

## Hafentechnische Gesellschaft

39. Sitzung des Ausschusses Recht, Hamburg, 3. Mai 2018

### Nutzungsrechte an öffentlichen Hafengrundstücken: Reichweite und Grenzen von Ausschreibungspflichten

#### Leitsätze/Materialien zum Referat

#### 1. Vergaberecht: Nur Konzessionen müssen nach förmlichen Vergaberecht vergeben werden

- **Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV): Seit 18. April 2016:** Pflicht zur Ausschreibung von Bau- und Dienstleistungskonzession (neu) in europaweiten Vergabeverfahren
- **Abgrenzung Dienstleistungskonzession – Miet-/Pacht-/Nutzungsvertrag – Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Konzessionsvergabe:** *Darüber hinaus sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land oder öffentliche Liegenschaften öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen, wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber **nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt**, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betrifft in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln.*

Vorschlag:

<b>Allgemeine Bedingungen: Miet-/Pachtvertrag</b>	<b>„Besondere Bedingungen“ Dienstleistungskonzession (Beispiele):</b>
Besitzübernahme und Dauer	Betriebspflicht
Instandhaltung	Mindestumschlag
Rückgabe	Vorgaben Modal Split
Entgelt und Nebenkosten	Einwirkungsmöglichkeit Eigentümer auf Preise des Grundstücksnutzers gegenüber Reedern

- Kai-Dieter Classen, Zur Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen gegenüber Miet- und Pachtverträgen nach der Richtlinie. 2014/23/E, VergabeR 2016, S. 13 ff.
- Pflicht zur Vorinformation bei Unterschwellenkonzessionen: OLG Düsseldorf, 13. Dezember 2017 – 27 U 25/17?

## 2. Beihilfenrecht: Marktangemessenes Entgelt schließt Beihilfe an Grundstücksnutzer aus

### 1. **Möglichkeit:** Ausschluss einer Beihilfe an Nutzer nach Art. 107 Abs. 1 AEUV) durch Ausschreibung/wettbewerbliches Verfahren

- Ermittlung des Marktpreises im Wettbewerb
- Sonderthema: Nur ein Angebot im Konzessionsvergabeverfahren: KOM, 26. September 2016, Hafen von Osijek, Tz 36:

*(36) Therefore, as any economic advantage at the level of the future operator can be excluded, the future operator will not receive State aid within the meaning of Article 107(1) TFEU. This does not apply in specific circumstances, such as the use of the negotiated procedure without publication of a contract notice. If only one bid is submitted, the procedure would not normally be sufficient to ensure a market price, unless either*

*(i) there are particularly strong safeguards in the design of the procedure ensuring genuine and effective competition and it is not apparent that only one operator is realistically able to submit a credible bid*

*or (ii) the public authorities verify through additional means that the outcome corresponds to the market price.*

*„Cross check“ (Gegenprobe) als Beispiel für additional means? Siehe KOM, 21. August 2015, SA.39177, Binnenhafen Baja und KOM, 18. August 2015, Binnenhafen von Mohács, SA.41257.*

### 2. **Möglichkeit:** Ausschluss einer Beihilfe durch Festlegung eines durch Sachverständigengutachten ermittelten Mietzinses

- Sachverständigengutachten für Grundstücksveräußerungen anerkannt: Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union
- Übertragbarkeit auf Grundstücksnutzungsverträge
- **Bestimmung des Marktes - “Blick über den betroffenen Hafen hinaus”:** KOM, 25. August 2011, C 39/2009 (ex N 385/2009) – Latvia: Public financing of port infrastructure in Ventspils Port Tz. 26: *With regard to benchmarking, the Commission observed that it was mainly based on ongoing contracts in the same port. Therefore, the Commission raised doubts as to its reliability. The Commission noted that such benchmarking could not be conclusive insofar as there was no indication that a market oriented concession fee is paid pursuant to the contracts used as reference.*

### 3. Kartellrecht: Marktabgrenzung entscheidend für Ausschreibungspflicht

- **§ 18 Abs. 1 und 2 GWB**

#### Marktbeherrschung

- (1) Ein Unternehmen ist marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt
  1. ohne Wettbewerber ist,
  2. keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder
  3. eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.
- (2) Der räumlich relevante Markt kann weiter sein als der Geltungsbereich dieses Gesetzes. [...]

- **Entscheidung der Kommission vom 22. August 2001 zur Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Fall IV/M.2422 – HAPAG\_LLoyd/HHLA-CTA, Tz 8:** *Nach der bisherigen Entscheidungspraxis [3] der Kommission werden die Märkte für Containerterminaldienstleistungen durch das sogenannte Hinterland bestimmt, das durch einen Hafen bedient wird. Entsprechend bilden die nordeuropäischen kontinentalen Häfen einen einheitlichen geographischen Markt, auf dem Container umgeschlagen werden, die nach Nord- und Mitteleuropa befördert werden. Auf die Frage, inwieweit die englischen und irischen Seehäfen in diesen Markt einzubeziehen sind, kommt es im vorliegenden Fall nicht an. Denn selbst auf der Grundlage einer engeren räumlichen Marktabgrenzung, die nur die kontinentalen Seehäfen innerhalb der Range Hamburg - Antwerpen (Hamburg, Bremerhaven, Rotterdam, Zeebrügge und Antwerpen) umfaßt, würde wirksamer Wettbewerb weder im EWR noch in einem wesentlichen Teil dieses Gebiets erheblich behindert.*

- **§ 19 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB**

#### Verbotenes Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen

- (1) Die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen ist verboten.
- (2) Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen
  1. ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen [...]

- Bundesgerichtshof, Urteil vom 14. Juli 1998, KZR 1/97 – „Schilderpräger“
- KG Berlin, 22. Januar 2015 – 2 U 14/14 - „Waldbühne“

#### 4. EU-Grundfreiheiten: Noch vieles zu klären.

- **Entscheidungspraxis:**
  - EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016, C-458/14 und C-67/15 - Gardasee
  - EuGH Urteil vom 5. April 2017, C 298/15, Hafen von Klaipėda
  
- **Sperrwirkung der EU-Hafenverordnung (EU 2017/352) gegenüber den Grundfreiheiten beim Ladungsumschlag?**
  - Sperrung der Grundfreiheiten, wenn Bereich auf Unionsebene abschließend harmonisiert ist
  - EU-Hafenverordnung bestimmt Harmonisierung nicht ausdrücklich
  - Auslegung: Erwägungsgründe 19 bis 21, Art. 10, 6 EU-Hafenverordnung
  
- (19) Da es sich bei Häfen um räumlich begrenzte Gebiete handelt, **könnte die Zahl der Hafendiensteanbieter in bestimmten Fällen Einschränkungen unterworfen werden, und zwar im Zusammenhang mit der Knappheit von Flächen oder Uferflächen**, den Merkmalen der Hafeninfrastruktur oder der Art des Hafenverkehrs, oder der Notwendigkeit, einen sicheren, zuverlässigen oder ökologisch nachhaltigen Hafenbetrieb zu gewährleisten.
  
- (20) Jede Begrenzung der Zahl der Hafendiensteanbieter sollte durch klare und objektive Gründe gerechtfertigt sein und keine unverhältnismäßigen Markthemmnisse schaffen.
  
- (21) **Das Leitungsorgan des Hafens oder die zuständige Behörde sollte ihre Absicht, ein Auswahlverfahren für die Erbringung eines Hafendienstes durchzuführen, auch im Internet und gegebenenfalls im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichen. [...]**

\* \* \*

#### **Kontakt:**

RA Dr. Arne Gniechwitz

agniechwitz@web.de

Mobil: 0172-5821495