



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

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

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Füßer & Kollegen,
Martin-Luther-Ring 12,
04109 Leipzig,
- 000146-18 - ,

g e g e n

Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation
Rechtsamt
Abteilung Verkehrsrecht, Verkehrsgewerbeaufsicht,
Alter Steinweg 4,
20459 Hamburg,
- RV2/60.24-2163 - ,

- Antragsgegnerin -

beigeladen:
MOIA GmbH
Zweigniederlassung Hamburg,
Stadthausbrücke 8,
20355 Hamburg,

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Noerr LLP,
Brienner Straße 28,
80333 München,
- HH-0108-2019CAM/ems - ,

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 5, am 12. April 2019 durch

den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht [REDACTED]
den Richter am Verwaltungsgericht [REDACTED]
die [REDACTED]

beschlossen:

Es wird festgestellt, dass der Widerspruch des Antragstellers gegen die der Beigeladenen erteilte Genehmigung vom 25. April 2018 aufschiebende Wirkung hat.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

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

Rechtsmittelbelehrung:

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

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

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

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

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

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

Gründe

I.

Der Antragsteller wendet sich im Wege einstweiligen Rechtsschutzes gegen die der Beigeladenen erteilte Genehmigung, mit der es dieser gestattet wird, ihren App-basierten On-Demand-Ride-Sharing-Dienst *MOIA* zu betreiben.

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

Die Beigeladene, eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der *Volkswagen AG*, ist Anbieterin von Mobilitätsdienstleistungen.

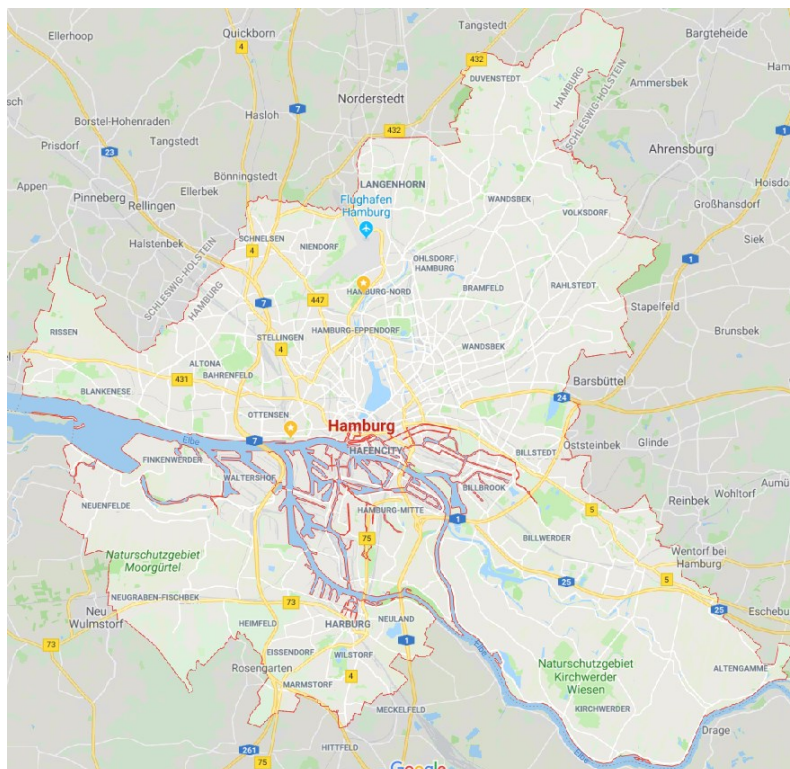
Bei dem Mobilitätsdienst *MOIA* der Beigeladenen handelt es sich um einen App-basierten On-Demand-Service, der primär über die eigens entwickelte *MOIA*-App gebucht werden kann, (zukünftig) aber auch über die *switchh*-App¹ der *Hamburger Hochbahn AG* abgewickelt werden soll. Ein potentieller Fahrgast fragt unter Angabe seines/ihrer Start- und Zielpunktes, der Anzahl der zu befördernden Personen sowie der gewünschten Abfahrtszeit eine Beförderungsleistung an. Dabei kann der Fahrgast zwischen zwei Arten der Beförderung wählen: Zum einen kann er oder sie eine Beförderungsleistung anfragen, bei der mithilfe eines Algorithmus Fahrgastanfragen dergestalt gebündelt werden, dass Fahrgäste mit ähnlichen Fahrtwegen gemeinsam befördert werden (sogenanntes Pooling-Shuttle). Gegen Aufpreis ist es im Rahmen dessen auch möglich, das Pooling dergestalt zu reduzieren, dass der Fahrgast auf schnellstmöglichem Weg an seinen/ihren Zielort befördert wird. Zum anderen kann der Fahrgast sich aber auch entscheiden, das Fahrzeug exklusiv zu nutzen (sogenanntes Exklusiv-Shuttle). Im Falle des Pooling-Shuttles erfolgt die Beförderung zwischen sogenannten virtuellen Start- und Zielhaltepunkten. Die Lage der virtuellen Haltepunkte ist für den Fahrgast nicht im Vorhinein in der Buchungsmaske der App ersichtlich. Nach Eingabe des gewünschten Start- und Zielpunkts wird der Fahrgast durch die App (mit 1 bis 2 Minuten Puffer) zum nächstgelegenen Haltepunkt navigiert; die App gibt mittels optischen Signals das Erreichen des Haltepunktes an. Dort wird der Fahrgast abgeholt und zu dem seinem/ihrer Ziel nächstgelegenen virtuellen Haltepunkt transportiert. Dabei soll der nächstgelegene virtuelle Haltepunkt immer höchstens 250 m Fußweg entfernt liegen. Ein zu spätes Erscheinen am Haltepunkt führt zum Verfall der gebuchten Fahrt. Im Falle des Exklusiv-Shuttles wird der Fahrgast unmittelbar vom Wunschstart- zum Wunschzielort gebracht. Die App erstellt auf die Fahrgastanfrage hin ein Beförderungsangebot für die gewählte Art der Beförderung zu einem Festpreis.

¹ Bei *switchh* handelt es sich um eine von der Hamburger Hochbahn betriebene Verkehrs-Vernetzungsplattform mit den Partnern *car2Go*, *DriveNow*, *Stadtrad* und *Cambio*.

Die Bezahlung erfolgt ausschließlich elektronisch über die eingesetzten Apps. Für die Beförderung werden eigens für diesen Zweck erstellte vollelektrische Fahrzeuge mit 6 Sitzplätzen verwendet, die unter anderem über Fahrgastbildschirme und WLAN verfügen.

Aktuell betreibt die Beigeladene ihren Fahrdienst *MOIA* (mit Abwandlungen, insbesondere [noch] unter Einsatz von Fahrzeugen mit Verbrennungsmotor) in Hannover.

In Hamburg ist der Betriebsbeginn für den 15. April 2019 angekündigt. Dabei wird die Beigeladene ihren Dienst zunächst in einem Teilgebiet von Hamburg anbieten, das sich aus der unten stehenden Grafik (im Vergleich zu unten stehendem *Google Maps* Ausschnitt) ersehen lässt*.



*Screenshots von <https://www.MOIA.io/en/hamburg> und <https://www.google.de/maps> vom 9. April 2019

Die Betriebszeiten sind montags bis mittwochs jeweils von 05:00 Uhr bis 01:00 Uhr des Folgetages, donnerstags von 05:00 Uhr morgens bis sonntags um 06:00 Uhr durchgängig und sonntags von 10:00 Uhr bis 24:00 Uhr.

Am 29. August 2016 verständigten sich die *Volkswagen AG* und die Antragsgegnerin im Wege eines Memorandum of Understanding² auf eine strategische Partnerschaft unter anderem im Kooperationsfeld „*Urbane Mobilität & Intermodalität*“. Danach soll die *Volkswagen AG* unter anderem in Zusammenarbeit mit der *Hamburger Hochbahn AG* in einem gemeinsamen Projekt intelligente und effiziente Ergänzungsformen zum Nahverkehr untersuchen und pilotieren.

Die Beigeladene beantragte bei der Antragsgegnerin am 14. Dezember 2017 die Erteilung einer Genehmigung nach § 2 Abs. 7 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) für ihre Pooling-Shuttles und nach § 49 Abs. 4 PBefG für ihre Exklusiv-Shuttles ab dem 1. Januar 2019 für die Dauer von 4 Jahren. Dabei beehrte sie die Genehmigung für 1000 Fahrzeuge mit der Option, diese rund um die Uhr und im gesamten Stadtgebiet einzusetzen. Die Beigeladene beantragte ferner, die Genehmigungsfreiheit eines vor Beginn geplanten Testbetriebes festzustellen und ihr Ausnahmen von den §§ 30 Abs. 1 (Pflicht zur Nutzung eines Wegstreckenzählers), 25 Abs. 2 (Pflicht zur Vorhaltung einer Alarmanlage) und 25 Abs. 1 (Pflicht zur Vorhaltung von zwei Türen auf der rechten Längsseite) der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) für ihre Fahrzeuge zu erteilen. In ihrem Antrag regte sie die Aufnahme verschiedener Nebenbestimmungen an.

Im Zuge der Antragstellung stellte die Beigeladene auch ihr Mobilitätskonzept für Hamburg dar: Danach wolle *MOIA* die Mobilität in urbanen Räumen grundlegend vereinfachen und zugleich umweltfreundlicher und effizienter gestalten. *MOIA* wolle grundlegend neuartige Mobilitätsangebote schaffen, die von der breiten Bevölkerung als attraktive Alternative zur Nutzung des eigenen PKW wahrgenommen würden. Durch das Mobilitätsangebot von *MOIA* solle den aktuellen Problemen urbaner Räume – der Verstopfung von Verkehrsadern, der Parkplatzproblematik und der Lärm- und Luftverschmutzung – ausgelöst durch zunehmenden Individualverkehr entgegengewirkt werden, indem dieser reduziert werde. Hierzu solle jeder Bürger einen einfachen Zugang zu seinen Bedürfnissen entsprechenden Mobilitätsdienstleistungen erhalten. Erst wenn die derzeit bestehende Angebotslücke zwischen ÖPNV und Taxenverkehr geschlossen werde, würden Menschen in urbanen Räumen mittel- bis langfristig von der Nutzung eines eigenen Fahrzeugs absehen. Hier von profitierten letztendlich auch andere Mobilitätsanbieter wie das Taxengewerbe. Durch

² Abrufbar unter <http://www.hamburg.de/contentblob/6770750/79dfb53810fce0a30027b01de5160168/data/2016-08-29-pr-mobilitaetspartnerschaft.pdf>.

die Kombination einer bedarfsgerechten Flotte mit dem Pooling-Konzept erhoffe sich *MOIA* eine nachhaltige Effizienzsteigerung der Mobilität in urbanen Räumen sowie eine Verbesserung des Verkehrsflusses. Das Pooling ermögliche zudem einen zwischen ÖPNV und dem Taxenverkehr angesiedelten Preis und stehe damit allen Bevölkerungsschichten zur Verfügung. Für ihren Mobilitätsdienst wolle sie zunächst 100 eigens für diesen Zweck konzipierte Fahrzeuge einsetzen, die über die beantragte Genehmigungsdauer auf 1000 erhöht werden sollten. Die eingesetzte Fahrzeugflotte werde innerhalb der Betriebszeit jeweils nachfrageorientiert angepasst.

Im Hinblick auf die Durchführung und den Aufbau ihres Mobilitätsangebots führte sie aus, die virtuellen Haltepunkte würden in einem mehrstufigen Verfahren eingerichtet, wobei auf die tatsächliche und rechtliche Eignung der Haltepunkte unter Berücksichtigung der Straßenverkehrsordnung geachtet werde. Teilweise sollten in Kooperation mit der *Hamburger Hochbahn AG* die existierenden *switchh*-Stationen genutzt werden. Durch das System der Haltepunkte sei gewährleistet, dass Haltezeiten und Einwirkungen auf den Verkehrsfluss minimiert würden. *MOIA* gehe im Schnitt von Haltezeiten von 30 Sekunden aus. Perspektivisch wolle *MOIA* (bei entsprechender Nachfrage) das gesamte Stadtgebiet bedienen; das anfängliche Bediengebiet solle allerdings zunächst nur 45 % der Gesamtbevölkerung umfassen. *MOIA* behalte sich vor, Größe und Lage des Bediengebiets während des Probezeitraums zu variieren. Auch die Betriebszeit wolle sie flexibel variieren und der Nachfrage anpassen. Das Tarifkonzept sei ein variables Konzept, das im Probezeitraum flexibel anpassbar sein solle. Der Fahrpreis werde mittels eines Algorithmus nach bestimmten Faktoren berechnet. Im Falle des Exklusiv-Shuttles werde das Fahrzeug zum Betriebssitz oder dem jeweiligen Betriebshof zurückkehren, es sei denn, es habe vor oder während der Fahrt fernmündlich einen neuen Beförderungsauftrag (im Mietwagen- oder Poolingverkehr) erhalten. *MOIA* arbeite mit festangestellten Fahrern, die über einen Personenbeförderungsschein verfügten. Zudem werde *MOIA* der Stadt im datenschutzrechtlich zulässigen Rahmen Informationen zur Nutzung des Service zur Verfügung stellen, um die mit dem Projekt verbundenen Umwelteffekte neutral nachzuvollziehen.

Auf die Antragsunterlagen wird ergänzend Bezug genommen.

Die Antragsgegnerin leitete ein Anhörungsverfahren ein und hörte zahlreiche Verbände und Unternehmen an, darunter Unternehmen des ÖPNV, die Industrie- und Handelskammer sowie zahlreiche Taxenverbände:

Die *Hamburger Verkehrsverbund GmbH (HVV)* forderte in ihrer Stellungnahme unter anderem, dass *MOIA* den Linienverkehr des ÖPNV nicht behindern dürfe und keine Busspuren benutzen dürfe. Weiter forderte der *HVV*, dass der Preis einer *MOIA*-Fahrt bei jeder

Einzelfahrt und nicht nur im Mittel oberhalb des Einzelfahrpreises des *HVV* liege, da nur so ein Verdrängungswettbewerb zulasten des ÖPNV verhindert werden könne. Zudem sei durch einen Höchstpreis sicherzustellen, dass die neuen Dienstleister nicht Fahrten zu unattraktiven Zeiten oder in wenig besiedelten Gebieten durch hohe Preise faktisch unterbänden. Es bestünde die Gefahr, dass neue Verkehrsangebote sich auf den städtischen Kern und Kernzeiten konzentrierten und es so zu einem Rosinenpicken komme. *Die Hamburg Hochbahn AG* und die *Verkehrsbetriebe Hamburg-Holstein GmbH (VHH)* schlossen sich dieser Stellungnahme an. Die *S Bahn Hamburg GmbH* richtete sich vor allem mit Fragen zur Preisgestaltung an die Antragsgegnerin und verwies darauf, dass allen Anbietern von ähnlichen Verkehren (wie z.B. *CleverShuttle*) gleiche Konditionen zustehen sollten.

Das Taxengewerbe äußerte *zusammenfassend* die folgenden Bedenken: Die 1000 zusätzlichen Fahrzeuge verschlimmerten die städtische Verkehrssituation. Ein Markteintritt dieser Größe widerspreche zudem der Experimentierklausel, da es sich nicht um einen Test-, sondern einen Regelbetrieb handle. Bei derart gravierenden verkehrspolitischen Entscheidungen wie der Zulassung von 1000 Fahrzeugen als Teil eines neuen, dritten Verkehrssystems neben ÖPNV und Taxen müsse erwartet werden, dass bürokratischen Entscheidungen gesellschaftliche und fachpolitische Debatten vorausgingen und eine parlamentarische Befassung zwingend vorgeschaltet sei. Es sei dem Gesetzgeber der Vortritt zu lassen, ob er eine solche Verkehrsart überhaupt rechtlich legitimieren wolle. In diesem Zusammenhang sei auch zu bedenken, dass aus Gründen der Gleichbehandlung anderen Unternehmen Genehmigungen gleichen Umfangs gewährt werden müssten. Es stelle sich weiter die Frage nach einer Absicherung, falls *MOIA* ihr Engagement plötzlich (und nach Schädigung des Taxenmarktes) zurückziehe. Es drohe eine Kannibalisierung des Taxengewerbes: Bei einem Wettbewerbsverhältnis von 3 zu 1 zwischen Taxengewerbe und *MOIA* werde es zwangsläufig zu existenzbedrohenden Umsatzeinbußen auf dem Taximarkt kommen. Selbst wenn behauptet werde, dass neue Märkte erschlossen würden, stelle sich die Frage, wo diese Kunden herkommen sollten. Insbesondere sei hier auch zu beachten, dass in Zeiten des Smartphones die Rückkehrpflicht von Mietwagen weitestgehend aufgehoben werde. Es liege eine Form der Rosinenpickerei vor, da *MOIA* beliebig zwischen Exklusiv- und Pooling-Shuttle wechseln und so die Rückkehrpflicht aushebeln könne. Des Weiteren könne es nicht sein, dass die Betriebszeiten frei wählbar seien, man sich also die umsatzstärkeren Zeiten heraussuchen könne, während dem Taxengewerbe die restlichen Zeiten verblieben. Ein gesamtstädtisches Bedienegebiet müsse mit einer entsprechenden Betriebspflicht einhergehen. Auch sei *MOIA* aus wettbewerbsrechtlichen Gründen zu kostendeckenden Preisen zu verpflichten. Darüber hinaus sei die dem Konzept zugrunde liegende Annahme eines Umstiegs der Kfz-Nutzer falsch: Trotz

jahrelangen Bestehens von Car-Sharing-Angeboten steige die Zahl der Kfz-Zulassungen jährlich. Es sei außerdem kaum vorstellbar, dass bei den beengten städtischen Verhältnissen virtuelle Haltepunkte in ausreichender Zahl definiert werden könnten. Diese müssten zudem veröffentlicht werden, um von – nach dem Gleichheitssatz ebenfalls zuzulassenden – Anbietern vergleichbarer Angebote genutzt werden zu können und Anwohnern die Ausübung von Klagerechten gegen virtuelle Haltepunkte zu ermöglichen. Es spreche alles dafür, dass dem Konzept der ständige Bruch der Straßenverkehrsordnung immanent sei. Auch sei die Betriebsart des Poolings gesetzeswidrig, da *MOIA* der Sache nach Gelegenheitsverkehr betreibe, der Gesetzgeber im Mietwagenverkehr aber die Möglichkeit des Pooling explizit gesehen und untersagt habe. Weiter stellten sich vergabe- und beihilferechtliche Fragen bei einer Kooperation mit dem *HVV*, da private Anbieter staatlich begünstigt würden. Darüber hinaus bleibe *MOIA* hinter aktuellen Ansprüchen an die Teilhabe mobilitätseingeschränkter Bürger und Bürgerinnen zurück, was der UN-Behindertenrechtskonvention entgegenstehe. Durch die mangelnde Barrierefreiheit, den Zwang zur App-Nutzung und zum bargeldlosen Bezahlen schließe *MOIA* entgegen ihres Konzepts die Hälfte der Bevölkerung faktisch von der Nutzung aus. Bei Taxen sei das Verhältnis von telefonischer Buchung zur App-Buchung kleiner als 1:4. Aufgrund dieser Bedenken wurde die Erteilung einer Genehmigung teilweise gänzlich abgelehnt, teilweise wurde vorgeschlagen, nur geringere Fahrzeugzahlen schrittweise zu genehmigen.

Der hiesige Antragsteller richtete ebenfalls eine Stellungnahme an die Antragsgegnerin, in der er sich der Stellungnahme der Verbände anschloss und ergänzend ausführte, das Angebot von *MOIA* sei weder innovativ noch notwendig, da es im Taxengewerbe bereits Sharing gebe. Das Exklusiv-Shuttle sei eine Mogelpackung, mit der die Rückkehrpflicht umgangen werden solle. *MOIA* betreibe Preisdumping und kannibalisiere das Taxengewerbe. Hinsichtlich der Einhaltung der Rückkehrpflicht sei davon auszugehen, dass *MOIA* genauso trickreich vorgehen werde wie der VW-Konzern.

CleverShuttle führte unter anderem aus, es handle sich bei einer unbeschränkten Anzahl von virtuellen Haltepunkten um eine Quasi-Tür-zu-Tür-Beförderung. Im Pooling-Verkehr würden die Pflichten des § 49 Abs. 4 PBefG nicht eingehalten. Zudem werde hier gegen Art. 3 GG verstoßen, da *CleverShuttle* weitergehende Auflagen auferlegt worden seien.

Die Beigeladene führte zu diesen Bedenken in einer Stellungnahme aus, dass im Zuge der Kooperationsvereinbarung mit der Freien und Hansestadt Hamburg insbesondere die Pilotierung eines innovativen Sharing-Konzeptes beschlossen worden sei. Sie wiederholte nochmals, es sei mit einer nachhaltigen Reduzierung des Individualverkehrs zu rechnen, wovon auch andere Anbieter profitierten. Für einen zuverlässigen Betrieb mit schnellen Bedienzeiten benötige man eine Fahrzeugdichte von 2 bis 4 Fahrzeugen pro Quadratki-

lometer. Dabei sei abzüglich Wasser-, Forst-, Erholungs- und landwirtschaftlichen Flächen von einer Gesamtfläche des Bediengebiets von 350 Quadratkilometern auszugehen, woraus sich (am unteren Minimum kalkuliert) ein Bedarf von 1000 Fahrzeugen ergebe. Zum Projektstart werde aus betrieblichen Gründen, die im Rahmen der Erprobung gerade untersucht werden sollten, zunächst ein beschränktes Gebiet bedient. Der Vorwurf der Rosinenpickerei gehe ins Leere, zumal dieser bei § 2 Abs. 7 PBefG nicht einschlägig sei. Der angestrebte Modalanteil unter Abdeckung von lediglich 2 bis 4 Fahrzeugen pro Quadratkilometer liege bei nur 1 %, weshalb ein Entgegenstehen öffentlicher Interessen nicht in Betracht komme. Da es sich um einen Erprobungsverkehr handle, komme die Auferlegung einer Betriebs- oder Beförderungspflicht nicht in Betracht, zumal es sich um ein privat finanziertes und steuerlich nicht privilegiertes Angebot handle. Als privatwirtschaftliches Unternehmen sei die freie Preisgestaltung durch Art. 12 GG geschützt; es sei schlicht ausgeschlossen, dass *MOIA* zu Dumping-Preisen arbeiten werde. Eine Preisuntergrenze sei weder geboten noch sachgerecht. Der Einzelfahrkartenpreis des *HVV* werde selbst bei einer Taxi-Fahrt von mehreren Personen unterschritten. Der Durchschnittspreis sei wesentlich sinnvoller, da hierdurch vollumfänglich ein dauerhaftes Unterschreiten der Preisuntergrenze sichergestellt sei. Da der Erprobungsbetrieb einzigartig sei, bestünden auch keine Erkenntnisse über ein funktionierendes Preismodell, auch dieses gelte es zu erproben. Es erschließe sich nicht, warum das Corner-to-Corner-Konzept einer Tür-zu-Tür-Beförderung gleichen solle. Von einer Rosinenpickerei könne nicht ausgegangen werden, da Sonderrechte der Taxen nicht in Anspruch genommen würden. Abschließend sei zu betonen, dass § 13 Abs. 4 PBefG im Rahmen des § 2 Abs. 7 PBefG nicht zum Tragen komme. Die Erfahrung aus Hannover zeige zudem, dass es sehr wohl realistisch sei, ein virtuelles Haltepunktenetz aufzubauen und im Schnitt mit 30 Sekunden Haltezeit zu rechnen sei, in jedem Fall lägen die Haltezeiten bei unter 3 Minuten. *MOIA* arbeite am Zugang mobilitätseingeschränkter Personen, sehe aber keine Rechtspflicht, diesen als privater und eigenfinanzierter Anbieter schneller umzusetzen als der ÖPNV (bis 2022), zumal auch Taxen hier kaum Angebote bereithielten. Einer Veröffentlichung der Haltepunkte stünden verfassungsrechtlich geschützte Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse entgegen. Der Integration in *switchh* stünden keine vergaberechtlichen oder beihilferechtlichen Bedenken entgegen, zumal *switchh* auch mit anderen privaten Anbietern, wie *car2go*, zusammenarbeite. Das Exklusiv-Shuttle werde die Rückkehrpflicht einhalten. Das *MOIA*-Konzept bestehend aus dem Pooling-Shuttle und dem Exklusiv-Shuttle sei ein vollständig neues Mobilitätsangebot, das in den kommenden Jahren erprobt werden solle.

Nachdem zwei Vertreter des Taxengewerbes die Anhörung monierten, weil Erkenntnisse aus dem Testbetrieb in Hannover genau wie das Preiskonzept und die Anzahl der Haltepunkte nicht preisgegeben worden seien, wies *MOIA* diese Bedenken in einer zweiten

Stellungnahme zurück: Der Testbetrieb in Hannover könne als Erkenntnisgrundlage für den kommerziellen Betrieb in Hamburg nicht herangezogen werden. Die inhaltlichen Forderungen griffen einer Erprobungsgenehmigung vor. Inwieweit eine Betriebs-, Beförderungs- und Tarifpflicht zu gelten hätten, sei im Rahmen der Erprobung festzustellen.

Unter dem 3. April 2018 antwortete der Senat der Freien und Hansestadt Hamburg auf eine schriftliche kleine Anfrage betreffend *MOIA* (Bürgerschafts-Drs. 21/12479). Unter anderem führte er auf die Frage, welche Auswirkungen und Verdrängungseffekte der Senat durch *MOIA* erwarte, aus, man gehe davon aus, dass durch neue Angebotsformen die Bereitschaft der Verkehrsteilnehmerinnen und Verkehrsteilnehmer, auf das eigene Auto zu verzichten, erhöht werde. Von der wachsenden Nachfrage würden alle Anbieter profitieren. Die Auswirkungen auf die weiteren, bereits am Markt befindlichen Beförderungsangebote würden im Rahmen einer Erprobung intensiv untersucht. Auf die Frage, wie die Gefahr beurteilt werde, dass *MOIA* mittel- bis langfristig nicht kostendeckend arbeite und etwa von der *Volkswagen AG* subventioniert werde, führte der Senat aus, die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit obliege dem Betreiber. Anhaltspunkte für Preisdumping oder Verstöße gegen andere Vorschriften lägen nicht vor. Auf die Frage, ob ein faktisches Anbieten von Taxendiensten zu erwarten sei, antwortete der Senat, dass die Angebote sich in der Verfügbarkeit deutlich unterschieden, insbesondere werde es keine Möglichkeit der Annahme von Kundenaufträgen ohne App geben. Die lückenlose Bedienung von Kundenaufträgen rund um die Uhr von jedem Fahrtziel in Hamburg sei ein unverzichtbarer Vorteil des Taxenverkehrs.

Mit Bescheid vom 25. April 2018 erteilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen die beantragte Genehmigung (mit Modifikationen im Rahmen der von dieser vorgeschlagenen Nebenbestimmungen). Genehmigt wurde der Einsatz von 1000 Fahrzeugen im Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis zum 31. Dezember 2022 auf dem Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg und zwar, soweit die Fahrzeuge als Pooling-Shuttle eingesetzt werden, als Erprobungsverkehr nach § 2 Abs. 7 PBefG, und soweit die Fahrzeuge als Exklusiv-Shuttle genutzt werden, als Mietwagenverkehr nach § 49 Abs. 4 PBefG. Die Genehmigung steht unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Beigeladene der Genehmigungsbehörde eine Übersichtskarte über die virtuellen Haltepunkte vorlegt, die bestimmten, im Bescheid näher spezifizierten (straßenverkehrlichen) Eignungskriterien genügen müssen. Weitere Bedingungen sind zum einen, dass eine Einrichtung zusätzlicher dauerhafter Haltepunkte nur unter Beachtung der Eignungskriterien und frühestens einen Monat nach Vorlage einer Übersicht an die Behörde zulässig ist und die dauerhafte Streichung von Haltepunkten der Antragstellerin zur Kenntnisnahme mitzuteilen ist. Zum anderen wird in die Genehmigungsurkunde hinsichtlich des Erprobungsverkehrs nur die Anzahl an Fahrzeugen einge-

tragen, die erforderlich ist, um im Durchschnitt 3 Fahrzeuge pro Quadratkilometer einzusetzen; Verkleinerungen des Bediengebiets führen zu Streichungen. Die dauerhafte Ausdehnung des Bediengebiets und die jeweiligen dauerhaften Erweiterungen oder Verkleinerungen des Bediengebiets sind der Genehmigungsbehörde mit Angaben zur Quadratkilometerzahl nachzuweisen. Des Weiteren steht die Genehmigung für die Durchführung der Verkehre mit mehr als 500 Fahrzeugen unter dem Vorbehalt der Feststellung durch die Genehmigungsbehörde, dass öffentliche Verkehrsinteressen durch die Verkehre mit bis zu 1000 Fahrzeugen nicht beeinträchtigt werden. Dabei soll insbesondere anhand der Kriterien des § 13 Abs. 4 Satz 2 PBefG geprüft werden, ob nach den bisherigen Erfahrungen Funktionsbeeinträchtigungen des örtlichen Taxengewerbes drohen, oder ob die Sicherstellung einer ausreichenden Bedienung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen des ÖPNV Nachteile erleidet. Die Feststellung wird nicht vor dem 2. Januar 2021 erfolgen. Zusätzlich gelten zahlreiche Auflagen, unter anderem

- müssen sowohl Start- als auch Zielpunkt innerhalb des Gebiets der Freien und Hansestadt Hamburg liegen (Auflage Nr. 1),
- dürfen nur reine Batterieelektrofahrzeuge und Brennstoffzellenfahrzeuge eingesetzt werden, die über ein E-Kennzeichen verfügen (Auflage Nr. 5),
- wobei dies nicht gilt, sofern auf Anforderung zur Beförderung von Personen mit eingeschränkter Mobilität ein Fahrzeug eingesetzt wird, das über eine entsprechende konstruktive Sonderausstattung verfügt, mit besonders geschultem Fahrpersonal besetzt ist und nach dem Einsatz des Fahrzeugs zur Beförderung mobilitätseingeschränkter Personen zum Betriebssitz zurückkehrt (Auflage Nr. 6),
- ist der Genehmigungsbehörde mindestens ein entsprechender Betriebshof mit ausreichender Anzahl von Stellplätzen für die Anzahl der zur Fahrgastbeförderung eingesetzten Fahrzeuge nachzuweisen, wobei die Stellplätze sich auch auf unterschiedlichen Betriebshöfen befinden können, wenn die Fahrzeuge jeweils einem bestimmten Betriebshof zugeordnet sind (Auflage Nr. 7),
- sind virtuelle Haltepunkte zu streichen, wenn die zuständige Straßenverkehrsbehörde gegen sie im Einzelfall Einwände aus Gründen der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs erhebt (Auflage Nr. 9),
- darf die Annahme von Beförderungsaufträgen ausschließlich durch Vermittlung einer App erfolgen (Auflage Nr. 10),
- darf die Beförderung im Erprobungsverkehr grundsätzlich nur zwischen den virtuellen Haltepunkten erfolgen, sofern nicht besondere Umstände (z.B. die Sicherheit von Fahrgästen) eine Beförderung zu einem anderen Punkt erforderlich machen (Auflage Nr. 11),

- haben die Fahrzeuge nach Ausführung eines Beförderungsauftrags im Mietwagenverkehr unverzüglich zum Betriebssitz oder einem vorher der Genehmigungsbehörde nachgewiesenen Betriebshof mit Stellplätzen zurückzukehren, dem das Fahrzeug gemäß Auflage Nr. 7 zugeordnet ist, es sei denn, der Fahrer erhält vor oder während der Fahrt einen neuen Beförderungsauftrag für den Erprobungsverkehr oder für den Mietwagenverkehr. Ein Bereithalten der Fahrzeuge außerhalb des Betriebssitzes bzw. des Betriebshofes, dem das Fahrzeug gemäß Auflage Nr. 7 zugeordnet ist, zur Entgegennahme von – auch elektronisch übermittelten – Beförderungsaufträgen im Mietwagenverkehr sowie ein Wechsel aus dem Mietwagenverkehr in einen Betriebszustand ohne Personenbeförderung (sog. Wartezustand) sind nicht zulässig (Auflage Nr. 12),
- sind der Betriebszustand des Fahrzeugs mit Datum und Uhrzeit (in den Kategorien: am Betriebssitz bzw. im Betriebshof; Wartezustand; im Erprobungsverkehr; im Mietwagenverkehr), Datum und Uhrzeit des Auftragseingangs, Art der Verkehrsform (Erprobungs- oder Mietwagenverkehr), Kundennummer, Beginn und Ende der bestellten Fahrt mit Abhol- und Zielort, abgerechneter Kilometerentfernung und Fahrtentgelt sowie Beginn und Ende von Pausen der eingesetzten Fahrer einzeln aufzuzeichnen, die digitalen Einzelaufzeichnungen lückenlos, sicher und für die Dauer des Genehmigungsverfahrens aufzubewahren und der Genehmigungsbehörde auf Verlangen zu übermitteln (Auflage Nr. 13),
- sind die Angebote zur Vermittlung und die Verkehre jeder Person unter gleichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen (Auflage Nr. 14),
- darf das quartalsweise zu berechnende durchschnittliche Entgelt für den Erprobungsverkehr nicht unterhalb des jeweiligen Preises eines Einzelfahrausweises für den Bereich AB des Gemeinschaftstarifes des Hamburger Verkehrsverbundes liegen; sollten Zeitkarten angeboten werden, müssen diese mindestens das Doppelte eines entsprechenden Zeitausweises nach dem HVV-Gemeinschaftstarif für Vollzeit-Karten für den Bereich AB kosten (Auflage Nr. 15) und
- sind der Genehmigungsbehörde die erforderlichen Daten für eine von ihr beabsichtigte unabhängige externe Studie sowie die Ergebnisse eigener Evaluationen von *MOIA* zur Verfügung zu stellen (Auflage Nr. 16).

Zudem stellte die Antragsgegnerin nach § 10 PBefG die Genehmigungsfreiheit des Testbetriebs fest. Hinsichtlich der begehrten Ausnahmegenehmigungen nach § 43 Abs. 1 BOKraft verwies sie darauf, dass diese für jedes Fahrzeug beantragt werden können.

Zur Begründung führte sie aus, der Verkehr mit Pooling-Shuttles entspreche keinem der im Personenbeförderungsgesetz vorgesehenen Typen des Linien- und Gelegenheitsverkehrs. Zwar beruhe das Konzept auf der Beförderung zwischen virtuellen Haltepunkten

und sei dadurch dem Linienverkehr angenähert. Es fehle aber sowohl die erforderliche Regelmäßigkeit als auch das für den Linienverkehr typische geplante Beförderungsangebot. Zudem sei die beabsichtigte, unter anderem nachfragebedingte Preisgestaltung nicht mit der Tarifbindung des Linienverkehrs vereinbar. Es erfolge aber auch keine Tür-zu-Tür-Beförderung wie im Gelegenheitsverkehr; das Konzept des Ride-Sharings entspreche jedoch auch nicht dem Konzept von Mietomnibussen und Mietwagen. Es könne allerdings nach § 2 Abs. 7 PBefG eine Genehmigung zur Erprobung erteilt werden. Die dem Antrag zugrunde liegende Annahme, wonach eine Angebotslücke zwischen den traditionellen Formen des Linien- und Gelegenheitsverkehrs bestehe, sowie die Akzeptanz eines haltestellenabhängigen Verkehrs auf Bestellung und die Eignung dieser Verkehrsform für den ÖPNV, die ausschließliche Vermittlung der Fahrten durch eine App, das Ziel, Beförderungswünsche unterschiedlicher Personen zu poolen, und der Einsatz von Fahrzeugen mit Elektroantrieb seien in der vorgesehenen Kombination Innovationen, die eine Erprobung sinnvoll machten. Die Voraussetzungen für den beantragten Mietwagenverkehr (hinsichtlich der Exklusiv-Shuttles) lägen vor. Soweit dies angebracht gewesen sei, seien die in den erfolgten Stellungnahmen genannten Bedenken durch die Bedingungen und Auflagen berücksichtigt worden. Zu den Bedingungen und dem Vorbehalt führte sie aus, dass die erste Bedingung dem Umstand Rechnung trage, dass sich das Konzept ohne die virtuellen Haltepunkte nicht verwirklichen lasse. Die Bedingung diene zudem der Abgrenzung zum Mietwagenverkehr; die Kriterien trügen zudem den geäußerten Bedenken in den Stellungnahmen Rechnung. Die zweite Bedingung sichere im Hinblick auf die von der Beigeladenen beabsichtigte sukzessive Ausdehnung des Bedienegebiets die notwendige Transparenz und verhindere eine schleichende Veränderung. Hiermit werde auch den Stellungnahmen, in denen das Bedienegebiet und das Verfahren zur Einrichtung von Haltepunkten angesprochen worden seien, berücksichtigt. Die dritte Bedingung erfolge zur Sicherung der öffentlichen Verkehrsinteressen. Sie vermeide, dass sich die Fahrzeugzahl unabhängig von der tatsächlichen Ausdehnung des Bedienegebiets entwickle. Die Beigeladene halte eine durchschnittliche Zahl von 3 Fahrzeugen pro Quadratkilometer für erforderlich, sodass diese Zahl zugrunde gelegt werden könne. Der Vorbehalt diene dazu, die jetzige Prognose der Auswirkungen auf die öffentlichen Verkehrsinteressen anhand der nach zwei Jahren vorliegenden Erkenntnisse, insbesondere im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes und die Zielsetzung des Aufgabenträgers für den ÖPNV, zu überprüfen. Die Auflagen Nr. 1 bis 4 dienten der Klarstellung in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen, die weiteren Auflagen dienten insbesondere der Sicherung der öffentlichen Verkehrsinteressen. Im Rahmen der Begründung zu den einzelnen Auflagen führte sie insbesondere aus, die Auflage Nr. 5 diene der Gewinnung von Erkenntnissen über den Einsatz von Elektrofahrzeugen bei der großstädtischen Personenbeförderung.

Da die Fahrzeuge konstruktiv nicht „niederflurig“ seien, diene die Auflage Nr. 6 dem Ziel, Barrierefreiheit zu erreichen, obgleich § 8 Abs. 3 PBefG für die beantragte Verkehrsform nicht gelte. Die Auflage Nr. 10 schliesse einen Fahrzeugeinsatz zur Aufnahme von Fahrgästen im Verkehr, der allein dem Taxiverkehr vorbehalten sei, aus und zwar sowohl im Erprobungs- als auch im Mietwagenverkehr. Dem Interesse der Abgrenzung von den gesetzlich vorgesehenen Formen des Gelegenheitsverkehrs diene auch die Bindung an die festgelegten Haltepunkte. Da die Fahrzeuge sowohl im Poolingverkehr als auch im Mietwagenverkehr eingesetzt werden sollten, habe es besonderer Auflagen zum Übergang zwischen den beiden Verkehrsformen bedurft, die unter Nr. 12 getroffen worden seien. Danach gelte für den Mietwagenverkehr die gesetzlich vorgesehene Rückkehrpflicht unbeschränkt; insbesondere dürfe nach Erledigung eines Fahrauftrages zum Mietwagenverkehr kein Wartezustand außerhalb des Betriebshofes eingenommen werden und aus dem Wartezustand außerhalb des Betriebshofs dürften keine Fahraufträge für den Mietwagenverkehr entgegengenommen werden. Die Auflage Nr. 14 stelle die Einhaltung des Diskriminierungsverbots sicher und gewährleiste, dass Fahraufträge nur unter objektiven und für alle geltenden Bedingungen abgelehnt werden könnten. Die Auflage Nr. 15 diene den öffentlichen Verkehrsinteressen zum Schutz des öffentlichen Personenverkehrs. Ein Preiswettbewerb mit dem ÖPNV würde die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigen. Es sei allerdings nicht erforderlich, dass das Entgelt für jede Fahrt und jede Person höher als eine Einzelfahrt des HVV liege. Da keine Tarifbindung gelte, seien weitere Preisvorgaben, z.B. eine Obergrenze nicht angezeigt.

Auf den Genehmigungsbescheid wird ergänzend Bezug genommen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Antragsteller unter dem 7. Mai 2018 Widerspruch und stellte einen Antrag auf Akteneinsicht. Zur Begründung des Akteneinsichtsgesuchs führte er aus, eine Betroffenheit folge aus den „öffentlichen Verkehrsinteressen“, und verwies auf Rechtsprechung zu § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG (a.F.). Zudem meinte er, aus dem in der Genehmigung erteilten Vorbehalt, der auf die Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes verweise, folge Drittschutz. Zur Begründung seines Widerspruchs nahm er hierauf Bezug und führte weiter aus, dass die Widerspruchsbefugnis jedenfalls aus einer Betroffenheit von Art. 12 Abs. 1 GG und dem hierin enthaltenen Wettbewerbsinteresse folge. Es werde jedenfalls ein weiterer Marktteilnehmer gebilligt, der unter im Vergleich zur Regulierung von ÖPNV und Taxengewerbe erleichterten Bedingungen tätig werden könne, insbesondere mit Blick auf das Entgelt. Der Widerspruch sei auch begründet, da öffentliche Verkehrsinteressen beeinträchtigt würden. Es ergebe sich aus allgemeinen Plausibilitätserwägungen, dass die Steigerung der beförderungsfähigen Fahrzeuge um knapp 30 % zu Nachteilen auf einem dann überstrapazierten Markt führen werde; zugleich habe das Ta-

xengewerbe aufgrund gebundener Tarife keine geeigneten Marktbeeinflussungsmöglichkeiten. Es fehle entgegen dem Kopplungsverbot des § 46 Abs. 3 PBefG an einer klaren Trennung zwischen Mietwagen- und Erprobungsverkehr. Auch liege keine Erprobung vor, die nämlich nur einen Versuch oder praktischen Test von etwas Neuem in kleinem Stil meinen könne. Hier sollten aber bereits Fakten geschaffen und Marktanteile gesichert werden. Dieses Merkmal sei drittschützend, da es voraussetze, dass in den bisherigen öffentlichen Beförderungsverkehr nicht gefährdend eingegriffen werde. Zudem hätte *MOIA* als atypischer Taxenverkehr genehmigt werden müssen.

Den Widerspruch verwarf die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 13. August 2018 als unzulässig. Zur Begründung führte sie aus, dass der Widerspruch unzulässig sei, da dem Antragsteller die Widerspruchsbefugnis analog § 42 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) fehle. Der Widerspruchsführer habe weder eine Norm genannt, die ihm ein eigenes Recht verleihen könnte, noch sei eine solche ersichtlich. Das Personenbeförderungsrecht kenne keinen Drittschutz des vorhandenen Taxenunternehmers vor neu hinzutretendem Verkehr. Zwar sei für Linienverkehrsunternehmer anerkannt, dass auch ihre Interessen an der Erhaltung der Leistungsfähigkeit ihrer Unternehmen Belange der öffentlichen Verkehrsinteressen darstellten. Die Interessen von Taxenunternehmern seien dem aber nicht gleichzusetzen; dies widerspräche der Systematik des Personenbeförderungsgesetzes. In §§ 14 und 15 PBefG sei vorgesehen, dass Linienverkehrsunternehmern bei der Erteilung von Genehmigungen für Linienverkehre mit Kraftfahrzeugen, Straßenbahn- oder Obusverkehren anzuhören seien und ihnen die Entscheidung zuzustellen sei. Demgegenüber seien Anhörungsrechte für vorhandene Taxenunternehmer nicht vorgesehen. Anhörungsrechte bestünden nur für bestimmte Verkehrsverbände, wobei ihnen die Entscheidungen aber nicht zuzustellen seien. Daraus folge, dass der Gesetzgeber ihnen Klagerechte nicht habe einräumen wollen. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass ein Taxenunternehmer die einem anderen Taxenunternehmer erteilte Genehmigung nicht angreifen könne; erst recht stehe ihm kein Klagerecht gegen Mietwagengenehmigungen zu. Somit stehe fest, dass der Antragsteller durch die *MOIA* erteilte Mietwagengenehmigung nicht in eigenen Rechten verletzt sein könne. Schon gar nicht könne er durch die Genehmigung zur praktischen Erprobung einer neuen Verkehrsart nach § 2 Abs. 7 PBefG betroffen sein. Sollte die Annahme des Antragstellers zutreffen, dass es sich bei *MOIA* um eine Abart des Taxen- oder Mietwagenverkehrs handle, folge demnach aus dem Vorstehenden, dass ihm eine Widerspruchsbefugnis nicht zustehe. Erst recht stehe ihm eine solche nicht zu, wenn es sich bei dem Angebot der Beigeladenen um eine neue Verkehrsart gemäß § 2 Abs. 7 PBefG handle. In den §§ 14, 15 PBefG seien für die Genehmigung zur Erprobung einer neuen Verkehrsart überhaupt keine Anhörungsrechte vorgesehen; die Entscheidung müsse niemandem außer dem Adressaten

zugestellt werden. Die Behörde entscheide demnach gemäß §§ 24 Abs. 1, 26 Abs. 1 des Hamburgischen Verwaltungsverfahrensgesetzes (HmbVwVfG) nach pflichtgemäßem Ermessen, wen sie zu Rate ziehe, ohne dass dadurch eine Beteiligtenstellung begründet werde. Erst recht könne der Antragsteller eine solche nicht daraus herleiten, dass er sich ungefragt an die Behörde gewandt habe. Nichts anderes gelte für die Feststellung nach § 10 PBefG. Wenn der Antragsteller schon die Genehmigungen nicht angreifen könne, so könne er auch nicht durch die Feststellung, dass der Testbetrieb genehmigungsfrei sei, in seinen Rechten betroffen sein. Eine mögliche Betroffenheit in eigenen Rechten ergebe sich auch nicht aus Art. 12 Abs. 1 GG. Dieser gewähre dem Antragsteller keinen Konkurrenzschutz. Vielmehr wäre die Beigeladene in ihrer Berufsfreiheit betroffen, würde ihr die Genehmigung versagt. Auch Art. 14 Abs. 1 GG schütze nicht vor Konkurrenz.

Der Antragsteller erhob am 22. August 2018 Klage wegen Anfechtung der Genehmigung nach § 2 Abs. 7, 49 Abs. 4 PBefG und kündigte die Stellung konkreter Anträge und eine Klagebegründung nach zu gewährender Akteneinsicht an, die noch nicht erfolgt ist. Die Klage ist unter dem Aktenzeichen 5 K 4390/18 anhängig.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 wendete sich der Antragsteller an die Antragsgegnerin und begehrte die Bestätigung, dass die Antragsgegnerin von der aufschiebenden Wirkung der von ihm eingelegten Rechtsbehelfe ausgehe. Zur Begründung führte er aus, dass eine drittschützende Wirkung des § 2 Abs. 7 PBefG jedenfalls nicht eindeutig ausgeschlossen werden könne. Anders als andere Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes, denen Drittschutz abgesprochen werde, liege § 2 Abs. 6 und 7 PBefG keine klare Abgrenzung der unterschiedlichen Beförderungsarten zugrunde und befreie von den allen Erbringern von Verkehrsdienstleistungen im öffentlichen Interesse auferlegten Verpflichtungen. Insofern schützten die Vorschriften auch die vitalen Interessen der das öffentliche Verkehrsinteresse unter den genannten Restriktionen und unter Einsatz von eigenem Kapital bedienenden Unternehmen. Er verwies auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu *Uber Black* (vom 13.12.2018, I ZR 3/16).

Eine solche Bestätigung lehnte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 ab. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu *Uber Black* habe einen Zivilrechtsstreit betroffen und sei nicht übertragbar.

Der Antragsteller hat sich am 27. Dezember 2018 an das Verwaltungsgericht Hamburg gewandt und um Eilrechtsschutz nachgesucht. Er macht geltend, dass sein Antrag nach § 80a Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO analog zulässig sei. Es drohe ein faktischer Vollzug, da die Antragstellerin die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs verneine. Für einen solchen Antrag sei es auch nicht erforderlich, zuvor die Aussetzung bei der An-

tragsgegnerin zu beantragen. Es sei auch nicht ersichtlich, worauf die Antragsgegnerin mit diesem Argument hinauswolle, da sie subjektiven Rechten des Antragstellers wiederholt entgegengetreten sei. Der Antrag sei auch begründet: Der Klage komme aufschiebende Wirkung zu. Hierzu verweist er zunächst auf sein Schreiben vom 17. Dezember 2018. Der Dienst *MOIA* sei, genau wie *CleverShuttle*, taxenähnlich. Deswegen sei der Erprobungsbetrieb der Beigeladenen in Berlin auch unter anderem wegen dem Vorhandensein von *CleverShuttle* abgelehnt worden. Das Haltepunktenetz sei mit Entfernungen von maximal 250 Metern derart engmaschig, das aus Sicht des Verkehrs kein Unterschied zur Tür-zu-Tür-Beförderung bestehe. Insbesondere könne nicht von einer Linienverkehrsähnlichkeit gesprochen werden, weil die Routen der Beigeladenen sich je nach Einzelfall abhängig von Kundenanfragen unterschieden. Auch eine Regelmäßigkeit bestehe nicht, da die Fahrten allein von dem per Bestellung ermittelten Bedarf abhingen. Wenn man so wolle, sei jedes Haus und jede Adresse ein virtueller Haltepunkt; irgendwo müsse stets gehalten werden. Anders als *CleverShuttles* dürften sich die Fahrzeuge (im Pooling-Verkehr) sogar bereithalten. Zudem werde im Vergleich zu *CleverShuttle* in völliger Verkehrung einer bloßen „Erprobung“ mit der bis zu zwanzigfachen Wucht in den Markt gedrängt. Eine klare Trennung zwischen Mietwagenverkehr und Erprobungsverkehr bestehe nicht, sodass ein Fahrzeug jederzeit vom einen in den anderen Verkehr überführt werden könne und die Restriktionen des § 49 Abs. 4 PBefG umgangen würden. Da der hiesige Sachverhalt und das Betriebskonzept keine wesentlichen Unterschiede gegenüber *CleverShuttle* aufwiesen, könne kein anderer Maßstab gelten, als ihn die erkennende Kammer in ihrem Beschluss zu *CleverShuttle* ausgeführt habe. Im Übrigen bestehe die Gefahr einer unzumutbaren Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Position des Antragstellers. Es seien wegen der hohen Anzahl von Fahrzeugen und der aggressiven Preispolitik von Anfang an massive Nachfrageausfälle und ruinöse Auswirkungen auf die am Markt tätigen Taxenunternehmer zu erwarten. In einem solchen Fall könne sich auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine Klagebefugnis unmittelbar aus Art. 12 GG ergeben. Da der Betrieb noch nicht begonnen habe, könne es dabei nicht darauf ankommen, dass ein spürbarer wirtschaftlicher Schaden dargelegt werde. Hier bestehe jedenfalls die Gefahr erheblicher und unzumutbarer Auswirkungen auf den Taxenmarkt. Auch die Mietwagengenehmigung könne hier angegriffen werden, da es sich um eine (verbotene) Mischkonzession für einen Personenkraftwagen mit jederzeitiger Wechselmöglichkeit handle. Wie die Bestimmung des § 46 Abs. 3 PBefG zeige, sei es keineswegs weit verbreitet, dass Taxen- und Mietwagenkonzessionen verbunden würden. Dem Antragsteller gehe es auch nicht um die Abwehr harter, aber fair-gleichartiger Konkurrenz, sondern um die Abwehr unfairer Konkurrenz. Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin

wende sich der Antragsteller nicht gegen die Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes.

Im Laufe des 12. April 2019 hat der Antragsteller noch einen weiteren Antrag ergänzt, mit dem er vorbeugenden Rechtsschutz gegen eine Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde begehrt. Hinsichtlich der Antragsbegründung wird vollumfänglich auf den Schriftsatz vom 12. April 2019 verwiesen.

Der Antragsteller beantragt,

festzustellen, dass die Klage des Antragstellers vom 21. August 2018 zum Verwaltungsgericht Hamburg – 5 K 4390/18 – gegen den der *MOIA GmbH* erteilten Genehmigungsbescheid der Antragsgegnerin vom 25. April 2018, Az. RV 211 / E2, aufschiebende Wirkung besitzt,

der Antragsgegnerin zusätzlich für den Fall der gerichtlichen Feststellung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers einstweilen zu untersagen, die sofortige Vollziehung der verfahrensgegenständlichen Genehmigung anzuordnen, ohne diese zuvor einer substantiellen Revision und Veränderung zum Zwecke einer tatsächlichen Abgrenzung der Verkehre zu unterziehen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Hauptantrag abzulehnen.

Zur Begründung verweist sie auf die Ausführungen im Widerspruchsbescheid und führt ergänzend aus, ein Antrag nach § 80a Abs. 3 Satz 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO sei bereits deshalb unzulässig, da der Antragsteller nicht zuvor einen Aussetzungsantrag bei der Behörde gestellt habe, jedenfalls fehle ihm mangels Antrags bei der Behörde das Rechtsschutzbedürfnis. Ein solches fehle ihm aber auch deshalb, da er sein Klageverfahren offenbar nicht betreiben wolle und es ihm allein darum gehe, durch die aufschiebende Wirkung die Genehmigung der Beigeladenen zu blockieren. Denn diese sei zeitlich befristet und könne auch nicht verlängert werden. Der Antragsteller habe eine mögliche Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten nicht hinreichend dargelegt. Aus Art. 12 GG folge ein solches Recht nicht; vielmehr beeinträchtige das hiesige Verfahren die Berufsfreiheit der Beigeladenen. Dass ein subjektiv-öffentliches Recht aus der Genehmigung selbst folge, die zum Schutze der öffentlichen Verkehrsinteressen Nebenbestimmungen vorsehe, sei abwegig. Der Antragsteller trage auch nichts dazu vor, woraus sich seine Befugnis ergeben sollte, die Mietwagengenehmigung und den Testbetrieb der Beigeladenen anzu-

greifen. Nach § 42 Abs. 2 VwGO müsse der Kläger geltend machen, in eigenen Rechten verletzt zu sein, was voraussetze, dass es nach seinem Vortrag eine subjektive Rechte begründende Norm gebe, die nach seinem Vortrag möglicherweise verletzt sei. Es sei nicht ausreichend, unsubstantiiert eine Verletzung in eigenen Rechten zu behaupten und das Gericht suchen zu lassen, wie es die Kammer im Beschluss in der Parallelsache zu *CleverShuttle* aber getan habe. Grundsätzlich überzeugten die Ausführungen der Kammer, ein subjektives Recht folge aus § 2 Abs. 7 PBefG i.V.m. Art. 12, 3 GG aber auch inhaltlich nicht. Durch eine solche Auslegung würden die Grenzen verfassungskonformer Auslegung überschritten. Die Antragsgegnerin wäre danach nach § 13 Abs. 2 VwVfG verpflichtet, jeden Taxenunternehmer als Beteiligten hinzuzuziehen und nach § 28 Abs. 1 HmbVwVfG anzuhören, was das Gegenteil dessen sei, was § 14 PBefG besage.

Die Beigeladene beantragt ebenfalls,

den Hauptantrag abzulehnen.

Zur Begründung führt sie aus, der Beigeladenen sei bereits erheblicher organisatorischer und finanzieller Aufwand entstanden (Investitionen für den Aufbau eines virtuellen Haltepunktenetzes, für die Entwicklung und Produktion eines speziellen Fahrzeuges, für die Anpassung der App, Aufwendungen für entsprechend qualifizierte Fahrer/innen, Beschäftigung von Mitarbeitern/innen bereits vor Betriebsstart). Der Antragsteller versuche erkennbar, seinen evident unzulässigen Rechtsbehelfen wenigstens über die Feststellung einer aufschiebenden Wirkung etwas Wirkung zu verleihen. Dabei habe er seine Klage innerhalb von 5 Monaten nicht einmal begründet und den Eilantrag erst 7 Tage vor dem vermeintlichen Betriebsstart an Weihnachten gestellt (wobei der Betriebsstart aus organisatorischen Gründen aber erst im April 2019 erfolge). Der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung sei zulässig, aber unbegründet. Die Klage des Antragstellers sei unzulässig und entfalte daher keine aufschiebende Wirkung. Es fehle sowohl an der Durchführung eines ordnungsgemäßen Vorverfahrens als auch an der Klagebefugnis, da der Antragsteller weder widerspruchs- noch klagebefugt sei. Die zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und der erkennenden Kammer in Sachen *CleverShuttle* seien rechtlich und tatsächlich schon nicht übertragbar. In der Entscheidung zu *Uber Black* sei es um eine Zivilrechtsstreitigkeit im Wettbewerbsrecht gegangen. Anders als *Uber* betreibe *MOIA* aber auch kein Plattformmodell, sondern werde als Verkehrsunternehmerin in eigener Verantwortung tätig. Das Konzept von *MOIA* unterscheide sich auch grundsätzlich von demjenigen, das *CleverShuttle* zugrunde liege, was der Antragsteller verkenne, wenn er die Taxenähnlichkeit von *MOIA* behauptet. Das Pooling-Konzept agiere auf der Schnittstelle zum Charakter des Linienverkehrs. Bei der Beurteilung und Gegenüberstellung der unterschiedlichen Verkehrsangebote komme es entscheidend auf die formale,

personenbeförderungsrechtliche Beurteilung der Verkehrsbehörde an. Aber auch aus Sicht des Verkehrs sei *MOIA* nicht taxenähnlich: Anders als *CleverShuttle*, biete *MOIA* nur Tür-zu-Tür-Beförderungen an, sofern es um das Exklusiv-Modell gehe, das als regulärer Mietwagenverkehr genehmigt sei. Im Pooling-Modell würden Personen über ein Haltestellennetz befördert; auch die Haltestellen des ÖPNV seien nach dem Konzept der Fünf-Minuten-Stadt innerhalb von längstens 5 Minuten fußläufig erreichbar. Es mache aus Sicht des Verkehrs einen erheblichen Unterschied, ob man Tür-zu-Tür befördert werde, oder sich zu einer Haltestelle oder einem virtuellen Haltepunkt begeben müsse. Der Pooling-Verkehr biete deutlich weniger Komfort (als Taxen), da sich der Fahrgast zu den Haltepunkten begeben, das Fahrzeug mit anderen teilen und Umwege in Kauf nehmen müsse und ihm kein Fahrer (z.B. beim Gepäckverladen) assistiere. Auch dürfe *MOIA* Wegstrecken, die Taxen vorbehalten seien, nicht nutzen, etwa die Mönckebergstraße. Hierfür setze man eigens für das Pooling entwickelte Fahrzeuge ein, die anders als herkömmliche Taxen oder *CleverShuttles* über 6 Sitzplätze verfügten. Geworben werde um solche Kunden, die vormals einen eigenen PKW genutzt hätten. Ohnehin gewähre § 2 Abs. 7 PBefG kein subjektiv-öffentliches Recht von Taxenunternehmern gegen den Marktzutritt; ein solches stünde nur Linienverkehrsunternehmen zu. Gegenüber Mietwagenverkehren bestehe nach ständiger Rechtsprechung ebenfalls kein Drittschutz; selbst dort, wo ein wettbewerbsähnliches Verhältnis bestehe, stehe nur der Zivilrechtsweg zur Verfügung. Regulatorisch würden die Mietwagenverkehrsgenehmigung und die Erprobungsgenehmigung sauber getrennt. Durch die Kombination beider Genehmigungstatbestände werde insofern sichergestellt, dass beim Exklusiv-Verkehr sämtliche Restriktionen des Mietwagenverkehrs eingriffen. Eine solche Kombination mehrerer Genehmigungstatbestände sei zulässig; sie führe insbesondere auch nicht zu einer Umgehung der Rückkehrpflicht. § 49 Abs. 3 PBefG betreffe lediglich den Sonderfall einer Mischkonzession zwischen Taxen- und Mietwagenverkehr und sei weder nach seinem Wortlaut noch aufgrund teleologischer Erwägungen auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Die Beigeladene wechsele nicht nach Gutdünken zwischen den Beförderungsvarianten; die Entscheidung hierüber habe allein der Kunde. Soweit die fehlende Rückkehrpflicht vom Antragsteller moniert werde, sei anzumerken, dass diese der Erprobung von *MOIA* diametral entgegenlaufen würde: Die echte Erprobung setze eine hinreichende Anzahl von Fahrzeugen und eine hinreichende zeitliche Verfügbarkeit innerhalb von 5 bis 10 Minuten voraus, was nicht zu bewerkstelligen wäre, müssten die Fahrzeuge nach Durchführung eines Auftrags stets zum Betriebshof zurückkehren. Des Weiteren seien die Ausführungen der erkennenden Kammer in Sachen *CleverShuttle* zur Ausgestaltung der Genehmigung und einer insoweit bestehenden subjektiv-öffentlichen Betroffenheit falsch. Wortlaut und Systematik des § 2 Abs. 7 PBefG lieferten keine Anhaltspunkte dafür, dass Drittschutz bestehe. Vielmehr

habe die Beigeladene sogar einen Anspruch auf die Erteilung einer Genehmigung. § 2 Abs. 7 PBefG diene mit der Zulassung von Erprobungsverkehren abseits des Typenzwangs der Entfaltung der Berufsfreiheit. Selbst Drittschutz unterstellt, müsse, um rechtsmissbräuchliche Klagen und auch Popularklagen effektiv zu verhindern, gerade im Wettbewerbsrecht bei Drittanfechtungsklagen ein strenger Maßstab angelegt werden. Sofern die Kammer im Beschluss zu *CleverShuttle* ausgeführt habe, der Antragsteller könne verlangen, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Ermessensentscheidung über die Ausgestaltung der Genehmigung im Hinblick auf die Abweichung von Vorschriften des Personenbeförderungsrechts die Interessen der Taxenunternehmer angemessen berücksichtige und unter Würdigung der Regularien des Taxengewerbes eine gleichheitsgerechte Ausgestaltung wähle, sei Folgendes festzuhalten: Zum einen weiche die Genehmigung nicht von solchen Bestimmungen ab; dies habe der Antragsteller auch nicht dargetan. Die Möglichkeit der Verletzung vermeintlich drittschützender Normen setze voraus, dass der Antragsteller eine konkrete Rechtsverletzung hinreichend qualifiziert behaupte. Es werde im Rahmen der Erprobungsgenehmigung nur von Bestimmungen des Linienverkehrs abgewichen. Ohnehin erfolgten Abweichungen von Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes allein im öffentlichen Interesse und niemals im Interesse eines betroffenen Unternehmers. Die Entscheidung über solche Abweichungen stehe allein der Antragsgegnerin im Rahmen ihres weiten, nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüfbaren Ermessens zu. Hierin würde verfassungswidrig eingegriffen werden, wenn über den Drittschutz die gerichtliche Kontrolle verstärkt würde. Die Annahme eines Drittschutzes in verfassungskonformer Auslegung gehe fehl. Sie würde Drittschutz aus der Berücksichtigung von Bestimmungen herleiten, die nicht einmal in unmittelbarer Anwendung drittschützend seien. Hätte der Gesetzgeber Drittschutz beabsichtigt, hätte er den Taxenunternehmern Anhörungsrechte zugestanden. Es seien nicht die streitgegenständliche Genehmigung und ihre Ausgestaltung, sondern der Beschluss der erkennenden Kammer in Sachen *CleverShuttle*, der sich nicht in das Regulierungssystem des Personenbeförderungsrechts einfüge. Die gefundene Auslegung widerspreche dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers und dem Grundrechtsschutz der Beigeladenen. Es könne aus Gründen der Gewaltenteilung gerade nicht dahinstehen, ob die Norm Drittschutz bezwecke. Da sich der Verkehr der Beigeladenen und der Taxenverkehr erheblich unterschieden, könne diese auch keinen gleichheitswidrigen Vorteil gegenüber dem Antragsteller haben. Die Situation sei auch nicht mit der Vergabe von Subventionen vergleichbar, bei denen die Unternehmer Teilnehmer desselben Marktes sein müssten, was hier nicht zutrefte. Auch ein Drittschutz unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG im Rahmen der vom Bundesverwaltungsgericht anerkannten Ausnahme greife nicht: Weder ist der Taxenmarkt derart staatlich reguliert noch liege eine unzumutbare Beeinträchtigung des Antragstellers vor. Es bestehe, wie darge-

legt, auch in tatsächlicher Hinsicht keine Beeinträchtigung des Taxengewerbes. Taxenunternehmer hätten auch in der Vergangenheit Umsatzeinbußen infolge technologischen Fortschritts befürchtet (z.B. durch *car2go*). Dabei seien die Einnahmen der Taxenunternehmer von 2009 bis 2017 von EUR 3,73 Mrd. auf EUR 5,16 Mrd. angestiegen. Die Zahl der beförderten Personen sei ebenso wie die Personenkilometer konstant geblieben. Die 2017 in Hamburg vorhandenen 1.689 Car-Sharing-Fahrzeuge – mehr als die Beigeladene als Flotte vorsehe – hätten sich nicht negativ auf das Taxengewerbe ausgewirkt. In Hannover sei nach 8 Monaten Regelbetrieb von *MOIA* nicht ersichtlich, dass Taxenunternehmer ihren Betrieb hätten aufgeben müssen. Gleiches gelte in Hamburg, München und Berlin seit Aufnahme des Betriebs von *CleverShuttle* und *Berlkönig*. Es sei vielmehr zu erwarten, dass attraktive weitere Mobilitätsangebote dazu führen würden, dass mehr Menschen auf ein eigenes Fahrzeug verzichteten und, je nach Mobilitätsbedarf, das gesamte Mobilitätsangebot nutzten. Dies führe zu mehr und nicht weniger Taxennutzung. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Antragsgegnerin bei ihrer umfassenden Würdigung aller potentiell betroffenen öffentlichen Verkehrsinteressen in Ausübung ihres Ermessens Fehler gemacht habe. Es sei umfangreich vom Ermessen Gebrauch gemacht worden, was zu zahlreichen Auflagen und Beschränkungen (und teilweisen Abweichungen vom beantragten Genehmigungsumfang) geführt habe. Zudem würden Erprobungsgenehmigungen durch die aufschiebende Wirkung von Drittwidersprüchen ad absurdum geführt. Derartige Genehmigungen seien dringend erforderlich, da „neue Verkehrsarten“ nur eine begrenzte Zeit „neu“ seien und auch nur während dieser Zeit erprobt und fortentwickelt werden könnten. Zuletzt fehle dem Antragsteller auch das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Der Antragsteller müsse etwaige Verstöße der Beigeladenen gegen die Vorschriften für Mietwagenverkehre und gegen die Erprobungsgenehmigung zivilrechtlich angreifen. Es sei dem Antragsteller versagt, verwaltungsrechtliche Rechtsmittel zu missbrauchen, um den Betriebsstart der Beigeladenen zu verhindern.

Die Antragsgegnerin hat die streitgegenständliche Genehmigung mit Bescheid vom 14. März 2019 auf die *MOIA Operations Germany GmbH* übertragen.

Auf Anfrage des Gerichts, ob die Sachakte der Antragsgegnerin vollständig sei und ob sie sich bestimmte Unterlagen (die Preiskalkulation, die Berechnungen zur erwarteten Reduktion des Individualverkehrs, zur Sharing-Quote, zur erwarteten Anzahl der Stopps pro Tour, zum vorgetragenen Modalsplit von 1 % oder zur erforderlichen Fahrzeugzahl von 2 bis 4 pro Quadratkilometer) habe vorlegen lassen, hat die Antragsgegnerin ausgeführt, die Sachakte sei vollständig übersandt worden. Berechnungen (zur Reduktion des Individualverkehrs, zur Sharing-Quote, Anzahl der Stopps) gebe es nicht, da diese Parameter gerade erprobt werden sollten. Eine Preiskalkulation habe sie nicht verlangt, da die Preis-

findung nur bei einzelnen, im Personenbeförderungsgesetz ausdrücklich genannten Verkehrsformen Gegenstand staatlicher Festlegung und Kontrolle sei. Analysen, Berechnungen und Vermerke habe sie in dem in der Sachakte befindlichen Umfang gefertigt. Die Antragsgegnerin könne nur noch einmal betonen, dass man die Auswirkungen des neuartigen Verkehrs nicht ernsthaft berechnen und analysieren könne, ohne ihn jemals durchgeführt zu haben. Wenn dies so wäre, wäre die Erprobung überflüssig. Die Beigeladene hat hierzu ausgeführt, die zur Konzeptionierung genutzten Informationsquellen seien im Rahmen mündlicher Besprechungen mit der Antragsgegnerin angeführt worden.

Die Beigeladene hat ferner eine am 28. März 2019 genehmigte „Sondereinbarung“ zur Akte gereicht, die das Ride-Sharing vermittelt über die App *mytaxi* betrifft. Auf die Unterlagen wird ergänzend Bezug genommen.

Die Sachakten der Antragsgegnerin sowie die Verfahrensakte zum Klageverfahren 5 K 4390/18 haben dem Gericht bei seiner Entscheidung vorgelegen.

II.

Soweit der Antragsteller mit seinem Hauptantrag die Feststellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage begehrt, versteht das Gericht diesen Antrag im wohlverstandenen Interesse des Antragstellers, vgl. §§ 122 Abs. 1, 88 VwGO, dergestalt, dass er die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs begehrt. Kommt Rechtsbehelfen aufschiebende Wirkung zu, so wird diese bei Statthaftigkeit eines Vorverfahrens bereits durch den Widerspruch ausgelöst, dessen aufschiebende Wirkung bis zu dem in § 80b VwGO benannten Zeitpunkt fort dauert (vgl. *Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 35. EL September 2018, § 80 Rn. 119*).

Der so verstandene Hauptantrag ist zulässig (1.) und begründet (2.). Der für den Fall des Erfolgs gestellte Hilfsantrag ist demgegenüber unzulässig (3.).

1. Der Antragsteller sucht mit seinem Hauptantrag zulässigerweise um Eilrechtsschutz nach.
 - a. Die Statthaftigkeit seines Antrags folgt aus § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO analog.
 - aa. §§ 80, 80a VwGO treffen in direkter Anwendung keine Regelung über den Rechtsschutz gegen die faktische Vollziehung eines Rechtsbehelfs, das heißt die drohende Vollziehung eines Verwaltungsaktes unter irrtümlicher oder bewusster Missachtung seiner rechtlich bestehenden aufschiebenden Wirkung (vgl. *Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 351, 352 ff.*). Vielmehr wäre ein auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichteter Antrag bei faktischer Vollziehung

unstatthaft, weil die aufschiebende Wirkung in diesen Fallkonstellationen schon kraft Gesetzes nach § 80 Abs. 1 VwGO besteht (*Gersdorf in: BeckOK VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80 Rn. 158 m.w.N.; vgl. BVerwG, Beschl. v. 30.08.2012, 7 VR 6/12, NVwZ 2013, 85*). In der Rechtsprechung ist indes anerkannt, dass Antragstellern/innen in diesen Fallgestaltungen Rechtsschutz in entsprechender Anwendung der §§ 80, 80a VwGO im Wege eines Feststellungsantrags zusteht.

Ist im zweiseitigen Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen dem Adressaten oder der Adressatin eines Verwaltungsaktes und der erlassenden Behörde streitig, ob ein eingelegter Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung entfaltet, ist ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO analog statthaft (*vgl. Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 356 m.w.N.; BVerwG, Beschl. v. 30.08.2012, 7 VR 6/12, NVwZ 2013, 85; OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 18.10.2004, 3 M 265/04, Juris Rn. 15*). Denn wenn Antragsteller/innen schon bei angeordneter sofortiger Vollziehung die Möglichkeit haben, gegen diese Anordnung nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO um vorläufigen Rechtsschutz nachzusehen, muss ihnen ein Vorgehen im Wege vorläufigen Rechtsschutzes erst recht möglich sein, wenn die Behörde davon ausgeht, ihr Bescheid sei *schon* ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung sofort vollziehbar (*Hess. VGH, Beschl. v. 29.08.1986, 2 TH 1569/86, NVwZ-RR 1988, 124*). Nichts anderes gilt im dreiseitigen Verwaltungsrechtsverhältnis für den Fall, dass der oder die durch einen Verwaltungsakt begünstigte Dritte – mit oder ohne Billigung der Behörde – von der Begünstigung Gebrauch macht oder zu machen droht, weil er oder sie – und gegebenenfalls auch die Behörde – eine aufschiebende Wirkung des Drittanfechtungsrechtsbehelfs verneinen oder missachten (*vgl. Hess. VGH, Beschl. v. 03.12.2002, 8 TG 2177/02, NVwZ-RR 2003, 345, 346*). Insofern ist ein Feststellungsantrag nach § 80a Abs. 3 S. 2 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO analog statthaft (*OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 29.05.2008, 10 B 616/08, NVwZ-RR 2008, 757; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80a Rn. 56; a.A.: Verortung in §§ 80a Abs. 3 S. 1 Alt. 2 i.V.m. 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO (analog), vgl. Gersdorf in: BeckOK VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80a Rn. 50*). Eines Rückgriffs auf § 123 VwGO bedarf es im Lichte der vorstehenden, vorrangigen Rechtsschutzmöglichkeiten nach §§ 80, 80a VwGO demgegenüber nicht, § 123 Abs. 5 VwGO.

Eine faktische Vollziehung kann in unterschiedlich gelagerten Fällen drohen, in denen die Behörde oder ein begünstigter Dritter/ eine begünstigte Dritte das Bestehen oder den Umfang der aufschiebenden Wirkung absichtlich oder irrtümlich missachtet. Ein solcher Irrtum kann sich daraus ergeben, dass die Voraussetzungen einer gesetzlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 VwGO von diesen Beteiligten fehlerhaft bejaht werden. Eine (irrtümliche) faktische Vollziehung kann darüber hinaus aber auch dro-

hen, wenn zwischen den Beteiligten Uneinigkeit darüber besteht, ob ein Rechtsbehelf zulässig ist, und der/die vollziehende Beteiligte davon ausgeht, der Rechtsbehelf löse die aufschiebende Wirkung des § 80 Abs. 1 VwGO infolge seiner Unzulässigkeit nicht aus (VGH Baden-Württemberg, *Beschl. v. 13.12.2016, 6 S 346/16, Juris Rn. 2*; Schoch in: *Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 354; insb. zur Zulässigkeit auch Puttler in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 164; Gersdorf in: BeckOK, VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80 Rn. 22*). Obgleich zur Frage des hierbei anwendbaren Maßstabs hinsichtlich der Bewertung der Zulässigkeit im Einzelnen ausdifferenzierte Meinungen vertreten werden, entspricht es heute jedenfalls überwiegender und überzeugender Auffassung, dass Fragen der Zulässigkeit den Eintritt der aufschiebenden Wirkung bedingen.

- bb. Nach dieser Maßgabe ist das Feststellungsbegehren des Antragstellers statthaft. Trotz des Widerspruchs des Antragstellers hat die Beigeladene die Absicht bekundet, ihre Genehmigung zu vollziehen, indem sie ihren Fahrdienst *MOIA* am 15. April 2019 aufnehmen wird. Dies ergibt sich neben Äußerungen im hiesigen Verfahren aus Informationen in der *MOIA*-App und auf der offiziellen Internetseite der Beigeladenen. Die Beigeladene und die Antragsgegnerin sind nämlich der Meinung, dass der Widerspruch des Antragstellers mangels Widerspruchsbefugnis (offensichtlich) unzulässig sei, deshalb keine aufschiebende Wirkung entfalte und daher einem Start des Dienstes nicht entgegenstehe. Genau diese Vollziehung möchte der Antragsteller mittels seines Antrages verhindern, da er davon ausgeht, sein Widerspruch habe sehr wohl von Rechts wegen aufschiebende Wirkung, § 80 Abs. 1 VwGO.
- b. Dem *Feststellungsantrag* kann auch nicht eine fehlende Antragsbefugnis des Antragstellers entgegengehalten werden. Grundsätzlich entspricht die im Rahmen von Verfahren nach §§ 80, 80a VwGO geforderte Antragsbefugnis der Klagebefugnis des Hauptsacheverfahrens bzw. der Widerspruchsbefugnis des Widerspruchsverfahrens, da diese Rechtsbehelfe im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gesichert werden sollen (vgl. *BVerwG, Beschl. v. 30.10.1992, 4 A 4/92, Juris Rn. 15; Schoch in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 462 m.w.N.*). § 42 Abs. 2 VwGO ist Ausfluss des subjektiv-rechtlich ausgeprägten Rechtsschutzsystems der Verwaltungsgerichtordnung insgesamt, das auch das Eilverfahren miteinschließt (*Schoch, ebd.*).

Für Fallgestaltungen der vorliegenden Art erachtet es die erkennende Kammer hinsichtlich der Antragsbefugnis für *den Feststellungsantrag* aber **ausnahmsweise** für ausreichend, dass der Antragsteller einen Rechtsbehelf eingelegt hat, dessen aufschiebende Wirkung streitig ist, da die Voraussetzungen des § 42 Abs. 2 VwGO mit Blick auf die ei-

gentlichen Anfechtungsrechtsbehelfe für den hiesigen *Feststellungsantrag* eine Frage der Begründetheit darstellen (vgl. auch *BVerwG, Beschl. v. 30.08.2012, 7 VR 6/12, NVwZ 2013, 85, 86 Rn. 6, das die Zulässigkeit der Klage im Rahmen der Prüfung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO prüft, ohne eine gesonderte Antragsbefugnis anzusprechen*). Denn in Fallgestaltungen wie der hier vorliegenden besteht die *Besonderheit*, dass es für die festzustellende aufschiebende Wirkung *materiell* gerade darauf ankommt, ob der Antragsteller oder die Antragstellerin ein subjektives Recht geltend macht, den eine/n Dritte/n begünstigenden Verwaltungsakt anzugreifen. Prüfte man die Antragsbefugnis hier in gleicher Weise wie die Antragsbefugnis im Rahmen eines Herstellungsantrags und die Widerspruchsbefugnis im Rahmen des Widerspruchs, nähme man in der Sache die vollständige Begründetheitsprüfung vorweg und verschöbe sie in die Zulässigkeitsprüfung, ohne dass die Antragsbefugnis noch eine Vorprüfungs- und Filterfunktion (vgl. *Wysk in: Wsyk, VwGO, 2. Aufl. 2016, § 42 Rn. 123*) erfüllen könnte oder hierdurch inhaltlich eine Veränderung des Prüfprogramms einträte. Auch eine vorgeschaltete „Grobkontrolle“ der Widerspruchsbefugnis im Sinne *der Möglichkeit* des Bestehens einer solchen erscheint nicht praktikabel, da dies letztendlich auf die künstliche und kaum handhabbare Prüfung der Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte hinausläufe (vgl. *Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 80 Rn. 19*).

- c. Dem Antrag fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis.
 - aa. Soweit für Fälle des § 80a VwGO teilweise die Auffassung vertreten wird, § 80a Abs. 3 Satz 2 VwGO stelle eine *Rechtsfolgenverweisung* auf § 80 Abs. 6 VwGO dar, sodass vor einem gerichtlichen Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ein voriger Aussetzungsantrag bei der Behörde zu stellen sei, teilt die erkennende Kammer diese Auffassung *nicht* (so wohl auch die herrschende Meinung, vgl. *Gersdorf in: BeckOK, VwGO, 48. Edition Juli 2018, § 80a Rn. 63 m.w.N.*). Im Übrigen *hat* der Antragsteller sich zuvor an die Behörde gewandt und um Bestätigung der aufschiebenden Wirkung gebeten, sodass einem vorigen Antragserfordernis ohnehin genüge getan wäre. In der hier gegenständlichen *Feststellungsvariante* wäre ein vorheriger Antrag bei der Behörde naturgemäß auf eine Feststellung und nicht etwa die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu richten.
 - bb. Das Gericht vermag auch nicht zu erkennen, dass der hiesige *Feststellungsantrag* des Antragstellers wegen Rechtsmissbrauchs als unzulässig abzuweisen wäre. Zwar kann der Missbrauch prozessualer Rechte dergestalt, dass Rechtsbehelfe lediglich dazu dienen sollen, die jeweiligen Gegner/innen zu schädigen oder das Gericht zu belästigen, dazu führen, Antragsteller/innen das Rechtsschutzbedürfnis abzusprechen. Hierzu muss diese

Absicht aber eindeutig feststehen (*Sodan: in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn. 360*). Nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer ist der hiesige *Feststellungsantrag* zum Missbrauch aber schon gar nicht geeignet, da er eben nur feststellen kann, was kraft Gesetzes besteht und damit auch ohne Sachentscheidung des Gerichts über den Feststellungsantrag bestünde. Im Erfolgsfall – bei Bestehen der aufschiebenden Wirkung – wäre es zudem ein kaum tragbares Ergebnis, diesen *rechtlich gebilligten* Erfolg des Feststellungsantrags als Missbrauch zu qualifizieren und dem Antragsteller Rechtsschutz zu versagen. Hat der Antrag demgegenüber keinen Erfolg, erleidet die Gegenseite keinen Nachteil daraus, dass das Gericht nicht bereits die Zulässigkeit verneint, sondern in der Begründetheit das Fehlen einer aufschiebenden Wirkung darlegt. Wäre der zugrunde liegende Rechtsbehelf, dessen aufschiebende Wirkung festgestellt werden soll, hier der Anfechtungswiderspruch gegen die Genehmigung, seinerseits wegen Rechtsmissbrauchs unzulässig (hierzu unter 2.b.), läge ein solcher Fall der Unbegründetheit des Feststellungsantrags vor.

2. Der Hauptantrag hat auch in der Sache Erfolg.

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

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

Hinsichtlich der Erforderlichkeit der Zulässigkeit des eingelegten Rechtsbehelfs vertritt eine (ältere) Auffassung, dass es auf diese ebenfalls nie ankommen könne (mit dem Ergebnis, dass *jeder* Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO auslöste), übersieht dabei jedoch, dass hierdurch eine auch vor der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu rechtfertigende „überschießende“ Sicherung des/der Be-

troffenen bewirkt würde (vgl. Schoch in: Schoch/Scheider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 80 Rn. 78 f.).

Nach überwiegender und überzeugender Ansicht besteht demgegenüber im Grundsatz Einigkeit darüber, dass der Eintritt der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs von Aspekten seiner Zulässigkeit nicht (stets) unberührt bleiben kann. Streitig ist hierbei allein, welcher *Maßstab* bei der Bewertung der Unzulässigkeit anzulegen ist. Während nach einer Ansicht die Zulässigkeit stets vollumfänglich Voraussetzung der aufschiebenden Wirkung ist, differenziert eine andere Ansicht nach dem Vorliegen bestimmter stets erforderlicher und anderer Zulässigkeitskriterien und eine dritte Ansicht will ein Evidenzkriterium anwenden, wonach einem Rechtsbehelf die aufschiebende Wirkung nur in Fällen *offensichtlicher* Unzulässigkeit fehlen soll (vgl. die Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen von Gersdorf in: BeckOK VwGO, 47. Edition Juli 2018, § 80 Rn. 17 ff. m. w. N.).

Eine praktische Relevanz kommt diesem Meinungsstreit allerdings *jedenfalls* im Hinblick auf das hiesige Verfahren nicht zu.

Dem Drittwiderspruch des Antragstellers kommt selbst nach der engsten Auffassung aufschiebende Wirkung zu. Der Antragsteller ist im nachstehend erörterten Umfang drittwiderspruchsbefugt (a.). Sein Widerspruch ist auch im Übrigen zulässig (b.).

- a. Der Antragsteller ist mit Blick auf die der Beigeladenen erteilte *Erprobungsgenehmigung* (aa.) widerspruchsbefugt, soweit sie die Anzahl der Fahrzeuge und die ermessensgerechte Ausgestaltung der Wettbewerbsbedingungen betrifft. (Ausnahmsweise) ist er in diesem Umfang auch im Hinblick auf die *Mietwagengenehmigung* widerspruchsbefugt (bb.).

Die im Rahmen der Zulässigkeit des Drittwiderspruchs analog § 42 Abs. 2 VwGO zu fordernde Widerspruchsbefugnis entspricht inhaltlich vollständig der später im Klageverfahren erforderlichen Klagebefugnis (Drittanfechtungsbefugnis; vgl. Hüttenbring in: BeckOK, VwGO, 48. Edition April 2018, § 68 Rn. 15). Widerspruchsführer/innen sind demnach drittanfechtungsbefugt, wenn sie *geltend machen*, durch den eine/n andere/n begünstigenden Verwaltungsakt in ihren Rechten verletzt zu sein. Dafür ist es notwendig, aber auch ausreichend, Tatsachen vorzutragen, aus denen sich die *Möglichkeit* ergibt, von dem angegriffenen Verwaltungsakt in einem subjektiven Recht verletzt zu sein. Die Drittanfechtungsbefugnis fehlt (erst), wenn subjektive Rechte des Widerspruchsführers/der Widerspruchsführerin offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise verletzt sein können (BVerwG, Urt. v. 24.06.2004, 4 C 11/03, BVerwGE 121, 152-169, Juris Rn. 20). Da der Drittwiderspruch sich gegen den an eine/n Dritte/n adressierten Verwaltungsakt wendet, müssen Widerspruchsführer/innen geltend machen, dieser Verwaltungsakte

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

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

Die in der „Geltendmachung“ zum Ausdruck kommende Pflicht zur *Darlegung* einer möglichen Rechtsverletzung durch den Verwaltungsakt bezieht sich dabei nicht auf die rechtliche Seite des Klage- oder Widerspruchsvortrags (Happ in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 111; Sennekamp in: Fehling/Kastner/Störmer, *VerwaltungsR*, § 42 Rn. 82). Die Darlegungslast bezieht sich vielmehr in *tatsächlicher* Hinsicht darauf, die die Rechtsverletzung begründenden Tatsachen darzulegen, sodass eine Verletzung in eigenen Rechten möglich erscheint (Happ in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 112; Sennekamp in: Fehling/Kastner/Störmer, *VerwaltungsR*, § 42 Rn. 82). Erforderlich, aber auch ausreichend ist es, dasjenige Tatsachenmaterial beizubringen, das diesbezüglich eine Klärung des Gerichts ermöglicht (Happ in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 42 Rn. 113). In dreiseitigen Verwaltungsrechtsverhältnissen verdichtet sich die Darlegungs-

last dahingehend, dass ein Sachverhalt beizubringen ist, der vom Tatsächlichen her unter eine drittschützende Norm fallen könnte.

- aa. Diese Voraussetzungen liegen vor, soweit der Antragsteller sich gegen die der Beigeladenen erteilte Erprobungsgenehmigung für 1000 Fahrzeuge richtet.

Der Antragsteller ist **ausnahmsweise** drittanfechtungsbefugt, soweit die hohe Zahl genehmigter Fahrzeuge betroffen ist [(1)]. Der Antragsteller ist ferner drittanfechtungsbefugt, soweit die Genehmigung das „Wie“ der Genehmigung ausgestaltet und dabei von Marktverhaltensregeln abweicht, die dem Schutz von Taxenunternehmern/innen dienen [(2)].

- (1) Hinsichtlich einer Drittanfechtungsbefugnis des Antragstellers gegen den Marktzutritt – das „Ob“ der Marktteilnahme – ist zu konstatieren, dass dem Antragsteller ein solches Recht zwar *grundsätzlich* nicht zusteht und er die Marktteilnahme eines weiteren Konkurrenten an und für sich hinnehmen muss.

Ein derartiges subjektiv-öffentliches Recht auf *Verhinderung* des Marktzutritts der Beigeladenen ergibt sich weder aus der Betroffenheit eines dem Antragsteller zustehenden Genehmigungsanspruchs [(a)] noch aus § 2 Abs. 7 PBefG [(b)]. Ein Recht gegen den Marktzutritt ergibt sich auch grundsätzlich nicht aus den Grundrechten; **ausnahmsweise** folgt aus Art. 12 GG hier aber eine Drittanfechtungsbefugnis, soweit die außergewöhnlich hohe Anzahl genehmigter Fahrzeuge betroffen ist [(c)].

- (a) Ein subjektiv-öffentliches Recht gegen den Marktzutritt könnte einfach-rechtlich allein aus einem dem Antragsteller zustehenden eigenen Genehmigungsanspruch folgen, wenn dieser durch die der Beigeladenen erteilte Erprobungsgenehmigung vereitelt würde (Konkurrenten*verdrängung*konstellation). Vorliegend wendet sich der Antragsteller jedoch aus der Position eines bereits auf dem Markt zugelassenen Konkurrenten gegen den Marktzutritt der Beigeladenen (Konkurrenten*abwehr*konstellation), sodass ihm zustehende Ansprüche auf eine personenbeförderungsrechtliche Genehmigung unter keinem denkbaren Gesichtspunkt berührt werden. Weder wurde es dem Antragsteller durch die Antragsgegnerin *wegen des Betriebs* der Beigeladenen verwehrt, einen gleichartigen Ride-Sharing-Fahrdienst anzubieten – einen solchen plant der Antragsteller überhaupt nicht – noch wurde ihm deswegen eine Genehmigung zur Ausübung des Gelegenheitsverkehrs mit Taxen verweigert.
- (b) Demgegenüber verleiht die sogenannte Experimentierklausel des § 2 Abs. 7 PBefG (in Verbindung mit Vorschriften des Personenbeförderungsrechts) Taxenunternehmern/innen schon **abstrakt kein subjektiv-öffentliches Recht allein gegen das „Ob“ des Marktzutritts von Konkurrenten/innen**.

Nach der herrschenden Schutznormtheorie verleiht eine Norm dann subjektiv-öffentliche Rechte, wenn sie nicht nur im öffentlichen Interesse liegt, sondern zumindest auch dem Schutz der Interessen des/der Einzelnen zu dienen *bestimmt* ist. Zu unterscheiden sind der gesetzliche bezweckte Interessenschutz einerseits und bloße Rechtsreflexe andererseits (*Wahl/Schütz in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 34. EL Mai 2018, § 42 Abs. 2 Rn. 45; v. Albedyll in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 42 Rn. 80*). Gerade auf dem Gebiet der Berufszulassung existieren zahlreiche begünstigende Verwaltungsakte, die zwar im Einzelfall – objektiv – rechtswidrig und für Dritte tatsächlich (reflexartig) nachteilig sein mögen, jedoch keine *rechtlich geschützten* Interessen berühren und daher entsprechend Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen sind (*vgl. BVerwG, Beschl. v. 06.12.1988, 1 B 157/88, NJW 1989, 1175*).

Letzteres trifft auch auf § 2 Abs. 7 PBefG zu, sodass Taxenunternehmer/innen – wie der Antragsteller – sich grundsätzlich nicht mit Erfolg darauf berufen können, ein/e Konkurrent/in habe nicht zugelassen werden dürfen, weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm nicht vorlägen.

Tatbestandlich erfordert die Erteilung einer Genehmigung nach § 2 Abs. 7 PBefG in formeller Hinsicht einen Antrag und in materieller Hinsicht das Vorliegen einer neuen Verkehrsart oder eines neuen Verkehrsmittels, einen (praktischen) Erprobungszweck, das Vorliegen eines Einzelfalls und das Nicht-Entgegenstehen öffentlicher Verkehrsinteressen. Von diesen Merkmalen böte sich primär letzteres Merkmal an, die Interessen der Taxenunternehmer/innen zu verletzen.

Die Norm beschränkt die zu schützenden „Verkehrsinteressen“ bereits ausdrücklich auf „öffentliche“. Aus diesem Wortlaut abzuleiten, dieses Merkmal könne niemals Drittschutz begründen, griffe indes zu kurz. Der Begriff der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ wird im Personenbeförderungsgesetz mehrfach verwendet, sodass seine Auslegung insbesondere durch systematische Erwägungen geprägt wird. Diese zeigen, dass aus den „öffentlichen Verkehrsinteressen“ Drittschutz erwachsen kann, allerdings – und das verkennt der Antragsteller in der Begründung seines Widerspruchs – **nur** für vorhandene Unternehmer/innen im Sinne der §§ 2 Abs. 1 Nr. 1-3, 13 Abs. 2 PBefG (Linienverkehre) und Eisenbahnen, nicht aber Taxenunternehmer/innen.

Die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen stellt auch für die Genehmigung von Straßenbahn-, Obusverkehr und Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen nach § 13 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PBefG einen Versagungsgrund dar. In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung Drittschutz für die in diesem Bereich vorhandenen Unternehmer/innen und Eisenbahnen anerkannt. Zwar steht im Rahmen der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ das Inte-

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

Diese Erwägungen lassen sich jedoch auf den Gelegenheitsverkehr, insbesondere den Taxenverkehr, **nicht** übertragen. Vielmehr sprechen die vorstehenden Erwägungen und ein systematischer Vergleich mit § 13 Abs. 4 S. 1 PBefG dafür, dass sich Taxenunternehmer/innen im Hinblick auf die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen im Anwendungsbereich von § 2 Abs. 7 PBefG – genau wie bezüglich der Abwehr von Konkur-

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

Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch in § 2 Abs. 7 PBefG *bewusst* den Begriff der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ wählte und hierbei weder andere Interessen einschließen wollte noch eine weitergehende Einräumung subjektiver Klagerechte be-

zweckte. Eine mögliche inhaltliche „Abweichung“ zu anderen Genehmigungstatbeständen, zum Beispiel § 2 Abs. 6 PBefG, folgt allenfalls *im Ergebnis* daraus, dass *dieselben* „öffentlichen Verkehrsinteressen“ durch eine „reguläre“ Etablierung eines Betriebs einerseits und einen (gegebenenfalls zeitlich, räumlich und gegenständlich beschränkten) Erprobungsbetrieb andererseits in unterschiedlichem Ausmaß betroffen sein könnten – was von der Behörde allerdings insgesamt nur im *objektiven* Interesse zu untersuchen ist.

Auch die weiteren Tatbestandsmerkmale – der Erprobungszweck, die neue Verkehrsart beziehungsweise das neue Verkehrsmittel und der Einzelfall – bieten keinen Ansatzpunkt für die Gewährung subjektiver Rechte gegen den Marktzutritt.

Diese Merkmale sind in Zusammenschau mit dem im Personenbeförderungsrecht grundsätzlich bestehenden Typenzwang zu sehen (vgl. hierzu Heinze in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 49). § 2 Abs. 7 PBefG soll, wie auch § 2 Abs. 6 PBefG, gewisse Abweichungen hiervon ermöglichen. Die „neue Verkehrsart“ (bzw. das neue Verkehrsmittel) ist dabei nach Ansicht der erkennenden Kammer Abgrenzungsmerkmal für eine sachgerechte Auswahl des Genehmigungstatbestandes. Zum einen fallen solche Beförderungen nicht unter § 2 Abs. 7 PBefG, die sich bereits ohne Probleme unter einen der vertypen Verkehre subsumieren lassen. Zum anderen dient das Merkmal der „neuen Verkehrsart“ (bzw. des neuen Verkehrsmittels) der Abgrenzung zu § 2 Abs. 6 PBefG. Dieser umfasst „Beförderungen, die nicht alle Merkmale einer Verkehrsart oder Verkehrsform dieses Gesetzes erfüllen“, wobei jedoch grundsätzlich noch irgendeine Zuordnung zu einer Verkehrsart möglich sein muss („Genehmigung nach denjenigen Vorschriften“, „denen diese Beförderung am meisten entspricht“) (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.08.2015, 3 C 14/14, BVerwGE 152, 382-397, NVwZ 2016, 695, 698, Rn. 35). Eine Zuordnung (nach exakten Kriterien) ist notwendig, weil sich der Wettbewerb innerhalb der jeweiligen Verkehrsart unter unterschiedlichen rechtlichen Bedingungen vollzieht (vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 19.09.2007, 7 LC 208/04, Juris Rn. 36 zu § 2 Abs. 6 PBefG a.F.). § 2 Abs. 6 PBefG erlaubt nämlich die Genehmigung *nach der Verkehrsart*, zu der nach wertender Betrachtung eine Zuordnung erfolgt (mithin die Genehmigung als Linien-, Taxen- oder Mietwagenverkehr) und gerade kein umfassendes Loslösen von den Genehmigungstypen und das Kreieren freier Mischgenehmigungstypen nach einem eigens zusammengestellten Regulierungsregime. Demgegenüber können solche Verkehre, die sich nicht mehr sachgerecht zuordnen lassen, nur unter den engeren Voraussetzungen des § 2 Abs. 7 PBefG genehmigt werden, der nur die zeitlich beschränkte Erprobung zulässt (ähnlich Fielitz/Grätz, PBefG, 66. EL Mai 2013, § 2 Rn. 26). Dieses Verständnis der Norm folgt aus der Entstehungsgeschichte der §§ 2 Abs. 6 und 7 PBefG. Der Genehmigungstatbestand für atypische Verkehre wurde (mit Beschränkung auf besonders gela-

gerte Einzelfälle) in § 59a PBefG a.F. geschaffen, um vom Gesetz nicht erfasste Verkehrsformen (graue Verkehre), an deren Zulassung ein Interesse bestehe, „im Einzelfalle“ genehmigungsfähig zu machen (*BT-Drs. IV/3472, S. 2*); die Vorschrift behielt der Gesetzgeber in § 2 Abs. 6 a.F. ohne Änderung ihres Regelungsgehalts bei (*BVerwG, Urt. v. 12.12.2013, 3 C 30/12, BVerwGE 148, 321-328, Juris Rn. 32*). Zusätzlich führte er § 2 Abs. 7 PBefG ein. Schon im Hinblick auf §§ 59a und § 2 Abs. 6 PBefG a.F. forderte die Rechtsprechung eine gewisse Ähnlichkeit zu bestehenden Verkehren (*vgl. OVG Niedersachsen, Urt. v. 21.02.1972, VI A 76/71, OVGE MüLü 28, 403, 406 ff.; vgl. OVG Niedersachsen, Beschl. v. 30.11.1995, 7 M 6279/95, Juris Rn. 12; BVerwG, Urt. v. 12.12.2013, 3 C 30/12, BVerwGE 148, 321-328, Juris Rn. 37 f.*). § 2 Abs. 6 PBefG a.F. wurde vom Bundesverwaltungsgericht danach von § 2 Abs. 7 PBefG abgegrenzt, ob es noch um die Nichterfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale geht (mit der Folge der Zuordnung zu einem Genehmigungstyp), andernfalls sollte nur eine Genehmigung nach § 2 Abs. 7 PBefG in Betracht kommen (*vgl. BVerwG, ebd.*). An dieser Unterscheidung ist im Wesentlichen auch hinsichtlich der Neufassung festzuhalten (*vgl. BVerwG, Urt. v. 27.08.2015, 3 C 14/14, BVerwGE 152, 382-397, NVwZ 2016, 695, 698, Rn. 35; anders wohl noch BVerwG, Urt. v. 12.12.2013, 3 C 30/12, BVerwGE 148, 321-328, Juris*). Die Ersetzung des „besonders gelagerten Einzelfalles“ durch das „Nicht-Entgegenstehen öffentlicher Verkehrsinteressen“ hatte – in Abkehr von der Genehmigungsfähigkeit „im Einzelfalle“ – allein den Hintergrund, den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 6 PBefG in *quantitativer* Hinsicht zu erweitern, da (mit Blick auf die demografische Entwicklung) gerade in ländlichen Bereichen flexible Bedienformen „*nicht nur in besonders gelagerten Einzelfällen zur Anwendung kommen sollen*“ (*vgl. BT-Drs. 17/10857, S. 19*). Ein Überschneidungsbereich zwischen § 2 Abs. 6 und Abs. 7 PBefG besteht daher grundsätzlich nicht; dies auch vor dem Hintergrund, dass § 2 Abs. 6 PBefG die „bessere“ Genehmigung darstellt. Gewisse Überschneidungen könnten sich nach Ansicht der erkennenden Kammer höchstens dort ergeben, wo eine Genehmigungsbehörde einen zuordenbaren Verkehr wegen unabsehbarer Gefahren für öffentliche Verkehrsinteressen auf Grundlage des § 2 Abs. 6 PBefG nicht genehmigen würde, im Wege eines Erst-Recht-Schlusses und aus Gründen der Verhältnismäßigkeit statt einer Ablehnung zum Zwecke einer sachgerechten Bewertung des Betriebs aber eine Erprobung ermöglichen will (*zu bedenken wären aber auch die ohnehin bestehende Möglichkeit der (kurzen) Befristung, §§ 2 Abs. 6, § 16 PBefG, ggf. die Möglichkeit der nachträglichen Aufhebung und der Amtsermittlungsgrundsatz einschl. Mitwirkungspflichten, §§ 24 Abs. 1, 26 Abs. 1, 2 HmbVwVfG*).

Hieraus wird deutlich, dass das Merkmal der neuen Verkehrsart wie auch der Erprobungszweck grundsätzlich allein dazu dienen, einen angemessenen Ausgleich zwischen der Berufsfreiheit von Anbietern/innen neuer Verkehre und dem auch grundsätzlich sei-

tens des Gesetzgebers weiterhin beibehaltenen und allein *im öffentlichen Interesse* bestehenden Typenzwang des Personenbeförderungsgesetzes zu schaffen (vgl. zum Typenzwang und dessen Lockerungen Heinze in: Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 49; Linke in: Saxinger/Winnes, Recht d. öffentl. Personenverkehrs, 5. EL August 2014, § 2 Rn. 7, 61 ff.; Fielitz/Grätz, PBefG, 66. EL Mai 2013, § 2 Rn. 25 ff.). 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, kann sich ein schützenswertes Interesse schon gesetzessystematisch von vornherein *höchstens* hinsichtlich der Bedingungen der Marktteilnahme ergeben: Denn in dieser Konstellation könnte dem Konkurrenten/der Konkurrentin – sofern er/sie nicht öffentliche Verkehrsinteressen beeinträchtigt, auf die sich der Antragsteller nicht berufen kann (siehe oben) – eine Genehmigung jederzeit nach anderen Genehmigungstatbeständen (ggf. in Verbindung mit § 2 Abs. 6 PBefG) erteilt werden. Es bliebe somit in jedem Fall beim Marktzutritt, dieser vollzöge sich nur unter anderen (an den Genehmigungstyp geknüpfte) Bedingungen (die Konkurrenten/innen ggf. im Wege des Wettbewerbsrechts durchsetzen können).

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

- (c) Dem Antragsteller steht nach allgemeiner Dogmatik an und für sich auch kein Recht gegen den Umstand des Marktzutritts des Fahrdienstes *MOIA* aus Grundrechten zu. Die Grundrechte gewähren grundsätzlich keinen Schutz vor Konkurrenz [(aa)]. Eine Betroffenheit von Art. 12 GG durch die Zulassung eines Konkurrenten wird nur in eng beschränkten Ausnahmefällen anerkannt [(bb)]. Danach steht dem Antragsteller hier aber **ausnahmsweise** ein subjektiv-öffentliches Abwehrrecht gestützt auf Art. 12 GG zu, soweit es nicht jeden Marktzutritt, sondern gerade die Marktteilnahme mit einer extrem großen Fahrzeugflotte betrifft [(cc)].

- (aa) Das Grundgesetz gewährt im Allgemeinen keinen Schutz vor Konkurrenz.

Art. 14 GG gewährt keinen Konkurrenzschutz. Die Eigentumsgarantie umfasst ihrem Schutzbereich nach keine allgemeine Wertgarantie vorhandener vermögensrechtlicher Positionen, insbesondere nicht die Aufrechterhaltung eines bestimmten Geschäftsum-

fangs in Form einer bestimmten Marktstellung, und keine in der Zukunft liegenden Wettbewerbschancen und Verdienstmöglichkeiten (*OVG Nordrhein-Westfalen Ur. v. 22.09.2016, 13 A 2378/14, BeckRS 2016, 54571 m.w.N.*).

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

- (bb) Verfassungsunmittelbarer Konkurrenzschutz kommt regelmäßig allenfalls dann in Betracht, wenn eine hoheitliche Maßnahme zu unzumutbaren Beeinträchtigungen, insbesondere in Gestalt eines Verdrängungs- und Aufzehrungswettbewerb bzw. ruinöser Konkurrenz, führt (*vgl. BVerwG, Ur. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, Juris Rn. 21*).

Weitergehender Konkurrenzschutz über die vorstehenden Grenzen hinaus wird von der Rechtsprechung nur in Fällen möglicher grundrechtsrelevanter Verwerfungen der Wettbewerbsverhältnisse in besonders regulierten Märkten anerkannt. In einer Entscheidung zur Krankenhausplanung hat das Bundesverfassungsgericht hierzu ausgeführt (*BVerfG, Beschl. v. 23.04.2009, 1 BvR 3405/08, NVwZ 2009, 977*):

„Eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, kann aber das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht (vgl. BVerfGE 82, 209 [223f.] = NJW 1990, 2306; für die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan). Insbesondere bei einem regulierten Marktzugang können auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit

der Berufsausübung beeinträchtigen (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2005, 273 [274]). Wird zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden Einschränkungen unterworfen und kommt es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen, so besteht die Möglichkeit, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus Art. 12 I GG verletzt sind (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2005, 273 [275]). Eine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse ist dann zu besorgen, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt ist (vgl. BVerfG [2. Kammer des Ersten Senats], NJW 2005, 273 [274]). Fehlt es hieran, so realisiert sich in dem Marktzutritt lediglich ein dem jeweiligen Markt bereits immanenten Wettbewerbsrisiko.“

Hierbei handelt es sich indes um einen selten bejahten Ausnahmefall (*angenommen für Vertragsärzte/innen BVerfG, Beschl. v. 17.08.2004, 1 BvR 378/00, NJW 2005, 273; abgelehnt für zahlreiche andere Märkte, für den Arzneimittelmarkt: OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 22.09.2016, 13 A 2378/14, BeckRS 2016, 54571; für Totalisatoren: OVG Hamburg, Beschl. v. 11.03.2015, 4 Bs 228/14, Juris; für Apotheken: BVerwG, Urt. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, Juris*).

- (cc) Nach Maßgabe des Vorstehenden wird deutlich, dass dem Antragsteller nach jetzigem Kenntnisstand kein Recht dergestalt zustehen kann, den Marktzutritt von MOIA vollständig zu verhindern. Eine andere Sichtweise ergibt sich hier **nur ausnahmsweise** insoweit, als es die extrem hohe Flottengröße von MOIA betrifft.

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass der Antragsteller einen Aufzehrungs- und Verdrängungswettbewerb bislang lediglich behauptet. Im Übrigen erachtet es das Gericht mit Blick auf die Erfahrungen in Hannover und mit *CleverShuttle* nach derzeitigem Erkenntnisstand auch für schwerlich vorstellbar, dass die bloße Existenz von MOIA – auch in kleinerem Umfang und ggf. unter Auferlegung anderer, strengerer Marktverhaltensregeln – *per se* einen ruinösen Aufzehrungs- und Verdrängungswettbewerb auf dem Taxenmarkt auslösen wird.

Auch handelt es sich beim Taxengewerbe zwar nach Ansicht der Kammer um einen staatlich regulierten Markt im Sinne der vorstehenden Rechtsprechung. Allerdings besteht kein grundsätzlicher Vorrang vorhandener Unternehmer:

Ob ein Markt hinreichend durchstrukturierten Marktbedingungen unterliegt, ist nach dem Verständnis der erkennenden Kammer im Einzelfall unter Berücksichtigung der Spezifika

des Marktes und der angebotenen Güter und Dienstleistungen zu betrachten. Grundsätzlich sprechen gerade der Aspekt einer Bedarfsplanung (*BVerwG, Urt. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, Juris Rn. 19*) oder vergleichbare (objektive) Berufszulassungsschranken für einen besonders regulierten Markt (*vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 11.03.2015, 4 Bs 228/14, Juris Rn. 19*). Dieser Aspekt lässt sich für das Taxengewerbe aufgrund von § 13 Abs. 4 PBefG bejahen, dem gemeinhin eine Kontingentierung von Taxenkonzessionen entnommen wird. Damit wird das Taxengewerbe zwar – dies möchte die Kammer noch einmal ausdrücklich klarstellen und wie sich aus § 13 Abs. 4, 5 PBefG eindeutig ergibt – keiner Bedürfnisprüfung, aber doch einer objektiven Berufszulassungsschranke unterworfen (*vgl. hierzu Heinze in Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 13 Rn. 192*). In Hamburg besteht indes die Besonderheit, dass Taxenkonzessionen nicht mehr zahlenmäßig beschränkt werden, sondern stattdessen eine verstärkte Kontrolle auf Ebene der Genehmigungserteilung im Hinblick auf die normierten subjektiven Berufszulassungsvoraussetzungen (finanzielle und persönliche Zuverlässigkeit) stattfindet (sog. „Hamburger Modell“, *vgl. Bürgerschaftsdrs. 21/5497 v. 09.08.2016, S. 2*), womit eine gewisse Deregulierung im Vergleich zur tradierten Vorstellung vom Taxenmarkt stattfindet („die freilich, sollte die unbegrenzte Zulassung zu nachteiligen Marktverhältnissen im Sinne einer Bedrohung der Funktionsfähigkeit des Taxengewerbes führen, aufgrund des Fortbestands des § 13 Abs. 4, 5 PBefG auch umgekehrt werden könnte und wohl auch müsste“). Selbst diesen Umstand außer Acht gelassen, dürfte es sich jedoch noch um einen stark durchstrukturierten Markt handeln, da die vorhandenen Regularien sich gerade im Markt für Taxenbeförderungen ganz erheblich auswirken (*vgl. die Ausführungen von König, Marktöffnung und Wettbewerb im Taxengewerbe, BB 2015, 1095-1101, Juris*). Auf Ebene des Marktzugangs besteht weiterhin ein Genehmigungserfordernis, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4, 13, 46, 47 PBefG i.Vm. der Berufszugangsverordnung für den Straßenpersonenverkehr (PBZugV). Das Personenbeförderungsgesetz, die Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr und die Taxenordnung (*v. 18. Januar 2000; HmbGVBl. 2000, 28, TaxenO*) enthalten zahlreiche gesetzliche Vorgaben für die Führung des Unternehmens und die einzusetzenden Fahrer, die Dienstleistung der Taxenbeförderung selbst sowie die hierbei zu verwendenden Fahrzeuge. Zu nennen sind hierbei insbesondere die Betriebspflicht, § 21 PBefG, die grundsätzlich gesetzlich festgesetzten Beförderungsentgelte, §§ 51 Abs. 1, 5, 39 Abs. 3 PBefG, §§ 2, 4 TaxenO, die Beförderungspflicht, §§ 22 PBefG, 13 BOKraft, die örtliche Beschränkung des Bereithaltens auf die Gemeinde des Betriebssitzes, § 47 Abs. 2 PBefG, sowie die hierbei geltende Bindung an Taxenstände, § 6 Abs. 1 TaxenO, und die Vorgaben der §§ 17, 25 Abs. 1, 26 und 29 BOKraft, die es Taxenunternehmer/innen weder erlauben, sich durch äußerliche Gestaltung von anderen abzuheben, noch großen Spielraum hinsichtlich der Wahl der Fahrzeuge lassen. Die Mög-

lichkeiten, sich als Taxenunternehmer/in durch eine „bessere“ Beförderungsleistung Wettbewerbsvorteile zu erarbeiten, sind damit über die schon rein tatsächlichen Grenzen des Marktes hinaus rechtlich erheblich eingeschränkt, zumal es die festgesetzten Beförderungsentgelte unmöglich machen würden, sich „bessere“ bzw. besondere Leistungen auch höher vergüten zu lassen (zum Beispiel den Einsatz von in der Anschaffung möglicherweise teureren E-Fahrzeugen). Aufgrund der hohen Uniformität der angebotenen Dienstleistung käme dem Preiswettbewerb auf dem Taxenmarkt grundsätzlich erhebliche Bedeutung zu, sodass sich die diesen verhindernde Regulierung der Beförderungsentgelte besonders stark auf den Markt auswirkt. Denn für einen Fahrgast, der eine Beförderungsleistung anfragt, dürften sich die Faktoren Preis und Zeit als wesentlich herausstellen. Ein Fahrgast möchte primär möglichst günstig und schnell an sein Ziel gelangen. Ersteres kann der Unternehmer/die Unternehmerin nicht beeinflussen; auch die Frage, ob er/sie (durch seine Fahrer/innen oder als Selbstfahrer/in) die Anfrage möglichst schnell bedienen kann, ist nur eingeschränkt beeinflussbar. Zwar kann der Fahrer/die Fahrerin durch eine gute Kenntnis der Stadt und Beobachtung des Marktverhaltens dafür sorgen, Fahrgäste bevorzugt an Orten hohen Fahrgastaufkommens (Großveranstaltungen, Hotels etc.) zu akquirieren. Nichtsdestotrotz unterliegt er/sie aber auch dabei noch Regularien, da jede Anfrage anzunehmen ist (mag diese auch zu abgelegenen Orten führen), die Antragsgegnerin zudem durch die Verteilung von Taxenständen, das Gebot sich nur dort Bereitzuhalten und die an Taxenständen einzuhaltende Ordnung die Aufnahme von Beförderungsaufträgen in gewissem Sinne vorstrukturiert, vgl. § 6 TaxenO, und das örtliche und zeitliche Fortkommen von Taxen generell durch die Verkehrslage bestimmt wird. Verschärfend wirkt sich dabei auch insbesondere die besondere Art aus, wie Beförderungsdienstleistungen angefragt werden: Fahrgäste dürften eine starke Neigung haben „Taxen“ als *Gesamtangebot* wahrzunehmen und sich der Unterschiedlichkeit der dahinterstehenden Vielzahl an Unternehmern/innen überhaupt nicht bewusst zu sein, was durch den gesetzlich vorgeschriebenen uniformen Außenauftritt erheblich beeinflusst wird. Taxifahrten werden durch Heranwinken, über Apps oder über Funkzentralen angefragt, ohne dass es dem Fahrgast in der Regel darauf ankäme, eine/n *bestimmte/n* Unternehmer/in anzufragen; ihm/ihr geht es regelmäßig allein darum so schnell wie möglich ein Taxi für seinen/ihren Beförderungswunsch zu finden. Ein aktives Anwerben von Fahrgästen ist den Fahrern/innen nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 TaxenO wiederum untersagt. Eine „Kundenbindung“ findet damit regelmäßig allenfalls in Bezug auf den Vermittlungsdienst und nicht einzelne Unternehmen statt. Selbst wenn moderne Vermittlungs-Apps die Möglichkeiten vorsehen, Stammfahrer/innen anzugeben, dürfte auch hier im Grundsatz das Interesse an schneller Beförderung des Fahrgasts überwiegen, sofern diese Person nicht der/die nächstverfügbare Fahrer/in ist. Weitere, für die Kunden/innen wichtige Faktoren wie Sicherheit,

Sauberkeit und das Verhalten des Fahrers/der Fahrerin sind bei der Auswahl der Taxe vorab kaum ersichtlich; ein besonders „vorbildliches“ Verhalten bringt hinsichtlich der *zukünftigen* Wettbewerbschancen aufgrund dieser Anfrageform nur wenig Vorteile. Zwar ergeben sich auch hier gewisse Möglichkeiten der Beeinflussung durch die in Taxen-Apps mögliche Bewertung der Fahrer/innen und die Anfragemöglichkeit für Fahrer/innen mit einer bestimmten Mindestbewertung. Dabei dürfte es sich allerdings nichts desto weniger eher um ein K.O.-Kriterium in dem Sinne handeln, dass auffällig schlechte Dienstleistungen eine negative Bewertung erhalten, sich für Anbieter/innen einer „durchschnittlichen“ Dienstleistung aber kaum Nachteile, für Anbieter/innen einer außergewöhnlich „guten“ Dienstleistung kaum erhebliche Vorteile ergeben. Tatsächlich dürfte auch die staatliche Aufsicht über die einzuhaltenden Bestimmungen dazu führen, dass im Normalfall eine ordnungsgemäße Beförderungsleistung erbracht wird und der Kunde/die Kundin sich darüber hinaus keine Gedanken machen muss und wird. Außergewöhnlich „gute“ Dienstleistungen sorgen allenfalls für höhere Einnahmen in Form von Trinkgeld, wobei das diesbezügliche Potential für Ertragssteigerungen durch das Wettbewerbsverhalten von Fahrern/innen sowohl durch die überhaupt verfügbaren Fahrgastkapazitäten als auch durch soziale Gepflogenheiten (z.B. „10-Prozent-Regel“) faktisch limitiert ist.

Allerdings besteht kein grundsätzlicher gesetzlicher Vorrang, der es Altunternehmern/innen ermöglichen würde, gegen die *Zulassung* – das heißt die *grundsätzliche Marktteilnahme* – neuer Unternehmer/innen vorzugehen, da auch innerhalb des (ggf. kontingierten und) wie ausgeführt staatlich regulierten Taxenmarktes grundsätzlich Wettbewerb herrschen soll. § 13 Abs. 4 PBefG dient wie dargelegt gerade nicht dem Konkurrenzschutz der vorhandenen Unternehmer/innen. Der fehlende Vorrang ergibt sich auch ausdrücklich aus § 13 Abs. 5 S. 1 PBefG. Insofern handelt es sich bei der Zulassung anderer Taxiunternehmer/innen um *marktimmanenten* 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.

Anders liegt der Fall hier indes **ausnahmsweise** deshalb, weil der Sachverhalt, so wie er sich dem Gericht darbietet, eine nicht von vornherein zu vernachlässigende Beeinträchtigung von Art. 12 Abs. 1 GG mit Blick auf die extrem große Fahrzeugflotte bedingen könnte:

Die – überzeugende – Rechtsprechung zu regulierten Märkten nimmt im Grundsatz die maßgebliche Unterscheidung der Betroffenheit von Art. 12 Abs. 1 GG danach vor, ob die

erheblichen Wettbewerbsverzerrungen sich als markt- und systemimmanent herausstellen (vgl. BVerfG, *Beschl. v. 23.04.2009, 1 BvR 3405/08, NVwZ 2009, 977; BVerwG, Urt. v. 15.12.2011, 3 C 41/10, NVwZ 2012, 639, 641, Rn. 19, 21; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 22.09.2016, 13 A 2378/14, BeckRS 2016, 54571, Rn. 51*). Das Bundesverfassungsgericht hat in der oben genannten Entscheidung ausgeführt, dass dann, wenn einzelne Leistungserbringer/innen zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen weitgehenden Einschränkungen unterworfen werden und es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen kommt, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen, die Möglichkeit besteht, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer/innen in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sind. *Anders gewendet müssen nicht marktimmanente Verwerfungen im Hinblick auf die vielfältigen Regularien in betroffenen Märkten gerade nicht mehr hingenommen werden.* Überzeugend hat es in seiner Entscheidung weiter angenommen, dass – wenn kein Vorrang der vorhandenen Unternehmer/innen besteht – keine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse drohen kann, weil sich dann der Marktzutritt als marktimmanent und demnach gerade *nicht als Verwerfung* erweist. Der geforderte Vorrang dürfte aber danach nicht Selbstzweck, sondern lediglich ein grundsätzlich sinnvolles *Kriterium* zur Bestimmung der Marktimmanenz sein.

In diesem Zusammenhang ist weiter in die Überlegung einzustellen, dass die den einzelnen Berufstätigen aufgegebenen Regularien Einschränkungen ihrer Berufsfreiheit darstellen, die einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen. Dabei gilt einerseits nach der Wesentlichkeitstheorie, dass in grundlegenden normativen Bereichen, zumal – wie hier – im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, die wesentlichen Entscheidungen durch den Gesetzgeber selbst zu treffen sind und nicht dem Handeln der Verwaltung überlassen werden dürfen (vgl. BVerfG, *Beschl. v. 08.08.1978, 2 BvL 8/77, NJW 1979, 359, 360*). Andererseits hat jeder Grundrechtsträger das Recht, durch eine Norm nur dann mit Nachteilen belastet zu werden, wenn diese zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, mithin formell und materiell mit der Verfassung in Einklang steht (vgl. BVerfG, *Beschl. v. 06.06.1989, 1 BvR 921/85, NJW 1989, 2525; vgl. Di Fabio in: Maunz/Dürig, GG, 85. EL November 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 12*).

Daraus folgt in der Zusammenschau, dass sich eine Betroffenheit von Art. 12 Abs. 1 GG **ausnahmsweise** dann ergibt, wenn eine staatliche Maßnahme aufgrund ihrer Art und ihres Umfangs der Sache nach keine (wenn auch möglicherweise rechtswidrige) Einzelentscheidung mehr darstellt, die im Ergebnis bloß die marktimmanente Konkurrenz steigert, sondern die Genehmigungsbehörde eigentlich eine *Systementscheidung* trifft, die

sich außerhalb der gesetzlich zugrunde gelegten und entsprechend regulierten Marktordnung bewegt und dabei zu erheblichen Konkurrenzschäden (Wettbewerbsverwerfungen) führt. Denn so eine Entscheidung würde sich bei genauer Betrachtung als marktextern herausstellen und muss von denjenigen, die sich innerhalb eines stark regulierten Marktes bewegen, nicht ohne weiteres hingenommen werden. Außerdem stellt eine solche Systementscheidung die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der vorhandenen Regularien insgesamt infrage, insbesondere da sie deren tatsächliche Grundlagen ganz wesentlich verändern kann.

So liegt der Fall auch hier. Es steht zumindest zu befürchten, dass die Genehmigung von 1000 MOIA Fahrzeugen der Sache nach nicht die Genehmigung eines weiteren, neuen Anbieters ist, sondern zugleich die (endgültige) Einführung einer gesamten neuen Verkehrssäule verkörpert, die das Gefüge der Verkehrsarten, so wie es das Personenbeförderungsgesetz bildet, nachhaltig verändern könnte – und zwar ohne dass die vielfältigen betroffenen Interessen im Wege eines geordneten Gesetzgebungsverfahrens vom Gesetzgeber nach dem Gebot praktischer Konkordanz in Ausgleich gebracht worden wären.

Das Personenbeförderungsgesetz basiert nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich nach wie vor auf der Vorstellung gesetzlich vertypter Verkehre (siehe oben). Verkehre werden nach der Vorstellung des Gesetzgebers grundsätzlich nach exakten Kriterien unterschieden und zugeordnet, weil sich der Wettbewerb innerhalb der jeweiligen Verkehrsart unter unterschiedlichen rechtlichen Bedingungen vollzieht (vgl. *OVG Lüneburg, Urt. v. 19.09.2007, 7 LC 208/04*). Auch nach bundesverfassungsgerichtlicher Kritik an einem strengen Typenzwang hat der Gesetzgeber sich nicht zu einer vollständigen Neuordnung des Personenbeförderungssektors entschieden, sondern letztendlich die jetzige Regelung des § 2 Abs. 6 PBefG – die Genehmigung für atypische Verkehre eingeführt (zur Entstehungsgeschichte etwa vgl. *Linke in Saxinger/Winnes, Recht d. öffentl. Personenverkehrs, 5. EL August 2014, § 2 Rn. 65 ff.*). Zudem hat er die Erprobungsklausel geschaffen, § 2 Abs. 7 PBefG. Deren Anwendungsbereich zeichnet sich im Vergleich zur „regulären“ Genehmigung atypischer Verkehre aber durch deutliche Restriktionen, nämlich die Beschränkung auf einen Einzelfall, die Höchstgeltungsdauer und die vorgegebene Zielrichtung der praktischen Erprobung aus.

Die Gestaltung des Personenbeförderungsgesetzes ist, jedenfalls sofern sie die grundsätzliche Ausrichtung und Gewährleistung der Mobilität unserer Gesellschaft betrifft, als wesentliche Entscheidung Sache des Gesetzgebers. Mobilität ist eine höchst komplexe Fragestellung. An ihr besteht ein erhebliches Bedürfnis der Bevölkerung, sie zu gewährleisten ist Teil der staatlichen Daseinsvorsorge. Unterschiedliche Mobilitätsbedürfnisse berühren dabei zahlreiche gesellschaftlich komplexe Aspekte, etwa im Hinblick auf die

Inanspruchnahme und damit Verteilung öffentlichen Straßenraums, Umweltauswirkungen und die Teilhabe der gesamten Bevölkerung. Zugleich trifft das Personenbeförderungsrecht durch die grundsätzliche Abgrenzung der Verkehre mit entsprechender Regulierung als besonderes Gewerberecht wesentliche Entscheidungen für die betroffenen Unternehmer. Die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung hat in dem dargestellten System der Verkehre Niederschlag gefunden. Soweit der Gesetzgeber dazu ermächtigt hat, zur detaillierteren Ausgestaltung untergesetzliches Landesrecht zu erlassen, vgl. insbesondere § 51 Abs. 1 PBefG, so hat sich diese untergesetzliche Ausgestaltung im Rahmen der gesetzgeberischen Entscheidung, das heißt auch im Rahmen der grundsätzlichen Ausrichtung des Personenbeförderungsgesetzes, zu bewegen. Eine Abkehr vom jetzigen (im Wesentlichen noch) tradierten Konzept hin zu den verschiedenen, als „Mobilität der Zukunft“ gedachten Varianten mag gestalterisch sinnvoll und angebracht sein – sie zu gestalten ist aber primär Aufgabe des (Bundes-)Gesetzgebers.

Zugleich ist zu bedenken, dass erhebliche Umstrukturierungen des Systems der Personenbeförderungen die *Rechtfertigung* der dort getroffenen Regulierungen, insbesondere im Hinblick auf Taxenunternehmer, insgesamt in Frage stellen. So schien der Bundesgesetzgeber die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts (*BVerfG, Beschl. v. 08.06.1960, 1 BvL 53/55, BVerfGE 11, 168*) zu teilen, dass durch den Taxiverkehr wichtige Interessen der Allgemeinheit berührt sein könnten, Taxen die wichtigsten Träger individueller Verkehrsbedienung seien, im modernen Großstadtverkehr auf die Dienste von Taxen nicht mehr verzichtet werden könne, sie die notwendige, von keinem anderen Verkehrsträger übernehmbare Ergänzung des öffentlichen Linien- und Straßenbahnverkehrs darstellten und deshalb selbst öffentliche Verkehrsmittel seien (*BT-Drs. 9/2128 vom 24.11.82, Entwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes, S. 6*). Weiter wurde im Gesetzesentwurf zur jetzigen Fassung des § 13 Abs. 4 PBefG unter anderem das Ziel bekundet, eine verbesserte Abgrenzung des Taxi- und Mietwagenverkehrs erreichen zu wollen und festgehalten, dass an der Existenz- und Funktionsfähigkeit des Taxiverkehrs ein wichtiges Interesse der Allgemeinheit bestehe, da die Taxen zu den öffentlichen Verkehrsmitteln gehörten und *deshalb intensiver behördlicher Überwachung und Regelung unterlägen* (*BT-Drs. 9/2128 vom 24.11.82, S. 1, 7, Hervorhebung durch die Kammer*). Ändert eine Landesverwaltungsbehörde nunmehr die Ordnung des in ihrem Gebiet liegenden Verkehrsmarktes erheblich, greift sie damit insoweit die tatsächliche Grundlage der Rechtfertigung einer solch weitgehenden Regulierung an.

Die MOIA gewährte Genehmigung könnte sich nach gegenwärtigem Sachstand als eine solche, den Verkehrsmarkt erheblich umstrukturierende Systementscheidung darstellen.

An dieser Stelle muss nämlich vergegenwärtigt werden, dass es sich immerhin um 1000 genehmigte Fahrzeuge im Verhältnis zu 3.138 Taxen (in 2016; Zahl seit 2000 rückläufig; die Handelskammer Hamburg nennt auf ihrer Website eine aktuelle Taxenzahl von 3.085) handelt, wobei die *MOIA* Fahrzeuge im Schnitt eine höhere Kapazität aufweisen und durch das Pooling mehrere Fahrgastaufträge zugleich abwickeln können. Soweit es sich aufgrund des Vorbehalts zunächst nur um 500 Fahrzeuge handeln wird, ist diese Anzahl aufgrund der vorstehenden Erwägungen immer noch erheblich, zumal am Anfang auch eine Konzentration auf ein kleineres Bediengebiet stattfindet. Bei dem von der Beigeladenen abzüglich nicht nutzbarer Flächen angenommenen tatsächlichen Bediengebiet von 350 km² (für das gesamte Stadtgebiet von 755 km²) ergibt sich eine Taxendichte von 8,97 pro km² (unter Zugrundelegung der Taxenanzahl von 2016). Den Taxen stehen dann 3 *MOIA* Fahrzeuge pro km² gegenüber. Auch greift ein absoluter Zahlenvergleich zu kurz. Zu betrachten ist auch die Struktur des Taxenmarktes, bei dem jedenfalls nach Angaben der Handelskammer Hamburg fast die Hälfte der Betriebe alleinfahrende Ein-Wagen-Unternehmen sind, deren Taxen damit nicht kontinuierlich verfügbar sind. All das lässt es jedenfalls möglich erscheinen, dass die Marktordnung faktisch ganz erheblich verändert werden wird.

Dabei vermag das Gericht auf Grundlage des vorgelegten Akteninhalts auch nicht auszuschließen, dass es zu erheblichen Marktverwerfungen kommen könnte.

Sofern *MOIA* in ihrem Mobilitätskonzept vorgetragen hat, der Service richte sich (ausschließlich oder ganz überwiegend) an Personen, die bisher Auto gefahren seien, spricht dies zwar möglicherweise gegen erhebliche Marktverwerfungen zwischen dem Taxengewerbe und *MOIA*.

Indes lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht hinreichend verifizieren, ob diese Annahme zutreffend ist. Insbesondere ergeben sich aus den Sachakten der Antragsgegnerin keine Vermerke, Berechnungen oder sonstige Überlegungen zu den Auswirkungen des *MOIA*-Fahrdienstes, aufgrund derer das Gericht die eben geäußerte Befürchtung einer Marktneuordnung mit erheblichen Wettbewerbsverwerfungen ausschließen könnte. Aus der Sachakte ergeben sich auch keinerlei Hintergrundinformationen, die es ermöglichen könnten, bestimmte Annahmen – etwa den erwarteten Modalsplit von nur 1 % – zu verifizieren. So fehlen insbesondere jedwede Modellierungen zu den zu erwartenden Nutzerzahlen, der Anzahl der geteilten Fahrten, der geplanten Einsatzzeit pro Fahrzeug usw. Aus der Begründung der Genehmigung ergibt sich hierzu auch nichts Näheres, insbesondere wird zwar auf eine „zum jetzigen Zeitpunkt nur als Prognose mögliche Einschätzung zu den Auswirkungen der genehmigten Verkehre auf die öffentlichen Verkehrsinteressen“ verwiesen und ausgeführt, dass die Auflagen der Sicherung öffentlicher Verkehrsinteressen

dienten (vgl. S. 6 des *Genehmigungsbescheids*). Wie diese Prognose gebildet wurde und wie die Auflagen welche Auswirkungen auf die öffentlichen Verkehrsinteressen verhindern, ist indes nicht oder nur ansatzweise ersichtlich.

Abgesehen davon, dass ohne entsprechende Angaben nicht nachvollziehbar ist, ob und wie die Behörde eine Auswirkung auf die öffentlichen Verkehrsinteressen im Genehmigungsverfahren überhaupt **geprüft** hat und ob sie dabei die rechtlichen Grenzen ihres Beurteilungsspielraums beachtet hat (vgl. *BVerwG, Urt. v. 15.04.1988, 7 C 94/86, juris Rn. 12*) – worauf sich der Antragsteller freilich **nicht** berufen kann – hätten diese Daten aber doch zumindest **auch** Aufschluss darüber geben können, ob mit erheblichen Wettbewerbsverwerfungen infolge einer Umstrukturierungen des Marktes für Personenbeförderungsdienstleistungen zu rechnen sein könnte. Sofern die Beigeladene ausgeführt hat, die dem Mobilitätskonzept zugrunde liegenden Erkenntnisse seien in mündlichen Besprechungen mit der Antragsgegnerin „angeführt“ worden, ergeben sich aus der Sachakte jedenfalls keine Informationen.

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 tiefere 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. Es ist nicht anzunehmen, die zum Volkswagenkonzern gehörende Beigeladene habe keinerlei Marktanalysen durchgeführt, um ihr Kundenpotential zu analysieren, habe keinerlei betriebswirtschaftliche Analysen gefertigt, die sich mit den wesentlichen Kennzahlen der späteren Projektdurchführung befassen, habe hierzu keinerlei auch nur ansatzweise brauchbare Erkenntnisse aus ihrem Testbetrieb in Hannover gewonnen und habe nunmehr auf gut Glück einen dreistelligen Millionenbetrag in ihren Fahrdienst investiert, um einfach mal so zu erproben, wie und ob es läuft. Im Zuge einer solchen Prüfung hätte die Genehmigungsbehörde auch diejenigen Informationen erlangt, die ihr ein plausibles Urteil darüber ermöglichen, ob sie der Sache nach gerade dabei ist, im Gewande einer Erprobungsgenehmi-

gung nach ihrem eigenen Regelungskonzept vom Personenbeförderungsrecht zu handeln, das nicht dem geltenden entspricht, und dabei erhebliche Wettbewerbsverwerfungen auszulösen.

Dabei ist anzumerken, dass die Beigeladene im hiesigen Verfahren explizit auf die fundierte Entwicklung ihres Konzepts verwiesen hat und beispielsweise in ihrem Mobilitätskonzept angibt, *Berechnungen* zufolge seien für ihren Service 2 bis 4 Fahrzeuge pro Quadratkilometer erforderlich. Auch diese Berechnung scheint die Antragsgegnerin nach ihren Angaben im hiesigen Verfahren und im Genehmigungsbescheid nicht angefordert und auch nicht überprüft zu haben („*Die Antragstellerin selbst hält eine durchschnittliche Anzahl von 3 Fahrzeugen pro km² für erforderlich, sodass diese Zahl zugrunde gelegt werden kann*“, S. 6 Genehmigungsbescheid). Diese Berechnung dürfte unter anderem auf den erwarteten Nutzerzahlen und der gewünschten Anzahl von Beförderungsaufträgen beruhen, sodass sie für die Prüfung des Antrags sinnvollerweise hätte betrachtet werden müssen.

Auch aus den im hiesigen Verfahren eingereichten Studien lässt sich für das Gericht nicht ersehen, dass die Annahme, *MOIA* adressiere allein den jetzigen Individualverkehr, sicher zutreffend ist. Sofern es den *Final Report* des finnischen Projekts *Kutsuplus* betrifft, enthält dieser die von der Beigeladenen geteilte Hoffnung, den Individualverkehr durch Umstieg zu reduzieren. Über Auswirkungen auf andere Nutzergruppen trifft der Report keine Aussagen. Der *Shared Mobility Corporate Partnership Board Report* des *International Transport Forum* betrifft eine Modellierung, nach der die Mobilität ohne Kfz und ohne Busse allein durch „Shared Taxis“ und „Taxi-Busses“ gewährleistet werden soll. Auch diese Studie lässt somit keine Rückschlüsse darauf zu, dass es keine Auswirkungen auf andere Verkehre, darunter das Taxengewerbe im Sinne erheblicher Marktverwerfungen geben könnte. Entsprechende Modellierungen legen aber nahe, dass man zumindest eine plausible wissenschaftliche Grundlage zum Ausgangspunkt seiner behördlichen Entscheidungsfindung machen könnte.

Nochmals zusammengefasst, hält es das Gericht **objektiv**-rechtlich für 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 Entstehen beurteilen. Zudem darf sie unter der Erprobungsklausel keine Entscheidungen treffen, mit denen sie faktisch dergestalt „vollendete Tatsachen“ schafft, dass sie einer gesetzgeberischen Entscheidung vorgreift. Nur auf Letzteres kann sich der Antragsteller bei einer hinzutretenden Verwerfung der Wettbewerbsverhältnisse durch die Genehmigungsentscheidung mit seinem Rechtsbehelf stützen. Insofern

sind **teilweise** Verschränkungen mit der Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen denkbar, die allerdings rein faktischer und *nicht* subjektiv-rechtlicher Natur sind.

- (2) Dem Antragsteller steht darüber hinaus Drittschutz zu, soweit er sich gegen die Ausgestaltung der Erprobungsgenehmigung richtet. Insofern kann er verlangen, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Ermessensentscheidung über *die Ausgestaltung* der Erprobungsgenehmigung im Hinblick auf die für *MOIA* geltenden Marktverhaltensregeln eine systemgerechte Ausgestaltung wählt.

Dies folgt aus § 2 Abs. 7 PBefG beziehungsweise der im Rahmen der Ermessensausübung hinsichtlich der Genehmigungsausgestaltung in die Überlegungen einzustellenden Regularien des Taxengewerbes (den Marktverhaltensregelungen, die im Interesse von Taxenunternemern als Marktteilnehmern oder Mitbewerbern das Marktverhalten regeln) [(a)]. Jedenfalls ergibt sich dieser Befund aus einer verfassungskonformen Auslegung des § 2 Abs. 7 PBefG [(b)]. Nach dem derzeitigen Sachstand erscheint es in *tatsächlicher* Hinsicht zumindest möglich, dass dieses Recht verletzt sein könnte [(c)].

- (a) Im Rahmen einer Genehmigungserteilung nach § 2 Abs. 7 PBefG stellt sich für die Behörde die besondere Herausforderung, dass sie nicht nur – wie bei den typischen Verkehrsarten des Personenbeförderungsrechts – die Genehmigungsvoraussetzungen prüfen muss. In diesem Fall ist der Bewerber zugelassen und sein weiteres Marktverhalten bestimmt sich nach denjenigen Vorschriften, die der Normgeber – sei es für den grundsätzlichen Rahmen der Bundesgesetzgeber oder aufgrund entsprechender Ermächtigungen auf untergesetzlicher Ebene der Verordnungsgeber – getroffen hat. Sondern die Genehmigungsbehörde muss sich hinsichtlich der Marktteilnahme eines Erprobungsverkehrsunternehmers regelmäßig auch Gedanken zum „Wie“ der Marktteilnahme machen und durch eine geeignete Ausgestaltung der Genehmigung einen Regulierungsrahmen schaffen, der sich einerseits in das bestehende System einfügt, andererseits aber der neuen Verkehrsart gebührend Rechnung trägt.

Insofern bestehen dann aber – und das verkennen die Antragsgegnerin und die Beigeladene, wenn sie einen Erst-Recht-Schluss zur mangelnden Drittanfechtungsbefugnis gegen die einem Konkurrenten erteilte Taxengenehmigung ziehen wollen – zwischen der Zulassung eines typischen Verkehrs (insbesondere eines anderen Taxenunternemers oder eines Mietwagenunternemers) wesentliche Unterschiede:

Zwar kann dem Taxenunternemer in der Tat kein Drittschutz gegen die einem Dritten erteilte Genehmigung zustehen („Ob“ der Marktteilnahme, siehe oben).

Er kann aber rechtlich über den Zivilrechtsweg durchsetzen, dass sein Konkurrent die vom Gesetzgeber (oder vom Ordnungsgeber auf Grundlage einer formal-gesetzlichen Verordnungsermächtigung) aufgestellten Marktverhaltensregelungen einhält. Gegenüber Unternehmen des Mietwagenverkehrs betrifft dies insbesondere solche Marktverhaltensregelungen, die der Abgrenzung zum Taxengewerbe dienen (vgl. BGH, Urt. v. 13.12.2018, I ZR 3/16, *Juris Rn. 33 ff.*). Die Rechtsprechung zu § 3a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) hat zahlreiche Bestimmungen des Personenbeförderungsrechts als Mitbewerber schützende Marktverhaltensregeln anerkannt (für §§ 51 Abs. 5, 39 Abs. 3 PBefG (Tarifpflicht): BGH, Urt. v. 29.03.2018, I ZR 34/17, *NJW 2018, 2484, 2486, Rn. 21 ff.*; für § 49 Abs. 4 S. 3 PBefG (Rückkehrpflicht): BGH, Urt. v. 30.04.2015, I ZR 196/13, *GRUR 2015, 1235, Rn. 12*; für § 49 Abs. 4 S. 5 PBefG (Verwechslungsgefahr zw. Mietwagenverkehr u. Taxenverkehr): vgl. BGH, Urt. v. 24.11.2011, I ZR 154/10, *Juris Rn. 12*; vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, *UWG*, 37. Aufl. 2019, § 3a UWG Rn. 1.148). Diese Regelungen bezüglich des „Wie“ der Marktteilnahme sind überhaupt nicht Gegenstand, sondern nur Folge der Erteilung einer Taxen- oder Mietwagenkonzession, die (nur) das grundsätzlich nicht angreifbare „Ob“ der Marktteilnahme eines Konkurrenten betrifft.

Völlig anders stellt sich die Situation dagegen beim Erprobungsverkehr dar. Der Gesetz- oder Ordnungsgeber hat nicht selbst einen Regulierungsrahmen unter Abwägung aller privatrechtlichen und öffentlichen Belange vorgegeben, sondern dessen Gestaltung ohne konkretisierende Vorgaben der Genehmigungsbehörde auferlegt. Deshalb regelt die Genehmigung hier auch das „Wie“ der Marktteilnahme und legalisiert ein bestimmtes Marktverhalten. Insofern spricht einiges dafür, dass ein solcher frei gewählter Regulierungsrahmen der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, da die rechtlichen Interessen und die Legitimation bestimmter Regularien für verschiedene Marktteilnehmer nicht zuvor eine verfahrenstechnische Absicherung im Rahmen eines formalisierten Gesetzgebungsverfahrens erfahren haben. Andererseits verlagert sich auf diese Weise der im Umfang der Legalisierung nicht mehr stattfindende Wettbewerbsrechtsschutz auf die Ebene der Erprobungsgenehmigung.

Sofern dagegen eingewendet wird, auch Taxenunternehmer/innen könnten – für Konkurrenten/innen nicht justiziable – Sondervereinbarungen schließen, § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6, Abs. 2 PBefG i.V.m. § 2 Abs. 10 TaxenO, spricht dies jedenfalls im Kontext des § 2 Abs. 7 PBefG nicht gegen einen Drittschutz im hier angenommenen Umfang. Dass § 51 Abs. 2 PBefG grundsätzlich nie Drittschutz vermittelt, wird in dieser Absolutheit mit guten Argumenten bestritten (vgl. für Drittschutz: Heinze in Heinze/Fehling/Fiedler, *PBefG*, 2. Aufl. 2014, § 51 Rn. 11; vgl. für eingeschränkten Drittschutz VG Schleswig, *Beschl. v.*

20.10.2006, 3 B 120/06, BeckRS 2006, 26561; VG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 11.11.2008, 2 K 1256/07, Juris Rn. 26; Drittschutz für besonders krass gelagerte Ausnahmefälle in Betracht ziehend VG Karlsruhe, Beschl. v. 18.01.2012, 6 K 3050/11, Juris Rn. 36, das vor allem den Ausnahmecharakter entsprechender Sondervereinbarungen betont; die Klagebefugnis bejahend, aber Drittschutz im Rahmen der Begründetheit ablehnend VG Schleswig, Urt. v. 19.02.2008, 3 A 74/07, Juris; vgl. nachgehend OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 21.07.2009, 4 LB 3/08, Juris; offen lassend: OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 21.04.2016, 13 B 1450/15, Juris Rn. 11). Jedenfalls werden Sondervereinbarungen – typischerweise mit Krankenkassen – aufgrund privatrechtlicher Absprachen zwischen dem örtlichen Taxengewerbe und Großkunden geschlossen (vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 9/2128 vom 24.11.1982, S. 9; Kramer in: Saxinger/Winnes, Recht d. öffentl. Personenverkehrs, 14. EL März 2017, § 51 Rn. 26; Fielitz/Grätz, PBefG, 73. EL Januar 2017, § 51 Rn. 8). Es handelt sich mithin um eine in ihrem Anwendungsbereich eng begrenzte Möglichkeit privatautonomer Preisgestaltung, die die grundsätzliche Tarifpflicht nicht in Frage stellt und der Behörde gerade keine Ermächtigung zur einseitigen Befreiung von der grundsätzlich angeordneten Tarifpflicht im Wege einer Ausnahme-genehmigung einräumt. Diese Konstellation gibt mithin für Fragen des hiesigen Drittschutzes nichts her. Dass es um solche Vereinbarungen geht, ergibt sich aus der Konzeption entsprechender **Sondervereinbarungen**. *Mindestens zwei Vertragspartner* müssen eine *schriftliche* Vereinbarung treffen, in der entweder ein bestimmter Zeitraum, eine Mindestfahrtenzahl oder ein Mindestumsatz pro Monat festgelegt wird, die also nicht nur eine einzelne Fahrt betrifft. Eine solche Vereinbarung dürfte für einen privaten Endkunden faktisch ausscheiden, weil er gegenüber einem Taxifahrer eine Einzelfahrt ordert. Es wäre auch kaum praktikabel, wenn Taxenunternehmer/innen mit jedem Endkunden eine schriftliche Vereinbarung des Inhalts des § 51 Abs. 2 PBefG schließen und dann *anschließend* jede Vereinbarung zur Genehmigung vorlegten (vgl. Bidinger, PBefG, EL 1/00, § 51 Rn. 19). Auch wäre fraglich, wie sich dann das Verfahren nach § 51 Abs. 3 PBefG gestalten sollte (vgl. Kramer in: Saxinger/Winnes, Recht d. öffentl. Personenverkehrs, 14. EL März 2017, § 51 Rn. 42; vgl. Fielitz/Grätz, PBefG, 73. EL Januar 2017, § 51 Rn. 12, der zudem vertritt, dass die Mehrheit des Gewerbes auf der einen Seite der Vereinbarung stehen müsste und nicht ein einzelner Unternehmer, Rn. 10).

Die Ausgestaltung der Verfahrensrechte in den §§ 14, 15 PBefG gibt im Hinblick auf den durch § 2 Abs. 7 PBefG vermittelten Drittschutz ebenfalls nichts her – weder in positiver noch in negativer Hinsicht. Denn für ein Genehmigungsverfahren nach § 2 Abs. 7 PBefG treffen die Vorschriften *keine* Regelung. Sie betreffen nur Anträge auf Erteilung der Genehmigung für die Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen oder mit

Kraftfahrzeugen im Linienverkehr und Anträge auf Erteilung einer Genehmigung für die Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen im Gelegenheitsverkehr.

- (b) Der vorstehende Befund bestätigt sich *jedenfalls* nach verfassungskonformer Auslegung der Vorschrift. Denn Taxenunternehmer/innen wie der Antragsteller können sich gemäß Art. 12 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG darauf berufen, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Entscheidung über die Ausgestaltung der Genehmigung ihre Interessen möglicherweise nicht angemessen eingestellt und die Beigeladene damit im Verhältnis zu Taxenunternehmern/innen in einer Art. 3 Abs. 1 GG zuwider laufenden Weise bevorteilt hat. Dies erscheint vorliegend jedenfalls als möglich.

Eine zu weitgehende Befreiung von Pflichten des Personenbeförderungsrechts wirkt sich für die Beigeladene im Vergleich zu anderen Verkehrsarten (möglicherweise) als eine Art Begünstigung (vergleichbar einer Subvention oder Ausnahmegenehmigung) aus. Im Hinblick auf Subventionen wurde eine Drittanfechtungsbefugnis – ungeachtet der Verortung in Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG – für den Fall bejaht, dass ein/e Antragsteller/in die willkürliche Vernachlässigung eigener schützenswerter Rechte geltend macht (*BVerwG, Urt. v. 30.08.1968, VII C 122/66, Juris, 2. Lts.*). Dies gilt auch für andere Begünstigungen von Konkurrenten/innen (*BVerwG, Urt. v. 22.05.1980, 3 C 2/80, Juris Rn. 49*). Anders als in Fällen, in denen sich Konkurrent/innen gegen den Marktzutritt wehren, geht es in diesen Fallgestaltungen nicht darum, dass ein zugelassenes Unternehmen einem anderen die gleiche Rechtsstellung missgönnt, sondern dass ein/e Konkurrent/in *ungleiche* Wettbewerbsvoraussetzungen verhindern möchte (*vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 01.02.1980, 13 A 1509/79, Juris Rn. 16 ff.*).

Dieser Willkürmaßstab verdichtet sich unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen zu grundrechtsrelevanten Wettbewerbsverwerfungen in besonders regulierten Märkten nach Ansicht der erkennenden Kammer im Falle des § 2 Abs. 7 PBefG zu einem Gebot einer systemgerechten Ausgestaltung der Wettbewerbsverhältnisse im Rahmen des behördlichen Ermessens, wenn andernfalls Verwerfungen im Wettbewerb drohen.

Der Taxenmarkt ist, wie dargelegt, stark reguliert. Taxenunternehmern/innen werden im öffentlichen Interesse zahlreiche Beschränkungen im Hinblick auf ihr Marktverhalten auferlegt. Es wäre in hohem Maße widersprüchlich 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 auf einem rechtfertigenden Grund (insbesondere der Unterschiedlichkeit der Dienstleistungen) beruht. Eine solche Situation stellte einerseits die

Rechtfertigung der gesetzlich gewählten Regulierung grundsätzlich in Frage. Andererseits erweist sich eine ungerechtfertigte Freistellung von ansonsten im Markt geltenden Zwängen nicht mehr als das, was der Gesetzgeber als *marktmanenten* Wettbewerb vorgesehen hat. Die Erprobungsgenehmigung dient der Erprobung neuer Verkehrsarten und nicht der Erprobung alternativer Regulierungsvarianten. Insofern ist festzuhalten, dass mit der Erprobungsgenehmigung weder Vor- noch Nachrang eines Unternehmers/einer Unternehmerin gewährt werden sollte.

Diesbezüglich können Taxenunternehmer/innen zur Absicherung ihrer schutzwürdigen Interessen verlangen, dass die Antragsgegnerin innerhalb ihres Ermessensspielraums hinsichtlich der Ausgestaltung der Genehmigung eine angemessene und zutreffende Ermittlung und Bewertung der wesentlichen (Wettbewerbs-)Verhältnisse vornimmt, diese zur Grundlage ihrer Entscheidung macht und eine systemgerechte Ausgestaltung des Marktverhaltens des Erprobungsverkehrs wählt, wenn diese geboten ist, um Verwerfungen im Markt zu verhindern.

- (c) Mit Blick auf das hiesige Verfahren hält es das Gericht für möglich, dass sich die Antragsgegnerin bei der Erprobungsgenehmigung – insbesondere indem sie jedenfalls *aktenkundig* keine tiefgehenden und nachprüfbaren Auswertungen des betroffenen Wettbewerbsverhältnisses vornahm – nicht hinreichend damit auseinandersetzte, ob und welche Überschneidungen zwischen Taxendienstleistungen und den Dienstleistungen der Beigeladenen bestehen und welche Wechselwirkungen auf Grund dessen zwischen dem Taxengewerbe und dem Fahrdienst der Beigeladenen bestehen könnten. Diese Vorfragen sind aber ganz entscheidend für die Frage, welche Marktverhaltensregelungen der Beigeladenen aufgegeben werden, um ihren Verkehr in seiner speziellen Gestalt sachgerecht in das System des Personenbeförderungsrechts einzufügen.

Das Gericht hält es insofern für denkbar, dass es sich bei dem Fahrdienst der Beigeladenen um einen solchen handelt, dessen Markt sich mit dem des Taxengewerbes in erheblichem Maße (und weitergehend als von der Antragsgegnerin angenommen) überschneidet, und insofern hinsichtlich der Ausgestaltung der Genehmigung ein (partielles) Ermessensdefizit zu verzeichnen ist.

Eine zureichende *Beurteilung und Bewertung* der Ähnlichkeit zwischen dem Verkehr der Beigeladenen und dem Taxenverkehr sowie der Austauschbarkeit der verschiedenen Beförderungsdienstleistungen ist wesentliche Grundlage für eine ermessensgerechte Entscheidung über das vorzuzugende Marktverhalten. Der Erprobungsverkehr ist in seiner Eigenart im Einzelfall zu betrachten und im Hinblick auf die Mobilitätsbedürfnisse, die er befriedigt, einer sachgerechten Regulierung zuzuführen, die seinem Wesen entspricht

und den Erprobungszweck würdigt, aber gleichzeitig verhindert, dass ungebührliche Vor- oder Nachteile zu bestehenden Verkehren geschaffen werden. Dabei kommt es letztendlich nicht auf eine *formale* Einordnung an, ob der Verkehr linienverkehrsähnlicher oder taxenverkehrsähnlicher ist. Die Frage ist, ob gegenüber dem Taxengewerbe – nur dies ist im Hinblick auf den Antragsteller von Interesse – wettbewerbliche Wechselwirkungen bestehen, die es gebieten, in der Ausgestaltung der Erprobungsgenehmigung den vom Gesetzgeber vorgegebenen Regulierungsansätzen betreffend das Taxengewerbe (vollständig oder mit Abweichungen) zur Geltung zu verhelfen.

Es wurde bereits oben dargelegt, dass dem Gericht nicht ersichtlich ist, worauf sich die Annahme, es würden (nur oder überwiegend) Nutzer/innen angesprochen, die zuvor Teilnehmer/innen des Individualverkehrs gewesen seien, stützt. Auch leuchtet dem Gericht die im hiesigen Verfahren wiederholt vorgetragene Linienverkehrsähnlichkeit nicht in einer Weise ein, dass ein Wettbewerbsverhältnis zum Taxengewerbe von vornherein als ausgeschlossen erscheint. Aus Sicht des Gerichts sind hier einige Fragen offen, die die Behörde als Vorfrage hätte beantworten müssen, um überhaupt die wettbewerblichen Wechselwirkungen prognostisch nachvollziehen zu können. Jedenfalls liegt es nicht auf der Hand, dass *MOIA* so linienverkehrsähnlich ist, dass es einer genaueren Betrachtung nicht bedurfte.

Aus Nutzersicht dürfte – was durch die Behörde im Einzelnen sachkundig zu ermitteln ist – der Nachteil des Linienverkehrs darin bestehen, dass man sich zu einer Haltestelle begeben muss und dann durch die Linie in den zu erreichenden Zielen beschränkt wird. Nutzer/innen können nur ein Ziel erreichen, dass auf der *festen*, ihnen vorgegebenen Linie liegt. (Regulatorisch ergibt sich die Streckenbindung aus dem gesetzlichen Erfordernis einer Verkehrsverbindung zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten, vgl. § 42 PBefG [*hierzu Saxinger in: Saxinger/Winnes, Recht d. öffentl. Personenverkehrs, 2. EL Oktober 2013, § 42 Rn. 12 ff.*]). Zwar kann auch mit dem öffentlichen Nahverkehr in Hamburg letztendlich (fast) jeder Punkt erreicht werden. Durch die starren Linien (das Verkehrsnetz) ergibt sich indes mitunter die Erforderlichkeit des Umsteigens, das mit Wartezeiten, Umwegen und Komfortverlusten verbunden ist. Gleichzeitig bedingt die nach fester Taktung erfolgende Linienbedienung (vgl. „regelmäßige“ Verkehrsverbindung, § 42 PBefG) bei gleichzeitiger Beförderungspflicht häufig, dass die Anzahl der mitfahrenden Fahrgäste die Anzahl der Sitzplätze übersteigt, woraus sich wiederum ein Komfortverlust ergibt. Überhaupt müssen Nutzer/innen das Fahrzeug mit einer Vielzahl von Personen teilen. Die festen Abfahrtszeiten erfordern zudem ein pünktliches Erscheinen an der Haltestelle.

Diese Nachteile hebt *MOIA* weitestgehend auf. Indem je nach Bedarf flexible Routen über die gebündelten Haltepunkte angesteuert werden, wird die räumliche Beschränkung des öffentlichen Busverkehrs komplett aufgehoben. Jeder Haltepunkt wird ohne Umsteigen erreichbar. Gleichzeitig hat jeder Fahrgast einen garantierten Sitzplatz, da eben on-demand Passagiere aufgenommen werden und bei Ausschöpfung der Kapazitäten ein anderes Fahrzeug über den Algorithmus gefunden werden kann. Zugleich lassen sich nicht einmal über die App die Haltepunkte als Netz anzeigen – die Haltestellenkarte betrachtet die Beigeladene als Geschäftsgeheimnis –, was aus Nutzersicht den Eindruck eines linienähnlichen Verkehrs weiter schmälern dürfte. Unterschiede zum Taxenverkehr ergeben sich hinsichtlich der Art der Beförderungsleistung dadurch, dass das Fahrzeug nicht auf Fahrgäste wartet, man sich an einen Haltepunkt begeben muss und dass das Fahrzeug geteilt wird.

Insofern stellt sich der Dienst für den Fahrgast bis auf die Bindung an Haltepunkte aber nicht wesentlich anders dar, als das Ride-Sharing von *mytaxi Match* oder *Hansa-Taxi*, welches (auch nach Ansicht der Antragsgegnerin) Taxenverkehr darstellt. Dass ein Fahrzeug von A nach B eine Linie fährt, liegt in der Natur der Sache. *MOIA* hat fahrzeugbedingt lediglich eine höhere Platzkapazität. Dem Gericht ist auch nicht ersichtlich, dass *MOIA* als äquivalent zum Busverkehr des *HVV* wahrgenommen würde und nicht doch eher als „Sammeltaxi“.

Ob der Verkehr insbesondere die den markanten Unterschied bildende Bindung an virtuelle Haltepunkte als Einschränkung empfindet und ob dies eine mangelnde Austauschbarkeit von Taxendienstleistung und *MOIA*-Dienstleistung bedingt, ist aber vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen eine Frage der Gestaltung des Haltepunktenetzes, mit dem sich die Behörde bei der Genehmigungserteilung nicht beschäftigen konnte, da ihr die Übersicht über die virtuellen Haltepunkte noch gar nicht vorlag. Denn aus Sicht der Nutzer/innen dürfte es zum Beispiel keinen Unterschied machen, ob sie sich maximal 20 m in eine beliebige Richtung bewegen müssen, wohingegen sie einen erheblichen Fußweg, zum Beispiel 750 m, jedenfalls als gegenüber dem Taxi weit und unbequem empfinden dürften. Wo sich *MOIA* in diesem Spektrum einordnet, hängt nun ganz entscheidend von der Dichte ihrer virtuellen Haltepunkte ab. Definiert sie ihre Haltepunkte (je nach straßenverkehrsrechtlicher Zulässigkeit) alle 10 bis 30 m, stellt der Umstand eines Haltepunkts für den Verkehr möglicherweise überhaupt keinen beachtenswerten Umstand mehr dar. *MOIA* hat die Dichte ihrer Haltepunkte hinsichtlich des *geringstmöglichen* Abstands aber gar nicht zum Bestandteil ihres Konzepts gemacht. In einem Artikel des Volkswagen Magazins heißt es etwa: „Dass man als *MOIA* Fahrgast nach dem Aussteigen keine zehn Meter mehr gehen muss, um sein Ziel zu erreichen, erleben wir heute

zum wiederholten Mal: Seit einigen Stunden fahren wir mit dem Service kreuz und quer durch die Stadt, um das System und seine Nutzerfreundlichkeit zu testen. Zwar wird man in der Theorie nicht, wie von einem Taxi, genau bis zur Haustür gefahren. Doch die virtuelle Haltestelle, die der MOIA Algorithmus anhand des Fahrtziels auswählt, liegt häufig nur wenige Schritte vom Wunschziel entfernt [...] („Ein Chauffeur für alle“, Nadine Kaminski, abrufbar unter <https://live.volkswagen.com/de/MOIA.html>; zuletzt abgerufen am 15. April 2019). Hinzu kommt, dass auch Taxen nicht überall (wenn auch an mehr Punkten, als die Vorgaben der Genehmigung es MOIA erlauben) halten dürfen. Würde MOIA Haltepunkte tatsächlich in sehr engmaschiger Dichte bedienen, so wäre jedenfalls von einer ganz erheblichen Annäherung an die Konzeption des Gelegenheitsverkehrs nach Tür-zu-Tür-Prinzip auszugehen.

Die Genehmigung sieht in diesem Zusammenhang neben einer Anzeigepflicht der virtuellen Haltepunkte, vgl. Bedingung Nr. 1 und 2, und einer Möglichkeit der Streichung durch die Straßenverkehrsbehörde bei einer Beeinträchtigung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, vgl. Auflage Nr. 9, keine Möglichkeit vor, die Anzahl nach oben hin zu begrenzen, sodass MOIA jedenfalls rechtlich in der Lage wäre, ihr virtuelles Haltepunktenetz entsprechend zu verdichten. An dieser Stelle sei freilich angemerkt, dass MOIA im hiesigen Verfahren sehr stark ihr Corner-to-Corner Prinzip betont hat, sodass diese Problematik auf einfachem Wege durch Vorgabe maximaler Haltepunktanzahlen/ Mindestabstände nach Kontrolle der Karte virtueller Haltepunkte zu lösen wäre.

Zugleich ist für die Frage der Austauschbarkeit der Beförderungsleistungen eine realistische Vorstellung von der (jedenfalls prognostizierten) Funktionsweise des Sharing (jedenfalls bei vollständiger Etablierung des Erprobungsverkehrs) zu bilden. Es dürfte einen erheblichen Unterschied machen, ob die Möglichkeit besteht, dass auf dem Weg eines Fahrgastes fünf weitere Aufträge bedient werden oder aber nur einer. Bei einer Haltezeit von im Schnitt 30 Sekunden und hinzutretenden Umwegen verliert der Fahrgast bei einer hohen Sharing-Quote mehr Zeit, was die Beförderungsleistung gegenüber dem Taxengewerbe in der Tat weniger komfortabel machte. Je nach geplanter Ausgestaltung könnte der Dienst aus Sicht der Nutzer/innen dann tatsächlich eher weit vom Gelegenheitsverkehr mit Taxen (und auch dem Sharing mit Taxen mit in der Regel nur 4 Plätzen und hierdurch bedingter geringerer Sharing-Quote) entfernt oder aber ihm sehr angenähert sein.

Sofern demgegenüber angeführt wurde, die lückenlose Bedienung von Kundenaufträgen rund um die Uhr von jedem Fahrtziel in Hamburg sei ein unverzichtbarer Vorteil des Taxenverkehrs, so vermag das Gericht diese Abgrenzung auf Grundlage der ihm vorgelegten Unterlagen nicht nachzuvollziehen. MOIA hat eine Genehmigung für das gesamte Stadtgebiet für einen Rund-um-die-Uhr-Betrieb erhalten und möchte mit 500 (später 1000)

Fahrzeugen auf dem Markt agieren. Wenn sie hier Beschränkungen vornimmt, dann aus Rentabilitätsgründen. Das Gericht gewann nach bisheriger Erkenntnislage jedenfalls den Eindruck, dass *MOIA* sehr wohl anstrebt, von einer großen Nutzergruppe, als ein verlässlicher und flächendeckender Dienst wahrgenommen zu werden.

Die erkennende Kammer hat auch Zweifel daran, ob die Beschränkung der Bestellmöglichkeit auf Apps eine hinreichende Abgrenzung neuer Fahrdienste zum Taxengewerbe ermöglicht (vgl. *VG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2018, 5 E 4748/18, BeckRS 2018, 40419, Rn. 96 ff.*). Die Antragsgegnerin hat insofern ausgeführt, dass die anderweitige Annahme von Fahrgästen dem Taxenverkehr vorbehalten sei. Dabei wäre insbesondere anhand der Zielgruppe (und deren Smartphone-Durchdringung) zu überlegen, ob dies einen wahrnehmbaren Unterschied darstellt. Insofern stellt sich nicht allein die Frage, wie viele Menschen aktuell bei einer Auswahl von Wahlmöglichkeiten Fahrdienste über Apps buchen, sondern wie hinderlich beziehungsweise anders sich für sie die Beschränkung auf eine einzige Möglichkeit darstellt. Insbesondere dürfte es kaum einen Unterschied machen, mit dem Handy eine Funkzentrale anzurufen oder eine Eingabe in der App zu machen. Dabei wäre auch zu bedenken, dass *MOIA* selbst davon ausgeht, die große Gruppe der Individualverkehrsteilnehmer/innen erfolgreich ansprechen zu können. Warum gerade diese Gruppe eine Affinität zu Apps haben sollte, die sich von derjenigen der Gruppe der bisherigen Taxenkunden/innen unterscheidet, ist nicht ersichtlich.

Je nach Ergebnis einer solchen Bewertung wären insbesondere folgende Regelungen der Genehmigung in den Blick zu nehmen:

Problematisch könnte sich zum einen der Umstand erweisen, dass die Beigeladene sich dauerhaft an jedem beliebigen (straßenverkehrsrechtlich zulässigen) Ort im öffentlichen Verkehrsraum bereithalten darf, da sie anders als Mietwagen im Pooling-Shuttle nicht an eine Rückkehrpflicht gebunden ist. Andererseits ist sie aber auch nicht an das Gebot gebunden, sich nur an Taxenständen bereitzuhalten, sodass ihre Fahrzeuge sich im Ergebnis überall bereithalten könnten (oder einfach dauerhaft in Bewegung bleiben). Abgesehen davon, dass dieser Umstand Fragen der Parkraumverteilung und Verkehrssteuerung berühren könnte – auf die sich der Antragsteller nicht berufen kann – wären doch aber mit Blick auf die gegenüber dem Taxenverkehr weitergehenden Möglichkeiten des Bereithaltens weitere Überlegungen anzustellen. Hierbei darf natürlich nicht außer Acht gelassen werden, dass Fahrgäste *MOIA*-Fahrer nicht auf der Straße ansprechen dürfen. Nichtsdestoweniger könnte je nach Funktionsweise der App eine fast zeitgenaue Abgabe einer Buchung bei Sichtung eines freien *MOIA* Fahrzeugs möglich sein.

Dabei unterliegt *MOIA* keiner Beförderungspflicht, sondern darf Fahrgäste diskriminierungsfrei nach objektiven Bedingungen ablehnen. Dabei ist indes völlig unklar, was das für Bedingungen sein sollen. Hier wäre zumindest mit Blick auf die sorgfältig ermittelten Überschneidungen mit dem Markt für Taxendienstleistungen zu hinterfragen, ob es sich um Bedingungen handelt, die eine Frage der Realisierbarkeit des Poolings absichern, oder um solche Kriterien, die allein aus Gründen der Rentabilität oder der Abgelegenheit des Zielortes gegen eine Beförderung sprechen. Diesbezüglich wäre dann weitergehend zu überdenken, ob eine Beförderungspflicht oder zumindest die Legalisierung *bestimmter* objektiver Ablehnungsbedingungen angebracht sein könnte.

Zuletzt dürften sich die Fragen des Entgelts als in wesentlichem Umfang wettbewerbsrelevant darstellen. Das Taxengewerbe arbeitet gemeinhin und so grundsätzlich auch in Hamburg nach gesetzlich gebundenen Preisen. Kommt der Fahrdienst *MOIA* dem Taxenverkehr durch eine hohe Haltepunktedichte bei gleichzeitig niedriger Sharing-Quote sehr nahe, könnte sich die Frage stellen, wo dann noch der Unterschied zu geteilten Taxifahrten besteht. Taxen unterliegen nämlich auch im Sharing-Verkehr grundsätzlich einem festgesetzten Tarif. Sofern die Antragsgegnerin nunmehr dem Ride-Sharing des Taxengewerbes bei Nutzung von *mytaxi Match* ebenfalls Abweichungen von der Tarifbindung ermöglicht hat, gebietet diese Sachverhaltskonstellation vertiefter Beleuchtung, ob dies zu einer gleichheitsgerechten Ausgestaltung führen kann. Denn es stellt sich in der Tat die Frage, ob es sich hierbei überhaupt um eine rechtmäßige Praxis handelt. Zwar ist die Intention einer Anpassung der Wettbewerbsfähigkeit von Taxen grundsätzlich gerade mit Blick auf die neuen Beförderungsarten nachvollziehbar, auch um (rechtliche) Konflikte zwischen den Verkehrsarten von vornherein auszuschließen. Es stellt sich aber die Frage, ob das Instrument der *Sondervereinbarungen* hierfür ein geeignetes ist. So hat die Behörde nämlich für eine noch nicht definierte und unbestimmte Anzahl von Kunden – die grundsätzlich der Gesamtheit gewerblicher Kunden und *Verbraucher* als Nachfrager von Personenbeförderungsdienstleistungen entsprechen könnte – abweichende Tarifbedingungen gestattet, die möglicherweise abstrakt-generell in der Taxenordnung oder auf Grundlage von § 2 Abs. 11 TaxenO und nicht im Wege der Genehmigung von Sondervereinbarungen auf Grundlage von §§ 51 Abs. 2 PBefG, 2 Abs. 10 TaxenO zu treffen wären. Insbesondere ist die vertragliche Konstruktion fraglich, da die Sondervereinbarung – in der Sondervereinbarung selbst dann bezeichnenderweise auch „*Sondervereinbarung mit der Stadt Hamburg*“ genannt – in der Weise geschlossen wird, dass sie im Rahmen von *AGB* mit *jedem/r mytaxi* App-Nutzer/in vereinbart wird.

Dabei betont die erkennende Kammer, dass die Frage des hier bejahten Drittschutzes das vom Gesetzgeber in § 2 Abs. 7 PBefG eingeräumte Ermessen nicht verkennt oder

gar abschafft. Die Bejahung oder Verneinung von Drittschutz verändert nicht grundsätzlich die Art, wie die Behörde ihr Ermessen von Amts wegen ausüben muss – nämlich stets rechtmäßig.

- bb. Nichts anderes gilt hier **ausnahmsweise** für die der Beigeladenen erteilte Mietwagengenehmigung, da es sich insofern um einen unselbständigen Bestandteil der einheitlichen Beförderungsdienstleistung *MOIA* handeln dürfte, die dann als einheitlicher Sachverhalt nach vorstehenden Grundsätzen zu behandeln wäre.

Dafür spricht neben dem Umstand, dass die Beigeladene dieselben Fahrzeuge über dieselbe App für ihren einheitlich benannten Service *MOIA* einsetzen möchte, das konzeptionelle Selbstverständnis der Beigeladenen, die in ihrer Stellungnahme im Anhörungsverfahren ausführt, *das MOIA-Konzept bestehend aus dem Pooling-Shuttle und dem Exklusiv-Shuttle sei ein vollständig neues Mobilitätsangebot*. Im Rahmen der Ausgestaltung der Erprobungsgenehmigung ist notwendigerweise auf die Verquickung von Pooling- und Exklusiv-Shuttle einzugehen, da diese in erheblicher Weise den Service prägen könnte.

In diesem Zusammenhang erscheint es insbesondere möglich, dass die Genehmigung unter Verwerfung der gesetzlich intendierten Abgrenzung von Mietwagen- und Taxenverkehr die Rückkehrpflicht ad absurdum führt, indem aus dem Mietwagenverkehr Aufträge für die Exklusiv- und die *Pooling-Shuttle-Variante* angenommen werden dürfen, wobei der eingesetzte Algorithmus – in völliger Abkehr von der bisherigen Vorstellung von Mietwagenverkehren – dafür sorgen könnte, dass Fahrzeuge stets in Bewegung bleiben (*vgl. in diesem Zusammenhang die Angaben eines MOIA Fahrers in dem Artikel „Fahrer kritisiert Moia: „Man fühlt sich wie eine Maschine“, Andreas Schinkel, Hannoversche Allgemeine, abrufbar unter <http://www.haz.de/Hannover/Aus-der-Stadt/Befoerderungsdienst-in-Hannover-Moia-Fahrer-kritisiert-Arbeitsbedingungen-bei-dem-VW-Tochterunternehmen>, zuletzt abgerufen 12.04.2019*). Insofern stellt sich auch die Frage, ob Beförderungsaufträge nach dem der Genehmigung zugrunde liegenden Mobilitätskonzept überhaupt am Betriebsitz eingehen können, vgl. § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG. Zwar heißt es in der Begründung des Bescheides zur Auflage Nr. 12, für den Mietwagenverkehr gelte die Rückkehrpflicht unbeschränkt. Hiervon dürfte die Genehmigung aber jedenfalls durch die Möglichkeit, aus dem Mietwagenverkehr einen Auftrag des Erprobungsverkehrs anzunehmen befreien, da für diesen nicht rechtlich festgelegt und auch in tatsächlicher Hinsicht nicht ersichtlich ist, dass die Aufträge gerade am Betriebsitz eingehen. In dieser Weise legalisiert die Genehmigung ein Marktverhalten, das normalerweise mittels wettbewerblichen Rechtsschutzes justiziabel wäre, ohne dass für reguläre Mietwagenverkehre auch nur ein gesetzlicher Befreiungstatbestand bestünde. Dies veranschaulicht die zuvor festgestellte

Verquickung beider Verkehrsarten, die dazu führt, dass es sich nicht um eine reine Mietwagengenehmigung handelt.

- cc. Diesem Ergebnis zum Drittschutz des Antragstellers steht auch, anders als die Beigeladene meint, nicht entgegen, dass ihr wegen Art. 12 GG ein Anspruch auf die Genehmigung zustehe. Die Beigeladene versucht argumentativ einen Gegensatz zwischen Drittschutz und ihrem Genehmigungsanspruch herzustellen, der in dieser Intensität schon nicht besteht.

Die Beigeladene hat – dies dürfte nicht ernstlich streitig sein – selbstverständlich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Gewährung einer Erprobungsverkehrsgenehmigung, der sich insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG zu einem gebundenen Genehmigungsanspruch verdichten kann – wenn die Voraussetzungen vorliegen.

Eine rechtmäßige Genehmigung kann aber auch bei Bestehen von subjektiven Klagerchten selbstredend vor den Verwaltungsgerichten nicht mit Erfolg angegriffen werden. Durch die Gewährung von Drittschutz vergrößert sich gegebenenfalls das Risiko, überhaupt unfreiwillig in einen Rechtsstreit verwickelt zu werden. Dies kann aber einerseits ungeachtet einer letztendlich vom Gericht bejahten Betroffenheit subjektiver Rechte geschehen. Andererseits sind die Nachteile wohl kaum mit der *Negation eines Anspruchs* gleichzusetzen.

Sofern es das Eilverfahren und die aufschiebende Wirkung betrifft, kann den wirtschaftlichen Interessen durch Anordnung des Sofortvollzuges Rechnung getragen werden, vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Alt. 2 VwGO. Prozessual stehen dem Genehmigungsinhaber zudem mit Blick auf die sofortige Vollziehbarkeit prozessuale Möglichkeiten nach § 80a VwGO zu.

Kommt es zu einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und stellt sich die Genehmigung nach summarischer Prüfung als offensichtlich – das heißt ohne Beweisaufnahme aufklärbar – rechtmäßig heraus, wird es auch bei der sofortigen Vollziehbarkeit bleiben. Stellt sie sich indes als offensichtlich rechtswidrig und dabei rechtsverletzend heraus, gebietet auch Art. 12 GG keinen Schutz des Genehmigungsinhabers. Bleiben die Erfolgsaussichten offen, sind die vorgetragenen Argumente – ein möglicherweise rechtsmissbräuchliches Blockadeinteresse des/der Dritten, eine verzögerte Antragstellung, die zu erwartenden wirtschaftlichen Nachteile und die Betroffenheit von Grundrechtspositionen vom Gericht in die vorzunehmende Interessenabwägung einzustellen.

- b. Der Drittwiderspruch des Antragstellers ist zuletzt nicht deshalb unzulässig, weil ihm wegen Rechtsmissbrauchs das Rechtsschutzbedürfnis fehlt. Das Gericht vermag eine Rechtsmissbrauchsabsicht nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit festzustellen, zumal der Genehmigungsbehörde die aufgezeigte Möglichkeit der Anordnung einer sofortigen Vollziehung zusteht.
3. Der Hilfsantrag, über den wegen des Erfolgs des Hauptantrags zu entscheiden war, ist unzulässig. Die Verwaltungsgerichtsordnung gewährt in ausreichendem Umfang Rechtsschutz gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung – und zwar nach Ansicht der Kammer *ausschließlich* im Wege der §§ 80, 80a VwGO. Für einen vorbeugenden Unterlassungsrechtsschutz gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung besteht auch unter Berücksichtigung der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG kein Bedürfnis. Die vom Antragsteller – letztendlich auch mit dem Hilfsantrag – angestrebte Suspendierung der streitgegenständlichen Genehmigung wird durch den hiesigen Beschluss vollumfänglich gewährt. Sofern die Antragsgegnerin zukünftig den Sofortvollzug anordnet, kann er hiergegen unmittelbar Eilrechtsschutz beantragen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, Abs. 3, 155 Abs. 1 Satz 3, 159 S. 1 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO.

Larsen

Dr. Törber

Stößel



Für die Richtigkeit der Abschrift
Hamburg, den 17.04.2019

Timm
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt –
ohne Unterschrift gültig.