

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

Bericht über die Regelungen des § 46 des Bundeswaldgesetzes

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1 Einleitung	3
2 Evaluierungsmethodik	4
3 Berichte und Stellungnahmen des Thünen-Instituts, des Bundeskartellamtes, der Länder und von Verbänden	4
3.1 Bericht des Thünen-Instituts vom 15. Juni 2022	4
3.2 Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022	6
3.3 Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 12. Juli 2022	7
3.4 Schreiben des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 21. September 2022	9
3.5 Stellungnahmen einzelner Länder und Verbände im Rahmen der Anhörung vom 7. November 2022	10
4 Diskussion der Ergebnisse	12
4.1 Erforderlichkeit des § 46 Absatz 1 des Bundeswaldgesetzes	12
4.2 Erforderlichkeit des § 46 Absatz 2 des Bundeswaldgesetzes	13
4.3 Weitere Vorschläge für notwendige Anpassungen der Regelung	13
5 Empfehlungen	14
5.1 § 46 Absatz 1 des Bundeswaldgesetzes	14
5.2 § 46 Absatz 2 des Bundeswaldgesetzes	15
5.3 § 46 Absatz 3 des Bundeswaldgesetzes	15

	Seite
Anlage 1: Wortlaut des § 46 Bundeswaldgesetz und Auszug der Amtlichen Begründung	16
Anlage 2: §§ 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	18
Anlage 3: Artikel 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	19
Anlage 4: Bericht des Thünen-Instituts vom 15. Juni 2022	20
Anlage 5: Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022	20
Anlage 6: Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 13. Juli 2022.....	20
Anlage 7: Schreiben des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 21. September 2022	20
Anlage 8: Stellungnahmen der Länder und von Verbänden im Rahmen der Anhörung vom 7. November 2022.....	20
Anlage 9: Schreiben des BMEL an den BGH „Stellungnahme des BMEL zur Revision im sogenannten „Rundholzverfahren“ (Land Baden-Württemberg ./l. Bundeskartellamt)“ vom 5. März 2018	21

1 Einleitung

(1) Am 17. Januar 2017 (BGBl. I S. 75) trat das Dritte Gesetz zur Änderung des Bundeswaldgesetzes (BWaldG) in Kraft, welches den § 46 BWaldG neu gefasst hat (siehe Anlage 1). Grundlage war ein Gesetzentwurf der Bundesregierung, der seinerzeit im Ressortkreis abgestimmt und vom Bundeskabinett beschlossen worden ist. Der Bundesrat hatte im ersten Durchgang gegen den Gesetzentwurf keine Einwände erhoben (vgl. Bundesratsdrucksache 680/16 (Beschluss)) und der Deutsche Bundestag hatte den Gesetzentwurf der Bundesregierung unverändert angenommen (vgl. Bundesratsdrucksache 763/16)¹.

(2) Ziel des Gesetzgebers war es, mit dem § 46 BWaldG den rechtlichen Rahmen dafür zu schaffen, dass die bisherigen staatlichen Betreuungsangebote der Länder bezogen auf die im § 46 Absatz 1 BWaldG beschriebenen forstlichen Dienstleistungsmaßnahmen kartellrechtlich zulässig gestaltet werden und weiter aufrechterhalten werden können. Dies war – vor allem für kleinere Waldbesitzende und ihre Zusammenschlüsse – ein wichtiger Beitrag zur Sicherung einer nachhaltigen Waldwirtschaft, insbesondere auch vor dem Hintergrund von zunehmend komplexeren Herausforderungen (z. B. Klimaänderung) und Anforderungen an die Waldbewirtschaftung (z. B. Natur- und Artenschutz). Die erzielte Rechtssicherheit sollte dazu beitragen, dass die Waldwirtschaft in Deutschland auch künftig nachhaltig bleibt und die natürlichen Lebensgrundlagen erhalten werden. Gleichzeitig haben sich mit der Schaffung des § 46 Absatz 1 und 2 BWaldG alle betroffenen Länder aus der gemeinsamen Holzvermarktung mit Kommunal- und Privatwald – unbeschadet einer vom Bundeskartellamt (BKartA) anerkannten Bagatellgrenze – zurückgezogen.

(3) § 46 BWaldG regelt in den Absätzen 1 und 2 eine kartellrechtliche Freistellung für Beschlüsse und Vereinbarungen über forstwirtschaftliche Dienstleistungen, die dem Holzverkauf vorgelagert sind. Es handelt sich um Dienstleistungen in Bereichen der Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, der Markierung, der Ernte und der Bereitstellung des Rohholzes einschließlich seiner Registrierung (forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen). § 46 Absatz 1 BWaldG erklärt die Freistellung vom Kartellverbot des § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB; siehe Anlage 2). Absatz 2 enthält für den Fall, dass der innergemeinschaftliche Handel spürbar beeinträchtigt ist, eine widerlegliche Vermutung, dass die Voraussetzungen einer Freistellung nach Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; siehe Anlage 3) erfüllt sind.

(4) Mit der Schaffung des § 46 BWaldG reagierte der Gesetzgeber auf eine Entscheidung des BKartA zur gebündelten waldbesitzartübergreifenden Holzvermarktung in Baden-Württemberg vom 9. Juli 2015. Darin untersagte das BKartA dem Land unter Maßgabe eines Schwellenwertes von 100 Hektar und bestimmten weiteren Voraussetzungen die gemeinsame Vermarktung von Nadelstammholz durch das Land Baden-Württemberg zusammen mit Privat- und Körperschaftswaldbesitzenden sowie die Durchführung dem gemeinschaftlichen Holzverkauf vorgelagerter forstwirtschaftlicher Betreuungsdienstleistungen durch das Land für private und körperschaftliche Waldbesitzende. Das Land Baden-Württemberg legte gegen diese Entscheidung Beschwerde ein, die vom Oberlandesgericht Düsseldorf mit Urteil vom 15. März 2017 (VI-Kart 10/15 V) zurückgewiesen wurde. Der Bundesgerichtshof hob mit Beschluss vom 12. Juni 2018 (KVR 38/17) die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf sowie die Entscheidung des BKartA aus verfahrensrechtlichen Gründen auf.

(5) § 46 Absatz 1 und 2 BWaldG im Wortlaut:

„(1) Für Beschlüsse und Vereinbarungen über die der Holzvermarktung nicht zuzurechnenden forstwirtschaftlichen Maßnahmen von nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen, soweit auf diese Beschlüsse und Vereinbarungen die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden sind, gelten die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als erfüllt. Maßnahmen im Sinne des Satzes 1 umfassen die Bereiche der Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, der Markierung, der Ernte und der Bereitstellung des Rohholzes bis einschließlich seiner Registrierung.

(2) Soweit auf Beschlüsse und Vereinbarungen im Sinne des Absatzes 1 die Regelungen des Artikels 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union anzuwenden sind, wird vermutet, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllt sind.“

¹ Der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages hat sich seinerzeit (vor dem Evaluierungszeitraum) mit möglichen Auswirkungen der geplanten Änderungen im Bundeswaldgesetz auf private Anbieter forstwirtschaftlicher Betreuungsdienstleistungen befasst. (siehe Drucksache WD 5 – 3000 – 023/16; <https://www.bundestag.de/resource/blob/422428/43d90137d0e72845c532380549e6da73/WD-5-023-16-pdf-data.pdf>)

(6) Nach § 46 Absatz 3 BWaldG hat das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) dem Deutschen Bundestag im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) bis spätestens 31. Dezember 2022 zu berichten, ob und inwieweit die Regelungen in den Absätzen 1 und 2 des § 46 BWaldG weiterhin erforderlich sind, um ein flächendeckendes Angebot forstlicher Betreuungsdienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzenden sicherzustellen. Der Bericht soll, unter besonderer Berücksichtigung der zu fördernden Entwicklung der Forstbetriebsgemeinschaften, Vorschläge für gegebenenfalls notwendige Anpassungen der Regelungen enthalten.

(7) Der vorliegende Bericht und der zugrundeliegende Evaluierungsauftrag zu § 46 BWaldG beziehen sich allein auf forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen, nicht auf die Holzvermarktung.

2 Evaluierungsmethodik

(8) Zum Zwecke der Evaluierung hat das BMEL eine Steuerungsgruppe aus Vertretern des BMWK, der Länder Baden-Württemberg und Hessen sowie als Gäste Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz (Vertreter der Forstchefkonferenz von Bund und Ländern), Vertretern des BKartA sowie Vertretern des Thünen-Instituts für Waldwirtschaft (Thünen-Institut) eingerichtet. Diese tagte in mehreren Sitzungen von August 2020 bis Juli 2022.

(9) Ziel der Steuerungsgruppe war es, das Informationsbedürfnis des BMEL und des BMWK für die Berichtspflicht gegenüber dem Deutschen Bundestag sicherzustellen. Im Rahmen der Arbeit der Steuerungsgruppe haben das Thünen-Institut, das BKartA und Vertreter der Forstchefkonferenz Berichte und Stellungnahmen abgegeben (siehe Anlagen 4 bis 7).

(10) Des Weiteren hat das BMEL in Abstimmung mit BMWK am 4. November 2022 die für forstwirtschaftliche Belange zuständigen Ministerien der Länder, die Landeskartellbehörden, die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Geschäftsbereich Bundesforst) und 67 Verbände bzw. Organisationen angeschrieben und im Rahmen einer Anhörung um Beantwortung von acht Fragen zur Wirkung des § 46 BWaldG in der Praxis und zu ggf. notwendigem gesetzgeberischen Handeln sowie zu den wettbewerblichen Verhältnissen auf dem Markt für forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen auch unter Betrachtung der Herausforderungen durch den Klimawandel gebeten (siehe Anlage 8).

(11) Im nachfolgenden dritten Kapitel werden die Kernaussagen aus den eingegangenen Berichten und Stellungnahmen der Steuerungsgruppenmitglieder und aus der schriftlichen Anhörung von Ländern und Verbänden zusammengefasst. Darauf aufbauend nehmen BMEL und BMWK im vierten Kapitel eine Auswertung der eingegangenen Dokumente in Anlehnung an den gesetzlichen Evaluierungsauftrag vor. Abschließend werden im fünften Kapitel das Ergebnis und die Empfehlungen von BMEL im Einvernehmen mit BMWK dargestellt.

3 Berichte und Stellungnahmen des Thünen-Instituts, des Bundeskartellamtes, der Länder und von Verbänden

3.1 Bericht des Thünen-Instituts vom 15. Juni 2022

(12) Das Thünen-Institut beschreibt in seinem Bericht „Struktur und Entwicklung der forstlichen Dienstleistungsmärkte im Bundesgebiet“ vom 15. Juni 2022 (siehe Anlage 4) die Nachfrage- und Angebotsseite auf den forstlichen Dienstleistungsmärkten im Bundesgebiet. Für die der Holzvermarktung vorgelagerten forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen mit wettbewerbsrechtlicher Freistellung sind für den Evaluationsauftrag des § 46 Absatz 3 BWaldG drei zentrale Prüfkriterien von der Steuerungsgruppe formuliert worden. Dementsprechend wurde das Thünen-Institut gebeten zu prüfen, ob

1. ein flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen
2. zu angemessenen Bedingungen und
3. der diskriminierungsfreie Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzer sichergestellt ist.

(13) Dafür hat das Thünen-Institut ein dreistufiges Erhebungsverfahren angewendet, das zuvor von der Steuerungsgruppe abgenommen wurde. Zunächst wurden regelmäßig erscheinende und öffentlich zugängliche Datenquellen ausgewertet, um eine Marktübersicht zu den Anbietern und Nachfragern aus den forstlichen Dienstleistungsmärkten im Bundesgebiet zu erhalten (1. Marktübersicht). Im zweiten Schritt hat das Thünen-Institut Bundes- und Landesverbände der Waldbesitzer und der forstlichen Dienstleister befragt (2. Verbandsbefragung). Im dritten und letzten Schritt wurden Forstbetriebe und forstliche Dienstleister unmittelbar befragt (3. Betriebsbefragung). Die Befragungen erfolgten zwischen Oktober 2021 und Januar 2022.

(14) Als Stichjahre für die Erhebungen wurden die Jahre 2017 und 2020 gewählt. Das Jahr 2017 stellt das erste Jahr des Inkrafttretens der waldgesetzlichen Regelungen des § 46 BWaldG dar. Zur erstmaligen Evaluation des § 46 BWaldG in der zeitlichen Entwicklung wurde weiterhin das Jahr 2020 mit der Steuerungsgruppe vereinbart, was sich u. a. in der dreijährigen Berichtspflicht nach § 46 Absatz 3 BWaldG begründet.

(15) Zur Datengrundlage bei der Marktübersicht sei festzustellen, dass die regelmäßig erscheinenden und öffentlich zugänglichen Datenquellen (hier: Auswertung amtlicher und weiterer Statistiken) zu Nachfrage- und Angebotsseite auf den forstlichen Dienstleistungsmärkten im Bundesgebiet nur wenige und lückenhafte Informationen für den Evaluationsauftrag nach § 46 BWaldG bereitstellen. Ein wesentliches Ergebnis dieses Arbeitsschrittes sei es gewesen, die Grundgesamtheit der Forstbetriebe und forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse sowie der forstlichen Dienstleister differenziert nach Ländern abzuschätzen. Auf dieser Basis seien die Beurteilungsstichproben der Betriebsbefragungen für das Bundesgebiet hochgerechnet worden und würden entsprechenden Unsicherheiten unterliegen.

(16) Zum Rücklauf der online durchgeführten Verbandsbefragung sei festzustellen, dass die freiwillige Beteiligung der Bundes- und Landesverbände der Waldbesitzenden sowie forstlichen Dienstleister, trotz telefonischer „Nachfassaktion“ des Thünen-Instituts, als gering einzustufen ist. Von 14 angeschriebenen Waldbesitzerverbänden (13 Landesverbände und den Bundesverband der Waldbesitzer sowie den Städte- und Gemeindebund) haben sich sechs Verbände an der Befragung beteiligt. Von den insgesamt sieben angeschriebenen Verbänden forstlicher Dienstleister haben sich knapp die Hälfte (3 Verbände) beteiligt. Inwiefern diese Verbandsbeteiligung ein Ausdruck der Betroffenheit durch die Regelungen in § 46 BWaldG ist, könne nicht abgeschätzt werden.

(17) Gemäß den Ergebnissen aus der Verbandsbefragung sei von den Verbänden der Waldbesitzenden und forstlichen Dienstleister überwiegend ein flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und mit diskriminierungsfreiem Zugang für Waldbesitzende wahrgenommen worden. Bei den „Revierleitertätigkeiten“ als forstliche Dienstleistung sei teilweise auf eine Dominanz staatlicher Anbieter hingewiesen worden. Ebenso hätten einige Verbände von einem erschwerten Marktzugang privater Dienstleister bzw. einer Behinderung des Marktzugangs berichtet. Diese Verbandseinschätzungen zum Marktzugang privater forstlicher Dienstleister seien in der folgenden Betriebsbefragung nicht weiter überprüft worden, da sich der Evaluationsauftrag des § 46 BWaldG ausschließlich auf das „flächendeckende Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzer“ erstreckte.

(18) Zur Beteiligung an den offenen und anonymen Online-Befragungen von Forstbetrieben und forstlichen Dienstleistern zu zentralen Prüfkriterien des Evaluationsauftrages schätzt das Thünen-Institut allgemein ein, dass sich diese spiegelbildliche „Doppelbefragung“ grundsätzlich als zielführend erwiesen habe, da so die Nachfrager- und Anbieterseite abgeglichen werden konnte. Der verhältnismäßig umfangreiche Fragebogen und die Doppelbeantwortung jeder Frage für die Jahre 2017 und 2020 werde jedoch als wenig förderlich für den Rücklauf eingeschätzt. Eine (weitere) Reduktion des Befragungsumfanges wäre aufgrund des abgestimmten Informationsbedarfes von BMEL und BMWK nicht möglich gewesen.

(19) An den Betriebsbefragungen haben 666 Forstbetriebe und forstwirtschaftliche Zusammenschlüsse sowie 124 Forstdienstleister teilgenommen. Dieser Rücklauf sei in Relation zu vergleichbaren offenen Online-Befragungen des Thünen-Instituts als hoch einzuschätzen. Als Verzerrung der Befragung der Forstbetriebe und der forstlichen Dienstleister sei der geringe Rücklauf seitens staatlicher Forstbetriebe bzw. Landwirtschaftskammern als Nachfrager (7 Teilnehmende) und als Anbieter (3 Teilnehmende) von forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen zu betrachten. Auch wenn staatliche Forstbetriebe bzw. Landwirtschaftskammern im Rahmen der Betreuung entgeltliche forstwirtschaftliche Dienstleistungen anbieten, würden zu deren Anbieterverhalten aus der Befragung keine hinreichenden Informationen vorliegen. Basierend auf den Befragungsergebnissen der Forstbetriebe kommt das Thünen-Institut zu der Einschätzung, dass den staatlichen Forstbetrieben und Landwirtschaftskammern als Anbietern forstwirtschaftlicher Betreuungsdienstleistungen gegen Entgelt in einigen Tätigkeitsbereichen und bei einigen Untergruppen der Forstbetriebe und forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse ein hoher Stellenwert zukommt.

(20) Als zentrales Ergebnis der Befragung der Forstbetriebe und forstlichen Dienstleister wird vom Thünen-Institut festgehalten, dass grundsätzlich für alle Waldbesitzenden ein flächendeckendes Angebot für alle forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen bestehe. Lediglich im Kleinprivatwald wären kleinere Lücken in der Bedarfsdeckung zu erkennen. Indizien für eine regelmäßige Diskriminierung einzelner Waldbesitzergruppen oder nicht angemessene Angebote an einzelne Waldbesitzergruppen seien nicht gefunden worden. Die unter Umständen starke Marktposition einzelner, staatlicher Anbieter scheine nicht dazu zu führen, dass Forstbetriebe oder einzelne Gruppen von Forstbetrieben regelmäßig diskriminiert werden oder Leistungen zu nicht angemessenen

Bedingungen beziehen müssen. Es bestehe für den Großteil der Forstbetriebe der Zugang zu forstlichen Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und ohne Diskriminierung. Die Befragung habe weiterhin aufgezeigt, dass die tatsächlichen Inhalte des § 46 BWaldG einer Reihe von Marktteilnehmenden nicht bekannt zu sein scheinen.² Kooperationsmöglichkeiten auf den Angebotsmärkten für forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen würden eine Rolle spielen, was auch ein wesentlicher Regelungsinhalt des § 46 BWaldG sei.

3.2 Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022

(21) Die Vertreter der Forstchefkonferenz in der Steuerungsgruppe (Baden-Württemberg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz) haben als Beitrag für den Evaluierungsauftrag einen eigenen, an die obersten Forstbehörden der Länder gerichteten Fragebogen entwickelt, ausgewertet und auf der Basis der eingegangenen Daten einen Bericht am 13. Mai 2022 vorgelegt (siehe Anlage 5). Dieser Bericht sollte Informationen zu staatlichen Marktteilnehmenden liefern und somit den Bericht des Thünen-Instituts in dieser Hinsicht ergänzen.

(22) Der Länderfragebogen, der forstliche Strukturdaten, Daten zu forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen, landesspezifische gesetzliche Regelungen und Einschätzungen zu relevanten zukünftigen Entwicklungen abfragte, wurde vom BMEL an die einzelnen Bundesländer am 7. Oktober 2021 verschickt. Die Ergebnisse der Länderfragebögen wurden zunächst von Vertretern der Forstchefkonferenz gesichtet und zusammenfassend bewertet.

(23) Nach Einschätzung der Vertreter der Forstchefkonferenz zeigen die Ergebnisse der Länderabfrage, dass sich aufgrund der erheblichen strukturellen Unterschiede zwischen den Bundesländern im Laufe der Zeit landesspezifische forstrechtliche Regelungen herausgebildet haben, die erhebliche Unterschiede aufweisen. Mit der Neufassung des § 46 BWaldG seien dementsprechend mehr oder weniger Änderungen zur Regelung des forstwirtschaftlichen Dienstleistungsangebotes erfolgt. So hätte sich in vielen Ländern inzwischen ein flächendeckendes privates Dienstleistungsangebot etabliert, auch wenn dort, wo bislang die staatlichen Betreuungsangebote dominieren würden, noch Lücken vorhanden seien.

(24) Weiterhin sei zu berücksichtigen, dass ein großer Teil des Privatwaldes und ein nicht unerheblicher Teil des Körperschaftswaldes von geringer Größe sind. Kleine, verstreut liegende Waldparzellen würden zu hohen Kosten und dadurch zu einer geringeren Attraktivität der Bewirtschaftung durch private forstwirtschaftliche Dienstleister führen, so dass oftmals für Besizende dieser Waldflächen die Hilfe und Betreuung durch staatliche Forstorganisationen erforderlich sei, um einen diskriminierungsfreien Zugang zum forstwirtschaftlichen Dienstleistungsmarkt zu gewährleisten.

(25) Aus den erhaltenen Rückmeldungen zu forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen könne laut den Vertretern der Forstchefkonferenz geschlossen werden, dass freiwillige Kooperationen dominieren. Forstbetriebsgemeinschaften seien die weit überwiegende Form des forstwirtschaftlichen Zusammenschlusses. Sie würden sich in wesentlichen Kennzahlen und Merkmalen zwischen den Bundesländern erheblich unterscheiden, was nach Ansicht der Vertreter der Forstchefkonferenz die länderspezifische Heterogenität unterstreicht. So weist der Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz beispielsweise daraufhin, dass die Flächengröße nur in wenigen Ausnahmefällen eine als kritisch zu sehende Größe von 7.500 bis 10.000 Hektar überschreite.

(26) Laut Bericht gehen die Länder überwiegend, aber nicht einheitlich, davon aus, dass die Mitgliedschaften in forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen gleichbleiben oder steigen. Die Länder würden Maßnahmen unternehmen, um diese Entwicklung zu fördern und zu verstetigen. Allgemein werde festgestellt, dass viele forstwirtschaftliche Zusammenschlüsse kein eigenes fachkundiges Personal beschäftigen und viele für eigenes Personal auch zu wenig Fläche umfassen würden.

(27) Die sogenannte Professionalisierung von forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen sei grundsätzlich ein wichtiges forstpolitisches Ziel, es erfordere aber einen langjährigen, auf Überzeugung und Freiwilligkeit beruhenden Prozess, wenn eine Mobilisierung von Waldbesitzenden gelingen solle, deren Waldflächen insbesondere durch Strukturmängel, wie z. B. geringe Größe, gekennzeichnet seien.

² Die Aussage bezieht sich auf die Ergebnisse der Dienstleisterbefragung, Fragenblock „Bedeutung §46 BWaldG“, Frage DL12. Hier gaben rund 1/4 der Befragten an, dass ihnen der § 46 nicht bekannt sei.

(28) Die Frage, inwieweit die Bedingungen des § 46 BWaldG zu einer Veränderung der Strukturen der forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse führen würden, konnte aufgrund der vorliegenden Erkenntnisse im Bericht nicht beantwortet werden. Die Umstellung von indirekter auf direkte Förderung³, wie z. B. in Nordrhein-Westfalen, würde jedoch zeigen, dass dies für ehrenamtliche Vorstände zu einer erheblichen Belastung bis hin zur Überforderung führen könne.

(29) Die Ziele und Zwecke der Waldgesetze seien anspruchsvoll und würden die Qualifikation in der Führung von Forstbetrieben voraussetzen, welche nur gewährleistet werden könnten, wenn auch die Kooperation unterschiedlicher Betriebe möglich sei. Zudem würden die Anforderungen an die Betreuung und Belastungen der Forstbetriebe durch neue Entwicklungen steigen, wie beispielsweise im Zusammenhang mit Verkehrssicherungspflichten, Notfallvorsorge und Erreichbarkeit für Rettungsdienst, Katastrophenschutz, Waldbrandvorsorge sowie Müllablagerung, und den zunehmenden Klimawandel, wie beispielsweise die massiven Schäden durch die extremen Wetterereignisse der Jahre seit 2018, weiter an. Ein flächendeckendes qualifiziertes Forstdienstleistungsangebot läge daher in einem überragenden öffentlichen Interesse.

(30) Die verschiedenen gesetzlichen Vorgaben zur fachlichen Qualifikation des Personals und in der forstlichen Betriebsplanung für Staats- und Körperschaftswälder einerseits und Privatwälder andererseits akzentuieren nach Auffassung der Vertreter der Forstchefkonferenz jedoch die Abstufungen der Allgemeinwohlverpflichtung sowie der Eigennützlichkeits zwischen den Besitzarten.

(31) Zur Struktur der Betriebsführung deute sich an, dass nur in größeren privaten Forstbetrieben die Betreuung durch Waldbesitzende bzw. Eigentümer selbst oder durch dafür angestelltes Personal erfolge. Die Relevanz von staatlichen forstlichen Akteuren, als nach Ansicht der Vertreter der Forstchefkonferenz stetige und unabhängige Ansprechpartner für forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen, sowie vor allem in Bereichen (Naturschutz und Klimaschutz), die aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen und aktuellen Herausforderungen weit über die Maßnahmen des § 46 Absatz 1 BWaldG hinausgehen, werde insbesondere im Kleinprivatwald deutlich.

(32) Körperschaftswälder würden zum überwiegenden Teil von staatlichen Forstorganisationen betreut (zwischen rund 40 Prozent in Bayern bis 73 Prozent in Thüringen auf Basis der Waldfläche). Aus den Antworten zum Länderfragebogen der Vertreter der Forstchefkonferenz könne geschätzt werden, dass im Durchschnitt 50 bis 60 Prozent der Waldflächen von Städten, Gemeinden und Landkreisen von Forstorganisationen der Länder betreut werden. Auf circa 20 bis 30 Prozent der Waldfläche der Städte und Gemeinden erfolge die Betreuung durch eigenes Personal der Städte und Gemeinden.

(33) Hinsichtlich der Körperschaftswälder sei zu beachten, dass sie von Gemeinden, Städten und teilweise Landkreisen nicht wie Privatwälder bewirtschaftet werden dürfen, weil sie insbesondere den im Rahmen der Gesetze von Bund und Ländern definierten besonderen Gemeinwohlzielen zu dienen haben. Unter diesem Blickwinkel haben sich die Betreuungsformen überwiegend auf eigenes Personal oder staatliche Forstorganisationen erstreckt, auch weil teilweise die Landeswaldgesetze diese Betreuungsformen unmittelbar bzw. mittelbar über bestimmte Voraussetzungen beispielsweise zu Qualifikation und Beamtenstatus vorgeben⁴.

(34) In dieser Situation wäre es nach Ansicht der Vertreter der Forstchefkonferenz gerechtfertigt, ganz generell Kooperationen zwischen den Forstbetrieben unterschiedlicher Waldbesitzarten weiterhin zuzulassen, bzw. die Regelungen zur Freistellung in § 46 Absatz 1 und 2 BWaldG beizubehalten, um die Wälder auf die neuen Bedingungen einzustellen und die dem Allgemeinwohl dienenden Aspekte der Daseinsvorsorge, die sich aufgrund einer Akzentverschiebung (ursprünglich Sicherstellung der Holzversorgung) durch die Themen Klimaerwärmung, Biodiversitätsverlust, Wasserknappheit exemplarisch beschreiben lassen, weiterhin zu sichern.

3.3 Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 12. Juli 2022

(35) Das BKartA, vertreten durch die zuständige 1. Beschlussabteilung, hat als Mitglied der Steuerungsgruppe Stellung zum Bericht des Thünen-Instituts vom 15. Juni 2022 (siehe Anlage 4) und dem Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022 (siehe Anlage 5) bezogen, wie in der Sitzung der Steuerungsgruppe vom 20. Juni 2022 vereinbart. Dabei hat das BKartA auch eine Einordnung von § 46 BWaldG im Verhältnis zu den §§ 1 und 2 GWB (siehe Anlage 2) vorgenommen. Die Stellungnahme wurde der Steuerungsgruppe am 13. Juli 2022 vorgelegt (siehe Anlage 6).

³ Indirekte Förderung erfolgt durch kostengünstiges Angebot staatlicher forstwirtschaftlicher Betreuungsdienstleistungen per Entgeltordnung. Direkte Förderung erfolgt auf Antrag per Zuwendungsbescheid.

⁴ Beispiele: § 6 Absatz 2 Satz 2, § 19 des Hessischen Waldgesetzes; die §§ 21, 47a des Waldgesetzes für Baden-Württemberg; § 33 Absatz 5 des Thüringer Waldgesetzes; § 35 des Landesforstgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen.

- (36) Nach Auffassung des BKartA bedarf der § 46 BWaldG als sektorspezifische Ausnahmeregelung vom allgemeinen Kartellrecht einer Rechtfertigung, ob eine über die Freistellungsmöglichkeiten des Kartellrechts hinausgehende Freistellung von Kooperationen von § 1 GWB erforderlich und sowohl gegenüber den Nachfragern von forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen als auch gegenüber den anderen Wirtschaftszweigen zu rechtfertigen wäre.
- (37) Es sei, selbst wenn die drei materiellen Voraussetzungen des § 46 Absatz 3 BWaldG, als erfüllt anzusehen wären, mindestens zweifelhaft, wenn nicht zu verneinen, dass die Freistellung des § 46 Absatz 1 BWaldG fortbestehen sollte.
- (38) Die Vorschrift hätte einen geringen faktischen wie rechtlichen Anwendungsbereich. Der tatsächliche Nutzen der Vorschrift bestehe weitgehend in einer Erleichterung der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung für größere Dienstleistungsanbieter. Das BKartA spricht sich deshalb für eine Streichung des § 46 BWaldG aus.
- (39) Der im Länderbericht hervorgehobenen Heterogenität der Waldstrukturen und waldspezifischen Regelungen in den Bundesländern könnte das Kartellrecht gemäß Stellungnahme mit seinem stets einzelfallbezogenen Prüfungsansatz bei Kooperationen ebenso gut – wenn nicht besser – gerecht werden als eine allgemeine Freistellung wie in § 46 BWaldG geltende Fassung ohne Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse.
- (40) Das BKartA ist der Ansicht, dass horizontale Kooperationen und vertikale Vereinbarungen bei forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen räumlich und teilweise sachlich begrenzt agieren und deshalb einzelfallbezogen zu beurteilen sind. Dabei komme es auf die Art und Größe der Beteiligten, auf die Waldverhältnisse im jeweiligen Bundesland oder der Region, auf das Wettbewerberumfeld und auf sonstige örtliche Umstände (Sondersituationen, Kalamitäten, Kapazitäten u. a.) sowie sonstige rechtliche und ökonomische Rahmenbedingungen an. Das geltende Kartellrecht erlaubt und gebietet es nach Ansicht des BKartA, diese Gegebenheiten bei der Prüfung umfassend zu berücksichtigen. Das BKartA beschreibt dazu in seinem Bericht verschiedene Fallgruppen.
- (41) Viele horizontale Kooperationsformen sind laut BKartA kartellrechtlich ohnehin erlaubt. Insbesondere bei Beteiligung kleiner Forstbetriebe oder Forstbetriebsgemeinschaften an horizontalen Kooperationen fehle es regelmäßig an einer Wettbewerbsbeschränkung. Das BKartA verweist dazu auf die Aussage der Vertreter der Forstchefkonferenz, wonach horizontale Kooperationen, an denen die größten Dienstleistungsanbieter beteiligt sind, kaum praktiziert werden. § 46 BWaldG komme daher in dieser Konstellation kaum zum Einsatz. Im Zusammenhang mit der Entscheidung des BKartA vom 9. Juli 2015 weist selbiges darauf hin, dass bei horizontalen Kooperationen mit Eigentümern von Kleinstprivatwald schon wegen der 100 Hektar-Bagatellgrenze kein Bedarf nach einer Anwendung des § 46 BWaldG entstände.
- (42) Auch vertikale Vereinbarungen des jeweiligen Staatsforstes mit kleinen Forstbetrieben seien eher unproblematisch. Prüfungswürdig wären allein vertikale Dienstleistungsverträge der Staatsforstbetriebe mit Großprivatwald oder großen Forstbetriebsgemeinschaften bzw. forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen.
- (43) Soweit § 46 BWaldG Kooperationen oder vertikale Vereinbarungen gerade zwischen besonders großen Marktteilnehmern freistellt, die zusätzlich Marktmacht entwickeln und den Wettbewerb auf den betroffenen Dienstleistungsmärkten gefährden könnten, erscheint dem BKartA eine solche pauschale Freistellung mit Blick auf die erheblichen wettbewerblichen Risiken in diesen Konstellationen nicht angemessen.
- (44) Von zentraler Bedeutung sei, dass sich der Markt für dem Holzverkauf vorgelagerte forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen weiterentwickeln und wachsen könne und etwaige überschießende Auswirkungen auf den Holzhandelsmarkt vermieden würden. Dies verlange eine unverzerrte Wahlfreiheit für Waldbesitzende zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Dienstleistungserbringern. Hier seien Kooperationen dann besonders wichtig und kartellrechtlich unproblematisch, wenn sie die Auswahlmöglichkeiten der Nachfrager erhöhen. Es bedürfe insofern keiner uneingeschränkten Freistellung von Kooperationen jeglicher Größe.
- (45) In diesem Zusammenhang weist das BKartA darauf hin, dass diese Wahlfreiheit aus kartellrechtlichen Gründen auch nicht durch einseitige Vorteile für die Preissetzung staatlicher Dienstleister durch indirekte Förderung beeinträchtigt werden darf. Solange staatliche Forstverwaltungen bzw. Forstbetriebe noch hohe Marktanteile bei den vorgelagerten Dienstleistungen besitzen, d. h. als marktbeherrschend oder mindestens marktstark im Sinne der §§ 19, 20 GWB anzusehen wären, unterliegt ihre Preissetzung auch der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.
- (46) Im Übrigen ist nach Auffassung des BKartA der § 46 Absatz 2 BWaldG zu streichen, da er gegen Europarecht verstoße.

(47) Darüber hinaus bemängelt das BKartA die eingeschränkte Aussagekraft des Berichts der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022 zum vorliegenden Thema und fehlende nachvollziehbare Begründungen für den von den Ländern vorgeschlagenen unveränderten Beibehalt der generellen Freistellungsnorm des § 46 BWaldG. So sei der Rücklauf der Antworten aus den Ländern sehr begrenzt und es erfolge keine Gegenüberstellung von Vergleichsdaten verschiedener Jahre. Auch werde nicht beantwortet, welche Kooperationen durch § 46 BWaldG freigestellt werden sollen und welche seit Inkrafttreten der Regelung aufgrund von § 46 BWaldG tatsächlich freigestellt sind. Für den klimastabilen Umbau der Wälder und die Förderung der Waldbesitzenden bei der Nachfrage nach forstwirtschaftlichen Dienstleistungen bedürfe es nicht der Regelung des § 46 BWaldG. Das BKartA kommt zu der Einschätzung, dass die Regelung durch den Beibehalt des Status quo eine dynamischere Entwicklung auf dem Markt für forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen zumindest potentiell verhindere.

3.4 Schreiben des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 21. September 2022

(48) In der Sitzung der Steuerungsgruppe am 21. Juli 2022 wurde vereinbart, dass die Vertreter der Länder in der Steuerungsgruppe Stellung zur Stellungnahme des BKartA vom 13. Juli 2022 nehmen können. Am 21. September 2022 wurde das Schreiben vom Hessischen Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz in Abstimmung mit Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen (mit Gaststatus in der Steuerungsgruppe) übermittelt (siehe Anlage 7).

(49) Mit dem Schreiben wird deutlich gemacht, dass sich die Betrachtung des Forstwesens durch das BKartA und der Länder im Grundsätzlichen unterscheidet. Demnach werde im Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022 darauf abgestellt (siehe Anlage 5), dass sich die forstlichen Verhältnisse zwischen den Ländern stark unterscheiden. Das BKartA ziehe daraus jedoch in seiner Stellungnahme die Schlussfolgerung (siehe Anlage 6), dass aus diesem Grunde kartellrechtliche Einzelfallbetrachtungen erforderlich und geboten seien, die das geltende Kartellrecht ermögliche. Dies gehe nach Einschätzung der oben genannten Länder jedoch am Willen des Gesetzgebers vorbei.

(50) Das BKartA würde den Wald in seiner Stellungnahme in erster Linie als einen Produktionsstandort und ein Wirtschaftsobjekt betrachten. Die Länder würden den Wald hingegen auch in seiner gesellschaftlichen Bedeutung sehen und ihm im volkswirtschaftlichen Sinne Eigenschaften eines öffentlichen Gutes zu schreiben. Die staatliche Daseinsvorsorge sei auch heute noch für das Forstwesen relevant. Diese Mehrfunktionalität des Waldes und der Waldbewirtschaftung hätte durch den aktuell sichtbaren Klimawandel stark an Bedeutung zugenommen.

(51) Daher sei es politisch legitim, das Forstwesen stärker öffentlich-rechtlich auszugestalten, was die Einsetzung der erforderlichen Verwaltungsstrukturen bedinge. Demnach würde die Aufhebung des § 46 Absatz 1 BWaldG das Ende einer bewährten Organisationsstruktur bedeuten, die bezogen auf das öffentliche Gut Wald im Interesse der Allgemeinheit gute Ergebnisse erziele.

(52) Es gäbe ein unverändert hohes Interesse an Rechtssicherheit – und insoweit Wahlfreiheit der Waldbesitzenden – im Zusammenhang mit dem § 46 BWaldG. Dies hätte der Gesetzgeber bei der Einführung der Norm ausdrücklich hervorgehoben (siehe Bundestagsdrucksache 18/10456, S.8; vgl. Anlage 1).

(53) Würde die Freistellung vom Kartellverbot nach § 46 Absatz 1 BWaldG gestrichen, werde laut Schreiben das staatliche Angebot forstwirtschaftlicher Betreuungsdienstleistungen voraussichtlich eingestellt und müsse die Hoheitsverwaltung ausgebaut werden.

(54) Des Weiteren würde die praktische Bedeutung des § 46 Absatz 1 BWaldG in der Stellungnahme des BKartA unterschätzt. Es würden entgegen der Darstellung des BKartA nicht maßgeblich Dienstleistungsverträge der Staatsforstbetriebe mit Großprivatwald oder großen Forstbetriebsgemeinschaften bzw. forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen erfasst, für die kartellrechtliche Einzelfallprüfungen ggf. praktikabel wären. Dies seien gerade nicht die „Kunden“ der staatlichen Betreuungsangebote, die durch § 46 BWaldG freigestellt werden. Es seien vielmehr Körperschaften (insbesondere Kommunen) in beträchtlicher Zahl, auch mit über 100 Hektar Fläche, die der Gesetzgeber unter anderem mit § 46 BWaldG in den Fokus genommen habe. Mit dieser existenziellen Rechtsunsicherheit müsse sich bei Wegfall des § 46 BWaldG auseinandergesetzt werden

(55) Laut Schreiben sei der Gesetzgeber bei der Einführung der Freistellung in § 46 BWaldG davon ausgegangen, dass die Betreuungsangebote für kleinere private und körperschaftliche Waldbesitzende, die die Staatsforstbetriebe – neben Forstbetriebsgemeinschaften sowie privaten und kommunalen Forstbetrieben – anbieten, auch im öffentlichen Interesse – insbesondere zur Pflege und Erhalt des Waldes – liegen würden (siehe Bundestagsdrucksache 18/10456, S. 10; vgl. Anlage 1). Sofern für forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungen auch wirtschaftliche Bezüge bestehen können, sei dies für die Freistellung nur insoweit relevant, als dadurch ein Konflikt

mit dem Kartellrecht rechtssicher vermieden werden solle. Zudem schränke § 46 BWaldG auch nicht die Verpflichtung ein, fakultative staatliche Betreuungsdienstleistungen im Wettbewerb diskriminierungsfrei und nicht unter Gesteungskosten anzubieten (siehe Bundestagsdrucksache 18/10456, S. 11; vgl. Anlage 1).

(56) Laut Schreiben würden die vorgeschlagenen kartellrechtlichen Einzelfallprüfungen nicht zu den Organisationsanforderungen einer öffentlichen Verwaltung passen und seien nicht praktikabel. Ohne § 46 Absatz 1 BWaldG würden vermutlich viele Waldbesitzende, auch nach den Erfahrungen mit den Kartellschadensersatzklagen wegen der gebündelten Holzvermarktung, das Risiko einer Kooperation mit der staatlichen Forstverwaltung nicht mehr eingehen wollen. Zudem sei zu beachten, dass der § 46 BWaldG eine Entwicklung beim Dienstleistungsangebot angestoßen habe, die noch nicht abgeschlossen sei. Es empfehle sich daher die Beibehaltung der Regelungen zur regelmäßigen Evaluation, um im Falle etwaiger unerwünschter Entwicklungen nachsteuern zu können.

(57) Die in der Stellungnahme des BKartA genannten Dynamisierungseffekte durch einen Rückzug der staatlichen Verwaltung würden zu Unrecht in den Vordergrund gestellt und zudem überschätzt. Demnach sei eine Dynamisierung des privaten Angebots forstwirtschaftlicher Betreuungsdienstleistungen nicht die vorrangige Zielsetzung der Freistellungsregelung. Im Übrigen wird im Schreiben darauf hingewiesen, dass der § 46 BWaldG nicht zu einer Beibehaltung des Status Quo führe, sondern in den Ländern eine Liberalisierung der forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen angestoßen habe. Aufgrund des allgemeinen Fachkräftemangels und tradierter Beziehungen zwischen nichtstaatlichem Waldbesitz und staatlicher Betreuung sei es unrealistisch und auch dem Wald-erhalt abträglich, eine komplette Veränderung der Strukturen in kurzer Zeit zu erwarten.

(58) In der Stellungnahme des BKartA werde die Tätigkeit der staatlichen Forstverwaltung in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft eingeschätzt. So sei fraglich, ob die Annahme des BKartA – private Dienstleister sind an die gleichen Gesetze und die Wahrnehmung öffentlicher Interessen gebunden wie die staatlichen Forstbetriebe, wenn sie ihre forstwirtschaftlichen Dienstleistungen genauso engagiert erbringen – tatsächlich zutreffen würde. Als Beispiel nennt das Schreiben, dass ein Holzeinschlagsunternehmen ein Interesse daran haben könne, auf einer Waldfläche möglichst viel Holz einzuschlagen und den Waldbesitzenden entsprechend zu beraten. Staatliche Forstbehörden würden insoweit weniger Spielräume haben, da sie aufgrund gesetzlicher Regelungen in besonderer Weise dem öffentlichen Interesse verpflichtet seien. Zudem wird im Schreiben festgehalten, dass die Waldbesitzenden bereits heute die Wahlfreiheit haben. In den Jahren nach 2018 habe im Hinblick auf die Waldschäden in Folge der Dürre und der Kalamitäten eine Knappheit an forstlichen Dienstleistern für das Fällen und die Aufarbeitung von Bäumen bestanden. Es sei nicht erkennbar, dass die staatliche Forstverwaltung hier als Hemmnis zur Dienstleistungserbringung gewirkt habe. Vielmehr sei die staatliche Forstverwaltung eher ein den Markt stabilisierender Teilnehmer, indem sie selbst Leistungen ausschreibe und ein zuverlässiger Zahlungsschuldner sei.

(59) Der vom BKartA angesprochene Schwellenwert von 100 Hektar sei gemäß Schreiben keine verbindliche „Bagatellgrenze“ im Zusammenhang mit den vom § 46 BWaldG freigestellten forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen, die räumlich relevante Marktabgrenzung sei unklar und relevante Fallgruppen von Waldbesitzenden seien nicht erwähnt. Zudem sei der Schwellenwert von 100 Hektar von den betroffenen Ländern nur aus Vorsorge im Hinblick auf die Haushaltsrisiken durch die Kartellschadensersatzklagen im Zusammenhang mit der gebündelten Holzvermarktung akzeptiert worden, er sei jedoch nicht sachgerecht, um weitreichende Organisationsentscheidungen zu rechtfertigen. In diesem Zusammenhang wird im Schreiben darauf hingewiesen, dass die vom BKartA zitierte Entscheidung vom OLG Düsseldorf wegen Rechtsfehlern vom BGH aufgehoben worden ist. In der – juristisch nicht mehr existenten – Entscheidung hatte das BKartA nur für das Land Baden-Württemberg die Schwelle von 100 Hektar mit Verhältnismäßigkeitserwägungen begründet. Diese Schwelle habe auch nur die Holzvermarktung in Baden-Württemberg betroffen, nicht aber forstwirtschaftliche Dienstleistungen.

3.5 Stellungnahmen einzelner Länder und Verbände im Rahmen der Anhörung vom 7. November 2022

(60) Um weiteren Interessenvertretern die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben, erhielten 32 Länderbehörden, die Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Geschäftsbereich Bundesforst) und 67 Verbände die Gelegenheit, sich im Rahmen einer schriftlichen Anhörung zu acht vorgegebenen Fragen zu äußern. Insgesamt haben sich 31⁵ von 100 Institutionen schriftlich zur Anhörung vom 7. November 2022 geäußert (siehe Anlage 8). Davon

⁵ Der Verband der Landwirtschaftskammer wurde einmal angeschrieben, drei Landesverbände haben einzeln geantwortet. Die Arbeitsgemeinschaft Deutscher Waldbesitzer (AGDW) wurde einmal angeschrieben, drei Landesverbände sowie eine Waldbesitzervereinigung haben einzeln geantwortet.

haben sechs Institutionen gemeldet, dass sie sich zu dem Sachverhalt nicht äußern können, da eine Betroffenheit nicht zu erkennen ist.

(61) Zur zentralen Frage nach dem Erhalt oder der Streichung des § 46 BWaldG lässt sich folgendes Stimmverhältnis festhalten: 14 für den Erhalt (z. T. mit Änderungsbedarf), sechs für eine Streichung und elf Enthaltungen bzw. nicht eindeutige Positionierungen. Nach den acht Akteursgruppen fielen die Rückmeldungen zu der Frage unterschiedlich aus.

(62) Von den 16 angeschriebenen Forstchefs der Länder sowie der Bundesanstalt für Immobilienaufgaben haben sich elf schriftlich geäußert. Acht oberste Forstbehörden der Länder (Bremen, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen sowie Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Thüringen sowie Bayern mit der Einschränkung „vor-erst“) haben sich für den Erhalt ausgesprochen. Zwei oberste Forstbehörden der Länder (Schleswig-Holstein und Berlin) sehen keine Auswirkungen bei Beibehalt, Änderung oder Streichung. Eine Oberste Forstbehörde, das Land Brandenburg, hat sich für die Streichung des § 46 BWaldG ausgesprochen.

(63) Von den 16 angeschriebenen Landeskartellbehörden haben sich acht Länder direkt geäußert. Keine von diesen acht Landeskartellbehörden hat sich für den Beibehalt des § 46 BWaldG ausgesprochen. Drei Landeskartellbehörden (Bayern, Thüringen, Rheinland-Pfalz) haben für eine Streichung plädiert. Fünf Landeskartellbehörden (Berlin, Sachsen-Anhalt, Saarland, Hamburg, Bremen) können keine Angaben machen oder sehen keine Auswirkungen bei Beibehalt, Änderung oder Streichung. Zusätzlich zu den genannten acht direkten Eingaben, hat das Sächsische Staatsministerium für Energie, Klimaschutz, Umwelt und Landwirtschaft nach eigenen Angaben seine Stellungnahme in wettbewerbsrechtlichen Fragen mit der Landeskartellbehörde Sachsen abgestimmt. Obgleich sich die Oberste Forstbehörde von Sachsen für einen Beibehalt des § 46 BWaldG ausgesprochen hat, bleibt unklar, auf welche Teile der Stellungnahme sich die wettbewerbsrechtliche Abstimmung bezieht. Die Landeskartellbehörde Sachsen hat selbst keine eigene Stellungnahme abgegeben.

(64) Von sieben angeschriebenen Verbänden der nichtstaatlichen Waldbesitzenden haben sich drei Organisationen schriftlich geäußert. Zwei Verbände (Deutscher Städte- und Gemeindebund, Deutscher Landkreistag) haben sich für den Erhalt ausgesprochen – sie repräsentieren ausschließlich den Körperschaftswald. Ein Verband (Arbeitsgemeinschaft Deutscher Waldbesitzer), der den Privatwald repräsentiert, hat seine Stellungnahme zusammen mit Rückäußerungen von drei Landesverbänden sowie einer Waldbesitzervereinigung übermittelt, die in der Gesamtheit kein einheitliches Bild vermitteln. Während sich die Arbeitsgemeinschaft Deutscher Waldbesitzerverbände in ihrer Stellungnahme auf Bundesebene zum § 46 BWaldG kritisch bis ablehnend äußert und die Waldbesitzervereinigung Westallgäu der Regelung keine Bedeutung in Bayern beimisst, sprechen sich die Landesverbände Sachsen-Anhalt und Nordrhein-Westfalen für den Erhalt aus und mahnen zum Teil eine Prüfung der Rechtssicherheit beim § 46 Absatz 2 BWaldG an. Der letzte Aspekt wird auch insbesondere vom Landesverband Rheinland-Pfalz gefordert.

(65) Von den sieben angeschriebenen forstlichen Dienstleistern haben vier geantwortet. Davon haben sich zwei Verbände (Bundesverband Freiberuflicher Forstsachverständiger, Deutsches Netzwerk der Forstunternehmen und Forsttechnik) für eine Streichung des § 46 BWaldG ausgesprochen. Ein Verband (Bund Deutscher Forstleute) hat für den Erhalt votiert. Der Verband der Landwirtschaftskammern hat keine abgestimmte Position als Dachverband eingereicht, sondern Rückläufe aus drei Landesverbänden (Schleswig-Holstein, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz) übermittelt. In diesen Rückmeldungen wird auch eine Klärung des § 46 Absatz 2 BWaldG angemahnt, insgesamt ist die Positionierung zum Beibehalt, Änderung oder Streichung nicht eindeutig.

(66) Von 15 angeschriebenen Verbänden der Holzwirtschaft haben zwei (Papierindustrie, Arbeitsgemeinschaft Rohholz) geantwortet und für den Erhalt votiert.

(67) Die 17 beteiligten Umwelt- und Naturschutzorganisationen haben sich nicht geäußert.

(68) Von sechs angeschriebenen Organisationen der Akteursgruppe „Waldwirtschaft allgemein“ haben sich zwei geäußert. Eine Stellungnahme wurde nicht zur Veröffentlichung freigegeben und enthält einen ergänzenden Formulierungsvorschlag für den § 46 Absatz 1 BWaldG. Die andere Stellungnahme (Arbeitsgemeinschaft naturgemäße Waldwirtschaft) macht keine Angaben zum Erhalt, Streichung oder Anpassung des § 46 BWaldG.

(69) Von den 15 angeschriebenen Verbänden der Akteursgruppe Erholung, Sport und Gesundheit hat sich einzig der Deutsche Heilbäderverband geäußert und für den Erhalt votiert.

4 Diskussion der Ergebnisse

4.1 Erforderlichkeit des § 46 Absatz 1 des Bundeswaldgesetzes

(70) Die Ergebnisse des Berichts des Thünen-Instituts in der Form einer Beurteilungsstichprobe auf Bundesebene deuten hinsichtlich der Nachfrageseite darauf hin, dass grundsätzlich ein flächendeckendes Angebot forstwirtschaftlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und der diskriminierungsfreie Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzenden gegeben ist, wie mit dem § 46 Absatz 1 BWaldG intendiert. Nur im Kleinprivatwald zeigt der Bericht Lücken in der Bedarfsdeckung auf.

(71) Auf der Angebotsseite haben Verbände gegenüber dem Thünen-Institut eine wahrgenommene Dominanz von staatlichen Anbietern bei einigen forstwirtschaftliche Betreuungsdienstleistungssegmenten (hier Revierleitertätigkeiten) und eine Behinderung des Marktzugangs privater Dienstleister aufgrund des § 46 BWaldG zum Ausdruck gebracht. Darauf weisen auch einige Verbände, vermutlich dieselben wie in der Thünen-Befragung, und einige Länderbehörden in der Anhörung hin, wie das Ministerium für Landwirtschaft, Umwelt und Klimaschutz Brandenburg, das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie als Landeskartellbehörde, das Deutsche Netzwerk der Forstunternehmen und Forsttechnik e. V., der Bundesverband der freiberuflichen Forstsachverständigen und die Arbeitsgemeinschaft Deutscher Waldbesitzerverbände e.V. Diese Dominanz kann zum einen in gewachsenen Strukturen mit hohem Vertrauensverhältnis sowie den Präferenzen der Waldbesitzenden begründet sein.

(72) Wie aus dem Bericht der Länder sowie den Stellungnahmen der einzelnen Länder ersichtlich, wird insbesondere über die direkte Förderung versucht, die forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse weiter zu stärken und somit auch den Wettbewerb.

(73) Eine Vielzahl von horizontalen Kooperationen und vertikalen Vereinbarungen im Bereich der forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen wären bereits innerhalb des geltenden nationalen bzw. europäischen Kartellrechts erlaubt. Die Regelung des § 46 Absatz 1 BWaldG ist insbesondere für den Kleinprivatwald bzw. bei Beteiligung nach Umsatz bzw. Marktbedeutung kleiner Forstbetriebe oder Forstbetriebsgemeinschaften nach Auffassung des BMWK in der Praxis ohne Belang, weil es in der Regel an einer Wettbewerbsbeschränkung fehle. Kartellrechtliche Einzelfallprüfungen – wie in anderen Wirtschaftsbereichen auch – wären jedoch insbesondere in den Fällen vorzunehmen, soweit Kooperationen oder vertikale Dienstleistungsvereinbarungen zwischen marktstärkeren Unternehmen geschlossen würden, die den Wettbewerb auf den betroffenen forstwirtschaftlichen Dienstleistungsmärkten stärker beeinflussen können. Aber auch in solchen Fällen würde das geltende allgemeine Kartellrecht (§§ 1 und 2 GWB) – so BMWK – gewisse Möglichkeiten der Freistellung eröffnen. Die im Jahr 2017 vom Gesetzgeber geschaffene Regelung des § 46 Absatz 1 BWaldG erteilt nach Auffassung des BMWK also gerade besonders großen, marktstärkeren Unternehmen, wie den staatlichen Anbietern, eine kartellrechtliche Freistellung, entlastet sie damit von solchen Einzelfallprüfungen und gibt ihnen Rechtssicherheit.

(74) Da es jedoch im Rahmen der Anwendung des § 46 Absatz 1 BWaldG eine rechtliche Grundlage mit eindeutigen Größenordnungen nicht gibt, bestünde ohne diese Regelung – nach Auffassung des BMEL – keine Rechtssicherheit für die betreffenden Unternehmen, ob eine kartellrechtliche Prüfung im Einzelfall vorzunehmen wäre. Damit bestünde die Gefahr, dass sachdienliche Beschlüsse oder Vereinbarungen, selbst wenn sie in einer ex-post Betrachtung nicht zu einer Wettbewerbsbeschränkung führten, unterblieben. Solche Beschlüsse und Vereinbarungen, die der Holzvermarktung vorgelagerte und zumindest auch im Gemeinwohlinteresse liegende Dienstleistungen betreffen, sollten aber nach Ansicht des BMEL gerade nicht nach kartellrechtlicher Prüfung im Einzelfall begrenzt, sondern wegen ihres Gemeinwohlcharakters durch eine generelle kartellrechtliche Ausnahmeregelung freigestellt werden.

(75) Die neben dem Bericht des Thünen-Instituts eingegangenen Berichte und Stellungnahmen zum Fortbestand der Regelung des § 46 BWaldG Absatz 1 sind sehr heterogen. Die darin enthaltenen Aussagen reichen vom unbedingten und unveränderten Beibehalt der kartellrechtlichen Freistellung bis hin zur gänzlichen Streichung der Ausnahmeregelung vom Kartellverbot. Die unterschiedlichen Einschätzungen der Regelung werden zum einen an der Stellungnahme des BKartA im Vergleich zur Eingabe der Vertreter der Forstchefkonferenz sowie des Schreibens aus Hessen deutlich. Die Verschiedenartigkeit der Betrachtung des § 46 Absatz 1 BWaldG zeigt sich zum anderen sehr prägnant in den Antworten der Länder und Verbände im Rahmen der Anhörung (siehe Kapitel 3.5 und Anlage 8). So spricht sich von den Obersten Forstbehörden das Land Brandenburg als einziges gegen den Erhalt des § 46 Absatz 1 BWaldG aus. Zudem wird deutlich, dass innerhalb der Länder die Wirtschaftsministerien als Landeskartellbehörden zum Teil eine andere Rechtsauffassung zur Notwendigkeit des § 46 Absatz 1 BWaldG als die Obersten Forstbehörden haben.

(76) Im Kern geht es bei den voneinander abweichenden Aussagen um die Frage des ausreichenden Wettbewerbs auf dem Markt der forstwirtschaftlichen Betreuungsdienstleistungen. Angesichts der beschriebenen Marktstrukturen sind sich BMEL und BMWK einig, dass die durch § 46 Absatz 1 BWaldG erlaubten Vereinbarungen und Kooperationen den verbleibenden Restwettbewerb nicht derart beschränken dürfen, dass er seiner grundsätzlichen Steuerungsfunktion in der sozialen Marktwirtschaft nicht mehr nachkommen kann.

(77) Um dem aufgeworfenen Gedanken stärker zu berücksichtigen, schlug das BMEL im Rahmen der Beratungen mit BMWK vor, den Wettbewerbsgedanken über einen zusätzlichen Absatz im § 46 BWaldG zu stärken, der auf die beiden Absätze 1 und 2 des § 46 BWaldG Bezug nimmt. Dies auch vor dem Hintergrund, dass dann der Wortlaut des § 46 Absatz 1 BWaldG nicht isoliert hätte geändert werden müssen. Ein solcher könnte wie folgt gefasst werden: „Die Anwendung der Absätze 1 und 2 soll ein flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen fördern.“ Die in der Evaluierungsklausel genannten wettbewerbsrechtlichen Prinzipien („flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und diskriminierungsfreier Zugang“) wären in den verfügbaren Rechtstext als neuer Absatz eingegliedert und damit für die Auslegung der vorgenannten Absätze 1 und 2 verbindlich gemacht. Zugleich erhielte § 46 Absatz 2 BWaldG hierdurch eine weitere teleologische Einschränkung. Das BMEL verfolgt diesen Vorschlag – im Interesse einer Kompromissfindung und eines Einverständnisses mit dem BMWK zu den Absätzen 1 bis 3 – nicht weiter.

4.2 Erforderlichkeit des § 46 Absatz 2 des Bundeswaldgesetzes

(78) Die Frage der Europarechtskonformität des § 46 Absatz 2 BWaldG wurde im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren im Jahr 2016 weder vom Bundesrat noch vom Bundestag thematisiert und damit damals als gegeben angenommen. Diese Frage ist in den nun vorgelegten Berichten und Stellungnahmen uneinheitlich thematisiert worden. Das BKartA wirft in seiner Stellungnahme die Frage der Europarechtskonformität unter Verweis auf den (vom BGH aufgehobenen) Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15. März 2017 und die Kommentarliteratur auf und spricht sich deswegen für die Streichung des § 46 Absatz 2 BWaldG aus. Ähnlich äußern sich im Rahmen der Länder- und Verbändeanhörung v. a. die Landeskartellbehörden und einzelne Verbände. Auch die Monopolkommission hat im XXI. Hauptgutachten – Wettbewerb 2016 (Rdnr. 1021)⁶ einen Verstoß gegen EU-Recht gesehen und im XXII. Hauptgutachten – Wettbewerb 2018 (Rdnr. 147)⁷ empfohlen, § 46 Absatz 2 BWaldG aus Gründen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu streichen.

(79) BMWK teilt diese Rechtsauffassungen und hat erhebliche Bedenken an der Vereinbarkeit des § 46 Absatz 2 BWaldG mit Unionsrecht.

(80) BMEL teilt diese Bedenken nicht. Nach Auffassung des BMEL ist die Regelung des § 46 Absatz 2 BWaldG einer europarechtskonformen Auslegung zugänglich und hält einer unionsrechtlichen Kontrolle stand. Denn § 46 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1 BWaldG beziehe sich im Rahmen einer Rechtsgrundverweisung auf die in § 2 Absatz 1 GWB geregelte und durch Artikel 101 Absatz 3 AEUV ausdrücklich unionsrechtlich legitimierte Legalausnahme vom Kartellverbot. Diese Legalausnahme sei konditioniert und gelte unmittelbar; aber nur, wenn und solange die fraglichen Dienstleistungen im Einzelfall die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Freistellung vollständig erfüllten. Ferner sei zu beachten, dass Artikel 2 Satz 2 VO (EG) 1/2003, den das OLG Düsseldorf als verletzt ansah, nur im Kartellzivilverfahren uneingeschränkt gelte, im Kartellverwaltungsverfahren hingegen vom Amtsermittlungsgrundsatz überlagert werde. Im Übrigen sei die Vorschrift nicht auf Verfahrensregeln wie etwa zur Beweisführung anzuwenden, zu der u. a. auch die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins gehörten, die § 46 Absatz 2 BWaldG zugrunde lägen. Entsprechend habe BMEL auch in dem seinerzeitigen Verfahren vor dem BGH vorgetragen (siehe Anlage 9).

4.3 Weitere Vorschläge für notwendige Anpassungen der Regelung

(81) Auch die Evaluierung des § 46 BWaldG an sich, wie im § 46 Absatz 3 BWaldG geregelt, wurde in den Berichten und eingegangenen Stellungnahmen thematisiert. Unter der Prämisse, dass § 46 Absatz 1 und 2 BWaldG im Grundsatz fortbestehen, variieren die Aussagen der Akteure in der Länder- und Verbändeanhörung zwischen Ablehnung einer weiteren Evaluierung der Regelung und Beibehalt bzw. Verlängerung des Evaluierungszeitraums.

⁶ https://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Gesamt.pdf

⁷ https://www.monopolkommission.de/images/HG22/HGXXII_Gesamt.pdf

(82) In diesem Zusammenhang weist auch der Bericht des Thünen-Instituts sowie die Eingaben der Vertreter der Forstchefkonferenz darauf hin, dass das Evaluierungsintervall ggf. angepasst werden sollte.

(83) Obgleich die Evaluierungsmethodik nunmehr weitestgehend etabliert ist, stellt dessen Umsetzung für alle Beteiligten einen erheblichen Aufwand dar. So kann beispielsweise bei einer Folgebefragung auf freiwilliger Basis von einer rückläufigen Teilnahmebereitschaft sowohl von den Verbänden als auch den Betrieben ausgegangen werden.

(84) Gleichzeitig zeigt sich, dass mit der Einführung des § 46 BWaldG Veränderungsprozesse in zahlreichen Ländern angestoßen wurden, die sich auf die Betreuung vor allem von kleineren Waldbesitzenden und ihre Zusammenschlüsse auswirken. Hervorzuheben ist hier beispielsweise die direkte Förderung zur Professionalisierung von forstwirtschaftlichen Zusammenschlüssen. Aufgrund der Vielfalt an Strukturen und Handlungsbereitschaften ist jedoch davon auszugehen, dass die initiierten Prozesse mittelfristig nicht abgeschlossen sein werden.

(85) Um dem hohen Evaluierungsaufwand auf der einen Seite und der Langwierigkeit angeschobener Umstellungsprozesse – insbesondere zur Förderung der Entwicklung der Forstbetriebsgemeinschaften – auf der anderen Seite ausreichend Rechnung zu tragen, wäre eine mögliche Anpassung der Regelung, das Evaluierungsintervall in Absatz 3 des § 46 BWaldG zu erhöhen.

5 Empfehlungen

(86) Das BMEL spricht sich im Einvernehmen mit dem BMWK aufgrund der vorliegenden Informationen dafür aus, die Regelungen des § 46 BWaldG Absatz 1 und 3 zu ändern.

5.1 § 46 Absatz 1 des Bundeswaldgesetzes

(87) Vorschlag für § 46 Absatz 1 BWaldG – neu

„(1) Für Beschlüsse und Vereinbarungen über die der Holzvermarktung nicht zuzurechnenden forstwirtschaftlichen Maßnahmen von nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen, soweit auf diese Beschlüsse und Vereinbarungen die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden sind und sofern sie Wettbewerb auf dem Markt für forstwirtschaftliche Dienstleistungen bestehen lassen, gelten die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als erfüllt. Maßnahmen im Sinne des Satzes 1 umfassen die Bereiche der Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, der Markierung, der Ernte und der Bereitstellung des Rohholzes bis einschließlich seiner Registrierung.“

(88) Zur Begründung der vorgeschlagenen Änderung im § 46 Absatz 1 BWaldG:

Die Wälder in Deutschland stehen aufgrund des Klimawandels vor großen Herausforderungen und haben zugleich eine hohe Bedeutung für den Klimaschutz. Für eine ökonomisch und ökologisch nachhaltige Pflege und Bewirtschaftung der Wälder ist das Engagement aller Waldbesitzenden und forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse notwendig sowie ein flächendeckendes, vielfältiges und attraktives Angebot an forstwirtschaftlichen Dienstleistungen sowohl durch öffentliche Institutionen (staatliche Forstbetriebe und -verwaltungen, Landwirtschaftskammern) als auch durch private Unternehmen, die in einem fairen Wettbewerb miteinander stehen. Wettbewerb auf dem Markt für forstwirtschaftliche Dienstleistungen führt zu zusätzlichen Investitionen, zur Entwicklung neuer Geschäftsfelder und zu Anreizen zur Qualitätskontrolle, treibt Innovationen und Digitalisierung voran, ermöglicht technischen und wirtschaftlichen Fortschritt sowie angemessene Preise und Vertragskonditionen. Entgeltliche Betreuungsangebote durch öffentliche Institutionen sowie ein starkes privates Unternehmertum sind dabei kein Widerspruch, sondern Teil der Lösung. In diesem Sinne wird der Wettbewerbsgedanke im Absatz 1 hervorgehoben. BMEL hat sich im Einvernehmen mit dem BMWK dafür entschieden, für § 46 Absatz 1 BWaldG eine Formulierung ohne das Attribut „wesentlich“ vorzuschlagen und damit vom Wortlaut beispielsweise des § 40 Absatz 1 Satz 2 BWaldG oder auch des § 3 GWB abzuweichen.

Entscheidend wäre die Gesamtwürdigung der tatsächlichen Auswirkungen der Kooperation bzw. Vereinbarung auf die konkreten Marktverhältnisse.

Die vorgeschlagene Ergänzung des § 46 Absatz 1 BWaldG würde auch die vom Gesetzgeber in der Amtlichen Begründung (siehe Anlage 1) ausdrücklich erwünschte Wahlfreiheit der Waldbesitzenden bezüglich der Inanspruchnahme forstwirtschaftlicher Dienstleistungen und den Zugang zu diesen Dienstleistungen stärken.

5.2 § 46 Absatz 2 des Bundeswaldgesetzes

(89) ./.

5.3 § 46 Absatz 3 des Bundeswaldgesetzes

(90) Vorschlag für § 46 Absatz 3 BWaldG – neu

„(3) Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft hat dem Deutschen Bundestag im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz bis spätestens 31. Dezember 2027 und danach jeweils im Abstand von fünf Jahren zu berichten, ob und inwieweit die Regelungen in den Absätzen 1 und 2 weiterhin erforderlich sind, um ein flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzer sicherzustellen. Die Berichte sollen, unter besonderer Berücksichtigung der zu fördernden Entwicklung der Forstbetriebsgemeinschaften, Vorschläge für gegebenenfalls notwendige Anpassungen der Regelungen enthalten.“

(91) Zur Begründung der Änderung im § 46 Absatz 3 BwaldG.

Als sektorspezifische Ausnahmeregelung vom allgemeinen Kartellrecht bedarf § 46 BWaldG einer substantiellen Begründung, nicht nur zum Zeitpunkt ihrer Entstehung, sondern fortlaufend. Daher ist eine fortdauernde Evaluierung notwendig, um die Erforderlichkeit und den tatsächlichen Nutzen der Regelung zu eruieren.

Die erste, sechsjährige Evaluierung (Zeitraum 2017 bis 2022) hat gezeigt, dass die weiteren Evaluierungsintervalle zukünftig länger sein sollten als drei Jahre, um die Wirkung der Regelung angemessener beurteilen zu können. Die Forstwirtschaft unterliegt im Vergleich zu anderen Branchen nur einem langsamen Wandel. Im Interesse einer besseren Aussagekraft wird deshalb vorgeschlagen, den zukünftigen Berichtszeitraum von drei auf fünf Jahre zu erhöhen.

Zudem wird angeregt, die Regelung an die geänderte Bezeichnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz anzupassen.

Anlage 1: Wortlaut des § 46 Bundeswaldgesetz und Auszug der Amtlichen Begründung

§ 46

Weitere Vorschriften in besonderen Fällen

(1) Für Beschlüsse und Vereinbarungen über die der Holzvermarktung nicht zuzurechnenden forstwirtschaftlichen Maßnahmen von nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen, soweit auf diese Beschlüsse und Vereinbarungen die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen anzuwenden sind, gelten die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen als erfüllt. Maßnahmen im Sinne des Satzes 1 umfassen die Bereiche der Planung und Ausführung waldbaulicher Maßnahmen, der Markierung, der Ernte und der Bereitstellung des Rohholzes bis einschließlich seiner Registrierung.

(2) Soweit auf Beschlüsse und Vereinbarungen im Sinne des Absatzes 1 die Regelungen des Artikels 101 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union anzuwenden sind, wird vermutet, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union erfüllt sind.

(3) Das Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft hat dem Deutschen Bundestag im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bis spätestens 31. Dezember 2022 und danach jeweils im Abstand von drei Jahren zu berichten, ob und inwieweit die Regelungen in den Absätzen 1 und 2 weiterhin erforderlich sind, um ein flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzer sicherzustellen. Die Berichte sollen, unter besonderer Berücksichtigung der zu fördernden Entwicklung der Forstbetriebsgemeinschaften, Vorschläge für gegebenenfalls notwendige Anpassungen der Regelungen enthalten.

Begründung zum § 46 BWaldG (Auszug aus der Drucksache 18/10456)

Begründung

A. Allgemeiner Teil *(Seite 7 bis 9)*IV. Nachhaltigkeitsprüfung *(Seite 8)*

[...] Die Gesetzesänderung soll den rechtlichen Rahmen dafür schaffen, dass die bisherigen staatlichen Betreuungsangebote der Länder kartellrechtlich zulässig gestaltet werden und weiter aufrechterhalten werden können. Dies ist – vor allem für kleinere Waldbesitzer und ihre Zusammenschlüsse – ein wichtiger Beitrag zur Sicherung einer nachhaltigen Waldwirtschaft, insbesondere auch vor dem Hintergrund von zunehmend komplexeren Herausforderungen (z. B. Klimaänderung) und Anforderungen an die Waldbewirtschaftung (z. B. Natur- und Artenschutz). Die Änderungen tragen dazu bei, dass die Forstwirtschaft in Deutschland auch künftig nachhaltig bleibt und die natürlichen Lebensgrundlagen erhalten werden. Dies betrifft insbesondere die Indikatoren 7 und 10 der Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung. [...]

B. Besonderer Teil *(Seite 9 bis 12)*

Zu § 46 (neu)

Die Forstwirtschaft ist durch Besonderheiten gekennzeichnet, die sie von anderen landwirtschaftlichen Produktionszweigen unterscheidet. Dazu gehört insbesondere die Langfristigkeit der Produktion – zwischen der Entscheidung über die Art der Neubegründung eines Bestandes und der Nutzung liegen oft 100 Jahre und mehr. Darüber hinaus werden an die Waldbewirtschaftung hohe Anforderungen hinsichtlich der Bereitstellung von Gemeinwohlleistungen gestellt. Es liegt im öffentlichen Interesse, dass diese Gemeinwohlleistungen auch weiterhin zur Verfügung stehen. Diese Gemeinwohlleistungen werden insbesondere durch die über Jahrzehnte währende Bestandspflege und nachhaltige Bewirtschaftung der Wälder erbracht, für die private, kommunale und staatliche Waldeigentümer die Verantwortung tragen – seien es die vielen einzelnen, z. T. kleinstrukturierten Forstbetriebe, seien es die eine wichtige Bündelungsfunktion wahrnehmenden Forstbetriebsgemeinschaften oder seien es in gleichem Maße die Staatsforstbetriebe.

Um die im Interesse der Allgemeinheit liegende ordnungsgemäße Waldpflege und -bewirtschaftung durch alle Waldbesitzer gleichermaßen erbringen zu können, haben – neben den Forstbetriebsgemeinschaften sowie den privaten und kommunalen Forstbetrieben – auch die Staatsforstbetriebe in ihren jeweiligen Ländern Betreuungsangebote für kleinere private und kommunale Waldeigentümer entwickelt.

Um diese auch im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben von der rein wirtschaftlichen Tätigkeit der Holzvermarktung abzugrenzen, wird in § 46 – neu – BWaldG – gleichsam negativ – definiert, welche forstlichen Maßnahmen im Einzelnen nicht zur Holzvermarktung im engeren Sinne zu zählen sind. Die Holzvermarktung im engeren Sinne, d.h. der Verkauf des an der Waldstraße liegenden, nach Qualität sortierten Holzes und die eigentliche Vermarktung des Holzes stellen wirtschaftliche Tätigkeiten dar. Diejenigen Tätigkeiten, die den Holzverkauf und die Holzvermarktung im engeren Sinne vorbereiten, können sowohl wirtschaftliche wie auch öffentlichen Interessen dienende Aspekte beinhalten. Zum einen liefern die Planung von Holzernemaßnahmen, das Holzauszeichnen, der Holzeinschlag und die Holzaufnahme in Holzlisten wichtige Daten für den Holzverkauf, wie bspw. Informationen zu Baumart, Sortiment, Qualität, Stärke und Menge. Nur mit Hilfe dieser Daten können Holzverkaufsverhandlungen effektiv ausgestaltet werden. Zum anderen dienen diese forstwirtschaftlichen Maßnahmen aber auch der Waldpflege und Walderhaltung. Der Wald hat neben einer Nutzfunktion auch eine Schutz- und Erholungsfunktion. So geht es bspw. bei der jährlichen Betriebsplanung auch um die Maßnahmen, die für den Waldschutz und die Waldpflege zu treffen sind. Die Holzlistenerstellung dient auch der Gewährleistung der Nachhaltigkeit des Holzeinschlags und der Sicherung des Herkunftsnachweises nach der EU-Holzhandelsverordnung (EUTR) 995/2010. Und auch beim Holzauszeichnen spielen die Stabilitätssicherung und das nachhaltige Wachstum der Baumbestände eine Rolle.

Nach § 46 –neu– BWaldG wird vermutet, dass die der Holzvermarktung vorgelagerten forstwirtschaftlichen Maßnahmen die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen.

Absatz 1 enthält eine unwiderlegliche Vermutung, dass die Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne des § 2 GWB erfüllt sind.

Absatz 2 enthält für den Fall, dass der innergemeinschaftliche Handel spürbar beeinträchtigt ist, eine widerlegliche Vermutung, dass die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV grundsätzlich – nämlich soweit es dem nationalen Gesetzgeber möglich ist, eine solche Regelung zu treffen – gegeben sind. Durch die widerlegliche Vermutung wird der durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003⁸ vorgegebenen einheitlichen Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts Rechnung getragen.

Absatz 3 enthält die Vorgabe, in einem fortlaufenden Review-Prozess, der sowohl die strukturelle Entwicklung im Forstsektor als auch die maßgeblichen kartellrechtlichen Weichenstellungen einbezieht, die Erreichung der gesetzgeberischen Zielsetzungen zu überprüfen und hierüber dem Bundestag zu berichten sowie Änderungsvorschläge zu unterbreiten, damit gegebenenfalls nachgesteuert werden kann. Dies wäre z.B. dann angezeigt, wenn die in den Absätzen 1 und 2 enthaltenen Regelungen wider Erwarten indirekt die Bildung oder Entwicklung von Forstbetriebsgemeinschaften behindern würden.

Die Regelung in § 46 – neu – BWaldG berührt in keiner Weise die Wahlfreiheit der Waldbesitzer bezüglich der Inanspruchnahme forstlicher Dienstleistungen und den Zugang zu diesen Dienstleistungen. Es bleibt auch künftig allein der Entscheidung des Waldbesitzers überlassen, ob und wenn ja, welche forstlichen Dienstleistungen von Dritten er in Anspruch nehmen möchte. Die vielfältigen eigenverantwortlichen Anstrengungen der Waldbesitzer zur Erbringung der mit der nachhaltigen Waldbewirtschaftung und –pflege verknüpften Gemeinwohlleistungen werden lediglich flankiert.

§ 46 – neu – BWaldG schränkt auch nicht die Verpflichtung der Landesforstverwaltungen und –betriebe ein, fakultative staatliche Forstdienstleistungen im Wettbewerb diskriminierungsfrei und nicht unter Gestehungskosten anzubieten.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

Anlage 2: §§ 1 und 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

§ 1

Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen

(1) Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.

§ 2

Freigestellte Vereinbarungen

(1) Vom Verbot des § 1 freigestellt sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

1. Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
2. Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszu-schalten.

(2) Bei der Anwendung von Absatz 1 gelten die Verordnungen des Rates oder der Europäischen Kommission über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen (Gruppenfreistellungsverordnungen) entsprechend. Dies gilt auch, soweit die dort genannten Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beeinträchtigen.

Anlage 3: Artikel 101 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

(1) Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
- b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
- c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
- d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- e) die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

(2) Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig.

(3) Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,
- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszu-schalten.

Anlage 4: Bericht des Thünen-Instituts vom 15. Juni 2022

Die Anlage steht als PDF-Datei unter dem Link Bericht des Thünen-Instituts vom 15. Juni 2022 (zuletzt aufgerufen am: 27. Juli 2023) zur Verfügung.

Anlage 5: Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022

Die Anlage steht als PDF-Datei unter dem Link Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz vom 13. Mai 2022 (zuletzt aufgerufen am: 27. Juli 2023) zur Verfügung.

Anlage 6: Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 13. Juli 2022

Die Anlage steht als PDF-Datei unter dem Link Stellungnahme des Bundeskartellamtes vom 13. Juli 2022 (zuletzt aufgerufen am: 27. Juli 2023) zur Verfügung.

Anlage 7: Schreiben des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 21. September 2022

Die Anlage steht als PDF-Datei unter dem Link Schreiben des Hessischen Ministeriums für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz vom 21. September 2022 (zuletzt aufgerufen am: 27. Juli 2023) zur Verfügung.

Anlage 8: Stellungnahmen der Länder und von Verbänden im Rahmen der Anhörung vom 7. November 2022

Die Anlage steht als PDF-Datei unter dem Link Stellungnahmen der Länder und von Verbänden im Rahmen der Anhörung vom 7. November 2022 (zuletzt aufgerufen am: 27. Juli 2023) zur Verfügung.

Anlage 9: Schreiben des BMEL an den BGH „Stellungnahme des BMEL zur Revision im sogenannten „Rundholzverfahren“ (Land Baden-Württemberg ./ Bundeskartellamt)“ vom 5. März 2018

Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft
Postfach 14 02 70, 53107 Bonn

Unterabteilungsleiter 53
„Forstwirtschaft“

An den

HAUSANSCHRIFT

Bundesgerichtshof

TEL

Kartellsenat

FAX

E-MAIL

Ual53@bmelv.bund.de

76125 Karlsruhe

INTERNET

www.bmelv.de

AZ

DATUM

05.03.2018

Revision im sog. „Rundholzverfahren“ (Land Baden-Württemberg ./ Bundeskartellamt);

hier: Stellungnahme des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft

In dem Verfahren der beim Kartellsenat des Bundesgerichtshofs anhängigen Revision gegen den Beschluss des I. Kartellsenats des OLG Düsseldorf vom 15.03.2017, Az. VI-Kart 10/15 (V), sog. „Rundholzverfahren“, nehme ich zu der Frage der Vereinbarkeit des § 46 Absatz 2 Bundeswaldgesetz (BWaldG) mit Unionsrecht wie folgt Stellung:

Das OLG Düsseldorf führt in der Begründung zu seinem o.g. Beschluss unter Randnummer 356 ff. (zitiert nach juris) aus, dass die Vorschrift des § 46 Absatz 2 BWaldG gegen Unionsrecht verstoße und daher nicht anzuwenden sei.

Dem ist aus folgenden Gründen zu widersprechen:

1. Annahme fehlender nationaler Rechtsetzungskompetenz wegen Einstufung des § 46 Absatz 2 BWaldG als Gruppenfreistellung oder Bereichsausnahme

Das OLG Düsseldorf geht in dem zu überprüfenden Beschluss davon aus, dass es sich bei § 46 Absatz 2 BWaldG der Sache nach um eine Bereichsausnahme vom Kartellverbot im Sinne von Artikel 103 Absatz 2 Buchstabe c AEUV oder um eine Gruppenfreistellungsverordnung im Sinne von Artikel 103 Absatz 2 Buchstabe b AEUV handele. Für solche Regelungen verfüge der nationale Gesetzgeber nicht über die notwendige Rechtsetzungskompetenz.

Dem ist insoweit zuzustimmen, als das OLG Düsseldorf auf eine fehlende Rechtsetzungskompetenz des nationalen Gesetzgebers für Bereichsausnahmen oder Gruppenfreistellungsverordnungen nach Artikel 103 Absatz 2 AEUV hinweist.

Nicht zutreffend ist hingegen die vom OLG vorgenommene Einstufung von § 46 Absatz 2 BWaldG als eben solche Bereichsausnahme oder Gruppenfreistellung – und damit im Ergebnis auch die daraus abgeleitete Schlussfolgerung fehlender Rechtsetzungskompetenz.

Denn § 46 Absatz 2 i. V. m. Absatz 1 BWaldG bezieht sich im Rahmen einer **Rechtsgrundverweisung** auf die in § 2 Absatz 1 GWB geregelte und durch Artikel 101 Absatz 3 AEUV ausdrücklich unionsrechtlich legitimierte **Legalausnahme** vom Kartellverbot. Diese Legalausnahme ist konditioniert und gilt **unmittelbar**; aber nur, wenn und solange die fraglichen Dienstleistungen **im Einzelfall** die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Freistellung vollständig erfüllen. Darin unterscheidet sich die in § 46 Absatz 2 BWaldG getroffene Regelung essentiell von einer auf Typisierung und Pauschalierung beruhenden Gruppenfreistellung oder Bereichsausnahme. Es reicht

für die Freistellung – da es sich bei § 46 Absatz 2 BWaldG eben nicht um eine Gruppenfreistellung oder Bereichsausnahme handelt –, zugespitzt formuliert, nicht bereits aus, dass eine Dienstleistung von der Aufzählung in § 46 Absatz 1 Satz 2 BWaldG, auf die § 46 Absatz 2 BWaldG verweist, umfasst ist.

§ 46 Absatz 2 BWaldG hebt somit die in Artikel 101 Absatz 3 AEUV sowie in § 2 Absatz 1 GWB geregelten Tatbestandsvoraussetzungen der Freistellung in keiner Weise aus. Auch die Prüfungs- und Sanktionierungsmöglichkeiten der Kartellbehörden in den von § 46 Absatz 2 BWaldG erfassten Fällen werden nicht beschränkt. Unionsrecht wird im Ergebnis also nicht – wie vom OLG Düsseldorf befürchtet – unterlaufen und auch nicht in seiner Wirksamkeit beeinträchtigt. Vielmehr werden staatlich erbrachte Forstdienstleistungen in den Kontext der Legal Ausnahme nach § 2 Absatz 1 GWB und des Artikels 101 Absatz 3 AEUV – für den Fall, dass diese Dienstleistungen im Einzelfall spürbare Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Handel entfalten können – eingegliedert und damit die Geltung des Unionsrecht unterstrichen.

An dieser Bewertung vermag auch die in § 46 Absatz 2 BWaldG enthaltene Vermutung der Erfüllung der von Artikel 101 Absatz 3 AEUV vorgegebenen Tatbestandsmerkmale für eine Freistellung vom Kartellverbot nichts zu ändern. Denn zum einen ist die Vermutung ausdrücklich widerleglich ausgestaltet, das heißt, die Kartellbehörden können in Verdachtsfällen ohne jede Einschränkung die notwendigen Prüfungen durchführen und Sanktionen erlassen. Und zum anderen greift die Vermutungsregelung auf der Grundlage einer teleologischen Auslegung der Vorschrift nur unter folgenden einengenden, den Wettbewerb schützenden Prämissen:

Mit der Vermutungsregelung in § 46 Absatz 2 BWaldG hat der Gesetzgeber im Hinblick auf die wegen der kartellrechtlichen Anforderungen an die Rundholzvermarktung zu erwartenden tiefgreifenden Umstrukturierungen im Forstsektor das Ziel verfolgt, in einer nicht immer nur an fachlichen Argumenten ausgerichteten Forstpolitik- und Kartellrechtsdebatte klarzustellen, dass die in § 46 Absatz 1 Satz 2 BWaldG definierten staatlichen Forstdienstleistungen, sofern sie im Einklang mit den kartellrechtlichen Anforderungen stehen, sie insbesondere unabhängig von der Vermarktung des Holzes, diskriminierungsfrei und zu marktkonformen Preisen im Wettbewerb angeboten werden, nach wie vor zulässig und auch erforderlich sind, um für alle Waldeigentümer (insbesondere auch diejenigen, die selbst nicht über die notwendigen Kenntnisse und Voraussetzungen verfügen) flächendeckend (gerade auch dort, wo alternative Angebote fehlen) und zu angemessenen Konditionen den Zugang zu Forstdienstleistungen, die eine auch den übergeordneten Interessen des Gemeinwohls verpflichtete sach- und fachkundige Bewirtschaftung des Waldes sicherstellen, zu gewährleisten.

Solche Dienstleistungen bilden eine forstpolitisch unverzichtbare Facette staatlicher Daseinsvorsorge und korrespondieren mit der jedem Waldeigentümer gesetzlich auferlegten verdichteten Sozialpflichtigkeit seines Eigentums. Für solchermaßen motivierte und im Grundsatz wettbewerbskonform ausgerichtete staatliche Dienstleistungsangebote (aber auch nur für diese) spricht die letztlich in § 46 Absatz 2 BWaldG kodifizierte grundsätzliche Vermutung, dass sie die Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV erfüllen.

Werden staatliche Forstdienstleistungen hingegen diskriminierend oder unter marktkonformen Preisen oder auch mit der Rundholzvermarktung kollusiv verwoben angeboten, so liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass das fragliche Angebot die Vermutung nach § 46 Absatz 2 BWaldG nicht rechtfertigt. Für diese Fälle ist die Vermutung bewusst widerleglich ausgestaltet. Hier ist – wie bereits ausgeführt – eine Überprüfung der Erfüllung der Voraussetzungen des Artikels 101 Absatz 3 AEUV und ggfls. eine Sanktionierung durch die Kartellbehörden im Einzelfall angezeigt und soll ohne jede Einschränkung möglich sein.

2. Annahme der Unvereinbarkeit von § 46 Absatz 2 BWaldG mit Artikel 2 Satz 2 der Verordnung (EG) 1/2003

Unter Randnummer 361 ff. (zitiert nach juris) führt das OLG Düsseldorf in den Beschlussgründen aus, dass § 46 Absatz 2 BWaldG in einem mit dem Grundsatz der Unionstreue (Artikel 4 Absatz 3 EUV) unvereinbaren Widerspruch zu Artikel 2 Satz 2 der Verordnung (EG) 1/2003 (sog. Kartellverfahrensordnung) stehe. Die nach dieser unionsrechtlichen Vorschrift von den Wirtschaftsbeteiligten zu tragende Beweislast werde mit § 46 Absatz 2 BWaldG unzulässig auf die Kartellbehörden verlagert.

Diese Rechtsauffassung wird ebenfalls nicht geteilt. Der behauptete Widerspruch besteht nicht. Denn die mit der VO (EG) 1/2003 eingeführte Beweislastregel gilt nur im Kartellzivilverfahren uneingeschränkt. Sie wird im Kartellverwaltungsverfahren – und nur um ein solches geht es im vorliegenden Fall – vom Amtsermittlungsgrundsatz überlagert (so auch Hengst unter Verweis auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften und die Erwägungsgründe des Unionsgesetzgebers in: Langen/Bunte Kartellrecht Kommentar Bd. 2 Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, zu Art. 101 AEUV Rdn. 367; Sura in: Langen/Bunte Kartellrecht Kommentar Bd. 2 Europäisches Kartellrecht, 13. Aufl. 2018, zu Art. 2 VO 1/2003 Rdn. 4 ff. m.w.N.). Daraus folgt, dass den Kartellbehörden auch

nach den Vorgaben des Unionskartellrechts Sachverhaltsermittlung, Darlegung und Beweis auferlegt sind. Damit steht § 46 Absatz 2 BWaldG vollauf in Einklang.

Ferner ist zu beachten, dass Artikel 2 Satz 2 VO (EG) 1/2003 nicht auf Verfahrensregeln wie etwa zur Beweisführung anzuwenden ist, zu der u.a. auch die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins gehören (Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht Bd. 1 EG/Teil 2 (2007), zu VO 1/2003 Rdn. 22). Bei § 46 Absatz 2 BWaldG handelt es sich um eine eben solche Regelung.

3. Fazit

§ 46 Absatz 2 BWaldG steht mithin nicht in Widerspruch zum Unionsrecht und hätte – obgleich zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch nicht in Kraft – vom OLG Düsseldorf angewendet werden können. Bei Anwendung der Vorschrift wäre zu prüfen gewesen, ob die dort geregelte Vermutung hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Forstdienstleistungen greift bzw. ob sie widerlegt ist. Dies hat das OLG unterlassen.

Für den Fall, dass der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs der vorstehend geschilderten Rechtsauffassung nicht folgen sollte, wird im Hinblick auf die Bedeutung und Tragweite der im Vorfeld der anstehenden Umstrukturierungen im Forstsektor zu lösenden Kartellrechtsprobleme angeregt, die Frage der Vereinbarkeit des § 46 Absatz 2 BWaldG mit dem Unionskartellrecht nach Artikel 267 AEUV dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Mit freundlichen Grüßen

Gez. UAL 53

