eingestuft.

In *UBER France* führte der Gerichtshof (sub Rn 18 ff, unter Rekurs auf seine Entscheidung in der Rs *Asociación Profesional Elite Taxi*) aus:

»Der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Dienst [der von UBER France erbracht wurde] besteht darin, mittels einer Smartphone-Applikation gegen Entgelt nicht berufsmäßige Fahrer mit Personen zusammenzuführen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten. [UBER] legt im Rahmen dieses Dienstes dessen Erbringer die Tarife fest, erhebt den Preis für jede Fahrt vom Kunden, führt sodann einen Teil davon an den nicht berufsmäßigen Fahrer des Fahrzeugs ab und stellt die Rechnungen aus.

34 IdS auch BGH (FN 22) Rn 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 (...). 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.« (Hervorhebung nicht im Original).

33 Österr OGH 4 Ob 206/19a.

19 [...] [E]in Vermittlungsdienst, der es mittels einer Smartphone-Applikation ermöglicht, Informationen über die Buchung der Verkehrsdienstleistung zwischen dem Passagier und dem nicht berufsmäßigen Fahrer, der die Beförderung mit seinem eigenen Fahrzeug durchführt, zu übermitteln, [erfüllt] grundsätzlich die Kriterien [...], die es ermöglichen, ihn als »Dienstleistung der Informationsgesellschaft« im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34 einzustufen [...].

20 Der Gerichtshof stellte jedoch fest, dass der Vermittlungsdienst [...] nicht nur ein Vermittlungsdienst war, der darin bestand, mittels einer Smartphone-Applikation eine Verbindung zwischen nicht berufsmäßigen Fahrern, die ihr eigenes Fahrzeug benutzen, und Personen herzustellen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten [...].

21 Insoweit führte der Gerichtshof aus, dass der von [UBER] erbrachte Vermittlungsdienst untrennbar mit den von ihr angebotenen Diensten der innerstädtischen Individualbeförderung verbunden war, unter Berücksichtigung erstens der Tatsache, dass diese Gesellschaft eine Applikation stellte, ohne die diese Fahrer keine Verkehrsdienstleistungen erbringen würden und Personen, die eine Fahrt im innerstädtischen Bereich unternehmen möchten, die Dienste dieser Fahrer nicht in Anspruch nehmen würden, und zweitens der Tatsache, dass diese Gesellschaft entscheidenden Einfluss auf die Bedingungen der Leistungserbringung durch die Fahrer ausübte, indem sie u. a. den Höchstpreis für die Fahrt festsetzte, den Preis beim Kunden erhob und danach einen Teil davon an den nicht berufsmäßigen Fahrer des Fahrzeugs überwies und eine gewisse Kontrolle über die Qualität der Fahrzeuge und der Fahrer sowie über deren Verhalten ausübte, die gegebenenfalls zu ihrem Ausschluss führen konnte [...].

22 Der Gerichtshof kam auf der Grundlage dieser Gesichtspunkte zu dem Ergebnis, dass der in dieser Rechtssache in Rede stehende Vermittlungsdienst als integraler Bestandteil einer Gesamtdienstleistung anzusehen war, die hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung bestand, so dass er nicht als »Dienst der Informationsgesellschaft« im Sinne von Art. 1 Nr. 2 der Richtlinie 98/34 einzustufen war, sondern als »Verkehrsdienstleistung« im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Buchst. d der Richtlinie 2006/123 [...].

23 Der Gerichtshof folgerte daraus insbesondere, dass dieser Vermittlungsdienst nicht der Richtlinie 2006/123 unterlag, weil Verkehrsdienstleistungen nach dem Wortlaut ihres Art. 2 Abs. 2 Buchst. d zu den Dienstleistungen gehören, die ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind [...].«

Die vom Gerichtshof in beiden Verfahren entwickelte Auffassung bezog sich auf ein Modell, in dem UBER mit »nicht berufsmäßigen Fahrern« zusammenarbeitete und eine Applikation bereitstellte, die diese »Privatchauffeure« mit Kunden, welche deren Beförderungsdienstleistungen in Anspruch nahmen, zusammenzuführen.

Offen ist in der Rsp des EuGH bislang, ob die von ihm eingenommene Position »1:1« auch auf andere am Markt angebotene Varianten, in der professionelle Mietwagenfahrer eingesetzt werden, übertragen werden kann. Dies ist zu bejahen, da sich die jeweiligen Systeme funktionell und technisch gleichen.

So wird dies ua in der aktuellen dt Rsp gesehen. Mit Urteil vom 13. Dezember 2018 – I ZR 3/16 (»Uber Black II«) schloss sich der dt BGH, unter Rekurs auf die Auslegung des EuGH in der Rs *Asociación Profesional Elite Taxi*, der mittlerweile ständigen Auslegung des EU-Gerichts an und führte zusammengefasst aus:

»Die Verwendung der beanstandeten Version der App ›UBER Black‹ verstößt gegen § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG. Nach dieser Bestimmung dürfen mit Mietwagen nur Fahraufträge ausgeführt werden, die zuvor am Betriebssitz des Unternehmens eingegangen sind. Dagegen können Fahrgäste den Fahrern von Taxen unmittelbar Fahraufträge erteilen. Die Bedingung, dass Fahraufträge für Mietwagen zunächst am Betriebssitz des Unternehmers eingehen müssen, ist nicht erfüllt, wenn der Fahrer den Fahrauftrag unmittelbar erhält, auch wenn das Unternehmen, das den Mietwagen betreibt, zugleich unterrichtet wird.

In dieser Auslegung ist § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG gegenüber den Mietwagenunternehmen und der Beklagten eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Berufsausübungsregelung. Sie ist zum Schutz des Taxiverkehrs gerechtfertigt, für den – anders als für Mietwagenunternehmen – feste Beförderungstarife gelten und ein Kontrahierungszwang besteht.

Unionsrechtliche Bestimmungen stehen einem Verbot von ›UBER Black‹ nicht entgegen. Bedenken gegen ein Verbot könnten sich insoweit allein aus den Regeln der Union zur Dienstleistungsfreiheit ergeben. Diese Bestimmungen finden aber auf Verkehrsdienstleistungen keine Anwendung. Wie in dem vom Gerichtshof der Europäischen Union am 20. Dezember 2017 entschiedenen Fall ›UBER Pop‹ ist der mittels einer Smartphone-Applikation erbrachte Vermittlungsdienst der Beklagten integraler Bestandteil einer hauptsächlich aus einer Verkehrsdienstleistung bestehenden Gesamtdienstleistung. Die Bedeutung der Leistungen der Beklagten für die Beförderungsleistung hängt nicht davon ab, ob es sich um einen privaten (UBER Pop) oder berufsmä-

ßigen (UBER Black) Fahrer handelt oder ob das für die Fahrt benutzte Fahrzeug Eigentum einer Privatperson (UBER Pop) oder eines Unternehmens (UBER Black) ist.«

Der dt BGH sprach mit begründeter Auffassung aus, dass die zuvor zitierte Auffassung des EuGH auch auf jene Modelle übertragbar sind, in denen UBER mit gewerblich agierenden Mietwagenunternehmen zusammenarbeitet. Daraus folgt, dass jene **Kriterien**, welche der EuGH für die unionsrechtliche Beurteilung der von UBER erbrachten Dienstleistungen entwickelt hat, **auch im gegenständlichen Fall** (elektronische Vermittlung von Beförderungsdiensten) **anzuwenden sind**. Die Auslegung des EuGH ist daher für alle nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichte bindend und unterschiedslos anzuwenden.

Auch der österr OGH vertrat in 4 Ob 162/18d dieselbe Auffassung. Darin führte der Gerichtshof zur österreichischen Rechtslage aus:

»Die Beklagte (UBER) stellt mittels der UBER-App ein Vermittlungssystem bereit, mit dessen Hilfe die Anfrage eines Kunden um eine Beförderungsleistung an registrierte Mietwagen-Partner übermittelt wird, wobei Mietwagenunternehmer und Fahrer gleichzeitig elektronisch über den Eingang einer Bestellung informiert werden. Ein Kunde kann über die UBER-App unter Angabe von Anfangs- und Endpunkt eine Mietwagenfahrt bestellen. Bei einer Fahratanfrage eines Kunden mittels Smartphones wird vom Vermittlungssystem der Beklagten der Standort des Nutzers ermittelt und dieser nach seinem Zielort gefragt sowie der Fahrpreis angezeigt; in der Folge kann der Kunde die Fahrt buchen. Der Fahrpreis wird von der Beklagten beim Kunden eingehoben und (nach dem Abzug einer Provision) teilweise an den Mietwagenunternehmer weitergeleitet. Bei Anwendung des Taxitarifs wären die Fahrten wesentlich teurer.

Die Klägerin, eine Taxizentrale, stellte den Antrag, der Beklagten mittels Einstweiliger Verfügung zu verbieten, das UBER-Vermittlungssystem ihren Mietwagen-Partnern anzubieten und dadurch Wettbewerbsverletzungen der Mietwagen-Partner zu fördern.

Das Erstgericht erließ die beantragte Einstweilige Verfügung gegen UBER. Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung. Der Oberste Gerichtshof gab dem Revisionsrekurs der Beklagten (UBER) nicht Folge und führte aus: Der Europäische Gerichtshof hat bereits entschieden, dass UBER mit der UBER-App eine Verkehrsdienstleistung und keinen Dienst der Informationsgesellschaft erbringt.

Das Herkunftslandprinzip nach der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ist daher nicht anzuwenden.

Die zugrunde liegende Rechtsnorm für die Ausübung des Mietwagen-Gewerbes (§ 36 Abs 3 der Wiener Landesbetriebsordnung für Taxi und Mietwagen) ist eindeutig. Danach muss einer Aufnahme von Fahrgästen an einem beauftragten Abholort eine beim Mietwagenunternehmer eingegangene Bestellung zugrunde liegen. Die Entscheidung, ob die bestellte Mietwagenfahrt durchgeführt wird oder nicht, muss der Mietwagenunternehmer treffen; die Entscheidung darf nicht dem Fahrer überlassen werden. Der Arbeitsauftrag muss von der Betriebsstätte des Mietwagenunternehmers aus an den Fahrer weitergeleitet werden. Es entspricht nicht den rechtlichen Anforderungen, wenn der Mietwagenunternehmer gleichzeitig mit der Annahme der Fahrt durch den Fahrer über die Beförderungsleistung informiert wird.

Beim hier beanstandeten UBER-System erfolgt die Entscheidung über die Durchführung der Fahrt nicht vom Mietwagenunternehmer. Hinzu kommt, dass sich die Fahrer zwischen der Beendigung eines Transports und der Durchführung eines neuen Transports – unzulässigerweise – nicht auf die Rückfahrt zur Betriebsstätte des Mietwagenunternehmers begeben.

Durch die Verwendung der UBER-App verstoßen die Mietwagen-Partner der Beklagten gegen die Vorschriften für das Mietwagen-Gewerbe. Die Beklagte trägt als Gehilfin zu diesen Normverstößen bei. Die von ihr vertretene gegenteilige Rechtsauffassung ist nicht vertretbar, weshalb ihr das Anbieten der hier beanstandeten UBER-App zu verbieten ist.«

Diese Auffassung konkretisierte der österr OGH mit Entscheidung vom 19.12.2019³⁵ wie folgt:

»Für die Vermittlung von (durch andere Verkehrsunternehmen durchzuführenden) Personenbeförderungen ist eine Gewerbeberechtigung für das Reisebürogewerbe³⁶ erforderlich. Dabei handelt es sich um ein reglementiertes Gewerbe, wofür es neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Gewerbeausübung eines Befähigungsnachweises bedarf. In der Vermittlung von Dienstleistungen zur Personenbeförderung ohne Gewerbeberechtigung ist – bei Unvertretbarkeit der Rechtsansicht und Spürbarkeit – ein Rechtsbruch gelegen, der die Ausübung der Vermittlungstätigkeit unzulässig macht.«

³⁵ OGH 4 Ob 206/19a.

³⁶ § 126 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 4 österr GewO.

IV. Nationale Einordnung

A. Allgemeines

Das gegenständlich interessierende Geschäftsmodell, nämlich die Vermittlung von Verkehrsdienstleistungen

- ▷ über technische Applikationen,
- ▷ mit dem Ziel der Vermittlung von Beförderungen durch Taxi- und Mietwagenunternehmen inkl Festsetzung der Bedingungen, zu denen diese Dienstleistungen durchgeführt werden, sowie
- ▷ Abrechnung der Dienstleistungen im eigenen Namen,

sind bei unionsrechtskonformer Auslegung jeweils als **integraler Bestandteil** einer (gesamthaft zu interpretierenden) **Verkehrsdienstleistung** auf dem Gebiet der gewerblichen Personenbeförderung einzuordnen.

Auf dieses Geschäftsmodell ist aus nationaler Sicht insb die **GewO**³⁷ anzuwenden. Dies, wenn ein Vermittler in Österreich gewerblich Beförderungsdienstleistungen vermittelt, die von dazu befugten Verkehrsunternehmen ausgeführt werden (vgl zur Auslegung insb OGH 4 Ob 162/18d und 4 Ob 206/19a). Die Vermittlungstätigkeit fällt jedoch, anders als die Beförderung selbst, nicht unter das **GelverkG** (OGH 4 Ob 206/19a). Dies ist wie folgt zu begründen.

Gem § 2 Abs 1 iVm § 3 Abs 1 Z 2 bzw 3 GelverkG ist zB für die **Ausübung des Mietwagen- oder Taxi-Gewerbes**, dh für die

- ▷ Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Pkw, unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge,
- ▷ Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Fernmeldeeinrichtungen angefordert werden,

eine **Konzession** der örtlich zuständigen BVB (§ 16 Abs 2 GelverkG) erforderlich (vgl auch Art 5; 11 VO 1071/2009). Die Konzession ist für eine bestimmte Zahl von Fahrzeugen zu erteilen (§ 4 Abs 1 GelverkG). Dies gilt jedoch nach Auffassung von OGH 4 Ob 206/19a nicht für die Vermittlung von Aufträgen zur Personenbeförderung mittels Taxis und Mietwägen (§ 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO).

Für die Durchführung der vermittelten Aufträge werden Fahrer herangezogen, die entweder selbständig tätig oder bei fremden Taxiunternehmen (nicht aber beim Vermittler) beschäftigt sind.

Unschädlich für die Subsumtion der Vermittlungstätigkeit unter § 126 GewO ist nach Auffassung des OGH, dass der **Vermittler entscheidenden Einfluss auf die Be-**

dingungen der Leistungserbringung durch jene Taxi- oder Mietwagenunternehmen und deren Fahrer nimmt, die aufgrund vertraglicher Absprache für den Vermittler tätig sind. Dh, wenn der Vermittler vorgibt, wie die Personenbeförderung im Einzelfall durchzuführen ist (auch innerhalb eines Tarifgebietes gem § 14 GelverkG), dann ggf. auch den Fahrpreis beim Kunden im eigenen Namen einhebt, »stellvertretend« für den durchführenden Gewerbetreibenden die Rechnung für die geleistete Verkehrsdienstleistung ausstellt und danach einen Teil davon an das vertraglich beigezogene Beförderungunternehmen ab, spricht vieles dafür, dass der Vermittler maßgebliche Kontrolle über die Verkehrsdienstleistung ausübt (zB durch eine Bewertungsfunktion in einer Applikation). **Das sind allesamt Tätigkeitsmodalitäten, die im Ergebnis (nach aktueller Auffassung des OGH) dennoch als Vermittlungstätigkeit gem § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO, bezogen auf die Vermittlung von Beförderungsdiensten mittels Mietwägen bzw Taxis, anzusehen sind.**³⁸

B. Das Reisebürogewerbe

Im Anlassfall kommt daher insb dem **Reisebürogewerbe**, eingeschränkt auf die Vermittlung der Beförderung von Personen durch Verkehrsunternehmen, besondere Bedeutung zu. Das angesprochene Gewerbe gem § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO stellt ein **reglementiertes freies, jeweils anmeldepflichtiges Gewerbe** dar (vgl auch § 94 Z 56 GewO).

Der Kerninhalt der Berufsberechtigung gem § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO besteht in der Zusammenführung präsumtiver Vertragspartner (konkret eines zu befördernden Kunden und eines Verkehrsunternehmens);³⁹ die Gewerbeberechtigung ist daher nach Wortlaut und ratio legis auf die **Anbahnung eines Vertragsschlusses betreffend Personenbeförderung in der Zukunft beschränkt**. Nach Auffassung des OGH ist offensichtlich auch die **Festlegung zusätzlicher Bedingungen, zu denen die Beförderungsdienstleistung durchgeführt wird, durch den Vermittler umfasst**.

Die Konditionen, zu denen die Personenbeförderung in der Zukunft stattfindet, werden zwar üblicherweise von jenem Verkehrsunternehmen festgesetzt, das den ihm vermittelten Auftrag durchführt; der Vermittler gibt diese Bedingungen dem Kunden bekannt, gibt sie aber nicht vor. Auf Basis der aktuellen Entscheidung des OGH 4 Ob 206/19a ist es aber offensichtlich unschädlich,

³⁷ So der OGH in 4 Ob 206/19a. Vgl § 126 Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl 1994/194 (WV) idgF.

³⁸ Dem Gewerbe »Vermittlung von Personenbeförderungsleistungen des Taxi Gewerbes durch Taxifunk« gemäß § 126 Abs 2 Z 4 GewO steht das Gewerbe »Vermittlung von durch Verkehrsunternehmen durchzuführenden Personenbeförderungen« § 126 Abs 1 Z 2 GewO gegenüber.

³⁹ Vgl VwSlg 11.694 A/1985.

wenn im Anlassfall der Vermittler zusätzliche Beförderungsbedingungen festsetzt, nicht aber ausschließlich das zur Durchführung der Beförderungsleistung herangezogene Taxiunternehmen bzw der zuständige Gesetzgeber oder der Landeshauptmann mittels Tarifverordnung gem § 14 GelverKG. **Aus dem Gesagten folgt, dass § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO auf die durch den Vermittler erbrachten Dienstleistungen anwendbar sind**, ungeachtet dessen, dass der Vermittler nicht ausschließlich die Personenbeförderung durch einen Dritten *vermittelt* (was mE der einzig erlaubte Betätigungskreis eines Gewerbetreibenden nach § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO wäre), sondern additiv zusätzliche Bedingungen für die durchzuführende Verkehrsdienstleistung festsetzt und (ähnlich wie ein Beförderungsunternehmen) dadurch maßgebende Kontrolle über die Beförderungsdienstleistung ausübt.⁴⁰

Auf Basis des aktuellen Beschlusses des OGH steht daher das einleitend geschilderte Geschäftsmodell grds **in Einklang mit dem durch § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO abgesteckten Tätigkeitsrahmen**. Zwar nimmt ein Vermittler in der Abwicklung einer gewerblichen Dienstleistung üblicherweise nur eine untergeordnete Rolle in Relation zum Verkehrsunternehmen, welches einen ihm vermittelten Auftrag ausführt, ein.⁴¹ Nachdem der OGH jedoch von einer Weiterentwicklung des Reisebürogewerbes ausgehen dürfte, ist an den bisherigen Abgrenzungskriterien zwischen Verkehrsunternehmen und Vermittler, die von der Lehre entwickelt wurden, nicht länger festzuhalten. Ungeachtet dessen folgt aus der Rechtsprechung des EuGH, dass aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben im Bereich Verkehrsrecht (Art 58; 90 ff AEUV) die §§ 373a (insb Abs 4) und 373c GewO über die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung in Österreich im Bereich Gewerbe nicht auf Vermittler von Verkehrsdiensten anwendbar sind; dh, der Vermittler hat in Österreich jedenfalls über eine feste Nie-

derlassung im Inland zu verfügen, wie der der OGH im rezenten Beschluss vom 19.12.2019 ausgeführt hat.

Aus dem Gesagten folgt, dass Vermittler von Verkehrsdienstleistungen auf dem Gebiet der individuellen Personenbeförderung eine **tatsächliche und dauerhafte Niederlassung in Österreich einzurichten und nachzuweisen haben**. Für die Ausübung dieser Tätigkeit hat der Vermittler das **Reisebürogewerbe nach § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO** iVm § 94 Z 56 GewO (Vermittlung von Personenbeförderungsdienstleistungen) am Sitz seiner Niederlassung (bei der örtlich zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde; § 333 GewO) **anzumelden**.⁴²

V. Insbesondere: Das Reisebürogewerbe, eingeschränkt auf die Vermittlung von Beförderungsdienstleistungen

A. Vermittlung von Fahrten als Reisebürotätigkeit?

Wendet man sich nun der tragenden Prämisse des rezenten Beschlusses des OGH 4 Ob 206/19a zu, ist zu hinterfragen, ob für die Vermittlung von Personenbeförderungen nach österreichischem Recht tatsächlich »nur« eine **Gewerbeberechtigung nach § 126 GewO** erforderlich ist. Entscheidend ist also, ob die Vermittlung von Personenbeförderungen noch als Tätigkeit verstanden werden kann, die **in Ausübung des Reisebürogewerbes gem § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO erbracht wird**.

1. Gang der Untersuchung

Nach der stRsp des VwGH ist für die Frage der Subsumentarkeit einer Tätigkeit unter die GewO generell⁴³ sowie ihrer Zuordnung zu einem bestimmten Gewerbe⁴⁴ regelmäßig eine auf alle **Umstände des konkreten Einzelfalls** Bedacht nehmenden **Gesamtbetrachtung** heranzuziehen. Den Ausgangspunkt bildet dabei regelmäßig Art und Umfang erbrachter oder zu erbringender Leistungen.⁴⁵ Die ergeben sich im letzteren Fall aus dem die gesamte beabsichtigte wirtschaftliche Tätigkeit umschreibenden **Betriebskonzept**.⁴⁶

Zentrale Bedeutung kommt darüber hinaus aber auch der Art und Weise zu, wie sich der Betrieb nach außen hin darstellt⁴⁷ bzw seinem Publikum gegenüber

40 Vgl demgegenüber *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ (2011) § 126 Rz 7: Ob jemand in Form eines Veranstalters oder Vermittlers einer Personenbeförderung als Vertragspartner des Reisenden auftritt, bestimmt sich iS einer Gesamtbetrachtung nach den relevanten Details des Einzelfalls, zB, wie der Dienstleister in Form eines Katalogs, eines Flyers und im Beratungs-/Buchungsgespräch gegenüber dem Reisenden nach außen in Erscheinung auftritt.

41 Vgl zu den bisher vertretenen Abgrenzungskriterien zwischen Reiseveranstalter und -vermittler (§ 126 Abs 1 Z 4 und 5 GewO) *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ (2011) § 126 Rz 11: Reiseveranstalter ist, wer etwa das Reiseprogramm zusammenstellt und die erforderlichen Leistungen entweder als Eigen- oder Fremdleistung (durch Leistungsträger) zusagt und so die angebotene Reise im eigenen Namen zum Kauf (zur Buchung) anbietet (mWH). Reisevermittlung ist dagegen gegeben, wenn sich beispielsweise ein Reisebüro lediglich verpflichtet, einen Anspruch auf Leistungen anderer zu besorgen, die ihrerseits im eigenen Namen und nicht als Gehilfen des Reisebüros tätig werden; der Reisevermittler stellt somit unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem Kunden und dem Reiseveranstalter her.

42 OGH 4 Ob 206/19a.

43 ZB VwSlg 19.218 A/2015; VwGH 28.5.2019, Ra 2017/05/0040.

44 ZB VwGH 18.5.2016, 2013/17/0609; 27.2.2019, Ra 2018/04/0144 (jeweils Gastgewerbe).

45 Vgl VwGH 18.5.2016, 2013/17/0609; 27.2.2019, Ra 2018/04/0144 (jeweils Gastgewerbe).

46 VwGH 28.5.2019, Ra 2017/05/0040.

47 Vgl VwGH 20.10.1992, 91/04/0216; 27.2.2019, Ra 2018/04/0144.

präsentiert⁴⁸ oder sich künftig darstellen oder präsentieren will.⁴⁹ Wie in anderem gewerblichem Zusammenhang⁵⁰ ist auch hier eine objektive Betrachtungsweise zugrunde zu legen und kommt es nicht auf eine allfällige Intention des Unternehmers an. Ausschlaggebend ist vielmehr, welchen **Eindruck** die angebotene oder erbrachte Leistung bei objektiver Betrachtungsweise **auf die »Öffentlichkeit«**⁵¹ bzw einen unbefangenen bzw durchschnittlichen Betrachter zu wecken geeignet ist.⁵²

Der hier vertretene Ansatz kennzeichnet nicht nur die nationale österreichische Rsp, sondern findet sich eine gleichartige Betrachtungsweise im Ergebnis auch in jener des dt BGH und va des EuGH. So legte er eine solche auch bspw seinem Urteil in der Rs C-434/15 (*Elite Taxi*) zugrunde und findet sich ein gleichartiger Ansatz ebenso im Urteil zur Rs C-390/18 (*Airbnb Ireland*).

Die solcherart ermittelte wirtschaftliche Aktivität ist in weiterer Folge im Rahmen eines typologischen Vergleichs jener einschlägigen Gewerbebetriebe gegenüberzustellen. Demnach ist der Frage nach den Charakteristika des Reisebürogewerbes nachzugehen.

2. Charakteristika eines Reisebürogewerbes

Wendet man sich daher der Frage nach Reichweite bzw den Charakteristika des **Reisebürogewerbes** zu, ist zunächst seine Zweiteilung in ein reglementiertes (§ 126 Abs 1 GewO) und ein freies Gewerbe (§ 126 Abs 2 GewO) zu beachten. Ersteres charakterisiert der VwGH⁵³ dahingehend, dass seine Leistungen dadurch gekennzeichnet sind, dass sie sich regelmäßig aus mehreren **Einzelleistungen**, insbesondere Beförderungs- und Unterbringungsleistungen, zusammensetzen, die teils im Ausland, teils in dem Land erbracht werden, in dem das Reisebüros seinen Sitz oder eine feste Niederlassung hat. Dies entspricht dem dzt herrschenden Meinungsstand, wonach die Tätigkeit des Reisebüros grds darin besteht, **Kunden über Reisen und Veranstaltungen aller Art zu informieren und zu beraten, Reisen zu organisieren, zu veranstalten oder zu vermitteln und Buchungen vorzunehmen**.⁵⁴ Freilich steht alleine der Umstand, dass bloß einzelne in § 126 Abs 1 GewO ge-

nannte Tätigkeiten ausgeübt oder angeboten werden, der Subsumtion derselben unter das Reisebürogewerbe nicht entgegen.⁵⁵

Das zweite, freie Gewerbe gem § 126 Abs 2 Z 4 GewO ist schließlich dadurch gekennzeichnet, dass der Vermittler selbst die zu erbringenden Personenbeförderungsleistungen des Taxigewerbes durch Taxifunk an Gewerbetreibende vermittelt; von der Gewerbeberechtigung umfasst ist nach impliziter Auffassung des OGH (in seinem Beschluss 4 Ob 206/19a) auch die Festsetzung zusätzlicher Bedingungen, zu denen die vermittelten Beförderungsdienste durchgeführt werden. Die wesentlichen Rahmenbedingungen, zu denen Personenbeförderungen in Österreich durchgeführt werden dürfen, werden zwar regulatorisch durch den EU- bzw nationalen Gesetzgeber sowie ggf durch den jeweils zuständigen Landeshauptmann mittels Verordnung festgesetzt; offensichtlich schadet es nach Auffassung des OGH nicht, dass der Vermittler selbst weitere Bedingungen festsetzt, die für die Lenker, welche das den Auftrag durchführende Dienstleistungsunternehmen einsetzt, verbindlich sind.

Mit Blick auf den vorliegenden Fall bedeutet das, dass es mE strittig ist, ob die **Vermittlung von durch Verkehrsunternehmen durchzuführenden Personenbeförderungen über das Reisebürogewerbe iSd § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO abgedeckt ist**, wenn die Tätigkeit des Vermittlers über die bloße Vermittlungstätigkeit hinausgeht und der Vermittler, ähnlich wie ein Beförderungsunternehmen, durch die Festsetzung zusätzlicher Bedingungen einen wesentlichen Einfluss auf die durchzuführenden Personenbeförderungen nimmt, die er an befugte Gewerbetreibende vermittelt. Zu beachten ist im Licht der Rsp des EuGH, dass der Vermittler eine Verkehrsdienstleistung erbringt und nicht bloß eine untergeordnete Gewerbetätigkeit (konkret reduziert auf die Vermittlungstätigkeit als Reisebüro) ausübt.

Dem Gewerbe nach § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO unterliegt nach der nicht restlos überzeugenden Auffassung des OGH in 4 Ob 206/19a daher die Vermittlung von Verkehrsdienstleistungen auch dann, wenn diese **Dienstleistungen wesensmäßig »nur« der Befriedigung spontaner (Personen-) Verkehrsbedürfnisse in räumlicher Hinsicht** (zB Buchung von Fahrten mit Mietwägen oder Taxis via elektronischer Applikation) **dienen**, die vermittelte Beförderung aber nicht erst in ferner Zukunft durchgeführt wird. Mit der herrschenden Lehre, dass § 126 Abs 1 Z 2 GewO nur jene Fallkonstellationen erfasse, in denen Reisen länger im Voraus geplant werden (also einen bestimmten Zeithorizont in

48 AB 690 BlgNR 17. GP 3 (zu § 1 Abs 6 GewO); vgl weiters OGH 15.9.1992, 4 Ob 71/92.

49 Auch derartiges bildet diesfalls den Gegenstand des Betriebskonzepts.

50 ZB VwGH 25.2.2004, 2002/04/0069.

51 ZB VwGH 1.2.2017, Ra 2016/04/0147.

52 LVwG Sbg 3.2.2017, 405-6/8/1/4-2017; UVS Nö 22.12.2010, Senat-MD-09-0037. IdS weiters *Th. Müller*, in Ennöckl/N.Raschauer/Wessely (Hrsg) GewO (2015) § 1 Rz 21.

53 VwGH 22.3.2010, 2007/15/0108.

54 Vgl *N. Raschauer*, in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely (Hrsg) GewO (2015) § 94 Rz 103.

55 *Ennöckl*, in Ennöckl/N. Raschauer/Wessely (Hrsg) GewO (2015) § 126 Rz 1.

der fernen Zukunft betreffen), hat sich der OGH jedoch überraschend nicht auseinandergesetzt.⁵⁶

Die rezente Auslegung des OGH zu § 126 Abs 1 Z 2 GewO ist nur dann überzeugend, wenn man von einer Weiterentwicklung des Inhalts bzw der Reichweite des Gewerbes ausgeht und annimmt, dass die Tätigkeit von reglementierten Reisebüros daher (auch) die kurzfristige Vermittlung von Personenbeförderungen umfasst.⁵⁷

Die vom OGH obiter in 4 Ob 206/19a entwickelte Auffassung ist historisch bzw EWR-rechtlich durchaus hinterfragenswert: Schon die Urfassung der GewO 1974 stellte der Vermittlung von Personenbeförderungsdiensten durch Mietwägen jene von Personenbeförderungsleistungen des Taxigewerbes durch Taxifunk⁵⁸ (nunmehr § 126 Abs 2 Z 4 GewO) zur Seite, nahm diese – anders als die Vermittlung von solchen durch Mietwägen⁵⁹ – von der Konzessionspflicht aus und schlug sie dem freien Reisebürogewerbe zu. Aus dem Anwendungsbereich des § 126 Abs 1 GewO fiel und fällt die Vermittlung von Taxifahrten jedoch nur dann heraus, wenn der in Aussicht genommene Vertragspartner über eine Taxikonzession iSd § 3 Abs 1 Z 3 GelVerkG verfügt(e) und es sich um eine ausschließlich dem Taxigewerbe zuzurechnende Beförderungsleistung handelt(e).⁶⁰ Ausschlaggebend ist daher neben der rechtlichen Befugnis des zu vermittelnden Beförderungsdienstleisters die (materielle) Art der Beförderungsleistung.

Wie in vergleichbaren Fallkonstellationen, umfasst daher die Berechtigung für das reglementierte Reisebürogewerbe nach § 126 Abs 1 Z 2 GewO auch die Vermittlung von Taxibeförderungsdienstleistungen nach § 126 Abs 2 Z 4 GewO.

Entscheidend ist, aus Sicht des § 126 GewO auf **einen relevanten systematischen Unterschied** hinzuweisen. Während das Reisebürogewerbe mit Blick auf Gesellschaftsfahrten oder Pauschalreisen sowohl die Veranstaltung als auch die Vermittlung einschlägiger Dienstleistungen umfasst (§ 126 Abs 1 Z 5 GewO), ist es

im Bereich der Personenbeförderung bzw der Vermittlung von Verkehrsdienstleistungen anders: **Hier ist die Gewerbeberechtigung** – vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Vorgaben nach der VO (EU) 1071/2009 stringent – **bloß auf die Vermittlung einschlägiger Leistungen beschränkt**. Angesprochen ist damit eine Tätigkeit, bei der sich das **Reisebüro** (oder besser: der Vermittlungsdienstleister) **lediglich verpflichtet, einen Anspruch auf Leistungen anderer** (Beförderung durch ein konzessioniertes Verkehrsunternehmen) **zu besorgen, die ihrerseits im eigenen Namen und nicht bloß als Gehilfen des Reisebüros tätig werden**; der Reisevermittler stellt somit unmittelbare Vertragsbeziehungen zwischen dem Kunden und dem Reiseveranstalter (hier: dem Personenverkehrsunternehmen) her, und ist damit aus Sicht des § 126 Abs 1 Z 2 GewO darauf beschränkt.⁶¹ Es ist ihm jedoch verwehrt, nach außen gegenüber Kunden die vermittelten Personenbeförderungsleistungen auch selbst im eigenen Namen **durchzuführen oder spezifische Bedingungen für die Durchführung der vermittelten Personenbeförderungsdienste festzusetzen**, die für den Reiseveranstalter (das Beförderungsunternehmen) verbindlich sind. Eine abweichende Meinung ist nur vertretbar, wenn man iS des OGH von einer Weiterentwicklung des Begriffsbilds des Reisebürogewerbes ausgeht.

B. Bedeutung für den vorliegenden Fall

Das Gesagte führt zu der Beurteilung, dass die elektronische Vermittlung von spontanen **Personenbeförderungen** nur unter Zugrundelegung des vom OGH ermittelten Inhalts des Reisebürogewerbes **in Einklang mit § 126 GewO erfolgt**.

Dies ungeachtet dessen, dass der Vermittler nicht nur die relevanten Personenbeförderungen vermittelt, sondern auch zentralen Einfluss auf die von ihm vermittelten Personenbeförderungen, konkret durch Festsetzung zusätzlicher Beförderungsbedingungen nimmt. Nach Auffassung von OGH 4 Ob 206/19a entspricht das Erscheinungsbild eines Vermittlers diesfalls dem eines Reisebüros, nicht aber jenem eines **Verkehrsunternehmens** nach dem GelVerkG, da der Vermittler die vermittelten Dienstleistungen nicht selbst durchführt. Die Vermittlung von Personenbeförderungsleistungen im eigenen Namen **ist vom Reisebürogewerbe nach § 126 Abs 1 Z 2 bzw Abs 2 Z 4 GewO gedeckt**.

Nur auf diesem Weg ist daher die These vertretbar, dass ein Vermittler auf Basis elektronischer Applikationen spontane Personenbeförderungsdienste zu konzessionierten Mietwagen- und Taxiunternehmen (§ 3 Abs 1 Z 2 und 3 GelVerkG) vermitteln darf, also Leistungen,

56 Vgl *Kinscher/Sedlak*, GewO⁶ (1996) § 166 Anm 4 unter Bezugnahme auf EBRV 395 BlgNR 13. GP 223 zur Genesis dieser Bestimmung, konkret die Einbeziehung der »Vermittlung von durch Verkehrsunternehmen durchzuführenden Personenbeförderungen« in die vormalige Konzessionspflicht für Reisebüros durch die GewO 1974. Sie fand ihre Ursache darin, dass keine sachliche Rechtfertigung dafür bestand, die vermittelnde Tätigkeit von Reisebüros nur dann der Konzessionspflicht zu unterstellen, wenn das Verkehrsunternehmen Fahrausweise ausgibt.

57 Vgl die bisher hM: Statt aller *Kinscher/Sedlak*, GewO⁶ (1996) § 166 Anm 2 unter Bezugnahme auf EBRV 395 BlgNR 13. GP 223.

58 Gleichermaßen umfasst das Taxigewerbe die Berechtigung, Taxifunk zu betreiben (§ 13 Abs 4 GelVerkG).

59 VwGH 29.1.1982, 04/3138/80.

60 Dies könnte aber zweifelhaft sein, wenn der Vermittler einseitig zusätzliche Bedingungen für die Beförderung festsetzt, den Rechnungsbetrag einkassiert und für den Beförderungsdienst wirbt.

61 VwSlg 16.590 A/2005.

die der Befriedigung kurzfristig benötigter (Personen-) Beförderungsleistungen in räumlicher Hinsicht⁶² dienen und solcherart dem Mietwagen- und Taxigewerbe nach § 3 Abs 1 Z 2 und 3 GelVerkG zuzurechnen sind.

Folgt man dieser Auffassung, ist es rechtskonform, wenn ein Vermittler für die Durchführung der vermittelten Dienstleistungen Standards festsetzt, die über den regulatorischen Rahmen der VO (EU) 1071/2009, des GelverkG und der Betriebsordnungen der Länder (zB der Wiener LBO) hinausgehen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass nach der Rechtsprechung des EuGH und des OGH für die Durchführung der Vermittlungstätigkeit eine fixe Niederlassung in Österreich erforderlich ist. Die Einholung einer Konzession nach § 3 GelverkG für die Vermittlungstätigkeit ist jedoch nicht erforderlich.

VI. Blick über die Grenze – was gilt in Liechtenstein?

Die zuvor entwickelte Auffassung kann uneingeschränkt auf Liechtenstein übertragen werden; immerhin wurde die VO (EU) 1071/2009 in das EWR-Abkommen übernommen. Das liechtensteinische Gewerberecht gleich dem österreichischen Gewerberecht funktionell. Wesentlicher systematischer Unterschied ist, dass in Liechtenstein der Gelegenheitsverkehr nicht sondergesetzlich geregelt wurde, sondern grds dem GewG⁶³ unterliegt.

Demnach ist für die Vermittlung von Personenbeförderungen, die nicht dem PBG⁶⁴ unterliegen, daher insbesondere die Vermittlung von Beförderungen mittels Taxis und Mietwägen, eine Bewilligung des Amtes für Volkswirtschaft einzuholen (Art 15 GewG).

Korrespondenz:
Prof. Dr. Nicolas Raschauer,
Leiter des Instituts für Wirtschaftsrecht
an der Universität Liechtenstein,
Universität Liechtenstein,
Fürst Franz Josef Strasse, 9490 Vaduz,
Liechtenstein.
Mail: finanzmarktrecht@uni.li.

62 BReg in VfSlg 10.932/1986. Zum Verkehrsmarkt generell *Kahl*, Der öffentliche Personennahverkehr auf dem Weg zum Wettbewerb (2004) 245 ff mwN.

63 Gewerbegesetz vom 22. 6. 2006, LGBl 2006.184.

64 Das Gesetz vom 17. 12. 1998 über die Personenbeförderung (PBG) umfasst insb die Erbringung von Linienverkehrsdiensten, die nicht als »Gelegenheitsverkehr« anzusehen sind (LGBl 1999.37).