

Deregulierung in Forst- und Holzwirtschaft – eine ordnungspolitische Einordnung

Es kann der Eindruck entstehen: Vor lauter schwäbischen Rundhölzern sieht man den Wald nicht mehr. In der Tat handelt es sich um eine komplexe Materie. Gleiches gilt für den Ablauf des Verfahrens. Es begann nach einer Beschwerde aus der Sägeindustrie bereits vor dreizehn Jahren. Zwischenzeitlich war es im Dezember 2008 zu einer Verpflichtungsentscheidung der Kartellbehörde nach § 32 b GWB gekommen. Sie sollte mit einem Beschlussentwurf vom Dezember 2014 durch eine neue Verpflichtungsentscheidung ersetzt werden. Der wettbewerbliche Kern dieser Neuregelung lag darin, dass das Land nicht mehr den Holzverkauf von Betrieben bündelt, die ihrerseits über eine Waldfläche von mehr als 100 ha verfügen. Am 26.01.2015 hat das Land Baden-Württemberg sein ursprüngliches Einverständnis mit dieser neuen Verpflichtungsentscheidung widerrufen. Die Kartellbehörde habe sich fast nicht bewegt. Der Ausstiegsklausel in der Entscheidung für den Fall, dass es zu einer Änderung des Bundeswaldgesetzes komme, spreche das Amt jede Bedeutung ab.

Damit ist das Verfahren wieder offen. Es wird wohl zu einer Untersagungsentscheidung durch die Kartellbehörde kommen.

I. Aufgreifermessen

Man kann die Frage stellen, ob die Kartellbehörde im Jahr 2015 nichts Besseres zu tun hat, als im Dickicht schwäbischer Holzarten herumzustöbern. Das Amt verfügt hier über Aufgreifermessen. Es hat davon korrekt Gebrauch gemacht.

- Es handelt sich nicht um einen Bagatellfall. Der vom Land durchgeführte gemeinsame Verkauf (eigenes Holz aus dem Staatswald und gebündelter Verkauf für andere Waldbesitzer) generiert Erlöse von rund 500 Mio. € / Jahr. Das entspricht einem Marktanteil in Baden-Württemberg von 55-65 %.
- Der gemeinsame Verkauf führt zur Gleichschaltung der Preise unter Abnabelung der Unterlieferanten vom Markt. Es ist eine besonders massive Form einer horizontalen Wettbewerbsbeschränkung. Es handelt sich um ein klassisches Syndikat, wie im berühmten Urfall des Sächsischen Holzstoffkartells aus dem Jahre 1897.
- Die Kartellbehörde beschränkt sich nicht auf Routinefälle. Um den Anwendungsbereich des GWB – gerichtsfest – auszuloten, greift es Grenzfälle auf. Im vorliegenden Sachverhalt trifft dieser Gedanke für die Implikation walddpolitischer Zielsetzungen zu.

II. Verschiedene normative Gemengelagen

Verschiedene normative Gemengelagen prägen den Fall.

1. Hoheitlich/unternehmerisches Handeln

Die erste betrifft das Verhältnis von hoheitlichem und unternehmerischem Handeln. Das Kartellverbot richtet sich ausschließlich gegen unternehmerisches Handeln, das wäre hier die gemeinsame Vermarktung von Rundhölzern durch die Landesforstbetriebe. Dem sind forstliche Betreuungstätigkeiten nach dem Landeswaldgesetz vorgelagert, die hoheitlich ausgestaltet sein können. In Durchführung der gebündelten Holzvermarktung schließt das Land Baden-Württemberg privatrechtliche Holzverkaufsverträge mit Sägewerken auf der einen Seite und Betreuungsverträge mit Waldbesitzern auf der anderen Seite. Letztere räumen dem Land entsprechende Vollmachten zu Vertragschlüssen ein. Die Verkaufsverträge selbst kommen zwischen den Waldbesitzern und dem jeweiligen Vertragspartner zustande. Das ist wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des deutschen und des europäischen Kartellrechts. Einzelne Vorbereitungshandlungen, die hoheitlicher Art sein mögen, wie z. B. vielleicht die Aufstellung des periodischen Betriebsplanes, sind abtrennbar. Die Verkaufsverträge bilden keine untrennbare Einheit mit einer hier als hoheitlich unterstellten Vorbereitungshandlung. Nach deutschem Recht würde selbst eine Annahme hoheitlicher Leistungsbeziehungen im Innenverhältnis von Land und Abnehmern an der Qualifizierung des Landes als Unternehmen nichts ändern, wenn gleichzeitig wettbewerbliche Beziehungen zu Dritten, zu Konkurrenten des Landes bei der Vermarktung des Holzes entstehen. So liegt es hier. Die erste Gemengelage löst sich dahin auf, dass die Verkaufstätigkeit des Landes als unternehmerisches Handeln einzustufen ist.

2. Deutsches/europäisches Wettbewerbsrecht

Eine zweite Gemengelage betrifft das Verhältnis von (nur) deutschem Kartellrecht und europäischem Kartellrecht. § 1 GWB und Art. 101 AEUV sind mate-

riell mittlerweile weitgehend deckungsgleich. Das Bundeskartellamt hat seine Entscheidung denn auch zweispurig begründet, zum einen gestützt auf § 1 GWB, zum anderen in Anwendung der europäischen Wettbewerbsregeln. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 AEUV (Eignung der Wettbewerbsbeschränkung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels) macht dabei keinen wirklichen Unterschied, da sie in jahrzehntelanger Praxis extrem weit ausgelegt wird. Ein Syndikat, das flächendeckend ein Bundesland von der Größe Baden-Württembergs abdeckt, ist immer geeignet, sich potenziell (das genügt) auf den zwischenstaatlichen Handel auszuwirken.

Die Frage ist praktisch. Es gibt politische Bemühungen, § 46 Bundeswaldgesetz zu einer umfassenden Bereichsausnahme vom Verbot des § 1 GWB fortzuentwickeln. Anlass für eine solche Initiative des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft ist gerade das Verfahren, welches das Bundeskartellamt gegen die Rundholzbündelung des Landes Baden-Württemberg führt. In dem Beschlussentwurf vom Dezember 2014 zu einer neuen Verpflichtungszusage des Landes nach § 32 GWB fand sich der Vorbehalt, „auf spätere Gesetzesänderungen ... reagieren zu dürfen, soweit dies mit EU-Recht vereinbar ist.“ Ein solches Gesetz könnte nur der halben Entscheidung des Bundeskartellamtes den Boden entziehen. Soweit sie auf EG-Recht gestützt ist, bleibt sie von dieser Initiative zur Gänze unberührt.

3. Kartellrecht/spezielle Regulierung

Dies leitet zu einer weiteren Gemengelage über, nämlich dem Verhältnis von spezieller Regulierung und allgemeinem Kartellrecht. Das GWB wird in Sonntagsreden zwar gerne als Grundgesetz der Wirtschaft vorgestellt, in der Hierarchie der Normen ist es freilich nur ein einfaches Bundesgesetz. Es kann jederzeit im Rahmen eines anderen einfachen Bundesgesetzes geändert werden

(nicht dagegen durch Landesgesetz). Insofern entspricht es politischer Logik, dass man eine Änderung des § 46 Bundeswaldgesetz erwägt, wenn einem die Rechtsanwendung des Bundeskartellamtes nicht passt. Dies haben die Bundesländer erfolgreich bei der kommunalen Wasserversorgung vorgeführt. Das GWB ist an sich kein zustimmungspflichtiges Gesetz. Da es in der 8. Novelle freilich zustimmungspflichtige Verfahrensregeln enthielt, wurde die Novelle insgesamt zu einem Gesetz, welches der Zustimmung der Länder bedurfte. Sie hätten die 8. Novelle platzen lassen, wenn der Bund in den §§ 31 ff GWB neu die überkommene Struktur kommunaler Monopole bei der öffentlichen Versorgung mit Wasser nicht abgesegnet hätte. Es bleibt zweifelhaft, ob dieses Muster eine Bereichsausnahme für forstwirtschaftliche Dienstleistungen in einem neu gefassten § 46 Bundeswaldgesetz tragen könnte. Dies setzt zweierlei voraus:

Die für ihre Kommunen handelnden Bundesländer müssten über entsprechende Druckmittel verfügen. Beim Wasser war dies die glaubwürdige Drohung, die 8. GWB-Novelle insgesamt scheitern zu lassen. Bei einer Änderung des Bundeswaldgesetzes fehlt es an einem vergleichbaren Druckmittel. Man muss freilich sehen, dass es in den nächsten Jahren, mit dem Ablauf des Solidaritätszuschlags zusammenhängend, insgesamt zu einer Neuordnung der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern kommen wird. Hier gibt es auf allen Seiten üppiges Erpressungspotenzial. Daran würde eine solche Strategie nicht scheitern.

Zweite Voraussetzung ist, dass die Länder hier eine Einheitsfront bilden können. Dies ist unsicher. In den Bundesländern Schleswig-Holstein, Niedersachsen und Bayern gibt es keine gemeinsame Rundholzvermarktung. Gleichwohl lassen sich dort die vielfältigen Waldfunktionen ohne entsprechende Wettbewerbsbeschränkungen realisieren. Das wettbewerbskonforme Alternativmodell liegt sozusagen vor der Haustür. Bedeutsam ist dabei namentlich Bay-

ern. Dies ist ein walddreicher, großer Flächenstaat mit dem Land als größtem Waldbesitzer. Das gilt, obwohl man in Bayern seit dem gescheiterten Höcherlentswurf zu einem GWB aus dem Jahre 1955 traditionell keine wettbewerbsorientierte Wirtschaftspolitik verfolgt, sondern eher etatistische Regulierungskonzepte hochhält. Beim Wasser war es gelungen, die Elite deutscher Sachkenner, von Baumschützern über Gewerkschaftssekretäre bis hin zu Landesbischöfen – vielleicht waren auch verwirrte Professoren dabei –, auf die Strasse zu bringen. Bei der Vermarktung von Holz ließe sich immerhin der Mythos des deutschen Waldes beschwören. Solche Bemühungen müssen im Ergebnis scheitern. Denn dadurch lässt sich Art. 101 AEUV nicht ändern. Bei der Wasserversorgung ist dies - jedenfalls in der Tendenz – etwas anders. Hier bewegt man sich auf dem schwankenden Boden des service public, der Daseinsvorsorge. Überdies gibt es hier seit dem Jahre 2000 eine EU-Wasserrahmen-Richtlinie. Sie basiert auf einem Postulat kostendeckender Preise, nicht auf einem Vorrang wettbewerblicher Preisbildung. Wenn man legislativ etwas ändern will, so ist § 46 Bundeswaldgesetz nicht die richtige Stelle. Dazu müsste man den EG-Gesetzgeber zur Verabschiedung einer einschlägigen EU-Waldrahmen-Richtlinie bewegen. Das ist leicht gesagt und schwer getan.

4. Wettbewerbsschutz/andere Effizienzziele

Dies führt zu einer letzten Gemengelage, dem Verhältnis von Wettbewerbsschutz und dem Verfolgen sonstiger Effizienzziele. Die Problematik ist innerhalb der kartellrechtlichen Regelungen angesiedelt. Wettbewerbsschutz ist in einer auf Handlungsfreiheiten basierenden Rechts- und Wirtschaftsordnung sehr viel, aber nicht alles. § 2 GWB und inhaltsgleich Art. 101 Abs. 3 AEUV kennen Freistellungsmöglichkeiten vom Kartellverbot. Die Voraussetzungen dafür sind überaus eng. Namentlich müssen die den Unternehmen auferleg-

ten Wettbewerbsbeschränkungen „unerlässlich“ für die Verwirklichung der Effizienzziele sein. Daran scheitern in aller Regel einschlägige Bemühungen. So liegt es auch hier. Die gemeinsame Vermarktung von Rundholz durch die Landesforstbetriebe ist nicht unerlässlich, wirtschaftliche Effizienzziele wie Rationalisierungsvorteile und ähnliches zu erreichen. Das belegen die wettbewerblichen Alternativmodelle, die – wie erwähnt – vor der Haustür liegen. Darüber hinausgehende Anliegen öffentlichen Interesses wie Schutz der Natur, Erholungsfunktion des Waldes und ähnliches sind innerhalb einer kartellrechtlichen Prüfung ohnehin nicht berücksichtigungsfähig. Diese bleibt auf Gesichtspunkte wirtschaftlicher Effizienz begrenzt. Überdies werden diese Aufgaben dadurch erfüllt, dass dem Waldbesitzer durch das Landeswaldgesetz konkrete Verpflichtungen auferlegt werden, die er innerhalb der nachhaltigen Bewirtschaftung seines Waldes zu beachten hat. Eines vom Land Baden-Württemberg angeführten Verkaufssyndikats bedarf es auch dazu nicht.

Schaut man zum Schluss in die Runde, so lässt sich sicher zutreffend sagen, wir sind doch alle gutmeinende Wirtschaftsakteure und Beamte. Was hat da eine Kartellbehörde zu suchen? Darauf hat bereits Franz Böhm, der Mitbegründer der Freiburger Schule der Wettbewerbspolitik, geantwortet: Öffentlichrechtliche Monopolisten unterscheiden sich von privaten nur dadurch, dass sie obendrein ein gutes Gewissen haben.