

Fahrt ins Ungewisse? Weshalb die Konsortien-GVO, wie wir sie kennen, bald Vergangenheit sein könnte

Dr. Johannes Ylinen
15. Mai 2019, DVIS

Inhalt

- I. Die große Bühne
- II. Kartellrecht – die Spielregeln
- III. Orientierungshilfen
- IV. Kooperationsmöglichkeiten durch KGVO
- V. Contra und Pro – Kritische Auseinandersetzung
- VI. Prognose & mögliche Wege

I. Die große Bühne



3

Immer größere Schiffe
Überkapazität
Übernahmen (zuletzt NYK, K-Line, MOL - 2018)

- Großer Zusammenhang: USD 850 Milliarden wird China bis 2027 in sein Programm One Belt One Road investieren. Zentrales Element von OBOR ist die maritime Seidenstraße, auf der schon heute mehr als die Hälfte des Welt-Container-Aufkommens bewegt wird: Ausbau von Tiefwasserhäfen, Errichtung logistischer Knotenpunkte, Schaffung neuer Verkehrswege ins Hinterland. OBOR wird zwar auch mit Investitionen in Schienenwege verbunden. Allerdings bedarf es nach Angaben des Deutschen Wirtschaftsinstituts (DWI) ca. 300 Zügen, um ein Containerschiff zu ersetzen. Im Handel mit China wird zu ca. 90% auf dem Seeweg transportiert.

Welche Spielregeln gelten im Allgemeinen?

II. Kartellrecht – die Spielregeln



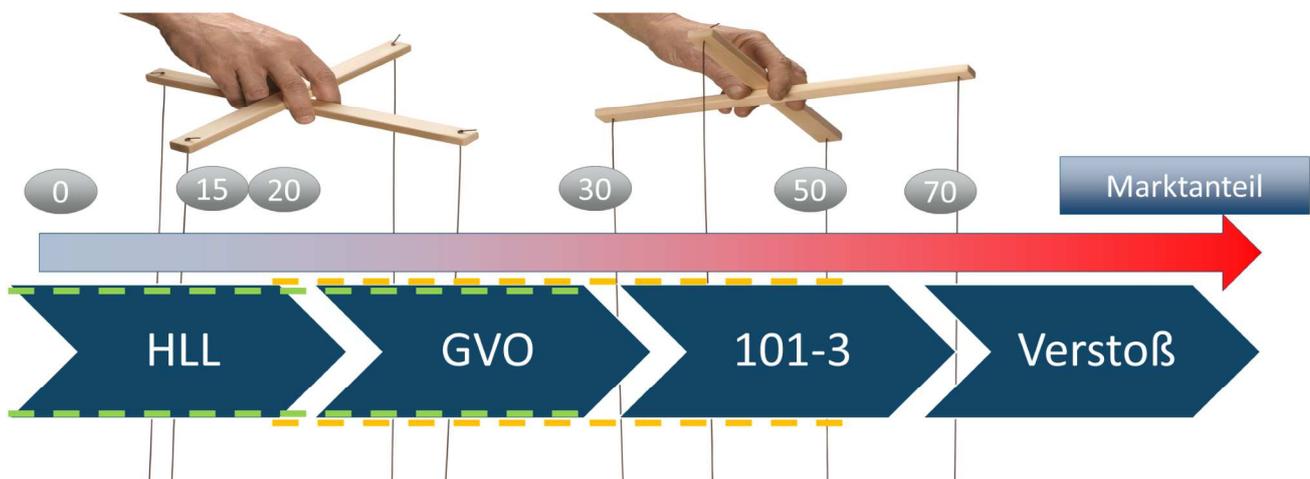
Grundsatz: Lauft um die Wette, das geht am schnellsten.

KOM ermittelt nach Kronzeugenanträgen und nach Beschwerden Betroffener; Bußgelder in Höhe von 10% des Jahresgesamtumsatzes; private Schadensersatzklagen, deutsche Gerichte hier immer klägerfreundlicher.

Auch in der freien Marktwirtschaft gibt es jedoch Kooperationen, die durchaus sinnvoll sind: Typisches Kernelement solcher Konstellationen ist die Bewältigung einer wirtschaftlichen Herausforderung, die so groß ist, dass sie ein einzelner Wirtschaftsteilnehmer nicht alleine stemmen kann oder sie jedenfalls mehrere Wirtschaftsteilnehmer gemeinsam in erheblich effizienterer Weise stemmen können.

- Rechtfertigung von Wettbewerbsbeschränkungen ist jedoch möglich: Insbesondere dann, wenn Kriterien erfüllt sind:
 - Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts
 - Unter angemessener Beteiligung der Verbraucher
 - Ohne die Vereinbarung/Auferlegung von Beschränkungen, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind
 - Ohne Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten

III. Orientierungshilfen



Der Gesetzgeber kann zur Regelung der Zusammenarbeit in einem Konsortium verschiedene Instrumente nutzbar machen; dabei ist die Angabe von Marktanteilen mit Vorsicht zu genießen, aber folgt der grundsätzlichen Einteilung der Kommission; als Orientierung hilft sie allemal:

- Oberhalb eines Marktanteils von 70% ist grundsätzlich von einem Verbot auszugehen; die Kommission erlaubt in diesem Segment in aller Regel keine Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern; diese würde zur Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil des Marktes führen (vgl. Art. 101(3) AEUV).
- In einem Übergangsbereich zwischen 30% und 70% ist eine Einzelfreistellung möglich; insofern sind die einzelnen Voraussetzungen des Art. 101(3) AEUV nachzuweisen
- Südlich von 20% helfen insbesondere die Horizontalleitlinien mit Safe Harbour-Angaben für gemeinsame Produktion, für Einkaufskooperationen: Grenze bei 15%
- In dem Bereich zwischen 20 und 30% dient bislang die KGVO als Safe Harbour der Bewertung von Tätigkeiten der Konsortien -

IV. Kooperationsmöglichkeiten durch KGVO



6

a- Welche Beschränkungen dürfen Konsortien-Verträge enthalten (“Vessel Sharing Agreements”)?

PRIMÄR Gemeinsame Wertschöpfung (“Produktion”):

“Zutaten” für die Bildung eines Konsortiums, am Beispiel des Vertrags zur OCEAN Alliance (CMA CGM, Evergreen, Cosco Shipping and OOCL) – entspricht in großen Teilen den in der KGVO im Einzelnen genannten Verhaltensweisen:

- (i) Koordinierung von Fahrplänen und anzulaufenden Häfen; (ii) Austausch, Verkauf oder gegenseitige Charter von Schiffsraum oder Slots; (iii) Gemeinsame Nutzung von Schiffen und/oder Hafenanlagen; (iv) Gemeinsame Nutzung von Betriebsbüros; (v) Bereitstellung von Containern, Gestellen, sonstigen Ausrüstungen oder Verträgen zur Beschaffung solcher Ausrüstungen; (vi) Kapazitätsanpassungen entsprechend Schwankungen von Angebot und Nachfrage; (vii) Gemeinsamer Betrieb oder gemeinsame Nutzung von Hafenumschlagsanlagen und zugehörigen Leistungen.
- Sonderthemen OCEAN-Konsortial-Vertrag: Slow Steaming; Kaskadeneinsatz; gemeinsame Charter und Erwerb von Schiffen?? – zT hart am Rand des Zulässigen

b- insbesondere verbleibt der Wettbewerb beim OUTPUT – keine Vermarktungsgemeinschaft:

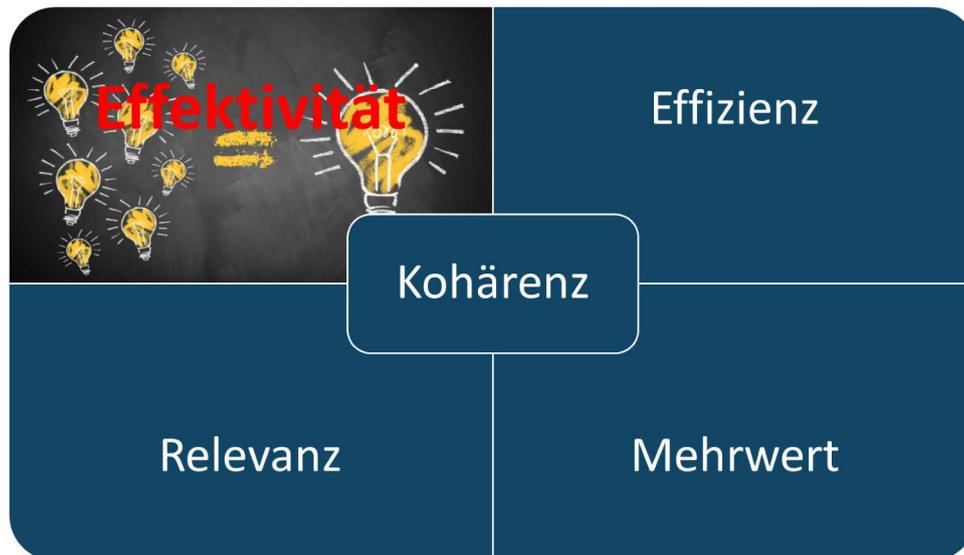
- Freight Rates
- Kundenakquise

**V. Contra und Pro –
Kritische Auseinandersetzung mit der Verlängerung (1)**



Ihre Konsultation hat die EU-Kommission am Kriterienkatalog ihrer Better Regulation Guidelines orientiert. Dabei stehen fünf Kriterien im Vordergrund

V. Contra und Pro –
Kritische Auseinandersetzung mit der Verlängerung (2)



Rechtstechnische Effektivität / Effektivität bei der Zielerreichung des 101-3:

- Rechtssicherheit: Einfaches Prüfraster, über das rechtliche Behandlung vieler Verhaltensweisen festgestellt werden kann; tatsächliche Daten zT nicht verfügbar (Transportvolumen).
- Ökonomischer Vorteil zum Nutzen des Endkunden: Preis-Leistungs-Verhältnis? Hieran arbeiten sich der ITF-Report und rbb-Argumente ab:
 - Vorab: Förderung des Einsatzes von ULCVs aufgrund von Konsortien; grundsätzlich Einsatz eines ULCV effizient - Verbesserung von Treibstoffverbrauch pro Wegstrecke; erleichtert durch Sicherung der Auslastung, Risikostreuung; Frage des „Wie“ – Einführung ggf. überstürzt, negative Folgen: Überkapazität, Preisverfall; nicht amortisierte Alt-Tonnage wird überflüssig; Ausbluten der Kapitaldecke (Rückgang europäischer Tonnage-Provider); Hafen-/Verladungsaufwand steigt, wird z.T. als Gebühren aufgeschlagen oder durch öffentliche Gelder getragen ->
 - Freight Rates: Angeblich schon unmittelbar zu beobachtende Vorteile unrichtig: Angebliche Freight rate-Vorteile werden bestritten: Hier seien die Zuschläge erheblich gestiegen, was die Senkung der Rates ausgleicht bzw. jedenfalls zum Teil aufwiegt (str.).
 - Leistung/Performance: Port coverage: wird durch ULCVs wieder verlustig, die nur in ausgewählten Häfen landen können; Verladende Wirtschaft bemängelt die Einhaltung von Zeitplänen (mögliche Ursachen: Komplexes Handling, Vielzahl anzulaufender Häfen zur Befüllung eines ULCV; Slow Steaming)

V. Contra und Pro – Kritische Auseinandersetzung mit der Verlängerung (3)



- Efficiency: Betrachtung von Kosten und Vorteilen:
 - Gemessen am Ziel der Erzielung wirtschaftlicher Effekte – die GVO konkretisiert letztlich nur, was ohnehin primärrechtlich vorgegeben ist.
 - KGVO verringert das Subsumtionsrisiko, das für sämtliche sonstigen Industriebereiche bei der Anwendung von Kartellrecht besteht. Die Einhaltung bestehender Gesetze ist im Allgemeinen eine Aufgabe jeder Branche, die auch in anderen kapitalintensiven Industrien keine gesonderten Rechtsinstrumente rechtfertigt.
 - Compliance-Kosten hat der historische Gesetzgeber tatsächlich vor Augen gehabt; dieser ging allerdings auch noch von einem System von Einzelfreistellungen aus; Hauptvorteil der KGVO ist bereits 2004 entfallen: sie führt keine Verwaltungsvereinfachung mehr herbei; bis 2004 musste kartellrechtlich beeinträchtigende Vereinbarung einzeln genehmigt werden, sofern sie nicht einer GVO unterfiel.
 - Abhängig von der kommunikativen Begleitung eines Auslaufens könnte die bisherige KGVO als Maßstab für die Auslegung anderer Rechtsinstrumente dienen. Eine Reaktionsmöglichkeit kann auch der Rückgriff auf rechtlich abgestimmte Musterverträge sein; Marktanteile bei kurzfristigen Austritten oder Eintritten müssen schon heute geprüft werden.

V. Contra und Pro –
Kritische Auseinandersetzung mit der Verlängerung (4)



- Relevanz: zwei Sichtweisen: Anzahl der betroffenen Unternehmen und Verhaltensweisen / Abdeckung des Marktes
 - Wie viele Unternehmen sind eigentlich von der Verordnung betroffen? Gemessen an dieser Vorgabe lässt die Relevanz stetig nach. Die Gesamtzahl der Linienreedereien nimmt immer stärker ab.
 - Gemessen an dem betroffenen Transportvolumen – auf den ersten Blick hoch: Global Market Share der drei großen Konsortien liegt bei nahezu 80%. Relevanz besitzt die KGVO allerdings naturgemäß primär für Einheiten innerhalb ihres Anwendungsbereichs; laut ITF liegt der Marktanteil von 22 der 27 Konsortien, die Europa anlaufen, ggf. oberhalb der 30%-Schwelle (vgl Außerkräfttreten Versicherungs-GVO!).

V. Contra und Pro –
Kritische Auseinandersetzung mit der Verlängerung (5)



Stellt die KGVO gegenüber den allgemeinen kartellrechtlichen Instrumenten einen Mehrwert dar? [Kriterium ähnlich zum „Effizienz“-Kriterium]

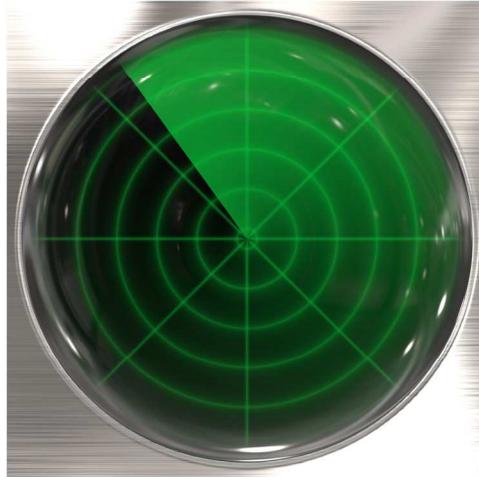
- WSC/ECSA deutet dies um und fragt, ob gegenüber einzelstaatlichen Gesetzen ein Mehrwert entsteht (die Antwort liegt auf der Hand).
- Ursprünglich wurde ein besonderer Mehrwert der KGVO darin gesehen, dass er den Verwaltungsaufwand erspart (heute: Keine Einzelfreistellungen mehr) und Stabilität in eine kapitalintensive Industrie bringt (heute: NVOCCS 40%); diese Punkte können nur noch eingeschränkt Geltung beanspruchen.

V. Contra und Pro – Kritische Auseinandersetzung mit der Verlängerung (6)



- Kohärenz: Die Frage ist zentral: Passt die KGVO zu den Regelungen in 101-3, Horizontal-LL usw.? Wenn die KGVO die gleichen Wertungen trifft, wozu braucht man sie dann weiterhin? Die Gretchenfrage liegt tatsächlich genau hier begründet: Warum sollte bei Liner Shipping ein Marktanteil von 30% unbedenklich sein, während bei sonstigen Wirtschaftszweigen 20 bzw. 15 % gelten? Die Antwort hierauf bleiben die Befürworter schuldig.
- Ist die Fortgeltung einer Sonderregel gerechtfertigt?
 - Transport von Gütern ist zentral für die Wirtschaft Europas.
 - Kapitalintensive Industrie mit zum Teil hohen Fixkosten – ABER: angeblich 40% der Kapazität von NVOCCs (non-vessel operating common carriers) kontrolliert
 - Entstehende Marktposition:
 - passt nicht zu den verschiedenen Marktgeenseiten. Darin liegt letztlich auch ein Argument für eine Harmonisierung des Kartellrechts: dieses sollte idealerweise für alle Marktseiten ein symmetrisches System einrichten und kein asymmetrisches Erstarken einer Stufe der Produktionskette erleichtern
 - Verschafft ggf. unfaire Vorteile in vertikaler Hinsicht: bei der vertikalen Integration: Vereinnahmung von Terminals, intermodalen Transportwegen; Speditionstätigkeiten (Ausnutzung des entstehenden Datenvorsprungs); Beschaffung von Terminals und Tonnage.

VI. Prognose & mögliche Wege



- Zusammenfassung: Betriebswirtschaftliche Nutzen großer Schiffe (Auslastung, Risikostreuung) – für die Reeder. ABER: ganze Reihe von Kritikpunkten. GVO soll von vornherein unbedenkliche Verhaltensweisen definieren, bei denen eine Prüfung des Einzelfalls unterbleibt!
- Prognose: Drei Gesichtspunkte, die eine unveränderte Verlängerung weniger wahrscheinlich machen als eine Veränderung oder Abschaffung:
 - A – Inkohärenz zeigt sich deutlich – echte Wettbewerbsverzerrung; B - Relevanzverlust; C – Pro-Stakeholder in der EU-Politik (einschließlich OECD) zahlenmäßig unterlegen; D – Wunsch nach Kontrolle über asiatischen Einfluss
- Mögliche Wege der Veränderung:
 1. Für den Gesetzgeber: Eine Anpassung könnte sich als sinnvollste Lösung darstellen: Bspw. als Anpassung der Marktanteilsschwelle an die Horizontal-LL (20%/15%). Stichprobenartige Effizienztests könnten sinnvoll sein, um die Akzeptanz der Freistellung auch künftig zu stärken. Compliance-Kosten sind ein Faktor, aber sicherlich auch eine Frage der Routine, sodass die Kosten ökonomischer Gutachten auf den ersten Blick beherrschbar erscheinen.
 2. Für die Containerreedereien: Heranziehung der KGVO und der allgemeinen kartellrechtlichen Orientierungshilfen und Fallpraxis.
 3. Für die Gegner der Reedereien: Als unfair empfundene Verhaltensweisen können (schon heute) aus dem Rahmen der KGVO fallen; zu denken ist an Hardcore-Absprachen oder den Missbrauch marktbeherrschender Stellung. Hier kann eine Beschwerde zur EU-Kommission sinnvoll sein.

Bis zum nächsten Mal!



DR. JOHANNES YLINEN

RECHTSANWALT, Counsel

RECHTSGEBIETE
Kartellrecht, EU-Beihilfenrecht

KONTAKT
Tel. +49 30 8145913-00
Fax +49 30 8145913-99
j.ylinen@asd-law.com

Für Rückfragen stehe ich Ihnen selbstverständlich gerne jederzeit zur Verfügung.