

# Verwaltungsgericht Hamburg

Kammer 5  
Die Geschäftsstelle

Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg

Herrn  
Ivica Krijan  
Ernst-Horn-Straße 36 c  
22525 Hamburg

Ihr Zeichen:

Aktenzeichen  
5 E 4748/18

Zimmer  
3.41

Durchwahl  
42843-7579

Datum  
20.12.2018

## In der Verwaltungsrechtssache

Krijan ./.. Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation

Sehr geehrter Herr Krijan,

in vorbezeichneter Sache erhalten Sie anliegende(s) Schriftstück(e).

Mit freundlichen Grüßen

Tillner  
Justizfachangestellte

---

Lübeckertordamm 4 - 20099 Hamburg - Telefon 040 42843 - 7540 - Telefax 040 42843 - 7219

Internet: [www.Verwaltungsgericht.Hamburg.de](http://www.Verwaltungsgericht.Hamburg.de)

Datenschutzhinweise nach der Verordnung (EU) 2016/679: <http://justiz.hamburg.de/vg-service/>  
oder ggf. unter der o.g. Telefonnummer

**Sprechzeiten:**  
Montag bis Freitag 9.00 - 13.00 Uhr  
oder nach Vereinbarung

**Verkehrsverbindungen:**  
Buslinien: 35, 36  
U-Bahn Lohmühlenstraße  
S- u. U-Bahn Berliner Tor

**Parkmöglichkeiten:**  
Ⓟ Tiefgarage Zufahrt Berliner Tor  
(neben dem Studentenwohnhaus Nr. 3 -  
entgeltpflichtig)



## Verwaltungsgericht Hamburg

### Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Herr Ivica Krijan,  
Ernst-Horn-Straße 36 c,  
22525 Hamburg,

- Antragsteller -

g e g e n

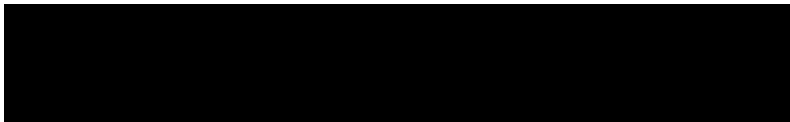
Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation  
Rechtsamt  
Abteilung Verkehrsrecht, Verkehrsgewerbeaufsicht,  
Alter Steinweg 4,  
20459 Hamburg,  
- RV 2/60.24-2161 - ,

- Antragsgegnerin -

beigeladen:  
CleverShuttle Hamburg GmbH,  
vertreten durch den Geschäftsführer Bruno Ginnuth,  
Bernstorffstraße 120,  
22767 Hamburg,

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Redeker, Sellner, Dahs,  
Leipziger Platz 3,  
10117 Berlin,  
- 40/03392-18 - ,

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 5, am 20. Dezember 2018 durch



beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Widerspruch des Antragstellers gegen die der Beigeladenen erteilte Erweiterungsgenehmigung aufschiebende Wirkung hat.

Die Kosten des Verfahrens haben die Beklagte und die Beigeladene je zur Hälfte zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf EUR 6.250 festgesetzt.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich oder nach Maßgabe des § 55a der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – in elektronischer Form beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich oder in elektronischer Form (s.o.) einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander setzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfungsverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle oder in elektronischer Form (s.o.) beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

## Gründe

### I.

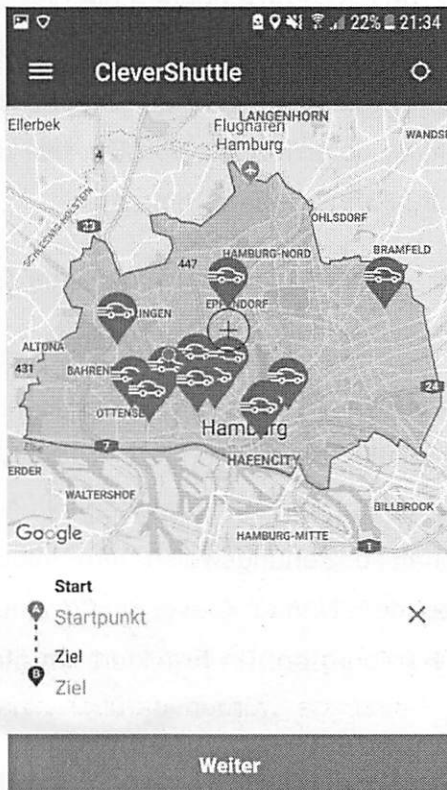
Der Antragsteller wendet sich im Wege einstweiligen Rechtsschutzes gegen die der Beigeladenen erteilte Erweiterungsgenehmigung nach § 2 Abs. 7 Personenbeförderungsgesetz (PBefG), mit der es der Beigeladenen gestattet wird, ihren App-basierten On-Demand-Ride-Sharing-Dienst *CleverShuttle* unter Einsatz von Elektro- und Wasserstofffahrzeugen künftig mit 50 anstatt vormals 20 Fahrzeugen zu betreiben.

Der Antragsteller ist Taxenunternehmer in Hamburg und verfügt aktuell über eine Genehmigung zur Ausübung des Verkehrs mit drei Taxen mit Gültigkeit bis Mai 2022.

Bei der Beigeladenen handelt es sich um die Anbieterin eines On-Demand-Ride-Sharing-Dienstes in Hamburg. Die Mehrheitsbeteiligung an ihrer Muttergesellschaft *GHT Mobility GmbH* hält mittlerweile die *Deutsche Bahn AG*, bei der es sich um ein vollständig bundes-eigenes Unternehmen handelt. Die Muttergesellschaft beziehungsweise ihre lokalen Tochterunternehmen bieten ihren Mobilitätsdienst unter dem Namen *CleverShuttle* aktuell in Berlin, München, Leipzig, Stuttgart, Dresden und Hamburg an. (In Frankfurt am Main soll der Betrieb demnächst aufgenommen werden.)

Beim Angebot von *CleverShuttle* handelt es sich um die folgende Mobilitätsdienstleistung: Der Kunde oder die Kundin bucht mittels der *CleverShuttle* App die Beförderung von einem von ihm oder ihr innerhalb des Geschäftsgebiets frei gewählten Startpunkt zu einem ebenso freigewählten Zielpunkt zu einem durch die App streckenabhängig angebotenen Festpreis. Für weitere von dem Kunden oder der Kundin hinzu gebuchte Mitfahrer/innen wird ein Aufschlag berechnet. Ein Fahrer oder eine Fahrerin der Beigeladenen führt die gebuchte Beförderung mit einem der als *CleverShuttles* eingesetzten Elektro- und Wasserstofffahrzeuge aus. Die Beförderung erfolgt dabei jedoch nicht exklusiv, sondern nach dem Prinzip des Ride-Sharing: Die Beigeladene bündelt (durch einen Algorithmus) Fahrgastwünsche mit ähnlicher Richtung, sodass diese zeitgleich oder überschneidend durch denselben Fahrer oder dieselbe Fahrerin bedient werden können. Dabei werden nach den von der Beigeladenen im Internet veröffentlichen Aussagen Fahrten stets so gebündelt, dass die durch die Bedienung anderer Fahrgastwünsche entstehenden Verzögerungen zeitlich auf die Hälfte der normalerweise notwendigen Fahrzeit bei direkter Bedienung der gebuchten Strecke begrenzt sind. Der jeweilige Kunde oder die jeweilige Kundin zahlt unabhängig davon, ob letztendlich weitere Fahrgäste zusteigen, stets den vorher mittels der *CleverShuttle* App bei der Buchung vereinbarten Festpreis.

In Hamburg bietet *CleverShuttle* seinen Dienst in einem Teilgebiet von Hamburg an, das sich aus der unten stehenden Buchungsmaske der App (im Vergleich zu unten stehendem *Google Maps* Ausschnitt) ansehen lässt:\*



\* Screenshot vom 22.11.2018; GoogleMaps Screenshot vom 23.11.2018.

Die Betriebszeiten von *CleverShuttle* (in Hamburg) sind Sonntag bis Donnerstag von 9 Uhr bis 3 Uhr sowie Freitag und Samstag von 9 Uhr bis 6 Uhr.

Die Fahrpreise für die Beförderung liegen unter dem für eine vergleichbare Strecke anfallenden Preis für eine Taxifahrt. So ergeben sich gemäß der *CleverShuttle* App im Vergleich zu den mittels zweier Taxen-Apps prognostizierten Kosten nach Hamburger Taxentarif folgende Preisbeispiele:

Start	Ziel	Distanz laut Google Maps	CleverShuttle* 1 Fahrgast (2 Fahrgäste / max. 3 Fahrgäste)	Taxi Preise* MyTaxi App / Hansa Taxi App
Deichtorstr. 1	Linnering 1	ca. 9,2 km	9,99 (13,98 / 17,98)	23-28 / 25,55
Platz der Deutschen Einheit 1	Flughafen Hamburg	ca. 13-14 km	14,82 (20,75 / 26,67)	39-47 / 32,5
Englische Planke 1	Rothenbaumchaussee 64	ca. 3,2 km	5,53 (7,74 / 9,96)	11-13 / 13,30

\* Preise ermittelt am 17. Dezember 2018 um 22:20 Uhr.

Für den Betrieb in Hamburg beantragte die *GHT Mobility GmbH* unter dem 23. Oktober 2015 die Erteilung einer Genehmigung zur Ausübung des Personenverkehrs gemäß § 2 Abs. 7 PBefG mit 20 Fahrzeugen. Im Zuge der Antragstellung stellte die Beigeladene ihr Konzept dar und erläuterte zu ihrer Arbeitsweise unter anderem, dass die Daten der eingesetzten App auf einem Server am Betriebssitz verarbeitet würden. Der von ihr entwickelte Algorithmus bündele auf Grundlage dieser Daten die Fahrgastwünsche und erstelle die Fahrgastgruppen (von bis zu 6 Personen). Die Fahrgastgruppen würden dann von einem sogenannten, am Betriebssitz befindlichen „Controller“ (manuell) auf Plausibilität gegengeprüft; dieser erteile auch den Auftrag an den Fahrer. Die *CleverShuttles* beförderten dabei grundsätzlich jeden Fahrgast, es sei denn die Kapazitäten seien erschöpft oder dieser habe die Dienstleistung zuvor missbräuchlich verwendet. Die Betriebszeit solle ab dem 3. Monat 14 Stunden täglich und nach spätestens 12 Monaten 24 Stunden täglich betragen. Bei den eingesetzten Fahrern handele es sich ausschließlich um solche, die über einen Personenbeförderungsschein mit Ortskenntnisnachweis für Hamburg verfügten. Die ordnungsgemäße Betriebsführung werde durch einen Betriebsleiter, der zudem kontinuierlich vom Geschäftsführer unterstützt werde, sichergestellt. Auch garantiere *CleverShuttle* die buchmäßige Erfassung und mindestens einjährige Aufbewahrung aller eingehenden Buchungsanfragen am Betriebssitz. Die Fahrzeuge würden darüber hinaus einer Rückkehrpflicht zum Betriebssitz beziehungsweise alternativ einem noch einzurichtenden Betriebshof unterliegen, sofern sie nicht vor oder während der Fahrt fernmündlich einen neuen Beförderungsauftrag erhielten. *CleverShuttle* werde die Privilegien des Taxengewerbes – das Bereithalten an öffentlichen Straßen oder Plätzen – nicht in Anspruch nehmen und grenze sich auch im Außenauftritt klar von Taxen ab. Weiter machte die *GHT Mobility GmbH* Ausführungen dazu, wie ihr Fahrdienst *CleverShuttle* die öffentlichen Verkehrsinteressen der Stadt Hamburg fördere und verwies dabei im Wesentlichen darauf, den öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) sinnvoll zu ergänzen, als Alternative zum motorisierten Individualverkehr (MIV) die Anschaffung eigener Fahrzeuge zu verhindern und damit den städtischen Verkehr zu entlasten und hierdurch sowie durch den Einsatz von Fahrzeugen mit E-Kennzeichen zum Umweltschutz und zur Lärmreduktion in der Stadt beizutragen. Zudem gab sie an, die erwarteten Ziele durch eine unabhängige Studie prüfen lassen zu wollen, die auch publiziert werden solle. Daneben fügte sie ihrem Antrag die im Antragsformular geforderten Unterlagen sowie zwei Referenzschreiben bei. Auf die Antragsunterlagen wird ergänzend Bezug genommen.

Die Beklagte hörte auf den Antrag hin zahlreiche Beteiligte gutachterlich an. Aus dem Bereich des ÖPNV gaben der *HVV*, die *S-Bahn Hamburg*, die *Hamburger Hochbahn AG* und die *VHH*, aus dem Bereich des Taxengewerbes die *Taxen-Union Hamburg-Hansa*

e.V. jeweils ablehnende Stellungnahmen ab. Zusammenfassend wurde seitens des ÖPNV insbesondere eine starke Konkurrenz der *CleverShuttles* zu klassischen ÖPNV Angeboten und eine damit einhergehende Beeinträchtigung derselben befürchtet. Auch wurde moniert, dass im Antrag Angaben zum Tarif fehlten und nicht klar sei, wieso der Betrieb nicht nach anderen Genehmigungstatbeständen – insbesondere als Mietwagenverkehr – genehmigt werden könne. Die *Taxen-Union Hamburg-Hansa e.V.* verwies darauf, dass eine Bündelung von Fahrten ökologisch sinnvoll sei, es entsprechende Bestrebungen zum Ride-Sharing aber auch im Taxengewerbe gebe. Man würde es begrüßen, Ride-Sharing über das Taxengewerbe anzubieten. Es sei wenig sinnvoll weitere Fahrzeuge auf die Straßen zu bringen, wenn dieser Verkehr auch mit den vorhandenen Kapazitäten abgewickelt werden könne. Das ebenfalls gutachterlich angehörte Amt für Verkehr und Straßenwesen äußerte in seiner Stellungnahme unter anderem, dass das Konzept von *CleverShuttle* grundsätzlich als Mietwagenverkehr einzustufen sei, wobei allerdings das Erfordernis der Vermietung im Ganzen entgegenstehe. Das Konzept sei zwar als Taxenverkehr zulässig, die Tarifstruktur ließe es allerdings nicht zu, dass die Synergieeffekte von Sammelbeförderungen durch die Fahrgäste (anstelle der Unternehmer) abgeschöpft würden. Es hielt die Genehmigung von *CleverShuttle* zwar für problematisch, ging aber davon aus, dass bei einer Begrenzung des Verkehrs auf 20 oder weniger Fahrzeuge unter Verhinderung einer Konzentration auf bestimmte Stadtteile oder Verkehre eine Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen ausgeschlossen sei. In einer ergänzenden Stellungnahme führte die Beigeladene zu diesen Kritikpunkten unter anderem anhand von Berechnungsbeispielen aus, dass die 20 *CleverShuttles* schon durch ihre maximale Kapazität nicht in der Lage seien, die ca. 3.200 zugelassenen Taxen und den ÖPNV mit fast 800 Millionen Fahrgästen im Linienverkehr zu gefährden. Die Stellungnehmenden hielten jedoch überwiegend an ihrer ablehnenden Haltung fest. Allein der HVV hielt eine Genehmigung nunmehr unter der Auflage, das Preisniveau des HVV nicht zu unterbieten, für denkbar. Auf sämtliche Stellungnahmen wird ergänzend Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin entsprach dem Antrag der *GHT Mobility GmbH* mit Bescheid vom 3. Februar 2016 abweichend für 3 Jahre unter folgenden Auflagen: Die Genehmigung sei auf das Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg beschränkt. Das Fahrpersonal müsse im Besitz einer Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung für den Taxen- und/oder Mietwagenverkehr mit dem Nachweis der Ortskunde für Hamburg sein. Für die eingesetzten Fahrzeuge sei ein Abnahmebericht nach der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) vorzulegen, eine Versicherung für die gewerbliche Personenbeförderung mit Mietwagen abzuschließen und eine Zulassung der Kfz-Zulassungsbehörde zu erwirken. Die einzelnen Fahrzeuge seien auf der Genehmi-

gungsurkunde einzutragen und entsprechende Auszüge zu Kontrollzwecken stets mitzuführen. Einzusetzen seien nur Fahrzeuge mit E-Kennzeichen nach dem Elektromobilitätsgesetz. Weiter sei ein Betriebshof mit ausreichender Anzahl an Stellplätzen nachzuweisen. Die Annahme der Beförderungsaufträge erfolge am Betriebssitz; hierüber seien digitale Einzelaufzeichnungen vorgegebenen Inhalts zu fertigen und diese lückenlos, sicher und dauerhaft aufzubewahren. Die Fahrzeuge unterlägen einer Rückkehrpflicht; ein Bereithalten sei unzulässig. Beförderungsaufträge seien unbeschadet der Ausnahmen in § 22 PBefG, § 13 BOKraft grundsätzlich anzunehmen. Das Fahrtentgelt für eine Strecke dürfe nicht unterhalb des HVV-Gemeinschaftstarifes (bestimmt anhand eines Einzelfahrausweises auf der jeweiligen Strecke) liegen. Im Rahmen der Erprobung habe eine Evaluation durch eine unabhängige Stelle zu erfolgen. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin aus, dass es sich bei *CleverShuttle* um ein Verkehrsangebot handle, das – auch in Verbindung mit § 2 Abs. 6 PBefG – weder Linienverkehr noch Gelegenheitsverkehr mit Taxen- und Mietwagen bzw. Ausflugsfahrt oder Ferienzielreise sei, da es wesentliche Elemente dieser Verkehrsformen nicht erfülle. Sie sehe dennoch die Möglichkeit, dass der Dienst einen neuen Nutzerkreis ansprechen könne. Die nach § 2 Abs. 7 PBefG zur Erprobung neuer Verkehrsarten grundsätzlich für die Dauer von höchstens vier Jahren zulässige Genehmigung werde nach pflichtgemäßem Ermessen unter Würdigung der gutachterlichen Stellungnahmen für die Dauer von 3 Jahren erteilt. Es bestehe aufgrund des Verbots des Bereithaltens und der Rückkehrpflicht sowie der unterschiedlichen äußeren Gestaltung eine hinreichende Abgrenzung zum Taxengewerbe; ein Heranwinken der Fahrzeuge sei nicht möglich, da Bestellungen nur über die App erfolgen könnten. Die seitens des ÖPNV geäußerten Bedenken einer Gefährdung bzw. Verschlechterung der ÖPNV Angebote seien nicht hinreichend begründet. Gleichwohl nehme die Antragsgegnerin die Bedenken ernst und habe die Laufzeit der Genehmigung auf 3 Jahre befristet, um rechtzeitig auf eventuelle Störungen reagieren zu können. Die Auflage, dass das Fahrtentgelt über dem Vergleichswert eines HVV-Einzelfahrausweises liegen müsse, verhindere eine Kannibalisierung der ÖPNV Angebote.

In der Folgezeit befand sich der Dienst in Hamburg zunächst noch in der Aufbauphase. Die zuvor unselbständige Hamburger Zweigniederlassung der *GHT Mobility GmbH* wurde durch Gründung der Beigeladenen rechtlich verselbständigt. Die *GHT Mobility GmbH* beantragte unter dem 19. Juni 2017, der Beigeladenen die erteilte Genehmigung zu übertragen. Diesem Antrag entsprach die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 21. Juni 2017.

Die Genehmigungsurkunde wurde am 27. Juli 2017 ausgestellt.



Zwischen dem 24. August und 8. September 2017 führte die Beigeladene zunächst einen unentgeltlichen Testbetrieb durch; im Anschluss daran nahm sie Anfang September 2017 ihren eigentlichen Fahrbetrieb in Hamburg auf.

Am 18. Dezember 2017 beantragte die Beigeladene die Erweiterung ihrer Genehmigung auf insgesamt 50 Fahrzeuge sowie die Verlängerung ihrer Genehmigung bis zum 27. Juli 2021 (mithin für eine Dauer von 4 Jahren ab dem Datum der Ausstellung der Genehmigungsurkunde am 27. Juli 2017). Zur Begründung verwies sie darauf, dass die Erweiterung der Fahrzeugflotte das Ziel verfolge, den Anteil geteilter Fahrten zu erhöhen, da die Wahrscheinlichkeit geteilter Fahrten mit der Größe der Fahrzeugflotte ansteige. Mit nur 20 Fahrzeugen lasse sich das Konzept kaum verlässlich erproben. Hierzu führte sie als Rechenbeispiel aus, dass mit 10 Fahrzeugen pro Stunde durchschnittlich 23 Fahrten ausgeführt würden und dabei die Wahrscheinlichkeit gebündelter Fahrten bei 24 % liege. Mit 50 Fahrzeugen könnten voraussichtlich 177 Fahrten pro Stunde durchgeführt werden und die Wahrscheinlichkeit einer gebündelten Fahrt steige auf 70 %. *CleverShuttle* sei aufgrund des derzeit beschränkten Kapazitätsangebots gezwungen im Schnitt ca. 30 %, zu Spitzenzeiten sogar bis zu 50 % der eingehenden Anfragen abzuweisen. Die Verlängerung sei zur Erprobung des Betriebs notwendig. Wegen der länger als erwarteten Anlaufphase des Betriebs sei der tatsächliche Betrieb erst ca. 1,5 Jahre nach Zugang des Genehmigungsbescheides aufgenommen worden. Der im Rahmen der Erprobung zu erstellenden unabhängigen, externen Evaluation sollte eine belastbare und repräsentative Datengrundlage zur Verfügung stehen, was eine Erprobung über den 9. März 2019 hinaus erforderlich mache. So könne die Anzahl der Nutzer gesteigert und ein möglichst repräsentatives Bild über das Mobilitätsverhalten des so vergrößerten Kundenstamms erstellt werden. Aussagekräftige Daten setzten auch voraus, dass die bestehende Nachfrage abgebildet, bedient und das Konzept insoweit unter möglichst realen Bedingungen getestet werde. Zudem sei für die Beigeladene, insbesondere aber auch für ihre Mitarbeiter Planungssicherheit erforderlich. Sie strebe an, verstärkt Kooperationen mit dem ÖPNV zu erproben und wolle hierzu eine langfristige Zusammenarbeit gewährleisten können. Anfang 2018 solle *CleverShuttle* in die Mobilitätsplattform *Free2Move* (eine App, die die Buchung verschiedener Fahrzeug-Sharing-Dienste verknüpft) integriert werden. Ab Ende 2018 solle *CleverShuttle* in die *DB Navigator App* (die Buchungs- und Fahrplanauskunfts-App der Deutschen Bahn AG) integriert werden. Zudem liefen Gespräche über eine Integration in *switchh* (eine von der Hamburg Hochbahn betriebene Verkehrs-Vernetzungsplattform mit den Partnern *car2Go*, *DriveNow*, *Stadtrad* und *Cambio*). Mit dem Antrag überreichte sie neben den im Antragsformular geforderten Unterlagen eine betriebswirtschaftliche Aus-

wertung und ein Referenzschreiben der S-Bahn Hamburg GmbH. Auf die Antragsunterlagen wird ergänzend Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 hörte die Antragsgegnerin zahlreiche Beteiligte zum Erweiterungsantrag gutachterlich an, darunter unter anderem Unternehmer aus dem Bereich des ÖPNV und verschiedene Verbände und Vermittler aus dem Bereich des Taxengewerbes. In den Stellungnahmen wurden seitens der Beteiligten aus dem Bereich des ÖPNV (namentlich durch die *Hamburg Hochbahn*, den *HVV* und die *VHH*) vorgetragen, dass eine Verlängerung der Laufzeit über 4 Jahre nach Zugang des Bescheides (mithin über den 2. Februar 2020) hinaus aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Höchstfrist von vier Jahren nicht in Betracht komme. Die *VHH* fürchtete darüber hinaus, dass die beantragte Erweiterungsgenehmigung allein – und im Widerspruch zur Experimentierklausel – der Wirtschaftlichkeit des Betriebes, das heißt dem Einstieg in einen kommerziellen Betrieb diene. Es sei zu befürchten, dass die Nachfrage nach Angeboten des ÖPNV in nachfragearmen Gegenden noch weiter sinke und diese zukünftig eingestellt werden müssten.

Die Beteiligten aus dem Bereich des Taxengewerbes, die Äußerungen zum Erweiterungsantrag abgaben, schlossen sich mehrheitlich einer Stellungnahme der *Taxen-Union Hamburg Hansa e.V.* an, in der die *Taxen Union* ausführte, dass eine Verlängerung über vier Jahre hinaus nicht in Betracht komme; Anfangsschwierigkeiten lägen allein in der Sphäre der Beigeladenen. Die *Autoruf GmbH* und der *Hamburger Taxenverband e.V.* verwiesen zudem darauf, dass es sich bei dem Angebot der Beigeladenen nicht um eine neue Verkehrsart handle; dies gelte insbesondere nach der Einführung von *mytaximatch* und dem *SharedRide* vom *Hansa Funktaxi 211 211*. *CleverShuttle* biete insofern einen ähnlichen Personentransport an, ohne dass die für das Taxengewerbe geltenden Pflichten eingehalten werden müssten. Es bestünden die Gemeinsamkeiten einer Tür-zu-Tür Beförderung ohne Fixpunkte und feste Abfahrtszeiten, des Einsatzes konzessionierter Fahrzeuge und angestellter Fahrer mit Personenbeförderungsschein, der Fahrgastanfragen per App und Bündelung durch einen computergestützten Algorithmus sowie des Transportes von Personen mit ähnlichen Routen. Der *Hamburger Taxenverband e.V.* wendete zusätzlich ein, dass der Betrieb einer elektro-mobilen Flotte per se keine neue Verkehrsart darstelle und verwies in diesem Zusammenhang auch auf Ausführungen in der Bürgerschaftsdrucksache 21/10349, wonach sich eine solche im Taxengewerbe nicht wirtschaftlich betreiben ließe. Dies sei der Beigeladenen nur durch ihre potenten Investoren möglich. Insbesondere hinsichtlich der *Deutschen Bahn AG* stellten sich hierbei auch europarechtliche Fragen im Hinblick auf das Subventionsverbot. Es finde durch millionenschwere Subventionen ein unfairer und rechtswidriger Verdrängungswettbewerb statt.

Hinsichtlich des Bediengebietes und der Betriebszeiten finde eine „Rosinenpickerei“ statt, die bestehende Verkehrsangebote schädige. Bei der sitzplatzweisen Vermietung im Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen handle es sich nicht um eine neue Verkehrsform, sondern um eine solche, die dem Gesetzgeber bereits bekannt sei und die er explizit untersagt habe. Die *Autoruf GmbH* wendete noch zusätzlich ein, dass die Berechnung im Antrag nicht nachvollziehbar sei; die durchschnittliche Anzahl der gefahrenen Touren pro Fahrzeug und Stunde im Mehrwagenbetrieb habe 2016 nur 0,76 Touren betragen. Allein die ebenfalls gutachterlich angehörte Handelskammer vertrat (im Ergebnis) die Auffassung, dass dem Antrag bedenkenlos stattgegeben werden könne, wenngleich sie einige Fragen im Hinblick auf die tatsächliche Realisierbarkeit des erweiterten Betriebes aufwarf.

Der Antragsteller des hiesigen Verfahrens gehörte nicht zu den angehörten Beteiligten, wendete sich aber gleichwohl mit einer Stellungnahme an die Antragsgegnerin. Hierin nahm er auf die erfolgten Stellungnahmen des Taxengewerbes Bezug und führte aus, die Zulassung von *CleverShuttle* in der Vergangenheit sei ein Fehler gewesen.

Auf den Inhalt der Stellungnahmen wird ergänzend Bezug genommen.

Die Beigeladene führte in ihrer ergänzenden Stellungnahme, eingegangen am 8. Februar 2018, zu den geäußerten Bedenken der Stellungnehmenden unter anderem aus, dass die Experimentierklausel nicht voraussetze, dass der Betrieb defizitär arbeite, und einer angestrebten Wirtschaftlichkeit nicht entgegenstehe. Die Dauer der Genehmigung sei ab dem Zeitpunkt der Ausstellung der Genehmigungsurkunde und nicht des Zugangs des Bescheides zu bemessen. Die Berechnung der durchschnittlichen Tourzahlen pro Stunde entspreche realistischen Schätzungen – auch auf Grundlage der Testbetriebe an anderen Standorten. Der Neuheit der Verkehrsart könne hier nicht entgegenstehen, dass andere Unternehmen inzwischen das Konzept nachgeahmt hätten. Zudem unterlägen die genannten Dienste als Verkehr mit Taxen einem gänzlich anderen regulatorischen Rahmen und nutzten dabei insbesondere die Privilegien des Taxengewerbes. Die Stellungnahme zum Einsatz von Elektromobilität im Taxengewerbe (Bürgerschaftsdrucksache 21/10349) belege im Übrigen auch den Unterschied und Mehrwert des Konzepts gegenüber bisherigen Verkehren, denn der regulatorische Rahmen für das Taxengewerbe lasse es aktuell nicht zu, Taxifahrern die Nutzung von E-Fahrzeugen vorzuschreiben. Der Vorwurf, die Investoren finanzierten ein fragwürdiges Geschäftsmodell sei unverständlich. Von einem Rosinenpicken könne bei Betriebszeiten bis spät in die Nacht auch nicht die Rede sein. Eine Kannibalisierung öffentlicher Verkehrsträger sei auch weiterhin ausgeschlossen, da auch eine Flotte von 50 Fahrzeugen quantitativ unter 2 % der verfügbaren Taxisitzplätze

und 0,001 % der Kapazität des öffentlichen Nahverkehrs ausmache. Auf die Stellungnahme wird ergänzend Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin gab dem Antrag mit Bescheid vom 9. Februar 2018 überwiegend statt, indem sie die Erweiterung der Fahrzeugflotte auf 50 Fahrzeuge genehmigte und den Erprobungszeitraum bis zum 2. Februar 2020 verlängerte; eine weitergehende Verlängerung lehnte sie hingegen ab. Die bisherigen Auflagen des Genehmigungsbescheides vom 3. Februar 2016 erhielt sie (mit gleichem Wortlaut) aufrecht. Zur Begründung führte sie im Hinblick auf die befürchtete Kannibalisierung des ÖPNV durch die zusätzlichen 30 Fahrzeuge aus, dass eine Gefährdung durch die Betriebsaufnahme nicht belegbar und auch hinsichtlich der Erweiterung nicht erkennbar sei. Im Hinblick auf die aus dem Taxengewerbe geäußerten Bedenken führte sie aus, dass die (fehlende) Taxenähnlichkeit bereits beim Erstantrag gewürdigt worden sei. Es liege eine hinreichende Abgrenzung zum Taxenverkehr vor. Insbesondere bestehe durch die Rückkehrpflicht als wesentlicher Unterschied zum Taxengewerbe ein Verbot des Sich-Bereithaltens. Eine äußerliche Verwechslung sei aufgrund anderer Farbgebung ausgeschlossen. Berechtigt sei jedoch der Einwand, dass eine Verlängerung über den Zeitraum des 2. Februars 2020 hinaus wegen der gesetzlichen Höchstdauer von vier Jahren nicht in Betracht komme.

Der Bescheid wurde auch dem Antragsteller übermittelt und am 12. Februar 2018 zugestellt.

Gegen diesen erhob der Antragsteller am 9. März 2018 Widerspruch. *CleverShuttle* sei keine neue Verkehrsart. Zum einen sei mit den eingesetzten Fahrzeugen mit nur drei Sitzplätzen kein echtes Sharing möglich. Zum anderen biete das Hamburger Taxengewerbe seit Ende 2017 ein besseres Ride-Sharing an, denn die Taxen seien zahlreicher, hätten mehr Kunden und die Wagenvielfalt sei für echtes Ride-Sharing geeigneter. Großraumtaxen böten Raum für bis zu acht Sitzplätze und Gepäck. Die von *CleverShuttle* eingesetzten Fahrzeuge seien auch nicht umweltfreundlich. Für die Wasserstoffproduktion und -lagerung werde viel Energie verbraucht. Zudem stamme Strom meist aus fossilen Energiequellen, sodass Schadstoffe an anderer Stelle erzeugt würden. Weiter arbeite *CleverShuttle* mit Dumpingpreisen. Die Preise betrügen höchstens 60 % des Taxipreises für einen Fahrgast. Er stellte infrage, wieso der HVV und das Taxengewerbe ungleich behandelt würden, indem zugunsten des HVV gefordert werde, dass dessen Fahrpreise nicht unterboten würden. *CleverShuttle* arbeite angesichts seiner niedrigen Preise nicht eigenwirtschaftlich; dabei habe das Unternehmen noch Fördergelder der Stadt erhalten. Auch störe *CleverShuttle* öffentliche Verkehrsinteressen, indem das Taxengewerbe einer Konkurrenz ausgesetzt werde, die zum Teil mit öffentlichen Geldern Dumpingpreise an-

bierte. Das Taxengewerbe werde hierdurch in seiner Funktionsfähigkeit und er selbst als Unternehmer in seiner Existenz gefährdet. Es sei täglich zu beobachten, dass *CleverShuttles* vor den Hotels Kunden einsammelten, die sonst Taxi gefahren wären. Die negativen Auswirkungen seien auch dem Taxengutachten zu entnehmen. Die Zahl der Taxen sei von 2015 auf 2016 gesunken, obwohl die Stadt jährlich weiterwachse.

Mit E-Mail vom 12. Juni 2018 wendete sich der Antragsteller mit zahlreichen Fragen zum Betrieb der Beigeladenen und den diesbezüglich bisher gemachten Erfahrungen an die Antragsgegnerin. Die Beklagte antwortete mit E-Mail vom 18. Juni 2018 unter anderem, dass der Fahrbetrieb entgegen der Annahme des Antragstellers erst seit etwa 11 Monaten und auch erst seit März 2018 mit 20 Fahrzeugen bestehe. Es sei eine im Personenbeförderungsgewerbe anerkannte Tatsache, dass hinsichtlich neuer Angebote sinnvollerweise frühestens nach einem Jahr untersucht werden könne, ob und wie diese angenommen würden, da der Markt diese Zeit brauche, um sich auf neue Angebote einzustellen. Die Rentabilität des Angebots sei kein relevantes Kriterium für die Erteilung einer Genehmigung.

Den Widerspruch des Antragstellers verwarf die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 17. August 2018 als unzulässig. Zur Begründung führte sie aus, dass der Widerspruch unzulässig sei, da dem Antragsteller die Widerspruchsbefugnis analog § 42 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) fehle. Der Widerspruchsführer habe weder eine Norm genannt, die ihm ein eigenes Recht verleihen könnte noch sei eine solche ersichtlich. Das Personenbeförderungsgesetz kenne keinen Drittschutz des vorhandenen Taxenunternehmers vor neu hinzutretendem Verkehr. Zwar sei für Linienverkehrsunternehmer anerkannt, dass auch ihre Interessen an der Erhaltung der Leistungsfähigkeit ihrer Unternehmen Belange der öffentlichen Verkehrsinteressen darstellten. Die Interessen von Taxenunternehmern seien dem aber nicht gleichzusetzen; dies widerspräche der Systematik des Personenbeförderungsgesetzes. In §§ 14 und 15 PBefG sei vorgesehen, dass Linienverkehrsunternehmern bei der Erteilung von Genehmigungen für Linienverkehre mit Kraftfahrzeugen, Straßenbahn- oder Obusverkehren anzuhören seien und ihnen die Entscheidung zuzustellen sei. Demgegenüber seien Anhörungsrechte für vorhandene Taxenunternehmer nicht vorgesehen. Anhörungsrechte bestünden nur für bestimmte Verkehrsverbände, wobei ihnen die Entscheidungen aber nicht zuzustellen seien. Daraus folge, dass der Gesetzgeber ihnen Klagerechte nicht habe einräumen wollen. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass ein Taxenunternehmer die einem anderen Taxenunternehmer erteilte Genehmigung nicht angreifen könne; erst recht stehe ihm kein Klagerecht gegen Mietwagengenehmigungen zu. Sollte die Annahme des Antragstellers zutreffen, dass es sich bei *CleverShuttle* um eine Abart des Taxen- oder Mietwagenverkehrs

handle, folge demnach aus dem Vorstehenden, dass ihm eine Widerspruchsbefugnis nicht zustehe. Erst recht stehe ihm eine solche nicht zu, wenn es sich bei dem Angebot der Beigeladenen um eine neue Verkehrsart gemäß § 2 Abs. 7 PBefG handle. In den §§ 14, 15 PBefG seien für die Genehmigung zur Erprobung einer neuen Verkehrsart überhaupt keine Anhörungsrechte vorgesehen; die Entscheidung müsse niemandem außer dem Adressaten zugestellt werden. Die Behörde entscheide demnach gemäß §§ 24 Abs. 1, 26 Abs. 1 Hamburgisches Verwaltungsverfahrensgesetz (HmbVwVfG) nach pflichtgemäßem Ermessen, wen sie zu Rate ziehe, ohne dass dadurch eine Beteiligtenstellung begründet würde. Erst recht könne der Antragsteller eine solche nicht daraus herleiten, dass er sich ungefragt an die Behörde gewandt habe. Eine mögliche Betroffenheit in eigenen Rechten ergebe sich auch nicht aus dem Grundgesetz. Art. 12 Abs. 1 GG gewähre dem Antragsteller keinen Konkurrenzschutz. Vielmehr wäre die Beigeladene in ihrer Berufsfreiheit betroffen, würde ihr die Genehmigung versagt. Auch Art. 14 Abs. 1 GG schütze nicht vor Konkurrenz.

Der Antragsteller hat am 12. September 2018 um Eilrechtsschutz nachgesucht und zugleich Klage gegen die der Beigeladenen erteilte Genehmigung erhoben. Zur Begründung seines Eilantrags verweist er auf seinen Widerspruch.

Gegenüber dem *Hamburger Abendblatt* (Artikel v. 29.11.18, S. 6) hat *CleverShuttle* angegeben, aktuell über eine Flotte von 30 Fahrzeugen zu verfügen und diese noch in 2018 auf 50 aufstocken zu wollen.

Der Antragsteller beantragt,

- ausschließlich hilfsweise, soweit die Klage nicht bereits von selbst aufschiebende Wirkung entfalten sollte – die aufschiebende Wirkung der Klage herzustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

- den Antrag abzulehnen.

Die Beigeladene beantragt,

- den Antrag zurückzuweisen.

Zur Begründung führt die Antragsgegnerin aus, dass Widersprüchen, auch Drittwidersprüchen, zwar grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukomme. Hier gelte jedoch die Besonderheit, dass der Widerspruch des Antragstellers unzulässig sei. Insofern sei auf die Ausführungen des Widerspruchsbescheides zu verweisen. Sofern der Antragsteller auf den Rückgang der Anzahl der Taxen von 2015 auf 2016 verweise, könne dies jeden-

falls nicht an der Beigeladenen liegen, die ihren Betrieb erst Ende Juli 2017 aufgenommen habe. Im Übrigen gewährten weder das Personenbeförderungsrecht noch die Grundrechte Schutz vor Konkurrenz, selbst wenn diese zum möglichen finanziellen Ruin führte. Ohnehin sei ein spürbarer Rückgang der Nachfrage durch 50 *CleverShuttles* im Verhältnis zu über 3.100 konzessionierten Taxen aber auch nicht zu befürchten. Die Beigeladene habe auch nur eine Förderung der *hySOLUTIONS GmbH* erhalten, an der neben nicht staatlichen Stellen die Handelskammer Hamburg, die Handwerkskammer Hamburg und verschiedene von der FHH beherrschte Unternehmen beteiligt seien. Die Förderung sei ursprünglich für die Einführung von Wasserstoff-Brennstoffzellen-Fahrzeugen im Taxengewerbe initiiert worden, sei aber mangels Interesses des Taxigewerbes nunmehr auch für Ride-Sharing-Dienste geöffnet worden.

Die Beigeladene führt zur Begründung aus, dass die Klage des Antragstellers mangels Anfechtungsbefugnis offensichtlich unzulässig sei. Der offensichtlich unzulässige Rechtsbehelf des Klägers entfalte als solcher keine aufschiebende Wirkung. Gründe, warum dem unzulässigen Rechtsbehelf ausnahmsweise aufschiebende Wirkung zuerkannt werden sollte, seien nicht ersichtlich oder vorgetragen. Würde die aufschiebende Wirkung angeordnet, wirkte sich dies einerseits belastend auf die Beigeladene aus, die bereits erhebliche Investitionen getätigt habe, und schade andererseits den öffentlichen Verkehrsinteressen, denen das Verkehrskonzept der Beigeladenen diene. Im Übrigen seien negative Auswirkungen auf öffentliche Verkehrsinteressen aber auch ausgeschlossen. Die Abstandsvorgaben gegenüber Taxen (das Verbot des Bereithaltens und die Rückkehrpflicht) würden eingehalten; zudem bestehe eine Betriebspflicht. Die Regulierung sei äußerst streng. Zudem dürften nur E-Fahrzeuge eingesetzt werden, die mit von der Beigeladenen zu tragenden Mehrkosten einhergingen, aber einen Gewinn für die Stadt und Öffentlichkeit brächten. Zudem ermögliche die Beigeladene durch die gesammelten Erfahrungen die Evaluierung des Konzepts.

Die Sachakten der Antragsgegnerin zum Genehmigungsverfahren und zum Erweiterungsgenehmigungsverfahren haben dem Gericht bei seiner Entscheidung vorgelegen.

## II.

Der Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung seiner Klage ausschließlich hilfsweise herzustellen, wenn die Klage nicht bereits von selbst aufschiebende Wirkung entfaltet, ist im wohlverstandenen Interesse des Antragstellers dergestalt zu verstehen, dass er – unbedingt – die Feststellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs begehrt, vgl. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO.

Der Antragsteller möchte durch die von ihm eingelegten Rechtsbehelfe – seinen Widerspruch und die Anfechtungsklage zum Aktenzeichen 5 K 4747/18 – in tatsächlicher Hinsicht erkennbar *auch* erreichen, den erweiterten Betrieb der Beigeladenen vorerst zu stoppen, mithin in rechtlicher Hinsicht, die Wirkung der von ihm angegriffenen personenbeförderungsrechtlichen Genehmigung der Beigeladenen bis zur endgültigen gerichtlichen Klärung zu suspendieren. Diesem Begehren des Klägers wird nur ein Verständnis als ein isolierter, unbedingter Feststellungsantrag bezüglich der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gerecht.

Trotz der gewählten Antragsformulierung, die auf einen unter der Bedingung, dass die Klage nicht von selbst aufschiebende Wirkung entfaltet, gestellten *Herstellungsantrag* hindeutet, will der Antragsteller bei verständiger Würdigung ersichtlich *in jedem Fall* eine gerichtliche *Befassung* mit der Frage der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs erreichen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verneinen die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs und werden von dieser Meinung ohne eine anderslautende gerichtliche Einschätzung (mutmaßlich) nicht abrücken. Dies hat auch der Antragsteller der Sache nach erkannt, weshalb er überhaupt erst einen Eilrechtsschutzantrag neben seinen Hauptsacherechtsbehelf gestellt und mit der von ihm formulierten „Bedingung“ klargemacht hat, hinsichtlich der aufschiebenden Wirkung gegenteiliger Auffassung zu sein. Die vom Antragsteller damit ersichtlich gewünschte gerichtliche *Befassung* kann allerdings nur im Rahmen eines unbedingten Feststellungsantrags erfolgen. Denn ein tatsächlich unter der Bedingung der fehlenden aufschiebenden Wirkung gestellter Antrag wäre bereits unzulässig und damit abweisungsreif, ohne dass überhaupt die gewünschte inhaltliche Auseinandersetzung mit der gestellten Bedingung erfolgte.

Dabei ist bei verständiger Würdigung auch nicht davon auszugehen, dass der Antragsteller einen Feststellungsantrag und einen Herstellungsantrag häufen wollte. Von dem Antragsteller als nicht anwaltlich vertretener Naturalpartei kann einerseits nicht erwartet werden, dass er mit den verschiedenen Antragsvarianten der §§ 80, 80a VwGO vertraut ist. Ohnehin ist es dem Antragsteller auch erkennbar unwichtig, wie er sein tatsächliches Begehren *rechtstechnisch* einkleidet. Andererseits verdeutlichte der Antragsteller durch die



gewählte „hilfsweise“-Formulierung in ausreichender Weise, dass er so viel wie nötig, aber eben auch so wenig wie möglich tun wollte, um sein Ziel zu erreichen. Eingedenk dieser Umstände verfehlte eine Auslegung als Eventualantragshäufung den wahren Willen des Antragstellers. Denn im Streit um das Bestehen der aufschiebende Wirkung eines Drittanfechtungsrechtsbehelfs nach § 80 Abs. 1 VwGO infolge des Bestehens oder Nichtbestehens einer Anfechtungsbefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO (analog) sind die Rechtsschutzmöglichkeiten von Antragstellern/innen – wie noch näher zu zeigen sein wird – mit einem Feststellungsantrag bereits vollständig abgedeckt, aber auch erschöpft.

Der so verstandene Antrag ist zulässig (1.) und begründet (2.).

1. a. Der Antrag ist zulässig, insbesondere ist er nach § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO analog statthaft.
- aa. §§ 80, 80a VwGO treffen in direkter Anwendung keine Regelung über den Rechtsschutz gegen die faktische Vollziehung eines Rechtsbehelfs, das heißt die drohende Vollziehung eines Verwaltungsaktes unter irrtümlicher oder bewusster Missachtung seiner rechtlich bestehenden aufschiebenden Wirkung (vgl. *Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 351, 352 ff.*). Vielmehr wäre ein auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichteter Antrag bei faktischer Vollziehung unstatthaft, weil die aufschiebende Wirkung in diesen Fallkonstellationen schon kraft Gesetzes nach § 80 Abs. 1 VwGO besteht (*Gersdorf in: BeckOK VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80 Rn. 158 m.w.N.; vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.08.2012, 7 VR 6/12, NVwZ 2013, 85*). In der Rechtsprechung ist indes anerkannt, dass Antragstellern/innen in diesen Fallgestaltungen Rechtsschutz in entsprechender Anwendung der §§ 80, 80a VwGO im Wege eines Feststellungsantrags zusteht.

Ist im zweiseitigen Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Adressaten oder der Adressatin eines Verwaltungsaktes und der erlassenden Behörde streitig, ob ein eingelegter Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung entfaltet, ist ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO analog statthaft (vgl. *Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 356 m.w.N.; BVerwG, Beschl. v. 30.08.2012, 7 VR 6/12, NVwZ 2013, 85; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 18.10.2004, 3 M 265/04, Juris Rn. 15*). Denn wenn Antragsteller/innen schon bei angeordneter sofortiger Vollziehung die Möglichkeit haben, gegen diese Anordnung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO um vorläufigen Rechtsschutz nachzusehen, muss ihnen ein Vorgehen im Wege vorläufigen Rechtsschutzes erst recht möglich sein, wenn die Behörde davon ausgeht, ihr Bescheid sei *schon* ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung sofort vollziehbar (*Hess. VGH, Beschl. v. 29.08.1986, 2 TH 1569/86, NVwZ-RR 1988, 124*). Nichts anderes gilt im dreiseitigen Verwaltungsrechtsverhältnis für

den Fall, dass der oder die durch einen Verwaltungsakt begünstigte Dritte – mit oder ohne Billigung der Behörde – von seiner Begünstigung Gebrauch macht oder zu machen droht, weil er oder sie – und gegebenenfalls auch die Behörde – eine aufschiebende Wirkung des Drittanfechtungsrechtsbehelfs verneinen oder missachten (vgl. Hess. VGH, *Beschl. v. 03.12.2002*, 8 TG 2177/02, NVwZ-RR 2003, 345, 346). Insofern ist ein Feststellungsantrag nach § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO analog statthaft (OVG Nordrhein-Westfalen, *Beschl. v. 29.05.2008*, 10 B 616/08, NVwZ-RR 2008, 757; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80a Rn. 56; a.A.: Verortung in §§ 80a Abs. 3 S. 1 Alt. 2 i.V.m. 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO (analog), vgl. Gersdorf in: BeckOK VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80a Rn. 50). Eines Rückgriffs auf § 123 VwGO bedarf es im Lichte der vorstehenden, vorrangigen Rechtsschutzmöglichkeiten nach §§ 80, 80a VwGO demgegenüber nicht, § 123 Abs. 5 VwGO.

Eine faktische Vollziehung kann in unterschiedlich gelagerten Fallgestaltungen drohen (beziehungsweise eintreten), in denen die Behörde oder ein begünstigter Dritter/ eine begünstigte Dritte das Bestehen oder den Umfang der aufschiebenden Wirkung bewusst oder irrtümlich missachtet. Ein solcher Irrtum kann sich daraus ergeben, dass die Voraussetzungen einer gesetzlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 VwGO von diesen Beteiligten fehlerhaft bejaht werden. Eine (irrtümliche) faktische Vollziehung kann darüber hinaus aber auch drohen, wenn zwischen den Beteiligten Uneinigkeit darüber besteht, ob ein Rechtsbehelf zulässig ist, und der/die vollziehende Beteiligte davon ausgeht, der Rechtsbehelf löse die aufschiebende Wirkung des § 80 Abs. 1 VwGO infolge seiner Unzulässigkeit nicht aus (VGH Baden-Württemberg, *Beschl. v. 13.12.2016*, 6 S 346/16, *Juris* Rn. 2; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 354; insb. zur Zulässigkeit auch Puttler in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 164; Gersdorf in: BeckOK, VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80 Rn. 22). Obgleich zur Frage des hierbei anwendbaren Maßstabs hinsichtlich der Bewertung der Zulässigkeit im Einzelnen ausdifferenzierte Meinungen vertreten werden, entspricht es heute jedenfalls überwiegender und überzeugender Auffassung, dass Fragen der Zulässigkeit den Eintritt der aufschiebenden Wirkung bedingen.

- bb. Nach dieser Maßgabe ist das Feststellungsbegehren des Antragstellers statthaft. Trotz des Widerspruchs des Antragstellers hat die Beigeladene die Genehmigung bereits (teilweise) faktisch vollzogen, indem sie ihre Fahrzeugflotte nunmehr auf 30 *CleverShuttles* erweitert hat. Gegenüber dem *Hamburger Abendblatt* hat sie zudem eine Erweiterung auf 50 Fahrzeuge – d.h. eine weitere Vollziehung der Genehmigung – noch in diesem Jahr angekündigt. Die Beigeladene (und die Antragsgegnerin) sind der Meinung, dass der Widerspruch des Antragstellers mangels Widerspruchsbefugnis (offensichtlich) unzulässig

sei und deshalb keine aufschiebende Wirkung entfalte. Genau diese Vollziehung möchte der Antragsteller mittels seines Antrages verhindern, da er davon ausgeht, sein Widerspruch habe sehr wohl von Rechts wegen aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 1 VwGO.

Ein zusätzlicher, hilfsweiser Herstellungsantrag in direkter Anwendung des § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO böte demgegenüber keinerlei Mehrwert für den Antragsteller. Da offensichtlich keine gesetzliche Bestimmung i.S.d. § 80 Abs. 2 VwGO besteht, wonach dem Widerspruch des Antragstellers *keine* aufschiebende Wirkung zukommen könnte, erschöpft sich das Prüfprogramm des Feststellungsantrags im hiesigen Fall in der Prüfung der Zulässigkeit des Widerspruchs. Ist der Widerspruch zulässig, hat der Antragsteller bereits mit seinem Feststellungsantrag Erfolg. Hat er hiermit keinen Erfolg, weil sein Widerspruch *unzulässig* ist, ist damit aber auch der Misserfolg eines zusätzlichen Herstellungsantrags automatisch vorgezeichnet, dessen Prüfprogramm sich an den Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs ausrichtet.

- b. Dem Feststellungsantrag kann auch nicht eine fehlende Antragsbefugnis des Antragstellers entgegengehalten werden. Grundsätzlich entspricht die im Rahmen von Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO geforderte Antragsbefugnis der Klagebefugnis des Hauptsacheverfahrens bzw. der Widerspruchsbefugnis des Widerspruchsverfahrens, da diese Rechtsbehelfe im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gesichert werden sollen (vgl. BVerwG, *Beschl. v. 30.10.1992, 4 A 4/92, Juris Rn. 15; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 462 m.w.N.*). § 42 Abs. 2 VwGO ist Ausfluss des subjektiv-rechtlich ausgeprägten Rechtsschutzsystems der VwGO insgesamt, das auch das Eilverfahren miteinschließt (*Schoch, ebd.*).

Für Fallgestaltungen der vorliegenden Art erachtet es die erkennende Kammer hinsichtlich der Antragsbefugnis für *den Feststellungsantrag* aber **ausnahmsweise** für ausreichend, dass der Antragsteller einen Rechtsbehelf eingelegt hat, dessen aufschiebende Wirkung streitig ist, da die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO für den hiesigen Antrag eine Frage der Begründetheit darstellen (vgl. auch BVerwG, *Beschl. v. 30.08.2012, 7 VR 6/12, NVwZ 2013, 85, 86 Rn. 6, das die Zulässigkeit der Klage im Rahmen der Prüfung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO prüft, ohne eine gesonderte Antragsbefugnis anzusprechen*). Denn in Fallgestaltungen wie der hier vorliegenden besteht die *Besonderheit*, dass es für die festzustellende aufschiebende Wirkung *materiell* gerade darauf ankommt, ob der Antragsteller oder die Antragstellerin ein subjektives Recht geltend macht, den eine/n Dritte/n begünstigenden Verwaltungsakt anzugreifen. Prüfte man die Antragsbefugnis hier in gleicher Weise wie die Antragsbefugnis im Rahmen eines Herstellungsantrags und die Widerspruchsbefugnis im Rahmen des Wider-

spruchs, nähme man in der Sache die vollständige Begründetheitsprüfung vorweg und verschöbe sie in die Zulässigkeitsprüfung, ohne dass die Antragsbefugnis noch eine Vorprüfungs- und Filterfunktion (vgl. *Wysk in: Wsyk, VwGO, 2. Aufl. 2016, § 42 Rn. 123*) erfüllen könnte oder hierdurch inhaltlich eine Veränderung des Prüfprogramms einträte. Auch eine vorgeschaltete „Grobkontrolle“ der Widerspruchsbefugnis im Sinne der Möglichkeit des Bestehens einer solchen erscheint nicht praktikabel, da dies letztendlich auf die künstliche und kaum handhabbare Prüfung der Möglichkeit der Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte hinausliefe (vgl. *Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 19*).

2. Der Antrag hat auch in der Sache Erfolg.

- a. Im Rahmen eines Antrages auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung hat das Gericht darüber zu befinden, ob einem Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung zukommt. Anders als in Anordnungs- und Wiederherstellungsverfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO findet dabei keine Interessenabwägung aufgrund einer bloß summarischen Prüfung statt. Vielmehr hat das Gericht abschließend und vollständig über die Frage der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden (*VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 13.12.2016, 6 S 346/16, BeckRS 2016, 56103, 2. Lts. und Rn. 4*).

Unter welchen Voraussetzungen einem Rechtsbehelf nach § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zukommt, ist im Einzelnen umstritten. Einigkeit besteht dabei im Wesentlichen darüber, dass es für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung auf die Begründetheit des Rechtsbehelfs nicht ankommen kann, weil der Zweck des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens gerade in einer Sicherungsfunktion bis zur abschließenden gerichtlichen Klärung liegt (*Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, Vorb. § 80 R. 34, § 80 Rn. 77 m.w.N.; Puttler in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 31*).

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Zulässigkeit des eingelegten Rechtsbehelfs vertritt eine (ältere) Auffassung, dass es auf diese ebenfalls nie ankommen könne, übersieht dabei jedoch, dass hierdurch eine auch vor der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu rechtfertigende „überschießende“ Sicherung des/der Betroffenen bewirkt würde (vgl. *Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 78 f.*). Nach überwiegender und überzeugender Ansicht besteht demgegenüber im Grundsatz Klarheit darüber, dass der Eintritt der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs von Aspekten seiner Zulässigkeit nicht (stets) unberührt bleiben kann. Streitig ist hierbei allein, welcher Maßstab bei der Bewertung der Unzulässigkeit anzulegen ist. Während nach einer Ansicht die Zulässigkeit stets vollumfänglich Voraussetzung der aufschiebenden Wirkung ist, differenziert eine andere Ansicht nach dem Vorliegen bestimmter stets erforderli-

cher und anderer Zulässigkeitskriterien und eine dritte Ansicht will ein Evidenzkriterium anwenden, wonach einem Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung nur in Fällen *offensichtlicher* Unzulässigkeit fehlen soll (vgl. *die Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen von Gersdorf in: BeckOK VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80 Rn. 17 ff. m. w. N.*).

Eine praktische Relevanz kommt diesem Meinungsstreit allerdings *jedenfalls* im Hinblick auf die – im hiesigen Verfahren allein fragliche – Widerspruchs- bzw. Klagebefugnis von Antragstellern/innen in Drittanfechtungskonstellation nicht zu (vgl. *Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 19*). Die (Dritt-)Anfechtungsbefugnis wird auch von den Vertretern/innen einer nach Zulässigkeitsvoraussetzungen differenzierenden Ansicht als stets erforderlich für den Eintritt der aufschiebenden Wirkung erachtet (*Gersdorf in: BeckOK VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80 Rn. 21*). Da der (Dritt-)Anfechtungsbefugnis sachlich bereits ein Evidenzmaßstab immanent ist, ergeben sich auch mit Blick auf die letztgenannte Ansicht im Ergebnis keine Abweichungen (*Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 19; vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.08.2012, 7 VR 6/12, NVwZ 2013, 85, 86 Rn. 6; BVerwG, Urt. v. 30.10.1992, 7 C 24/92, NJW 1993, 1610, 1611*). Die Rechtsfrage, ob eine Norm drittschützend ist, kann schon im Rahmen der summarischen Prüfung des Eilverfahrens vollumfänglich beurteilt werden; die Möglichkeit ihrer *Verletzung* ist ohnehin nur zu verneinen, wenn eine Verletzung *offensichtlich* ausgeschlossen ist (siehe sogleich).

- b. Nach dieser Maßgabe kommt dem Drittwiderspruch des Antragstellers gegen die Erweiterungsgenehmigung der Beigeladenen aufschiebende Wirkung zu. Dieser ist zulässig, insbesondere ist der Antragsteller drittanfechtungsbefugt.
- aa. Die im Rahmen der Zulässigkeit des Drittwiderspruchs analog § 42 Abs. 2 VwGO zu fordernde Widerspruchsbefugnis entspricht inhaltlich vollständig der später im Klageverfahren erforderlichen Klagebefugnis (Drittanfechtungsbefugnis). Widerspruchsführer/innen sind demnach drittanfechtungsbefugt, wenn sie *geltend machen*, durch den eine/n andere/n begünstigenden Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein. Dafür ist es notwendig, aber auch ausreichend, Tatsachen vorzutragen, aus denen sich die *Möglichkeit* ergibt, von dem angegriffenen Verwaltungsakt in einem subjektiven Recht verletzt zu sein. Die Drittanfechtungsbefugnis fehlt (erst), wenn subjektive Rechte des Widerspruchsführers/der Widerspruchsführerin offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise verletzt sein können (*BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, 4 C 11/03, BVerwGE 121, 152-169, Juris Rn. 20*). Da der Drittwiderspruch sich gegen den an eine/n Dritte/n adressierten Verwaltungsakt wendet, müssen Widerspruchsführer/innen sich mithin auf die Verletzung

gerade solcher Normen berufen, die auch *ihren* Schutz bezwecken, mithin *drittschützend* sind (vgl. BVerwG, Urt. v. 06.04.2000, 3 C 6/99, *Juris Rn. 18*).

Dabei ist bereits im Rahmen der Zulässigkeit abschließend zu prüfen, ob die Bestimmung, auf die sich der Widerspruchsführer/die Widerspruchsführerin beruft, *abstrakt* geeignet ist, dem Personenkreis, dem er/sie angehört, subjektive Rechte zu vermitteln (Bay. VGH, Urt. v. 01.06.2011, 11 B 11.332, *Juris Rn. 42 ff.*; Schenke in: Kopp/Schenke, 23. Aufl. 2017, § 42 Rn. 66). Die Möglichkeitstheorie ist nicht in dem Sinne misszuverstehen, dass es ausreichen würde, dass eine Norm *möglicherweise* drittschützend ist. Widerspruchsführer/innen müssen sich auf eine Norm berufen, die abstrakt betrachtet *sicher* Personen in ihrer Lage Drittschutz zu vermitteln vermag, und hierauf bezogen die *Möglichkeit* ihrer Verletzung darlegen, mithin die Möglichkeit des Vorliegens eines unter diese Norm subsumierbaren Sachverhalts (vgl. Schenke in: Kopp/Schenke, 23. Aufl. 2017, § 42 Rn. 66). Dies folgt aus der Überlegung, dass die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs von Amts wegen zu prüfen und dabei der gleiche Grad an Überzeugungsgewissheit zu erlangen ist, wie hinsichtlich aller anderen Sach- und Rechtsfragen von denen die Entscheidung abhängig ist (Bay. VGH, Urt. v. 01.06.2011, 11 B 11.332, *Juris Rn. 43*). Dabei handelt es sich bei der Frage, ob eine Norm abstrakt Drittschutz gewährt, um eine reine *Rechtsfrage*, die auch im Rahmen der Zulässigkeit ohne Verkürzung des Rechtsschutzes entschieden werden kann (Sodan in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 380; vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.06.2009, 1 BvR 198/08, *Juris Rn. 12 ff.*). Gerade bei Drittanfechtungsklagen kommt hinzu, dass sich die Möglichkeit, dass eine Norm Drittschutz vermittelt, beinahe immer darlegen ließe, sodass es Rechtsbehelfsführer/innen in der Hand hätten, unliebsame Konkurrenten/innen unter (missbräuchlicher) Ausnutzung der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsbehelfs zumindest zeitweise vom Markt fernzuhalten (Bay. VGH, Urt. v. 01.06.2011, 11 B 11.332, *Juris Rn. 44*).

bb. Der Antragsteller ist im vorstehenden Sinne drittanfechtungsbefugt.

Seine Drittanfechtungsbefugnis reicht dabei indes nicht so weit, dass er sich gegen den Umstand des Marktzutritts einer weiteren Unternehmerin an sich wenden könnte [siehe (1)]. Dass sich die Zahl seiner Konkurrenten/innen erhöht, indem die Beigeladene – *in irgendeiner Form* – auf dem Markt für Beförderungsdienstleistungen agiert, hat der Antragsteller als Taxenunternehmer *grundsätzlich* hinzunehmen.

Ihm steht jedoch ein subjektives Recht zu, soweit er sich (auch) gegen die *konkrete Ausgestaltung* der Genehmigung – dem der Beigeladenen aufgrund der Genehmigung aufgegebenen Marktverhalten – richtet [siehe (2)].

- (1) Ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Marktzutritt folgt weder aus der Betroffenheit eines dem Antragsteller zustehenden Genehmigungsanspruchs [(a)] noch aus § 2 Abs. 7 PBefG i.V.m. Vorschriften des Personenbeförderungsrechts [(b)] noch aus Grundrechten [(c)] noch aus europarechtlichen Vorgaben [(d)].
- (a) Ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Marktzutritt könnte einfach-rechtlich allein aus einem dem Antragsteller zustehenden eigenen Genehmigungsanspruch folgen, wenn dieser durch die der Beigeladenen erteilte Erweiterungsgenehmigung vereitelt würde (Konkurrentenverdrängungskonstellation). Vorliegend wendet sich der Antragsteller jedoch aus der Position eines bereits auf dem Markt zugelassenen Konkurrenten gegen den Marktzutritt der Beigeladenen (Konkurrentenabwehrkonstellation), sodass ihm zustehende Ansprüche auf eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt berührt werden. Weder wurde es dem Antragsteller durch die Antragsgegnerin wegen des Betriebs der Beigeladenen verwehrt, einen gleichartigen Ride-Sharing-Fahrdienst anzubieten – einen solchen plant der Antragsteller überhaupt nicht –, noch wurde ihm deswegen eine Genehmigung zur Ausübung des Gelegenheitsverkehrs mit Taxen verweigert. Selbst wenn man zugunsten des Antragstellers unterstellt, dass der Betrieb der Beigeladenen einen Teil der Nachfrage des Marktes für Taxenbeförderungen bedient, könnte sich aus dieser Erwägung schon rein *tatsächlich* keine Betroffenheit etwaiger Ansprüche des Antragstellers ergeben. Zum einen nimmt die Antragsgegnerin ohnehin keine zahlenmäßige Beschränkung der Taxenkonzessionen auf Grundlage von § 13 Abs. 4 PBefG (mehr) vor (dies ist Teil des sog. „Hamburger Modells“, vgl. *Bürgerschaftsdrs. 21/5497 v. 09.08.2016, S. 2*). Zum anderen könnte die angegriffene Erweiterungsgenehmigung selbst bei Kontingentierung der Taxenkonzessionen und Anrechnung der 50 *CleverShuttles* auf das Kontingent einen Genehmigungsanspruch des Antragstellers nicht tangieren, da dieser eine Erweiterung seines Betriebs nicht plant und die Verlängerung seiner jetzigen Genehmigung erst *nach* Auslaufen der Genehmigung der Beigeladenen im Jahr 2022 ansteht.
- (b) Demgegenüber verleiht die sogenannte Experimentierklausel des § 2 Abs. 7 PBefG (in Verbindung mit Vorschriften des Personenbeförderungsrechts) Taxenunternehmern/innen schon *abstrakt* kein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Marktzutritt von Konkurrenten/innen.

Nach der herrschenden Schutznormtheorie verleiht eine Norm dann subjektiv-öffentliche Rechte, wenn sie nicht nur im öffentlichen Interesse liegt, sondern zumindest auch dem Schutz der Interessen des/der Einzelnen zu dienen *bestimmt* ist. Zu unterscheiden sind der gesetzliche bezweckte Interessenschutz einerseits und bloße Rechtsreflexe anderer-

seits (*Wahl/Schütz in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 42 Abs. 2 Rn. 45; v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 42 Rn. 80*). Gerade auf dem Gebiet der Berufszulassung existieren zahlreiche begünstigende Verwaltungsakte, die zwar im Einzelfall – objektiv – rechtswidrig und für Dritte tatsächlich (reflexartig) nachteilig sein mögen, jedoch keine *rechtlich geschützten* Interessen berühren und daher entsprechend Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen sind (*vgl. BVerwG, Beschl. v. 06.12.1988, 1 B 157/88, NJW 1989, 1175*).

Letzteres trifft auch auf § 2 Abs. 7 PBefG zu, sodass Taxenunternehmer/innen – wie der Antragsteller – sich nicht mit Erfolg darauf berufen können, ein/e Konkurrent/in habe nicht zugelassen werden dürfen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm nicht vorlägen. Nach § 2 Abs. 7 PBefG kann die Genehmigungsbehörde zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften des Personenbeförderungsrechts für die Dauer von höchstens 4 Jahren zulassen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.

Bereits der Wortlaut deutet darauf hin, dass § 2 Abs. 7 PBefG (i.V.m. Vorschriften des Personenbeförderungsrechts) mit Blick auf den Marktzutritt nicht den Interessen der Gruppe der Taxenunternehmer/innen zu dienen bestimmt ist. Tatbestandlich erfordert die Erteilung einer Genehmigung nach § 2 Abs. 7 PBefG in formeller Hinsicht einen Antrag und in materieller Hinsicht das Vorliegen einer neuen Verkehrsart oder eines neuen Verkehrsmittels, einen (praktischen) Erprobungszweck, das Vorliegen eines Einzelfalls und das Nicht-Entgegenstehen öffentlicher Verkehrsinteressen. Von diesen Merkmalen böte sich primär letzteres Merkmal an, die Interessen der Taxenunternehmer/innen zu verorten. Indes beschränkt die Norm die zu schützenden „Verkehrsinteressen“ bereits ausdrücklich auf „öffentliche“.

Der Begriff der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ wird im Personenbeförderungsgesetz mehrfach verwendet, sodass seine Auslegung insbesondere durch systematische Erwägungen geprägt wird. Diese zeigen, dass sich *allenfalls* vorhandene Unternehmer/innen im Sinne der §§ 2 Abs. 1 Nr. 1-3, 13 Abs. 2 PBefG (Linienverkehre) und Eisenbahnen, nicht aber Taxenunternehmer/innen auf die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen berufen könnten, da nur ihre Interessen überhaupt Bestandteil der öffentlichen Verkehrsinteressen sind.

Die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen stellt auch für die Genehmigung von Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen nach § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PBefG einen Versagungsgrund dar. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung Drittschutz für die in diesem Bereich vorhandenen Unternehmer/innen und Eisen-



bahnen anerkannt. Zwar steht im Rahmen der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ das Interesse der Allgemeinheit an einer geordneten, das öffentliche Verkehrsbedürfnis befriedigenden Verkehrsbedienung im Vordergrund, gleichwohl werden aber auch die Interessen der in diesem Bereich bereits tätigen Verkehrsunternehmen (und Eisenbahnen) an der Erhaltung der Leistungsfähigkeit ihrer Unternehmen geschützt (BVerwG, Urt. v. 25.10.1968, VII C 90.66, BVerwGE 30, 347-352, *Juris Rn.* 18; OVG Niedersachsen, Urt. v. 21.02.1972, VI A 76/71, OVG MÜLÜ 28, 403, 404). Vorhandenen Unternehmer/innen steht insofern das Recht zu, die einem/r Anderen erteilte Genehmigung anzugreifen, wenn sie geltend machen, ihr dem öffentlichen Verkehr bereits dienendes Unternehmen werde durch die neue Genehmigung beeinträchtigt (BVerwG, Urt. v. 24.06.2010, 3 C 14/09, BVerwGE 137, 199-213, *Juris Rn.* 10). Dies folgt daraus, dass die Interessen vorhandener Unternehmer/innen in § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 lit. a) bis c) PBefG *ausdrücklich* als Aspekte der öffentlichen Verkehrsinteressen definiert werden, sich das Personenbeförderungsgesetz mithin den Schutz der derselben vor (ruinösem) Wettbewerb besonders angelegen sein lässt (vgl. BVerwG, Urt. v. 25.10.1968, VII C 90.66, BVerwGE 30, 347-352, *Juris Rn.* 18). Hintergrund dieser Zuerkennung subjektiver Rechte ist, dass die Aufrechterhaltung einer geordneten, das öffentliche Verkehrsbedürfnis befriedigenden Verkehrsbedienung (regelmäßig) die Leistungsfähigkeit der *einzelnen* Unternehmen erfordert, die diesen Verkehr durchführen (vgl. Bay. VGH, Urt. v. 01.06.2011, 11 B 11.332, *Juris Rn.* 62; vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 02.01.2012, 3 Bs 55/11, *Juris Rn.* 12; das betont, der Drittschutz bestehe nur in Bezug auf Linienverkehrsunternehmen/innen, die Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge wahrnehmen). Der spezifische Markt des Linienverkehrs macht es in der Regel unmöglich, für denselben Verkehr parallele Linienverkehre zuzulassen; typischerweise ist davon auszugehen, dass eine annähernd kostendeckende Bedienung der Linie nur durch eine/n Unternehmer/in möglich ist und Konkurrenz daher zwangsläufig zu ruinösem Wettbewerb führen müsste (vgl. BVerwG, Urt. v. 06.04.2000, 3 C 6/99, *Juris Rn.* 22). Es besteht mithin bei genauer Betrachtung eine Kongruenz zwischen dem öffentlichen Verkehrsinteresse und dem Interesse der einzelnen Linienverkehrsunternehmen/innen an der (möglichen) Abwehr eines Konkurrenten. Zusätzlich sprechen auch die solchen Unternehmern/innen gewährten Rechte im Genehmigungsverfahren – sie sind nach § 14 Abs. 1 PBefG anzuhören und ihnen ist der Bescheid nach § 15 Abs. 1 PBefG zuzustellen – für einen gesetzlich bezweckten Interessenschutz (BVerwG, Urt. v. 20.11.1959, VII C 12/59, VerwRspr 1960, 749, 750).

Diese Erwägungen lassen sich jedoch auf den Gelegenheitsverkehr, insbesondere den Taxenverkehr, **nicht** übertragen. Vielmehr sprechen die vorstehenden Erwägungen und ein systematischer Vergleich mit § 13 Abs. 4 S. 1 PBefG dafür, dass sich Taxenunter-

nehmer/innen im Hinblick auf die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen im Anwendungsbereich von § 2 Abs. 7 PBefG – genau wie bezüglich der Abwehr von Konkurrenten/innen aus dem Taxengewerbe selbst – gerade **nicht** auf subjektive Rechte berufen können. § 13 Abs. 4 S. 1 PBefG stellt als Versagungsgrund für Taxengenehmigungen ebenfalls auf die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen ab, hier allerdings „nur“ in Gestalt der Bedrohung der Funktionsfähigkeit des örtlichen Taxengewerbes. Die hieraus hergeleitete Kontingentierung von Taxenkonzessionen zum Schutz des Taxengewerbes *insgesamt* (die die Antragsgegnerin freilich nicht mehr vornimmt) dient indes nach ständiger Rechtsprechung **nicht** dem Schutz der bereits im Beruf Tätigen vor wirtschaftlich spürbarer Konkurrenz und vor den wirtschaftlichen Risiken des Berufs. Sie soll vielmehr ausschließlich der Gefahr einer Übersetzung des Gewerbes mit der Folge ruinösen, das örtliche Taxengewerbe *als Ganzes* in seiner Existenz und damit in seiner Funktionsfähigkeit bedrohenden Wettbewerbs entgegenwirken (*BVerwG, Beschl. v. 31.01.2008, 3 B 77/07, Juris Rn. 7*). Soweit hierdurch faktischer Konkurrenzschutz der vorhandenen Taxenunternehmer/innen bewirkt wird, handelt es sich lediglich um einen Rechtsreflex (*OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 01.02.1980, 13 A 1509/79, Juris Rn. 2*). Da eine Kontingentierung *zum Zwecke* des Konkurrenzschutzes sogar unzulässig wäre, ist gerade nicht von einer Subjektivierungsabsicht des Gesetzgebers auszugehen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Auswechselung einzelner Marktteilnehmer/innen infolge des Wettbewerbs innerhalb des Taxengewerbes – anders als im Linienverkehr – regelmäßig nicht zu schwerwiegenden Störungen der Verkehrsbedienung im Ganzen führt (*BVerfG, Beschl. v. 08.06.1960, 1 BvL 53/55, BVerfGE 11, 168-192, Juris Rn. 66*). Insofern besteht gerade keine Kongruenz zwischen der im öffentlichen Interesse liegenden Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes als *Gesamtkonstrukt* und den unternehmerischen Interessen einzelner Taxenunternehmer/innen; der/die Einzelne ist *nicht* Sachwalter der öffentlichen Verkehrsinteressen. Im Übrigen spricht auch der Umstand, dass Taxenunternehmern/innen – anders als Linienverkehrsunternehmern/innen – keine entsprechenden Verfahrensrechte im Genehmigungsverfahren ihrer Konkurrenten/innen eingeräumt werden, gegen die Einräumung subjektiver Rechte (*vgl. BVerwG, Urt. v. 28.06.1963, VII C 139/61, Juris Rn. 18*). Aus den vorstehenden Erwägungen heraus ist es Taxenunternehmern/innen erst recht verwehrt, Genehmigungen zur Ausübung des Gelegenheitsverkehrs mit Mietwagen anzugreifen; Mietwagen stellen gegenüber Taxen aufgrund ihrer inhaltlichen Abgrenzung nach traditioneller Auffassung grundsätzlich nicht einmal unmittelbare Konkurrenz dar (*Bay. VGH, Beschl. v. 10.04.1984, 11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758; vgl. die Ausführungen des BVerfG, Beschl. v. 08.06.1960, 1 BvL 53/55, BVerfGE 11, 168-192, Juris Rn. 66 ff. zu den unterschiedlichen bedienten Verkehrsinteressen*).

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch in § 2 Abs. 7 PBefG *bewusst* den Begriff der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ wählte und hierbei weder andere Interessen einschließen wollte noch eine weitergehende Einräumung subjektiver Klagerechte bezweckte. Eine mögliche inhaltliche „Abweichung“ zu anderen Genehmigungstatbeständen, zum Beispiel § 2 Abs. 6 PBefG, folgt allenfalls *im Ergebnis* daraus, dass *dieselben* „öffentlichen Verkehrsinteressen“ durch eine „reguläre“ Etablierung eines Betriebs einerseits und einen (gegebenenfalls zeitlich, räumlich und gegenständlich beschränkten) Erprobungsbetrieb andererseits in unterschiedlichem Ausmaß betroffen sein könnten.

Auch die weiteren Tatbestandsmerkmale – der Erprobungszweck, die neue Verkehrsart beziehungsweise das neue Verkehrsmittel und der Einzelfall – bieten (auch in Zusammenschau mit denjenigen Vorschriften des Personenbeförderungsrecht, die die vertypen Verkehre inhaltlich ausformen und von denen damit notwendig abgewichen würde) keinen Ansatzpunkt für die Gewährung subjektiver Rechte gegen den Marktzutritt.

Diese Merkmale sind in Zusammenschau mit dem im Personenbeförderungsrecht grundsätzlich bestehenden Typenzwang zu sehen (vgl. hierzu Heinze in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 49). § 2 Abs. 7 PBefG soll, wie auch § 2 Abs. 6 PBefG, gewisse Abweichungen hiervon ermöglichen. Die „neue Verkehrsart“ (bzw. das neue Verkehrsmittel) ist dabei nach Ansicht der erkennenden Kammer Abgrenzungsmerkmal für eine sachgerechte Auswahl des Genehmigungstatbestandes. Zum einen fallen solche Beförderungen nicht unter § 2 Abs. 7 PBefG, die sich bereits ohne Probleme unter einen der vertypen Verkehre subsumieren lassen. Zum anderen dient das Merkmal der „neuen Verkehrsart“ (bzw. des neuen Verkehrsmittels) der Abgrenzung zu § 2 Abs. 6 PBefG. Dieser umfasst „Beförderungen, die nicht alle Merkmale einer Verkehrsart oder Verkehrsform dieses Gesetzes erfüllen“, wobei jedoch grundsätzlich noch irgendeine Zuordnung zu einer Verkehrsart möglich sein muss („Genehmigung nach denjenigen Vorschriften“, „denen diese Beförderung am meisten entspricht“) (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.08.2015, 3 C 14/14, BVerwGE 152, 382-397, NVwZ 2016, 695, 698, Rn. 35). Eine Zuordnung (nach exakten Kriterien) ist notwendig, weil sich der Wettbewerb innerhalb der jeweiligen Verkehrsart unter unterschiedlichen rechtlichen Bedingungen vollzieht (vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 19.09.2007, 7 LC 208/04, Juris Rn. 36 zu § 2 Abs. 6 PBefG a.F.). § 2 Abs. 6 PBefG erlaubt nämlich die Genehmigung *nach der Verkehrsart*, zu der nach wertender Betrachtung eine Zuordnung erfolgte (mithin die Genehmigung *als* Linien-, Taxen- oder Mietwagenverkehr) und gerade kein umfassendes Loslösen von den Genehmigungstypen und das Kreieren freier Mischgenehmigungstypen nach einem eigens zusammengestellten Regulierungsregime. Demgegenüber können solche Verkehre, die sich nicht mehr sachgerecht zuordnen lassen, nur unter den engeren Voraussetzun-

gen des § 2 Abs. 7 PBefG genehmigt werden, der nur die zeitlich beschränkte Erprobung zulässt (*ähnlich Fielitz/Grätz, PBefG, 66. EL Mai 2013, § 2 Rn. 26*). Dieses Verständnis der Norm folgt aus der Entstehungsgeschichte der §§ 2 Abs. 6 und 7 PBefG. Der Genehmigungstatbestand für atypische Verkehre wurde (mit Beschränkung auf besonders gelagerte Einzelfälle) in § 59a PBefG a.F. geschaffen, um vom Gesetz nicht erfasste Verkehrsformen (graue Verkehre), an deren Zulassung ein Interesse bestehe, „im Einzelfalle“ genehmigungsfähig zu machen (*BT-Drs. IV/3472, S. 2*); die Vorschrift behielt der Gesetzgeber in § 2 Abs. 6 a.F. ohne Änderung ihres Regelungsgehalts bei (*BVerwG, Urt. v. 12.12.2013, 3 C 30/12, BVerwGE 148, 321-328, Juris Rn. 32*). Zusätzlich führte er § 2 Abs. 7 PBefG ein. Schon im Hinblick auf §§ 59a und § 2 Abs. 6 PBefG a.F. forderte die Rechtsprechung eine gewisse Ähnlichkeit zu bestehenden Verkehren (*vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 21.02.1972, VI A 76/71, OVGE MÜLÜ 28, 403, 406 ff.; vgl. OVG Niedersachsen, Beschl. v. 30.11.1995, 7 M 6279/95, Juris Rn. 12; BVerwG, Urt. v. 12.12.2013, 3 C 30/12, BVerwGE 148, 321-328, Juris Rn. 37 f.*). § 2 Abs. 6 PBefG a. F. wurde vom Bundesverwaltungsgericht danach von § 2 Abs. 7 PBefG abgegrenzt, ob es noch um die Nichterfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale geht (mit der Folge der Zuordnung zu einem Genehmigungstyp), andernfalls sollte nur eine Genehmigung nach § 2 Abs. 7 PBefG in Betracht kommen (*vgl. BVerwG, ebd.*). An dieser Unterscheidung ist im Wesentlichen auch hinsichtlich der Neufassung festzuhalten (*vgl. BVerwG, Urt. v. 27.08.2015, 3 C 14/14, BVerwGE 152, 382-397, NVwZ 2016, 695, 698, Rn. 35; anders wohl noch BVerwG, Urt. v. 12.12.2013, 3 C 30/12, BVerwGE 148, 321-328, Juris*). Die Ersetzung des „besonders gelagerten Einzelfalles“ durch das „Nicht-Entgegenstehen öffentlicher Verkehrsinteressen“ hatte – in Abkehr von der Genehmigungsfähigkeit „im Einzelfalle“ – allein den Hintergrund, § 2 Abs. 6 PBefG in *quantitativer* Hinsicht zu erweitern, da (mit Blick auf die demografische Entwicklung) gerade in ländlichen Bereichen flexible Bedienformen „*nicht nur in besonders gelagerten Einzelfällen zur Anwendung kommen sollen*“ (*vgl. BT-Drs. 17/10857, S. 19*). Ein Überschneidungsbereich zwischen § 2 Abs. 6 und Abs. 7 PBefG besteht daher grundsätzlich nicht; dies auch vor dem Hintergrund, dass § 2 Abs. 6 PBefG die „bessere“ Genehmigung darstellt. Gewisse Überschneidungen könnten sich nach Ansicht der erkennenden Kammer höchstens dort ergeben, wo eine Genehmigungsbehörde einen zuordenbaren Verkehr wegen unabsehbarer Gefahren für öffentliche Verkehrsinteressen auf Grundlage des § 2 Abs. 6 PBefG nicht genehmigen würde, im Wege eines Erst-Recht-Schlusses und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit statt einer Ablehnung zum Zwecke einer sachgerechten Bewertung des Betriebs aber eine Erprobung ermöglichen will (*zu bedenken ist auch die ohnehin bestehende Möglichkeit der (kurzen) Befristung, §§ 2 Abs. 6, § 16 PBefG, der nachträglichen Aufhebung der Geneh-*

*mitteilung bei Nichtvorliegen der Vorauss. und der Amtsermittlungsgrundsatz einschl. Mitwirkungspflichten, §§ 24 Abs. 1, 26 Abs. 1, 2 HmbVwVfG).*

Hieraus wird deutlich, dass das Merkmal der neuen Verkehrsart wie auch der Erprobungszweck allein dazu dienen, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Berufsfreiheit von Anbietern/innen neuer bzw. atypischer Verkehre und dem auch grundsätzlich seitens des Gesetzgebers weiterhin beibehaltenen und allein *im öffentlichen Interesse* bestehenden Typenzwang des Personenbeförderungsgesetzes zu schaffen. Soweit der Vorwurf von Konkurrenten/innen darauf zielt, dass ein Verkehr eigentlich keine „neue“ Verkehrsart sei und nach einer anderen Genehmigungsart hätte genehmigt werden müssen (im Falle von *CleverShuttle* etwa weil es sich um eine Art Taxen- oder Mietwagenverkehr handele), kann sich ein schützenswertes Interesse schon gesetzessystematisch von vornherein *höchstens* hinsichtlich der Bedingungen der Marktteilnahme ergeben: Denn in dieser Konstellation könnte dem Konkurrenten/der Konkurrentin – sofern er/sie nicht öffentliche Verkehrsinteressen beeinträchtigt, auf die sich der Antragsteller nicht berufen kann (siehe oben) – eine Genehmigung jederzeit nach anderen Genehmigungstatbeständen (ggf. in Verbindung mit § 2 Abs. 6 PBefG) erteilt werden. Es bliebe somit in jedem Fall beim Marktzutritt, dieser vollzöge sich nur unter anderen (an den Genehmigungstyp geknüpfte) Bedingungen. Soweit der Vorwurf darauf zielte, der Betrieb könnte niemals genehmigt werden (im Falle von *CleverShuttle* etwa, weil der Betrieb in anderen Städten bereits erprobt werde), kann sich hieraus ebenfalls kein Drittschutz ergeben. Insofern kann nichts anderes gelten, als hinsichtlich der Rechtfertigung der objektiven Zulassungsschranke im Taxengewerbe selbst: Überragend wichtiges Gemeinschaftsgut ist allein die im öffentlichen Interesse liegende Existenz und Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes (siehe oben), nicht aber der Konkurrenzschutz der Einzelunternehmer/innen; dieser *allein* könnte ein Verbot nicht rechtfertigen.

Die vom Antragsteller für die Beigeladene in Zweifel gezogene Eigenwirtschaftlichkeit ist überhaupt nicht Tatbestandsmerkmal der zu erteilenden Erprobungsgenehmigung, so dass auch hierüber kein Drittschutz geltend gemacht werden kann. Die in § 8 Abs. 4. S. 1 PBefG geforderte Eigenwirtschaftlichkeit von Verkehren ist im Zusammenhang mit der Verordnung (EG) 1370/2007 und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge zu sehen und gibt für den hiesigen Fall nichts her.

- (c) Auch eine verfassungskonforme Auslegung führt nicht zu weitergehenden Rechten des Antragstellers gegen den Marktzutritt. Ein solches Recht folgt weder aus Art. 14 GG (aa) noch aus Art. 12 Abs. 1 GG (bb) noch aus der Wettbewerbsfreiheit (cc).

- (aa) Art. 14 GG gewährt keinen Konkurrenzschutz. Die Eigentumsgarantie umfasst ihrem Schutzbereich nach keine allgemeine Wertgarantie vorhandener vermögensrechtlicher Positionen, insbesondere nicht die Aufrechterhaltung eines bestimmten Geschäftsumfangs in Form einer bestimmten Marktstellung, und keine in der Zukunft liegenden Wettbewerbschancen und Verdienstmöglichkeiten (OVG Nordrhein-Westfalen Urt. v. 22.09.2016, 13 A 2378/14, BeckRS 2016, 54571 m.w.N.).
- (bb) Auch auf eine Betroffenheit von Art. 12 Abs. 1 GG kann sich der Antragsteller *im Zusammenhang mit dem Marktzutritt* nicht berufen.

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt grundsätzlich ebenfalls keinen Konkurrenzschutz. Art. 12 Abs. 1 GG *ermöglicht* unternehmerische Betätigung; Konkurrenz ist dabei das natürliche Ergebnis einer unternehmerischen Betätigung einer Mehrzahl von Personen in einem Markt. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die *Teilhabe* am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen. Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst dementsprechend nicht einen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren. Insbesondere umfasst das Grundrecht ungeachtet seiner Bedeutung für die Lebensgrundlage keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb in Form eines Marktanteils und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten, vielmehr unterliegt die Wettbewerbssituation und damit auch der Umsatz und die Erträge – grundsätzlich – dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002, 1 BvR 558/91, NJW 2002, 2621, 2622; BVerfG, Urt. v. 17.12.2002, 1 BvL 28/95, NJW 2003, 1232, 1233; OVG Saarland, Beschl. v. 22.01.2007, 3 W 14/06, NVwZ-RR 2008, 95, 97). Art. 12 Abs. 1 GG schützt somit grundsätzlich auch nicht vor einem privaten oder hoheitlichen Handeln (oder Unterlassen), das Konkurrenten/innen einen wirtschaftlichen Wettbewerbsvorsprung verschafft (Bay. VGH, Beschl. v. 10.04.1984, 11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758, 759; vgl. BVerwG, Urt. v. 23.03.1982, 1 C 157/79, NJW 1982, 2513, 2515).

Sofern in der Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen werden, greifen diese im Falle des Antragstellers nicht ein.

Verfassungsunmittelbarer Konkurrenzschutz kommt regelmäßig allenfalls dann in Betracht, wenn eine hoheitliche Maßnahme zu unzumutbaren Beeinträchtigungen, insbesondere in Gestalt eines Verdrängungs- und Aufzehrungswettbewerb bzw. ruinöser Konkurrenz, führt. Eine solche Gefährdung ist allerdings vom Antragsteller nicht in einer Weise dargetan, die eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG als möglich erscheinen ließe. Zwar ist es nicht grundsätzlich undenkbar, dass es durch eine (zu) weitgehende Ermöglichung von Erprobungsbetrieben mit erheblichem Umfang zur Auslösung eines ruinösen Verdrängungs- und Aufzehrungswettbewerbs kommen könnte. Dies trifft aber jedenfalls

auf den erweiterten Betrieb der Beigeladenen nicht zu. Im Hinblick auf den bisherigen Betrieb der Beigeladenen mit immerhin bereits 20 Fahrzeugen hat der Antragsteller nicht dargelegt, dass es überhaupt, geschweige denn zu spürbaren Einbußen in seinem Betrieb gekommen ist (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, *Juris Rn. 21*). Der vom Antragsteller angeführte Rückgang der Gesamtanzahl der Taxen von 2015 auf 2016 kann schon zeitlich nicht mit dem erst im Jahr 2017 aufgenommenen Erprobungsbetrieb der Beigeladenen zusammenhängen. Die Feststellung des Antragstellers, dass *CleverShuttles* Fahrgäste beförderten, die möglicherweise sonst Taxi gefahren seien, beschreibt keinen Aufzehrungs- und Verdrängungs-, sondern (allenfalls) „normalen“ Wettbewerb. Das Gericht erachtet es demnach aktuell für ausgeschlossen, dass die zusätzlich eingesetzten 30 Fahrzeuge der Beigeladenen mit jeweils 3 Sitzplätzen für Fahrgäste selbst bei maximaler Auslastung und maximaler Betriebszeit während der *begrenzten* Dauer der Erprobungsgenehmigung überhaupt geeignet sein könnten, unzumutbare Beeinträchtigungen der unternehmerischen Tätigkeit im Sinne eines Aufzehrungs- und Verdrängungswettbewerbs herbeizuführen. Dabei sind nur diejenigen Wirkungen zu betrachten, die durch die zeitlich befristete Erprobungsgenehmigung selbst herbeigeführt werden; etwaige zukünftige Auswirkungen einer darüber hinausgehenden, längerfristigen Etablierung des Betriebs der Beigeladenen sind nicht im Rahmen der Erprobungsgenehmigung, sondern im Rahmen einer (gegebenenfalls) später erfolgenden, „regulären“ Genehmigung zu würdigen (*für die wohl zunächst ohnehin ein Genehmigungstatbestand zu schaffen wäre*).

Ein erweiterter verfassungsunmittelbarer Konkurrenzschutz lässt sich auch nicht mit Blick auf die Beteiligung der *Deutschen Bahn AG* begründen. Zwar handelt es sich bei dieser um ein bundeseigenes Unternehmen, das grundrechtsgebunden und nicht grundrechtsberechtigt ist (BVerfG, Urt. v. 07.11.2017, 2 BvE 2/11, NVwZ 2018, 51, 62 Rn. 269; *dieser Maßstab dürfte sich auch mit Blick auf die mehrheitlich im Eigentum der Deutschen Bahn AG stehende Beigeladene fortsetzen*, vgl. BVerfG, Urt. v. 22.02.2011, 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201, 1202, Rn. 45 ff.). Es entspricht nichts desto weniger gefestigter Rechtsprechung, dass der Umstand *staatlicher* Konkurrenz, das heißt möglicher faktischer Beeinträchtigungen durch eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, nur im Falle ihrer Unzumutbarkeit (Verdrängungswettbewerb) einen Eingriff in Art. 12 GG darstellt (vgl. *Ruffert in: BeckOK GG, 39. Edition November 2018, Art. 12 Rn. 65*), mithin kein Unterschied zu nicht-staatlicher Konkurrenz gemacht wird.

Weitergehender Konkurrenzschutz über die vorstehenden Grenzen hinaus wird von der Rechtsprechung nur in Fällen möglicher grundrechtsrelevanter Verwerfungen der Wettbewerbsverhältnisse in besonders regulierten Märkten anerkannt. In einer Entscheidung

zur Krankenhausplanung hat das Bundesverfassungsgericht hierzu ausgeführt (BVerfG, Beschl. v. 23.04.2009, 1 BvR 3405/08, NVwZ 2009, 977):

*„Eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, kann aber das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht (vgl. BVerfGE 82, 209 [223f.] = NJW 1990, 2306; für die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan). Insbesondere bei einem regulierten Marktzugang können auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2005, 273 [274]). Wird zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden Einschränkungen unterworfen und kommt es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen, so besteht die Möglichkeit, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt sind (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2005, 273 [275]). Eine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse ist dann zu besorgen, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt ist (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2005, 273 [274]). Fehlt es hieran, so realisiert sich in dem Marktzutritt lediglich ein dem jeweiligen Markt bereits immanentes Wettbewerbsrisiko.“*

Hierbei handelt es sich indes um einen selten bejahten Ausnahmefall (angenommen für Vertragsärzte/innen BVerfG, Beschl. v. 17.08.2004, 1 BvR 378/00, NJW 2005, 273; abgelehnt für zahlreiche andere Märkte, für den Arzneimittelmarkt: OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 22.09.2016, 13 A 2378/14, BeckRS 2016, 54571; für Totalisatoren: OVG Hamburg, Beschl. v. 11.03.2015, 4 Bs 228/14, Juris; für Apotheken: BVerwG, Urt. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, Juris). Auch im Taxengewerbe sind die vorstehenden Anforderungen im Hinblick auf den Marktzutritt der Beigeladenen nicht erfüllt. Zwar handelt es sich beim Taxengewerbe um einen staatlich regulierten Markt. In diesem kommt den vorhandenen Unternehmen jedoch kein gesetzlicher Vorrang zu:

Ob ein Markt hinreichend durchstrukturierten Marktbedingungen unterliegt, ist nach dem Verständnis der erkennenden Kammer im Einzelfall unter Berücksichtigung der Spezifika des Marktes und der angebotenen Güter und Dienstleistungen zu betrachten. Grundsätzlich spricht gerade der Aspekt einer Bedarfsplanung für einen besonders regulierten Markt (BVerwG, Urt. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, Juris Rn. 19; OVG Hamburg, Beschl. v.



11.03.2015, 4 Bs 228/14, *Juris Rn. 19*). Dieser ließe sich für das Taxengewerbe aufgrund von § 13 Abs. 4 PBefG bejahen, dem gemeinhin eine Kontingentierung von Taxenkonzessionen entnommen wird. In Hamburg besteht indes die Besonderheit, dass Taxenkonzessionen nicht mehr zahlenmäßig beschränkt werden, sondern stattdessen eine verstärkte Kontrolle auf Ebene der Genehmigungserteilung im Hinblick auf die normierten subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen (finanzielle und persönliche Zuverlässigkeit) stattfindet (sog. „Hamburger Modell“, vgl. *Bürgerschaftsdrs. 21/5497 v. 09.08.2016, S. 2*), womit eine gewisse Deregulierung im Vergleich zur tradierten Konzeption des Taxenmarktes stattfindet (die freilich, sollte die unbegrenzte Zulassung zu nachteiligen Marktverhältnissen führen aufgrund des Fortbestands des § 13 Abs. 4 PBefG auch umgekehrt werden könnte). Selbst diesen Umstand außer Acht gelassen, dürfte es sich jedoch noch um einen stark durchstrukturierten Markt handeln, da die vorhandenen Regularien sich gerade im Markt für Taxenbeförderungen ganz erheblich auswirken (vgl. *die Ausführungen von König, Marköffnung und Wettbewerb im Taxengewerbe, BB 2015, 1095-1101, Juris*). Auf Ebene des Markzugangs besteht weiterhin ein Genehmigungserfordernis, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 13, 46, 47 PBefG i.Vm. der Berufszugangs-Verordnung PBefG (PBefG-BZV). Das Personenbeförderungsgesetz, die Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr und die Taxenordnung (v. 18. Januar 2000; *HmbGVBl. 2000, 28, TaxenO*) enthalten zahlreiche gesetzliche Vorgaben für die Führung des Unternehmens und die einzusetzenden Fahrer, die Dienstleistung der Taxenbeförderung selbst sowie die hierbei zu verwendenden Fahrzeuge. Zu nennen sind hierbei insbesondere die Betriebspflicht, § 21 PBefG, die gesetzlich festgesetzten Beförderungsentgelte, §§ 51 Abs. 1, 5, 39 Abs. 3 PBefG, §§ 2, 4 TaxenO, die Beförderungspflicht, §§ 22 PBefG, 13 BOKraft, die örtliche Beschränkung des Bereithaltens auf die Gemeinde des Betriebssitzes, § 47 Abs. 2 PBefG, und die Vorgaben der §§ 17, 25 Abs. 1, 26 und 29 BOKraft, die es Taxenunternehmer/innen weder erlauben, sich durch äußerliche Gestaltung von anderen abzuheben, noch großen Spielraum hinsichtlich der Wahl der Fahrzeuge lassen. Die Möglichkeiten, sich als Taxenunternehmer/in durch eine „bessere“ Beförderungsleistung Wettbewerbsvorteile zu erarbeiten, sind damit über die schon rein tatsächlichen Grenzen des Marktes hinaus rechtlich erheblich eingeschränkt, zumal es die festgesetzten Beförderungsentgelte unmöglich machen würden, sich „bessere“ bzw. besondere Leistungen auch höher vergüten zu lassen (zum Beispiel den Einsatz von in der Anschaffung möglicherweise teureren E-Fahrzeugen). Aufgrund der hohen Uniformität der angebotenen Dienstleistung käme dem Preiswettbewerb auf dem Taxenmarkt grundsätzlich erhebliche Bedeutung zu, sodass sich die diesen verhindernde Regulierung der Beförderungsentgelte besonders stark auf den Markt auswirkt. Denn für einen Fahrgast, der eine Beförderungsleistung anfragt, dürften sich die Faktoren Preis und Zeit als wesentlich

herausstellen. Ein Fahrgast möchte primär möglichst günstig und schnell an sein Ziel gelangen. Ersteres kann der Unternehmer/die Unternehmerin nicht beeinflussen; auch die Frage, ob er/sie (durch seine Fahrer/innen oder als Selbstfahrer/in) die Anfrage möglichst schnell bedienen kann, ist nur eingeschränkt beeinflussbar. Zwar kann der Fahrer/die Fahrerin durch eine gute Kenntnis der Stadt und Beobachtung des Marktverhaltens dafür sorgen, Fahrgäste bevorzugt an Orten hohen Fahrgastaufkommens (Großveranstaltungen, Hotels etc.) zu akquirieren. Nichtsdestotrotz unterliegt er/sie aber auch dabei noch einigen Regularien, da jede Anfrage anzunehmen ist (mag diese auch zu abgelegenen Orten führen), die Antragsgegnerin zudem durch die Verteilung von Taxenständen, das Gebot sich nur dort Bereitzuhalten und die an Taxenständen einzuhaltende Ordnung die Aufnahme von Beförderungsaufträgen in gewissem Sinne vorstrukturiert, vgl. § 6 TaxenO, und das örtliche und zeitliche Fortkommen von Taxen generell durch die Verkehrslage bestimmt wird. Verschärfend wirkt sich dabei auch insbesondere die besondere Art aus, wie Beförderungsdienstleistungen angefragt werden: Fahrgäste dürften eine starke Neigung haben „Taxen“ als Gesamtangebot wahrzunehmen und sich der Unterschiedlichkeit der dahinterstehenden Vielzahl an Unternehmern überhaupt nicht bewusst zu sein, was durch den gesetzlich vorgeschriebenen uniformen Außenauftritt mit beeinflusst wird. Taxifahrten werden durch Heranwinken, über Apps oder über Funkzentralen angefragt, ohne dass es dem Fahrgast in der Regel darauf ankäme, eine/n *bestimmte/n* Unternehmer/in anzufragen; ihm/ihr geht es regelmäßig allein darum so schnell wie möglich ein Taxi für seinen/ihren Beförderungswunsch zu finden. Ein aktives Anwerben von Fahrgästen ist den Fahrern/innen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 TaxenO wiederum untersagt. Eine „Kundenbindung“ findet damit allenfalls in Bezug auf den Vermittlungsdienst und nicht einzelne Unternehmen statt. Selbst wenn moderne Vermittlungs-Apps die Möglichkeiten vorsehen, Stammfahrer/innen anzugeben, dürfte auch hier im Grundsatz das Interesse an schneller Beförderung des Fahrgasts überwiegen, sofern diese Person nicht der/die nächstverfügbare Fahrer/in ist. Weitere, für die Kunden/innen wichtige Faktoren wie Sicherheit, Sauberkeit und das Verhalten des Fahrers/der Fahrerin sind bei der Auswahl der Taxe vorab kaum ersichtlich; ein besonders „vorbildliches“ Verhalten bringt hinsichtlich der *zukünftigen* Wettbewerbschancen aufgrund dieser Anfrageform nur wenig Vorteile. Zwar ergeben sich auch hier gewisse Möglichkeiten der Beeinflussung durch die in Taxen-Apps mögliche Bewertung der Fahrer/innen und die Anfragemöglichkeit für Fahrer/innen mit einer bestimmten Mindestbewertung. Dabei dürfte es sich allerdings nichts desto weniger eher um ein K.O.-Kriterium in dem Sinne handeln, dass auffällig schlechte Dienstleistungen eine negative Bewertung erhalten, sich für Anbieter/innen einer „durchschnittlichen“ Dienstleistung aber kaum Nachteile, für Anbieter/innen einer außergewöhnlich „guten“ Dienstleistung kaum erhebliche Vorteile ergeben. Tatsächlich dürfte auch die staatliche

Aufsicht über die einzuhaltenden Bestimmungen dazu führen, dass im Normalfall eine ordnungsgemäße Beförderungsleistung erbracht wird und der Kunde/die Kundin sich darüber hinaus keine Gedanken machen muss und wird. Außergewöhnlich „gute“ Dienstleistungen sorgen allenfalls für höhere Einnahmen in Form von Trinkgeld, wobei das diesbezügliche Potential für Ertragssteigerungen durch das Wettbewerbsverhalten von Fahrern/innen sowohl durch die überhaupt verfügbaren Fahrgastkapazitäten als auch durch soziale Gepflogenheiten (z.B. „10-Prozent-Regel“) faktisch limitiert ist.

Allerdings besteht kein grundsätzlicher gesetzlicher Vorrang, der es Altunternehmern/innen ermöglichen würde, gegen die *Zulassung* – das heißt die *grundsätzliche Marktteilnahme* – neuer Unternehmer/innen vorzugehen, da auch innerhalb des (ggf. kontingierten und) wie ausgeführt staatlich regulierten Taxenmarktes grundsätzlich Wettbewerb herrschen soll. Dies ergibt sich bereits ausdrücklich aus § 13 Abs. 5 S. 1 PBefG. Insofern handelt es sich bei der Zulassung anderen Taxiunternehmer/innen um „*markt-immanenten*“ Wettbewerb. Unterliegt man aber schon direktem Wettbewerb durch andere Taxenunternehmer/innen, ist grundsätzlich auch hinzunehmen, dass Unternehmer/innen neuer Verkehrsarten als Wettbewerber/innen auftreten. Unter dieser Maßgabe gewährt Art. 12 Abs. 1 GG dem Antragsteller grundsätzlich nicht das Recht, sich gegen den Umstand zu wehren, dass die Beigeladene auf dem Markt agiert.

Offen bleiben kann, ob es mit Blick auf die vorstehende Rechtsprechung Verwaltungsmaßnahmen geben kann, die Art. 12 GG berühren, weil sie sich trotz der vorstehenden Ausführungen als *marktextern* erweisen und zu (erheblichen) Konkurrenznachteilen führen. Die – überzeugende – Rechtsprechung zu regulierten Märkten nimmt im Grundsatz die maßgebliche Unterscheidung der Betroffenheit von Art. 12 GG danach vor, ob die erheblichen Wettbewerbsverzerrungen sich als markt- und systemimmanent herausstellen (vgl. BVerfG, *Beschl. v. 23.04.2009, 1 BvR 3405/08, NVwZ 2009, 977; BVerwG, Urt. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, NVwZ 2012, 639, 641, Rn. 19, 21; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 22.09.2016, 13 A 2378/14, BeckRS 2016, 54571, Rn. 51*). Das Bundesverfassungsgericht hat in der oben genannten Entscheidung ausgeführt, dass dann, wenn einzelne Leistungserbringer/innen zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen weitgehenden Einschränkungen unterworfen werden und es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen kommt, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen, die Möglichkeit besteht, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer/innen in ihrem Grundrecht aus Art. 12 GG verletzt sind. *Anders gewendet müssen nicht markt-immanente Verwerfungen im Hinblick auf die vielfältigen Regularien in betroffenen Märkten gerade nicht mehr hingenommen werden. Überzeugend*

hat es in seiner Entscheidung weiter angenommen, dass – wenn kein Vorrang der vorhandenen Unternehmer/innen besteht – keine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse stattfinden kann, weil sich dann der Marktzutritt als marktimmanent und demnach gerade *nicht als Verwerfung* erweist. Der geforderte Vorrang dürfte aber danach nicht Selbstzweck, sondern lediglich ein grundsätzlich sinnvolles *Kriterium* zur Bestimmung der Marktimmanenz sein. Dies zugrunde gelegt käme Drittschutz möglicherweise auch dann in Betracht, wenn eine angegriffene Erprobungsgenehmigung aufgrund ihrer Art und ihres Umfangs (ggf. auch in Zusammenschau mit weiteren Erprobungsgenehmigungen) der Sache nach nicht mehr als (wenn auch möglicherweise rechtswidrige) marktimmanente Einzelentscheidung erscheint, sondern als eine sich außerhalb des Regulierungsrahmens bewegende Systementscheidung. Solche Entscheidungen stellen den vom Gesetzgeber vorgesehenen Regulierungsrahmen, der bestimmt, was marktimmanent und was marktextern ist, und damit auch die Rechtfertigung der den einzelnen Marktteilnehmern auferlegten Regularien insgesamt in Frage. Im Hinblick auf die sogenannte Experimentierklausel im Personenbeförderungsrecht hat der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden ermöglicht, neue Verkehrsarten und Verkehrsmittel zu *Erprobungszwecken im Einzelfall für begrenzte Zeit* zu genehmigen. Erhellend ist in diesem Zusammenhang auch ein Vergleich mit § 57 Abs. 1 Nr. 8 PBefG, der Befreiungen durch Rechtsverordnungen für im *Rahmen des Gesamtverkehrs nicht besonders ins Gewicht fallende* Beförderungsfälle vorsieht. Es erscheint danach naheliegend, dass *erhebliche* Umstrukturierungen des Personenbeförderungsmarktes außerhalb dessen liegen, was als marktimmanent hinzunehmen ist und ausnahmsweise über Art. 12 GG gerügt werden können, wenn sie zu erheblichen Konkurrenznachteilen führen.

Diese Schwelle einer erheblichen (marktexternen) Umstrukturierung erreicht der Betrieb der Beigeladenen mit nur 50 Fahrzeugen jedoch jedenfalls noch nicht. Zwar spricht etwa die Erwähnung im Green City Plan der Stadt (*Mai 2018, S. 10, abrufbar unter <https://www.hamburg.de/contentblob/11221954/955f4e6a43f2cfcf10312013497928cf/data/masterplan-greencityplan-hamburg.pdf>, zuletzt abgerufen am 16.12.2018*) dafür, dass die Stadt ein erhebliches politisches Interesse an der *dauerhaften* Etablierung des Dienstes hat und langfristig eine Umstrukturierung des Verkehrsmarktes anstreben könnte. Der Genehmigungsumfang bildet indes noch keinen gleichrangigen „Gegenentwurf“ zu den bisherigen Verkehrssparten, insbesondere Linienverkehr und Gelegenheitsverkehr mit Taxen und Mietwagen. Auch sprechen Art und Umfang des Betriebs nicht dafür, dass es sich aufgrund von Beharrungsinteressen eigentlich der Sache nach bereits um eine (endgültige) Entscheidung für die Markteinführung handle. Damit wird auch der gesetzgeberischen Entscheidung zur Regulierung von Ride-Sharing-Diensten nicht in der Weise vor-

gegriffen, dass die Nichtfortführung des Betriebes nach Ablauf der Genehmigungsdauer von vornherein keine Option mehr darstellte.

- (cc) Auch einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG kann der Antragsteller nicht geltend machen. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung, ob das Recht der Freiheit der Teilnahme am Wettbewerb nicht eher, wie unter (bb) bereits ausgeführt, durch das speziellere Grundrecht der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG, gewährleistet wird. Jedenfalls gewährt auch Art. 2 Abs. 1 GG keinen weitergehenden Rechtsschutz gegen den Marktzutritt der Beigeladenen als bisher ausgeführt (*OVG Münster Urt. v. 22.09.2016, 13 A 2378/14, BeckRS 2016, 54571, Rn. 57 f. m.w.N.*).
- (d) Dem Antragsteller stehen subjektive Rechte auch **nicht** auf Grundlage beihilfenrechtlicher Bestimmungen des Europarechts zu. Sollte es sich bei der finanziellen Beteiligung der *Deutschen Bahn AG* überhaupt um eine i.S.d. Art. 107 AEUV relevante Beihilfe handeln, so könnte ein etwaiger Verstoß gegen die Notifizierungspflicht und das Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV zivilrechtlich – unter Berufung auf § 823 Abs. 2 BGB oder § 3a UWG – durchgesetzt werden (*vgl. BGH, Urt. v. 10.02.2011, I ZR 136/09, EuZW 2011, 440, Rn. 19, 53*). Mit Blick auf die von der Antragsgegnerin zu beurteilenden *Genehmigungsvoraussetzungen* könnte allein die (finanzielle) Leistungsfähigkeit (bei Rückforderung) oder die persönliche Zuverlässigkeit betroffen sein, die aber jedenfalls beide nicht drittschützend sind.
- (2) Dem Antragsteller steht indes Drittschutz zu, soweit er sich gegen die Ausgestaltung der Genehmigung richtet. Insofern kann er verlangen, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Ermessensentscheidung über die Ausgestaltung der Genehmigung im Hinblick auf die Abweichung von Vorschriften des Personenbeförderungsrechts die Interessen der Taxenunternehmer/innen angemessen berücksichtigt und unter Würdigung der Regularien des Taxengewerbes eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung wählt. Dies folgt (jedenfalls) aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 2 Abs. 7 PBefG in Verbindung mit denjenigen marktverhaltensbezogenen Vorschriften des Personenbeförderungsrechts, die für Taxenunternehmer/innen gelten.
- (a) Insofern kann dahinstehen, ob sich die Drittanfechtungsbefugnis des Antragstellers bereits aus denjenigen, das Marktverhalten im Gelegenheitsverkehr regelnden Vorschriften des Personenbeförderungsrechts ergibt, von denen auf Grundlage von § 2 Abs. 7 PBefG abgewichen wurde (wobei in der praktischen Handhabung § 2 Abs. 7 PBefG im Hinblick darauf, dass es sich um eine nicht zuordenbare, neue Verkehrsart bzw. ein neues Verkehrsmittel handelt, eher in der Weise zu verstehen sein dürfte, dass in einer wer-

tenden Ermessenentscheidung insgesamt eine vertretbare Regulierung des Erprobungsbetriebs gefunden werden muss).

Grundsätzlich sind die Vorgaben des Marktverhaltens (z.B. die Beförderungspflicht, die Tarifpflicht oder die Rückkehrpflicht) nicht angreifbarer Inhalt einer Taxen- oder Mietwagenkonzession, weil sie kraft Gesetzes bestehende Pflichten sind, die an die erteilten Konzessionen anknüpfen. Die Einhaltung dieser Bestimmungen kann normalerweise aber über das Wettbewerbsrecht, insbesondere § 3a UWG, justiziabel sein, da die diesbezügliche Rechtsprechung häufig von auch die Interessen der Mitbewerber schützenden Marktverhaltensregeln ausgeht (für §§ 51 Abs. 5, 39 Abs. 3 PBefG (Tarifpflicht): BGH, Urt. v. 29.03.2018, I ZR 34/17, NJW 2018, 2484, 2486, Rn. 21 ff.; für § 49 Abs. 4 S. 3 PBefG (Rückkehrpflicht): BGH, Urt. v. 30.04.2015, I ZR 196/13, GRUR 2015, 1235, Rn. 12; für § 49 Abs. 4 S. 5 PBefG (Verwechslungsgefahr zw. Mietwagenverkehr u. Taxenverkehr): vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2011, I ZR 154/10, Juris Rn. 12; vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 1.148). Da diese Bestimmungen auf den durch Erprobungsgenehmigung legalisierten Betrieb der Beigeladenen nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern hier die Genehmigung selbst die Marktverhaltensregeln ausgestaltet, spricht einiges dafür, die Genehmigung unter Berufung auf ein unzulässiges Abweichen von solchen Vorschriften für angreifbar zu halten.

- (b) Die Frage eines *bezweckten* Interessenschutzes bedarf indes keiner abschließenden Erörterung. Denn ein subjektives Recht folgt *jedenfalls* in verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift. Denn Taxenunternehmer/innen wie der Antragsteller können sich gemäß Art. 12 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG darauf berufen, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung über die Ausgestaltung der Genehmigung ihre Interessen möglicherweise nicht angemessen eingestellt und die Beigeladene damit im Verhältnis zu Taxenunternehmern/innen in einer Art. 3 Abs. 1 GG zuwider laufenden Weise bevorteilt hat. Dies erscheint vorliegend jedenfalls nicht von vornherein und unter jeder denkbaren Betrachtungsweise als ausgeschlossen.
- (aa) Eine zu weitgehende Befreiung von Pflichten des Personenbeförderungsrechts wirkt sich für die Beigeladene im Vergleich zu anderen Verkehrsarten (möglicherweise) als eine Art Begünstigung (vergleichbar einer Subvention oder Ausnahmegenehmigung) aus. Im Hinblick auf Subventionen wurde eine Drittanfechtungsbefugnis – ungeachtet der Verortung in Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG – für den Fall bejaht, dass ein/e Antragsteller/in die willkürliche Vernachlässigung eigener schützenswerter Rechte geltend macht (BVerwG, Urt. v. 30.08.1968, VII C 122/66, Juris, 2. Lts.). Dies gilt auch für andere Begünstigungen von Konkurrenten/innen (BVerwG, Urt. v. 22.05.1980, 3 C 2/80, Juris Rn.

49). Anders als in Fällen, in denen sich Konkurrent/innen gegen den Marktzutritt wehren, geht es in diesen Fallgestaltungen nicht darum, dass ein zugelassenes Unternehmen einem anderen die gleiche Rechtsstellung missgönnt, sondern dass ein/e Konkurrent/in *ungleiche* Wettbewerbsvoraussetzungen verhindern möchte (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 01.02.1980, 13 A 1509/79, Juris Rn. 16 ff.).

Diese Erwägung und die obigen Ausführungen zu grundrechtsrelevanten Wettbewerbsverwerfungen in staatlich regulierten Märkten führen nach Ansicht der erkennenden Kammer dazu, dass Taxenunternehmer/innen eine angemessene Berücksichtigung ihrer wettbewerbslichen Interessen bei der Entscheidung über die Ausgestaltung von Erprobungsgenehmigungen verlangen können. Der Taxenmarkt ist, wie dargelegt, stark reguliert; Taxenunternehmern/innen werden im öffentlichen Interesse zahlreiche Beschränkungen im Hinblick auf ihr Marktverhalten auferlegt. Es wäre in hohem Maße widersprüchlich, würde eine Gruppe von Marktteilnehmern/innen unter Berufung auf öffentliche Interessen erheblichen Beschränkungen ihrer Wettbewerbsfaktoren unterworfen, obgleich andere einschränkungslos oder unter erleichterten Bedingungen agieren können, wenn dieser Unterschied nicht durch einen rechtfertigenden Grund (insbesondere aufgrund der Unterschiedlichkeit der Dienstleistungen) gerechtfertigt ist. Dies stellte die Rechtfertigung der gesetzlich gewählten Regulierung grundsätzlich in Frage. Insofern erweisen sich Genehmigungsausgestaltungen, die sich nicht in das Regulierungssystem des Personenbeförderungsrechts *einfügen* als nicht hinzunehmende, marktexterne Bedingungen.

Diesbezüglich können Taxenunternehmer/innen zur Absicherung ihrer Interessen verlangen, dass die Antragsgegnerin innerhalb ihres Ermessensspielraums über die Ausgestaltung der Genehmigung eine angemessene und zutreffende Ermittlung und Bewertung der wesentlichen (Wettbewerbs-)Verhältnisse vornimmt und diese zur Grundlage ihrer Entscheidung macht.

- (bb) Mit Blick auf das hiesige Verfahren hält es das Gericht zumindest nicht von vornherein und nach jeder Betrachtungsweise für ausgeschlossen, dass sich die Antragsgegnerin bei der Erweiterungsgenehmigung – insbesondere indem sie nicht die Erfahrungen des bisherigen Erprobungsbetriebs abfragte und auswertete – nicht hinreichend mit der Frage auseinandersetzte, welche Überschneidungen zwischen Taxendienstleistungen und den Dienstleistungen der Beigeladenen bestehen könnten und welche Wechselwirkungen auf Grund dessen zwischen dem Taxengewerbe und dem Fahrdienst der Beigeladenen bestehen könnten.

Das Gericht hält es insofern nicht für ausgeschlossen, dass es sich bei dem Fahrdienst der Beigeladenen um einen solchen handelt, dessen Markt sich mit dem des Taxenge-

werbes in erheblichem Maße überschneidet und insofern hinsichtlich der Ausgestaltung der Genehmigung ein Ermessens Fehlgebrauch zu verzeichnen ist.

Eine zureichende *Beurteilung und Bewertung* der Taxenähnlichkeit und der Austauschbarkeit von Beförderungsdienstleistungen ist wesentliche Grundlage für eine ermessensgerechte Entscheidung über das vorzugebende Marktverhalten. Die Antragsgegnerin hat sich hinsichtlich der Abgrenzung des Taxengewerbes im Wesentlichen auf die Kriterien der äußerlichen Gestaltung und der Rückkehrpflicht gestützt. Ob sie eine weitergehende Auseinandersetzung mit den Marktverhältnissen und eine Auswertung der bisherigen Erkenntnisse der Erprobung vorgenommen hat, bedarf der näheren Aufklärung im Hauptsacheverfahren. Insofern ist es zumindest denkbar, dass sie hierzu verpflichtet gewesen wäre und sie ihre Entscheidung auf Grundlage eines unvollständig ermittelten bzw. bewerteten Sachverhalts getroffen haben könnte.

Die Antragsgegnerin hätte sich möglicherweise – wofür es für die Bejahung der Drittanfechtungsbefugnis allein ankommt – insbesondere mit der Frage auseinandersetzen müssen, inwieweit sich die Verwendung der *CleverShuttle* App auf die klassische und gesetzlich vorgesehene Abgrenzung von Taxen- und Mietwagenverkehr auswirkt. Das Gericht hält es zumindest für möglich, dass die Fahrzeuge der Beigeladenen durch die genutzte App faktisch eine Form des „Bereithaltens auf der Straße“ betreiben, was möglicherweise im Sinne einer größeren Taxenähnlichkeit hätte gewürdigt werden müssen. Durch die Rechenleistung der App könnte möglicherweise nämlich faktisch „verhindert“ werden, dass Fahrzeuge überhaupt zurückkehren müssen. Durch die App-basierte Fahrgastanfrage dürften alle Buchungsstrecken feststehen; zudem dürfte sich das Fahrzeug in Echtzeit tracken und die Fahrzeiten anhand der Geodaten problemlos ermitteln lassen, sodass sich – anders als zur Zeit der Ausgestaltung der verschiedenen Verkehrsformen im Personenbeförderungsrecht und der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten Unterscheidung zwischen Taxen- und Mietwagenverkehr – die Anschlussverbindung auf einfachem Wege unmittelbar *sicherstellen* lassen dürfte. Betrachtet man die Buchungsmaske der *CleverShuttle* App lässt sich zumindest der Eindruck gewinnen, dass die *CleverShuttles* sich – wie Taxen – stets verteilt im Verkehrsraum befänden. Auf Seiten der Kunden/innen könnte möglicherweise – anders als bei „herkömmlichen“ Mietwagenverkehren, wie insbesondere Chauffeur-Services – bewusst der Eindruck unmittelbarer und stetiger Verfügbarkeit anstelle eines Anforderns des Wagens vom Betriebssitz erweckt werden, was möglicherweise zu einer höheren Austauschbarkeit der Nutzung von Taxen und *CleverShuttles* als von Taxen und herkömmlichen Mietwagenverkehren führt. Insofern könnte auch zweifelhaft sein, ob die Tatsache, dass die Aufträge manuell durch einen „Controller“ gegengeprüft und vergeben werden, noch in sachgerechter Weise eine unterschiedliche



Behandlung rechtfertigen. Das Gericht hält es zumindest für denkbar, dass das Geschäftsmodell und die Programmierung der App der Beigeladenen gerade darauf ausgelegt sind, dass so gut wie kein Fahrzeug überhaupt vor Schichtende bzw. bevor die Batterie geladen werden muss zum Betriebshof zurückkehrt und die Verpflichtung zur Rückkehr damit zu keinerlei *abgrenzender* Funktion gegenüber dem Taxengewerbe mehr führt. Dies hätte möglicherweise aufgrund der bisherigen Daten überprüft werden können und wäre möglicherweise zu berücksichtigen gewesen.

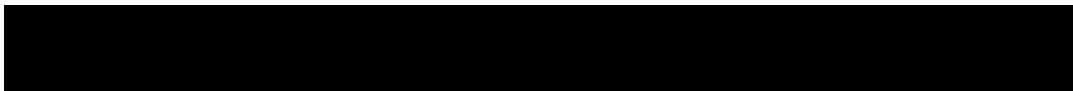
*Womöglich* hätte die Antragsgegnerin sich auch in größerem Umfang mit der weiteren Frage auseinander setzen müssen, in welchem Nutzerkreis sich das Taxengewerbe und die Beigeladene gegebenenfalls überschneiden (möglicherweise im Nutzerkreis junger, Smartphone-affiner Personen) und wie gerade diese relevante Nutzergruppe Taxen nutzt und wahrnimmt. Dabei hätte möglicherweise angemessen berücksichtigt werden müssen, ob das klassische Heranwinken von Taxen in dieser Gruppe überhaupt noch eine relevante Rolle spielt, oder nicht vielmehr auch Taxen hauptsächlich über Apps gebucht werden. Insofern wäre möglicherweise in die Betrachtung einzustellen gewesen, inwieweit sich die Buchung von Taxen und *CleverShuttles* gerade *mittels App* unterscheidet und hierdurch und anhand der Unterschiede von *CleverShuttles* zu Taxen (kein spontanes Ändern der Route, kein Aussteigen unterwegs, kein längeres Warten auf den Fahrgast, Umwege) aus Sicht dieser Nutzergruppe eine hinreichende Unterscheidung zum Taxengewerbe besteht.

Dabei wäre möglicherweise auch anhand der bisher gesammelten Erfahrungen angemessen zu überprüfen und zu würdigen gewesen, wie die Öffentlichkeit den Dienst der Beigeladenen wahrnimmt und ob insofern eine Gleichsetzung mit dem Taxenverkehr erfolgt (vgl. *beispielsweise die Berichterstattung: "CleverShuttle"-Fahrer auf Bewährung verurteilt*, <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/CleverShuttle-Fahrer-auf-Bewaehrung-verurteilt,urteil554.html>, zuletzt abgerufen am 23.11.2018; „Im Selbstversuch: Geteiltes Taxi, halber Preis“, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/im-selbstversuch-geteiltes-taxi-halber-preis-15598650-p2.html>; zuletzt abgerufen am 23.11.2018; *Neue Taxialternative CleverShuttle - Mit Münchnern on the road*; <https://geheimtippmuenchen.de/geheimtipp/neue-taxialternative-clevershuttle-mit-muenchnern-on-the-road/>; zuletzt abgerufen am 23.11.2018; „Clever Shuttle in Stuttgart - Neues Sammeltaxi am Start“; <https://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.clever-shuttle-in-stuttgart-neues-sammeltaxi-am-start.dfee7f91-6cf1-4cad-bf99-08c049c88799.html>; zuletzt abgerufen 23.11.2018).

In der Folge wäre dann (gegebenenfalls) auf Grundlage dieser Erkenntnisse zu entscheiden gewesen, ob bei der Ausgestaltung der der Beigeladenen erteilten Genehmigung in

stärkerem Maße eine Annäherung an das Taxengewerbe notwendig gewesen wäre, wobei insbesondere die Ähnlichkeit der Dienste, die bestehenden Unterschiede (möglicherweise Sharing, Einsatz von E-Fahrzeugen) und die dem Taxengewerbe allein zukommenden Privilegien (z.B. straßenverkehrsrechtliche Sonderrechte) einzustellen gewesen sein könnten. Relevant könnte dies möglicherweise – was im Hauptsacheverfahren zu klären sein wird – mit Blick auf die eingeschränkten Betriebszeiten der Beigeladenen (diese hatte angekündigt, spätestens ab dem 12. Monat einen 24-Stunden Betrieb vorhalten zu wollen, was bis dato nicht erfolgt ist), das gegenüber dem Taxengewerbe kleinere Betriebsgebiet einschließlich einer möglichen Konzentration auf lukrative Bereiche und die gegenüber Taxen deutlich günstigere Preisgestaltung sein (der Preis für einen Fahrgast liegt unter der Hälfte des aufzuwendenden Taxenentgelts; selbst bei maximaler Auslastung der Fahrzeuge mit 3 Fahrgästen ist die Fahrt günstiger als mit einem Taxi).

3. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, Abs. 3, 159 S. 1 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO. Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Hamburg, den 20.12.2018

Tillner  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt –  
ohne Unterschrift gültig.