

GUTACHTEN

Datum 2.3.2020

Von Dr. Steffen Burrer

Für Deutsche Säge- und Holzindustrie Bundesverband e. V.

Betreff Mess- und eichrechtliche Zulässigkeit der Rundholzvermessung anhand des Durchmessers an der Sortenmitte

Der Deutsche Säge- und Holzindustrie Bundesverband e. V. hat die Noerr LLP gebeten, rechtsgutachtlich dazu Stellung zu nehmen, ob die derzeit gepflogene – und von der Fortwirtschaft derzeit noch geforderte – Rundholzvermessung und Abrechnung nach der Sortenmitte gemäß der Rahmenvereinbarung für den Rohholzhandel in Deutschland („RVR“) in Verbindung mit der Rahmenvereinbarung für die Werksvermessung von Stammholz („RVWV“) mit den gesetzlichen – bußgeldbewehrten – Vorgaben des Mess- und Eichrechts (MessEG und MessEV) zu vereinbaren ist, oder ob nicht schon wegen der Forderung nach gesetzesmäßigem Vorgehen in der RVR nur die Messung an der physikalischen Mitte zulässig und auch vertraglich verpflichtend ist.

A. Zugrundeliegender Sachverhalt

Die RVR ist 2015 durch die beiden beteiligten Verbände, den Deutschen Forstwirtschaftsrat e. V. und den Deutschen Holzwirtschaftsrat e. V., verhandelt und vereinbart worden.

Die RVR sehen zur Werksvermessung von Rundholz die Anwendung der RVWV vor, welche 2005 zwischen dem Deutschen Forstwirtschaftsrat e. V. und dem Verband der Deut-

schen Säge- und Holzindustrie e. V. (jetzt Deutsche Säge- und Holzindustrie Bundesverband e. V.) vereinbart wurde.

Nach der RVWV wird das im Sägewerk angelieferte Rundholz dergestalt vermessen, dass der kleinste und der dazu senkrecht stehende Durchmesser an der Sortenmitte bestimmt werden und von diesen ausgehend das Abrechnungsmaß anhand der Bestelllänge des Stammes errechnet wird. Die Bestelllänge ist die kaufvertraglich vereinbarte, abrechnungsrelevante Länge. Die Stämme selbst werden mit einem kaufvertraglich vereinbarten Längenübermaß angeliefert, welches bei der Berechnung des Abrechnungsmaßes unberücksichtigt bleibt.

Dabei wird nach den Vorgaben der RVWV nicht ein bestimmter gemessener Durchmesser an der Sortenmitte der weiteren Berechnung zugrunde gelegt, sondern die relevanten Durchmesser ergeben sich aus mehreren Messergebnissen aus drei Messsektionen um die Sortenmitte („Mittendurchmesser“ gem. Ziff. 3.4.1.4 RVWV).

Sortenmitte bedeutet, dass ausgehend vom dickeren Ende des Stammes stets an der theoretischen Mitte nach der Bestelllänge gemessen wird, anstatt an der physikalischen Mitte gemäß der tatsächlichen Länge des Stammes, die wegen des Längenübermaßes stets etwas länger ist als die vereinbarte Bestelllänge.

Dies führt dazu, dass der Mittendurchmesser näher am dickeren Ende gemessen wird, wodurch sich ein größeres Abrechnungsmaß errechnet, als wenn die Durchmesser an der physikalischen Mitte gemessen würde.

Für die Werksvermessung finden Rundholzmessanlagen Anwendung. Dabei handelt es sich um Geräte zur Messung der Länge oder Kombinationen von Längen zur Längen- oder Flächenbestimmung i. S. von § 1 Abs. 1 Nr. 1 MessEV, da gerade nicht das wahre Volumen errechnet wird, sondern abrechnungsrelevant nur die Längenwerte sind.¹

Rundholzmessanlagen waren vor der Mess- und Eichrechtsnovelle 2015 noch in Anlage 1 Abschnitt 4 der EichO wie folgt definiert:

„Rundholzmessanlagen sind Messgeräte, die einen oder mehrere Durchmesser im Bereich der Holzstamm-Mitte und die Holzstamm-Länge messen und daraus das Holzvolumen berechnen“

¹ S. BR-Drs. 493/14, S. 125. Für die Zukunft ist seitens des Regelermittlungsausschusses der PTB eine begriffliche Unterscheidung zwischen *Rundholzvermessungsanlagen* als Messanlagen im herkömmlichen Sinne, die nur Längenwerte messen (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 MessEV), und *Rundholzmessanlagen* als Messanlagen neuer, noch zuzulassender Bauweise, die den Stamm dreidimensional erfassen und damit das tatsächliche Volumen messen (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 MessEV), beabsichtigt.

Der Wegfall einer besonderen Anlage zur MessEV mit Bezug auf Rundholzmessanlagen liegt ausschließlich daran, dass keine spezifischen Fehlertoleranzen mehr gesetzlich definiert werden, sondern die allgemeinen Fehlergrenzen nach dem Stand der Technik einzuhalten sind. Dies ändert an der vorgenannten Definition indessen nichts – die Bauartzulassungen (bzw. nach neuem Recht Baumusterprüfbescheinigungen) beziehen sich nach wie vor auf die Messung der Stammlänge sowie des kleinsten und des dazu senkrecht stehenden Durchmessers im Bereich um die physikalische Stammmitte. Dementsprechend ist die Definition nunmehr auch in der Bekanntmachung der PTB zu „Ermittelten Regeln und Erkenntnissen des Regelmittlungsausschusses nach § 46 des Mess- und Eichgesetzes“² enthalten (fälschlich im Kapitel Volumenmessgeräte). Diese Messung stellt eichrechtlich die vom Hersteller vorgegebene „bestimmungsgemäße Verwendung“ der Rundholzmessanlage dar.

Tatsächlich messen die Rundholzmessanlagen zu anderen Zwecken als denen der Abrechnung die Durchmesser über die gesamte Stammlänge. Daher ist es auch möglich, den Durchmesser an der vorgegebenen Sortenmitte in das Abrechnungsprogramm automatisch zu übertragen.

Die Eichprüfung erfolgt allerdings gemäß dem Merkblatt der PTB für die Zulassung zur Eichung von Rundholzmessanlagen³ sowie dem Merkblatt der PTB für die Prüfung von Rundholzmessanlagen⁴ und den entsprechenden Vorgaben in den einzelnen Bauartzulassungen durch entsprechende Prüfkörper nur im Hinblick auf die Ermittlung der Stammlänge, den im Bereich der halben Stammlänge (= physikalische Mitte) gemessenen Kleinstdurchmesser und den dazu senkrechten Durchmesser. Dabei werden die beiden kleinsten Durchmesser im Bereich von ± 15 cm um die Prüfkörpermitte und die Längen der ausgewählten Prüfkörper zunächst mit geeigneten Messgeräten bestimmt. Danach werden die Prüfkörper mit der Anlage vermessen und die Übereinstimmung mit den zuvor bestimmten Werten geprüft.

Damit gehört der von der Rundholzmessanlage durchgeführte Auswahlvorgang, d. h. die softwaregestützte Auswahl der Werte, welche der physikalischen Mitte entsprechen und die weitere Auswahl des Kleinstdurchmessers und des dazu senkrecht stehenden Durchmessers zum Umfang der Prüfung, da dies unmittelbar im Messgerät selbst vorgenommen wird.

² Abrufbar unter <https://oar.ptb.de/resources/show/10.7795/510.20190828>.

³ Abrufbar unter www.ptb.de/cms/fileadmin/internet/fachabteilungen/abteilung_5/5.4_interferometrie_an_masverkoerperungen/5.45/merkblatt/merkblatt_rundholz_alt.pdf.

⁴ Ausgabe Nr. 2 vom 4.2.2015, nicht online abrufbar.

Für diesen im Rahmen der Eichung geprüften Messvorgang ist es irrelevant, ob der Stamm die Anlage vom dicken oder dünnen Ende her zuerst durchläuft, da die physikalische Mitte sich von beiden Richtungen her an der gleichen Stelle befindet.

Wird hingegen die Sortenmitte als relevanter Messpunkt herangezogen, so ist diese definitionsgemäß vom dickeren Ende her zu ermitteln. Abgesehen davon, dass die Vermessung an der Sortenmitte insgesamt – d. h. die Auswahl der Werte, die zur Sortenmitte gehören und der dort gemessene Kleinstdurchmesser und dazu senkrecht stehende Durchmesser – schon nicht zur Eichprüfung gehört, wird von der Eichprüfung insbesondere nicht erfasst, ob die Rundholzmessanlage bei den zufällig vom dickeren oder dünneren Ende her in die Anlage laufenden Stämmen zutreffend erfasst, von welchem Ende her der Stamm die Anlage durchläuft und ob daraus aufsetzend die Sortenmitte im Auswahlprozess richtig ermittelt wird. Auch wenn die Rundholzmessanlagen (frei programmierbare) Zusatzfunktionen haben, die die Ermittlung dieser Werte ermöglichen, gehören die Bestimmung des dickeren Endes und der Sortenmitte sowie der Prozess der Auswahl zugehöriger Werte nicht zur bestimmungsgemäßen Verwendung als geeichtes Messgerät und sind diese technischen Vorgänge und die zugehörige Software daher nicht von der Eichprüfung erfasst.

Die Übertragung der Messwerte in ein Computerprogramm zur weiteren Verarbeitung erfolgt dabei direkt EDV-gestützt. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nicht alle diese Messwerte klar rückverfolgbar im manipulationssicheren Alibispeicher der Rundholzmessanlage abgelegt werden. Abgespeichert werden bestimmungsgemäß und entsprechend von der Eichprüfung erfasst zwingend nur die Stammlänge und die beiden Durchmesser im Bereich der physikalischen Mitte.

Das Vorgehen, die Sortenmitte als Grundlage für die Berechnung des Abrechnungsmaßes zu nehmen, weicht dementsprechend von der bestimmungsgemäßen – und außerhalb Deutschlands durchweg üblichen – Verwendung der Rundholzmessanlagen ab, die technisch im Hinblick auf die amtliche Eichprüfung nur dafür konzipiert sind, die Stammlänge und die Mittendurchmesser an der physikalischen Mitte des Stammes zu ermitteln und die zugehörigen Daten, aus denen die Zusatzeinrichtung dann das Abrechnungsmaß ermittelt, gesichert und nachvollziehbar abzuspeichern.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Messung und Abrechnung anhand der Mittendurchmessers an der Sortenmitte ohne eichrechtliche Prüfung des Mess- und Auswahlvorganges in Bezug auf die Werte an der Sortenmitte und ohne manipulationssichere nachvollziehbare Speicherung der Messwerte mess- und eichrechtlich zulässig ist.

B. Rechtliche Bewertung

I. Zivilrechtliche Ausgangslage

Herr Professor Dr. Reichold, Ordinarius für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht an der Universität Tübingen, hat in einem Gutachten vom 3.9.2014 den damaligen Entwurf der RVR (als Nachfolgeregelung zur HKS) auf seine zivilrechtliche Wirksamkeit hin – vor allem im Hinblick auf die strengen Regelungen des AGB-Rechts – begutachtet.

Auf dieses Gutachten wird hinsichtlich der Frage der zivilrechtlichen Einbeziehungsvoraussetzungen der RVR sowie deren grundsätzlicher Wirksamkeit verwiesen.

Im Hinblick auf die in der RVR vorgesehenen Regelungen zu Messverfahren und den Verweis in der RVR auf die RVWV für die Werksvermessung, hat Herr Prof. Reichold festgehalten, dass die Vermessungsregelungen der RVR den Anforderungen des Mess- und Eichwesens genügen, solange und soweit die vorgesehenen Vermessungsregelungen selbst den Vorgaben des Mess- und Eichrechts genügen. Er hat daher insbesondere festgehalten, dass die RVR zu Recht fragwürdige und nach geltender Rechtslage mess- und eichrechtlich nicht zulässige Messmethoden ausschließt. Er schreibt:

„Allerdings müssen alle zur forstlichen Rohholzvermessung eingesetzten Geräte den Erfordernissen des gesetzlichen Eich- und Messwesens entsprechen.“

Dem ist ohne weiteres beizupflichten – diese Aussage findet sich im Übrigen auch in Ziff. 5.1 der RVR selbst. Des Weiteren wird dort auch klar vorgegeben:

„Waldbesitzer, Forstbetriebe und Holzkäufer sowie deren Beauftragte sind zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Anwendung und Dokumentation der Rohholzvermessung berechtigt. Hierbei ist sicherzustellen, dass alle kaufvertraglich relevanten Messparameter sowie die Berechnungen nachvollziehbar und entsprechend der jeweiligen Messverfahrensanforderungen dokumentiert werden.“

Eine Prüfung, ob die Einhaltung dieser Vorgaben bei Befolgung des Messverfahrens nach der RVWV hinsichtlich der Sortenmitte möglich ist, war von dem rein auf die Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit beschränkten Gutachtenauftrag nicht erfasst. Herr Prof. Reichold, der auch nicht auf Fragen des gesetzlichen Mess- und Eichwesens spezialisiert ist, hat die RVWV selbst nicht geprüft und insbesondere auch keine Prüfung nach Maßstäben des Mess- und Eichrechts vorgenommen.

Herr Prof. Reichold hat in seiner Begutachtung vielmehr als gegeben vorausgesetzt, dass die Werksvermessung, wie sie bis dahin gehandhabt wurde und auch weiter gehandhabt werden sollte, mess- und eichrechtlich zulässig war/ist. Ob diese These

zutrifft, wurde gerade nicht begutachtet, sondern dies ist jetzt Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

Herr Prof. Reichold ist dann im Jahr 2018 noch einmal gebeten worden, zu der Frage der Sortenmitte zivilrechtlich Stellung zu nehmen. Darin wurden mess- und eichrechtliche (also öffentlich-rechtliche) Fragen mit handelsrechtlichen (also zivilrechtlichen) Fragen vermischt, so dass diese Stellungnahme dahingehend missverstanden werden könnte, Herr Prof. Reichold hätte sich zur mess- und eichrechtlichen Zulässigkeit „als Handelsbrauch“ geäußert, was indessen nicht der Fall ist. Vielmehr kann die Rechtmäßigkeit der Verwendung der Sortenmitte sich einzig und allein aus den Regelungen von MessEG und MessEV herleiten lassen, nicht aber von einem etwaigen Handelsbrauch.

Es ist an dieser Stelle daher vorsorglich aus zivilrechtlicher Sicht klar festzuhalten, dass weder eine vertragliche Vereinbarung noch erst Recht ein Handelsbrauch die Geltung zwingenden Rechts außer Kraft setzen können.⁵ Handelsbräuche sind vielmehr unverbindlich, wenn sie gegen zwingendes Recht verstoßen.⁶ Selbst wenn man also annehmen wollte, dass es eine Gewohnheit im Holzhandel gäbe, sich über die Anforderungen des Mess- und Eichrechts hinwegzusetzen, würde dies nicht nur die Durchsetzung des Mess- und Eichrechts durch die zuständigen Eichbehörden und die Verhängung von Bußgeldern nicht hindern, sondern der Handelsbrauch wäre auch unverbindlich und könnte daher die Vertragsparteien gerade nicht binden.

Anderes hat bei näherer Betrachtung auch Prof. Reichold nicht behauptet. Er bezieht sich in seinem Schreiben vom 19.10.2018 lediglich (zirkelschlüssig) auf seine Arbeitshypothese, die die mess- und eichrechtliche Zulässigkeit voraussetzt, und damit auf die Aussage, dass alle Messverfahren nur dann zulässig sind, wenn sie mit den Vorgaben des Mess- und Eichrechts übereinstimmen. Ob letzteres der Fall ist, ist nun Gegenstand des vorliegenden Gutachtens.

Im Übrigen hat Prof. Reichold offenbar die Frage betreffend die Bestelllänge (Punkt 3 seines Schreibens vom 19.10.2018) nicht verstanden, da seine Antwort mit der Frage nichts zu tun hat. Es stellt kein mess- und eichrechtliches Thema dar, wenn die physikalische Stammlänge mit einem geeichten Messgerät gemessen wird und auf dieser Grundlage die Stämme der entsprechenden Bestelllänge zugewiesen werden. Hier wird eine Kategorisierung in kaufvertraglich vereinbarte, abrechnungsrelevante Längenkategorien (Bestelllänge mit Längenübermaß) anhand tatsächlicher Längenwerte vorgenommen. Diese rein zivilrechtliche Vereinbarung zur Vornahme einer Kategorisierung (und eben nicht zur Abrechnung nach gemessener

⁵ Vgl. nur Heidel/Schall/Klappstein, HGB, 3. Aufl. 2020, § 346 Rn. 32.

⁶ Vgl. nur BeckOK HGB/Lehmann-Richter, 27. Ed. 15.10.2019, § 346 Rn. 19.

Länge) steht weder in Zusammenhang mit der Frage, ob die Sortenmitte mess- und eichrechtlich für die Abrechnung herangezogen werden kann, noch erlauben sich hier irgendwelche Rückschlüsse.

Als Ausgangspunkt für die weitere Begutachtung ist daher in Übereinstimmung mit Prof. Reichold festzuhalten – und dies wird auch von keinem Beteiligten bestritten –, dass die Vermessung und Abrechnung über die Sortenmitte nur dann von der RVR mit Verweis auf die RVWV zulässig gefordert werden kann, wenn dieses Vorgehen mess- und eichrechtskonform ist, und dass anderenfalls die RVR selbst die Anwendung einer mess- und eichrechtskonformen Mess- und Abrechnungsmethode verlangt und inhärent die Methodik der RVWV ausschließt bzw. deren einvernehmliche Anpassung auf die physikalische Mitte verlangt im Rahmen der salvatorischen Klausel der RVWV.

II. Mess- und eichrechtliche Beurteilung der Zulässigkeit der Verwendung von an der Sortenmitte gemessenen Werten

Die mess- und eichrechtliche Beurteilung hängt nicht nur davon ab, ob die Rundholzmessanlagen bestimmungsgemäß und mess- und eichrechtskonform verwendet werden, sondern auch davon, ob die ermittelten Messwerte selbst als Abrechnungsgrundlage weiterverwendet werden dürfen. Es ist zwischen dem Verwenden des Messgeräts selbst und dem Verwenden der Messwerte zu unterscheiden.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass Verkäufer und abrechnender der Forstbesitzer ist, während die Werksvermessung in dessen Interesse durch das Sägewerk selbst vorgenommen wird.

1. Verwenden von Messgeräten und Verwenden von Messwerten im geschäftlichen Verkehr

Die mess- und eichrechtlichen Vorschriften greifen ein, wenn ein Messgerät und dessen Messwerte im geschäftlichen Verkehr verwendet werden.

§ 3 Nrn. 22 und 23 MessEG definieren wie folgt:

*22. **Verwenden eines Messgeräts** ist das erforderliche Betreiben oder Bereithalten eines Messgeräts zur Bestimmung von Messwerten*

a) im geschäftlichen oder amtlichen Verkehr oder

b) bei Messungen im öffentlichen Interesse;

bereitgehalten wird ein Messgerät, wenn es ohne besondere Vorbereitung für die genannten Zwecke in Betrieb genommen werden kann und ein Betrieb zu diesen Zwecken nach Lage der Umstände zu erwarten ist,

23. **Verwenden von Messwerten** ist die erforderliche Nutzung von Messergebnissen eines Messgeräts

a) im geschäftlichen oder amtlichen Verkehr oder

b) bei Messungen im öffentlichen Interesse,

„**Geschäftlicher Verkehr**“ ist gemäß § 6 Nr. 6 MessEV

jede Tätigkeit, die nicht rein privater, innerbetrieblicher oder amtlicher Natur ist, sofern dabei Messwerte ermittelt oder verwendet werden, die geeignet sind, den wirtschaftlichen Wert einer Sache oder einer Dienstleistung näher zu bestimmen.

Diese Definition entspricht dem Anliegen des Gesetzes, den lautereren Handelsverkehr zu schützen. Ausgeschlossen werden mit der Definition daher die Fälle, bei denen der Wert einer Leistung nicht bestimmt wird, bei denen es also nicht darum geht, handelsfähige Ware näher zu bestimmen.

Da die Werksvermessung der Preisbestimmung dient, liegt eine Verwendung der Rundholzmessanlage im geschäftlichen Verkehr ohne weiteres vor.

Dabei ist Verwender des Messgeräts (nur) das Sägewerk.

Verwender der Messwerte hingegen ist der Verkäufer, der auf der Grundlage der Messwerte abrechnet, denn nur er „nutzt“ die Messergebnisse als „erforderliche“ Grundlage für die Bestimmung seiner Kaufpreisforderung. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Verkäufer auf der Grundlage der übermittelten Berechnungsergebnisse eine Rechnung erstellt oder ob er das Sägewerk vertraglich damit beauftragt ist, eine Selbstfakturierung vorzunehmen – in jedem Fall wird die Faktura im Interesse des Verkäufers erstellt und er legt sie seiner Kaufpreisforderung zugrunde. Daher ist er der primäre Adressat der mess- und eichrechtlichen Nutzungsvorgaben, während der Sägewerksbesitzer als Käufer primär derjenige ist, dem der gesetzliche Schutz der zwingenden mess- und eichrechtlichen Vorgaben zugutekommen soll.

2. **Pflichten des Verwenders von Messgeräten**

Grundsätzlich gilt nach § 31 Abs. 1 MessEG, dass ausschließlich Messgeräte, die den Bestimmungen dieses Gesetzes und der auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen entsprechen, verwendet werden dürfen. Sie müssen im Rahmen der vorgesehenen Verwendungsbedingungen eingesetzt werden – und vor allem geeicht sein.

In dieser Hinsicht stellen sich vorliegend im Grundsatz keine Probleme, da die Rundholzmessanlagen ordnungsgemäß betrieben werden und – soweit sie für die Verwendung im geschäftlichen Verkehr bestimmt sind (d. h. hinsichtlich der Messungen der Länge soweit der Durchmesserwerte an der physikalischen Mitte) – auch geeicht sind. Die Frage, ob die weitere Verwendung von Werten, die aus Messvorgängen herrühren, die nicht eichrechtlich geprüft und die nicht zur Verwendung im geschäftlichen Verkehr bestimmt sind (hier die Bestimmung der Sortenmitte und die Verwendung der dort ermittelten Werte), betrifft nicht die Verwendung des Messgeräts selbst.

3. Pflichten des Verwenders von Messwerten

Zur Verwendung von Messwerten im geschäftlichen Verkehr bestimmt § 33 MessEG:

(1) ¹Werte für Messgrößen dürfen im geschäftlichen oder amtlichen Verkehr oder bei Messungen im öffentlichen Interesse nur dann angegeben oder verwendet werden, wenn zu ihrer Bestimmung ein Messgerät bestimmungsgemäß verwendet wurde und die Werte auf das jeweilige Messergebnis zurückzuführen sind, soweit in der Rechtsverordnung nach § 41 Nummer 2 nichts anderes bestimmt ist. ²Andere bundesrechtliche Regelungen, die vergleichbaren Schutzzwecken dienen, sind weiterhin anzuwenden.

(2) Wer Messwerte verwendet, hat sich im Rahmen seiner Möglichkeiten zu vergewissern, dass das Messgerät die gesetzlichen Anforderungen erfüllt und hat sich von der Person, die das Messgerät verwendet, bestätigen zu lassen, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllt.

(3) Wer Messwerte verwendet, hat

- 1. dafür zu sorgen, dass **Rechnungen**, soweit sie auf Messwerten beruhen, von demjenigen, für den die Rechnungen bestimmt sind, in einfacher Weise **zur Überprüfung angegebener Messwerte nachvollzogen werden können** und*
- 2. für die in Nummer 1 genannten Zwecke erforderlichenfalls geeignete Hilfsmittel bereitzustellen.*

Es kommt also darauf an,

- dass zur Bestimmung der abrechnungsrelevanten Messgrößen ein Messgerät bestimmungsgemäß – d. h. vor allem für den relevanten Messvorgang auch geeicht – verwendet wurde
- und die Werte auf das jeweilige Messergebnis zurückzuführen sind (und dies auch von demjenigen, für den die Rechnungen bestimmt sind, in

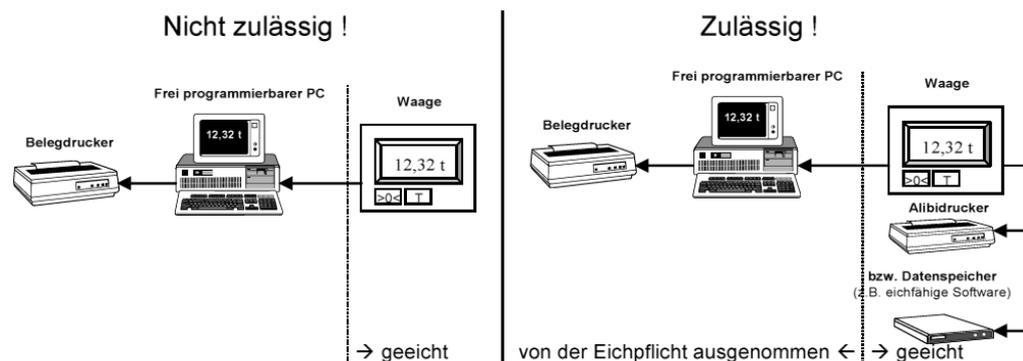
einfacher Weise zur Überprüfung angegebener Messwerte nachvollzogen werden kann).

Diese gesetzlichen Forderungen, insbesondere die Forderung, dass der Rechnungsadressat die Rechnungen in einfacher Weise zur Überprüfung angegebener Messwerte nachvollziehen kann, richten sich in erster Linie an den Forstbesitzer als (formellem) Rechnungsaussteller. Das Sägewerk handelt hier nur in dessen Auftrag, insofern als es die Werte für den Verkäufer misst und ggf. auch eine Selbstfaktorierung durchführt. Denn auch wenn das Sägewerk die Rundholzmessanlage selbst betreibt, hat es als Käufer ein Interesse daran, dass im Verhältnis zu ihm selbst als Käufer so abgerechnet wird, dass die Richtigkeit der Abrechnung jederzeit – bspw. im Zuge einer Innenrevision – nachvollzogen werden kann und auch im Übrigen gesetzeskonform erfolgt.

Werden an Messgeräte Datenverarbeitungsanlagen angeschlossen, so kann es sich hierbei eichrechtlich um Zusatzeinrichtungen handeln, die den Vorschriften des MessEG und der MessEV unterliegen.

Im Sinne des Eichrechts (§ 3 Nr. 24 MessEG) ist eine eichpflichtige Zusatzeinrichtung zu einem Messgerät eine mit einem Messgerät verbundene Einrichtung, die für die Funktionsfähigkeit des Messgeräts nicht erforderlich ist und zur *erstmaligen* Speicherung oder Darstellung von Messergebnissen zum Zweck des Verwendens von Messwerten bestimmt ist.

Nicht der Eichpflicht unterliegen hingegen Datenverarbeitungsanlagen, die einen Messwert unmittelbar vom Messgerät übernehmen, der im Messgerät selbst erstmalig gespeichert und dargestellt wird:



Werden Messwerte aus nicht der Eichpflicht unterliegenden aber mit dem Messgerät verbundenen Datenverarbeitungsanlagen verwendet und von dieser EDV-Anlage Geschäftsbelege erstellt, können die Anforderungen des § 33 Abs. 3 MessEG z. B. durch folgenden Hinweis erfüllt werden:

„Die geeichten Werte für die beiden Kleinstdurchmesser und die Stammlänge sind in Verbindung mit der Identifikationsmöglichkeit im Ausdruck des Massenspeichers (Alibispeicher) zu finden.“

Zudem muss in diesen Fällen eine eindeutige Zuordnung der Messwerte auf den Geschäftsbelegen zu den Werten des geeichten Alibidruckers bzw. geeichten Datenspeichers des Messgeräts, welcher die ermittelten Messwerte unveränderlich und unlöschbar aufzeichnet oder speichert, durch eine Identifikation möglich sein.⁷

Dies gilt dann, wenn – wie bei den Rundholzvermessungsanlagen der Fall – die EDV-Anlage den Messwert direkt vom Messgerät elektronisch übernimmt.

Im vorliegenden Fall wird nun bereits die Rundholzmessanlage nicht bestimmungsgemäß zur Ermittlung abrechnungsrelevanter Messgrößen verwendet, wenn sie die Sortenmitte und die dort zu findenden Kleinstdurchmesser ermittelt, anstatt die physikalische Mitte zu ermitteln und die dortigen Werte. Denn nur die Ermittlung der Stammlänge und darauf aufbauend der physikalischen Mitte – gleich von welchem Stammende aus – sowie die anschließende Messung der relevanten Durchmesser im Bereich von ± 15 cm um die physikalische Mitte ist von der Eichung erfasst und nur für diesen Bereich bestätigt daher die Eichung die Einhaltung der Fehlergrenzen. Hingegen bestätigt die Eichung vor allem nicht, dass die Anlage die Sortenmitte korrekt vom dickeren Ende ausgehend ermittelt und es wird auch bei der Eichprüfung nicht mit einem Prüfkörper geprüft, ob die Anlage insofern bei beiden möglichen Zuführrichtungen die Durchmesserwerte um die Sortenmitte korrekt ermittelt und auswählt.

Anders als bei Verwendung eines geeichten Maßbandes zur Ermittlung der Sortenmitte und einer geeichten Kluppe, die für die Messung der Durchmesserwerte an jeder beliebigen Stelle des Stammes geeicht ist, liegt bei der Rundholzmessanlage daher gerade keine Eichung für die Ermittlung der Sortenmitte und der dort auszuwählenden Werte durch die Rundholzmessanlage vor.

Wenn nun aber abrechnungsrelevante Werte im geschäftlichen Verkehr an der Sortenmitte ermittelt werden, ohne dass das Gerät für die zutreffende Ermittlung der Sortenmitte, die zwingend vom dickeren Stammende zu erfolgen hat, und das softwaregestützte Auswahlverfahren der dort weiter ermittelten Durchmesserwerte geeicht ist, so beruhen diese Werte nicht auf der

⁷ Vgl. Hollinger/Schade, MessEG/MEssEV, 2015, MessEG § 33 Rn. 3, 7.

bestimmungsgemäßen mess- und eichrechtskonformen Verwendung des Messgeräts.

Schon allein damit liegt ein **Verstoß gegen § 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 MessEG** vor, weil die Rundholzmessanlage nicht bestimmungsgemäß verwendet wird, wenn die – bestimmungsgemäß für Abrechnungszwecke nicht vorgesehenen – Messungen an der Sortenmitte, die nicht auf einem technischen Messvorgang beruhen, der Gegenstand der Eichprüfung war, im Berechnungs- und Abrechnungsprogramm für die Erstellung von abrechnungsrelevanten Geschäftsbelegen verwendet werden.

Hinzu kommt, dass im Unterschied zur bestimmungsgemäßen Verwendung der Werte an der physikalischen Mitte die an der Sortenmitte – und an jeder anderen Stelle des Stammes außer an der physikalischen Mitte – gemessenen Durchmesserwerte nicht zwingend klar und eindeutig rückverfolgbar in den manipulationssicheren geeichten Speicher des Messgeräts abgelegt werden (siehe dazu auch Ziffern 8, 9.1 lit. c) und 10 der Anlage 2 zur MessEV) und dass es auch nicht Gegenstand der Eichprüfung ist, ob eine solche Speicherung erfolgt.

Auch damit liegt ein **Verstoß gegen § 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 MessEG** vor, denn die Werte sind nicht durch einen bestimmungsgemäßen Messvorgang, zu dem die entsprechende geprüfte Speicherung im geeichten Speicher untrennbar gehört, ermittelt worden.

Zudem liegt ein weiterer **Verstoß gegen § 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 MessEG** darin, dass mangels manipulationssicherer geeichter Speicherung die Werte nicht mehr sicher auf das jeweilige Messergebnis identifizierbar zurückgeführt werden können.

Zugleich liegt damit auch ein **Verstoß gegen § 33 Abs. 3 Nr. 1 MessEG** vor, weil es nicht möglich ist, dass der Rechnungsadressat die angegebenen Messwerte nicht mit der mess- und eichrechtlich erforderlichen Sicherheit überprüfen kann, weil eine Zuordnung der Messwerte auf den Geschäftsbelegen zu den Werten des geeichten Datenspeichers des Messgeräts fehlt, da die Werte in diesem ja überhaupt nicht bzw. jedenfalls nicht eichrechtlich geprüft abgelegt werden und somit auch nicht zum Abgleich erneut aufgerufen werden können.

4. Folgerung aus den vorliegenden Gesetzesverstößen

Es kann nun nicht etwa gefordert werden, hier eine „Umprogrammierung“ der Rundholzmessanlagen dergestalt vorzunehmen, dass die Werte an der Sor-

tenmitte auch im Alibispeicher abgelegt werden. Denn zwischen den Parteien ist lediglich vereinbart, dass die von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt durch Bauartzulassung genehmigten und geeichten Rundholzmessanlagen der Sägewerke im Interesse des Forstbesitzers zur Abrechnung zum Einsatz kommen. Diese sehen nun aber eine Eichung der Bestimmung der Sortenmitte vom dickeren Stammende her, eine Eichung der Messung und Auswahl der dort gemessenen Werte sowie eine Speicherung von anderen Werten als denjenigen an der physikalischen Mitte bestimmungsgemäß – siehe die frühere Definition in Anlage 1 Abschnitt 4 der EichO und die aktuelle Definition in der Veröffentlichung des Regelermittlungsausschusses bzw. die entsprechenden Ausführungen in den Bauartzulassungen – nicht vor und es unterliegt auch nicht der Eichung, ob andere als die bestimmungsgemäßen Werte manipulationssicher im Alibispeicher abgelegt werden.

Wollte man die Rundholzmessanlagen mess- und eichrechtskonform dazu verwenden, die Werte an der Sortenmitte zugrunde zu legen, so müsste dies in den bestimmungsgemäßen Gebrauch aufgenommen werden, eine entsprechende Umprogrammierung hinsichtlich des Alibispeichers erfolgen, eine neue Baumusterprüfbescheinigung hierfür beantragt und ausgestellt werden und schließlich dann die Eichprüfung auch auf diese neuen bestimmungsgemäßen Parameter, d. h. die Bestimmung der Sortenmitte durch die Anlage ausschließlich vom dickeren Stammende her, das darauf aufbauende Auswahlverfahren sowie den erweiterten Alibispeicher, erstreckt werden.

Letzteres kann nun aber zivilrechtlich nicht verlangt werden, weil die RVR gerade davon ausgeht, dass die vorhandenen, zugelassenen Messgeräte mess- und eichrechtskonform verwendet werden und nicht etwa neue Messgeräte entwickelt werden, mit denen dann erst die Anforderungen der RVWV gesetzeskonform umgesetzt werden könnten.

Im Gegenteil verlangen die RVR sowie die RVWV über ihre salvatorische Klausel selbst eine Anpassung dahingehend, dass auf die physikalische Mitte umgestellt wird, damit gesetzeskonform abgerechnet werden kann.

III. Ordnungswidrigkeitentatbestände und verantwortliche Personen

Die Verstöße gegen die Vorgaben des § 33 MessEG führen nicht nur zur Unwirksamkeit der Vorgaben der RVWV (die in den einzelnen kaufvertraglichen Beziehungen allgemeine Geschäftsbedingungen darstellt) zur Abrechnung nach der Sortenmitte, sondern sie sind vor allem auch in § 60 MessEG bußgeldbewehrt.

Soweit es sich um juristische Personen handelt, kann das Bußgeld nach § 30 OWiG gegen diese verhängt werden. Auch privatrechtlich agierende juristische Personen

des öffentlichen Rechts können Adressat einer Verbandsgeldbuße sein.⁸ Daneben haftet in jedem Fall die konkret für die Abrechnung zuständige Person, der besondere persönliche Merkmale (hier die Verwendereigenschaft) gem. § 9 OWiG zugerechnet werden. Schließlich kann das Bußgeld im Falle juristischer Personen auch gegen den gesetzlichen Vertreter/Leiter der Anstalt, auch wenn er nicht selbst gehandelt hat, wegen Verletzung der Aufsichtspflicht (§ 130 Abs. 1, 2 OWiG) verhängt werden.

Adressat der Bußgeldandrohung für Verstöße gegen § 33 MessEG ist in erster Linie der Forstbesitzer/das Forstunternehmen (und dessen verantwortliche Angestellte sowie dessen Geschäftsführer/Leiter) als Verwender der Messwerte.

Da der Sägewerksbesitzer/das Sägewerk hier eine Doppelrolle einnimmt und dem Forstbesitzer/Forstunternehmen zu der gesetzeswidrigen Abrechnungsweise Beihilfe leistet (§ 14 OWiG), ist auch der Sägewerksbesitzer/das Sägewerk (und dessen verantwortliche Angestellte sowie dessen Geschäftsführer) von der Bußgeldandrohung grundsätzlich betroffen, auch wenn die Eichbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen von der Verfolgung der Ordnungswidrigkeit ihm/dem Sägewerk und seinen Mitarbeitern gegenüber absehen sollte.

Im Einzelnen gelten für die oben angeführten Verstöße folgende Bußgeldandrohungen:

- **Verstoß gegen § 33 Abs. 1 S. 1 Alt. 1/Alt. 2 MessEG**

Ein solcher Verstoß ist für jeden Einzelfall in § 60 Abs. 1 Nr. 19, Abs. 2 MessEG mit der Höchstandrohung des MessEG von einem Bußgeld von bis zu 50.000 € bedroht.

- **Verstoß gegen § 33 Abs. 3 Nr. 1 MessEG**

Ein solcher Verstoß – der bei gleichzeitiger Verwirklichung des Verstoßes gegen § 33 Abs. 1 S. 1 MessEG in diesem aufgeht – ist für jeden Einzelfall in § 60 Abs. 1 Nr. 20, Abs. 2 MessEG mit einem Bußgeld von bis zu 20.000 € bedroht.

Fälle wiederholter gleichartiger Verwirklichung des Tatbestands in engem zeitlich-räumlichem Zusammenhang werden dabei als Tateinheit geahndet, d. h. es wird nur eine einzige – dann freilich höher zu bemessende – Geldbuße festgesetzt (§ 19 OWiG).⁹

⁸ Vgl. BeckOK OWiG/Meyberg, 24. Ed. 15.9.2019, § 30 Rn. 24.

⁹ Vgl. KK-OWiG/Mitsch, 5. Aufl. 2018, § 19 Rn. 20–26.

Die Bemessung der Höhe der Geldbuße richtet sich nach § 17 OWiG. Grundlage für die Zumessung der Geldbuße sind demnach die Bedeutung der Ordnungswidrigkeit und der Vorwurf, der den Täter trifft. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters kommen in Betracht; bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten bleiben sie jedoch in der Regel unberücksichtigt. Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen.

Ab einem Bußgeld von 200 € gegen ein Organmitglied oder einen Beauftragten (§ 9 OWiG) erfolgt zudem ein Eintrag in dessen Akte im Gewerbezentralregister (§ 149 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GewO).

Während im Erstfall noch Bußgelder von unter 200 € möglich sein können, wird die Eichbehörde je nach Ausmaß und Schwere des Verstoßes den möglichen Rahmen weiter ausnutzen. Die Eichämter sind unter dem MessEG zur verstärkten Marktüberwachung angehalten und setzen dies auch entsprechend um.

C. Ergebnis

Auf der Grundlage dessen, wie die Werksvermessung durch die im Bestand verwendeten Rundholzmessanlagen und die anschließende Verwendung der Messwerte für die Abrechnung durchgeführt wird, ist die Zulässigkeit der Vermessung an der Sortenmitte zu verneinen.

Da die RVR und die RVWV selbst aber eine gesetzeskonforme Messung und Abrechnung verlangen, ist die Heranziehung der Sortenmitte als Vermessungs- und Abrechnungsgrundlage auch nach der RVR/RVWV nicht zulässig.

Es gelten aufgrund der dargelegten fehlenden Konformität mit dem Mess- und Eichrecht auch nicht mehr die Ausführungen von Prof. Reichold zur zivilrechtlichen Wirksamkeit der Regelungen der RVWV, da er hierfür die Gesetzesgemäßheit voraussetzte.

Es ist daher sowohl nach den gesetzlichen Vorgaben als auch nach den in der RVR und RVWV niedergelegten Grundsätzen zur Gesetzeskonformität, d. h. auch nach den vertraglichen Vereinbarungen, das Abrechnungsmaß über die mess- und eichrechtskonform ermittelten und gespeicherten Werte an der physikalischen Mitte zu errechnen. Dies stellt die einzig zulässige Mess- und Abrechnungsmethode im Rahmen der Werksvermessung mit Rundholzmessanlagen dar.

Dies kann auch vertragsrechtlich auf der Grundlage dessen, dass die RVR selbst die Gesetzeskonformität verlangt und dass die RVWV in ihrer salvatorischen Klausel für die unwirksamen Abrechnungsvorgaben die Anwendung der gesetzlichen Regelun-

gen vorsieht bzw. eine einvernehmliche Neuregelung verlangt, eingefordert werden.

Noerr LLP



Dr. Steffen Burrer

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht