

Waterfront Taxi Lösungsvorschlag¹

© Heike Krieger und Markus Heintzen (Freie Universität Berlin)

Ausarbeitung: Björnstjern Baade

Bearbeitung für Hauptstadtfälle: Jannik Bach

Stand der Bearbeitung: Januar 2017

A. Zulässigkeit²

Der gewählte Aufbau darf vom nachfolgend gewählten abweichen, muss aber in sich schlüssig sein und alle relevanten Aspekte behandeln.

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)³

Mangels aufdrängender Sonderzuweisungen ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art i. S. d. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorliegt.

Eine Streitigkeit ist öffentlich-rechtlich, wenn die streitentscheidende Norm dem öffentlichen Recht angehört.⁴ Dies ist insbesondere nach der Sonderrechtstheorie der Fall, wenn sie einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet. § 2 Spreeschiff-fahrtsverordnung (SSVO)⁵ berechtigt ausschließlich die zuständige Behörde zur Erteilung einer Zulassung und ist damit öffentlich-rechtlich.

Da nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten (doppelte Verfassungsunmittelbarkeit⁶), ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.

Abdrängende Sonderzuweisungen sind nicht gegeben.

¹ Basierend auf [VG Hamburg, 5 K 122/08 v. 24.02.2010](#).

² „Sachurteilsvoraussetzungen“, ist ebenso vertretbar. Denn das Fehlen der Voraussetzungen des Verwaltungsrechtswegs nach § 40 Abs. 1 VwGO führt nicht zur Abweisung als unzulässig (s. dort). Da die Klage vom Verwaltungsgericht aber auch nicht für zulässig erklärt werden darf, wird hier die traditionelle Überschrift verwandt, s. hierzu: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., § 5 Rn. 22.

³ Sollte er nicht gegeben sein, wird die Klage gem. § 17a Abs. 2 GVG i.V.m. § 173 GVG an das zuständige Gericht des zulässigen Rechtswegs verwiesen.

⁴ Zu den weiteren Theorien, die in Zweifelsfällen heranzuziehen sind: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., § 5 Rn. 6 ff.

⁵ Die Verordnung und Norm sind in Berlin fiktiv und dem Hamburger Fall entnommen. Die tatsächlich existierende Verordnung zur Regelung des Schiffsverkehrs auf den Gewässern des Landes Berlin (Landesschiffahrtsverordnung Berlin vom 27. April 1998 – LandesschiffVO) enthält keine entsprechende Vorschrift.

⁶ *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. § 5 Rn. 26.

II. Zuständigkeit

Das Verwaltungsgericht Berlin ist gemäß §§ 45, 52 Nr. 2 VwGO (Ortsbezug) zuständig.

III. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, wie es sich bei verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Die *Waterfront Taxi GmbH (W)* will erreichen, dass ihre Motorboote entgeltlich auf der Spree Personen befördern dürfen. Dieses Ziel versucht sie, den Anträgen entsprechend, auf zweierlei Wegen zu erreichen.

1. Feststellungsklage

Zunächst begehrt die *W* die Feststellung, dass sie ohne eine solche Zulassung die Spree mit ihren Motorbooten zum avisierten Zweck befahren darf. Hierfür könnte § 47 VwGO in Betracht kommen, der die Kontrolle von Rechtsverordnungen ermöglicht (prinzipale Normenkontrolle). Das Berliner Landesrecht räumt jedoch keine solche Möglichkeit nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ein.

Es könnte jedoch eine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO statthafte Klageart sein. Hierfür müsste gemäß § 43 Abs. 1 VwGO ein feststellungsfähiges, also hinreichend konkretisiertes Rechtsverhältnis vorliegen. Solche Rechtsverhältnisse sind rechtliche Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer Rechtsnorm des öffentlichen Rechts für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder für das Verhältnis zwischen einer Person und einer Sache ergeben.⁷ Auch die inzidente Kontrolle der Gültigkeit einer Rechtsnorm ist hierdurch möglich. Das Normenkontrollverfahren des § 47 VwGO entfaltet insofern keine Sperrwirkung.⁸

Vorliegend will *W* festgestellt wissen, dass sie aus § 28 Abs. 1 BWG berechtigt ist, die Spree zu befahren und dem nicht §§ 1 und 2 SSVO entgegensteht. Dies ist auch keine abstrakte Rechtsfrage, sondern die Rechte und Pflichten in diesem Rechtsverhältnis stehen konkret in Streit.

Der Hauptantrag der *W* ist daher als Feststellungsklage statthaft.

2. Verpflichtungsklage

Hilfsweise begehrt die *W* eine Neubescheidung nach § 2 Abs. 2 SSVO. Da die Zulassung nach dieser Norm eine einseitige hoheitliche Einzelfallregelung einer Behörde i. S. v. § 1 Abs. 4 VwVfG mit Außenwirkung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und mithin einen Verwaltungsakt i. S. v. § 35 Satz 1 VwVfG darstellt, ist insofern die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 VwGO die statthafte Klageart.

⁷ BVerwGE 136, 54 Rn. 24.

⁸ *Happ*, in: Eyermann (Hrsg.), VwGO, 14. Aufl., § 43 Rn. 9.

Das Verwaltungsgericht würde sich erst dann mit dem Hilfsantrag auseinandersetzen, wenn der Hauptantrag nicht durchdringt. Im Gutachten bietet sich jedoch eine Zusammenfassung an, um Dopplungen in den Ausführungen zur Zulässigkeit zu vermeiden.

3. Objektive Klagehäufung

Die Verpflichtungsklage und Feststellungsklage können gem. § 44 VwGO gemeinsam verfolgt werden, da sie sich gegen den gleichen Beklagten richten, das gleiche Gericht zuständig ist und sie tatsächlich in Zusammenhang stehen.⁹

IV. Beteiligtenfähigkeit (§ 61 VwGO)

Die Klägerin (GmbH) sowie das Land Berlin (Gebietskörperschaft) sind als juristische Personen nach § 61 Nr. 2 VwGO beteiligtenfähig.

V. Prozessfähigkeit (§ 62 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 VwGO)

Die W wird, wie auch das Land Berlin, gemäß § 62 Abs. 1 Nr. 3 VwGO vertreten, da sie als juristische Personen nur durch ihre Vertreter handeln können. Erstere wird durch ihren Geschäftsführer, § 35 Abs. 1 GmbHG, letzteres durch die zuständige Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt vertreten.

VI. Ordnungsgemäße Klageerhebung

Weiterhin ist die Klage ordnungsgemäß nach den §§ 81f. VwGO zu erheben.

Dies könnte fraglich sein, da einer der Anträge hilfsweise gestellt wurde. Denn Prozesshandlungen sind grundsätzlich bedingungsfeindlich (vgl. § 82 Abs. 1 S. 2 VwGO: „[Die Klageschrift] soll einen *bestimmten* Antrag enthalten.“).¹⁰ Hiervon wird jedoch für innerprozessuale Bedingung eine Ausnahme gemacht, die von einer Entscheidung des Gerichts abhängen und insofern keine Unsicherheiten über das Prozessrechtsverhältnis aufkommen lassen. Der vorliegende Hilfsantrag wurde für den Fall gestellt, dass der Hauptantrag keinen Erfolg hat. Damit hängt der Eintritt der Bedingung von einer Entscheidung des Gerichts ab und es liegt eine innerprozessuale Bedingung vor. Der Hilfsantrag ist daher zulässig.

Im Übrigen ist von der ordnungsgemäßen Klageerhebung mangels weiterer Angaben im Sachverhalt auszugehen.

⁹ Wäre dies nicht der Fall müssten die Klagen gem. § 93 S. 2 VwGO getrennt werden.

¹⁰ Geiger, in: Eyermann (Hrsg.), VwGO, 14. Aufl., § 82, Rn. 11.

VII. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen der Feststellungsklage

1. Feststellungsinteresse

Die W müsste des Weiteren ein berechtigtes Interesse an einer baldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses haben, § 43 Abs. 1 VwGO.

Als Feststellungsinteresse gilt jedes schutzwürdige Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art.¹¹ Die W hat ein wirtschaftliches und mit Blick auf die gerügten Grundrechte auch rechtliches Interesse an der Feststellung. Sie steht außerdem gegenwärtig in Streit über ihre geplanten Investitionen mit der zuständigen Senatsverwaltung, so dass sie auch ein baldiges Interesse an Feststellung hat.

2. Klagebefugnis

Es ist umstritten, ob das Erfordernis der Klagebefugnis aus § 42 Abs. 2 VwGO bei Feststellungsklagen analog anzuwenden ist.¹² Wäre dies der Fall, müsste die W die Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts geltend machen können. Ein subjektives Recht vermittelt nach der Schutznormtheorie eine Norm, die auch den Individualinteressen desjenigen zu dienen bestimmt ist, der sich auf sie beruft.¹³ Vorliegend verleiht § 28 Abs. 1 BWG jedermann die Befugnis, schiffbare Gewässer zu befahren, und ist daher auch den Interessen der W zu dienen bestimmt. W kann daher jedenfalls aus § 28 Abs. 1 BWG ein subjektives Recht geltend machen, dessen Verletzung durch eine Beschränkung vorliegend möglich erscheint. Der Streit braucht hier somit nicht entschieden zu werden.

3. Subsidiarität

Die Feststellungsklage dürfte schließlich auch nicht subsidiär sein, § 43 Abs. 2 VwGO. Dies wäre dann der Fall, wenn der W mit einer anderen Klageart ein effektiverer Weg zur Verfügung stünde, ihre Rechte geltend zu machen.

Da das Begehren von W in diesem Antrag gerade dahin geht, keine Zulassung zu benötigen, kommt eine Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO nicht in Betracht.

Fraglich ist, ob W nicht vorrangig eine (vollstreckungsfähige und insofern rechtsschutzintensivere) allgemeine Leistungsklage, auf Verpflichtung zur Duldung der Beförderung erheben müsste. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Tenor der Fest-

¹¹ BVerwGE 112, 253 ff.; s. hierzu: *Happ*, in: Eyermann (Hrsg.), VwGO, 14. Aufl., § 82, Rn. 30.

¹² Diese Analogie wird teilweise verneint, da es aufgrund der Sonderregelung des § 43 Abs. VwGO an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Nach der Gegenauffassung ist eine Analogie geboten, da auch die allgemeine Feststellungsklage im System subjektiver Rechte steht und die Subsidiaritätsklausel für den reinen Interessenten gegenstandslos wäre; s. hierzu: *Happ*, in: Eyermann (Hrsg.), VwGO, 14. Aufl., § 43 Rn. 38a.

¹³ Zum Begriff für den Verwaltungsrechtsschutz zentralen Begriff des subjektiven Rechts siehe: *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., § 9 Rn. 1 ff.

stellungsklage insoweit weiter reicht, als eine durch Leistungsklage erwirkte Duldungspflicht, die zeitlich und örtlich auf konkrete Fälle beschränkt sein muss. Somit ist die allgemeine Leistungsklage vorliegend tatsächlich weniger rechtsschutzintensiv und daher hier nicht vorrangig.

Somit ist die Feststellungsklage im vorliegenden Fall nicht subsidiär.

Für eine Feststellungsklage sind weder Vorverfahren nach § 68 VwGO noch eine Frist nach § 74 VwGO einzuhalten. Auch § 78 VwGO ist nicht anzuwenden. Denn alle diese Normen stehen im 8. Abschnitt über Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Eine Analogie kommt insbesondere für § 78 VwGO nicht in Betracht, da der Klagegegner nicht zwingend der Rechtsträger der Vollzugsbehörde einer Norm sein muss, sondern die Feststellung auch gegenüber anderen Rechtsträgern begehrt werden kann (Ganz h.M.: *Happ*, in: Eyermann (Hrsg.), VwGO, 14. Aufl., § 43 Rn. 44; *Schenke*, in: Kopp/Schenke (Hrsg.), VwGO, 22. Aufl. 2016, § 78 Rn. 2; *Brenner*, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl. 2014, § 78 Rn. 11). Anderes gilt gem. § 125 Abs. 2 Bundesbeamtengesetz (BBG) bei Klagen eines Beamten gegen den Dienstherrn. A.A. aber vertretbar (so etwa *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 12 Rn. 31, der darauf verweist, dass das Rechtsträgerprinzip bei allen Klagen gelte).

VIII. Besondere Sachurteilsvoraussetzungen der Verpflichtungsklage

Die Verpflichtungsklage ist nach § 42 Abs. 2 VwGO nur zulässig, wenn die W klagebefugt ist, also geltend machen kann, durch die Ablehnung der Zulassung möglicherweise in ihren Rechten verletzt zu sein. W ist der Auffassung, dass ihr die Zulassung hätte erteilt werden müssen. Da die Erlaubnis nach § 2 Abs. 2 SSVO auch den Interessen der W als Antragstellerin zu dienen bestimmt ist, folgt aus der Norm entsprechend der Schutznormtheorie ein subjektives Recht für die W als Antragstellerin. Die rechtswidrige Versagung der Erlaubnis würde sie entsprechend in ihren Rechten verletzen.

Eine solche Verletzung müsste auch als möglich erscheinen, also nicht nach jeder Betrachtungsweise von vornherein ausgeschlossen sein. Die Erlaubnis kann nur in den nach § 2 Abs. 2 SSVO vorgesehenen Fällen erteilt werden. Die W ist jedoch weder für die Stadt Berlin tätig, noch beabsichtigt sie, historische Boote einzusetzen. Sie fällt daher ersichtlich nicht in den Anwendungsbereich der Norm. Da ein anderes Ergebnis, ohne dass eine tiefere Auslegung erforderlich wäre, nicht möglich erscheint, ist eine Verletzung somit von vornherein ausgeschlossen.

Da schon die Tatbestandsvoraussetzungen der Erlaubnisnorm nicht erfüllt sind, kommt es auf die – offensichtlich ermessensmissbräuchlichen – Erwägungen im Rahmen der Verpflichtungsklage nicht mehr an.

A.A. hinsichtlich der Klagebefugnis vertretbar, dann wäre weiter zu prüfen:

- Vorverfahren (entbehrlich nach § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO, da mit Senat

oberste Landebehörde tätig)

- Monatsfrist (§ 74 Abs. 1 und 2 VwGO)
- Passive Prozessführungsbefugnis (§ 78 VwGO), die natürlich auch mit der Rechtsprechung in der Begründetheit als Passivlegitimation geprüft werden darf (s. zum Streit, der praktisch keine Relevanz hat: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, 10. Aufl. 2016, § 12 Rn. 29f.)

IX. Ergebnis zu A

Die Klage ist daher mit ihrem Hauptantrag als Feststellungsklage zulässig und im Übrigen unzulässig.

B. Begründetheit

Soweit die Verpflichtungsklage für zulässig erachtet wurde, ist sie im Anschluss an die Feststellungsklage zu behandeln und aus den o. g. Gründen in aller Kürze negativ zu bescheiden. Wird die Feststellungsklage für unbegründet gehalten, ist die Verpflichtungsklage regulär als Hilfsantrag zu prüfen; wird die Feststellungsklage, wie hier, für begründet gehalten, wäre die Verpflichtungsklage hilfsgutachtlich zu prüfen. Der wesentliche Punkt, weshalb sie abzuweisen ist, muss an einer Stelle genannt werden.

Im Rahmen der formellen Rechtmäßigkeit wäre neben Anhörung und Begründung nach §§ 28, 39 VwVfG auch auf die Zuständigkeit der Senatsverwaltung einzugehen, die laut Sachverhalt gegeben ist (tatsächlich zu finden in § 85 BWG).

Die Feststellungsklage ist begründet, wenn das geltend gemachte Rechtsverhältnis besteht. Fraglich ist daher, ob die W berechtigt ist, die Spree ohne Zulassung zu befahren.

Auf der Spree als laut Sachverhalt schiffbarem Gewässer hat dieses Recht gemäß § 28 Abs. 1 und 2 BWG grundsätzlich jedermann. Für die maschinenangetriebene Schifffahrt hat der Senat dieses Recht jedoch mit § 2 Abs. 1 SSVO beschränkt und von einer Erlaubnis nach Abs. 2 abhängig gemacht. Ob die W die Spree dennoch mit Motorbooten erlaubnisfrei befahren darf, hängt daher davon ab, ob § 2 Abs. 1 SSVO wirksam ist. Von ihrem rechtmäßigen Erlass gemäß § 28 Abs. 3 BWG und Art. 64 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 der Verfassung von Berlin ist laut Sachverhalt auszugehen. Sie könnte daher nur wegen Verstoß gegen sonstiges höherrangiges Recht unwirksam sein.

I. Art. 14 GG

Art. 14 Abs. 1 GG schützt als Eigentum alle vermögenswerten Rechte, die dem Berechtigten von der Rechtsordnung in einer Weise zugeordnet sind, dass dieser die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem

privaten Nutzen ausüben darf.¹⁴ Das Eigentum an den Motorbooten zählt hierzu, wird aber als solches nicht angetastet. Die Möglichkeit, diese Boote zu nutzen, wird auch nicht ausgeschlossen oder als solche eingeschränkt, sondern nur das Befahren der Spree. Der Schwerpunkt liegt in dieser Handlung, zu der das Eigentum lediglich benutzt wird, und fällt damit nicht unter die Eigentumsfreiheit.¹⁵

Soweit die W geltend macht, ihre Investitionen würden frustriert, da sie die Boote nicht auf der Spree zur entgeltlichen Personenbeförderung nutzen darf, ist Art. 14 GG in Abgrenzung zur Berufsfreiheit des Art. 12 GG nicht einschlägig; ersterer schützt den Bestand des bereits Erworbenen, nur letzterer den Erwerb.¹⁶

Eine Verletzung von Art. 14 GG scheidet daher aus.

II. Art. 12 GG

1. Schutzbereich

Die Berufsfreiheit stellt ein einheitliches Grundrecht dar und ist im Schutzbereich nicht, wie der Wortlaut nahelegt, in Berufswahl und Berufsausübung zu unterteilen, da beide Aspekte sich nicht klar trennen lassen.¹⁷ So wird die Berufswahl z. B. in der Berufsausübung immer wieder neu bestätigt und die Modalitäten der Berufsausübung können sich auf die Berufswahl auswirken.

Der Betrieb eines Wassertaxiunternehmens ist eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, die nicht schlechthin gemeinschädlich ist und daher ein Beruf i. S. v. Art. 12 GG.¹⁸ Da nicht lediglich Eigenschaften geschützt werden, die nur natürlichen Personen zukommen, ist Art. 12 GG auch seinem Wesen nach auf die W als inländische juristische Person anwendbar, Art. 19 Abs. 3 GG.¹⁹

2. Eingriff

Die SSVO verbietet unmittelbar, rechtlich und mit Zwang ein Verhalten, dass zur Berufsausübung der W gehört. Insofern könnte ein klassischer Eingriff vorliegen.²⁰ Fraglich ist jedoch, ob die Regelung auch final in die Berufsfreiheit eingreift. Hieran könnte gezweifelt werden, weil der Ordnungsgeber maßgeblich Umwelt und andere Nutzer schützen will.²¹ Nicht-finale, also nur mittelbare Eingriffe, sind jedoch nur bei einer objektiv berufsregelnden Tendenz der Regelung gegeben,²² da andernfalls fast jede

¹⁴ BVerfGE 112, 93 (107); s. hierzu: *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 447.

¹⁵ Vgl. hierzu: *Epping*, ebd., Rn. 455.

¹⁶ *Hufen*, Grundrechte, 5. Aufl., § 38 Rn. 13; *Epping*, ebd., Rn. 456.

¹⁷ BVerfGE 7, 377 (400) – Apothekenurteil.

¹⁸ BVerfGE 7, 377 (397 ff.); 87, 37 (40f.); s. hierzu: *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 378 f.

¹⁹ Vgl. *Hufen*, Grundrechte, § 6 Rn. 36.

²⁰ *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 392.

²¹ VG Hamburg, 5 K 122/08 v. 24.02.2010, Rz. 76.

²² BVerfGE 95, 267 (302); *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 399.

Norm die Berufsfreiheit betreffen würde.²³ Beschränkungen, welche die Berufsfreiheit nur reflexartig oder am Rande betreffen, fallen nicht hierunter. Die SSVO belässt es jedoch nicht bei einem Verbot maschinenangetriebener Schifffahrt, sondern regelt eine Ausnahme für die entgeltliche Personenbeförderung auf der Spree. Insofern steht die Regelung in engem Zusammenhang mit der Berufsausübung und hat daher objektiv berufsregelnde Tendenz. Jedenfalls ein mittelbarer Eingriff liegt somit vor.

3. Rechtfertigung

Dieser Eingriff könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Er wird mit § 2 Abs. 1 der SSVO, die auf dem BWG basiert, aufgrund eines Gesetzes vorgenommen. Darüber hinaus müsste die Regelung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.²⁴

a) Legitimes Ziel

Im Rahmen der Berufsfreiheit hängen die zulässigen Ziele einer solchen Rechtfertigung nach der Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts davon ab, in welchen Bereich der Berufsfreiheit eingegriffen wird.²⁵ Hierbei sind Regelungen zu unterscheiden, welche die Berufsausübung betreffen, und solche, welche die Berufswahl (subjektiv oder objektiv) einschränken.

Die Drei-Stufen-Lehre kann auch vertretbarerweise schon beim Eingriff besprochen werden. Wirklich relevant wird sie jedoch erst im Rahmen der Verhältnismäßigkeit.

Ob, wie von der W vorgetragen, ein „Berufsverbot“ und damit ein Eingriff in die Freiheit der Berufswahl vorliegt, hängt davon ab, ob es sich beim Betrieb von Wassertaxis auf der Spree um einen eigenen Beruf i. S. d. Art. 12 GG oder lediglich eine Berufsmodalität handelt. Dies wiederum ist davon abhängig, ob diese Tätigkeit einem eigenen Berufsbild entspricht.²⁶ Mangels einer gesetzlichen Fixierung in diesem Bereich ist auf die allgemeine Verkehrsauffassung abzustellen, wobei als wichtiges Indiz die Existenz einer über die Vermittlung der üblichen Branchenkenntnisse hinausgehenden Berufsausbildung zu berücksichtigen ist.²⁷ Hiernach kann davon ausgegangen werden, dass der Betrieb von Wassertaxis, der u. a. Personal mit Bootsführerschein voraussetzt, an sich einem eigenen Berufsfeld entspricht. Dieser wird der W jedoch nicht verboten. Es ist ihr lediglich im entsprechenden Spreegebiet untersagt, den Beruf auszuüben. Der Betrieb von Wassertaxis gerade auf der Spree stellt jedoch ersichtlich keinen eigenen Beruf dar und die hier gegenständliche Regelung betrifft somit nicht die Berufswahl.

²³ *Kämmer*, in von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. Art. 12, Rn. 46 ff.

²⁴ S. hierzu: *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 48ff.

²⁵ BVerfGE 7, 377 (397) – Apothekenurteil; s. hierzu: *Hufen*, Grundrechte, 5. Aufl., § 35, Rn. 29 ff. Zum Standpunkt der Frage in der Falllösung: *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 410.

²⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 12, Rn. 37.

²⁷ BVerfGE 17, 269 (274 f.); *Epping*, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 415; s. im Detail: *Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 65.

Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit können bereits mit vernünftigen Gemeinwohlerwägungen gerechtfertigt werden. Der Schutz der Uferanlage und anderer Nutzer sind solche Gründe.

b) Geeignetheit

Die Regelung müsste zur Erreichung dieser Ziele auch geeignet, also ihnen zumindest förderlich, sein. Eine Beschränkung der entgeltlichen Personenbeförderung (und des maschinenangetriebenen Schiffsverkehrs insgesamt) auf der Spree verringert die Beeinträchtigungen, welchen Uferanlage, Flora und Fauna und andere Nutzer des Gewässers andernfalls ausgesetzt wären. Bezüglich der Nutzung der Uferanlage zu Freizeitwecken könnte man gegebenenfalls an einer Beeinträchtigung durch Motorboote (und damit der Geeignetheit der Beschränkung) jedenfalls in den ohnehin verkehrstechnisch stark genutzten Teilen der Innenstadt zweifeln. Insofern steht dem Verordnungsgeber jedoch ein faktischer Einschätzungsspielraum zu, der vorliegend nicht überschritten scheint. § 2 Abs.1 SSVÖ ist damit den genannten Zielen förderlich.

c) Erforderlichkeit

Die Regelung müsste auch erforderlich sein, also das mildeste gleich geeignete Mittel darstellen, um diese Ziele zu erreichen.

Es wäre denkbar einen zusätzlichen Erlaubnistatbestand für die W zu schaffen. Dies würde jedoch zu einer höheren Belastung des Gewässers führen und wäre daher nicht gleich geeignet.

Eine grundsätzliche Öffnung der Zulassungsgründe für nicht staatlich beauftragte Anbieter würde ebenso mit einer Auswahl der Anbieter durch den Senat einhergehen müssen und wäre daher wohl schon kein milderer Mittel. Andernfalls würde das Ziel nicht in gleicher Weise erreicht.

Die Regelung ist daher auch erforderlich.

d) Angemessenheit

Schließlich müsste der Eingriff auch verhältnismäßig i. e. S. sein. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass dem Eingriff nach der Drei-Stufen-Theorie ein eher geringes Gewicht zukommt und vernünftige Gemeinwohlerwägungen ausreichend sind – auch wenn die Theorie nicht schematisch anzuwenden ist, da auch Berufsausübungsregelungen gravierende Eingriffe bedeuten können²⁸.

Die Schwere der Beeinträchtigung der Berufsfreiheit dürfte nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der angestrebten legitimen Ziele stehen. Zunächst ist die Schwere der Auswirkungen auf die W festzustellen. Zwar kann sie auf anderen Wasserwegen einen Wassertaxibetrieb aufbauen. Der Betrieb auf der zentralen Spree an wesentlichen Berliner Sehenswürdigkeiten und Verkehrsstrecken wäre jedoch aller Voraussicht nach lukrativer. Die Berufsausübungsbeschränkung stellt für die W somit keine unerhebliche

²⁸ M.w.N.: Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 12, Rn. 37.

Beeinträchtigung dar. Dem gegenüber steht das öffentliche Interesse, den maschinengetriebenen Verkehr auf der Spree im, in Art. 20a GG verfassungsrechtlich anerkannten, Interesse der Umwelt und anderer Nutzer zu beschränken. Aufgrund der Belastungen und Gefährdungen, die ein unregulierter Fahrbetrieb mit sich bringen würde, scheint die Beschränkung der Berufsfreiheit nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck zu stehen. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass dem Ordnungsgeber im Rahmen der Berufsfreiheit ein erheblicher Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zuzugestehen ist.²⁹ Die Beschränkung der Berufsfreiheit der W ist nach alldem angemessen.

Der Eingriff ist mithin gerechtfertigt und es liegt keine Verletzung von Art. 12 GG vor.

A.A. vertretbar.

III. Art. 3 Abs. 1 GG

Schließlich könnte Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, es sei denn es lässt sich eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung hierfür anführen.

Der Gleichheitssatz wird allgemeiner Ansicht nach geprüft, indem zuerst eine rechtlich relevante Ungleichbehandlung festgestellt und sodann nach einer Rechtfertigung gefragt wird. Im Rahmen der Rechtfertigung stellt sich die Frage nach dem richtigen Kontrollmaßstab (Wann genau ist die Ungleichbehandlung gerechtfertigt?). Schließlich muss gegebenenfalls die Rechtsfolge einer Ungleichbehandlung erörtert werden.³⁰

1. Ungleichbehandlung

§ 2 SSVO müsste daher eine Ungleichbehandlung der W gegenüber anderen in wesentlich gleicher Situation darstellen. Hierbei kommt es darauf an, ob diese sich unter einen gemeinsamen Oberbegriff fassen lassen und sodann aufgrund besonderer Merkmale unterschiedlich behandelt werden.³¹

Das grundsätzliche Verbot aus § 2 Abs. 1 SSVO, die Spree mit Motorbooten zu befahren, gilt für jedermann und lässt sich daher nicht direkt am Gleichheitssatz prüfen. § 2 Abs. 2 sieht Ausnahmetatbestände vor, die eine entgeltliche Personenbeförderung auf der Spree für vom Land Berlin beauftragte und „spreetypische“ historische Schiffe gestatten. Moderne Motorboote, die nicht für das Land Berlin Personenbeförderung betreiben, werden im Unterschied hierzu ausgeschlossen. Hierin liegt eine Ungleichbehandlung von im Wesentlichen gleichen Sachverhalten zulasten der W, da alle entgeltliche Personenbeförderung betreiben. Diese macht die W auch geltend. Ob aus einer Rechtswidrigkeit des Abs. 2 beziehungsweise einzelner seiner Tatbestände auch

²⁹ Vgl. BVerfGE 102, 197 (218); 110, 141 (157); 116, 202 (224 ff.); 117, 163 (182 f., 189); s. auch. Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 12 Rn. 32 m.w.N.

³⁰ S. insgesamt zur Bearbeitung in Prüfungsarbeiten: Epping, Grundrechte, 6. Aufl., Rn. 776 ff.; sowie im Detail: Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu u.a. (Hrsg.), GG, Art. 3, Rn. 21 ff.

³¹ S. hierzu: Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu u.a. (Hrsg.), GG, Art. 3, Rn. 21.

eine Nichtigkeit des Abs. 1 folgt oder eine Ausnahme auf die W erstreckt werden muss, ist eine Folgefrage.

2. Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung kann jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Kontrolldichte

Ob hierfür schon sachliche Gründe ausreichend sind (Willkürverbot) oder eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung („neue Formel“) durchzuführen ist, hängt von der Intensität der Beeinträchtigung durch die Ungleichbehandlung und davon ab, ob sie personenbezogen ist (also an Merkmale anknüpft, die der Einzelne nicht oder nur schwer ändern kann³²) oder ob nach Sachverhalten differenziert wird. Die Intensität bestimmt sich u. a. danach, wie stark sich die Ungleichbehandlung auf (besondere) Freiheitsrechte auswirkt oder sich den besonderen Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 3 GG annähert.³³ Die Kontrolldichte wird anhand dieser Kriterien nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stufenlos auf einer Skala vom Willkürverbot bis zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung festgelegt.³⁴

Vorliegend ist die Regelung zwar sachverhaltsbezogen und nicht auf eine bestimmte Personengruppe gerichtet. Es ist jedoch die Berufsfreiheit als besonderes Freiheitsrecht betroffen, wohlgedemert lediglich in Form der Berufsausübungsfreiheit. Daher wird eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen sein, in welcher dem Normgeber jedoch ein erheblicher Einschätzungs- und Ausgestaltungsspielraum zukommt.

b) § 2 Abs. 2 Nr. 1 SSVO

Mit der Beschränkung der entgeltlichen Personenbeförderung auf Fahrzeuge, die für das Land Berlin tätig werden, bezweckt der Normgeber eine Beschränkung des maschinenangetriebenen Schiffsverkehrs auf der Spree und damit Umweltschutz und den Schutz anderer Nutzer. Die Regelung fördert dieses Ziel auch, da das Land so eine qualitative und quantitative Begrenzung vornehmen kann. Weil mildere gleich geeignete Mittel nicht ersichtlich sind, ist auch ihre Erforderlichkeit gegeben. Schließlich steht die Intensität dieser Ungleichbehandlung auch nicht außer Verhältnis zu ihrem Zweck. Ergänzend zu den bereits zur Berufsfreiheit ausgeführten Erwägungen ist im Rahmen von Art. 3 GG relevant, dass § 2 Abs. 2 Nr. 1 SSVO es nicht ausschließt, auch private Anbieter zuzulassen. Ob das Land Berlin die W auf ihren Antrag hin entsprechend beauftragen müsste, ist eine Frage des Vergaberechts, welche in diesem Verfahren nicht streitgegenständlich ist.³⁵

A.A. bei entsprechender Argumentation vertretbar. Der Bezug zum Vergaberecht kann nicht unbedingt erwartet werden. Es sollte aber erkannt werden, dass die Norm

³² Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 3, Rn. 20; vgl. Art. 3 Abs. 3 GG.

³³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 3, Rn. 22.

³⁴ BVerfGE 129, 49 (68f.); s. hierzu: Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu u.a. (Hrsg.), GG, Art. 3, Rn. 29-33.

³⁵ VG Hamburg, 5 K 122/08 v. 24.02.2010, Rz.33.

private Anbieter nicht grundsätzlich ausschließt.

Vergaberechtlich handelte es sich bei einer Beauftragung nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 SSVÖ wohl nicht um einen Auftrag, sondern, da der Betreiber der Wassertaxis das wirtschaftliche Betriebsrisiko trägt, um eine Konzession gemäß § 105 GWB. Das Land Berlin wäre bei der Vergabe als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr.1 GWB entsprechend an die Konzessionsvergabeverordnung gebunden, soweit der Vertragswert die Schwelle des Art. 8 der Konzessionsrichtlinie (2014/23/EU) i. H. v. 5.186.000 EUR überschreitet. Unterhalb dieses Wertes fände die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) Anwendung.³⁶

Zu den grundlegenden Prinzipien bei der Vergabe gehören ober- wie unterhalb des Schwellenwerts das Wettbewerbsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot sowie das Transparenzgebot.³⁷ Wesentliche Unterschiede ergeben sich indes im Rechtsschutz: Oberhalb des Schwellenwertes ist ein Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 155 ff. GBW statthaftes Rechtsmittel, welches die rechtswidrige Konzessionsvergabe verhindern kann. Unterhalb des Schwellenwertes können grundsätzlich nur Schadensersatzansprüche aus c.i.c. über die ordentlichen Gerichte geltend gemacht werden.³⁸ Zusätzlich wäre in Berlin das Ausschreibungs- und Vergabegesetz (Ber-IAVG) zu beachten.³⁹

c) § 2 Abs. 2 Nr. 2 SSVÖ

Die Ungleichbehandlung gegenüber historischen spreotypischen Fahrzeugen i. S. v. § 2 Abs. 2 Nr. 2 SSVÖ verfolgt mit der Traditionspflege und der „Bewahrung stadthistorisch beachtlichen Kulturgutes“ ein legitimes Ziel. Es scheint jedoch zweifelhaft, ob dieses Ziel durch die Regelung gefördert werden kann, die Regelung also geeignet ist. Denn anders als in anderen Städten existierten in Berlin (laut Sachverhalt – tatsächlich ließe sich wohl anderes argumentieren⁴⁰) nie „spreotypische“ Wasserfahrzeuge. Entsprechend existiert keine Tradition, die gepflegt, und kein Kulturgut, das bewahrt werden könnte. Die Maßnahme ist daher zur Erreichung des angegebenen Ziels ungeeignet und damit unverhältnismäßig.

A.A. wegen Hinweises im Sachverhalt schwer vertretbar. Eine historisierende Neuschaffung von Kulturgut könnte ggf. legitimes Ziel sein, wird hier aber dem eigenen Anspruch nach vom Ordnungsgeber und auch objektiv nicht verfolgt.

IV. Folge der Rechtswidrigkeit von § 2 Abs. 2 Nr. 2 SSVÖ

Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht über Art. 100 Abs. 1 GG ist, anders als im Sachverhalt vorgetragen, schon deshalb nicht erforderlich, weil die SSVÖ eine

³⁶ S. hierzu: *Ziekow*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 9 Rn. 8, 11-14, 16.

³⁷ Ebd., § 9 Rn. 54.

³⁸ S. zu alledem und den im Einzelnen umstrittenen Details: Ebd., § 9 Rn. 90-100.

³⁹ GVBl. S. 399 vom 22.07.2010), zuletzt geändert durch das Erste Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes vom 05.06.2012 (GVBl. S. 159 vom 16.06.2012).

⁴⁰ S. zur historischen Dampfschiffahrt auf der Spree und der im Berliner Umland erbauten „Prinzessin Charlotte von Preußen“: *Grogger*, Spreefahrt tut not! Berliner auf dem richtigen Dampfer, 1972, S. 27 ff.

Rechtsverordnung und kein Gesetz ist. Für untergesetzliche (und vorkonstitutionelle) Rechtsnormen hat das Bundesverfassungsgericht jedoch kein Verwerfungsmonopol.⁴¹

Fraglich ist schließlich aber, ob die Rechtswidrigkeit eines Erlaubnistatbestandes zur begehrten Feststellung führt.

Die Nichtigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen eines Gesetzes hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht automatisch die Nichtigkeit des ganzen Gesetzes zur Folge, da aus Gründen der Gewaltenteilung die Norm grundsätzlich weitestmöglich aufrechtzuerhalten ist.⁴² Dies ist dann möglich, wenn der verfassungswidrige Teil klar abgrenzbar ist und der übrige Teil sinnvoll bleibt und nicht den ursprünglichen Zweck der Norm verfälscht.⁴³ Für untergesetzliche Normen gilt Entsprechendes.⁴⁴

Das grundsätzliche Verbot aus § 1 SSVO, die Spree mit maschinengetriebenen Fahrzeugen zu befahren, würde jedoch ebenso wenig seinen Sinn verlieren wie der Erlaubnistatbestand des § 2 Abs. 2 Nr. 1 SSVO. Daher ist die SSVO nur bezogen auf § 2 Abs. Nr. 2 SSVO unwirksam.

Eine Erstreckung der Erlaubnis auf die W durch das Verwaltungsgericht ist aus Gründen der Gewaltenteilung im Verhältnis zum Ordnungsgeber grundsätzlich ausgeschlossen und käme nur in Betracht, wenn die Erstreckung die einzig verfassungsrechtlich zulässige Lösung darstellte.⁴⁵ Hier liegt wohl jedoch eher der umgekehrte Fall vor: Die Streichung dieses Erlaubnistatbestandes scheint die einzig rechtmäßige Lösung.

Da § 2 Abs. 1 SSVO entsprechend in jedem Fall weiterhin wirksam bleibt, ist die W nicht berechtigt, zulassungsfrei die Spree mit ihren Motorbooten zu befahren. Das festzustellende Rechtsverhältnis besteht dementsprechend nicht.

C. Gesamtergebnis

Die Klage der W ist teils zulässig, letztlich jedoch unbegründet. Sie wird keinen Erfolg haben.

⁴¹ BVerwGE 102, 113 (117).

⁴² Vgl. *Stark*, in: Umbach u.a. (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl., § 95, Rn. 83.

⁴³ BVerfGE 67, 256 (290) – Staatshaftungsgesetz; 100, 249 (262 f.); s. hierzu: *Heusch*, in: Umbach u.a. (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl., § 31, Rn. 80.

⁴⁴ OVG Berlin-Brandenburg, 11 A 5.07 v. 13.11.2008, Juris Rn. 49.

⁴⁵ BVerwGE 102, 113 (118); s. hierzu: *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., Art. 3, Rn. 40 ff.; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu u.a. (Hrsg.), GG, Art. 3, Rn. 37 f.