

Höhestrasse 54
8702 Zollikon

Rämistrasse 31
Postfach 160
8024 Zürich

+41 44 512 17 30
info@kipfer-anwalt.ch
www.kipfer-anwalt.ch

UID-Nummer:
CHE-173.021.820 MWST

Rechtsgutachten zur Auszahlungspraxis der Verkäsungszulagen

10. Juni 2017

Auftraggeber: Andreas Volkart, Salenstrasse 20, 8162 Steinmaur

1. Ausgangslage

Der Auftraggeber dieses Rechtsgutachtens hat umfangreiche Recherchen zur Auszahlungspraxis bei Verkäsungszulagen in der Schweiz nach der sogenannten Milchpreisstützungsverordnung (MSV) getätigt.

Diese Auszahlungspraxis ist nun juristisch zu beurteilen. Es wird insbesondere den Fragen nachgegangen, ob der Vollzug der MSV korrekt umgesetzt wird und ob die MSV die Ziele der Milchmarktpolitik erfüllen kann. Der Auftraggeber wünscht dabei die Beantwortung von sechs vorformulierten Fragen (dazu nachfolgend unter Ziffer 3 dieses Gutachtens).

Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichwohl für beide Geschlechter.

2. Einleitung in die Thematik

Zur Förderung der einheimischen Käse- und Milchwirtschaft erhält jeder Milchproduzent 15 Rappen für jedes Kilogramm Milch, das zu Käse verarbeitet wird. Diese Regelung besteht unter dem Begriff „Verkäsungszulage“ seit 1999. Damit wollte der Bund verhindern, dass der inländische Milchpreis nicht noch weiter fällt und dass der Käser in der Schweiz die einheimische Milch genauso günstig einkaufen kann wie die Konkurrenz im Ausland.

Die gesetzliche Grundlage findet sich in der Milchpreisstützungsverordnung (MSV). Die Milchproduzenten erhalten nebst Verkäsungszulagen zusätzlich allenfalls noch 3 Rappen pro Kilogramm Milch als Siloverzichtszulage, sofern bei der Fütterung der Kühe kein Silofutter eingesetzt wird. Grund hierfür ist, dass Silofutter Bakterien und weitere Stoffe enthält, welche über die Kuh in die Milch gelangen und bei der Käsegärung zu unerwünschten Folgen führen können.

Diese Zulagen werden den Käsereien/Molkereien ausbezahlt und sollten den Milchbauern weitergegeben werden. Ungefähr 75% der Milch gelangt über den Handel und teilweise über mehrere Geschäftsstufen zu den Käsereien/Molkereien (sogenannte Zweit- und Drittmilchkaufverträge). Dabei verliert der Milchproduzent je nach Konstellation den Überblick, wohin seine Milch transportiert und wo sie verarbeitet wird.

Die Milchbauern können bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen kaum kontrollieren, ob und in welcher Höhe ihnen die Verkäsungszulagen zustehen. Hierzu ein Beispiel: Ein Milchbauer aus dem Tessin verkauft Milch an einen

Händler in der Ostschweiz, welcher sie an eine Käserei in der Westschweiz weiterverkauft. Dort wird die gelieferte Milch zu Käse, aber auch zu anderen Milchprodukten verarbeitet. Subventionen gibt es nur für Käse.

Die (Gross-)Käsereien/Molkereien anerkennen denn auch, dass es kompliziert wäre, die Verkäsungszulagen in den Abrechnungen separat auszuweisen. Deshalb gilt als vorherrschende Meinung unter den Milchhändlern und Milchverarbeitern, dass die Verkäsungszulage bereits im Auszahlungspreis der Milch eingerechnet sei und deshalb nicht separat ausgewiesen werden müsse. Aus diesen Gründen ist es bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen beinahe unmöglich zu erfahren, wohin die Zulagen tatsächlich fliessen.

Gemäss Art. 6 MSV haben Milchverwerter die Zulagen in der Abrechnung separat auszuweisen. Die Buchhaltung ist so zu gestalten, dass ersichtlich ist, welche Beiträge sie für die Zulagen erhalten und ausbezahlt haben. In der Praxis steht in den Milchabrechnungen in der überwiegenden Zahl jedoch nichts von einer Verkäsungszulage. Die Käsereien, Molkereien und Händler sind der Meinung, die Verkäsungszulage sei bereits im Milchpreis inbegriffen. In den Medien geben das die Spitzenbezüger wie Emmi, Imlig oder Nordostmilch offen zu (Beispiel "Der Beobachter": www.beobachter.ch/burgerverwaltung/subventionen-wohin-fliesst-das-geld). Die Abrechnungen würden zumeist einen „Grundpreis“ enthalten sowie Abzüge für Administration und Transport, manchmal seien noch allfällige Zulagen für Grossmengen und Qualität enthalten. Dies widerspricht klar den gesetzlichen Vorgaben, wonach die Zulagen in den Abrechnungen separat auszuweisen sind (Art. 6 lit. b MSV).

Das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) ist der Überzeugung, dass das System als Ganzes funktioniere. Man kontrolliere jährlich rund 300 Betriebe. Dass das BLW vorliegend kaum objektiv sein kann, liegt in der Natur der Sache. Schliesslich trägt das BLW die Verantwortung für die Auszahlung der Zulagen als auch für die Kontrolle derselben.

Es steht somit fest, dass in den meisten Abrechnungen die Verkäsungszulagen nicht ausgewiesen werden. Daraus folgt, dass die Verkäsungszulage zumeist bei den Milchverarbeitern und Händlern verbleibt.

3. Einzelfragen

3.1. **FRAGE 1:** Handelt die „Inspektionsstelle Milch“, respektive das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), bei ihren Kontrollen gesetzeskonform nach der im Recherchebericht des Auftraggebers angetroffenen und dokumentierten Auszahlungspraxis der Verkäsungszulagen?

Einleitung

Der Auftraggeber verfügt über insgesamt 29 Milchinspektionsberichte des BLW, welche aus datenschutzrechtlichen Gründen teil-anonymisiert sind. Einzige offizielle Kontrollstelle ist die sogenannte "Inspektionsstelle BLW". Es ist nun zu prüfen, ob die Kontrollen gesetzeskonform ablaufen.

Gesetzliche Grundlage

Art. 14 Abs. 2 MSV lautet wie folgt:

"Es (=BLW) führt stichprobenweise Inspektionen durch, eröffnet bei Verdacht auf Widerhandlungen eine Untersuchung und verfügt Verwaltungsmassnahmen."

Zu Art. 14 Abs. 2 MSV im Detail:

- Die *Durchführung der Inspektionen* obliegt gemäss Verordnung dem BLW selber. Es lässt diese durch die eigene Inspektionsstelle, die sogenannte "Inspektionsstelle BLW", durchführen.
- Es sind *stichprobenweise* Inspektionen durchzuführen: Dem BLW wird somit keine Mindestanzahl an Kontrollen pro Zeiteinheit vorgeschrieben. Mit ein paar wenigen Kontrollen pro Jahr sollten die Vorgaben der Verordnung bereits erfüllt sein. Gemäss (nicht überprüfbar) Angaben des BLW werden jährlich 300 Kontrollen durchgeführt.
- Die Kontrollen sind als *"Inspektionen"* durchzuführen: In Lehre und Rechtsprechung ist der Begriff der Inspektion nicht definiert worden. Auf Wikipedia bedeutet Inspektion allgemein "Kontrolle". Betreffend Umfang und Tiefe der Inspektion ist das BLW somit kaum an Vorgaben gebunden, dies im Unterschied zum Beispiel bei Kontrollen von Unternehmungen nach dem Entsendegesetz (EntsG).

- Bei Verdacht auf Widerhandlungen eröffnet das BLW eine Untersuchung und verfügt Verwaltungsmassnahmen: Es sind keine offiziellen Zahlen vorhanden, wie viele Untersuchungen pro Jahr eröffnet und wie viele Massnahme-Verfügungen jährlich erlassen werden. Ob das BLW bei jedem Verdacht eine Untersuchung eröffnet, kann nicht überprüft werden.

Vollständigkeit der Inspektionsberichte:

Das BLW hat alle durch die MSV gemachten Vorgaben zu kontrollieren wie beispielsweise, ob die gelieferte Milch täglich erfasst wird, ob die Zulagen in den Abrechnungen separat ausgewiesen werden, etc.

Die Formulare der Inspektionsberichte des BLW (siehe Anhang 1) enthalten hierzu alle notwendigen Angaben und sind somit vollständig.

Gesetzeskonformität des Formulars für Inspektionsberichte:

Zu Ziffer 3 "Auszahlungspflicht" im Formular der Inspektionsberichte:

Unter Ziffer 3 "Auszahlungspflicht" im Formular der Inspektionsberichte wird geprüft, ob die Zulagen in der Abrechnung über den Milchkauf separat ausgewiesen werden, und zwar beim Milchkauf direkt von Produzenten und beim Milchkauf von Dritten (Zweitmilchkauf). In beiden Fällen findet sich eine sogenannte "Erklärung", wonach Milchverkäufer und Milchkäufer vereinbaren können, dass die Zulagen im Milchpreis inbegriffen sind. Die Inspektionsstelle BLW akzeptiert somit Vereinbarungen eines pauschalen Milchpreises ohne Ausweisung der Zulagen.

In Art. 6 lit. b MSV ist klar festgehalten, dass die Zulagen in der Abrechnung über den Milchpreis separat auszuweisen sind. Es stellt sich nun die Frage, ob diese gesetzliche Vorgabe durch Private, vorliegend durch eine Vereinbarung zwischen dem Milchproduzenten oder Händler und dem Milchverarbeiter, abgeändert werden darf.

Die Bestimmungen in der Milchpreisstützungsverordnung gehören zum öffentlichen Recht. Die Vorschriften des öffentlichen Rechts sind mit wenigen Ausnahmen nicht abänderbar, sondern zwingend. Der Grund hierfür ist, dass das öffentliche Recht dem öffentlichen Interesse dient und deshalb nicht durch privatrechtliche Abmachungen ausgehebelt werden kann. Dies gilt auch für Art. 6 lit. b MSV. Würde man den Inhalt dieser Norm

ausnahmsweise durch eine Vereinbarung ändern können, müsste es hierfür einen Hinweis geben. Ein solcher ist in der MSV jedoch nicht vorhanden.

Fazit: Das Akzeptieren privatrechtlicher Abmachungen über die Ausweisung der Zulagen durch das BLW ist gesetzeswidrig.

Dem BLW scheint dies bewusst zu sein. So hat es bereits mit Schreiben vom 24. April 2013 (Anhang 2) die Milchverwerter (inklusive Sammelstellen) aufgefordert, den Vorgaben von Art. 6 lit. b MSV nachzukommen, also die Zulagen in der Abrechnung über den Milchkauf separat auszuweisen. Die Inspektionsstelle BLW werde "bei ihren Kontrollen die Umsetzung des Artikels 6 Buchstabe b der MSV genau prüfen." Zudem würden ab 1. Januar 2014 bei Beanstandungen Verwaltungsmaßnahmen ergriffen.

Dem Verfasser dieses Gutachten liegen 21 Inspektionsberichte ab 2014 vor. In jedem Bericht bestand nach wie vor die Möglichkeit, die Zulagen nicht separat auszuweisen (!). Wurden die Zulagen nicht separat ausgewiesen – hatten also Milchverkäufer und Milchkäufer vereinbart, dass die Zulagen im Milchpreis inbegriffen sind – so wurde dies von der Inspektionsstelle BLW nach wie vor akzeptiert, trotz Schreiben vom 24. April 2013.

Zur Weiterleitung der Zulagen an die Milchproduzenten:

Gemäss Art. 6 lit. a MSV sind die Milchverwerter verpflichtet, die Zulagen innert Monatsfrist an die Produzenten weiterzugeben, von denen sie die zu Käse verarbeitete Milch gekauft haben.

Es fragt sich, nach welcher anerkannten Auslegungsregel diese Bestimmung auszulegen ist. Die Auslegung nach Wortlaut, die sogenannte grammatikalische Auslegung, kann hier nicht greifen. Beispiel: Kauft nun eine Käserei/Molkerei Milch von einem Händler, so käme Art. 6 lit. a MSV nicht zur Anwendung, da der Milchverwerter die Milch ja nicht vom Produzenten gekauft hat. Der Händler wird in erwähnter Bestimmung nicht aufgeführt. Würde man in der Verkaufskette also stets einen Händler zwischen Verwerter und Produzent schieben, wäre kein Verwerter mehr dazu verpflichtet, irgendwelche Zulagen abzuliefern.

Vorliegend muss die Bestimmung nach Sinn und Zweck, als nach der teleologischen Auslegungsmethode, interpretiert werden. Nach dieser soll der Produzent immer eine Zulage erhalten, wenn seine Milch zu Käse verarbeitet wird, unabhängig davon, über wieviele Händler die Milch weiterverkauft wird.

Bei Zweitmilchkaufverträgen ist die Inspektionsstelle BLW kaum in der Lage, die tatsächliche Weiterleitung der Zulagen zu kontrollieren. Sie hat aber den Vollzug der MSV zu kontrollieren und hierzu wirksame Kontrollmechanismen zur Verfügung zu stellen. Bei Verdacht, dass die Zulagen nicht weitergeleitet werden, müsste das BLW gemäss Art. 14 Abs. 2 MSV "eine Untersuchung" eröffnen. Ob das BLW tatsächlich solche Untersuchungen eröffnet, ist dem Verfasser nicht bekannt. Es ist jedoch nicht anzunehmen. Diesbezüglich verfügt das BLW aber auch über einen gewissen Ermessensspielraum.

Fazit zu Frage 1:

Die Kontrollpraxis der Inspektionsstelle BLW ist in Bezug auf Art. 6 lit. b MSV gesetzeswidrig. Vereinbarungen eines pauschalen Milchpreises ohne Ausweisung der Zulagen in den Abrechnungen sind nichtig (dazu nachfolgend unter Ziffer 3.2).

3.2. FRAGE 2: Besteht für betroffene Milchproduzenten ein Anspruch auf die Verkäsungszulagen, die von Milchverarbeitern/Käsereien bezogen, aber nicht an die Milchproduzenten weitergeleitet wurden?

Dass der Milchproduzent Anspruch auf die Verkäsungszulagen hat, ist unbestritten in der Milchpreisstützungsverordnung festgehalten.

Das BLW zahlt die Zulagen den Käsereien/Molkereien aus. Diese haben sie den Produzenten weiterzuleiten (Art. 6 lit. a MSV). Der Milchhersteller hat somit einen Anspruch auf Auszahlung der Zulagen gegenüber der Käserei/Molkerei. Dieser Anspruch ist einklagbar.

Sowohl die Milchverarbeitungsbetriebe als auch die Milchproduzenten sind privatrechtliche Unternehmungen, weswegen das Verfahren dem Zivilrecht untersteht. Die beiden Parteien verfügen über einen Kaufvertrag über die Milchlieferung.

Variante 1: Käufer und Verkäufer haben im Kaufvertrag festgehalten, dass die Zulagen dem Verkäufer weiter zu leiten sind:

Der Anspruch des Produzenten ist somit vertraglich festgehalten und es kann auf Erfüllung des Kaufvertrages geklagt werden.

Variante 2: Käufer und Verkäufer haben im Kaufvertrag festgehalten, dass die Zulagen im Milchpreis inbegriffen sind:

Wie bereits erwähnt, gehören die Bestimmungen in der Milchpreisstützungsverordnung zum öffentlichen Recht. Die Vorschriften des öffentlichen Rechts sind mit wenigen Ausnahmen nicht abänderbar, sondern zwingend. Dies gilt auch für Art. 6 lit. b MSV.

Wenn nun ein Milchverkäufer und ein Milchkäufer vereinbaren, dass die Zulagen im Milchpreis inbegriffen sind, so ist dieser Inhalt des Vertrages widerrechtlich und somit nichtig (Art. 20 OR). Da der Vertrag zwischen den beiden Parteien wohl auch ohne diese Teilvereinbarung geschlossen worden wäre, spricht man von einer Teilnichtigkeit (Art. 20 Abs. 2 OR). Ein nichtiger Vertrag vermag keine rechtsgeschäftlichen Wirkungen zu erzeugen. Die Nichtigkeit wirkt dabei ex tunc, also von Anfang an, sie ist absolut und unheilbar. Der Zweck der Nichtigkeit besteht darin, den Zustand, wie er vor Vertragsabschluss herrschte, wiederherzustellen. Ausserdem ist die Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten.

Da nun erwähnte Teilvereinbarung zwischen Milchproduzent und Milchverarbeiter nichtig ist, entstehen keine vertraglichen Ansprüche. Die Käserei/Molkerei ist aber ungerechtfertigt aus dem Vermögen des Produzenten bereichert. Eine ungerechtfertigte Bereicherung wird dann angenommen, wenn

1. zwischen zwei Personen eine Vermögensverschiebung stattgefunden bzw. sich die eine Person zu Lasten der anderen Person einen Vorteil verschafft hat
2. und ein hinreichender Rechtsgrund dafür nicht gegeben ist.

Der Produzent kann somit mittels Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) auf Herausgabe der Zulagen klagen.

Variante 3: Käufer und Verkäufer haben im Kaufvertrag bzgl. Zulagen nichts festgehalten:

Da keine vertragliche Regelung besteht, ist wiederum die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung (Art. 62 ff. OR) anzuwenden.

Fazit zu Frage 2:

Der Milchhersteller kann seine Ansprüche auf Auszahlung der Zulagen gegenüber dem Käufer zivilrechtlich geltend machen.

Da Zivilprozesse zeit- und kostenintensiv sind, empfiehlt es sich, vorgängig beim BLW vorstellig zu werden. Das BLW müsste – sofern sich der Verdacht

auf eine Widerhandlung bestätigt – eine Untersuchung eröffnen und allenfalls Verwaltungsmassnahmen aufgrund von Art. 14 Abs. 2 MSV aussprechen. Die Zulagen werden damit aber noch nicht dem Milchbauern überwiesen. Eventuell werden das BLW oder dessen Administrationsstelle aber vermitteln, obwohl dies gesetzlich nicht vorgesehen ist

3.3. FRAGE 3: Welche rechtlichen/administrativen Möglichkeiten hat ein Schweizer Milchproduzent, der nicht weiss, ob seine Milch verkäst wurde und ob er um die Verkäsungszulage geprellt wurde, da seine Milch über Zwischenhändler verkauft wurde und er seine Milch nicht selber verkäsen liess? (sog. Milchverkäufe von Zweit- und Drittmilchkaufverträgen.)

Wer verfügt über die Daten?

Die Milchverwerter müssen die gelieferten Milchmengen der Milchhersteller täglich aufzeichnen (Art. 8 Abs. 1 MSV). Der Administrationsstelle des BLW sind monatlich die gelieferte Menge je Produzent mitzuteilen (Art. 8 Abs. 2 MSV). Schliesslich haben die Milchverwerter auch eine tägliche detaillierte Verwertungskontrolle durchzuführen (Art. 9 MSV). Dabei ist wiederum monatlich der Administrationsstelle des BLW mitzuteilen, was mit der eingekauften Milch im Detail geschehen ist. Alle diese Daten hat die Administrationsstelle dem BLW zu übermitteln (Art. 12 Abs. 2 lit. b MSV). Somit verfügen die Administrationsstelle BLW, das BLW selbst und die Milchverwerter über alle relevanten Daten.

Bezug der notwendigen Daten von der Käserei/Molkerei

Bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen verfügt der Produzent über einen Milchlieferungsvertrag (=Kaufvertrag) mit dem Zwischenhändler, welchem er die Milch direkt verkauft. In diesem Vertrag kann der Produzent den Endverwerter nicht verpflichten, dass dieser ihm alle relevanten Daten zustellt, da niemand ohne seine Zustimmung oder Mitwirkung durch einen Vertrag verpflichtet werden kann. Gesetzlich ist ein Milchverarbeiter zudem nicht verpflichtet, dem Milchbauern etwaige Daten herauszugeben.

Somit ist ein Bezug derjenigen Daten, welche für eine Überprüfung, ob alle Zulagen ausbezahlt wurden, notwendig sind, über die Milchverwerter nicht möglich.

Bezug der notwendigen Daten vom BLW bzw. von der Administrationsstelle BLW

Das BLW sowie dessen Administrationsstelle sind aufgrund der Milchpreisstützungsverordnung oder des Subventionsgesetzes (SuG) nicht verpflichtet, die erhobenen Daten den Milchproduzenten weiterzugeben. Sie werden dazu nicht einmal in der Lage sein, da bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen die Milchtransportwege nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand nachvollzogen werden können. Dies wird in einer Medienmitteilung des BLW vom 20. Februar 2014 auch explizit bestätigt (siehe Anhang 3). Das BLW schreibt hierzu: *"Die Weitergabe der Zulagen über mehrere Handelsstufen kann gemäss Studie der Flury&Giuliani GmbH dagegen nicht explizit nachvollzogen werden. Aufgrund der durchgeführten Befragung der Produzenten- und Branchenorganisationen ist aber davon auszugehen, dass die Zulagen auch in diesem Fall an die Milchproduzenten weitergegeben werden."*

Der Auftraggeber dieses Gutachtens ersuchte aufgrund des Öffentlichkeitsprinzips der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) verschiedene Male um Zugang zu diversen Dokumenten beim BLW, welcher ihm meistens und zumindest teilweise versagt blieb. Als Begründung wurde jeweils vorgebracht, dass die Dokumente Informationen über privatrechtliche Geschäftsbeziehungen der Milchverarbeiter zu Dritten, deren Produktionsdaten und weitere detaillierte Angaben über die Geschäftstätigkeit der betroffenen Milchverarbeiter enthalten würden. Die gleiche Erfahrung machten diverse Medien (Beispiel "Der Beobachter": www.beobachter.ch/burger-verwaltung/subventionen-wohin-fliesst-das-geld).

Die Berufung auf datenschutzrechtliche Gründe bietet einen grossen Ermessensspielraum. So kann das Ermessen in einem Entscheid nicht richtig und unzweckmässig gehandhabt werden. Ein solcher Entscheid wäre unangemessen. Wenn er aber trotzdem innerhalb des Ermessensspielraumes liegt, liegt keine Rechtsverletzung vor. Erst bei einem sogenannten Ermessensmissbrauch, das heisst, wenn das Ermessen willkürlich und rechtsungleich betätigt wird, liegt eine Rechtsverletzung vor. Dabei kann der Entscheid zwar nach wie vor

innerhalb des Ermessensspielraums liegen, der Entscheid ist aber nicht nur unangemessen, sondern schlicht unhaltbar, also willkürlich.

Es scheint, dass dieser Spielraum vorliegend durch das BLW ausgereizt wurde. Es sind jedoch keine Anhaltspunkte für einen Ermessensmissbrauch bzw. für ein willkürliches Vorgehen der Bundesbehörden ersichtlich.

Es ist deshalb davon auszugehen, dass einem Milchproduzenten die Einsicht in die für ihn relevanten Dokumente aus denselben Gründen wie den bisherigen Gesuchstellern ebenso verwehrt wird.

Fazit zu Frage 3:

Bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen hat der Milchhersteller keine rechtlichen bzw. administrativen Möglichkeiten, um die für ihn relevanten Dokumente und Daten zu beschaffen.

3.4. FRAGE 4: Erlaubt das Subventionsgesetz die Auszahlung von Verkäsungszulagen an einen Milchverarbeiter oder eine Käserei, wenn diese dem Milchproduzenten (welcher die Milch liefert) einen Milchpreis bezahlt, bei dem der Milchproduzent keinen kostendeckenden Milchpreis erhält und also noch finanziell drauflegt, damit seine Milch verkauft wird? Wird in diesem Fall überhaupt ein Zielakteur gefördert?

Hat der Milchhersteller Anspruch auf einen kostendeckenden Milchpreis?

Weder nach Subventionsgesetz noch nach der Milchpreisstützungsverordnung hat der Milchhersteller einen Anspruch auf einen kostendeckenden Milchpreis oder auf einen Mindestmilchpreis. Auch andere Gesetze oder Verordnungen sehen keinen solchen Anspruch vor. Ein Anspruch auf einen kostendeckenden Milchpreis kann auch nicht aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen hergeleitet werden.

Die Verkäsungszulagen können und müssen somit unabhängig vom vereinbarten Milchpreis zwischen Käserei/Molkerei und Milchproduzent ausbezahlt werden.

Förderung eines Zielakteurs?

Mit der Verkäsungszulage wollte der Bund verhindern, dass der Milchpreis nicht noch günstiger wird und dass der Milchverarbeiter die Milch genauso günstig einkaufen kann wie die ausländische Konkurrenz. Der Bund hatte somit zum Ziel, zwei Gruppen von Akteuren zu fördern, nämlich den Milchbauern und den Milchverarbeiter.

Da der Hauptteil der Verkäsungszulagen nicht an die Milchhersteller weitergeleitet wird, sei es, weil 75% der Milch über den Handel zu den Käsereien und Molkereien gelangt, sei es, weil Käufer und Verkäufer widerrechtlich vereinbart haben, dass die Zulagen im Milchpreis inbegriffen sind, profitieren primär die Käsereien/Molkereien von der Einführung der Verkäsungszulage.

Fazit zu Frage 4:

Der Milchproduzent hat keinen Anspruch auf einen Mindestpreis oder einen kostendeckenden Preis seiner Milch.

Mit der Verkäsungszulage wurden die Ziele des Bundes nur teilweise erreicht. Es profitiert primär die Käserei bzw. Molkerei. Bei denjenigen Konstellationen, wo die Milch nicht über Händler verkauft wird, wurden die Ziele mehr oder weniger auch für die Produzenten erreicht, da diese die Verkäsungszulagen aufgrund der dem Verfasser zur Verfügung stehenden Inspektionsberichte des BLW zumindest teilweise erhalten.

3.5. FRAGE 5: Ist die Beurteilung der „Inspektionsstelle Milch“ des Bundesamtes für Landwirtschaft, ob die Verkäsungszulagen an den Zielempfänger weitergeleitet wurden, ohne dass die Marge des Milchverarbeiters erhoben und das potentielle Vermarktungspotential der verarbeiteten Milchprodukte statistisch erfasst werden, überhaupt legal?

Die Antwort zu dieser Frage ist beinahe deckungsgleich wie bei Frage 4, wonach der Milchproduzent keinen Anspruch auf einen kostendeckenden Milchpreis oder auf einen Mindestmilchpreis hat.

Dasselbe gilt für die Erhebung der Marge des Milchverarbeiters sowie die Erhebung des potentiellen Vermarktungspotentials der zu verarbeitenden Milchprodukte. Weder gesetzlich noch aus allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen kann irgendeine Verpflichtung zur Erhebung erwähnter Daten hergeleitet werden. Die Verkäsungszulagen können somit ohne statistische Erfassung irgendwelcher Margen oder Vermarktungspotentiale ausbezahlt werden.

In politischer Hinsicht war bei der Einführung der Verkäsungszulagen das Ziel, die Milchbauern und die Käsereien/Molkereien in der Schweiz mit Zulagen in finanzieller Hinsicht zu schützen, damit die Produktion von Käse und Milch nicht ins Ausland verlagert wird. Es wäre daher logisch, dass nach einer gewissen Zeit ein Vorher-Nachher-Vergleich angestellt würde. Dabei würden auch Margen und Potentiale analysiert werden. Eine gesetzliche Verpflichtung besteht hierzu jedoch nicht.

- 3.6. FRAGE 6: Im Bericht zur Weiterleitungspraxis der Verkäsungszulagen wurde bei Kontrollen durch die „Inspektionsstelle Milch“ des Bundesamtes für Landwirtschaft festgestellt, dass die Zulagen-Gelder an Milchverarbeiter/Käserei ausbezahlt wurden, obwohl die Inspektionsstelle nicht belegen konnte, dass die Zulagen an den Milchproduzenten weitergeleitet worden sind. Besteht hier eine Veruntreuung? Darf das BLW Auszahlungen der Zulagen vornehmen, wenn bei Milchverkäufen über Zweit- und Drittmilchkaufverträge technisch gar nicht vom BLW kontrolliert werden kann, ob die Zulagengelder an den jeweiligen Milchproduzenten weitergeleitet wurden?**

Auszahlung der Zulagen an Milchverarbeitungsbetriebe

Gesuche um Ausrichtung der Zulagen können nur von den Milchverwertern gestellt werden (Art. 3 MSV). Die Ausrichtung der Zulagen wurde dabei nicht von deren Weiterleitung an die Produzenten abhängig gemacht. Sind Gesuche somit begründet, kann das BLW die Zulagen an die Milchverwerter ausrichten.

Ausserdem könnte eine Käserei/Molkerei die Weiterleitung der Zulagen ja erst dann belegen, nachdem ihr die Zulagen selber ausbezahlt worden sind. In Art. 6 Abs. 1 MSV ist festgehalten, dass die Milchverwerter die Zulagen

innert Monatsfrist an die Produzenten *weiterzugeben* haben. Eine Weitergabe einer Sache ist erst dann möglich, nachdem man sie selber erhalten hat.

Dasselbe gilt bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen.

Sinnvoll wäre, wenn die Zulagen erst dann an die Käsereien/Molkereien ausbezahlt würden, sobald diese belegen können, dass sie diese bereits den Produzenten ausbezahlt haben. Die Zulagen müssten nicht mehr weitergeleitet, sondern "ersetzt" werden. Ein Missbrauchspotential wäre nach wie vor vorhanden, jedoch deutlich geringer. Es bedürfte jedoch einer Änderung der MSV.

Zu Frage der Veruntreuung nach Art. 138 StGB

Art. 138 STGB lautet wie folgt:

Veruntreuung

1. Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache aneignet, um sich oder einen andern damit unrechtmässig zu bereichern,

wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Die Veruntreuung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt.

2. Wer die Tat als Mitglied einer Behörde, als Beamter, Vormund, Beistand, berufsmässiger Vermögensverwalter oder bei Ausübung eines Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes, zu der er durch eine Behörde ermächtigt ist, begeht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Eine Sache bzw. ein Vermögenswert gilt nur dann als anvertraut, wenn sie der Täter mit der Verpflichtung erhält, sie bzw. ihn in bestimmter Weise und allein im Interesse und nach den Weisungen des Anvertrauenden zu verwenden, insbesondere sie zu verwahren, aufzubewahren, abzuliefern oder in bestimmter Weise zu nutzen.

Als Vermögenswert gilt alles, was wirtschaftlich betrachtet zum Vermögen eines anderen gehört und für den Täter wirtschaftlich fremd ist. Er darf nicht beliebig darüber verfügen, da der Vermögenswert mit der Massgabe übergeben wurde, ihn in einer bestimmten Weise zu verwenden. Es trifft ihn eine Werterhaltungspflicht.

Handelt der Täter dieser Vorgabe zuwider, macht er sich der Veruntreuung strafbar.

Vorliegend erhält die Käserei/Molkerei die Zulagen (=Vermögenswert) mit der gesetzlichen Verpflichtung anvertraut, diese innert Monatsfrist abzuliefern. Reicht der Käser in der Folge die Zulagen nicht weiter, erfüllt er zumindest den objektiven Tatbestand der Veruntreuung im Sinne von Art. 138 StGB.

Den subjektiven Tatbestand erfüllt er jedoch nur bei vorsätzlichem Handeln. Dieses Tatbestandsmerkmal wird wohl in den meisten Fällen nicht erfüllt sein, da das BLW die (aus juristischer Sicht nichtigen) Absprachen zwischen Verwerter und Produzent akzeptiert, wonach die Zulagen im Milchpreis inbegriffen sind. Ein vorsätzliches Handeln kann unter diesen Umständen verneint werden.

Fazit zu Frage 6:

Die Ausrichtung der Zulagen an die Käsereien und Molkereien kann nicht von deren Weiterleitung an die Produzenten abhängig gemacht werden, sei es, weil es gesetzlich nicht vorgesehen ist, sei es, weil eine Weiterleitung von Zulagen erst nach deren Erhalt möglich ist.

Eine Strafbarkeit infolge Veruntreuung kann höchstens beim Milchverarbeiter in objektiver Hinsicht bejaht werden. Subjektiv mangelt es an einem vorsätzlichen Handeln.

4. Zusammenfassung und Erkenntnisse

- Die Kontrollpraxis der Inspektionsstelle BLW ist in Bezug auf Art. 6 lit. b MSV gesetzeswidrig. Die Inspektionsberichte lassen Vereinbarungen eines pauschalen Milchpreises ohne Ausweisung der Zulagen in den Abrechnungen zu. Die Bestimmungen in der Milchpreisstützungsverordnung gehören zum öffentlichen Recht und Normen des öffentlichen Rechts sind grundsätzlich zwingend. Deshalb sind solche Vereinbarungen widerrechtlich und somit nichtig (Art. 20 OR). Der Milchbauer kann auf Auszahlung der Zulagen gegen den Verarbeiter aus Vertrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung klagen.
- Bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen ist die Inspektionsstelle BLW gar nicht in der Lage, die tatsächliche Weiterleitung der Zulagen zu kontrollieren. Ebenso wenig kann der Milchproduzent kontrollieren, ob ihm die ihm

zustehenden Zulagen ausbezahlt worden sind, da er nicht an die für ihn relevanten Daten herankommt.

- Zum heutigen Zeitpunkt sind Gesuche um Auszahlung der Zulagen von den Milchverwertern zu stellen (Art. 3 MSV). Falls kein Gesuch gestellt wird, erhält der Produzent auch keine Zulagen. Angenommen, die Käsereien/Molkereien würden tatsächlich jede erhaltene Zulage an die Produzenten weiterleiten, dann hätte die Käserei/Molkerei gar kein Interesse mehr, die Zulagen überhaupt zu beantragen. Mit der Gesuchstellung und der Weiterleitung der Zulagen entstünde für einen Milchverarbeitungsbetrieb nur eine administrative und wohl auch finanzielle Mehrbelastung. Deshalb behalten die Käsereien die Zulagen zumindest bei Zweit- und Drittmilchverkäufen für sich, ansonsten das Interesse zum Bezug von Zulagen fehlen würde.
- Eine Änderung der Situation (insbesondere bei Zweit- und Drittmilchkaufverträgen) kann nur bei folgenden zwei Konstellationen erreicht werden:
 - a) Es müsste sich ein Milchproduzent bereit erklären, auf Auszahlung der Zulagen gegen "seine" Käserei/Molkerei zu klagen.
oder
 - b) Änderung der MSV (politischer Vorstoss):
Die Zulagen sollten erst dann an die Milchverarbeiter ausbezahlt werden, sobald diese belegen können, dass sie diese bereits den Produzenten ausbezahlt haben. Die Zulagen müssten nicht mehr weitergeleitet, sondern den Milchverarbeitern vom BLW "ersetzt" werden.

Didier Kipfer, 10. Juni 2017

Anhang:

- Anhang 1: Blankoformular Inspektionsbericht BLW
- Anhang 2: Schreiben des BLW vom 24.04.2013
- Anhang 3: Medienmitteilung des BLW vom 20.02.2014