

Genève Zürich Lausanne  
www.lenzstaehelin.com

Excellence in Business Law



# Milchkaufverträge und Milchmarkt aus der Sicht des Wettbewerbsrechts

SGAR, Luzern, 16. September 2011

Prof. Dr. Jürg Simon

(juerg.simon@lenzstaehelin.com)

LENZ & STAEHELIN

# Programm

1. Einleitung
2. Übersicht Rechtsquellen
3. Bisherige Praxis WEKO und Gerichte
4. Fazit aus der bisherigen Praxis
5. Wettbewerbsrechtlicher Ausblick

# Einleitung

BRB 31.8.2011 (Teilallgemeinverbindlichkeit BOM-Beschlüsse)

Ist jetzt (wettbewerbsrechtlich) alles klar für Wettbewerbsparameter wie z.B.:

- Marktsegmentierung
- Standard-MKV
- Meldepflichten
- Beitragspflichten (1,4)
- Interventionsfonds

und zwar:

- Verbandsrechtlich (BOM-“Verfassung“)
- innerhalb der Allgemeinverbindlichkeit
- ausserhalb der Allgemeinverbindlichkeit?

Fragen sind nicht völlig neu. Es gibt Erfahrungen insbesondere aus:

- AOC-Recht
- privatrechtliche, nicht allgemeinverbindliche Mengensteuerung
- allgemeinverbindliche Marketingbeiträge

# Übersicht Rechtsquellen

<b>VBPO</b>	
<b>Art. 8 LwG Art. 9 LwG Art. 36b LwG</b>	<b>Art. 3 KG Art. 4 KG Art. 5 KG Art. 7 KG</b>
<b>Art. 104 BV</b>	<b>Art. 96 BV</b>

# Übersicht Rechtsquellen - BV

## Art. 96 Wettbewerbspolitik

- 1 Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen.
- 2 Er trifft Massnahmen:
  - a. zur Verhinderung von Missbräuchen in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts;
  - b. gegen den unlauteren Wettbewerb.

# Übersicht Rechtsquellen - BV

## Art. 104 Landwirtschaft

- 1 Der Bund sorgt dafür, dass die Landwirtschaft durch eine nachhaltige und auf den Markt ausgerichtete Produktion einen wesentlichen Beitrag leistet zur:
  - a. sicheren Versorgung der Bevölkerung;
  - b. Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und zur Pflege der Kulturlandschaft;
  - c. dezentralen Besiedlung des Landes.
- 2 Ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe der Landwirtschaft und nötigenfalls abweichend vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit fördert der Bund die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe.

[...]

# Übersicht Rechtsquellen - Kartellgesetz

## Art. 3 Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften

- 1 Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:
  - a. die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
  - b. die einzelnen Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.
- 2 Nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz.

# Übersicht Rechtsquellen - Kartellgesetz

## Art. 4 Begriffe

- 1 Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken.
  
- 2 Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.
  
- 3 (...)



# Übersicht Rechtsquellen - Kartellgesetz

## Art. 5 Unzulässige Wettbewerbsabreden

- 1 Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, sind unzulässig.
- 2 Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:
  - a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und
  - b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.
- 3 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:
  - a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
  - b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
  - c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.
- 4 Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden.

# Übersicht Rechtsquellen - Kartellgesetz

## Art. 7 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

- 1 Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen.
  
- 2 Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere in Betracht:
  - a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z. B. die Liefer- oder Bezugssperre);
  - b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
  - c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
  - d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
  - e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
  - f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

# Übersicht Rechtsquellen - LwG

## Art. 8 Selbsthilfe

- 1 Die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes sind Sache der Organisationen der Produzenten und Produzentinnen oder der entsprechenden Branchen.
- 2 Als Branchenorganisation gilt der Zusammenschluss von Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen mit den Verarbeitern und gegebenenfalls mit dem Handel.

# Übersicht Rechtsquellen - LwG

## Art. 8a Richtpreise

- 1 Die Organisationen der Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen oder der entsprechenden Branchen können auf nationaler oder regionaler Ebene Richtpreise herausgeben, auf die sich die Lieferanten und die Abnehmer geeinigt haben.
- 2 Die Richtpreise sind nach Qualitätsabstufungen differenziert festzulegen.
- 3 Das einzelne Unternehmen kann nicht zur Einhaltung der Richtpreise gezwungen werden.
- 4 Für Konsumentenpreise dürfen keine Richtpreise festgelegt werden.

# Übersicht Rechtsquellen - LwG

## Art. 9 Unterstützung von Selbsthilfemassnahmen

- 1 Sofern die Selbsthilfemassnahmen nach Artikel 8 Absatz 1 durch Unternehmen gefährdet werden oder werden könnten, die sich nicht an den kollektiv beschlossenen Massnahmen beteiligen, kann der Bundesrat Vorschriften erlassen, wenn die Organisation:
  - a. repräsentativ ist;
  - b. weder in der Produktion noch in der Verarbeitung noch im Verkauf tätig ist;
  - c. die Selbsthilfemassnahmen mit grossem Mehr beschlossen hat.
- 2 Der Bundesrat kann Nichtmitglieder einer Organisation verpflichten, Beiträge zur Finanzierung von Selbsthilfemassnahmen nach Artikel 8 Absatz 1 zu leisten, wenn die Bedingungen nach Absatz 1 erfüllt sind und die Organisation von ihren Mitgliedern Beiträge für die Finanzierung von Selbsthilfemassnahmen erhebt. Mit den Beiträgen darf nicht die Verwaltung der Organisation finanziert werden.
- 3 Im Bereich der Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes kann der Bundesrat ausschliesslich Vorschriften erlassen für den Fall ausserordentlicher Entwicklungen, die nicht durch strukturelle Probleme bedingt sind.
- 4 Produkte aus der Direktvermarktung dürfen nicht den Vorschriften nach Absatz 1 unterstellt werden, und Direktvermarkterinnen und Direktvermarkter dürfen für die direkt vermarkteten Mengen nicht der Beitragspflicht nach Absatz 2 unterstellt werden.

# Übersicht Rechtsquellen - LwG

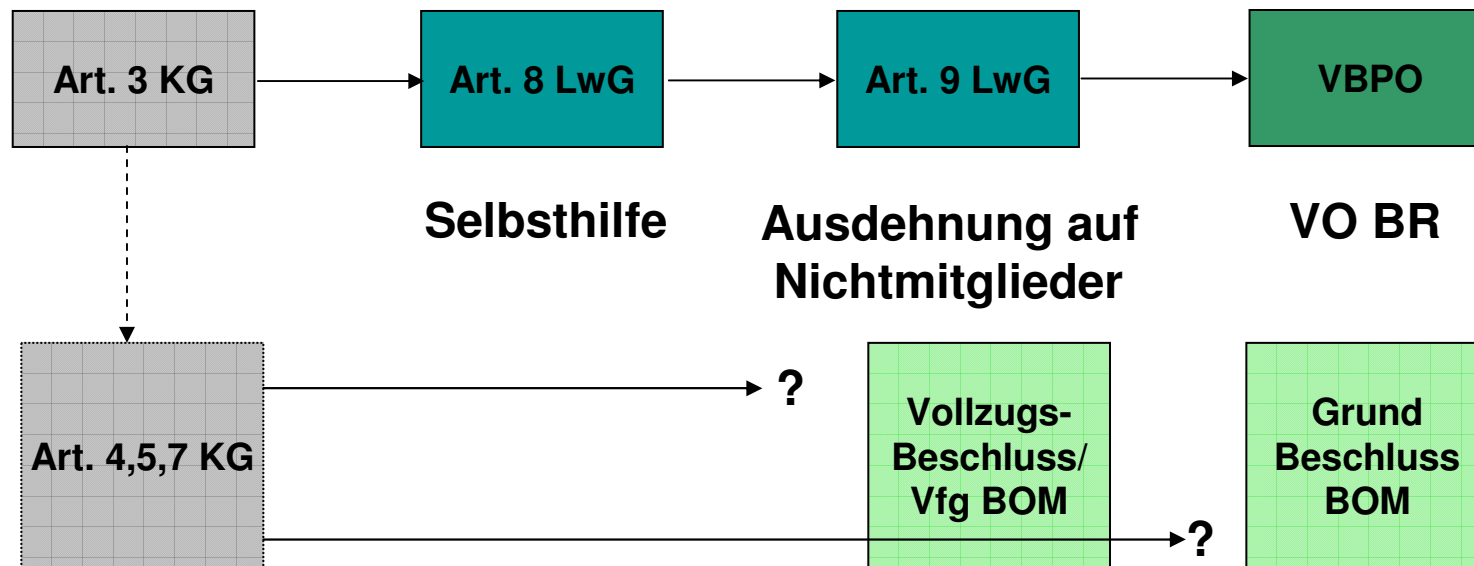
## Art. 36b Milchkaufverträge

- 1 Die Produzentinnen und Produzenten dürfen ihre Milch nur einem Milchverwerter, einer Produzentengemeinschaft oder einer Produzentenorganisation verkaufen.
- 2 Sie müssen dazu einen Vertrag von mindestens einem Jahr abschliessen, der zumindest eine Vereinbarung über Milchmenge und Milchpreise enthält.
- 3 Direktvermarkter sind für die direkt vermarkteten Mengen von der Vertragspflicht ausgenommen.
- 4 Wendet die Branchenorganisation oder die Produzentengemeinschaft eine Mengenregelung mit Exklusivverträgen an, so kann der Bundesrat die bei Verstössen gegen diese Bestimmung vorgesehenen Sanktionen auf Gesuch hin verbindlich erklären.
- 5 Die Bestimmungen nach den Absätzen 1–3 gelten ab dem 1. Mai 2009 oder, soweit die Mitglieder nach Artikel 36a Absatz 2 von der Milchkontingentierung befreit wurden, bereits ab 1. Mai 2006. Sie sind bis am 30. April 2015 anwendbar.

## Übersicht Rechtsquellen – VBPO-Massnahmen (u.a.)

- Qualitätsförderung
- Absatzförderung, Vermarktungsaktionen
- bundesrechtskonforme Standardverträge
- Anpassung von Produktion/Angebot an Markterfordernisse, sofern in ausserordentlichen Situationen, die nicht durch strukturelle Probleme bedingt sind, namentlich:
  - Absatzgerechte Produktionsplanung und –koordination
  - Mengenwirksame Qualitätsförderungsprogramme
  - Marktentlastungsmassnahmen
- Massnahmenfinanzierung in diesen Bereichen

# Übersicht Rechtsquellen





## Bisherige Praxis - WEKO

2011	Coopérative des producteurs de fromages d'alpage „L'Etivaz“	<ul style="list-style-type: none"><li>- Kein marktbeherrschendes Unternehmen</li><li>- Kein unzulässiges Verhalten nach KG 7</li><li>- Kein Kontrahierungszwang</li></ul>
2010	Emmi/Flomalp	<ul style="list-style-type: none"><li>- Zusammenschluss begründet keine marktbeherrschende Stellung</li></ul>
2009	Emmi Interfrais SA/ Kellenberger Frisch Service SA	<ul style="list-style-type: none"><li>- Zusammenschluss begründet keine marktbeherrschende Stellung</li></ul>
2009	Emmi AG/ Nutrifrais SA	<ul style="list-style-type: none"><li>- Zusammenschluss begründet keine marktbeherrschende Stellung</li></ul>

## Bisherige Praxis – WEKO (2)

2009	Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG	- Zusammenschluss begründet keine marktbeherrschende Stellung
2008	Mifroma SA/Emil Dörig Käsehandel AG	- Zusammenschluss begründet keine marktbeherrschende Stellung
2006	Emmi AG	- Meldepflicht der Emmi AG gemäss Art. 9 Abs. 4 KG
2006	Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM	- Marktbeherrschende Stellung gegeben - Unter Anwendung der Failing Company Defence dennoch zugelassen

## Bisherige Praxis – WEKO (3)

2005	Reorganisation des Biomilchmarktes	- Möglicherweise unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Artikel 5 respektive 7 KG
2003	Emmi AG/Swiss Dairy Food AG	- Zusammenschluss begründet keine marktbeherrschende Stellung
2003	Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)	- Keine Begründung oder Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung
2002	Gruyère/Emmentaler	- Indizien für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Preisvorgaben, Mechanismen zur Fälschungsbekämpfung)

## Bisherige Praxis – WEKO (4)

1999	Toni AG/Tochtergesellschaften der Säntis Holding AG	- Zusammenschluss begründet keine marktbeherrschende Stellung
------	---	---

# Bisherige Praxis - Gerichte

## Urteil GerK VIII Bern-Laupen vom 9. März 2009

- Vereinsrechtliche Anfechtungsklage betreffend Beschlüsse von ES (Emmentaler Switzerland) über die privatrechtliche Mengensteuerung
- Das Gericht hielt fest, dass kein kartellrechtswidriges Verhalten vorlag, da
  - ES gar nicht erst in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes falle
  - es sich bei ES nicht um ein Unternehmen im Sinne des KG handle
  - ES weder Anbieter noch Nachfrager von Waren- und Dienstleistungen ist
- Bestätigt durch OGer Kanton Bern

→ Kein KG-Zugriff

## Bisherige Praxis - Gerichte

### BGE 4C.57/2006 vom 20. April 2006

- Beurteilung der von ES geforderten Produktebeiträge, welche die Mitglieder aufgrund der umgesetzten Käsemenge zu entrichten haben
  - Das Bundesgericht verneinte die Anwendung des Kartellgesetzes, da sich die Klägerin (ES) als Branchenorganisation auf Art. 8 Abs. 1 LwG stützen könne
- Zulässigkeit der Massnahme im Rahmen von Art. 8 LwG

## Bisherige Praxis - Gerichte

BGE 2A.62/2005

- Verein Emmentaler Switzerland forderte von einer Genossenschaft (Nichtmitglied) die Zahlung von Produktebeiträgen zur Finanzierung von Selbsthilfemassnahmen
- Stützte sich dabei auf Art. 9 LwG
  - Beitragspflicht ist in VBPO geregelt (gilt auch für Nichtmitglieder)
- Gerügt war Verfassungswidrigkeit (Verletzung Legalitätsprinzip, Wirtschaftsfreiheit, Abgabegrundsätze, Willkürverbot)

## Bisherige Praxis - Gerichte

### BGE 2A.62/2005 (2)

- Beiträge in Umsetzung von Art. 9 LwG dienen der Förderung des Emmentaler Käse durch Marketingmassnahmen
- *„Nichtmitglieder kommen sonst ohne Beteiligung in den Genuss eines wesentlichen Wettbewerbsvorteils“*
- Alle direkten Konkurrenten hätten dieselbe Abgabe zu leisten, weshalb darin keine Wettbewerbsverzerrung bzw. Ungleichbehandlung liege
- Die Höhe der Beträge könne je nach Branchenorganisation variieren
- BGer qualifiziert Abgabe wie Kostenanlastungssteuer (d.h. voraussetzungslos geschuldet) und in Grundsatz und Höhe als rechtmässig



## Bisherige Praxis - Gerichte

BGE 2A.62/2005 (3)

- BGer könne bei Verordnungen des BR (hier VBPO gestützt auf LwG) nur prüfen, ob dieser sich an die Grundsätze der im Gesetz selbst eingeräumten Befugnisse hält
- Die VBPO hält sich im geprüften Bereich an die vom LwG dem Bundesrat eingeräumten Befugnisse und führt die gesetzliche Regelung nur aus

→ Urteil bestätigt in BGE 2A.61/2005 und BGE 2C\_96/2008

## Bisherige Praxis - Gerichte

BGE 134 II 272

- Parteien mit einmaliger Milcheinlieferung, wollten die Bezeichnung Gruyère AOC bzw. Gruyère bzw. Greyerzer verwenden
- Das Pflichtenheft sieht aber eine zweimalige Milchlieferung pro Tag vor
- **Das Pflichtenheft hat den Gehalt einer generell-abstrakten Regelung und kann daher wie eine Verordnung auf die Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit hin überprüft werden**
- Im vorliegenden Fall wurde die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots festgestellt, da die zweimalige Lieferung von Milch im Kanton Bern die Ausnahme bildete

## Bisherige Praxis - Gerichte

BGE 8C-205/2010

Kurzarbeitsentschädigung bei Käseereischliessung; Struktur- oder Marktfrage?

- Produktionseinschränkungen beim Emmentaler branchenüblich; somit Arbeitsausfall nicht anrechenbar
- Produktionseinschränkungen gehören zum normalen Risiko und sind „bezogen auf die Herstellung von Emmentaler geradezu typisch branchenüblich“
- bei der Nachfrage nach Emmentaler, „einer Sorte, die mehrheitlich für den Export bestimmt ist, auch nach der Strukturbereinigung durchaus mit grösseren Schwankungen...zu rechnen.

## Fazit aus der bisherigen Praxis

- “Revival” des Vereinsrechts für den Milchmarkt (Art. 75 ZGB)
  - Statutenkonformität
  - Gesetzeskonformität
    - Leistungspflichten
    - Persönlichkeitsrechte
    - Datenschutz
    - KG
    - ...
  - Wesentlichkeit von Art. 8, 9 LwG und Verhältnis zu KG
- Beschränkte, nachträgliche akzessorische Normenkontrolle im Fall von auf VBPO gestützten Verfügungen

## **Wettbewerbsrechtlicher Ausblick - BRB 31.8.2011**

### VBPO

- Segmentierung in A-, B-, C-Milch
- Standardelemente in MKV (Schriftlichkeit)
- Meldepflicht für grosse Mengen an BOM
- Abgabe von 1 Rp auf gesamter vermarkteter Milchmenge

### Nach wie vor privatrechtlich

- Abgabe von 4 Rp auf ausgedehnten Milchmengen
- Interventionsfonds

# Wettbewerbsrechtlicher Ausblick

## Prüfungsprogramm - Ausgangslage

- Statutarische Grundlage
- VBPO
- Konformität mit Art. 8, 9 LwG
  - Absatzförderung (8)
  - Anpassung an Markterfordernisse (8)
  - Gefährdung durch Aussenseiter (9 Abs. 1)
  - ausserordentliche, nicht strukturell bedingte Ereignisse (9 Abs. 2)
- KG-Zugriff (Art. 3 Abs. 1,2 KG)?
  - Art. 8 LwG als „Zugriffsschranke“ nur bei „Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung“, ansonsten nur bei „Zuweisung bestimmter öffentlicher Aufgaben an einen bestimmten Unternehmensträger“ (WEKO, Biomilchmarkt)?

# Wettbewerbsrechtlicher Ausblick

## Prüfungsprogramm – KG-Zugriff

- KG-Zugriff? - Überlegungen
  - Korrektur von Marktversagen (eher polit. Entscheidung)
  - Verfassungskonformität (Marktausrichtung – zumutbare Selbsthilfe – nötigenfalls Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit – ev. Leitbild des „bäuerlichen Betriebs“)
- Falls KG-Zugriff:
  - Relevanter Markt (geographisch, sachlich)
  - Abreden (wirken horizontal und vertikal)
  - Wettbewerbsbeeinträchtigung nach Art. 5 Abs. 1 KG
  - Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG
  - Art. 7 KG kaum relevant

## Wettbewerbsrechtlicher Ausblick Prüfungsprogramm - Prüfungsverfahren

- vereinsrechtliche Anfechtungsklage
  - gegen Grundbeschluss (zivilgerichtliches Verfahren)
  - gegen „Nicht-VBPO-Beschlüsse“ (zivilgerichtliches Verfahren)
- Einreden gegen Vollstreckungsverfahren ausserhalb VBPO-Massnahmen (zivilgerichtliches Verfahren)
- Beschwerde gegen Beitrags- oder Sanktionsverfügung im Bereich von VBPO-Massnahmen (verwaltungsrechtlicher Weg)



**Danke für Ihre Aufmerksamkeit.**