

A. Mandantenbegehren

Die Mandantin möchte die Aufhebung der der Firma Ingrid Elster erteilten Linienverkehrsgenehmigung erreichen. Sie möchte wissen, ob die Konkurrentin ihre Genehmigung (der Mandantin) noch angreifen kann.

B. Gutachten

I. Zulässigkeit der Klage

1. Rechtsweg

Der Rechtsweg gem. § 40 I VwGO ist eröffnet. Denn die streitentscheidenden Normen (hier § 13 II PersBefG) sind öffentliche rechtlicher Natur.

2. Statthafte Klageart

Statthafte Klageart ist die Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Var. 1 VwGO, da die Mandantin die Aufhebung der Linienverkehrsgenehmigung vom 01.02.2008, eines Verwaltungsaktes im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG, begehrt.

3. Klagebefugnis

Fraglich ist, ob die Mandantin gemäß § 42 Abs. 2 VwGO geltend machen kann, durch die Linienverkehrsgenehmigung vom 01.09.2017 in ihren Rechten verletzt zu sein. Dabei ist zu beachten, dass die Mandantin nicht Adressatin eines sie belastenden Verwaltungsaktes ist, sondern sich im Rahmen der Drittanfechtung gegen eine durch einen Verwaltungsakt erfolgende Begünstigung einer anderen Person wendet (Konkurrentenklage). Die Klagebefugnis setzt daher voraus, dass sie sich auf eine Vorschrift berufen kann, die ihr ein subjektiv-öffentliches Abwehrrecht vermitteln könnte. Ein solches Abwehrrecht kann sich vorrangig aus einfachgesetzlichen Vorschriften ergeben oder auch aus dem Grundgesetz. Eine Norm ist dann drittschützend, wenn sie ausschließlich oder jedenfalls neben dem allgemeinen Interesse zumindest auch dem Schutz von Individualinteressen zu dienen bestimmt ist und dieser Schutz nicht nur eine Reflexwirkung darstellt (sog. Schutznormtheorie).¹ Nach der Möglichkeits-
theorie genügt es dabei, wenn die Möglichkeit der vom Kläger behaupteten Rechts-

¹ Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Aufl., § 42 Rn. 78 und 83 ff.

verletzung besteht.² Die Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO ist daher bereits dann gegeben, wenn die Möglichkeit der Verletzung einer auch den Betroffenen schützenden Norm besteht.

Vorliegend kommt § 13 Abs. 2 Nr. 2 Personenbeförderungsgesetz (PBefG) als die Mandantin schützende Norm in Betracht. Aus dem Wortlaut der Vorschrift allein, der auf die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen abstellt, lässt sich ein Drittschutz wohl noch nicht herleiten. Zur Wahrung der öffentlichen Verkehrsinteressen im Sinne von § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG gehört es aber auch, dass nicht mehreren Unternehmen für denselben Verkehr parallel zueinander eine Linienverkehrsgenehmigung erteilt wird.³ Das gilt jedenfalls dann, wenn davon auszugehen ist, dass eine annähernd kostendeckende Bedienung der Linie nur durch einen Unternehmer erfolgen kann und eine Konkurrenz zu einem ruinösen Wettbewerb führen muss, da sonst eine sachgerechte Verkehrsbedienung gefährdet wäre.⁴ Das öffentliche Verkehrsinteresse fällt damit in solchen Fällen mit dem privaten Interesse des vorhandenen Verkehrsunternehmers am Schutz vor Konkurrenz zusammen, wodurch § 13 Abs. 2 PBefG für den Inhaber einer Linienverkehrsgenehmigung drittschützend wird.⁵ Da die genehmigten Linien der Mandantin und der Firma Ingrid Elster in nicht unerheblichen Teilen parallel verlaufen, erscheint eine Verletzung der Rechte der Mandantin zumindest als möglich.

4. Vorverfahren

Das Vorverfahren wurde durchgeführt. Die Mandantin hat gegen die Linienverkehrsgenehmigung vom 01.09.2017 rechtzeitig am 11.09.2017 Widerspruch eingelegt, der mit Widerspruchsbescheid vom 15.12.2017 beschieden worden ist.

5. Klagefrist

Die Klage dürfte auch fristgemäß erhoben werden können. Die einmonatige Klagefrist des § 74 Abs. 1 VwGO ist nach § 58 Abs. 1 VwGO nicht in Lauf gesetzt worden, weil

² Kopp/Schenke, a.a.O., § 42 Rn. 66 m.w.N.; BVerwG, Beschluss vom 21.01.1993, 4 B 206/92, NVwZ 1993, 884.

³ BVerwG, Urteil vom 06.04.2000, 3 C 6/99, NVwZ 2001, 322.

⁴ Vgl. BVerwG, Urteil vom 25.10.1968, VII C 90/66, BVerwGE 30, 347; Urteil vom 06.04.2000, a.a.O.

⁵ Zum Vorstehenden: VG Hamburg, Urteil vom 03.03.2005, 15 K 87/03.

die Rechtsbehelfsbelehrung im Widerspruchsbescheid vom 15.12.2017 unrichtig ist und damit die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO gilt.

Zwar ist die Rechtsbehelfsbelehrung nicht bereits deshalb unrichtig, weil für den Beginn der Frist auf die „Bekanntgabe“ und nicht auf die gemäß § 73 Abs. 3 Satz 1 VwGO erforderliche – und auch erfolgte – „Zustellung“ des Widerspruchsbescheides verwiesen wird. Fehlerhaft ist eine Rechtsbehelfsbelehrung nur dann, wenn sie die in § 58 Abs. 1 VwGO zwingend geforderten Mindestangaben nicht enthält oder wenn diesen Angaben ein unzutreffender oder irreführender Zusatz beigefügt ist, der sich generell eignet, die Einlegung des Rechtsbehelfs nennenswert zu erschweren, z.B. beim Kläger einen Irrtum über die formellen und materiellen Voraussetzungen des in Betracht kommenden Rechtsbehelfs hervorzurufen und ihn dadurch abzuhalten, einen Rechtsbehelf einzulegen bzw. ihn rechtzeitig einzulegen.⁶ § 58 Abs. 1 VwGO erfordert für den Inhalt der Rechtsbehelfsbelehrung nur eine Belehrung über den Rechtsbehelf, die Verwaltungsbehörde oder das Gericht, bei denen der Rechtsbehelf anzubringen ist, über den Sitz und schließlich über die einzuhaltende Frist. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist entschieden, dass es einer Belehrung über den Beginn der Widerspruchs- oder Klagefrist nicht bedarf.⁷ Der gesetzlich nicht vorgeschriebene Zusatz, die „Bekanntgabe“ des Widerspruchsbescheides setze die Klagefrist in Lauf, dürfte vorliegend weder unzutreffend noch irreführend sein. Der Widerspruchsbescheid wurde hier in der besonderen Form der Zustellung mit Postzustellungsurkunde (§ 3 VwZG) bekanntgegeben. Die „Bekanntgabe“, die den Fristenlauf auslöst, besteht dabei gerade in der Zustellung. Die Belehrung, die Klagefrist beginne mit Bekanntgabe (statt Zustellung) des Widerspruchsbescheides zu laufen, kann damit bei Zustellung mit Postzustellungsurkunde keinen Irrtum des Adressaten über den Beginn der Rechtsbehelfsfrist hervorrufen und dadurch die rechtzeitige Klageerhebung erschweren.⁸

(Hinweis: Die gegenteilige Auffassung⁹ dürfte schwerer zu begründen sein. Die Kommentierung in Kopp/Schenke verweist für diese Auffassung ohne nähere Erläuterung auf eine Entscheidung des OVG Münster¹⁰, in welcher allerdings ein zuzustellender Verwaltungsakt durch Einschreiben nach § 4 VwZG zugestellt wurde, so dass

⁶ Vgl. Kopp/Schenke, a.a.O., § 58 Rn. 10 und 12 m.w.N.; BVerwG, Urteil vom 27.04.1990, 8 C 70/88, NJW 1991, 508 m.w.N.

⁷ BVerwG, Beschluss vom 05.05.1999, 8 B 16/99, zit. nach Juris, m.w.N.; vgl. Kopp/Schenke, a.a.O., § 58 Rn. 11.

⁸ Zum Vorstehenden: BVerwG, Urteil vom 27.04.1990, a.a.O., m.w.N.

⁹ Kopp/Schenke, a.a.O., § 58 Rn. 12.

¹⁰ OVG Münster, Urteil vom 25.02.2000, 14 A 4921/99, NVwZ 2001, 212.

der in der dortigen Rechtsbehelfsbelehrung als Zeitpunkt des Fristbeginns bezeichnete „Zugang“ und die Zustellung des Bescheides tatsächlich auseinanderfallen konnten.)

Die Rechtsbehelfsbelehrung dürfte aber deshalb unrichtig sein, weil sie die nach § 58 Abs. 1 VwGO ebenfalls nicht zwingend erforderliche Angabe¹¹ enthält, die Klage müsse schriftlich eingelegt werden, ohne Hinweis auf die Möglichkeit einer Einlegung auch zur Niederschrift.¹² Die Rechtsbehelfsbelehrung ist insoweit unvollständig und auch irreführend. Die Formulierung im Widerspruchsbescheid vom 06.05.2008: "Gegen diesen Bescheid kann [...] schriftlich Klage erhoben werden", widerspricht dem Gesetz. Nach § 81 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist die Klage schriftlich zu erheben; gemäß § 81 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann sie bei dem Verwaltungsgericht auch zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Verweisung allein auf die schriftliche Klageerhebung ist deshalb geeignet, bei dem Adressaten der Belehrung einen Irrtum herbeizurufen und ihm die Rechtsverfolgung zu erschweren. Es erscheint nämlich grundsätzlich denkbar, dass ihn die Einschränkung, die Klage schriftlich zu erheben, überfordert und er die mit Kosten verbundene Inanspruchnahme eines Rechtsbeistandes ablehnt und deshalb von der Klageerhebung absieht.¹³ Aus diesen Gründen dürfte die Klageerhebung gemäß **§ 58 Abs 2 Satz 1 VwGO** noch innerhalb eines Jahres seit Zustellung des Widerspruchsbescheides mit Postzustellungsurkunde am 18.12.2018 zulässig sein.

(Hinweis: Soweit die Bearbeiter entgegen der hier vertretenen Auffassung von einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung ausgehen, wäre aber wohl die **Wiedereinsetzung in die versäumte Klagefrist** zu gewähren. Nach § 60 Abs. 1 VwGO ist auf Antrag Wiedereinsetzung zu gewähren, wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten. Verschulden liegt vor, wenn der Beteiligte hinsichtlich der Wahrung der von ihm einzuhaltenden Frist diejenige Sorgfalt außer Acht lässt, die für einen gewissenhaften und seine Rechte und Pflichten sachgemäß wahrnehmenden Kläger geboten und ihm nach den konkreten Umständen auch zumutbar war.¹⁴ Vorliegend war der alleinige Geschäftsführer der Mandantin, was nicht vorhersehbar war, am 12.01.2018 vor Ablauf eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheides ins Krankenhaus gekommen und dort bis zum 19.01.2018 verblieben. Er dürfte aufgrund der Einnahme von Medikamenten auch nach der Operation derart beeinträchtigt gewesen sein, dass ihm eine Klageerhebung vor seiner Entlassung nicht zuzumuten war. Auch die Voraussetzungen an den Wiedereinsetzungsantrag gemäß § 60 Abs. 2 VwGO dürften vorliegen: Der Antrag kann binnen

¹¹ BVerwG, Urteil vom 13.12.1978, 6 C 77/78, BVerwGE 57, 188.

¹² Kopp/Schenke, a.a.O., § 58 Rn. 12.

¹³ BVerwG, Urteil vom 13.12.1978, a.a.O.

¹⁴ Kopp/Schenke, a.a.O., § 60 Rn. 9 m.w.N.

zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses am 19.01.2018 gestellt und die genannten Wiedereinsetzungsgründe müssten vorgetragen und glaubhaft gemacht werden (§ 294 ZPO).

6. Beteiligungsfähigkeit

Die Beteiligtenfähigkeit der Mandantin folgt aus § 61 Nr. 1 VwGO. Es handelt sich bei ihr um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die eine juristische Person des Privatrechts ist (§ 13 GmbHG). Die Freie und Hansestadt Hamburg ist ebenfalls gemäß § 61 Nr.1 VwGO als juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligtenfähig.

Anmerkung: Soweit die Bearb. hier bereits die Beteiligtenfähigkeit der Firma Ingrid Elster erörtern, dürfte nach § 17 Abs. 2 HGB Frau Ingrid Elster als natürliche Person oder handelnd unter ihrer Firma zu beteiligen sein. Es dürfte allerdings nicht notwendig sein, diese Frage hier zu thematisieren, da insoweit zwar eine Beiladung (§ 65 VwGO) in Betracht kommt, dies aber keine Zulässigkeitsvoraussetzung der Drittanfechtungsklage darstellt.

7. Zuständiges Verwaltungsgericht

Die örtliche Zuständigkeit des VG Hamburg folgt für die Bearbeitung des Falles bereits ausdrücklich aus dem Bearbeitervermerk.

8. Passive Prozessführungsbefugnis

Passiv prozessführungsbefugt und richtiger Klagegegner ist hier nach dem Rechtsträgerprinzip aus § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO die Freie und Hansestadt Hamburg.

Die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen dürften unproblematisch erfüllt sein.

II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn die angegriffenen Bescheide (vom 01.09. und 15.12.2017) rechtswidrig sind und die Mandantin dadurch in ihren Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Eine Verletzung der Mandantin in eigenen Rechten würde dann vorliegen, wenn ihr ein Abwehranspruch nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG zusteht. Dies dürfte voraussetzen, dass sie selbst Inhaberin einer rechtmäßig erteilten Linienverkehrsgenehmigung ist (1.) und die der Firma Ingrid Elster erteilte Linienverkehrsgenehmigung insoweit rechtswidrig ist (2.).

(Hinweis: 1. Grundsätzlich könnten die im Folgenden unter Nr. 1 abgehandelte Frage, ob die Mandantin Inhaberin einer rechtmäßigen Linienverkehrsgenehmigung ist, dahingestellt bleiben, jedenfalls solange die Genehmigung noch nicht angegriffen und damit wirksam ist. Denn jeder erlassene, nicht angegriffene oder bestandskräftige Verwaltungsakt erzeugt, auch wenn er rechtswidrig ist, Bindungswirkungen gegenüber sonstigen Personen, Behörden und Beteiligten¹⁵. Die Mandantin könnte sich also im Rahmen der Prüfung des § 13 Abs. 2 PBefG einfach darauf berufen, sie sei im Besitze einer Linienverkehrsgenehmigung. Die Bearbeiter müssen aber beachten, dass es auf die Rechtmäßigkeit der der Mandantin erteilten Linienverkehrsgenehmigung dann ankommen kann, wenn die Fa. Elster die laut Sachverhalt noch nicht bestandskräftige Linienverkehrsgenehmigung ihrerseits mit einem Rechtsbehelf angreift. Bei einem möglichen Rechtsstreit vor dem Verwaltungsgericht würde sich in diesem Falle dann die Frage stellen, ob die Mandantin wirklich „Linienverkehr“ betreibt und ob die der Mandantin erteilte Genehmigung rechtmäßig ist. Insofern ist es also aus Anwaltssicht im Rahmen der Begutachtung zumindest zweckmäßig, auch auf die Frage der Rechtmäßigkeit der zugunsten der Mandantin erteilten Linienverkehrsgenehmigung einzugehen.

2. Der hier zugrunde gelegte Aufbau, der der Entscheidung des VG Hamburg vom 03.03.2005 folgt, ist nicht zwingend. Ebenso kann zunächst die Frage erörtert werden, ob eine Voraussetzung nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG nicht erfüllt ist, und dann anschließend die Voraussetzungen einer Rechtsverletzung der Mandantin geprüft werden.)

1. Rechtmäßige Linienverkehrsgenehmigung der Mandantin

§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG dürfte die vorhandenen Verkehrsunternehmer insoweit vor Konkurrenz schützen, dass aus einer rechtmäßig erteilten Linienverkehrsgenehmigung ein auf dieser Vorschrift beruhender Abwehranspruch des Inhabers einer solchen Genehmigung folgt.¹⁶ Der Mandantin dürfte ein solcher Abwehranspruch zustehen.

Die Mandantin ist seit 1997 Inhaberin von Linienverkehrsgenehmigungen, die rechtmäßig erteilt worden und im Übrigen inzwischen bestandskräftig sein dürften. Der Rechtmäßigkeit insbesondere der zuletzt erteilten und noch gültigen Genehmigung der Mandantin vom 02.10.2015 dürfte auch nicht entgegenstehen, dass für Stadtrundfahrten Linienverkehrsgenehmigungen nicht erteilt werden dürfen. Der linienmäßig organisierte Stadtrundfahrt-Verkehr dürfte nach der hier vertretenen Auffassung dem Begriff des Linienverkehrs im Sinne von §§ 42, 13 Abs. 2 PBefG unterfallen. Nach § 42 PBefG ist Linienverkehr eine zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten

¹⁵ Vgl. zur Tatbestandswirkung von Verwaltungsakten Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl, § 43 Rnr. 16 ff.

¹⁶ VG Hamburg, Urteil vom 03.03.2005, 15 K 87/03.

einggerichtete regelmäßige Verkehrsverbindung, auf der Fahrgäste an bestimmten Haltestellen ein- und aussteigen können (Satz 1). Er setzt nicht voraus, dass ein Fahrplan besteht oder Zwischenhaltestellen eingerichtet sind (Satz 2). Die Eigenart des Linienverkehrs besteht in einer regelmäßigen Verkehrsverbindung zwischen bestimmten Ausgangs- und Endpunkten, die der Streckenbindung unterliegt.¹⁷ In diesen gesetzlichen Begriff des Linienverkehrs dürften auch Ringlinien einzubeziehen sein.¹⁸ Dass bei einer Rundfahrt Ausgangs- und Endpunkt zusammenfallen und die Fahrgäste die Linie möglicherweise auch auf Abschnitten benutzen dürfen, die diesen Punkt überschreiten, steht der Linieneigenschaft nicht entgegen.¹⁹

Abzugrenzen ist der Linienverkehr vom Ausflugsverkehr, insbesondere von den Ausflugsfahrten im Sinne von §§ 46 Abs. 2 Nr. 2, 48 PBefG. Gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 PBefG sind dies Fahrten, die der Unternehmer nach einem bestimmten, von ihm aufgestellten Plan und zu einem für alle Teilnehmer gleichen und gemeinsam verfolgten Ausflugszweck anbietet und ausführt. Der Fahrgast einer Ausflugsfahrt wird regelmäßig durch den Zweck der Fahrt und durch deren geplante Gestaltung zur Teilnahme an der Fahrt veranlasst.²⁰ Bei der Abgrenzung von Linien- und Gelegenheitsverkehr ist die Regelung in § 2 Abs. 6 PBefG entsprechend heranzuziehen. Danach können Beförderungen, die in besonders gelagerten Einzelfällen nicht alle Merkmale einer Verkehrsart oder Verkehrsform dieses Gesetzes erfüllen, nach denjenigen Vorschriften dieses Gesetzes genehmigt werden, denen diese Beförderungen am meisten entsprechen. Als Unterscheidungskriterien können daher Verkehrsmerkmale herangezogen werden, die die Einordnung als Linien- oder Gelegenheitsverkehr wesentlich prägen.²¹

Vorliegend dürften überwiegend prägende Merkmale des Linienverkehrs gegeben sein. Das in § 42 PBefG enthaltene Merkmal der regelmäßigen und zuverlässigen Verkehrsverbindung, die erlaubt, dass ein vorher nicht bestimmter Personenkreis an vorbestimmten Haltestellen ein- und aussteigen kann, dürfte prägender sein als ein gemeinsamer Fahrtzweck der Fahrgäste im Sinne von § 48 Abs. 1 Satz 1 PBefG.²² Dies entspricht auch dem in § 46 Abs. 1 PBefG bezeichneten Rangverhältnis, nach

¹⁷ Vgl. Fielitz/Grätz, Personenbeförderungsgesetz, Kommentar, Stand: Dez. 2007, § 42 Rn. 2.

¹⁸ So VG Hamburg, Urteil vom 03.03.2005, 15 K 87/03.

¹⁹ Ebenso OVG Hamburg, Beschluss vom 20.09.2004, 1 Bs 303/04 mit Verweis auf eine offenbar gegenteilige Ansicht des OVG Berlin, Beschluss vom 09.06.1988, OVG 1 S 39/88.

²⁰ Fielitz/Grätz, a.a.O., § 48 Rn. 2 m.w.N.

²¹ VG Hamburg, Urteil vom 03.03.2005, 15 K 87/03.

²² So VG Hamburg, Urteil vom 03.03.2005, 15 K 87/03; a.A. Fielitz/Grätz, a.a.O., § 48 Rn. 2.

welchem Gelegenheitsverkehr die Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen ist, die nicht Linienverkehr nach §§ 42 und 43 ist. Außerdem sind vielfältige Anlässe denkbar, aus denen Verkehrsmittel benutzt werden. So ist auch im Linienverkehr ein gemeinsamer Transportzweck denkbar, z. B. wenn eine Linie Einkaufszentren oder Freizeiteinrichtungen anfährt. Durch die Aufnahme von Sonderformen des Linienverkehrs in § 43 PBefG (u.a. Schülerfahrten, Marktfahrten) werden zweckgebundene Linienverkehre auch vom Gesetzgeber toleriert.²³ Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der gemeinsame touristische Transportzweck jedenfalls zum Teil in den Hintergrund gerät, als die Linie der Mandantin auch Fahrten zu Hotels ermöglicht und auch aus diesem Grund die Merkmale des Linienverkehrs nach § 42 PBefG überwiegen dürften.²⁴ Auch verfassungsmäßige Bedenken im Hinblick auf Art. 12 GG – der bei Annahme des Linienverkehrs anwendbare § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG schränkt die Berufsfreiheit ein – dürften nicht durchgreifen;²⁵ der Sachverhalt bietet für die Erörterung dieser Frage auch keinen Anlass.

(Hinweis: Bei entsprechender Argumentation dürfte die Auffassung, dass es sich bei den Stadtrundfahrten der Mandantin um Ausflugsfahrten im Sinne von §§ 46 Abs. 2 Nr. 2, 48 Abs. 1 PBefG handelt, ebenso vertretbar sein, indem vorrangig auf den gemeinsamen Transportzweck und auf ein Überwiegen des Erlebniswerts der Fahrt vor allgemeinen Beförderungsaufgaben abgestellt wird.²⁶ Der Prüfungsvermerk wäre dann hilfsgutachtlich fortzusetzen.)

2. Verletzung drittschützender Vorschriften durch rechtswidrige Linienverkehrsgenehmigung der Firma Ingrid Elster

Die Linienverkehrsgenehmigung vom 01.09.2017 dürfte aber wohl keine drittschützenden Vorschriften verletzen, die dem Schutz der Mandantin zu dienen bestimmt sind.

a) Die Versagungsgründe nach § 13 Abs. 2 Nr. 2a und 2b PBefG dürften im Ergebnis nicht vorliegen. Danach ist die Linienverkehrsgenehmigung zu versagen, wenn durch den beantragten Verkehr die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden,

²³ Zum Vorstehenden: VG Hamburg, Urteil vom 03.03.2005, 15 K 87/03.

²⁴ Mit der gleichen Tendenz auch OVG Hamburg, Urteil vom 22.09.2006, 1 Bf 162/05 hinsichtlich einer „Hotellinie“ der dortigen Klägerin, mit der ausschließlich Hotels bedient wurden.

²⁵ Vgl. VG Hamburg, Urteil vom 03.03.2005, 15 K 87/03; a.A. Fielitz/Grätz, a.a.O., § 43 Rn. 3, die allerdings schon die Verfassungsmäßigkeit des den Stadtrundfahrten ähnlichen Liniensonderverkehrs nach § 43 PBefG bezweifeln.

²⁶ Vgl. in diesem Sinne OVG Hamburg, Beschluss vom 20.09.2004, 1 Bs 303/04, NordÖR 2005, 43 (Ls.); Fielitz/Grätz, a.a.O., § 48 Rn. 2; offen gelassen in OVG Hamburg, Urteil vom 22.09.2006, 1 Bf 162/05 und in BVerwG, Beschluss vom 28.06.2007, 3 B 135/06.

insbesondere der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln nicht befriedigend bedient werden kann (Nr. 2a) oder der beantragte Verkehr ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmen bereits wahrnehmen (Nr. 2b).

Das öffentliche Verkehrsinteresse, welches verletzt sein könnte, liegt in dem Interesse der Stadt Hamburg, den Tourismus aus Gründen der Wirtschaftsförderung und Schaffung von Arbeitsplätzen mit Hilfe eines attraktiven Angebots an zeitgemäßen Stadtrundfahrten zu stärken²⁷ – soweit dieses öffentliche Verkehrsinteresse zugleich die Mandantin vor einer übermäßigen Konkurrenz schützt.

In Betracht kommt insoweit zunächst eine Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen durch Parallelverkehr von Stadtrundfahrten. Ein solcher Fall dürfte hier im Verhältnis zu der unter dem Aspekt der Verletzung eigener Rechte der Mandantin allein interessierenden Ringlinie aus der Genehmigung der Mandantin vom 02.07.2007 allerdings nicht vorliegen. Die Linienführung der Firma Ingrid Elster befriedigt einen Verkehr, der von der Linie der Mandantin nicht befriedigend bedient werden kann. Das Angebot der Firma Ingrid Elster dürfte dabei auch eine wesentliche Verbesserung des Angebotes an Stadtrundfahrten enthalten. Die Firma Ingrid Elster erschließt den Touristen anders als die Linie der Mandantin auch das Ufer der Außenalster auf einer Länge von 8 km mit seinen Bauten aus der Zeit um die Jahrhundertwende sowie die gesamte Vergnügungsmeile der Reeperbahn. Auch der Abstecher in die Speicherstadt verbreitert das touristische Angebot.

An der Erweiterung des touristischen Angebots ändert es auch nichts, dass die Rundfahrten der Mandantin und der Firma Ingrid Elster gemeinsam die Hauptsehenswürdigkeiten Hamburgs zeigen. Es dürfte auf der Hand liegen, dass nur Rundfahrten, die an den Hauptsehenswürdigkeiten vorbeiführen, touristisch interessant sind. Zudem kann die Vorschrift des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG einem vorhandenen Unternehmer kein Monopol in dem Sinne verleihen, dass er Stadtrundfahrten zu anderen als zu den von ihm angesteuerten Zielen verhindern kann.²⁸ Weiter dürfte eine Verbesserung der Verkehrsbedienung auch aus den – allerdings geringen – Unterschieden im

²⁷ Vgl. OVG Hamburg, Urteil vom 22.09.2006, 1 Bf 162/05.

²⁸ BVerwG, Beschluss vom 28.06.2007, 3 B 135/06.

Fahrplan sowie aus günstigeren Tarifen der Firma Ingrid Elster für Kinder und Schüler erwachsen können.

(Hinweis: Bei entsprechender Verwertung der im Sachverhalt angelegten Argumente dürfte es auch vertretbar sein, von unzulässigem Parallelverkehr auszugehen, der die Mandantin in ihren Rechten verletzt. In diesem Fall sollten in diesem Zusammenhang Kriterien entwickelt werden (z. B. Unterschiede in der Streckenführung, im Fahrplan und bei Fahrpreisen) und durch eine vernünftige Gewichtung in eine nachvollziehbare Lösung ihren Ausdruck finden.)

Eine Beeinträchtigung des öffentlichen Verkehrsinteresses durch eine wirtschaftliche Gefährdung der Mandantin dürfte ebenfalls ausscheiden. Es spricht nichts dafür, dass die Linie der Firma Ingrid Elster zu einem Überangebot an Rundfahrten mit der Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs und eines Verfalls der Qualität des Angebotes führen könnte. Insoweit ist die von der Mandantin eingeholte Prognose eines zu erwartenden Umsatzverlustes von 13 % nicht ausreichend. Auch wenn dieser Umsatzverlust aufgrund des Konkurrenzangebotes der Firma Ingrid Elster droht, belegt dies nicht die Gefahr eines ruinösen Wettbewerbs. Es dürfte nämlich nichts dafür sprechen, dass die Mandantin angesichts der Konkurrenz ihr Rundfahrtangebot nicht mehr wirtschaftlich aufrechterhalten könnte. Nach ihrem eigenen Vorbringen steigen die Touristenzahlen in Hamburg stetig an. Gleichzeitig hat sie angegeben, in den letzten fünf Jahren jährliche Umsatzsteigerungen von 15 % erzielt zu haben. Die Mandantin dürfte daher nicht in ihrem Vertrauen darauf verletzt sein, den ihr genehmigten Linienverkehr und die dafür von ihr getätigten Investitionen unbeeinträchtigt von der Konkurrenz anderer Stadtrundfahrten nutzen zu können. Insoweit muss sie die Konkurrenz der Firma Ingrid Elster hinnehmen.

b) Auch § 13 Abs. 2 Nr. 2c PBefG dürfte vorliegend nicht zur Rechtswidrigkeit der der Firma Ingrid Elster erteilten Genehmigung führen. Nach § 13 Abs. 2 Nr. 2c PBefG kann ein vorhandenes Unternehmen das zusätzliche Verkehrsangebot im Rahmen seines Ausgestaltungsrechts selbst erbringen. Die Versagung der Linienverkehrsgenehmigung unter diesem Gesichtspunkt dürfte nach dem Sachverhalt nicht in Betracht kommen. Die Mandantin hat bislang nicht die Möglichkeit genutzt, ihr Angebot so auszugestalten, dass sie auch die von der Firma Ingrid Elster angebotenen alternativen Streckenabschnitte bedient. Vielmehr hat sie es ausdrücklich – sowohl im Mandantengespräch als auch bereits im Anhörungsverfahren nach § 14 PBefG – ab-

gelehnt, ihre Ringlinie so auszugestalten, dass sie auch die zusätzlichen Strecken der Linie der Firma Ingrid Elster abdeckt.

c) Die öffentlichen Verkehrsinteressen nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 PBefG dürften auch außerhalb der in Buchst. a-c genannten Gründe nicht beeinträchtigt sein („insbesondere“), da insoweit keine weiteren Anhaltspunkte vorliegen.

d) Eine Rechtsverletzung der Mandantin dürfte schließlich auch nicht dann gegeben sein, wenn der Firma Ingrid Elster die angegriffene Linienverkehrsgenehmigung deshalb nicht hätte erteilt werden dürfen, weil diese ihre Stadtrundfahrten nicht im Wege des Linienverkehrs, sondern des Ausflugsverkehrs nach §§ 46 Abs. 2 Nr. 2, 48 PBefG durchführt – während die Ringlinie der Mandantin dem Linienverkehr zuzuordnen ist. Eine solche Differenzierung könnte deshalb in Betracht kommen, weil durch das Anfahren der Hotels mit der Linie der Mandantin der Beförderungszweck ein stärkeres Gewicht gegenüber dem Freizeitzweck erhält.²⁹ Allein die in diesem Falle gegebene Wahl der unrichtigen Rechtsform kann aber die Mandantin nicht in ihren Rechten verletzen.³⁰ Es besteht insoweit kein weitergehender Schutz als der, den § 13 Abs. 2 PBefG dem Linienverkehrsunternehmer gewährt.

Im Ergebnis dürfte daher nach der hier vertretenen Auffassung eine Verletzung rechtlich geschützter Interessen der Mandantin durch die der Firma Ingrid Elster erteilte Linienverkehrsgenehmigung vom 01.09.2017 ausscheiden.

C. Zweckmäßigkeitserwägungen

1. Die Bearbeiter, die entsprechend der hier favorisierten Lösung von der Unbegründetheit einer Anfechtungsklage ausgehen, dürften der Mandantin von einem weiteren Vorgehen gegen den Widerspruchsbescheid abraten. Gleiches gilt für die Bearbeiter, die die Klage bereits als unzulässig erachten. Entsprechend dem Begehren der Mandantin, keine unnötigen Kosten zu verursachen und die Zulassung der Firma Ingrid Elster zum Linienverkehr nicht lediglich hinauszuzögern, dürfte der Mandantin dann auch nicht zu raten sein, Klage zu erheben, um von der aufschiebenden Wirkung der Klage gem. § 80 Abs. 1 VwGO zu profitieren.

²⁹ Vgl. OVG Hamburg, Urteil vom 22.09.2006, 1 Bf 162/05.

³⁰ Vgl. OVG Hamburg, Urteil vom 22.09.2006, 1 Bf 162/05.

(Die Bearbeiter, die die Erfolgsaussichten der Klage bejahen, dürften eine Klageschrift an das nach dem Bearbeitervermerk zuständige Verwaltungsgericht Hamburg zu entwerfen haben. In die Klageschrift muss einen Sachantrag enthalten – Aufhebung der Genehmigung) sowie eine Anregung, die Firma Ingrid Elster beizuladen. Vorliegend dürfte es sich dabei um eine notwendige Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO handeln, da die Entscheidung gegenüber der Firma Ingrid Elster als Adressatin der angefochtenen Linienverkehrsgenehmigung vom 01.09.2017 nur einheitlich ergehen kann.³¹ Da die Beiladung von Amts wegen (§ 65 Abs. 1 VwGO) durch Beschluss des Gerichts erfolgt, reicht im anwaltlichen Schriftsatz eine Anregung aus.³²

2. Auskunft über die Angreifbarkeit der eigenen Genehmigung:

Die Genehmigung der Mandantin ist durch die Konkurrentin noch angreifbar. Die Widerspruchsfrist beginnt erst mit Bekanntgabe (§ 41 VwVfG) zu laufen. Diese ist noch nicht in Gang gesetzt worden. Deswegen sollte die Mandantin darüber informiert werden, dass durch entsprechenden Antrag bei der Behörde die Widerspruchsfrist durch eine Bekanntgabe an die Konkurrentin in Gang gesetzt werden soll, damit Rechtsklarheit und Bestandskraft der Genehmigung nach Ablauf der Frist eintreten kann. Ferner kann die Mandantin bei der Behörde die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Genehmigung beantragen, damit ihr Betrieb durch einen möglichen Widerspruch der Konkurrentin nicht behindert wird.

D: Praktischer Teil

Mandantenschreiben

Sehr geehrter Herr Müller,

nach der Durchsicht Ihrer Unterlagen empfehle ich Ihnen, von der Erhebung einer Klage gegen die Genehmigung der Konkurrentin Abstand zu nehmen. Denn diese wird nach meiner Einschätzung keine Aussicht auf Erfolg haben.

Zwar wäre ihre Klage zulässig. Sie sind klagebefugt, weil sie sich auf die Regelungen

³¹ Vgl. Kopp/Schenke, a.a.O., § 65 Rn. 17.

³² Vgl. Kopp/Schenke, a.a.O., § 65 Rn. 23.

des § 13 Nr.2. PersBefG stützen können, die Ihnen subjektive Rechte wie z.B. Schutz vor Konkurrenz verleihen. Die Klage ist auch nicht verfristet. Denn die Rechtbehelfsbelehrung ist irreführend. Der Fehler führt dazu, dass die Klagefrist nicht einen Monat, sondern ein Jahr beträgt. Zusätzlich besitzen Sie auch ein Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sollte ein Gericht der Ansicht sein, dass hier die kurze Klagefrist von einem Monat gelten sollte. Denn für die Fristversäumung fällt Ihnen kein Verschulden zur Last. Sie waren im Krankenhaus. Diesen Umstand können Sie auch glaubhaft machen.

Jedoch wäre Ihre Klage unbegründet. Denn die Genehmigung zugunsten Ihrer Konkurrentin verletzt Sie nicht in eigenen Rechten.

Insbesondere führt die Genehmigung der Konkurrentin nicht zu einem unzulässigen Parallelverkehr von Stadtrundfahrten. Denn im Vergleich zu Ihren Fahrten erweitert die Konkurrentin das vorhandene Angebot. Die Fahrten der Konkurrentin umfassen das Ufer der Außenalster sowie die gesamte Vergnügungsmeile der Reeperbahn und die Speicherstadt.

Eine wirtschaftliche Gefährdung durch das neue Angebot sowie ein ruinöser Wettbewerb dürften für Sie dadurch nicht entstehen. Zwar machen Sie einen zu erwartenden Umsatzverlust von ca. 13% geltend, der nach der Rechtsprechung für sich genommen nicht ausreicht, um eine Existenzgefährdung zu begründen. Dem gegenüber steht nach Ihren eigenen Angaben eine Umsatzsteigerung von 15 % in den letzten 5 Jahren. Darüber hinaus haben Sie bis jetzt die Möglichkeit nicht genutzt, Ihr Angebot so zu gestalten, dass Sie auch die von der Konkurrenz angebotenen Streckenabschnitte bedienen.

Unter diesen Umständen ist davon auszugehen sein, dass ein Gericht eine Verletzung Ihrer Rechte durch die Genehmigung der Konkurrentin verneinen wird. Die Kosten des Rechtsstreits werden Sie als unterlegene Partei tragen müssen. Ferner könnte ein Rechtsstreit Ihre Konkurrentin dazu veranlassen, Ihre Genehmigung anzugreifen. Denn Ihre Genehmigung ist noch angreifbar. Sie wurde nämlich der Konkurrentin noch nicht bekannt gegeben. Dies bedeutet, dass die Widerspruchsfrist noch nicht in Gang gesetzt worden ist. Diese Rechtsunsicherheit sollte umgehend beendet werden. Dies kann durch einen Antrag bei der Behörde geschehen, die Genehmigung der Konkurrenz bekannt zu geben. Gleichzeitig sollte beantragt werden, die sofortige Vollziehung der Genehmigung anzuordnen. Denn der Widerspruch der Konkurrentin wird die Vollziehbarkeit Ihrer Genehmigung hindern, wenn sie nicht für sofort vollziehbar erklärt wurde. Eine Einstellung des Betriebes aus diesen Gründen wird für Sie schwere Nachteile haben.

Deswegen bitte ich um Rückruf, um das weitere Vorgehen zu besprechen und festzulegen.

Mit freundlichen Grüßen
RA Unterschrift