

Zeitschrift für

VERKEHRSS-**ZVR** RECHT

Redaktion **Karl-Heinz Danzl, Christian Huber,
Georg Kathrein, Gerhard Pürstl**

Jänner 2020

01

1 – 36

Beitrag

Die rechtliche Qualifikation von kommunalen Fahrtendiensten

Daphne Frankl-Templ ➔ 8

Bericht

Straßenverkehrsrechtlicher Jahresrückblick 2019

Martin Hoffer, Alexander Letitzki und Tanja Berthold ➔ 4

Rechtsprechung

Hemmung der Verjährung gegenüber Kfz-Haftpflichtversicherer

Georg Kathrein ➔ 23

Händlergarantie bei Herstellerfehlern *Christian Huber* ➔ 26

Zum Schutzzweck des Verbots, Sperrlinien zu überfahren

Thomas Aigner ➔ 27

Judikaturübersicht Verwaltung

Lenken eines Kfz ohne Lenkberechtigung, für Abweisung der Verleihung der Staatsbürgerschaft relevant ➔ 33

Besorgen eines Parkscheins in der Trafik, keine Kulanz möglich ➔ 35

Die rechtliche Qualifikation von kommunalen Fahrtendiensten

Gewerbliche Konkurrenz oder gemeinnützige Ergänzung zur gewerblichen Personenbeförderung?

ZVR 2020/3

§ 2 GelverkG;
§ 1 Abs 6 GewO

Fahrtendienste;
Carsharing;
Verein;

Elektrofahrzeuge;
Personen-
transport;
Über

Im ländlichen Raum kann angesichts schlechter öffentlicher Verkehrsverbindungen und wenig ausgelasteter unrentabler Zweitfahrzeuge Ride-Hailing¹⁾ dazu beitragen, Mobilität flexibler, umweltfreundlicher und günstiger zu gestalten. Doch mit dem Aufkommen neuer Mobilitätslösungen stellen sich Rechtsfragen zur Abgrenzung gewerblicher Geschäftsmodelle.

Von Daphne Frankl-Templ

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Abgrenzung der Gewerblichkeit bei kommunalen „gemeinnützigen“ Fahrtendiensten
 - 1. Selbständigkeit
 - 2. Regelmäßigkeit
 - 3. Gewinnerzielungsabsicht
 - a) Gemeinnützigkeit
 - b) Gewinn
 - c) Die Beweislastumkehr für Vereine gem § 1 Abs 6 GewO
- C. Fazit

A. Einleitung

Besonders kleinere Gemeinden verwenden Ride-Hailing in Form von Sammeltaxis, Bürgerbussen, Shuttle-Services etc, um Lücken des öff Verkehrs zu schließen und Personen mit eingeschränkter Mobilität bzw solche, die kein Auto besitzen, zu unterstützen. Das Vorhaben ist meist als nicht gewinnorientierter Verein organisiert und ehrenamtliche Vereinsmitglieder übernehmen im Geiste der Nachbarschaftshilfe die Aufgaben der Fahrer. Zielgruppe sind ältere Personen, Menschen mit Behinderungen, Jugendliche aber auch umweltbewusste Bürger, die sich das Auto teilen wollen. Die Anschaffungskosten für das Fahrzeug werden oft vom Land und der Gemeinde subventioniert und die Passagiere (meist auch Vereinsmitglieder) decken einen Teil der laufenden Betriebskosten durch die Bezahlung niedriger Fahrtarife.²⁾

B. Abgrenzung der Gewerblichkeit bei kommunalen „gemeinnützigen“ Fahrtendiensten

In Österreich ist die gewerbliche Personenbeförderung streng reglementiert und bedarf gem § 2 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG) zur Ausübung einer Konzession. Dies dient dem Schutz von Unternehmen, Mitarbeiter und Kund. Insb das Personentransportgewerbe kritisiert, dass bei den wie oben beschriebenen Fahrtendiensten von einer gewerblichen Tätigkeit iSd § 1 Abs 2 GewO auszugehen ist. Würde man dieser

Argumentation folgen, bedeutet das für die betroffenen Vereine, dass sie als gewerbliche Fahrtendienst-Betreiberinnen den Bestimmungen des GelverkG und der landesgesetzlichen Betriebsordnungen für das Taxi- und Mietwagengewerbe unterliegen würden. Dazu gehören ua das Ansuchen um eine Konzession, besondere Qualifikationen der Fahrer, Einhaltung fixer Arbeitszeiten, Ruhepausen, Beförderungspflicht, festgelegte Entgelttarife und verpflichtende Fahrpreisanzeige, Einteilung in eine andere Versicherungsklasse (22) und dadurch wesentlich höhere Versicherungsprämien, gewerberechtl. Geschäftsführer mit Befähigungsnachweis etc Ein kommunales Mobilitätsprojekt, das als Verein betrieben wird, dem die Gewerblichkeit auf diese Art unterstellt wird, würde gewiss oftmals aus Kostengründen eingestellt werden. Doch sehen wir uns die Voraussetzungen der Gewerblichkeit – Selbständigkeit, Regelmäßigkeit, Ertragsabsicht – im Detail anhand eines wie oben beschriebenen kommunalen Mobilitätsprojekts an.

1. Selbständigkeit

Die Frage der Selbständigkeit, also auf wessen Rechnung und Gefahr eine Tätigkeit iSd § 1 Abs 3 GewO 1994 ausgeübt wird und wer das mit der Ausübung der Tätigkeit verbundene Unternehmerrisiko trägt³⁾ – der Verein oder die Gemeinde selbst –, ist nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Momente und nicht allein nach den äußeren rechtlichen Formen zu beurteilen, in denen sich diese Tätigkeit abspielt.⁴⁾ Es gibt bereits einen Fall in Oberösterreich, in dem die Beschwerde eines Vereins, der einen solchen Fahrtendienst betreibt, gegen die ihm auferlegte Geldstrafe (wegen Ausübung eines Gewerbes ohne Gewerbeberechtigung) – jedoch aus formalen Gründen – in zweiter Instanz vom VwGH⁵⁾ zurückgewiesen wurde. Im

1) Meist privat organisierte Mitfahrgelegenheit, während beim Carsharing selbst gefahren wird.

2) Beispiele: Staxi, Stams, <https://www.tirol2050.at/projects/180/?type=1923> (Stand 8. 7. 2019); Rufbus Wängle-Höfen, <http://www.waengle.at/rufbus/> (Stand 8. 7. 2019).

3) VwGH 19. 9. 2001, 98/03/0057.

4) VwSlg 15.669 A (2001); VwGH 22. 5. 2012, 2010/04/0033.

5) Siehe im Detail VwGH 10. 10. 2018, Ra 2017/03/0096.

vorliegenden Fall wurde der Verein per Gemeinderatsbeschluss gegründet und das Fahrzeug für die Fahrtendienste aus öff Geldern der Gemeinde und dem Land Oberösterreich finanziert. Es wurde festgelegt, dass im Falle eines für den Verein aufscheinenden Negativsaldo die fehlenden Mittel zur Kostendeckung von der Gemeinde abgedeckt würden. Die unternehmerischen Entscheidungen wurden in Absprache mit den Gemeindevertretern getroffen. Die Frage, ob im vorliegenden Fall von einer vollständigen Haftungsübernahme durch die Gemeinde gesprochen werden kann, wurde vom VwGH nicht abschließend erörtert. Ausschlaggebend wird sein, ob der Verein völlig frei in seiner Entscheidungsfindung war⁶⁾ und die Finanzierung des Mobilitätsprojekts trotz mangelnden Erfolges der Tätigkeit durch öff Gelder der Gemeinde gesichert ist.

2. Regelmäßigkeit

Die Voraussetzung der Regelmäßigkeit gem § 1 Abs 4 GewO 1994 liegt im Anbetracht des regelmäßig zum Einsatz kommenden Fahrtendienstes unbestritten vor und bedarf keiner weiteren Erörterung.

3. Gewinnerzielungsabsicht

Der Nachweis der (mangelnden) Gewinnerzielungsabsicht ist das Hauptargument im vorliegenden Fall, ob das betroffene Mobilitätsprojekt gewerblich betrieben wird.

a) Gemeinnützigkeit

Im vorliegenden Fall wird der Verein laut eigener Beschreibung gemeinnützig tätig. Die Einnahmen dienen ausschließlich zur Erfüllung der ideellen Zwecke des Vereins. Dies könnte ein Indiz für eine mangelnde Gewinnerzielungsabsicht sein.⁷⁾

Was unter „gemeinnützigen“ Zwecken zu verstehen ist, erläutern die §§ 35, 36 Bundesabgabenordnung (BAO). Die BAO zählt demonstrativ gemeinnützige Zwecke wie zB Fürsorge und Umweltschutz auf. Selbsthilfe und Wirtschaftsförderung⁸⁾ könnten unter gewissen Voraussetzungen (zB Einbettung in eine umfassende Regionalentwicklung) auch als gemeinnützige Zwecke gelten. Der Betrieb eines umweltfreundlichen Fahrtendienstes, der regionale Mobilitätslücken schließt und auch Menschen mit eingeschränkter Mobilität zur Verfügung steht, wird diese gemeinnützigen Zwecke wahrscheinlich erfüllen. Erforderlich ist die Förderung der Allgemeinheit, wobei der geförderte Personenkreis auf die Vereinsmitglieder beschränkt sein darf, sofern die Mitgliedschaft der Allgemeinheit offensteht.⁹⁾ Hier stellt sich die Frage, wer im vorliegenden Fall Mitglied werden darf. Nur Mitglieder der betroffenen Gemeinde, die das Projekt finanziert oder jedermann (zB auch Touristen, Nachbargemeinde etc)? Als dritte Voraussetzung neben dem Zweck und der Förderung der Allgemeinheit muss das Vorhaben von einer selbstlosen Gesinnung der agierenden Personen getragen sein. Im vorliegenden Fall wurden die Anschaffungskosten öff subventioniert und die laufenden Kosten durch die Entgelttarife gedeckt. Es wurde

nicht bewusst versucht, einen Gewinn zu erwirtschaften, der die Betriebskosten übersteigt. Wenn jedoch die erwirtschafteten Einnahmen die Betriebskosten übersteigen, wird jedenfalls von der Gewerblichkeit der ausgeübten Tätigkeit auszugehen sein. Denn der ideelle Zweck schließt nicht jedenfalls eine allfällige Ertragsabsicht aus.

b) Gewinn

Die Erzielung eines unmittelbaren Ertrags ist für den Begriff der Gewerbsmäßigkeit kein essenzielles Erfordernis; diese ist schon bei der Absicht gegeben, einen sonstigen, insb auch einen bloß mittelbaren, Vorteil zu erzielen.¹⁰⁾ Selbst wenn das eingenommene Entgelt gerade die Betriebskosten deckt, könnte man im vorliegenden Fall argumentieren, dass den Vereinsmitgliedern durch die im Vergleich zu den üblichen Taxitarifen vergünstigten Tarife ein wirtschaftlicher Vorteil verschafft werde. Die ehrenamtlichen Fahrer dürfen das Fahrzeug gratis mitbenutzen. Die Lehre spricht hier von einer konnexen Kostendeckung – eine Tätigkeit, die gerade so viele Einnahmen erzielt, dass die mit ebener Tätigkeit verbundenen Aufwendungen gedeckt sind. Vereine, die nach dem Prinzip der konnexen Kostendeckung wirtschaften, werden von der GewO erfasst, sofern hiedurch den Vereinsmitgliedern vermögensrechtliche Vorteile (zB in Form einer Kostenersparnis) zukommen.¹¹⁾

Ein Blick zum deutschen Nachbar lohnt sich. Das deutsche Personenbeförderungsgesetz (PBefG) stellt klar, dass Beförderungen mit dem Pkw diesem Gesetz nicht unterliegen, wenn diese unentgeltlich sind oder „das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt“ (§ 1 Abs 2 Z 1 PBefG). 2013 erfolgte eine Klarstellung durch Ergänzung in § 1 Abs 2, dass unter die Freistellung auch geschäftsmäßige Fahrten – in Deutschland das Merkmal der Regelmäßigkeit – fallen. Was jedoch in die Betriebskosten einzurechnen ist, ob nur „bewegliche“ Kosten¹²⁾ der Fahrt (Treibstoff, Öl, Parkgebühren, Reinigung etc) oder doch auch Fixkosten bzw Kosten, die nicht unmittelbar Folge der Fahrt sind (Steuern, Versicherung, Leasingraten, Garage, Reparaturkosten etc), ist auch in Deutschland¹³⁾ umstritten. Klar ist jedoch, dass der deutsche Gesetzgeber kommunale Fahrtendienste (in Deutschland „Bürgerbusse“ genannt) vom Geltungsbereich des PBefG ausnehmen wollte. Dass deutsche Bürgerbusse trotz dieser Freistellung zum Schutz der Fahrgäste nicht in einem quasi „rechtsfreien“ Raum fahren, dafür sorgen die Einhaltung sog Mindeststandards (zB Gesundheitscheck der Fahrer wie beim Führerschein, Barrierefreiheit etc), welche von den Gemeinden/Bun-

6) VwGH 6. 5. 1986, 85/04/0224.

7) Grabler/Stolzechner/Wendl, GewO³ § 1 Rz 16 ff.

8) Höhne/Jöchel/Lummersdorfer, Das Recht der Vereine⁴ Tabelle 1, 394.

9) Höhne/Jöchel/Lummersdorfer, Das Recht der Vereine⁴ 395.

10) VwSlg 10.160 A (1980).

11) Schulev-Steindl, Idealvereine und Gewerberecht, *ecolex* 1994, 8.

12) Fromm/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsgesetz⁴ § 1 Rn 7.

13) Jansen /Schué, Die kleine oder die große Lösung für den Bürgerbus? Bürgerbusse und Rechtsgrundlagen nach dem PBefG, *Der Nahverkehr*, 7–8/2015, 36 ff.

desländern autonom festgelegt und an die Vergabe von öff Subventionen geknüpft werden.

Auch in Österreich gilt grundsätzlich, dass wirtschaftlichen Tätigkeiten, welche zu Selbstkosten oder kostenlos erbracht werden, die Gewinnerzielungsabsicht fehlt (zB Werksküchen; „Essen auf Rädern“; gemeinnützige Wohnbauträger).¹⁴⁾ Doch im Gegensatz zu Deutschland gibt es keine „klar“ definierte (finanzielle) Grenze im österr Gelegenheitsverkehrsgesetz, ab wann der Personentransport als gewerblich gilt. Es gibt jedoch eine Vielzahl an höchstgerichtlichen Entscheidungen zur *lex specialis* gem § 1 Abs 6 GewO für Vereine (vor allem im Gastgewerbe), die den Versuch einer Abgrenzung vornehmen.

c) Die Beweislastumkehr für Vereine gem § 1 Abs 6 GewO

§ 1 Abs 6 GewO nimmt eine Beweislastumkehr bzgl des Nachweises der Gewinnerzielungsabsicht bei Vereinen vor. Ein Verein, dessen Vereinstätigkeit das (1) Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist, dessen Tätigkeit – sei es mittelbar oder unmittelbar – auf (2) Erlangung vermögensrechtlicher Vorteile für die Vereinsmitglieder gerichtet ist und dessen Tätigkeit (3) öfter als einmal in der Woche stattfindet, muss vor der Gewerbebehörde/dem Verwaltungsgericht nachweisen, dass er keine Ertragsabsicht hat.

Zweck des Abs 6 ist es, bei Vereinen, die gewerbliche Tätigkeiten zum wirtschaftlichen Vorteil ihrer Mitglieder durchführen, „Umgehungskonstruktionen“ dadurch zu verhindern, dass der Nachweis der Ertragsabsicht erleichtert wird.¹⁵⁾ Der Verein kann diese Vermutung durch den Beweis des Gegenteils widerlegen. Die dazu entwickelte Rsp legt die Ertragsabsicht sehr weit zu Lasten der Vereine aus. Die Tatbestandsmerkmale (2) und (3) liegen meist unstrittig vor. Ausschlaggebend ist, ob der betroffene Verein das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebs aufweist.

Zwei Beispiele aus der Rsp:

Beispiel 1

Ein Klub ließ seine Mitglieder gastgewerbliche Leistungen zum Selbstkostenpreis konsumieren. Dies wurde als vermögensrechtlicher Vorteil für die Mitglieder gewertet. Da daneben auch das Erscheinungsbild eines Gewerbes gegeben war, wurde die Gewerbmäßigkeit bejaht.¹⁶⁾ Typisch für diesen Fall – und auf ähnliche Fälle übertragbar – war, dass die Mitglieder Leistungen erhielten, die auch am freien Markt durch befugte Gewerbetreibende erbracht werden.¹⁷⁾

Beispiel 2

Der „Touristenverein Naturfreunde Österreich“¹⁸⁾ organisierte regelmäßig für seine Mitglieder verbilligte Reisen. In dem Wettbewerbsprozess auf Unterlassung wurde vom OGH das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes (konzessioniertes Reisebüro) bejaht, da das eigens dafür gegründete „Bundesreisereferat“ wie ein Reisebüro

ausgestattet war und mit einem eigenen Sommerprogramm in der Vereinszeitung warb.

Bei den meisten kommunalen Fahrtendiensten betreibt der Verein eine Homepage, wo die Zeiten, in denen der Fahrtendienst unterwegs ist, und Tarife veröffentlicht werden. Per Handy oder über eine verlinkte Reservierungsplattform kann der Fahrtendienst bestellt werden. Eine Besonderheit stellt (noch!) der Einsatz von umweltfreundlichen Elektrofahrzeugen dar, die in der Anschaffung teurer sind als vergleichbare Modelle und möglicherweise nicht als Taxifahrzeuge zugelassen sind. Ein Vergleich mit einer Taxi-App oder eher noch eines Mietwagenverleihs aufgrund der geschlossenen Teilnehmerzahl und der vorher festgelegten Tarife drängt sich auf. Damit könnte die Voraussetzung gem § 1 Abs 6 GewO, dass die Tätigkeit des Vereins das Erscheinungsbild eines einschlägigen Gewerbebetriebes aufweist, erfüllt sein. Einziges Unterscheidungskriterium wären die Ehrenamtlichkeit der Fahrer und die Finanzierung durch öff Subventionen und die niedrigen Tarife (es gibt schon ein paar Elektrofahrzeuge, Nissan Leaf, Nissan EV 200, die in Wien und Graz als Taxis gefahren werden). Somit muss der Verein möglicherweise vor der Gewerbebehörde/dem Verwaltungsgericht nachweisen, dass er keine Ertragsabsicht hat. Dazu kann er sich der Erläuterung zum damaligen Gesetzesentwurf aus dem Jahre 1988 bedienen. Denn hier heißt es: *„Die Absicht, einen Ertrag oder wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, liegt bei einem Verein, der soziale oder gemeinnützige Zwecke verfolgt (wie zB die Heranführung sozial fehlangepasster Jugendlichen, Behinderter oder sonstiger am Arbeitsmarkt schwer vermittelbarer Personen an ein geordnetes Berufsleben) und bei dem die geförderten Personen nicht Vereinsmitglieder sind, nicht vor, wenn der Verein von vornherein so angelegt ist, dass er nur durch den Empfang von Subventionen seine Funktionsfähigkeit aufrechterhalten kann. In diesen Fällen, in denen der vom Verein eingerichtete Betrieb schon von seiner Konzeption her eine sich wirtschaftlich nicht selbsttragende Einheit ist, ist die Erlangung einer Gewerbeberechtigung nicht erforderlich.“*¹⁹⁾

Zusammengefasst ergeben sich aus dieser Stelle folgende Empfehlungen für das jeweilige Mobilitätsprojekt, um nicht unter die Vermutung der Gewerblichkeit zu fallen:

1. Die Passagiere des Fahrtendienstes sollten nicht gleichzeitig Mitglieder des subventionierten Vereines sein;
2. idealerweise sollte das Projekt ausschließlich aus öff Subventionen finanziert werden und nicht durch

14) Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ § 1 Rz 16 ff.

15) Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO Kurzkommentar (2014) § 1 Rz 6.

16) VwGH 19. 6. 1990, 90/04/0036 ZfVB 1991, 1513.

17) Höhne/Jöchl/Lummersdorfer, Das Recht der Vereine⁴ 199.

18) OGH 15. 9. 1992, 4 Ob 71/92 MR 1992, 259 = ÖBI 1992, 268 = RdW 1993, 147; großzügiger entschied der OGH im ähnlich gelagerten Fall des „ORF-Reiseclubs“ (OGH 27. 5. 1986, 4 Ob 401/85 ÖBI 1986, 121).

19) (HB 1988) 690 BlgNR 17. GP 3; Hervorhebungen wurden von der Autorin vorgenommen.

eingehobene Tarife Gefahr laufen, die Betriebskosten zu überschreiten;

3. der Verein sollte in enger Abstimmung mit der Gemeinde agieren.

Dazu käme

4. eine Empfehlung, nämlich der Einsatz eines Elektrofahrzeuges als Umweltschutzmaßnahme im öff. Interesse, da in den meisten (kleineren) Gemeinden eine solche umweltfreundliche Mobilitätslösung von gewerblicher Seite noch nicht angeboten wird.

C. Fazit

Kommunale nicht gewinnorientierte Fahrtendienste haben trotz Beschwerden vor dem Verwaltungsgericht bzw. Klagsdrohungen nach dem UWG von gewerblicher Seite gute Chancen, weiterhin ihre ge-

meinnützigen Aufgaben erfolgreich zu erfüllen. Derzeit entsteht auch im Lichte der aktuellen Über-Diskussion der Eindruck, dass sich die Taxibranche mit tatkräftiger Unterstützung der WKO auf dem Gerichtsweg unerwünschter Konkurrenz entledigt. Das Totschlagargument des gewerberechtlichen Schutzgedankens wird langfristig nicht ausreichen, um innovative Geschäftsmodelle auszubremsen. Die Taxibranche ist ein höchst kompetitiver Markt mit einem Überangebot an Fahrzeugen und FahrerInnen, die sich aus Kostengründen gegen Innovationen wie den Einsatz von Elektrofahrzeugen (Ausnahmen bestätigen die Regel) oder der Zusammenarbeit auf digitalen Plattformen (damit ist nicht der Ruffunkdienst gemeint!) stemmt. Frei nach *Jeff Bezos*, CEO von Amazon: „*Was den Buchhändlern passiert, ist nicht Amazon, sondern die Zukunft.*“

→ In Kürze

Besonders kleinere Gemeinden verwenden Ride-Hailing in Form von Sammeltaxis, Bürgerbussen, Shuttle-Services etc, um Lücken des öffentlichen Verkehrs zu schließen und Personen mit eingeschränkter Mobilität bzw. solche, die kein Auto besitzen, zu unterstützen. Das Vorhaben ist meist als nicht gewinnorientierter Verein organisiert und ehrenamtliche Vereinsmitglieder übernehmen im Geiste der Nachbarschaftshilfe die Aufgaben der FahrerInnen. Doch mit dem Aufkommen neuer Mobilitätslösungen stellen sich Rechtsfragen zur Abgrenzung gewerblicher Geschäftsmodelle.

→ Zum Thema

Über die Autorin:

Dr. Daphne Frankl-Templ, MA, ist RAA in der Anwaltskanzlei Templ. Sie war vier Jahre Koordinatorin für Elektromobilität im BMVIT und lehrt am FH Campus Wien die Rechtsgrundlagen der Elektromobilität. Kontaktadresse: Anwaltskanzlei Templ, Taborstraße 24 a, 1020 Wien. Tel: +43 (0)1 958 46 19, E-Mail: office@templ.com, Internet: <http://templ.com> und <http://mobilitylaw.at>

Von derselben Autorin erschienen:

Schöne neue Logistik-Welt – die Digitalisierung einer Branche, ZVR 2018, 445 (gem. mit *H. Templ*);
Das Elektromobilitätspaket 2017, ZVR 2017, 156;
Elektromobilität und Recht (2018).

