

ZK 13 560, publiziert August 2015

Entscheid der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern

vom 27. August 2014

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Bähler und Oberrichter Kiener
Gerichtsschreiberin Peng

Verfahrensbeteiligte

A.

Klägerin 1/Berufungsklägerin 1

B.

Klägerin 2/Berufungsklägerin 2

beide vertreten durch Rechtsanwältin X.

gegen

A. _____

vertreten durch Rechtsanwalt LL.M. Y.
Beklagter/Berufungsbeklagter

Gegenstand

Forderung

Berufung gegen den Entscheid des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 3. September 2013 (CIV 11 7046)

Regeste:

- Art. 15 Abs. 1 KG; Art. 3 Abs. 1 KG; Art. 5 KG; Art. 8 Abs. 1 LwG; Art. 2 Abs. 2 StGB; Art. 163 Abs. 3 OR
- *Pflicht der Gerichte, ein Gutachten bei der WEKO einzuholen, wenn in einem zivilrechtlichen Verfahren die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht. Liegt bereits ein Gutachten der WEKO aus einem anderen Verfahren vor, muss kein weiteres Gutachten eingeholt werden.*

- *Keine Verletzung des Kartellgesetzes durch die Mengensteuerung der Sortenorganisation „A._____“. Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auf eine Mengensteuerung im Käsemarkt bzw. Relativierung des Kartellgesetzes durch das Landwirtschaftsgesetz. Abgrenzung des massgebenden Marktes für Emmentaler AOC.*
- *Mengensteuerungen sind zeitgesetzliche Regelungen, weshalb die lex mitior keine Anwendung findet.*
- *Herabsetzung der Konventionalstrafe. Grundsätze und Umstände, die bei der Beurteilung der Frage, ob die Strafe wegen Übermässigkeit herabzusetzen sei, zu beachten sind. Bedeutung der Schwere des Verstosses.*

Auszug aus den Erwägungen:

(...)

III. Sachverhalt, Erwägungen der Vorinstanz und oberinstanzliche Parteivorbringen

1. Sachverhalt

- 1.1 Der nachfolgend dargestellte rechtserhebliche Sachverhalt ist unbestritten und ergibt sich aus den eingereichten Rechtsschriften und Unterlagen sowie den vor der Vorinstanz durchgeführten Parteibefragungen. Soweit die Berufungsklägerinnen geltend machen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig und unvollständig wiedergegeben habe, ist im Rahmen der rechtlichen Würdigung auf die einzelnen Rügen einzugehen.
- 1.2 Der Berufungsbeklagte ist eine Branchenorganisation im Sinne von Art. 8 des Bundesgesetzes über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1). Er „bezweckt, den Emmentaler AOC als traditionelle Schweizer Käsespezialität zu erhalten und fördert die wirtschaftliche und qualitativ hochstehende Herstellung und Reifung sowie den Verkauf“ (Art. 2 Abs. 1 der Statuten in der Fassung vom 18. April 2008, Klagebeilage [KB] 4). Der Berufungsbeklagte koordiniert zu diesem Zweck die Produktions- und Verkaufsmengen sowie die Verkaufs- und Preispolitik bis und mit Reifung (Art. 2 Abs. 3 der Statuten). Als Mitglieder in diesem Verein zusammengeschlossen sind Milchproduzenten, Käsehersteller sowie Reifungs- und Handelsunternehmen (Art. 3 der Statuten). Oberstes Organ des Berufungsbeklagten bildet die Mitgliederversammlung (Art. 8 der Statuten). Daneben verfügt der Berufungsbeklagte über die Delegiertenversammlung, den Vorstand, die Geschäftsstelle und die Revisionsstelle als Organe (Art. 7 der Statuten).
- 1.3 In den ersten Jahren nach der Gründung des Berufungsbeklagten im Jahr 1997 kontrollierte dieser die Produktionsmenge an Emmentaler Käse. Im Frühjahr 2001 wurde die Mengensteuerung aufgehoben. Damals brach der Preis für Emmentaler Käse im Ausland ein und viele Emmentaler Käsereien schlossen ihren Betrieb (vgl. KAB 5). Im Jahr 2006 wurde die Mengensteuerung wieder eingeführt (KAB 6). Dieses Instrument blieb allerdings innerhalb des Vereins immer kontrovers, insbesondere weil die Händler ihren Umsatz gern erhöht hätten. Im Jahr 2011 wurde die Mengenbindung (nach einer Anzeige an die Wettbewerbskommission [abgekürzt: WEKO], KAB 36) wieder abgeschafft (KB 12), jedoch im Jahr 2012 erneut eingeführt. Auf Gesuch hin erklärte der

Bundesrat im Jahr 2013 die Mengensteuerung auch für Nichtmitglieder als verbindlich (vgl. BAB 3).

- 1.4 Um die Vereinszwecke zu erreichen, erlässt der Vorstand Reglemente, insbesondere zur Mengensteuerung, Qualität, zu den Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie zur Finanzierung (Art. 16 lit. d der Statuten in der Fassung vom 18. April 2008, KB 4). Das Reglement A. _____ (nachfolgend: Reglement) regelt denn auch die Mengensteuerung. Durch jährlichen Beschluss der Delegiertenversammlung werden im Anhang 1 jeweils Einzelheiten zur Mengensteuerung festgehalten. Am 20. April 2007 beschloss die Delegiertenversammlung eine verbindliche Mengenregelung für die Produktion ab dem 1. Mai 2007 (KAB 8, Anhang 1). Weiter beschloss der Vorstand am 29. Oktober 2008, allfällige Überproduktionen im Produktionsjahr 2007/2008 mit CHF 2.00/kg zu sanktionieren. Dieser Beschluss wurde den Mitgliedern im Vereinspublikationsorgan „ES-Press“, Ausgabe 6/08 vom November 2008, mitgeteilt (KB 38).

- 1.5 Zum weiteren Verlauf kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (E. 19 ff. des angefochtenen Entscheids, pag. 4 ff.):

„Die Klägerin 2 bzw. vor ihr die Einzelfirma C. (...) verzeichneten in den Produktionsjahren 2007/2008, 2008/2009 und 2009/2010 Qualitätsprobleme. Von diesen Problemen waren jeweils nicht alle und nicht die ganzen Käselaike betroffen (Klage, pag. 27 ff.). Die Qualitätsprobleme (Nachgärungsprobleme) kamen angeblich erst bei der Verarbeitung und Verpackung der Käselaike durch die Klägerin 1, nach deren Übernahme durch die Klägerin 1 und der Taxation durch die Kontrollkommission zum Vorschein (Klage, pag. 27).“ (E. 19)

„In der Folge schnitt die Klägerin 1 die betroffenen Teile, welche die Anforderungen des Pflichtenhefts für Tafelkäse nicht erfüllten, ab und führte diese Stücke in die Schmelzkäseproduktion (Klage, pag. 29). Es handelte sich dabei um sog. Käse der Klasse 2 (Parteibefragung C., pag. 287 Rz. 11). Diejenigen Teile der Chargen, welche die qualitativen Anforderungen für Ware der Klasse 1 erfüllten, wurden verpackt und als Emmentaler AOC auf den Tafelkäsemarkt gebracht (Klage, pag. 29).“ (E. 20)

„Um die Verluste der Käsehändler zu kompensieren schrieb die Klägerin 1 die abgeschnittenen Mengen, welche die Kriterien für Ware der Klasse 1 nicht erfüllten und der Schmelzkäseproduktion zugeführt wurden, der Klägerin 2 in Form von sog. „Gutgewicht“ für den Folgemonat gut. Von der gesamten Käseproduktion der Klägerin 2 in der hier interessierenden **Periode Mai 2007 bis Oktober 2010** [Hervorhebung hinzugefügt] von total 1'584'926 kg schrieb die Klägerin 1 ihr insgesamt 166'500 kg (bzw. gemäss dem Beklagten 165'494 kg) wieder gut (Klage, pag. 27, 31; Klageantwort, pag. 129). Diese „Gutschrift“ führte dazu, dass die Klägerin 2 die entsprechende Menge Emmentaler AOC nachproduzieren konnte und auch nachproduziert hat (KAB 17-18; Parteibefragung C., pag. 287 Rz. 20). Gemäss Darstellung der Klägerin 1 war die Kompensation von Qualitätsmängeln mittels „Gutgewichten“ bei ihr während Jahrzehnten Usanz (Parteibefragung D., pag. 285 Rz. 16 f.). Die Klägerin 1 bezeichnet dieses Vorgehen als „branchenüblich“ (Klage, pag. 29; Parteibefragung D., pag. 281 Rz. 12 ff.) (...).“ (E. 21)

„In den Gewichtsmeldungen bei den Einkaufsdaten zuhanden des Beklagten hat die Klägerin 1 dabei nur die Käsemenge nach Abzug der qualitätsbedingten Schneideverluste gemeldet (KB 19).“ (E. 22)

„Mit Schreiben vom 28.04.2011 hat die zur Überwachung des Pflichtenhefts zuständige Interkantonale Zertifizierungsstelle OiC das Vorgehen der Klägerinnen (...) als schwerwiegende Nicht-Konformität qualifiziert (KB 39).“ (E. 31)

(...)

IV. Rechtliches

(...)

2. Formelles zur Verletzung des Kartellgesetzes

2.1 Die Berufungsklägerinnen machen eine Verletzung des KG geltend. Hierzu sind zunächst einige formelle Bemerkungen zum vom Beklagten eingereichten Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 (BAB 2) anzubringen.

2.2 Gemäss Art. 15 KG wird in einem zivilrechtlichen Verfahren, in welchem die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung in Frage steht, die Sache der WEKO zur Begutachtung vorgelegt. Dieser gesetzlichen Aufforderung kam die Vorinstanz nicht nach. Der Berufungsbeklagte reichte aber vor oberer Instanz als Beilage 2 ein Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 (unterzeichnet vom Präsidenten und vom Direktor) aus einem vor erster Instanz hängigen Parallelverfahren ein. Es geht im Parallelverfahren um die Zulässigkeit der Mengensteuerung durch den Beklagten im Zeitraum Oktober 2010 bis Januar 2011. Da im vorliegenden Verfahren die Zulässigkeit der Mengensteuerung im Zeitraum Mai 2007 bis Oktober 2010 zu beurteilen ist, äussert sich das Gutachten der WEKO teilweise auch zum hier interessierenden Zeitabschnitt.

2.3 Wenn es um die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung geht, statuiert Art. 15 Abs. 1 KG für die Gerichte die Pflicht, ein Gutachten einzuholen (RETO JACOBS/GION GIGER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2010, Art. 15 N. 5). Dies gilt zumindest dann, wenn die Beantwortung der Fragen für den Prozessausgang von Bedeutung ist (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 15). Dem Zivilgericht kommt bei der Beurteilung der Frage, ob im konkreten Fall die Zulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. Art. 15 Abs. 1 KG in Frage steht, ein gewisses Ermessen zu. Wenn das Gericht zum Schluss kommt, dass in Bezug auf die kartellrechtliche Zulässigkeit keine Unsicherheit bestehe, kann auf die Einholung eines Gutachtens verzichtet werden (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 16). Die Vorschrift von Art. 15 Abs. 1 KG ist von Amtes wegen anzuwenden. Ein Antrag der Parteien ist weder nötig noch hinreichend (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 17). Da die WEKO keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vornimmt, kann das Gutachten erst eingeholt werden, nachdem im zivilrechtlichen Verfahren der relevante Sachverhalt ermittelt worden ist (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 18). Zusammen mit dem Sachverhalt legt das Gericht Fragen vor, die mit dem Gutachten beantwortet werden sollen (Grundsätze zu Gutachten nach Art. 15 Abs. 1 Kartellgesetz, RPW 1998, S. 621). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt vom Zivilgericht, dass es den Parteien vorgängig die Möglichkeit gibt, sich zu dem der WEKO zu übermittelnden Sachverhalt und den an die WEKO gerichteten Fragen zu äussern (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 20). Nach Eintreffen des Gutachtens müssen die Parteien ebenfalls zum Gutachten der WEKO Stellung nehmen können, bevor das Zivilgericht entscheidet (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 26). Das Zivilgericht ist an das Gutachten nicht gebunden, sondern hat es pflichtgemäss zu würdigen (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 27 f.). Falls das Zivilgericht kein Gutachten einholt, obwohl dies geboten wäre, so stellt dies eine Verletzung von Bundesrecht dar,

die in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren geltend gemacht werden kann (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 25).

- 2.4 Kommt das Zivilgericht zum Schluss, es liege eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vor, so können die Parteien den Bundesrat darum ersuchen, zu entscheiden, ob diese Wettbewerbsbeschränkung zur Verwirklichung überwiegender öffentlicher Interessen notwendig ist (vgl. Art. 15 Abs. 2 KG). Falls das Gericht zur Ansicht gelangt, dass die Wettbewerbsbeschränkung unzulässig ist, so fällt es zweckmässigerweise einen Zwischenentscheid und setzt den Parteien eine Frist, um den Bundesrat anzurufen (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 35). Der Entscheid des Bundesrates ist für das Zivilgericht bindend (JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 39). Im vorliegenden Fall ist nicht ganz klar, ob der Beklagte überwiegende öffentliche Interessen geltend macht, da er die Meinung vertritt, Art. 8 LwG – im öffentlichen Interesse erlassen – genüge bereits als Einschränkung des KG (vgl. pag. 617 f.).
- 2.5 Beim vom Berufungsbeklagten eingereichten Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 handelt es sich nicht um ein Privatgutachten, da das Gutachten nicht im Auftrag einer Partei, sondern im Auftrag vom Regionalgericht Bern-Mittelland in einem Parallelverfahren ausgeführt worden ist (vgl. SVEN RÜETSCHI, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, 2012, Art. 183 N. 34). Es spielt keine Rolle, dass es vom Berufungsbeklagten in den Prozess eingeführt worden ist. Massgebend ist alleine, dass es von einem Gericht und nicht von einer Partei eingeholt worden ist (vgl. BGE 140 III 24 E. 3.3.1.3 S. 27 betreffend MEDAS-Gutachten). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich die Meinung des Berufungsbeklagten nicht vollständig mit derjenigen der WEKO deckt. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob in Bezug auf Art. 8 Abs. 1 LwG pauschal von einer vorbehaltenen Vorschrift von der Anwendbarkeit des KG ausgegangen werden kann oder ob eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen ist (vgl. pag. 617 und BAB 2, Rz. 26 ff.).

Das Gutachten der WEKO vom 22. April 2012 kann somit auch im konkreten Verfahren als Rechtsgutachten gelten, wenn es dieselben Fragen abhandelt, die auch im vorliegenden Fall zu stellen gewesen wären. Dies trifft streckenweise zu, da es in beiden Verfahren im Kern um die Zulässigkeit der Mengenbesteuerung durch den Berufungsbeklagten geht. Im vorliegenden Verfahren stellen sich insbesondere folgende Fragen:

- Ist der Berufungsbeklagte (der selber nicht wirtschaftlich tätig ist) ein Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG?
- Fällt das Reglement grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des KG?
- Bietet Art. 8 Abs. 1 LwG eine genügende Grundlage, um die Mengensteuerung im Sinne eines Vorbehalts gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG von der Anwendbarkeit des KG auszunehmen?
- Wie ist der für schweizerischen Grosslochkäse der Sorte Emmentaler relevante Markt sachlich und örtlich abzugrenzen?
- Mit welcher Intensität beschränken das Reglement und die darin enthaltene Mengensteuerung den Wettbewerb (vgl. Art. 5 KG)?

Einige dieser Fragen werden im eingereichten WEKO-Gutachten vom April 2013 beantwortet. Dazu gehören beispielsweise die Qualifikation des Berufungsbeklagten als Unternehmen i.S.v. Art. 2 KG sowie die Qualifikation von Art. 8 Abs. 1 LwG im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 lit. a KG. Andere Fragen wurden nicht behandelt. Offen ist beispielsweise, mit welcher Intensität die Mengensteuerung den Wettbewerb in den Jahren 2007–2009 beschränkt hat, da es im Parallelverfahren nur um das Jahr 2010 geht.

2.6 Es stellt sich die Frage, ob die obere Instanz verpflichtet ist, bei der WEKO noch ein Gutachten für den konkreten Fall einzuholen, da dies im erstinstanzlichen Verfahren unterlassen worden ist. Da die entscheidenden Fragen bereits im WEKO-Gutachten vom April 2013 beantwortet worden sind, sind durch die Einholung eines Gutachtens für den konkreten Fall keine relevanten neuen Erkenntnisse zu erwarten. Die offenen Fragen, wie z.B. wie hoch der Anteil von Emmentaler AOC im relevanten Markt in den Jahren 2007–2009 war, kann das Gericht in der gleichen Vorgehensweise behandeln, wie dies die WEKO in ihrem Gutachten vom April 2013 gemacht hat. Es handelt sich dabei um Fragen, deren Antworten auf der Hand liegen. Für das Obergericht besteht deshalb keine objektive Unsicherheit betreffend die Zulässigkeit bzw. die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung, weshalb keine Pflicht besteht, bei der WEKO ein Gutachten einzuholen (vgl. JACOBS/GIGER, a.a.O., Art. 15 N. 13).

2.7 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich das Gericht mit dem WEKO-Gutachten vom 22. April 2013 auseinandersetzt und kein Ergänzungsgutachten bei der WEKO einholt. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Parteien sich in der Zwischenzeit beide zum WEKO-Gutachten vom April 2013 geäußert haben (vgl. vorstehende E. III/5).

3. Materielle Vorbemerkungen zur Verletzung des Kartellgesetzes

3.1 Die WEKO hatte in der Vergangenheit bereits mehrmals die Verhaltensweisen des Berufungsbeklagten zu beurteilen. Dabei kam das Sekretariat der WEKO im Rahmen einer Vorabklärung am 7. Juni 2002 zum Schluss, dass der Verein gestützt auf das LwG (Ausnahme nach Art. 3 KG) befugt sei, eine Mengensteuerung zu errichten. Anders sehe es in Bezug auf eine Preisbindung aus. Damit würde vermutlich eine Widerhandlung gegen das KG vorliegen. In der Folge verzichtete der Berufungsbeklagte darauf, Richtpreise in den Standardkäseverkauf aufzunehmen, weshalb das Verfahren abgeschrieben werden konnte (RPW 2002, S. 424 ff.).

3.2 Diese Schlussfolgerungen des Sekretariats werden von der WEKO im Gutachten vom 27. September 2004 bestätigt (KAB 35). Im Gutachten wird festgehalten, dass sich die vom Berufungsbeklagten zentral organisierte Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes nur dadurch verwirklichen lasse, dass den einzelnen Marktteilnehmern die zu produzierende Menge vorgeschrieben werde. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt habe, in diesem konkreten Bereich keinen Wettbewerb zuzulassen. Somit bestehe bezüglich der fix vorgeschriebenen Produktionsmenge ein Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 KG (Rz. 14). In den Richtpreisen erblickte die WEKO hingegen eine potentielle Verletzung des KG (Rz. 16).

3.3 Das Bundesgericht entschied in einem ebenfalls den Berufungsbeklagten betreffenden Fall über die Bezahlung von Produktebeiträgen im selben Sinne (Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2006 vom 20. April 2006):

„Vorbehalten sind nach Art. 3 Abs. 1 KG Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a). Vorschriften, die im Sinne dieser Bestimmung in einem bestimmten Wirtschaftssektor den Wettbewerb fast ganz ausschliessen, finden sich insbesondere im Landwirtschaftsrecht (**BGE 129 II 497** E. 3.3.1 S. 514 mit Hinweisen). Das Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1) enthält im 1. Kapitel über "Allgemeine wirtschaftliche Bestimmungen" insbesondere Bestimmungen über Qualität, Absatzförderung und Marktentlastung (Art. 8-13 LwG). Danach sind die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebots an die Erfordernisse des Marktes Sache der Organisationen der Produzenten und der entsprechenden Branchen (Art. 8 Abs. 1 LwG). Selbsthilfemassnahmen wie die Absatzförderung oder die Anpassung von Produktion oder Angebot betreffen wirtschaftlich grundlegende Elemente eines Marktes und sind daher grundsätzlich gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen (vgl. Weber, Einleitung S. 47, in von Büren/David [Hrsg.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2; Schmidhauser, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N 8 zu Art. 3 KG; Borer, Kartellgesetz, 2005, N 4 zu Art. 3 KG; Zäch, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, Rz 286 S. 134 f.; Carron, Commentaire Romand, N 30/31 zu Art. 3 Abs. 1 KG).“ (E. 2.1)

„Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls mit dem Handel (Art. 8 Abs. 2 LwG). Die Klägerin ist eine Branchenorganisation im Sinne von Art. 8 Abs. 2 LwG und daher zuständig für die Ergreifung von Selbsthilfemassnahmen, die insbesondere in der Förderung des Absatzes sowie in der Anpassung von Produktion und Angebot an die Erfordernisse des Marktes bestehen können. Soweit sich Selbsthilfemassnahmen der Klägerin auf Art. 8 Abs. 1 LwG stützen, findet das Kartellgesetz gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG keine Anwendung (so auch Vorabklärung der Wettbewerbskommission vom 7. Juni 2002, RPW 2002/3, S. 424/427).“ (E. 2.2)

3.4 Mit Schreiben vom 1. Juli 2011 teilte das Sekretariat der WEKO dem Berufungsbeklagten mit, dass seiner Auffassung nach Mengenbeschränkungen, die sowohl Emmentaler AOC als auch Emmentaler ähnliche Käse umfassen, kartellrechtlich problematisch seien (KAB 36).

3.5 In ihrem **Gutachten vom 22. April 2013** (BAB 2) kommt die **WEKO** zum Schluss, beim Berufungsbeklagten handle es sich, obwohl er selbst keiner wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehe, um ein Unternehmen im Sinne des KG. Der Berufungsbeklagte entscheide nämlich über die Produktionsmenge der Mitglieder und übe dadurch indirekt eine unternehmerische Tätigkeit aus (im Verfahren ZK 2009 195 durch das Obergericht des Kantons Bern durch blossen Verweis auf erstinstanzliches Urteil verneint). Weiter vertritt die WEKO in ihrem Gutachten die Ansicht, dass das Reglement des Berufungsbeklagten unter den Anwendungsbereich des KG falle. Es werde vom Vorstand, d.h. von Milchproduzenten, Käseherstellern und Händlern, beschlossen und stelle damit eine Vereinbarung zwischen mindestens zwei Unternehmen dar. Es spiele deshalb keine Rolle, ob der Berufungsbeklagte selbst ebenfalls als Unternehmen zu qualifizieren sei.

Art. 3 Abs. 1 KG regelt das Verhältnis des KG zu anderen Rechtsvorschriften. Gestützt auf diese Bestimmung sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen den Wettbewerb nicht zulassen. Dazu zählen insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (lit. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (lit. b). Die WEKO führt aus, das Bundesgericht habe teilweise den Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG sehr grosszügig bejaht (Urteil des Bundesgerichts 4C.57/2006 vom 20. April 2006), wolle jedoch andererseits Ausnahmen nur zurückhaltend annehmen (BGE 129 II 497 E. 3.3.3 S. 516). Die WEKO kommt nun im Gutachten vom April 2013 entgegen ihrer früheren Auffassung (vgl. vorstehende E. 3.2) zum Schluss, dass Art. 8 Abs. 1 LwG kaum unter Art. 3 Abs. 1 lit. a KG zu subsumieren sei. Ebenso wenig könne diese Bestimmung als Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b KG verstanden werden. Andererseits habe der Gesetzgeber in der Landwirtschaft die Planung von Produktion und Absatz in gewissen Fällen aber nicht vollumfänglich den kartellrechtlichen Bestimmungen unterstellen wollen. Hierfür habe er mit Art. 8 LwG eine sehr pauschale Formulierung gewählt, welche nicht in das Raster von Art. 3 Abs. 1 KG passe. Es bleibe deshalb nichts anderes übrig, als im Einzelfall zu prüfen, ob eine Mengenbeschränkung wenigstens noch ein gewisses Mass an Wettbewerb zulasse. Im Ergebnis prüft die WEKO somit, ob die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 KG angesichts der konkreten Marktlage umgestossen werden kann, und bejaht dies im vorliegenden Fall.

Art. 8 Abs. 1 LwG steht unter der Überschrift „Selbsthilfe“ und gibt Produzenten- und Branchenorganisationen die Möglichkeit, die Produktion und den Absatz auf die Erfordernisse des Marktes auszurichten. Darunter fallen, gemäss WEKO, auch Massnahmen zur Regelung der zu produzierenden Menge. In der Literatur werde darauf hingewiesen, dass Massnahmen von Branchenorganisationen zur Mengenbegrenzung und Qualitätskontrolle kartellrechtlich wohl nicht zu beanstanden seien, solange der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Käsesorten spiele. Der Anteil von Emmentaler AOC am in der Schweiz produzierten Hartkäse sei im Jahr 2010 bei ca. 39 % gelegen. Gestützt auf diesen (beschränkten) Marktanteil und angesichts des Preisdrucks aufgrund von Importen aus dem Ausland könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Mengenregelung des Berufungsbeklagten dazu führe, dass der Wettbewerb im Hartkäsemarkt gänzlich verhindert werde. Da ein gewisser Wettbewerb trotz der Mengensteuerung bestehen bleibe, könne diese vorliegend als vom Gesetzgeber tolerierte Selbsthilfemassnahme gemäss Art. 8 Abs. 1 LwG betrachtet werden. Sie gelte somit nicht als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 3 KG.

Zusammenfassend gelangt die WEKO zum Schluss, dass die Mengensteuerung des Berufungsbeklagten im konkreten Fall unter den Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG falle. Das Gericht hat sich nachfolgend mit dem Gutachten auseinanderzusetzen und dieses pflichtgemäss zu würdigen (vgl. vorstehende E. IV/2.4).

- 3.6 Unbestritten ist, dass das KG auf den Käsehandel und somit auch auf das Reglement des Berufungsbeklagten grundsätzlich anwendbar ist. Nachfolgend ist jedoch noch darüber zu entscheiden, inwiefern das KG durch das LwG relativiert wird und wie der relevante Markt definiert wird.

4. Relativierung des Kartellgesetzes durch das Landwirtschaftsgesetz

- 4.1 Art. 3 Abs. 1 KG (Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften) gilt seit dem 1. Februar 1996 unverändert. In der Botschaft zum KG vom 24. November 1994 steht Folgendes zu dieser Bestimmung (BBl 1995 I 539 ff.):

„223.11 Staatliche Markt- und Preisordnungen (Art 3 Abs. 1 Bst. a E)

Der Gesetzesentwurf anerkennt, dass staatliche Markt- oder Preisordnungen den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschliessen können. Paradebeispiel für einen sektoriellen Ausschluss des Wettbewerbs ist die Landwirtschaft. Es ist nicht Absicht des Kartellgesetzgebers, mit dem Erlass von Wettbewerbsvorschriften derartige staatliche Markt- oder Preisordnungen in Frage zu stellen. Sie sollen auch unter dem neuen Kartellgesetz vollumfänglich weiterbestehen können, vorausgesetzt, dass es bei ihrer Schaffung tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten. Soweit jedoch die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbles Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt, ist das Kartellgesetz anwendbar (gegebenenfalls unter Berücksichtigung des zusätzlichen Vorbehalts in Art. 3 Abs. 1 Bst. b E).

223.12 Unternehmen mit besonderen Rechten (Art 3 Abs. 1 Bst. b E)

Die Ersetzung des Wettbewerbs durch eine Markt- oder Preisordnung ist nicht die einzige Möglichkeit, wie der Gesetzgeber in das Wirtschaftsgeschehen eingreifen kann. Die Wirtschaftsverfassung des Bundes oder kantonale Wirtschaftsverfassungen können zur Verwirklichung von legitimen Gemeinwohlzielen auch weniger weitreichende, eher punktuell wirkende Mittel einsetzen, indem sie bestimmte Rechtsträger (Unternehmen des öffentlichen und des privaten Rechts) mit besonderen Rechten ausstatten. Das damit möglicherweise verbundene Abweichen vom Wettbewerbsprinzip soll wie bei der Markt- oder Preisordnung nicht durch die Vorschriften des Kartellgesetzes vereitelt werden. Der Gesetzesentwurf sieht deshalb auch für derartige punktuelle Abweichungen einen Vorbehalt vor, soweit es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, in diesem Bereich Wettbewerb nicht zuzulassen. Mit der Differenzierung in Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b E soll jedoch zum Ausdruck gebracht werden, dass eine gewollte punktuelle Abweichung nicht dazu führt, dass der betreffende wirtschaftliche Teilbereich insgesamt der Anwendung des Kartellgesetzes entzogen wird. In der Regel begründet ein besonderes Recht keine allgemeine Markt- oder Preisordnung. Entsprechende Unternehmen haben sich deshalb, soweit sie sich ausserhalb des Ausnahmebereichs bewegen, nach wettbewerbslichen Grundsätzen im Sinne des Kartellgesetzes zu verhalten.“

- 4.2 Das Bundesgericht argumentiert im Urteil 4C.57/2006 vom 20. April 2006, dass das LWG in Art. 8–13 Bestimmungen über Qualität, Absatzförderung und Marktentlastung enthalte. Selbsthilfemassnahmen wie die Absatzförderung oder die Anpassung von Produktion oder Angebot würden wirtschaftlich grundlegende Elemente eines Marktes betreffen. Also seien sie gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a KG vom Geltungsbereich des KG grundsätzlich ausgenommen (vgl. vorstehende E. IV/3.3).

Die WEKO vertritt demgegenüber im ihrem Gutachten vom 22. April 2013 (BAB 2) die Ansicht, dass Art. 8 Abs. 1 LWG keine Grundlage für den Vorbehalt nach Art. 3 Abs. 1 lit. a KG biete, da eine Mengenregelung nicht als umfassende Marktordnung im Sinne dieser Bestimmung gelte. Auch der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 lit. b KG sei durch das LWG nicht erfüllt, da mit der Landwirtschaftspolitik die Landwirtschaft auf den Markt ausgerichtet werden sollte. Deshalb stelle die Organisation des Marktes gerade keine öffentliche Aufgabe mehr dar (Rz. 38 f.).

- 4.3 Auch die neuere Lehre ist restriktiver als das Bundesgericht im Urteil 4C.57/2006 (vgl. PATRIK A. DUCREY, Marktmacht und schweizerische Landwirtschaft – Kartellrecht als Korrektiv?, Blätter für Agrarrecht 2008, S. 129; OLIVER SUTTER, Von der staatlichen Marktordnung zur privaten Absatzorganisation in der Landwirtschaft – Kartellrechtliche Aspekte, Blätter für Agrarrecht 2006, S. 116). Es lässt sich wohl tatsächlich nicht (mehr) argumentieren, dank Art. 8–13 LwG seien die entsprechenden Massnahmen dem KG generell entzogen, nachdem die Landwirtschaft allgemein und der Käsemarkt im Besonderen mit dem „neuen“ Landwirtschaftsgesetz 1996 dem freien Markt näher gebracht werden sollten (BBI 1996 IV 49). Nach Ansicht des Gerichts gilt, dass die Massnahmen nach LwG umgesetzt werden können müssen, dass dies aber so weit wie möglich in Übereinstimmung mit dem KG zu geschehen hat. Das Vorgehen der WEKO, welche im Einzelfall prüft, ob das KG verletzt wird, erscheint somit sachgerecht.
- 4.4 Der Gesetzgeber wollte im Bereich der Landwirtschaft eine gewisse „Selbsthilfe“ zulassen und nahm damit Wettbewerbseinschränkungen in einem gewissen Mass in Kauf. Dies entspricht auch der Absicht des KG, welches gemäss Botschaft in vom Marktversagen betroffenen Bereichen differenzierte Lösungen zulassen will (BBI 1995 I 537 ff.). Das LwG spricht davon, dass die Branchenorganisationen die Produktion und das Angebot „den Erfordernissen des Marktes“ anpassen können (Art. 8 Abs. 1 LwG). Darin liegt zwangsläufig eine Absprache, nämlich die Möglichkeit, den eigenen Mitgliedern Vorschriften zur Produktionsweise und zur Verkaufsmenge zu machen. Im internen Verhältnis erscheint diese Einschränkung des „internen Wettbewerbs“ ohne Weiteres als zulässig, da sie im Gesetz vorgesehen und für die Erreichung des gesetzlichen Zweckes nötig ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass auch der „externe Wettbewerb“ beschränkt werden darf. Grundsätzlich ist dies nicht der Fall, da die Konsumenten nicht infolge künstlicher Minderproduktion unter den hochgejagten Preisen leiden sollten. Im Interesse der Konsumenten liegt aber auch das längerfristige Überleben der Käsesorte „Emmentaler“. Wenn dafür eine Mengenbeschränkung (mit entsprechend höheren Preisen) strategisch nötig ist, so kann dies – vielleicht auch nur vorübergehend – in Kauf genommen werden, wenn das KG nicht verletzt wird. Das ist wohl auch die Logik, welche zum Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung von Mengenbeschränkungen durch den Bundesrat führte (Art. 9 LwG).
- 4.5 Die Berufungsklägerinnen berufen sich, soweit ersichtlich, nicht nur auf eine Einschränkung des Wettbewerbs von Dritten (Aussenwettbewerb), sondern auch auf die Erschwerung ihrer eigenen Position im Wettbewerb (Innenwettbewerb; zu den Begriffen vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Amstutz/Reinert [Hrsg.], Basler Kommentar, Kartellgesetz, 2009, Art. 5 N. 456 ff.). Durch die Regelungen des Berufungsbeklagten waren sie nicht nur qualitativen, sondern auch quantitativen Restriktionen unterworfen. Allerdings liegt es in der Natur der Sache, dass ein Reglement zur Förderung von Qualität und zur Aufrechterhaltung guter Preise den Mitgliedern gewisse Auflagen macht. Im Gegenzug profitieren diese im Markt von den Vorteilen der geschützten Ursprungsbezeichnung. Diese Vorteile lassen sich ohne Regelwerk nicht erzielen. Dass die Mengenbeschränkung keinen Sinn ergebe und damit eine reine Schikane darstelle, wird nicht behauptet, und ist auch nicht ersichtlich. Die Berufungsklägerinnen machen jedoch geltend, dass eine geschützte Ursprungsbezeichnung nicht mit

einer Mengensteuerung verbunden werden könne. Da aber die Art. 14–16 LwG eine Mengensteuerung nicht ausschliessen, ist nicht ersichtlich, inwiefern sie durch die Anwendung von Art. 8 LwG modifiziert würden. Die Mengenbeschränkung erscheint als geeignete Selbsthilfemassnahme im Rahmen des LwG. Nachfolgend ist deshalb nur noch zu prüfen, ob eine unzulässige Einschränkung des Aussenwettbewerbs vorliegt.

5. Definition des relevanten Marktes

- 5.1 Die Beeinträchtigung des Aussenwettbewerbs bezieht sich auf den „Markt“, wobei dieser im Einzelfall zu umreissen ist. Das Bundesgericht (BGE 139 II 316 E. 5.1 S. 318 f.) und die WEKO (BAB 2, Fn. 35) greifen auf die Definition der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 521.4) zurück. Gemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a VKU umfasst der sachlich relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden.
- 5.2 Der relevante Markt bemisst sich im vorliegenden Fall nicht einzig am Verkauf von Emmentaler, sondern allgemein von Hartkäse. Auch wenn Emmentaler teurer wird, sollte doch (Hart-)Käse als erschwingliches Nahrungsmittel für alle in den Regalen bleiben. Die Selbsthilfemassnahmen dürfen nicht dazu führen, dass Käse generell unerschwinglich wird, sondern für die Konsumenten müssen Ausweichmöglichkeiten bestehen bleiben. Dafür braucht es Konkurrenz. Dies stellt auch die Argumentationslinie der WEKO dar, welcher sich das Gericht anschliessen kann. Die Beschränkung auf Hartkäse ist sicherlich zweckmässig. Emmentaler fällt für den normalen Konsumenten und damit auch den Händler/Verteiler – hier die „Marktgegenseite“ – in die grosse Gruppe von Greyerzer, Bergkäse, Sbrinz, L’Etivaz etc. Neben einigen Dutzend in der Schweiz hergestellten Hartkäsesorten gibt es auch noch eine Reihe ausländischer Grosslochkäse (vgl. Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 [BAB 2], Rz. 48).
- 5.3 Der BGE 139 II 316 i.S. L’Etivaz verlangt keinen anderen Schluss. Dort ging es um einen Konkurrenten, welcher die (geschützte) Käsesorte L’Etivaz AOC herstellen wollte. Dafür war er zwingend auf die Reifungsanlage der Genossenschaft angewiesen, zu welcher ihm der Zugang verwehrt wurde. Das Bundesgericht musste klären, ob Art. 7 KG zum Tragen kam („Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen“). Vorab hatte das Bundesgericht deshalb zu prüfen, ob es sich beim Verband um ein marktbeherrschendes Unternehmen gemäss der Definition von Art. 4 Abs. 2 KG handelte. Hierfür musste es den dafür relevanten Markt definieren (E. 4 und 5). Der „sachliche Markt“ bezog sich hier also nicht auf die Konsumenten, sondern auf den Produzenten:

„Là où un concurrent se prétend illicitement empêché d’accéder à une appellation, le marché déterminant est nécessairement restreint à celui, réel ou supposé, de l’appellation en cause.“ (E. 5.5 S. 323)

Darum geht es vorliegend nicht. Den Berufungsklägerinnen steht es frei, in den Verein ein- und aus ihm auszutreten, wie sie dies auch getan haben. Dass sie sich aber als Mitglieder des Vereins dessen Vorgaben – den „Selbsthilfemassnahmen“ – unterziehen müssen, wurde bereits weiter oben dargelegt (vgl. vorstehende E. IV/4.4).

- 5.4 Gemäss dem Gutachten der WEKO vom 22. April 2013 (BAB 2, Rz. 56) lag der Anteil von Emmentaler AOC an in der Schweiz produzierten Hartkäse im Jahr 2010 bei knapp 40 %. Seit dem Jahr 2007 ist der Schweizer Käsemarkt auch für die EU geöffnet (BAB 2, Rz. 53), weshalb der Preisdruck aufgrund von Importen aus dem Ausland ebenfalls zu berücksichtigen ist. Die WEKO kam deshalb zum Schluss, dass die Mengensteuerung beim Emmentaler den Wettbewerb im Hartkäsemarkt nicht gänzlich verhindere und die aufgehobene staatliche Marktordnung nicht durch eine privatrechtliche ersetzt werde. Ein gewisser Wettbewerb bleibe trotz der Mengensteuerung bestehen, so dass sie eine zu tolerierende Selbsthilfemassnahme darstelle und nicht eine unzulässige Wettbewerbsabrede. Das Gericht schliesst sich dieser Auffassung an.
- 5.5 Da sich das Gutachten der WEKO nur zum Hartkäsemarkt im Jahr 2010 äussert, ist noch fraglich, wie die Wettbewerbsverhältnisse in den Jahren 2007–2009 aussahen. Gemäss der Milchstatistik Schweiz wurden im Jahr 2009 69'572 t Hartkäse produziert, wovon 25'723 t auf den Emmentaler AOC entfielen (37 % Marktanteil). Im Jahr 2008 wurden 72'809 t Hartkäse hergestellt, davon 28'831 t Emmentaler AOC (40 % Marktanteil). Schliesslich lag im Jahr 2007 der Marktanteil bei 41 %. Unter den 74'836 t Hartkäse befanden sich 30'772 t Emmentaler AOC (www.milchstatistik.ch > Statistiken > Käse-Markt: Produktion Käse). Somit waren die Wettbewerbsverhältnisse in den Jahren 2007–2009 nicht anders als im Jahr 2010. Dies wird im Übrigen auch von niemandem bestritten.

6. Fazit zur Verletzung des Kartellgesetzes

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die hier geprüfte Mengensteuerung des Berufungsbeklagten keine unzulässige Abrede im Sinne des KG darstellt. Es gab neben dem Emmentaler AOC in den Jahren 2007–2010 noch genügend (billigeren) Hartkäse in den Regalen.

(...)

10. Lex mitior

- 10.1 Gemäss der Vorinstanz (E. 72 des angefochtenen Entscheids, pag. 471) ist der Grundsatz der lex mitior im Vereinsrecht nicht eins zu eins anwendbar. Das obiter dictum des Bundesgerichts im Urteil 4A_456/2009 betreffe Dopingstrafen, damit verbundene Spielsperren und die Aberkennung von Preisen. Dieser Entscheid sei mit dem vorliegenden Fall nicht ohne Weiteres vergleichbar. Die Vorinstanz verneinte die Anwendbarkeit des Grundsatzes „mit Blick auf den in der vorliegenden Konstellation besonders ausgeprägten Grundsatz der Dispositionsfreiheit jedes Vereinsmitglieds bei der Frage, ob es dem Verein beitreten will oder nicht“.
- 10.2 Die Berufungsklägerinnen wiederholen in ihrer Berufungsschrift, dass im Zeitpunkt der fraglichen Beschlüsse das Mengenreglement bereits aufgehoben gewesen sei. In analoger Anwendung des strafrechtlichen Grundsatzes der lex mitior müsse eine Sanktionierung wegen angeblicher Verstösse deshalb entfallen.
- 10.3 Art. 2 Abs. 2 StGB statuiert eine bedingte Rückwirkung von Gesetzesänderungen zwischen Tat und Beurteilung, nämlich von solchen, welche für den Täter milder sind. Die

Rückwirkung des milderen Gesetzes (lex mitior) folgt dem Gedanken, dass jemand nicht mehr oder milder bestraft werden soll, wenn die Tat zufolge Änderung der Rechtsanschauung nicht mehr bzw. weniger strafwürdig erscheint (BGE 134 IV 82 E. 6.1 S. 87 mit Hinweis). Auf Zeitgesetze findet der Grundsatz der lex mitior deshalb keine Anwendung (BGE 116 IV 258 E. 4f S. 262 mit Hinweis). Bei Zeitgesetzen handelt es sich um Erlasse, die von vornherein nur für eine bestimmte Zeit erlassen werden oder die nach Inhalt und Zweck nur für die Dauer von Ausnahmeverhältnissen gelten wollen (BGE 116 IV 258 E. 4b S. 260 f.). Eine Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 StGB sollte jedoch auch für auf Dauer angelegte Gesetze bestehen, welche völlig wertneutral sind (BGE 89 IV 113 E. b S. 118). Zu solchen wertneutralen Regeln zählt z.B. ein Fahrverbot. Keine wertneutralen Regeln stellen beispielsweise Strafbestimmungen betreffend das Schutzalter und betreffend den Konsum von Cannabis dar.

- 10.4 Die Mengensteuerung bezieht sich naturgemäss auf eine bestimmte Zeitperiode. Die Steuerung – oder der Verzicht auf eine solche – kann sich immer nur auf eine konkrete Zeitspanne beziehen. Das Wohlverhalten resp. die Sanktionierung eines Fehlverhaltens muss sich ebenfalls auf dieses Zeitfenster beziehen. Deshalb ändert sich an der Regel resp. ihrer Sanktion nichts mehr, wenn in einer späteren Periode andere Regeln (z.B. höhere erlaubte Mengen oder gar Mengenfremgabe) gelten. Von einer geänderten Rechtsauffassung kann nicht die Rede sein, denn die grundsätzliche Sanktionswürdigkeit der Umgehungen bzw. Gefährdung der Mengensteuerung wird von der Änderung nicht berührt. Es liegt deshalb kein Anwendungsfall von Art. 2 Abs. 2 StGB vor, wenn in einer späteren Periode von einer Steuerung abgesehen wird. Eine lex mitior könnte nur vorliegen, wenn die Regel bzw. Strafbarkeit für die betreffende Periode rückwirkend aufgehoben worden wäre. Damit liegt bezüglich der Mengensteuerung eine zeitgesetzliche Regelung vor, weshalb Art. 2 Abs. 2 StGB hier keine Anwendung finden kann. Es kann damit offen gelassen werden, ob die strafrechtliche lex-mitior-Regel auf die vorliegenden Vereinsstrafen grundsätzlich analog anzuwenden wäre.

11. Herabsetzung der Konventionalstrafen und der Abgabe

- 11.1 Übermässig hohe, d.h. mit Blick auf das Interesse des Vereins unverhältnismässige Strafen können gemäss Art. 163 Abs. 3 OR gerichtlich herabgesetzt werden (HANS M. RIEMER, in: Meyer-Hayoz [Hrsg.], Berner Kommentar, Die Vereine, 1990, Art. 70 N. 230). Die Möglichkeit der richterlichen Herabsetzung einer Konventionalstrafe ist nur mit Zurückhaltung anzuwenden. Sie rechtfertigt sich nur, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Konventionalstrafe und dem Interesse des Gläubigers an der Erfüllung besteht (FELIX R. EHRAT, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Balser Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 5. Aufl., 2011, Art. 163 N. 10). Dies hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Dazu zählen insbesondere die Schwere des Verschuldens und des Verstosses, das Interesse an der Einhaltung des Verbots sowie die wirtschaftliche Lage der Beteiligten. Weiter sind allfällige Abhängigkeiten und die Geschäftserfahrung der Beteiligten zu berücksichtigen (BGE 114 II 264 E. 1a S. 264 f.; vgl. zu den Beurteilungskriterien auch EHRAT, a.a.O., Art. 163 N. 16 f.).
- 11.2 Angesichts des vier Jahre dauernden Regelverstosses, der systematischen Umgehung der Regeln sowie der beachtlichen Menge von 165 t falsch gemeldeten und nachproduzierten Käses sieht die Vorinstanz keinen Grund für eine Herabsetzung der Konven-

tionalstrafen. Zudem hätte die Berufungsklägerin 1, welche mit D. ein Vorstandsmitglied gestellt habe, über die Zielsetzungen des Berufungsbeklagten und die Funktionsweise der reglementarischen Steuerungs- und Kontrollmechanismen bestens orientiert sein müssen. Von der reglementswidrigen Praxis sei sie erst unter dem Eindruck des vom Berufungsbeklagten eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens abgekommen. Auch die Berufungsklägerin 2 lasse jegliche Einsicht in ihr Verhaltensunrecht vermissen. Es sei davon auszugehen, dass die Idee der Gutgewichtskompensation nicht von ihr gekommen sei. Weitere Umstände, welche die Konventionalstrafen als unverhältnismässig oder der wirtschaftlichen Situation der Berufungsklägerinnen nicht entsprechend erscheinen liessen, seien nicht substantiiert dargetan worden (E. 78 und 79 des angefochtenen Entscheids, pag. 473 ff.).

- 11.3 Die Berufungsklägerinnen machen geltend, ihnen könne kein Verschulden zur Last gelegt werden, weil sie das Mengenreglement nicht umgehen wollten, sondern wie in der Branche üblich vorgegangen seien. Der Berufungsklägerin 1 sei die Höchststrafe auferlegt worden, was diesem Umstand in keiner Weise Rechnung trage. Auch für die Berufungsklägerin 2 sei die Strafe überrissen und werde nicht begründet (pag. 563).
- 11.4 Der Berufungsbeklagte erinnert nochmals daran, dass der Regelverstoss sowohl hinsichtlich des Umfangs (fehlerhafte Gewichtsmeldungen von über 165 t Emmentaler AOC) wie auch der Dauer (vier Milchjahre) und der Konsequenzen (systematische Umgehung der Mengensteuerung) enorm und einzigartig gewesen sei. Beide Berufungsklägerinnen hätten mit Wissen und Willen gehandelt. Dabei wiege das Verschulden der Berufungsklägerin 1 besonders schwer, weil D. während dieser Zeit Vorstandsmitglied des Berufungsbeklagten gewesen sei und deshalb Vorbildfunktion inne gehabt habe. Die Berufungsklägerin 1 sei „spiritus rector“ der Regelwidrigkeiten gewesen und sei bis heute nicht einsichtig. Somit sei die Maximalstrafe richtig. Demgegenüber sei die Berufungsklägerin 2 eher Mitläuferin gewesen. Auch sie sei aber uneinsichtig.
- 11.5 Betreffend die verhängte Konventionalstrafe gegenüber der Berufungsklägerin 1 ging der Berufungsbeklagte in Übereinstimmung mit der OiC von einer schwerwiegenden Regelwidrigkeit aus. Die Berufungsklägerin 1 gibt zu, dass sie den Käsereien geraten habe, die Qualitätsmängel mit Gutgewichten zu kompensieren (vgl. Parteibefragung mit D., pag. 283 Rz. 9 f.). Mit anderen Worten hat die Berufungsklägerin 1 die Käsereien „mit ins Unglück gestürzt“. Sie war die Anstifterin für die Regelwidrigkeiten. Da die Berufungsklägerin 1 selbst einen Vertreter im Vorstand des Berufungsbeklagten stellte, musste sie genau wissen, was sie tat. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie vorsätzlich handelte. Die Berufungsklägerin 1 lässt jede Einsicht in ihr Verhaltensunrecht vermissen. Ausserdem sind der Umfang und die Dauer des Verstosses beachtlich und offenbar einmalig in der Branche. Weiter ist zu berücksichtigen, dass bei der Berufungsklägerin 1 der finanzielle Vorteil nicht abgeschöpft worden ist. Andererseits ist aber auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich bei der Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 um die Maximalstrafe handelt. Es sind jedoch auch noch schlimmere Verstösse denkbar als jene, welche von der Berufungsklägerin 1 begangen worden sind. So hätte sie z.B. falsche Meldungen vornehmen können, ohne dass sie Qualitätsmangel der Käsereien kompensieren wollte. Deshalb rechtfertigt es sich im vorlie-

genden Fall nicht, die Maximalstrafe auszusprechen. Die Konventionalstrafe der Berufungsklägerin 1 ist von CHF 100'000.00 auf CHF 75'000.00 herabzusetzen.

- 11.6 Im Vergleich zum Verschulden der Berufungsklägerin 1 erscheint dasjenige der Berufungsklägerin 2 als geringer. Das Gericht hält es für erstellt, dass die Idee für die Gutgewichtskompensation nicht von der Berufungsklägerin 2 kam. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der finanzielle Vorteil bei der Berufungsklägerin 2 abgeschöpft worden ist, was ebenfalls nicht für eine zu hohe Konventionalstrafe spricht. Die ausserreglementarische Nachproduktion von 165 t ist jedoch keineswegs als geringer Verstoss zu betrachten. Ausserdem fällt negativ ins Gewicht, dass auch die Berufungsklägerin 2 uneinsichtig ist. Unter Würdigung dieser Tatsachen erachtet das Gericht die Konventionalstrafe von CHF 30'000.00 für die Berufungsklägerin 2 als angemessen.
- 11.7 Was schliesslich die Höhe der Sanktionsabgabe von CHF 330'988.00 anbelangt, wurde bereits vorstehend ausgeführt, dass die Sanktionierung mit CHF 2.00 pro kg Überproduktion nicht zu beanstanden ist (vgl. E. IV/9.7).

(...)

Hinweis:

Der Entscheid ist rechtskräftig.

Mitgeteilt von:

MLaw Helen Holzapfel Pürro, Gerichtsschreiberin