

Prof. Dr. Dr. h. c. Marian Paschke, Hamburg  
Direktor Instituta za pomorsko pravo i trgovačko pravo u Hamburgu

## **DIE HAFENDIENSTE-POLITIK DER EUROPÄISCHEN UNION - ZUR KRITIK EINER UNZUREICHENDEN WETTBEWERBSRECHTLICHEN RECHFERTIGUNG DER BISHER EINGESCHLAGENEN POLITIK**

*UDK: 347.79 (4)*

*Primljeno: 10. 11. 2006.*

*Izvorni znanstveni rad*

Autor kritizira dosadašnju politiku Europske Unije prema unutarnjim i morskim lukama ističući potrebu detaljnijeg reguliranja tržišne utakmice između luka koja se posebice ogleda u uslugama pretovara robe. Pravila koja reguliraju tržišnu utakmicu između luka zahtijevaju posebno obrazloženje, što nacrt smjernica EG-ugovora ipak ne daje. Reguliranje pristupa tržištu bez pratećih propisa o ponašanju na tržištu ne obećava nikakvo poboljšanje natjecateljskog intenziteta u ciljanoj gospodarskom području. Na osnovi prijedloga smjernica ponuditelji lučkih usluga ne bi bili učinkovito spriječeni ponuditi svoje usluge pod konkurentno neopravdanim uvjetima. Prijedlog potiče opasnost tržišnog koncentriranja u području lučkog gospodarstva u rukama malobrojnih poduzetnika, a pritisak na izdavanje obvezne licence od lokalnih vlasti omogućio bi najmoćnijim ponuditeljima ostvarenje monopolističke i ekspanzionističke politike, što prijedlog smjernica ne uzima u obzir. Pravo tržišne konkurencije, posebice pravo kontrole udruživanja ne i moglo zaustaviti takav razvitak, čime se otvara mogućnost nekontroliranoj izgradnji monopola u europskim morskim lukama.

**Ključne riječi:** *Europska Unija, tržišna konkurencija, politika lučkih usluga*

### **1. EINLEITUNG**

Nach der Ablehnung des ersten Entwurfs für das sogenannte "Port Package" im November 2003, das einerseits einen Richtlinienvorschlag für die Regelung des Marktzugangs für Hafendienste und andererseits Aussagen über die Verbesserung der Qualität dieser Dienste in den Seehäfen enthielt, hat die Kommission im Oktober 2004 einen neuen Entwurf für diese Hafendienste-Richtlinie (Port Package II) vorgelegt. Die Richtlinie ist im Europäischen Parlament vorerst erneut gescheitert. Zu vernehmen ist aber, dass ihre Zielsetzungen jedenfalls im Grundsatz weiter verfolgt werden.

Eine der zentrale Zielsetzung dieser Initiative liegt aus Sicht der Kommission darin, einen Gemeinschaftsrahmen zu schaffen, der den freien Zugang der Interessierten zu den Hafendienstleistungen grundsätzlich gewährleistet, zugleich aber den einzelnen Mitgliedsstaaten konkretisierende Ausgestaltungen

ermöglicht. Im Artikel 1 des vorliegenden Richtlinienentwurfs selbst wird das Ziel folgendermaßen definiert:

1. Die Freiheit, Hafendiensteleistungen in Seehäfen zu erbringen, gilt für Hafendiensteanbieter der Gemeinschaft im Rahmen der Bestimmungen dieser Richtlinie.
2. Die Freiheit, Hafendiensteleistungen zu erbringen, kann innerhalb eines Hafens oder Hafensystems Einschränkungen im Zusammenhang mit der verfügbaren Fläche oder Kapazität, der Sicherheit im Seeverkehr, der Gefahrenabwehr oder der Hafentwicklungspolitik unterliegen; dabei sind Anforderungen an Sicherheit und Umweltschutz sowie gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zu beachten. Desgleichen können Dienstleistungen für Zugangswasserstraßen zum bzw. aus dem Hafen oder Hafensystem speziellen sicherheitsbezogenen Beschränkungen unterliegen.
3. Hafendiensteanbieter und Selbstabfertiger haben diskriminierungsfreien Zugang zu allgemein zugänglichen Hafeninfrastruktureinrichtungen, soweit dies für ihre Tätigkeit erforderlich ist.

Die letztlichen, marktbezogenen Zielsetzungen bestehen nach der Entwurfsbegründung und den Erwägungsgründen darin, dass erreicht werden soll,

- den Wettbewerb in und zwischen den Häfen der Gemeinschaft insgesamt zu verbessern,
- den Zugang zum Hafendienstemarkt auf Gemeinschaftsebene zu verbessern,
- die vorhandenen Beschränkungen zu beseitigen, die den Zugang für Hafendiensteanbieter und Selbstabfertiger behindern,
- die Qualität der für die Hafennutzer erbrachten Dienstleistungen zu verbessern,
- die Effizienz und die Flexibilität zu erhöhen, einen Beitrag zur Kostensenkung zu leisten und damit
- zur Förderung des Kurzstreckenseeverkehrs und des kombinierten Verkehrs beizutragen.<sup>1</sup>

Der Vorschlagstext konzentriert sich maßgeblich auf den Wettbewerb in den einzelnen Häfen und beschränkt sich hinsichtlich des Wettbewerbs zwischen den Häfen auf die Ankündigung von Leitlinien für die Transparenz und die Finanzierung der Häfen aus öffentlichen Mitteln, Art. 17. Die von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vorgeschlagene zentrale Maßnahme zur Zielerreichung besteht darin, den Hafendiensteanbietern periodisch ihren Tätigkeitsbereich im Seegüterumschlag zu entziehen und dessen Neuvergabe an dasselbe oder ein anderes Unternehmen an eine öffentliche Ausschreibung zu binden und in die Entscheidung einer lokalen Behörde zu legen.<sup>2</sup>

Eine ausdrückliche theoretische sowie empirische Begründung für die Erforderlichkeit des Eingriffs fehlt im Richtlinienentwurf. Es wird letztlich unterstellt, es gäbe in den betrachteten Branchen zu wenig bzw. keinen Wettbewerb und deshalb sei er durch die Maßnahmen der Richtlinie zu intensivieren oder sogar

---

<sup>1</sup> Vgl. Erwägungsgrund Ziff. 5 des Richtlinienvorschlags sowie Ziff. 2 der Begründung.

<sup>2</sup> Art. 8 Ziff. 7 des Richtlinienvorschlags.

zu schaffen. Nachfolgende soll eine Würdigung dieser Zielsetzungen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

## **2. SYSTEMKOMPATIBILITÄT VON RICHTLINIENVORSCHLAG UND EUROPÄISCHER WETTBEWERBS- UND VERKEHRSPOLITIK**

Nachdem aber der EuGH im Jahr 1986 in der Sache *Nouvelle Frontières*<sup>3</sup> mit einem bis heute gültigen Urteil entschieden hat, dass die Wettbewerbsregeln auch in der Verkehrswirtschaft anwendbar sind, hat eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung im Verkehrsbereich wie der Hafenwirtschaft auch die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EG-Vertrag in Betracht zu ziehen.

### **a) Wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundlagen der allgemeinen Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages**

Der Bereich der Hafenwirtschaft und speziell der Bereich der Hafendienstleistungswirtschaft unterliegt nach den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundentscheidungen des EG-Vertrages grundsätzlich dem durch die Wettbewerbsregeln und die Verkehrspolitik des EG-Vertrages geordneten Wettbewerbsgeschehen.<sup>4</sup>

Die Bedeutung dieser Grundentscheidung des EG-Vertrages für die Hafenwirtschaft hat die Kommission der Europäischen Gemeinschaften in ihren sogenannten Hafentendenzen zur Marktmachtmissbrauchskontrolle zum Ausdruck gebracht. Grundlage der oben angeführten Entscheidungen ist jeweils der Gedanke, dass der Eigentümer einer wesentlichen Einrichtung (als welche die Häfen eingeordnet wurden) gegen Art. 82 EG verstößt, wenn er seine Macht auf dem Markt (hier dem des Hafenbetriebes) dazu nutzt, seine Stellung auf einem anderen, zu diesem in Bezug stehenden Markt (hier dem der Fährdienstleistungen) zu stärken, indem er insbesondere einem Wettbewerber den Zugang verweigert oder den Zugang unter weniger günstigen Bedingungen als für seine eigenen Dienste gewährt und damit dem Wettbewerber einen Wettbewerbsnachteil aufzwingt.<sup>5</sup>

Der Vorschlag der Hafendienstleistungsrichtlinie beruht auf einem von den vorgestellten Grundsätzen des allgemeinen Wettbewerbsrechts abweichenden Ansatz. Dieser gründet auf der Annahme, dass im Bereich der Hafendienstleistungen regulierende Eingriffe in vorhandene Marktverhältnisse erforderlich sind, um den Binnenmarkt im Bereich der Hafendienstleistungswirtschaft überhaupt zu erreichen und gleiche Rahmenbedingungen in den Häfen für die Entfaltung wirksamen Wettbewerbs zu schaffen.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> EuGH vom 30.4.1986, Slg. 1986, 1425 ff.

<sup>4</sup> Basedow. In: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, S. 1994 ff.

<sup>5</sup> ABl. 1994 L 15/8 Tz.66 – Sealink; ABl. 1994 L 55/52 Tz.12 – Hafen von Rfdby.

<sup>6</sup> Begründung zum Richtlinienvorschlag unter 2.2.

## **b) Grundsätze der europäischen Regulierungspolitik für liberalisierte Märkte**

Die Wettbewerbspolitik der Kommission der Europäischen Gemeinschaften für liberalisierte Märkte beruht letztlich auf drei Kernelementen, nämlich der Privatisierungspolitik, der europaweiten Harmonisierung der einschlägigen Rechtsregeln und der Regulierungspolitik im engeren Sinne. Diese drei Zentralbereiche lassen sich – ohne dass an dieser Stelle die Einzelheiten aufgeführt werden können – für sämtliche der oben genannten Wirtschaftssektoren anführen, in denen eine spezifische europäische Liberalisierungspolitik eingeleitet wurde.<sup>7</sup>

Die Privatisierungspolitik beruht auf der Rechtsprechung des EuGH, die Art. 86 i.V. mit Art. 82 EG ein “Gebot der organisatorischen Trennung hoheitlicher Funktionen von unternehmerischer Tätigkeit” entnimmt. Dieses Gebot begründet der EuGH damit, dass es dem Prinzip der Chancengleichheit in einem System unverfälschten Wettbewerbs widerspreche, wenn einem Staatsunternehmen die Aufgabe übertragen wird, über die Bedingungen zu entscheiden, zu denen seine Wettbewerber auf einem Markt tätig werden dürfen.<sup>8</sup> Der Vorschlag der Hafendienstleistungsrichtlinie sieht eine solche Privatisierungspolitik für den Marktzugang zu Hafendienstleistungen nicht einmal in Ansätzen vor. Dafür fehlt es an jeder Begründung, zumal der Kommission Anschauungsmaterial für nicht wettbewerbsadäquates Verhalten von staatlichen Seehäfenbetrieben vorgelegen hat. Das Prinzip der Chancengleichheit im Wettbewerb fordert die Trennung der hoheitlichen Zulassung zum Markt von der unternehmerischen Tätigkeit auf diesem Markt.<sup>9</sup>

Die Harmonisierungspolitik in den genannten Wirtschaftssektoren zielt darauf ab, die chancengleiche Teilnahme aller Marktteilnehmer auch im grenzüberschreitenden Verkehr des europäischen Binnenmarktes zu gewährleisten. Grundlage dieser Deregulierungspolitik sind die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, welche jedem Marktteilnehmer die Möglichkeit garantieren, am grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr teilzunehmen, ohne daran durch divergierende nationale Rechtsvorschriften gehindert zu werden. Im Unterschied zur europäischen Regulierungspolitik in anderen Wirtschaftsbereichen sieht der Vorschlag der Hafendienstleistungsrichtlinie eine Harmonisierung der Verhaltensregeln für die Erbringung von Dienstleistungen im Seehafenbereich nicht vor.

### *aa) Konzeptionelle Verschiedenheit zu den Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages*

Der Richtlinienvorschlag beruht auf der Vorstellung, dass durch die Pflichtvergabe von Lizenzen zugunsten einer oder mehrerer Unternehmen für Hafendienstleistungen Wettbewerb innerhalb eines Hafens bzw. zwischen verschiedenen Häfen befördert werden kann. Damit würde die effiziente Erbringung von Dienstleistung gefördert und das “Funktionieren der EU-Häfen” verbessert.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu van Miert, in: Erfahrungen mit der Privatisierung von Monopolunternehmen, FIW Schriftenreihe, Heft 179, S. 5 ff.; Möschel, Europäisches Kartellrecht in liberalisierten Wirtschaftssektoren, 1999, S. 3 ff.; ders., in: FS für Zöllner, 1998, S. 395 ff.; Paulweber/Weinand, EuZW 2001, S. 232 ff.

<sup>8</sup> Grundlegend EuGH, Slg. 1991-I, 1223, 1271 – Endgeräterichtlinie; bestätigt in EuGH, Slg. 1992 – I, 5833, 5865 – Diensterichtlinie.

<sup>9</sup> EuGH, Slg. 1991-I, 1223, 1269 – Endgeräterichtlinie; Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Bd. II, 1997, Art. 37, 90 RdNr. 6

<sup>10</sup> Begründung zum Richtlinienvorschlag unter 2.2.

Diese Vorstellung bedeutet eine Abkehr von den normativen Grundwertungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Dieses sieht erst ab der Schwelle der Marktbeherrschung und dann im Rahmen einer Missbrauchsaufsicht eine wettbewerbsrechtliche Kontrolle des Zugangs zu Hafendienstleistungen vor.<sup>11</sup> Die Liberalisierung des Zugangs zu Hafendienstleistungen soll nach den Art. 7 – 10 des Richtlinienvorschlags ganz und gar unabhängig von der Feststellung der Marktmacht der vorhandenen Anbieter und auch losgelöst von einer Missbrauchskontrolle erfolgen. Der Weg über regelmäßig neu auszuschreibende Pflichtlizenzen als Liberalisierungsansatz ist marktmacht- und missbrauchsunabhängig konzipiert. Während die Wettbewerbsregeln eine ex-post-Kontrolle des Wettbewerbsverhaltens vorsehen, beruhen die Regeln der Hafendienstleistungsrichtlinie auf einem ex ante-Ansatz, der das Angebot von Hafendienstleistungen von einer vorhergehenden Vergabeentscheidung abhängig macht. Auch insofern weist der Richtlinienvorschlag grundlegende konzeptionelle Unterschiede zu den Regeln des allgemeinen Wettbewerbsrechts auf.

Die Einführung einer marktmachtunabhängigen Wettbewerbskontrolle, die zudem ohne Rücksicht auf das Missbrauchskonzept der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages konzipiert ist und den Zugang zu Hafendienstleistungen einer ex ante-Kontrolle unterzieht, stellt eine so gravierende Abkehr von den Grundgedanken der Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EG dar, dass es einer besonderen Begründung des Richtliniengesetzgebers bedurfte, um diese Besonderheiten in Ansehung der Grundwertungen des EG-Vertrages zu rechtfertigen. In der Begründung des Vorschlags zur Hafendienstleistungsrichtlinie findet sich eine solche Begründung nicht einmal im Ansatz.

#### *bb) Erforderlichkeit der Vorprüfung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes*

Die Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes ist die entscheidende Grundvoraussetzung für die materielle Rechtfertigung einer wettbewerbsrechtlichen Sonderregelung für einen bestimmten Wirtschaftsbereich. Dieses Postulat folgt aus dem Umstand, dass der EG-Vertrag – abgesehen von den Sondervorschriften für die Landwirtschaft - keinen wettbewerbsrechtlichen Ausnahmereich kennt. Nach der dem EG-Vertrag zugrunde liegenden konzeptionellen Grundentscheidung gelten daher die Wettbewerbsregeln als das Regelungsregime, mit dem die Märkte in allen Wirtschaftsbereichen sachgerecht geordnet werden. Die Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes ist ein Ausnahmesachverhalt, dessen Vorhandensein jeweils geprüft und begründet werden muss.

In Ansehung der realen Wettbewerbsverhältnisse in der Hafenwirtschaft ist es nicht gerechtfertigt, den Zugang zu Hafendienstleistungen pauschal einem Regulierungsregime zu unterstellen. In weiten Bereichen des untersuchten Wirtschaftssektors sorgt die vorhandene Elastizität der Nachfrage für wirksamen Wettbewerb der Anbieter.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Vgl. Art. 82 EG.

<sup>12</sup> Vgl. näher oben unter 3.

### *cc) Marktzugangsregulierung*

Die Öffnung des Marktzugangs rechtfertigt für sich genommen noch keine sektorale Liberalisierungspolitik. Die Marktzugangsöffnung ist ein wettbewerbsrechtlicher Grundsachverhalt, der bereits von den allgemeinen Wettbewerbsregeln prinzipiell rechtsförmlich gesichert wird; er bedarf insofern keiner sektorspezifischen Sonderregelung. Die Marktzugangsöffnung gehört zum Regelungskern der sog. essential facilities doctrine der allgemeinen Wettbewerbsregeln, nach der marktbeherrschende Unternehmen ihren Wettbewerbern unter bestimmten Voraussetzungen Zugang zu ihren wesentlichen Infrastruktureinrichtungen eröffnen müssen.

Aus diesem Grundbefund der Anerkennung der essential facilities doctrine in den gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln ergeben sich eine Reihe konzeptioneller Schlussfolgerungen für die Beurteilung einer Hafendienstleistungsrichtlinie. Zunächst einmal bedarf es der Einführung einer Rechtsgrundlage im Sekundärrecht nicht, um überhaupt eine rechtlich verbindliche Grundlage für den Zugang zu Hafendienstleistungen zu schaffen. Eine solche Rechtsgrundlage ist bereits im Primärrecht des EG-Vertrages, nämlich durch die Wettbewerbsregel des Art. 82 EG vorhanden. Der Marktzugang zu wesentlichen Einrichtungen ist kein spezifisches Anliegen des Sekundärrechts, sondern wird bereits vom gemeinschaftsrechtlichen Primärrecht gewährleistet.

Die Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereich der essential facilities doctrine im Primärrecht auf marktbeherrschende Unternehmen sollte nicht unreflektiert in Frage gestellt werden. Nur dem marktbeherrschenden Unternehmen wird nach der Konzeption der Wettbewerbsregeln ein Eingriff in die von ihm gehaltene Infrastruktureinrichtung zugemutet. Unternehmen mit geringerer Marktmacht unterliegen derselben Verpflichtung nicht. Hierin kommt eine Grundentscheidung zum Ausdruck, die neben verfassungsrechtlichen Implikationen gerade auch eine konzeptionelle wirtschafts- und wettbewerbspolitische Dimension aufweist, weil die gemeinschaftsrechtlich gebundene Wirtschaftspolitik ausweislich der Wettbewerbsregeln des Primärrechts unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung auf die Selbstregulierung des Wirtschaftsgeschehen durch Wettbewerb vertraut.

Der sachliche Anwendungsbereich der Marktzugangsregulierung ist nach dem Primärrecht auf wesentliche Einrichtung begrenzt. Die Wesentlichkeit ist dabei danach zu ermitteln, ob zumutbare Alternativen für den Zugang begehrenden Unternehmer bestehen.<sup>13</sup> Auch insoweit setzt das Primärrecht Maßstäbe, die das Sekundärrecht in Ansehung der konzeptionellen Grundlagen der Wettbewerbsregeln nicht außer acht lassen sollte. Der Vorschlag der Hafendienstleistungsrichtlinie kennt aber keine sachliche Begrenzung der erfassten Hafendienstleistungen. Sie entfaltet ihre rechtliche Wirkung unabhängig davon, ob es sich um essential facilities oder andere Dienstleistungen handelt.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> Zusammenfassend zur Rechtsprechung des EuGH vgl. Fleischer/Weyer, WuW 1999, S. 350 ff.; Lampert, NJW 1999, S. 2235 ff.

<sup>14</sup> Vgl. die Begriffsbestimmung in Art. 3 Ziff. 6 des Richtlinienvorschlags.



#### *dd) Marktverhaltensregulierung*

Im Bereich der Hafenwirtschaft ist ohne Einbeziehung des Marktverhaltens vom Hafendienstleistungsanbieter nicht gewährleistet, dass der lizenzierte Anbieter seine Dienstleistungen zu zumindest hypothetischen Wettbewerbsbedingungen anbietet. Ist die Lizenz einmal ohne zugleich erfolgende Marktverhaltensregulierung erteilt, wird der Anbieter regulierungsrechtlich gerade nicht gehindert, seine Dienstleistung zu nicht mindestens hypothetischen Wettbewerbsbedingungen entsprechenden Konditionen anzubieten.

Insgesamt bietet die Konzeption der vorgeschlagene Richtlinie keine Gewähr dafür, dass im Zuge des Pflichtlizenzverfahren die Zahl der Hafendienstleistungsangebote und mit ihnen die Intensität des Wettbewerbs verbessert wird. Institutionell ist nicht gewährleistet, dass die Zahl der Dienstleistungsanbieter im jeweiligen Hafen steigt. Der Richtlinienvorschlag stellt nicht sicher, dass der wettbewerbliche Effekt der Pflichtlizenzvergabe auf den konzeptionellen Effekt begrenzt bleibt, die Möglichkeit zu dafür schaffen, dass der vorhandene oder die vorhandenen Dienstleistungsanbieter von einem Konkurrenten im Vergabeverfahren verdrängt werden, ohne dass der dann neue Anbieter zu verbessertem Wettbewerbsverhalten angehalten wird. Im Gegenteil ist nicht auszuschließen, dass derjenige Anbieter, der die Hafendienstleistungsgenehmigung erhalten hat, keinen Anreiz für ein verbessertes Wettbewerbsverhalten mehr spürt.

### **3. BEURTEILUNG DER ZIELKOMPATIBILITÄT**

Wie die oben unter 1. wiedergegebene Auflistung zeigt, verfolgt der Richtlinienvorschlag zahlreiche wettbewerbsbezogene Zielsetzungen<sup>15</sup>. Diesem komplexen Bündel von Zielsetzungen steht kein adäquater Maßnahmenkatalog gegenüber. Der Vorschlagstext konzentriert sich maßgeblich auf den Wettbewerb in den einzelnen Häfen und beschränkt sich hinsichtlich des Wettbewerbs zwischen den Häfen auf die Ankündigung von Leitlinien für die Transparenz und die Finanzierung der Häfen aus öffentlichen Mitteln, Art. 17. Die von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vorgeschlagene zentrale Maßnahme zur Zielerreichung besteht darin, den Hafendiensteanbietern periodisch ihren Tätigkeitsbereich im Seegüterumschlag zu entziehen und dessen Neuvergabe an dasselbe oder ein anderes Unternehmen an eine öffentliche Ausschreibung zu binden und in die Entscheidung einer lokalen Behörde zu legen.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. Erwägungsgrund Ziff. 5 des Richtlinienvorschlags sowie Ziff. 2 der Begründung.

<sup>16</sup> Art. 8 Ziff. 7 des Richtlinienvorschlags.

## **a) Grundsätzliche Bewertung des Richtlinienvorschlags**

### *aa) Fehlende empirische Belege für die Verbesserung des Wettbewerbs*

Der Richtlinienvorschlag lässt nicht erkennen, dass seine Regelungen auf empirischen Erkenntnissen beruhen, welche belegen, dass die vorgeschlagenen Regelungen die Wettbewerbsintensität auf die Hafendienstmärkten steigern. Die Validität der vorgeschlagenen Regelungen erscheint sowohl hinsichtlich der Annahmen über die Ausgangslage als auch hinsichtlich der erwarteten Folgen der Umsetzung der Richtlinie unzureichend.

### *bb) Fehlende institutionelle Gewährleistung der Erhöhung der Zahl der Hafendiensteanbieter*

Die Steigerung der Wettbewerbsintensität lässt sich auch nicht darauf stützen, dass infolge der Umsetzung der vorgeschlagenen Richtlinie die Zahl der Hafendiensteanbieter und damit auch die Wettbewerbsintensität steigen wird. Der Richtlinienvorschlag sieht keine institutionelle Absicherung einer Erhöhung der Zahl der Diensteanbieter vor.

### *cc) Wettbewerbsbeeinträchtigende Eingriffe in die Unternehmensplanung*

Mit der periodischen Neuvergabe der Hafendienstlizenz erfolgt ein hoheitlicher Eingriff in den wettbewerblichen Prozess des Findens angemessener Unternehmensgrößen. Da der Inhaber einer Hafendienstlizenz nicht sicher sein kann, die Lizenz erneut zu erhalten, fehlen aus seiner Sicht die Grundlagen für eine verlässliche Planung der Unternehmenspolitik. Eine systematische Planung des Unternehmenswachstums kann nur noch innerhalb des Lizenzzeitraumes erfolgen. Eine darüber hinausgehende Planungssicherheit wird durch die zwingende Neulizenzvergabe ausgeschlossen. Nach allen vorliegenden Erkenntnissen ist aber gerade eine möglichst langfristige Planungssicherheit eine tatsächlich unverzichtbare Voraussetzung für eine wettbewerbssteigernde Unternehmensentwicklung.<sup>17</sup>

Mit dem Eingriff in die unternehmerische Planungsautonomie können nachteilige Wettbewerbseffekte einhergehen. Der Richtlinienvorschlag hat sich damit nicht einmal im Ansatz auseinandergesetzt bzw. deren empirische Bedeutung untersucht. Die damit einhergehenden Gefahren für die Marktverhältnisse sind vielfältig: Zunächst einmal könnten die aktuell tätigen Anbieter ihr Marktverhalten auf die zwangsweise erfolgende Vergabe der Pflichtlizenz ausrichten und dabei die Qualität den Preis ihres Angebot kurzfristig ohne Rücksicht auf Wettbewerber festlegen; mit Sanktionen im Wettbewerb müssten sie nicht rechnen, da über die künftige Angebotssituation nicht im Wettbewerb sondern hoheitlich entschieden wird. Wettbewerbsferne Mitnahmeeffekte sind nicht auszuschließen bzw. sogar wahrscheinlich.

---

<sup>17</sup> Vgl. nur Ingo Schmidt, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 7. Aufl. 2001, § 3.



*dd) Beeinträchtigung wettbewerbsadäquaten Investitionsverhaltens*

Der hoheitliche Eingriff in den Markt für Seehafendienste würde notwendig mit einer Beeinträchtigung wettbewerbsadäquaten Investitionsverhaltens einhergehen. Rationales Unternehmensverhalten unterstellt würden mit der Umsetzung des Richtlinienvorschlags negative Auswirkungen nicht nur auf bestandserhaltende Modernisierungsinvestitionen sondern erst recht auf die längeren Amortisationszeiten unterliegenden Investitionen im Forschungs- und Entwicklungsbereich einhergehen. Mit der Beseitigung der langfristigen Planungssicherheit beseitigt der Richtlinienvorschlag die Grundvoraussetzung für wettbewerbsadäquates Investitionsverhalten. Allenfalls zu Beginn der lizenzierten Betriebsphase könnte sich ein Investment wirtschaftlich rechnen. Aber selbst in dieser Phase ist in Rechnung zu stellen, dass gerade infolge der Genehmigungserteilung ein Investment unterbleiben mag, wenn auch ohne die Investition der Hafendienst rentierlich angeboten werden kann. Mit einem Außenseiterwettbewerb hat der Diensteanbieter nicht zu rechnen, weil die erforderliche Genehmigung einen Markteintritt ohne Genehmigung verbietet. Eventuell vorhandene konkurrierende Lizenzinhaber für ein und denselben Hafendienst bewirken nach empirisch gesicherten Erkenntnissen über das Wettbewerbsverhalten in engen Oligopolen<sup>18</sup> keineswegs zwingend einen wettbewerbsfördernden Investitionsanreiz. Vielmehr kann es und wird es regelmäßig rationalem Verhalten der (wenigen lizenzierten) Diensteanbieter entsprechen, sich untereinander keinen ruinösen Wettbewerb zu machen und statt dessen eine Oligopolrendite auf der Grundlage der vorhandenen Marktanteile zu erwirtschaften. Gerade die Lizenzpflicht zwingt die Hafendiensteanbieter, wenn diese nicht ohnehin als alleinige Anbieter im Hafen tätig sind, in ein enges Oligopol der begrenzten Anzahl der lizenzierten Anbieter.

*ee) Gefahr einer Marktmachtkonzentration der europäischen Hafenwirtschaft*

Zu prüfen ist, ob die Wettbewerbsbehörden den oben geschriebenen Gefahren einer Monopolisierung der Hafendienste vorbeugen und sie insbesondere für die Erhaltung des Wettbewerbs zwischen den Häfen sorgen können. In Betracht zu ziehen ist dabei das nationale Wettbewerbsrecht, soweit Sachverhalte ohne grenzüberschreitende, europaweite Bedeutung betroffen sind, sowie auch das europäische Wettbewerbsrecht für die europaweiten Konzentrationsvorgänge.

Weder das nationale noch das europäische Wettbewerbsrecht sieht spezifische Regeln vor, die die Lizenzvergabe durch eine Behörde als Regelungsgegenstand ausweist. Das Vergaberecht beschränkt seinen Anwendungsbereich auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch einen öffentlichen Auftraggeber. Eine solche Auftragsvergabe liegt im Falle der Genehmigungserteilung für Hafendienste ersichtlich nicht vor. Es geht im Richtlinienvorschlag nicht um die Vergabe öffentlicher Aufträge durch eine Behörde, sondern um die Genehmigung

---

<sup>18</sup> Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, § 24 III.

der Erbringung von Dienstleistung durch eine Behörde. Die Lizenzerteilung wird vom Vergaberecht für öffentliche Aufträge nicht erfasst.

Das Recht der Fusionskontrolle ist als Kontrollinstrumentarium allenfalls begrenzt anwendbar. Das Fusionskontrollrecht, sowohl das der europäischen FKVO als auch das der §§ 35 GWB, erfassen ausschließlich die jeweils legal definierten Zusammenschlüsse. Dabei handelt es sich nach der Legaldefinition in beiden Regelungswerken um Vorgänge der Unternehmenskonzentration, die durch den Kontrollerwerb eines Unternehmens über ein anders Unternehmen definiert sind. Die Genehmigung einer Hafendienstleistung durch die zuständige (lokale) Behörde stellt für sich genommen keinen solchen Zusammenschlussfall vor. Die öffentlich-rechtliche Lizenzierung einer Dienstleistung stellt weder nach der FKVO noch nach dem GWB einen Zusammenschlussfall dar.<sup>19</sup>

Angesichts des nur begrenzten und zudem von den betroffenen Unternehmen steuerbaren Eingreifens der Fusionskontrollregeln ist festzustellen, dass es nach geltendem Recht keine wirksame Handhabe gegen die beschriebenen Strategien einer Machtkonzentration und der damit einhergehende Wettbewerbsminderung gegeben ist.

#### *ee) Außerkraftsetzen des wettbewerblichen Ausleseprozesses*

Der vom Hafendiensterichtlinienvorschlag periodisch erzwungene staatliche Eingriff in etablierte und funktionstüchtige Logistikeinheiten schafft aus wettbewerblicher Sicht einen beachtlichen Hinderungsgrund für den Eintritt leistungsstarker Unternehmen in den Hafendienstmärkte. Unternehmen, die von vornherein nur zeitlich begrenzt und periodisch versetzt überhaupt die Chance zum Marktzutritt haben, wird die Möglichkeit zu permanenter Wettbewerbstätigkeit genommen. Die Notwendigkeit einer Behördenentscheidung sowie der nicht sicher abschätzbare Ausgang des Genehmigungsverfahrens sind weitere Barrieren für den Markteintritt, die ein Hindernis für die Verbesserung des Wettbewerbs auf den Hafendienstmärkten darstellen. Die behördliche Administrierung und die periodische Limitierung des Marktzugangs zu Hafendiensten setzen den wettbewerblichen Prozess der Bestenauslese weitgehend außer Kraft und bewirken eine negative Wettbewerberauslese. Der Richtlinienvorschlag belegt nicht, dass und weshalb das staatlich regulierte Marktzutrittsverfahren der im Wettbewerb getroffenen Entscheidung über den Markteintritt des Hafendienstleistungsunternehmens überlegen sein sollte.

#### **b) Bewertung ausgewählter wettbewerbsbezogener Regelungsinhalte**

Die Zugangsregulierung hat gemäß den in Art. 7 Ziff. 3 genannten Kriterien zu erfolgen. Die Kriterien sind überwiegend nicht inhaltlicher Art, sondern sie werden grundsätzlich in formaler Hinsicht definiert. Die Genehmigung wird nach

---

<sup>19</sup> Vgl. nur Bunte, Kartellrecht, 2003, § 8 III.

“transparenten, nicht diskriminierenden, objektiven, sachgerechten und verhältnismäßigen Kriterien” erteilt (Art. 7 Ziff. 3 Satz 1). Diese Definition ist insofern unzureichend, als ihr zwar die zentrale Aufgabe zukommt, die Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen im Sinne des Richtlinienvorschlages zu bewerkstelligen, sie aber keinen Wettbewerbsparameter benennt, auf den es bei der Genehmigungsentscheidung ankommen soll. Nicht einmal die zentralen Wettbewerbsparameter wie der Preis und die Qualität des Hafendienstes werden als Vergabekriterien vorgegeben. Abgesehen von den in Art. 7 Ziff. 3 lit. b – d genannten Kriterien (Sicherheitsstandards, Beschäftigungs- und Sozialstandards und Umweltvorschriften) enthält der Richtlinienvorschlag selbst die Regulierungskriterien nicht. Deren Benennung ist vielmehr Aufgabe der zuständigen Behörde. Zuständige Behörde ist aber die lokale Hafenbehörde, so dass davon auszugehen, dass von jeder Hafenbehörde je eigene Genehmigungskriterien für die Genehmigung des jeweiligen Hafendienstes festgelegt werden.

Diese Regulierungstechnik ist ganz darauf fixiert, den Wettbewerb im einzelnen Hafen als Bezugspunkt der Regelung zu wählen. Das Ziel der “Errichtung eines Binnenmarktes und Schaffung gleicher Rahmenbedingungen in den Häfen” lässt sich auf diese allerdings nicht erreichen. Auf der Grundlage des Richtlinienvorschlages würde es zu einer Partikularisierung der jeweiligen Genehmigungsvoraussetzungen kommen. Eine solche Regelungstechnik steht mit dem Binnenmarktgedanken, der den Richtlinienvorschlag zu prägen vorgibt, gerade nicht in Einklang steht.

Die Entschädigungsregelung des Art. 10 lässt rechtssichere Maßstäbe für die Grundlagen und den Umfang der Entschädigungspflicht vermissen. Das Investment im Hafendienstleistungsbereich ist deshalb für den Investor mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken verbunden, die dazu beitragen werden, dass eine Entmutigung von potentiellen Investoren und damit die Gefahr einer negativen Auslese entsteht.

Die Anknüpfung an die “nicht vollständig amortisierte Investition” ist als Voraussetzung für die Entschädigungspflicht ein zu unpräzises und deshalb ungeeignetes Tatbestandsmerkmal. Der Richtlinienvorschlag nennt kein Kriterium für die Feststellung der Vollamortisation des Investments. Insofern ist zweifelhaft, ob es etwa auf die Handels- oder Steuerbilanz oder einen anderen Maßstab ankommt.

Der Umfang der Entschädigungspflicht ist unzureichend geregelt. Die Formulierung in Art. 10 Ziff. 2, wonach die Entschädigung “unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Ergebnisse der in der Vergangenheit erbrachten Dienstleistung” zu bemessen ist, lässt insbesondere offen, ob ein gegenstands- oder unternehmensbezogener Maßstab gemeint ist und ob es auf den Buchwert oder den Ertragswert ankommt. Diese Defizite stehen einer auf Rechtssicherheit gründenden wirtschaftlichen Kalkulation des Hafendienstleistungsinvestors entgegen. Die Entschädigungsregelung ist deshalb auch aus diesem Grunde nicht geeignet, die Wettbewerbsverhältnisse im Hafen zu verbessern.

## **4. FOLGEN FÜR DEN WETTBEWERB INNERHALB EINES HAFENS**

### **a) Keine Verbesserung des Hafenwettbewerbs durch die Abkehr vom Wettbewerbsrecht und der Hinwendung zum Regulierungsrecht**

Der Richtlinienvorschlag unterstellt die Hafendienste einem Regulierungsregime, das mit der periodischen Pflichtvergabe von Lizenzen für Hafendienstleistungen keine Konzeption enthält, die eine Verbesserung der Wettbewerbssituation in den Häfen verspricht. Ungeachtet der durchgreifenden Zweifel bezüglich der Frage, ob die aktuelle Wettbewerbssituation in den Seehäfen ein solches Konzept überhaupt rechtfertigt, bedeutet der staatlich administrierte Zugang zu Hafendienstleistungen gemäß dem Richtlinienvorschlag eine Abkehr von der bewährten Kontrolle des Hafenzugangs über die allgemeinen Wettbewerbsregeln. An seine Stelle tritt ein Regulierungsregime, dessen Beitrag zur Förderung des Hafenwettbewerb zumindest ungewiss ist. Die Reichweite des Regulierungsrechts geht deutlich über den Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln hinaus und erfasst nicht nur die Kontrolle über den Zugang zu den "essential facilities" der Hafendienstleistungen, sondern grundsätzlich alle Dienstleistungen, auch wenn sie keine wesentlichen Bedeutung für die Wettbewerbsentfaltung haben. Damit wird unter Verstoß gegen die marktwirtschaftlich-wettbewerbliche Konzeption des EG-Vertrages ein staatlicher Eingriff in bestehende Hafendienstleistungsstrukturen ohne Rücksicht darauf vorgenommen, ob in den erfassten Bereichen wirksamer Wettbewerb besteht.

### **b) Keine nachhaltige Verbesserung des Zugangs zu Hafendienstleistungen**

Dann, wenn wirksamer Dienstleistungswettbewerb im Hafen bereits besteht, gibt es keinen empirischen Beleg dafür, dass durch die Pflicht zur Neuausschreibung eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse eintritt. Vielmehr ist nicht auszuschließen, dass eine Erlahmung vorhandenen Wettbewerbs eintritt, weil es keinen Anreiz mehr gibt, seine eigene, auf Dauer ungewisse Wettbewerbsposition zu steigern. Der mögliche Verlust der Befugnis zur Fortführung der Wettbewerbstätigkeit erweist sich als Wettbewerbshindernis. Die mit dem Pflichtlizenzenverfahren einhergehende Herauslösen der Hafendienstleistung aus einem komplexen Logistikangebot greift notwendig in die Abläufe von Logistikketten ein. Damit wird die Funktionalität von Logistikketten durch hoheitlichen Eingriff gestört und die im Wettbewerb komplexer Dienstleistungsangebote bewährte Leistung funktionierender Logistikanbieter beeinträchtigt.

Die Regulierung des Zugangs zu Hafendienstleistungen durch den Richtlinienvorschlag gewährleistet auch in Bereichen der Hafendienstleistungswirtschaft, die derzeit keinen wirksamen Wettbewerb

aufweisen, keine nachhaltige Verbesserung der wettbewerblichen Ausgangslage. Der Richtlinienvorschlag sieht keine institutionelle Sicherung der Zahl der Anbieter von Hafendiensteleistungen vor. Er schafft wegen der fehlenden Planungssicherheit für Unternehmen einen Entmutigungseffekt für newcomer (potentielle Wettbewerber) sowie aktuelle Anbieter und behindert dadurch die Entfaltung wirksamen Wettbewerbs zur Bestenauslese.

## **5. FOLGEN FÜR DEN WETTBEWERB ZWISCHEN DEN HÄFEN**

### **a) Schädigung vorhandenen Wettbewerbs als Folge der unzureichenden Berücksichtigung des inter-port-Wettbewerbs**

Der Richtlinienvorschlag beruht aus wettbewerbsrechtlicher Sicht auf einer unzureichenden Berücksichtigung des Wettbewerbs zwischen den Häfen. Zum inter-port-Wettbewerb begnügt sich der Vorschlag wesentlich mit der Ankündigung, Leitlinien für die Transparenz der Finanzierung der Häfen aus öffentlichen Mitteln vorlegen zu wollen. In der Realität des Hafendiensteleistungswirtschaft besteht demgegenüber jedenfalls zwischen den Häfen der sog. Nordrange intensiver Wettbewerb. Insbesondere im relevanten Markt der Dienstleistungen im Containerumschlags stellt tatsächlicher und potentieller Wettbewerb eine Realität dar, die das Marktverhalten der Akteure auf der Angebots- und Nachfrageseite insgesamt spürbar beeinflusst und steuert. Ineffiziente Kostenstrukturen oder mangelnde Flexibilität bei der Berücksichtigung von Kundenwünschen vermindern die Marktchancen des Hafendiensteleistungsanbieters im Wettbewerb. Der hohe Wettbewerbsdruck veranlasst die Anbieter zu stetiger Innovations- und Investitionstätigkeit.

Die mangelnde Berücksichtigung dieses hafенübergreifenden Wettbewerbs führt im Falle der Umsetzung des Richtlinienvorschlags zu negativen Konsequenzen für den Fortbestand dieses Wettbewerbs. Im Hinblick auf das von der Richtlinie erzwungene Auslaufen der Befugnis zur Erbringung von Hafendiensteleistungen würden die bestehenden Anbieter zu einer Umstellung ihres Marktverhaltens veranlasst. Leistungssteigernde und kapazitätserweiternde Investitionen würden bei rationalem Verhalten solange unterbleiben, bis sichergestellt ist, dass eine Lizenz zur Fortführung erteilt wird. Die Verabschiedung und anschließende Umsetzung der Richtlinie würde deshalb bereits kurzfristig zu einem Eingriff in vorhandenen Wettbewerb führen. Mit der Herauslösen der Seehafendiensteleistungen würde die Funktionsweise leistungsfähiger Logistikketten, die auf dem Angebot eines komplexen logistischen Gesamtpakets beruht, nachhaltig beeinträchtigt. Langfristig wird die periodisch erneuerte Androhung des Lizenzverlust zu einer Schwächung des wettbewerblichen Ausleseprozesses führen.

## **b) Unzureichende Kontrolle der Gefahr einer Marktkonzentration**

Die aus wettbewerblicher Sicht wohl dramatischste Konsequenz des Richtlinienvorschlags besteht in der Gefahr des Entstehens einer nicht kontrollierbaren Machtkonzentration im Bereich der europäischen Seehäfen. Weder das geltende Wettbewerbsrecht noch die vorgeschlagene Richtlinie bieten eine rechtlich verlässliche Handhabe gegen das Entstehen dominierender Marktstellungen durch einzelne Unternehmen im Hafendienstleistungsbereich. Der Richtlinienvorschlag berücksichtigt in seinen Regelungen diese Gefahr nicht. Das Wettbewerbsrecht, insbesondere das Fusionskontrollrecht könnte eine solche Entwicklung gleichfalls nicht aufhalten, weil der Erwerb einer Dienstleistungslizenz im Seehafen keinen Zusammenschlussfall im Sinne des Fusionskontrollrechts darstellt. Der von der Richtlinie ausgelöste Zwang zur periodischen Vergabe einer Pflichtlizenz durch eine lokale Behörde schafft kapitalkräftigen Anbietern eine probate Möglichkeit zum unkontrollierbaren Aufbau von Marktmacht in den europäischen Seehäfen. Die beabsichtigte Marktöffnung durch die vorgeschlagene Regulierungspolitik droht zum wettbewerbspolitischen Sündenfall zu mutieren.

## **c) Vorschaltklausel für die Festlegung der Regulierungsbereiche**

Anstelle der im derzeitigen Entwurf vorgesehenen Pauschalregulierung des gesamten Bereichs der Hafendienstleistungen wird vorgeschlagen, die Anwendbarkeit der Regelungen nur für solche Märkte zu eröffnen, auf denen wirksamer Wettbewerb tatsächlich nicht besteht. Ist dies der Fall, bedarf es weder einer Marktzugangs- noch einer Marktverhaltensregulierung.

Die Feststellung des Nichtvorhandenseins wirksamen Wettbewerbs sollte als notwendige Anwendungsvoraussetzung der Regulierungsregeln für die Hafendienstleistungswirtschaft vorzusehen. Damit erübrigte sich eine (Über-)Regulierung, die Märkte einbezieht, auf denen bereits wirksamer Wettbewerb besteht, für dessen Schutz das allgemeine Wettbewerbsrecht mit seinen auch in der Hafenwirtschaft erprobten Wettbewerbsregeln zur Verfügung steht.

## **6. ZUSAMMENFASSUNG**

Mit der erstrebten Erzwungung hafeninternen Wettbewerbs unterstellt der Richtlinienentwurf fehlenden Wettbewerb in einem Hafen und geht damit von falschen Voraussetzungen aus. Wettbewerb der Hafen- und insbesondere der Umschlagsdienstleistungen findet heute zwischen den Seehäfen statt. Als relevanter Markt ist darum das gemeinsame Hinterlandverkehrsaufkommen der im Wettbewerb stehenden Häfen zu betrachten.

Unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten bedeutet die Umsetzung des Richtlinienvorschlags die Einführung einer marktmachtunabhängigen



Wettbewerbskontrolle, die ohne Rücksicht auf das Missbrauchskonzept der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages konzipiert. Damit würde eine Abkehr von den Grundgedanken der Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EG erfolgen, deren Rechtfertigung in Ansehung der Grundwertungen des EG-Vertrages einer besonderen Begründung bedarf, die der Richtlinienvorschlag aber nicht liefert.

Der Richtlinienvorschlag lässt die in der europäischen Regulierungspolitik gewonnene Erfahrung außer Betracht, dass eine Marktzugangsregulierung ohne eine sie begleitende Marktverhaltensregulierung keine Verbesserung der Wettbewerbsintensität in dem betroffenen Wirtschaftssektor verspricht. Auf der Grundlage des Richtlinienvorschlags wären die zugelassenen Hafendienstleistungsanbieter nicht wirksam gehindert, ihre Dienstleistungen zu nicht wettbewerbsgerechten Konditionen anzubieten.

Der Vorschlag fördert die Gefahr einer Machtkonzentration im Bereich der Hafenwirtschaft in den Händen einiger weniger kapitalkräftiger Unternehmer. Der Zwang zur periodischen Vergabe einer Pflichtlizenz durch eine lokale Behörde schafft kapitalkräftigen Anbietern eine Möglichkeit zu einer entsprechenden Expansions- und Monopolisierungspolitik. Der Richtlinienvorschlag berücksichtigt in seinen Regelungen diese Gefahr nicht. Das Wettbewerbsrecht, insbesondere das Fusionskontrollrecht könnte eine solche Entwicklung gleichfalls nicht aufhalten, weil der Erwerb einer Dienstleistungslizenz im Seehafen keinen Zusammenschlussfall im Sinne des Fusionskontrollrechts darstellt. Damit ergibt sich eine Möglichkeit zum unkontrollierbaren Aufbau von Marktmacht in den europäischen Seehäfen.

## SUMMARY

In paper author is critical on EU policy on Sea and Continental ports stressing need for more detailed regulation of market competition among the ports. Under author's critical examination is EC directive proposal on regulation of market competition in maritime economy which is plainly monopolistic in orientation.

**Key words:** *European Union, market competition, port services policy*