



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 137/15

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Gadenne auf die mündliche Verhandlung vom 20. Januar 2016 am 18. Februar 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der weitergehende Akteneinsichtsantrag der Antragstellerin, gerichtet auf die Einsicht in den vollständigen Betreibervertrag, wird zurückgewiesen.

3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

### Gründe:

#### I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausschließlich mit der Beigeladenen (Bg) hinsichtlich der geplanten Erweiterung der LKW-Maut auf alle Bundesstraßen ab dem 1. Juli 2018 durch („MaB40K“).

Die Bg erbringt auf der Basis eines am 20. September 2002 geschlossenen „*Vertrags über die Erhebung von Maut für die Benutzung von Bundesautobahnen durch schwere LKW und die Errichtung und den Betrieb eines Mautsystems zur Erhebung von Autobahnmaut für schwere LKW*“ Leistungen und Lieferungen im Zusammenhang mit der LKW-Maut. Den ursprünglichen Zuschlag hatte ein Konsortium, bestehend aus den Gesellschaftern der Bg, erhalten. Die Bg ist dem Vertrag als Projektgesellschaft 2004 beigetreten.

Eine LKW-Mautpflicht besteht nach dem „*Gesetz über die Erhebung von streckenbezogenen Gebühren für die Benutzung von Bundesautobahnen und Bundesstraßen*“ (Bundesfernstraßenmautgesetz – BFStrMG), das die Rechtsgrundlage für die Erhebung von Maut darstellt, bislang ausschließlich für die Benutzung von Autobahnen sowie für bestimmte Arten von Bundesstraßen, die in § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BFStrMG näher definiert werden (insbesondere mindestens zweispuriger Ausbau in jede Fahrtrichtung, vgl. lit. c) der Norm). Das nach diesen gesetzlichen Vorgaben derzeit von der LKW-Maut erfasste Streckennetz beläuft sich auf ca. 12.000 Kilometer Autobahn und auf ca. 1.100 Kilometer Bundesstraßen. Die Leistungen bzw. Lieferungen, auf die sich die aktuellen Verhandlungen zwischen Ag und Bg beziehen, haben die Erweiterung der LKW-

Maut auf sämtliche Bundesstraßen zum Gegenstand, was einem zusätzlichen Streckennetz von ca. 37.000 Kilometern entspricht.

Die Ag begründet die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb laut der Anlage „Vergabevorbereitung“ zum Vergabevermerk vom 29. September 2015 wie folgt:

*„Es ist Leistungsgegenstand des Auftrags, das bestehende satellitengestützte Mautsystem für LKW auf Autobahnen auf Bundesstraßen zu erweitern und entsprechend vorzurüsten. Der Bestimmung des zu beschaffenden Leistungsgegenstandes liegt neben der Wahl der Technik des Mautsystems vor allem die Schaffung der Voraussetzungen für die Erhebung der Maut auf Bundesstraßen mittels eines einheitlichen Mautsystems zugrunde. Ziel ist die Errichtung eines einheitlichen Mautsystems für Autobahnen und Bundesstraßen.*

*Damit bestimmt das BMVI, dass insbesondere auf der Grundlage des bereits bestehenden Mautsystems für LKW auf Autobahnen ein Mautsystem auf Bundesstraßen errichtet werden soll, das bestehende Systemkomponenten nutzt und wo notwendig erweitert (Leistungsbestimmungsrecht des BMVI!).*

*Der bestehende Betreibervertrag zum Mautsystem für LKW auf Bundesautobahnen sichert der Toll Collect eine Reihe von Ausschließlichkeitsrechten zu, die im Zusammenhang mit der Entwicklung, der Errichtung und dem Betrieb des Mautsystems entstanden sind. Toll Collect hält das alleinige Eigentum an den Anlagen und Einrichtungen des Mautsystems. Die Ausschließlichkeitsrechte der Toll Collect beschränken sich nicht auf das Eigentum an Anlagen und Einrichtungen des Mautsystems. Der Betreibervertrag sichert Toll Collect darüber hinaus auch gewerbliche Schutzrechte zu. Im Ergebnis ist Toll Collect nach den Bestimmungen des Betreibervertrags ausschließliche Inhaberin verschiedener Schutzrechte an Patenten, Software und bestehenden Datenbanken.*

*Die Toll Collect kann aufgrund dieser Ausschließlichkeitsrechte den Zugriff Dritter auf die anpassungsbedürftigen Bestandskomponenten zur Erweiterung des Mautsystems untersagen und hat sich auch bereits dahingehend geäußert, dass [...].*

*Dies führt dazu, dass aufgrund bestehender Ausschließlichkeitsrechte sowie gewerblicher Schutzrechte nur die Toll Collect GmbH in der Lage ist, die erforderlichen Weiterentwicklungs- und Erweiterungsleistungen an dem bestehenden Mautsystem vorzunehmen (siehe auch Gutachten Müller-Wrede vom 07.07.2015).*

*Damit liegen auch aus Sicht der SeV [Anm. d. Kammer: Servicestelle Vergabe des BMVI] die Voraussetzungen vor, ein Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 3 EG Abs.4 lit. c) VOL/A durchzuführen.“*

In Bezug auf die Eignung der Bg führt der Vermerk – soweit die Bg diesbezüglich keine Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht hat – aus:

*„Zweifel an der Zuverlässigkeit des vorgesehenen Auftragnehmers Toll Collect GmbH könnten darin bestehen, dass in einem Schiedsverfahren der Bundesrepublik Deutschland gegen die Toll Collect GmbH Vertragsverstöße im Rahmen des Auftrags über den Betrieb der Mauterhebung geltend gemacht wurden. Bei der Beurteilung der Eignung könnten negative Erfahrungen auch aus laufenden Vertragsverhältnissen berücksichtigt werden.*

*Das Mautsystem ist zwar erst mit 16 monatiger Verspätung - und dann zunächst mit eingeschränkter Funktionalität in Betrieb genommen worden, allerdings liegt dies über 12, bzw. 11 Jahre zurück. Seither sind die Mauterhebung, bzw. entsprechende technische Ausweitungen ohne Verzögerungen der vertraglich vereinbarten Termine erfolgt. Dies zeigt, dass aus der damaligen Verzögerung der Inbetriebnahme im Jahr 2003 kein Rückschluss auf eine heutige fehlende Eignung der TC-Unternehmen gezogen werden kann.*

(...)

*Entsprechend hält der Bedarfsträger eine negative Eignungsprognose für die jetzt zu vergebende Leistung nicht für gerechtfertigt.*

*Außerdem ist festzustellen, dass selbst bei möglichen Leistungsstörungen die länger zurückliegen, aufgrund geltender vergaberechtlicher Bestimmungen ein Ausschluss eines Unternehmens vom Vergabeverfahren nicht gerechtfertigt ist.*

*So sieht § 7 EG Abs.2 lit.d und Abs. 3 lit.a VOJA für die Beurteilung der Eignung anhand der Unternehmensumsätze und der Referenzen einen Betrachtungszeitraum von grundsätzlich drei Jahren vor.*

*Nach Art. 57 Abs. 7 S. 3 der bereits in Kraft getretenen RL 2014/24/EU gilt zudem ein längstmöglicher Zeitraum für den Ausschluss von Unternehmen mangels Eignung bei zwingenden Ausschlussgründen von fünf und bei fakultativen Ausschlussgründe von drei Jahren.*

*Damit erfüllt auch aus Sicht der SeV die Toll Collect GmbH die vergaberechtlichen Eignungsanforderungen.“*

Der Betreibervertrag (im Folgenden „BV“) enthält in Bezug auf die Rechteverteilung zwischen den Vertragspartnern während der Vertragslaufzeit sowie nach dessen Beendigung folgende Regelungen („Projektgesellschaft“ bezeichnet dabei die dem BV beigetretene Bg; „AN“ die im ursprünglichen Vertrag bezuschlagte Bietergemeinschaft):

[...]

Zwischen den Vertragsparteien wurde am 11. Dezember 2014 eine Vertragsvereinbarung zur Verlängerung des BV über den 31. August 2015 hinaus mit (auszugsweise) folgendem Inhalt geschlossen:

[...]

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. Dezember 2015 rügte die Antragstellerin (ASt) die beabsichtigte Vergabe von Dienstleistungen für die Erfassung und Abrechnung der LKW-Maut auf allen Bundesstraßen an die Bg. Die Bundesregierung habe am 29. Oktober 2015 öffentlich erklärt, dass ein Vergabeverfahren eröffnet worden sei (BT-Drs. 18/6506). Die beabsichtigte Beschaffung stelle aufgrund ihres Umfangs eine wesentliche Erweiterung des ursprünglichen Auftrags um bislang nicht vorgesehene Dienstleistungen dar, so dass ein eigenständiger öffentlicher Auftrag vorliege. Es sei anzunehmen, dass sich die Ag zur Begründung des von ihr gewählten Verfahrens auf den – eng auszulegenden – § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A stützen werde. Dieser greife jedoch nicht durch. Denn es fehle vorliegend an einer Ausschließlichkeitsstellung der Bg, da sich auch andere Unternehmen an das System der Bg anschließen bzw. dieses ganz oder teilweise übernehmen könnten. Außerdem sei die Bg kartell- und patentrechtlich verpflichtet, ihr System anderen Anbietern zur Verfügung zu stellen. Die Ag müsse zudem berücksichtigen, dass sie die vermeintliche Alleinstellung der Bg erst ermöglicht und gezielt gefördert habe. Darüber hinaus sei die Bg auch ungeeignet für die Auftragsausführung. Da weiterhin zwischen ihr und der Ag Rechtsstreitigkeiten in Form von Schiedsverfahren u.a. wegen nachhaltiger Schlechtleistung bei der Einführung des Mautsystems geführt würden, sei es widersprüchlich, der Bg nochmals eine lukrative Vertragserweiterung zukommen zu lassen. Jedenfalls sei die Eignungsprüfung der Ag offenbar nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Die ASt setzte der Ag eine Frist zur Beantwortung ihrer Rüge bis einschließlich 21. Dezember 2015, 10.00 Uhr.

Die Ag hat den Eingang der Rüge mit einer an die Verfahrensbevollmächtigte der ASt gerichteten Email vom 18. Dezember 2015 bestätigt, eine inhaltliche Reaktion auf die Rüge im Sinne einer Nichtabhilfemitteilung erhielt die ASt von der Ag nicht.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23. Dezember 2015 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes, welcher der Ag durch die Kammer am selben Tag gemäß § 115 Abs. 1 GWB übermittelt wurde. Gegenstand

des Nachprüfungsantrags ist die nach dem Vortrag der ASt geplante Beauftragung der Bg durch die Ag ohne wettbewerbliches Vergabeverfahren mit Lieferungen und Leistungen zur Einführung (technische Vorbereitung für eine Erfassung und Abrechnung) sowie zur Umsetzung einschließlich der Betreiberleistung der LKW-Maut auf allen, bislang nicht von der Maut erfassten deutschen Bundesstraßen.

- a) Die ASt legt zunächst die Historie der LKW-Maut in Deutschland dar, vom erstmaligen Abschluss des BV zwischen der Ag und den Gesellschaftern der Bg am 20. September 2002 über die Ausdehnung des BV auf 1.100 km vierstreifig ausgebaute Bundesstraßen (vgl. Bekanntmachung über vergebene Aufträge vom 21. Januar 2015 im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 21. Januar 2015, 2015/S 014-021751), der Erweiterung des BV auf Fahrzeuge größer/gleich 7,5 t zGg [zulässiges Gesamtgewicht] (vgl. Bekanntmachung über vergebene Aufträge vom 2. Januar 2015 im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 2. Januar 2015, 2015/S 001-001066) sowie auf die zeitliche Verlängerung des BV um drei weitere Jahre (vgl. Bekanntmachung über vergebene Aufträge vom 2. Januar 2015 im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 2. Januar 2015, 2015/S 001-000947). Diese Erweiterungen wurden sämtlich nicht mit Vergabenachprüfungsverfahren angegriffen.
- aa) Zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsbegehrens trägt die ASt vor, das Kartellvergaberecht finde Anwendung. Auch wenn lediglich der bereits bestehende BV inhaltlich abgeändert werden sollte, so handle es sich nach den durch den Europäischen Gerichtshof aufgestellten Kriterien aufgrund der Wesentlichkeit der Erweiterung um eine Neuvergabe: Der geschätzte Auftragswert liege wertmäßig im dreistelligen Millionenbereich, das von der Maut erfasste Streckennetz erhöhe sich durch die Erweiterung von derzeit ca. 13.000 Kilometern auf ca. 50.000 Kilometer. Neben der neuen Erfassung sämtlicher Bundesstraßen wolle die Ag auch die gesamtheitliche technische Ertüchtigung des Systems beschaffen. Faktisch stelle sich der Beschaffungsvorgang daher als vollständig neue Erstellung eines Mautsystems dar. Auch bei der von der Bg durchzuführenden Ertüchtigung müssten etwa die Hälfte der älteren Fahrzeuggeräte ausgetauscht werden. Das zentrale System der Bg müsse ebenfalls an das höhere Betriebsdatenaufkommen angepasst werden; hinzu kämen Ergänzungen in

der Kontrollinfrastruktur, da diese allenfalls eingeschränkt auf Bundesstraßen anwendbar seien.

Die streitgegenständliche Beschaffung erscheine daher wirtschaftlich als separater Auftrag, so dass es sich unstreitig um einen öffentlichen Auftrag handle. Der Auftrag sei auch nicht als eine nach derzeit noch geltendem Recht dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts entzogene Dienstleistungskonzession anzusehen. Vieles spräche bereits dafür, dass der Anteil der Lieferleistungen überwiege. Aber auch unabhängig davon seien die Voraussetzungen der Dienstleistungskonzession nicht gegeben, da die Ag – was für die Dienstleistungskonzession nötig sei – ihrem Vertragspartner weder Nutzungsrechte übertrage noch eine Entgeltzahlung durch Dritte erfolge, insbesondere auch nicht in Form einer Durchleitung vereinnahmter Mautbeiträge. Ebenso wenig trage die Bg das Betriebsrisiko, da sie in keiner Weise dem Risiko des Ausfalls der Mautschuldner ausgesetzt sei.

Die nach § 107 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis der ASt liege ebenfalls vor. Die ASt sei als Anbieterin von intelligenten Verkehrsmanagementsystemen auch bei der Mauterhebung tätig und habe durch ihre Rüge sowie durch die Stellung des Nachprüfungsantrags deutlich gemacht, dass sie sich bei Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens hieran beteiligt hätte, mithin Interesse am Auftrag habe. Der Schaden der ASt liege darin, dass ihr infolge der Unterlassung eines wettbewerblichen Verfahrens die Chance genommen werde, ein Angebot im Wettbewerb abzugeben.

Sie mache auch nicht nur vorbeugend befürchtete Fehler der Ag geltend, sondern wende sich gegen Vergaberechtsverstöße durch die Aufnahme konkreter Vertragsverhandlungen mit der Bg – die nicht erst begonnen hätten, sondern unstreitig bereits weit gediehen seien – sowie durch die Absicht, die Bg direkt zu beauftragen. Es sei kein formelles, sondern ein materielles Verständnis des Vergabeverfahrens zugrunde zu legen. Im Übrigen habe die Bundesregierung die Einleitung eines Vergabeverfahrens am 29. Oktober 2015 selbst öffentlich erklärt.

Trotz der Entbehrlichkeit der Rüge bei De-facto-Vergaben, § 107 Abs. 3 S. 2 GWB, habe die ASt mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 gleichwohl gerügt, um größtmögliche Fairness walten zu lassen.

bb) Der Nachprüfungsantrag sei wegen des Verstoßes gegen § 3 EG Abs. 1 S. 1, 2 VOL/A begründet, weil kein Ausnahmefall für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vorliege und die Bg darüber hinaus für die streitgegenständliche Auftragsausführung als ungeeignet anzusehen sei.

(1) Die restriktiv auszulegenden Ausnahmevoraussetzungen von § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A, wonach eine Direktvergabe möglich sei, seien vorliegend nicht erfüllt:

- Zwar könne es richtig sein, dass die Bg – wie von der Norm vorausgesetzt – über gewerbliche Schutzrechte am Mautsystem verfüge. Die Existenz von Schutzrechten unterstellt, fehle es allerdings an der zweiten Voraussetzung, wonach das direkt zu beauftragende Unternehmen Monopolist in Bezug auf die zu erbringende Leistung sein müsse. Der Bg käme nämlich keine Ausschließlichkeitsstellung zu, weil es auch anderen Anbietern möglich sei, die nachgefragten Leistungen zu erbringen, wenn sie das existierende Mautsystem von der Bg übernahmen, nutzten oder sich daran anschlössen. In technischer Hinsicht wäre die reine Erweiterung des bestehenden Systems aufgrund anderer Eigenschaften des Bundesstraßennetzes im Vergleich zum aktuell mautpflichtigen Straßennetz in den wenigsten Fällen möglich, so dass in technischer Hinsicht der Schwerpunkt auf den neuen Anforderungen des anzupassenden Systems liegen werde. Dabei sei ein Ersatz von Systemen und Teilsystemen trotz der technischen Möglichkeit in den meisten Fällen aus wirtschaftlicher Sicht nicht sinnvoll. In jedem Fall seien unabhängig von der Art der Umsetzung der Erweiterung (Systemerweiterung, Systemreform oder Systemersatz) andere Anbieter in der Lage, mit bestehenden alternativen Produkten etc. Errichtungs- und Betriebsleistungen zu erbringen. Die Zugangsvoraussetzungen seien durch den Inhaber bzw. Betreiber des jetzigen Systems zu schaffen, nämlich im Wesentlichen über die Offenlegung von Schnittstellen. Für die



automatische Erhebung benötige man Fahrzeuggeräte („*Front End*“), die durch unabhängige Mauttechniklieferanten in kurzer Zeit fertiggestellt sowie in der Folge in die zentralseitigen Prozesse integriert werden könnten, wozu die Bg die vorhandenen Schnittstellen offen legen müsse. Hierzu sei die Bg im Fall der Beauftragung eines Dritten durch die Ag auch verpflichtet. Was das Kontrollsystem für Bundesstraßen anbelange, so seien aufgrund der im Verhältnis zu Autobahnen anderen Infrastruktur weniger Kontrollbrücken, sondern vielmehr Lösungen mit mobilen (Kontrollfahrzeuge) oder portablen Einrichtungen (kleine, schnell montierbare Geräte) gefordert, die bereits auf dem Markt verfügbar seien. Diese infrastrukturseitigen Kontrolleinrichtungen könnten entweder direkt an die Kontrollzentrale der Bg angebunden sein oder die ASt könne eigene zentralseitige Systeme nutzen. Die Bg sei auch hier verpflichtet, die Schnittstellen offen zu legen, um z.B. Buchungs- und Erfassungsdaten dem Kontrollsystem eines unabhängigen Anbieters bekannt zu machen. Eventuell und abhängig von den konkreten Plänen der Ag sei für die Erweiterung der Mautpflicht auf alle Bundesstraßen die Ergänzung des manuellen Erhebungssystems erforderlich, was jedoch ebenfalls durch einen unabhängigen Anbieter möglich sei, nämlich entweder in Form der Lieferung und des Betriebs von Terminals gemäß einer durch die Bg offen zu legenden Schnittstellen- und Prozessspezifikation oder – wirtschaftlich vermutlich besser – durch Überlassung der Planung, Lieferung, Integration und Betrieb der Terminals am Netz der Bundesstraßen durch den unabhängigen Anbieter. Im Übrigen bedinge die Erweiterung des Mautsystems um 37.000 Kilometer nicht nur eine quantitative Erweiterung, sondern technische Veränderungen qualitativer Art, von denen eine Signalwirkung für die Folgesysteme der Zukunft auch nach Ablauf des BV in weniger als drei Jahren ausginge. Mitbewerber der Bg hätten bei Festlegung auf das System der Bg zum jetzigen Zeitpunkt einen uneinholbaren Nachteil in Bezug auf die Folgeaufträge gegenüber der Bg.

- Eine fehlende Realisierbarkeit des Auftrags durch Dritte könne die Ag der ASt ebenfalls nicht entgegen halten. Da die Mauterhebung auf allen Bundesstraßen einerseits offenbar erst ab Mitte 2018 erfolgen solle und

da andererseits angesichts der bereits gegebenen grundsätzlichen Verfügbarkeit von Basistechnologien etc. von einem Umsetzungszeitraum von 15 – 18 Monaten für unabhängige Anbieter zu rechnen sei, wäre auch die zeitliche Machbarkeit für andere Anbieter zu bejahen.

- Zwar seien die unabhängigen Anbieter für die Erbringung der geforderten Leistung auf die Offenlegung von Schnittstellen durch die Bg angewiesen. Die Bg sei aber verpflichtet, unabhängigen Bietern Zugang zu ihrem System zumindest in Form der Offenlegung von Schnittstellen zu gewähren und müsse daher sowohl die infrastruktureitigen Kontrolleinrichtungen wie auch die Terminals unabhängiger Bieter in ihr System einbinden. Von dieser – jedenfalls technischen – Möglichkeit sei offenbar auch die Ag ausgegangen, weil sie nach ihrem eigenen Vortrag bei ihren Ausgangsüberlegungen die mögliche Einschaltung eines Drittunternehmens anstelle der Bg in Betracht gezogen habe. Eine Verweigerung der Nutzung ihres Systems durch Dritte würde einen kartellrechtlich unzulässigen Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der Bg nach § 19 GWB und Art. 102 AEUV darstellen. Da die Bg alleiniger Betreiber des Mautsystems sei, sei sie keinem Wettbewerb ausgesetzt und damit nach § 18 Abs. 1 Nr. 1, 2 GWB marktbeherrschend, dies auf der Basis einer öffentlich-rechtlich eingeräumten Monopolstellung. Der betroffene sachlich relevante Markt sei die Errichtung und der Betrieb von Mauterfassungssystemen, ggf. unterteilt in weitere Teilmärkte. In räumlicher Hinsicht sei der Markt auf Deutschland beschränkt, weil durch die spezifischen Anforderungen der Ag, die rechtlichen Rahmenbedingungen sowie den politischen Gegebenheiten keine homogenen Wettbewerbsbedingungen zu den benachbarten Gebieten gegeben seien. Dies entspreche auch der Entscheidungspraxis der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes (vgl. z.B. Entscheidung der 7. Beschlussabteilung vom 24. Mai 2013, B7-30/07-1). Das Mautsystem stelle auch eine Einrichtung i.S.v. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB dar, auf das die infolge der Erweiterung zusätzlich notwendig werdenden Erfassungs- und Kontrolleinrichtungen sowie Terminals aufsetzen müssten, da ein vollständig vom bisherigen System separiertes System nicht sinnvoll sei. Ohne Mitbenutzung des Systems der Bg sei

unabhängigen Anbietern der Zugang zum nachgelagerten Markt, z.B. für die spätere Erbringung von Mautkontrolldienstleistungen, nicht möglich. Dass die ASt primär den Zugang zu Schutzrechten begehre, sei für den kartellrechtlichen Zugangsanspruch unschädlich. Die Ag verkenne im Übrigen das Tatbestandsmerkmal „*nachgelagerter Markt*“ des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB, wenn sie vortrage, dass die ASt auf gleicher Ebene wie die Bg tätig werden wolle, was § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht erfasse. Denn das Merkmal solle nur verhindern, dass der Zugangspetent dem Betreiber lediglich Wettbewerb in Form des reinen Resellings mache. Vorliegend wolle die ASt gegenüber der Bg in einen echten Systemwettbewerb treten. Auch müsse die ASt der Bg vor Geltendmachung des kartellrechtlichen Zugangsanspruchs kein Angebot über ein angemessenes Entgelt für die Lizenzgewährung unterbreiten, bevor die Kammer inzident über den Anspruch entscheiden könne. Das Kartellrecht sei auch nicht deshalb unanwendbar, weil die Bg in die hoheitliche Aufgabe der Mauterhebung eingebunden sei; denn es gehe hier um die technische Erweiterung des Bestandssystems und nicht um dessen Betrieb im Rahmen der Beleihung. Das Interesse der Bg, das System ausschließlich selbst nutzen zu wollen, müsse folglich zurücktreten, zumal es nicht um den Einsatz des für Bundesautobahnen errichteten Bestandssystems, sondern vielmehr um einen gänzlich neuen Bereich, den der Bundesstraßen, gehe.

- Unabhängig von der Pflicht der Bg zur Gewährung eines Systemzugangs z.B. über Schnittstellenoffenlegung dürfe die Ag auch deshalb nicht das Verfahren nach § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A wählen, weil die Grenzen der grundsätzlich gegebenen Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers bezüglich des Beschaffungsgegenstandes von ihr nicht eingehalten worden seien. Die erneute Direktvergabe an die Bg diskriminiere andere Wirtschaftsteilnehmer, da die Ag durch ihre jahrelange Vergabepaxis, die durch unablässiges Nachgeben gegenüber der Bg gekennzeichnet sei, erst zur Entstehung des vermeintlichen Alleinstellungsmerkmals beigetragen habe. Der ursprünglich im Jahr 2002 wettbewerblich vergebene Liefer- und Dienstleistungsauftrag sei über einen Forschungs- und Entwicklungsauftrag im Jahr 2004 in einen Monopolauftrag für die Bg verfremdet worden; in 2014 sei diese Praxis zugunsten der Bg durch

mehrere stufenweise Direktvergaben (Erweiterungen auf 1.100 km Bundesstraßen und auf leichtere LKW ab 7,5 t zGG, Vertragsverlängerung um drei Jahre bis 2018) fortgeführt worden.

- Die Bemühungen der Ag, ein vermeintliches Alleinstellungsmerkmal künstlich zu schaffen, könnten auch nicht mit angeblichen Kompatibilitätsproblemen zu den Systemen von Drittunternehmen begründet werden. Die von Ag und Bg behaupteten Gefahren der Störung eines geordneten Betriebsablaufs und in der Folge für die Bg unbeherrschbarer Haftungsrisiken seien durch nichts belegbar. Für eine – auch von der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannte – Berufung auf derartige Schnittstellenproblematiken müsste die Ag zunächst tatsächlich existierende Gründe darlegen. Die Ag behaupte vorliegend lediglich, dass Kompatibilitätsrisiken bestünden, ohne konkrete Risiken bei einer Verbindung unterschiedlicher (Teil-)Mautsysteme zu benennen. Mit dieser unspezifischen Pauschalbehauptung könne die Ag jedoch nicht die produktspezifische Zuschneidung auf das Mautsystem der Bg rechtfertigen. Irrelevant sei, dass unbestritten das Mautsystem generell ein komplexes System darstelle; dies entbinde die Ag jedoch nicht von der Verpflichtung darzulegen, in welcher konkreten Form anerkannte und gravierende technische Gründe gegen eine Verbindung von Systemen unterschiedlicher Unternehmen sprächen. Dies könne die Ag auch nicht, denn die von ihr behaupteten Probleme lägen tatsächlich nicht vor. Dritte seien ohne weiteres in der Lage, Lösungen und Prozesse für die Mauterhebung einzurichten und über definierte Schnittstellen mit dem Bestandssystem zu verbinden, ohne dass Kompatibilitätsprobleme einträten. Ebenso wenig bestünden Ausfallrisiken. Die Beispiele der Mauterhebung in Österreich und der Schweiz durch jeweils eine Mehrzahl unterschiedlicher Unternehmen belegten diese Einschätzung der ASt.
- Die ASt verlange gar nicht, die Einheitlichkeit des bestehenden Systems aufzugeben. Ein funktionseinheitliches Mautsystem könne jedoch auch von einer Mehrzahl von Unternehmen unter Einbindung verschiedener Leistungen, Dienste und Komponenten eingerichtet oder erweitert werden. Daher sei auch die Befürchtung der Ag verfehlt, die ASt wolle

mehrere OBUs in die Fahrerhäuser der LKWs einbauen lassen. Die Bg selbst etwa unterstütze technologisch das österreichische Mautsystem, so dass eine Vereinheitlichung von Systemkomponenten auch im Verhältnis zu Dritten offenbar möglich sei. Dies müsse auch bei der hier streitgegenständlichen Erweiterung Berücksichtigung finden.

- Auch der Deutsche Bundesrat habe eine technologieoffene Prüfung hinsichtlich der Ausweitung der LKW-Maut auf alle Bundesstraßen gefordert; auch habe die Bundesregierung mitgeteilt, dass das Vergaberecht Anwendung finde, wenn ein privater Dritter mit der Mauterhebung beauftragt werde. Die Umsetzung dieser Forderungen bzw. Einschätzungen fordere die ASt ein.
- Die Ag blende bei der Definition ihres Beschaffungsbedarfs auch die europarechtlichen (Richtlinie 2004/52/EG) und die nationalen Rechtsvorschriften über die Einrichtung elektronischer Mautsysteme (Mautsystemgesetz) aus. Die von der Ag aufgestellten Anforderungen an das erweiterte System (Satellitenortung, Einheitlichkeit des Mautsystems, Kompatibilität) würden bereits in den entsprechenden Normen (vgl. etwa §§ 2, 25 Abs. 2 MautSystG) Niederschlag finden und seien schon aus diesem Grund von allen Anbietern verpflichtend zu gewährleisten. Analog zu betrachtende Entscheidungen des EuG (z.B. Urt. v. 17. September 2007, T-201/04) verfolgten ebenfalls das Ziel der Interoperabilität von IT-Systemen.
- Die von der Ag im Nachgang zur mündlichen Verhandlung ausschnittsweise vorgelegten bzw. zitierten Regelungen des BV belegten, dass sie durchaus vertragliche Möglichkeiten zur Verfügung gehabt hätte, sich die Eigentums- und Schutzrechte am Mautsystem zu sichern, um die streitgegenständliche Vergabe dem Wettbewerb zuführen zu können. Gemäß [...] des BV hätte die Ag vor der (optionalen) Verlängerung des BV den Rückfall der Rechte auslösen und die Übertragung der Anlagen und Einrichtungen zum 31. August 2015 von der Bg verlangen können. In diesem Fall hätten der Ag auch alle gewerblichen Schutzrechte [...] zugestanden [...]. Anschließend hätte die Ag als Rechteinhaberin die

Mauterweiterung vergaberechtskonform im Wettbewerb ausschreiben können. Die Ag agiere missbräuchlich, wenn sie die hier streitgegenständliche Systemaufrüstung für den 2018 neu zu vergebenden Betrieb noch von der alten Auftragnehmerin erbringen lasse, obwohl ihr das Gesamtsystem unmittelbar zu Beginn der Betreiberleistung ohnehin zufalle werde.

- Die Ag hätte zudem die Möglichkeit gehabt, die Call-Option gemäß [...] auszuüben Auch in diesem Fall [...] hätten der Ag neben dem Eigentum am System alle Rechte zur Verfügung gestanden. Um Wettbewerb herstellen zu können, sei die Ag jedenfalls verpflichtet, die Call-Option auszuüben statt sich auf (überwindbare) Ausschließlichkeitsrechte zu berufen. Die Direktbeauftragung der Bg sei daher keineswegs so alternativlos gewesen, wie von der Ag behauptet. Die Übertragung der Rechte auf die Ag durch die Ausübung der Call Option würde auch keine gravierenden Nachteile für sie mit sich bringen. Die Übernahme der Bg führe dazu, dass das gesamte System einschließlich aller Mitarbeiter auf die Ag übergehe. Drohende Mautausfälle, wie sie die Ag vorgeblich befürchte, seien daher nicht zu erwarten. Sie wäre lediglich rechtlich für den Betrieb verantwortlich, in technischer Hinsicht liefere der Betrieb schlicht weiter. Im Übrigen bestreite die ASt mit Nichtwissen, dass die Gesellschafter des BV bzw. die Bg [...] für die Mautnahmen hafteten. Ebenfalls mit Nichtwissen bestreite sie, dass bei (frühestmöglicher) Inanspruchnahme der Call-Option zum [...] und Durchführung eines entsprechenden Vergabeverfahrens nicht vor dem Mai 2019 – so die Berechnungen der Ag – mit der Aufnahme des Wirkbetriebs eines alternativen Systems auf allen Bundesstraßen zu rechnen sei.
- Dieser Möglichkeiten sei sich die Ag während der gesamten Vertragslaufzeit auch bewusst gewesen. Schon aus den Antworten der Bundesregierung zu einer kleinen Anfrage vom 19. Oktober 2012 (BT-Drs. 17/11098) gehe hervor, dass die Ag Beratungsleistungen zu einer Anschlussregelung nach dem regulären Auslaufen des Vertrages zum 31. August 2015 beauftragt habe und dabei auch von der Möglichkeit der Neuvergabe des gesamten Mautsystems ausgegangen sei. Die Ag sei

offenbar auch nicht erst seit dem Koalitionsvertrag vom 27. November 2013, welcher die Ausweitung der Mautpflicht thematisiert habe, davon ausgegangen, dass zukünftig alle Bundesstraßen mautpflichtig werden sollten. Vielmehr habe die Ag bereits im Dezember 2012 mit der Bg eine Korrespondenz über Ausschließlichkeitsrechte geführt. Auch habe die Ag ausweislich des Vergabevermerks die Schätzung des streitgegenständlichen Auftragswerts aufgrund einer „*Analyse potentieller Erhebungskonzepte*“ vom 22. November 2013 und damit schon vor dem Koalitionsvertrag vorgenommen. Ein akuter Beschaffungsdruck durch eine überraschende Wendung aufgrund der im Koalitionsvertrag vorgesehenen Ausweitung der Mautpflicht sei daher nicht ersichtlich. Es sei vielmehr zu vermuten, dass die Ag die Ertüchtigung des Mautsystems mit der Bg bereits geplant habe als sie sich entschieden habe, nicht die Call Option, sondern vielmehr die Verlängerungsoption zu ziehen. Denn der Bundesminister für Verkehr und Infrastruktur habe nur neun Tage nach der Ankündigung der Ausweitung der Maut auf alle Bundesstraßen auch die Verlängerung des BV mit der Bg publik gemacht. Dieser enge zeitliche Zusammenhang belege, dass es der Ag von Anfang darauf angekommen sei, eine wettbewerbskonforme Vergabe zu unterbinden. Es liege nahe, dass die Ag wohl angesichts der zwischen ihr und der Bg anhängigen Schiedsverfahren befürchtet habe, von der Bg im Fall der Neuausschreibung des Mautsystems keinen Einblick in die Geschäfte und die Technik zu erhalten.

- Trotz der aufgezeigten Rechtesicherungsmöglichkeiten habe sich die Ag gleichwohl für die Verlängerung des BV entschieden. Die ASt müsse vermuten, dass die Ag bewusst vergabe- und vertragsrechtliche Möglichkeiten ausnutze, um künstlich Ausschließlichkeitsrechte bei der Bg aufrechtzuerhalten. Denn nach dem Vortrag der Ag habe die Bg u.a. als Gegenleistung die Verpflichtung bei der Vertragsverlängerung übernommen, Reinvestitionen in das Mautsystem (OBUs, Kontrolleinrichtungen und –fahrzeuge) vorzunehmen. Offenbar habe die Ag der Bg in diesem Rahmen auch die wichtigsten Patente und Schutzrechte abgetreten.

- Aufgrund der unterlassenen Sicherung der erforderlichen Rechte am Bestandssystem und der vielmehr von ihr vorgenommenen Verlängerung des BV könne sich die Ag auch nicht mehr mit Erfolg auf das ihr zustehende Leistungsbestimmungsrecht berufen, da sich dies als rechtsmissbräuchlich erweise. Aus Art. 32 Abs. 2 lit. b) der RL 2014/24/EU und deren Erwägungsgrund 50 lasse sich ableiten, dass der Richtliniengeber nur dann eine Berufung auf eine Ausschließlichkeitssituation zur Begründung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung habe erlauben wollen, wenn diese Rechtesituation nicht durch das Verhalten des Auftraggebers künstlich herbeigeführt worden sei. Dieser sich zwar nur auf die Ziffern i) und ii) beziehende Wortlaut des Art 32 Abs. 2 lit. b) der RL 2014/24/EU sei aber auch auf die hier einschlägige Ausschließlichkeitssituation der Ziffer iii) übertragbar. Denn der Auftraggeber solle es nach dem gesetzgeberischen Willen nicht in der Hand haben, durch missbräuchliches Verhalten Ausschließlichkeitsrechte zu schaffen bzw. aufrechtzuerhalten, um selbst die absolute Ausnahmesituation des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb herbeiführen zu können.
- Die Ag habe ihr Leistungsbestimmungsrecht auch deshalb missbräuchlich ausgeübt, weil sie gegen § 55 BHO i.V.m. VV Nr. 3 i.V.m. Nr. 4.5.3.1 des EVB-IT-Systemvertrags i.V.m. Nr. 2.3.2.1 EVB-IT System-AGB verstoßen habe. Die Ag habe es unterlassen, sich jedenfalls in der Vertragsverlängerungsvereinbarung 2014 so viele Nutzungsrechte einräumen zu lassen, dass ein unionsweites Vergabeverfahren zur Systemaufrüstung und –ertüchtigung MaB40K hätte durchgeführt werden können. Stattdessen habe sie eine mögliche Rechtsposition aufgegeben, um eine Direktvergabe an die Bg zu ermöglichen.
- Darüber hinaus bestreite die ASt auch nach Vorlage der Auszüge des BV durch die Ag weiterhin, dass die behaupteten Ausschließlichkeitsrechte der Bg i.S.d. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A tatsächlich bestehen bzw. dass diese für die streitgegenständliche Auftragsausführung erforderlich seien.



- Ausweislich einer von der ASt vorgenommenen Schutzrechtsrecherche habe die Bg für das Bestandssystem aktuell 13 Schutzrechtsfamilien angemeldet. Durchsetzbar seien hiervon jedoch nur zwei (Nr. 1: Signalisierung der Funktionsfähigkeit einer Positionsbestimmungseinrichtungsvorrichtung; Nr. 13: Verfahren zur Mauterfassung mit einer OBU in zwei Mautsystemen unterschiedlicher Betreiber). Beide Schutzrechte seien für die streitgegenständliche Ausschreibung indes irrelevant.
  
- Es sei nicht ersichtlich, inwieweit die Eigentumsrechte der Bg der Auftragsausführung durch die ASt entgegenstünden. An den streitgegenständlichen Bundesstraßen könne die Bg naturgemäß über keinerlei Eigentumsrechte verfügen; ein Rückgriff auf im Eigentum der Bg befindliche Terminals oder technische Kontrolleinrichtungen scheide mangels Bemannung des neu zu erfassenden Gebietes bzw. dessen Straßennetzes schon im Ansatz aus. Die Bg könne auch an den zum bestehenden Mautsystem gehörenden Anlagen und Einrichtungen schon deshalb nicht Eigentum erworben haben, weil es insoweit an der sachenrechtlichen Bestimmtheit für eine Übereignung fehle: In [...] seien die zu übereignenden Sachen nicht hinreichend individualisiert, konkrete Einzelgegenstände gerade nicht benannt worden.
  
- Die Berufung auf Eigentum bzw. Nutzungsrechte an den OBU bzw. der hierauf vorhandenen Fahrzeuggerätesoftware sei schon deshalb irrelevant, weil eine Vielzahl von Geräten aufgrund der Erweiterung des Mautsystems ohnehin ausgetauscht werden müssten. Insgesamt stelle sich die Frage, ob der Rückgriff auf die Eigentumsrechte tatsächlich notwendig und so erheblich sei, dass er alternativlos sei.
  
- Gewerbliche Schutzrechte oder jedenfalls ausschließliche Nutzungsrechte bestünden zugunsten der Bg ebenfalls nicht. Unstreitig lägen die diesbezüglichen Rechte bei der [...] und damit

gerade nicht bei der Bg selbst. [...]. Die ASt bestreite, dass solche Rechte bei der bisherigen Auftragsausführung entstanden seien. [...]. Die Bg mag von der [...] mit unbeschränkten Nutzungsrechten ausgestattet worden sein; dies bedeute jedoch nicht, dass diese ausschließlich sein müssten. Aus dem Jahresabschluss der Bg für das Geschäftsjahr 2004/2005 (Anlage ASt 14) gehe demzufolge auch konsequenterweise hervor, dass die Nutzungsrechte gerade keinen ausschließlichen Charakter hätten.

- Die ASt wolle nur die Offenlegung von dokumentierten Schnittstellen für die Anbindung eines von ihr zu entwickelnden Systems, dies lasse die Software der Bg im Übrigen unberührt, so dass weder rechtlich noch technisch ein Eingriff in ein Schutzrecht erforderlich sei. Die Ag sei diesbezüglich ihrer Darlegungslast nicht nachgekommen, weil unklar bleibe, an welchen spezifischen Computerprogrammen die Bg Urheberrechte begehre und welche zwingend relevante Nutzung bei der Systemaufrüstung einen Eingriff in diese Rechte darstellen könnte. Die Nutzung einer Schnittstelle sei jedenfalls keine urheberrechtlich relevante Nutzung. Ebenso wenig müsse die ASt die urheberrechtlich geschützte Datenbank der Bg nutzen, weil sie für die Erweiterung des Systems auf die bislang nicht erfassten Bundesstraßen irrelevant sei, sie müsse allenfalls die Inhalte abgleichen.
  - Die Ag habe auch übersehen, dass sie in Bezug auf die Software einen eigenen Dekompilierungsanspruch gemäß § 69e UrhG habe. Sie könne daher selbst den Source Code ermitteln und – zur Herstellung von Interoperabilität gemäß dem MautSystG – der Bg zur Verfügung stellen.
- (2) Ferner verstieße die Beauftragung der Bg gegen § 97 Abs. 4 GWB, da die Bg nicht geeignet sei. Indiz hierfür sei im Rahmen einer diesbezüglichen Prognoseentscheidung das Fehlen einer einwandfreien Erfüllung früherer Verträge. Die anderslautende Entscheidung der Ag sei nicht vertretbar und halte daher auch nicht mehr die Grenzen des ihr zustehenden

Beurteilungsspielraums ein. Die Ag könne und müsse im vorliegenden Fall bei der Beurteilung der Eignung auf die umfangreichen Erfahrungen mit der Bg aufgrund der bisherigen Vertragsbeziehungen zurückgreifen. Ursächlich für die Annahme der Ungeeignetheit der Bg bei ordnungsgemäßer Würdigung des zugrundeliegenden Sachverhalts sei eine Kette von groben Schlechtleistungen, die mit dem ersten Tag der Vertragserfüllung begonnen habe: Nichteinhaltung weder des ursprünglichen vertraglichen Termins für die Inbetriebnahme am 1. September 2003 noch des neuen Termins hierfür am 2. November 2003, eingeschränkte Funktionalität auch noch zum 1. Januar 2005. Diese Verspätungen seien allein von der Bg zu vertreten gewesen, da sie kein funktionierendes Mautsystem habe zur Verfügung stellen können; der hierdurch verursachte Schaden auf Seiten der Ag beliefe sich auf rund sieben Milliarden Euro. Da die streitgegenständliche Maßnahme in der Erweiterung des Systems bestehe, müsse sich die Ag die Frage stellen, weshalb diese reibungsloser als die Einführung erfolgen können solle. Insoweit könne die Ag auch nicht auf die nach dem Vertragsabschluss gemachten Erfahrungen bei der Erweiterung des Systems auf einzelne Bundesstraßen bzw. die Ausweitung der Mautpflicht auf leichtere LKW abstellen. Denn diese hätten keine vergleichbaren technischen Leistungen wie die streitgegenständliche Ertüchtigung des Mautsystems zum Inhalt gehabt. Auch stehe der Zeitablauf seit der (verspäteten) Einführung des Mautsystems einer Berücksichtigung der schlechten Erfahrungen nicht entgegen. Über die in Art. 57 Abs. 7 S. 3 RL 2014/24/EU hinaus genannten drei Jahre könnten die genannten Erfahrungen in die Prognoseentscheidung eingestellt werden, wenn der Auftragnehmer die Mängel personeller oder organisatorischer Art zwischenzeitlich nicht abgestellt habe. Weder Ag noch Bg hätten entsprechende Maßnahmen glaubhaft geltend gemacht oder gar belegt.

Wechselseitige Mautschiedsverfahren zwischen Ag und Bg, in welchen das Verhalten der Bg ausweislich der Presseberichterstattung von Verschleppungstaktik und Verfahrenstricks geprägt sei, seien weiterhin anhängig. Allein der Umstand des Führens von Prozessen gegeneinander reiche aus, um die Eignung der Bg zu verneinen. Weitere Schlechtleistungen würden dadurch belegt, dass die Ag der Bg jährlich die Auszahlung zahlreicher

Einzelbeträge verweigere. Nach einer Studie der Hertie School of Governance habe das Projekt zudem zu 1150 % Mehrkosten geführt. Insgesamt müsse der Bg daher auch heute noch die Zuverlässigkeit abgesprochen werden.

Darüber hinaus täusche die Bg die Ag offenbar über die Ausschließlichkeitsrechtslage, um diese zu veranlassen, den streitgegenständlichen Auftrag nur an sie zu vergeben. Auch dieses Verhalten der Bg sei unredlich.

(3) Letztlich sei auch das Vergabeverfahren von der Ag unzureichend dokumentiert worden. Die von ihr freigegebenen Aktenbestandteile enthielten keinerlei Auseinandersetzung mit der Thematik der unterbliebenen Rechtesicherung, den Verzicht auf die Ausübung der Call Option und der Verlängerung des BV im Jahr 2014 um weitere drei Jahre. Es sei zu vermuten, dass sich – wie oben ausgeführt – die Ag von sachwidrigen Erwägungen habe leiten lassen.

(4) Die ASt halte im Übrigen ihren Anspruch auf Einsicht in die vollständige Fassung des BV aufrecht. Denn ohne Vorlage einer vollständigen Version könne sie nicht überprüfen, ob die Ag der Aufforderung der Kammer im Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2016 zur Vorlage aller relevanten Regelungen zur Beurteilung der zugunsten der Bg bestehenden Rechtesituation vollständig nachgekommen sei.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten,
2. der Ag zu untersagen, den Zuschlag für Lieferungen/Leistungen betreffend die Erweiterung der LKW-Maut auf alle Bundesstraßen ab 01.07.2018 auf ein Angebot der Toll Collect GmbH oder eines anderen Unternehmens im Rahmen des bereits eingeleiteten Verfahrens zu erteilen,
3. die Ag zu verpflichten, die Vergabe von Lieferungen/Leistungen in diesem Zusammenhang bei bestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung

der Anordnungen der Vergabekammer kartellvergaberechtskonform auszuschreiben,

4. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht gemäß § 111 GWB zu gewähren,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
6. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB einschließlich vorprozessualer Anwaltskosten aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

aa) Die Ag trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag – soweit er sich auf kartellrechtliche Zugangs- oder Lizenzierungspflichten stütze – bereits unzulässig sei. Denn gemäß § 104 Abs. 3 GWB dürften unterstellte Verstöße gegen §§ 19 und 20 GWB nicht zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemacht werden. Anderenfalls verkürzte sich der kartellrechtliche Instanzenzug von drei auf – verfassungsrechtlich nicht vertretbare – zwei vergaberechtliche Nachprüfungsinstanzen, die zudem nur eine Inzidentprüfung durchführen könnten. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens seien nur die Rechte aus § 97 Abs. 7 GWB und sonstige Ansprüche gegen den öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren (§ 104 Abs. 2 GWB). Nicht jedoch der von der ASt behauptete generelle Ausschluss von Dritten vom Zugang zum bestehenden Mautsystem seitens der Bg. Dies sei schon keine Handlung „*in einem Vergabeverfahren*“. Die ASt mache insoweit vielmehr selbständige

kartellrechtliche Ansprüche gegenüber einem Dritten geltend, welche – wenn überhaupt – unabhängig vom Vergabeverfahren bestünden. Dies könne die Kammer – auch mit Blick auf den Beschleunigungsgrundsatz – nicht inzident bei der Nachprüfung des Vergabeverfahrens mitentscheiden.

Da der ASt auch bewusst sei, dass sie keinen kartellrechtlichen Zugangs- oder Zwangslizenzierungsanspruch in einem kartellrechtlichen Verfahren durchsetzen könnte, versucht sie, diese gegenüber der Bg in dem hiesigen Vergabenachprüfungsverfahren zu erlangen. Dies sei jedoch rechtsmissbräuchlich.

Angesichts des von der ASt im Laufe des Nachprüfungsverfahrens dahingehend vorgenommenen Argumentationswechsels, dass die Ag den BV durch Ausübung der Call Option habe beenden müssen, um anschließend ein EU-weites Vergabeverfahren für die Erweiterung des Mautsystems bewirken zu können, habe sie offenbar kein Interesse mehr am streitgegenständlichen Auftrag, sondern begehre vielmehr ein völlig anderes Vergabeverfahren. Eine Verpflichtung zur Vertragsbeendigung unter Hinnahme erheblicher wirtschaftlicher Schäden könne vergaberechtlich jedoch nicht beansprucht werden, so dass die ASt ihre Antragsbefugnis selbst in Frage stelle.

Darüber hinaus komme die ASt ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht nicht nach, indem sie konkrete von der Ag vorgelegte Regelungen des BV – wie etwa dessen Ende mit Ausübung der Call Option, den möglichen Ausübungszeitpunkt [...] – oder sogar gesetzliche Haftungsfolgen pauschal mit Nichtwissen bestreite. Der Vortrag der ASt zu diesen Punkten sei unsubstantiiert. Abgesehen davon, dass aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes des § 110 Abs. 1 GWB keine prozessuale Darlegungs- und Beweislast gelte, führe das pauschale Bestreiten der ASt nicht dazu, dass die Ag ihr mehr als die bereits zur Verfügung gestellten Regelungen des BV offenlegen müsste. Denn die Darlegungslast der Ag werde durch das unsubstantiierte Bestreiten nicht erhöht. Die Ag trete insoweit auch einer weitergehenden Offenlegung des BV entgegen.

Die ASt sei mit ihrem Vortrag zudem präkludiert. Da sie sich bereits vor der offiziellen Bestätigung in der Antwort auf die kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE (u.a.), dass ein Vergabeverfahren eingeleitet worden sei, im Kontakt

mit der Bg befunden habe, sei anzunehmen, dass die ASt jedenfalls mit Veröffentlichung der Antwort der Ag am 29. Oktober 2015 positive Kenntnis gehabt habe. Auch sei der Verfahrensbevollmächtigte der ASt selbst ersichtlich von einem Rügeerfordernis ausgegangen, weil § 107 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB mangels vollzogener De-facto Vergabe nicht einschlägig sei. Dennoch habe die ASt erst am 17. Dezember 2015 und damit nicht mehr unverzüglich gegenüber der Ag den vermeintlichen Verstoß gerügt.

Die ASt versuche durch ihren Verweis auf die Nichterforderlichkeit einer Rüge bei einem Antrag nach § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB von der vorliegenden Präklusion abzulenken. Ein derartiger Antrag, gerichtet auf die Unwirksamkeitserklärung einer De-facto Vergabe sei jedoch als rein vorbeugender Rechtsschutz unstatthaft, weil die De-facto Vergabe mangels Vertragsschlusses mit der Bg gerade noch nicht stattgefunden habe.

bb) Die ASt dringe auch in der Sache mit ihrer Argumentation nicht durch. Die Bedarfsfestlegung auf die Beschaffung eines einheitlichen Mautsystems sei durch auftragsbezogene sachliche Gründe legitimiert. Dieses von der Ag zu beschaffende Mautsystem „aus einer Hand“ könne nur die Bg erstellen, weshalb der Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb berechtigt sei (§ 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A). Letztlich sei die Bg für die Auftragsausführung von der Ag auch zutreffend als geeignet anzusehen. Im Einzelnen:

(1) Unter Berücksichtigung des der Ag zustehenden und von den Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbar Leistungsbestimmungsrechts sei eine Diskriminierung der ASt durch die von der Ag vorgenommene Festlegung auf eine bestimmte technische Konzeption des Mautsystems nicht festzustellen. Das bestehende satelliten- und mobilfunktechnikgestützte Mautsystem solle auf sämtliche Bundesstraßen ausgedehnt werden. Die von der Bg betriebene Technik habe sich bewährt und weise eine hohe Erfassungsgenauigkeit sowie eine geringe Störanfälligkeit auf. An dieser Bestandstechnik wolle die Ag daher festhalten. Die Mauteinnahmen würden zweckgebunden für den Erhalt der Straßenverkehrsinfrastruktur erhoben werden und dienten damit der Erfüllung einer Daseinsvorsorgeaufgabe der Ag. Da im

Zeitablauf mit einem Sinken der Mauteinnahmen zu rechnen sei, müsse die Mautpflicht zur Sicherstellung einer hinreichenden Finanzierung auf alle Bundesstraßen ausgedehnt werden. Hierfür sei die technische Ertüchtigung des bestehenden Systems – und nur diese – erforderlich. Im Einzelnen:

- Entscheidend für die Ag sei, dass ein einheitliches System für die Erfassung und Abrechnung der LKW-Maut zur Verfügung stehe. Dies sei schon aus Gründen der Benutzerfreundlichkeit und der Akzeptanz des Systems geboten. Eine zweite OBU oder eine doppelte Abrechnung sei für die betroffenen Gewerbezweige im Hinblick auf den Zeit- und Kostenaufwand unzumutbar. Dies entspreche auch der Intention der Richtlinie 2004/52/EG (dort Erwägungsgrund 9), wonach eine Vielzahl von Techniken für Nutzer und Fahrzeughersteller aus Kosten-, Sicherheits- und Rechtsgründen nicht akzeptabel sei.
- Es wäre zwar im Prinzip denkbar, dass ein Dritter ein einheitliches System parallel zum bestehenden System entwickle. Ziel der Ag sei nicht die Nachbildung des bestehenden Systems, sondern nur dessen Ertüchtigung. Eine parallele Neuentwicklung dürfe die Ag jedoch schon aufgrund des höheren Aufwands für ihr Personal, an Zeit und Kosten für die Planung, der Ausschreibung, der Ausführung, der Überwachung, Testläufe und Betriebsaufnahme zurückweisen. Der Ag dürften ebenso wenig zusätzliche Kompatibilitätsrisiken, welche das Mautausfallrisiko erhöhten, zugemutet werden. Es stünden auch keine Schnittstellen für die Ankopplung von Drittsystemen zur Verfügung, so dass eine Vergabe eines Gesamtsystems unter Beteiligung dritter Unternehmen auch aus diesem Grund nicht dem Bedarf der Ag entspreche.
- Die Ag beschaffe – anders als die ASt vortrage – auch nicht in Wahrheit ein neues Gesamtsystem. Dass die Ertüchtigung [...] einherginge, führe nicht zu der Beurteilung, dass das Bestandssystem abgelöst werden solle. Ebenso sei der Vortrag der ASt, das technische Mautsystem werde aufgrund der Ausweitung auf alle Bundesstraßen um 260% vergrößert, simplifizierend. Als



Referenzgröße könne die ASt nicht allein auf die Kilometer des Streckennetzes abstellen. Die Implementierungskosten für die Systemertüchtigung hingen nicht linear mit den Streckennetzkilometern zusammen. So sei etwa nur mit einer geringen Zunahme von [...] auszugehen. Ebenso seien die Kosten für Softwareentwicklung, Test und die dezentralen Komponenten unabhängig vom Streckennetz. Entscheidend für eine Skalierung der Kapazität des Systems sei vielmehr die Fahrleistung auf den mautpflichtigen Strecken. Diese würde, selbst wenn man die derzeit nicht der Mautpflicht unterfallenden LKW zwischen 3,5 und 7,5 t zGG berücksichtigte, um allenfalls 25 % steigen.

- Die Ag habe auch ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Bestandsystems: [...] bzw. bei Ausübung der Call Option durch sie werde die Ag mit Ablauf des Verlängerungszeitraums Eigentümerin des Bestandsmautsystems. Die Ag habe im Laufe der mehr als zehnjährigen Vertragsdurchführung umfangreiche Investitionen in die Entwicklung und die Errichtung des Mautsystems getätigt. Das System sei regelmäßig auf dem aktuellen Stand der Technik gehalten worden und sei daher auch weiterhin werthaltig. Der Argumentation der ASt, das System werde nach Auslaufen des BV ohnehin „verschrottet“, könne mithin nicht gefolgt werden. Vielmehr gehe die Ag davon aus, diesen Wert bei Vergabe des Betriebs für die Jahre 2018ff. fruchtbar machen zu können.
- Da jedoch aus Sicht der Ag für den Betrieb des Mautsystems nicht nur die Anlagen und die gewerblichen Schutzrechte, sondern vor allem das Personal und dessen Know-how erforderlich sei, gehe die Ag nach dem derzeitigen Stand davon aus, dass sie die im BV vorgesehene Call Option zur Übernahme der Bg mit allen personellen, sachlichen und rechtlichen Mitteln ausüben und damit die Bg insgesamt übernehmen werde. [...]

Nach den derzeitigen Planungen werde die Ag die an sie fallenden Geschäftsanteile der Bg einschließlich des Betriebs des Mautsystems

europaweit ausschreiben. Hierzu habe die Ag bereits wirtschaftliche und rechtliche Beratungsleistungen ausgeschrieben (Bekanntmachungen vom 5. Dezember 2015, ABl. der EU Nr. 2015/S 236-428398 und Nr. 2015/S 236-428397). Technische Beratungsleistungen seien bereits vergeben worden (Bekanntmachung vom 2. Mai 2015, ABl. der EU Nr. 2015/S 085-152851 und vom 27. November 2015, Nr. 2015/S 230-418483). Auch die Leistungsbeschreibung der hiesigen Vergabe enthalte in Bezug auf die Ausübung der Call Option eine entsprechende Positionierung der Ag. Die Bg werde demzufolge aufhören zu existieren und könne selbst nicht mehr an einem Wettbewerb über den Betrieb des Mautsystems teilnehmen.

Für den Fall, dass die Ag entgegen der derzeitigen Planung die Call Option nicht ausüben werde, stünden ihr jedenfalls [...] am Mautsystem zu, so dass sie den Betrieb für alle interessierten Unternehmen unter den gleichen Bedingungen werde ausschreiben können.

- Keinesfalls sei die Ag jedoch verpflichtet, die Call Option bereits vor Ablauf des Verlängerungszeitraums auszuüben. Abgesehen davon, dass [...] möglich sein werde, was in zeitlicher Hinsicht keine realistische Umsetzung eines einheitlich erweiterten Systems bis zum Wirkbetrieb ab dem 1. September 2018 mehr erwarten lasse, existiere schon keine vergaberechtliche Norm, welche die Ag zu einem Verzicht auf einen vergaberechtskonform zustande gekommenen Vertrag verpflichten könnte. Die vertragsrechtliche Folge wäre, dass die Ag selbst in Eigenregie den Betrieb des Mautsystems übernehmen müsste, um weiterhin Mauteinnahmen generieren zu können. Darüber hinaus verlöre die Ag das bisherige [...] Haftungsregime des BV für den Betrieb des Mautsystems durch die Bg. Die Ag habe jedoch das sachlich begründete Interesse daran, möglichst lange die derzeitige strenge Haftung ihres Vertragspartners für das Mautaufkommen zu erhalten. Die Ag habe kein Interesse daran, allein um Wettbewerb für die technische Ertüchtigung des Systems im hiesigen Vergabeverfahren ermöglichen zu können, das

betriebswirtschaftliche Risiko für Mautausfälle zu übernehmen. Ebenso wenig sei eine solche Vorgehensweise wirtschaftlich, weil die [...] voraussetze. Auch sei nicht zu erwarten, dass ein Dritter – wie etwa die ASt – bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens die Haftung für ein Gesamtsystem, d.h. auch für den nicht von ihm zu verantwortenden Teil der Bg, übernehmen werde.

- Ebenso wenig könne der Ag vorgeworfen werden, dass sie den Vertrag nicht zum ursprünglichen regulären Vertragsende (31. August 2015) habe auslaufen lassen. Zwischen der Verlängerung des BV im Dezember 2014 und der Einleitung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens bestehe kein sachlicher Zusammenhang. Die Ag habe den Vertrag gerade nicht verlängert, um der Bg den hiesigen Ertüchtigungsauftrag erteilen zu können, sondern vielmehr, um sich den von der Bg und ihren Gesellschaftern garantierten ordnungsgemäßen Betrieb des Systems mit den entsprechenden Mauteinnahmen möglichst lange zu erhalten. Die Ag habe auch – anders als die ASt vortrage – keine andere Möglichkeit gehabt, sich trotz der Vertragsverlängerung die zugunsten der Bg bestehenden gewerblichen Schutzrechte anderweitig zu sichern. Die Regelungen des BV seien insoweit eindeutig.

(2) Allein die Bg sei in der Lage, an ihr – durch Ausschließlichkeitsrechte geschütztes – System anzuknüpfen und die erforderlichen Erweiterungen vorzunehmen. Die ASt könne auch keine kartell-, urheber- oder vergaberechtlichen Anspruchsnormen für den notwendigen Zugang zum System der Bg geltend machen. Im Einzelnen:

- Die Bg berufe sich gegenüber der Ag im Ausgangspunkt zutreffend darauf, dass sie Eigentümerin der Anlagen (Mautstellen-Terminals, Kontrolleinrichtungen, Stützbaken, Ausstattung der Service-Partner-Werkstätten, Rechenzentrum, OBU) sei. Das Eigentumsrecht hieran sei selbstverständlich ein Ausschließlichkeitsrecht i.S.d. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A. Da die ASt in der mündlichen Verhandlung klargestellt habe, nicht darauf zu bestehen, eigene OBU in das Gesamtsystem

einbringen zu wollen, stelle sich die Frage, wie die ASt das Eigentum der Bg überwinden wolle.

- Nach den Regelungen des BV sei die Bg darüber hinaus Inhaberin aller gewerblichen Schutzrechte (Patente und Urheberrecht an der Software gemäß § 69 UrhG bzw. den Datenbanken nach § 87b Abs.1 S. 1 UrhG). [...]
- Die Ag habe überprüft, welche Ausschließlichkeits- bzw. Nutzungsrechte die Bg aufgrund der Entwicklung zahlreicher Computerprogramme durch Unterauftragnehmer erhalten habe. So verfüge diese etwa in Bezug auf die komplexe Software für die OBUs, die über mehrere Jahre hinweg entwickelt worden sei, über ausschließliche Nutzungsrechte, [...]. Ein Urheberrechtsschutz dieser Software gemäß § 69a UrhG wäre allenfalls dann zu verneinen, wenn es sich um eine gänzlich banale Programmierleistung handeln würde. Die ASt selbst räume ein, dass es sich um ein komplexes System handele, so dass von einer Banalität der Leistung nicht gesprochen werden könne.
- In diese genannten Komponenten bzw. Rechte müsse bei der angestrebten Erweiterung des Systems eingegriffen werden. Insbesondere sei eine Modifikation [...] erweitert werden müsse. Hierzu müsse die Software bearbeitet werden (§ 69c Nr. 2 UrhG) oder eine Werkverbindung zwischen neuer und bestehender Software (§ 69a Abs. 4 i.V.m. § 9 UrhG) herbeigeführt werden. Auch die Datenbank der Bg müsse jedenfalls für den von der ASt selbst vorgesehenen Datenabgleich in ihren Arbeitsspeicher geladen werden. Dies stelle eine Vervielfältigung und damit eine Urheberrechtsverletzung i.S.d. § 87b Abs. 1 S. 2 UrhG dar. Darüber hinaus müssten in das Gesamtsystem der Bg weitere [...] integriert werden. Ebenso sei der Rückgriff auf die Hard- und Software der Zentralen Dienste der Bg notwendig. Bezüglich aller weiteren Teilsystemkomponenten sei ein Eingriff jedenfalls sehr wahrscheinlich.

- Die ASt könne diese Sach- und Rechtslage nicht zu ihren Gunsten entkräften. So gehe sie in ihrem Vortrag schon unzureichend auf die ihr vorgelegten Regelungen des BV in Bezug auf die Ausschließlichkeitsrechte der Bg ein. Soweit sie moniere, dass es für eine Eigentumsübertragung an den Anlagen und Einrichtungen des Mautsystems an einer hinreichenden Individualisierung im Sinne des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebots mangle, verkenne sie, dass keine Übereignung von der Ag auf die Bg statfinde. [...] sei die Bg vielmehr originäre Eigentümerin der Anlagen und Einrichtungen. [...], dass die von der Bg zu errichtenden Anlagen lediglich Scheinbestandteile der Bundesfernstraßen (§ 95 BGB) seien, so dass diese auch durch die Verbindung mit Grund und Boden nicht in das Eigentum der Ag fielen. In Bezug auf die gewerblichen Schutzrechte an der Software [...]. Die neu entstehenden Rechte stünden ausschließlich der Bg zu; bestehende Schutzrechte könnten ihr deshalb nicht vollumfänglich und ausschließlich zustehen, weil auch Software Dritter eingesetzt werde. Dies ändere jedoch nichts daran, dass die Bg jedenfalls ausschließliche Nutzungsrechte innehave. Die diesbezüglichen Regelungen des BV seien nach dem urheberrechtlichen Zweckübertragungsgrundsatz auszulegen. [...]. Der von der ASt konstruierte Unterschied zwischen ausschließlicher Inhaberschaft und ausschließlichen Rechten bestünde daher nicht. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A erfasse vielmehr jegliches Ausschließlichkeitsrecht.
- Da eine Schnittstelle für den Zugriff auf die Software der Bg nicht vorhanden sei, könne die ASt schon faktisch keine Interoperabilität zu der Software herstellen, so dass auch die Schranke des § 69e UrhG (Dekompilierungsanspruch) nicht zugunsten der ASt eingreife.
- Die von der ASt vorgenommene „*Patentrecherche*“ sei ebenfalls nicht nachvollziehbar. Da der ASt die geplante Umsetzung der Erweiterung und deren Leistungsbeschreibung nicht bekannt seien, könne sie schon keine Einschätzung darüber abgeben, welches Patent der Bg relevant bei der Umsetzung der Erweiterung bzw. Ertüchtigung des Systems sei. So habe die in Ziffer 13 der Anlage 12 genannte

Patentfamilie (Verfahren zum Erfassen von Straßennutzungsgebühren) aus Sicht der Ag sehr wohl Relevanz bei der geplanten Erweiterung. Entgegen der Darstellung der ASt seien die in Ziffer 7 und 11 der Anlage ASt 12 aufgeführten Gebrauchsmuster bereits erteilt und begründeten daher dem Grundsatz nach das Risiko, dass bei der (hypothetischen) Erweiterung durch Dritte sehr wohl eine Rechtsverletzung eintrete. Darüber hinaus seien auch die lediglich angemeldeten Patentfamilien nicht schutzlos. Benutze etwa ein Dritter trotz Anmeldung der Patentfamilie 12 (Kontrollverfahren zur Straßengebührenerfassung) die zu schützende Erfindung, stehe dem Anmelder ein Entschädigungsanspruch zu. Sollten die Patente erteilt werden, drohe spätestens dann ein Unterlassungsanspruch, so dass Dritte die Nutzung nicht fortsetzen dürften. Darauf müsse sich die Ag ebenfalls nicht einlassen.

- Die von der ASt avisierte „*Schnittstellen-Lösung*“ sei zum Scheitern verurteilt: Die Bg habe mit [...] erklärt, keine Einwilligung [...] zu erteilen. Hierzu könne sie auch nicht – weder von der Ag noch von den Nachprüfungsinstanzen – verpflichtet werden. Denn hierfür gebe es – wie gezeigt – keinen vergaberechtlichen oder urheberrechtlichen Ansatzpunkt.
- Die Berufung der ASt auf einen kartellrechtlichen Zugangs- oder Zwangslizenzierungsanspruch greife aus mehreren Gründen ebenfalls nicht durch:

Unbenommen von der bereits aufgezeigten Unzuständigkeit der Kammer für originär kartellrechtliche Ansprüche, stelle die Zugangsverweigerung seitens der Bg keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar. Zwischen der ASt und der Bg sei Kartellrecht auch deshalb nicht anwendbar, weil die Aufgabe, welche die Bg erfülle, eine originär hoheitliche Aufgabe sei (§ 4 Abs. 3 BMFStrG). Selbst wenn Kartellrecht dem Grunde nach einschlägig wäre, so sei die Bg jedenfalls nicht marktbeherrschend. Die ASt belege durch die Darstellung der europaweiten Aktivitäten der

Marktteilnehmer, dass der räumlich relevante Markt gerade nicht auf das Staatsgebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkt sei, sondern vielmehr Europa umfasse. Auch gehe die ASt selbst davon aus, dass die Bg gerade *„kein unveränderlicher Monopolist der zu beschaffenden Leistung sei“*. Die eigenen Argumente der ASt belegten die Unschlüssigkeit ihres Vortrags. Außerdem unterfiele nach dem Willen des GWB-Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 13/9720) die begehrte Nutzung gewerblicher Schutzrechte selbst bei weitem Verständnis des Begriffes der *„Infrastruktureinrichtungen“* schon im Ausgangspunkt nicht dem von der ASt herangezogenen § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB. Die ASt wolle zudem durch den von ihr begehrten Zugang keine Tätigkeit auf einem der zu nutzenden Infrastruktureinrichtung nachgelagerten Markt ermöglichen, was für einen Anspruch indes erforderlich wäre. Denn die ASt wolle gerade keine Dienstleistungen, wie etwa Mautkontrolle oder Leistungen der EEMD-Anbieter (europäischer elektronischer Mautdienst) erbringen, sondern vielmehr auf demselben Systemerstellungsmarkt wie die Bg tätig werden; dies werde von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB nicht geschützt. Letztlich sei die Verweigerung seitens der Bg auch sachlich gerechtfertigt, da die drohenden Störungen des Betriebsablaufs durch den Zugang von Dritten ihre Haftungsrisiken erhöhten, worauf sich die Bg nicht einlassen müsse.

Auch auf Art. 102 AEUV könne die ASt ihren Zugangsanspruch nicht stützen. Nach den von der Rechtsprechung des EuGH hierzu entwickelten Grundsätzen müssten kumulativ drei Bedingungen erfüllt sein: (i) die Weigerung müsse ein neues Erzeugnis verhindern, (ii) die Weigerung dürfe nicht gerechtfertigt sein; und sie müsse (iii) geeignet sein, jeglichen Wettbewerb auf einem abgeleiteten Markt auszuschließen. Keine diese Voraussetzungen liege hier vor: Die ASt wolle das gleiche Erzeugnis wie die Bg erstellen, deren Weigerung sei nach den obigen Ausführungen sachlich gerechtfertigt und die ASt sei auf derselben Produktionsstufe tätig wie die Bg.

- Ohne Entscheidungsrelevanz seien auch die Interoperabilitätsrichtlinie 2004/52/EG bzw. die zu deren Umsetzung

erlassenen Regelungen des deutschen MautSystG. Denn diese beträfen im Wesentlichen die Anforderungen, die von (potentiellen) EEMD-Anbietern zu erfüllen seien. Die von einem derartigen Anbieter erbrachte Dienstleistung sei ein zusätzlicher kommerzieller Dienst, mit dem er alle Gebiete des EEMD abdecken müsse, während die Bg allein Leistungen für die mautpflichtigen Strecken in Deutschland auf Grundlage des BV erbringe. Ein Datenaustausch in Bezug auf EEMD-Leistungen sei daher nur zwischen dem Bundesamt für Güterverkehr und den EEMD-Anbietern auf der Basis standardisierter Schnittstellen vorgesehen. Die von der Bg betriebenen Datenbanken ihres zentralen Systems blieben von den Interoperabilitätsregelungen daher vollkommen unberührt.

Da zusammenfassend Zugangsansprüche zugunsten der ASt nicht in Betracht kämen, habe die Ag davon ausgehen dürfen, dass allein die Bg für die Auftragserteilung in Betracht komme und daher das Verhandlungsverfahren direkt mit ihr initiieren dürfen. Klarzustellen sei insoweit, dass allein die Ablehnung der Bg, Dritten Zugang zu ihrem Mautsystem zu gewähren, Nutzungsrechte einzuräumen bzw. entsprechende Schnittstellen herzustellen, zu der Entscheidung der Ag geführt habe, die rechtliche Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb prüfen zu lassen und nach deren Bejahung letztlich so durchzuführen.

- (3) Die Ag habe auch eine vergaberechtskonforme Eignungsprognose in Bezug auf die Bg vorgenommen und deren Eignung im Ergebnis zu Recht bejaht.

Die Ag habe bei ihrer Eignungsprüfung sehr wohl die Umstände berücksichtigt, dass das Mautsystem seinerzeit mit einer 16-monatigen Verspätung in Betrieb genommen worden sei und dass in Bezug auf sich aus dem BV ergebende Fragen Schiedsverfahren anhängig seien. Dies führe jedoch – auch unter Berücksichtigung des der Ag zustehenden Beurteilungsspielraums – nicht dazu, dass der Bg die Eignung abgesprochen werden könne.



Die zurückliegenden Erfahrungen könnten von der Ag im Ausgangspunkt zwar berücksichtigt werden, mündeten aber nicht in eine Verpflichtung eines Auftraggebers bei Schlechtleistungen stereotyp den Ausschluss erklären zu müssen. Maßgeblich sei vielmehr, ob die bisherigen Erfahrungen bei der zu treffenden Eignungsprognose den Schluss zuließen, dass trotz der negativen Erfahrungen in der Vergangenheit in der Zukunft eine vertrags- und rechtskonforme Auftragsausführung erfolgen werde. Von einer Berücksichtigungsfähigkeit könne schon deshalb nicht ausgegangen werden, weil die von der ASt angeführte Schlechtleistung mehr als elf Jahre zurückliege. Selbst bei zwingenden Ausschlussgründen übersteige der maximale Berücksichtigungszeitraum gegenüber dem Bieter jedoch nie mehr als fünf Jahre (vgl. Art. 57 Abs. 7 S. 3 RL 2014/24/EU), so dass diese Vorgänge zulasten der Bg nicht mehr berücksichtigt werden dürften. Im Übrigen sei die Bg dem BV ohnehin erst 2004 beigetreten und könne demzufolge für die Vorgänge in 2002/3 nicht zur Verantwortung gezogen werden. Daher sei sie auch nicht Beteiligte des diesbezüglichen Schiedsverfahrens I. Im von der ASt ebenfalls herangezogenen Schiedsverfahren II sei die Bg zwar beteiligt; bei diesem gehe es aber um Auslegungsfragen hinsichtlich des Vergütungsmechanismus des BV. Dies habe mit der streitgegenständlichen Leistungserbringung nichts zu tun.

Letztlich habe die Ag zugunsten der Bg berücksichtigt, dass nach Inbetriebnahme des Systems sowohl die Leistungserbringung selbst seitens der Bg, als auch die seitdem von ihr vorgenommenen Erweiterungen des Mautsystems stets ohne Verzögerung erfolgt seien.

- (4) Ein Dokumentationsmangel aufgrund des von der ASt als fehlend monierten Abwägungsprozesses der möglichen Vorgehensweisen in der Vergabeakte (Ausübung der Call Option, Verzicht auf Vertragsverlängerung) scheidet schon deshalb aus, weil dieser für den streitgegenständlichen Auftrag aus Sicht der Ag unerheblich gewesen sei und damit auch nicht dokumentiert werden müssen. Im Übrigen habe die Ag die ausschlaggebenden Gesichtspunkte in ihrem Schriftsatz

vom 1. Februar 2016 dargelegt und demzufolge einen Verstoß – sollte er vorgelegen haben – geheilt.

- c) Die Bg wurde mit Beschluss vom 23. Dezember 2015 von der Kammer zum Verfahren hinzugezogen.

Die Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag abzulehnen,
  2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und –verteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag und der Bg aufzuerlegen.
- aa) Die Bg ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag der ASt bereits unzulässig sei. Denn die ASt habe aufgrund der öffentlichen Bekundungen der Ag von den von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße spätestens am 29. Oktober 2015 – dem Zeitpunkt der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage (BT-Drs. 18/6506) – positive Kenntnis von den maßgeblichen Umständen gehabt, diese Kenntnis jedoch nicht unverzüglich, sondern erst am 17. Dezember 2015 in eine Rüge gegenüber der Ag umgesetzt. Die Rüge sei – entgegen der Ansicht der ASt – auch nicht gemäß § 107 Abs. 3 S. 2 GWB entbehrlich. Denn diese Ausnahme vom Rügeerfordernis setze voraus, dass ein Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit gemäß § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB gestellt worden sei. Daran fehle es vorliegend; ein Zuschlag zugunsten der Bg sei noch gar nicht erfolgt, so dass durchaus eine Abhilfe seitens der Ag – bei Vorliegen eines Vergaberechtsverstößes – erfolgen könne. Bei Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Voraussetzungen für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vorliegen, sei eine Rüge sachdienlich und damit auch erforderlich. Es handele sich beim vorliegenden Vergabeverfahren gerade nicht um eine De-facto-Vergabe, sondern vielmehr um eine gesetzlich geregelte Verfahrensart, deren Voraussetzungen lediglich im Streit stünden. Die von der ASt herangezogenen Vergleiche zu vergaberechtswidrigen Direktvergaben seien daher unbehelflich.

bb) Dem Nachprüfungsantrag der ASt sei auch in der Sache kein Erfolg beschieden.

- (1) Die Ag habe ihren Bedarf rechtmäßig auf die Beschaffung eines einheitlichen Mautsystems für die Bundesautobahnen und Bundesstraßen auf der Grundlage des Bestandssystems bestimmt. Dass sich die Ag auf die Erweiterung der bereits bestehenden Systemkomponenten für die zukünftig der Mautpflicht zusätzlich unterliegenden Bundesstraßen beschränkt habe, sei durch die ihr zustehende Bestimmungsfreiheit gedeckt. Die Ag wolle gerade keinen Wettbewerb verschiedener Mautsysteme, was schon aus zeitlichen Gründen bis September 2018 auch gar nicht mehr realisierbar wäre, sondern vielmehr nur die Aufrüstung des bestehenden Systems, um dessen Betrieb anschließend im Wettbewerb an einen Dritten zu vergeben. Die Entscheidung der Ag für ein einheitliches Mautsystem sei auch technisch und wirtschaftlich vernünftig. Denn auf die Ag würden bei einer Neuerstellung des Mautsystems erhebliche Anlauf- und Migrationsrisiken mit entsprechenden Kosten zulaufen; die Nutzer müssten zudem über einen längeren Zeitraum parallel zwei OBU in den Fahrzeugen betreiben, was die Nutzerfreundlichkeit des Systems negativ beeinflusse.
- (2) Das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb sei von der Ag bei dieser Ausgangslage zulässigerweise gewählt worden. Denn aufgrund von zugunsten der Bg bestehenden Ausschließlichkeitsrechten sei nur sie in der Lage, den definierten Bedarf der Ag zu decken. Nur sie könne ein einheitlich erweitertes System bis zur Übernahme des Mautsystems durch die Ag im Jahr 2018 erstellen.

So verfüge die Bg über von der Entwicklerin der Fahrzeuggerätesoftware übertragene ausschließliche Nutzungsrechte. Hinzu kämen die von den Mitarbeitern der Bg selbst geleisteten schutzfähigen Weiterentwicklungen. Diese Eigenleistungen beträfen etwa [...] der Fahrzeuggerätesoftware. Die Ertüchtigung des Systems setze zwingend Eingriffe in diese Software voraus. Die momentan im Einsatz befindlichen OBU [...] um auf allen Bundesstraßen die

Mauterhebung realisieren zu können. Die Geräte müssten zukünftig nicht nur eine höhere Quantität an Daten, sondern auch eine andere Qualität von Daten verarbeiten können. Hierfür seien Modifikationen an der Software erforderlich.

Neben der Fahrzeuggerätesoftware seien auch die für die Annahme und Weiterübermittlung der Fahrzeugdaten in die zentralen Dienste der Bg notwendigen Programme durch ausschließliche Rechte geschützt. In diese müsse bei Ertüchtigung des Mautsystems ebenfalls eingegriffen werden. Eine Auslösung und Kontrolle von Nutzungsvorgängen dieser zentralen Dienste durch Dritte, die Übernahme fremder Mauterhebungsdaten sowie eine Änderung der zentralen Dienste, um die Fahrzeuggeräte eines Dritten einbinden oder steuern zu können, komme analog zu der Rechtslage bei der Fahrzeuggerätesoftware ebenfalls nicht in Betracht. Unerheblich sei daher, dass die ASt meine, sie verfüge über alternative Produkte, Techniken oder Verfahrensweisen. Denn auch bei einer bloßen Ankopplung dieser Alternativen müsse die ASt in die Urheberrechte der Bg eingreifen.

Letztlich stünden die OBUs auch im Eigentum der Bg. Sie könne schon aufgrund dieses Rechts das Aufspielen fremder Daten auf ihre Geräte abwehren.

Die Bg könne selbst dann aufgrund der ihr zustehenden Ausschließlichkeitsrechte Änderungen von Systembestandteilen durch Dritte verhindern, wenn diese nicht in den laufenden Betriebs des Mautsystems eingriffen. Denn die ihr zustehenden Urheberrechte verböten eine Übermittlung der Software an Dritte, da hierin eine Vervielfältigung liege. Die Bg müsse auch der ASt nicht die Dokumentation der Software (Systembeschreibungen, Lasten- und Pflichtenheft, Entwicklerdokumentation etc.) zur Verfügung stellen. Es gebe keine dahingehende Verpflichtung, Dritten Betriebsgeheimnisse und Know-how überlassen zu müssen, damit diese das System duplizieren könnten. Auch könne sich die ASt die Software nicht bei der Entwicklerin beschaffen, weil die Bg die diesbezüglichen ausschließlichen Nutzungsrechte innehabe. Es wäre ihr daher nicht

möglich, ein eigenes und unabhängiges System zu entwickeln, um etwa das Mautsystem der Bg für eigene Ertüchtigungsentwicklungen zu simulieren. Abgesehen vom beschränkten technischen Wert einer derartigen Vorgehensweise wäre das Risikoprofil eines derart spekulativ ertüchtigten Mautsystems erheblich größer.

Außerdem könne sich die Bg zur Abwehr von Zugangsansprüchen Dritter auf ihr informationelles Selbstbestimmungsrecht berufen, da sie die Aufrechterhaltung der Vertraulichkeit und der Integrität ihrer Systeme gewährleisten können müsse. Die Bg würde sich Haftungsrisiken mit exorbitantem Schadenspotential ausgesetzt sehen, sollte ein Dritter Zugriff auf das laufende Mauterhebungssystem erhalten. Die Bg hafte der Ag für Mautausfälle, so dass sie die Stabilität des Systems in eigener Kontrolle gewährleisten können müsse.

Die weiteren Einzelheiten dieser Ausschließlichkeitsrechte stellten Geschäftsgeheimnisse der Bg dar, welche der ASt auch nicht im Rahmen des ihr zustehenden Akteneinsichtsrechts zur Verfügung gestellt werden dürften.

Darüber hinaus bestünden in technischer Hinsicht schon keine Schnittstellen für Drittanbieter, welche die Bg – etwa der ASt – für einen Systemzugang zur Verfügung stellen könnte. Eine Pflicht zur Änderung ihres Systems, um einen Zugang gewähren zu können, d.h. konkret, eine Schnittstelle zu erstellen, bestehe ebenfalls nicht. Die Ag dürfe zur Vermeidung von Risiken (Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen etc.) den Ausschluss von Schnittstellen zugunsten Dritter zur Vorgabe machen. Unerheblich sei, wie technisch anspruchsvoll oder kostspielig die Schnittstellenherstellung sei.

Auch den Vorgaben des Europäischen Elektronischen Mautdienstes (EEMD) lasse sich keine Verpflichtung der Anbindung an die zentralen Systeme der Bg entnehmen. Zudem wolle die ASt ohnehin nicht als EEMD-Dienstleister agieren und habe auch keine diesbezügliche Zulassung.

- (3) Auch auf kartellrechtliche Anspruchsnormen könne die ASt ihren Zugang zum System der Bg nicht stützen. Das Vergabenaachprüfungsverfahren sei bereits der falsche Ort, um derartige Ansprüche geltend zu machen. Die Bg sei zudem im Ausgangspunkt nicht als marktbeherrschend anzusehen. Die ASt selbst gehe von einem europaweit abzugrenzenden Markt für die Errichtung und den Betrieb von Mautsystemen auf Fernstraßen aus, was auch der Einschätzung der Europäischen Kommission entspreche. Neben der Bg, die mit ihrem System nur den Zuschlag in Deutschland erhalten habe, sei eine Vielzahl von weiteren Anbietern von Mautsystemen in Europa tätig, so dass für eine marktbeherrschende Stellung nichts ersichtlich sei. Auch sei das System der Bg nicht als wesentliche Einrichtung für eine Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt im Sinne des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB anzusehen. Denn die ASt wolle gar nicht auf einem nachgelagerten, sondern vielmehr durch die Nutzung des Systems der Bg auf dem gleichen Markt wie sie tätig werden. Aufgrund der erheblichen Sicherheits- und Haftungsbedenken im Fall einer Verknüpfung mit einem Drittsystem dürfe die Bg zudem die Verbindung ablehnen, ohne dass dieses Verhalten als missbräuchlich im Sinne einer unbilligen Behinderung oder Diskriminierung qualifiziert werden könnte. Eine Öffnung des Systems der Bg durch eine „Zwangslizenz“ komme ebenfalls nicht in Betracht. Die von der ASt insoweit herangezogenen Entscheidungen des EuG und des BGH beträfen andere – mit der vorliegenden Sachlage nicht vergleichbare – Konstellationen.
- (4) Durch die Festlegung auf die bloße Erweiterung des Mautsystems der Bg perpetuiere die Ag auch nicht ein Alleinstellungsmerkmal, dass sie „strategisch zugunsten der Bg“ – so die ASt – herbeigeführt habe. Die Bg, bzw. ihre Gesellschafter, hätten den Auftrag im Wettbewerb errungen und im Rahmen der Vertragsausführung zahlreiche Ausschließlichkeitsrechte generiert. Dies sei typische Folge innovativer IT-Projekte und habe nichts mit von der Ag begünstigten strategischen Ausrichtungen zugunsten eines Unternehmens zu tun.

Die Durchführung der Erweiterung des bestehenden Systems durch die Bg stelle auch keine Vorfestlegung für den gesondert auszuschreibenden Betrieb des Systems durch einen Dritten ab September 2018 dar. Denn

bei Beendigung des Betreibervertrages könne die Ag durch die Ausübung der Call Option die Bg als Gesellschaft mit allen im Eigentum der Bg stehenden Anlagen und Einrichtungen, gewerblichen Schutzrechten, Know-how etc. übernehmen. In diesem Fall gehe die Bg in der Ag auf. Übe die Ag die Call Option nicht aus, könne die Ag [...] verlangen; die Rechte an [...] stünden der Ag [...] zur Verfügung [...]. Die Ag habe mehrfach öffentlich die Übernahmeabsicht in Bezug auf die Bg bekundet und auch schon die rechtliche Beratung für die Ausübung der Call Option ausgeschrieben. Für die Ausschreibung der Geschäftsanteile der Bg und letztlich für den Übergang des Betriebs auf den neuen Betreiber habe sie ebenfalls die Durchführung eines Vergabeverfahrens angekündigt. Der Bg könne daher durch den streitgegenständlichen Auftrag nicht automatisch auch der Betrieb des ertüchtigten Mautsystems ab September 2018 anheimfallen. Denn sie werde aufhören zu existieren.

- (5) Letztlich sei die Bg auch geeignet, den streitgegenständlichen Auftrag auszuführen. Seit Beginn der Mauterhebung laufe der Betrieb auch mit Blick auf die von der Bg vorgenommenen Erweiterungen reibungslos. Die Ag habe der Bg mehrfach das Übertreffen der vertraglich vereinbarten Qualitäts- und Leistungsanforderungen bestätigt. Auch erhalte die Bg seit vielen Jahren Leistungsboni, so dass von einer – wie die ASt vortrage – „Kette von Schlechtleistungen“ keine Rede sein könne. Zudem seien die von der ASt vorgebrachten Ereignisse schon aufgrund des Zeitablaufs irrelevant. Die Ag habe daher auch im Lichte der in den zwei Schiedsverfahren streitigen Alt-Vorgänge die Eignung der Bg vergaberechtskonform bejaht. Dagegen könne die ASt nichts Durchgreifendes vorbringen.

3. Der ASt wurde in Abstimmung mit der Ag und, soweit deren Belange betroffen waren, partiell mit der Bg Einsicht in den Vergabevermerk gewährt. Soweit die ASt ihr Akteneinsichtsbegehren darüber hinaus auf die Einsichtnahme in den gesamten, ungeschwärzten BV erweitert hat, war dem nicht stattzugeben. Der von der ASt geforderte vollständige und ungeschwärzte BV ist nämlich schon nicht Teil der Vergabeakte, da er dieser nicht beilag. Ebenso wenig ist der BV Teil der Verfahrensakte der Vergabekammer geworden, denn die Vergabekammer hat nicht den vollständigen Vertrag beigezogen, sondern ausweislich der im Protokoll zur

mündlichen Verhandlung festgehaltenen Anforderung wurden nur die Passagen des BV beigezogen, die sich auf die Rechteverteilung zwischen der Ag und der Bg beziehen. Der diesbezügliche Akteneinsichts Antrag der ASt geht daher schon aus diesem Grund ins Leere.

In der Sache bestand auch weder für eine vollständige Beiziehung des BV auf Seiten der Vergabekammer eine Notwendigkeit noch für die ASt zwecks Verfolgung ihres Rechtsschutzziels. Die ASt hat aus diesem Vertrag von der Ag (mit Zustimmung der Bg) sämtliche Passagen erhalten, die [...] darstellen und die für die Rechtsverfolgung ihrerseits erforderlich waren. Ein Anspruch darauf, selbst zu überprüfen, ob und inwieweit die Ag ihrer Mitwirkungspflicht, alle von der Vergabekammer angeforderten Bestandteile des BV vorzulegen, nachgekommen ist, steht der ASt nicht zu; § 111 GWB und der damit bezweckte Schutz von Geschäftsgeheimnissen steht dem entgegen. Anzumerken ist diesbezüglich, dass der Kammer keinerlei Anhaltspunkte dafür vorliegen, die Ag könnte der Aufforderung der Kammer nur unvollständig Folge geleistet haben und für die Beurteilung der Rechtesituation relevante Regelungen des BV unterschlagen haben. Die Ag hat sämtliche für den vorliegenden Rechtsstreit notwendigen Bestandteile des BV nicht nur der Kammer, sondern auch der ASt gegenüber offen gelegt und zusätzlich im schriftsätzlichen Vortrag transparent gemacht.

Die Bg hat ebenfalls Akteneinsicht erhalten.

In der mündlichen Verhandlung vom 20. Januar 2016 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Im Laufe der mündlichen Verhandlung wurde seitens der Ag erstmals dargelegt, dass der BV sowohl eine Call Option für die Ag in Bezug auf die Gesellschaftsanteile während der Vertragslaufzeit als auch [...] vorsehe. Da aus Sicht der Vergabekammer zur Beurteilung des Vorliegens sachlicher Gründe bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts durch die Ag entscheidungserheblich war, die Regelungen des BV in Bezug auf die Call Option sowie die Rechterege lung am Mautsystem, [...] sowie nach Ablauf des BV am 31. August 2018 einzusehen, wurde der Ag aufgegeben, die diesbezüglichen Regelungen des BV in Kopie vorzulegen.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung stellte die Ag der Kammer und der ASt einen [...] Auszug des BV zur Verfügung; die Bg hat darüber hinaus ihren



Schriftsatz vom 12. Januar 2016, in dem sie bis dato umfangreich Geschäftsgeheimnisse geltend gemacht hatte, zur Weiterleitung an die ASt mit deutlich reduzierteren Schwärzungen zur Verfügung gestellt. Es wurde vor dem Hintergrund, dass der ASt vor der mündlichen Verhandlung seitens der Bg ein in weiten Teilen geschwärzter und nur rudimentär einlassungsfähiger Schriftsatz seitens der Bg zur Verfügung gestellt worden war, seitens der Vergabekammer die Durchführung einer zweiten mündlichen Verhandlung angeboten, um insbesondere der ASt ausreichend rechtliches Gehör zu geben. Auf den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung haben alle Verfahrensbeteiligten, insbesondere auch die ASt, verzichtet (Schriftsätze der Ag und der Bg vom 9. Februar 2016, der ASt vom 10. Februar 2016).

Durch Verfügung der Vorsitzenden wurde die am 27. Januar 2016 regulär ablaufende Entscheidungsfrist aufgrund der Komplexität des Sachverhalts und der anstehenden Rechtsfragen bis zum 19. Februar 2016 einschließlich verlängert (§ 113 Abs. 1 S. 2 GWB).

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen. Nach dem Wechsel der jeweils eingereichten Schriftsätze (vom 29. Januar 2016 (ASt) bzw. 1. Februar 2016 (Ag und Bg)) verzichteten die Verfahrensbeteiligten auf den Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, erweist sich jedoch als unbegründet.

1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben.
  - a) Die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags setzt nach §§ 100 Abs. 1, 102 GWB voraus, dass ein öffentlicher Auftrag Bezugspunkt des Nachprüfungsbegehrens ist, dessen Auftragswert – was vorliegend keiner näheren Begründung bedarf – oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte liegt.

- aa) Dies setzt einmal voraus, dass bereits ein Vergabeverfahren begonnen wurde. Dies ist vorliegend der Fall und wird auch seitens der Ag nicht ernsthaft bestritten. In dem von ihr geführten Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb hat die Bg bereits ein Angebot abgegeben, so dass sowohl unter Zugrundelegung eines materiellen wie auch eines formalen Verständnisses ein Vergabeverfahren eröffnet ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. August 2012, VII-Verg 10/12 und EuGH, Urt. v. 11. Januar 2005 - C-26/03, Stadt Halle). Gegen die aus ihrer Sicht diskriminierende Nichtberücksichtigung wendet sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag. Ihr kann nicht entgegengehalten werden, bis zum tatsächlichen Abschluss des Vertrages mit der Bg abwarten zu müssen, um einen Antrag gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB auf Feststellung der Unwirksamkeit stellen zu müssen.
- bb) Die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags scheitert auch nicht etwa daran, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Auftrag um eine Dienstleistungskonzession handeln würde, die nach derzeit noch geltender Rechtslage mit Ausnahme des europäischen Primärrechts nicht dem europaweiten Vergaberecht unterliegt (vgl. Art. 17 RL 2004/18/EG sowie BGH, Urt. v. 8. Februar 2011, X ZB 4/10). Sämtliche für die Annahme einer Konzession notwendigen Merkmale liegen nicht vor: Der in Rede stehende Auftrag enthält als Gegenleistung für die zu erbringende Dienstleistung kein Recht der Bg, die Mautzahlungen durch die Nutzer selbst zu vereinnahmen; diese fließen vielmehr an die Ag. Die Ag vergütet die technische Aufrüstung des Mautsystems der Bg gegenüber unmittelbar, so dass das wirtschaftliche Betriebsrisiko (vgl. dazu EuGH, Urt. v. 10. März 2011, C-274/09) ebenfalls nicht auf die Bg übertragen wird.
- b) Die ASt ist auch antragsbefugt, § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat ihr Interesse am Auftrag zunächst durch Erhebung der Rüge bzw. nachfolgend der Stellung des Nachprüfungsantrags belegt. Soweit die Ag geltend macht, die ASt begehre aufgrund der sich im Laufe des Nachprüfungsverfahrens gewandelten Argumentationsschiene letztlich nicht mehr die Beteiligungsmöglichkeit an dem streitgegenständlichen Verhandlungsverfahren, sondern vielmehr die Vergabe eines völlig anderen Auftrags, so dass sie kein Interesse mehr am Auftrag i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB habe, steht dies der Zulässigkeit des Antrags nicht entgegen. Denn die

ASt macht (u.a.) gerade geltend, dass die Ag in missbräuchlicher Absicht die zugunsten der Bg bestehende Ausschließlichkeitsrechtslage selbst herbeigeführt bzw. durch das Unterlassen der Ausübung der Call Option nicht zu ihren Gunsten aufgelöst habe, so dass sie sich bei der Bestimmung ihres Beschaffungsbedarfs nicht darauf berufen könne. Den Vortrag der ASt insoweit als zutreffend unterstellt, wäre das Leistungsbestimmungsrecht der Ag unzutreffend von ihr ausgeübt worden und das Vergabeverfahren neu zu beginnen. Es wäre in diesem Fall nicht ausgeschlossen, dass bei erneuter Definition des Bedarfsgegenstandes durch die Ag in von der ASt begehrten Sinne diese eine Möglichkeit hätte, sich an einem neuen Vergabeverfahren zu beteiligen. Mehr ist für den Beleg der Antragsbefugnis nicht erforderlich (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03; BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04).

- c) Die Tatsache, dass die ASt antragsbefugt ist, belegt bereits indiziell, dass der Nachprüfungsantrag nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Soweit die Ag diesbezüglich geltend macht, dass aufgrund des Bewusstseins der ASt, die von ihr geltend gemachten kartell- und patentrechtlichen Ansprüche nicht im (ordentlichen) kartellrechtlichen Rechtsweg durchsetzen zu können und daher den Umweg über das Vergabenachprüfungsverfahren beschreiten zu müssen, was aus ihrer Sicht die Missbräuchlichkeit des Antrags ausmache, kann ihr nicht gefolgt werden. Denn zumindest dem Grunde nach anerkennen sowohl der Vergabesenat des OLG Düsseldorf als auch der Bundesgerichtshof, dass eine Befassung der Nachprüfungsinstanzen in einfach gelagerten Fällen mit kartellrechtlichen Fragestellungen prinzipiell möglich ist (s. dazu unten sub 2.a)bb)(1)). Ein entsprechender Vortrag eines Antragstellers kann daher nicht per se mit dem Verdikt des Rechtsmissbrauchs belegt werden.
- d) Die ASt ist mit ihrem Vortrag auch nicht präkludiert, § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB. Zwar greift die Freistellung von der Rügeobliegenheit nach § 107 Abs. 3 S. 2 GWB entgegen der Ansicht der ASt nicht ein, weil sie nicht die Unwirksamkeit eines geschlossenen Vertrags nach § 101b Abs. Nr. 2 GWB beantragt; nur für diesen Fall ist eine Ausnahme von der Rügeobliegenheit vorgesehen (vgl. OLG Rostock, Beschl. v. 20. November 2013, 17 Verg 7/13; OLG Brandenburg, Beschl. v. 20. September 2011, Verg W 11/11).

Eine Präklusion der ASt gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB kommt vorliegend aber schon mangels positiver Kenntnis nicht in Betracht. Sie verfügte aufgrund der Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage vom 29. Oktober 2015 lediglich in tatsächlicher Hinsicht über die Gewissheit, dass ein Vergabeverfahren von der Ag initiiert worden war. Eine unmittelbare positive Kenntnis im Rechtssinne, wieso ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird, lässt sich aus der Antwort indes nicht ableiten. Eine Rügepräklusion kommt aber nur bei auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhenden und ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. Januar 2014, VII-Verg 26/13). Die ASt konnte bis zur Offenlegung der relevanten Regelungen des BV im Nachgang zur mündlichen Verhandlung allenfalls ins Blaue hinein einen Vergaberechtsverstoß rügen. In ihrer Rüge vom 17. Dezember 2015 geht die ASt daher auch nur davon aus, dass die Ag sich wohl auf Ausschließlichkeitsrechte nach § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A berufen werde, um die exklusiven Verhandlungen mit der Bg zu rechtfertigen. Bloße Annahmen eines Antragstellers sind – selbst bei rechtlicher Beratung – jedoch ungeeignet, eine positive Kenntnis auszulösen (OLG Düsseldorf, ebda. Rn. 30, zit. n. juris).

Selbst wenn man aber eine Rügeobliegenheit der ASt bejahte, wäre sie nicht mit ihrem Vortrag präkludiert. Denn eine Verletzung des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB mangels – wie von Ag und Bg vortragener – Unverzüglichkeit der Rügeerhebung erst am 17. Dezember 2015 trotz positiver Kenntnis bereits im Zeitpunkt der öffentlichen Verkündung der exklusiven Verhandlung mit der Bg am 29. Oktober 2015 kommt nicht in Betracht. Das Unverzüglichkeitsmerkmal der Norm ist analog zur Entscheidung des EuGH (Urt. v. 28. Oktober 2010, Rs. C-406/08), wonach der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht von der Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs – wie etwa vergleichbar im deutschen Recht von der „Unverzüglichkeit“ – abhängt, nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer zugunsten der Antragsteller nicht mehr anwendbar (vgl. etwa OLG Koblenz, Beschl. v. 16. September 2013, 1 Verg 5/13; offen gelassen z.B. in OLG Saarbrücken, Beschl. v. 15. Oktober 2014, 1 Verg 1/14). Einem Antragsteller obliegt es nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB aber dennoch, den von ihm vermuteten Vergabeverstoß vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zum Gegenstand einer Rüge zu machen, die allerdings nicht unverzüglich sein muss (2. VK Bund, Beschluss vom 6. Oktober 2015, VK 2 – 91/15, Beschluss vom 4. Januar 2016, VK 2 – 125/15). Dieser Obliegenheit ist die ASt vorliegend nachgekommen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

a) Die Ag hat sich entschieden, in sachlicher Hinsicht das bestehende Mautsystem und in zeitlicher Hinsicht dieses jetzt so auszubauen, dass es ab 1. September 2018 auf allen Bundesstraßen Mauteinnahmen generiert. Diese Entscheidung führt zwar dazu, dass derzeit allein die Bg als Inhaberin von für die Leistungserbringung erforderlichen Ausschließlichkeitsrechten (dazu unten sub aa)) in der Lage ist, den Auftrag auszuführen (dazu unten sub bb)). Trotz dieses wettbewerbsausschließenden Effekts hat die Ag das ihr zustehende Leistungsbestimmungsrecht sachgerecht und auftragsbezogen ausgeübt; insbesondere musste sie keine alternativen Gestaltungsmöglichkeiten nutzen (dazu unten sub cc)). Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb mit der Bg ist daher nach § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A zulässig.

aa) Der Bg stehen Ausschließlichkeitsrechte zu.

Nach den einschlägigen Regelungen des BV ist die Bg zunächst Eigentümerin bzw. Inhaberin der eigentumsähnlichen Rechte aller für die Errichtung und den Betrieb des Mautsystems erforderlichen Anlagen und Einrichtungen sowie uneingeschränkte Inhaberin aller für die Errichtung und den Betrieb des Mautsystems und für die sonstige Vertragserfüllung erforderlichen Rechte [...]. Die Anlagen und Einrichtungen des Mautsystems, die im Sinne des § 1 Abs. 4 FStrG zu den Bundesfernstraßen gehören, stehen ebenfalls im Eigentum der Bg; mit dem Grund und Boden sind sie nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden und daher Scheinbestandteile der Grundstücke im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1 BGB [...]

Bezogen auf die relevanten Komponenten des Mautsystems bedeutet dies konkret:

- Die Bg kann sich zunächst auf den Schutz ihrer Datenbank berufen: In Bezug auf die von der Bg gesammelten Abschlagsdaten mautpflichtiger Fahrten hat der BGH (Urt. v. 25. März 2010, I Z 47/08) entschieden, dass es sich hierbei um eine Datenbank im Sinne des § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG handelt, weil Daten systematisch oder methodisch angeordnet und

mit Hilfe elektronischer Mittel oder auf andere Weise zugänglich seien und deren Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung eine nach Art und Umfang wesentliche Investition erfordere. Sie sei daher gegen eine öffentliche Wiedergabe geschützt. Zwar plant die ASt keinen Vollzugriff auf die Datenbank, will aber die von ihr im Rahmen der Erweiterung selbst zu entwickelnde Datenbank einem Abgleich mit der Datenbank der Bg unterziehen. Hierfür ist jedoch auch ein Zugang und jedenfalls ein Duplizieren der Datenbank im Arbeitsspeicher erforderlich, was jedenfalls eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung darstellen würde und somit von der Bg abgewehrt werden könnte (§ 87b Abs. 1 UrhG).

- Darüber hinaus verfügt die Bg über Softwarenutzungsrechte an der Fahrzeuggerätesoftware [...]. Dass die diesbezüglichen Rechte der Bg [...] als ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wurden, steht einer Berufung im Rahmen des § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A nicht entgegen. Es ist nicht erforderlich, dass die Bg selbst originäre Inhaberin der Rechte als Urheberin ist, um sich erfolgreich auf ein Ausschließlichkeitsrecht berufen zu können. Ausreichend ist, dass sie Dritte von der Nutzung ausschließen kann. Dies ist [...] der Fall, da nur die Bg selbst über ein Nutzungsrecht verfügt. Diese Überlegungen gelten analog für die Software in Bezug auf die zentralen Dienste der Bg.
- Die Bg beruft sich zudem auf die Eigenentwicklungen an der Fahrzeuggerätesoftware ([...] individuelle Komponenten der zentralen Dienste [Einzelheiten wurden von der Bg als Geschäftsgeheimnis deklariert]). Insoweit ist die Bg selbst Urheberin und damit ausschließliche Inhaberin der Schutzrechte, weil diese Urheberrechte im Zusammenhang mit dem Mautsystem erst durch die Eigenentwicklungen entstanden sind.
- Letztlich ist die Bg auch die Eigentümerin der Anlagen; insbesondere verbleiben die in den Fahrhäusern der LKW befindlichen und jedenfalls zu einem Großteil auch nach Ertüchtigung des Systems weitergenutzten OBU in ihrem Eigentum. Der Einwand der ASt, aufgrund der Verletzung des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes sei die Bg nicht

Eigentümerin der Anlagen und Geräte geworden, verfährt nicht. Da die Bg nach den Regelungen des BV von Anfang an Eigentum an den Anlagen erwirbt, kommt es auf eine fehlende Individualisierung der Sachen bei hier nicht erfolgender (Rück-)Übereignung durch die Ag nicht an.

Ebenso unerheblich ist auch, dass auch bei Beauftragung der Bg ein partieller Austausch alter OBU's erfolgen wird. Damit das Eigentumsrecht der Bg insoweit nicht der Auftragsausführung etwa durch die ASt entgegengehalten werden könnte, müssten sämtliche OBU's ausgetauscht werden. Dies ist jedoch aufgrund der geplanten Weiternutzung derjenigen OBU's, welche die aufgrund der Erweiterung erforderlichen Modifikationen technisch abbilden könnten, nicht der Fall.

- Die Beurteilung der zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittenen patentrechtlichen Lage ist angesichts der aufgezeigten bestehenden Rechte unerheblich, auch wenn viel dafür spricht, dass jedenfalls das von der ASt angeführte Patent der in Ziffer 13 der Anlage 12 genannten Patentfamilie, das ein Verfahren zum Erfassen von Straßennutzungsgebühren betrifft, berührt sein kann. Streitentscheidend ist dies angesichts der im Übrigen zugunsten der Bg bestehenden Rechte indes nicht.

Die ASt selbst konzidiert im Übrigen das Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten, indem sie Zwangslizenzen auf Patente, einen kartellrechtlichen Zugangsanspruch zu den Schutzrechten der Bg, die Erstellung von Schnittstellen an der Software der Bg begehrt und letztlich einen Verstoß gegen Verwaltungsvorschriften der Bundeshaushaltsordnung zu erkennen meint, weil die Ag sich gerade nicht die Schutzrechte gesichert hat, sondern diese vielmehr der Bg bzw. deren Gesellschaftern überlassen hat.

Das von der ASt beehrte Ankoppeln an die Systeme der Bg kann diese aufgrund der ihr zustehenden Schutzrechte abwehren. Jegliche Bearbeitung, Umarbeitung oder Vervielfältigung der Software würde einen Urheberrechtsverstoß begründen. Eingriffe in ihr Eigentum könnte sie ebenfalls mit Unterlassungsansprüchen gemäß § 1004 Abs. 1 BGB begegnen,

da eine Duldungspflicht der Bg gemäß Abs. 2 nicht besteht. Dass sie [...] Eingriffe in ihre Eigentumsposition abwehren wird, hat sie der Ag gegenüber ausdrücklich erklärt (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12 Rn. 39 zit. n. juris). Die Ag verfügt damit nicht über die Möglichkeit, Dritten die Anwender- und Entwicklerdokumentation, Lasten- und Pflichtenhefte, Systembeschreibungen oder Spezifikationen etc. zur Verfügung stellen zu können, um ein wettbewerbliches Verfahren zu ermöglichen.

bb) Diese Ausschließlichkeitsrechte führen im Sinne des Ausnahmetatbestands von § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A dazu, dass derzeit allein die Bg in der Lage ist, den Ausbau des bestehenden Systems im Sinne einer Ausweitung auf alle Bundesstraßen vorzunehmen. Es kann nämlich durch die Vergabekammer und für die vorliegenden vergaberechtlichen Zusammenhänge nicht festgestellt werden, dass die Bg verpflichtet wäre, das von ihr entwickelte System ihren Wettbewerbern gegenüber zu öffnen und – soweit solche vorhanden sein sollten - Schnittstellen zur Verfügung zu stellen.

(1) Was die von der ASt geltend gemachten kartellrechtlichen Ansprüche anbelangt, so sieht § 104 Abs. 2 GWB zwar vor, dass neben den aus vergaberechtlichen Bestimmungen resultierenden Ansprüchen nach § 97 Abs. 7 GWB auch solche Ansprüche, die sich aus anderen als vergaberechtlichen Normen ergeben, ausschließlich vor den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden können. Allerdings geht es dabei, wie die Formulierung in § 104 Abs. 2 GWB deutlich macht, um „Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber“. Das im Wesentlichen mit kartellrechtlichen Überlegungen untermauerte Begehren der ASt, die Bg möge Schnittstellen ihres Systems offen legen, um Wettbewerbern ebenfalls die Erbringung der Ausbauleistung zu ermöglichen, ist dagegen nicht gegen die Ag als den öffentlichen Auftraggeber, sondern gegen die Bg als ein anderes Unternehmen gerichtet. Das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren dient aber nicht der Durchsetzung z.B. kartellrechtlicher Ansprüche eines Unternehmens gegen ein anderes Unternehmen. Die Ansprüche, die hier ausschließlich geltend gemacht werden können, müssen vielmehr auf die „Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren“



gerichtet sein, § 104 Abs. 2 GWB. Die bestehenden Ausschließlichkeitsrechte der Bg, die im Übrigen aus dem Erfolg in einem ordnungsgemäßen Vergabewettbewerb im Jahr 2002 erwachsen sind und damit vollkommen legitimerweise bestehen, sind jedoch auch aus der Perspektive der Ag Fakt. Die einzige „*Handlung in einem Vergabeverfahren*“, mit der ein öffentlicher Auftraggeber dem Grunde nach bestehende Ausschließlichkeitsrechte beseitigen bzw. öffnen könnte, wäre – sollte der Rechteinhaber seine Rechtsposition nicht freiwillig aufgeben – ein gerichtliches Vorgehen mit dem Ziel, ein Unternehmen zur Öffnung oder Erstellung von Schnittstellen etc. zu zwingen, um einen Zugang auch anderer Unternehmen zum Vergabewettbewerb zu ermöglichen. Abgesehen davon, dass ein diesbezüglicher materiell-rechtlicher Anspruch des Auftraggebers schwer zu begründen sein dürfte, ist die Vorstellung, der öffentliche Auftraggeber möge zunächst selbst langwierige und kostenträchtige gerichtliche Verfahren führen, um dann sein Vergabeverfahren durchführen zu können, erkennbar abwegig und wird von den vergaberechtlichen Bestimmungen auch exakt gegenteilig entschieden: Der Auftraggeber darf in dem Fall des Bestehens von Ausschließlichkeitsrechten, die nur einem Unternehmen die Leistungserbringung ermöglichen, diese als gegeben hinnehmen und konsequent von Vergabewettbewerb absehen, so § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A, der im Einklang steht mit den Vorgaben der Europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, dort Art. 31 Nr. 1 lit. c) sowie der Nachfolgerichtlinie 2014/24/EU, dort Art. 32 Abs. 2 lit. b) ii). Eine Verpflichtung des Auftraggebers, zunächst eine Erzwingung der Öffnung von Ausschließlichkeitsrechten mit unsicherem Ausgang zu versuchen, im Extremfall kostenpflichtig über die zuständigen Gerichte, besteht nicht. Dass die Bg ihre Ausschließlichkeitsrechte hier nicht freiwillig aufgeben werde, [...], hat die Ag bei der Bg aufgeklärt [...].

Die Richtigkeit der von § 104 Abs. 2 GWB getroffenen Wertung, wonach Ansprüche eines Antragstellers gegen ein anderes Unternehmen nicht im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden können, wird durch die Überlegung bestätigt, dass im Nachprüfungsverfahren ein anderer

Instanzenzug gegeben ist als bei kartellrechtlichen Sachverhalten. Der Rechtsschutz gegen eine in der Sache als kartellrechtliche Missbrauchsentscheidung einzustufende Kammerentscheidung wäre ein verkürzter: Gegen die Entscheidungen der Vergabekammern findet ausschließlich das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statt. Der Instanzenzug bis zum Bundesgerichtshof ist - abgesehen von Divergenzvorlagen - im Gegensatz zum (kartell-)zivilgerichtlichen Rechtszug und zum Rechtsschutz gegen kartellbehördliche Entscheidungen im Verwaltungs- oder Bußgeldverfahren nicht vorgesehen (so schon: 2. VK Bund, Beschl. vom 2. März 2012, VK 2-5/12). Träfe die Kammer eine Entscheidung zu den aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen, würde der betroffenen Partei daher in praktischer Konsequenz nicht der eigentlich dafür vorgesehene Rechtsschutz zur Verfügung stehen. Verfassungsrechtlich gewendet würde der betroffenen Partei somit der gesetzliche Richter entzogen (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG).

- (2) Ohne, dass es bei dieser Rechtslage noch darauf ankäme, ist es aber auch in der Sache höchst fraglich, ob die Bg, wie die ASt meint, tatsächlich marktbeherrschend und damit überhaupt Adressat von § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB ist. Die Erbringung von Leistungen der streitgegenständlichen Art, die Etablierung von Mautsystemen, wird nämlich nicht nur durch die Ag nachgefragt; es gibt vielmehr Mautsysteme in einer Reihe von EU-Ländern, so dass Unternehmen wie die ASt, die derartige Leistungen anbieten, auf eine Reihe von unterschiedlichen Nachfragern treffen. Eine Abhängigkeit von der Bg ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar. Ebenfalls fraglich ist, ob die ASt auf einem nachgelagerten Markt behindert wird, wenn sie keinen Zugang zum Mautsystem der Bg erhält, um die Erweiterung vornehmen zu können. Als der dem streitgegenständlichen Ausbau nachgelagerte Markt wäre vorliegend der Betrieb des Systems anzusehen. Hier sind aber Behinderungen jedenfalls auf den ersten Blick nicht zu erkennen, im Gegenteil ist es ja erklärte und nachgewiesene Absicht der Ag, den gesamten Betrieb nach Abschluss der rein technischen Ausweitung auf das gesamte Bundesstraßennetz auszuschreiben und im Wettbewerb zu vergeben. Hier kommen der ASt ebenso wie anderen Interessenten

gleiche Chancen zu, den Auftrag für den Betrieb zu erhalten. Entgegen der Befürchtung der ASt kann der Bg schon deshalb kein Wettbewerbsvorteil für den späteren Betrieb des ertüchtigten Mautsystems mehr zukommen, weil sie nach Ausübung der Call Option und der geplanten Ausschreibung des Betriebs eines dann ertüchtigten Systems selbst zum Ausschreibungsgegenstand mutiert. Entsprechende Rechtsberatungsleistungen für die Ausübung der Call Option und die anschließende Vergabe des Betriebs des ertüchtigten Mautsystems hat die Ag bereits ausgeschrieben (wirtschaftliche und rechtliche Beratungsleistungen mit Bekanntmachungen vom 5. Dezember 2015, ABl. der EU Nr. 2015/S 236-428398 und Nr. 2015/S 236-428397; technische Beratungsleistungen mit Bekanntmachungen vom 2. Mai 2015, ABl. der EU Nr. 2015/S 085-152851 und vom 27. November 2015, Nr. 2015/S 230-418483). Die Ausschreibung des Betriebs des Mautsystems durch einen Dritten ab September 2018 befindet sich nach Angaben der Ag ebenfalls in Vorbereitung.

- (3) Wie im Übrigen auch bereits die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten deutlich machen, die sich intensiv und kontrovers mit diesen kartellrechtlichen Themen auseinandersetzen, geht es hier nicht um einfach zu beantwortende rechtliche Probleme. Auch wenn die Aufarbeitung kartellrechtlicher Sachverhalte im Vergabenaachprüfungsverfahren bei Vorliegen einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm nicht generell unmöglich oder unzulässig ist (soweit, wie soeben sub (1) dargelegt, der öffentliche Auftraggeber damit in die Pflicht genommen wird), so kommt dies doch nur bei einfach festzustellenden und zu beantwortenden Fragen in Betracht. Aufgrund der Schwere des Vorwurfs - der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung stellt einen Bußgeldtatbestand dar (§ 19 i.V.m. § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB) - verbietet sich daher schon aus rechtsstaatlichen Erwägungen dessen Bejahung in einem eher summarischen Verfahren, das einem besonderen Beschleunigungsgebot unterliegt. Eine derartige Prüfung kommt allenfalls dann in Betracht, wenn kartellrechtliche Verstöße des Auftraggebers im Raum stehen, die ohne zeitaufwändige Untersuchung einwandfrei von der Kammer festgestellt werden können (vgl. zum Vorstehenden OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012 – Verg

7/12 ; vom 1. August 2012 – Verg 10/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.07.2015 - Verg 6/15 m.w.N; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 18. Januar 2000 - KVR 23/98 S. 21 BA). Selbst wenn mithin die unter (1) geschilderte Problematik nicht bestünde, wonach die ASt vorliegend die Bg in die Pflicht nimmt, könnte der Sachverhalt nicht in diesem Sinne einfach und schnell entschieden werden, womit kartellrechtliche Ansprüche auch aus diesem Grund vorliegend nicht herangezogen werden könnten.

Für das Eingreifen des Ausnahmetatbestands des § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A ist somit ausreichend, dass Ausschließlichkeitsrechte allein einem Unternehmen die Auftragsausführung eröffnen; die nachgelagerte Frage, ob aus kartellrechtlichen Erwägungen heraus mit Erfolg Ansprüche von Wettbewerbern gegen dieses Unternehmen auf Öffnung seines Systems geltend gemacht werden können, ist in dem hierfür vorgesehenen gerichtlichen Instanzenzug, nicht aber im Vergabenaachprüfungsverfahren zu entscheiden. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A ist keine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm zur Überprüfung kartellrechtlicher Sachverhalte.

- cc) Richtig ist zwar, dass die Ag es in der Hand gehabt hätte oder auch immer noch in der Hand hat, durch ihre eigenen Entscheidungen eine Situation herbeizuführen, in der nicht allein die Bg für die Leistungserbringung in Betracht käme, mithin keine Ausschließlichkeitsrechte der Bg greifen würden.
- (1) Nicht der Fall ist dies allerdings entgegen der Meinung der ASt mithilfe eines Dekompilierungsanspruchs in Bezug auf die Software gemäß § 69e UrhG, um die Interoperabilität der Teilmautsysteme verschiedener Hersteller herbeiführen zu können. Zwar kann nach dieser Norm, sofern die Übersetzung des Codes der Software im Sinne des § 69c Nr. 1 und 2 UrhG unerlässlich ist, um die erforderlichen Informationen zur Herstellung der Interoperabilität eines unabhängig geschaffenen Computerprogramms mit anderen Programmen zu erhalten, dieser Code vervielfältigt und in ein Quellformat übersetzt, ggf. auch an Dritte weitergegeben werden. Auch wären abweichende Regelungen im BV gemäß § 69g Abs. 2 UrhG nichtig.

Allerdings kann der Dekompilierungsanspruch nur soweit greifen, wie ein Auslesen der Software auch eine (gegenüber Dritten zu öffnende) Schnittstelle für die Ankopplung hervorbringt. Dies ist jedoch gerade nicht der Fall, weil – wie die Bg mehrfach betont hat – keine allgemeine Schnittstelle für eine Ankopplung von Software dritter Unternehmen besteht. Ein urheberrechtlicher Dekompilierungsanspruch ginge damit schon aus technischen Gründen ins Leere, so dass hier keine Möglichkeit der Ag bestünde, den Ausschließlichkeitsrechten entgegenzutreten.

- (2) Die der Bg zustehenden Ausschließlichkeitsrechte stünden dann Verhandlungen mit Dritten jedoch dann nicht entgegen, wenn sich die Ag in sachlicher Hinsicht entschieden hätte, nicht das bestehende System auf die bislang nicht erfassten Bundesfernstraßen zu erweitern, sondern ein gänzlich neues System für alle – also auch die bislang schon mit der Maut belegten – Bundesstraßen zu etablieren. Diese Variante wäre durchaus denkbar und auch nicht fernliegend, da der BV nunmehr definitiv am 31. August 2018 abläuft; die Bg ist Eigentümerin der technischen Komponenten wie z.B. der OBUs etc. sowie Inhaberin der geistigen Eigentumsrechte, die insgesamt im Rahmen der Ausführung des bisherigen Auftrags entstanden sind. Wie die Ag vorträgt, sind die Investitionsgüter jedenfalls zu einem Großteil abgeschrieben, so dass eine komplette Neubeschaffung durchaus in Betracht käme und rein theoretisch im Endeffekt wirtschaftlicher sein könnte als der Ausbau des bestehenden Systems mit vielen Anpassungs- und Austauschnotwendigkeiten, z.B. der OBUs, die möglicherweise nicht alle auf die Speicherung eines deutlich höheren Datenvolumens ausgelegt sind.

Hier wird aber der Kern des Leistungsbestimmungsrechts der Ag berührt. Der öffentliche Auftraggeber ist privatautonom und frei in seiner Entscheidung, was er beschaffen möchte, solange er sach- und auftragsbezogene Gründe für die per se wettbewerbsbeschränkende Definition seines Beschaffungsgegenstandes hat (st. Rspr., vgl. grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.9.2009, 25/09, zuletzt vom 12.2.2014 – VII Verg 29/12 m.w.N., sowie inzwischen dem OLG

Düsseldorf folgend auch OLG Jena, Beschluss v. 25.6.2014 – 2 Verg 1/14). Die Entscheidung, das bereits bestehende System und dessen trotz der partiellen betriebswirtschaftlichen Abschreibung gegebenen Wert weiter nutzen zu wollen anstelle eine komplette Neuanschaffung durchzuführen, ist definitiv ein sachbezogener und in keiner Weise zu beanstandender Grund, ebenso die Überlegung, angesichts der erheblichen und für den Straßenausbau unabdingbaren Mauteinnahmen eine sichere Variante wählen zu wollen. Die Mauteinnahmen stellen eine nicht unmaßgebliche Einnahmequelle für die Ag dar, welche zweckgebunden in die Straßenverkehrsinfrastruktur fließt; bei Etablierung eines gänzlich neuen Systems bestünde durchaus das Risiko, dass es ähnlich wie bei der erstmaligen Einführung des Mautsystems auf den Autobahnen gewisse Anlaufschwierigkeiten und damit beträchtliche Ausfälle an Mauteinnahmen geben könnte. Auch aus Wirtschaftlichkeitsüberlegungen heraus macht es durchaus Sinn, eine zwar nicht neue, aber in der Sache dennoch taugliche Infrastruktur weiterhin nutzen zu wollen. Die Ag möchte das Bestandssystem weiterhin nutzen und dessen wirtschaftlichen Wert, primär in Gestalt der Rechte an der Software und der zentralen Dienste sowie dem Eigentum an – jedenfalls einer hohen Anzahl – OBUs, nach Ausübung der Call Option bei der Vergabe der Gesellschaftsanteile der Bg und des Betriebs des Mautsystems ab dem 1. September 2018 an einen Dritten fruchtbar machen. Es stellt einen objektiv nachvollziehbaren Grund dar, dass die Ag angesichts der von ihr mittelbar getätigten Investitionen im Laufe mehr als eines Jahrzehnts das System gerade nicht noch einmal neu entwickeln lassen möchte, sondern sich auf die Erweiterung des bestehenden Systems beschränkt. Auch die ASt geht – wenn auch in anderem Kontext – davon aus, dass sich die Ag das System teuer erkaufte hat. Diese wirtschaftlichen Erwägungen der Ag sind objektiv nachvollziehbar und sachbezogen.

Es steht der Vergabekammer nicht zu und würde sowohl ihre Kompetenzen als auch ihr Beurteilungsvermögen überschreiten, wenn sie der Ag eine andere Lösung im Sinne einer Beschaffung eines komplett neuen Systems oktroyieren wollte. Ob die von der Ag gewählte

Variante letztlich wirklich die wirtschaftlichere sein wird, muss die Ag einschätzen und verantworten. Aus Sicht der Vergabekammer ist im Sinne der Sachbezogenheit der Leistungsdefinition allein entscheidend, dass das bisherige und derzeit noch im Eigentum der Bg befindliche System der Ag überhaupt zur Verfügung stehen wird. Die Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts würden dann überschritten, wenn die Ag sich für ihr Erweiterungsvorhaben im Kern auf ein System stützen würde, das ihr ab 31. August 2018 – dem Zeitpunkt des Ablaufs des BV – gar nicht mehr zur Verfügung stünde und das dann eigentlich seinerseits einer erneuten Ausschreibung bedürfte. Dieser Sachverhalt wurde in der mündlichen Verhandlung intensiv erörtert und die Ag hat vorgetragen sowie im Nachgang zur mündlichen Verhandlung durch Einreichung der entsprechenden Passagen des BV belegt, dass ihr nach [...] eine Call Option zusteht, die sie auch ausüben wird. Durch Ausübung der Call Option nach Ablauf des BV wird die Ag Eigentümerin der Bg und mithin mittelbar auch des bisherigen Mautsystems einschließlich aller Rechte.

- (3) Ebenso hätte die Ag die Call Option bereits zu einem früheren Zeitpunkt, also nicht wie konkret beabsichtigt erst zukünftig zum Ablauf des BV am 31. August 2018 ausüben können. [...]. Übt die Ag die Call Option aus, stehen der Bg die gewerblichen Schutzrechte oder die Nutzungsrechte an gewerblichen Schutzrechten im Sinne von [...] ebenso zu wie die Schutzrechte gemäß [...]. Die Ausübung der Call Option hätte mithin zur Folge, dass durch die Übernahme der Bg durch die Ag diese mittelbar Inhaberin aller Schutzrechte würde, womit die Ag die einem offenen Vergabewettbewerb entgegenstehenden Ausschließlichkeitsrechte der Bg beseitigt hätte und selbst hierüber im Sinne einer Schnittstellenöffnung etc. disponieren könnte.

Diese vertraglich vorgesehene Möglichkeit führt indes nicht zu einer korrespondierenden Verpflichtung der Ag, hiervon auch Gebrauch machen zu müssen. Denn an die Ausübung der Call Option knüpfen sich vielfältige Rechtsfolgen, nicht allein die Ermöglichung eines offenen Vergabewettbewerbs. So wäre die Ag als Gesellschafterin der Bg

unmittelbar für den Betrieb des Mautsystems verantwortlich. Des Weiteren würde die derzeit nach dem BV bestehende [...] Haftung der Gesellschafter der Bg für Mautausfälle enden. Darüber hinaus müsste die Ag [...]. Es stellte sich daher auch die Frage nach der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit eines derartigen Vorgehens, wenn die Ag schon zum jetzigen Zeitpunkt die Call Option ausüben müsste.

Eine vergaberechtliche Pflicht, diese Option angesichts der geplanten Erweiterung des Systems ausüben zu müssen, vermag die Kammer nicht zu erkennen und es würde wiederum die Kompetenzen der Vergabekammer überschreiten, eine solche Pflicht vorzugeben. Zu prüfen ist der vorliegende, konkrete Sachverhalt, der nicht allein dadurch als vergaberechtswidrig zu beurteilen ist, weil es alternative Handlungsoptionen mit anderen Konsequenzen für das vorliegende Vergabeverfahren gegeben hätte. Wie dargelegt, hätte die Ausübung der Call Option Auswirkungen in unterschiedlichster, nicht primär vergaberechtlicher Richtung. Ob und wann die Ag diese Konsequenzen auf sich nehmen will, ist eine nicht dem Vergaberecht zuzuordnende und nicht durch die Vergabekammer überprüfbare Entscheidung der Ag.

- (4) Das Leistungsbestimmungsrecht beinhaltet aber nicht nur eine sachliche, sondern auch eine zeitliche Komponente. Würde sich die Ag entscheiden, die Beschaffung erst nach Ablauf des BV zum 31. August 2018 auf den Weg zu bringen, so wären in gleicher Weise wie bei der soeben sub (3) erörterten Variante der vorzeitigen Ausübung der Call Option die Rechte bei der Ag, die dann – also mit Vertragsende - die Call Option ausüben wird; sie könnte die Ausschließlichkeitsrechte dann in einem offenen Vergabewettbewerb zur Verfügung stellen. Die Ag will aber bereits ab 1. September 2018 Mauteinnahmen auf allen Bundesstraßen generieren. Dazu ist es erforderlich, das System bereits jetzt zu ertüchtigen und auszubauen; ein Zuwarten auf das Auslaufen des BV mit anschließender Ausübung der Call Option würde den geplanten Termin für die erweiterte Maut dagegen vereiteln. Ebenso wie bei der sachlich/inhaltlichen Komponente des Leistungsbestimmungsrechts liegt auch in Bezug auf die zeitliche



Komponente, das Vorhaben jetzt zu beginnen und nicht erst nach dem 1. September 2018, ein sach- und auftragsbezogener Grund vor.

- (5) Ebenso wenig war die Ag verpflichtet, von der Vertragsverlängerung 2014 abzusehen, um so schon zum 31. August 2015 die Bg einschließlich aller Rechte übernehmen zu können. Die diesbezügliche Verlängerungsoption war bereits von Anfang an mit ausgeschrieben und ist mit Unterzeichnung des Vertrages im Jahr 2002 geregelt worden. Dass die Ag das Ziehen der Verlängerungsoption 2014 hätte unterlassen sollen, um einen früheren Rückfall der Rechte an sie herbeizuführen, kann nicht im Rahmen der hiesigen Beschaffung berücksichtigt werden. Hier gelten die oben in Bezug auf die Call Option gemachten Ausführungen entsprechend. Eine derartige Verpflichtung zum Verzicht auf die im Wettbewerb vergebene Rechtsposition der Verlängerungsmöglichkeit kann die ASt nicht beanspruchen. Selbst wenn daher – wie die ASt vermutet – nicht nur eine zeitliche Koinzidenz zwischen der Ausübung der Verlängerungsoption und den Überlegungen zur Ausweitung des Mautsystems auf alle Bundesstraßen in den Jahren 2013 ff. bestanden haben sollte, so waren diese jedoch von der im BV geregelten Rechteverteilung und den möglichen Vertragslaufzeiten gedeckt. Auch wurde die Vertragsverlängerung trotz ihrer Bekanntmachung von keiner Seite angegriffen und kann damit auch nicht mehr mittelbar über das Argument der Perpetuierung der Ausschließlichkeitsrechtslage zugunsten der Bg gegen die hier streitgegenständliche Vergabe angeführt werden.
- (6) Die ASt kann sich insoweit auch nicht erfolgreich auf eine Übertragung der Wertung des Art. 32 Abs. 2 lit. b) der RL 2014/24/EU auf den vorliegenden Fall berufen. Danach kann auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung zurückgegriffen werden,

*„b) wenn Leistung aus einem der folgenden Gründe nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer erbracht beziehungsweise bereitgestellt werden können:*

*i) Erschaffung oder Erwerb eines einzigartigen Kunstwerks oder einer einzigartigen künstlerischen Leistung als Ziel der Auftragsvergabe;*

*ii) nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen Gründen;*

*iii) Schutz von ausschließlichen Rechten, einschließlich der Rechte des geistigen Eigentums.*

*Die in den Ziffern i und ii festgelegten Ausnahmen gelten nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist;“*

Selbst wenn man eine Vorwirkung der Richtlinie im vorliegenden Fall bejahte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19. November 2014, VII-Verg 30/14 und OLG Schleswig, Beschl. v. 28. August 2015, 1 Verg 1/15), was angesichts des in Art. 32 Abs. 1 angedeuteten Umsetzungsspielraums der Mitgliedstaaten schon fraglich erscheint, stützt der von der ASt herangezogene Art. 32 Abs. 2 lit. b) 2014/24/EU ihre Argumentation gerade nicht (vgl. nahezu gleichlautende Umsetzung in § 14 Abs. 6 VgV unter Verweis auf Abs. 4 Nr. 2 Buchstaben a und b)). Denn nach dem eindeutigen Wortlaut des Satzes 2, gelten lediglich die in den Ziffern i) und ii) festgelegten Ausnahmen nur dann nicht, wenn (...) der mangelnde Wettbewerb das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Die hier in Rede stehende Vergabe zugunsten der Bg aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten ist jedoch in Ziffer iii) geregelt und wird daher von dieser Rückausnahme des Art. 32 Abs. 2 lit. b) S. 2 RL 2014/24/EU gerade nicht erfasst.

Dies ist auch mit dem Telos der Richtlinienorm zu vereinbaren. Regelmäßig dürfte der vom öffentlichen Auftraggeber zu zahlende Preis bei der vertraglich vorgesehenen Übertragung der Nutzungsrechte durch seinen Auftragnehmer deutlich höher ausfallen, als wenn diese bei ihm verbleiben und er die Rechte auch anderweitig verwerten kann. Wäre der Auftraggeber gezwungen, sich immer die Ausschließlichkeitsrechte zu sichern, um die Situation zu vermeiden, sich zwar einem Ausschließlichkeitsrechteinhaber gegenüber zu sehen, sich aber nicht auf dessen Rechte zur Begründung der Durchführung eines exklusiven Verhandlungsverfahrens mit ihm berufen zu dürfen (so die Konsequenz der Argumentation der ASt), müsste er die Rechte immer erwerben. Zu diesem Automatismus wollte jedenfalls der europäische Gesetzgeber und in dessen Umsetzung auch der deutsche Gesetzgeber den

öffentlichen Auftraggeber offenbar nicht zwingen (zum nationalen Haushaltsrecht siehe oben sub. a) bb)).

Es ist in diesem Zusammenhang aber auch in der Sache festzustellen, dass der Ag kein Vorwurf dahin gemacht werden kann, sie habe die bestehende Ausschließlichkeitssituation „*mit Blick auf das anstehende Vergabeverfahren*“ (so der von der ASt herangezogene Erwägungsgrund 50 Abs. 1 a.E. der RL 2014/24/EU) selbst herbeigeführt. Die Rechteverteilung ist bereits mit Unterzeichnung des Vertrages im Jahr 2002 geregelt worden. Zu diesem Zeitpunkt war eine Erweiterung der Mautpflicht auf alle Bundesstraßen nicht abzusehen, weshalb der Vertrag auch ausdrücklich auf den Schwerlastverkehr auf Bundesautobahnen beschränkt war. Rechte und Optionen waren demzufolge auch nicht mit Blick auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren so gewählt worden, um die ASt oder andere Dritte auszuschließen. Im Übrigen hat die Ag alle während der Laufzeit vorgenommenen Änderungen, insbesondere die Erweiterung des Mautsystems auf 1100 km Bundesfernstraßen und auf leichtere Lkw, im Amtsblatt der EU europaweit und damit rechtsmittelfähig bekannt gemacht.

- (7) Die Ag hat auch nicht deswegen ihr Leistungsbestimmungsrecht unsachgemäß ausgeübt, weil sie gegen Haushaltsrecht verstoßen hätte.

Die dahingehende Argumentation der ASt im Schriftsatz vom 10. Februar 2016, wonach die Ag dadurch, dass sie es unterlassen habe, sich im BV Nutzungsrechte an der von der Bg für das Mautsystem zu erstellenden Individualsoftware einräumen zu lassen, gegen § 55 BHO i.V.m. VV Nr. 3.1.1 i.V.m. Nr. 4.5.3.1 des EVB-IT-Systemvertrags i.V.m. Nr. 2.3.2.1 EVB-IT System-AGB verstoßen habe, verfährt nicht.

Die von der ASt herangezogenen haushaltsrechtlichen Vorschriften erlangen erst dann Geltung nach Außen, wenn sie in einen Vertrag einbezogen worden sind. Anderenfalls handelt es sich um rein internes Verwaltungsrecht. Eine Einbeziehung dieser oder ähnlicher Regelungen ist vorliegend gerade nicht erfolgt, da der 2002 abgeschlossene BV

eigens ausgehandelte Regelungen in Bezug auf die Ausschließlichkeitsrechte und deren Nutzung vorsieht. Eine drittschützende Wirkung vermag die angeführte Normkette daher nicht zu entfalten.

Darüber hinaus ist die Verwaltungsvorschrift zu § 55 BHO, auf die sich die ASt beruft, erst am 1. Januar 2014 in Kraft getreten und konnte somit bei der Verhandlung des BV und dessen Abschluss 2002 schon aus zeitlichen Gründen nicht berücksichtigt werden. Aufgrund des Rückwirkungsverbots kann auch nicht mehr nachträglich in ausverhandelte Rechtspositionen der Vertragsparteien eingegriffen werden, wenn zu einem späteren Zeitpunkt anderslautende Verwaltungsvorschriften erlassen werden.

Soweit der Vortrag der ASt dahingehend verstanden werden soll, dass für das zeitliche Eingreifen der Verwaltungsvorschrift auf die Verlängerung des Vertrages am 11. Dezember 2014 abzustellen sei, ist ihr ebenfalls nicht zu folgen. Der Ag stand zu diesem Zeitpunkt nur die Option zu, den Vertrag bis maximal 2018 zu verlängern, nicht jedoch, in erneute Vertragsverhandlungen über die Eigentumsrechte oder die Übertragung von Nutzungsrechten an gewerblichen Schutzrechten etc. einzutreten. Ein derartiges Ansinnen hätte von der Bg erfolgreich mit Verweis auf den abgeschlossenen Vertrag abgewehrt werden können.

- (8) Letztlich steht diese vergaberechtliche Bewertung auch nicht – wie die ASt argumentiert – in Widerspruch zu europäischen oder nationalen Interoperabilitätsvorgaben für Mautsysteme. Soweit etwa § 25 Abs. 2 MautSystG verlangt, dass Fahrzeuggeräte, die im Rahmen des Mautdienstes eingesetzt werden, für jedes elektronische Mautsystem, welches in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/52/EG fällt, und für alle Fahrzeugarten einsetzbar sein müssen, führt dies nicht zu einer Möglichkeit der ASt, sich an das Mautsystem der Bg anzuschließen. Ziel des Gesetzes ist die Schaffung eines einheitlichen europäischen Mautdienstes (§ 3 MautSystG), damit Anbieter von Dienstleistungen auf einheitlichen Standards aufbauen können. Hierfür müssen die elektronischen Mautsysteme den Anforderungen der Richtlinie

2004/52/EG entsprechen, insbesondere den technischen Anforderungen in Bezug auf die einzusetzende Technik. Diese wird in § 2 MautSystG beschränkt auf Satellitenortung, Mobilfunk nach der GSM/GPRS-Norm und Mikrowellentechnik (5,8 GHz). Diese Regelungen betreffen jedoch nicht das Verhältnis von Mautsystemherstellern untereinander, so dass sich aus den technischen Interoperabilitätsvorgaben keine Ansprüche ableiten lassen, die den Ersteller eines Systems verpflichten könnten, sein System zugunsten eines Konkurrenten zu öffnen.

- b) Was die übrigen, von der Wahl der Vergabeverfahrensart unabhängigen Beanstandungen der ASt anbelangt, so greifen diese ebenso wenig durch.
- aa) Die Ag hat die Bg in von der Kammer nicht zu kritisierender Weise als für die Auftragsdurchführung geeignetes Unternehmen eingestuft. Die Ag hat den Sachverhalt in ausreichender Weise gewürdigt und sich bei ihrer Eignungsprognose innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums bewegt, § 97 Abs. 4 S. 1 GWB, § 2 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A. Allein daraus, dass einerseits zwischen den Verfahrensbeteiligten Ag und Bg das Schiedsverfahren II bzw. andererseits zwischen den Gesellschaftern der Bg und der Ag das Schiedsverfahren I anhängig ist, kann nicht auf eine mangelnde Eignung der Bg geschlossen werden. Die Ag hat sich ausweislich der Anlage zum Vergabevermerk mit den anhängigen Schiedsverfahren auseinandergesetzt, eine Verneinung der Eignung jedoch abgelehnt. Dies ist nicht zu beanstanden: Das Schiedsverfahren I betrifft schon nicht die Bg selbst, sondern vielmehr deren Gesellschafter. Die Bg ist als Projektgesellschaft nicht die ursprüngliche Auftragnehmerin, sondern sie ist dem BV erst später beigetreten. Daher ist sie an den Auseinandersetzungen um die bei der Einführung eingetretenen Verzögerungen und deren Folgen gar nicht beteiligt. Darüber hinaus sind seit dem verzögerten Beginn der Mauterhebung mehr als zehn Jahre vergangen. Selbst bei rechtskräftigen Verurteilungen sieht Art. 57 Abs. 7 S. 3 RL 2014/24/EU (vgl. auch § 126 Nr. 1 GWB-E) eine maximale Ausschlussmöglichkeit eines Unternehmens von fünf Jahren vor. Bei der hier in Rede stehenden Schlechtleistung sind es nur drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis unabhängig davon, ob das Unternehmen ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nach Art. 57 Abs. 6 ergriffen hat (Art. 57 Abs. 7 S. 2 RL 2014/24/EU; vgl. § 126 Nr. 2 GWB-E). Dieser Zeitraum

ist bei weitem überschritten. Selbst wenn die von der ASt angeführten Schlechtleistungen der Bg selbst zuzurechnen wären, ist die Bejahung der Eignung der Bg daher nicht beurteilungsfehlerhaft, es wäre vielmehr die Verneinung der Eignung der problematische Sachverhalt. Die Ag hat zudem zu Recht auch die aufgrund der Ausdehnung des Systems (auf bestimmt vierspurig ausgebaute Bundesstraßen und auf leichtere LKW-Klassen) in der Folgezeit durchgeführten Modifikationen des Systems, welche von der Bg zu ihrer Zufriedenheit ausgeführt worden waren, zugunsten der Bg berücksichtigt. Das die Bg selbst betreffende Schiedsverfahren II hat Abrechnungsfragen zum Thema und betrifft daher nicht die streitgegenständliche Auftragsausführung.

- bb) Die von der ASt geltend gemachten Mängel bei der Dokumentation des Vergabeverfahrens führen ebenfalls nicht zur Zurückversetzungsbedürftigkeit des Vergabeverfahrens.

Selbst wenn man – wie die ASt vorträgt – eine Auseinandersetzung der Ag mit den Möglichkeiten der vorzeitigen Ausübung der Call Option bzw. der Nichtausübung der Verlängerungsoption 2014 für dokumentationsbedürftig für das streitgegenständliche Vergabeverfahren erachtete, hat die Ag ihre diesbezüglichen tragenden Erwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens schriftsätzlich nachgeholt. Ein etwaiger Dokumentationsverstoß wurde hierdurch jedenfalls geheilt, § 114 S. 2 VwGO analog (so schon OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2010, VII-Verg 19/10, sowie zuletzt vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/15; BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 47/10).

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht auch der Billigkeit nach § 128 Abs. 4 Satz 2

GWB, der unterlegenen ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Denn die ASt hat sich in einen direkten Interessengegensatz zur Bg gestellt, indem sie die mit ihr exklusiv geführten Verhandlungen als vergaberechtswidrig angegriffen und ihre Eignung in Abrede gestellt hat. Die Bg hat sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und auch Anträge gestellt, wodurch sie ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12; Beschl. v. 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich neben vergaberechtlichen Rechtsproblemen auch Rechtsfragen aus anderen Rechtsgebieten (Kartellrecht, Urheberrecht, Patentrecht etc.) deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben. Im Übrigen ergibt sich die Notwendigkeit der Hinzuziehung auch aus dem Grundsatz der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das

Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Zeise