

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

**Vorab per Telefax: 040 427 987 101**  
**Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht**  
**Lübeckertordamm 4**  
**20099 Hamburg**

Klaus Füßer  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Marcus Lau  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Sven Kreuter  
Rechtsanwalt

Janet Gresse  
Rechtsanwältin

Paul Ciosek  
Rechtsanwalt

Vincent Hoyer  
Rechtsanwalt

Tobias Meiser  
Rechtsanwalt

Leipzig, den 29. Mai 2019

Unser Zeichen: 00050-19/KF/nh/93702

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

beantragen wir

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

Zur

### **Begründung**

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

## I Zum Sachverhalt

In tatsächlicher Hinsicht ist zur Einführung von MOIA in Hamburg als „Versuch“ (nachstehend 1), der Wirkungen von MOIA auf das Taxengewerbe (unten II) und zu den während des laufenden Eilverfahrens gesammelten Erfahrungen mit MOIA (unten 3) Folgendes auszuführen:

### 1 MOIA in Hamburg als Versuch?

Das schon seit Ende 2017 in Hannover eingeführte und seitdem auch dort kontinuierlich erweiterte MOIA-Projekt<sup>1</sup> als „Versuch“ oder „Erprobung“ zur Fortentwicklung der öffentlich zugelassenen Mobilitätsdienste – vulgo: Personenbeförderungsdienstleistungen im Sinne des § 2 I PBefG – zu bezeichnen, ist falsch:

Wie aus den Verwaltungsvorgängen deutlich wird, hat nicht etwa die Antragsgegnerin – vielleicht sogar in Kooperation mit den Schwester-Genehmigungsbehörden in anderen Stadtstaaten, ggf. sogar koordiniert durch das zuständige Bundesministerium – einen Test initiiert, um durch einen geeigneten „Industriepartner“ die Funktionstüchtigkeit und Leistungsfähigkeit einer neuen Verkehrsform, etwa in Gestalt eines „Sammeltaxis“, gekoppelt mit einem alleine App-basierten Bestellmechanismus und dafür speziell konstruierten Fahrzeugen (zumal mit der Sensation eines ausschließlichen Elektroantriebs (!)) durchzuführen und hierbei Erkenntnisse zu gewinnen, die für eine Reform des bisher geltenden Personenbeförderungsrechts nützlich sein könnten oder sogar dürften.<sup>2</sup>

Der Sache nach geht es um breit angelegten und strategisch betriebenen Markteintritt mit einer neuen Personenbeförderungsdienstleistung durch ein VW-Tochterunternehmen, wie die Selbstdarstellung von MOIA zeigt:

*„Das ist MOIA*

*MOIA ist nicht einfach ein weiteres Verkehrsmittel. Wir entwickeln und bieten Mobilitätskonzepte an, die unsere*

<sup>1</sup> Vgl. nur die Berichterstattung in der Fachpresse:

<https://www.computerbild.de/artikel/cb-News-Connected-Car-Moia-VW-Fahrdienst-Elektro-Shuttles-Hamburg-Hannover-Gerichtsurteil-16803279.html>.

<sup>2</sup> Für einen solche Blick auf die ebenfalls nach § 2 VII PBefG genehmigte Erweiterung von MOIA auf 250 Taxen im Stadtgebiet in Hannover und die damit verbundenen „beschaffungsrechtlichen“ Implikationen vgl. nur OLG Celle, Beschl. v. 16.10.2018, 13 Verg 3 / 18, wobei das OLG einen Beschaffungsvorgang in Gestalt der Erteilung einer Dienstleistungskonzession verneint, den Streit zur Klärung des in der Sache inkludierten Unterlassungsbegehrens der Antragsteller gegen die Zulassung der Ausweitung von MOIA an die Verwaltungsgerichtsbarkeit verwiesen hat.

*Städte zu lebenswerteren, sichereren und schöneren Orten machen – für alle Menschen“,*

heißt es auf der Website des Unternehmens und die Erläuterung dazu lässt keine Zweifel, was damit gemeint sei:

*„MOIA gets things moving. Ab sofort. Und in Zukunft. In den kommenden Jahren wollen wir zu einem der führenden Anbieter für Mobilitätsdienstleistungen werden.*

*Unser Ridesharing-Service wird in vielen Städten zum Straßenalltag gehören. Aber MOIA will noch mehr: Wir möchten das gesamte Verkehrssystem verstehen und weitere Lösungen erarbeiten, die die Stadt zu einem schöneren, lebenswerteren und sichereren Ort machen – nicht nur für wohlhabende Menschen, sondern für alle. Deshalb arbeiten wir bereits heute gemeinsam mit der Volkswagen Group an neuen Fahrzeugkonzepten, intelligenten Algorithmen und an den Mobilitätskonzepten für das autonome Zeitalter.“<sup>3</sup>*

Vor diesem Hintergrund überrascht es auch nicht, sondern scheint – auch mit Blick auf die Konstruktion einer eigens dafür geschaffenen Fahrzeugflotte von extra dafür konzipierten Fahrzeugen – nur folgerichtig, dass der VW-Konzern als „global player“ sein Konzept zugleich gegenüber geeigneten Potentaten in Zentralafrika anpreist und sich diesen selbst als Partner für ein auf die Organisation von Mobilität bezogenes attraktives „leap-frogging“<sup>4</sup> andient, gleichsam direkt aus derzeit dort noch teils herrschenden mittelalterlichen Zuständen in die Mobilität der Postmoderne, mit passenden Angeboten von im Großmaßstab organisierten – industrialisierten – Mobilitätsdienstleistungen<sup>5</sup>.

Eben so wenig erstaunt es, dass die Beigeladene auf den erstinstanziellen Beschluss des Verwaltungsgericht mit der – im Rahmen eines auf die Erprobung eines Verkehrsmittels oder einer Verkehrsart beschränkten Verkehrsversuchs erstaunlichen, im Übrigen von der Antragsgegnerin komplett unkommentierten – Verlautbarung reagiert hat, mit nur 200 Fahrzeugen sei kein stadtweiter Service

---

<sup>3</sup> Vgl. – zugleich (und bei weiteren entsprechenden Zitaten in gleicher Weise) zur Glaubhaftmachung: Augenschein auf - <https://www.moia.io/de-DE/ueber-moia> .

<sup>4</sup> Zum Begriff als Konzept der Wissenschaftsgeschichte und für ökonomisch-technisch-wirtschaftsgeschichtliche Entwicklungssprünge erläuternd <https://de.wikipedia.org/wiki/Leapfrogging>, dort m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. nur [https://www.volkswagenag.com/de/news/2018/01/Volkswagen\\_Mobility\\_Solutions\\_Rwanda.html](https://www.volkswagenag.com/de/news/2018/01/Volkswagen_Mobility_Solutions_Rwanda.html).

möglich, das Einzugsgebiet müsse dann auf die innere Stadt beschränkt werden<sup>6</sup>.

Im Übrigen fällt auf: Weder die Erhebung von Daten zur Leistungsfähigkeit des Konzepts, dem eingetretenen räumlichen wie zeitlichen Umfang seiner Nutzung, zur Erhebung ökonomischer Parameter (Preisgestaltung etc.), zur Aufzeichnung der mit MOIA typischerweise verbundenen Schwierigkeiten (z.B. Dokumentation der Einhaltung der im Versuch auferlegten Restriktionen) noch die Erhebung von Daten zur den Wirkungen auf den sonstigen Verkehrsmarkt sind Gegenstand der der Beigeladenen als eingeschaltetem privaten Anbieter des Experiments auferlegten Nebenbestimmungen zur Datengewinnung und –übermittlung an die das Experiment verantwortenden Antragsgegnerin geworden. Ebenso wenig hat die Antragsgegnerin für die eigenständige wissenschaftliche und behördliche Begleitung des Experiments und die Auswertung der gewonnenen Befunde irgendwelche Vorkehrungen getroffen, etwa in Gestalt der sonst üblichen Kooperation mit geeigneten anerkannten Vertretern der Wissenschaft. Der „Versuch“ besteht im Wesentlichen darin, MOIA zunächst einmal über den gesetzlich längstmöglichen Zeitraum den machtvollen Marktzutritt zu erlauben. Dies passt gut zu dem im öffentlichen Raum jüngst zu vernehmenden Getöse, das Personenbeförderungsrecht sei bezogen auf neue Mobilitätsdienstleistungen dringend reformbedürftig bzw. entsprechende Regelungen seien längst überfällig<sup>7</sup>, nicht aber zu dem § 2 VII PBefG erkennbar eingeschriebenen Ansatz, neue Verkehrsmittel und -arten zunächst gründlich zu erproben, um sodann evtl. entsprechende Schritte für die Reform des Personenbeförderungsrechts wissenschaftlich begleitet vorzubereiten.

## 2 Wieviel Taxen substituiert ein MOIA-Fahrzeug?

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

---

<sup>6</sup> So in den Medien überall berichtet, vgl. z.B. <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Gericht-bremst-VW-Shuttle-Moia-aus,moia144.html>.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu nur jüngst <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/carsharing-verkehrsminister-scheuer-will-mobilitaetsdienste-per-gesetz-staerken/24005432.html?ticket=ST-4928627-zuTG2FmOrNlpbDsfdsW4-ap3>; interessant insofern auch der Beitrag von (bei der Beigeladenen tätigen) *Haack/Dathe* )ZRP 2019, 80 ff., insb. 85), die dort die im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD niedergelegten Reformbemühungen und jüngste Arbeitsentwürfe des zuständigen Bundesministeriums als zu halbherzig kritisieren.

„dass sich bis zu dieser Anzahl die vom Antragsteller während des laufenden Klageverfahrens ohne Wiederstellung der aufschiebenden Wirkung hinzunehmenden Nachteile auch im negativsten Fall noch in einem ihm vorübergehend zumutbaren Rahmen bewegen würden“<sup>8</sup>

und führt hierfür die Annahme an,

„dass ein (...) solcher erheblicher Umsatzrückgang erst ab einem Verhältnis von MOIA-Fahrzeugen zu Taxen von deutlich mehr als 5 zu 100 eintreten könnte“.<sup>9</sup>

Der Antragsteller hält dies für eine Milchmädchenrechnung:

Um das effektiv für seinen Betrieb sowie die andere Taxibetriebe umsatzmindernde Substitutionsrisiko durch den Marktzutritt von MOIA einzuschätzen, ist zunächst wichtig, dass die Beigeladene durch die verfahrensgegenständliche Genehmigung in ihrer Preisbildung nur bezogen auf die Nichtunterschreitung der einschlägigen Tarife des ÖPNV gebunden ist, ihre Fahrten hierbei wohl regelmäßig zu *deutlich* – aus der Sicht des Taxigewerbes: preisbrecherisch – günstigeren Bedingungen anbietet<sup>10</sup>; damit wird sich jedenfalls jeder potentielle – rational-ökonomisch disponierende, nicht spezifisch auf die spezifischen Vorzüge eines Taxi angewiesene und zugleich App-affine<sup>11</sup> – MOIA-Kunde „im Zweifel für MOIA“ entscheiden und damit eine potentielle Taxidienstleistung durch eine MOIA-Fahrt ersetzen.

Für die „ökonomische Substitutionsrelation Taxi durch MOIA“ (und den damit verbundenen Ausfall an Nachfrage für das Taxigewerbe) kommt es wegen des im Wesentlichen auf Basis der gefahrenen Fahrtstreckenlänge generierten Umsätze im Taxigewerbe auf die Pooling-Quote (wieviel Fahrgäste teilen sich die Fahrt), die durch den MOIA-Einsatz erreichte durchschnittliche Verkürzung der ansonsten pro Gast anfallenden Taxi-Fahrtstrecke und die vergleichende Verfügbarkeit und damit Zeitpräsenz eines MOIA-Fahrzeugs im Vergleich zu einem Taxi und den Anteil der sonst ein Taxi benutzenden Kunden unter den tatsächlichen MOIA-Kunden an (, im Unterschied zu anderen Kunden, die bspw. ihr eigenes KFZ (oder ein Fahrrad) stehen lassen, mit MOIA statt der S-Bahn fahren etc.). Wie diese Faktoren zu bestimmen sind, ist

<sup>8</sup> So VG Hamburg Beschl. v. 24.4.2019 – 5 E 1711/19, S. 15.

<sup>9</sup> VG Hamburg Beschl. v. 24.4.2019 – 5 E 1711/19, S. 15.

<sup>10</sup> Vgl. anekdotisch unter <https://www.dieklage.de/news.html> (Eintrag 13.5.2019, Neue Presse) berichtet.

<sup>11</sup> Vgl. dazu hellstichtig VG Hamburg (siehe Fn. 8), S. 11 mit Verweis auf den Clever-Shuttle-Beschluss derselben Kammer und die dortige ausführliche Darstellung).



eine empirische Frage (; dass sich die Antragsgegnerin im Rahmen des Versuchs nicht um ihre Beantwortung kümmert, ist – mindestens – bedauerlich und bezeichnend (vgl. oben I.2) zugleich). Auch der Antragsteller kann hierzu nur spekulieren. Es liegt aber auf der Hand, dass jedenfalls bei dem von der erteilten Genehmigung gedeckten „aggressiven“ Einsatz der MOIA-Flotte (= viel Zeitpräsenz pro eingesetztem MOIA-Fahrzeug) und hoher Pooling- und einer passenden - vom MOIA-Algorithmus schlaue errechneten – Quote der Verkürzung der kumulierten Fahrtrouten der transportierten Kunden die Substitutionsrelation deutlich über 1 liegt. M.a.W.: Die Anzahl der durch 200 MOIA-Fahrzeuge ersetzten Taxen im MOIA-Einsatzgebiet dürfte jedenfalls bei einem nachhaltigem Erfolg des MOIA-Marktzutritts ein Mehrfaches von 200 betragen. MOIA selbst tritt mit der Information an die Öffentlichkeit, aktuell liege der Anteil von Fahrten mit zwei oder mehr beförderten Kunden bei schon 60 %<sup>12</sup>.

### 3 Erfahrungen mit MOIA-Compliance in Hamburg während des laufenden Streitverfahrens

Es wundert nicht, dass der Antragsteller und seine Kollegen den MOIA-Betrieb mit Argusaugen beobachten. Hierbei fällt auf, dass sich die MOIA-Flotte mehr als sporadisch nicht an die – anhand einschlägiger rechtlicher Vorgaben nachvollzogenen mutmaßlichen: über die Informationen dazu im Detail verfügen nur Antragsgegnerin und Beigeladene – im Genehmigungsbescheid verfügbaren Vorgaben für das von der Antragsgegnerin abgeseignete Raster der virtuellen Haltepunkte ebenso wenig hält wie an weitere Auflagen aus dem Genehmigungsbescheid. Der Antragsteller dokumentiert solche Verstöße

<https://www.dieklage.de/gotchas.html>,

hat auf seine entsprechenden Hinweise gegenüber der Antragsgegnerin aber nur hinhaltende bzw. nichtssagende Antworten erhalten.

## II Rechtliche Würdigung

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts Hamburg ist schon jetzt eine Rechtsverletzung zu Lasten des Antragstellers durch die streit-

<sup>12</sup> Vgl. <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Fahrdienst-Moia-zaehlt-mehr-als-60000-Buchungen,moia148.html>.

befangene Genehmigung in Gestalt des Verstoßes gegen zu Gunsten des Antragstellers drittschützender Gehalte des § 2 VII PBefG flagrant und deshalb die der Beigeladenen erteilte Genehmigung vom 25. April 2018 in vollem Umfang für nicht vollziehbar zu erklären:

Gefolgt werden kann den Überlegungen des Verwaltungsgerichts im angefochtenen Beschluss insofern, als das Gericht der Berufsfreiheit in Verbindung mit dem Willkürverbot in – wie hier – weitgehend regulierten Märkten das Gebot entnimmt, dass die Zulassungs- und Aufsichtsbehörden die durch das einfache Gesetzesrecht eröffneten regulierungsrechtliche Spielräume für die Steuerung des betreffenden regulierten Marktes im Sinne eines Gebots einer „systemgerechten Ausgestaltung der Wettbewerbsverhältnisse“ ausschließlich so nutzen dürfen, dass „Verwerfungen im Wettbewerb“ vermieden werden.

Salopp gesprochen: Hängt die für die regelkonform am regulierten Markt teilnehmenden Mitwettbewerber gewährte Chance, ihre Berufsfreiheit (Art. 12 I GG) im betreffenden regulierten Sektor unter Einsatz der getätigten Investitionen und betrieblichen Dispositionen auch wirtschaftlich effektiv ausüben zu können, davon ab, dass auch alle anderen Marktteilnehmer im regulierten Markt wechselseitig nach den dort vorgegebenen spezifisch strengen Regeln spielen („playing by the rules“), dürfen schon aus verfassungsrechtlichen Gründen die gegebenenfalls im einfachen Recht eingeschriebenen „Weichmacher“ für solche Regelungen von den für ihre Anwendung zuständigen Behörden nur so genutzt werden, dass Marktstörungen verlässlich ausgeschlossen sind. Anderenfalls wäre die verfassungsrechtliche Grundlage für die Auferlegung der einschlägigen Verhaltensregeln für diejenigen, die am betreffenden regulierten Sektor teilnehmen und betrieblich in diesen investiert haben, schon im Ansatz selbst nicht verhältnismäßig gewesen.

Mittelbar wird daraus deutlich, dass selbst für den Gesetzgeber hier Grenzen gezogen sind:

*Entweder* entschließt er sich in einem bestimmten Marktsektor – z.B. im Markt der Personenbeförderungsdienstleistungen aus Gründen der effektiven Daseinsvorsorge – zu einer entsprechenden Regulierung – etwa wie im Verkehrssektor unter dem Personenbeförderungsgesetz: im Sinne des „Prinzips des geschlossenen Kreises der vorhandenen Verkehrsformen“ –; dann ist diese aber nur dann und insoweit *überhaupt* gerechtfertigt, als die betreffenden Regulierungsvorschriften im maßgeblichen Sektor auch für alle Marktteilnehmer verbindlich sind und diese deren Einhaltung (auch bei Untätigkeit der Aufsichtsbehörde) nötigenfalls wechselseitig über die allgemeinen zivilrechtlich-wettbewerbsrechtlichen Regeln einfordern können, wie dies in der höchstrichterlichen zivilrechtli-

chen Rechtsprechung erst jüngst wieder am Beispiel von „Uber Black“ und den insofern geltenden Regeln des Personenbeförderungsrecht bestätigt und betont wurde<sup>13</sup>. Freilich betont der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung nicht nur die für die Marktteilnehmer maßgebliche Geltung der entscheidenden personenbeförderungsrechtlichen Vorschriften als wechselseitig geltend zu machenden Marktverhaltensregeln (§§ 3, 3a UWG). Zugleich knüpft er wie die ständige Rechtsprechung daran an, dass staatliche Zulassungsentscheidungen insofern ggf. schon den wettbewerbsrechtlichen Rechtsbruch tatbestandlich ausschließende Wirkung haben<sup>14</sup>, u.a. also auch die Erteilung einer Genehmigung nach § 2 VII PBefG. Deshalb dürfen die mit der Detailsteuerung und Überwachung betrauten Behörden auch nur beschränkt die Möglichkeit haben, über die für die effektive Funktion des Sektors maßgeblichen Spielregeln zu disponieren; eine durch die Regulierungsbehörden möglichst selbst lizenzierte Durchbrechung des „playing by the rules“ ihrerseits ist insofern rechtfertigungsbedürftig und in ihrer verfassungsrechtlichen Legitimität abhängig von sie klar steuernden Vorgaben.

*Oder* die betreffende Regelung selbst ist in einem bestimmten Sektor überhaupt nicht gerechtfertigt, muss dann notwendiger Weise zu einer kompletten Freigabe führen, sodass nur die allgemeinen Regeln des Marktes im Allgemeinen gelten können (GWB, UWG, allgemeine Regeln des Zivil- und Strafrechts etc.).

Vor diesem Hintergrund hat das Verwaltungsgericht verkannt, dass die hier in Rede stehende Regelung des § 2 VII PBefG

„Zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten oder Verkehrsmittel kann die genehmigende Behörde auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften dieses Gesetzes oder von aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Vorschriften für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen, soweit Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.“

Aus den o.g. Gründen nicht nur bezogen auf das Merkmal der nicht entgegenstehenden öffentlichen Verkehrsinteressen aus den als drittschützend anzusehen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Taxenverkehr Teil des durch das Personenbeförderungsgesetz und die dazu erlassenen untergesetzlichen Vorschriften regulierten Verkehrsmarktes ist, steht nämlich die genannte Vorschrift des § 2 VII PBefG *insgesamt* unter dem ihr eingeschriebenen Motto, dass sie die Interessen der im regulierten Markt aktiven Teilnehmer zu schützen bestimmt ist:

---

<sup>13</sup> Vgl. dazu nur jüngst BGH, Urt. vom 12.12.2018 – I ZR 3/16 -, Ls. 1 mit Rn. 29.

<sup>14</sup> BGH (siehe Fn. 13), Rn. 24 m.w.N.



Soweit „öffentliche Verkehrsinteressen entgegenstehen“, markiert dies nach § 2 VII PBefG gleichsam eine *äußerste* Grenze dafür, ob und in welchem Umfang im Kontext von Versuchszwecken bzw. dem Einsatz von § 2 VII PBefG als sog. „Experimentierklausel“ gewissermaßen „Versuche am lebenden Objekt“ durchgeführt werden dürfen. Weil eben die dem Personenbeförderungsgesetz eingeschriebene Gesamtabsticht darin besteht, durch eine Regulierung im Sinne des Prinzips des geschlossenen Kreises zulässiger Verkehrsformen öffentlichen Verkehrsinteressen zu dienen (vgl. dazu insb. § 8 PBefG), muss diese Grenze als - gleichsam: äußerste – Limitation für sämtliche Regulierungsmaßnahmen der zuständigen Behörden gelten, insbesondere Zulassungsentscheidungen. Dass auch die von Antragsgegnerin wie Beigeladene immer wieder ins Feld geführte „liberalisierte“ Regel des § 2 VI PBefG unter diesem Vorbehalt steht, ist also kein Zufall, sondern entspricht einfach einer verfassungsrechtlichen Notwendigkeit.

Zugleich ist es aber auch kein Zufall, dass die Befugnis zur Zulassung von Abweichungen der für andere Marktteilnehmer geltenden Regularien im Rahmen der sog. „Experimentierklausel“ des § 2 VII PBefG unter den zusätzlichen Vorbehalt gestellt wird, dass solches nur „zur praktischen Erprobung“ bislang nicht vorhandener „neuer Verkehrsarten“ oder „Verkehrsmittel“ und „im Einzelfall“ erfolgen „kann“ und dies im Übrigen maximal „für die Dauer von höchstens vier Jahren“. Das Verwaltungsgericht hat insofern verkannt, dass mit Blick auf den regulierungsrechtlichen Kontext *sämtliche* dieser Tatbestandsmerkmale jedenfalls zu Gunsten des Kreises von natürlichen und juristischen Personen als drittschützend angesehen werden muss, die im Zuständigkeitsbereich der betreffenden Genehmigungsbehörde selbst entsprechend lizenzierte Beförderungsdienstleitungen erbringen und sich hierfür ihrerseits an für die betreffende Verkehrsart geltenden Regeln halten bzw. halten müssen. Denn sie stehen gleichsam „kraft Regulierung“ unter dem besonderen Schutz der jeweils zuständigen Genehmigungsbehörde.

Auf der Grundlage dieses Ansatzes ist jedoch die der Beigeladenen erteilte Genehmigung flagrant rechtswidrig<sup>15</sup> und folglich im Eilverfahren komplett außer Vollzug zu setzen:

Weder stellen die von der Beigeladenen angebotene Dienste eine „neue Verkehrsart“ im Sinne des § 2 VII PBefG dar, noch handelt es sich um ein insofern neues „Verkehrsmittel“, wie aus den Darstellungen der Beigeladenen selbst und im Übrigen auch aus den Feststellungen des Ver-

---

<sup>15</sup> Offen insofern das Verwaltungsgericht, das die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Genehmigung für die Erprobung als „neue Verkehrsart“ sogar ausdrücklich nur unterstellt (vgl. S. 15 unten des erstinstanzlichen Beschlusses).

waltungsgerichts Hamburg und den aus den Verwaltungsvorgängen ersichtlichen Informationen offenbar wird:

Nicht jedes schick gestaltete Fahrzeug ist ein neues „Verkehrsmittel“, dies ebenso wenig im Übrigen deshalb, weil es mit Elektroantrieb funktioniert. Sieht man die Beförderung von Personen mit einem App-gesteuerten Ride-Sharing-Dienst überhaupt als neue „Verkehrsart“ an, ist diese schließlich weder im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin, noch – umso weniger – des Geltungsbereichs des Personenbeförderungsgesetzes – auf den es wohl für die Frage der Anwendung des § 2 VII PBefG als eng auszulegender Vorschrift eher ankommen dürfte – neu: Erfahrungen mit dem von der Beigeladenen angebotenen Dienst liegen – wie diese selbst deutlich macht<sup>16</sup> – in erheblichem Umfang bereits in Hannover vor, mit App-gesteuerten Mobilitätsdiensten darüber hinaus ebenso mit den – wie aus den Parallelverfahren ersichtlich – von Clever-Shuttle angebotenen Dienstleistungen.

Im Übrigen zeigt der vorliegende Vorgang flagrant, dass hier sogar ein Beispiel für das gegeben ist, was landläufig als sogenannter „Formenmissbrauch im öffentlichen Recht“<sup>17</sup> bezeichnet wird: Mit MOIA organisiert der VW-Konzern der Sache nach seinen Marktzutritt als Anbieter von Mobilitätsdienstleistungen<sup>18</sup>, bewirbt dies entsprechend und geht – wie durch offenbar zeitlich koordinierte entsprechende Vorstöße in verschiedenen Großstädten ersichtlich (last but not least Berlin)<sup>19</sup> – hierbei auch strategisch vor. Die der Beigeladenen von der Antragsgegnerin erteilte „Versuchsgenehmigung“ unter der Experimentalklausel des § 2 VII PBefG ist der Sache nach insofern nichts anderes als der erste Schritt eines massiven Marktzutritts, der nur rein verbal unter § 2 VII PBefG gefasst und damit kaum verschämt mit dem Deckmäntelchen des Begriffs „Experiment“ versehen wird und folglich auch konkret ohne all diejenigen Zutaten auskommt, die üblicherweise für eine versuchsweise Erprobung – durch die öffentliche Hand (!) – erforderlich sind; der Missbrauch steht insofern der verfahrensgegenständlichen Genehmigung gleichsam „ins Gesicht geschrieben“.

Sollte der Senat im Übrigen – z.B. anknüpfend an das Vorbringen der Beigeladenen, die von ihrem Ansatz nachvollziehbar eine „offenherzige“

---

<sup>16</sup> Vgl. oben in und bei Fn. 1.

<sup>17</sup> Wegweisend dazu die Habilitation von *Pestalozza*, „*Formenmißbrauch*“ des Staates. *Zu Figur und Folgen des "Rechtsmißbrauchs" und ihrer Anwendung auf staatliches Verhalten*. München 1973, passim.

<sup>18</sup> Vgl. dazu oben I.1.

<sup>19</sup> Vgl. dazu die öffentliche Berichterstattung zu der von Hamburg abweichenden Lage Anfang 2019 für MOIA, nachdem dort ein massiver Marktzutritt über § 2 VII PBefG abgelehnt worden ist: <https://www.taxi-times.com/moia-wird-in-berlin-nicht-genehmigt/>

Auslegung der Absätze 6 und 7 des § 2 PBefG favorisiert und mit manchen fehlgeleiteten<sup>20</sup> Stimmen sogar einem korrespondierenden Genehmigungs*anspruch* das Wort redet - erwägen, ob die hier streitbefangene Genehmigung eventuell sogar als „allgemeine Abweichungserlaubnis unter falschem Tittel“ gemäß § 2 VI PBefG als rechtmäßig angesehen werden kann, wird insofern um einen entsprechenden richterlichen Hinweis gebeten, um folgendes näher ausführen zu können: Es mag sein, dass der Gesetzgeber mit der Neuausgestaltung dieser Norm auf seinerzeit schon konkret absehbare richterliche Klarstellungen bezogen auf die Einsatzfähigkeit des § 2 VI PBefG in der bis Ende 2012 geltenden Fassung für die Zulassung der auf breiter Front auf den Markt drängenden sogenannter „flexibler Bedienformen“<sup>21</sup> reagiert hat<sup>22</sup>. Versteht man § 2 VI PBefG in der heute geltenden Fassung aber wie gefordert „weit“, dürfte mit Rücksicht auf die verfassungsrechtlich-regulatorischen Rahmenbedingungen der Rubikon der Verfassungswidrigkeit bei der Gestaltung von „normativen Weichmachern“ überschritten sein, die im Rahmen der Ausgestaltung eines regulierten Marktes für eine Detailsteuerung durch die zuständigen Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden beigegeben werden können. Um es deutlich zu machen: Dass § 2 VI PBefG a.F. – ähnlich wie heute noch § 2 VII PBefG – zur Eingrenzung der behördlichen Zulassung von Personenbeförderungsdienstleistungen unter Gewährung möglicher Ausnahmen von den ansonsten geltenden Verhaltensregelungen für Marktteilnehmer das Tatbestandsmerkmals

„in besonders gelagerten Einzelfällen“

enthielt, dürfte letztlich sogar aus verfassungsrechtlichen Gründen mit Blick auf die legitimen und verfassungsrechtlich geschützten Interessen der zu einem „playing by the rules“ bereiten und hierbei in die Pflicht genommenen Teilnehmer am regulierten Markt kein Zufall gewesen sein. Macht die Aufnahme von § 2 VI PBefG in das seit dem 1. Januar 2013 geltende PBefG nicht schon die Unterwerfung der ansonsten im regulierten Markt der verschiedenen Verkehrsarten tätigen Unternehmen unter die jeweils für sie geltenden zahlreichen Ge- und Verbote zu mit Blick auf Art. 12 I GG verfassungswidrigen Farce, kann die Vorschrift nur eng interpretiert werden. Sie muss dann so verstanden werden, dass sie bzw. das seiner Zeit neu aufgenommenen und die vormals vorgeschriebene „singuläre Lage“ substituierende Merkmal der „nicht entgegenstehenden öffentlichen Verkehrsinteressen“ – entlang der für

<sup>20</sup> Vgl. dazu nur maßstabsbildend BVerfG, Beschl. vom 8.11.1983 – 1 BvL 8/81 –.

<sup>21</sup> Vgl. dazu nur BVerwG, Urt. v. 12.12.2012 – 3 C 21.12 -, juris Rn. 32 ff. m.w.N.; vgl. weiterführend zur Typologisierung flexibler Bedienformen, dem Regelungsgehalt der §§ 2 Absatz 6 und 7 (zur alten Rechtslage) und zum Prinzip des geschlossenen Kreises der zulässigen Verkehrsformen auch *Füller*, DVBl. 2011, 20 ff. (m.w.N.).

<sup>22</sup> Vgl. dazu nur *Karl/Werner*, KommunalpraxisSpezial 2017, 188 ff.

die vormalige Regelung in Verwaltungspraxis und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze – eng und im Übrigen als – mindestens zugunsten der anderen unter der Aufsicht derselben Genehmigungsempfänger stehenden Marktteilnehmer – drittschützend angesehen wird.

Zwei beglaubigte und zwei einfache Abschriften zur Übermittlung an die übrigen Verfahrensbeteiligten sind beigefügt.

Klaus Füßer  
Rechtsanwalt