

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

**Vorab per Telefax: 040 42731 0786**  
Freie und Hansestadt Hamburg  
Behörde für Wirtschaft, Verkehr und Innovation  
Referat Verkehrsgewerbeaufsicht  
Alter Steinweg 4  
20459 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

Leipzig, den 2. August 2018

Unser Zeichen: 00014-18/KF/VH/nh/dt/86669

Ihr Zeichen: RV2/60.24-2163

**Unser Mandant: Taxibetrieb Ivica Krijan, Ernst-Horn-Straße 36c, 22525 Hamburg**

**Genehmigung gemäß § 2 VII PBefG**

**Hier: Ergänzung der Widerspruchsbeurteilung**

Sehr geehrte Damen und Herren,

in oben genannter Angelegenheit kommen wir auf den Widerspruch unseres Mandanten vom 7. Mai 2018 und der Widerspruchsbeurteilung vom 11. Juni 2018 zurück und beantragen,

die der MOIA GmbH mit Bescheid vom 25. April 2018 unter dem Aktenzeichen RV 211 / E2 erteilte Genehmigung

und

die im Bescheid vom 25. April 2018 getroffene Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes mit rund 20 Fahrzeugen ab dem vierten Quartal 2018 aufzuheben

sowie

die Kosten des Widerspruchverfahrens der Freien und Hansestadt Hamburg aufzuerlegen

und

die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten insofern für notwendig zu erklären.

Wir regen darüber hinaus an,

zur Frage der Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen im Testzeitraum ab dem vierten Quartal 2018 sowie durch den genehmigten Betrieb ab dem 1. Januar 2019 ein Sachverständigengutachten einzuholen.

Unserer

### **Begründung**

stellen wir folgendes

#### **Inhaltsverzeichnis**

I	Sachverhalt.....	2
II	Rechtliche Würdigung .....	3
1	Zulässigkeit.....	3
2	Begründetheit.....	6
2.1	Rechtswidrigkeit der erteilten Genehmigung .....	6
2.1.1	Verstoß gegen das öffentliche Verkehrsinteresse.....	6
2.1.2	Rückgriff auf die Rechtsgrundlage der §§ 2 VI, 13 IV, 47 PBefG .....	10
2.2	Rechtswidrigkeit der Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes .....	13
2.3	Rechtsverletzung .....	14
3	Kosten und Heranziehung des Bevollmächtigten .....	14
4	Einholung eines Sachverständigengutachten .....	15
III	Weiteres Verfahren .....	15

voran und tragen sodann in tatsächlicher (sogleich I) und rechtlicher Hinsicht (nachfolgend II) und zum weiteren Verfahren (zuletzt III) in Ergänzung der Widerspruchsbegründung vom 11. Juni 2018 wie folgt vor:

#### **I Sachverhalt**

Hinsichtlich des Sachverhaltes verweisen wir auf die Ausführungen in unserem Schreiben vom 11. Juni 2018, ergänzen diese noch weiter:

Ausweislich des vorgestellten MOIA-Konzepts (Begleitschreiben zum Genehmigungsantrag vom 14. Dezember 2017; dort unter *III. Projektplan* zu finden) sollen ab dem vierten Quartal 2018 bis zur Aufnahme des kommerziellen Betriebes ab dem 1. Januar 2019 bis zu 20 Fahrzeuge in einem begrenzten Bedienegebiet einen nicht kommerziellen Testbetrieb aufnehmen, wobei in der Summe nicht mehr als 0,30 Euro pro Kilometer eingenommen werden sollen. Im Genehmigungsbescheid vom 25. April 2018 wird – unter der Überschrift *Feststellung nach § 10 PBefG* – ausgesprochen, dass dieser Probebetrieb nicht genehmigungsbedürftig sei, da keine wirtschaftlichen Vorteile für die Antragsteller durch den Test generiert würden, weil der begrenzte Fahrpreis die Betriebskosten für die eingesetzten Fahrzeuge nicht übersteige, weshalb insofern die Voraussetzung des § 1 II 1 Nr. 1 PBefG erfüllt sei.

Mit Schreiben vom 11. Juni 2018 hatten wir den am 7. Mai 2018 eingelegten Widerspruch hinsichtlich der Zulässigkeit des Widerspruches und der Hinzuziehung als Beteiligten zum Verfahren begründet, um Akteneinsicht in das Genehmigungsverfahren zu erhalten. Mit Schreiben vom 18. Juni 2018 teilten Sie uns mit, dass der Antrag auf Hinzuziehung als Beteiligter abgelehnt wird. Mit Schreiben vom 19. Juni 2018 sind dem Unterzeichner Fotokopien (248 Seiten) aus der Verfahrensakte übersandt worden. Hierbei handelte es sich nur um Auszüge aus den vorhandenen Akten zum Genehmigungsverfahren. Am 20. Juli 2018 teilten Sie uns mit, dass dem Widerspruch nicht abgeholfen und an die Widerspruchsbehörde abgegeben wurde.

## II Rechtliche Würdigung

Der Widerspruch ist sowohl zulässig (anschließend 1) als auch begründet (sodann 2). Die Kosten des Verfahrens sind demnach der Freien und Hansestadt Hamburg aufzuerlegen und die Heranziehung eines Bevollmächtigten zum Vorverfahren für notwendig zu erklären (folgend 3). Des Weiteren ist zu der Frage der tatsächlichen Beeinträchtigungen des öffentlichen Verkehrsinteresses durch den (Probe-)Betrieb ein Sachverständigengutachten einzuholen (zuletzt 4). Im Einzelnen:

### 1 Zulässigkeit

Der Widerspruch vom 7. Mai 2018 ist zulässig. Insoweit verweisen wir auf unsere Ausführungen im Schreiben vom 11. Juni 2018. Soweit in Ihrem Schreiben vom 18. Juni 2018 darauf hingewiesen wird, dass die Anzahl an Taxenunternehmen in Hamburg über die Jahre hinweg mit leichten Schwankungen in etwa gleichbleibend sei, so sei hierzu angemerkt, dass den im In-

ternet verfügbaren Daten<sup>1</sup> etwas anderes entnommen werden kann, im Übrigen damit nur die bereits angespannte Lage auf dem Hamburger Taxenmarkt aufgezeigt werden sollte, die sich durch die Anzahl der mit der Genehmigung vom 25. April 2017 zugelassenen weiteren 1.000 Fahrzeugen der MOIA GmbH nicht entspannen wird. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass der bereits gesättigte Taxenmarkt bei Hinzukommen dieser Anzahl an Fahrzeugen erhebliche Einbußen verzeichnen wird. Soweit Sie nun in Ihrem Schreiben vom 18. Juni 2018 weiter darauf abstellen, dass das Tatbestandsmerkmal der *Beeinträchtigungen öffentlicher Verkehrsinteressen* in § 2 VII PBefG keine drittschützende Wirkung zukommt, weil die zitierten Gerichtsentscheidungen nicht auf diese Vorschrift – da sich die Gerichte soweit ersichtlich noch nicht mit § 2 VII PBefG auseinandergesetzt haben –, sondern auf die Vorschriften des Linienverkehrs bezogen waren, so kann allein aus dieser Argumentation eine anderweitige Gesetzesauslegung des § 2 VII PBefG nicht hergeleitet werden. Denn maßgeblich hierfür sind einzig die bekannten Auslegungsregeln unter deren Anwendung die drittschützende Wirkung des § 2 VII PBefG unter Beachtung der von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zu dem Tatbestandsmerkmal der *Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen*, welche inhaltsgleich in mehreren Normen des Personenbeförderungsgesetz unter den gleichen Voraussetzungen verwendet wird und daher auf die vorliegende Vorschrift übernommen werden kann, zu bejahen ist. Selbst wenn dies von Ihnen anders gesehen werden sollte, so geht die Rechtsprechung in solchen Fällen, in denen die Befugnis nicht aus dem einfachen Recht hergeleitet werden kann, davon aus, dass eine Widerspruchs- und Klagebefugnis unmittelbar aus Art. 12 I GG und dem hierin enthaltenen Wettbewerbsinteresses folgt<sup>2</sup> (dazu sogleich unten).

Ergänzend zu den bisherigen Ausführungen ist zur Zulässigkeit des Widerspruches weiter auszuführen, dass auch der Widerspruch gegen den feststellenden Teil des Bescheides vom 25. April 2018 gemäß §§ 68, 69 VwGO statthaft ist. Denn der Widerspruchsführer begehrt die Aufhebung der Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes, die einen feststellenden Verwaltungsakt nach § 35 S. 1 HmbVwVfG<sup>3</sup> darstellt, weswegen der Hauptsacherechtsbehelf eine Anfechtungsklage wäre.

Der Widerspruchsführer ist gemäß § 42 II VwGO analog widerspruchsbefugt, da er durch die Feststellung der Genehmigungsfreiheit möglicherweise

---

<sup>1</sup> Vgl. das Ergebnis der Untersuchung der wirtschaftlichen Lage des Hamburger Taxengewerbes 2016, Bericht zur Ansicht unter <http://www.hamburg.de/taxi/2935760/taxigewerbe/>, dort S. 4 ff.

<sup>2</sup> *Bauer*, PBefG, Köln 2010, § 13 Rn. 28. BVerwG, Urt. v. 6.4.2000 – 3 C 6/99, juris, Rn. 18 ff.

<sup>3</sup> *Heinze*, PBefG., Köln 2010, § 10 Rn. 1; *Bauer*, PBefG., Köln 2010, § 10 Rn. 4.

in seinen Rechten aus § 2 VII PBefG verletzt ist, jedenfalls aber in seinem sich aus Art. 12 I GG ergebenden rechtlich geschützten Wettbewerbsinteresse.

Denn auch der Testbetrieb ist eine genehmigungsbedürftige Beförderung (vgl. sogleich unter II 2.2), die sich an den aus dem Personenbeförderungsgesetz ergebenden Vorschriften zu messen hat. Hierzu zählt als negative Voraussetzung, dass nach § 2 VII PBefG die öffentlichen Verkehrsinteressen nicht beeinträchtigt werden dürfen.

In der Feststellung der Genehmigungsfreiheit und Nichtbeachtung der gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 VII PBefG liegt möglicherweise eine – den Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzende – Rechtsverletzung vor. Denn auch bei dem Testbetrieb mit 20 Fahrzeugen kann nicht von vorne herein ausgeschlossen werden, dass das öffentliche Verkehrsinteresse beeinträchtigt wird. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in der Testphase die Beförderungsleistungen zu einem sehr geringen Entgelt angeboten werden, die die am Markt vorhandenen Preise des öffentlichen Personennahverkehrs und besonders die des Taxengewerbes bei weitem unterbieten, so dass eine hohe Nachfrage nach den Testwagen zu erwarten ist. Indes kann die Testphase auch nicht losgelöst von dem ab dem 1. Januar 2019 beginnenden Normalbetrieb von MOIA betrachtet werden, da die beförderungsrechtlichen Abläufe bei beiden Varianten gleich sind; im Übrigen die Testphase lediglich der Erprobung des Normalbetriebes und offensichtlich auch zu Marketingzwecken dient und daher vielmehr als eine beförderungsrechtliche Einheit zu betrachten sind, bei der – wie bereits im Schreiben vom 11. Juni 2018 (dort S. 5 ff.) ausführlich dargestellt – eine Beeinträchtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen nicht ausgeschlossen werden kann.

Soweit dennoch von der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes ausgegangen werden sollte, so ergibt sich eine Widerspruchsbefugnis des Widerspruchsführers aus einer Verletzung seines Wettbewerbsinteresses. Hinsichtlich der Verletzung des drittschützenden Wettbewerbsinteresses führt der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in einer Entscheidung<sup>4</sup> aus, obwohl sich bezogen auf den dort vorliegenden Sachverhalt keine drittschützenden Vorschriften aus dem Personenbeförderungsgesetz ergaben, dass

„Die Anforderungen an die prozessuale Klagebefugnis [...] nicht überspannt werden [dürfen]. Demgemäß ist die von § 42 Abs. 2 VwGO geforderte subjektive Beschwerde nur dann nicht gegeben, wenn unter Zu-

---

<sup>4</sup> VGH Bad.-Württ., Urt. v. 11.6.1992 – 14 S 2912/90, juris, Rn. 24.

grundelegung des Klagevorbringens offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Klägers verletzt sein können (BVerwG, Urteil vom 23.03.1982, DVBl. 1982, 692 m.w.N.; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 20.01.1983 - 9 (11) S 12/82 - NVwZ 1984, 124). Zwar schützen, wie noch auszuführen sein wird, weder die für die Genehmigung der Konzessionsübertragung einschlägige Regelung in § 2 Abs. 2 PBefG in der hier maßgeblichen Fassung des Gesetzes vom 25. Februar 1983 (BGBl. I S. 196) noch § 25 Abs. 1 PBefG, auf den das Verwaltungsgericht seine Entscheidung im wesentlichen stützt, die rechtlichen Interessen der Klägerin. *Die Klägerin beruft sich jedoch zusätzlich auf eine Verletzung ihrer rechtlich geschützten Wettbewerbsinteressen. Danach erscheint die Möglichkeit einer Verletzung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Gewerbefreiheit nicht offensichtlich und eindeutig ausgeschlossen.* [Auslassungen, Einfügungen und Hervorhebungen durch uns, *Füßer & Kollegen*]

In Anbetracht dessen ergibt sich auf den vorliegenden Sachverhalt keine andere rechtliche Würdigung: Soweit die Tatbestandsvoraussetzung der Beeinträchtigung öffentlicher Belange hier nicht zu prüfen war, so wird jedenfalls mit der Feststellung der Genehmigungsfreiheit ein weiterer Marktteilnehmer im Beförderungsbereich gebilligt, der unter – im Vergleich zur beaufsichtigten und regulierten Personenbeförderung im ÖPNV und des Taxengewerbes - erleichterten Bedingungen tätig werden kann; darüber hinaus durch geringe Entgelte bevorteilt ist. Hieraus ergibt sich, dass – unter Beachtung der genannten Rechtsprechung – eine Verletzung des Wettbewerbsinteresses nicht ausgeschlossen werden kann, der Widerspruchsführer mithin widerspruchsbefugt ist.

## 2 Begründetheit

Der Widerspruch gegen den Bescheid vom 25. April 2018 ist begründet, da die erteilte Genehmigung (sogleich 2.1) und die Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes ab dem vierten Quartal 2018 (nachfolgend 2.2) rechtswidrig sind und den Widerspruchsführer in seinen Rechten verletzen, § 113 I 1 VwGO analog (zuletzt 2.3).

### 2.1 Rechtswidrigkeit der erteilten Genehmigung

Die Genehmigung ist rechtswidrig, da durch sie öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden (sogleich 2.1.1) und sich auch beim Rückgriff auf die Rechtsgrundlage der §§ 2 VI, 13 IV, 47 PBefG keine andere rechtliche Würdigung ergibt (sodann 2.1.2).

#### 2.1.1 Verstoß gegen das öffentliche Verkehrsinteresse

Die Erteilung der Genehmigung verstößt gegen das Beeinträchtigungsverbot des § 2 VII PBefG.



Nach dieser Vorschrift kann die Genehmigungsbehörde zur praktischen Erprobung neuer Verkehrsarten im Einzelfall Abweichungen von Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes genehmigen, soweit öffentliche Verkehrsinteressen nicht entgegenstehen.

Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor, da öffentliche Verkehrsinteressen durch die Genehmigung beeinträchtigt werden:

Die Funktionsfähigkeit des örtlichen Taxengewerbes als wichtigster Träger individueller Verkehrsbedienung und unverzichtbarer Ergänzung des Linien- und Straßenbahnverkehrs ist in keiner von einem anderen Verkehrsträger übernehmbaren Weise<sup>5</sup> und damit als Teil des öffentlichen Verkehrsinteresses im Sinne des § 2 VII PBefG nicht erst dann bedroht, wenn die Gefahr eines Zusammenbruchs des örtlichen Taxengewerbes besteht. Öffentliche Verkehrsinteressen stehen bereits dann entgegen, wenn die Erteilung weiterer Genehmigungen zu schwerwiegenden Mängeln in der Verkehrsbedienung durch Taxen führen und die Existenzfähigkeit von (Taxen-)Betrieben allgemein nur unter übermäßiger, die Verkehrssicherheit gefährdender Einsatzzeit der Fahrer oder nur unter Einsatz unterbezahlter Gelegenheitsfahrer mit ähnlichen Gefahren für die Verkehrssicherheit oder die ansonsten zuverlässige Verkehrsbedienung gesichert werden kann<sup>6</sup>.

Soweit derzeit keine Feststellungen über die Auswirkungen und Beeinträchtigungen des Taxengewerbes durch MOIA öffentlich bekannt sind und auch Sie – ausweislich der erteilten Genehmigung (Vorbehalt S. 2) – nicht vor dem 2. Februar 2021 eine solche Feststellung treffen wollen, so ist dennoch bereits jetzt aufgrund allgemeiner Plausibilitätsüberlegungen festzuhalten, dass eine Beeinträchtigung eintreten wird. Das ergibt sich daraus, dass insgesamt 1.000 neue Beförderungsfahrzeuge von MOIA eingesetzt werden sollen, die angesichts der knapp 3.000 vorhandenen Taxen in Hamburg ein Plus von knapp 30 % an beförderungsfähigen Fahrzeugen ausmachen würde. Ergänzend berücksichtigt werden muss allerdings noch die von MOIA geplante – und im Rahmen der erteilten Genehmigung nicht etwa durch geeignete Nebenbestimmungen unter Kontrolle gehaltene und in geeigneter Weise korrigierte - Preispolitik, die ihre Beförderungsleistungen deutlich unterhalb des Taxenpreises anbieten kann, so dass zu erwarten ist, dass potentielle Passagiere mit hoher Wahrscheinlichkeit eher den MOIA-Service

---

<sup>5</sup> BVerfG, Beschl. v. 8.6.1960 – 1 BvL 53/55, juris, Rn. 68; BVerwG, Urt. v. 15.4.1988 – 7 C 94/86, juris, Rn. 8.

<sup>6</sup> VG Düsseldorf, Urt. v. 10.3.2005 – 6 K 2210/02, juris, Rn. 20.

nutzen werden, als den der (preisgebundenen) Taxenbranche. Diese steht damit bei der derzeit angespannten – nach Ihrer Ansicht nach: konstanten – Marktlage demnächst einem einzelnen Großanbieter für Beförderungsdienstleistungen gegenüber, der unter erleichterten Bedingungen seine Dienste durchführen kann. Hiergegen hat die Taxenbranche keine geeigneten Marktbeeinflussungsmöglichkeiten, da sie an die von der Stadt Hamburg vorgegebenen Beförderungsentgelte gebunden ist, im Übrigen strengerer aufsichtsrechtlichen Regeln unterworfen wird. Dies zusammen beeinflusst die Entwicklung der Ertrags- und Kostenlage unter Einbeziehung der Einsatzzeit und die Anzahl und Ursachen der Geschäftsaufgaben im Taxengewerbe, da diese unmittelbar mit der Wettbewerbslage zusammenhängen. Die hieraus resultierenden Nachteile eines überstrapazierten Marktes führen voraussichtlich dazu, dass zumindest auf lange Sicht – nachdem MOIA sich auf dem Markt etabliert hat – eine Beeinträchtigung des Taxengewerbes – und damit die Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsbelange – eintreten wird.

Dies gilt um so mehr, als es in der Sache bei dem „versuchsweise“ genehmigten MOIA-Betrieb unter anderem darum gehen soll, sich auf geschickte Weise der Bindungen einer Restriktion zu entledigen, die nach dem gesetzlichen Modell der Scheidung der verschiedenen Verkehrsarten gerade darauf zielt, in Ballungsräumen die Funktionstüchtigkeit des örtlichen Taxigewerbes durch eine klare Scheidung des Verkehrs mit Mietwagen von dem mit Taxen zu schützen, m.a.W. das sog. Koppelungsverbot nach § 46 III PBefG. Das Koppelungsverbot „vertyp“ insofern die dem PBefG eingeschriebene Vorstellung des Schutzes der auf Taxen bezogenen „öffentlichen Verkehrsinteressen“. Wenn überhaupt, kommt die Erteilung einer Genehmigung nach § 2 VII PBefG für die Erprobung einer Verkehrsart, die der Sache nach auf eine komplette Abschaffung des Koppelungsverbots hinauslief, allenfalls in sehr beschränktem Umfang, innerhalb einer beschränkten Frist und unter strenger begleitender Kontrolle der damit verbundenen Wirkungen in Betracht. Vorliegend ist aber offenbar genau das Gegenteil beabsichtigt: Für die im Pooling-Betrieb eingesetzten Fahrzeuge besteht keine Rückkehrpflicht, sie können zugleich auch während der Poolingfahrt einen Mietwagenauftrag annehmen.

Im Übrigen sei angemerkt, dass die im Bescheid genannte Feststellung der Auswirkungen des MOIA-Betriebes nach zwei Jahren nicht (mehr) geeignet erscheint, wirksamen und präventiven Schutz für das Taxengewerbe zu vermitteln. Dazu kommt, dass weder auf Initiative von MOIA selbst noch aufgrund entsprechender der Genehmigung beigege-



benen Nebenbestimmungen eine entsprechende – ggf.: sogar wissenschaftliche – begleitende Auswertung des „Verkehrsversuchs“ und der mit ihm verbundenen Wirkungen stattfindet. Dies wirft im Übrigen auch die Frage auf, ob überhaupt ernstlich bei der angegriffenen Genehmigung noch von einer „Versuchsgenehmigung“ im Rahmen des § 2 VII PBefG – ernstlich die Rede sein kann: „Praktische Erprobung“ – und dies soll wohl mit Blick auf den hinter § 2 VII PBefG stehenden Gesetzeszweck: potentielle Rechtsreform eine solche durch öffentliche Stellen sein – kann doch nicht – so aber der derzeitige Eindruck – ein „Laufenlassen-und-dann-darüber-in-der-Zeitung-lesen-sein“. Praktische Erprobung kann doch *methodisch* nur heißen, dass das Erprobte dabei genau in seiner Funktionsweise und seinen Wirkungen beobachtet, vermessen und bezogen auf die damit verbundenen Erwartungen auf Tauglichkeit untersucht wird. Erprobungserkenntnisse in diesem Sinne sind dem Vorhaben von MOIA – vgl. das Schweigen dazu in der Beschreibung im Antrag – sowie der von Ihnen erteilten Genehmigung aber nur als mögliches Abfallprodukt auf die Stirn geschrieben. Wenn überhaupt, handelt es sich – und so wohl auch der reale Hintergrund des Vorhabens – um eine *rein politische* Erprobung im Sinne eines „Wird es angenommen, kann VW sich mit MOIA gleichsam als Mobilitätsdienstleistungsunternehmen neu erfinden?“.

Damit liegt hier auch ein Verstoß gegen in § 2 VII PBefG enthaltene Tatbestandsmerkmal der *Erprobung* vor, welchem im Übrigen drittschützende Wirkung hat. Denn eine Erprobung (einer Verkehrsart) ist nach allgemeinem Verständnis nur der Versuch oder praktische Test von etwas Neuem im kleineren Stil und ohne dass hierdurch andere Belange wesentlich berührt werden. Hier soll jedoch mit knapp 1.000 Fahrzeugen (bei lediglich knapp 3.000 insgesamt im Rahmen individueller Bedienung von Mobilitätsanforderungen vorhandenen Fahrzeugen) offensichtlich nicht nur die Annahme des MOIA-Konzeptes getestet werden, sondern vielmehr bereits Fakten geschaffen und Marktanteile im Beförderungssegment übernommen werden. Aufgrund der massiven Anzahl an Fahrzeugen und des auf nicht nur Austesten angelegten Betriebes, kann nicht von einer Erprobung gesprochen werden. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, da bereits fraglich ist, ob es sich bei MOIA um eine neue Verkehrsart im Sinne des § 2 VII PBefG handelt (dazu sogleich unter 2.1.2). Indessen ist festzustellen, dass dem Wort *Erprobung* Drittschutz zukommt, da – wie beschrieben – eine Erprobung ohne wesentliche Beeinträchtigung anderer, von der Erprobung berührter Teilnehmer stattfinden soll, um mit neuen Verkehrsarten zu experimentieren. Die Erprobung setzt also zumindest voraus, dass nicht

in den bisherigen Zustand (hier des öffentlichen Beförderungsverkehrs) in einer Weise eingegriffen wird, in der eine Gefahr für andere Beförderungsdienstleister und -bereiche besteht. Eine Beeinträchtigung des Taxengewerbes liegt jedoch im Ergebnis – wie bereits ausgeführt – vor.

#### 2.1.2 Rückgriff auf die Rechtsgrundlage der §§ 2 VI, 13 IV, 47 PBefG

Soweit bereits die Voraussetzung des § 2 VII PBefG für die Erteilung der Genehmigung nicht vorlagen, wird auch unter Anwendung der §§ 2 VI, 13 IV, 47 PBefG das Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Verkehrsinteressen verletzt.

Es kann hier bereits angezweifelt werden, ob Rechtsgrundlage für die Genehmigung § 2 VII PBefG oder nicht vielmehr §§ 2 VI, 13 IV, 47 PBefG ist. Das ergibt sich aus Folgendem:

Die Einordnung des MOIA-Konzeptes als *neue Verkehrsart* im Sinne des § 2 VII PBefG begegnet durchaus rechtlichen Zweifeln. Denn die Einordnung in eine neue Verkehrsart würde voraussetzen, dass wesentliche Merkmale der anderen, im Personenbeförderungsgesetz ausdrücklich genannten Verkehrsarten fehlen, da ansonsten eine Genehmigungspflicht über § 2 VI PBefG besteht.

Der genehmigte Betrieb sieht vor, dass als prägende Beförderungsdienstleistung ein Sammel-Shuttle eingesetzt wird. Dieses weist Merkmale der „klassischen“, normierten Verkehrsarten des Linienverkehrs und Gelegenheitsverkehrs, insbesondere des Verkehrs mit Taxen als auch mit Mietwagen, auf. Allerdings fehlen den einzelnen Verkehrsarten zur Vervollständigung einer typisierten Verkehrsart einzelne Merkmale, wodurch § 2 VI PBefG zur Anwendung kommt. Denn nach dem Wortlaut des § 2 VI PBefG müssen bei der Zuordnung eines nicht typisierten Verkehrs zu einer gesetzlichen bestimmten Verkehrsart nicht alle Merkmale einer Verkehrsart vorliegen, damit die Beförderung nach der jeweilig gesetzlich normierten Beförderungsform genehmigungsbedürftig und –pflichtig ist. Die zu erteilende Genehmigung wird dann vielmehr nach der Verkehrsart bestimmt, welcher die vorliegende Verkehrsart am meisten entspricht und deren Vorschriften dem Sinn und Zweck nach der atypischen Beförderungsform am besten entspricht<sup>7</sup>.

Soweit hier einzig in Frage steht, ob das Beförderungskonzept der MOIA GmbH Linienverkehr (§§ 42, 43 PBefG) oder Gelegenheitsver-

---

<sup>7</sup> Heinze/Fehling/Fiedler, PBefG, Köln 2010, § 2 Rn. 53.

kehr (§§ 46 ff. PBefG) darstellt, hat das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen<sup>8</sup> zu einem ähnlichen Sachverhalt festgestellt, dass

„ein Verkehrsangebot, bei dem der Fahrgast nur auf Bestellung innerhalb eines vom Fahrgast bestimmten Zeitraums an einem von ihm vorgegebenen Punkt abgeholt oder zu einem solchen Punkt gebracht wird (hier Flughafentransfer "Luftibus", Frauenmobil oder Anruf-Sammel-Mobil), [...] auch dann nicht dem Linienverkehr zuzuordnen [ist], wenn das Transportfahrzeug nicht im Ganzen angemietet wird.“ [Auslassungen, Einfügungen und Hervorhebungen durch uns, *Füßer & Kollegen*]

Bezogen auf den vorliegenden Fall ergibt sich vorliegend nichts anderes: Denn mit der Inanspruchnahme des MOIA-Dienstes wird ausschließlich ein Sitzplatz gemietet und der Fahrgast – beim dominierenden „Pooling“ – nicht von einem bestimmten Ort abgeholt oder zu einem bestimmten Ort befördert, was gerade bestimmendes Merkmal des Linienverkehrs ist (vgl. § 42 PBefG). Sondern er muss sich an virtuellen Haltestellen zur Beförderung einfinden und wird auch nur zu virtuellen Haltestellen in der Nähe seines individuellen Ziels befördert. Es fehlt der vorliegenden Beförderungssituation also an der für den Linienverkehr typischen Regelmäßigkeit des Verkehrs auf festen Linien mit festen Haltestellen. Demzufolge fehlen dem MOIA-Konzept wesentliche Merkmale, um die angebotene Beförderungsleistung als Linienverkehr einzustufen.

Wesentlich gleiche Merkmale des MOIA-Konzeptes ergeben sich hier jedoch im Vergleich zum Gelegenheitsverkehr. Soweit auch hier Merkmale des Gelegenheitsverkehrs nicht gänzlich zutreffend erscheinen, so ist dies unschädlich, da § 2 VI PBefG gerade die Verfehlung (und nicht das Fehlen) typisierender Merkmale handhabt<sup>9</sup>:

Soweit hier typisierende Merkmale des Gelegenheitsverkehrs, hier des Taxenverkehrs, zwar verfehlt werden, da im Gegensatz die MOIA-Fahrzeuge sich nicht an einer behördlich zugelassenen Stelle bereithalten, sondern nach der Fahrt (mit kleinen Ausnahmen) zur Betriebsstätte zurückkehren müssen (vgl. Auflage Nr. 7 und Nr. 12 des Bescheides vom 25. April 2018) und den Fahrgast nicht zu einem bestimmten Ort, sondern lediglich zu einem virtuellen Haltepunkt in dessen Nähe befördern und eine Änderung des Beförderungsauftrages nach Antritt der Fahrt – soweit ersichtlich – nicht mehr möglich ist, indes in der Betrachtung den gesetzlichen Vorgaben für den Verkehr mit Taxen ge-

<sup>8</sup> NdsOVG, Urt. v. 19.09.2007 – 7 LC 208/04, openjur, dort Leitsatz vor Rn. 1.

<sup>9</sup> *Heinze/Fehling/Fiedler*, PBefG, Köln 2010, § 2 Rn. 53.

nügt. Das MOIA-Konzept verfehlt zwar diese gesetzlichen Vorgaben für den Verkehr mit Taxen, ist aber unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Vorschriften über den Taxenverkehr unbeachtlich, da dennoch die (individuelle) Beförderung von Personen zu variabel wählbaren Start- und Zielorten auch hier im Vordergrund steht. Dass hierbei der Start und das Ziel nicht metergenau vom Fahrgast selbst bestimmt werden können, schadet der Einordnung nicht, da diese Haltestellenwahl durch die große Anzahl an möglichen Orten (maximale Entfernung zweier virtueller Haltepunkte von 250 m!), eine fast ortsgenaue Beförderung entspricht.

In der Betrachtung dessen ist zumindest vorstellbar, dass als Rechtsgrundlage auch die §§ 2 VI, 13 IV, 47 PBefG in Frage kommen. Angemerkt sei zudem, dass ebenfalls zweifelhaft ist, ob es sich hier gerade um einen *Versuch* im Sinne des § 2 VII PBefG handelt oder nicht vielmehr die bereits vorhandene Verkehrsart lediglich – „*up to date*“ mit modernster Technik – modifiziert werden soll.

Gemessen an diesen Ausführungen ist festzustellen, dass zwar allein die Verwendung einer unzutreffenden Rechtsgrundlage zunächst keinen Drittschutz vermittelt. Dies gilt aber dann nicht, wenn die richtige Rechtsgrundlage weitere Voraussetzungen enthält, deren Inhalt subjektiv öffentliche Recht enthält, die im Genehmigungsverfahren wegen der irrigen Annahme und Anwendung einer anderen Vorschrift nicht geprüft worden sind. Gemessen hieran ist im Genehmigungsverfahren nicht geprüft worden, ob hier die speziellen öffentlichen Verkehrsinteressen des Taxengewerbes durch die Genehmigungserteilung beeinträchtigt werden, indem das Taxengewerbe in seiner Funktionsfähigkeit bedroht wird, § 13 IV 1 PBefG. In der Betrachtung der zu § 13 PBefG und des Taxenverkehrs insgesamt ergangenen Rechtsprechung<sup>10</sup> ist zu konstatieren, dass die Anforderungen an eine Beeinträchtigung im Rahmen des § 13 IV 1 PBefG niedriger als in den anderen Normen mit dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsbelange ist, da hierbei das Taxengewerbe unabhängig der anderen Verkehrsarten betrachtet und die Beeinträchtigung nur anhand dessen gewertet wird<sup>11</sup>. Soweit nun die Auswirkungen des MOIA-Konzeptes auf den Taxenmarkt in Hamburg in Rede stehen, sei bereits auf unsere Ausführungen im Schreiben vom 11. Juni 2018 und die obigen Ausführungen verwiesen.

---

<sup>10</sup> BVerfG, Urt. v. 8.6.1960 – 1 BvL 53/55, juris, Rn. 40; hierzu auch *Bauer*, PBefG, Köln 2010, § 13, Rn. 48f.

<sup>11</sup> BVerfG, a.a.O.

## 2.2 Rechtswidrigkeit der Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes

Die Feststellung der Genehmigungsfreiheit des Testbetriebes von MIOA ab dem vierten Quartal 2018 im Genehmigungsbescheid vom 25. April 2018 ist rechtswidrig, da auch hier gegen das Verbot der Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsbelange verstoßen wird.

Gemäß § 10 PBefG entscheidet die für den Sitz des Unternehmen (von der Landesregierung bestimmte) zuständige Behörde bei Zweifeln darüber, ob eine Personenbeförderung den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes unterliegt oder welcher Verkehrsart oder Verkehrsform ein Verkehr zugehört.

Hier haben Sie aufgrund von § 1 II Nr. 1 PBefG die Genehmigungspflichtigkeit des Testbetriebes verneint. Demnach unterliegen Beförderungen mit Personenkraftwagen, bei denen das Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht übersteigt, nicht den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes. Ausweislich der Gesetzesbegründung und Auslegung der Vorschrift sollen hiermit lediglich reine Gefälligkeitfahrten<sup>12</sup> (etwa Fahrgemeinschaften zur Arbeit) erfasst werden. Fahrten, bei denen es sich nicht um Gefälligkeitfahrten handelt, können deshalb nicht allein mit der Begründung der fehlenden Entgeltlichkeit der Ausnahmeregelung des § 1 II Nr. 1 PBefG unterworfen werden<sup>13</sup>. Zudem kann hier die Testphase nicht unabhängig vom genehmigten Betrieb ab dem 1. Januar 2019 betrachtet werden, da diese untrennbar zusammen hängen der kurzzeitige Testbetrieb unmittelbar in den darauffolgenden Regelbetrieb übergeht. Denn nach Ihrer Auffassung handelt es sich bei dem MOIA-Konzept um die Erprobung einer neuen Verkehrsart (§ 2 VII PBefG), so dass sich der Testbetrieb als Versuch eines Versuches darstellen würde, was konzeptionell vom Personenbeförderungsgesetz überhaupt nicht vorgesehen ist, da der § 2 VII PBefG gerade den rechtlichen Rahmen einer Testphase vorgibt.

Somit stellt sich auch die als Testphase deklarierte Personenbeförderung als genehmigungspflichtig dar. Die Genehmigungspflicht folgt dabei zumindest aus § 2 VII PBefG. Demnach geht bereits mit der Testphase eine Beeinträchtigung des öffentlichen Verkehrsinteresses einher:

---

<sup>12</sup> NdsOVG, Beschl. v. 30.11.1995 – 7 M 6279/95, juris, Rn 5; VG Augsburg, Urt. v. 4.8.2009 – Au 3 K 08.1669, juris, Rn. 32.

<sup>13</sup> *Bauer*, PBefG, Köln 2010, § 1, Rn. 8 m.w.N.

Die Interessen des öffentlichen Verkehrs werden mit der Testphase beeinträchtigt, da hierdurch eine genehmigungspflichtige Personenbeförderung, die im erheblichen Maße den öffentlichen Verkehr berühren wird, eingeleitet wird und sich diese – wie oben gezeigt – als Beeinträchtigung darstellt. Für die Testphase gilt dies insbesondere im Hinblick darauf, dass die Kosten für eine Personenbeförderung in der Testphase noch deutlich unterhalb der im Regelbetrieb angesetzten Beförderungsentgelte liegen.

### 2.3 Rechtsverletzung

Durch die Genehmigung des MOIA-Betriebes ab dem 1. Januar 2018 und der Feststellung der Genehmigungsfreiheit der Testphase ab dem vierten Quartal 2018 wird der Widerspruchsführer in seinen ihn schützenden Rechten verletzt.

### 3 Kosten und Heranziehung des Bevollmächtigten

Im Abhilfe- bzw. Widerspruchsbescheid ist zudem gemäß § 72, § 73 III 3 VwGO eine Grundentscheidung über die Kostenlast des Verfahrens zu treffen (Kostengrundentscheidung). Sodann ist gemäß § 80 III 2 HmbVwVfG über die notwendige Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren zu entscheiden. Darauf aufbauend sind gemäß § 80 III 1, § 80 II HmbVwVfG die Gebühren eines beauftragten Rechtsanwalts zur Erstattung festzusetzen, wenn dessen Hinzuziehung notwendig war<sup>14</sup>. Ob die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig gewesen ist, muss danach beurteilt werden, ob ein durchschnittlich vernünftiger Bürger mit gleichem Bildungs- und Erfahrungsstand wie der Widerspruchsführer ebenfalls einen Anwalt zur Vertretung herangezogen hätte<sup>15</sup>. Notwendig ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts danach nur dann, wenn es dem Beteiligten nach seinen persönlichen Verhältnissen und wegen der Schwierigkeit der Sache nicht zuzumuten war, das Vorverfahren selbst zu führen<sup>16</sup>. Die Höhe der dann festzusetzenden Anwaltsgebühren richtet sich nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz. Dort ist von dem Gegenstandswert auszugehen, der sich in Fällen der vorliegenden Art wiederum nach dem gerichtlichen Streitwert gemäß § 23 I 1, 3 RVG i. V. m. § 52 I GKG richtet.

Im vorliegenden Fall ist die Heranziehung eines Rechtsanwalts notwendig gewesen. Maßgebend ist insofern, dass es sich hier um Rechtsfragen Personenbeförderungswesen handelt, deren Kenntnis von einem Bürger nicht verlangt werden kann und deren Auslegung auch nur unter Kenntnis der ein-

---

<sup>14</sup> Vgl. erst jüngst wieder BVerwG, Urt. v. 15.11.2007 – 2 C 29/06, NVwZ 2008, 324.

<sup>15</sup> VG Hamburg, Urt. v. 1.12.2017 – 19 K 2583/16, juris, Rn. 25.

<sup>16</sup> BVerwG, Beschl. v. 2.7.2014 – 6 B 21/14, juris, Rn. 7.



schlägigen Rechtsprechung – wobei die Anmerkung erlaubt sei, dass diese im Bereich des Personenbeförderungsrechtes nur unzureichend vorhanden ist – möglich ist. Das gilt insbesondere mit Blick auf die drittschützende Wirkung der im Personenbeförderungsgesetz häufiger vorkommenden Begriffsverwendung des *öffentlichen Verkehrsinteresses* sowie die Begründung des Vorliegens einer dahingehenden Beeinträchtigung und Zuvorderst die Einordnung des MOIA-Konzeptes in eines der vorhandenen Beförderungsvarianten.

#### 4 Einholung eines Sachverständigengutachten

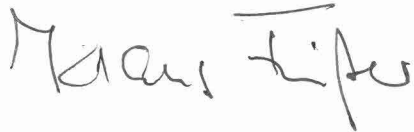
Soweit aus den Ausführungen ersichtlich wird, dass eine Beeinträchtigung des öffentlichen Verkehrsinteresses durch den Test- und den Normalbetrieb offensichtlich ist, so ist zur Klärung der Auswirkungen bzw. auch hinsichtlich des Erlasses weiterer einschränkender Nebenbestimmungen die Einholung eines Sachverständigengutachten erforderlich. Die Feststellung der Beeinträchtigung nach zweijähriger Betriebsphase ist hingegen ungeeignet, den übrigen am Markt tätigen Beförderungsunternehmen und -gruppierungen einen hinreichenden Schutz zu gewährleisten, da deren Beeinträchtigung mit Beginn der Testphase einsetzen wird. Soweit nun auch der ausdrückliche Wortlaut der Vorschrift davon ausgeht, dass eine Genehmigung nicht zu erteilen ist, wenn eine Beeinträchtigung öffentlicher Verkehrsinteressen vorliegt, so ist – wie Sie geplant haben – eine Bewertung im Nachhinein überflüssig, da in dem Zeitpunkt des Beginns der Genehmigungsnutzung die Beeinträchtigung bereits eingesetzt hat.

### III Weiteres Verfahren

Sollten Sie in Anlehnung an unsere Ausführung nunmehr zu dem Ergebnis gelangen, dass der Widerspruchsführer widerspruchsbefugt ist, sei angemerkt, dass sein Widerspruch vom 7. Mai 2018 aufschiebende Wirkung entfaltet. Sollten Sie weiterhin die Auffassung vertreten, dass dem nicht so ist, fordern wir Sie zu einer zügigen und rechtsmittelfähigen Entscheidung über den Widerspruch auf, so dass die Frage der Zulässigkeit und Begründetheit des Widerspruches alsbald einer gerichtlichen Klärung zugeführt werden kann. Zudem behalten wir uns vor, rechtzeitig vor Aufnahme des Testbetriebes um einstweiligen Rechtsschutz beim Verwaltungsgericht nachzusuchen.

Daneben behalten wir uns vor, gegebenenfalls selbst ein Gutachten zur Frage der Auswirkungen von MOIA in Auftrag zu geben, um insbesondere vor Gericht die Beeinträchtigung darzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink that reads "Klaus Füßer". The signature is written in a cursive style with a horizontal line above the "Füßer" part.

Klaus Füßer  
Rechtsanwalt