



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 54/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin zu 1-

[...],

-Antragstellerin zu 2-

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene zu 1 -

[...],

- Beigeladene zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Vereinbarung über die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur auf bewirtschafteten Rastanlagen an Bundesautobahnen mit Konzessionen über Nebenbetriebe mit Tankstellen“, EU-Bekanntmachung: [...]

hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer [...] auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2022 am 15. Juni 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerinnen zu 1) und 2) tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1) und 2) zu gleichen Teilen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu 1) und 2) wird jeweils für notwendig erklärt.

Gründe

I.

1. Mit Schreiben vom 6. April 2022 übermittelte die Antragsgegnerin (Ag) nach vorangegangenen Verhandlungen mit den Beigeladenen zu 1 und 2 (im Folgenden: der Bg) ein von der Ag am gleichen Tag unterzeichnetes „Angebot auf Abschluss einer Vereinbarung zur Übernahme von Errichtung, Unterhaltung und Betrieb von Schnellladepunkten“ nach § 5 Abs. 3 SchnellLG, das jene, unterzeichnet von der Bg zu 1 und 2 am [...], mit Schreiben vom gleichen Tage an die Ag zurücksandten.

In einem Vergabevermerk vom 5. April 2022 hielt die Ag ihre vorangegangenen Erwägungen fest, sie biete den Inhabern einer Konzession über einen Nebenbetrieb mit Tankstelle unter Berücksichtigung der Gewinnaussichten die eigenwirtschaftliche Übernahme von Errichtung, Unterhaltung und Betrieb der an diesen Standorten geplanten Schnellladeinfrastruktur nach Maßgabe des § 5 Abs. 3 SchnellLG an. Vor diesem Hintergrund sei es das Ziel der Ag, *„mit den relevanten Konzessionsnehmern eine Vereinbarung zu schließen, die einheitlich jeden einzelnen mit diesen geschlossenen und einschlägigen Konzessionsvertrag um die eigenwirtschaftliche Übernahme von Errichtung, Unterhaltung und Betrieb von funktionsfähiger Schnellladeinfrastruktur, die den technischen Vorgaben der Autobahn GmbH entsprechen muss, ergänzt. ...“* Die Ag beabsichtige daher, den Abschluss einer Vereinbarung mit den Bg zur Ergänzung der mit diesen bestehenden Konzessionsverträgen. Die Ag dokumentierte hierzu vertragliche Eckpunkte, so u.a. die Pflicht zur Errichtung einer festgelegten Anzahl von Ladepunkten und der entsprechenden Nebenanlagen, die Pflicht zum täglichen Betrieb und zur Bereitstellung von Strom aus erneuerbaren Energien sowie zur Organisation der Verstärkung oder Erweiterung des Netzanschlusses.

Vorangegangen war am 29. März 2022 eine Sitzung des Aufsichtsrates der Ag, in der dieser *„vorbehaltlich ... der Sicherstellung der Vergaberechtskonformität durch die Gesellschaft und ... der noch sicher zu stellenden Finanzierung der Netzanschlusskosten durch den Bund“* den defi-

nierten vertraglichen Eckpunkten zum Abschluss einer Vereinbarung mit den Bg als Konzessionsnehmern zustimmte. Vergaberechtlich werde die jeweilige Ergänzungsvereinbarung als den Vorgaben des § 132 GWB entsprechend bewertet, weshalb diese als nicht ausschreibungspflichtig angesehen und ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens unmittelbar im Wege des Abschlusses der Ergänzungsvereinbarung vorgenommen würde. Vorangegangen war eine in der Vergabeakte dokumentierte Stellungnahme zur vergaberechtlichen Zulässigkeit des Abschlusses der Ergänzungsvereinbarungen vom 27. März 2022 durch die Verfahrensbevollmächtigten der Ag, wonach die Ergänzungsvereinbarung als nicht wesentliche Änderung der Bestandskonzessionsverträge eingeordnet worden war.

Bestandteil der Ergänzungsvereinbarung ist eine Dokumentationsvereinbarung über die Ergänzungen der Konzessionsverträge, die die Ag als Teil der Anlage [...] zur Akte gereicht und gegenüber der ASt als Geschäftsgeheimnis nach § 165 Abs. 2 GWB gesperrt hat. Danach übernehmen die Bg die Errichtung und den Betrieb der Schnellladeinfrastruktur im vertraglich näher bezeichneten Umfang (§ 1 Nr. 2). § 1 Nr. 1 der Dokumentationsvereinbarung bestimmt, dass es sich bei der Bereitstellung der Schnellladeinfrastruktur um eine Maßnahme zur Ergänzung der Versorgungsinfrastruktur handele, die Gegenstand des Konzessionsvertrages sei und im Interesse der Gewährleistung der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs auf der Bundesautobahn erfolge. § 4 der Dokumentationsvereinbarung regelt die Einbeziehung der Erlöse der Schnellladeinfrastruktur in die an den Bund abzuführende Konzessionsabgabe.

Die Ag machte am [...] eine Transparenzbekanntmachung zur *„Vereinbarung über die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur auf bewirtschafteten Rastanlagen an Bundesautobahnen mit Konzessionen über Nebenbetriebe mit Tankstellen“* unionsweit bekannt (Bekanntmachung Nr. [...]). Unter Ziff. [...] der Transparenzbekanntmachung wies die Ag darauf hin, es handele sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag; soweit dieser in der Bekanntmachung als *„Bauftrag“* angegeben worden sei, sei dies lediglich technischen Gründen beim Ausfüllen des Meldeformulars der Bekanntmachung geschuldet.

Die Ag beschrieb den Gegenstand der Beschaffung in der Transparenzbekanntmachung zu Ziff. [...] wie folgt: *„Die Autobahn GmbH des Bundes hat mit dem Inhaber einer Konzession über einen Nebenbetrieb mit Tankstelle eine Ergänzungsvereinbarung zur Errichtung, Bereitstellung und Betrieb von funktionsfähiger Schnellladeinfrastruktur geschlossen. Der Abschluss der entsprechenden Ergänzungsvereinbarung erfolgte unter Berücksichtigung der gesetzlichen Voraussetzungen der Auftragsänderung nach § 132 GWB und ist ohne Ausschreibung zulässig.“*

Unter Ziff. [...] führte die Ag näher zur Beschreibung der Beschaffung aus. U.a. legte die Ag dort dar, sie sei nach § 5 Abs. 3 des Gesetzes über die Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz – SchnellLG) vom 25. Juni 2021 (BGBl. I, S. 2141) gehalten, den Inhabern einer Konzession über einen Nebenbetrieb mit Tankstelle unter Berücksichtigung der Gewinnaussichten die eigenwirtschaftliche Übernahme von Errichtung, Unterhaltung und Betrieb der an diesem Standort geplanten Schnellladeinfrastruktur anzubieten, soweit dies nach dem Zweck der Konzession geboten sei oder anderenfalls schutzwürdige Rechte des Konzessionsnehmers verletzt würden und das Vergaberecht dem nicht entgegenstehe.

Die Bewirtschaftung der Raststätten an den deutschen Autobahnen oblag seit 1951 der seinerzeit vollständig in Händen des Bundes befindlichen [...]. Die [...] wurde 1994 formell privatisiert und in die vollständig vom Bund gehaltene [...] umgewandelt. Im Zuge einer materiellen Privatisierung wurde diese Bundesgesellschaft schließlich in die [...] überführt, deren Anteile im Jahr 1998 zu 100% in private Hand überführt wurden. Die mit den Bg bis dato bestehenden Konzessionsverträge für Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen wurden auf der Grundlage eines Musterkonzessionsvertrages des Bundes geschlossen nach den *„Richtlinien für den Bau und Betrieb von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen sowie für die Erteilung einer Konzession“* (RN-BAB) vom 23. Oktober 1997 (s. Anlagen [...]). Im Ergebnis halten die Bg heute über [...] der Konzessionsverträge für Nebenbetriebe an Bundesautobahnen.

Die Antragstellerinnen zu 1 und 2 (im Folgenden: die ASt) treten nicht als Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft auf, stehen mit den Bg nicht in Vertragsverhältnissen und sind derzeit nicht auf den bewirtschafteten Rastanlagen an deutschen Autobahnen vertreten.

Die ASt zu 1 ist ein Tochterunternehmen der [...], die seit [...] Jahren in mehreren europäischen Ländern Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge mit ca. [...] Ladepunkten betreibt.

Die ASt zu 2 ist ein Tochterunternehmen der [...] Hersteller von Elektrofahrzeugen, der auch über [...] Schnellladesäulen für Elektrofahrzeuge in Deutschland und weltweit betreibt. Diese Ladestationen im [...] sind bislang teilweise den von [...] hergestellten Fahrzeugen vorbehalten. Das [...] soll mittelfristig allen Elektrofahrzeugen geöffnet werden.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom [...] rügten die ASt den von der Ag bekannt gemachten Abschluss der Ergänzungsvereinbarung ohne Bekanntmachung einer EU-Auftragsbekanntmachung als vergaberechtswidrig. Die ASt bestritten das Vorliegen einer nach § 132 GWB zulässigen Auftragsänderung.

Die Ag wies die Rüge der ASt mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom [...] zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom [...], der Ag durch die Vergabekammer ebenfalls am [...] übermittelt, beantragen die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt sind der Meinung, ihr gemeinsamer Nachprüfungsantrag sei zulässig. Soweit die Transparenzbekanntmachung sowohl Anhaltspunkte für einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag als auch eine Dienstleistungskonzession beinhalte, sei die Vergabekammer des Bundes in beiden Fällen zuständig nach §§ 155, 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Der relevante Schwellenwert nach § 106 GWB sei angesichts des Umfangs der von den Bg innegehabten Konzessionen für über [...] der Nebenbetriebe an den Autobahnen des Bundes deutlich überschritten.

Die ASt seien antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB, da sie als Betreiberinnen von Ladestationen für Elektrofahrzeuge ein wirtschaftliches Interesse an der Durchführung der in der Transparenzbekanntmachung benannten Leistungen hätten. Diese Leistungen beträfen den Kernbereich der Geschäftstätigkeit der ASt. Ihnen drohe im Fall der nach der Bekanntmachung angekündigten de-facto-Vergabe ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB, da der streitgegenständliche Auftrag dem Wettbewerb vollständig entzogen werde und die ASt keine Chance auf Erhalt des Auftrags nach Beteiligung an einem entsprechenden Vergabeverfahren hätten. Dies gelte, entgegen der Ansicht der Ag, auch für die ASt zu 2, die ab [...] damit begonnen habe, in Europa ihre Schnellladestationen für alle E-Fahrzeuge zu öffnen. Sie betreibe bereits [...] Schnellladepunkte an [...] Standorten, die für alle Nutzer geöffnet seien und nicht nur für die von ihr produzierten Fahrzeuge. Alle von der ASt zu 2) neu errichteten Schnellladestandorte seien auch für die Nutzung anderer als [...] -Fahrzeuge bestimmt und seien von Anfang an öffentlich zugänglich. Dies gälte auch für die streitgegenständlichen Schnellladenetze an den bewirtschafteten BAB-Rastanlagen.

Ihrer Rügeobliegenheit seien die ASt durch ihr Rügeschreiben vom [...] rechtzeitig nachgekommen. Ebenfalls sei die Frist des § 135 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB gewahrt. Die ASt hätten mit ihrem

Nachprüfungsantrag vom [...] binnen zehn Tagen nach der Transparenzbekanntmachung das Zuschlagsverbot rechtzeitig ausgelöst.

In der Sache ist die ASt der Ansicht, § 132 GWB sei auf die avisierten Ergänzungsvereinbarung per se unanwendbar, weil, wie sie näher darlegt, bereits die bestehenden und für eine Laufzeit von 40 Jahren 1998 erteilten Konzessionen über den Bau und Betrieb von Nebenbetrieben nicht in einem gebotenen wettbewerblichen Verfahren ausgeschrieben worden seien. Diese habe die Ag bereits 1998 entweder als Baukonzession nach den seinerzeit geltenden vergaberechtlichen Vorschriften, jedenfalls aber als Dienstleistungskonzession in einem den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung entsprechenden wettbewerblichen Verfahren auf der Grundlage des entsprechenden EU-Primärrechts ausschreiben müssen und zwar unabhängig davon, wann – wie die Ag meine – der EuGH die Pflicht zur Beachtung des „Vergaberecht light“ erstmals festgestellt habe. Dies sei nicht erfolgt. Weder könne sich die Ag auf eine Inhouse-Vergabe berufen, weil die Konzessionen ursprünglich im Wege eines Privatisierungsvorgangs auf die Rechtsvorgängerinnen übertragen worden seien, was einer Inhouse-Vergabe widerspreche. Noch genüge das Bieterverfahren im Wege der materiellen Privatisierung den Anforderungen an ein wettbewerbliches Verfahren, weil es sich dabei nicht um ein Verfahren zur Vergabe der Konzessionen gehandelt habe. Vor diesem Hintergrund dürften die von der Ag mit der Transparenzbekanntmachung avisierten Ergänzungsvereinbarungen zu den Konzessionen nicht auf § 132 Abs. 2 GWB gestützt werden. Denn auf diese Weise perpetuiere die Ag den beschriebenen vergaberechtswidrigen Zustand. Dies ergebe sich auch kartellrechtlich aus § 134 BGB i.V.m. §§ 19, 20 GWB. Insofern sei zu berücksichtigen, dass auch Erwägungsgrund 30 der EU-Richtlinie 2014/94/EU vom 22. Oktober 2013 über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe erwähne, dass es für die Errichtung und den Betrieb von Ladepunkten für Elektrofahrzeuge einen Wettbewerbsmarkt mit offenem Zugang für alle Parteien, die an einer Markteinführung oder dem Betrieb von Aufladeinfrastruktur interessiert seien, geben solle. § 132 GWB setze nach Systematik und Telos der Norm für eine darauf gestützte ausschreibungsfreie Auftragsänderung eine vergaberechtskonforme Auftragserteilung in einem ursprünglichen Vergabeverfahren voraus, die im Falle der an die Bg erteilten Konzessionen gerade nicht gegeben sei.

Die ASt hält die von der Ag avisierten Ergänzungsvereinbarung jedenfalls aber für wesentliche Änderungen der ursprünglichen Konzessionsverträge und damit für nicht ausschreibungsfrei nach § 132 Abs. 1 GWB. Soweit die Ag der Meinung sei, es handele sich um unwesentliche Auftragsänderungen, gehe sie fehl. Das folge daraus, dass diese Vereinbarungen auf den Ausbau des Rückgrats der Schnellladeinfrastruktur in Deutschland gerichtet und damit wesentlicher

Teil der Elektrifizierung des Individualverkehrs bzw. der durch den Bund bzw. die EU ausgerufenen Mobilitätswende seien. Dementsprechend begründe die Ergänzungsvereinbarung erstmals eine Verpflichtung der Bg zum Betrieb des Schnellladenetzes auf den von ihr bewirtschafteten Rastanlagen, während diese nach ihrem eigenen Vortrag bislang lediglich freiwillig einzelne Schnellladestationen dort errichtet habe, ohne dazu aber nach den bestehenden Konzessionsverträgen ausdrücklich verpflichtet gewesen zu sein. Diese Pflichten ergäben sich beispielhaft aus den Angaben im Vergabevermerk zur Errichtung einer festen Anzahl von Ladepunkten und der entsprechenden Nebenanlagen, die Pflicht zum täglichen Betrieb und zur Bereitstellung von Strom aus erneuerbaren Energien sowie zur Organisation der Verstärkung oder Erweiterung des Netzanschlusses. Denn soweit diese sich auf das Tanken bezögen, könne damit nicht das Laden von E-Fahrzeugen gemeint sein. Dieses sei ein technisch ganz anderer Vorgang, der völlig andere infrastrukturelle Anforderungen an den Betrieb stelle und ein ganz anderer Markt sei als die Leistungen, die für das Betanken von Fahrzeugen mit fossilen Kraftstoffen nötig seien. Vor diesem Hintergrund begründe die Ergänzungsvereinbarung eine neue Konzession, da darin erstmals die für eine Konzession wesentliche Rechtspflicht des Konzessionsnehmers begründet werde. Die zwischen Ag und Bg ohne Vergabeverfahren geschlossene Ergänzungsvereinbarung entziehe aber die entsprechenden Leistungen für die restliche Dauer der Konzessionsverträge, also bis mindestens noch in das Jahr 2038 hinein, dem Wettbewerb. Umfang und Bedeutung der ursprünglichen Konzessionsvereinbarungen, die nicht auf die Schnellladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge ausgerichtet gewesen seien, würden damit erheblich verändert. Die Ergänzungsvereinbarungen der Ag seien damit nach § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2, 3 GWB ausschreibungspflichtige Auftragsänderungen.

Des Weiteren sei die Ergänzungsvereinbarung eine wesentliche Auftragsänderung nach den Maßgaben des Regelbeispiels gemäß § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 c) GWB. Das ergebe sich daraus, dass am Markt der Schnellladeinfrastruktur andere Anbieter unterwegs seien als am Markt für den Handel mit fossilen Kraftstoffen. Daher richteten sich die Leistungen der Ergänzungsvereinbarung an einen völlig anderen Bieter- bzw. Interessentenkreis.

Ferner liege eine wesentliche Änderung im Sinne des § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB vor. Denn die Ergänzungsvereinbarung verändere das wirtschaftliche Gleichgewicht der ursprünglichen Konzession zugunsten der Bg, da sie den Erlös aus dem Betrieb der wirtschaftlich attraktiven Standorte auf den bewirtschafteten Rastanlagen an den BAB über viele Jahre vereinnahmen dürfe. Zudem trage der Bund die Kosten für die Verstärkung oder Erweiterung des Netzanschlusses und gestatte die Nutzung der Verkehrsflächen, sofern dies zwingend erforderlich sei.

Schließlich begründe auch das Regelbeispiel nach § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GWB eine wesentliche Änderung der Bestandskonzessionen, da die Ergänzungsvereinbarung im Hinblick auf die darin erstmals geregelte Verpflichtung zum Aufbau bzw. Betrieb der Schnellladestationen auf den bewirtschafteten BAB-Rastplätzen, für die die Bg Konzessionen innehatte, den Umfang der ursprünglichen Konzessionen erheblich ausweite. Die Bg erhielten auf diese Weise Zugang zu einem neuen Markt, indem sie einen Auftrag von erheblicher wirtschaftlicher und strategischer Bedeutung erhielten.

Soweit die Ag hilfsweise vortrage, die von ihr avisierten Ergänzungsvereinbarung seien jedenfalls von den Ausnahmetatbeständen nach § 132 Abs. 2 GWB erfasst, sei dies ebenfalls unzutreffend. Weder enthielten diese nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB zusätzlich erforderlich gewordene Leistungen bzw. sei der Wechsel des Auftragnehmers nach den dortigen Maßgaben ausgeschlossen noch könne sich die Ag auf unvorhersehbare Umstände i.S.v. § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB berufen:

- Für den Ausnahmetatbestand des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB fehle es bereits an einer Erforderlichkeit einer zusätzlichen Beschaffung für die ursprüngliche Konzession. Denn, wie die ASt näher ausführen, es sei nicht ersichtlich, dass die von den avisierten Ergänzungsvereinbarung betroffenen Leistungen notwendig seien, um die schon in den ursprünglichen Konzessionen der Bg vorgesehenen Leistungen überhaupt vollenden zu können. Bei den zu errichtenden Schnellladepunkten handele es sich um Leistungen, die außerhalb des ursprünglichen Konzessionszwecks, der Errichtung bzw. dem Betrieb von Tankstellen, Restaurants und Hotels auf Autobahnrastanlagen, lägen. Dies folge bereits aus den regulatorischen Maßgaben des SchnellLG, nach dessen § 5 Abs. 4 es den Konzessionären freistehe, das Angebot, die Schnellladeinfrastrukturen zu betreiben, abzulehnen. Die Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge sei grundlegend verschieden von der Versorgung mit Verbrennungskraftstoffen, auf die die bisherigen Konzessionen ausgerichtet seien. Beides betreffe unterschiedliche Märkte. Das werde auch dadurch belegt, dass im Jahre 1998 die Konzessionen trotz eines schon damals grundsätzlich verfügbaren Bedarfs an Ladetechnologie, wozu näher ausgeführt wird, nur auf Verbrennungskraftstoffe ausgerichtet worden seien. Darüber hinaus fehle es für § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB an den „*ursprünglichen Vergabeunterlagen*“.
- Es sei zudem möglich, dass ein anderes Unternehmen die von den avisierten Ergänzungsvereinbarung adressierten Leistungen erbringen könne und es somit an einer weiteren Voraussetzung des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB fehle. Es seien keine Aspekte

ersichtlich, die zu erheblichen Schwierigkeiten und beträchtlichen Zusatzkosten führen könnten, was die ASt näher ausführen. Beträchtliche Zusatzkosten seien bei Leistungserbringung durch einen anderen Auftragnehmer nicht ersichtlich. Die Ag stütze sich insofern nur auf etwaige Kosten Dritter, insbesondere der Bg, nicht aber solche der Ag selbst. Nur solche kämen aber nach Sinn und Zweck des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB in Betracht. Dagegen spreche auch § 5 Abs. 3 SchnellLG. Ferner seien keine erheblichen Schwierigkeiten ersichtlich, wenn die Leistungen der Ergänzungsvereinbarung von einem anderen Auftragnehmer erbracht würden. Dies setze eine technische Inkompatibilität von bisheriger und neu zu beschaffender Leistung voraus, was aber nicht der Fall sei. Denn ein Anschluss der zu errichtenden Ladeanlagen an den Netzanschluss sei ohne Weiteres möglich und setze keine Nutzung des die Rastanlage im Übrigen versorgenden Netzanschlusses voraus.

- Die ASt sind zudem der Auffassung, dass auch § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB nicht greift, weil die Ag sich nicht auf unvorhersehbare Umstände im Sinne dieser Norm berufen könnten. Solche Umstände seien dem Bund aber sehr wohl frühzeitig bekannt gewesen. Abzustellen sei für den mit den Ergänzungsvereinbarung zu beschaffenden Bedarf nach Ansicht der ASt auf das Jahr 2018, in dem die Ag gegründet worden sei, da zu diesem Zeitpunkt in der Sache ein Auftraggeberwechsel auf die Ag stattgefunden habe. Der Bedarf am Aufbau einer Schnellladeinfrastruktur sei spätestens ab dem Jahr 2014, aber auch schon 1998 absehbar gewesen, was die ASt näher unter Verweis auf Ausführungen der Bundesregierung auf parlamentarische Anfragen zu E-Fahrzeugen und Schnellladetechnologie aus dem Jahr 1992 sowie auf einen parlamentarischen Vorgang aus dem Jahr 1967, in dem die Förderung bzw. Weiterentwicklung und Verbreitung von Elektrofahrzeugen vor dem Hintergrund einer Reform der Kraftfahrzeugsteuer im Jahre 1967 thematisiert worden ist, ausführt. Schließlich ändere sich im Hinblick auf die Unterschiede zwischen der neu zu errichtenden Schnellladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge und der herkömmlichen Versorgung von Fahrzeugen mit Verbrennungsmotoren der Gesamtcharakter der bestehenden Konzessionen durch die den Ergänzungsvereinbarung zugrunde liegenden Leistungen. Die Bg erhielten als Bestandskonzessionäre eine Monopolstellung auch für die neue Ladetechnologie. Die Änderung des Gesamtcharakters folge auch aus dem regulatorischen Rahmen, der in § 5 Abs. 2 und 3 SchnellLG zwischen Konzessionen mit und ohne Schnellladeinfrastruktur gerade unterscheidet.

Die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten halten die ASt für notwendig, da im Zuge des Nachprüfungsantrags komplexe vergaberechtliche Fragen zu klären gewesen seien.

Die ASt beantragen,

1. gegen die Ag das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff. GWB einzuleiten,
2. der Ag zu untersagen, mit den Bg die beabsichtigten Ergänzungsvereinbarung über die Errichtung, Bereitstellung und den Betrieb von funktionsfähiger Schnellladeinfrastruktur abzuschließen, wie sie mit der im EU-ABl. unter der Nr. [...] veröffentlichten ex ante Transparenzbekanntmachung angekündigt worden sind,
3. hilfsweise: im Falle bereits erfolgter Vertragsschlüsse festzustellen, dass die zwischen der Ag und den Bg geschlossenen Ergänzungsvereinbarung über die Errichtung, Bereitstellung und Betrieb von funktionsfähiger Schnellladeinfrastruktur, wie sie mit der im EU-ABl. unter der Nr. [...] veröffentlichten ex ante Transparenzbekanntmachung angekündigt worden sind, nach § 135 GWB unwirksam sind,
4. die Ag zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren gemäß dem 4. Teil des GWB unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,
5. den ASt Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
6. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen,
7. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom [...] wird zurückgewiesen.
2. Den ASt ist der Anspruch auf Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 2 GWB im Umfang bestehender Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Dritten zu versagen.
3. Die ASt tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung aufgewendeten Kosten der Ag gesamtschuldnerisch.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB für notwendig erklärt.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag zwar für statthaft nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, auch sei die Frist nach § 135 Abs. 2 S. 2 GWB eingehalten worden. Allerdings fehle jedenfalls der ASt zu 2) die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB, da sie weder ein Interesse am Auftrag geltend machen noch ihr ein Schaden drohen könne. Das ergebe sich daraus, dass die ASt zu

2) in erster Linie Fahrzeuge entwickle und produziere, währenddessen der Betrieb von Elektroladesäulen nicht zum Kern ihres Geschäftsbetriebs gehöre. Die ASt zu 2) verfüge zudem nur über ein eigenes Schnellladenetz, zu dem sie im Wesentlichen lediglich die von ihr hergestellten Fahrzeuge exklusiv zulasse, so dass der für die streitgegenständliche Leistung im Hinblick auf § 3 Abs. 2 SchnellLG erforderliche diskriminierungsfreie Zugang nicht gewährleistet sei. Soweit die ASt zu 2) zu ihrem in Europa betriebenen Schnellladenetz lediglich probeweise auch Fremdfahrzeuge zulasse, sei dies somit keine marktreife Realisierung und werde zudem jedenfalls nicht in Deutschland praktiziert. Vor diesem Hintergrund sei nicht zu erwarten, dass die ASt zu 2) ihre Strategie für Deutschland zu ändern beabsichtige.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag jedenfalls für unbegründet. Sie ist der Ansicht, den Vertrag über die Ergänzungsvereinbarung mit den Bg auf der Grundlage des § 5 Abs. 3 SchnellLG und § 132 GWB abschließen zu dürfen. § 132 GWB sei entgegen der Ansicht der ASt auf die Änderungen der Bestandskonzessionsverträge nach § 154 Nr. 3 GWB anwendbar. Die Bestandskonzessionsverträge seien wirksam zustande gekommen. Für die Anwendbarkeit des § 132 GWB auf die Änderung der Bestandskonzessionsverträge komme es auf die Wirksamkeit der ursprünglich geschlossenen Verträge gar nicht an. Vielmehr gelte § 132 GWB für den laufenden Vertragsvollzug, so dass es darauf ankomme, ob im Zeitpunkt der Erweiterung bzw. Änderung ein wirksames Konzessionsvertragsverhältnis vorliege, was der Fall sei. Schließlich zeige die Regelung des § 135 Abs. 2 GWB, dass auch unter Verstoß gegen die Regelung des § 135 Abs. 1 GWB zustande gekommen öffentliche Aufträge nach § 132 GWB geändert werden können müssten. Wendete man den § 132 GWB nämlich in solchen Fällen nicht an, so widerspräche dies dem Grundgedanken des § 135 Abs. 2 GWB und damit dem gesetzgeberischen Willen.

Die Ag hält die Ergänzungsvereinbarung zu den Bestandskonzessionsverträgen mit den Bg nicht für eine wesentliche Änderung im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB und daher für vergaberechtskonform. Die Ergänzungsvereinbarung führten nicht zu einer entsprechenden Verschiebung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung bzw. nicht zu einer erheblichen Änderung der Bestandskonzessionen. Die an den deutschen Autobahnen aufzubauenden Ladepunkte beliefen sich insgesamt auf ca. 4.600. Demgegenüber sollen bis 2030 insgesamt rd. eine Million Ladepunkte errichtet werden, wobei die nach den streitgegenständlichen Ergänzungsvereinbarung auf den bewirtschafteten Autobahnraststätten zu errichtenden Ladepunkte also nicht erheblich ins Gewicht fielen. Es komme hinzu, dass die Zweckbestimmung der dort konzessionierten Nebenbetriebe der Bg auch durch die Ergänzungsvereinbarung im Grunde nicht verändert werde. Es

bleibe dabei, dass die Nebenbetriebe den Belangen der Verkehrsteilnehmer der Bundesautobahnen zu dienen hätten, was insbesondere das Tanken umfasse. Dies geschehe funktional künftig auch durch elektrische Ladevorgänge, nicht mehr nur durch Tankvorgänge mit fossilen Kraftstoffen.

Vor diesem Hintergrund greife das von den ASt reklamierte Regelbeispiel nach § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GWB nicht. Dies scheitere bereits daran, dass die ASt kein Interesse an dem Gesamtgegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens habe, mithin an den Konzessionen von Nebenbetrieben nach § 15 Abs. 2 FStrG. Ferner ändere sich weder das wirtschaftliche Gleichgewicht nach § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB noch der Umfang der Konzession erheblich im Sinne von § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GWB. Insbesondere erhielten der Bg keine gesonderte Vergütung durch die Ag, die Schnellladeinfrastruktur erfolge eigenwirtschaftlich durch die Bg. Soweit die ASt meinten, der Bund trage die Kosten für die Verstärkung bzw. Erweiterung des Netzanschlusses, gehe sie fehl. Denn die Bg seien nach der Ergänzungsvereinbarung [...]. Es sei außerdem so, dass die Einnahmen aus den künftigen elektrischen Ladevorgängen auch für die Berechnung der Konzessionsabgabe mit herangezogen würden. Es bleibe mithin bei der Regelungssystematik der bestehenden Konzessionsverträge und es sei kein öffentlicher Dienstleistungsauftrag mit der Ergänzungsvereinbarung verknüpft.

Es komme damit auch nicht zu einer erheblichen Ausweitung des Umfangs der bestehenden Konzessionsverträge nach § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GWB. Die zu errichtende Schnellladeinfrastruktur führe insbesondere nicht zu einer Leistungserweiterung über die 10%-Schwelle des § 132 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB hinaus. Zwar komme es zu einem Anstieg der Gesamtzahl der Nutzer von Tank- bzw. Schnellladeinfrastruktur. Allerdings werde sich der Anteil der Fahrzeuge mit Bedarf an fossilen Kraftstoffen sukzessive verringern, dafür der Anteil an elektronischen Fahrzeugen steigen. Es komme somit nur zu einer Verschiebung bei einer insgesamt relativ gleichbleibenden Nutzerzahl. Das führe insgesamt nicht zu signifikanten Veränderungen und damit nicht zu einer entsprechenden Steigerung des ursprünglichen Vertragswertes.

Jedenfalls seien die Ergänzungsvereinbarung aber nach § 132 Abs. 2 GWB ohne erneutes Vergabeverfahren zulässig. Dies ergebe sich zum einen aus § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB. Danach sei die in den Ergänzungsvereinbarung geregelte Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur als zusätzlicher Leistungsbereich erforderlich geworden. Das folge daraus, dass diese Schnellladeinfrastruktur der Verbesserung der in der Bestandskonzession angelegten Hauptleistung diene. Ein entsprechender Bedarf habe zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung 1997 noch

nicht bestanden. Elektromobilität sei seinerzeit vielmehr nicht marktgängig ausgeprägt und die Entwicklung hin zu einem maßgeblichen Bestandteil einer Mobilitätswende auch nicht zu erwarten gewesen. Die Ergänzungsvereinbarung seien aufgrund des SchnellLG als staatlicher Lenkungsakt notwendig geworden, nachdem zuvor staatliche Förderprogramme nicht die politisch gewünschte Wirkung gezeigt hätten, den Ausbau einer flächendeckenden Schnellladeinfrastruktur zu forcieren.

Vor diesem Hintergrund sei auch der Wechsel des Konzessionsnehmers aus wirtschaftlichen und technischen Gründen nicht möglich, § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass die bisherigen Konzessionsnehmer maßgeblich Verfügungsberechtigt über die Anlagen des Netzanschlusses seien. Die Neuerrichtung bzw. die Ausweitung etwaig vorhandener Schnellladeinfrastruktur bedinge daher deren zwingende Einbindung. Ein doppeltes Vorhalten von Netzanschlusskapazitäten und technischen Einrichtungen für den Zweck des Nebenbetriebs einerseits und einen mit der Errichtung der Schnellladeinfrastruktur betrauten Dritten andererseits führe zu erheblichen Zusatzkosten und sei daher unwirtschaftlich. Schließlich sei die Schnellladeinfrastruktur so zu planen und zu errichten, dass die Verkehrssicherheit nicht gefährdet würde und das Tanken fossiler Kraftstoffe oder das Laden von Elektrizität auch mit den gebotenen Mindestabständen technisch ermöglicht werden müsse. Dies führte zu entsprechenden Eingriffen in das Eigentum der Bestandskonzessionäre bzw. zu entsprechenden Beeinträchtigungen des von ihm betriebenen Nebenbetriebs. Auch sei eine Überschreitung der wertmäßigen Grenze des § 132 Abs. 2 S. 2 GWB nicht zu erwarten.

Ferner rechtfertigten sich die Ergänzungsvereinbarung nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB. Die Änderung der Konzession sei für die Ag zum maßgeblichen Zeitpunkt der Konzessionsvergabe noch nicht vorhersehbar gewesen. Denn die marktgängige Entwicklung elektrisch betriebener Fahrzeugmodelle sei erst deutlich später erfolgt. Erst recht sei nicht auf das Jahr 2018 als Zeitpunkt der Vorhersehbarkeit abzustellen, in dem die Bestandsverträge auf die seinerzeit neu gegründete Ag qua Gesetz übertragen worden seien. Ausschlaggebend sei der Zeitpunkt der Auftragsvergabe, hier mithin des Abschlusses der Konzessionsverträge. Auch sei dieser Wechsel auf Seiten des Konzessionsgebers keine wesentliche Auftragsänderung gewesen, die wiederum eine Neubewertung des Konzessionsbeschaffungsbedarfs ausgelöst hätte.

Schließlich ändere sich der Gesamtcharakter der Konzession durch die Ergänzungsvereinbarung nicht. Es fehle an einer entsprechenden fundamentalen Änderung des Vertragsgegenstandes,

weil sich weder die ursprünglich beschaffte Leistung bzw. der ursprüngliche Beschaffungsgegenstand ändere. Es gehe auch mit den Ergänzungsvereinbarung um das Recht zur Errichtung und zum Betrieb von Nebenbetrieben an Autobahnen. Es trete funktional lediglich eine neue Art der Versorgung der Fahrzeuge mit Kraftstoff bzw. Energie hinzu. Dass es dabei um unterschiedliche technische Lösungen gehe, sei unerheblich. Es komme nicht auf die Art der Betankung an, ausschlaggebend sei nach dem Musterkonzessionsvertrag gerade die Schnelligkeit und Leichtigkeit des Verkehrs auf der Autobahn, ohne die Autobahn verlassen zu müssen. Dem werde gerade Rechnung getragen durch die Ergänzungsvereinbarung. Auch werde kein Monopol durch die Bg errichtet, da die Schnellladeinfrastruktur an den bewirtschafteten Autobahnraststätten nur einen Bruchteil der zu errichtenden Schnellladeinfrastruktur in Deutschland und an den Autobahnen darstelle.

Eine Änderung des Gesamtcharakters folge auch nicht daraus, dass durch die Ergänzungsvereinbarung die Bestandskonzessionsverträge nicht mehr unter § 5 Abs. 3 SchnellLG, sondern unter § 5 Abs. 2 SchnellLG fielen. Dies sei lediglich eine Folge für die Zukunft, ohne aber die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 SchnellLG entfallen zu lassen bzw. den Gesamtcharakter der Bestandskonzessionsverträge abzuändern.

Die Ag ist der Ansicht, dass die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB für notwendig zu erklären sei. Dies sei daraus abzuleiten, dass die Ag auf die Rüge der ASt hin erstmals und in kürzester Zeit auf rechtlich komplexe Vorhalte der ASt in Erwartung eines Nachprüfungsverfahrens habe reagieren müssen. Die Ag verfüge nicht über die personellen Ressourcen und auch nicht über eine erforderliche rechtliche Expertise zur Führung von komplexen vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren.

c) Die mit Beschluss vom 24. Mai 2022 förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogenen Bg zu 1 und 2 beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. den ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg und der Ag aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg für notwendig zu erklären.

Die Bg ist der Ansicht, dass bereits die den Bg erteilten Konzessionen für die Nebenbetriebe nach § 15 Abs. 2 FStrG dem Begehren der ASt entgegenstünden. Der Ansatz der ASt führe zu konkurrierenden Nebenbetriebskonzessionen, was aber rechtswidrig sei. Denn eine ausschließliche Rechtsposition könne nicht mehrfach vergeben werden. Die den Bg erteilten Konzessionen seien hinsichtlich der übertragenen Aufgaben funktional-dynamisch zu verstehen. Denn die Belange der Verkehrsteilnehmer und deren Bedarf an Versorgungsangeboten des Tankens und Rastens unterliege über die Laufzeit einer Konzession hinweg einem Wandel, dem seitens der Konzessionäre durch einen entsprechenden Wandel ihres Angebots und der Grundversorgung Rechnung getragen werde, ohne dass sich jedes mal der Konzessionsvertrag ändern müsse. So hätten die Bg seit 2015 auch begonnen, an ihren Nebenbetrieben Schnellladesäulen aufzustellen und hierzu die erforderlichen Baufreigaben für deren Errichtung einzuholen bzw. entsprechende Bauvereinbarungen mit den jeweils zuständigen Stellen abzuschließen. Soweit die streitgegenständlichen Ergänzungsvereinbarungen nunmehr einen weiteren Aufbau von Schnellladeinfrastrukturen vorsähen, sei dies Ergebnis der speziellen gesetzgeberischen Entscheidung im SchnellLG vom 21. Mai 2021, die einer beschleunigten flächendeckenden Versorgung diene. Dadurch sei die bis dato praktizierte Vorgehensweise über entsprechende Förderprogramme ersetzt worden, die nicht den gewünschten Fortschritt zur flächendeckenden Versorgung eines Schnellladenetzes gebracht habe. Es bestehe danach nunmehr eine spezifische rechtliche Verpflichtung in den Konzessionsverträgen, die über die zuvor lediglich im Rahmen der unternehmerischen Eigeninitiative installierte Schnellladeinfrastruktur hinausgehe.

Zum Angebot der Ergänzungsvereinbarung an die Bg sei die Ag vor diesem Hintergrund nach § 5 Abs. 3 SchnellLG verpflichtet gewesen. Denn nach dem Zweck der Bestandskonzessionen sowie aus vertraglichen Rücksichtnahmepflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB sei die Errichtung der Schnellladeinfrastruktur an den Autobahnen zwingend den Bg als Bestandskonzessionären der Nebenbetriebe i.S.d. § 15 Abs. 2 FStrG anzubieten gewesen. Die Ag dürfe den auf der Grundlage der Bestandskonzessionsverträge eigenwirtschaftlich tätigen Konzessionsnehmern keine unmittelbare Konkurrenz durch einen gleichartigen Geschäftsbetrieb machen. Das Vergaberecht des 4. Teils des GWB stehe dieser Vorgehensweise nicht entgegen, weil es sich bei den Änderungen infolge der Ergänzungsvereinbarung nicht um wesentliche Konzessionsänderungen im Sinne des § 132 Abs. 1 GWB handele.

Soweit die ASt der Auffassung seien, der Anwendbarkeit des § 132 GWB stehe eine von ihr behauptete Unwirksamkeit infolge einer vergaberechtswidrigen Konzessionsvergabe entgegen, gehe diese Ansicht fehl. § 132 GWB sei per se auch dann anwendbar, wenn ein Vertrag unter

Verstoß gegen § 135 Abs. 1 GWB zustande gekommen und nach Ablauf der Fristen des § 135 Abs. 2 GWB wirksam geworden sei. Ansonsten würde die aus Gründen der Rechtssicherheit geschaffene Regelung umgangen. Für die Anwendbarkeit des § 132 GWB sei allein maßgebend, dass eine Änderung während der Vertragslaufzeit erfolgen solle, was hier der Fall sei.

Die ursprüngliche Konzessionsvergabe sei überdies vergaberechtskonform im Vorfeld der Privatisierung der [...] zwischen 1996 und 1998 an die Rechtsvorgängerin erfolgt. Dabei handele es sich um eine Dienstleistungskonzession, nicht um eine Baukonzession. Der Dienstleistungsanteil mache den Hauptgegenstand dieser Konzessionsverträge aus. Für Dienstleistungskonzession habe es zwischen den Jahren 1996 und 1998 keine vergaberechtlichen Maßgaben gegeben. Diese seien erst ab 1999 durch die Rechtsprechung des EuGH herausgearbeitet worden. Außerdem seien die Konzessionen schon vor der Privatisierung der [...] vergaberechtskonform im Wege eines vergaberechtsfreien Inhouse-Geschäfts vergeben worden, deren Voraussetzungen bei der Rechtsvorgängerin der [...] zwischen 1996 und 1998 vorgelegen hätten. Denn diese habe zu diesem Zeitpunkt ihre Tätigkeit ausschließlich für den Bund ausgeübt, indem sie Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt gehabt habe. Schließlich sei auch der Privatisierungsvorgang in einem wettbewerblichen Grundsätzen genügenden Verfahren erfolgt. Schließlich scheidet auch ein von der ASt behaupteter Kartellrechtsverstoß durch die Ergänzungsvereinbarung aus, was näher ausgeführt wird. Das folge bereits daraus, dass die Vergabe der Konzessionen seitens der Ag an die Bg ein hoheitlicher Akt auf der Grundlage des § 15 Abs. 2 FStrG sei und kein im Wege der Gleichordnung privatrechtlich ausgestalteter Akt.

Die streitgegenständlichen Ergänzungsvereinbarungen seien keine wesentlichen Änderungen im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB und daher ausschreibungsfrei möglich. Es fehle dafür bereits an einer erheblichen Veränderung der ursprünglichen Konzessionsverträge. Denn die Bg übernahmen infolge des auf § 5 Abs. 3 SchnellLG gestützten und von ihnen angenommenen Angebots den Betrieb und die Errichtung der Schnellladeinfrastruktur eigenwirtschaftlich. Eine derartige eigenwirtschaftliche Übernahme von Ausbau- und Betriebspflichten könne per se das wirtschaftliche Gleichgewicht nicht zugunsten der Bg erheblich verändern. Der Umfang der Nebenbetriebs-Konzessionen werde durch die Ergänzungsvereinbarung auch nicht erheblich ausgeweitet. Diese hätten lediglich den Kreis der Pflichten der Bg erweitert um die Errichtung und den Betrieb der Schnellladeinfrastruktur, um die Versorgung der Verkehrsteilnehmer gemäß den Maßgaben des § 15 Abs. 2 FStrG zu gewährleisten. Dies folge aus einem funktionalen Verständnis der Maßgaben für die Nebenbetriebs-Konzession gemäß den *„Richtlinien für den Bau und Betrieb von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen sowie für die Erteilung einer Konzession“* (RN-BAB). Denn

danach habe der Konzessionsnehmer das Waren- und Dienstleistungsgebot eigenverantwortlich zu bestimmen, es dürfe aber der Zweckbestimmung des Nebenbetriebs nicht zuwiderlaufen. Funktional seien danach alle Arten von Leistungen vorzuhalten, die objektiv den Belangen der Verkehrsteilnehmer der Bundesautobahnen dienen und die Verkehrssicherheit nicht gefährden. Davon sei die Errichtung der Schnellladeinfrastruktur aufgrund des zeitlichen Wandels zur Erhaltung und Förderung der Mobilität der Verkehrsteilnehmer mittlerweile umfasst. Denn dabei gehe es um ein entsprechendes objektives Bedürfnis, das nach den Nebenbetriebs-Konzessionen zu erbringen sei. Eine Beschränkung des rechtlichen Dürfens eines Nebenbetriebs-Konzessionärs nur auf die im Konzessionsvertrag ausdrücklich genannte Leistung laufe auf eine statische Betrachtung hinaus, geboten sei aber eine dynamische Betrachtung, um dem Sinn und Zweck von Nebenbetrieben in der umschriebenen Art und Weise gerecht zu werden.

Jedenfalls konnten die Ergänzungsvereinbarungen nach Ansicht der Bg nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB ohne ein erneutes Vergabeverfahren an die Bg vergeben werden. Anders als die ASt meine, genüge es insbesondere nach dem Sinn und Zweck der Norm für die neu erforderlich gewordenen Leistungen, wenn dadurch die im ursprünglichen Vergabeverfahren beschafften Leistungen verbessert werden könnten. Die Leistungen nach den Ergänzungsvereinbarungen könnten auch aus wirtschaftlichen bzw. technischen Gründen nicht von einem anderen Auftragnehmer als den Bg erbracht werden bzw. ein Auftragnehmerwechsel sei mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Aus wirtschaftlicher Sicht führe ein solcher Auftragnehmerwechsel zu erhöhtem Koordinierungs- und Anpassungsbedarf, auch sei die Mängelhaftung unklar, so z.B. dann, wenn es infolge des Betriebs der Ladesäulen durch einen zweiten Konzessionär zu Versorgungsstörungen beim Bestands-Konzessionär komme. Ferner sei in technischer Hinsicht zu beachten, dass bei zwei Konzessionsnehmern unklar sei, wie die Kosten für den Netzanschluss zwischen Bestandskonzessionsnehmer und einem für den Ladesäulenbetrieb zuständigen weiteren neuen Konzessionsnehmer aufzuteilen seien.

Ebenfalls seien die Ergänzungsvereinbarungen nach Auffassung der Bg nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB ausschreibungsfrei zulässig. Diese Ausnahmegvorschrift sei insbesondere auf Aufträge zugeschnitten, die sich – wie im Falle der streitgegenständlichen Ergänzungen – über einen langen Zeitraum erstreckten. Auszugehen sei vom Abschluss der Konzessionsverträge als dem relevanten Zeitpunkt für die Beurteilung der Vorhersehbarkeit einer erforderlich gewordenen Änderung. Das mit den ursprünglichen Konzessionsverträgen verfolgte Ziel sei u.a. die Bedarfsdeckung der nötigen Antriebsenergien für die Fahrzeuge, was auch für Elektrofahrzeuge gelte. Der

Bedarf für diese Art von Fahrzeugen sei im Jahr 1998 für den Konzessionsgeber nicht vorhersehbar gewesen. Denn der Aufstieg der Elektromobilität habe sich erst aufgrund bestimmter Erkenntnisse und Erfahrungen im Zusammenhang mit den Auswirkungen von Abgasemissionen auf den Klimawandel maßgeblich ergeben, ohne dass dies zwingend vorhersehbar gewesen sei, was sich aus den Zulassungszahlen für Elektrofahrzeuge in den zurückliegenden Jahren ablesen lasse. Entgegen der Ansicht der ASt komme es für den Zeitpunkt der Vorhersehbarkeit jedenfalls nicht auf das Jahr 2018 an, in dem die Ag gegründet worden sei. Dabei habe es sich um eine Aufgabenübertragung kraft Gesetzes gehandelt, die keine Verpflichtung zur Neuausschreibung nach sich ziehe.

Schließlich ändere sich auch der Gesamtcharakter der Bestands-Konzessionsverträge nicht durch die Ergänzungsvereinbarung. Denn es werde, wie die bisherigen Darlegungen ergäben, weder eine andersartige Leistung beschafft noch ändere sich die Art der Beschaffung grundlegend.

Die Änderungen der Ergänzungsvereinbarung seien auch nach Maßgabe von § 132 Abs. 3 GWB zulässig. Danach werde der Wert der Bestandskonzessionsverträge durch den Wert der Ergänzungsvereinbarung nicht nach § 106 GWB überschritten, was die Bg im Hinblick auf ihre Einnahmeprognosen näher darlegen. Auch übersteige der Wert der Ergänzungsvereinbarung nicht die Grenze von 10% des Wertes der ursprünglichen Konzession, was die Bg ebenfalls anhand ihrer Umsatzprognosen näher darlegt.

Die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten halten die Bg nach § 182 Abs. 4 GWB für notwendig.

3. Die Vergabekammer hat der ASt nach Anhörung der Ag Einsicht in die Vergabeakte erteilt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach Abs. 165 Abs. 2 GWB nicht betroffen waren. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen.

Die Vergabekammer hat den Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin vom 7. Juni 2022, der dort an diesem Tag außerhalb der Geschäftszeiten eingegangen ist, den Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung am 8. Juni 2022 in Kopie übergeben. Die ASt hat hierzu antragsgemäß Schriftsatznachlass bis zum 13. Juni 2022, 12 Uhr erhalten.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag beider ASt ist zulässig.

a) Die ASt greifen mit ihrem Nachprüfungsbegehren den Abschluss der Ergänzungsvereinbarung als unwirksame De-facto-Vergabe an. Die Ergänzungsvereinbarung wurde am [...] und mithin vor der Einreichung des Nachprüfungsantrags am [...] abgeschlossen. Zwar ist das Nachprüfungsverfahren als Instrument des Primärrechtsschutzes generell nur dann eröffnet, wenn noch keine wirksame Auftragserteilung erfolgt ist, was aus § 168 Abs. 2 S. 1 GWB abzuleiten ist (vgl. dazu bereits BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00). Da der Umstand, dass die Vereinbarung ohne vorheriges Vergabeverfahren abgeschlossen wurde, gerade den Streitgegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens bildet, könnte der bereits erfolgte Abschluss der Ergänzungsvereinbarung der Statthaftigkeit nur dann entgegenstehen, wenn die Ag die in § 135 Abs. 3 GWB grundsätzlich eröffnete Möglichkeit genutzt hätte, den beabsichtigten Vertragsschluss vorab europaweit bekannt zu geben und anschließend eine Wartefrist von zehn Tagen vor Vertragsschluss einzuhalten. Die Ag hat hier dagegen zwar eine europaweite Bekanntmachung unter Nutzung des Standardformulars „*Freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung*“ geschaltet, die jedoch erst am [...] veröffentlicht wurde. Die Nutzung des genannten Standardformulars war damit fehlerhaft und ungeeignet zur Herstellung von Transparenz, denn in der Nutzung eines Ex-ante-Formulars, das einerseits am [...] veröffentlicht wird, andererseits in der Rubrik „[...] Tag der Zuschlagsentscheidung“ mit dem [...] einen bereits in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkt ausweist, ist in sich widersprüchlich. Der Sache nach handelt es sich nicht um eine Ex-ante-Transparenzbekanntmachung, sondern um eine Ex-post-Bekanntmachung, also um eine Bekanntmachung über vergebene Aufträge. Hierfür existiert ein eigenes Standardformular, welches die Ag richtigerweise hätte nutzen müssen.

Soweit die Ag zur Begründung vorträgt, das Ex-ante-Transparenzformular genutzt zu haben, um dort einen längeren Erläuterungstext für die von ihnen angenommene Vergaberechtsfreiheit unterbringen zu können, was aufgrund der Zeichenbegrenzung in anderen vorgegebenen Standardformularen nicht möglich gewesen wäre, so hätte die Ag den Umstand, dass der Abschluss der Ergänzungsvereinbarung im Zeitpunkt der Veröffentlichung bereits in der Vergangenheit lag, sinnvollerweise ebenfalls im Standardformular erläutert. Indem dies unterblieb, hat die Ag aufgrund der benannten Widersprüchlichkeiten Unklarheit zu Lasten der ASt geschaffen, die sich

vorsorglich in der Pflicht sahen, den Nachprüfungsantrag binnen kurzer Frist zu erarbeiten und rechtzeitig vor Ablauf der Zehn-Tages-Frist nach § 135 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bei der Vergabekammer einzureichen.

Die Nutzung des Ex-ante-Transparenzformulars war aufgrund der geschilderten zeitlichen Abfolge jedenfalls schon im Ansatz ungeeignet, eine Wirksamkeit der Ergänzungsvereinbarung nach § 135 Abs. 3 GWB herbeizuführen, so dass es auf weitere Tatbestandsvoraussetzungen nicht ankommt. Der Nachprüfungsantrag ist statthaft.

b) Der für Konzessionen nach § 106 Abs. 1 GWB maßgebliche Auftragsschwellenwert für die europaweite Vergabe in Höhe von 5.382.000 € wird ausweislich der in der Vergabeakte befindlichen Auftragswertschätzung überschritten.

c) Die ASt sind antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB.

aa) Bei beiden ASt handelt es sich um Unternehmen, die Ladesäulen für Elektrofahrzeuge errichten und betreiben. Beide ASt kommen mithin für die Ausführung des Auftrags grundsätzlich in Betracht. Wie der vorliegende Nachprüfungsantrag belegt, besteht Interesse am Auftrag.

Dies gilt auch für die ASt zu 2). Dass die ASt zu 2) auf dem nationalen Markt bislang keine öffentlich zugängliche Ladeinfrastruktur betreibt, steht ihrem Interesse am Auftrag entgegen der Auffassung der Ag in keiner Weise entgegen. Die ASt zu 2) ist ebenso ein Unternehmen, das auf dem fraglichen Markt tätig ist; die Tatsache, dass sie in Deutschland bislang noch keine öffentlich zugängliche Ladeinfrastruktur betreibt, lässt keinen Rückschluss dahin zu, dass sie dies nicht zukünftig anstrebt. Nach Aussage der ASt zu 2) ist dies im Gegenteil zukünftig intendiert und wird untermauert durch ihren Nachprüfungsantrag, der ansonsten aus Sicht der ASt zu 2) keinen Sinn ergäbe, wenn sie nicht Interesse daran hätte, öffentlich zugängliche Ladeinfrastruktur zu errichten und zu betreiben.

bb) Die gemeinsame Antragstellung durch die ASt zu 1) und die ASt zu 2) steht der Antragsbefugnis nicht entgegen. Zwar handelt es sich bei den beiden ASt um Wettbewerber. Denkbar wäre aber einmal, dass die Marktteilnehmer eine Bietergemeinschaft bilden könnten, wenn – ein Vergabeverfahren unterstellt – der Auftrag zu groß wäre, um von einzelnen Unternehmen allein

bedient zu werden. Da kein Vergabeverfahren mit ausführlicher Beschreibung von Inhalt und Umfang der zu erbringenden Leistung durchgeführt wird, kann dies allerdings nicht abschließend beurteilt werden. Dies wurde von den ASt indes auch nicht geltend gemacht.

Die ASt verfolgen mit dem gemeinsamen Nachprüfungsantrag jedoch im Sinne einer „Stufenklage“ allein das Rechtsschutzziel, die Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens zu erreichen. Eine Konkurrenzsituation in Bezug auf den konkreten Auftrag ergäbe sich erst auf einer zweiten Stufe, wenn ein solches, für alle Marktteilnehmer offenes Vergabeverfahren durchgeführt würde. Es spricht vor diesem Hintergrund nichts dagegen, analog zu den Grundsätzen einer Streitgenossenschaft i.S.d. § 60 ZPO eine gemeinsame Antragstellung zuzulassen, auch wenn sich letztendlich jede der beiden ASt für sich genommen und im Wettbewerb zueinander für den Auftrag interessieren. Denn beide ASt verfolgen mit ihrem Nachprüfungsantrag – wie soeben festgestellt - gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche; diese bilden demnach den Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens (vgl. Schäfer, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 160 Rn. 39-41).

d) Ungeachtet dessen, ob eine Rügeobliegenheit überhaupt bestand, § 160 Abs. 3 S. 2 GWB, haben die ASt am [...] und damit binnen zehn Tagen nach der sog. Ex-ante-Transparenzbekanntmachung, die am [...] erfolge, gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet, da er sich nicht gegen einen dem Vergaberecht unterliegenden Vorgang richtet. Die bestehenden Konzessionsverträge zwischen der Ag und den Bg werden zwar geändert. Die Änderungen sind indes nicht wesentlich und daher vergaberechtlich durch die bestehenden Konzessionsverträge abgedeckt.

a) Die Ursprungsverträge aus dem Jahr 1998 (Anlage [...] der Ag) stellen Konzessionsverträge dar und wurden wirksam abgeschlossen. Diese Ursprungsverträge sind mithin tauglicher Gegenstand einer Konzessionsänderung.

aa) Die Verträge, die 1998 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Bg abgeschlossen wurden, sind nicht nur als Konzessionsverträge bezeichnet, sondern stellen auch inhaltlich Konzessionen dar.

§ 1 Abs. 1 Musterkonzessionsvertrag lautet:

„Der Konzessionsnehmer erhält das Recht (Konzession), einen Nebenbetrieb an der Bundesautobahn A in Fahrtrichtung bei km nach dem Betriebskonzept (Anlage 1) zu bauen und zu betreiben. Lage und Größe des (der) Grundstückes(e) für den Nebenbetrieb (Betriebsgrundstück[e]) sowie die dem Nebenbetrieb zugeordneten Funktionsflächen ergeben sich aus dem Lageplan (Anlage 2). Betriebskonzept und Lageplan sind Bestandteile dieses Vertrages.“

In § 1 Abs. 1 Musterkonzessionsvertrag wird demnach zunächst einmal das Recht übertragen, einen Nebenbetrieb zu bauen und zu betreiben, wobei das sog. „Betriebskonzept“ Bestandteil des jeweiligen Konzessionsvertrags ist. Im Betriebskonzept für Nebenbetriebe „Tankstelle/Tankstelle mit Raststätte“ (Anlage 1 a des Musterkonzessionsvertrags; Anlage 1 b bezieht sich auf das Betriebskonzept für „Raststätte/Raststätte mit Hotel/Hotel“) ist aufgelistet, welche konkreten Einrichtungen zu betreiben und für die Verkehrsteilnehmer vorzuhalten sind, wobei für den konkreten, einzelnen Nebenbetrieb teilweise „ja/nein“-Optionen vorgesehen sind.

Darin liegt im Sinne der Definition bzw. Formulierung des § 105 Abs. 1 GWB die Betrauung mit der Erbringung von Leistungen, wofür der Konzessionsnehmer kein Entgelt erhält, sondern das Recht, die eigenen Leistungen zu verwerten, so dass die Tatbestandsmerkmale von § 105 GWB vollumfänglich erfüllt sind. Er trägt das wirtschaftliche Risiko für den Erfolg seiner Vermarktung.

Die ASt meinen zwar in der Sache, mit den streitgegenständlichen Ergänzungsvereinbarungen seien erstmalig Konzessionen begründet worden, da hiermit erstmalig konkrete Verpflichtungen eingeführt worden seien, bestimmte Vorgaben umzusetzen. Dies ist zwar in Bezug auf die Schnellladeinfrastruktur im Zusammenhang mit der Frage nach dem Vorliegen einer Änderung der Konzessionsverträge zu erörtern. Auch in den Ursprungsverträgen, die dem in den RN-BAB enthaltenen Muster eines Konzessionsvertrags entsprechen, sind indes durchsetzbare Pflichten der Bg begründet worden, so dass es dem Konzessionsnehmer nicht frei steht, die Konzession zu nutzen oder dies – was ohnehin angesichts der mit der Konzession beabsichtigten Gewinnerzielung lebensfremd wäre – zu unterlassen:

- Eine Verpflichtung des Konzessionsnehmers, tätig zu werden, ergibt sich tatsächlich einmal aus § 5 des Musterkonzessionsvertrags, wonach Konzessionsgeber und –nehmer

sich auf einen Zeitpunkt einigen, bis zu dem der Konzessionsnehmer der Straßenbauverwaltung die für den Bau des Nebenbetriebs erforderlichen Unterlagen vorzulegen und nach Baufreigabe unverzüglich mit dem Bau zu beginnen hat.

- Als generellen Sanktionsmechanismus bestimmt § 16 des Musterkonzessionsvertrags eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall, dass der Konzessionsnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Konzessionsvertrag nicht nachkommt:

„Die Straßenbauverwaltung kann den Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn der Konzessionsnehmer
– eine Verpflichtung aus diesem Vertrag trotz schriftlicher Abmahnung durch die Straßenbauverwaltung gröblich verletzt,
– erheblich von dem Betriebskonzept nach § 1 Abs. 1 abweicht, (...)“

Aus diesem Sanktionsmechanismus folgt, dass der Konzessionsnehmer nicht nur das Recht hat, sondern auch die Pflicht, die im jeweiligen Betriebskonzept vorgesehenen Einrichtungen im Sinne der Zweckbestimmung – Belange der Verkehrsteilnehmer - auch tatsächlich zu betreiben.

bb) Die Vergabe der Konzessionen einschließlich der Konzessionsverträge 1998 war wirksam.

(1) Auch wenn die Konzessionsverträge unstreitig auch Bauleistungen mit umfassen, so ist nach § 110 Abs. 1 GWB auf die Vorschriften abzustellen, denen der Hauptgegenstand der Konzession zuzuordnen ist. Anders als beispielsweise bei einer Baukonzession für ein Parkhaus, das der Konzessionsnehmer auf eigene Kosten errichtet und in der Folge im Sinne eines Entgelts die Parkgebühren selbst vereinnahmt, wird ein vom Konzessionsnehmer errichteter Nebenbetrieb nicht als Bauwerk direkt vermarktet. Der Bau ist vielmehr die notwendige Grundlage dafür, andere Leistungen wie den Kauf von Treibstoff und Reiseproviant, Nutzung der Sanitäreinrichtungen, Gastronomieleistungen etc. anbieten zu können. Diese Leistungen sind ihrerseits kostenpflichtig, für diese Leistungen zahlen die Verkehrsteilnehmer, nicht dagegen für die Nutzung des Baus als solchem. So muss ein Verkehrsteilnehmer, der lediglich die Parkmöglichkeit und beispielsweise den Spielplatz nutzt, im Gegensatz zum Parkhausbeispiel nichts bezahlen. Der Schwerpunkt der Konzessionen liegt damit im Dienstleistungs-, nicht im Baubereich.

(2) Dienstleistungskonzessionen wurden aber erstmalig im Jahr 2014 in die Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe mit Umsetzungsfrist in den nationalen Rechtsordnungen bis zum 18. April 2016 aufgenommen und damit dem sekundären europäischen Vergaberecht erst zu diesem Zeitpunkt unterworfen; im Zeitpunkt des Abschlusses der Konzessionsverträge 1998 bestand folglich noch keine förmliche europaweite Bekanntmachungspflicht und keine Pflicht, ein den Richtlinien entsprechendes, förmliches europaweites Vergabeverfahren durchzuführen.

Das europäische Primärrecht galt zwar selbstverständlich auch 1998 für sämtliche Vergabeverfahren und das unabhängig davon, ob es bereits Entscheidungen des EuGH zu den aus dem europäischen Primärrecht abgeleiteten Anforderungen an Vergaben gab, die dem Sekundärrecht aus unterschiedlichen Gründen (z.B. Auftragswert unterhalb der Schwelle für die europaweite Vergabe; Vorliegen eines Ausnahmetatbestands) nicht unterliegen („Vergaberecht light“). Die Entscheidungen des EuGH sind nicht etwa konstitutiv für die Anwendung primärrechtlicher Grundsätze auf alle – also auch auf dem Richtlinienrecht nicht unterliegende – Beschaffungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber, sondern der EuGH wendet diese rechtlichen Grundsätze lediglich in Verfahren, die das Gericht zu entscheiden hat, an.

Die Bundesrepublik Deutschland hat den aus dem Primärrecht abgeleiteten Grundsätzen für Vergaben, die nicht dem Richtlinienrecht unterliegen (1998 gehörten Dienstleistungskonzessionen dazu) und wie sie die auf Basis der EuGH-Rechtsprechung in der *„Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (2006/C 179/02)“* vom 1. August 2006 zusammengefasst werden, entsprochen. Sie hat den Verkauf der Anteile an der 1994 gegründeten „[...]“, in welche die bundeseigene „[...]“ ([...]) 1994 überführt worden war, und die zu 100 % im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland standen, in einem transparenten und wettbewerblichen Verfahren publiziert; auch Unternehmen aus dem europäischen Ausland haben hieran teilgenommen. Diese Unternehmensanteile beinhalteten auch die Option auf die Konzessionsverträge und machten deren wirtschaftlichen Wert aus. Den Anforderungen des Primärrechts wurde damit entsprochen (vgl. zur Historie Müller, in: Müller/Schulz, Kommentar zum Bundesfernstraßengesetz, 3. Aufl. 2022, § 15 RdNr. 4 ff.).

Im Übrigen ist ein Verstoß gegen europäisches Primärrecht zwar tunlichst zu vermeiden, zieht aber als Rechtsfolge möglicherweise ein Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission nach sich, jedoch nicht die Unwirksamkeit eines Vertrags, der nach einem gegen Primärrecht verstoßenden Vergabeprozess geschlossen wurde.

(3) Hinzuweisen ist schlussendlich darauf, dass auch ein Vertrag bzw. eine Konzession, der bzw. die unter Missachtung von sekundärem Vergaberecht ohne das entsprechende europaweite Vergabeverfahren abgeschlossen bzw. vergeben wurde, im Interesse der Rechtssicherheit nicht als unwirksam angesehen wird, sondern als schwebend wirksam. Die Möglichkeit, einen derartigen vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrag durch die Vergabenachprüfungsinstanzen für unwirksam erklären zu lassen, besteht nur binnen bestimmter zeitlicher Grenzen, vgl. § 135 Abs. 2 S. 1 GWB. Danach mutiert die schwebende Wirksamkeit spätestens sechs Monate nach Abschluss des Vertrags bzw. nach der Vergabe der Konzession in eine dauerhafte Wirksamkeit, wenn nicht die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen die Unwirksamkeit des Vertrags mit konstitutiver Wirkung feststellen. Selbst wenn man mit den ASt auf den Zeitpunkt [...] abstellen wollte, zu dem die Ag in die Rechte und Pflichten der Konzessionsverträge eingetreten ist, und im Wechsel des Vertragspartners eine wesentliche Änderung sähe, so wäre dieser Sechs-Monats-Zeitraum verstrichen. Es erscheint aber schon im Ansatz als fraglich, ob auf diesen Zeitpunkt abzustellen ist, da die Ag nach den Vorgaben des Infrastrukturgesetzes bei funktionaler Betrachtung eine Rechtsnachfolge angetreten hat.

b) Eine Änderung der bestehenden Konzessionsverträge liegt vor, nicht jedoch die faktische Erteilung von neuen Konzessionen.

aa) Die Altkonzessionsverträge sehen in § 3 Abs. 1 vor: „Der Nebenbetrieb dient den Belangen der Verkehrsteilnehmer der Bundesautobahnen.“ Nr. 2 der RN-BAB besagt:

„2. Zweckbestimmung

Die Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen dienen den Belangen der Verkehrsteilnehmer. Sie sollen insbesondere im Interesse der Verkehrssicherheit sowie im Interesse der Schnelligkeit und Leichtigkeit des Verkehrs auf der Autobahn den Verkehrsteilnehmern Gelegenheit zum Tanken und Rasten ohne Verlassen der Autobahn bieten.(...).“

Das „Tanken“ ist eine wesentliche Zweckbestimmung der BAB-Nebenbetriebe. Betrachtete man diese Zweckbestimmung isoliert und bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses 1998, so läge in der streitgegenständlichen Erweiterung der bestehenden Konzessionsverträge schon keine Änderung dieser Konzessionsverträge. Eine Beschränkung auf das Tanken fossiler Brennstoffe ist der Zweckbestimmung weder zu entnehmen und noch daraus abzuleiten, dass bei Abschluss der Konzessionsverträge 1998 die gesamte E-Mobilität nebst der hierfür erforderlichen Schaffung von Stromtankstellen in Ermangelung entsprechender Fahrzeuge noch kein Thema war. Das bedeutet nicht, dass der in der RN-BAB verwandte Begriff „Tanken“ begrenzt ist auf Benzin/Diesel. Auch wenn in Bezug auf E-Fahrzeuge die Begrifflichkeit des „Aufladens“ gebräuchlicher sein mag und die Begrifflichkeit des „Tankens“ —zumindest bislang – vorrangig mit fossilen Brennstoffen verbunden wird, so fällt dennoch auch das Aufladen mit Strom – bei funktionaler Betrachtung – unter den Begriff des Tankens. Zu interpretieren ist der Begriff „Tanken“ vor dem Hintergrund der Zweckbestimmung und in deren Kontext laut § 3 Abs. 1 der Konzessionsverträge, die untermauert wird von und auf Basis des § 15 Abs. 1 FStrG fußt, dass nämlich der jeweilige Nebenbetrieb den Belangen der Verkehrsteilnehmer zu dienen hat. Angesichts der politisch angestrebten zunehmenden Anzahl an E-Fahrzeugen ist ein Nebenbetrieb, der keine Voraussetzungen für das Aufladen mit Strom bietet, perspektivisch nicht geeignet, den Belangen einer relevanten Gruppe von Verkehrsteilnehmern zu dienen. Der Begriff des Tankens ist daher im Sinne einer dynamischen Entwicklung und funktional dahin zu verstehen, dass vor dem Hintergrund der Zweckbestimmung zwanglos auch das Betanken mit Strom erfasst wird.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ferner darauf, dass die Betriebskonzepte für Nebenbetriebe *„Tankstelle/Tankstelle mit Raststätte“* (Anlage [...] des Musterkonzessionsvertrags [...]) eine gewisse Offenheit für andere als die explizit benannten Einrichtungen wie Zapfsäulen, Tankdach und Tankstellengebäude enthalten, indem unter Ziffer *„3. Tankstelle“* vorgesehen ist: *„3.4 Sonstige Einrichtungen (z.B. Autowaschanlage, Reparaturwerkstatt)“*. Auch wenn die Vertragsparteien [...] hier nicht die Errichtung von Schnellladesäulen im Blick hatten, so zeigt diese Klausel doch, dass den im Betriebskonzept ausdrücklich benannten Ausstattungseinrichtungen für Tankstellen kein abschließender Charakter zukommt.

bb) Ein alleiniges Abstellen auf die Bereitstellung und den Betrieb von Schnellladeinfrastruktur und deren Subsumtion unter den Begriff des in den Konzessionsverträgen von [...] verwandten Begriffs des „Tankens“ greift indes zu kurz. Zu betrachten sind die Ergänzungsvereinbarungen in einer Gesamtschau, also deren vollständiger Inhalt.

Danach liegt im Vergleich zwischen Ursprungsfassung und Ergänzungsvereinbarung (Anlage [...] der Ag) insoweit eine Änderung vor, als nunmehr eine explizite und im Detail präzisierte Verpflichtung der Bg vorgesehen wird, die Schnellladeinfrastruktur zu etablieren. Die Ergänzungsvereinbarung enthält eine Errichtungsverpflichtung in Bezug auf Ladesäulen, die dezidiert vorgegebene, qualitative Anforderungen zu erfüllen haben. Die Umsetzung hat binnen eines bestimmten Zeitrahmens zu erfolgen („*Realisierungsplan*“). Für den Fall der Nichteinhaltung der zeitlichen Vorgaben im Realisierungsplan ist eine Vertragsstrafe vereinbart. Darüber hinaus werden darin explizite Betriebspflichten geregelt.

Solche, sich aus den Ergänzungsvereinbarungen ergebende Vorgaben, die ganz konkret mit Vertragsstrafe bewehrte, in einem bestimmten qualitativen wie quantitativen Umfang vorgegebene und binnen eines vorgegebenen Zeitrahmens durchzuführende Maßnahmen vorsehen, die sich – auch das ist eine Festlegung in den Ergänzungsvereinbarungen - aus erneuerbaren Energien zu speisen haben, ist nicht zu vergleichen mit der eher allgemein gehaltene Festlegung der Verträge 1998 dahin, dass der Konzessionsnehmer den Nebenbetrieb auch tatsächlich errichten und betreiben muss, s. zu den diesbezüglichen Details der Ursprungsvereinbarungen bereits oben.

In der Vorgabe derart konkretisierter Verpflichtungen liegt eine Änderung der Konzessionsverträge. Die Erteilung einer neuen eigenständigen Konzessionen für Schnellladesäulen, wie die ASt dies meinen, ist dagegen nicht gegeben, da das Tanken/Aufladen von bzw. mit Strom bei isolierter Betrachtung, also unter Außerachtlassung der dezidierten Errichtungs- und Betriebsverpflichtung, aufgrund der notwendigen Auslegung des Tankbegriffs vor dem Hintergrund der Zweckbestimmung der Nebenbetriebe – Versorgung der Verkehrsteilnehmer – vom Grundsatz her bereits umfasst ist von den Konzessionsverträgen 1998.

c) Diese Änderung ist indes nicht als wesentlich anzusehen und damit kein Vorgang, der ein Vergabeverfahren erfordert hätte.

aa) Ein Regelbeispiel des § 132 Abs. 1 S. 3 GWB, wonach eine Änderung als wesentlich zu qualifizieren ist, ist vorliegend nicht einschlägig.

(1) Wie der vorliegende Nachprüfungsantrag zeigt, ist zwar in Bezug auf den Gegenstand der streitgegenständlichen Ergänzungsvereinbarung, den Ausbau und Betrieb der Schnellladeinfrastruktur, Interesse von Unternehmen gegeben, die sich auf Schnellladeinfrastruktur spezialisiert

haben, was grundsätzlich den Anwendungsbereich der in Ziffer 1 lit. a), c) normierten Regelbeispiele eröffnet: Zulassung anderer Bieter, Interesse weiterer Teilnehmer.

Diese Regelbeispiele enthalten aber auch eine Vorgabe des Zeitpunkts, auf den abzustellen ist, indem sie an „Änderungen“ anknüpfen, „die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten“, die Zulassung anderer Bieter etc. ermöglicht hätten. Abzustellen ist also auf das Jahr 1998, in dem die Konzessionen erteilt und die Konzessionsvereinbarungen geschlossen wurden. Unternehmen wie die beiden ASt, die spezifisch auf die Errichtung und Betrieb von Ladeinfrastruktur spezialisiert gewesen wären, gab es jedoch zum damaligen Zeitpunkt generell nicht. Dass Energieversorgungsunternehmen sich im Jahr 1998 für den Betrieb von Nebenbetrieben interessiert hätten, wenn die Ladesäuleninfrastruktur bereits damals in gleicher Weise wie nunmehr mit der Ergänzungsvereinbarung ausdrücklich benannt worden wäre, erscheint angesichts der Tatsache, dass es – von wenigen Ausnahmen abgesehen, auf die die ASt hingewiesen haben – keine Elektrofahrzeuge gab, sondern – wie noch unten zu zeigen sein wird – die Antriebstechnik von Straßenfahrzeugen und die dafür notwendigen Kraftstoffe im Wesentlichen auf fossile Kraftstoffe ausgerichtet waren, als wenig wahrscheinlich. Es ist folglich davon auszugehen, dass bei Aufnahme der Ausbaupflichtung zum damaligen Zeitpunkt keine anderen Interessenten vorhanden gewesen wären, selbst wenn die konkretisierte Verpflichtung, Schnellladeinfrastruktur wie nun vorgesehen nach bestimmten qualitativen Vorgaben und in einem bestimmten Zeitrahmen – also die nunmehr vorgesehene dezidierte Verpflichtung - bereits 1998 Gegenstand der Konzessionsvergabe gewesen wäre.

(2) Auch das Regelbeispiel des § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB, Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers in einer ursprünglich nicht vorgesehenen Weise, ist nicht einschlägig. Für die Beurteilung der Frage nach dem „wirtschaftlichen Gleichgewicht“ ist entscheidend, dass die Menge, die insgesamt durch die Verkehrsteilnehmer getankt wird, gleich bleibt, also jedenfalls durch das Hinzutreten von Schnellladesäulen nicht vergrößert wird; lediglich die Verteilung auf die verschiedenen Energiequellen verändert sich. Mit anderen Worten: Was an Umsatz an den Ladepunkten hinzukommt, geht an Umsatz an den Zapfsäulen für Benzin/Diesel verloren. Auch wenn Strom auf der einen, Benzin/Diesel auf der anderen Seite eigenen Preisregeln folgen und die dargelegten Zusammenhänge nicht 1 : 1 aufgehen, so kann bei dieser Sachlage doch nicht von einer erheblichen Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten der Bg als den ursprünglichen Konzessionsnehmern gesprochen werden. Im Ergebnis handelt es sich – im Wesentlichen – um eine Art Nullsummenspiel.

bb) Auch unabhängig vom Eingreifen der Regelbeispiele kann eine dem Vergaberecht unterliegende, wesentliche Änderung gegeben sein. Wesentlich sind gem. § 132 Abs. 1 S. 2 GWB Änderungen, die dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet, was hier nicht der Fall ist.

Wie oben bereits dargelegt, ist das Tanken in der Natur der Zweckbestimmung liegend bereits zentraler Gegenstand der Konzessionsverträge 1998, und zwar unabhängig davon, ob es um Strom oder um fossile Kraftstoffe geht. Die Regelung der Konzessionsabgabe wird vorliegend nicht verändert: In Ziffer 4 der Dokumentationsvereinbarung wird keine Änderung, sondern lediglich eine Klarstellung dahin vorgenommen, dass [...].

Was geändert wird, ist die Verpflichtung, die Stromtankstellen nach bestimmten qualitativen und zeitlichen Vorgaben zu errichten und zu betreiben, die ohne die Ergänzungsvereinbarungen jedenfalls zum heutigen Zeitpunkt in dieser zugespitzten Form nicht gegeben wäre. Allerdings ist auch diese Verpflichtung bereits in den Ursprungskonzessionsverträgen angelegt, denn bei zukünftiger weiterer Zunahme von Elektrofahrzeugen wäre perspektivisch die Zweckbestimmung der Nebenbetriebskonzession – Abdecken der Belange der Verkehrsteilnehmer mit „Tanken“ als zentralem Baustein – nicht mehr gewährleistet, wenn eine zunehmende Anzahl an Elektrofahrzeugen auf den Nebenbetrieben nicht beladen und damit im Sinne der Zweckbestimmung nicht mehr versorgt werden könnte.

Perspektivisch würde sich folgerichtig auch ohne die Ergänzungsvereinbarung ein mittelbarer Zwang für die Bg ergeben, Schnellladeinfrastruktur zu errichten und zu betreiben, um der Zweckbestimmung gerecht zu werden und einer Kündigung nach § 16 des Konzessionsvertrags zu entgehen. Tatsächlich haben die Bg bereits vor und unabhängig von der Ergänzungsvereinbarung auf einigen Nebenbetrieben eigeninitiativ Schnellladesäulen errichtet und betreiben diese, was im Übrigen belegt, dass die Ag und die Bg als aktuelle Vertragsparteien der Ursprungskonzessionsverträge zwanglos davon ausgehen, dass der Betrieb von Schnellladeinfrastruktur durch die Konzessionsverträge 1998 gedeckt ist.

Die Ergänzungsvereinbarungen, die diese ohnehin zu erwartende Entwicklung im Zuge der Regulierungsmaßnahmen des SchnellLG lediglich auf der Zeitschiene vorziehen, stellen damit keine wesentlichen Änderungen der bestehenden Konzessionsverträge dar und bedurften daher vor Abschluss nicht der Durchführung eines Vergabeverfahrens.

d) Ginge man indes mit den ASt davon aus, dass die festgestellte Auftrags- bzw. Konzessionsänderung wesentlich im Sinne von § 132 Abs. 1 GWB wäre, z.B. indem man Energieversorgungsunternehmen in den Kreis potentieller Auftragsinteressenten 1998 nach § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 a) und c) GWB mit einbezöge und das Vorhandensein einer entsprechenden marktgängigen Antriebstechnik für Elektrofahrzeuge unterstellte, so ist hilfsweise darauf hinzuweisen, dass eine solche, dann wesentliche Konzessionsänderung jedenfalls aufgrund der Ausnahmeregelung des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB zulässig wäre.

Danach müsste die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden sein, die der Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte. Auch dürfte sich der Gesamtcharakter des Auftrags nicht aufgrund der Änderung verändert haben. Der Tatbestand erfasst insbesondere Auftragsverhältnisse, die – wie die hier zugrunde liegenden Bestandskonzessionsverträge für die BAB-Nebenbetriebe mit Tankstellen – über einen längeren Zeitraum angelegt sind und ist aufgrund seines Ausnahmecharakters eng auszulegen, so dass ein objektiver Sorgfaltsmaßstab für die Vorhersehbarkeit anzulegen ist.

aa) Die sich im Hinblick auf das SchnellLG ergebenden regulatorischen Handlungsanforderungen an den Bund bzw. die Ag zum beschleunigten Ausbau eines flächendeckenden Schnellladetzes stellen – wie die bisherigen Feststellungen ergeben – ohne Weiteres äußere Umstände dar, die auf die Ausführung gerade der Bestandskonzessionen einwirken. Daraus folgt auch, dass die zweckentsprechende Durchführung der ursprünglichen Konzession gemäß dem Leitbild des § 15 Abs. 1 FStrG eine Anpassung der Versorgungseinrichtungen für Elektrofahrzeuge erfordert, da sonst künftig nicht gewährleistet ist, dass die Nebenbetriebe an den Bundesautobahnen den Bedürfnissen der Verkehrsteilnehmer zu dienen geeignet sind.

bb) Vorhersehbar waren diese spezifischen Umstände bei dem nach dem Sinn und Zweck der Norm gebotenen objektiven Sorgfaltsmaßstab 1998 allerdings nicht. Danach käme es darauf an, ob der Bund bzw. die Ag die zur Änderung führenden Umstände bei verständiger Würdigung schon 1998 hätten vorhersehen müssen. Hierfür bedarf es einer Betrachtung der gesamten Umstände, die dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der ursprünglichen Auftragserteilung bekannt gewesen sind bzw. hätten bekannt sein müssen. Danach waren die Umstände, die die Ag heute zur Ergänzungsvereinbarung bewogen haben, im Zeitpunkt 1998 nicht vorhersehbar im Sinne des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB. Denn es war zu dem damaligen Zeitpunkt des Abschlusses der Konzessionsverträge aus der Perspektive eines objektiven Betrachters nicht ersichtlich, in welche Richtung und in welchem Zeitrahmen sich die regulatorischen und technischen bzw. marktlichen

Rahmenbedingungen der Mobilität bzw. der (potentiell) marktgängigen Antriebstechnologien entwickeln würden oder könnten, um den Bedarf der Verkehrsteilnehmer entscheidend und spezifisch zu prägen.

(1) Ende der 1990er Jahre war der regulatorische Rahmen im Wesentlichen geprägt davon, Vorgaben für die Qualität von fossilen Kraftstoffen zu machen, ohne dass der Ausbau der Elektromobilität dabei im Fokus stand. Der Markt für Kraftfahrzeuge basierte im Wesentlichen auf Antriebstechnologien für fossile Kraftstoffe. Maßgeblich zu nennen ist insofern die Richtlinie 98/70/EG vom 13. Oktober 1998, die ab dem Jahr 2000 beginnende Phasen der Kraftstoffspezifikationen definierte und die Untersagung verbleiten Benzins regelte. Die regulatorischen und marktlichen Rahmenbedingungen gingen davon aus, dass die Antriebsformen im Straßenverkehr vom Mineralöl als vorherrschender Energieträger abhängig waren. In ihrem Grünbuch *„Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit“* vom 29. November 2000 (KOM (2000) 769 endg) rief die EU-Kommission zu verstärkten Anstrengungen auf, *„Mineralöl durch alternative Energieträger zu ersetzen“*, da sich eine länger andauernde Ölkrise gefährlich zuspitzen könne. Sie hielt in diesem Zusammenhang aber ausdrücklich fest, dass *„...es derzeit hauptsächlich im Verkehrsbereich keinen brauchbaren Ersatz für das Erdöl gibt (Biokraftstoffe, Erdgas)...“* (Grünbuch a.a.O., S. 52 f.). Vor diesem Hintergrund und auch hinsichtlich der Umweltauswirkungen hielt es die EU-Kommission im Grünbuch für geboten, sicherzustellen, *„dass Biokraftstoffe auf Dauer verfügbar sind und ihr Anteil am Kraftstoffmarkt weiter zunimmt.“* Daher sollten sich die EU-Mitgliedstaaten verpflichten, bis 2010 7% Biokraftstoffe zu erreichen und für 2020 das Ziel von 20% für sämtliche Ersatzkraftstoffe festzulegen. Der Abstand zwischen den Preisen für Biokraftstoffe und den konkurrierenden Erzeugnissen solle durch steuerliche Maßnahmen verringert werden, Mineralölgesellschaften sollten sich verpflichten, den flächendeckenden Vertrieb von Biokraftstoffen zu erleichtern (Grünbuch a.a.O., S. 59).

Die ASt verweisen insbesondere auf die Ausführungen der Bundesregierung in der Bundestags-Drucksache 12/2247 vom 12. März 1992. Darin propagierte die Bundesregierung bereits 1992 die Förderung der Entwicklung und des Einsatzes von Elektrofahrzeugen durch steuerliche Maßnahmen, denen *„eine wachsende Bedeutung“* zugemessen wurde (a.a.O., S. 2). Eine vergleichbare Zielrichtung hat die von den ASt zitierte Bundestags-Drucksache vom 18. April 1967 (BT-Drs. V/1638). Die Ausführungen der Bundesregierung verwiesen 1992 auf die staatliche Förderung *„spezieller Schnelladestationen“* für einen Einsatz von Elektrofahrzeugen *„auch im Langstreckenbetrieb“* (a.a.O., S. 3), bezogen diese Einschätzung aber nur auf die *„geringen Stückzah-*

len [der] am Markt angebotenen Elektrofahrzeuge“ (a.a.O., S. 2). Dabei betonte die Bundesregierung, dass es die *„Aufgabe der am Bau und Betrieb von Elektrofahrzeugen beteiligten Industriefirmen und Wirtschaftszweigen in der Bundesrepublik Deutschland [ist], im Zuge der Serienvorbereitung und -fertigung schnell preisgünstige Lösungen zu erarbeiten, die das Elektrofahrzeug zumindest für bestimmte Einsatzfelder auch konkurrenzfähig zum Kraftfahrzeug mit Verbrennungsmotor machen. Dies ist die Grundvoraussetzung, wenn Elektrofahrzeuge auch in unserem Land eine breite Anwendung finden...sollen.“* (a.a.O., S. 2). Eine vorhersehbare Ausrichtung der regulatorischen Rahmenbedingungen bzw. der Produktion von Straßenfahrzeugen auf Elektromobilität schon zum Zeitpunkt 1998 lässt sich daraus für einen sogfältig handelnden verobjektivierten öffentlichen Auftraggeber nicht ableiten. Bereits die von den ASt selbst benannte Äußerung der Bundesregierung aus dem Jahre 1992 überlässt die weitere Entwicklung der Grundvoraussetzungen explizit unternehmerischer Initiative und wählt insofern einen wettbewerblichen Ansatz mittelbarer Verhaltenssteuerung über steuerliche Maßnahmen. Der Bundesregierung ist seinerzeit zwar die *„kalifornische Abgasgesetzgebung für Kraftfahrzeuge und die damit verbundene Quotenfestlegung zugunsten eines stufenweise ansteigenden Verkaufsanteils der Elektrofahrzeuge ab 1998“* bewusst gewesen, sie weist aber auch in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Automobilhersteller entsprechend leistungsfähige Elektrofahrzeuge zu entwickeln hätten (BT-Drs. 12/2247, S. 2). Dies belegt damit zwar durchaus spezifische Momentaufnahmen zur Förderung der Elektromobilität, ohne dass daraus aber 1998 zwingend abzuleiten gewesen wäre, die Konzessionsverträge mit den Bg bereits spezifisch zur Errichtung eines Schnellladenetzes heranziehen zu müssen. Das folgt auch daraus, dass die Nutzung alternativer Energieträger, die nicht aus fossilen Kraftstoffen bestehen, zu diesem Zeitpunkt noch nicht marktgängig ausgeprägt gewesen ist. So wird im Grünbuch z.B. die Erkundung von Wasserstoff bzw. der Brennstoffzellentechnik allenfalls erwähnt, um die entsprechende Forschung zu intensivieren (a.a.O., S. 59). Auch im 2011 veröffentlichten Weißbuch *„Die Europäische Verkehrspolitik bis 2010: Weichenstellungen für die Zukunft“* wurde die Forderung wiederholt, im Verkehrssektor die Abhängigkeit vom Erdöl durch Einsatz alternativer Kraftstoffe wie Biokraftstoffe zu verringern, ohne dass dabei eine Ausrichtung des Verkehrssektors auf die Elektromobilität absehbar gewesen wäre. Die EU-Kommission wies lediglich unspezifisch darauf hin, dass es darum gehe, den CO₂-Ausstoß zu verringern, zu dem der Straßenverkehr mit 28% beitrage, zudem seien Verbrennermotoren wenig energieeffizient (Weißbuch a.a.O., S. 14).

(2) Am 8. Mai 2003 erging sodann die Richtlinie 2003/30/EG zur Förderung der Verwendung von Biokraftstoffen oder anderen erneuerbaren Kraftstoffen im Verkehrssektor. Auch diese Richtlinie hatte einen Schwerpunkt auf der Förderung der Verwendung von Biokraftstoffen. Die Förderung

bzw. der Ausbau der Elektromobilität fand in diesem Zusammenhang noch keine spezifische Erwähnung. Die Förderung anderer erneuerbarer Kraftstoffe, die keine Biokraftstoffe sind, wurde lediglich angesprochen (Art. 2 Abs. 1 lit. c)). Nach Art. 3 Abs. 4 sollten zwar *„die Mitgliedstaaten...bei ihren Maßnahmen die gesamte Klima- und Ökobilanz der verschiedenen Arten von Biokraftstoffen und anderen erneuerbaren Kraftstoffen berücksichtigen.“* Gleichwohl wurde dort lediglich vorgegeben, dass die Mitgliedstaaten *„vorrangig die Kraftstoffe fördern, die auch unter Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit und der Versorgungssicherheit – eine sehr gute kostengünstige Gesamtökobilanz aufweisen“*, was den Aufbau einer flächendeckenden Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge aus der gebotenen objektiven Perspektive nicht zwingend naheliegender erscheinen ließ.

(3) Auch die folgenden Jahre waren geprägt von legislatorischen Bemühungen, den CO₂-Ausstoß des Verkehrssektors zu reduzieren, da dieser nahezu ausschließlich durch fossile Kraftstoffe als Energieträger verursacht wird, ohne dass in diesem Zusammenhang bereits von einer absehbaren Ausrichtung des regulatorischen Rahmens bzw. der technisch-marktlichen Entwicklung hin zur Elektromobilität und dem dafür erforderlichen Aufbau einer flächendeckenden Ladeinfrastruktur ausgegangen werden konnte. In der Verordnung (EG) Nr. 443/2009 vom 23. April 2009 wurden vielmehr auf mit fossilen Kraftstoffen angetriebene PKW bezogene Emissionsnormen festgesetzt. Im Erwägungsgrund 13 der Verordnung findet sich nur ein Förderauftrag für nicht-fossil angetriebene Fahrzeuge, wonach *„der Automobilindustrie Anreize für Investitionen in neue Technologien gegeben werden“* sollten, um *„aktiv die Ökoinnovation“* zu fördern und *„künftigen Technologieentwicklungen Rechnung“* zu tragen, weshalb *„die Entwicklung innovativer Antriebstechnologien...besonders gefördert werden“* sollte (VO 443/2009, ABl. EU Nr. L 140, 1, 2). Auch damit war aber bei objektiver Betrachtung ein entsprechend frühzeitiger Bedarf für einen flächendeckenden Ausbau eines Schnellladenetzes noch nicht zwingend erkennbar. Denn dieser Förderauftrag war grundsätzlich technologieoffen gehalten.

(4) Weitergehende regulatorische Ansätze, erneuerbare Energieträger im Verkehrssektor stärker zu nutzen und entsprechende technische Verbesserungen zu entwickeln, um die Abhängigkeit des Verkehrssektors von fossilen Kraftstoffen zu verringern, lassen sich im Wesentlichen erst in etwa ab dem Jahr 2009 ausmachen:

- Die Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen gab – unabhängig von den bislang betrachteten Bemühungen um den Einsatz

von Biokraftstoffen – erstmals vor, dass die Mitgliedstaaten den Energieverbrauch im Verkehrssektor zu 10 % durch Energie aus erneuerbaren Quellen decken sollten (vgl. Erwägungsgründe Nr. 2 und 13, a.a.O.).

- Der Auf- bzw. Ausbau von „*Demonstrationsvorhaben für Elektromobilität (und andere alternative Kraftstoffe*“ bzw. darauf ausgerichteter „*Auflade- bzw. Betankungsinfrastrukturen*“ wird, soweit im Hinblick auf die Entwicklung des regulatorischen Rahmens ersichtlich erstmals, explizit im Weißbuch der EU-Kommission „*Fahrplan zu einem einheitlichen europäischen Verkehrsraum – Hin zu einem wettbewerbsorientierten und ressourcenschonenden Verkehrssystem*“ vom 28. März 2011 unter der Überschrift „*Innovation für die Zukunft*“ im Zusammenhang mit einer zu entwickelnden „*Innovations- und Umsetzungsstrategie*“ angesprochen (KOM (2011) 144 (endg), Maßnahmen 25 und 26, a.a.O., S. 28/29).
- Die Mitteilung der EU-Kommission vom 24. Januar 2013 „*Saubere Energie für den Verkehr: Eine europäische Strategie für alternative Kraftstoffe*“ (KOM (2013) 17 endg) ermittelt sodann perspektivisch aber nicht allein Elektrizität, sondern auch Wasserstoff, Biokraftstoffe, Erdgas und Flüssiggas als die derzeit wichtigsten Alternativkraftstoffe, die für langfristigen Ersatz von Erdöl geeignet seien (a.a.O., S. 4 f.). Zur Technologie der Elektrofahrzeuge wird dort festgestellt, diese sei „*jedoch zunehmend ausgereift und Elektrofahrzeuge finden immer weitere Verbreitung. In den Mitgliedstaaten sollen bis 2020 8-9 Millionen Elektrofahrzeuge fahren. Die wichtigsten Probleme sind hohe Kosten, geringe Energiedichte und das große Gewicht der Batterien. Dadurch verringert sich die Reichweite der Elektrofahrzeuge beträchtlich. Das normale Aufladen dauert mehrere Stunden. Durch rasches Induktivaufladen oder Batteriewechsel könnte dieses Problem ausgeräumt werden. Verbesserungen bei der Batterietechnologie sind für den Markterfolg der Elektrofahrzeuge entscheidend.... Die zu geringe Zahl von Ladestationen mit einheitlicher Kupplung ist hier ein wesentliches Hindernis für die Markteinführung. Die Ladestationen werden zu Hause, am Arbeitsplatz und an öffentlich zugänglichen Orten benötigt. Derzeit gibt es in den meisten Mitgliedstaaten keine ausreichenden Ladestationen an öffentlich zugänglichen Orten und auch keine veröffentlichten Strategien zur Entwicklung eines angemessenen Ladestationsnetzes.*“ (a.a.O., S. 7 f.).

(5) Konkrete Maßnahmen, aus denen sodann regulatorische Handlungsanforderungen und die Notwendigkeit zum Aufbau einer Ladeinfrastruktur zum Ausbau der Elektromobilität mit der für § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB gebotenen Klarheit ersichtlich werden, gehen schließlich aus der Richtlinie 2014/94/EU über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe vom 22. Okto-

ber 2014 hervor. Erwägungsgrund 5 nimmt als relevante alternative Energieträger im Verkehrssektor maßgeblich Elektrizität und Wasserstoff in den Fokus. Erwägungsgrund 25 stellt im Hinblick auf die technischen Entwicklungen fest, dass die Elektromobilität ein sich nunmehr schnell entwickelnder Bereich ist. Die Mitgliedstaaten sollten daher sicherstellen, dass eine öffentlich zugängliche Infrastruktur für Stromversorgung von Elektrofahrzeugen aufgebaut wird, wobei konkrete Richtwerte für Ladepunkte vorgegeben werden (Erwägungsgründe 23 und 24).

(6) Bedeutung und Entwicklung der Elektromobilität dürften als Folge des im Jahre 2015 aufgedeckten sog. Dieselskandals nochmals deutlich zugenommen haben. Bezieht man die vorstehend skizzierte regulatorische Entwicklung in die Betrachtung ein, so ist eine spezifische Entwicklung hin zur derzeitigen Situation, die den Gesetzgeber zur bereichsspezifischen Regulierung in Gestalt des SchnellLG veranlasst hat, in deren Folge der flächendeckende Ausbau des Schnellladenetzes für batteriebetriebene Fahrzeuge steht, zum Zeitpunkt des Abschlusses der ursprünglichen Konzessionsverträge im Jahr 1998 objektiv noch nicht vorhersehbar gewesen. Davon kann frühestens in etwa seit der bis zum 18. November 2016 umzusetzenden Richtlinie 2014/94/EG ausgegangen werden. Erst den seither als unzureichend empfundenen Ausbau hat der Gesetzgeber zum Anlass genommen, im Jahr 2021 das SchnellLG zu erlassen, um den flächendeckenden Ausbau eines Schnellladenetzes bzw. der Elektromobilität im Verkehrssektor spezifisch und zielgerichtet voranzutreiben.

Vor diesem Hintergrund lässt sich nicht annehmen, dass der Bund bzw. die Ag bereits 1998 die relevanten Umstände vorhersehen konnten, die nunmehr zur Änderung der Konzessionsverträge geführt haben. Vielmehr befand sich der regulatorische Rahmen seitdem in einer zwar kontinuierlichen Entwicklung, die aber vielfältige Lösungsmöglichkeiten hin zu einem Ausbau alternativer Kraftstoffe zuließ, ohne dabei schon frühzeitig die Elektromobilität als einen wesentlichen Entwicklungsstrang mit hinreichender Klarheit erkennen zu lassen. Der Gesetzgeber hat es zunächst dem Markt überlassen, marktreife Lösungen für einen zunehmenden Einsatz alternativer Energieträger zu erarbeiten, bevor er den Weg der Regulierung durch das Ausschreibungsmodell nach dem SchnellLG gewählt hat. Dem liegt eine entsprechende Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers über den für geboten erachteten Zeitraum zugrunde, innerhalb dessen der Bund bzw. die Ag als Adressaten des SchnellLG die Vorgaben umzusetzen haben. Jedenfalls lässt sich danach nicht feststellen, dass der Bund bzw. die Ag ihre Sorgfaltspflicht im Sinne des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB beim Abschluss der Konzessionsverträge 1998 derart außer Acht gelassen

hätten, dass sie bereits zum damaligen Zeitpunkt die nunmehr zum Gegenstand der Ergänzungsvereinbarung gemachten Leistungen zum Ausbau bzw. Betrieb der Schnellladeinfrastruktur hätten antizipieren müssen.

cc) Schließlich ändert sich der Gesamtcharakter der Konzessionsverträge zwischen Ag und Bg nicht. Denn diese bleiben als solche bestehen und bezwecken nach wie vor die Gewährleistung der von § 15 Abs. 1 FStrG vorgegebenen Zielsetzungen. Insbesondere werden die geänderten Konzessionsverträge in zeitlicher Hinsicht nicht ausgedehnt. Ziff. 2.1 der Ergänzungsvereinbarung regelt explizit, dass [...].

dd) Auch steht § 132 Abs. 2 S. 2 GWB dem Ausnahmetatbestand des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB nicht entgegen. Danach darf in diesen Fällen der Preis um nicht mehr als 50 Prozent des Wertes des ursprünglichen Auftrags erhöht werden.

Diese Bestimmung stellt auf den öffentlichen Auftrag ab, wonach es der Auftraggeber ist, der dem Auftragnehmer einen „Preis“, also ein Entgelt für seine Leistung zahlt. Die Bestimmung ist nicht passgenau auf die Vergabe einer Konzession zu übertragen, wo ja der Konzessionsnehmer das Recht zur Verwertung seiner eigenen Leistung erhält, also kein „Preis“ in diesem Sinne vorliegt; auf Konzessionen nach § 102 Abs. 2 – Abs. 6 GWB findet § 132 Abs. 2 S. 2 GWB gem. § 154 Nr. 3 GWB gar keine Anwendung. Es ist erforderlich, die Klausel des § 132 Abs. 2 S.2 GWB inhaltlich anzupassen auf Konzessionen, was auch § 154 GWB mit der Formulierung deutlich macht, dass bestimmte, für öffentliche Aufträge geltende Vorschriften „entsprechend“ anzuwenden sind.

Danach ist als Korrelat zum „Preis“, auf den im Wortlaut der Norm des § 132 Abs. 2 S. 2 GWB abgestellt wird, die Einnahme des Konzessionsnehmers aus der Verwertung der eigenen Leistung anzusehen, die ja statt eines beim öffentlichen Auftrag durch den Auftraggeber gezahlten Preises steht. Dass sich infolge der Ergänzungsvereinbarungen die Einnahmen der Bg aus der Verwertung ihrer eigenen Leistungen in den Nebenbetrieben um mehr als 50 % der ursprünglichen, auf Basis der 1998er-Vereinbarungen erhöhen, ist nicht zu erwarten. Der Verkauf von Strom an den Schnellladesäulen ist darauf angelegt, künftig das Geschäft mit dem Verkauf von fossilen Kraftstoffen sukzessive zu ersetzen, so dass – worauf oben im Zusammenhang mit dem Regelbeispiel des § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB auch schon eingegangen wurde – dem Verkauf von Strom ein Rückgang des Verkaufs fossiler Brennstoffe gegenübersteht. Es geht also nicht um eine Erhöhung der Gesamtmenge an Energie gleich welcher Beschaffenheit, sondern um

eine Verschiebung zwischen den Energieträgern fossile Kraftstoffe einerseits, Strom andererseits.

Auch wenn man für die 50 %-Schwelle des § 132 Abs. 2 S. 2 GWB auf die Konzessionsabgabe als den „Preis“ abstellen wollte, den die Bg als Konzessionsnehmer an die Ag abführen, so ergibt sich aus denselben Erwägungen nichts anderes. Denn die Konzessionsabgabe knüpft in ihrer Berechnung an den Umsatz an, der mit Kraftstoffen und sonstigen Geschäften erzielt wird. Eine Erhöhung des von den Bg zu entrichtenden Preises, hier in Gestalt der an den Bund zu leistenden Konzessionsabgaben, um mehr als 50% des ursprünglichen Auftrags ist vor diesem Hintergrund perspektivisch nicht zu erwarten.

Ebenso wenig ist die genannte 50 %- Schwelle dadurch überschritten, dass die Ag die Aufwendungen für den Netzanschluss zunächst übernimmt. Hier kann allenfalls ein Zinsvorteil ins Gewicht fallen, denn die Bg haben der Ag diese Kosten über mehrere Jahre verteilt zurückzuzahlen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1, 2 und 3 Sätze 1 und 2, Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

1.) a) Die ASt tragen als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) gemäß § 182 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GWB gesamtschuldnerisch sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB je zu gleichen Teilen.

b) Die ASt tragen ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg, weil dies im Hinblick auf 182 Abs. 4 Satz 2 GWB der Billigkeit entspricht. Denn die Bg haben im Nachprüfungsverfahren ein Kostenrisiko auf sich genommen, das es rechtfertigt, den ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die Bg haben Anträge gestellt und sich zur Sache eingelassen, um den ihr erteilten Auftrag zu verteidigen.

2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag war notwendig nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Nachprüfungsverfahren bedarf einer einzelfallgerechten Betrachtung, abstellend auf den Zeitpunkt der Hinzuziehung (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; vgl. ferner OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2021, VII-Verg 33/20 sowie Beschluss vom 10. März 2021, VII-Verg 45/20). Die Notwendigkeit der Hinzuziehung hängt somit davon ab, ob der jeweilige Verfahrensbeteiligte nach den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, den Sachverhalt aufgrund der bekannten bzw. erkennbaren Tatsachen zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung bzw. -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.). Maßgeblich zu berücksichtigen ist der Grad der Einfachheit oder Komplexität des Sachverhaltes, die Überschaubarkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen sowie u.a. die sachliche oder personelle Ausstattung des Verfahrensbeteiligten (BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Vor dem Hintergrund dieser Maßgaben kann die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag als notwendig anerkannt werden. Die Ag hatte auf den Nachprüfungsantrag hin eine komplexe Gemengelage aus nachprüfungsverfahrensrechtlichen und konzessionsvergaberechtlichen Fragestellungen zu berücksichtigen. Für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags war dementsprechend im Hinblick auf §§ 135, 168 Abs. 2 S. 1 GWB die Frage der Wirksamkeit der abgeschlossenen Ergänzungsvereinbarung zu prüfen. Des Weiteren ging es aus ihrer Perspektive um die Verteidigung eines für sie sehr bedeutsamen Beschaffungsvorganges, mit dem die Umsetzung der Vorgaben des SchnellLG zu bewerkstelligen war. In der Sache kam es dabei auf die Prüfung komplexer Zusammenhänge der ursprünglichen Konzessionsverträge auf der einen und der nunmehr von ihr herangezogenen Tatbestände des § 132 GWB auf der anderen Seite an, wobei in diesem Zusammenhang auch die unterschiedlichen Rechtsebenen des Vergaberechts, maßgeblich im Hinblick auf die Wirksamkeit der Bestandskonzessionsverträge, zu beachten waren. Ferner ist die zügige Ausstattung mit Schnellladeinfrastruktur zwecks Ermöglichung von E-Mobilität ein im Interesse des Umweltschutzes politisch mit hoher Priorität verfolgtes, wichtiges Ziel. Das rechtfertigt es, die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten als geboten anzusehen. Schlussendlich streitet auch der Gesichtspunkt für die Notwendigkeit eines Verfahrensbevollmächtigten für die Ag, dass auch die ASt anwaltlich vertreten waren.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg war ebenfalls notwendig nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund.). Private Unternehmen wie die der Bg müssen das Vergaberecht grundsätzlich nicht vertieft beherrschen, insbesondere nicht

in den prozessualen Bezügen, die sich im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens stellen. Die ASt haben einen direkten Interessengegensatz zu den Bg hergestellt, indem die Erweiterung der bestehenden Konzessionen bzw. deren Wirksamkeit in Zweifel gezogen wurde. Auch hier greift zusätzlich der Aspekt, dass auch die ASt anwaltlich vertreten waren.

IV.

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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.