

Füßer & Kollegen, TRIAS, Martin-Luther-Ring 12, 04109 Leipzig

Per beA
Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht
Lübeckertordamm 4
20099 Hamburg

Klaus Füßer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Marcus Lau
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Sven Kreuter
Rechtsanwalt

Janet Gresse
Rechtsanwältin

Paul Ciosek
Rechtsanwalt

Tobias Meiser
Rechtsanwalt

Leipzig, den 13. Juni 2019

Unser Zeichen: 00050-19/KF/KN/93832

In Sachen
Krijan ./ Freie und Hansestadt Hamburg
– 3 Bs 113/19 –

legen wir vorsorglich (vgl. die Ausführungen der Beigeladenen)

Anschlussbeschwerde

gemäß §§ 146, 127 VwGO analog, § 173 VwGO, § 567 III ZPO ein
und beantragen auch insoweit

den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom
24. April 2019 – 5 E 1711/19 – abzuändern und die
aufschiebende Wirkung der Klage – 5 K 4390/18 – gegen den
Genehmigungsbescheid vom 25. April 2018 in vollem Umfang
wiederherzustellen.

Zur

Begründung

sowie zur Erwidern auf die Schriftsätze der Beigeladenen vom 28. Mai 2019 und vom 7. Juni 2019 ist in tatsächlicher (sogleich I) und rechtlicher (nachfolgend II) Hinsicht wie folgt auszuführen:

I Zum Sachverhalt

In tatsächlicher Hinsicht ist den Ausführungen der Beigeladenen insoweit zuzustimmen, als der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 24. April 2019 den Prozessbevollmächtigten des Antragstellers bereits am gleichen Tag per Telefax übermittelt, von dem mit der Sache befassten Rechtsanwalt gesehen und an den Antragsteller gemailt wurde. Zu ergänzen ist insoweit Folgendes: Der Rechtsanwalt des Antragstellers betrachtete bislang grundsätzlich nur die per Post eingegangenen Originalabschriften als zugestellt und unterschrieb Empfangsbekanntnisse daher zu entsprechendem Zeitpunkt. So auch hier:

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg ist am 29. April 2019 in den Büroräumen der Prozessbevollmächtigten eingegangen und wurde am gleichen Tag von dem Rechtsanwalt des Antragstellers entgegengenommen.

Glaubhaftmachung: Empfangsbekanntnis vom 29. April 2019 mit Eingangsstempel; Kopie als **Anlage A 1** anbei

Hiervor bestand auf Seiten des Rechtsanwalts keine Annahmefähigkeit. Aus diesem Grund hat er sich auch zuvor gegenüber einer Mitarbeiterin schriftlich geweigert, das Empfangsbekanntnis zu unterschreiben und auf die Zustellung per Post verwiesen.

Glaubhaftmachung: Handschriftliche Notiz von Klaus Füßer auf dem Ausdruck des Telefaxes vom 24. April 2019; Kopie als **Anlage A 2** anbei

Weiterhin hat er dem Antragsteller mit E-Mail vom 30. April 2019 einen Scan der am Vortag eingegangenen Originalabschrift übermittelt und sich den vom Antragsteller bereits zuvor mündlich vom Antragsteller erhaltenen Auftrag, Rechtsmittel gegen den Beschluss einzulegen, nach

Erhalt und Weiterleitung der per Post eingegangenen Originalabschrift bestätigen lassen.

Glaubhaftmachung: E-Mail vom 30. April 2019; Ausdruck als **Anlage A 3** anbei

Veranlasst durch den Hinweis der Beigeladenen und auf Ermahnung jüngerer Mitarbeiter wird der Rechtsanwalt des Antragstellers nunmehr seine an frühere Zeiten (gerichtliche Beschlüsse wurden gelegentlich per Fax-Avise ohne Zustellung übersandt, die Zustellung erfolgte dann nur per Post) erinnernde Praxis einstellen und bereits die per Fax eingehenden Schriftstücke als zugestellt gelten lassen, diese auch schon dann unverzüglich vollinhaltlich zur Kenntnis nehmen und die daraus notwendigen Schritte (Notierung des Fristenlaufs etc.) vollziehen.

II Rechtliche Würdigung

Die Beschwerde ist zulässig (sogleich 1) und begründet (sodann 2). Sollte sie entgegen der hier vertretenen Auffassung doch als unzulässig verworfen werden, ist jedenfalls die Anschlussbeschwerde statthaft, zulässig und begründet (zuletzt 3).

1 Zulässigkeit

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere fristgerecht eingelegt sowie begründet worden. Hierzu im Einzelnen:

Die Fristen zur Einlegung der Beschwerde und ihrer Begründung wurden gewahrt.

Gemäß § 147 I 1 VwGO ist die Beschwerde bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung einzulegen. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist bei dem Beschwerdegericht eingeht, § 147 II VwGO.

Gemäß § 147 I 1 VwGO beginnt die Beschwerdefrist mit der Bekanntgabe der Entscheidung. Unter Bekanntgabe versteht man gem. § 57 I VwGO die Zustellung oder, wenn diese nicht vorgeschrieben ist, die Verkündung der Entscheidung¹. Zugestellt wird von Amts wegen nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung, § 56 II VwGO.

Die Zustellung gegen Empfangsbekanntnis ist dann als bewirkt anzusehen, wenn der Adressat das ihm zugestellte Schriftstück mit

¹ *Guckelberger*, in: *Sodan/Ziekow, VwGO-Komm.*, 5. Aufl. 2018, § 147 Rn. 13.

dem Willen entgegengenommen hat, es als zugestellt gegen sich gelten zu lassen, und dies auch durch Unterzeichnung des Empfangsbekennnisses beurkundet. Zustellungsdatum ist also der Tag, an dem der Zustellungsadressat vom Zugang des übermittelten Schriftstücks Kenntnis erlangt und es empfangsbereit entgegengenommen hat². Dies war vorliegend am 29. April 2019 der Fall, sodass die Beschwerdefrist gemäß § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO und §§ 187 I, 188 II Hs. 1 BGB am 13. Mai 2019 ablief und die beim Verwaltungsgericht Hamburg am gleichen Tag eingegangene Beschwerde fristgerecht eingelegt wurde.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Beschluss den Prozessbevollmächtigten bereits am 24. April 2019 per Telefax übermittelt, von dem mit der Sache befassten Rechtsanwalt zur Kenntnis genommen und an den Antragsteller weitergeleitet wurde, denn zu diesem Zeitpunkt lag keine Empfangsbereitschaft bei dem Zustellungsadressat vor. Im Einzelnen:

Zwar kann gemäß § 174 II 1 ZPO die Zustellung durch Telekopie vorgenommen werden. Auch entspricht die Übermittlung des Beschlusses vom 24. April 2019 durch Telefax am gleichen Tag den Anforderungen des § 174 II 2 ZPO: Dem Beschluss war ein Empfangsbekennnis beigefügt, das den Zusatz „Zustellung gegen Empfangsbekennnis gemäß § 56 Abs. 2 VwGO i.V.m. § 174 Abs. 1 ZPO“ enthielt. Allerdings ist die Zustellung nach § 174 ZPO nicht bereits mit dem Eingang des Dokuments beim Zustellungsadressaten oder dessen Kenntnisnahme, sondern erst dann bewirkt, an dem der Zustellungsadressat das Dokument als zugestellt angenommen hat³. Das Empfangsbekennnis ist für die Zustellung nicht konstitutiv, wohl aber die in ihm verkörperte Empfangsbereitschaft. Die Zustellung mittels Empfangsbekennnis ist auf die Mitwirkungsbereitschaft des Zustellungsadressaten angewiesen. Nimmt er ein in seinen Machtbereich gelangtes Dokument nicht entgegen, so ist es nicht zugestellt⁴.

Vorliegend hat der Rechtsanwalt des Antragstellers den per Telefax am 24. April 2019 übermittelten Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg zwar am gleichen Tag zur Kenntnis

² BGH, Urt. v. 18.1.2006 – VIII ZR 114/05, NJW 2006, 1206 (1207); zu § 212a ZPO a.F. bereits BGH, Beschl. v. 27.5.2003 – VI ZB 77/02, NJW 2003, 2460 m.w.N.

³ BVerwG, Beschl. v. 29.4.2011 – 8 B 86/10, BeckRS 2011, 50630 (Rn. 6).

⁴ Zu allem Vorstehenden *Czybulka/Kluckert*, in: Sodan/Ziekow, VwGO-Komm., 5. Aufl. 2018, § 56 Rn. 33 m.w.N.

genommen, war aber – da es sich nicht um die Originalabschrift handelt – nicht bereit, ihn als zugestellt entgegenzunehmen, wie seine handschriftliche Notiz auf dem Empfangsbekennnis-Vordruck belegt. Mit dem Willen der Bewirkung der Zustellung entgegengenommen hat er erst die am 29. April 2019 erhaltene Beschlussausfertigung, sodass die Zustellung auch erst zu diesem Zeitpunkt bewirkt wurde.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Rechtsanwalt dem Antragsteller den am 24. April 2019 übermittelten Beschluss weitergeleitet hat. Zwar ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

„[v]on einer Weigerung, das zuzustellende Schriftstück in Empfang zu nehmen, [...] dann nicht auszugehen, wenn trotz der Nichteinreichung eines unterschriebenen Empfangsbekennnisses die Gesamtumstände zwingend auf den Erhalt und die Empfangsbereitschaft schließen lassen. Das Schriftstück gilt dann in dem Zeitpunkt als zugestellt, zu dem es der Person, an die die Zustellung dem Gesetz gemäß gerichtet war oder gerichtet werden konnte, tatsächlich zugegangen ist.“⁵

Die Gesamtumstände lassen vorliegend allerdings nicht auf die Empfangsbereitschaft des Adressaten schließen.

Er hat auf Grundlage des am 24. April 2019 per Telefax übermittelten Beschlusses insbesondere kein Rechtsmittel eingelegt oder auch nur einen entsprechenden Auftrag (abschließend) entgegengenommen. Vielmehr heißt es in der an den Antragsteller gerichteten E-Mail vom 30. April 2019 ausdrücklich:

„Bitte bestätigen Sie mir nochmals – gerne auch per E-Mail – Ihre zuvor auch mündlich erteilte Weisung, dass ich Beschwerde auch für Sie (wie dies schon MOIA und die Hansestadt getan haben) einlegen soll.“

Auch die Weiterleitung an den Antragsteller geschah nicht, um *dieses* Schriftstück zur Grundlage des weiteren Vorgehens zu machen, sondern allein, um den Antragsteller über die Entscheidung des Gerichts zu informieren. Andernfalls hätte es der Übermittlung eines Scans der Originalabschrift nicht bedurft.

Es bestand mithin keine Empfangsbereitschaft des Zustellungsadressaten am 24. April 2019, sodass es bei dem oben gefundenen Ergebnis – Fristablauf am 13. Mai 2019 – bleibt.

⁵ BVerwG, Beschl. v. 17.5.2006 – 2 B 10/06, NJW 2007, 3223; siehe auch BGH, Beschl. v. 13.1.2015 – VIII ZB 55/14, NJW-RR 2015, 953 (953 f.) m.w.N.

Ebenso wurde die Begründungsfrist gewahrt. Gemäß § 146 IV 1 VwGO ist die Beschwerde gegen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts wurde dem Prozessbevollmächtigten des Antragstellers – wie dargelegt – am 29. April 2019 bekannt gegeben, sodass die Begründungsfrist gemäß § 57 II VwGO i.V.m. § 222 I ZPO und §§ 187 I, 188 II Hs. 1 BGB am 29. Mai 2019 ablief. Die am gleichen Tag per beA übermittelte Begründungsschrift liegt innerhalb dieser Frist.

2 Begründetheit

Die Beschwerde ist auch begründet. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 24. April 2019 ist abzuändern und die aufschiebende Wirkung der Klage – 5 K 4390/18 – gegen den Genehmigungsbescheid vom 25. April 2018 in vollem Umfang wiederherzustellen, da das private Interesse des Antragstellers an der Herstellung der aufschiebenden Wirkung das Öffentliche Interesse und das Interesse der Beigeladenen am Sofortvollzug des angegriffenen Bescheides auch insoweit überwiegt, als er sich auf die vom Verwaltungsgericht Hamburg als keine Verletzung in eigenen Rechten begründenden 200 Fahrzeuge bezieht. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist nämlich der Ausgang des Klageverfahrens in der Hauptsache nicht als offen einzustufen. Vielmehr ist bereits jetzt offenkundig, dass die Klage zulässig (sogleich 2.1) und begründet (sodann 2.2) ist.

2.1 Zulässigkeit der Klage im Hauptsacheverfahren

Die Klage im Hauptsacheverfahren ist zulässig. Der Antragsteller ist insbesondere gemäß § 42 II VwGO klagebefugt, denn er kann sich nicht allein auf das vom Verwaltungsgericht – richtigerweise – aus Art. 12 I i.V.m. Art. 3 I GG abgeleitete „Gebot einer systemgerechten Ausgestaltung der Wettbewerbsverhältnisse“ berufen; ein subjektiv-öffentliches Recht, dessen Verletzung möglich erscheint, folgt darüber hinaus aus § 2 VII PBefG selbst (sogleich 2.1.1) sowie aus Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I GG und zwar auch in Bezug auf den Marktzutritt (sodann 2.1.2) und darüber hinaus auch aus Art. 12 I GG allein (abschließend 2.1.3). Hiermit hat sich das Verwaltungsgericht überhaupt nicht ausdrücklich auseinandergesetzt – wohl aber seine im Beschluss vom 12. April 2019 angestellten Erwägungen übernommen –, sodass auch in Auseinandersetzung hiermit umfassend auszuführen ist:

2.1.1 § 2 VII PBefG als drittschützende Norm

Nach der herrschenden Schutznormtheorie hängt die Zuerkennung subjektiver öffentlicher Rechte vom Vorliegen eines Rechtssatzes ab, der nicht nur im öffentlichen Interesse erlassen wurde, sondern zumindest auch dem Schutz der Interessen einzelner Bürger zu dienen bestimmt ist. Entscheidend ist der gesetzlich bezweckte Interessenschutz, dessen Vorhandensein durch Auslegung zu ermitteln ist. Orientierte sich diese Auslegung nach der Vorstellung *Bühlers* vor allem am Willen des historischen Gesetzgebers, wie er sich aus den Materialien erschließt, so ist nach neuerer Auffassung ein Kanon von Methoden und Regeln an die Stelle dieses singulären Kriteriums getreten, der auch die norminterne Wirkung der Grundrechte einschließt⁶.

An Vorstehendem gemessen kommt § 2 VII PBefG drittschützende Wirkung zu, denn er soll auch dem Schutz bereits am Markt vorhandener Leistungserbringer gegenüber neuen Verkehrsformen dienen. Dies ergibt sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut der Norm, umso deutlicher aber aus ihrem Sinn und Zweck sowie der gesetzlichen Systematik.

Zugegeben: Der Wortlaut des § 2 VII PBefG drängt nicht zu der Annahme eines subjektiven öffentlichen Rechts. Nach ihm kann die Genehmigungsbehörde zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von auf Grund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, soweit *öffentliche* Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen. Letzteres Tatbestandsmerkmal (kein Entgegenstehen *öffentlicher* Verkehrsinteressen) legt rein begrifflich die Zuerkennung subjektiver Rechte nicht Nahe. Wie das Verwaltungsgericht Hamburg bereits ausführte, kann aus dem Wortlaut (öffentlich) indes nicht darauf geschlossen werden, dass aus dem Tatbestandsmerkmal per se kein Drittschutz erwachsen könne⁷. Ein solcher wurde vom Verwaltungsgericht freilich lediglich

⁶ *Wahl*, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, Losebl. (Stand: Sept. 2018), Vorb. § 42 Rn. 96 mit zahlreichen Nachweisen.

⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 31.

Linienverkehrsunternehmen zugesprochen⁸, was wohl der (noch) herrschenden Meinung entspricht:

Für den Gelegenheitsverkehr wurde von der Rechtsprechung Drittschutz für den Gelegenheitsverkehr überwiegend nicht zuerkannt⁹. Auch soweit das Merkmal der Bedrohung des örtlichen Taxengewerbes in seiner "Funktionsfähigkeit" gemäß § 13 IV 1 PBefG, die begrifflich die Existenzfähigkeit des örtlichen Taxengewerbes einschließt, betroffen ist, soll dies nach einer älteren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allein öffentlichen Verkehrsinteressen, nicht aber dem Konkurrentenschutz dienen und schützt die bereits in dem Beruf Tätigen nicht vor wirtschaftlich spürbarer – auch harter – Konkurrenz und vor den wirtschaftlichen – bis zum möglichen finanziellen Ruin reichenden – Risiken dieses Berufes¹⁰.

Diese Entscheidungen betrafen jedoch Fälle, die sich jeweils – Rechtsschutzsuchender wie Drittbegünstigter der jeweils angegriffenen Behördenentscheidung – *innerhalb* des geschlossenen Kreises zugelassener Personenbeförderungen abspielten. Meist ging es um Taxenunternehmer, die sich gegen Genehmigungen für Konkurrenten nach § 47 PBefG oder § 49 PBefG wehren wollten. Soweit das Bundesverwaltungsgericht im Zusammenhang mit § 13 IV 1 PBefG von dem fehlenden Schutz vor harter wirtschaftlicher Konkurrenz bis zum möglichen finanziellen Ruin spricht, bezieht sich dies allein auf die Konkurrenz durch andere Inhaber von Taxigenehmigungen, d.h. von Konkurrenz innerhalb des geschlossenen Kreises zugelassener Personenbeförderungen.

Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Vorschriften des PBefG eine ausreichende Abgrenzung der einzelnen Bedienformen gewährleisten und so auch einem grundsätzlich zu gewährenden Schutz gegen Wettbewerb der Bedienformen

⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 31 f.

⁹ Vgl. etwa: BVerwG, Urt. v. 28.06.1963 – VII C 139/61, juris, Rn. 24; OVG NRW, Urt. v. 1.2.1980 – 13 A 1509/79, juris, Rn. 2, 10; VG München, Gerichtsbeschl. v. 26.3.2009 – M 23 K 07.405, juris, Rn. 18 f.; BayVGH, Beschl. v. 10.4.1984 – 11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758 (758).

¹⁰ BVerwG, Urt. v. 15.4.1988 – 7 C 94.86, juris, Rn. 9.

untereinander¹¹ genügen. Der Verwaltungsgerichtshof München bringt dies in aller Deutlichkeit auf den Punkt:

„Nach dem Personenbeförderungsgesetz ist der Verkehr mit Taxen (§47 PBefG) und Mietwagen (§49 IV PBefG) **unterschiedlich geregelt und derart voneinander abgegrenzt**, daß beide Verkehrsformen rechtlich nebeneinander bestehen können. Die Unterschiede zwischen dem Gelegenheitsverkehr mit Droschken und mit Mietwagen erfordern sogar aus verfassungsrechtlichen Gründen verschiedene gesetzliche Regelungen der Zulassungsvoraussetzungen (BVerfGE 11, 168 = NJW 1960, 1515). **Schon deshalb kann ein Taxenunternehmer nicht in seinen Rechten verletzt sein, wenn die Behörde einem anderen Unternehmer die Genehmigung zum Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen erteilt.** Hält sich der Mietwagenunternehmer an die ihm auferlegten gesetzlichen Verpflichtungen, dann befriedigt er Verkehrsbedürfnisse, die sich – ungeachtet gewisser Ähnlichkeiten – grundsätzlich von denen unterscheiden, denen der Droschkenverkehr dient. Bei rechtmäßigem Verhalten können beide Formen des Gelegenheitsverkehrs nebeneinander bestehen, ohne daß dabei eine unmittelbare, vollständige Wettbewerbs- und Konkurrenzsituation eintritt.“¹² [Hervorhebungen durch uns, Füzser & Kollegen]

Das Bundesverfassungsgericht wiederum hat in dem hier zitierten Taxibeschluss festgestellt:

„Es läßt sich also nicht sagen, daß an Existenz und Funktionieren dieser Form [Mietwagenverkehr] des Gelegenheitsverkehrs ein überragendes Interesse der Allgemeinheit besteht. **Sie stellt aber auch keine bedrohliche Konkurrenz für andere Verkehrszweige dar, an denen die Gemeinschaft ein solches Interesse hat.** Das ergibt sich zum Teil aus der Natur der Sache (etwa im Verhältnis des Mietwagenverkehrs mit Personenkraftwagen zum Linienverkehr und zur Eisenbahn), **zum Teil erweist es die Erfahrung (Mietwagenverkehr mit Personenkraftwagen gegenüber Droschken).**“¹³ [Ergänzungen und Hervorhebungen durch uns, Füzser & Kollegen]

Die genannte Ablehnung von Drittschutz für Taxenunternehmer/Innen durch die Rechtsprechung geht

¹¹ Vgl. NdsOVG, Urt. v. 19.9.2007 – 7 LC 208/04, juris, Rn. 36; *Heinze/Fehling/Fiedler*, 2. Aufl. 2014, PBefG § 2, Rn. 51.

¹² BayVGh, Beschl. v. 10.4.1984 – Nr. 11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 8.6.1960 – 1 BvL 53/55, juris Rn. 72.

allerdings an der rechtlichen Eigenart dieses Falls vorbei. Es geht es hier nicht darum, dass sich der Antragsteller gegen Konkurrenz innerhalb des geschlossenen Kreises der Verkehrsformen zur Wehr setzen möchte. Ihm geht es vielmehr darum, dass er aus Gründen des Allgemeinwohls zahlreichen Beschränkungen unterworfen und so in seiner Berufsausübungsfreiheit beeinträchtigt ist, während die Beigeladene vielen dieser Beschränkungen nicht unterliegt. Es geht nicht um die Abwehr von *harterm* – aber fairgleichartigem – Wettbewerb, sondern um die Abwehr von unfairer Konkurrenz. Dass die Beigeladene keine Konkurrenz für den Antragsteller darstellt, lässt sich mit der bisherigen Rechtsprechung gerade nicht sagen. Denn diese Rechtsprechung stützte sich auf die (saubere) Trennung der Verkehre im geschlossenen Kreis der gesetzlichen Typisierung und kann aus diesem Grund auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden.

Zurückkommend auf die Erwägungen des Verwaltungsgerichts Hamburg im Hinblick auf die an dieser Stelle allein entscheidende Frage nach der Auslegung des Begriffes des „öffentlichen Interesses“ ist daher auch zu entgegnen: Weder aus dem Wortlaut, noch der Gesetzessystematik oder dem Sinn und Zweck der einschlägigen Normen folgt, dass die Einbeziehung der Interessen vorhandener Personenbeförderungsunternehmen als Elemente der öffentlichen Verkehrsinteressen auf Unternehmen im Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr begrenzt sein soll. Zwar ist der Kammer insoweit zuzustimmen, dass die Interessen vorhandener Unternehmen in § 13 II 1 Nr. 3 lit. a) bis c) PBefG ausdrücklich als Aspekte der öffentlichen Ordnung benannt werden. Dies lässt aber nicht den Umkehrschluss zu, dass der Begriff in anderen Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes anders zu verstehen ist. Hieran ändert auch nichts, dass es in § 13 IV 1 PBefG heißt:

Beim Verkehr mit Taxen ist die Genehmigung zu versagen, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen dadurch beeinträchtigt werden, daß durch die Ausübung des beantragten Verkehrs das örtliche Taxengewerbe in seiner Funktionsfähigkeit bedroht wird.

Denn die hier vorgenommene Einschränkung der berücksichtigungsfähigen Aspekte betrifft ausdrücklich ausschließlich das Taxengewerbe intern und sagt nichts über

die Auslegung des Begriffes der „öffentlichen Interessen“ in anderem Zusammenhang aus. Eine systematische Würdigung beider vorgenannter Regelungen spricht vielmehr – im Gegenteil – dafür, dass die Interessen vorhandener Unternehmer sehr wohl als Aspekt der „öffentlichen Interessen“ zu berücksichtigen sind. Denn würde sich die Einbeziehung derselben in § 13 II 1 Nr. 3 lit. a) bis c) PBefG schon von vornherein ausschließlich auf Unternehmen im Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr beziehen, bedürfte es in § 13 IV 1 PBefG keiner Einschränkung des Begriffes der öffentlichen Interessen.

Es ist auch nicht nachvollziehbar, auf welcher Grundlage nach Ansicht des Verwaltungsgerichts davon auszugehen sein soll, dass § 2 VII PBefG keine anderen Interessen als in § 13 IV PBefG einschließen wollte, handelt es sich doch – wie bei der oben gewürdigten Rechtsprechung – um gänzlich unterschiedliche Konstellationen, wie das Verwaltungsgericht selbst an späterer Stelle ausführt:

„[E]s [geht] 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“¹⁴.

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten: Der Wortlaut selbst sagt über die drittschützende Absicht der Regelung nichts aus. Systematische Gründe sprechen allerdings dafür, dass der im Personenbeförderungsgesetz verwendete Begriff des „öffentlichen Interesses“ auch den Schutz vorhandener Unternehmer einbezieht, falls dies nicht ausdrücklich abweichend geregelt wird.

Zu (nur) diesem Ergebnis gelangt auch eine teleologische Auslegung des § 2 VII PBefG. Denn ihr Sinn und Zweck liegt zum einen freilich darin, das Personenbeförderungsgesetz für die Erprobung ansonsten nicht vom Personenbeförderungsgesetz erfassbarer oder sonst nicht genehmigungsfähiger Verkehre zuzulassen, mithin das Personenbeförderungsgesetz für neue wirtschaftliche, gesellschaftliche und verkehrspolitische Entwicklungen offen zu halten¹⁵. Die in der Norm angelegten Beschränkungen

¹⁴ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 51.

¹⁵ *Bauer*, PBefG, 2010, § 2 Rn. 30.

zeigen allerdings, dass auch ein Schutz der klassischen Betriebsformen bezweckt ist. Denn eine Erprobung von Verkehrsformen und -mitteln wäre theoretisch auch ohne zeitliche Begrenzung und in vielen Fällen möglich. Die Einschränkungen sind offenkundig darauf angelegt, die im Personenbeförderungsgesetz vorgesehenen und hiernach zugelassenen Verkehrsarten vor ungleichen Wettbewerbsbedingungen zu schützen, sodass dem § 2 VII PBefG insgesamt Drittschutz zuzusprechen ist.

Soweit das Verwaltungsgericht insofern meint, jedenfalls die Merkmale der neuen Verkehrsart wie auch der Erprobungszweck dienen ausweislich der Gesetzesmaterialien allein dazu, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Berufsfreiheit von Anbietern neuer bzw. atypischer Verkehre und dem auch grundsätzlich seitens des Gesetzgebers weiterhin beibehaltenen und allein im öffentlichen Interesse bestehenden Typenzwang des Personenbeförderungsgesetzes zu schaffen¹⁶, ist dem zweierlei entgegenzuhalten: Zum einen ergibt sich aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht, dass neben öffentlichen Interessen nicht auch solche der Altunternehmer geschützt werden sollten. Die Frage des Drittschutzes ist nicht mittels Ausschlussprinzips zu beantworten. Es reicht aus, wenn die in Frage stehende Norm *auch* den Interessen des Einzelnen zu dienen bestimmt ist. Zum anderen ist im Rahmen der Auslegung nicht (allein) auf den historischen Willen des Gesetzgebers abzustellen. Vielmehr ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgeblich, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist¹⁷ und letzterer lässt – wie bereits ausgeführt – auf den drittschützenden Charakter des § 2 VIII PBefG schließen.

Weiterhin ist dem Verwaltungsgericht Hamburg zu widersprechen, wenn es vertritt:

„Soweit der Vorwurf des Antragstellers darauf zielt, der Betrieb von MOIA könnte generell nicht genehmigt

¹⁶ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 34-36.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 21.5.1952 – 2 BvH 2/52, BVerfGE 1, 299 (312); BVerfG, Beschl. v. 12.11.1958 – 2 BvL 4/56 u.a., BVerfGE 8, 274 (307); BVerfG, Beschl. v. 15.12.1959 – 1 BvL 10/55, BVerfGE 10, 234 (244); BVerfG, Beschl. v. 17.5.1960 – 2 BvL 11/59 u.a., BVerfGE 11, 126 (130 f.).

werden, kann sich hieraus demnach kein Drittschutz ergeben. Insofern kann nichts anderes gelten, als hinsichtlich der Rechtfertigung der objektiven Zulassungsschranke im Taxengewerbe selbst: Übertugend 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 gar nicht rechtfertigen..¹⁸

Denn auch an dieser Stelle ist dem Gericht vorzuwerfen, dass es die Unterschiedlichkeit der Konstellationen verkennt. In einem Fall handelt es sich um Konkurrenz innerhalb des geschlossenen Kreises zugelassener Personenbeförderungen, im anderen Fall um Wettbewerber, die den für klassische Bedienformen geltenden Beschränkungen des Personenbeförderungsrechts nicht unterliegen. Es liegt in der Natur der Sache, dass das Personenbeförderungsgesetz für atypische Verkehrsformen und -mittel im Sinne des § 2 VII PBefG keinen fein aufeinander abgestimmten und für alle ihm unterworfenen Parteien fairen Rahmen zur Wettbewerbsausübung enthält, handelt es sich doch gerade um *neue* Bedienformen. Der Vergleich mit dem (fehlenden) Konkurrenzschutz der Taxenunternehmer untereinander geht daher nicht nur fehl, sondern bestätigt das oben gefundene Ergebnis – Drittschutz des § 2 VII PBefG – noch einmal mit bestechender Deutlichkeit.

Soweit die Beigeladene unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁹, des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen²⁰ und das Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes²¹ eine (möglichen) Verletzung des Antragstellers in eigenen Rechten verneint, so kann diesem Vortrag nicht gefolgt werden. Denn den genannten Entscheidungen liegen andere Sachverhalte zugrunde, die sich von dem hiesigen wesentlich unterscheiden, da hier gerade keine Genehmigungserteilung zur Durchführung einer klassischen Beförderungsart vorliegt, sondern die Rechtsgrundlage der erteilten Genehmigung die Experimentierklausel des § 2 VII PBefG darstellt. Abgesehen von den sich wesentlich unterscheidenden Sachverhalten

¹⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 36.

¹⁹ BVerwG, Urt. v. 15.4.1988 – 7 C 94.86, juris, Rn. 9.

²⁰ OVG NRW, Urt. v. 1.2.1980 – 13 A 1509/79, juris, Rn. 2, 10.

²¹ BayVGH, Beschl. v. 10.4.1984 – 11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758 (758).

beruht die genannte Rechtsprechung bereits auf der grundlegenden Annahme, dass das Personenbeförderungsgesetz Taxen und den anderen Gelegenheitsverkehr unterschiedlich regelt und derart voneinander abgrenzt, dass die Verkehrsformen rechtlich nebeneinander bestehen können²². Eine solche – und die Klagebefugnis des Klägers ausschließende – Abgrenzung liegt bei einer Genehmigung aufgrund der Experimentierklausel des § 2 VII PBefG jedoch nicht ohne weiteres vor, da deren rechtlichen Anforderungen allein nicht geeignet sind, die Trennung verschiedener Verkehre sicherzustellen. Die Trennung kann nur durch den konkreten Inhalt der jeweiligen Genehmigung erfolgen. Jede Genehmigung nach § 2 VII PBefG muss sich im Gegenzug auch daran messen lassen, ob sie den Zweck dieser Trennung erfüllt.

Sodann ist zu der von der Beigeladenen in Bezug genommenen Ansicht des Verwaltungsgerichts Hannover zu erwidern: Dem Verwaltungsgericht Hannover ist derselbe Vorwurf zu machen, wie er gegen das Verwaltungsgericht Hamburg in diesem Schriftsatz schon mehrfach erhoben wurde: Für die Auslegung des § 2 VII PBefG kann sehr wohl etwas anderes gelten als bei der Erteilung von Genehmigungen für den Verkehr mit Taxen. Wie das Gericht zudem zu der Erkenntnis gekommen ist, der Gesetzgeber habe „offenbar bewusst“ davon abgesehen, den von negativen Konsequenzen berührten Altunternehmern Drittschutz einzuräumen, erschließt sich nicht und stellt eine bloße Behauptung dar. Denn der Wortlaut ist – wie gezeigt – keinesfalls klar.

Abschließend ist noch anzumerken, dass – auch wenn es hierauf vorliegend wie gezeigt gar nicht ankommt – die Annahme von Drittschutz für Taxenunternehmer/Innen auch innerhalb der gesetzlichen Typisierung kein Novum ist; Ein Blick auf die Rechtsprechung liefert insofern wichtige Fingerzeige dafür, in welchen Konstellationen und inwiefern doch Konkurrenzschutz sachgerecht ist:

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen ließ in einem Beschluss zu Sondervereinbarungen zu Taxitarifen gemäß § 51 II PBefG noch offen, ob der Norm Drittschutz

²² BayVGh, Beschl. v. 10.4.1984 –11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758 (758).

zukommt²³. Es betont, dass der Versagungsgrund des § 51 II Nr. 2 PBefG – eine Störung der Ordnung des Verkehrsmarktes – dann zu bejahen sein würde, wenn die vereinbarten Sondertarife nicht auskömmlich wären oder aber Sondervereinbarungen die Unauskömmlichkeit der Entgelte im Pflichtfahrbereich zur Folge hätten. Es erwog insbesondere die Möglichkeit, dass die Unauskömmlichkeit der Sondervereinbarungen auch diejenigen TaxiunternehmerInnen in eigenen Rechten verletzen könnte, welche nicht Teil der Sondervereinbarung sind. Für solche Taxiunternehmer/Innen könnte § 51 II Nr. 2 PBefG drittschützende Wirkung entfalten, wenn durch eine Sondervereinbarung die Auskömmlichkeit der Einnahmen im Pflichtfahrbereich gefährdet wäre und sah lediglich diese tatsächliche Anforderung als nicht glaubhaft gemacht an.

Das Verwaltungsgericht Freiburg stellte zu dieser Frage fest:

"Dies bedeutet, dass § 51 II PBefG nur insoweit drittschützende Wirkung entfaltet, als die Auskömmlichkeit der Tarife im Pflichtbereich gewahrt bleiben muss. Über den Schutz der Verkehrsanbieter in ihrer Gesamtheit hinaus kann nur der einzelne Taxiunternehmer die Verletzung eigener Rechte geltend machen, nämlich dann, wenn es durch die Umsetzung einer Sondervereinbarung zu derartigen Verwerfungen und Verschiebungen auf dem Verkehrsmarkt kommt, dass die Nachfrage nach Beförderungen im Pflichtfahrbereich nur noch von marginaler Bedeutung ist und deshalb insbesondere die durch die Rechtsverordnung festgelegten Entgelte nicht mehr auskömmlich im Sinne von § 39 II PBefG sind."²⁴

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht geht schließlich davon aus,

„[dass] eine Unterscheidung und Zuordnung nach exakten Kriterien [...] notwendig [ist], weil sich der Wettbewerb innerhalb der jeweiligen Verkehrsart unter unterschiedlichen rechtlichen Bedingungen vollzieht.“²⁵

Wenn sich danach der Wettbewerb innerhalb der passenden – weil der jeweiligen Verkehrsart entsprechenden – rechtlichen Bedingungen abspielen soll, so heißt das auch, dass die

²³ OVG NRW, Besch. 21.4.2016 – 13 B 1450/15, juris, Rn. 18.

²⁴ VG Freiburg, Urt. 11.9.2008 – 2 K 1256/07, juris.

²⁵ NdsOVG, Urt. v. 19.9.2007 – 7 LC 208/04, juris, Rn. 36.

Typisierungen des PBefG einen Schutz vor Wettbewerb durch die jeweils anderen Verkehrsformen bewirken sollen²⁶.

Die Vorschrift des § 2 VII PBefG erweitert die Genehmigungsfähigkeit von Bedienformen, die vom Prinzip des „geschlossenen Kreises der zugelassenen Formen der entgeltlichen Personenbeförderung“ abweichen. Im Unterschied zu den abschließend aufgezählten Formen entgeltlicher Personenbeförderung ist die Experimentierklausel gerade dadurch gekennzeichnet, dass an eine auf dieser Grundlage durchgeführte Personenbeförderung nur geringe rechtliche Anforderungen gestellt werden, um die Erprobung einer neuen Verkehrsart nicht von Beginn an zu vereiteln und sie somit letztendlich wie eine Beförderungsart auf Grundlage des § 2 VI PBefG zu behandeln. Hieraus und aus der einzig in der Norm genannten Einschränkung des Entgegenstehens öffentlicher Verkehrsinteressen ist zu schlussfolgern, dass gerade dieser Einschränkung ein überragendes Gewicht beigemessen werden muss. Denn durch diese soll nach ihrem Sinn und Zweck sichergestellt werden, dass die im Unterschied zur Experimentierklausel genannten klassischen Bedienformen mit den an sie gestellten restriktiven Anforderungen gegenüber einer neuen Bedienform – mit weitgehender Ausübungsfreiheit – und im Gefüge der entgeltlichen Personenbeförderung vor dem Hintergrund der funktionierenden Personenbeförderung bestehen können. Das setzt voraus, dass das Tatbestandsmerkmal einer neuen Verkehrsform eng ausgelegt wird.

Im umgekehrten Fall wären die klassischen Bedienformen schutzlos gegenüber neu zugelassenen Marktteilnehmern. Denn einmal behördlicherseits zugelassen, ist auch über den Weg des Zivilrechtes kein Vorgehen gegen diese Bedienformen (mehr) möglich²⁷. Es obliegt vielmehr der Genehmigungsbehörde, den ansonsten durch den geschlossenen Kreis entgeltlicher Personenbeförderung vermittelten Schutz der Verkehre untereinander nicht durch eine Genehmigung zu durchbrechen, welche den Tatbestand eines neuen Verkehrs im Sinne des § 2 VII PBefG gar nicht erfüllt. Da die Typisierung der klassischen Bedienformen (auch) dem Schutz der einzelnen Leistungserbringer dient und

²⁶ Hieraus ebenfalls Drittschutz ableitend *Heinze/Fehling/Fiedler*, 2. Aufl. 2014, PBefG, § 2 Rn. 51.

²⁷ BGH, Urt. v. 24.9.2013 – I ZR 73/12, juris, Rn. 10.

§ 2 VII PBefG diesen geschlossenen Kreis durchbricht, ist die Norm selbst, mithin auch die Tatbestandsmerkmale eines neuen Verkehrs und das Vorliegen einer Erprobung, drittschützend.

2.1.2 Drittschutz aus Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 GG aufgrund „rechtlicher Schicksalsgemeinschaft“

Sodann und übereinstimmend mit den Ausführungen des Verwaltungsgerichts Hamburg ist davon auszugehen, dass Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I GG dem Antragsteller ein subjektiv öffentliches Recht auf Verhinderung ungleicher Wettbewerbschancen einräumt. Denn

„[e]s wäre in hohem Maße widersprüchlich und ist von den Betroffenen nicht hinzunehmen, 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. Eine solche Situation stellte [...] die Rechtfertigung der gesetzlich gewählten Regulierung grundsätzlich in Frage.“²⁸

Dieses spielt indes nicht (erst) bei der Frage der Ausgestaltung der Genehmigung eine Rolle, sondern bereits bei der Frage des „Ob“ der Genehmigung und vermittelt allen Tatbestandsmerkmalen des § 2 VII PBefG Drittschutz. Die insoweit vom Verwaltungsgericht vorgenommene und nachfolgend wiedergegebene Unterscheidung erschließt sich nicht:

„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

²⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 51 f..

soeben) - 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“²⁹.

Würde in dem vom Verwaltungsgericht ausgemaltem Fall der Konkurrent eine Genehmigung nach anderen Genehmigungstatbeständen erhalten, unterläge er ja gerade dem für klassische Betriebsformen geltenden Regimes des Personenbeförderungsgesetzes, sodass der Marktzutritt eines nicht nach diesen Regeln spielenden Wettbewerbers verhindert würde.

Den zuvor wiedergegebenen Ausführungen ist daher ohne Einschränkung auf das „Wie“ der Genehmigung beizupflichten und hieran anknüpfend festzuhalten: Bereits aufgrund des der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürftigen Umstandes der Regulierung des Personenbeförderungsmarktes ist und kann von dem Antragsteller gefordert werden, dass diese Vorgaben für alle Marktteilnehmer gelten. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürfen, da sie die Rechtfertigung der für die Marktteilnehmer begründende Eingriffe in ihre Berufsfreiheit in Frage stellen, einer besonderen Rechtfertigung und sind – um die verfassungsrechtliche Legitimation der marktrelevanten Vorgaben des Personenbeförderungsgesetzes nicht zu konterkarieren – eng und vor allem drittschützend zu verstehen. Denn es kann nicht allen Ernstes behauptet werden, dass die für eine Gruppe von Marktteilnehmern geltenden Beschränkungen für eben diese kein Grund darstellen sollen, ihre Auferlegung und Einhaltung auch von anderen Marktteilnehmern fordern zu können. Insoweit lässt sich vom Bauplanungsrecht lernen, in dem der Begriff der „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ geprägt wurde:

„Der Hauptanwendungsfall im Bauplanungsrecht für diesen Grundsatz sind die Festsetzungen eines Bebauungsplans über die Art der baulichen Nutzung. Durch sie werden die Planbetroffenen im Hinblick auf die Nutzung ihrer Grundstücke zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbunden. Die Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des eigenen Grundstücks wird dadurch ausgeglichen, daß auch die anderen

²⁹ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 36.

Grundeigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind (vgl. OVG Berlin, BRS 48 Nr. 167).³⁰

Freilich lassen sich die Konstellationen nicht 1:1 übertragen; der Grundgedanke lässt sich aber auch im vorliegenden Fall fruchtbar machen und bestätigt nochmals den bereits gefundenen Befund: Art. 12 I GG i.V.m. Art. 3 I GG stellt (selbst oder/und auf die Auslegung des § 2 VII PBefG rückwirkend) eine drittschützende Norm dar, auf die sich der Antragsteller berufen kann.

2.1.3 Drittschutz aus Art. 12 I GG aufgrund Verwerfung der Wettbewerbsverhältnisse

Darüber hinaus ist Art. 12 I GG auch insofern drittschützend und betroffen, als er (wenn auch nur sehr reduziert) Konkurrenzschutz gewährt. Im Einzelnen:

Art. 12 I GG schützt in der Tat regelmäßig nur vor Verdrängungswettbewerb. Wie das Verwaltungsgericht Hamburg aber bereits richtig dargelegt hat, wird darüber hinausgehender Konkurrenzschutz in Fällen möglicher grundrechtsrelevanter Verwerfungen der Wettbewerbsverhältnisse in besonders regulierten Märkten anerkannt. Und soweit das Verwaltungsgericht in nur einer kleinen Ergänzung³¹ bedürftiger Ausführlichkeit anerkannt hat, dass es beim Taxengewerbe um einen staatlich stark regulierten Markt handelt³², ist ihm zuzustimmen. Einem logischen Fehler unterliegt es jedoch (erneut) hinsichtlich der Begründung des fehlenden Vorrangs des Taxenmarktes gegenüber marktfremden Wettbewerbern. Insofern wird ausgeführt:

„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. kontingentierte 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

³⁰ BVerwG, Urt. v. 16.9.1993 – 4 C 28/91, NJW 1994, 1546.

³¹ Die Praktizierung des „Hamburger Modells“ entgegen der Regelung des § 13 IV PBefG kann freilich bei der Beurteilung der Regulierung des Marktes keine Rolle spielen.

³² VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 37-41.

Zulassung anderen Taxiunternehmer/innen um *marktmanenten* 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.“³³

An dieser Stelle wird durch einen Erst-Recht-Schluss von dem nicht ausgeschlossenen oder sogar erwünschten marktmanenten Wettbewerb darauf geschlossen, dass den Unternehmen, die sich dem Formzwang des Personenbeförderungsgesetz unterworfen haben, kein Vorrang gegenüber neuen Verkehrsarten zukommt. Freilich und wie bereits mehrfach ausgeführt handelt es sich hierbei indes um unterschiedliche Fallkonstellationen, sodass der Versuch eines *Argumentum a fortiori* fehlschlagen muss. Und auch im Ergebnis ist diese Annahme falsch, denn das Personenbeförderungsgesetz sieht ausdrücklich einen Vorrang der „alten“ Verkehrsarten vor, wie bereits durch den „*numerus clausus der Verkehrsformen*“ zum Ausdruck kommt. Auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2 VII PBefG belegen einen Nachrang neuer Verkehrsarten: Unabhängig von der Auslegung des Begriffes der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ können sie *ausschließlich zur praktischen Erprobung*, nur *im Einzelfall* und lediglich für die Dauer von *höchstens vier Jahren* genehmigt werden. Im Ergebnis handelt es sich daher um einen staatlich regulierten Markt, in dem den vorhandenen Unternehmern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber neuen Marktformen zukommt, sodass Art. 12 I GG auch insoweit eine drittschützende Norm darstellt, deren Verletzung möglich erscheint.

2.2 Begründetheit der Klage im Hauptsacheverfahren

Die Klage ist im Hauptsacheverfahren auch begründet, da die streitbefangene Genehmigung rechtswidrig ist und den Antragsteller in seinen Rechten verletzt.

2.2.1 Rechtswidrigkeit der Genehmigung

³³ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 41.

Die Genehmigung ist rechtswidrig, da § 2 VIII PBefG schon nicht anwendbar ist (sogleich 2.2.1.1) und weder seine tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen (sogleich 2.2.1.2), noch eine ermessensfehlerfreie Entscheidung getroffen wurde (sodann 2.2.1.2).

2.2.1.1 Keine Tatbestandsmäßigkeit von § 2 VII PBefG

Soweit ein Verkehr einer der typisierten Formen des Linien- oder Gelegenheitsverkehrs entspricht, ist eine Genehmigung nach Maßgabe der jeweiligen Vorschriften zu erteilen. § 2 VI PBefG betrifft hingegen Fälle, in denen die Beförderung Merkmale einer typischen Beförderungsart oder -form verfehlt, wobei die Beförderungsleistung danach denjenigen gesetzlichen Voraussetzungen und Anforderungen an einen gesetzlichen Typ und nur diesem unterworfen ist, deren Anwendung auf sie dem Sinn und Zweck der Typenbildung am besten entspricht³⁴. Mit der Experimentierklausel des § 2 VII PBefG kann eine Erprobung ansonsten nicht vom PBefG erfassbarer oder sonst nicht genehmigungsfähiger Verkehre zugelassen, mithin das Personenbeförderungsrecht für neue wirtschaftliche, gesellschaftliche und verkehrspolitische Entwicklungen offengehalten werden³⁵. Vor einer Genehmigung nach § 2 VII PBefG ist also in einem ersten Schritt zu prüfen, ob der Verkehr nach einem gesetzlichen Typ zu genehmigen ist. Sodann ist bei einer Verfehlung bestimmter gesetzlicher Merkmale erst § 2 VI PBefG anzuwenden und nur wenn auch danach eine Genehmigung ausscheidet, kann der Tatbestand des § 2 VII PBefG eröffnet sein.

Danach ist zu konstatieren, dass Ride-Pooling-Beförderungen sich ohne weiteres der gesetzlichen Typisierung des PBefG entsprechend genehmigen lassen, da sie eine mögliche Art der Beförderung auf Grundlage einer Taxikonzession gemäß § 47 PBefG sind.

Soweit diesem auf der Hand liegenden Ergebnis mit dem Argument entgegen getreten wird, dass die Beigeladene nur bestimmte, aber nicht alle Merkmale einer Beförderung mit Taxen erfüllt, kann dies nicht überzeugen. Zwar erlaubt eine

³⁴ *Heinze/Fehling/Fiedler*, 2. Aufl. 2014, PBefG § 2 Rn. 53.

³⁵ *Bauer*, PBefG, 2010, § 2 Rn. 30.

Taxikonzession beispielsweise auch das Bereithalten an Taxiständen oder das Herbeiwinken von Taxen, doch für die Zuordnung zu einem Verkehr kommt es nicht darauf an, ob eine konkrete Beförderung die volle Bandbreite der Möglichkeiten der ihr zugrundeliegenden Genehmigung ausnutzt.

Selbst wenn man für die Anwendbarkeit von § 47 PBefG verlangen würde, dass der Betrieb der Beigeladenen die volle Bandbreite der Möglichkeiten der ihr zugrundeliegenden Genehmigung ausnutzen müsse, so bliebe allenfalls Raum für eine Genehmigung nach § 2 VI i.V.m § 47 PBefG und damit unter Anwendung der auch für den Antragsteller geltenden Regelungen, was auch dem Rechtsschutzbegehren des Antragstellers entsprechen würde.

2.2.1.2 Entgegenstehen öffentlicher Verkehrsinteressen

Der erteilten Genehmigung stehen öffentliche Verkehrsinteressen im Sinne des § 2 VII PBefG entgegen.

Durch diese Einschränkung in § 2 VII PBefG soll nach ihrem Sinn und Zweck sichergestellt werden, dass die im Unterschied zur Experimentierklausel genannten klassischen Bedienformen mit den an sie gestellten restriktiven Anforderungen gegenüber einer neuen Bedienform – mit weitgehender Ausübungsfreiheit – und im Gefüge der entgeltlichen Personenbeförderung vor dem Hintergrund der funktionierenden Personenbeförderung bestehen können. Insoweit ist an die in § 2 VII PBefG genannte Einschränkung des Entgegenstehens öffentlicher Verkehrsinteressen geringere Anforderungen für eine Bejahung zu stellen, als dies teilweise in diesem oder anderen Gesetzen bei dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen der Fall ist:

Entgegen der Beteuerungen, das Angebot der Beigeladenen schließe eine Lücke in den vorhandenen Verkehren zwischen Taxi und Bus ist es so, dass die Etablierung von Ride-Pooling-Diensten auf Kosten des Taxigewerbes geht, ebenso wie auch des übrigen öffentlichen Personennahverkehrs. Dies steht öffentlichen Verkehrsinteressen in zweifacher Hinsicht entgegen: Im

Gegensatz zu Taxen deckt das Beförderungsangebot der Beigeladenen weder das gesamte Bediengebiet, noch die gesamte Bedienzeit ab. Das Angebot konzentriert sich auf lukrative Gebiete und Zeiten und kann so die aus Gründen des Allgemeinwohls nötige und nach dem Personenbeförderungsgesetz gebotene zuverlässige Versorgung – im Gegensatz zum Taxigewerbe – nicht übernehmen. Durch die Etablierung in den Teilen des Marktes, die am lukrativsten sind, tritt durch die Beeinträchtigung dieser Marktsegmente eine Schwächung des Taxigewerbes ein und gefährdet damit die Versorgung jenseits der lukrativen Kerngebiete und -zeiten. Andererseits ziehen Angebote wie die der Beigeladenen Nachfrage von Bus und Bahn ab und sorgen unterm Strich für mehr und nicht für weniger Verkehr. Dies ist auch nicht die alleinige Ansicht des Antragstellers und wird vermehrt aus Stimmen der Politik geteilt³⁶.

2.2.1.3 Ermessensdefizit der Antragsgegnerin

Der Genehmigung liegt sodann ein Ermessensdefizit zugrunde. Ein solches ist anzunehmen, wenn die Behörde nicht sämtliche nach Lage des Falles betroffenen Belange in ihre Ermessensentscheidung einstellt; hierzu gehört auch der Fall, dass die Behörde den Sachverhalt nicht vollständig ermittelt hat³⁷. In diesem Fall war daher – wie das Verwaltungsgericht Hamburg bereits richtig ausführte –

„Auch im Personenbeförderungsrecht ist ein Antrag selbstverständlich von Amts wegen zu überprüfen, §§ 24 Abs. 1, 26 Abs. 1, 2 HmbVwVfG. Dabei dürfte bei einem Projekt der hiesigen Größenordnung zumindest erforderlich sein, die Angaben und die geäußerten *Erwartungen im Rahmen des Möglichen* zu verifizieren. Die Antragsgegnerin hat in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, sämtliche vom Gericht angefragte Informationen lägen noch nicht vor, da diese Parameter noch erprobt werden müssten, und meint aus diesem Grund offenbar, eine tiefergehende Prüfung sei rechtlich nicht geboten. Das

³⁶ Siehe bspw. <https://www.bz-berlin.de/berlin/abgeordnete-sehen-verkehrswende-durch-sammelfahrdienste-in-gefahr>. Der Berliner SPD-Politiker Schopf verweist in dem Zusammenhang auf Untersuchungen aus den USA, laut denen 61 % der Sharingdienst-Nutzer auf Bus, Bahn und Tram umsteigen würden, wenn es die Pooling-Dienste nicht gäbe.

³⁷ BVerwG, Beschl. v. 16.9.1986 – 1 B 143/86, NVwZ 1987, 144; *Eyermann/Rennert*, 15. Aufl. 2019, VwGO, § 114 Rn. 25.

ist so nicht richtig. Die Erteilung einer Erprobungsgenehmigung ist an Tatbestandsvoraussetzungen geknüpft, deren Vorliegen wie stets nicht erhofft oder herbeigewünscht, sondern im Rahmen eines geeigneten Verfahrens überprüft werden muss. Prognosen ist immanent, dass sie auf Grundlage bekannter Tatsachen Einschätzungen für die Zukunft treffen, die sich selbstverständlich nachträglich als unzutreffend erweisen können. Nichtsdestoweniger sind sie im Wirtschafts- wie Rechtsverkehr zu treffen.³⁸

Dies ist nicht passiert. Die immerfort wiederholte Beteuerung der Beigeladenen, zwischen Taxen- und MOIA-Verkehr bestünde kein Konkurrenzverhältnis, ändert nichts an der erforderlichen und fehlenden Prüfung dieser Behauptung durch die Antragsgegnerin. In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass nicht der Antragsteller die Substituierung von Taxifahrten durch MOIA darlegen muss, wovon die Beigeladene offenbar ausgeht. Es obliegt der Antragsgegnerin, den Sachverhalt zu prüfen und die kann sie nicht einfach auf den Antragsgegner abwälzen.

[Es war] **objektiv**-rechtlich [...] erforderlich, dass die Genehmigungsbehörde den Antrag der Beigeladenen vollständig und neutral **prüft**. Dabei muss sie insbesondere nach einer plausiblen Methodik analysieren und bewerten, mit welchen Auswirkungen auf die öffentlichen Verkehrsinteressen zu rechnen ist und anhand dessen deren Entgegenstehen beurteilen.“³⁹

2.2.1.4 Ermessensüberschreitung durch Verletzung von Art. 12 I i.V.m. Art. 3 I GG

Durch die Verletzung von Art. 12 I i.V.m. Art. 3 I liegt darüber hinaus ein gerichtlich im Rahmen von § 114 I VwGO voll überprüfbarer Ermessensfehler in Form der Ermessensüberschreitung vor.

Durch die verfahrensgegenständliche Genehmigung werden unmittelbare Konkurrenten des Antragstellers auf demselben Markt erheblich bevorteilt, indem sie nicht denselben Beschränkungen unterworfen sind. Allen voran

³⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 46.

³⁹ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 47.

ist die unterschiedliche Behandlung bezüglich der Tarifbindung des Antragstellers nicht gerechtfertigt.

2.2.2 Verletzung des Klägers in eigenen Rechten

Die erteilte Genehmigung verletzt den Kläger in seinen subjektiv-öffentlichen Rechten aus § 2 VII PBefG, jedenfalls aus Art. 12 I, 3 I GG und ist daher aufzuheben.

3 Vorsorglich: Statthaftigkeit, Zulässigkeit und Begründetheit der Anschlussbeschwerde

Die Anschlussbeschwerde ist gemäß §§ 146, 127 analog, 173 VwGO, § 567 III ZPO nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich statthaft⁴⁰.

Sie ist auch zulässig. Dass die eigene Beschwerde des Antragstellers wegen Nichteinhaltung der Beschwerdefrist unzulässig ist, schließt die unselbständige Anschlussbeschwerde nicht aus. Diese kann gerade auch nach Ablauf der Beschwerdefrist erhoben werden⁴¹.

Zuletzt ist die Anschlussbeschwerde aus den oben unter 2 genannten Gründen auch begründet.

⁴⁰ OVG HH, Beschl. v. 5.8.2004 – 3 Nc 3/04, NVwZ-RR 2005, 544 (hier zitiert nach juris, dort Rn. 65 f.).

⁴¹ OVG HH, Beschl. v. 5.8.2004 – 3 Nc 3/04, NVwZ-RR 2005, 544 (hier zitiert nach juris, dort Rn. 65 f.).

Auf die Übermittlung von Abschriften wird aufgrund der Zustellung per beA verzichtet.

Klaus Füßer
Rechtsanwalt