

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/93833

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

beantragen wir,

den Antrag der Antragsgegnerin auf Verbindung des Verfahrens mit dem bei dem Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht anhängigen Verfahren 3 Bs 101/19 zurückzuweisen

und

die Beschwerde der Antragsgegnerin vom 8. Mai 2019 gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 24. April 2019 (Az.: 5 E 1711/19) zurückzuweisen.

Zudem 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

ist in tatsächlicher (sogleich I) und rechtlicher (nachfolgend II) Hinsicht wie folgt auszuführen:

I Zum Sachverhalt

In tatsächlicher Hinsicht ist mit Blick auf die Ausführungen der Beigeladenen in ihrem Schriftsatz vom 31. Mai 2019 Folgendes auszuführen: Es ist richtig, dass 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 Empfangsbekenntnisse 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: Empfangsbekenntnis 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 Empfangsbekenntnis 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 Anträge der Antragsgegnerin sind zurückzuweisen, da die Voraussetzungen für eine Verfahrensverbindung nicht vorliegen (sogleich 1) und die Beschwerde unbegründet ist (sodann 2). Ferner ist die vorsorglich eingelegte Anschlussbeschwerde in dem Fall, dass die Beschwerde des Antragstellers vom 13. Mai 2018 wegen Versäumung der Beschwerde- und/oder Begründungsfrist verworfen wird, statthaft, zulässig und begründet (abschließend 3).

1 Keine Verfahrensverbindung möglich

Das Verfahren ist nicht mit dem beim Hamburgischen Obergerverwaltungsgericht anhängigen Verfahren 3 Bs 101/19 zu verbinden, da es bei den Verfahren nicht um den gleichen Gegenstand geht.

Gemäß § 93 S. 1 VwGO kann das Gericht durch Beschluss mehrere bei ihm anhängige Verfahren über den gleichen Gegenstand zu gemeinsamer Verhandlung und Entscheidung verbinden. Ein gleicher Gegenstand liegt vor, wenn das Begehren im Wesentlichen auf denselben oder gleichartigen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen beruht¹. Das ist hier nicht der Fall. Denn während es in diesem Verfahren im Kern um die rechtlichen Fragen dreht, ob sich der Antragsteller auf ein subjektives öffentliches Recht berufen kann, die Genehmigung der Antragsgegnerin rechtswidrig ist und den Antragsteller in seinen Rechten verletzt, hat der Antragsteller in dem Verfahren 3 Bs 101/19 die Erledigung des Eilverfahrens erklärt. Sollte sich die Antragsgegnerin der Erledigungserklärung anschließen, würde das Beschwerdegericht nur noch gemäß § 161 II 1 VwGO nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands über die Kosten entscheiden. Dabei sind die Erfolgsaussichten zwar typischerweise ein zu berücksichtigender Gesichtspunkt. Im Rahmen der Billigkeitsprüfung kann es allerdings auch nicht ohne Beachtung bleiben, welche Seite das erledigende Ereignis herbeigeführt hat². Überwiegend wird vertreten, dass es in der Regel der Billigkeit entspricht, denjenigen Verfahrensbeteiligten mit den Kosten zu belasten, der durch eigenen Willensbeschluss die Erledigung veranlasst hat³, sodass sich die zugrundeliegenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen von dem vorliegenden Verfahren wesentlich unterscheiden würden. Gleiches würde gelten, wenn sich die Antragsgegnerin der Erledigungserklärung des Antragstellers nicht anschließen sollte. Nach ständiger Rechtsprechung ist das Verfahren nach der einseitig gebliebenen Erledigungserklärung als Streit über die Erledigung fortzusetzen⁴. Dies gilt auch für die einseitig gebliebene Erledigungserklärung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes⁵ und führt dazu, dass allein über die Frage zu entscheiden wäre, ob die Anordnung der sofortigen Vollziehung ein erledigendes Ereignis darstellt.

2 Unbegründetheit der Beschwerde

¹ *Peters/Pätzold*, in: *Sodan/Ziekow*, VwGO-Komm., 5. Aufl. 2018, § 93 Rn. 7 m.w.N.

² BVerwG, Urt. v. 26.11.1991 – 7 C 16.89, NVwZ 1992, § 787 Rn. 12; Schoch/Schneider/Bier/Clausing, 35. EL (Stand: September 2018), VwGO, § 161 Rn. 24 m.w.N.

³ Eyermann/Schübel-Pfister, 15. Aufl. 2019, VwGO, § 161 Rn. 18 m.w.N.; a.A. *Kopp/Schenke*, VwGO, 18. Aufl. 2012, § 161 Rn. 17.

⁴ BVerwG Beschl. v. 13.10.1987 – 4 B 211/87, NVwZ-RR 1988; Urt. v. 31.10.1990 – 4 C 7/88, NVwZ 1991, 162.

⁵ SächsOVG, Beschl. v. 08.05.2015 – 5 B 12/15, BeckRS 2015, 54435.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin ist zurückzuweisen, da sie unbegründet ist. Der Antragsteller ist sehr wohl in der Hauptsache klagebefugt (sogleich 2.1), als auch durch die rechtswidrige Genehmigung vom 25. April 2018 in eigenen Rechten verletzt (sodann 2.2). Zuletzt ist die Beschränkung der streitgegenständlichen Genehmigung auf 200 Fahrzeuge zwar zu korrigieren, allerdings nicht zugunsten der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen (sodann 2.3).

2.1 Klagebefugnis des Antragstellers im Hauptsacheverfahren

Der Antragsteller ist im Hauptsacheverfahren gemäß § 42 II VwGO klagebefugt, denn er kann sich zum einen auf das vom Verwaltungsgericht – richtigerweise – aus Art. 12 I i.V.m. Art. 3 I GG abgeleitete „Gebot einer systemgerechten Ausgestaltung der Wettbewerbsverhältnisse“ berufen kann; 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.

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

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 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

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

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).

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 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

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

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.

Verhalten können beide Formen des Gelegenheitsverkehrs nebeneinander bestehen, ohne daß dabei eine unmittelbare, vollständige Wettbewerbs- und Konkurrenzsituation eintritt.“¹² [Hervorhebungen durch uns, Füller & 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, Füller & Kollegen]

Die genannte Ablehnung von Drittschutz für Taxenunternehmer durch die Rechtsprechung geht 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 *hartem* – aber fair-gleichartigem – 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

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.

„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 Begriffs 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 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

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

¹⁵ *Bauer*, PBefG, 2010, § 2 Rn. 30.

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

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 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 [...], 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

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.).

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

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 Antragsgegnerin unter Verweis auf die Rechtsprechung Bayerischen Verwaltungsgerichtshofes¹⁹ eine (möglichen) Verletzung des Antragstellers in eigenen Rechten verneint²⁰, so kann diesem Vortrag nicht gefolgt werden. Es soll zwar nicht in Abrede gestellt werden, dass in der Rechtsprechung die Tendenz besteht, Altunternehmern keinen Drittschutz zuzusprechen. Den Entscheidungen liegen allerdings 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 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 können²¹. 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.

Abschließend ist noch anzumerken, dass – auch wenn es hierauf vorliegend wie gezeigt gar nicht ankommt – die Annahme von Drittschutz für Taxenunternehmer auch innerhalb der gesetzlichen Typisierung kein Novum ist; Ein

¹⁹ BayVGh, Beschl. v. 10.4.1984 –11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758 (758).

²⁰ Beschwerdebegründung der Antragsgegnerin v. 24.5.2019, S. 7.

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

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 zukommt²². 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 Taxiunternehmer in eigenen Rechten verletzen könnte, welche nicht Teil der Sondervereinbarung sind. Für solche Taxiunternehmer 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."²³

Das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht geht schließlich davon aus,

„[dass] eine Unterscheidung und Zuordnung nach exakten Kriterien [...] notwendig [ist], weil sich der

²² OVG NRW, Besch. 21.4.2016 – 13 B 1450/15, juris, Rn. 18.

²³ VG Freiburg, Urt. 11.9.2008 – 2 K 1256/07, juris.

Wettbewerb innerhalb der jeweiligen Verkehrsart unter unterschiedlichen rechtlichen Bedingungen vollzieht.“²⁴

Wenn sich danach der Wettbewerb innerhalb der passenden – weil der jeweiligen Verkehrsart entsprechenden – rechtlichen Bedingungen abspielen soll, so heißt das auch, dass die Typisierungen des PBefG einen Schutz vor Wettbewerb durch die jeweils anderen Verkehrsformen bewirken sollen²⁵.

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) möglich²⁶. Es obliegt vielmehr der Genehmigungsbehörde, den ansonsten durch den

²⁴ NdsOVG, Urt. v. 19.9.2007 – 7 LC 208/04, juris, Rn. 36.

²⁵ Hieraus ebenfalls Drittschutz ableitend *Heinze/Fehling/Fiedler*, 2. Aufl. 2014, PBefG, § 2 Rn. 51.

²⁶ BGH, Urt. v. 24.9.2013 – I ZR 73/12, juris, Rn. 10.

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 § 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.“²⁷

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

²⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 51 f.

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 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“²⁸.

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

²⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 36.

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 Grundeigentümer diesen Beschränkungen unterworfen sind (vgl. OVG Berlin, BRS 48 Nr. 167).²⁹

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.

²⁹ BVerwG, Urt. v. 16.9.1993 – 4 C 28/91, NJW 1994, 1546.

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 Ergänzung³⁰ bedürftiger Ausführlichkeit anerkannt hat, dass es beim Taxengewerbe um einen staatlich stark regulierten Markt handelt³¹, 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(n) 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 *marktimmanente(n)* 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.“³²

³⁰ Die Praktizierung des „Hamburger Modells“ entgegen der Regelung des § 13 IV PBefG kann freilich bei der Beurteilung der Regulierung des Marktes keine Rolle spielen.

³¹ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 37-41.

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

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 Rechtswidrigkeit der Genehmigung und eigene Rechtsverletzung des Antragstellers

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist die streitbefangene Genehmigung rechtswidrig (sogleich 2.2.1) und der Antragsteller in seinen Rechten verletzt (sodann 2.2).

2.2.1 Rechtswidrigkeit der Genehmigung

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 entspricht³³. 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 werden³⁴. 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 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

³³ *Heinze/Fehling/Fiedler*, 2. Aufl. 2014, PBefG § 2 Rn. 53.

³⁴ *Bauer*, PBefG, 2010, § 2 Rn. 30.

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 geteilt³⁵.

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 hat³⁶. 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 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.³⁷

Dies ist nicht passiert. Die immerfort wiederholte Beteuerung der Beigeladenen, zwischen Taxen- und MOIA-

³⁵ 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.

³⁶ BVerwG, Beschl. v. 16.9.1986 – 1 B 143/86, NVwZ 1987, 144; Eyermann/Rennert, 15. Aufl. 2019, VwGO, § 114 Rn. 25.

³⁷ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 46.

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.“³⁸

Sofern die Antragsgegnerin einwendet, sich durchaus in angemessenem Umfang Gedanken über mögliche Auswirkungen auf das Taxengewerbe gemacht zu haben, bleibt dies eine bloße Behauptung, die sie selbst nicht weiter belegt oder auch nur darlegt, welche Gedanken genau sie sich gemacht habe. Eine fehlerfreie Ermessensausübung lässt sich auch nicht, wie die Antragsgegnerin meint, allein an den Bedingungen, Vorbehalten und Auflagen erkennen, lassen diese nämlich hier keinen Rückschluss auf eine tatsächlich angestellte Prognose zu. Vielmehr belegen der in der Beschwerdebegründung aufgenommene Verweis auf die Kostenverordnung für Amtshandlungen im entgeltlichen oder geschäftsmäßigen Personenverkehr mit Kraftfahrzeugen sowie auf die darin für die Erteilung einer Erprobungsgenehmigung vorgesehene Gebühr von 160,00 EUR und die Ausführungen der Antragsgegnerin zu dem sich hieraus ergebenden Erfordernis eines „schlanken Verfahrens“³⁹, dass sie sich keine besondere Mühe gegeben hat, mögliche Auswirkungen auf das Taxengewerbe zu prognostizieren. Dabei versteht sich von selbst, dass die Kostenverordnung die sich aus § 2 VII PBefG ergebende Ermessensverpflichtung der Antragsgegnerin nicht einzuschränken vermag.

³⁸ VG Hamburg, Beschl. v. 12.4.2019 – 5 E 6467/18, Beschlussausfertigung, S. 47.

³⁹ Beschwerdebegründung der Antragsgegnerin v. 24.5.2019, S. 13

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 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.

Falls und sofern die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf Äußerungen des Antragstellers im Internet meint, eine Rechtsverletzung desselben sei in Frage zu stellen, da er selbst nicht an die Marktfähigkeit von MOIA glaube, ist dem nicht zu folgen. Ob der Antragsteller das MOIA-Konzept selbst gut findet, ist gänzlich irrelevant. Hinzu kommt, dass die in Bezug genommene Äußerung in ihrem Kontext zu sehen ist und es sich aus diesem erschließt, dass es sich einzig und allein um eine beruflich bedingte Abwertung des Konzeptes der Beigeladenen handelt.

Ferner ist auch ohne Bedeutung, dass bzw. ob andere Taxifahrer gelassen mit der neuen Konkurrenz umgehen. Der Antragsteller muss nicht, wie die Antragsgegnerin meint

„umfassend beschreiben und belegen, aus welchen Gründen er als einziger unter Hunderten von Taxenunternehmen erkannt hat, daß der Untergang des Hamburger Taxengewerbes und speziell seines eigenen Betriebes durch den Verkehr der Beigeladenen unmittelbar bevorstehe.“⁴⁰

Denn es wird gerade kein Verdrängungswettbewerb, sondern die fehlende Berücksichtigung der Interessen des Antragstellers bei Genehmigungserteilung gerügt.

⁴⁰ Beschwerdebeurteilung der Antragsgegnerin v. 24.5.2019, S. 11.

2.3 Wieviel Taxen substituiert ein MOIA-Fahrzeug?

Sodann ist die Beschränkung der streitgegenständlichen Genehmigung auf 200 Fahrzeuge zwar zu korrigieren, allerdings nicht zugunsten der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen:

Das Verwaltungsgericht geht für seine Entscheidung, die der Beigeladenen erteilte Genehmigung nur bezogen auf den Einsatz von mehr als 200 Fahrzeugen außer Vollzug zu setzen, von der Annahme aus,

„dass sich bis zu dieser Anzahl die vom Antragsteller während des laufenden Klageverfahrens ohne Wiederstellung der aufschiebenden Wirkung hinzunehmenden Nachteile auch im negativsten Fall noch in einem ihm vorübergehend zumutbaren Rahmen bewegen würden“⁴¹

und führt hierfür die Annahme an,

„dass ein (...) solcher erheblicher Umsatzrückgang erst ab einem Verhältnis von MOIA-Fahrzeugen zu Taxen von deutlich mehr als 5 zu 100 eintreten könnte“.⁴²

Der Antragsteller hält dies für eine Milchmädchenrechnung:

Um das effektiv für seinen Betrieb sowie die andere Taxibetriebe umsatzmindernde Substitutionsrisiko durch den Marktzutritt von MOIA einzuschätzen, ist zunächst wichtig, dass die Beigeladene durch die verfahrensgegenständliche Genehmigung in ihrer Preisbildung nur bezogen auf die Nichtunterschreitung der einschlägigen Tarife des ÖPNV gebunden ist, ihre Fahrten hierbei wohl regelmäßig zu *deutlich* – aus der Sicht des Taxigewerbes: preisbrecherisch – günstigeren Bedingungen anbietet⁴³; damit wird sich jedenfalls jeder potentielle – rational-ökonomisch disponierende, nicht spezifisch auf die spezifischen Vorzüge eines Taxi angewiesene und zugleich App-affine⁴⁴ – MOIA-Kunde „im Zweifel für MOIA“ entscheiden und damit eine potentielle Taxidienstleistung durch eine MOIA-Fahrt ersetzen.

Für die „ökonomische Substitutionsrelation Taxi durch MOIA“ (und den damit verbundenen Ausfall an Nachfrage für das

⁴¹ So VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2019 – 5 E 1711/19, S. 15.

⁴² VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2019 – 5 E 1711/19, S. 15.

⁴³ Vgl. anekdotisch unter <https://www.dieklage.de/news.html> (Eintrag 13.5.2019, Neue Presse) berichtet.

⁴⁴ Vgl. dazu hellsichtig VG Hamburg, Beschl. v. 24.4.2019 – 5 E 1711/19, S. 11 mit Verweis auf den Clever-Shuttle-Beschluss derselben Kammer und die dortige ausführliche Darstellung).

Taxisgewerbe) kommt es wegen des im Wesentlichen auf Basis der gefahrenen Fahrtstreckenlänge generierten Umsätze im Taxisgewerbe auf die Pooling-Quote (wieviel Fahrgäste teilen sich die Fahrt), die durch den MOIA-Einsatz erreichte durchschnittliche Verkürzung der ansonsten pro Gast anfallenden Taxi-Fahrtstrecke und die vergleichende Verfügbarkeit und damit Zeitpräsenz eines MOIA-Fahrzeugs im Vergleich zu einem Taxi und den Anteil der sonst ein Taxi benutzenden Kunden unter den tatsächlichen MOIA-Kunden an (, im Unterschied zu anderen Kunden, die bspw. ihr eigenes KFZ (oder ein Fahrrad) stehen lassen, mit MOIA statt der S-Bahn fahren etc.). Wie diese Faktoren zu bestimmen sind, ist eine empirische Frage (; dass sich die Antragsgegnerin im Rahmen des Versuchs nicht um ihre Beantwortung kümmert, ist – mindestens – bedauerlich und bezeichnend (vgl. oben I.2) zugleich). Auch der Antragsteller kann hierzu nur spekulieren. Es liegt aber auf der Hand, dass jedenfalls bei dem von der erteilten Genehmigung gedeckten „aggressiven“ Einsatz der MOIA-Flotte (= viel Zeitpräsenz pro eingesetztem MOIA-Fahrzeug) und hoher Pooling- und einer passenden - vom MOIA-Algorithmus schlaue errechneten – Quote der Verkürzung der kumulierten Fahrtrouten der transportierten Kunden die Substitutionsrelation deutlich über 1 liegt. M.a.W.: Die Anzahl der durch 200 MOIA-Fahrzeuge ersetzten Taxen im MOIA-Einsatzgebiet dürfte jedenfalls bei einem nachhaltigem Erfolg des MOIA-Marktzutritts ein Mehrfaches von 200 betragen. MOIA selbst tritt mit der Information an die Öffentlichkeit, aktuell liege der Anteil von Fahrten mit zwei oder mehr beförderten Kunden bei schon 60 %⁴⁵.

3 Vorsorglich: Statthaftigkeit, Zulässigkeit und Begründetheit der Anschlussbeschwerde

Die Anschlussbeschwerde ist gemäß §§ 146, 127 analog, 173 VwGO, § 567 III ZPO nach allgemeiner Ansicht grundsätzlich statthaft⁴⁶.

Sie ist auch zulässig. Dass die eigene Beschwerde des Antragstellers wegen Nichteinhaltung der Beschwerdefrist unzulässig ist, schließt die unselbständige Anschlussbeschwerde

⁴⁵ Vgl. <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Fahrdienst-Moia-zaehlt-mehr-als-60000-Buchungen,moia148.html>.

⁴⁶ OVG HH, Beschl. v. 5.8.2004 – 3 Nc 3/04, NVwZ-RR 2005, 544 (hier zitiert nach juris, dort Rn. 65 f.).

nicht aus. Diese kann gerade auch nach Ablauf der Beschwerdefrist erhoben werden⁴⁷.

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

⁴⁷ 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