COMMEO LLP
Rechtsanwälte und Notar
Schultze Wagener Pautke Kübler

Werfthaus, Speicherstraße 55
60327 Frankfurt am Main
Tel. + 49 69 659990-0, Fax + 49 69 659990-199
www.commeo-law.com

Dr. Jörg-Martin Schultze, LL.M. (SMU Dallas)
Rechtsanwalt und Notar, Attorney-at-Law (New York)
Dr. Dominique S. Wagener, LL.M. (NYU)
Rechtsanwältin, Attorney-at-Law (New York)
Dr. Stephanie Pautke, LL.M. (Stellenbosch)
Rechtsanwältin
Dr. Johanna Kübler
Rechtsanwältin
Isabel Oest, LL.M. (UNSW Sydney)
Rechtsanwältin
Josefa F. Peter, LL.B./ LL.M. (Glasgow)
Juristin
Christoph Weinert, LL.M. (Wellington)
Rechtsanwalt
Christoph Krüger
Rechtsanwalt

Per Telefax - 5 Seiten und per Kurier

Bundeskartellamt
1. Beschlussabteilung
Herrn Franz Heistermann
Frau Dr. Martina Schulze
Kaiser-Friedrich-Straße 16
53113 Bonn

Fax-Nr.: 0228 - 9499 142

Dr. Dominique S. Wagener
Christoph Weinert
Tel. +49 69 659990-102
Dominique.Wagener@commeo-law.com
Christoph.Weinert@commeo-law.com
Unser Zeichen: 097/12 /D246-15

26. Januar 2015

Az. B1 - 72/12
Land Baden-Württemberg, Stuttgart;
Gemeinsame Rundholzvermarktung; Prüfung nach § 1 GWB
hier: Stellungnahme DeSH, § 56 Abs. 1 GWB

Sehr geehrter Herr Heistermann, sehr geehrte Frau Dr. Schulze,

in vorbezeichneter Sache nehmen wir namens und im Auftrag unserer Mandantin, der Beigeladenen DeSH Deutsche Säge- und Holzindustriebundesverband e.V. („DeSH"), zu dem zweiten Entscheidungsentwurf der Beschlussabteilung vom 12. Dezember 2014 („Entscheidungsentwurf") wie folgt Stellung.

Der DeSH begrüßt im Grundsatz weiterhin die Zielsetzung, die Rundholzvermarktung in Baden-Württemberg in ein kartellrechtskonformes und zukunftsfähiges Modell unter Einbeziehung aller Marktteilnehmer zu überführen. Gleichwohl sieht der DeSH auch durch diesen neuerlichen Entscheidungsentwurf die an eine effiziente und wirtschaftliche Rundholzbereitstellung zu stellenden forstwirtschaftlichen Anforderungen, insbesondere mit Blick auf die bereits angespannte Versorgung der Abnehmer von Rundholz, nicht hinreichend berücksichtigt. Insoweit nehmen wir auf unsere Stellungnahme vom 31. März 2014 sowie die ergänzenden Ausführungen anlässlich des Treffens mit der Beschlussabteilung vom 7. Mai 2014 Bezug.

Commeo LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer OC355834 registrierte Limited Liability Partnership (LLP) nach englischem Recht, bei der die persönliche Haftung der einzelnen Mitglieder (Members) beschränkt ist. Der eingetragene Sitz der Gesellschaft ist 48 High Street, Haslemere, Surrey GU27 2LA. Ihre Mitglieder (Members) sind Dr. Jörg-Martin Schultze, Dr. Dominique S. Wagener, Dr. Stephanie Pautke und Dr. Johanna Kübler.

Commeo LLP is a Limited Liability Partnership (LLP) under English law, which is registered in England and Wales under the number OC355834, in which the personal liability of the individual members is limited. The registered seat of the LLP is 48 High Street, Haslemere, Surrey GU27 2LA. Its members are Dr. Jörg-Martin Schultze, Dr. Dominique S. Wagener, Dr. Stephanie Pautke and Dr. Johanna Kübler.

Als besonders kritisch ordnet der DeSH ein, dass auch durch den aktuellen Entscheidungsentwurf eine flächendeckende Betreuung kleinteiliger Eigentumsstrukturen im Nichtstaatswald nicht gewährleistet ist. Eine geordnete und systematische Betreuung des Nichtstaatswalds nach einheitlichen Standards ist jedoch Grundlage einer kontinuierlichen Waldpflege und damit letztendlich auch der Rundholzversorgung. Der DeSH tritt den Ausführungen des Landes Baden-Württemberg insoweit bei, als dass die Beschlussabteilung den hoheitlichen Charakter der forstlichen Dienstleistungen außerhalb der Wirtschaftsverwaltung verkennt (vgl. Schriftsatz der Rechtsanwaltskanzlei CMS vom 31. März 2014, Bl. 2577, 2624 ff. der Verfahrensakte; Protokoll der Besprechung mit Vertretern des Landes, des Landkreis-, Städte- und Gemeindetags vom 26. Juni 2014, Bl. 3052, 3035 d. der Verfahrensakte). Richtigerweise beginnt die Verwertung der Walderzeugnisse einschließlich des Holzverkaufs und damit die unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand erst mit der Bereitstellung des Holzes an der Waldstraße. Auf forstliche Dienstleistungen außerhalb der Wirtschaftsverwaltung ist das Kartellverbot des § 1 GWB dagegen mangels unternehmerischer Tätigkeit des Landes gar nicht erst anwendbar.

Das Kartellverbot des § 1 GWB wendet sich lediglich gegen Unternehmen. Körperschaften des öffentlichen Rechts können Unternehmen im Sinne des Kartellrechts sein, wenn und soweit sie wirtschaftlich tätig sind, d.h. im geschäftlichen Verkehr Leistungen erbringen, die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet sind (BGH - KVR 4/88, BGHZ 110, 371, 379 f. - *Sportübertragungen*; BGH WuW/E DE-R 289, 293 - *Lottospielgemeinschaften;* BGH WuW/E DE-R 2327, 2329 - *Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*). Dies ist nicht der Fall, sofern die öffentliche Hand hoheitlich tätig wird, was insbesondere dann gegeben ist, wenn die Körperschaft ihre Leistungsbeziehung zu den Abnehmern öffentlich-rechtlich organisiert hat. In diesem Fall ist ihr Verhalten dem Kartellrecht entzogen (BGH, KVR 9/11, WuW/E DE-R 3498, 3499 - *Niederbarnimer Wasserverband*; BGH, KZR 48/05, WuW/DE-R 2144, 2145 - *Rettungsleistelle*).

Sofern diese Voraussetzungen für die unmittelbare Verwertung der Walderzeugnisse, also insbesondere für die Wirtschaftsverwaltung im Sinne von § 47 Abs. 1 S. 4 Landeswaldgesetz Baden-Württemberg („LWaldG BW") als erfüllt anzusehen sind, ist dieses Ergebnis nicht gleichermaßen auf forstwirtschaftliche Dienstleistungen zu übertragen, selbst wenn diese der wirtschaftlichen Verwertung vorgeschaltet sein sollten. Eine gewisse Nähe zu Tätigkeiten der Holzvermarktung vermag per se noch kein unternehmerisches Handeln zu begründen. Diese Trennung erkennt im Grunde auch die Beschlussabteilung an, indem sie zum eigentlichen Holzverkauf, dem sog. „Holzverkauf im engeren Sinne", unter Verweis auf Ziff. 2.2 zu Nr. 4 der Verordnung des Ministerium für Ernährung und Ländlichen Raum über die Beratung und Betreuung im Privatwald und sonstige Leistungen („PWaldVO BW") das Führen des Verkaufsgesprächs und die Durchführung des Verkaufs, die Einweisung der Hölzer auf Lieferverträge sowie die Organisation der logistischen Un-

die Einweisung der Hölzer auf Lieferverträge sowie die Organisation der logistischen Unterstützung zählt (vgl. Entscheidungsentwurf, Rz. 27). Der Holzverkauf im engeren Sinne betrifft hiernach nur das bereits eingeschlagene und an der Waldstraße zur Abholung bereitliegende Holz und nach dem Verständnis der Beschlussabteilung eine vom Allgemeinwohl abtrennbare rein wirtschaftliche Tätigkeit (Entscheidungsentwurfs, Rz. 151). Hiervon scharf zu trennen sind jedoch die forstlichen Dienstleistungen des Holauszeichnens, der Organisation und Betreuung von Holzerntemaßnahmen sowie der Holzaufnahme, die die Beschlussabteilung dann auch lediglich als „vermarktungsnahe Tätigkeiten" der „Holzvermarktung im weiten Sinne" zuordnet (Entscheidungsentwurf, Rz. 26). Diese Leistungen dienen vorrangig waldbaulichen Aspekten und werden als hoheitliche Aufgaben von der öffentlichen Hand im Interesse der Allgemeinheit ausgeübt. Dass neben der öffentlichen Hand theoretisch auch private Dritte vergleichbare Leistungen anzubieten in der Lage sind, vermag an der Einordnung als hoheitliche Leistung nichts zu ändern (vgl. BGH, KZR 48/05, WuW/DE-R 2144, 2145 - *Rettungsleitstelle*).

Die der späteren Vermarktung vorgeschalteten Leistungen, insbesondere also die Forsteinrichtung, die Jahresplanung des Holzeinschlags, das Holzauszeichnen, die Organisation Betreuung und Überwachung von Holzerntemaßnahmen, die Holzaufnahme und der Holzlistendruck, dienen nicht der Nutzfunktion des Waldes, sondern ausschließlich der Schutz- und Erholungsfunktion (vgl. § 1 Nr. 1 Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft, „BWaldG"). Anders als bei der ausschließlich der Nutzfunktion des Waldes dienenden Holverwertung, also der Holzvermarktung im engeren Sinne, erfolgen die vorgeschalteten forstlichen Dienstleistungen nicht auf Basis unternehmerischer Entscheidungen und unterliegen daher auch nicht dem Kartellverbot des § 1 GWB.

Besonders deutlich wird dies am Beispiel der nach Auffassung des DeSH ihrer Bedeutung nach besonders hervorzuhebenden Dienstleistung der Holzauszeichnung (Stellungnahme des DeSH vom 31. März 2014, Rz. 56ff.). Wie auch das Land Baden-Württemberg in seiner Stellungnahme vom 31. März 2014 richtigerweise klargestellt hat, spielen bei der Holzauszeichnung Überlegungen zur Stabilitätssicherung und des nachhaltigen Wachstums der Baumbestände sowie die Sicherung vor Sturm- und Schädlingsvermehrung eine entscheidende Rolle. Die im Rahmen der Auszeichnung getroffene Auswahlentscheidung erfolgt demnach nicht nach Wirtschaftlichkeitskriterien (vgl. Stellungnahme DeSH vom 31. März 2014, Rz 59 f.; Stellungnahme des Landes Baden-Württemberg vom 31. März 2014, Bl. 2577, 2625 f. der Verfahrensakte). Im Ergebnis stellt die Auszeichnung ein der Vermarktung vorgeschaltetes Bindeglied dar, über das zu gewährleisten ist, dass die gegebenenfalls nachgeschaltete (unternehmerische) Verwertung des Stammholzes unter Berücksichtigung der im Allgemeinwohl stehenden Waldpflege erfolgt. Gerade Eigentümern kleinerer Flächen aus dem Nichtstaatswald ist es aufgrund mangelnder Fachkenntnis ohne Rückgriff auf einen staatlichen Revierdienst nicht möglich, ihren Wald im Rahmen seiner

Zweckbestimmung den durch das BWaldG vorgegebenen und durch das LWaldG BW konkretisierten forstlichen Grundsätzen nachhaltig (§ 13 LWaldG BW), pfleglich (§§ 13 bis 19 LWaldG BW) und planmäßig (§ 20 LWaldG BW) zu bewirtschaften und gleichzeitig Belange des Umweltschutzes zu berücksichtigen (Stellungnahme DeSH vom 31. März 2014, Rz. 68). Nur ein flächendeckendes Betreuungsgebot durch den staatlichen Revierdienst, insbesondere im kleinteiligen Privatwald und unabhängig von Aspekten der Wirtschaftlichkeit, vermag die Wahrung der genannten waldordnungsrechtlichen Grundsätze zu garantieren. Nur einheitliche Betreuungsstandards abseits von Wirtschaftlichkeitsaspekten vermögen letztendlich eine nachhaltige Waldbewirtschaftung und damit in Konsequenz ein kontinuierlich hohes Rundholzangebot zu gewährleisten.

Auch die weiteren, nach Einordnung der Beschlussabteilung „vermarktungsnahen", Dienstleistungen bis einschließlich der Holzaufnahme mit Holzlistenerstellung (Entscheidungsentwurf, Rz. 26), erfolgen bei Vornahme durch den staatlichen Revierdienst rein hoheitlich, d.h. ohne Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, und fallen somit nicht in den Anwendungsbereich des § 1 GWB. Chronologisch betrachtet stellt die forstliche Dienstleistung der Holzaufnahme den letzten Schritt vor Beginn der (unternehmerischen) Holzvermarktung dar. Sie erfolgt einerseits zur Gewährleistung der Nachhaltigkeit des Holzeinschlags, andererseits in Erfüllung der Pflicht zum Nachweis des legalen Einschlags gemäß der Verordnung (EU) Nr. 995/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzerzeugnisse in Verkehr bringen (vgl. ebenso Stellungnahme des Landes Baden-Württemberg vom 31. März 2014, Bl. 2577, 2626 der Verfahrensakte).

Auch die parallele Anwendung des europäischen Kartellverbots des Art 101 AEUV, soweit EU-Kartellrecht wegen des Vorliegens einer spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels überhaupt anwendbar ist, führt hinsichtlich der Einordnung der „vermarktungsnahen" forstlichen Dienstleistungen als hoheitliche Handlungen der öffentlich Hand zu keinem anderen Ergebnis. Unter Anwendung der Grundsätze der Rechtsprechung des EuGH (etwa EuGH, Slg. 2004, I-2493, WuW/E EU-R 801 - *AOK Bundesverband*) wären die forstlichen Dienstleistungen gleichermaßen als hoheitliches Handeln des Landes zu begreifen, auf das Art. 101 AEUV keine Anwendung findet.

Rechtsfehlerhaft ist ferner die Auffassung der Beschlussabteilung, die Entscheidung, ob es sich bei „vermarktungsnahen" forstlichen Dienstleistungen um hoheitliches oder unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand handelt, könne letztlich offenbleiben (Entscheidungsentwurf, Rz. 182 und 268). Weiterhin vertritt die Beschlussabteilung die Meinung, dass auch die derzeit vorgesehene – nach der hier vertretenen Meinung wegen des hoheitlichen Charakters der betreffenden Maßnahmen lediglich klarstellende – Änderung des BWaldG in der Form, dass der Holzvermarktung nicht zuzurechnende forstwirtschaft-

liche Maßnahmen vom Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgenommen sind, im Ergebnis ohne Auswirkung sei. Die Eingriffs- und Informationsmöglichkeiten des Landes im Rahmen der forstlichen Dienstleistungen seien jedenfalls „qualitativ zu berücksichtigen". Diese Argumentation ist fehlerhaft, da eine hoheitliche Tätigkeit bzw. eine durch den Gesetzgeber aus dem Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgenommene Handlung nicht aufgrund ihrer durch das Bundeskartellamt als schädlich empfundenen Wirkung unter Rückgriff auf ebenjene – nicht anwendbare – Vorschrift verboten werden kann. Die Ankündigung der Beschlussabteilung, die Zusagenentscheidung ohne Rücksicht auf die rechtliche Einordung oder den Willen des Gesetzgebers bei waldbesitzartübergreifender Vornahme der Holzauszeichnung durch das Land durch eine Untersagungsentscheidung zu ersetzen, ist deshalb unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich.

Im Übrigen hält der DeSH an seiner Auffassung fest (siehe Stellungnahme des DeSH vom 31. März 2014, Rn. 11 ff.), dass die von der Beschlussabteilung festgelegte Schwelle von 20 ha, unterhalb derer sie das Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung durch die gebündelte Vermarktung von Nadelstammholz über den Landesbetrieb Forst Baden-Württemberg („ForstBW") auf Grundlage des Arbeitsgemeinschaftsgedanken verneint, zu gering angesetzt ist. Ferner ist auch die Schwelle von 100 ha, bis zu welcher die Beschlussabteilung davon ausgeht, dass die durch die gebündelte Vermarktung von Nadelstammholz durch ForstBW bewirkte Wettbewerbsbeschränkung gemäß § 2 Abs. 1 GWB freigestellt ist, zu niedrig verortet. Der DeSH ist überzeugt, dass dies gerade mit Blick auf die kleinteilige Struktur im Nichtstaatswald zu einer weiteren Verknappung des Rundholzangebots und damit einer weiteren Belastung der bereits angespannten Versorgungslage der Rundholz- und Sägeindustrie führen wird.

*****

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Dominique Wagener
Rechtsanwältin

Christoph Weinert
Rechtsanwalt