

Wettbewerb um Flächen für Ladeinfrastruktur

Der öffentliche Straßenraum ist begrenzt. Er ist ein Wettbewerbsraum, der von zahlreichen Wirtschaftsteilnehmern genutzt wird (so Burgi NVwZ 2017, 257). Gerade die Errichtung und der Betrieb von Ladesäuleninfrastruktur kann zwangsläufig oft nur im öffentlichen Straßenraum erfolgen. Daher sind bestimmte rechtliche Anforderungen bei der Vergabe des öffentlichen Straßenraums zu beachten. Hierbei ist der Vorgang der Beschaffung durch eine Kommune von der selbständigen Initiative von privaten Wirtschaftsteilnehmern zu unterscheiden.

Grundsätzlich sind die hier dargestellten Vergabe- und Verteilungsverfahren auf alle Betriebsarten (vgl. Broschüre zum Betrieb von Ladeinfrastruktur) anzuwenden.

A. Beschaffung

Die Kommune möchte auf den betroffenen Straßenflächen mit der Errichtung von Ladeinfrastruktur von sich aus einen bestimmten öffentlichen Zweck realisieren, diese Straßenflächen also proaktiv nutzen. Es handelt sich um einen aktiven Beschaffungsvorgang, weswegen das Vergaberecht Anwendung findet.

Daneben ist aber auch – wenn nach dem Beschluss des BayVGH vom 13.07.2018 daran festgehalten wird - auch weiterhin eine Sondernutzungserlaubnis zu erteilen. Diese wird nicht etwa von der Durchführung des Vergabeverfahrens verdrängt, sondern steht vielmehr daneben. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Tatbestände, die unabhängig voneinander beurteilt werden müssen (Burgi NVwZ 2017, 257).

Die Kaskadenstruktur des Vergaberechts kommt zum Tragen. Das EU-rechtliche determinierte GWB-Vergaberecht ist nur oberhalb sogenannter Schwellenwerte, § 106 Abs. 1 GWB (die aktuellen Werte sind der EU-Verordnung 2019/1828 zu entnehmen), anzuwenden. Dieses regelt die dann eröffnete wettbewerbliche Auswahl-situation abschließend. Gerade von kleineren Kommunen werden diese Schwellenwerte bei der Vergabe von Ladeinfrastruktur regelmäßig nicht erreicht.

Unterhalb der Schwellenwerte greift das GWB nicht ein, vielmehr gelten die durch die Rechtsprechung des EuGH aus dem europäischen Primärrecht abgeleiteten allgemeinen Grundsätze, und zwar dann, wenn ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse vorliegt (vgl. Ziekow/Völlink Vergaberecht Einl. Rn. 26). Wenn kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse vorliegt, sind die Kommunen nach § 31 Abs. 1 der Kommunalhaushaltsverordnung-Kameralistik bzw. § 30 Abs. 1 Kommunalhaushaltsverordnung-Doppik verpflichtet, eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen. Zudem sind bei der Vergabe Verwaltungsvorschriften zu beachten, die weitere Vergabegrundsätze regeln. Das Bayerische Staatsministerium des Innern und für Integration hat mit Bekanntmachung vom

31.07.2018 über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich maßgebliche Grundsätze, Empfehlungen und Hinweise bekanntgegeben.

Es bietet sich eine Vergabe in Form einer Dienstleistungskonzession an. Dabei liegt, im Gegensatz zum öffentlichen Auftrag, die Refinanzierung beim Unternehmen (Konzessionär), dem das Recht zur Nutzung der Leistung eingeräumt wird. Der Ladesäulenbetreiber muss sich also selbst über die Nutzungsgebühren refinanzieren. Die Konzessionsvergabe hat für die Kommune den Vorteil, dass das ausschließliche Betriebsrisiko der Konzessionär trägt (vgl. EuGH EuZW 2009, 810). Eine Konzessionsvergabe ist sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte möglich.

B. Initiative von privaten Wirtschaftsteilnehmern

Wenn die Errichtung von Ladeinfrastruktur auf Initiative von privaten Wirtschaftsteilnehmern erfolgt, ist kein Beschaffungsvorgang gegeben. Mithin ist auch nicht das Vergaberecht anwendbar, da die Kommune keinen Beschaffungszweck verfolgt. Es ist eine Verteilungs-, aber keine Beschaffungssituation gegeben (so Burgi NVwZ 2017, 257).

Eine gerechte Verteilung des öffentlichen Straßenraums kann nur mittels einer Sondernutzungserlaubnis des Art. 18 Abs. 1 BayStrWG erfolgen. Die Sondernutzung steht im Ermessen der zuständigen Straßenbaubehörde. Für diese Ermessensentscheidung sind grundsätzlich nur Gründe des Straßen- und Straßenverkehrsrecht, also Belange der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs und der Gemeinverträglichkeit, maßgebend. Mittlerweile können auch Belange des Umfelds der Straße in die Ermessensentscheidung miteinbezogen werden. Jedoch sind nutzerbezogene Elemente nur von untergeordneter Bedeutung (vgl. Wiget in: Zeitler BayStrWG Art. 18 Rn. 26).

Wenn nun mehrere private Wirtschaftsteilnehmer um die Sondernutzungserlaubnis zur Errichtung von E-Ladesäulen konkurrieren, kann die Straßenverkehrsbehörde nach bisheriger Auffassung in ihre Ermessensentscheidung aber grundsätzlich keine wettbewerblichen oder konkurrenzbezogenen Kriterien einstellen, um die Erteilung an „handfesten“ wirtschaftlichen Kriterien zu vollziehen (so noch BayVGH BayVBl 2010, 306). Dies ist aber erforderlich, da es sonst zu Wettbewerbsverzerrungen und Ungleichbehandlungen kommen kann. Der Straßenraum ist begrenzt, stellt aber für zahlreiche Akteure einen essentiellen Wettbewerbsraum dar. Dies trifft gerade auch auf die Betreiber von Ladeinfrastruktur zu. Daher ist die neuere Literatur (vgl. Häusler in: Zeitler BayStrWG Art. 2 Rn. 55; Burgi NVwZ 2017, 257) und Rechtsprechung (VG Braunschweig GewArch 2014, 464; VG Gießen, NVwZ-RR 2001, 436) der Ansicht, dass bei der Ermessensentscheidung nach Art. 18 Abs. 1 BayStrWG auch die Berufsfreiheit, Art. 12 GG, und das daraus ableitbare derivative Teilhaberecht der Wirtschaftsteilnehmer zu berücksichtigen ist. Die Straßenbaubehörde hat in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren eine Auswahl zwischen den konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmern zu treffen. Insbesondere

sollte die Kommune ein Verteilungskonzept entwickeln, um den Marktteilnehmern einen gleichmäßigen Zugang zum öffentlichen Straßenraum zu gewähren (vgl. weiterführend Hartwig/Sterniczuk NVwZ 2016, 1375).

Zudem ist es angezeigt, im Fall der Initiative von privaten Wirtschaftsteilnehmern Sondernutzungsgebühren zu erheben, da die kostenlose Bereitstellung des öffentlichen Raums für Ladesäulenbetreiber eine wettbewerbsverzerrende Beihilfe zulasten anderer Ladesäulenbetreiber darstellen kann, die für die Aufstellungsflächen Miete zahlen oder Eigentum erwerben müssen (Häusler in: Zeitler BayStrWG Art. 2 Rn. 55).

Daher sollten die Kommunen trotz des Beschlusses des BayVGH an der Sondernutzungs-erlaubnis festhalten, um eine wettbewerbsgerechte Verteilung des öffentlichen Straßenraums zu gewährleisten. Sonst droht die Gefahr, dass das Teilhaberecht der Wirtschaftsakteure im öffentlichen Straßenraum nur unzureichend berücksichtigt wird.

C. Ausnahmefälle

Von den gezeigten Grundsätzen sind auch Ausnahmen möglich. Im Fall der Beschaffung können insbesondere solche nach § 107 GWB greifen. Zudem ist sowohl oberhalb als auch unterhalb der Schwellenwerte an eine Inhouse-Vergabe zu denken. Dies sind Geschäfte von öffentlichen Auftraggebern mit eigenen Gesellschaften, z.B. kommunalen Unternehmen. § 108 GWB stellt die Anforderungen auf, bei denen eine Inhouse-Vergabe oberhalb der Schwellenwerte zulässig ist. Auch unterhalb der Schwellenwerte ist eine Inhouse-Vergabe zulässig, solange öffentliche Ressourcen geschont und die allgemeinen Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit beachtet werden (vgl. Siegel VerwArch 2016, 1).

*Autor: Christian Alexander Mayer
Rechtsanwalt und Lehrbeauftragter im
Studiengang Elektromobilität
[www.noerr.com/de/persoenlichkeiten/
mayer-christian-alexander](http://www.noerr.com/de/persoenlichkeiten/mayer-christian-alexander)*

* * *