

Kai-Markus Schenek \*

## Stammholzkartell: Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes

Mit Spannung erwartet wurde die Entscheidung des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf (OLG) vom 15.03.2017 im Hinblick auf die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes gegen das Land Baden-Württemberg vom 18.07.2016<sup>1</sup> zur Vermarktung des Stammholzes aus dem Staats-, Körperschafts- und Privatwald. Wie zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses lediglich der Pressemitteilung des OLG entnommen werden kann, wurde die Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes im Wesentlichen bestätigt, so dass es dem Land Baden-Württemberg weiterhin untersagt ist, die Vermarktung von Rundholz für Körperschaft- und Privatwälder mit einer Fläche von mehr als 100 ha durchzuführen.<sup>2</sup>

Aufgrund der Feststellung des Gerichtes darf ForstBW bzw. das Land Baden-Württemberg für Besitzer von Waldflächen mit einer Größe von über 100 ha nicht mehr die jährliche Betriebsplanung, die forsttechnische Betriebsleitung und den Revierdienst durchführen, wenn es hierfür eigenes Personal einsetzt oder für seine Dienstleistungen keine kostendeckenden Entgelte verlangt. Das OLG Düsseldorf begründet seine Entscheidung damit, dass der über das Land erfolgende gebündelte Verkauf von Stammholz sowohl aus Staatswäldern, aber auch aus dem Körperschaft- und dem Privatwald, ein verbotenes Vertriebskartell gemäß den europäischen Kartellrechtsvorschriften darstellt, welches den freien Wettbewerb verfälscht. Wenig überraschend ist, dass der die Entscheidung erkennende Senat im Rahmen der Prüfung der europäischen Kartellrechtsvorschriften mit Blick auf die vom Bundesgesetzgeber vorgenommene Novellierung des Bundeswaldgesetzes zu keiner anderen Bewertung gekommen ist, obwohl § 46 Abs. 1 des Bundeswaldgesetzes (BWaldG) eine gesetzliche Vermutung für die Voraussetzung einer Freistellung von einem Kartellverstoß nach Art. 101 AEUV bestimmt. Nach den Einlassungen der Richter in den beiden mündlichen Verhandlungen, stellt die Entscheidung im Tenor keine Überraschung mehr dar.



Foto: Hermann/PIXELO

### Gegenstand der Untersagungsverfügung

Gegenstand der veröffentlichten Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes vom 18.07.2015 gegen das Land Baden-Württemberg ist die in wesentlichen Teilen unterkostendeckende Erbringung von forstlichen Leistungen über den Staatswald hinaus für den Körperschaftswald und die Privatwaldbesitzer durch das Land Baden-Württemberg (ForstBW). Konkret wurde vom Bundeskartellamt festgestellt, dass die nach dem Landeswaldgesetz vorge-

sehen forstwirtschaftlichen Tätigkeiten wie die jährliche Betriebsplanung, die forsttechnische Betriebsleitung und der Revierdienst, aber auch die periodische Betriebsplanung als vorbereitende Tätigkeiten für die Stammholzvermarktung und deren Verkauf eingestuft werden. Das Bundeskartellamt unterstellt, dass sowohl ForstBW als auch die staatlichen unteren Forstbehörden bei der

\* Kai-Markus Schenek, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, ist Partner der Kanzlei iuscomm Rechtsanwälte, Stuttgart.





Foto: ioujou/PXELIO

Produktion und Vermarktung von Holz aus dem landeseigenen Staatswald sowie Körperschafts- und Privatwald wie private und körperschaftliche Waldbesitzer bei der Produktion und Vermarktung ihres Holzes handeln, sodass die Tätigkeit rein wirtschaftlichen Charakter habe<sup>3</sup>. Die vorbereitenden Tätigkeiten zur Vermarktung des Holzes seien untrennbar mit der Holzvermarktung verbunden. So bestimmt das Landeswaldgesetz in §§ 45 Abs. 1 Satz 2, 46 LWaldG selbst, dass die wirtschaftliche Verwertung des Staatswaldes und des Körperschaftswaldes der Erwirtschaftung des höchstmöglichen Ertrages nach wirtschaftlichen Grundsätzen dient. Ziel der Bewirtschaftung des Staatswaldes ist dabei, die nachhaltig höchstmögliche Leistung wertvollen Holzes bei gleichzeitiger Erfüllung und nachhaltiger Sicherung der dem Wald obliegenden Schutz- und Erholungsfunktion zu erbringen. Das Land beruft sich darauf, dass die Forstbewirtschaftung einschließlich aller Tätigkeiten mit Ausnahme des unmittelbaren Holzverkaufes hoheitliche Tätigkeiten aufgrund gesetzlicher Bestimmungen im Landeswaldgesetz sind und folglich die wirtschaftliche Betätigung von ForstBW und der unteren Forstbehörde allein der Schutz- und Erholungsfunktion als öffentliche Aufgabe diene. Dieser Ansicht ist das OLG Düsseldorf nicht gefolgt.

### **Kartellverbot nach Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)**

Das OLG Düsseldorf stützt sich – wie auch das Bundeskartellamt – bei seiner Entscheidung im Wesentlichen auf das europäische Kartellverbot nach Art. 101 AEUV. Demnach sind Vereinbarungen mit dem Binnenmarkt verboten zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken. Insbesondere ist dies der Fall bei unmittelbaren oder mittelbaren Festsetzungen der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, bei der Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes der technischen Entwicklung oder der Investitionen oder bei der Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen.<sup>4</sup> Art. 101 AEUV findet Anwendung auf öffentliche Unternehmen und öffentliche Einrichtungen, wenn der Staat über seine öffentliche Einrichtung wirtschaftliche Tätigkeiten gewerblicher Art ausübt, die darin bestehen, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.<sup>5</sup> Bei wirtschaftlichem Handeln der öffentlichen Hand gilt das Kartellverbot des Art. 101 AEUV ebenso.

### **Ausnahme vom Kartellverbot bei Erfüllung hoheitlicher Aufgaben**

Tätigkeiten in Ausübung hoheitlicher Befugnisse lassen die Anwendung des Kartellrechts entfallen und weisen dann keinen wirtschaftlichen Charakter im Sinne von Art. 101 AEUV auf. Nur dann, wenn es sich um eine originär staatliche, nicht-wirtschaftliche Tätigkeit handelt, kann eine unternehmerische Tätigkeit verneint werden.<sup>6</sup> Eine Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr verliert ihren Charakter als geschäftliche, den Bindungen des Kartellrechts unterliegende Tätigkeit nicht bereits deshalb, weil mit ihr auch öffentliche Aufgaben (mit-)erfüllt werden sollen. Soweit daher eine öffentliche Einrichtung im Zusammenhang mit ihrer konkreten Tätigkeit auch Aufgaben im Allgemeininteresse ausübt, schließt dies eine wirtschaftliche Tätigkeit und die Unternehmenseigenschaft nicht aus, wenn die unternehmerische Tätigkeit von der hoheitlichen Befugnis abgrenzbar ist.<sup>7</sup>

Bei der Abgrenzung der Ausübung hoheitlicher Befugnisse von einer wirtschaftlichen Tätigkeit wird in der Regel untersucht, inwieweit die Tätigkeit nach ihrer Art, Gegenstand und den für sie geltenden Regeln mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängt. Ferner ist zu hinterfragen, ob die Tätigkeit einen wirtschaftlichen Charakter aufweist.<sup>8</sup> Ein wesentliches Kennzeichen für die ausschließliche Ausübung hoheitlicher Befugnisse ist die Befugnis des (staatlichen) Unternehmens zum Einsatz von Zwangsmitteln, welche zur Annahme des Bestehens eines Über- und Unterordnungsverhältnisses führt.<sup>9</sup>

Öffentlich-rechtliche Körperschaften können entweder insgesamt oder für einzelne Aspekte ihrer Tätigkeit Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne sein. Ob Gebietskörperschaften, also der Bund, die Länder, die Kreise oder Gemeinden sowie sonstige öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten in ihrer Beschaffungstätigkeit Unternehmen sind, hängt allein davon ab, welchem Zweck die Beschaffung dient.<sup>10</sup>



Auf die Rechtsform des Unternehmens kommt es dabei nicht an. Eine das Kartellverbot ausschließende hoheitliche Tätigkeit wurde u. a. anerkannt bei Tätigkeiten der Flugsicherung<sup>11</sup>, bei der Wahrnehmung von Umweltschutzaufgaben<sup>12</sup> oder bei der Schaffung technischer Regeln für UV-Geräte zur Desinfektion in der Wasserversorgung (Festlegung von Zertifizierungsverfahren)<sup>13</sup>. Ausdrücklich verneint wurde die hoheitliche Tätigkeit bei staatlichen Totolottogesellschaften<sup>14</sup> sowie bei einer Anstalt des öffentlichen Rechts, die mit Arbeitgebern des öffentlichen Dienstes Beteiligungsvereinbarungen in Form von Gruppenversicherungsverträgen abschließt<sup>15</sup>. Dasselbe gilt für Rundfunkanstalten als Anstalten des öffentlichen Rechts, soweit sie als Anbieter oder Nachfrager am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen.

**Die missbräuchliche Wahl der hoheitlichen Handlungsform in der Absicht, ein Kartellrechtsverbot zu umgehen, stellt bereits ihrerseits einen Kartellrechtsverstoß dar<sup>16</sup>.**

Indem das OLG Düsseldorf der Ansicht des Bundeskartellamtes folgt, wonach es sich bei der forsttechnischen Betriebsleitung einschließlich der jährlichen Betriebsplanung und der Erbringung des forsttechnischen Revierdienstes um Dienstleistungen handelt, die zu einer vertieften Beschränkung des Anbieterwettbewerbs auf dem Markt für Rundholz führen, verneint es zugleich das Vorliegen einer ausschließlich auf hoheitlicher Befugnis beruhenden Tätigkeit. Die Begründung zum Vorliegen einer Ausnahme vom Kartellverbot ist argumentativ aus Sicht des Landes erschwert, weil das Landeswaldgesetz selbst in § 45 Abs. 1 als Ziel der Bewirtschaftung die Erbringung nachhaltig wertvollen Holzes vorsieht und in Abs. 2 ausdrücklich gesetzlich normiert, dass der Staatsforstbetrieb im Produktions- und Dienstleistungsbereich nach wirtschaftlichen Grundsätzen zu führen und zu verwalten ist. Bei Zielkonflikten haben gemäß der Gesetzesbegründung fiskalische Rentabilitätsüberlegungen hinter der volkswirtschaftlichen und ge-



Foto: Rainer Sturm/PIXELLO

sellschaftlichen Wertschöpfung zurückzutreten.<sup>17</sup> Gleichwohl ist das Gebot des Handelns nach wirtschaftlichen Grundsätzen als gesetzliche Pflicht festgeschrieben. Über die Verweisung zur entsprechenden Anwendung gilt diese landesgesetzliche Maxime auch für die Bewirtschaftung des Körperschaftswaldes nach § 46 LWaldG. Damit ist bereits nach heutiger Gesetzeslage das Handeln nach wirtschaftlichen Grundsätzen von ForstBW und der Tätigkeit der unteren Forstbehörde schwer zu widerlegen. Die Einstufung der Forsteinrichtung, der forsttechnischen Betriebsleitung und der Revierleitung als dem Holzverkauf vorgelagerte Tätigkeiten ist daher nicht überraschend.

Eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV wird nur dann aus Sicht des unterlegenen Landes begründbar sein, wenn der Nachweis gelingt, dass die vorgenannten Tätigkeiten untrennbar mit der Erfüllung hoheitlicher Befugnisse und Aufgaben verbunden sind, und die Bewirtschaftung allein der Nutzfunktion der Schutz- und Erholungsfunktion nach § 1 Nr. 1 LWaldG dient. Gerade dies hat das Bundeskartellamt und scheint nun auch das OLG Düsseldorf in Abrede zu stellen, obwohl der Landesgesetzgeber im Fall von Zielkonflikten eine Rangfolge zu Gunsten der hoheitlichen Nutz-, Schutz- und Erholungsfunktion zulasten der fiskalischen Interessen vorsieht. Diesen Vorrang zu Gunsten der Erhaltung des Wal-

des als ökologischen Ausgleichsraum für Klima, Luft und Wasser sowie die Tier- und Pflanzenwelt einschließlich der Erholung der Bevölkerung hat auch das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich für die Bewirtschaftung des Körperschaft- und Staatswaldes, also über den Staatswald hinaus für den gesamten öffentlichen Wald betont.<sup>18</sup>

**Unmittelbare Beeinträchtigung des freien Wettbewerbs beim Absatz von geschlagenem Stammholz**

Eine Beschränkung des Wettbewerbs bedeutet Beschränkung der Handlungsfreiheit von Unternehmen beim Anbieten oder Nachfragen von Waren oder gewerblichen Leistungen. Als relevanten Markt sieht das Bundeskartellamt die Vermarktung des Stamm- bzw. Rundholzes an, auf dem sich als Nachfrager insbesondere die Sägewerksbetriebe und die Waldbesitzer als Anbieter des Stammholzes gegenüberstehen. Das Bundeskartellamt unterstellt auf Grundlage des Vergleichsjahres 2011, dass die Sägewerke in Baden-Württemberg zu 95 Prozent Stammholz beziehen und die vom Land Baden-Württemberg gebündelten und verkauften Stammholz mengen in diesem räumlich relevanten Markt einen Anteil von 65-75% erreichen.<sup>19</sup> Das OLG Düsseldorf nimmt eine Beschränkung des Wettbewerbs an, weil mit der Erbringung der forsttechnischen und forstwirtschaftlichen Dienst-

leistungen auch für Privat- und Körperschaftswaldbesitzer ForstBW einen bestimmenden Einfluss auf die Frage erhält, in welchen Mengen, in welcher Qualität und zu welchem Zeitpunkt Stammholz zum Verkauf gebracht wird. Damit werde unmittelbar der Absatz des geschlagenen Stammholzes auf dem freien Wettbewerb beeinflusst. Zudem bemängelt das OLG Düsseldorf aufgrund der Bündelungsfunktion der Bewirtschaftungsorganisation durch ForstBW, dass das Land Einblick in die betrieblichen Planungen und Einfluss auf deren Umsetzung erhalte, wenn es für konkurrierende Waldbesitzer (Körperschaftswald und Privatwald) die Betriebsplanung, die forsttechnische Betriebsleitung oder den forstlichen Revierdienst erbringt. Im Ergebnis unterstellt das OLG Düsseldorf die Bildung eines verbotenen Vertriebskartells. Eine solche Kernbeschränkung des Wettbewerbs liegt ausdrücklich nach Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, wenn Vereinbarungen über die Festsetzung von Preisen, Absatzbeschränkungen und Markt- und Kundenaufteilungen vorgenommen werden.<sup>20</sup> Dass die forsttechnische Betriebsleitung sowie die Aufstellung des jährlichen Betriebsplanes als auch des periodischen Betriebsplanes und der Revierdienst Einfluss auf den Absatz, die Preisbildung, Festlegung der Bündelungen zum Holzverkauf auch Auswirkungen auf eine Marktaufteilung haben, dürfte in der Praxis kaum zu bestreiten sein, soweit das Land nicht nur für sich selbst (Staatswald), sondern darüber hinaus die vorgenannten Tätigkeiten auch für den Körperschaftswald und den Privatwald erbringt. Erschwerend kommt nach Auffassung sowohl des Bundeskartellamtes als auch des OLG Düsseldorf hinzu, dass das Land für die forstwirtschaftlichen Dienstleistungen gegenüber den Körperschafts- und Privatwaldbesitzern keine kostendeckenden Entgelte erhebt und dadurch der Wettbewerb für private Dienstleister erheblich beeinträchtigt wird.

### Rechtsmittel

Gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 15.03.2017 kann die Rechts-

beschwerde zum Bundesgerichtshof erhoben werden, nachdem das OLG Düsseldorf diese ausdrücklich zugelassen hat, weil die durch den Beschluss unterschiedenen Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung sind.

### Wie geht es weiter?

Sollte die Einlegung einer Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung führen, wird aufgrund der Verpflichtung zur Bildung kostendeckender Angebote die Waldbewirtschaftung für die Körperschafts- und Privatwaldbesitzer deutlich teurer werden. Allein über eine Umgestaltung der hoheitlichen Tätigkeit der unteren Forstbehörde dürfte aller Voraussicht nach eine Ausnahme vom Kartellverbot des Art. 101 AEUV nicht erzielt werden können, wenn an dem bisherigen System der Waldbewirtschaftung festgehalten werden sollte und die forstwirtschaftlichen Tätigkeiten, soweit sie auch von einem Privaten am Markt erbracht werden, in die öffentliche Aufgabe und hoheitliche Betätigung eingekleidet werden. Denn dies würde wiederum die Annahme einer missbräuchlichen Wahl der hoheitlichen Handlungsform in der Absicht, ein Kartellrechtsverbot zu umgehen, provozieren. Für eine endgültige Bewertung bleibt die Veröffentlichung der Beschlussbegründung des OLG Düsseldorf abzuwarten.

Es bleibt spannend, wie der Landesgesetzgeber in der Organisation der künftigen Waldbewirtschaftung im Hinblick auf den Körperschafts- und Privatwald reagiert, wenn der Beschluss rechtskräftig werden sollte. Der Landesgesetzgeber steht insofern vor einer nahezu unlösbaren Aufgabe, wenn beabsichtigt ist, wie bisher Leistungen für den Körperschafts- und Privatwald erbringen zu wollen. Verwiesen sei auf die nach eigenem Bekunden in der Abstimmung befindlichen Handlungsvarianten von ForstBW mit dem Bundeskartellamt.<sup>21</sup> Die Ankündigung des Landes, eine Anstalt des öffentlichen Rechts zu gründen, um die künftige Waldbewirtschaftung nur für den Staatswald zu überneh-

men, wird den kartellrechtlichen Konflikt für die Gesamtheit aller Waldbesitzarten nicht lösen können.<sup>22</sup> Größere Bedeutung werden interkommunale Zusammenschlüsse zur gemeinsamen Waldbewirtschaftung erfahren, wie sie bereits bei den Forstgemeinschaften bestehen. Ist seitens der Kommunen beabsichtigt, dass interkommunale Zusammenschlüsse die Dienstherrenfähigkeit sowie die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ausüben können sollen, bietet sich die Gründung von Zweckverbänden oder kommunalen Anstalten des öffentlichen Rechts an.

Az. 855.55

- 1 BKartA: <http://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Kartellverbot/2015/B1-72-12.html>
- 2 Pressemitteilung Nr. 6/2017 des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.03.2017, Az. IV-Kart 10/15 (V).
- 3 BKartA, Untersagungsverfügung vom 18.07.2015, S. 94-96, 139.
- 4 Der Autor beschränkt sich auf das europäische Kartellrechtsverbot, da sich das OLG Düsseldorf hierauf beruft, so dass auf Ausführungen zum nationalen Kartellverbot nach § 1 GWB verzichtet wird.
- 5 Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 12. Auflage 2014, Art. 101 AEUV, Rn. 21; EuGH, Urteil vom 19.01.1994, Az.: C-364/92, SLG. 1994, I-43, 60 ff. – „SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol“.
- 6 Bechthold, GWB-Kommentar, Rn. 12 zu § 1.
- 7 EuGH, Urteil vom 19.02.2001, Az. C-309/99, Rn. 59.
- 8 EuGH, Urteil vom 16.07.2014, Az. T-309/12, Rn. 56.
- 9 EuGH, Urteil vom 19.01.1994, SLG. 1994, I-43, Rn. 18 – „SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol“.
- 10 Bechthold, aaO., Rn. 10 zu § 1.
- 11 EuGH, aaO., Urteil „SAT-Fluggesellschaft/Eurocontrol“.
- 12 EuGH, Urteil vom 18.03.1997, Az. C-343/95 – „Diego Cali & Figli“.
- 13 OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.02.2012, Az. VI-U (Kart) 35/13 – juris.
- 14 BGH, Entscheidung vom 09.03.1999, Az. KVR 20/97 – juris.
- 15 BGH, Entscheidung vom 06.11.2013, Az. KZR 61/11 – juris.
- 16 BGH, Entscheidung vom 06.11.2013, aaO., Rn. 46 der Entscheidung – juris.
- 17 Hasel/Ott/Erb, PdK, D5 BW, S. 39 zu § 45 LWaldG.
- 18 BVerfG, Urteil vom 31.05.1990, NVwZ 1991, 53.
- 19 BKartA, Untersagungsverfügung vom 18.07.2015, S. 35.
- 20 Langen/Bunte, aaO., Rn. 20 zu Art. 101 AEUV.
- 21 ForstBW-Newsletter Nr. 8 vom 15.09.2016 – Organisationsmodelle und deren Bewertung durch das Bundeskartellamt.
- 22 Minister Peter Hauk, Südwestpresse vom 16.03.2017. ■