

## Teil 1 – Einleitung

### § 1 Einführung in das Thema

#### A. Problemstellung

##### I. Das Gesetzesmonitoring

*„Ein Gesetz ist nicht schlechthin verfassungsgemäß; vielmehr ist diese Beurteilung unter Bedingungen des sozialen Wandels nur zu einem bestimmten Zeitpunkt möglich.“<sup>1</sup>*

Dieser Satz von *Huster* beschreibt zutreffend, dass sich ein Schwarz-Weiß-Denken dahingehend verbietet, dass sich ein Gesetz entweder dauerhaft als verfassungsgemäß oder dauerhaft als verfassungswidrig erweist. Gesetzesentwürfe werden schon innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens grundsätzlich von allen Beteiligten hinsichtlich ihrer Verfassungsmäßigkeit geprüft und an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gemessen.<sup>2</sup> Durch diese Prüfungsverfahren versucht der Gesetzgeber, den von ihm selbst gesetzten Anspruch verfassungskonformer Gesetzgebung zu erfüllen. Ein verfassungskonformes Gesetz kann sich im Laufe der Zeit zu einem verfassungswidrigen Gesetz entwickeln. Unterstellt, der Gesetzgeber wird dem von ihm selbst gesetzten Anspruch zum Zeitpunkt der Verabschiedung zunächst gerecht, stellt sich im Einzelfall die Frage, ob und inwieweit die Verfassungskonformität eines Gesetzes in der Folgezeit aufrechterhalten bleibt. Aus diesem Grund macht u. a. die Entstehung von neuen Geschäftsmodellen auf einem ökonomischen Markt es stets erforderlich, auch die bestehenden Vorschriften auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen.<sup>3</sup>

Die Anwendung von Recht und Gesetz auf einen bestimmten maßgeblichen Untersuchungs- bzw. Entscheidungszeitpunkt ist dem Juristen vertraut. So ist bspw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich maßgeblicher Entscheidungszeitpunkt (der punktuellen Betrachtung) die letzte Behördenentscheidung oder die letzte mündliche Verhandlung.<sup>4</sup>

Für die verfassungsgerichtliche Normenüberprüfung existiert jedoch ein Übergangsproblem, das sich aus einer Zeitindexierung ergibt, denn anders als Verwaltungsakte

---

<sup>1</sup> *Huster*, ZfRS 2003, 3, 17.

<sup>2</sup> *Rupp-von Brünneck*, AöR 1977, 1, 26.

<sup>3</sup> *Wambach*, ZfW 2016, 589, 591.

<sup>4</sup> Vgl. bspw. zur ganzen Thematik: *Emmenegger*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, § 113, Rn. 165 f.

stellen Parlamentsgesetze typischerweise abstrakt-generelle Regelungen dar, die (überwiegend) auf unbestimmte Zeit angelegt sind.<sup>5</sup>

Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung erschöpft sich nicht nur in der Verpflichtung, bei Erlass eines Gesetzes die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten; sie umfasst auch die Verantwortung dafür, dass die erlassenen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben.<sup>6</sup>

Es ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt, dass eine ursprünglich verfassungsgemäße Regelung aufgrund von Veränderungen der maßgeblichen Umstände verfassungswidrig werden kann.<sup>7</sup> Ferner ist der Gesetzgeber von Verfassungen wegen verpflichtet, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes sobald als möglich zu beseitigen.<sup>8</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch beispielweise in seiner Entscheidung zur Hinterbliebenenrente ausgeführt, dass sich der Gesetzgeber, insbesondere nach einer früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>9</sup>, auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm eingestellt hat und dies auch durfte.<sup>10</sup> Aus dem Zusammenspiel der beiden zuvor zitierten Entscheidungen stellt sich die Frage, inwieweit und wie lange sich der Gesetzgeber auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen verlassen kann und ob und wann er zu einer Beobachtung der geltenden Gesetze diesbezüglich verpflichtet ist.

Wie bereits ausgeführt, kann ein Eingriffsgesetz, d. h. eine Norm, die in subjektive Rechte der Grundrechtsträger eingreift, aufgrund einer Veränderung im Zeitablauf nicht mehr gerechtfertigt sein. Als Veränderungen sind grundsätzlich denkbar:<sup>11</sup>

- Veränderungen der außernormativen Verhältnisse tatsächlicher und rechtlicher Art, die der Norm zugrunde liegen.
- Neue abweichende Erkenntnisse über tatsächliche Zusammenhänge (z. B. nachträglich erkennbare Fehlprognose).
- Eine gewandelte Verfassungsinterpretation.

---

<sup>5</sup> Huster, ZfRS 2003, 3, 8.

<sup>6</sup> BVerfGE 88, 203, 310.

<sup>7</sup> BVerfGE 59, 336, 357 m.w.N.

<sup>8</sup> BVerfGE 88, 203, 309 m.w.N.

<sup>9</sup> BVerfGE 17, 1.

<sup>10</sup> BVerfGE 39, 169, 194.

<sup>11</sup> Vgl. zum Ganzen: *Baumeister*, Das Rechtswidrigwerden von Normen, S. 183.

Im Wesentlichen folgt die nachträgliche Verfassungswidrigkeit von Gesetzen im Einzelnen entweder aus einem nachträglichen Verstoß gegen das Übermaßverbot oder einem nachträglichen Verstoß gegen das Gebot des Gleichheitssatzes. Vom Grundsatz her bestehen zwei Möglichkeiten, wie geltende Gesetze ihre Wirkung verlieren können. Entweder der Gesetzgeber hebt das von ihm selbst erlassene Gesetz wieder auf oder die Verfassungsgerichte<sup>12</sup> erklären einzelne Gesetze aufgrund des ihnen zustehenden Verwerfungsmonopols für nichtig.<sup>13</sup>

Dieses Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich formeller Gesetze kann auf verschiedenen (prozessualen) Wegen zur Anwendung gelangen. Das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts stellt eine Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber dar.<sup>14</sup> So kann das Bundesverfassungsgericht ein formelles Gesetz im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und im Verfahren der konkreten Normenkontrollverfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG für nichtig erklären.

Die einzelnen prozessualen Verfahren der vorgenannten verfassungsrechtlichen Normenüberprüfungen sind im Bundesverfassungsgerichtsgesetz normiert.<sup>15</sup> In der Praxis wird mit Rücksicht auf die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers der grundsätzlich vorgesehene Tenor der Nichtigkeit richterrechtlich durch Tenorierungsvarianten ergänzt (Teilnichtigkeit, Unvereinbarkeit, Appellentscheidungen, verfassungskonforme Auslegung).<sup>16</sup> Auf diese Besonderheiten wird im Rahmen der Arbeit noch näher eingegangen sein.

Sofern geltende Gesetze durch Veränderungen im Zeitablauf nicht mehr mit der Verfassung in Einklang zu bringen sind, hat der Gesetzgeber nachzubessern. Diese Pflicht ist allgemein anerkannt und wird in der Literatur auch allgemein als „*Nachbesserungspflicht*“ bezeichnet.<sup>17</sup> Es ist jedoch bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sich in der Literatur kein einheitlicher Begriff der „Nachbesserung“ finden lässt, und die Einzelheiten unklar bleiben.<sup>18</sup> *Badura* bspw. versteht unter dem Begriff „Nachbesserung“ eine Aufhebung oder Änderung von Gesetzen mit dem Ziel, eine bereits

---

<sup>12</sup> Das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte verfügen über ein solches Verwerfungsmonopol. Das Verwerfungsmonopol der Landesverfassungsgerichte soll in der vorliegenden Arbeit jedoch keine Rolle spielen.

<sup>13</sup> *Pabst*, in: Rauscher/Krüger (Hg.), MüKo-ZPO, § 1 GVG, Rn. 40.

<sup>14</sup> BVerfGE 7, 1, 15.

<sup>15</sup> Vgl. für die Verfassungsbeschwerde §§ 90-95 BVerfGG, für die abstrakte Normenkontrolle §§ 76-79 BVerfGG und für die konkrete Normenkontrolle §§ 80-85 BVerfGG.

<sup>16</sup> *Detterbeck*, in: Sachs (Hg.), GG-K, Art. 93, Rn. 59.

<sup>17</sup> *Badura*, in: FS-Eichenberger, S. 481 f.; *Baumeister*, Das Rechtswidrigwerden von Normen, S. 201 f.; *Roßnagel*, JZ 1985, 714, 714 f.; *Steinberg*, Der Staat 1987, 161, 161 f.

<sup>18</sup> *Choi*, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, S. 82.

grundrechtsgefährdende Rechtslage zu verbessern, die entsteht, wenn sich eine dem Gesetz zugrunde liegende Prognose über regelungserhebliche Tatsachen oder über die Auswirkungen eines Gesetzes als fehlerhaft erweist.<sup>19</sup> *Steinberg* verwendet den Begriff „Nachbesserung“ in dem Fall, in dem sich die tatsächlichen Umstände in erheblicher Weise geändert haben, sodass der Gesetzgeber zur Prüfung und ggfs. Neubewertung oder Verbesserung des Gesetzes verpflichtet ist.<sup>20</sup>

Eine mit der Nachbesserungspflicht im Zusammenhang stehende Figur ist die „*Beobachtungspflicht*“. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1994 hat bspw. der Bundesverfassungsrichter *Sommer* bei der Kundgabe seiner abweichenden Meinung ausdrücklich von einer „*Beobachtungs-, Prüfungs- und Nachbesserungspflicht*“ des Gesetzgebers gesprochen.<sup>21</sup> Eine Nachbesserungspflicht wäre als stumpfes Schwert zu bezeichnen, wenn der Nachbesserungsverpflichtete überhaupt keinerlei Kenntnis von seiner entsprechenden Verpflichtung hätte und eine unterlassene Nachbesserung sanktionslos bleiben würde. Durch eine Monitoringpflicht könnten die Staatsgewalten verpflichtet sein, die formellen Gesetze hinsichtlich der bereits genannten Umstände oder bei Vorliegen bestimmter noch herauszuarbeitender Kriterien zu überwachen.

In verschiedenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts wird die Beobachtungspflicht als notwendige Voraussetzung der eigentlichen Handlungspflicht eingeführt.<sup>22</sup> Dabei bleibt jedoch unklar, ob es sich um eine eigenständige Pflicht des Gesetzgebers handelt und ob eine etwaige Verletzung dieser Pflicht justizabel ist.<sup>23</sup> In anderen Entscheidungen hat sich das Bundesverfassungsgericht jedoch dahingehend geäußert, dass die Nachbesserungspflicht nicht generell eine fortlaufende Kontrolle der Gesetze durch den Gesetzgeber einschließt.<sup>24</sup>

Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen erscheint es möglich, dass die einzelnen Staatsgewalten und insbesondere die Legislative einer allgemeinen Monitoringpflicht unterliegen. Daher ist zunächst zu klären, was unter dem Begriff des Monitorings bzw. konkret unter einer Monitoringpflicht zu verstehen ist. In diesem Zusammenhang wäre auch zu erörtern, ob die zuvor bereits mehrfach erwähnten Prüfungs-, Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten jeweils als ein Teil einer „ganzen“ Monitoringpflicht zu verstehen sind. Außerdem stellt sich die Frage, welche

---

<sup>19</sup> *Badura*, in: FS-Eichenberger, S. 484.

<sup>20</sup> *Steinberg*, *Der Staat* 1987, 161, 177.

<sup>21</sup> Abweichende Meinung des Richters *Sommer* in der Entscheidung BVerfGE 90, 145, 221.

<sup>22</sup> Vgl. bspw. BVerfGE 65, 1, 55 f.; BVerfGE 87, 348, 358 f.; BVerfGE 95, 267, 313 f.

<sup>23</sup> *Huster*, *ZfRS* 2003, 3, 15.

<sup>24</sup> BVerfG 88, 203, 310.

Staatsgewalten einer solchen Monitoringpflicht unterliegen könnten und wie eine solche dogmatisch bzw. verfassungsrechtlich hergeleitet werden könnte. Sofern eine solche Monitoringpflicht für Staatsgewalten zu bejahen wäre, müssten in diesem Zusammenhang die Fragen nach den konkreten Voraussetzungen sowie der Reichweite einer Monitoringpflicht beantwortet werden. Ebenso wäre die Frage zu klären, ob die einer Monitoringpflicht unterliegenden Staatsgewalten sich als jeweils konkreter Pflichtenadressat etwaiges Wissen Dritter zurechnen lassen müssten und wie die aus dem Gesetzesmonitoring resultierenden Pflichten im Einzelnen praktisch erfüllt werden könnten.

## II. Der PKW-Gelegenheitsverkehr in Deutschland

Ein Beispiel für ein Gesetz bzw. einen Regelungsbereich, zu dem das Bundesverfassungsgericht bereits vor Jahrzehnten zu einem Eingriffsgesetz Stellung genommen hat und in dem auch der im Einleitungssatz angesprochene soziale Wandel eine Rolle spielt, ist der PKW-Gelegenheitsverkehr. Im Bereich der Taxen besteht bereits seit Jahrzehnten eine objektive Marktzutrittsschranke, die in der aktuell geltenden Fassung in § 13 Abs. 4 S. 1 PBefG normiert ist. Das Bundesverfassungsgericht hat sich mit einer Vorgängernorm der heute geltenden Vorschrift bereits im Jahr 1960 auseinandergesetzt und diese im Ergebnis für verfassungskonform erachtet.<sup>25</sup> Konkret haben sich die gesellschaftlichen und technischen Rahmenbedingungen in den vergangenen Jahrzehnten aufgrund der Digitalisierung und des technologischen Fortschritts erheblich verändert und damit regelmäßig zu neuen Innovationen im Markt geführt. *Schumpeter* beschreibt in seiner klassischen Innovationstheorie eine Innovation als eine neue Kombination von Faktoren, die von einem Unternehmer, einem Mann der Tat, durchgesetzt wird und neue Märkte erschließt.<sup>26</sup> Dieser Prozess der Durchsetzung der Innovation verlaufe nicht reibungslos, sondern stoße zunächst auf Missbilligung und Widerstand. Letztlich würden die Innovationen aber eine Anpassung des Systems erzwingen, wenn die neuen Kombinationen von mehreren Unternehmungen und Personen anerkannt würden.<sup>27</sup> Genau dieses von *Schumpeter* beschriebene Phänomen konnte in den letzten Jahren auch auf dem entgeltlichen PKW-Personenbeförderungsmarkt beobachtet werden. Dieser mit der Digitalisierung einhergehende Innovationschub stellt auch die Rechtswissenschaft im Allgemeinen in Theorie und Praxis vor neue Aufgaben.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> BVerfGE 11, 168.

<sup>26</sup> *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, S. 159 f.

<sup>27</sup> *Schumpeter*, Konjunkturzyklen, S. 108 f.

<sup>28</sup> *Kramer/Hinrichsen*, GewArch 2015, 145, 145.

Die entgeltliche Personenbeförderung unterliegt in Deutschland traditionell einer strengen Regulierung.<sup>29</sup> Diese Regulierung und regionalen Beschränkungen stammen im Wesentlichen aus der Zeit vor der Digitalisierung.<sup>30</sup> Der Verkehr mit Taxen bspw. dient im Nahbereich häufig der Befriedigung individueller Mobilitätsbedürfnisse und ist ein klassischer Bereich der Daseinsvorsorge, der zugleich einen erheblichen Regulierungsbedarf aufwirft.<sup>31</sup> So leistet der (PKW-)Personenbeförderungsverkehr – entgegen der zum Teil öffentlichen Wahrnehmung – einen wichtigen Beitrag für das gesellschaftliche Leben, der häufig unterschätzt wird. Traditionell gilt im deutschen Personenbeförderungsrecht der sog. „Typenzwang“. Dies bedeutet, dass die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen in Deutschland gem. § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 1 PBefG genehmigungspflichtig ist. Nach der Systematik des Gesetzes sind daher ausschließlich die abschließend im Personenbeförderungsgesetz aufgelisteten Verkehrstypen genehmigungsfähig.<sup>32</sup>

Die individuelle Personenbeförderung wurde in den vergangenen Jahrzehnten überwiegend durch Taxen und Mietwagen durchgeführt. In den letzten Jahren hat der technologische Fortschritt auch zu innovativen und appbasierten Marktanbietern geführt, die zunächst aufgrund einer Ausnahmegenehmigung des Personenbeförderungsgesetzes zugelassen wurden.<sup>33</sup> Dabei handelte es sich um sog. „Ride-Pooling“ Anbieter, wie bspw. „MOIA“<sup>34</sup> oder „BerlKönig“<sup>35</sup>. Als „Ride-Pooling“<sup>36</sup> wird die Beförderung mehrerer Personen in einem Fahrzeug bezeichnet, für die sich die Fahrgäste per Handy-App anmelden und die Optimierung der Fahrstrecke durch Algorithmen erfolgt.<sup>37</sup> Die Fahrgäste nehmen dabei aus Kostensenkungs- und Klimaschutzgründen in Kauf, dass Umwege gefahren werden, um Mitfahrer mit einer ähnlichen Route einzusammeln.<sup>38</sup> Es findet bei dieser Beförderungsart somit keine von Haustür-zu-Haustür-Beförderung statt, sondern ein Transport von virtueller zu virtueller Haltestelle.<sup>39</sup>

Diese Ride-Pooling-Angebote ließen sich jedoch nicht einer der im PBefG genannten Verkehrsarten ausdrücklich zuordnen, da das Ride-Pooling sowohl Elemente des Linienverkehrs (etwa in Form virtueller Haltestellen) als auch des Gelegenheitsverkehrs

---

<sup>29</sup> König, BB 2015, 1095, 1095.

<sup>30</sup> Haucap et al., List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik 2017, 139, 146.

<sup>31</sup> Knauff, in: Ehlers u.a., Besonderes VerwR, § 28, Rn. 1.

<sup>32</sup> Koschmieder/Uwer, ZRP 2021, 15, 16.

<sup>33</sup> Es handelt sich dabei um die Vorschriften des § 2 Abs. 6 und 7 PBefG, auf welche in dieser Arbeit noch näher eingegangen werden wird.

<sup>34</sup> <https://www.moia.io/de-DE> [zuletzt abgerufen am 09.06.2024].

<sup>35</sup> <https://www.berlkoenig.de/> [zuletzt abgerufen am 09.06.2024].

<sup>36</sup> In der Literatur wird zum Teil auch das Wort „Car-Pooling“ synonym verwendet.

<sup>37</sup> Koschmieder/Uwer, ZRP 2021, 15, 16.

<sup>38</sup> Zeil/Prinz zur Lippe, GewArch 2018, 405, 405.

<sup>39</sup> Mayer, RAW 2020, 41, 42.

enthält.<sup>40</sup> Daher bestand für diese Anbieter nur die Möglichkeit, eine Ausnahmegenehmigung nach § 2 Abs. 6 oder Abs. 7 PBefG zu erhalten, die jeweils im Ermessen der zuständigen Landesbehörden liegt.<sup>41</sup>

Dies führte dazu, dass auch die Politik erkannte, dass die starren Regelungen des geltenden PBefG den Ansprüchen an eine moderne und klimabewusste Mobilität nicht mehr gerecht wurden.<sup>42</sup> Im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12.03.2018 wurde daher vereinbart, das Personenbeförderungsrecht zu modernisieren und die Rahmenbedingungen für den öffentlichen Verkehr und neue Bedienformen im Bereich geteilter Nutzungen<sup>43</sup> an die sich ändernden Mobilitätsbedürfnisse der Menschen und an die neuen technischen Entwicklungen anzupassen.<sup>44</sup>

Das eingangs von *Schumpeter* beschriebene Innovationsphänomen konnte somit zuletzt in Bezug auf das sog. Ride-Pooling beobachtet werden. Die notwendige Anpassung des Systems bzw. des rechtlichen Rahmens hat der Gesetzgeber durch eine aktuelle Gesetzesnovelle vorgenommen. Am 05.03.2021 hat der Bundestag ein neues Personenbeförderungsgesetz<sup>45</sup> beschlossen<sup>46</sup>, dem der Bundesrat am 26.03.2021 einstimmig zugestimmt hat.<sup>47</sup> Dieses Gesetz vom 16.04.2021 wurde am 27.04.2021 verkündet<sup>48</sup> und ist zum 01.08.2021 in Kraft getreten.<sup>49</sup> Diese Gesetzesnovelle wurde mit dem Ziel auf den Weg gebracht, das Personenbeförderungsgesetz in das digitale Zeitalter zu überführen.<sup>50</sup> Sie erkennt eine neue Form des Gelegenheitsverkehrs an. Es handelt sich dabei um das soeben beschriebene Ride-Pooling, wobei der Gesetzgeber diese Verkehrsart nunmehr in § 50 PBefG als sog. „gebündelten Bedarfsverkehr“ bezeichnet. Nach dieser Vorschrift ist der gebündelte Bedarfsverkehr die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, bei der mehrere Beförderungsaufträge entlang ähnlicher Wegstrecken gebündelt ausgeführt werden. Im Zusammenhang mit dieser Verkehrsart hat der Gesetzgeber jedoch in § 13 Abs. 5a S. 1 PBefG eine weitere objektive Marktzutrittschranke in das Personenbeförderungsgesetz eingeführt.

---

<sup>40</sup> *Koschmieder/Uwer*, ZRP 2021, 15, 16.

<sup>41</sup> *Koschmieder/Uwer*, ZRP 2021, 15, 16.

<sup>42</sup> *Mayer*, RAW 2020, 41, 43.

<sup>43</sup> Der Koalitionsvertrag spricht lediglich von „Ride Pooling“. Die PBefG-Novelle 2021 hat diese Verkehrsform als gebündelten Bedarfsverkehr in das Gesetz aufgenommen (§ 50 PBefG).

<sup>44</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode vom 12.03.2018, S. 121.

<sup>45</sup> Der Hessische Verkehrsminister Tarek Al-Wazir bezeichnete in seinem Redebeitrag in der 1002. Plenarsitzung des Deutschen Bundesrates am 26.03.2021 zu TOP 6 „Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsgesetzes“ das Personenbeförderungsgesetz als das „Grundgesetz des öffentlichen Personennahverkehrs“, vgl. Bundesrat, Plenarprotokoll 1002, S. 99.

<sup>46</sup> BR-Drucks. 200/21.

<sup>47</sup> BR-Drucks. 200/21.

<sup>48</sup> BGBl. 2021, Teil I., S. 822 f.

<sup>49</sup> Mit Ausnahme des neuen § 3a PBefG n.F., welcher nach Artikel 7 des Gesetzes zur Modernisierung des Personenbeförderungsgesetzes aufgrund von Sonderregeln etwas später in Kraft tritt.

<sup>50</sup> *Tamm*, RdTW 2021, 223, 223.

Der Genehmigungsbehörde wird ermöglicht, die entsprechende Genehmigung zu versagen, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen dadurch beeinträchtigt werden, dass durch die Ausübung des gebündelten Bedarfsverkehrs die Verkehrseffizienz im beantragten Bediengebiet nicht mehr sichergestellt ist.

Allein der Umstand, dass sich in der Wissenschaft und in der Praxis etwas durchgesetzt hat, begründet für sich genommen noch keine (juristische) Überzeugungskraft.<sup>51</sup> Herrschende Meinungen sind stets auf ihre überzeugende Begründetheit zu hinterfragen und nicht gedankenlos zu übernehmen.<sup>52</sup> Die verschiedenen Regelungen des Personenbeförderungsgesetzes stehen vielfach in einem engen und unmittelbar verzahnten Verhältnis, sodass eine Änderung der einen Regelung entweder einen Bedeutungsverlust einer anderen bewirkt oder die Rechtfertigung einer damit verbundenen Beschränkung zum Teil erheblich erschwert.<sup>53</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht hat 2010 im sog. „Rettungsdienst-Urteil“ in Bezug auf eine objektive Berufszugangsbeschränkung wörtlich ausgeführt:

*„Von den Vorstellungen über die Möglichkeit eines gefahrbringenden Verlaufs des Geschehens, die der Gesetzgeber im Rahmen seines Einschätzungsspielraums entwickelt hat, kann jedoch dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn sie in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.“<sup>54</sup>*

Wie bereits zuvor ausgeführt, macht die Entstehung von neuen Geschäftsmodellen es erforderlich, auch die bestehenden Regulierungsvorschriften auf ihre Angemessenheit hin zu überprüfen.<sup>55</sup> Erst recht kann dieses bei einer umfassenden Gesetzesnovelle gelten, wobei diese Verpflichtung auch aus einer Monitoringpflicht resultieren kann. Eine solche Überprüfung soll in dieser Arbeit im Lichte der Freiheits- und Gleichheitsrechte der einzelnen Wettbewerbsteilnehmer nachgeholt werden, falls der Gesetzgeber seine Monitoringpflicht nicht erfüllt haben sollte.

Der Wettbewerb hat die Verbesserung der statischen sowie der dynamischen Effizienz zum Ziel.<sup>56</sup> Voraussetzung für Wettbewerb ist, dass die normierten Marktzutritts-

---

<sup>51</sup> Vgl. zu diesem Themenkomplex insbesondere das Werk von *Althaus*, Konstruktion der herrschenden Meinung.

<sup>52</sup> *Hunger*, Die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, S. 18.

<sup>53</sup> *Rodi et al.*, Digitale Mobilitätsplattformen, S. 110.

<sup>54</sup> BVerfGE 126, 112, 141.

<sup>55</sup> *Wambach*, ZfW 2016, 589, 591.

<sup>56</sup> *Knieps*, Der Irrweg regulatorischer Marktsplaltung: Zur Novelle des Personenbeförderungsgesetzes in Deutschland, S. 2.

schränken vollständig abgebaut und Ausschließlichkeitsrechte sowie Unternehmerprivilegien abgeschafft werden.<sup>57</sup> In einer Marktwirtschaft sind die vom Gesetzgeber normierten objektiven Marktzutrittsschranken, die dem Grundprinzip offener Märkte zuwiderlaufen, ein Fremdkörper.<sup>58</sup> Der freie Marktzutritt kann konkret durch gesetzliche Marktzutrittsschranken, Rechtsnormen oder Verwaltungsvorschriften beschränkt werden und dadurch auch den potenziellen Wettbewerb zugunsten der etablierten Unternehmen verringern.<sup>59</sup> Aus Sicht der einzelnen Markt- bzw. Wettbewerbsteilnehmer stellen diese Marktzutrittsschranken einen erheblichen Eingriff in ihre Grundrechte dar, die einer Rechtfertigung bedürfen. *Leisner* behauptet sogar, dass im Bereich des öffentlichen Rechts kaum ein Begriff so problembeladen sei wie der des Wettbewerbs.<sup>60</sup>

Dass bzgl. einer objektiven Marktzutrittsschranke der Schutzbereich des Freiheitsgrundrechts aus Art. 12 GG eröffnet ist, ist seit dem Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts unbestritten.<sup>61</sup> Nicht ganz so offensichtlich erscheint es hingegen, dass auch das Gleichheitsrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG eine entscheidende Rolle spielen kann. Das Bundesverfassungsgericht äußerte sich 1970 dahingehend, dass die Wettbewerbsgleichheit dem Bereich des Art. 3 Abs. 1 GG zuzuordnen sei.<sup>62</sup> Die objektiven Marktzutrittsschranken sollen auch unter dem Aspekt der Wettbewerbsgleichheit mit anderen Formen des Gelegenheitsverkehrs untersucht werden. Der Ansatz für den Schutz des Wettbewerbs liegt im Individualrechtsschutz.<sup>63</sup>

Es kann somit festgehalten werden, dass im entgeltlichen PKW-Gelegenheitsverkehr *de lege lata* ausdrücklich zwei objektive Marktzutrittsschranken normiert sind, denen ausweislich ihrer Gesetzesbegründung<sup>64</sup> folgende Motive zugrunde lagen:

- Mit der Einführung des § 13 Abs. 4 PBefG wurde im Wesentlichen einer Forderung von Seiten der Rechtsprechung nachgekommen. Das Bundesverwaltungsgericht forderte im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zuvor, dass das Auswahlsystem der Priorität jedenfalls in den Grundzügen gesetzlich geregelt werden muss.<sup>65</sup> Hintergrund der Regelung (bereits bzgl. der Vorgängernorm) war jedoch die Befürchtung, dass die Zulassung eines neuen Taxiunternehmens eine ernste Gefahr insoweit darstellen könnte,

---

<sup>57</sup> *Knieps*, Der Irrweg regulatorischer Marktspaltung: Zur Novelle des Personenbeförderungsgesetzes in Deutschland, S. 3.

<sup>58</sup> Vgl. *Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 264 f.

<sup>59</sup> *Kahlenberg*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff et al. (Hg.), Kartellrecht, § 36, Rn. 81.

<sup>60</sup> *Leisner*, Wettbewerb als Verfassungsprinzip, Vorwort.

<sup>61</sup> BVerfGE 7, 377.

<sup>62</sup> BVerfGE 27, 375, 385.

<sup>63</sup> *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 192.

<sup>64</sup> BT-Drucks. 9/2128 vom 24.11.1982, S. 7.

<sup>65</sup> BVerwG, NJW 1982, 1168, 1169.

dass bei unkontrolliertem Eindringen neuer Unternehmen durch Übersetzung und ruinösen Wettbewerb der Taxiverkehr in seiner Existenz bedroht sein könnte, und somit der Markt versagen würde.<sup>66</sup>

- Die neu eingeführte Vorschrift des § 13 Abs. 5a S. 1 PBefG soll verhindern, dass durch eine unbeschränkte Zulassung gebündelter Bedarfsverkehre nachweisbar oder höchstwahrscheinlich das geregelte und effiziente Zusammenwirken der verschiedenen Verkehrsformen an sich und insbesondere auch die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Personennahverkehrs als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut bedroht wird.<sup>67</sup> Darüber hinaus wird auch der Erhalt einer „menschenwürdigen“ Umwelt als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut genannt. In § 1a PBefG ist durch die Gesetzesnovelle nunmehr auch der Umweltschutz gesetzlich verankert worden. Nach Auffassung des Gesetzgebers bedeutet das nunmehr gesetzlich verankerte Ziel zugleich, dass einer unbeschränkten Zulassung weiterer Fahrzeuge zum Markt Grenzen gesetzt sind.<sup>68</sup>

## B. Bisheriger Forschungsstand

### I. Monitoringpflicht

Der Begriff „Monitoringpflicht“ lässt sich hinsichtlich der Fragestellung einer Verfassungsmäßigkeit bzw. Verfassungswidrigkeit von Gesetzen in der Literatur nicht finden. Der Begriff der Monitoringpflicht<sup>69</sup> umfasst – zumindest nach dem Verständnis in dieser Arbeit – auch die Beobachtung von Gesetzen. Die Frage, ob eine Beobachtung eine verfassungsrechtliche Pflicht für den Gesetzgeber darstellt, wird in der Literatur kaum diskutiert.<sup>70</sup> Eine systematische Untersuchung von Monitoringpflichten der Staatsgewalten unter Berücksichtigung der zugrunde liegenden Dogmatik existiert nicht. Insbesondere ist auch keine Literatur ersichtlich, die sich mit der konkreten Frage beschäftigt, wie lange sich der Gesetzgeber auf eine bestehende Judikatur des Bundesverfassungsgerichts berufen kann.

---

<sup>66</sup> BT-Drucks. 9/2128 vom 24.11.1982, S. 7.

<sup>67</sup> BT-Drucks 19/26175 vom 26.01.2021, S. 43 f. Bemerkenswert ist, dass dort auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 11, 168, 184) verwiesen wird. In diesem hatte das Bundesverfassungsgericht jedoch ausschließlich den Droschkenverkehr und gerade nicht den Gelegenheitsverkehr als Ganzes als ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ bezeichnet.

<sup>68</sup> BT-Drucks 19/26175 vom 26.01.2021, S. 44.

<sup>69</sup> Der Begriff der „Monitoringpflicht“ wird in Teil 2, § 4 dieser Arbeit eingehend beleuchtet und definiert.

<sup>70</sup> *Choi*, Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln, S. 69.