

Dr. Simon Jenni

Rechtsanwalt
eingetragen im Anwaltsregister
simon.jenni@advo-jsm.ch

Beat Messerli, LL.M.

Walter Streit, LL.M.

Prof. Dr. Manuel Jaun

Gesellschaftsstrasse 27
Postfach
3001 Bern

+41 (0)31 302 66 55
info@advo-jsm.ch
www.advo-jsm.ch

Einschreiben

Bundesamt für Landwirtschaft BLW
Schwarzenburgstrasse 165
3003 Bern

| | | | |
|----------|---------------|-------|------|
| Reg. Nr. | | | |
| BLW | 31. Jan. 2022 | | |
| geht an | z.K. | z.St. | z.E. |
| | X | X | X |

Bern, 28. Januar 2022

BESCHWERDE

von

1. **Käserei Götschi AG**, Dorfstrasse 58, 3555 Trubschachen,
2. **Daniel Gerber**, Bärloch 337a, 3555 Trubschachen,
3. **Matthias Kobel**, Vorder Risisegg 391, 3555 Trubschachen,

alle vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Simon Jenni, Advokatur JSM, Gesellschaftsstrasse 27, Postfach, 3001 Bern,

Beschwerdeführende

gegen

Organisme intercantonal de Certification Sàrl, Avenue d'Ouchy 66, Case postale 1080, 1001 Lausanne,

OIC / Vorinstanz

betreffend

Anordnung der Vorinstanz vom 29. Dezember 2021 bezüglich der Einlieferung von Milch zur Herstellung von *Gruyère AOP Bio*

RECHTSBEGEHREN

Die von der Vorinstanz mit Schreiben vom 29. Dezember 2021 getroffene Anordnung, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 ihre zur Herstellung von *Gruyère AOP Bio* bestimmte Milch zweimal im Tag in die Käserei der Beschwerdeführenden 1 einzuliefern haben, sei aufzuheben.

- unter Kosten- und Entschädigungsfolge -

BEGRÜNDUNG

I. FORMELLES

- 1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die von der Vorinstanz mit dem als Beilage 1 beigefügten Schreiben vom 29. Dezember 2021 unter Verweis auf Art. 18 des *Pflichtenhefts Gruyère*¹ getroffene Anordnung, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 ihre zur Herstellung von *Gruyère AOP Bio* bestimmte Milch zweimal im Tag in die Käserei der Beschwerdeführenden 1 einzuliefern haben (während für alle übrigen Milchlieferanten der Beschwerdeführenden 1 die einmal tägliche Einlieferung gilt; s. dazu auch Rz. 6 hiernach).

Beweismittel: Schreiben Vorinstanz an RA S. Jenni vom 29.12.2021

Beilage 1

- 2 Von der Vorinstanz gestützt auf das *Pflichtenheft Gruyère* getroffene Anordnungen wie die vorliegend angefochtene qualifizieren nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG² und unterliegen gestützt auf Art. 166 Abs. 1 i.V.m. Art. 180 LwG³ der Beschwerde an das Bundesamt für Landwirtschaft⁴.

Die Tatsache, dass das Schreiben vom 29. Dezember 2021 entgegen den Vorgaben von Art. 35 Abs. 1 VwVG weder als Verfügung bezeichnet noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen ist, lässt den Verfügungscharakter der strittigen Anordnung nicht entfallen⁵.

- 3 Die Beschwerdeführenden sind nach Massgabe von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Alle drei Beschwerdeführenden sind von der strittigen Anordnung der Vorinstanz besonders berührt (die Beschwerdeführende 1 würde dadurch gezwungen, neu jeweils auch am Abend statt wie bisher nur am Morgen Milch anzunehmen sowie die am Abend angenommene Milch vorschriftsgemäss aufzubewahren, die Beschwerdeführenden 2 und 3 müssten zweimal statt nur einmal im Tag zur Käserei fahren; s. auch Rz. 18 hiernach) und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung.

¹ Publiziert unter www.blw.admin.ch/blw/de/home/instrumente/kennzeichnung/ursprungsbezeichnungen-und-geografische-angaben.html.

² Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz) vom 20.12.1968, SR 172.021.

³ Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz) vom 29.04.1998, SR 910.1.

⁴ BGE 138 II 134 E. 4.6 u. 5.3. Siehe auch BVGer-Urteil B-202/2013 vom 22.09.2014 E. 1.1.

⁵ Zu dieser Thematik etwa LORENZ KNEUBÜHLER/RAMONA PEDRETTI, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Kommentar VwVG*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 35 N. 3 m.w.H.; FELIX UHLMANN, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 5 N. 132 m.w.H.

- 4 Das Schreiben der Vorinstanz vom 29. Dezember 2021 mit der strittigen Anordnung wurde dem unterzeichnenden Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden am 30. Dezember 2021 zugestellt. Die 30-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG läuft unter Berücksichtigung des gesetzlichen Fristenstillstands vom 18. Dezember 2021 bis und mit dem 2. Januar 2022 (Art. 22a Abs. 1 Bst. c VwVG) demzufolge am 1. Februar 2022 aus. Mit der heutigen Postaufgabe der vorliegenden Beschwerde ist die Frist gewahrt (Art. 21 Abs. 1 VwVG).

Beweismittel: - Zustellbescheinigung der Post **bei den Vorakten**
- Poststempel

- 5 Der unterzeichnende Rechtsanwalt ist bevollmächtigt (Beilagen 2–4).

Beweismittel: - Vollmacht Käserei Götschi AG vom 16.12.2021 **Beilage 2**
- Vollmacht D. Gerber vom 15.01.2022 **Beilage 3**
- Vollmacht M. Kobel vom 15.01.2022 **Beilage 4**

II. SACHVERHALT

- 6 Die Beschwerdeführende 1 betreibt die von der Vorinstanz als Gruyère-AOP Käserei zertifizierte Käserei Trubschachen (Beilage 5). Ein Bundesgerichtsentscheid vom 28. Juli 2008 attestiert ihr und ihren in der Milchgenossenschaft Trubschachen zusammengeschlossenen Milchproduzenten dabei das **Recht, aufgrund der entsprechenden Tradition statt der in Art. 18 des Pflichtenhefts Gruyère als Grundsatz vorgesehenen zweimal täglichen, die bloss einmal tägliche Milchannahme bzw. -einlieferung zu praktizieren** (BGE 134 II 272).

Für das Jahr 2022 ist die Beschwerdeführende 1 gemäss der Mengensteuerung der *Interprofession du Gruyère* (nachfolgend "IPG") zur Produktion von 171'827 kg *Gruyère AOP Bio* sowie von 74'411 kg konventionellem *Gruyère AOP* ermächtigt (Beilagen 6 und 7).

Beweismittel: - Zertifikat Gruyère AOP Käserei Trubschachen **Beilage 5**
- Mengenzuteilung Gruyère AOP Bio betreffend 2022 **Beilage 6**
- Mengenzuteilung Gruyère AOP konventionell betreffend 2022 **Beilage 7**

- 7 Die Beschwerdeführenden 2 und 3 sind Inhaber von Landwirtschaftsbetrieben, die beide früher bereits einmal Milch produzierten und in die Käserei Trubschachen lieferten, später ausschliesslich auf Viehaufzucht bzw. -mast setzten und nun wieder zur Milchproduktion zurückgekehrt sind.

Beim Betrieb des Beschwerdeführenden 2 bestand die ursprüngliche Milchproduktion und Milcheinlieferung in die Käserei Trubschachen bis in die späten 1960er-Jahre. Bewirtschafter des Betriebs war damals noch Albrecht Gerber, der Grossvater des Beschwerdeführenden 2. Ein Hauptversammlungsprotokoll vom 6. Mai 1972 belegt dessen Mitgliedschaft in der Milchgenossenschaft Trubschachen (Beilage 8).

Beim Betrieb des Beschwerdeführenden 3 dauerte die ursprüngliche Milchproduktion und Milcheinlieferung in die Käserei Trubschachen sogar bis in die späten 1990er-Jahre. Bewirtschafter des Betriebs war damals noch Andreas Kobel, der Vater des Beschwerdeführenden 3. Die fraglichen Milcheinlieferungen in die Käserei Trubschachen sind unter anderem durch Milchkontingentierungsunterlagen der Milchgenossenschaft Trubschachen betreffend die Milchjahre 1983/84, 1994/95 und 1997/98 belegt (Beilagen 9–11).

- Beweismittel:** - Hauptversammlungsprotoll der MG Trubschachen vom 06.05.1972 **Beilage 8**
 - Übersicht Milcheinlieferung 1983/84 der MG Trubschachen **Beilage 9**
 - Kontingentsabrechnung 1994/95 der MG Trubschachen **Beilage 10**
 - Datenerhebungsblatt 1997/98 betreffend Kobel Andreas **Beilage 11**
- 8 Mitte des vergangenen Jahres erhielten die Beschwerdeführenden 2 und 3 von der Vorinstanz die Zulassung als Gruyère AOP-Milchproduzenten. Zugleich teilte die IPG ihnen die folgenden, ab dem 1 Januar 2022 gültigen Kontingente für die Lieferung von Bio-Milch zur Herstellung von *Gruyère AOP Bio* an die Beschwerdeführende 1 zu (Beilagen 12 und 13):
- a. dem Beschwerdeführenden 2 ein Kontingent für die Lieferung von 120'000 kg Bio-Milch (entsprechend 10'320 kg *Gruyère AOP Bio*);
- b. dem Beschwerdeführenden 3 ein Kontingent für die Lieferung von 130'000 kg Bio-Milch (entsprechend 11'180 kg *Gruyère AOP Bio*).
- Beweismittel:** - Schreiben IPG an D. Gerber vom 14.06.2021 **Beilage 12**
 - Schreiben IPG an M. Kobel vom 15.06.2021 **Beilage 13**
- 9 Mit Schreiben vom 31. Mai 2021 zeigte die Vorinstanz die Zulassung der Beschwerdeführenden 2 und 3 als Gruyère AOP-Milchproduzenten auch der Beschwerdeführenden 1 an (Beilage 14). In dieser Anzeige mitenthalten war ein Vermerk, dass die beiden neuen Milchlieferanten ihre Milch zweimal täglich in die Käserei einzuliefern hätten. Dagegen protestierte die Beschwerdeführende 1 umgehend. In mehreren Telefonaten und E-Mails wies Herr Martin Götschi, Inhaber und Geschäftsführer der Beschwerdeführenden 1, die Verantwortlichen der Vorinstanz auf den vorerwähnten Bundesgerichtsentscheid vom 28. Juli 2008 hin und bat um eine Bestätigung, dass das darin bestätigte Recht zur Einmalinlieferung auch für die Beschwerdeführenden 2 und 3 gelte (Beilagen 15 und 16).
- Beweismittel:** - Schreiben Vorinstanz an Käserei Götschi AG vom 31.05.2021 **Beilage 14**
 - E-Mail M. Götschi an N. Jorand vom 19.08.2021 **Beilage 15**
 - E-Mail M. Götschi an F. Sommer vom 12.10.2021 **Beilage 16**
- 10 Die Reaktion der Verantwortlichen der Vorinstanz war stets, man werde die Frage prüfen und sich wieder melden. Die versprochene Rückmeldung blieb in der Folge allerdings aus.
- Mit Schreiben des unterzeichnenden Rechtsanwalts vom 17. Dezember 2021 teilte die Beschwerdeführende 1 der Vorinstanz schliesslich mit, dass sie ohne umgehenden Gegenbericht in Form einer anfechtbaren Verfügung von der Gegenstandslosigkeit der Forderung nach einer zweimal täglichen Milcheinlieferung durch die Beschwerdeführenden 2 und 3 ausgehen und auch bezüglich dieser beiden per 1. Januar 2022 neu hinzukommenden Milchlieferanten die einmal tägliche Milcheinlieferung praktizieren werde (Beilage 17).
- Auf die erwähnte Mitteilung reagierte die Vorinstanz mit dem Schreiben vom 29. Dezember 2021, welches zwar materiell Verfügungscharakter aufweist, jedoch weder als solche bezeichnet noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen ist (Beilage 1).
- Beweismittel:** - Schreiben Vorinstanz an RA S. Jenni vom 29.12.2021 **Beilage 1**
 - Schreiben RA S. Jenni an Vorinstanz vom 17.12.2021 **Beilage 17**

III. BESCHWERDERÜGEN

1. Primärrüge: Fehlen einer Rechtsgrundlage für die strittige Anordnung

- 11 Die Vorinstanz führt in ihrem Schreiben vom 29. Dezember 2021 als (vermeintliche) Rechtsgrundlage für die strittige Anordnung, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 ihre zur Herstellung von *Gruyère AOP Bio* bestimmte Milch zweimal im Tag in die Käserei der Beschwerdeführenden 1 einzuliefern haben, die folgende Bestimmung aus dem *Pflichtenheft Gruyère* an:

Art. 18 Lieferung

¹ Die Milch muss zweimal im Tag an die Käsereien geliefert werden, und zwar sofort nach dem Melken, zu den von der Käserei und den Produzentenorganisationen vereinbarten Zeiten.

² Eine einmalige Einlieferung pro Tag wird ausnahmsweise bei Genossenschaften erlaubt, die:

- a) schon vor dem 22. Januar 1998 nur einmal im Tag lieferten;
- b) Regelmässig qualitativ guten *Gruyère* herstellten;
- c) Milch guter Qualität produzieren;
- d) die Milch nicht mehr als 1 ½ Stunden transportieren, und
- e) sie bei einer Temperatur von 12 bis 18°C lagern.

³ Die betreffenden Genossenschaften dürfen auf keinen Fall andere Milch nur einmal im Tag einsammeln.

⁴ Diese Regeln gelten analog für einzelne Produzenten.

- 12 Inwiefern diese Pflichtenheftsbestimmung die Anordnung legitimieren soll, begründet die Vorinstanz dabei nicht näher. Vermutlich erblickt sie die dafür erforderliche Rechtsgrundlage in Absatz 3, welcher gemäss der einschlägigen "Definition" in ihrem *Kontrollhandbuch Gruyère AOP* als Einschränkung des Geltungsbereichs von Einmaleinlieferungsberechtigungen nach Massgabe von Absatz 2 auf solche Milchproduzenten zu verstehen sein soll, welche bereits vor dem 22. Januar 1998 Milch in die fragliche Käserei eingeliefert haben (unabhängig davon, ob die vor diesem Datum eingelieferte Milch zu *Gruyère* verarbeitet wurde oder nicht)⁶.
- 13 Tatsächlich bildet Absatz 3 von Art. 18 des *Pflichtenhefts Gruyère* bereits deshalb keine taugliche Rechtsgrundlage für die strittige Anordnung, weil ihm eine gänzlich andere Bedeutung als die im *Kontrollhandbuch Gruyère AOP* der Vorinstanz unterstellte zukommt. Wie das Bundesgericht in BGE 134 II 272 verbindlich festgestellt hat, ist der fragliche Absatz **nicht als Einschränkung des Geltungsbereichs von Einmaleinlieferungsberechtigungen wie der vorliegend interessierenden zu verstehen**, sondern als flankierende Regelung zum im Absatz 1 statuierten Grundsatz der Zweimaleinlieferung in dem Sinne, dass bei all denjenigen Milchgenossenschaften, bei denen für die *Gruyère AOP*-Milch die zweimal tägliche Einlieferung gilt, auch diejenige Milch, die für die Herstellung anderer Produkte verwendet wird ("andere Milch"), zweimal täglich eingeliefert werden muss, da es andernfalls zu Verwechslungen zwischen der zweimal täglich eingelieferten *Gruyère*-Milch und der bloss einmal täglich eingelieferten anderen Milch kommen könnte (E. 4.2 u. 4.6).

⁶ Kontrollhandbuch *Gruyère AOP* (in der Version gültig ab Produktion 1. Januar 2018), S. 9.

- 14 Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 selbst ausgehend vom wie erwähnt unzutreffenden Verständnis von Art. 18 Abs. 3 des *Pflichtenhefts Gruyère* der Vorinstanz als ebenfalls zur Einmaleinlieferung berechtigt betrachtet werden müssten. Wie in Rz. 7 hier vor aufgezeigt, haben die von ihnen geführten Betriebe vor dem 22. Januar 1998 Milch in die Käserei Trubschachen geliefert und erfüllen damit die im *Kontrollhandbuch Gruyère AOP* der Vorinstanz statuierte Voraussetzung für die Einmaleinlieferungsberechtigung. Eine ununterbrochene Lieferung von Milch an die fragliche Käserei wird dort nicht verlangt.
- 15 Insgesamt fehlt es für die strittige Anordnung damit an einer Rechtsgrundlage. Die Anordnung ist dementsprechend aufzuheben.

2. Eventualrüge: Verfassungswidrigkeit der strittigen Anordnung

- 16 Für den Fall, dass wider Erwarten in Art. 18 des *Pflichtenhefts Gruyère* eine Rechtsgrundlage für die strittige Anordnung zu erblicken sein sollte, wäre die Anordnung aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit aufzuheben.
- 17 Die in Pflichtenheften von geschützten Ursprungsbezeichnungen aufgestellten Vorschriften sind nach Rechtsprechung und Lehre nicht sakrosankt, sondern erforderlichenfalls im Einzelfall **vorfrageweise auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verfassungsrecht – insb. der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV⁷), dem Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV), dem Willkürverbot (Art. 9 BV) sowie dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) – zu überprüfen**. Dabei ist zu beachten, dass zwar als mit den genannten Verfassungsbestimmungen vereinbar gilt, in Pflichtenheften von geschützten Ursprungsbezeichnungen Vorschriften aufzustellen, die über die lebensmittelrechtlichen Anforderungen hinausgehen. Die Vorschriften dürfen jedoch weder sinn- und zwecklos und damit willkürlich sein, noch eine bestimmte Gruppe von Produzenten ungerechtfertigterweise benachteiligen. Mit den erwähnten Verfassungsbestimmungen unvereinbaren Pflichtenheftsbestimmungen ist die Anwendung zu versagen⁸.
- 18 Die von der Vorinstanz aus Art. 18 des *Pflichtenhefts Gruyère* abgeleitete Vorgabe, dass die Beschwerdeführenden 2 und 3 ihre zur Herstellung von *Gruyère AOP Bio* bestimmte Milch zweimal im Tag in die Käserei der Beschwerdeführenden 1 einzuliefern haben, muss als **sinn- und zwecklos** und damit als unzulässigen **Verstoss gegen das Willkürverbot** qualifiziert werden. Jedenfalls ist nicht erkennbar, inwiefern die Vorschrift einen Einfluss auf die Qualität des von der Beschwerdeführenden 1 hergestellten *Gruyère AOP* haben soll; die Beschwerdeführenden 2 und 3 verfügen ebenso wie die übrigen Mitglieder der Milchgenossenschaft Trubschachen über Milchtanks, welche eine vorschriftsgemässe Lagerung der Abendmilch direkt auf dem Betrieb ermöglichen. Auch das Bundesgericht hielt bereits explizit fest, dass in derartigen Konstellationen die Vorgabe einer zweimal täglichen Milcheinlieferung als "unbedeutend" zu qualifizieren sei⁹.

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.04.1999, SR 101.

⁸ Zum Ganzen etwa BGE 134 II 272 E. 3.2 u. 4.4; BGer-Urteil 2C_1004/2014 vom 05.10.2015 E. 3.2; BVGer-Urteil B-202/2013 vom 22.09.2014 E. 4.6; SIMON HOLZER, Geschützte Ursprungsbezeichnungen (GUB) und geschützte geographische Angaben (GGA) landwirtschaftlicher Erzeugnisse: Ihre Stellung im globalen, europäischen und schweizerischen Recht zum Schutz geographischer Herkunftsangaben, Bern 2005, S. 315 ff..

⁹ BGE 134 II 272 E. 4.6.

Zugleich erweist sich die Anordnung als **unverhältnismässig**, würde dadurch doch sowohl der Beschwerdeführenden 1 als auch den Beschwerdeführenden 2 und 3 **unnötigerweise ein ganz erheblicher Mehraufwand** aufgebürdet. Die Beschwerdeführende 1 müsste eigens wegen zwei Produzenten neu auch am Abend Milch annehmen, was erhebliche und kostspielige Anpassungen der betrieblichen Abläufe notwendig machen würde. Namentlich müsste die Beschwerdeführende 1 jeweils extra wegen diesen beiden Milchannahmen einen Mitarbeitenden auch am Abend aufbieten sowie ihre Anlagen zweimal statt nur einmal pro Tag reinigen. Die Beschwerdeführenden 2 und 3 ihrerseits müssten zweimal statt bloss einmal pro Tag in die Käserei fahren, was nicht nur ihre Arbeitszeit verlängern, sondern auch die Umwelt zusätzlich belasten würde.

Schliesslich verletzt die Anordnung auch das **Gleichbehandlungsgebot**. Die Beschwerdeführenden würden wegen des ihnen dadurch verursachten Mehraufwands gegenüber (ausschliesslich) zur Einmaleinlieferung berechtigten Konkurrenten erheblich benachteiligt.

Damit ist das eingangs gestellte Rechtsbegehren begründet und es wird höflich um Folgegebung ersucht.

Mit freundlichen Grüssen,
namens der Beschwerdeführenden



Dr. Simon Jenni

im Doppel

Beilagen gemäss separatem Verzeichnis

Kopie ohne Beilagen an Organisme intercantonal de Certification Sàrl (Vorinstanz)