



Bonn, 12. Juli 2022

Evaluierung von § 46 BWaldG

-

Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz zur Auswertung und Ergebnisdarstellung der Länderfragebögen v. 13. Mai 2022 sowie zum Bericht des Thünen-Instituts für Waldwirtschaft v. 15. Juni 2022 („Struktur und Entwicklung der forstlichen Dienstleistungsmärkte im Bundesgebiet“) einschließlich einer Einordnung von § 46 BWaldG im Verhältnis zu §§ 1 und 2 GWB

Vorliegend nimmt das Bundeskartellamt als Mitglied der Steuerungsgruppe, vertreten durch die zuständige 1. Beschlussabteilung, Stellung zu den o.g. Berichten, wie in der Sitzung der Steuerungsgruppe vom 20.06.2022 vereinbart.

Ausgangspunkt ist der Berichtsauftrag in § 46 Abs. 3 BWaldG, demzufolge zu prüfen ist, ob die kartellrechtliche Freistellung (§ 2 GWB) vom Kartellverbot des § 1 GWB¹ für Vereinbarungen zwischen nicht-staatlichen oder staatlichen Trägern oder deren Kooperationen über die Erbringung forstwirtschaftlicher Dienstleistungen im Sinne von § 46 Abs. 1 Satz 2 BWaldG weiterhin erforderlich ist, um ein flächendeckendes Angebot forstlicher Dienstleistungen zu angemessenen Bedingungen und einen diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistungen für alle Waldbesitzer sicherzustellen. Des Weiteren erstreckt sich der Berichtsauftrag des § 46 Abs. 3 BWaldG auf die Vermutungsregelung des § 46 Abs. 2 BWaldG. Da § 46 BWaldG und der Evaluierungsauftrag sich ausdrücklich und gezielt auf forstwirtschaftliche Dienstleistungen beziehen, bedarf es keiner gesonderten Befassung mit der Holzvermarktung. Es sei nur darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der Holzvermarktung in § 40 BWaldG eine eigene Regelung für die Freistellung bestimmter Kooperationen von § 1 GWB enthalten ist.

Das Bundeskartellamt ist im Ergebnis der Auffassung, dass § 46 aus dem BWaldG gestrichen werden sollte.

- Als Ausnahmeregelung vom allgemeinen Kartellrecht bedarf die Norm des § 46 BWaldG einer substantiellen Begründung, die sich aus Marktgegebenheiten und aus den in § 46

¹ § 46 Abs. 1 BWaldG. Gleiches gilt für die vermutete Erfüllung der Freistellungs Voraussetzungen nach europäischem Kartellrecht (§ 46 Abs. 2 BWaldG i.V.m. Art. 101 Abs. 3 AEUV).

Abs. 3 genannten materiellen Voraussetzungen ergeben muss. Die Vorschrift hat jedoch tatsächlich, wie die o.g. Berichte ergeben, einen geringen faktischen wie rechtlichen Anwendungsbereich. Der tatsächliche Nutzen der Vorschrift scheint weitgehend in einer Erleichterung der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung für größere Dienstleistungsanbieter zu bestehen. Dies reicht nicht aus, um eine so weitgehende Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu begründen.

- Viele horizontale Kooperationsformen sind auch innerhalb des Kartellrechts freigestellt. In der Praxis gibt es darüber hinaus offenkundig kaum horizontale Kooperationen zwischen Staatsforstbetrieben und Dritten. § 46 BWaldG kommt daher in dieser Konstellation kaum zum Einsatz. Insbesondere bei Beteiligung kleiner Forstbetriebe oder Forstbetriebsgemeinschaften fehlt es regelmäßig an einer Wettbewerbsbeschränkung. Prüfungswürdig wären allein Dienstleistungsverträge der Staatsforstbetriebe mit Großprivatwald oder großen Forstbetriebsgemeinschaften (FBG) oder forstwirtschaftlichen Zusammenschlüsse (FwZ). Soweit § 46 BWaldG Kooperationen oder vertikale Vereinbarungen zwischen besonders großen Marktteilnehmern freistellt, d.h. wenn sie zusätzlich Marktmacht entwickeln und den Wettbewerb auf den betroffenen Dienstleistungsmärkten oder dem Holzvertriebsmarkt gefährden, erscheint eine voraussetzungslose Freistellung mit Blick auf die erheblichen wettbewerblichen Risiken in diesen Konstellationen nicht angemessen.
- § 46 Abs. 2 BWaldG ist zu streichen, da er gegen Europarecht verstößt.

1. Anmerkungen zu den Berichten

1.1 Länderbericht

Die Vertreter der Forstchefkonferenz haben mit dem Bericht vom 13. Mai 2022² ihre Einschätzung sowie ihr Engagement bekräftigt, § 46 BWaldG beizubehalten. Die Forstchefkonferenz hat als Beitrag für den o.g. Evaluierungsauftrag einen eigenen, an die obersten Forstbehörden der Bundesländer gerichteten Fragebogen entwickelt und ausgewertet, dessen Daten weitgehend die Grundlage für die Darstellungen in dem Bericht darstellen.

Der zentralen These des Länderberichts, dass die Verhältnisse in den Ländern sehr heterogen sind und daher eine differenzierte Betrachtung erfordern, ist – ungeachtet der Aussagekraft des Länderberichts – zuzustimmen. Vor dem Hintergrund dieser Aussage vermag dagegen das Plädoyer für eine weiterhin geltende Regelung in § 46 BWaldG, die gerade nicht auf die unterschiedlichen Bedingungen vor Ort eingeht, sondern sämtliche Kooperationen bundesweit und bedingungslos freistellt, nicht zu überzeugen.

Grundsätzlich war die Beteiligung an dem Länderfragebogen hoch, da nur wenige Länder gar nicht geantwortet haben. Die Aussagekraft des Berichts ist dennoch eingeschränkt, denn bei der Auswertung der einzelnen Fragen zeigte sich, dass fast keine Frage von *allen* (grundsätzlich antwortenden) Bundesländern bearbeitet wurde und selbst die antwortenden Bundesländer mitunter nur Teilantworten bzw. zu einzelnen Fragen auch gar keine auswertbaren Angaben zur Verfügung stellen konnten.³ Zum Teil wird dies sicherlich daran liegen, dass die entsprechenden Daten nicht erhoben werden und auch nicht aus anderen Quellen vorliegen. Belastbare Aussagen auf der Grundlage der – im Übrigen auch nicht offengelegten – verbleibenden, auswertbaren Antworten, sind daher nicht möglich, wie auch der Länderbericht nicht verkennt (vgl. Punkt 4.8, erster Absatz, S. 31). Vor diesem Hintergrund erscheint schwierig nachvollziehbar, wie der Bericht dennoch zu recht eindeutigen Schlüssen gelangen kann.

Entwicklungen der vergangenen Jahre in Bezug auf die Betreuung von Wäldern, auf die Anzahl von Kooperationen oder sonstigen Parametern, die für die Evaluierung der Wirkung von § 46 BWaldG hilfreich wären, kann der Länderbericht nicht darstellen, da keine Gegenüberstellung von Vergleichsdaten verschiedener Jahre erfolgt. Die stattdessen angegebenen Einschätzungen zu aktuellen Tendenzen (S. 32) sind so stark zusammengefasst, dass ihre Aussagekraft nicht erkennbar ist. Weder führt der Länderbericht zum Beispiel aus, wie viele Bundesländer die Fragen zur gesamten Ziffer 10 des Fragebogens tatsächlich beantwortet

² Bericht der Vertreter der Forstchefkonferenz (FCK) in der Steuerungsgruppe zur Evaluierung des § 46 BWaldG nach Absatz 3 vom 13. Mai 2022 (nachfolgend: „Länderbericht“).

³ Vgl. beispielsweise Tabellen 17, 18 auf S. 31.

haben, noch legt er die den Aussagen zugrunde liegenden Daten offen. Nicht nachvollziehbar bleibt auch, ob die Einschätzung, die Zahl der Mitglieder sowie hauptamtlich Mitarbeitenden von FwZ steige, tatsächlich eine spürbare Größenordnung erreicht hat oder erreichen wird. Nicht auszuschließen ist auch, dass solche Tendenzen in einigen Bundesländern stärker ausfallen als in anderen, weil unterschiedliche Maßnahmen ergriffen wurden. Dies wäre ein hilfreicher Indikator für die Wirksamkeit von Maßnahmen. Dies ist hier nicht klärbar.

Zu einzelnen Aspekten

a) Zu S. 43 (Interpretation des § 46 BWaldG):

Die Darstellung der Zielrichtung des § 46 BWaldG erscheint hier verkürzt. Zutreffend ist, dass § 46 Abs. 1 BWaldG zunächst in Abgrenzung zur Holzvermarktung die vorgelagerten forstlichen Dienstleistungen („Maßnahmen“) im Einzelnen benennt. Während die Holzvermarktung als rein wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen ist, können durchaus auch die forstlichen Dienstleistungen, die den Holzverkauf und die Holzvermarktung im engeren Sinne vorbereiten, - anders als im Länderbericht dargestellt - nicht nur öffentlichen Interessen dienende Aspekte, sondern auch wirtschaftliche Aspekte beinhalten (siehe Regierungsbegründung zu § 46 BWaldG, BT-Drs. 18/10456, S. 10). Neben den öffentlichen Interessen der Waldpflege und Walderhaltung liefern die vorbereitenden forstlichen Dienstleistungen wichtige Daten für Holzverkaufsverhandlungen (Reg.begr., aaO). Wenn die Staatsforstbetriebe Betreuungsangebote für kleinere private und kommunale Waldbesitzer anbieten, tun sie dies einerseits aufgrund der vorgenannten öffentlichen Interessen. Zum zweiten haben sie aber im Wettbewerb die sich aus der wirtschaftlichen Seite ergebenden Regeln – und hier nicht nur die im Länderbericht genannte Diskriminierungsfreiheit und das Anbieten nicht unter Gestehungskosten, sondern auch die wettbewerbsrechtlichen Regeln zu Kooperationen – zu beachten. Speziell zu diesem Punkt trifft § 46 BWaldG eine Ausnahmeregelung, und hier liegt seine eigentliche Zielrichtung.

b) Zu S. 46 („Forstliches Zusammenschlusswesen“):

Der fünfte Satz im ersten Absatz („Dies erscheint auch im Hinblick auf § 46 Abs. 1 BWaldG geboten ...“) bedarf einer (mindestens) redaktionellen Klarstellung, da er so nicht verständlich und nachvollziehbar ist. Das „Dies“ soll sich wahrscheinlich nicht unmittelbar auf die im Satz zuvor betonte Heterogenität der FBG zwischen den Bundesländern, sondern auf den davor liegenden dritten Satz beziehen.

c) Zu S. 53 („Fazit“):

Der Länderbericht konstatiert, dass „die Regelungen des § 46 insgesamt zu Anpassungen in den Ländern geführt haben, um einen diskriminierungsfreien Wettbewerb zwischen den

Dienstleistern zu gewährleisten“. Diese Aussage erscheint angesichts des begrenzten Rücklaufs der Antworten aus den Ländern zu weitgehend und verallgemeinernd. Insbesondere enthält der Länderbericht keine Länder-Übersicht über die Art der staatlichen (direkten oder indirekten) Förderung im Bereich der Dienstleistungen sowie dazu, ob und wo es hier in den vergangenen Jahren zu Anpassungen gekommen ist. Dies wäre aber für eine Aussage zum diskriminierungsfreien Zugang und zu angemessenen Bedingungen des Angebots forstlicher Dienstleistungen für alle Waldbesitzer unabdingbar.

Auch das weitere Fazit im letzten Abschnitt der Seite 53, dass „die Antworten der obersten Forstbehörden wichtige Begründungen dafür [liefern], dass es gerechtfertigt ist, für Kooperationen zwischen Forstbetrieben ... weiterhin die Regelungen in § 46 BWaldG beizubehalten“, wird ohne eine nachvollziehbare Begründung formuliert. Zwar sprechen der dort benannte hohe Organisationsgrad des privaten und kommunalen Kleinwaldes und die bislang sehr eingeschränkte Betriebsführung durch eigene oder sonstige private Ressourcen für das Erfordernis von Kooperationen. Es bleibt aber offen, warum diese Kooperationen gerade der pauschalen und nicht nach örtlichen Gegebenheiten differenzierenden Freistellung durch § 46 BWaldG bedürfen. Auch die im Fazit des Länderberichts folgenden Hinweise auf erforderliche Qualifikationen, Umweltrecht oder Kalamitäten infolge Klimawandels vermögen in ihrer Allgemeinheit nicht die spezifische Frage zu beantworten, warum es der generellen Freistellungsnorm des § 46 BWaldG anstelle der bestehenden rechtlichen Kooperationsmöglichkeiten des Kartellrechts bedarf.

Im Übrigen ist dem Länderbericht bei der Aussage auf Seite 53 (mittlerer Absatz) zuzustimmen, dass ein flächendeckendes qualifiziertes Forstdienstleistungsangebot im öffentlichen Interesse liegt. Allerdings ist nicht erkennbar, in welchem Begründungszusammenhang diese Aussage mit der Evaluierung von § 46 BWaldG steht. Das Interesse besteht völlig unabhängig von § 46 BWaldG.

- d) Nach Darstellung im Länderbericht (S. 53 oben), hat § 46 BWaldG u.a. dazu geführt, dass in vielen Ländern inzwischen ein flächendeckendes privates Dienstleistungsangebot etabliert sei, „... auch wenn dort, wo bislang die staatlichen Betreuungsangebote dominierten, noch Lücken vorhanden sind. ...“. Der Bericht ergeht sich anschließend in Annahmen über die Gründe, ohne in Betracht zu ziehen, dass § 46 BWaldG eine der Mitursachen für diese Lücken sein könnte. Der Mangel an umfassender Betriebsführung von Eigentümern der Klein-, Kleinstprivat- und Körperschaftswälder in eigener Hand oder in der Verantwortung von forstlichen Dienstleistern ist nach Auffassung des Länderberichts

eher ein Grund, wie bisher alle Kooperationen zuzulassen.⁴ Damit wird dieser Mangel jedoch nicht beseitigt, denn durch Beibehaltung des Status Quo wird eine dynamischere Entwicklung zumindest potenziell verhindert. Ob und inwieweit ein Wegfall von § 46 BWaldG zu einer größeren Dynamik an dieser Stelle beitragen würde, ist weder abgefragt noch aus den Daten oder dem Bericht erkennbar und auch nur schwer zu prognostizieren. Dies zeigen auch die Auswertungen der Ermittlungen des TI. Daraus lässt sich keine größere Entwicklung in der Zeit zwischen 2017 und 2020 entnehmen.

- e) Für die Fläche der Körperschaftswälder liegt der Anteil der antwortenden Bundesländer bei der Betreuung durch staatliche Forstorganisationen jedenfalls zwischen 39,8% und 73% (vgl. Tabelle 18, S. 31). Weitere 20 – 31% der Fläche wird durch eigene Mitarbeiter betreut. Der Raum, den private Dienstleister derzeit einnehmen, kann daher nur in unterschiedlichem Ausmaß gering sein. Mangels Vergleichsmöglichkeiten, d.h. Angaben aus anderen Jahren, lässt sich hier leider nicht feststellen, ob § 46 BWaldG einen erkennbaren, dynamischen Einfluss auf die Betreuungsstrukturen der (Körperschafts-)Wälder hatte. Zu der Anzahl der durch forstliche Dienstleister betreuten Wälder bzw. deren Flächen vermag kaum ein Bundesland eine Angabe vorzulegen.
- f) Nicht nachvollziehbar erscheint zudem die Aussage auf S. 55 des Länderberichts, der klimastabile Umbau der Wälder sei bei Wegfall des § 46 BWaldG nicht möglich, weil die Forstbetriebe ohne die Vorschrift nicht mehr in der Lage seien, ihre Leistungen für das Allgemeinwohl, die Umwelt und die Lebensbedingungen der Bevölkerung zu erbringen. Auch bei einer Streichung des § 46 BWaldG würden die im Länderbericht auf den Seiten 6 bis 12 genannten, einschlägigen Gesetze fortgelten. Auch die Bestimmungen des Dritten Kapitels des BWaldG über Beratungen blieben ja unberührt. Die Forstbetriebe würden auch bei einem Wegfall von § 46 BWaldG die Dienstleistungen weiterhin nachfragen. Denkbar ist auch, dass es ohne die umfassende Freistellungsnorm des § 46 BWaldG, der gerade den staatlichen Forstbetrieben zugutekommt, einen Anreiz für mehr Dienstleister gäbe, die – an die gleichen Gesetze gebunden wie die Forstbetriebe - ebenso kompetent und engagiert wie diese am klimastabilen Umbau des Waldes mitarbeiten, indem sie vergleichbare Dienstleistungen anbieten. Die Dienstleister sollen für den nachfragenden Waldbesitzer bzw. für die FwZ eine zusätzliche Auswahlmöglichkeit bei der möglichst umfassenden Betriebsführung sein. Ob die staatlichen Forstbetriebe oder die Dienstleister die Betriebsführung übernehmen, bleibt dann – wie in der Regierungsbegründung zu § 46 BWaldG betont – der Wahlfreiheit der Waldbesitzer überlassen.

⁴ Länderbericht vom 13. Mai 2022, S. 53 letzter Absatz.

- g) Für die Evaluierung des § 46 Abs. 1 und 2 BWaldG aus kartellrechtlicher Sicht erscheint die Bedeutung des Länderberichts für die Evaluierung eher gering. Denn der beantwortet nicht die Frage, welche Kooperationen durch § 46 Abs. 1 BWaldG freigestellt werden sollen und welche seit Inkrafttreten der Norm aufgrund von § 46 Abs. 1 BWaldG tatsächlich freigestellt wurden bzw. werden (siehe hierzu unter 3.).

1.2 Der Bericht des Thünen Instituts (TI) für Waldwirtschaft

Mit seinem Bericht „Struktur und Entwicklung der forstlichen Dienstleistungsmärkte im Bundesgebiet“⁵ („Thünen-Bericht“) hat das Thünen Institut für Waldwirtschaft die abgefragten und erhaltenen Daten detailliert untersucht und deskriptiv ausgewertet. Grenzen der Aussagekraft der Studie sind nicht der Bearbeitung durch das TI, sondern vor allem der Freiwilligkeit der Beantwortung geschuldet. Mitunter hätte – aus nachträglicher Sicht – die Fragenkonzeption in der Steuerungsgruppe präziser/zielführender sein können.

Bedauerlich ist in diesem Zusammenhang der absolut gesehen relativ geringe Rücklauf. Dies gilt insbesondere auch für die staatliche Forstbetriebe als Nachfrager und Anbieter von forstlichen Dienstleistungen, zu deren Anbieter- sowie Nachfragerverhalten das TI daher keine Auswertungen zur Verfügung stellen oder Aussagen treffen konnte. Damit konnten wichtige Dienstleister nicht in den Gesamtüberblick einbezogen werden.

Bedauerlicherweise sind auch nicht von allen befragten Landeswaldbesitzerverbänden (sechs Antworten von 13 Befragten) und Verbänden forstlicher Dienstleister (drei Antworten von sieben Befragten) Antworten eingegangen. Die Einschätzung unter Punkt 4.2 (Zentrale Ergebnisse), dass ein flächendeckendes Angebot an forstlichen Dienstleistungen von den Verbandsexperten attestiert worden sei, ist aus Sicht dieser Verbände differenzierter zu betrachten als es unter 4.2 formuliert ist. Die angegebene teilweise starke Dominanz der staatlichen Anbieter, die den Angaben in der Thünen-Studie zufolge zumindest potenziell den Zugang neuer, privater Dienstleister erschweren soll, sollte nicht dadurch zementiert werden, dass diese starken Anbieter unter dem Schutz des § 46 BWaldG ihr Kooperationsnetzwerk ohne jegliche Überprüfung ausbauen können.

Die Schlussfolgerungen in Kapitel 6.2 (Ergebnisdiskussion) sind weitgehend vorsichtig formuliert. Damit zollt das Thünen-Institut dem Umstand Rechnung, dass die Antworten nicht repräsentativ erhoben werden konnten. Auf der Grundlage der absolut gesehen wenigen Antworten, die zudem sehr unterschiedlich auf die Bundesländer und Marktakteure

verteilt waren, sind die Aussagen in den Kapiteln 6.1 (Ergebnisdiskussion) sowie 6.3 (Schlussfolgerungen) im Wesentlichen nachvollziehbar. Gewisse Hinweise gibt es in Kapitel 5.2.1 (FB7, FB8, FB9 – Wettbewerbssituation, - keine Auswahl vorhanden) zu Lücken in dem flächendeckenden Dienstleistungsangebot für Kleinprivatwald-Besitzer. Auch gaben FwZ häufiger an, das einzige erhaltene Angebot sei nicht mit anderen Angeboten vergleichbar oder schlechter gewesen (FB7). Hierin könnte ein Hinweis für eine Diskriminierung liegen. Insgesamt handelt es sich dabei aber um nur wenige Antworten, so dass es schwierig erscheint, hieraus belastbare Schlüsse zu ziehen. Zudem weist das TI in seinem Bericht auf diese Abweichungen auch deutlich hin.

Zwar spielen Kooperationsmöglichkeiten auf den Angebotsmärkten für die Dienstleister – wie das TI feststellt - eine Rolle, allerdings ist der prozentuale Anteil der Erlöse aus Kooperationen am jeweiligen Gesamtauftragsvolumen sehr gering und im Zeitraum zwischen 2017 und 2020 auch nicht gestiegen. Demgegenüber hält das TI zu Recht fest, dass hinsichtlich der Evaluierungskriterien zwischen den Jahren 2017 und 2020 im Großen und Ganzen keine größeren Änderungen in den Antworten zu erkennen sind (Kap. 6.2; letzter Absatz).

Besonders zu begrüßen ist der Vorschlag des TI, den allgemeinen Kenntnisstand zu den Anbietern forstlicher Dienstleistungen deutlich zu erweitern sowie Basisdaten zu den FwZ im Bundesgebiet regelmäßig zu erheben. Zudem wäre es für etwaige künftige Beurteilung der Erforderlichkeit von § 46 BWaldG sehr sinnvoll, auch die Betreuungsquoten durch die Landesforste regelmäßig zu erheben und zu veröffentlichen.

Schließlich ist dem Hinweis des TI zuzustimmen, dass eine Abschätzung der Marktentwicklung in einem alternativen Szenario, d.h. ohne § 46 BWaldG, auf der Grundlage der vorliegenden Daten nicht möglich ist. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Geltung des § 46 BWaldG offensichtlich auch keine spürbaren Dynamiken ausgelöst hat, denn die Angaben der Befragten weisen zwischen 2017 und 2020 kaum Änderungen auf bzw. lassen sich durch Sondereffekte (Kalamitäten etc.) erklären.

2. Freistellungsregelung des § 46 Abs. 1 BWaldG

§ 46 Abs. 1 BWaldG kommt als Freistellung vor allem eine eigene Bedeutung zu, wenn Kooperationen oder vertikale Vereinbarungen unter Beteiligung besonders großer

⁵ Bericht des Thünen-Instituts für Waldwirtschaft zur Vorlage beim Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft im Rahmen der Berichtspflicht nach § 46 Abs. 3 BWaldG gegenüber dem Deutschen Bundestag vom 15. Juni 2022, Aktenzeichen 533-62001/0003.

Marktteilnehmer geschlossen werden. Die Norm definiert zunächst die forstlichen Maßnahmen und formuliert die unwiderlegliche Vermutung einer kartellrechtlichen Freistellung von Vereinbarungen über diese Maßnahmen (hierzu unter a)). Der weit überwiegende Teil der erfassten Kooperationen und Vereinbarungen wäre aber bereits auf Grundlage der allgemeinen kartellrechtlichen Regeln zulässig (hierzu unter b)). Für eine Beurteilung der Entwicklung des Marktes für nichtstaatlich erbrachte Forstdienstleistungen wären indes weitere Informationen erforderlich (hierzu unter c)).

- a) Die Norm des § 46 Abs. 1 BWaldG erfasst Beschlüsse/Vereinbarungen über forstwirtschaftliche Maßnahmen außerhalb der Holzvermarktung zwischen nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen, soweit sie dem Kartellrecht (hier § 1 GWB) unterfallen können.

§ 46 BWaldG sollte der seinerzeitigen Regierungsbegründung (BT-Drs. 18/10456, S. 10) zufolge, vorgelagerte forstliche Dienstleistungen, die „*auch* im öffentlichen Interesse liegen“, von der „rein wirtschaftlichen Tätigkeit der Holzvermarktung“ abgrenzen. Dabei wird, wie oben bereits festgestellt, auch von der Regierungsbegründung eingeräumt, dass die vorgelagerten Forstdienstleistungen sowohl wirtschaftliche wie auch öffentlichen Interessen dienende Aspekte beinhalten. Ungenau ist in der Regierungsbegründung die Wiedergabe des § 46 Abs. 1 und 2 BWaldG (S. 10 unten: „Maßnahmen“; gemeint sind wohl eher „Vereinbarungen über Maßnahmen“, die „... als freigestellt nach § 2“ gelten). Zentral hält die Regierungsbegründung am Ende (S. 11) fest, dass die Regelung des § 46 BWaldG in keiner Weise die Wahlfreiheit der Waldbesitzer bezüglich der Inanspruchnahme forstlicher Dienstleistungen berührt (ob und bei wem). Schließlich stellt die Regierungsbegründung auch klar, dass die staatlichen Forstverwaltungen (als dienstleistende Unternehmen) der Missbrauchsaufsicht unterliegen (Diskriminierungsverbot und kein Unter-Kosten-Angebot).

- b) Die kartellrechtliche Beurteilung betrifft sowohl Kooperationen zwischen Wettbewerbern (Horizontalverhältnis) als auch zwischen Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen (Vertikalverhältnis).

aa) Bei Kooperationen im Horizontalverhältnis sind die Kooperationspartner (potenzielle oder aktuelle) Wettbewerber bei der Erbringung der in § 46 BWaldG genannten Dienstleistungen, das heißt, sie könnten die Maßnahmen entweder tatsächlich selbst erbringen oder wären hierzu jedenfalls in der Lage und schließen sich für die Ausführung dieser Maßnahmen zusammen. Bei der kartellrechtlichen Beurteilung ist nach verschiedenen Fallgruppen zu unterscheiden:

(1) Wie in der Entscheidung des Bundeskartellamtes vom 9.7.2015 ausgeführt, betrifft dies nach Auffassung des Bundeskartellamtes Waldbesitzer, deren Waldfläche über 100 ha liegt. Dies gilt nicht nur für den Holzverkauf, sondern auch für Dienstleistungen und dürfte die allermeisten FBG und wahrscheinlich alle FwZ erfassen. Bei horizontalen Kooperationen mit Eigentümern von Kleinstprivatwald entsteht schon wegen der 100 ha-Bagatellgrenze kein Bedarf nach einer Anwendung des § 46 BWaldG.

(2) Auch jenseits dieser Bagatellausnahme sind Kooperationen zwischen tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbern regelmäßig kartellrechtlich unproblematisch, wenn im Markt noch größere Unternehmen tätig sind und die Beteiligten zusammen nur auf einen gemeinsamen Marktanteil von unter 15% kommen. In solchen Fällen ist es wahrscheinlich, dass die Freistellungsvoraussetzungen erfüllt sind. Da private forstliche Dienstleister diese Marktanteilsschwelle mit ihren horizontalen Kooperationen selten überschreiten dürften, bedarf es des § 46 BWaldG auch mit Blick auf Kooperationen zwischen privaten Forstdienstleistern regelmäßig nicht.

(3) Etwas anderes kann gelten, soweit staatliche Dienstleistungsanbieter (Staatsforste) an der Kooperation beteiligt sind, weil diese regelmäßig Marktanteile halten dürften, die - zum Teil deutlich - oberhalb von 15% liegen. Obwohl in diesen Fällen eine Einzelfallprüfung geboten ist, können diese nach § 2 GWB freigestellt sein. Hierfür ist erforderlich, dass die Wettbewerbsbeschränkung zu Effizienzvorteilen führt, also bspw. die Warenerzeugung verbessert oder der technische Fortschritt gefördert wird. Dabei dürfen den beteiligten Unternehmen allerdings keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind. Schließlich müssen die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden und den Unternehmen darf keine Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Die Unternehmen müssen aufgrund des Selbstveranlagungsprinzips grundsätzlich selbst einschätzen, ob ihre Vereinbarung diese Voraussetzungen erfüllt.

Verfügt der Staatsforst z.B. über einen Marktanteil von 80% bei den Forstdienstleistungen im betreffenden Bundesland und beabsichtigt eine horizontale Kooperation mit einer FBG, die dort ca. 10% Marktanteil innehat, so wäre dies ein Fall für eine kartellrechtliche Einzelfallbetrachtung. Soweit es sich bei dieser Kooperation z.B. um eine einmalige Betriebsplanung nach Sturmschäden oder Kalamitäten handelt, wäre sie mit hoher Wahrscheinlichkeit kartellrechtlich freigestellt, wenn und soweit sie erforderlich und sachlich und zeitlich darauf begrenzt ist, die Folgen dieser Ereignisse zu überwinden. Ist die

Kooperation jedoch für die Zielerreichung nicht unerlässlich (z.B. weil die Beteiligten den Auftrag jeweils auch alleine ausführen könnten und die Kooperation auch sonst keine darüber hinausgehenden Effizienzen generiert), dürfte eine Freistellung eher ausscheiden.

Es ist allerdings fraglich, wie relevant diese Fallgruppe in der Praxis tatsächlich ist. Soweit im BKartA bekannt, gibt es in der Praxis kaum horizontale Kooperationen zwischen dem Staatswald und den großen Waldbesitzern. Auch in der gesamten Ermittlungsphase ist offengeblieben, wie viele solcher Kooperationen es überhaupt gegeben hat bzw. gibt. Es sprechen nämlich gute Gründe dafür, dass es nur wenig Bedarf für solche Kooperationen gibt: Zumeist wird der Staatsforst bei den Dienstleistungen keine Kooperationspartner benötigen, weil er selbst die entsprechenden Ressourcen hat, um einen Auftrag durchzuführen, oder weil er für bestimmte Dienstleistungen den Forstbetrieb auf private Dienstleister verweist. Umgekehrt bedarf auch ein Forstdienstleister, der alle Ressourcen hat, um einen Auftrag allein durchzuführen, nicht der Kooperation mit dem Staatsforst. Dass sich dies in Zukunft wesentlich ändern wird, ist auch nicht vorgetragen worden.

bb) Etwas andere Erwägungen gelten für Fälle, in denen Waldbesitzer Forstdienstleistungen nachfragen. Weil die Nachfrager (Waldbesitzer) und Anbieter (Dienstleister) dieser Dienstleistungen für die Zwecke dieser Vereinbarung auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette stehen, spricht man hier von vertikalen Vereinbarungen.

(1) Auch hier gilt die o.g. Bagatellgrenze von 100 ha, d.h. Waldeigentümer, die eine Dienstleistung nachfragen und deren Waldbesitz bei bis zu 100 ha liegt, können ohne Weiteres einen Dienstleistungsvertrag mit dem Staatsforst oder einem privaten Dienstleister abschließen. § 46 BWaldG ist hier von vornherein obsolet.

(2) Doch auch Dienstleistungsvereinbarungen unter Beteiligung größerer (nicht selbst leistungsfähiger) Waldbesitzer können unter bestimmten Voraussetzungen kartellrechtlich erlaubt sein. Hierbei ist zu beachten, dass neben reinen (privaten) Forstdienstleistern auch Staatsforste und einzelne FBGs/FwZ (die ihrerseits Waldbesitzer sind) diese Leistungen für Dritte anbieten – und mit Blick auf die Holzvermarktung mit den nachfragenden Waldbesitzern im Wettbewerb stehen. Für die kartellrechtliche Beurteilung ist zwischen diesen beiden Gruppen (Wettbewerber und Nicht-Wettbewerber) zu unterscheiden.

Für vertikale Vereinbarungen gilt grds. die sog. Vertikal-GVO.⁶ Danach sind vertikale Vereinbarungen zwischen Nicht-Wettbewerbern weitgehend gruppenfreigestellt, wenn keiner der beteiligten Partner auf seinem Markt einen Marktanteil von über 30 % erzielt und keine Kernbeschränkungen vorliegen (sog. Safe-Harbour, Artt. 3, 4 Vertikal-GVO).

- Möchte z.B. eine FBG aus NRW mit einem Waldbestand von 500 ha mit einem privaten Forstdienstleister einen vertikalen Dienstleistungsvertrag abschließen, so ist dies aktuell und auf absehbare Zeit kartellrechtlich evident unproblematisch, da der Marktanteil aller privaten Forstdienstleister zusammen im betreffenden Bundesland unter 30% liegt.

Der Länderbericht führt auf S. 31 in den Tabellen 17 und 18 an, dass die Anteile der staatlichen Forstorganisationen bei den sieben antwortenden Bundesländern bei der Betreuung des Körperschaftswaldes bei (deutlich) über 30% liegen. Schon aus diesem Grund richtet sich die kartellrechtliche Prüfung der Dienstleistungsverträge mit Staatsforsten nicht nach der Vertikal-GVO.

Hinzukommt, dass die Vertikal-GVO nicht anzuwenden ist, wenn die Vertragspartner Wettbewerber sind, z.B. bei der Holzvermarktung (Art. 2 Abs. 4 S. 1 Vertikal-GVO). Denn weil die Beauftragung von Wettbewerbern mit der Vermarktung vorgelagerten Dienstleistungen auch Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis auf Vermarktungsebene haben kann, ist besondere Vorsicht geboten. Gleichwohl können Vertikalverträge unter Beteiligung des Staatsforstes (oder anderer Waldbesitzer) kartellrechtlich zulässig sein, wenn einerseits der Wettbewerb auf dem Dienstleistungsmarkt nicht erheblich beeinträchtigt wird und andererseits sichergestellt ist, dass die Erbringung der Dienstleistungen keine überschießenden Effekte auf der Vermarktungsebene hat (z.B. durch strikte organisatorische Trennung der Dienstleistungs- und Vermarktungsebene beim Dienstleistungserbringer). Unter diesen Voraussetzungen bleibt die Möglichkeit der Einzelfreistellung nach § 2 GWB. Schließlich kann das Bundeskartellamt schon im Rahmen seines Aufgreifermessens berücksichtigen, wenn aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalls nur die Beauftragung eines (großen) Wettbewerbers in Frage kommt.

- Vorstellbar ist ein Szenario z.B. in einem Bundesland, in dem ein Staatsforst eine Betreuungsquote von 80% innehat. Beim Staatsforst ist die Dienstleistungserbringung organisatorisch von der Vermarktung streng getrennt – zwischen den betreffenden Mitarbeitern findet keinerlei Informationsaustausch statt. Eine FBG, in

⁶ Verordnung (EU) 2022/720 der Kommission vom 10. Mai 2022 über die Anwendung des Artikels 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und

der sich mehrere Kleinstprivatwaldbesitzer zusammengetan haben, verfügt über eine Waldfläche von 500 ha und möchte mit dem Staatsforst einen Dienstleistungsvertrag abschließen. Unter der Voraussetzung, dass das Angebot des Staatsforstes diskriminierungsfrei ist, also zum Beispiel keine indirekten Fördermaßnahmen für den Staatsforst bestehen, sind wettbewerbsrechtliche Bedenken in diesem Szenario eher unwahrscheinlich.

- Handelt es sich im gleichen Szenario um eine größere FBG, die erhebliche Waldanteile auf sich vereinigt – z.B. 10% der noch nicht vom Staatsforst betreuten Fläche – oder um einen entsprechenden Großprivatwaldbesitzer, kommt es auch hier auf die Umstände des Einzelfalls an, insbesondere ob hierdurch Effizienzen generiert werden und ob die Beauftragung des Staatsforsts hierfür unerlässlich ist.
- Wenn die Betreuungsquote des Staatsforstes geringer ist und z.B. nur 60% beträgt, erscheint der Abschluss des Dienstleistungsvertrags mit größeren FBG kartellrechtlich wiederum unbedenklicher.

Vor dem Hintergrund der zuvor beschriebenen Beispielsfälle wird deutlich, dass in den meisten Fällen eine Freistellung nach den allgemeinen kartellrechtlichen Regeln (§§ 1,2 GWB) in Frage kommt, sodass § 46 BWaldG nur einen geringen Anwendungsbereich hat. Ein solcher ergibt sich allenfalls dann, wenn Kooperationen oder vertikale Vereinbarungen zwischen besonders großen Marktteilnehmern geschlossen werden, d.h. wenn sie zusätzlich Marktmacht entwickeln und den Wettbewerb auf den betroffenen Dienstleistungsmärkten oder dem Holzverkaufsmarkt gefährden. Mit Blick auf die erheblichen wettbewerblichen Risiken in diesen Konstellationen erscheint eine voraussetzungslose gesetzliche Freistellung, wie sie § 46 BWaldG vorsieht, nicht angemessen.

- c) Offengeblieben ist schließlich, wie sich der Markt für nichtstaatlich erbrachte Forstdienstleistungen während der Geltung von § 46 BWaldG in den einzelnen Bundesländern entwickelt hat. Insofern wäre es hilfreich, wenn auch Angaben zur Betreuung der Privatwälder durch staatliche Forstorganisationen zur Verfügung stehen würden.

3. Vermutungsregelung des § 46 Abs. 2

Der gemäß § 46 Abs. 3 BWaldG anstehende Evaluierungsauftrag bezieht sich nicht nur auf die Regelung des § 46 Abs. 1 BWaldG, sondern auch auf § 46 Abs. 2 BWaldG. Durch diese Norm

abgestimmten Verhaltensweisen, ABIEU 2022 L 134/4.

wird eine widerlegliche Vermutung dahingehend statuiert, dass auf Beschlüsse und Vereinbarungen zwischen nichtstaatlichen oder staatlichen Trägern oder von deren Kooperationen über vorgelagerte forstliche Dienstleistungen im Sinne von § 46 Abs. 1 S. 2 BWaldG, die eine grenzüberschreitende Wirkung haben⁷ und deshalb Art.101 AEUV unterfallen, die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllt sind.

3.1 Explizite Freistellung materiell nicht erforderlich

Hinsichtlich der materiellen Erforderlichkeit einer Freistellung zur Erreichung der in § 46 Abs. 3 BWaldG genannten Ziele kann auch für eine Freistellung vom EU-rechtlichen Kartellverbot des Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Länderbericht, Thünen-Bericht und auf die dazu in dieser Stellungnahme geäußerten Anmerkungen und Bewertungen (siehe hierzu unter 2.) Bezug genommen werden.

3.2. Nationale Bereichsausnahme von Art. 101 AEUV ist EU-rechtswidrig

Hinsichtlich der in § 46 Abs. 2 BWaldG formulierten widerleglichen Vermutung einer Freistellung ist allerdings auf die in Rechtsprechung und Kommentarliteratur bislang einhellig angenommene Unwirksamkeit wegen Verstoßes gegen primäres EU-Recht hinzuweisen. Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss v. 15. März 2017 (VI Kart 10/15 (V)) eine Rechtsetzungskompetenz des deutschen Gesetzgebers für die widerlegliche Vermutung in § 46 Abs. 2 BWaldG, die die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV einschränkt, verneint und damit die entsprechende Auffassung des Bundeskartellamtes bestätigt. Für eine je nach Auslegung vom Gesetzgeber intendierte Bereichsausnahme vom Kartellverbot im Sinne von Art. 103 Abs. 2 Buchst. c AEUV oder eine Gruppenfreistellungsverordnung im Sinne von Art. 103 Abs. 2 Buchst. b AEUV liege die Gesetzgebungsbefugnis beim Rat der Europäischen Union, nicht beim nationalen Gesetzgeber. Dies mache die Norm schon unter dem Gesichtspunkt der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV) unwirksam (OLG, Beschl. V. 15.3.2017, aaO, S. 107). Eine Wirksamkeit lasse sich auch nicht aus der Regierungsbegründung zu § 46 BWaldG herleiten (OLG, aaO). Des Weiteren verstoße § 46 Abs. 2 BWaldG gegen die für die Anwendung des Art. 101 Abs. 3 AEUV im Unionsrecht vorgesehene Beweislastverteilung und verstoße damit gegen Art. 2 Satz 2 VO (EG) 1/2003 (siehe im Einzelnen dazu OLG Düsseldorf, aaO, S. 108).

Zwar hat der Bundesgerichtshof den Beschluss des OLG Düsseldorf aus anderweitigen formalen Gründen aufgehoben (Urteil v. 12.6.2018, KVR 38/17), so dass er nicht in Rechtskraft erwachsen konnte. Der BGH hat sich allerdings in der Entscheidung nicht mit der obigen Frage

⁷ Art. 101 Abs. 1 AEUV lautet insoweit vollständig: „... welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

der Vereinbarkeit mit EU-Recht befasst, so dass aus der Aufhebung der OLG-Entscheidung keine gegenteiligen Schlüsse möglich sind. In materieller Hinsicht bedarf es im Rahmen der jetzigen Evaluierung vielmehr weiterhin der Auseinandersetzung mit der Rechtsansicht des OLG Düsseldorf, die im Übrigen von der Kommentarliteratur geteilt wird (siehe Thomas, Bundeswaldgesetz. Kommentar, 3. Aufl., § 46 Nr. 3; Endres, BWaldG, § 46 Nr. 3ff.).

4. Fazit

§ 46 BWaldG bedarf als Ausnahmeregelung vom allg. Kartellrecht einer Rechtfertigung, die gemäß dem Evaluierungsauftrag des § 46 Abs. 3 BWaldG regelmäßig zu überprüfen ist. Stets ist zu fragen, ob eine über die Freistellungsmöglichkeiten des Kartellrechts hinausgehende Freistellung von Kooperationen von § 1 GWB erforderlich und gegenüber den Nachfragern wie auch den anderen Wirtschaftszweigen gegenüber zu rechtfertigen ist. Selbst wenn die drei materiellen Voraussetzungen des § 46 BWaldG, nämlich (a) das flächendeckende Angebot forstlicher Dienstleistungen zu (b) angemessenen Bedingungen sowie (c) den diskriminierungsfreien Zugang zu diesen Dienstleistern für alle Waldbesitzer als erfüllt anzusehen wären, ist mindestens zweifelhaft, wenn nicht zu verneinen, dass die Freistellung des § 46 Abs. 1 BWaldG fortbestehen sollte. Das Bundeskartellamt spricht sich deshalb für eine Streichung des § 46 BWaldG aus.

Der im Länderbericht hervorgehobenen Heterogenität der Waldstrukturen und waldspezifischen Regelungen in den Bundesländern vermag das Kartellrecht mit seinem stets einzelfallbezogenen Prüfungsansatz bei Kooperationen ebenso gut - wenn nicht besser - gerecht zu werden.

Horizontale Kooperationen und vertikale Vereinbarungen bei forstlichen Dienstleistungen agieren räumlich und teilweise sachlich begrenzt und sind deshalb einzelfallbezogen zu beurteilen. Es kommt 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 rechtliche und ökonomische Rahmenbedingungen an. Diese Gegebenheiten berücksichtigt eine kartellrechtliche Einzelfallprüfung. Horizontale Kooperationen, an denen die größten Dienstleistungsanbieter beteiligt sind, werden nach Auskunft der Vertreter der Forstchefkonferenz kaum praktiziert.⁸ Für vertikale Dienstleistungsvereinbarungen des jeweiligen Staatsforstes mit

innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken ...“.

⁸ Vgl. Protokoll der 6. Sitzung der Steuerungsgruppe vom 20.06.2022.

großen Forstbetrieben sieht dies offenbar ähnlich aus; vertikale Vereinbarungen mit kleinen Forstbetrieben sind eher unproblematisch. Der praktische Anwendungsbereich von § 46 BWaldG ist daher insgesamt gering. Dies gilt im Hinblick auf vertikale Vereinbarungen um so mehr, solange und soweit die Angebote der Staatsforste diskriminierungsfrei erbracht werden.

Zentral erscheint in jedem Fall, dass sich der Markt für den Holzverkauf vorgelagerte forstliche Dienstleistungen weiterentwickeln und wachsen kann und etwaige überschießende Auswirkungen auf den Holzmarkt vermieden werden. Dies verlangt eine unverzerrte Wahlfreiheit für Waldbesitzer zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Dienstleistungserbringern. Für diese Wahlfreiheit sind Kooperationen dann besonders wichtig und kartellrechtlich unproblematisch, wenn sie die Auswahlmöglichkeiten der Nachfrager erhöhen. Es bedarf insofern keiner uneingeschränkten Freistellung von Kooperationen jeglicher Größe.

In diesem Zusammenhang soll darauf hingewiesen werden, 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/Forstbetriebe noch hohe Marktanteile bei den vorgelagerten Dienstleistungen besitzen, d.h. als marktbeherrschend oder mindestens marktstark i. S. v. §§ 19, 20 GWB anzusehen sind, unterliegt ihre Preissetzung auch der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht.