

Auszug aus Hauptgutachten XIX (2010/2011)

Einleitung

Aktuelle Probleme der Wettbewerbspolitik

2. Wettbewerbsdefizite im deutschen Seelotswesen

Inhaltsverzeichnis

2. Wettbewerbsdefizite im deutschen Seelotswesen.....	61
2.1 Anlass für eine Stellungnahme zum Lotswesen.....	61
2.2 Das deutsche Seelotswesen: Ein Überblick.....	62
2.3 Rechtfertigung der Regulierung?.....	65
2.4 Handlungsempfehlungen der Monopolkommission.....	68

täten und fiskalische Interessen als durch konsequente Verfolgung der gesellschaftlichen Ziele erklären.

54. Die Analyse der jüngsten Regelungen im Glücksspieländerungsstaatsvertrag hat ferner deutlich gemacht, dass auch die gegenwärtige Situation vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Effizienzziele nicht befriedigend ist. Die Monopolkommission fordert deshalb, die Regulierung unterschiedlicher Glücksspielformen grundsätzlich daraufhin zu überprüfen, welche spezifischen Beschränkungen des Wettbewerbs auf Glücksspielmärkten unter Berücksichtigung belastbarer Studien zur Suchtprävention tatsächlich erforderlich sind. Dabei ist auch die Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen unterschiedlicher Spielformen zu überprüfen. Insbesondere fordert die Monopolkommission die Nachbesserung des Glücksspieländerungsstaatsvertrags in folgenden Punkten:

- Die Beschränkung der Anzahl möglicher Konzessionen für Anbieter von Sportwetten ist nicht durch gesellschaftliche Ziele begründbar und sollte aufgehoben werden.
- Für die Erteilung von Sportwettenkonzessionen sind weitere Vorgaben zur Eindämmung der Spielsucht zu treffen. Diese müssen auf der einen Seite an ihrer Wirksamkeit ausgerichtet sein, dürfen auf der anderen Seite jedoch nicht die Anreize für Wettanbieter schwinden lassen, in den regulierten Markt überzutreten.
- Die Experimentierklausel zur Konzessionierung von Sportwettenanbietern sollte auch auf Online-Poker und Online-Casinospiele mit entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht ausgeweitet werden.
- Um eine effektive Suchtbekämpfung durch Kontrolle und Kanalisierung der Schwarzmärkte in den legalen und kontrollierten Markt zu erreichen, ist ein Besteuerungssystem, welches als Bemessungsgrundlage den Rohertrag wählt, der im Glücksspieländerungsstaatsvertrag festgelegten Spieleinsatzsteuer vorzuziehen.
- Der Vertrieb von Spielscheinen staatlicher Lotterieveranstaltungen sollte nach Auffassung der Monopolkommission ausschließlich auf privatwirtschaftlicher Ebene und im Wettbewerb erfolgen und durch die Erteilung von Erlaubnissen von den Aufsichtsbehörden lediglich kontrolliert werden.
- Die Landeslottogesellschaften sollten Lottoscheine für einen vordefinierten einheitlichen Betrag an Lotto-Annahmestellen und andere private Vertriebsunternehmen weitergeben. Statt einer Vertriebsprovision sollten sämtliche Vertriebsstellen einen Vertriebsaufschlag in selbst gewählter Höhe festlegen.
- Der Erlaubnisvorbehalt bezüglich Werbung und Online-Vertrieb für verschiedene Spielformen sollte an gemeinsame Richtlinien geknüpft werden, die kurzfristig an die Ergebnisse belastbarer Studien zur Suchtprävention angepasst werden können. Der Erlaubniserteilung im Bereich der Lotterien sollte dabei eine Suchtpräventionsstudie vorausgehen, durch die

insbesondere Substitutions- und Komplementärwirkungen des Lottospiels untersucht werden.

- Die unterschiedliche Behandlung unterschiedlicher Spielformen, die mit der beschränkten Zulassung der gewerblichen Automaten Spiele auf der einen Seite und einem staatlichen Monopol der Spielcasinos (mit wesentlich gelockerten Werberestriktionen) auf der anderen Seite erfolgt, erscheint mit der Eindämmung der Spielsucht nicht begründbar und sollte überprüft werden.

2. Wettbewerbsdefizite im deutschen Seelotswesen

2.1 Anlass für eine Stellungnahme zum Lotswesen

55. Die Europäische Kommission hat in der Vergangenheit bereits in zwei Richtlinienentwürfen, den sog. „Port Packages“, unter anderem die Dienste der Schiffs-lotsen in Europa aufgegriffen. Ziel der Vorschläge war die Durchsetzung der im EU-Vertrag garantierten vier Freiheiten (Niederlassungsfreiheit, Freizügigkeit der Arbeitnehmer sowie freier Waren- und Dienstleistungsverkehr) und der Wettbewerbsregeln im Hafensektor und damit eine Verbesserung der Dienstqualität in Seehäfen.⁶⁰ Konkret sollte bei den Lotsendiensten die Befreiung der Schiffe von der Lotsenannahmepflicht möglich sein, für die Erbringung von Lotsendiensten sollte eine befristet geltende Genehmigung eingeholt werden und für den Fall der begrenzten Anzahl der Anbieter in einem Revier war ein transparentes, diskriminierungsfreies Auswahlverfahren vorgesehen. Die ersten beiden Richtlinienentwürfe sind im Europäischen Parlament gescheitert, der dritte ist derzeit in Vorbereitung. Gemäß der Mitteilung der Europäischen Kommission über eine europäische Hafenpolitik aus dem Jahr 2007⁶¹ wird erneut betont, dass die Einschränkung der Freiheit der Erbringung von Lotsendiensten stets erforderlich und angemessen sein müsse und die Binnenmarktfreiheiten nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinaus begrenzt werden sollten.⁶² Ausschließliche Rechte seien möglichst nicht für einen übermäßig langen Zeitraum zu verleihen, ein Auswahlverfahren sei europaweit und transparent bekannt zu machen und die Unparteilichkeit des Verfahrens müsse überprüfbar sein. Sofern die Sicherheitsanforderungen dies zuließen, sollten Ausnahmen von der Lotsenpflicht für regelmäßige Nutzer gewährt werden, um so die Kosten für den Seeverkehr zu senken. Aktuell wurde im

⁶⁰ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament und an den Rat, Verbesserung der Dienstqualität in Seehäfen: Ein zentraler Aspekt für den europäischen Verkehr, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Marktzugang für Hafendienste, KOM(2001) 35, 13. Februar 2001, sowie EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zum Markt für Hafendienste, KOM(2004) 654, 13. Oktober 2004.

⁶¹ Vgl. EU-Kommission, Mitteilung über eine europäische Hafenpolitik, KOM(2007) 616, 18. Oktober 2007, S. 12.

⁶² Vgl. hierzu auch Mitteilung der Kommission, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, ABl. EG Nr. C 17 vom 19. Januar 2001, S. 4, Rn. 23.

Rahmen der allgemeinen Überprüfung der Rahmenbedingungen für eine europäische Hafenpolitik von der Europäischen Kommission in Übereinstimmung mit dem Rat und dem Parlament eine Untersuchung des Lotswesens in Auftrag gegeben. Dabei sollen Befreiungsmöglichkeiten von der Lotsenannahmepflicht eine wichtige Rolle spielen.⁶³

56. Die Monopolkommission hat sich bereits 2006 mit Regulierungsfragen ausgewählter Freier Berufe – d. h. von Rechtsanwälten, Apothekern, Ingenieuren und Architekten – beschäftigt,⁶⁴ zu denen auch die Lotsen gehören.⁶⁵ 2010 wurde im 18. Hauptgutachten den Wettbewerbsdefiziten bei Apotheken im Einzelhandel mit Arzneimitteln ein Abschnitt im Einleitungskapitel gewidmet und die Analyse und Handlungsempfehlungen wurden vor dem Hintergrund neuer Entwicklungen aktualisiert.⁶⁶ Im Ergebnis zeigte sich, dass die betrachteten Freien Berufe einer Vielzahl von Regulierungen (Berufszugangsbeschränkungen und Beschränkungen bei der Berufsausübung) unterliegen bzw. unterlagen⁶⁷, welche sich in dieser rigiden Ausgestaltung nicht rechtfertigen lassen bzw. ließen.

57. Da Freie Berufe eine heterogene Berufsgruppe darstellen, ist es nach Meinung der Monopolkommission erforderlich, jeden Freien Beruf im Kontext seiner Charakteristika zu analysieren und anschließend einen Abgleich mit den bestehenden Regulierungen vorzunehmen. In Folgenden untersucht die Monopolkommission die Regulierung der Schiffslotsen in Deutschland unter Wettbewerbsgesichtspunkten. Im Rahmen einer Anhörung mit beteiligten Akteuren hat sie sich einen Überblick über die Märkte der Hafen- und speziell Lotsendienstleistungen verschafft. Wettbewerbsdefizite zeigten sich insbesondere im Bereich des deutschen Lotswesens. Hier war auffällig, dass im Vergleich zu anderen Freien Berufen kein Wettbewerb zwischen den Berufsangehörigen besteht, da die Börtordnung der Lotsenbrüderschaften den Lotsen explizit die Reihenfolge der Besetzung auf den Schiffen vorschreibt.

2.2 Das deutsche Seelotswesen: Ein Überblick

58. Die gesetzliche Grundlage für die deutschen Seelotsen bildet in der Hauptsache das Seelotsengesetz aus dem Jahre 1954. Mit diesem Gesetz wurde durch den Bundesgesetzgeber erstmals umfassend und einheitlich das deut-

sche Seelotswesen geregelt.⁶⁸ In ihm fand das historisch gewachsene Lotssystem mit seinen ausgeprägten regionalen Eigenheiten Eingang. Das Seelotsengesetz gilt für die See-, jedoch nicht für die Hafenslotsen. Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die Einrichtung und Unterhaltung des Seelotswesens sowie die Aufsicht über das Seelotswesen dem Bund obliegt (§ 3 Absatz 1 SeeLG), während das Hafenslotswesen Aufgabe der Länder ist.⁶⁹ Da sich in den meisten Häfen kein eigenständiger Hafenslotsbetrieb lohnt, übernehmen die vom Bund bestellten Seelotsen die Lotsberatung in den Häfen. Grundlage hierfür sind entweder Verwaltungsvereinbarungen zwischen dem Bund und den örtlichen Hafenverwaltungen (wie z. B. in den Häfen Emden, Bremen, Wismar und Rostock) oder bilaterale Vereinbarungen zwischen den Bruderschaften und den Hafenverwaltungen (so z. B. im Hafen Kiel). Einen eigenständigen Hafenslotsbetrieb gibt es nur in Hamburg und Bremerhaven, für den die Regelungen des Seelotsgesetzes indes weitgehend übernommen wurden.

59. In Deutschland gilt als Lotse, wer nach behördlicher Zulassung berufsmäßig Schiffe als orts- und schiffsfahrtkundiger Berater geleitet. Der Lotse ist nicht Teil der Schiffsbesatzung.⁷⁰ Wer den Beruf des Lotsen ausüben möchte, benötigt zunächst ein Befähigungszeugnis ohne Einschränkungen in den nautischen Befugnissen zum Kapitän (§ 9 Absatz 2 Nummer 1 SeeLG). Nach einer Seefahrtzeit von mindestens zwei Jahren⁷¹ (§ 9 Absatz 2 Nummer 2 SeeLG) ist die Zulassung als Lotse bei der zuständigen Aufsichtsbehörde möglich. Hierbei ist die Zulassung – unter Mitsprache der Lotsenbrüderschaften – davon abhängig, ob auf dem jeweiligen Revier gemäß Verkehrsaufkommen und Personalstruktur ein Be-

⁶³ Konkret sollen z.B. Schiffsfahrten mit und ohne Begleitung eines Lotsen hinsichtlich Sicherheits-, Umwelt- oder Zeitaspekten verglichen werden, <http://eupilotage.questionpro.com>

⁶⁴ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor!, Hauptgutachten 2004/2005, Baden-Baden 2006, Kapitel VI.

⁶⁵ Vgl. § 18 Absatz 1 Nummer 1 EStG sowie § 1 Absatz 2 Satz 2 PartGG. Zu den klassischen Freien Berufen zählen Ärzte, Rechtsanwälte, Architekten, Ingenieure, Apotheker, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.

⁶⁶ Vgl. Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 26 ff.

⁶⁷ So ist – im Rahmen des Inkrafttretens des neuen Rechtsdienstleistungsgesetzes am 1. Juli 2008 – das außergerichtliche Anwaltsmonopol aufgehoben worden und es wurde das Verbot eines Erfolgshonorars bei Rechtsanwälten abgeschwächt.; vgl. BVerfGE 117, 163 sowie § 4a Absatz 1 RVG.

⁶⁸ Das Seelotsengesetz regelt die Ordnung der Seelotsreviere, die Bestallung der Lotsen, die Rechtsstellung und Pflichten der Seelotsen, die Organisation und Aufgaben der Lotsenbrüderschaften und der Bundeslotsenkammer, das Seelotswesen außerhalb der Seelotsreviere, Grundlagen der Lotstarife, Ordnungswidrigkeiten und die Erhebung von Gebühren für Amtshandlungen.

⁶⁹ Nach Artikel 89 Absatz 1 GG ist der Bund Eigentümer der früheren Reichswasserstraßen. Die Bundeswasserstraßen verwaltet er gemäß Artikel 89 Absatz 2 Satz 1 GG durch eigene Behörden (Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes). Die grundsätzliche Zuweisung der Aufgaben im Bereich des Seelotswesens basiert auf Artikel 89 Absatz 2 Satz 2 GG. Hiernach nimmt der Bund die über den Bereich eines Landes hinausgehenden staatlichen Aufgaben der Binnenschifffahrt und die Aufgaben der Seeschifffahrt wahr, die ihm durch Gesetz übertragen werden.

⁷⁰ Vgl. § 1 SeeLG. Das Seelotsengesetz gilt nicht für die Hafenslotsen in Hamburg und Bremerhaven. Die Regelungen des Seelotsgesetzes wurden indes weitgehend in die Lotsenordnung für das Hafenslotswesen in Bremerhaven vom 28. November 1979, zuletzt geändert am 11. Oktober 2006, Brem.GBl. S. 439, sowie in das Gesetz über das (Hamburger) Hafenslotswesen vom 19. Januar 1981, zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Juli 2001, HmbGVBl. S. 251, übernommen.

⁷¹ Gemäß dem Zweiten Gesetz zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Seeschifffahrt vom 17. Juli 1997, BGBl. I S. 1832, wurde die in § 9 Absatz 2 Nummer 2 SeeLG vorgeschriebene Erfahrungsseefahrtzeit als Kapitän als Voraussetzung für die Zulassung als Seelotsenanwärter von sechs auf zwei Jahre reduziert. Darüber hinaus wurde in § 9 der Absatz 3 neu eingefügt, der anstelle der Seefahrtzeit auch eine praxis- und revierbezogene Grundausbildung von sechs Monaten erlaubt. Dies soll indes nur möglich sein, wenn der Ausbildungsbedarf anderweitig nicht zu decken ist. Beide Maßnahmen sollen der rückläufigen Zahl von Seelotsenanwärtern entgegenwirken; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., Seelotswesen, Das Regelwerk, 3. Aufl., Hamburg 2011, S. 33 f., 125.

darf für die Bestallung neuer Lotsen besteht (§ 8 Absatz 2 SeeLG). Gemäß § 9 Absatz 2 Nummer 4 SeeLG muss der Lotse die deutsche Sprache in Wort und Schrift beherrschen und gute Kenntnisse der englischen Sprache besitzen. Deutsch ist amtliche Beratungssprache und gilt daher als unverzichtbare Voraussetzung auch für Seelotsenanwärter aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.⁷² Nach erfolgreicher Bewerbung zum Lotsen durchläuft der Lotsenanwärter eine achtmonatige Ausbildung für das jeweilige Lotsrevier. Diese Aufgabe übernehmen die Lotsenbrüderschaften, die Prüfung nimmt ein durch die Aufsichtsbehörde gebildeter Prüfungsausschuss ab.⁷³ Nach bestandener Prüfung ist aus dem Lotsenanwärter ein „bestallter“, d. h. zugelassener Lotse geworden (§§ 11 ff. SeeLG).

60. Der Seelotse ist lediglich Berater der Schiffsführung und übernimmt nicht selbst die Führung des Schiffes (§ 1 Satz 1 SeeLG). Für einen in Ausübung der Lotstätigkeit verursachten Schaden ist der Seelotse dem Reeder des gelotsten Schiffes oder einem anderen Auftraggeber nur insoweit zum Ersatz verpflichtet, als ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Ist für einen Schaden, den der Seelotse in Ausübung der Lotstätigkeit einem Dritten zugefügt hat, neben dem Seelotsen auch der Reeder oder ein anderer Auftraggeber verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnis zueinander der Reeder oder andere Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet, soweit nicht dem Seelotsen Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 21 Absatz 3 SeeLG).⁷⁴ Damit haftet im Außenverhältnis letztlich der Reeder bei einer durch den Lotsen nur mit einfacher Fahrlässigkeit mit verursachten Kollision.

61. In Deutschland gibt es neun Lotsreviere, welche für Schiffe die Annahme eines Lotsen erfordern: zwei Hafenreviere (Hamburg, Bremerhaven) und sieben Seereviere (Ems, Weser I, Weser II/Jade, Elbe, Nord-Ostsee-Kanal I, Nord-Ostsee-Kanal II/Kieler Förde/Trave/Flensburger Förde, Wismar/Rostock/Stralsund). Zusätzlich zu dem Seelotsen müssen auf dem Nord-Ostsee-Kanal größere Schiffe sog. Kanalsteurer annehmen.⁷⁵

⁷² Die Regelungen, dass nur Deutsche in die Bewerberliste aufgenommen oder nur deutsche Befähigungszeugnisse anerkannt werden, mussten wegen Verstoßes gegen das Gemeinschaftsrecht (Gewährung der verbürgten Freizügigkeit) durch Artikel 3 Nummer 3 des Zweiten Gesetzes zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Seeschifffahrt vom 17. Juli 1997, BGBl. I S. 1832, gestrichen werden. Allerdings müssen aufgrund der gleichzeitig neu eingefügten Nummer 3 (jetzt Nummer 4) Bewerber aus dem europäischen Bereich die geforderten deutschen Sprachkenntnisse besitzen; vgl. hierzu Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Seeschifffahrt, Bundestagsdrucksache 13/6438 vom 5. Dezember 1996, S. 10, sowie Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 32 ff.

⁷³ Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 34.

⁷⁴ Vgl. ebenda, S. 18. In der Praxis geschieht es oft, dass Seelotsen nicht nur im Rahmen des Seelotsgesetzes beraten, sondern die Manövierelemente selbst bedienen. Eine solche Handlung ist allerdings im Haftungsfall nicht durch § 23 Absatz 2 SeeLG privilegiert. Unterläuft bei einer solchen Ausführungshandlung ein sorgfaltswidriger Fehler, haftet der Lotse dem Dritten und dem Reeder gegenüber dann auch für einfache Fahrlässigkeit; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 48.

⁷⁵ Vgl. § 42 Absatz 5 Satz 1 SeeSchStrO.

62. Seit 1979 besteht in den Lotsrevieren eine Lotsenannahmepflicht für Schiffe ab einer bestimmten Größe und für Fahrzeuge mit gefährlicher Ladung.⁷⁶ Außerhalb der Seelotsreviere, d. h. zwischen den Seelotsrevieren und außerhalb Deutschlands, können die Dienste der Seelotsen auf freiwilliger Basis in Anspruch genommen werden.⁷⁷ Zur Befreiung von der Lotsenannahmepflicht gibt es grundsätzlich zwei Verfahren: zum einen die Lotsbefreiung ohne Prüfung (Regelbefreiung) und zum anderen die Lotsbefreiung mit Prüfung (Antragsbefreiung).⁷⁸ Beide Verfahren binden die Befreiung an den Schiffsführer und das jeweilige Schiff und setzen ausreichende deutsche Sprachkenntnisse bei dem Schiffsführer, ein funktionstüchtiges Radargerät sowie eine UKW-Sprechfunkanlage auf dem Schiff voraus. Die Befreiung gilt für ein Jahr. Für eine Regelbefreiung muss der jeweilige Schiffsführer die Fahrtstrecke unter Lotsberatung sechs Mal innerhalb der letzten sechs Monate befahren haben. Die Antragsbefreiung betrifft die Lotsbefreiung von Seeschiffen, deren Abmessungen die für das jeweilige Revier maximal befreibaren Schiffsgrößen darstellen. Die Prüfung ist an das Niveau der Prüfung der Seelotsenanwärter angelehnt und es müssen im Vorfeld entweder zwölf oder 24 Fahrten⁷⁹ unter Lotsberatung erbracht worden sein.⁸⁰

63. Für jedes Revier gibt es eine Lotsenbrüderschaft⁸¹ (§§ 27 SeeLG), die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind (§ 27 Absatz 1 Satz 2 SeeLG). Alle für das jeweilige Revier zugelassenen Lotsen bilden die jeweilige Lotsenbrüderschaft. Die Lotsenbrüderschaft stellt die Lotsendienste auf dem jeweiligen Revier sicher. Konkret kommt den Lotsenbrüderschaften neben Aufgaben wie der Überwachung und Regelung von Berufspflichten (§ 28 Absatz 1 Nummer 1 SeeLG) sowie der Förderung der Aus- und Fortbildung der Seelotsen (§ 28 Absatz 1 Nummer 2 SeeLG) vor allem die Regelung der Dienstfolge der Lotsen für die Besetzung der Schiffe mittels Börtordnungen⁸² (§ 28 Absatz 1 Nummer 3 SeeLG) zu. Diese Aufgabe hat aufgrund der allgemeinen Lotsen-

⁷⁶ Von den Lotsabgaben befreit sind gemäß Lotstarifverordnung unter anderem Wasserfahrzeuge mit einer Bruttoreaumzahl bis zu 300 sowie Binnenschiffe (§ 1 Absatz 1 Nummer 1, 2 LTV). Revierspezifische Besonderheiten werden in den regionalen Lotstarifverordnungen geregelt.

⁷⁷ Vgl. hierzu §§ 42 bis 42 SeeLG sowie die Verordnung über das Seelotswesen außerhalb der Seelotsreviere (SeelotRevierV) vom 25. August 1978, BGBl. I S. 1515, zuletzt geändert durch Artikel 527 der Verordnung vom 31. Oktober 2006, BGBl. I S. 2407.

⁷⁸ Vgl. hierzu Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 100 ff.

⁷⁹ Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 101 f.

⁸⁰ Sonderregelungen werden in den Revierlotsverordnungen für die Befreiung für Tankschiffe getroffen. Hier werden strengere Maßstäbe für eine Befreiung angelegt, um dem gewachsenen Sicherheitsbedürfnis nach den schweren Tankerunglücken zu begegnen.

⁸¹ Es gibt sieben Seelotsenbrüderschaften: Lotsenbrüderschaft Emden, Lotsenbrüderschaft Weser II/Jade, Lotsenbrüderschaft Weser I, Lotsenbrüderschaft Elbe, Lotsenbrüderschaft Nord-Ostsee-Kanal I, Lotsenbrüderschaft Nord-Ostsee-Kanal II/Kiel/Lübeck/Flensburg, Lotsenbrüderschaft Wismar/Rostock/Stralsund und zwei Hafenlotsenbrüderschaften: Hafenlotsengesellschaft Bremerhaven, Hafenlotsenbrüderschaft Hamburg, <http://www.bshl.de/ueberlotsen/reviere/index.html>

⁸² Die Börtordnungen enthalten auch Regelungen zur Organisation des Reihendienstes, zu Ausfallzeiten des Lotsen durch Urlaub oder Krankheit, zur Organisation der Radarberatung und der Besetzung von Schiffen mit mehr als einem Lotsen; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 145.

annahmepflicht besonderes Gewicht, da ohne Verfügbarkeit eines Lotsen das annahmepflichtige Fahrzeug nicht ein- oder auslaufen darf. Die im Reihendienst befindlichen Lotsen werden in der Börtliste geführt. In dieser Liste hat sich jeder Lotse bei Ankunft auf der Einsatzstation einzutragen („Bört nehmen“). Tritt der Lotse seinen Dienst gemäß Börtfolge selbst verschuldet nicht an, muss er einen finanziellen Ausgleich entrichten.⁸³

64. Seelotsen haben zwecks berufsständischer Selbstverwaltung eine eigene Berufskammer, deren Mitglieder die Lotsenbrüderschaften sind (§ 34 Absatz 1 Satz 1 SeeLG). Die Bundeslotsenkammer ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 34 Absatz 1 Satz 2 SeeLG) und wird vom Bundesverkehrsministerium beaufsichtigt (§ 34 Absatz 2 Satz 1 SeeLG). Gemäß § 35 Absatz 2 Nummer 1 SeeLG ermittelt sie in Fragen, welche die Gesamtheit der Lotsenbrüderschaften betreffen, deren Auffassung. Sie vertritt des Weiteren unter anderem die Gesamtheit der Lotsenbrüderschaften gegenüber Behörden und Organisationen (§ 35 Absatz 2 Nummer 2 SeeLG), vermittelt bei Streitigkeiten (§ 35 Absatz 2 Nummer 3 SeeLG) und wirkt an der Gesetzgebung über das Seelotswesen gutachterlich mit (§ 35 Absatz 2 Nummer 5 SeeLG).

65. Das Versetzwesen garantiert die Beförderung des Lotsen zum Schiff (Versetzen) und das Abholen vom Schiff nach Beendigung der Lotsung (Ausholen). Dies geschieht, außer im Falle einer Versetzung mit dem Hubschrauber, mit einem Versettschiff. Vorhaltung, Unterhaltung und Betrieb aller Lotseinrichtungen (d. h. der festen und schwimmenden Lotsenstationen sowie der Versettschiff- und Zubringerfahrzeuge) obliegen der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung (§ 6 Absatz 1 SeeLG), können indes durch nähere Bestimmung einer Lotsverordnung auch von der Lotsenbrüderschaft, der Bundeslotsenkammer oder natürlichen oder juristischen Personen wahrgenommen werden (§ 6 Absatz 2 Satz 1 SeeLG). Das Bundesverkehrsministerium hat von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht und den Betrieb und die Unterhaltung der Bundeslotsenkammer übertragen. Die wiederum hat diese Aufgaben dem Lotsbetriebsverein e. V. übertragen, der von den Lotsenbrüderschaften gegründet wurde.⁸⁴ Wenngleich der Lotsbetriebsverein in der Hauptsache für das Versetzwesen verantwortlich ist und aufgrund der teuren Infrastruktur wenig Anbieter auf diesem Markt aktiv sind, gibt es durchaus Ausschreibungen und alternative Anbieter. So wird der Versettdienst durch Hubschrauber aktuell für drei Jahre ausgeschrieben. Überdies haben kleinere Reviere wie Rostock und Jade einen alternativen Anbieter. An der Küste Mecklenburg-Vorpommerns ist der Lotsversettdienst grundsätzlich einem privaten Betreiber übertragen. Die Prüfung eines solchen Alternativangebots durch Dritte geschieht durch das Bundesverkehrsministerium.

⁸³ Eine häufig genutzte Möglichkeit ist daher der Börttausch zwischen zwei Lotsen. Zudem ist es auch möglich, sich durch einen „Börtkauf“ von der Dienstverpflichtung freizukaufen.

⁸⁴ Der Lotsbetriebsverein führt diese Aufgabe gemäß der gegenüber der Bundeslotsenkammer erlassenen Verwaltungsanordnung und mit den hierfür über einen Wirtschaftsplan für jeweils ein Jahr zur Verfügung gestellten Haushaltsmitteln durch. Die Lotseinrichtungen müssen nicht vom Bund erworben werden, sondern können gleichsam gemietet oder geleast werden. Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 26, S. 139 f.

66. Die Lotstarife⁸⁵ unterteilen sich in die beiden wesentlichen Komponenten Lotsgeld und Lotsabgabe (§ 45 SeeLG). Das Lotsgeld ist das Einkommen der Lotsen, welches am Kapitän Gehalt orientiert ist. Die Lotsabgabe soll die Kosten der Bereitstellung der erforderlichen Infrastruktur decken. Die Lotstarife sind im Wesentlichen abhängig von dem Revier und der Schiffsgröße. Die Zahlungspflicht entsteht bei den Lotsabgaben mit Befahren des Reviers, bei den Lotsgeldern mit der Anforderung des Seelotsen. Auf Basis der Lotstarifverordnung wurden 2010 fast 125 Mio. Euro an Lotsgeldern und 52 Mio. Euro an Lotsabgaben von der deutschen und der überwiegend ausländischen Schifffahrt erhoben.⁸⁶

67. Die Fortschreibung der Lotstarifverordnung obliegt dem Bundesverkehrsministerium (§ 45 Absatz 2 SeeLG). Zur Festlegung der Lotsgelder bestimmt das Ministerium zunächst die Eckdaten für die Tarifierung. Hierbei geht es im Wesentlichen um die Fortschreibung der jährlichen Sollbetriebseinnahmen⁸⁷ in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Entwicklung sowie gegebenenfalls um die Einbeziehung neuer Kostenfaktoren. Die wirtschaftliche Entwicklung bildet ein Index ab.⁸⁸ Dieser setzt sich zu 50 Prozent aus der Gehaltsentwicklung gemäß Heuertarifvertrag See und zu 50 Prozent aus dem Index der tariflichen Monatsverdienste in Deutschland gemäß Statistischem Bundesamt zusammen. Das Bundesverkehrsministerium hört zur Entscheidungsfindung die Bundeslotsenkammer, den Bundesverband der See- und Hafencost, die Küstenländer (Hamburg, Bremen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern), die zentralen maritimen Wirtschaftsverbände⁸⁹ und die Handelskammern Hamburg und Bremen an. Anschließend erstellen die jeweils zuständigen Wasser- und Schifffahrtsdirektionen Nord oder Nordwest einen Soll-Ist-Vergleich, der für jedes Seelotsrevier getrennt berechnet wird. Hieraus ergibt sich der Anpassungsbedarf der Tabellenwerte für das Folgejahr.⁹⁰ Eine Rückwärtstarifierung ist nicht möglich. Die Zahlen des

⁸⁵ Die Lotskosten finden sich für Bremerhaven in § 12 der Hafengebührenordnung für die Häfen in Bremen und Bremerhaven vom 1. April 2006, zuletzt geändert am 5. Juli 2011 und 13. Dezember 2011, Brem.GBl. 2012 S. 24, und für Hamburg in der Tarifordnung für das Hafencostrevier vom 7. Juli 1981, zuletzt geändert durch am 23. September 2008, HmbGVBl. S. 349.

⁸⁶ Darin enthalten sind auch die Kosten für die Radarberatungen durch Seelotsen aus den Verkehrszentralen, für die bei durchschnittlich 9 000 Radareinsätzen pro Jahr insgesamt 6 Mio. Euro von der Schifffahrt zu entrichten sind; vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 72 ff.

⁸⁷ Hierin enthalten sind sämtliche Sozialversicherungskosten sowie unter anderem die Beiträge für die Selbstverwaltung.

⁸⁸ Nach aktuellem Stand vom März 2012 beträgt die Steigerungsrate 1,62 Prozent, im Jahr 2010 waren es 2,73 Prozent.

⁸⁹ Hierzu gehört der Verband Deutscher Reeder, der Zentralverband Deutscher Schiffsmakler und der Zentralverband der Deutschen Seehafenbetriebe.

⁹⁰ Die Steigerung der Sollbetriebseinnahmen muss insoweit nicht unbedingt auch Auswirkungen auf die Tabellen der Lotsgeldtarife haben, da dies davon abhängt, wie viele Einnahmen in der Vorperiode tatsächlich generiert wurden. Die Auswirkungen sind für jedes Revier unterschiedlich, da Notwendigkeit und Höhe der Anpassung abhängig sind von der Entwicklung des Schiffsverkehrs in den entsprechenden Revieren (Einnahmen des Vorjahres und Prognose für das kommende Jahr). So steigt z.B. durch das Anwachsen der Schiffsgrößen die durchschnittliche Einnahme für eine Lotsung und somit die Gesamteinnahme.

jeweiligen Soll-Ist-Vergleichs sind Grundlage für die Beratung in fünf regionalen Arbeitskreisen. Hier hat die jeweils zuständige Wasser- und Schifffahrtsdirektion den Vorsitz. Mitglieder der Arbeitskreise sind die betroffenen Lotsenbrüderschaften, Vertreter des jeweiligen Küstenlandes und der regionalen maritimen Wirtschaft. Die Wasser- und Schifffahrtsdirektionen legen Vorschläge für die Lotsgelttabellen unter Berücksichtigung regionalspezifischer Besonderheiten vor. Abschließend werden die Vorschläge der Arbeitskreise durch das Bundesverkehrsministerium mit der Änderung der Lotstarifverordnung umgesetzt.⁹¹

68. Die für den Lotsendienst erforderlichen Lotseinrichtungen, wie beispielsweise Versetzschiffe oder Landstationen, werden aus den Lotsabgaben bestritten. Die Lotsabgabe ist eine öffentliche Abgabe an das Bundesfinanzministerium, bei deren Festsetzung das Bundesverkehrsministerium an das Votum des Bundesfinanzministeriums gebunden ist. Gemäß § 45 Absatz 3 Satz 1 SeeLG sind die Lotsabgaben so zu bemessen, dass ihr Aufkommen höchstens die öffentlichen Ausgaben für Zwecke des Seelotswesens deckt. Allerdings ist das öffentliche Interesse an der Förderung des Verkehrs zu berücksichtigen und das Bundesverkehrsministerium besitzt einen Ermessensspielraum, um aufgrund gesamtwirtschaftlicher Nachteile von einer vollen Kostendeckung abweichen zu können. Zuletzt wurde hiervon 2009 und 2010 Gebrauch gemacht und die Lotsabgaben wurden um 10 bzw. 5 Prozent zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Seehäfen und des Nord-Ostsee-Kanals während der wirtschaftlichen Rezession gesenkt.⁹²

69. Im Ergebnis zeigt sich eine für klassische Freie Berufe typische, starke Regulierung, welche dem Berufseintritt, der Berufsausübung und auch der Nachfrage enge regulatorische Grenzen setzt. Die Struktur des Lotswesens ist geprägt von Marktzugangs- und Verhaltensvorschriften.

Bei den Marktzugangsvorschriften finden sich Zulassungsvoraussetzungen (z. B. die Beherrschung der deutschen Sprache in Wort und Schrift für Seelotsenanwärter), Zulassungsbeschränkungen in Abhängigkeit von Verkehrsaufkommen und bereits vorhandenen Revierlotsen sowie Pflichtmitgliedschaften in einer Lotsenbrüderschaft und der Bundeslotsenkammer als Voraussetzung für die Tätigkeit als Lotse.

Zu den Verhaltensvorschriften zählen die Preisregulierung und der Kontrahierungszwang (Lotsenannahmepflicht). Des Weiteren zählt hierzu das System der Börtfolge, welches eine ständige Verfügbarkeit der Lotsen sicherstellen soll. Bei den Schiffsloten ist augenfällig, dass den Nachfragern aufgrund der Börtfolge auch nicht die Möglichkeit gegeben ist, einen Anbieter, d. h. Lotsen, frei zu wählen. In Verbindung mit dem Kontrahierungszwang

und den festgeschriebenen Preisen für die Dienstleistung wird dem Nachfrager jeder Handlungsspielraum genommen. Wettbewerb wird allenfalls marginal im Randbereich zugelassen, wie sich anhand der Ausschreibung des Versetzdienstes mit Helikoptern zeigt.

2.3 Rechtfertigung der Regulierung?

70. Regulierungsinstrumente müssen notwendig und verhältnismäßig sein.⁹³ So ist insbesondere zu prüfen, ob nicht marktnähere, weniger restriktive Lösungen gefunden werden können, die mögliche Marktunvollkommenheiten mindern oder sogar heilen können. Nach Informationen der Monopolkommission können die Lotskosten – je nach Schiffstyp und Revier – zwischen etwa 15 und 30 Prozent der gesamten Hafenanlauf- und Hafenaufahrtskosten⁹⁴ betragen. Mehr Wettbewerb in diesem Markt könnte für ein Absinken der Lotsentgelte sorgen⁹⁵ und damit auch die Wettbewerbssituation deutscher Seestraßen und Häfen im europäischen und internationalen Vergleich stärken. Außerdem ist zu erwarten, dass sich eine Belebung des Wettbewerbs auch positiv auf weitere Wettbewerbsparameter, wie z. B. den technischen Fortschritt oder die Servicequalität, auswirkt.

71. Von den Befürwortern der vorhandenen Marktstruktur wird argumentiert, dass die Erbringung von Lotsdienstleistungen eine hoheitliche Tätigkeit sei, die man nicht dem Wettbewerb öffnen könne. Im Vordergrund der Rechtfertigung steht dabei insbesondere die Sicherheit. Ohne die bestehende umfassende Regulierung, so die Begründung der Lotsenvertreter und Aufsichtsbehörden, könnten die hohen Sicherheitsstandards und die Sicherstellung einer ständigen Verfügbarkeit von Lotsen nicht gewährleistet werden. Einzig und allein die jetzt bestehende Marktausgestaltung garantiere eine optimale Marktversorgung.

72. Der seitens der Aufsichtsbehörden geäußerten Ansicht, dass die Beratung eines Kapitäns durch einen Lotsen eine hoheitliche Aufgabe darstelle, kann nicht gefolgt werden. Nach Meinung der Monopolkommission ergibt sich eine hoheitliche Aufgabe nicht bereits aufgrund der allgemeinen Lotsenannahmepflicht. Auch die Tatsache, dass Bund und Ländern die Einrichtung und Unterhaltung des Lotswesens sowie die Aufsicht über das Lotswesen obliegt, macht die Lotsleistung selbst zu keiner hoheitlichen Tätigkeit. Eine Beleihung, d. h. eine Übertragung von Hoheitsrechten auf die Lotsen, ist nicht erkennbar. Der Lotse ist lediglich Berater des Kapitäns

⁹¹ Hierbei werden noch einmal die Bundeslotsenkammer, der Bundesverband der See- und Hafenlotsen, die Küstenländer sowie die zentralen maritimen Wirtschaftsverbände und die Handelskammern Hamburg und Bremen angehört.

⁹² Vgl. Heinrich, J./Steinicke, D., a. a. O., S. 75 f.

⁹³ Vgl. auch Monopolkommission, Hauptgutachten 2004/2005, a. a. O., Kapitel VI.

⁹⁴ Hierzu zählen unter anderem Agenturgebühren (Gebühren des Reeders an den Schiffsagenten), Gebühren für Port Authorities, Kosten der Müllbeseitigung, Kosten für das Fest- und Losmachen des Schiffes, Kai-Benutzungsgebühren (für einen Terminalbetreiber), Zollabfertigungsgebühren, mögliche Schleppkosten sowie Beiträge für die Gesellschaft zur Rettung Schiffbrüchiger und die Seemannsmission.

⁹⁵ Nach Informationen der Marktteilnehmer sanken durch die Öffnung des Marktes der Schleppdienste im Hamburger Hafen, durch die in den 1990er Jahren niederländische Anbieter in den Markt eintraten, die Preise daraufhin um etwa 30 Prozent.

und hat keine Weisungsbefugnis (§ 23 Absatz 1 SeeLG). Für die Führung des Schiffes bleibt der Kapitän selbst dann verantwortlich, wenn er selbständige Anordnungen des Seelotsen hinsichtlich der Führung des Schiffes zulässt (§ 23 Absatz 2 SeeLG). Hierdurch wird das Zwangslotssystem ausgeschlossen, bei dem der Lotse die Schiffsführung übernimmt. Der Lotse übt seinen Beruf als freien, nicht gewerblichen Beruf aus (§ 21 Absatz 2 SeeLG) und führt die Lotsung in eigener Verantwortung durch (§ 21 Absatz 2 SeeLG). Die Beratungsleistung erbringt er als Freiberufler auf der Basis eines mit dem Reeder geschlossenen privatrechtlichen Dienstvertrags. Demgegenüber gehören die Beförderung zum Schiff und die Abholung von dort nicht zu den vertraglichen Aufgaben des Seelotsen. Dafür ist allein der Staat zuständig, der die Beförderung der Lotsen hoheitlich erbringt.⁹⁶ Grundsätzlich müssen aber auch hoheitliche Aufgaben nicht zwangsläufig dem Wettbewerb verschlossen bleiben. So zeigt sich im Falle des Versetzwesens, dass die hoheitliche Aufgabe der Lotsenbeförderung durchaus in Form einer Ausschreibung an private Anbieter vergeben werden kann und der Staat insoweit lediglich die Aufgabenerfüllung garantiert (Idee des Gewährleistungsstaates).

73. Aus volkswirtschaftlicher Sicht besteht möglicherweise die Problematik einer gravierenden asymmetrischen Informationsverteilung. Informationsunterschiede zwischen Dienstleistungsnachfragern, typischerweise Laien, und Dienstleistungsanbietern als Berufsträgern mit hoch spezialisiertem Fachwissen⁹⁷ sind ein ganz typisches Merkmal auf den Märkten der Dienstleistungen klassischer Freier Berufe. Informationsunterschiede – und daraus abgeleitet die Transaktions- bzw. Informationskosten für deren Überwindung – sind dann am größten, wenn die Dienstleistung eine hohe Spezifität aufweist, selten nachgefragt wird und durch einen hohen Unsicherheitsgrad gekennzeichnet ist.⁹⁸ In einem solchen Fall kann der Nachfrager die Qualität und Notwendigkeit der Leistung nicht beurteilen. Tatsächlich haben Schiffslotsen teilweise aufgrund ihrer spezifischen Revierkenntnisse (z. B. geografische Verhältnisse, Wetter) einen Informationsvorsprung gegenüber dem Kapitän, der Reederei oder dem Schiffsmakler. Allerdings kann dieser Informationsvorsprung – und das spielt gerade auf diesem Markt eine entscheidende Rolle – durch ein häufiges Befahren des Reviers durch den Kapitän verringert oder sogar gänzlich aufgehoben werden, sodass hierdurch die verpflichtende Annahme eines Lotsen überflüssig wird. Im Vergleich zu den Vertragsbeziehungen anderer Freier Berufe und ihrer Nachfrager (z. B. Arzt und Patient) ist es einem Kapitän also möglich, die Aufgabe der Lotsung bei entsprechendem Ortskenntnis selbst zu übernehmen. Dies wird auch

durch die bereits jetzt bestehenden Möglichkeiten einer Befreiung von der Lotsenannahmepflicht bestätigt. Dies zeigt, dass Flexibilitäten innerhalb der rigiden Marktordnung – unter Wahrung von Qualitätsanforderungen – zugelassen werden können und auch bereits zugelassen werden. Überdies ist zu konstatieren, dass die Weiterentwicklung der Navigationstechnologie Unsicherheiten des Kapitäns bei der Steuerung eines Schiffes verringert hat. Um Informationsasymmetrien zu verringern, bietet sich im Übrigen auch eine vertikale Integration an, d. h. das alternative Geschäftsmodell von bei einem Reeder angestellten Lotsen.

74. Augenfällig erscheint der Monopolkommission der Unterschied gegenüber den Informationsasymmetrien auf den Märkten der Dienstleistungen der klassischen Freien Berufe. Denn im deutlichen Unterschied zu Patienten, Mandanten oder Bauherren sind der Kapitän und die Reederei mit der Materie sehr gut vertraut. Die berufliche Nähe eines Kapitäns gegenüber einem Lotsen – so ist der Lotse in Deutschland heutzutage ein ausgebildeter Kapitän⁹⁹ – bewirkt, dass der Kapitän viel eher in der Lage sein dürfte, die Dienstleistung nach bestimmten Kriterien ex ante und ex post zu beurteilen. Insbesondere ein nachvertragliches Kontrollproblem seitens des Kapitäns kann aufgrund der beruflichen und auch räumlichen Nähe des Kapitäns zu dem Lotsen auf der Kommandobrücke ausgeschlossen werden. Man kann von einer „Transaktion auf Augenhöhe“ sprechen. Die mögliche Gefahr einer Negativauslese¹⁰⁰, d. h. eines Rückgangs guter Qualitäten bei rückläufiger Zahlungsbereitschaft und eines Ausbleibens effizienzorientierter Auswahlprozesse, kann nach Meinung der Monopolkommission ausgeschlossen werden. Im Ergebnis sind Ex-ante-Informationsasymmetrien vorhanden, allerdings sind diese – im entscheidenden Unterschied zu den klassischen Freien Berufen – nicht gravierend.

75. Allerdings erkennt die Monopolkommission bei Lotsendienstleistungen die Problematik negativer externer Effekte. Das bedeutet, dass Fehler bei der Schiffsführung gravierende negative Auswirkungen auf unbeteiligte Dritte haben können und damit nicht allein den Kapitän und den Reeder schädigen. So können bei einer Havarie neben dem entsprechenden Reeder auch andere Schiffe und die Umwelt (z. B. wenn das Schiff Rohöl oder Chemikalien geladen hat und diese im Falle einer Kollision austreten) negativ betroffen sein. Es besteht die Gefahr, dass Kapitäne oder Reeder derartige negative Externalitäten nicht berücksichtigen (wollen) und daher – zumindest wenn keine entsprechenden Haftungsregeln bestehen – nicht ausreichend Sorgfalt walten lassen. Die verpflichtende Beratung eines Lotsen kann in einem derartigen Fall durchaus qualitätssichernd wirken und die Gefahr ne-

⁹⁶ Vgl. Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 19. August 2010, 6 U 8/09, Rn. 43.

⁹⁷ Man spricht von einer Principal-Agent-Problematik, bei welcher der Auftraggeber (Principal) gegenüber dem Auftragnehmer (Agent) einen Informationsnachteil hat. Allen sich hieraus ergebenden Problemen und auch Lösungsmöglichkeiten widmet sich die Principal-Agent-Theorie.

⁹⁸ Vgl. Williamson, O.E., *The Economic Institutions of Capitalism*, New York 1985, S. 52.

⁹⁹ Ursprünglich waren es ortskundige Fischer, die im 13. bis 14. Jahrhundert Lotsaufgaben übernahmen; vgl. Bundesverband der See- und Hafenslotsen e.V., *Die Aufgaben eines Seelotsen*, <http://www.bshl.de/ueber-lotsen/berufsbild/index.html>

¹⁰⁰ Vgl. Akerlof, G., *The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, *Quarterly Journal of Economics* 84(3), 1970, S. 488–500.

gativer externer Effekte verringern. Allerdings muss festgestellt werden, dass der Reeder und der Kapitän üblicherweise wenig Interesse daran haben dürften, hinsichtlich der Wartung bzw. der Führung des Schiffes geringe Sorgfalt walten zu lassen. Denn einerseits wird im Falle einer Kollision das eigene Schiff mitsamt der Besatzung, der Ladung oder den Passagieren ebenfalls in Mitleidenschaft gezogen und überdies bestehen Haftungsregelungen für seitens eines Schiffes verursachte Schäden,¹⁰¹ welche ex ante disziplinierend wirken.

76. Nichtsdestotrotz mag das Problem negativer externer Effekte eine gewisse Rolle spielen, sofern sich Haftungsregeln nicht oder nicht vollständig durchsetzen lassen. Nachfolgend greift die Monopolkommission nun die Regulierungen heraus, welche sie in dem bestehenden Umfang für ökonomisch nicht gerechtfertigt oder zumindest für deutlich verbesserungswürdig erachtet. Nach Ansicht der Monopolkommission sind Qualifikationsanforderungen als Zulassungsvoraussetzung grundsätzlich geeignet, um insbesondere das auf diesem Markt bestehende Risiko negativer Externalitäten zu verringern. So wirkt sich die Entscheidung eines Reeders oder Schiffsmaklers, einen Lotsen mit deutlich geringerer Qualifikation anzuheuern, beispielsweise auch auf die Sicherheit dritter Verkehrsteilnehmer aus. Überdies wirken Qualifikationsanforderungen ex ante transaktionskostensenkend. Kritisch sieht die Monopolkommission indes die bestehende Sprachreihenfolge Deutsch/Englisch. Derzeitig ist die Reviersprache vorrangig Deutsch. Dies erscheint auch insoweit widersprüchlich, da einerseits die Qualitätsanforderungen für die Lotstätigkeit in den letzten Jahren verringert wurden, um dem Nachwuchsmangel entgegenzuwirken, und andererseits die Voraussetzung des Beherrschens der deutschen Sprache in Wort und Schrift weiter aufrechterhalten wird. Dies stellt eine deutliche Marktzutrittschranke für nicht deutsche Lotsenanwärter dar.

77. Die Zulassungsbeschränkung für Lotsenanwärter erscheint als ein Mittel, um eine Aufteilung der Monopolrenten auf möglichst wenig Köpfe zu erreichen. Die Monopolkommission sieht eine faktische Regulierung der Anzahl von Lotsen im Markt – insbesondere in Verbindung mit einem fehlenden Preiswettbewerb – kritisch, da diese als Markteintrittsbarriere für Lotsenanwärter wirkt. Dass eine Zulassungsbeschränkung Informationsasymmetrien und die Gefahr negativer externer Effekte effektiv verringern kann, ist nach Meinung der Monopolkommission nicht erkennbar.

78. Die Selbstverwaltung der Lotsen findet in den Lotsenbrüderschaften und der Bundeslotsenkammer ihren Ausdruck. Der Vorteil einer Selbstverwaltung besteht grundsätzlich darin, dass die betroffene Berufsgruppe über eine hohe Sachkenntnis verfügt. Durch die Schaffung von Standards hinsichtlich Ausbildung und Berufsausübung können Ex-ante-Informationsasymmetrien reduziert und negative externe Effekte vermieden werden. Der wesentliche Nachteil der Selbstverwaltung besteht indes typischerweise in dem Konflikt zwischen der Funk-

tion als Kontrollgremium einerseits und der Interessenvertretung andererseits. So besteht immer die Gefahr, dass bei Entscheidungen die Interessen der Berufszugehörigen gegenüber denen von Nachfragern oder potenziellen Berufseinsteigern im Vordergrund stehen. Die Verbindung aus Selbstverwaltung und Aufsicht des Bundes bewirkt ein – aus Sicht der Monopolkommission – abgeschlossenes und relativ intransparentes System, in dem Wettbewerb zugunsten von scheinbaren Sicherheitsargumenten ausgeschlossen wird.

79. Die individuelle Festlegung der Preise durch die Anbieter ist ein zentrales Merkmal marktwirtschaftlichen Handelns. Der Preis für eine Dienstleistung ist ein Knappheitsindikator, gemessen an Angebot und Nachfrage. Die Preise für Lotsungen bestimmen sich nach der Lotstarifverordnung. Dabei darf der Seelotse keine anderen als die durch Lotstarifverordnung festgesetzten Lotsgelder fordern, sich versprechen lassen oder annehmen.¹⁰² Preisregulierungen werden von ihren Befürwortern in erster Linie damit begründet, dass kein Preis-, sondern ein reiner Qualitätswettbewerb stattfinden solle.

Es ist zu konstatieren, dass festgeschriebene Preise transaktionskostensenkend wirken. Allerdings ist der Eingriff in die freie Preisfestsetzung ein besonders schwerwiegender, der mit gravierenden Problemen behaftet ist. Neben Problemen wie der Abschöpfung von Monopolrenten durch die Berufsträger ist für die Monopolkommission nicht schlüssig, dass Preisregulierungen zu mehr Qualität der Dienstleistung führen sollten. Fraglich ist dies insbesondere, weil in Verbindung mit den Instrumenten der Lotsenannahmepflicht und der Börtfolge der (Qualitäts-)Wettbewerb zwischen den Lotsen kategorisch ausgeschlossen wird. Wie in solch einem Konstrukt vermehrt Leistungsanreize entstehen sollen, ist unklar. Die etwaige Gefahr negativer externer Effekte kann mit diesem Instrument ebenfalls nicht verringert werden, da eine starre, administrative Tarifierung keine Aussage über die Qualität der Dienstleistung erlaubt. Überdies wurde der Monopolkommission berichtet, dass die fehlende Einkommensdifferenzierung zwischen den Revieren dazu führe, dass attraktive Reviere sehr großen Zulauf von Lotsenanwärtinnen hätten, während es in weniger beliebten Revieren Probleme gebe, Nachwuchs zu rekrutieren. Auch vor diesem Hintergrund hält die Monopolkommission fixe Lotstarife für nicht gerechtfertigt. In diesem Zusammenhang erachtet die Monopolkommission auch die vorgeschriebene Börtreihenfolge für nicht zwingend. Dass ein Kapitän die Möglichkeit erhält, einen Lotsen selbst auszuwählen, dürfte für mehr Wettbewerb zwischen den Lotsen sorgen.

80. Eine Lotsenannahmepflicht kann Informationsasymmetrien und die etwaige Gefahr negativer externer Effekte verringern. Wie gezeigt werden konnte, kann der Informationsvorsprung des Lotsen indes insbesondere durch ein häufiges Befahren des Reviers durch den Kapitän, eine vertikale Integration durch Anstellung der Lotsen bei einem Reeder sowie moderne Navigationstechnologie verringert oder sogar gänzlich aufgehoben werden. Hierdurch wird die verpflichtende Annahme eines Lotsen

¹⁰¹ Vgl. insbesondere §§ 484 ff. HGB.

¹⁰² § 45 Absatz 5 SeeLG.

überflüssig. Als problematisch erachtet die Monopolkommission auch die Voraussetzung ausreichender deutscher Sprachkenntnisse, um als Schiffsführer von der Lotsenannahmepflicht befreit werden zu können, da diese dazu beiträgt, die Befreiung von der Lotsenannahmepflicht für die Kapitäne zu erschweren.

2.4 Handlungsempfehlungen der Monopolkommission

81. Der Markt für Dienstleistungen der Hafен- und Seelotsen in Deutschland sollte transparenter und durchlässiger gestaltet werden. Die Monopolkommission empfiehlt daher mehr Transparenz bei der Selbstverwaltung sowie der Aufsicht des Bundes. Dies kann beispielsweise durch eine regelmäßige Veröffentlichung von Parametern, wie z. B. Gehaltszusammensetzung, Informationen über die Fortbildungsinhalte der Lotsen, Qualitätssicherungsmaßnahmen oder auch Unfallzahlen, geschehen.

82. Des Weiteren sollte die Lotstarifverordnung lediglich als nicht bindender Referenztarif ausgestaltet werden. Das heißt, dass die Lotstarifverordnung nur dann anwendbar ist, soweit bei Vertragsschluss nichts anderes vereinbart wird. Ebenso sollte die Beschränkung der Zulassung der Lotsen in Abhängigkeit von Personalstruktur und Verkehrsaufkommen in dem jeweiligen Revier aufgehoben werden und es sollte eine freie Lotsenwahl – abweichend von der Börtreihenfolge – ermöglicht werden.

83. Die Monopolkommission spricht sich des Weiteren dafür aus, die (erste) Reviersprache von Deutsch auf Englisch zu ändern. Dies ermöglicht bessere Markteintrittschancen für nicht deutsche Lotsenanwärter und ausländische Kapitäne könnten so leichter Freifahrerregelungen in Anspruch nehmen.

84. Die Monopolkommission regt eine Diskussion über eine Erweiterung der Befreiungsmöglichkeiten von der Lotsenannahmepflicht an. An dieser Stelle kann nicht abschließend eingeschätzt werden, welche expliziten Voraussetzungen für den Kapitän und das Schiff hinsichtlich einer Erweiterung der Befreiung von der Lotsenannahmepflicht gelten sollten. Die Monopolkommission spricht sich zur Verringerung von Informationsasymmetrien auch für die Option der vertikalen Integration aus, bei der Lotsen im Rahmen eines alternativen Geschäftsmodells auch bei einem Reeder angestellt werden können.

85. Des Weiteren sollte nach Ansicht der Monopolkommission die derzeit festgeschriebene Organisationsform der Lotsenbrüderschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts überdacht werden. Die Monopolkommission sieht keinen Grund, das derzeitige System der Selbstverwaltung nicht auch für andere Gesellschaftsformen zu öffnen. Die Monopolkommission konnte überdies keine Argumente gegen die Zulassung möglicher konkurrierender Lotsenbrüderschaften finden. Mittelfristig spräche nichts gegen die Einrichtung konkurrierender Lotsenbrüderschaften auf diesem Markt, insbesondere vor dem Hintergrund einer zukünftig möglicherweise höheren Anzahl an Zulassungen.

3. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich

86. Die Monopolkommission setzt sich seit längerer Zeit für eine grundlegende Veränderung der gesetzlichen Rahmenbedingungen im Eisenbahnbereich ein.¹⁰³ In ihrem Koalitionsvertrag kündigte die Bundesregierung 2009 eine Überarbeitung des bestehenden Regulierungsrechts an.¹⁰⁴ Anfang des Jahres 2012 wurde schließlich der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich (ERegG-E) des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vorgelegt. Vor dem Hintergrund ihrer wiederholten Forderungen begrüßt die Monopolkommission die geplante Novellierung. Insgesamt stellt der vorliegende Gesetzentwurf einen Schritt in die richtige Richtung dar. In einigen ganz wesentlichen Punkten besteht jedoch dringender Nachbesserungsbedarf. Die grundlegende Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich sollte dazu genutzt werden, die Regulierungsziele der Stärkung des Wettbewerbs und der Steigerung der Effizienz ambitioniert zu verfolgen und bestehende Hindernisse konsequent zu beseitigen.

87. Im vorliegenden Gesetzentwurf ist die Neugestaltung und Neuausrichtung der Entgeltregulierung am Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL), die Einführung einer Ex-ante-Genehmigung der Entgelte, die Stärkung der Bundesnetzagentur sowie die übersichtliche Zusammenführung aller relevanten Vorschriften aus dem Allgemeinen Eisenbahngesetz und der Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung positiv hervorzuheben. Allerdings enthält der Gesetzentwurf auch Regelungen, die nicht der Stärkung des Wettbewerbs, der Steigerung der Effizienz und damit der gesellschaftlichen Wohlfahrt dienen. Dazu ist neben einigen abzulehnenden Neuerungen insbesondere die Beibehaltung vieler nicht zielführender Regelungen zu kritisieren. Die Monopolkommission nimmt vor diesem Hintergrund im Folgenden zu einigen besonders relevanten Punkten Stellung.

88. Die Monopolkommission begrüßt, dass der ihren eigenen Auftrag betreffende § 59 ERegG-E um einen Absatz 2 erweitert wurde, in welchem die Bundesregierung als Adressat des Gutachtens genannt ist und zum Gutachten Stellung zu nehmen hat. Jedoch wird der Monopolkommission weiterhin kein Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur eingeräumt. Ein solches ist aber zur Erfüllung des in § 59 ERegG-E Absatz 1 erteilten Auftrags erforderlich.¹⁰⁵

¹⁰³ Vgl. Monopolkommission, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Sondergutachten 60, Baden-Baden 2011, insbesondere Abschnitt 1.1.

¹⁰⁴ Vgl. Wachstum. Bildung. Zusammenhalt – Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP, Berlin, 26. Oktober 2009, S. 37.

¹⁰⁵ Bereits in ihrer Stellungnahme zum 17. Hauptgutachten der Monopolkommission äußerte sich die Bundesregierung dahin gehend positiv, dass sie das Ziel, im Regulierungsrecht einheitliche Standards für alle regulierten Bereiche festzulegen, unterstützt. Die Bundesregierung sicherte zu, sich dafür einzusetzen, dass im Allgemeinen Eisenbahngesetz, im Energiewirtschaftsgesetz und im Postgesetz ein dem § 46 Absatz 2a GWB und dem § 121 Absatz 3 Satz 3 TKG entsprechendes Akteneinsichtsrecht vorgesehen wird; vgl. Bundestagsdrucksache 16/11558 vom 19. Dezember 2008, Tz. 14.

Bisherige Gutachten der Monopolkommission

Alle Veröffentlichungen sind im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

Hauptgutachten

- | | | |
|-----------------------|--------------|--|
| Hauptgutachten I: | (1973/1975): | Mehr Wettbewerb ist möglich. 1976, 2. Aufl. 1977. |
| Hauptgutachten II: | (1976/1977): | Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen. 1978. |
| Hauptgutachten III: | (1978/1979): | Fusionskontrolle bleibt vorrangig. 1980. |
| Hauptgutachten IV: | (1980/1981): | Fortschritte bei der Konzentrationserfassung. 1982. |
| Hauptgutachten V: | (1982/1983): | Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung. 1984. |
| Hauptgutachten VI: | (1984/1985): | Gesamtwirtschaftliche Chancen und Risiken wachsender Unternehmensgrößen. 1986. |
| Hauptgutachten VII: | (1986/1987): | Die Wettbewerbsordnung erweitern. 1988. |
| Hauptgutachten VIII: | (1988/1989): | Wettbewerbspolitik vor neuen Herausforderungen. 1990. |
| Hauptgutachten IX: | (1990/1991): | Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik. 1992. |
| Hauptgutachten X: | (1992/1993): | Mehr Wettbewerb auf allen Märkten. 1994. |
| Hauptgutachten XI: | (1994/1995): | Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs. 1996. |
| Hauptgutachten XII: | (1996/1997): | Marktöffnung umfassend verwirklichen. 1998. |
| Hauptgutachten XIII: | (1998/1999): | Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen. 2000. |
| Hauptgutachten XIV: | (2000/2001): | Netzwettbewerb durch Regulierung. 2003. |
| Hauptgutachten XV: | (2002/2003): | Wettbewerbspolitik im Schatten „Nationaler Champions“. 2005. |
| Hauptgutachten XVI: | (2004/2005): | Mehr Wettbewerb auch im Dienstleistungssektor! 2006. |
| Hauptgutachten XVII: | (2006/2007): | Weniger Staat, mehr Wettbewerb. 2008. |
| Hauptgutachten XVIII: | (2008/2009): | Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen. 2010. |
| Hauptgutachten XIX: | (2010/2011): | Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen. 2012. |

Sondergutachten

- Sondergutachten 1: Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle. 1975, 2. Aufl. 1977.
- Sondergutachten 2: Wettbewerbliche und strukturelle Aspekte einer Zusammenfassung von Unternehmen im Energiebereich (VEBA/Gelsenberg). 1975.
- Sondergutachten 3: Zusammenschlußvorhaben der Kaiser Aluminium & Chemical Corporation, der Preussag AG und der Vereinigte Industrie-Unternehmungen AG. 1975.
- Sondergutachten 4: Zusammenschluß der Deutsche Babcock AG mit der Artos-Gruppe. 1977.
- Sondergutachten 5: Zur Entwicklung der Fusionskontrolle. 1977.
- Sondergutachten 6: Zusammenschluß der Thyssen Industrie AG mit der Hüller Hille GmbH. 1977.
- Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 1977.
- Sondergutachten 8: Zusammenschlußvorhaben der Deutschen BP AG und der VEBA AG. 1979.
- Sondergutachten 9: Die Rolle der Deutschen Bundespost im Fernmeldewesen. 1981.
- Sondergutachten 10: Zusammenschluß der IBH Holding AG mit der WIBAU AG. 1982.
- Sondergutachten 11: Wettbewerbsprobleme bei der Einführung von privatem Hörfunk und Fernsehen. 1981.
- Sondergutachten 12: Zusammenschluß der Burda Verwaltungs KG mit der Axel Springer GmbH/Axel Springer Gesellschaft für Publizistik GmbH & Co. 1982.
- Sondergutachten 13: Zur Neuordnung der Stahlindustrie. 1983.
- Sondergutachten 14: Die Konzentration im Lebensmittelhandel. 1985.
- Sondergutachten 15: Zusammenschluß der Klöckner-Werke AG mit der Seitz Enzinger Noll Maschinenbau AG. 1986.
- Sondergutachten 16: Zusammenschlußvorhaben der Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG mit der Société Sidéchar S.A. (Ruhrkohle AG). 1986.
- Sondergutachten 17: Konzeption einer europäischen Fusionskontrolle. 1989.
- Sondergutachten 18: Zusammenschlußvorhaben der Daimler-Benz AG mit der Messerschmitt-Bölkow-Blohm GmbH. 1989.
- Sondergutachten 19: Zusammenschlußvorhaben der MAN Aktiengesellschaft und der Gebrüder Sulzer Aktiengesellschaft. 1990.
- Sondergutachten 20: Zur Neuordnung der Telekommunikation. 1991.
- Sondergutachten 21: Die Mißbrauchsaufsicht über Gas- und Fernwärmeunternehmen. 1991.

- Sondergutachten 22: Zusammenschlußvorhaben der BayWa Aktiengesellschaft und der WLZ Raiffeisen Aktiengesellschaft. 1992.
- Sondergutachten 23: Marktstruktur und Wettbewerb im Handel. 1994.
- Sondergutachten 24: Die Telekommunikation im Wettbewerb. 1996.
- Sondergutachten 25: Zusammenschlußvorhaben der Potash Corporation of Saskatchewan Inc. und der Kali und Salz Beteiligungs Aktiengesellschaft. 1997.
- Sondergutachten 26: Ordnungspolitische Leitlinien für ein funktionsfähiges Finanzsystem. 1998.
- Sondergutachten 27: Systemwettbewerb. 1998.
- Sondergutachten 28: Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? 1999.
- Sondergutachten 29: Wettbewerb auf Telekommunikations- und Postmärkten? 2000.
- Sondergutachten 30: Wettbewerb als Leitbild für die Hochschulpolitik. 2000.
- Sondergutachten 31: Reform der Handwerksordnung. 2002.
- Sondergutachten 32: Folgeprobleme der europäischen Kartellverfahrensreform. 2002.
- Sondergutachten 33: Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand. 2002
- Sondergutachten 34: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. 2002.
- Sondergutachten 35: Zusammenschlussvorhaben der E.ON AG mit der Gelsenberg AG und der E.ON AG mit der Bergemann GmbH. Ergänzendes Sondergutachten. 2002.
- Sondergutachten 36: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. 2003.
- Sondergutachten 37: Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft. 2003.
- Sondergutachten 38: Zusammenschlussvorhaben der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG mit der Berliner Verlag GmbH & Co. KG. Ergänzendes Sondergutachten. 2003.
- Sondergutachten 39: Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols. 2004.
- Sondergutachten 40: Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes. 2004.
- Sondergutachten 41: Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 42: Die Pressefusionskontrolle in der Siebten GWB-Novelle. 2004.
- Sondergutachten 43: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen. 2006.
- Sondergutachten 44: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien. 2006.
- Sondergutachten 45: Zusammenschlussvorhaben der Rhön-Klinikum AG mit den Kreiskrankenhäusern des Landkreises Rhön-Grabfeld (Kreis Krankenhaus Bad Neustadt/Saale sowie Kreis Krankenhaus Mellrichstadt). 2006.

- Sondergutachten 46: Die Privatisierung der Deutschen Bahn AG. 2007.
- Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB. 2007.
- Sondergutachten 48: Wettbewerbs- und Regulierungsversuche im Eisenbahnverkehr. 2007.
- Sondergutachten 49: Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 50: Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung. 2008.
- Sondergutachten 51: Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln. 2008.
- Sondergutachten 52: Zusammenschlussvorhaben der Asklepios Kliniken Hamburg GmbH mit der Krankenhaus Mariahilf gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 53: Zusammenschlussvorhaben des Universitätsklinikums Greifswald mit der Kreiskrankenhaus Wolgast gGmbH. 2008.
- Sondergutachten 54: Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb. 2009.
- Sondergutachten 55: Bahn 2009: Wettbewerb erfordert Weichenstellung. 2010.
- Sondergutachten 56: Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten. 2010.
- Sondergutachten 57: Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen. 2010.
- Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung. 2010.
- Sondergutachten 59: Energie 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten. 2012.
- Sondergutachten 60: Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang. 2011.
- Sondergutachten 61: Telekommunikation 2011: Investitionsanreize stärken, Wettbewerb sichern. 2012.
- Sondergutachten 62: Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen. 2012.
- Sondergutachten 63: Die 8. GWB-Novelle aus wettbewerbspolitischer Sicht. 2012.
- Sondergutachten 64: Bahn 2013: Reform zügig umsetzen. 2013.
- Sondergutachten 65: Energie 2013: Wettbewerb in Zeiten der Energiewende. 2014.
- Sondergutachten 66: Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den Märkten erhalten. 2014.
- Sondergutachten 67: Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren. 2014.