

Stellungnahme der Fastned B.V. zum Entwurf eines Gesetzes zur Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz – SchnellLG) vom 14. Dezember 2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

bezugnehmend auf unsere E-Mail vom 5. Januar 2021 nehmen wir hiermit Stellung zum Entwurf eines Gesetzes zur Bereitstellung flächendeckender Schnellladeinfrastruktur für reine Batterieelektrofahrzeuge (Schnellladegesetz – SchnellLG) vom 14. Dezember 2020. Da uns der Referentenentwurf der Bundesregierung (im Folgenden: **Ref-E**) erst am 4. Januar 2021 bekannt wurde, sehen wir uns erst jetzt in der Lage, umfassend Stellung zu nehmen. Um die Berücksichtigung unserer Stellungnahme bitten wir höflichst.

A. Gesamtbewertung

Fastned begrüßt den Ref-E zum SchnellLG, welches den rechtlichen Rahmen für den Ausbau von Schnellladeinfrastruktur in Deutschland schafft. Ein Rechtsrahmen für Schnellladeinfrastruktur ist ein wichtiger Schritt auf dem Weg zum Ausbau der E-Mobilität in Deutschland. Denn ihr Erfolg ist bedingt durch eine zuverlässige und flächendeckende (Schnell-)Ladeinfrastruktur. Die Bedeutung des Gesetzes für die Erfüllung der klimaschutzpolitischen Ziele, zu welchen sich die Bundesrepublik Deutschland verpflichtet hat, ist nicht zu unterschätzen.

Wir haben jedoch starke Zweifel daran, dass der Ref-E in seiner aktuellen Form mit den Vorgaben des Vergabe-, Kartell- und des Beihilferechts vereinbar ist. Wie der Ref-E selbst verschiedentlich betont, steht seine Wirksamkeit unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit diesen Vorgaben. Im Folgenden möchten wir die problematischen Punkte sowie Änderungsmöglichkeiten aufzeigen, um die Rechtmäßigkeit des Gesetzes – und damit einen raschen flächendeckenden und bedarfsgerechten Ausbau der Schnellladeinfrastruktur sicherzustellen.

Der Ref-E missachtet zunächst die **vergaberechtlichen Grundprinzipien** des freien und chancengleichen Wettbewerbs. Für einen Verstoß gegen Vergaberecht halten wir etwa die vorgesehene Eingliederung von wirtschaftlich besonders attraktiven Standorten an Bundesautobahnen, die ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens durch die Betreiber von Tankstellen und Raststätten in das Schnellladenetz integriert werden sollen (Stellungnahme zu § 6). Außerdem ist unseres Erachtens die vorgesehene Losgröße zukünftiger Vergabeverfahren vergaberechtswidrig, die kleine und mittelständische Unternehmen (**KMU**) von der Teilnahme ausschließen wird (Stellungnahme zu § 5).

In **kartellrechtlicher Hinsicht** ist zwar zu begrüßen, dass der Ref-E sich den Zielen des Wettbewerbs verpflichtet und klarstellt, dass es langfristig Aufgabe der Wirtschaft sein muss, eine Schnellladeinfrastruktur für Elektromobilität aufzubauen. Allerdings laufen einzelne Regelungen des Ref-E dieser selbstgesetzten Zielsetzung zuwider. Insbesondere die vorgesehene Privilegierung etablierter Betreiber von Tankstellen für fossile Kraftstoffe würde

missbrauchsgeneigte Marktstrukturen schaffen und neue Elektromobilitäts-Anbieter wie Fastned benachteiligen. Die im Ref-E vorgesehenen Regelungen würden letztlich bestehende Wettbewerbsdefizite und -verzerrungen in diesem Bereich zementieren und ohne sachliche Rechtfertigung auf die noch zu errichtende elektrische Ladeinfrastruktur ausweiten. Der Ref-E würde dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (**BMVI**) als zuständiger Behörde damit Vorgehensweisen ermöglichen, die in deutlichem Widerspruch zu den Vorgaben von Art. 102, 106 AEUV und §§ 19, 20 GWB stünden (Stellungnahme zu § 6).

In **EU-beihilferechtlicher Hinsicht** stehen wir der Möglichkeit der Kostenübernahme der Netzanschlusskosten zwar grundsätzlich positiv gegenüber. Jedoch sehen wir die im Ref-E vorgesehenen Regelungen als beihilferechtlich problematisch, da sie End-to-Endbetreiber wie Fastned einseitig von einer Förderung ausschließen und damit diskriminierend ausgestaltet sind (Stellungnahme zu § 6). In der gegenwärtigen Form dürfte die erforderliche beihilferechtliche Genehmigung durch die Europäische Kommission nicht zu erreichen sein.

Fastned hat im Vorfeld des Gesetzentwurfs insbesondere die vergabe- und kartellrechtlichen Bedenken in Bezug auf die Ausweitung bestehender Konzessionen für Autobahntankstellen für fossile Kraftstoffe bereits verschiedentlich vorgebracht. Hintergrund ist, dass mit der 1998 eingeleiteten Privatisierung rund 90% aller erteilten Konzessionen für den Betrieb von Tankstellen und Raststätten an Bundesautobahnen an die Autobahn Tank & Rast GmbH (**Tank & Rast**) vergeben worden sind, die damit über ein Quasi-Monopol für diese Dienstleistungen verfügt, das aufgrund der äußerst langen Laufzeit der Konzessionen auch voraussichtlich noch bis 2030 fortbestehen wird. Inzwischen hat der Bund mit Tank & Rast vereinbart, dass sich diese Konzession auch auf die Bereitstellung von elektrischen Ladedienstleistungen – also auf einen weiteren Markt – erstrecken soll. Zuletzt haben wir hierzu in einem Schreiben an das BMVI bzw. die Nationale Organisation Wasserstoff- und Brennstoffzellentechnologie (**NOW GmbH**) und in einem Schreiben an das Bundeskartellamt (**BKartA**) Stellung genommen. Beide Schreiben fügen wir dieser Stellungnahme informationshalber als

Anlagen 1 und 2

bei. Es wäre höchst bedenklich, wenn die bestehende rechtswidrige Situation und die Marktabschottung im Bereich Autobahntankstellen durch neue gesetzliche Regelungen perpetuiert würden.

B. Stellungnahme zu einzelnen Vorschriften

I. § 3 Abs. 2 S. 6: Bereitstellung von Flächen durch Bund und Länder

Wir begrüßen zunächst die Ankündigung in § 3 Abs. 2 S. 6, dass Bund und Länder prüfen, welche eigenen Flächen sie für den Aufbau von Schnellladeinfrastruktur zur Verfügung stellen können. Die Bereitstellung öffentlicher Flächen – und zwar sowohl an wirtschaftlich attraktiven als auch an weniger attraktiven Standorten – ist ein wichtiger Faktor für eine nachhaltig wirtschaftliche Infrastruktur. Denn nur sie kann sicherstellen, dass interessierte Marktakteure am Ausbau teilnehmen können, die noch über keine eigenen Flächen verfügen

– insbesondere KMU. Nur so können (regionale) Monopole großer Unternehmen verhindert werden. Sollte bei der Durchführung von Maßnahmen nach diesem Gesetz gefordert werden, dass Unternehmen selbst Flächen für Schnellladeinfrastruktur zur Verfügung stellen müssen, würde das den Kreis potenzieller Marktteilnehmer massiv reduzieren. Das würde den Wettbewerb auf dem noch jungen Markt von vornherein – und mit dauerhafter Wirkung – drastisch beschränken. Wir fordern den Gesetzgeber daher auf, § 3 Abs. 2 S. 6 dahingehend zu ändern, dass Bund und Länder verpflichtet werden, eigene Flächen für den Aufbau von Schnellladeinfrastruktur zur Verfügung zu stellen, soweit dies rechtlich und tatsächlich möglich ist. Dass dies der Fall sein sollte, ergibt sich aus unseren Ausführungen zu § 6. Für eine zweckmäßige Umsetzung sollten die öffentlichen Flächen gut sichtbar und mind. 1.000 m² groß sein sowie Raum für eine Überdachung bieten, die Schutz und Sichtbarkeit gewährleistet.

II. § 5 Abs. 1: Größe der Lose in zukünftigen Vergabeverfahren

Der Ref-E sieht in § 5 Abs. 1 S. 1 und S. 2 vor, dass Vergabeverfahren bundesweit insgesamt mindestens zehn Gebietslose enthalten, die sich räumlich überschneiden können. Bei der Losbildung, die gemäß § 8 Nr. 5 durch Verordnung näher geregelt werden kann, sind unter Berücksichtigung des Vergaberechts verschiedene Belange einzubeziehen, etwa Nutzerfreundlichkeit und wettbewerbliche Belange, § 5 Abs. 1 S. 3.

Wir begrüßen die angekündigte Losbildung im Vergabeverfahren, halten aber die vorgesehene **Mindestzahl von zehn Gebietslosen** für **vergaberechtlich sehr problematisch**. Angesichts des bereits angekündigten ersten Vergabeverfahrens über 1.000 Standorte halten wir die Anzahl der Lose für zu gering, um einen freien und chancengleichen Wettbewerb sicherzustellen, an dem auch KMU mit Erfolgsaussichten teilnehmen werden können. Der vergaberechtliche Grundsatz des freien und chancengleichen Wettbewerbs gemäß § 97 Abs. 1 und 2 GWB verlangt, dass bei der Vergabe öffentlicher Aufträge möglichst viele Bieter teilnehmen können. Noch konkreter erfordert der Grundsatz der mittelstandsfreundlichen Vergabe in § 97 Abs. 4 GWB eine Losbildung, die auch KMU bedienen können. Eine Losgröße von 100 Standorten pro Los würde KMU aber faktisch von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausschließen. Es käme automatisch zu (regionalen) Monopolen großer Unternehmen. Die Gesetzesbegründung scheint hiervon selbst auszugehen: Sie sieht eine Ausschreibungsteilnahme von KMU vorwiegend in Bietergemeinschaften oder als Subunternehmen vor (Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1, S. 16) und rechnet u.a. bei großem Loszuschnitt mit wirtschaftlichen Härten für KMU, die bereits am Lademarkt tätig sind (Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 4, S. 19). Nach der Rechtsprechung wird der Mittelstandsförderung aber nicht genügt, wenn KMU nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft an Vergabeverfahren teilnehmen können. Sie müssen sich vielmehr auch eigenständig um Teilaufträge bewerben können

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004 – VII Verg 38/04 –, Rn. 30, juris; Vergabekammer Niedersachsen, Beschluss vom 11. Oktober 2019 – VgK-29/2019 –, Rn. 157, juris).

Um diesen Vorgaben zu entsprechen, sollte § 5 Abs. 1 – jedenfalls bei umfangreicheren Vergabeverfahren wie dem bereits angekündigten über 1.000 Standorte – eine **Mindestzahl von 50 Gebietslosen** vorsehen. Sachliche Gründe für eine geringere Mindestzahl gibt es nicht. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein erhöhter Koordinationsaufwand, wie ihn der Gesetzgeber als Argument für die geringe Mindestanzahl der Lose anführt (Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1, S. 16), kein Grund für eine Gesamtvergabe ist

(OLG München, Beschluss vom 25. März 2019 – Verg 10/18 –, Rn. 62, juris).

Dasselbe muss für eine Erhöhung der Mindestanzahl sowieso bereits vorgesehener Lose gelten, wenn nur durch diese Erhöhung und der damit einhergehenden Verringerung der Losgröße die Teilnahme von KMU überhaupt erreicht werden kann. Vom Gesetzgeber angeführte, aber nicht konkret benannte „Herausforderungen der praktischen Umsetzung“ (Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 1, S. 16) sehen wir nicht: Die einheitliche Funktionsfähigkeit verschiedener Ladestationen wird durch entsprechende Vorgaben gesichert sein (siehe z.B. Gesetzesbegründung zu § 3 Abs. 3). Der praktische Aufwand lässt sich durch einheitliche Vertragsregelungen minimieren, die einfach vervielfacht und kontrolliert werden können. Kleinere Lose würden außerdem Klumpenrisiken vermeiden.

III. § 6: Schnellladestationen an Bundesautobahnen

§ 6 regelt die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur an Bundesautobahnen. Hierzu sollen Standorte von Nebenbetrieben i.S.d. § 15 FStrG (z. B. Tankstellen, bewachte Parkplätze, Raststätten) in das bundesweite Schnellladenetz eingegliedert werden. Wir halten dies zur schnellen Einrichtung eines flächendeckenden und nutzerfreundlichen Schnellladenetzes an Bundesautobahnen für sinnvoll und erforderlich, halten aber die konkrete Umsetzung für zweck- und rechtswidrig:

1. § 6 Abs. 2 S. 1: Nebenbetriebe mit Konzession für Schnellladeinfrastruktur

§ 6 Abs. 2 S. 1 sieht vor, dass der Konzessionär eines Nebenbetriebs gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 FStrG, dessen Konzession schon die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur erfasst, hinsichtlich bereits bestehender Schnellladeinfrastruktur die technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen der Leistungserbringung gemäß § 3 Abs. 3 erfüllen muss, soweit ihm dies rechtlich und tatsächlich möglich und wirtschaftlich zumutbar ist.

Die Vorschrift setzt voraus, dass sich die Konzession des Nebenbetriebsinhabers bereits auf die Erbringung von Schnellladedienstleistungen erstreckt, obwohl in Bezug auf Schnellladeinfrastruktur an Tankstellen und Raststätten bislang niemals Konzessionen in transparenter und diskriminierungsfreier Art und Weise vergeben worden sind. Unseres Erachtens verfestigt die Norm damit einen vergabe-, beihilfe- und kartellrechtswidrigen Zustand und schafft mit der Möglichkeit des Einwands der Unmöglichkeit und wirtschaftlichen Unzumutbarkeit weitere Vorteile für Konzessionsinhaber eines Nebenbetriebs; ganz besonders und in erster Linie wirkt diese Regelung zugunsten des Unternehmens Tank & Rast, das 90% dieser Konzessionen innehat. Denn End-to-End-Betreibern, die an einem Vergabeverfahren nach § 3

Abs. 4 teilnehmen werden müssen, steht ein vergleichbarer Einwand nicht offen. Im Einzelnen:

Erweiterung bestehender Konzessionen für Nebenbetriebe ist vergaberechtswidrig

Wir halten bereits die von § 6 Abs. 2 vorausgesetzte **Konzessionserweiterung auf die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur für vergaberechtswidrig**: Das Vergaberecht erlaubt die Erweiterung einer bestehenden Konzession nur in sehr engen Grenzen, nämlich bei Vorliegen der Voraussetzungen einer (zulässigen) Vertragsänderung oder einer Direktvergabe. Da diese Voraussetzungen hier aber nicht vorliegen, muss ein eigenes Vergabeverfahren über die Ladeleistungsaufträge oder -konzessionen an den Standorten der Nebenbetriebe durchgeführt werden:

Eine Konzessionserweiterung ist zunächst nicht als Vertragsänderung gemäß § 132 GWB (i.V.m. § 154 Nr. 3 GWB) zulässig. Eine Erweiterung der Konzession auf die Bereitstellung von Schnellladeleistungen wäre eine unzulässige wesentliche Vertragsänderung: Die sachliche Erweiterung der Leistung von der Bereitstellung konventionellen Kraftstoffs auf elektrische Ladestationen einerseits und die räumliche Erweiterung um hierfür zu nutzende Flächen andererseits ändern sowohl den Umfang als auch die inhaltliche Ausgestaltung der gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien

(vgl. Gesetzesbegründung in BT-Drs. 18/6281, 119).

Die Leistungserweiterung eröffnet dem Konzessionär die Erzielung zusätzlicher Einnahmen auf einem neuen Markt. In räumlicher Hinsicht erhält er dazu weitere, von den für den Nebenbetrieb genutzten unabhängige Flächen. Nach der gesetzlichen Wertung des § 132 GWB läge damit eindeutig eine wesentliche Vertragsänderung vor: Für einschlägig halten wir zum einen § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 lit. c) GWB: Anders als für die Konzessionserteilung eines Nebenbetriebs hätten sich auf die Ausschreibung eines Auftrags oder einer Konzession für Schnellladeleistungen mit Sicherheit nicht nur etablierte Tankstellen- und Raststättenbetreiber, sondern auch End-to-End-Betreiber von Schnellladeinfrastruktur beworben. Auch § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 GWB halten wir für einschlägig: Mit einer Konzessionserweiterung auf elektrische Ladeleistungen würde das wirtschaftliche Risiko des Konzessionärs abgesenkt, dass der Bedarf an konventionellen Kraftstoffen nachlassen könnte. Nicht zuletzt läge auch eine wesentliche Vertragsänderung in der Form des § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GWB vor, denn mit dem Hinzutreten von elektrischen Ladeleistungen käme es zu einer erheblichen Ausweitung der quantitativen Rechte und Pflichten des Vertrags. Da keiner der Ausnahmetatbestände des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–4 GWB erfüllt ist, nach denen eine wesentliche Vertragsänderung zulässig wäre, und die Schwellen für den Änderungswert nach § 132 Abs. 2 GWB wohl überschritten wären, ist eine Konzessionserweiterung nicht als Vertragsänderung zulässig.

Auch die in § 14 Abs. 4 VgV bzw. § 20 KonzVgV – abschließend – genannten Voraussetzungen der Direktvergabe eines Auftrags oder einer Konzession über Schnellladeleistungen sind nicht gegeben. Eine Direktvergabe ist etwa nicht dadurch zulässig,

dass ein Wettbewerb aus technischen Gründen nicht entstehen kann. Es besteht keine besondere Befähigung oder spezielle Ausstattung für die Durchführung der Arbeiten durch Konzessionäre eines Nebenbetriebs an Bundesautobahnen gegenüber End-to-End-Betreibern von Schnellladeinfrastruktur. Die genannten Konzessionäre – vorwiegend Tank & Rast – haben auch kein ausschließliches Recht inne, das eine Direktvergabe rechtfertigen würde. Als Konzessionsinhaber eines Nebenbetriebs mit Tankstelle darf Tank & Rast auf genau festgelegten Teilen des gepachteten Grundstücks fossile Kraftstoffe verkaufen und Dienstleistungen anbieten, die in den Konzessionsverträgen abschließend definiert sind (vor allem den Betrieb von Restaurants und Motels). Der Verkauf von elektrischer Ladeleistung ist eindeutig nicht in den Konzessionsverträgen vorgesehen (und kann auch nicht unter die Definition von Brennstoff im vorbenannten Sinn gefasst werden kann, wie der Wortlaut der Verträge zeigt: „Tankstellen“, „Hektoliter“, „Zapfsäulen“ usw.). Die Konzessionsverträge enthalten auch keine Nutzungsrechte über die für die Einrichtung von Schnellladestationen benötigten Grundstücksteile. Dies ergibt sich aus im Internet verfügbaren Musterkonzessionsverträgen und aus entsprechenden Bestätigungen der Tank & Rast und des BMVI gegenüber Fastned im Rahmen informeller Gespräche. Schließlich bestätigt auch § 6 Abs. 5 S. 1, dass die bisherigen Konzessionsverträge i.S.d. § 15 FStrG den Bund nicht daran hindern, Aufträge oder Konzessionen über Schnellladeleistungen an Dritte zu vergeben: Denn hiernach kann die zuständige Behörde Standorte eines Nebenbetriebs an Bundesautobahnen in ein Vergabeverfahren nach § 3 Abs. 4 einbeziehen, wenn sich der Betreiber mit dem Bund nicht vertraglich über die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur einigt.

Privilegierung von Bestandskonzessionären auch EU-beihilferechtlich problematisch

Zudem ist unserer Auffassung nach die gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 vorgesehene Konzessionserweiterung auf Bestandskonzessionäre nicht nur vergaberechtswidrig, sondern auch **beihilferechtlich problematisch**. Denn mit einer vergaberechtswidrigen Konzessionserweiterung bzw. Direktvergabe werden zugleich die beihilferechtlichen Grundsätze des Diskriminierungsverbotes und Transparenzgebotes missachtet, die bei Beschaffungsvorgängen des Staates und bei Konzessionsvergaben aber Voraussetzung dafür sind, eine Begünstigung des Vertragspartners auszuschließen. Wie dargelegt muss der Auftrag oder die Konzession über die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur neu ausgeschrieben werden. Nur so wird sichergestellt, dass das im Wettbewerb abgegebene günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Im hier vorgesehenen Fall einer Konzessionserweiterung oder Direktvergabe wird ein Wettbewerb aber gar nicht erst eröffnet. Damit bestünde aus beihilferechter Sicht die Vermutung, dass die Konzessionserweiterung bzw. Direktvergabe auch Elemente einer Beihilfe zugunsten des Konzessionärs bzw. Vertragspartners beinhaltet, solange nicht nachgewiesen werden kann, dass das vergaberechtswidrige Verfahren, bzw. hier die fehlende Durchführung des Vergabeverfahrens, keinen Einfluss auf sein Ergebnis gehabt hat

(vgl. EuGH, *Land Burgenland u.a. / Kommission*, verbundene Rechtssachen C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P; Rn. 96 ff.).

Erweiterung bestehender Konzessionen für Nebenbetriebe kartellrechtlich kritisch

Der von § 6 Abs. 2 S. 1 vorausgesetzte Erweiterung bestehender Konzessionen auf die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur stünden auch massive kartellrechtliche Bedenken entgegen. Diese entsprechen materiell im Wesentlichen denen, die sich auch in Bezug auf die in § 6 Abs. 3 S. 1 vorgesehene Möglichkeit zur Erweiterung von Konzessionen für den Nebenbetrieb ergeben. Zur Vermeidung redundanter Ausführungen verweisen wir daher auf die nachfolgende Stellungnahme zu § 6 Abs. 2 S. 1 unter 3.

Empfehlung

§ 6 Abs. 2 S. 1 sollte unseres Erachtens **vollständig gestrichen** werden. Wir appellieren an den Gesetzgeber, von einer Regelung abzusehen, die eine vergabe- und kartellrechtsrechtswidrige Situation verfestigt und zudem auch beihilferechtlich problematisch ist. Aufträge oder Konzessionen über Schnellladeleistungen sollten ausschließlich in fairen und chancengleichen Vergabeverfahren nach § 3 Abs. 4 vergeben werden. Dies kann der Bund im Übrigen hinsichtlich aller Nebenbetriebsstandorte an Bundesautobahnen noch tun: Bereits geschlossene – rechtswidrige – Konzessionserweiterungsverträge kann er gemäß § 133 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 154 Nr. 4 GWB kündigen, alle anderen Standorte kann er in Vergabeverfahren nach § 3 Abs. 4 aufnehmen. Alternativ sollte zumindest die Privilegierung von Bestandskonzessionären gestrichen werden.

2. § 6 Abs. 2 S. 2: Übernahme von Netzanschlusskosten

Während § 3 Abs. 5 lediglich die allgemeine Möglichkeit der Übernahme von Netzanschlusskosten unter Beachtung der Art. 107-109 AEUV aufstellt, sieht § 6 Abs. 2 S. 2 eine mögliche Kostenübernahme für Konzessionsinhaber von Autobahntankstellen in Fällen vor, in denen die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur bereits Inhalt der Konzession ist. Wir begrüßen die grundsätzliche Möglichkeit einer Kostenübernahme. Jedoch ist es essentiell, dass bei einer späteren Kostenübernahme die **Vorschriften des EU-Beihilferechts** eingehalten werden.

Zwar gibt der Gesetzesentwurf lediglich den Rahmen für eine mögliche Kostenübernahme vor, wichtige Details wie Regelungen hinsichtlich der Beurteilung von Wirtschaftlichkeitslücken und damit die genauen Kriterien für eine Kostenübernahme können gemäß § 8 Nr. 6 in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Ohne den Inhalt von ggf. schon im Entwurf vorliegender Verordnungen zu kennen, bestehen Bedenken, dass eine Kostenübernahme nach diesen Vorschriften beihilferechtskonform ausgestaltet werden kann. Die Kostenübernahme bedürfte (wie die zwischenzeitlich ausgelaufenen Vorläuferregelungen) der beihilferechtlichen Genehmigung durch die Europäische Kommission. In der vorliegenden Form stehen der Genehmigungsfähigkeit aber gleich mehrere Gründe entgegen: Die Kostenübernahme, wie sie derzeit im Ref-E vorgesehen ist, wäre **diskriminierend ausgestaltet**, da sie Inhaber bestehender Konzessionen begünstigen, andere dritte Unternehmen (Wettbewerber) hingegen von vornherein ausschließen würde. Aufgrund dieser diskriminierenden Ausgestaltung wäre die Beihilfe auch nicht geeignet, die Förderung auf Fälle eines tatsächlichen Marktversagens zu beschränken und zu gewährleisten, dass ihr der notwendige Anreizeffekt zukommt und die Förderung verhältnismäßig ist. Das wäre nach

Unionsrecht und der insoweit maßgeblichen Kommissionspraxis aber Voraussetzung für eine beihilferechtliche Genehmigung.

Zwar spezifiziert der Ref-E die möglichen Adressaten einer Kostenübernahme nicht, so dass theoretisch jedes Unternehmen von einer Kostenübernahme profitieren könnte. Allerdings knüpft § 6 Abs. 2 an bestehende Konzessionen an. Damit können allein Inhaber von Konzessionen für Autobahntankstellen (vor allem also Tank & Rast) mögliche Empfänger von Beihilfen in Form von Kostenübernahmen sein – Wettbewerber ohne Konzession, wie wir, hingegen nicht. Damit würde eine Kostenübernahme Konzessionsinhaber, insbesondere Tank & Rast, gegenüber allen anderen Unternehmen, die ebenfalls in Schnellladeinfrastruktur investieren würden, beihilferechtswidrig begünstigen.

Wenn von vornherein maßgeblich ein Unternehmen Empfänger der Beihilfen sein soll, **kann die Förderung aber nicht auf Fälle eines Marktversagens beschränkt werden**. Weder kann die die Erforderlichkeit im Einzelfall noch die erforderliche Höhe der Kostenübernahme festgestellt werden. Selbst wenn Tank & Rast einen Beihilfebedarf identifizieren sollte, wären möglicherweise andere Unternehmen, die keine Konzession innehaben, in der Lage, die Kosten für die Netzanschlüsse vollständig (eigenwirtschaftlich) oder zu einem höheren Anteil als Tank & Rast zu übernehmen. Wenn diese Unternehmen jedoch von vornherein vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, kann ein Wettbewerb um den niedrigsten Beihilfebedarf gar nicht erst entstehen und folglich ein Marktversagen nicht ermittelt werden.

Der Beihilferechtsvorbehalt in § 3 Abs. 5 ist deshalb wohlfeil, weil die Einhaltung der Art. 107-109 AEUV nicht gelingen kann, da die diskriminierende Begünstigung von Konzessionsinhabern gegenüber anderen Unternehmen in § 6 Abs. 2 und 3 bereits angelegt ist. Wir regen vor diesem Hintergrund an, eine mögliche Kostenübernahme von Netzanschlusskosten nicht an das Vorhandensein von Nebenbetriebskonzessionen zu knüpfen, sondern diese Möglichkeit im Rahmen der Durchführung eines Vergabeverfahrens über die Errichtung von Schnellladestationen, welches sämtlichen Wettbewerbern offensteht, grundsätzlich für alle Investoren in Schnellladeinfrastruktur vorzusehen.

3. § 6 Abs. 3 S. 1, Abs. 4: Angebot an Konzessionsinhaber eines Nebenbetriebs

§ 6 Abs. 3 S. 1 sieht vor, dass die zuständige Behörde dem Inhaber einer Konzession eines Nebenbetriebs mit Tankstelle, an dessen Standort ein Schnellladestandort verwirklicht werden soll, die eigenwirtschaftliche Übernahme von Errichtung, Unterhaltung und Betrieb des Schnellladestandorts anbieten wird, soweit dies vergaberechtlich zulässig ist. Nimmt der Konzessionsinhaber dieses Angebot an, schließt die zuständige Behörde mit ihm eine entsprechende Vereinbarung, § 6 Abs. 4. Die Errichtung der Schnellladestandorte soll neben den bereits von der Konzession erfassten Flächen auch auf angrenzenden Verkehrsflächen des Bundes erfolgen können, § 6 Abs. 3 S. 1. Unseres Erachtens wirft § 6 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 zahlreiche vergabe- und kartellrechtliche Probleme auf, die eine Streichung der Regelung oder zumindest wesentliche Änderungen erfordern. Im Einzelnen:

Auftrags- oder Konzessionserteilung an Konzessionsinhaber von Nebenbetrieben darf nicht ohne Vergabeverfahren erfolgen

Wir halten die Vorschrift zunächst für **vergaberechtswidrig**, da eine Konzessionserteilung für Schnellladeleistungen an Konzessionsinhaber eines Nebenbetriebs eines Vergabeverfahrens bedarf: Mangels Vorliegens der Voraussetzungen ist eine Erweiterung der Konzession für den Nebenbetrieb als Vertragsänderung gemäß § 132 GWB i.V.m. § 154 Nr. 3 GWB unzulässig. Auch die Voraussetzungen einer Direktvergabe nach § 20 KonzVgV liegen nicht vor (siehe hierzu unsere Stellungnahme zu § 6 Abs. 2 S. 1 unter 1). Der RefE überrascht umso mehr angesichts eines Urteils des niederländischen Raad van State, in der eine mit dem § 6 Abs. 3 S. 1 vergleichbare Konstellation für unverhältnismäßig befunden wurde

(Raad van State, Urteil 201907833/1/R1 vom 4. November 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2607, eine deutsche Übersetzung ist beigelegt):

Fastned hatte sich in dem Rechtsstreit mit dem niederländischen Minister für Infrastruktur und Wasserwirtschaft gegen die Erteilung einer Genehmigung an den Betreiber einer Raststätte an der niederländischen Autobahn A4 gewehrt, mit der dieser sechs Ladesäulen für E-Fahrzeuge als „zusätzliche Serviceeinrichtung“ betreiben durfte. Fastned hatte sich selbst nicht um eine solche Genehmigung bewerben können, da diese den Betreibern einer Grundversorgungseinrichtung (Tankstelle oder Raststätte) vorbehalten war. Das Gericht hielt den Ausschluss weiterer Akteure wie Fastned vom Bewerberkreis für eine unverhältnismäßige Wettbewerbsbeschränkung. Für die niederländische Regierung hatte dies massive Konsequenzen: Sie war zum einen in jahrelange Rechtsstreitigkeiten verwickelt, zum anderen sind die Genehmigungen für zahlreiche zwischenzeitlich errichtete Ladestationen nun rechtswidrig und die niederländische Regierung u.U. entschädigungspflichtig. Wenn die vergaberechtswidrigen Erweiterungen der Konzessionen angegriffen werden, könnte in Deutschland eine ähnliche Situation wie in den Niederlanden entstehen. Das sollte im Sinne eines raschen Ausbaus der Schnellladeinfrastruktur unbedingt vermieden werden, und zwar durch eine faire und wettbewerbliche Gestaltung des Ref-E.

Ausweitung bestehender Konzessionen widerspricht Kartellrecht und gefährdet Wettbewerb

Unseres Erachtens wirft die in § 6 Abs. 3 S. 1 vorgesehene Konzessionserteilung für Schnellladeleistungen an bisherige Konzessionsinhaber von Nebenbetrieben auch erhebliche kartellrechtliche Probleme auf. Die Norm würde durch gezielte Privilegierung bisheriger Konzessionsinhaber im Bereich fossile Kraftstoffe bestehende Wettbewerbsdefizite und Marktzutrittsschranken im Tankstellen- und Raststättenbereich verstärken und perpetuieren. Faktisch würde sie einen wesentlichen Teil des Markts für Ladeinfrastruktur an Autobahnraststätten für neue Marktteilnehmer abschotten. Damit ist § 6 Abs. 3 S. 1 mit wesentlichen Grundprinzipien des deutschen und europäischen und deutschen Kartellrechts unvereinbar. Im Einzelnen:

- **Zweifel in Bezug auf Vereinbarkeit von § 6 Abs. 3 S. 1 mit EU-Primärrecht**

Die in § 6 Abs. 3 S. 1 vorgesehene Ausweitung bestehender Tankstellenkonzessionen auf Schnellladestandorte steht zunächst in eklatantem **Widerspruch zur unionsrechtlichen Wertung von Art. 102, 106 AEUV**. Europäisches Primärrecht verpflichtet Mitgliedstaaten, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die Art. 102 AEUV seiner Wirksamkeit berauben

(EuGH, C-260/89 - ERT, Rn. 35; C-320/91 - Corbeau, Rn.11; C 147/97 und C-148/97 - Deutsche Post, Rn. 39).

Entsprechend ist eine durch staatliche Maßnahmen erfolgende Ausdehnung der marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens auf benachbarte, getrennte Märkte missbräuchlich i.S.v. Art. 102 AEUV, wenn sie ohne objektive Rechtfertigung erfolgt

(EuGH, C-462/99 - Connect Austria, Rn. 81 f.; C-553/12 P - Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI) m.w.N.).

Beeinträchtigen staatliche Maßnahmen die Marktstruktur durch Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte an ein Unternehmen, verletzt dies Art. 102 i.V.m. 106 AEUV, sofern ungleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden, die dem Unternehmen die Aufrechterhaltung oder Stärkung seiner beherrschenden Stellung durch Ausdehnung auf einen anderen Markt ermöglichen

(EuGH, C-553/12 P - DEI, Rn. 46).

Gerade die Schaffung derartig ungleicher Wettbewerbsbedingungen wären aber die Folge von § 6 Abs. 3 S. 1: Quasi-Monopolist Tank & Rast könnte – ohne jeglichen Wettbewerb – seine Marktposition als Betreiber von 360 Tankstellen an deutschen Raststätten auf einen neuen, benachbarten Markt für Schnellladeinfrastruktur an Autobahnraststätten ausdehnen. Dem Unternehmen würde das Recht eingeräumt werden, die von bisherigen ausschließlichen Konzessionen i.S.v. Art. 106 AEUV umfassten (und sogar zusätzliche) Grundstücke für den Betrieb von Schnellladestationen zu nutzen. Andere Interessenten hätten für die Laufzeit der Konzessionsverträge gar nicht erst die Möglichkeit, mit Tank & Rast in den Wettbewerb um entsprechende Konzessionen zu treten. Ein wesentlicher Teil des Marktes wäre von vornherein jeglichem Wettbewerb verschlossen. § 6 Abs. 3 S. 1 **läuft damit dem in Art. 106 i.V.m. Art. 102 AEUV verankerten Verbot der Schaffung missbrauchsgeneigter Marktstrukturen zuwider**. Mit dieser Problematik setzt sich der Ref-E an keiner Stelle auseinander. Die völlig unbegründete Behauptung unter Ziffer V der Begründung des Ref-E, wonach der Gesetzesentwurf im Einklang mit den Vorgaben des Unionsrecht stehen soll, reicht jedenfalls nicht aus.

- **§ 6 Abs. 3 S. 1 widerspricht der gesetzlichen Wertung von §§ 19, 20 GWB**

§ 6 Abs. 3 S. 1 stünde auch im **Widerspruch zu grundsätzlichen Wertungen des deutschen Kartellrechts**. Das BMVI soll als zuständige Behörde nach § 9 Abs. 1 Ref-E bisherigen Konzessionsinhabern für Tankstellen den Betrieb von Schnellladestandorten an den von der Konzession erfassten Standorten und angrenzenden Verkehrsflächen gestatten dürfen. *De lege*

lata würde dieses Vorgehen unmittelbar das kartellrechtliche Missbrauchsverbot verletzen. Nach den vom Bundesgerichtshof und dem BKartA aufgestellten Grundsätzen zur Anwendung der §§ 19, 20 GWB auf Konzessionen zur kommerziellen Nutzung knapper öffentlicher Flächen wäre es **missbräuchlich, bisherige Konzessionäre ohne faires und transparentes Verfahren mit der Errichtung von Schnellladeinfrastruktur zu betrauen.**

Das BMVI müsste bei der privatrechtlich gestalteten Bereitstellung öffentlicher Grundstücke zum Betrieb von Schnellladestationen auf Raststätten kartellrechtliche Vorgaben beachten. BGH und BKartA haben wiederholt für vergleichbare Sachverhalte entschieden, dass auch staatliche Akteure i.d.R. Normadressaten der §§ 19, 20 GWB sind, wenn sie Wirtschaftsteilnehmern Zugang zu begrenzt verfügbaren, für die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit unerlässlichen öffentlichen Grundstücken gewähren

(vgl. zum funktionalen Unternehmensbegriff und der Adressateneigenschaft: BGH v. 09.03.1999, WuW/E DE-R 289, 291 – *Lottospielgemeinschaft*, BGH v. 13.11.2007 - KZR 22/06 - *Schilderpräger im Landratsamt*; BKartA, B7-30/07 – *Konzessionen für Alarmübertragungsanlagen*, S. 13 ff., jeweils m.w.N.).

Bei der Konzessionsvergabe oder der Gewährung ausschließlicher Nutzungsrechte für die zur Errichtung und dem Betrieb der Schnellladeinfrastruktur auf Autobahnraststätten benötigten öffentlichen Grundstücksflächen ist das BMVI damit an das Missbrauchsverbot der §§ 19, 20 GWB gebunden.

Daraus erwachsende Anforderungen an ein kartellrechtskonformes Verwaltungshandeln haben ständige Rechtsprechung und Verwaltungspraxis weiter konkretisiert: Die Auswahl aus mehreren Interessenten muss unter angemessenen und fairen Bedingungen erfolgen, d. h. in einem transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren

(vgl. v.a. BGH v. 13.11.2007 - KZR 22/06, m.w.N.).

Wird dies nicht eingehalten, verstößt bereits die Konzessionsvergabe gegen das Missbrauchsverbot. Auch das BKartA hielt in seiner Sektoruntersuchung *Fernwärme* und der Entscheidung *Konzessionen für Alarmübertragungsanlagen* die Gewährung von Zugang zu knappem öffentlichem Grund und Boden, der einzelnen Marktteilnehmern eine Exklusivstellung vermittelt, nur dann für kartellrechtskonform, wenn sie im Wege einer Ausschreibung und über ein transparentes, diskriminierungsfreies Verfahren mit angemessener Vorankündigung erfolgte.

Gemessen an diesen Anforderungen ist der von § 6 Abs. 3 S. 1 vorgesehene Mechanismus unzulänglich. Die kartellrechtlichen Anforderungen an ein transparentes, diskriminierungsfreies Vorgehen würden ohne ökonomische Notwendigkeit ausgehebelt. Das BMVI müsste Konzessionen oder Verträge für Schnellladeinfrastruktur an Autobahnraststätten unmittelbar und ohne wettbewerbliches Bieterverfahren an bestehende Konzessionäre vergeben. Als Sondernorm für bestehende Konzessionsverträge liefe § 6 Abs. 3 S. 1 letztlich der Zielsetzung des Ref-E zuwider, welcher die Errichtung,

Unterhaltung und den Betrieb von Schnellladeinfrastruktur als Aufgabe der Wirtschaft und des Wettbewerbs einstuft. Die zu erwartende Marktabschottung würde nicht nur berechnete Wettbewerberinteressen beeinträchtigen, sondern letztlich zu Lasten der Endverbraucher gehen. Positive Effekte einer transparenten und wettbewerblichen Konzessionsvergabe für die neue Schnellladeinfrastruktur – insbesondere die Erzielung angemessener Entgelte, verstärkter Innovationswettbewerb und technische Offenheit – wären gefährdet.

Empfehlung

Aus den gezeigten Gründen kann wettbewerblichen Fehlentwicklungen im Bereich der Schnellladeinfrastruktur unseres Erachtens einzig dadurch vorgebeugt werden, dass § 6 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 ersatzlos gestrichen wird.

4. § 6 Abs. 3 S. 2: Übernahme von Netzanschlusskosten

Ähnlich wie § 6 Abs. 2 S. 2 sieht auch § 6 Abs. 3 S. 2 eine mögliche Kostenübernahme für Konzessionsinhaber von Autobahnraststätten vor, hier in Fällen, in denen die Bereitstellung von Schnellladeinfrastruktur noch nicht Inhalt der Konzession ist. Auch hinsichtlich dieser Vorschrift bestehen Bedenken, ob eine Kostenübernahme nach diesen Vorschriften beihilferechtskonform ausgestaltet werden kann. Auch diese Vorschrift sieht eine Kostenübernahme nur für Konzessionsinhaber vor und ist insoweit derzeit diskriminierend ausgestaltet. Vor diesem Hintergrund gilt hinsichtlich der beihilferechtlichen Bewertung das vorab unter 2 zu § 6 Abs. 2 S. 2 Gesagte entsprechend.

5. § 6 Abs. 5: Einbeziehung von bestimmten Standorten in Vergabeverfahren

§ 6 Abs. 5 S. 1 sieht vor, dass die zuständige Behörde einen Schnellladestandort in das Auswahlverfahren nach § 3 Absatz 4 und § 5 einbeziehen kann, soweit weder die Regelung nach Absatz 2 greift, noch eine Vereinbarung nach Absatz 4 zustande kommt. Hierbei soll nach § 6 Abs. 5 S. 2 die Vorschrift des § 15 FStrG zur Anwendung kommen, soweit der Ref-E keine abweichenden Regelungen trifft.

Vergaberechtliche Bedenken bestehen hinsichtlich § 6 Abs. 5 S. 2 insbesondere dahingehend, dass dieser eine zukünftige einheitliche Neuvergabe von Konzessionen für Nebenbetriebe und Schnellladeinfrastruktur gemäß § 15 FStrG ermöglicht (dies wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, S. 18). Eine zukünftige einheitliche Vergabe wird die bisherige quasi-monopolistische Stellung von Tank & Rast als Betreiber von Nebenbetrieben an Bundesautobahnen verfestigen und in wettbewerbs- und vergaberechtswidriger Weise auf den benachbarten Markt der Schnellladeinfrastruktur ausweiten. Unabhängige End-to-Endbetreiber wären von vornherein von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen und könnten die wirtschaftlich attraktiven Standorte nur durch (Knebel-)Vertragsschluss mit dem Quasi-Monopolisten bedienen. Wir fordern den Gesetzgeber dringend auf, bei der Neuvergabe von Aufträgen oder Konzessionen über Ladeleistungen nicht an das bisherige – vergaberechtswidrige – System anzuknüpfen, sondern die Chance auf die Herstellung eines freien und fairen Wettbewerbs zu nutzen.

IV. § 7: Umgang mit Bestandsinfrastrukturanbietern

§ 7 trifft Maßnahmen zur Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Bestandsinfrastrukturanbieter bei der Umsetzung des Ref-E. Das umfasst z.B. Härtefallregelungen für den Fall, dass es durch Maßnahmen nach dem Ref-E zu wirtschaftlich unzumutbaren Belastungen für Bestandsinfrastrukturanbieter kommen sollte. Auch wenn wir die Berücksichtigung von Interessen der Bestandsinfrastrukturanbieter – zu denen wir selbst gehören – grundsätzlich begrüßen, halten wir die Vorschrift für besorgniserregend. Offensichtlich geht der Gesetzgeber selbst davon aus, dass die Standorte von Bestandsinfrastrukturanbietern – insbesondere von KMU – angesichts der neuen Maßnahmen nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden können und diese aus dem Markt gedrängt werden (Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 4, S. 19).

Der Gesetzgeber nimmt also sehenden Auges eine Reduktion von Wettbewerb in Kauf, um eine schnelle Umsetzung des bundesweiten Schnellladenetzes zu erreichen. Er riskiert damit eine nachhaltige und innovationsfähige Ladeinfrastruktur, die einen gesunden Wettbewerb erfordert. Dabei hätte er es in der Hand, durch faire Bedingungen eine wirtschaftliche Eingliederung bestehender Standorte in das Schnellladnetz zu garantieren.

Mit der Regelung scheint der Gesetzgeber außerdem auf eine bloße Kompensation der Investitionskosten abzielen. Er ignoriert damit, dass es bereits Wettbewerber – wie uns – gibt, die Schnellladeinfrastruktur langfristig nicht nur kostendeckend, sondern gewinnbringend anbieten und hierzu eine starke und nachhaltige Marke etablieren wollen. Es ist umso unverständlicher, dass dem Bund offensichtlich nicht daran gelegen ist, solche Marktteilnehmer im Wettbewerb zu behalten. Wir fordern den Gesetzgeber eindringlich auf, den Fokus des SchnellLG auf die Schaffung größtmöglichen Wettbewerbs zu legen, nicht auf nachträgliche Kompensationsmechanismen für ausgeschlossene Marktteilnehmer (und einer Perpetuierung monopolistischer Strukturen): Als Pionierin auf dem Feld elektrischer Ladeinfrastruktur wollen wir nicht für eine Verdrängung aus dem Wettbewerb entschädigt werden, sondern Wegbereiterin der E-Mobilität in Deutschland sein.

V. § 10 Abs. 2: Zeitraum für Berichtspflicht

§ 10 Abs. 2 sieht die Veröffentlichung eines Berichts über den Betrieb, die technische Ausstattung der Schnellladestandorte, den Bedarf an Schnellladeinfrastruktur sowie Hemmnisse und Anforderungen zur Erfüllung der Aufgaben nach § 3 durch die zuständige Behörde alle fünf Jahre, erstmals bis zum 1. Juli 2025, vor.

Wir empfehlen, den Zeitraum für die Berichtspflicht auf zwei Jahre herabzusetzen. Nur so können die Entwicklungen des noch jungen und dynamischen Marktes sinnvoll überwacht und bewertet werden.