



Abteilung II
B-2305/2013

Urteil vom 12. September 2013

Besetzung

Richter Philippe Weissenberger (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Markus Bürgi,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Landwirtschaft BLW,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückerstattung von Zulagen für verkäste Milch.

Sachverhalt:**A.**

Die X._____AG, mit Sitz in Y._____, stellte in den Monaten Juni bis August 2012 140'593.6 kg Mascarpone aus 175'647 kg Rahm her und verkaufte diesen. Für die Herstellung verwendete sie sowohl Rahm aus der eigenen Käseproduktion als auch zugekauften Rahm, der nicht aus der Käsefabrikation stammte (Fettüberschuss aus Magermilchpulverproduktion). Die X._____AG erfasste bzw. rapportierte die Produktion gegenüber der TSM Treuhand GmbH (nachfolgend: TSM), die im Auftrag des Bundesamtes für Landwirtschaft als Administrationsstelle für die Verwaltung der Zulagen und die Meldung der Milchdaten nach der Milchpreisstützungsverordnung (zit. in E. 2.2) zuständig ist, via die Software "MBH (Milchbeihilfe) 100". Gestützt darauf wurden der X._____AG Zulagen für verkäste Milch in der Höhe von Fr. 37'134.45 (Juni), Fr. 152'026.90 (Juli) und Fr. 42'406.90 (August) ausgerichtet.

B.

Im Nachgang zu einer am 9. August 2012 erfolgten Kontrolle der Milchverwertungsangaben bei der X._____AG stellte die Inspektionsstelle des Bundesamtes für Landwirtschaft (nachfolgend: Inspektionsstelle) mit Bericht vom 22. November 2012 gegenüber dem Fachbereich Tierische Produkte und Tierzucht fest, dass das entsprechende Informatiksystem nicht überprüfe, ob der zu Mascarpone verarbeitete Rahm aus Milch gewonnen werde, welche die Zulage für verkäste Milch bereits ausgelöst habe. Für dieselbe Milch seien daher teilweise ein zweites Mal Zulagen ausgerichtet worden (betrifft Milchzentrifugenrahm aus eigener Käseproduktion). Für zugekauften Milchrahm, der zu Mascarpone verarbeitet worden sei, bestehe dagegen ein Anrecht auf Verkäsungszulagen.

C.

In Gewährung des rechtlichen Gehörs gab das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW, nachfolgend: Vorinstanz) der X._____AG mit Schreiben vom 18. Dezember 2012 Gelegenheit, zum Kontrollergebnis der Inspektionsstelle sowie zur beabsichtigten Rückforderung von unrechtmässig bezogenen Zulagen für verkäste Milch in der Höhe von Fr. 107'414.90 Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 17. Januar 2013 legte die X._____AG dar, sie habe die Herstellung von Mascarpone, nach Rücksprache mit der TSM, vorschriftsgemäss rapportiert. Eine Rückforderung der Verkäsungszulagen sei nicht gerechtfertigt.

D.

Mit Schreiben vom 22. Januar 2013 teilte die Vorinstanz der X._____AG mit, sie habe anlässlich einer Nachkontrolle der Akten festgestellt, dass sie fälschlicherweise den zugekauften Rahm, der nicht aus eigener Käseproduktion stammte (und damit noch keine Verkäsungszulage generiert habe), bei der Berechnung der Zulage voll berücksichtigt habe, statt davon die von der X._____AG verkaufte Menge Rahm in Abzug zu bringen. Aufgrund der Rechtslage dürfe für dasselbe Kilogramm Milch nur einmal eine Verkäsungszulage ausbezahlt werden. Eine Umgehung, indem eigener Rahm verkauft und statt dessen Rahm, der nicht aus einer Käsefabrikation stamme, für die Mascarponeherstellung zugekauft werde, um so Verkäsungszulagen auszulösen, sei als rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehung zu qualifizieren, auch wenn dies nicht vorsätzlich geschehe. Der Rückforderungsbetrag erhöhe sich daher auf Fr. 200'510.55. Überdies skizzierte die Vorinstanz die künftige Rapportierung der Mascarponeproduktion (Deklaration nach Rahm aus der Käseproduktion und zugekauftem Rahm, der die Verkaufsmenge des eigenen Rahms übersteigt). Mit Schreiben vom 13. März 2013 nahm die X._____AG Stellung und bestritt insbesondere das Vorliegen der Widerrechtlichkeit, die für eine Rückforderung nach der Landwirtschaftsgesetzgebung vorausgesetzt sei. Dass Verkäsungszulagen nur einmal geschuldet seien, sehe die geltende Rechtsordnung überdies nicht vor.

E.

Mit Verfügung vom 26. März 2013 hat die Vorinstanz die X._____AG zur Rückerstattung von Zulagen für verkäste Milch in der Höhe von Fr. 200'510.55 verpflichtet. Für den Erlass der Verfügung sind keine Gebühren auferlegt worden. Da der X._____AG aufgrund der Umstände kein Vorwurf der Falschrapportierung gemacht werden könne, werde auf eine weitergehende Verwaltungsmassnahme und auf das Beantragen eines Strafverfahrens bei der kantonalen Strafbehörde sowie auf die Erhebung von Zinsen für die zu Unrecht ausbezahlten Verkäsungszulagen verzichtet.

F.

Mit Eingabe vom 24. April 2013 hat die X._____AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht erhoben. Sie beantragt, die angefochtene Verfügung sei ersatzlos aufzuheben und sie sei von der Verpflichtung zur Rückerstattung von Verkäsungszulagen in der Höhe von Fr. 200'510.55 zu befreien. Eventualiter sei die Rückerstattungspflicht auf Fr. 107'414.90 zu reduzieren.

G.

Mit Vernehmlassung vom 3. Juli 2013 schliesst die Vorinstanz auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

H.

Mit Replik vom 7. August 2013 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig (Art. 166 Abs. 2 des Landwirtschaftsgesetzes vom 29. April 1998 [LwG, SR 910.1] i.V.m. Art. 31 f. und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine juristische Person in der Form einer Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Diese hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Sie ist somit zur Beschwerdeführung legitimiert. Der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden, der Kostenvorschuss fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Strittig und zu beurteilen ist die Ausrichtung von Verkäsungszulagen für die Herstellung von Mascarpone.

2.1 Nach Art. 38 Abs. 1 LwG kann der Bund für die Verkehrsmilch, die zu Käse verarbeitet wird, eine Zulage an die Produzenten und Produzentinnen ausrichten. Die Höhe der Zulagen und die Voraussetzungen bestimmt der Bundesrat (Art. 38 Abs. 2 LwG).

2.1.1 Als vermarktete Milch (Verkehrsmilch) gilt gemäss Art. 28 der Landwirtschaftlichen Begriffsverordnung vom 7. Dezember 1998 (LBV,

SR 910.91) diejenige Milch, die zum Frischkonsum, zur Verarbeitung oder zur Verfütterung vom Betrieb oder Sömmerungsbetrieb weggeführt wird (Bst. a) und diejenige Milch, die im eigenen Betrieb oder Sömmerungsbetrieb zu Produkten verarbeitet wird, die nicht der Selbstversorgung dienen (Bst. b).

2.2 Die Zulage für verkäste Milch beträgt 15 Rappen pro Kilogramm Milch und wird den Produzenten u.a. ausgerichtet, wenn die Milch zu Käse nach Art. 36 der Verordnung des EDI vom 23. November 2005 über Lebensmittel tierischer Herkunft (SR 817.022.108; nachfolgend: Verordnung EDI) verarbeitet wird (Art. 1 Abs. 1 der Milchpreisstützungsverordnung vom 25. Juni 2008 [MSV, SR 916.350.2]). Bei Mascarpone handelt sich gemäss Art. 36 Abs. 2 Verordnung EDI um ungereiften Käse (Frischkäse), der unmittelbar nach der Herstellung genussfertig ist.

2.2.1 Die Berechnung der Zulage für Mascarpone stützt sich nach Art. 1 Abs. 4 MSV auf den Fettgehalt des verarbeiteten Rahms.

2.2.2 Gemäss Art. 3 Abs. 1 MSV sind Gesuche um Ausrichtung der Zulagen von den Milchverwertern bei der Administrationsstelle (vgl. Art. 12 MSV), d.h. bei der TSM, monatlich einzureichen. Die Zulagen werden für die Periode vom 1. November bis zum 31. Oktober des Folgejahrs ausgerichtet; das BLW entscheidet über Gesuche und zahlt die Zulagen aus (Art. 4 MSV).

2.2.3 Die Milchverwerter und Milchverwerterinnen haben eine tägliche Verwertungskontrolle nach Art. 9 Abs. 1 und 2 MSV zu führen und diese den Inspektionsorganen des BLW auf Verlangen vorzuweisen. Die Art und Weise der Verwertung der Rohstoffe muss der Administrationsstelle monatlich nach der von ihr vorgegebenen Struktur gemeldet werden (Art. 9 Abs. 3 MSV). Das BLW vollzieht die MSV, soweit damit nicht die Administrationsstelle betraut ist (Art. 14 Abs. 1 MSV). Gestützt auf Art. 14 Abs. 2 MSV führt das BLW stichprobenweise Inspektionen durch, eröffnet bei Verdacht auf Widerhandlungen eine Untersuchung und verfügt Verwaltungsverfahren.

3.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Verkäsungszulagen für die Produktion von Mascarpone von insgesamt Fr. 231'568.25 für die Monate Juni bis August 2012 seien berechtigterweise ausbezahlt worden.

3.1 Im Einzelnen macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe die Mascarponeproduktion der TSM korrekt gemeldet. Den angeblichen Fehler im Informatiksystem habe die Vorinstanz zu vertreten. Die Zulage für Mascarpone werde im Unterschied zu anderen Käsesorten entsprechend dem Fettgehalt des Rahms berechnet und auf der Basis der verwendeten Rahmmenge, d.h. pro Kilogramm Rahm rapportiert und ausgerichtet. Dass Art. 1 Abs. 4 MSV nur der Berechnung, wie viele Kilogramm Vollmilch für die Herstellung des Rahms zentrifugiert werden mussten, diene, widerspreche den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen. In der Botschaft zur Agrarpolitik 2014-2017 (zit. in E. 3.4.4) werde dargelegt, dass der Bundesrat die Rohstoffe, die zur Verkäsungszulage berechtigen, künftig abschliessend definieren und auf Milch beschränken wolle. Zudem werde ausgeführt, dass für Rahm, der zu Mascarpone verarbeitet werde, künftig keine Verkäsungszulage mehr ausgerichtet werden könne. Somit sei derzeit davon auszugehen, dass die Zulage für verschiedene Rohstoffe ausgerichtet werde. Folgte man der Vorinstanz, sei die geplante abschliessende Definition obsolet. Für die Ausrichtung der Zulage sei nicht relevant, woher der verarbeitete Rahm stamme. Mascarpone könne auch aus Rahm, der im Rahmen der Käseproduktion gewonnen worden sei, hergestellt werden. Trotzdem habe der Gesetzgeber darauf verzichtet, diesen Sonderfall explizit zu regeln bzw. solchen Mascarpone von der Zulage auszunehmen. Mascarpone sei eine bewusste Ausnahme im System. Für die von der Vorinstanz vorgenommene Einschränkung, wonach auf demselben Kilogramm Milch nur einmal eine Zulage ausgerichtet werden könne, fehle eine gesetzliche Grundlage und der Botschaft zur Agrarpolitik 2002 (zit. in E. 3.4.1) könne dies, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, nicht entnommen werden. Die Beschwerdeführerin könne ohne Verkäsungszulage für den von ihr produzierten Mascarpone kein kostendeckendes Ergebnis erzielen und auf dem Markt nicht mithalten. Wenn Käsereien keine Verkäsungszulagen für Mascarpone aus selbst gewonnenem Rahm erhalten würden, erlitten sie einen Nachteil gegenüber anderen Mascarponeproduzenten. Dies lasse sich sachlich nicht begründen.

3.2 Die Vorinstanz räumt ein, dass der Beschwerdeführerin bezüglich der Rapportierung gegenüber der TSM kein Vorwurf gemacht werden könne. Das Informatiksystem sei auf den Normalfall ausgerichtet, dass einzig aus Molkereimilch hergestellter Rahm zu Mascarpone verarbeitet werde. Erst die Produktion von Mascarpone aus Rahm aus der (eigenen) Käseproduktion habe diese Schwachstelle des Meldewesens zum Vorschein gebracht. Aus Art. 1 MSV ergebe sich, dass pro Kilogramm verkäste

Milch, unabhängig vom Fettgehalt, nur eine einzige Zulage ausgerichtet werden dürfe. Art. 1 Abs. 4 MSV diene einzig der Berechnung: Die Verkäsungszulage für Mascarpone werde, als Ausnahme, gestützt auf den Fettgehalt des verarbeiteten Rahms berechnet. Eine Verkäsungszulage für Mascarpone dürfe jedoch nur ausgerichtet werden, sofern für dieselbe Verkehrsmilch nicht bereits eine Zulage für die Verkäsung ausgerichtet worden sei. Die Tatsache, dass es der Ordnungsgeber gegenüber dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 LwG zulasse, dass der aus Rahm hergestellte Mascarpone eine Verkäsungszulage auslöse, bedeute nicht, dass je nach Produktion für dasselbe Kilogramm Milch eine zusätzliche Zulage auszurichten sei. Dies gehe am Willen des Gesetzgebers vorbei. Die Verkäsungszulage stütze aus der Sicht des Milchproduzenten den Marktpreis und sei wichtiger Bestandteil des Sicherheitsnetzes bzw. der Milchmarktordnung. Für den Käser solle sie den Rohstoff Milch soweit verbilligen, dass Käse ohne Beihilfen in die EU exportiert werden könne. Zudem dürften die vom Gesetzgeber mit den Verkäsungszulagen geschaffenen Rahmenbedingungen keine Rechtsungleichheit innerhalb der Käser und der Milchproduzenten schaffen, indem Zulagen zwei Mal ausgerichtet würden.

3.3 Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin die Mascarponeproduktion gegenüber der TSM zum damaligen Zeitpunkt korrekt rapportiert hatte. Im Rahmen des Schriftenwechsels hat die Vorinstanz auf Anfrage des Bundesverwaltungsgerichts hin die Entstehung, Funktionsweise und Fehlerhaftigkeit des zum Rapport der Milchverwertungsdaten verwendeten Informatiksystems erläutert:

3.3.1 Dabei handle es sich um eine Software namens MBH (Milchbeihilfe) 100. Diese sei im Jahr 1999 in Zusammenarbeit mit der TSM entwickelt worden, um u.a. Milchverwertungsdaten zu sammeln und anhand dieser die Verkäsungszulage und die Zulage für die Fütterung ohne Silage je Milchverwerter zu berechnen. Die Software stehe im Eigentum des Bundes und werde von der TSM über einen Leistungsauftrag betrieben. Auf Begehren von Milchverwertern, die ihren aus Molkereimilch hergestellten Rahm (also nicht aus der Käseproduktion stammenden Rahm) zu Mascarpone verarbeiteten, sei die Software so angepasst worden, dass mit der Meldung des Fettgehalts und der Menge des verarbeiteten Rahms die Zulage für Mascarpone automatisch gemäss Art. 1 Abs. 4 MSV berechnet werde und zur Auszahlung gelangen könne. Im Jahr 2012 hätten erstmals zwei Milchverwerter, die Rahm aus der Käseproduktion zu Mascarpone verarbeiteten, diesen für die Ausrichtung von Zulagen gemeldet

und aufgrund der Programmierung von MBH 100 fälschlicherweise Zulagen für Mascarpone erhalten.

3.3.2 Daraus lässt sich jedoch, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, für die Beurteilung der Frage, ob sie rechtmässig Verkäsungszulagen für die Verarbeitung von Rahm auch aus der eigenen Käseproduktion bezogen habe, nichts ableiten.

3.4 Unbestritten ist, dass der zu Mascarpone verarbeitete zugekaufte Rahm grundsätzlich (d.h., sofern dieser nicht aus einer Käseverarbeitung stammt) zum Bezug von Verkäsungszulagen berechtigt. Daher bleibt zu prüfen, ob die Verarbeitung von Rahm aus der *Käseproduktion* zu Mascarpone ebenfalls Verkäsungszulagen generieren darf.

3.4.1 Nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 38 Abs. 1 LwG wird die Verkäsungszulage für die Verkehrsmilch, die zu Käse verarbeitet wird, ausgerichtet. Unter Berücksichtigung der Legaldefinition von "Verkehrsmilch" in Art. 28 Bst. b LBV (vgl. E. 2.1.1) bedeutet dies, dass für diejenige *Milch*, welche die Beschwerdeführerin im eigenen Betrieb zu Käse verarbeitet hat (mithin auch für Mascarpone) Verkäsungszulagen geschuldet sind. Nichts anderes ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 MSV, der die Verkäsungszulage auf 15 Rappen pro Kilogramm zu Käse verarbeiteter Milch festlegt. Für das Entstehen bzw. die Ausrichtung der Subvention wird somit unzweifelhaft *an die zu Käse verarbeitete Milch* angeknüpft (wobei mit "Milch" die unverarbeitete [Voll-]Milch nach Art. 28 Bst. b LBV gemeint ist). Entscheidend ist die Zweckbestimmung der Milch, d.h. die Verarbeitung zu Käse. Die Anzahl Verarbeitungsschritte sind für die Verkäsungszulage unerheblich. Der Anspruch auf die Zulage wird durch die Zweckbestimmung begründet; diese stellt einen einmaligen Vorgang dar, weshalb die gleiche Verkehrsmilch nicht mehrere Verkäsungszulagen auslösen kann. Dies hat zur Folge, dass auch für Mascarpone, wie für andere Käsesorten, nur einmal eine Subvention ausgerichtet werden kann, weshalb der diesbezügliche Einwand der Beschwerdeführerin fehl geht.

Nichts anderes ergibt sich aus den Materialien. In der Botschaft zur Agrarpolitik 2002 (Botschaft zur Reform der Agrarpolitik: Zweite Etappe [Agrarpolitik 2002], vom 26. Juni 1996, BBl 1996 IV 1 ff., 146; nachfolgend: Botschaft Agrarpolitik 2002) wird zu Art. 38 LwG (damals Art. 36 LwG) ausgeführt:

"Die Zulage wird für sämtliche zu Käse verarbeitete Milch ausgerichtet. Nebst den Hart-, Halbhart- und Weichkäsen werden von dieser Zulage somit auch die Frischkäse profitieren können. Ebenso in den Genuss dieser Zulage gelangen jene Käse, welche in Applikationsereien hergestellt werden (...)."

3.4.2 Da die Herstellung von Mascarpone zum Bezug von Verkäsungszulagen berechtigt, dieser jedoch nicht wie andere Käsesorten aus Milch, sondern aus Rahm hergestellt wird (vgl. Factsheet "Was ist Mascarpone?", abrufbar unter <http://www.swissmilk.ch> > Gesund essen & leben > Milch und Milchprodukte > Rahm > Doppelrahm/Mascarpone, besucht am 31. Juli 2013), kann folgerichtig für die *Berechnung* der Verkäsungszulage nicht auf die verarbeitete Menge Verkehrsmilch, sondern nur auf den verarbeiteten Rahm und dessen Fettgehalt abgestellt werden, weshalb diese Berechnungsgrundlage als Ausnahme vom Grundsatz, dass pro Kilogramm zu Käse verarbeiteter Milch 15 Rappen Zulage bezahlt wird (vgl. Botschaft AP 2014-2017, BBl 2012 2174, zit. in E. 3.4.4), explizit geregelt werden musste und daher Niederschlag in Art. 1 Abs. 4 MSV gefunden hat.

3.4.3 Wenn nun der bei der Käseproduktion (zu anderem Käse als Mascarpone) als Nebenprodukt (mittels Zentrifugieren der zu verarbeitenden Milch) entstehende bzw. entstandene Rahm, der gleichentags oder am Tag darauf zu Mascarpone verarbeitet wird, ebenfalls zu einer Verkäsungszulage führen würde, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht, bedeutete dies, dass die bereits subventionierte zu Käse verarbeitete Menge Milch durch die (weitere) Verarbeitung zu Mascarpone erneut subventioniert würde. Jedoch ist Rahm aus der (eigenen oder fremden) Käseproduktion aus subventionsrechtlicher Sicht bereits zu Käse verarbeitet worden. Eine mehrfache Subventionierung für denselben Vorgang ist subventionsrechtlich unerwünscht (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. d und Art. 12 des Subventionsgesetzes vom 5. Oktober 1990 [SuG, SR 616.6]; Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 15. Dezember 1986, BBl 1987 I 369 ff., 378, 400) und durch die gesetzliche Anknüpfung der Verkäsungszulage an die zu Käse verarbeitete Milch vorliegend ausgeschlossen (vgl. E. 3.4.1; vgl. dagegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3133/2009 vom 13. November 2009 E. 7, in welchem das Vorliegen einer genügenden gesetzlichen Grundlage für ein Doppelentschädigungsverbot verneint worden ist). Art. 38 Abs. 1 LwG i.V.m. Art. 28 Bst. b LBV schliessen eine doppelte oder mehrfache Entschädigung durch eine Kettenverarbeitung offensichtlich aus.

3.4.4 Die Ausführungen in der sowohl von der Beschwerdeführerin als auch von der Vorinstanz zitierten Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik in den Jahren 2014-2017 vom 1. Februar 2012 (BBI 2012 2075 ff.; nachfolgend: Botschaft Agrarpolitik 2014-2017), wonach der Bundesrat eine abschliessende Aufzählung der zu Verkäsungszulagen berechtigenden Rohstoffe beabsichtige, vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern, zumal im Kommentar zum Entwurf der sich daraus ergebenden Teilrevision der MSV nun dargelegt wird, dass auf eine explizite Erwähnung der Rohstoffe, die zu einer Verkäsungszulage führen können, verzichtet werde, da diese durch Art. 38 LwG und Art. 1 Abs. 1 und 3 MSV bereits eindeutig definiert seien (Kommentar abrufbar unter: <<http://www.blw.admin.ch>> > Themen > Agrarpolitik > AP 2014-2017 > Andere Verordnungen > Milchpreisstützungsverordnung, besucht am 31. Juli 2013). Aus dem Umstand, dass in der Botschaft Agrarpolitik 2014-2017 sodann ausgeführt wird "Folglich kann für Rahm, der zu Mascarpone verarbeitet wird, künftig keine Zulage für verkäste Milch mehr ausgerichtet werden." (Botschaft Agrarpolitik 2014-2017, BBI 2012 2177), kann für die Beurteilung der aktuellen Rechtslage lediglich abgeleitet werden, dass die Verarbeitung zu Mascarpone nach geltendem Recht grundsätzlich Anspruch auf Subventionen gibt.

3.4.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin zu Unrecht Verkäsungszulagen auf Rahm, auf dem bereits eine Verkäsungszulage geltend gemacht bzw. ausgerichtet worden war, weil er aus der Käseproduktion stammte, ausbezahlt erhielt.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, der angebliche Fehler im Informatiksystem begründe kein widerrechtliches Verhalten ihrerseits, weshalb sie die bereits ausgerichteten Verkäsungszulagen nicht zurückerstatten müsse.

Die Vorinstanz legt dar, dass der Beschwerdeführerin kein unrechtmässiges bzw. widerrechtliches Verhalten vorgeworfen werde. Die Beiträge seien jedoch zu Unrecht im Sinne des Gesetzes, d.h. wider das Gesetz ausgerichtet worden und deshalb zurückzuerstatten.

4.1 Die Beschwerdeführerin stellt weder die Höhe der von der Vorinstanz berechneten und ausbezahlten Beiträge auf zu Mascarpone verarbeitetem Rahm, der aus der eigenen Käseproduktion stammt, noch diejenige von zu Mascarpone verarbeitetem Rahm, der zugekauft worden ist, in

Frage. Nachfolgend ist deshalb auf die von der Vorinstanz errechneten Beträge abzustellen. Zu prüfen ist nur die Zulässigkeit ihrer Rückforderung.

4.2 Nach Art. 171 Abs. 1 LwG werden Beiträge ganz oder teilweise zurückgefordert, wenn die Voraussetzungen, unter denen ein Beitrag gewährt wurde, nicht mehr erfüllt oder Auflagen oder Bedingungen nicht eingehalten werden. Zu Unrecht bezogene Beiträge oder Vermögensvorteile sind unabhängig von der Anwendung der Strafbestimmungen zurückzuerstatten oder zu verrechnen (Art. 171 Abs. 2 LwG). Dabei handelt es sich nach der Systematik des Gesetzes um eine Verwaltungsmassnahme.

4.3 In der Botschaft Agrarpolitik 2002 (BBl 1996 IV 279) wird zu Art. 171 LwG (damals Art. 168 LwG) ausgeführt:

"Zu Unrecht bezogene Beiträge sind zurückzuerstatten oder zu verrechnen. Darunter fallen einerseits Beiträge, die aufgrund strafbarer Handlungen erschlichen wurden, andererseits solche, die sonst widerrechtlich erlangt wurden, wie unrichtige Zustellung (zwei Landwirte mit dem Namen Karl Müller im gleichen Dorf), Auszahlung an den Grundeigentümer anstelle desjenigen, der die beitragsberechtigte Tätigkeit ausübt usw."

Für die Begründung der Rückerstattungspflicht ist somit, wie die Vorinstanz zur Recht anfügt, ein Verschulden des Beitragsempfängers nicht vorausgesetzt.

4.4 Obschon der Fehler betreffend die Erfassung in der Software MBH 100 dem Bund zuzurechnen ist, besteht dennoch eine Rückerstattungspflicht, weil die Ausrichtung bzw. der Bezug von Verkäsungszulagen für aus der Käseproduktion stammenden und weiterverarbeiteten Rahm gesetzeswidrig ist (vgl. E. 3.4 ff.). Dem Umstand, dass der Bund bzw. die Vorinstanz die sich nachträglich als fehlerhaft erwiesene Rapportierung zu vertreten hat, ist durch den Verzicht auf die Erhebung von Verfahrenskosten und das Absehen von einer weitergehenden Verwaltungsmassnahme nach Art. 169 Abs. 1 Bst. h LwG (Belastung mit einem Betrag von höchstens Fr. 10'000.–) sowie der Nichtanhandnahme eines allfälligen Strafverfahrens nach Art. 173 Abs. 1 Bst. d LwG, im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips, in genügender Weise Rechnung getragen worden. Darüber hinaus hat die Vorinstanz auch auf die Erhebung von Zinsen nach Art. 30 Abs. 3 SuG auf den zu Unrecht erhaltenen Betrag in Würdigung dieses besonderen Umstands verzichtet.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich, es sei unzulässig, für die Berechnung der Verkäsungszulage vom zugekauften Rahm die Menge des von der Beschwerdeführerin im selben Monat verkauften Rahms in Abzug zu bringen. Daher sei die Rückerstattungspflicht eventualiter auf Fr. 107'414.90 zu reduzieren.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht im Einzelnen geltend, es sei nicht rechtsmissbräuchlich, wenn zugekaufter Rahm für die Mascarponeproduktion verwendet werde und im gleichen Monat (eigener) Rahm verkauft werde. Sie verkaufe ihren Rahm, es sei denn, sie verarbeite diesen zu eigenen Produkten. Der Rahm werde praktisch täglich bei der Käserei abgeholt. Wenn die Produktion von Mascarpone geplant sei, sei regelmässig zu wenig Rahm aus dem eigenen Betrieb vorhanden, da Mascarpone aus frischem Rahm hergestellt werden müsse, der am gleichen Tag oder allenfalls am Vortag angefallen sei. Deshalb müsse Rahm zugekauft werden. Von einer Umgehung könne somit nicht ausgegangen werden; die Zu- und Verkäufe würden sich aufgrund betrieblicher Abläufe ergeben. Es gehe nicht an, dass man einem Produzenten Zukäufe aufrechne, weil er aus produktionstechnischen und wirtschaftlichen Gründen nur einmal pro Woche Mascarpone herstelle und dafür Rahm zukaufen müsse.

5.2 Die Vorinstanz begründet den bei der Berechnung der Verkäsungszulagen vorgenommenen Abzug für den von der Beschwerdeführerin aus der eigenen Produktion verkauften Rahm damit, dass es nicht dem Sinn des Marktpreisstützungssystems entspreche, wenn eine Mascarponeherstellerin wie die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Produktionsweise einen durch den Verkauf des eigenen Rahms subventionierten Wettbewerbsvorteil gegenüber denjenigen Mascarponeherstellern erhalte, die Mascarpone aus Rahm aus Molkereimilch produzierten. Dass auf dasselbe Kilogramm Milch von Gesetzes wegen nur einmal eine Verkäsungszulage ausgerichtet werde, dürfe nicht umgangen werden, indem der eigene Rahm verkauft und dafür Rahm, der nicht aus der Käsefabrikation stamme, für die Herstellung von Mascarpone zugekauft werde, um so Verkäsungszulagen auszulösen. Derartige Zukäufe seien als rechtsmissbräuchliche Gesetzesumgehungen zu beurteilen, selbst wenn dies nicht absichtlich geschehen sei. Diese bereits ausbezahlten Zulagen seien ebenfalls zurückzuerstatten.

5.3 Das Rechtsmissbrauchsverbot, das im Privatrecht in Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB,

SR 210) verankert ist, gilt als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch im öffentlichen Recht (BGE 131 V 97 E. 4.3.1). Das Rechtsmissbrauchsverbot ist daher von allen rechtsanwendenden Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zu beachten und anzuwenden. Ob eine rechtsmissbräuchliche Ausübung eines Rechts vorliegt, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu bestimmen, wobei die von der Lehre und Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen des Rechtsmissbrauchs zu beachten sind (BGE 129 III 493 E. 5.1). Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will bzw. nicht in dessen Schutzbereich liegen (BGE 138 III 401 E. 2.2 und E. 2.4.1 je m.H.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 716). Rechtsmissbräuchliches Verhalten zeichnet sich dadurch aus, dass es den anspruchsbegründenden Tatbestand nur nach dem Wortlaut und nicht auch nach dem Sinn des Gesetzes erfüllt (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMELI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 22 Rz. 26).

5.3.1 Für den von der Vorinstanz beabsichtigten Abzug besteht keine explizite gesetzliche Grundlage; dies wird von der Vorinstanz denn auch nicht geltend gemacht. Überdies sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass die Beschwerdeführerin aus anderen als betrieblichen bzw. produktionstechnischen Gründen Rahm für die wöchentliche Herstellung von Mascarpone zugekauft hätte. Die Beschwerdeführerin hatte nach geltendem Recht Anspruch auf diese Verkäsungszulagen auf den von ihr für die Herstellung von Mascarpone zugekauften Rahm (im vollen Umfang), weil unverarbeitete (Voll-)Milch, die nicht bereits für die Käseproduktion subventioniert worden war, zu Käse verarbeitet wurde. Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kann daher von vornherein nicht vorliegen.

5.3.2 Dieses Ergebnis widerspricht auch nicht Sinn und Zweck der einschlägigen Bestimmungen. Unzulässig ist nur der mehrfache Bezug von Subventionen für den gleichen Rohstoff (Verkehrsmilch, vgl. E. 3.4 ff.). Zudem ist ein subventionierter Wettbewerbsvorteil gegenüber Produzenten, die Mascarpone einzig aus Rahm aus Molkereimilch herstellen, nicht ersichtlich: Beide erhalten unter Berücksichtigung des Grundsatzes, dass für dasselbe Kilogramm unverarbeitete (Voll-)Milch bei der Verarbeitung zu Käse nur einmal eine Verkäsungszulage ausgerichtet werden kann, gleich viele Subventionen. Die Beschwerdeführerin hat durch den Verkauf von Rahm aus der eigenen Produktion und dem Zukauf von Rahm aus

fremder Produktion, die keine Verkäsungszulagen ausgelöst hatte, nicht mehr Zulagen ausgerichtet erhalten, als sie Anspruch hatte. In dem auf plausiblen Gründen beruhenden Zukauf von Rahm trotz Verkaufs eigenen Rahms im gleichen Monat ist für sich genommen keine Gesetzesumgehung zu erblicken, weshalb die entsprechende Rückforderung der Vorinstanz Bundesrecht verletzt.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rückforderung von der Beschwerdeführerin bereits ausbezahlten Verkäsungszulagen in der Höhe von Fr. 107'414.90 für die Verarbeitung von Rahm aus der eigenen Käseproduktion zu Mascarpone bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich jedoch mit Bezug auf den von der Vorinstanz bei der Berechnung getätigten Abzug vom zugekauften Rahm, der nicht aus der Käsefabrikation stammte, im Umfang des im selben Monat aus der eigenen Käseproduktion verkauften Rahms als begründet, weshalb sie teilweise gutzuheissen ist. Die Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Verkäsungszulagen gegenüber der Beschwerdeführerin ist daher auf Fr. 107'414.90 zu reduzieren. Da die Vorinstanz auf die Einforderung von Zinsen verzichtet hat, sind auf diesen Betrag keine Zinsen geschuldet.

7.

Entsprechend dem Verfahrensausgang obsiegt die Beschwerdeführerin zur Hälfte, unterliegt jedoch mit ihrem Hauptantrag, weshalb ihr reduzierte Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese werden mit dem am 30. Mai 2013 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– verrechnet. Der die Verfahrenskosten übersteigende Betrag von Fr. 3'000.– ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten. Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Als teilweise obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine gekürzte Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung durch das Bundesverwaltungsgericht in Anwen-

dung von Art. 14 Abs. 2 VGKE nach Ermessen, unter Berücksichtigung des gebotenen und aktenkundigen Anwaltsaufwands für die Frage des Abzugs im Umfang des verkauften eigenen Rahms, auf Fr. 3'000.– (einschliesslich Mehrwertsteuer) festgesetzt wird. Die Parteientschädigung wird der Vorinstanz in ihrer Funktion als entscheidenden Behörde auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird insoweit teilweise gutgeheissen, als sie die Rückforderung von Verkäsungszulagen auf von der Beschwerdeführerin zugekauften und zu Mascarpone verarbeiteten Rahm bzw. den entsprechenden Abzug im Umfang des verkauften eigenen Rahms betrifft. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. Es wird festgestellt, dass die Rückerstattungspflicht bezüglich zu Unrecht bezogener Zulagen für verkäste Milch Fr. 107'414.90 beträgt und darauf keine Zinsen geschuldet sind.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 3'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (inkl. MwSt.) zulasten der Vorinstanz zugesprochen. Dieser Betrag ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu überweisen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Philippe Weissenberger

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 17. September 2013