

Beschwerdeentscheid

vom 12. September 2006

Es wirken mit: Francesco Brentani, Vera Marantelli, Eva Schneeberger, Richter
Marc Hunziker, juristischer Sekretär

In Sachen

Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), Mattenhofstrasse 5, 3003 Bern
(Beschwerdeführer 1)
(Verwaltungsbeschwerde vom 8. Mai 2006)

F.,
(Beschwerdeführer 2)
vertreten durch H.
(Verwaltungsbeschwerde vom 8. Mai 2006)

gegen

B.,
(Beschwerdegegner)
vertreten durch W.

Milchverband Winterthur, Archstrasse 2, Postfach, 8401 Winterthur
(Erstinstanz)

Regionale Rekurskommission Nr. 2 i.S. Milchkontingentierung, Amt für Landwirtschaft und Natur, 8090 Zürich Amtsstellen Kt ZH
(Vorinstanz)
(Entscheid vom 28. April 2006)

betreffend

Milchkontingentierung

hat sich ergeben:

- A. B. sah sich aus betrieblichen Gründen gezwungen, vorübergehend aus der Verkehrsmilchproduktion auszusteigen. Deshalb schloss er am 26. November 1999 mit F. einen Vertrag über die nicht endgültige Übertragung von 90'000 Kilogramm Milchkontingent. Weil B. wieder selbst auf das vermietete Kontingent angewiesen war, kündigte er am 17. Oktober 2005 den Vertrag unter Einhaltung der sechsmonatigen Kündigungsfrist auf den 30. April 2006.

F. stellte der Administrationsstelle Milchkontingentierung des Milchverbands Winterthur (ASMK, Erstinstanz) kein Gesuch um Rückübertragung des Kontingents. Als Mitglied der ausstiegswilligen Organisation Nordostmilch AG beabsichtigte er von der Möglichkeit Gebrauch zu machen, auf den 1. Mai 2006 aus der Milchkontingentierung auszusteigen. In der Folge ersuchte B. die Erstinstanz um Rückübertragung des Milchkontingents von 90'000 Kilogramm. Diese wies mit Verfügung vom 10. Februar 2006 die Rückgabe des Kontingents ab, da weder ein Gesuch des Kontingentsinhabers, F., noch ein Ausnahmefall im Sinne von Artikel 5 der Milchkontingentierungsverordnung vorliege.

Gegen diese Verfügung erhob B. am 13. März 2006 Verwaltungsbeschwerde bei der regionalen Rekurskommission Nr. 2 i.S. Milchkontingentierung (Vorinstanz). Neben der Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragte er im Sinne einer vorsorglichen Massnahme dem Bundesamt für Landwirtschaft einstweilen zu verbieten, F. von der Milchkontingentierung auszunehmen.

Mit Zwischenentscheid vom 28. April 2006 verbot die Vorinstanz der Erstinstanz, F. per 1. Mai 2006 aus der Milchkontingentierung zu entlassen. In ihrer Begründung führt sie aus, dass diese Massnahme angezeigt und zweckmässig erscheine, um einstweilen den rechtlichen Zustand, d.h. die Verfügbarkeit des Kontingents von 90'000 Kilogramm sicherzustellen und zu erhalten.

- B. Gegen diesen Zwischenentscheid reichte das Bundesamt für Landwirtschaft (Bundesamt, BLW, Beschwerdeführer 1) Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission EVD ein. Es beantragt, der Entscheid der Vorinstanz vom 28. April 2006 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Zusammenhang mit der Milchkontingentierung sei nichtig zu erklären, eventualiter aufzuheben. Dem Beschwerdegegner seien die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer 1 vor, dass es keinen Grund für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungsbeschwerdeverfahren gebe. Damit vorsorgliche Massnahmen durch die Verwaltungsbehörde angeordnet werden könnten, müsse es einen unrechtmässigen Zustand zu verhindern gelten. Die MKV sehe aber nicht vor,

dass ein vermietetes Kontingent nach Ablauf der Miete zwingend durch die ASMK auf den früheren Inhaber zurück übertragen werden müsse. Dies hänge einzig davon ab, ob der Inhaber des Kontingents abmachungsgemäss bei der ASMK um die Rückübertragung ersuche. Weiter sei die Vorinstanz für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Ausstieg aus der Milchkontingentierung nicht zuständig, weshalb die Anordnungen nichtig seien. Der Entscheid über die Ausnahme von Produzenten aus der Milchkontingentierung sei nämlich gemäss Artikel 19 Absatz 1 VAMK dem BLW vorbehalten. Im Übrigen würde der frühzeitige Ausstieg jedem Produzenten zugestanden, wenn er die dazu festgelegten Bedingungen erfülle. Der sich daraus ergebende Untergang des Kontingents sei nach dem anwendbaren öffentlichen Recht nicht unrechtmässig, selbst wenn nachfolgend unter den Vertragsparteien eine privatrechtliche Auseinandersetzung um allfällige Schadenersatzansprüche stattfinde. Im Übrigen beruhe die angefochtene Massnahme auf keiner genügenden gesetzlichen Grundlage. Sie stelle einen schweren Eingriff in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit von F. dar, indem diesem die Beteiligung an einer ausstiegswilligen Organisation mindestens für das Jahr 2006/2007 unwiderruflich verunmöglicht werde.

Mit Eingabe vom 9. Mai 2006 erhob F. (Beschwerdeführer 2) Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission EVD. Er beantragt, der Entscheid sei unverzüglich aufzuheben und/oder als nichtig zu erklären. Zur Begründung macht er geltend, der Entscheid über die Bewilligung des vorzeitigen Ausstieges aus der Milchkontingentierung obliege dem BLW. Dieses übermittle die erteilte Bewilligung der Administrationsstelle lediglich zum Vollzug. Somit erteile die Regionale Rekurskommission Nr. 2 der ASMK Weisungen, welche gar nicht in ihre Kompetenz falle. Auch sonst sei kein Grund zur Verhinderung des Ausstiegs gegeben. Er, der Beschwerdeführer 2, habe sich dafür rechtzeitig gemeldet und sei entsprechend auf der Ausstiegsliste der Nordostmilch AG aufgeführt. Im Übrigen sei nicht einsichtig, warum die Rekurskommission Nr. 2, wenn sie schon ein Verbot des vorzeitigen Ausstiegs ausspreche, dieses nicht auf den strittigen Teil von 90'000 Kilogramm beschränke.

- C. Die Vorinstanz beantragt in ihren Beschwerdeantworten vom 18. Mai 2006 die Abweisung der Beschwerden und die Bestätigung ihrer vorsorglichen Massnahmen. Eventualiter sei der Beschwerdeführer 2 mit der unbestrittenen Kontingentsmenge aus der Milchkontingentierung zu entlassen. Zur Begründung bringt sie vor, dass das BLW die von B. geltend gemachten Interessen um Rückerhalt des vermieteten Kontingents gänzlich negiere. Wenn das Kontingent durch Ausstieg des Kontingentsmieters untergehe, entstehe eine nicht mehr rückgängig machbare Situation. Mit der angefochtenen vorsorglichen Massnahme solle nach Wortlaut von Artikel 56 VwVG der bisherige tatsächliche oder rechtliche Zustand betreffend das Kontingent einstweilen unverändert erhalten werden. Die Regelungen in der VAMK

würden gegenüber der MKV eine Rechtsänderung darstellen, der sich ausstiegswillige Milchproduzenten freiwillig unterstellen können, während die übrigen Produzenten zwangsweise der MKV unterstellt blieben. Auch bei einem Ausstieg würde jedoch der Umfang der jeweiligen Kontingentsmenge durch die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen der MKV festgelegt, die VAMK wandle diesen lediglich in Lieferrechte um. Weiter sei unklar, ob ausstiegswillige Produzenten zwingend mit der ganzen Kontingentsmenge aus der Milchkontingentierung aussteigen müssten, die ihnen im letzten Milchjahr vor dem Ausstieg zugeteilt gewesen sei. Der Ausstieg mit dem gesamten Kontingent würde einen Eingriff in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdegegners darstellen. Im Übrigen würde weder die MKV noch die VAMK im Zusammenhang mit dem Ausstieg und dem Entzug des Kontingents Möglichkeiten vorsehen, allfälligen Härtefällen Rechnung tragen zu können. Es stelle sich deshalb die Frage, ob in dieser Hinsicht eine Gesetzeslücke bestehe.

Mit Beschwerdeantworten vom 22. Mai 2006 beantragt B. (Beschwerdegegner), vertreten durch W., die Abweisung der Beschwerden. Zur Begründung führt er aus, dass gemäss gesetzlicher Kompetenzordnung einzig die ASMK für den Entzug von Milchkontingenten – und daher auch zur Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem Ausstieg aus der Milchkontingentierung – zuständig sei. Dagegen könne das BLW ausschliesslich über die Gutheissung des Gesuchs einer ausstiegswilligen Organisation entscheiden. Sein Entscheid habe aber keinen Einfluss auf die Kontingente der einzelnen Milchproduzenten. Auch hätten die Kontingentsvermieter erst mit Publikation der Weisungen und Erläuterungen zur VAMK vom Entzug ihres Rückübertragungsrechts erfahren. Zu diesem Zeitpunkt sei eine ordentliche Kündigung vor Inkrafttreten der VAMK bereits nicht mehr möglich gewesen. Ein solches überfallartiges Vorgehen des Bundesrates verstosse gegen den Vertrauensschutz und die Rechtssicherheit. Bei der nicht-endgültigen Übertragung von Milchkontingenten handle es sich um ein Institut des öffentlichen Rechts. Das damit verbundene Recht des Vermieters auf Rückübertragung der vermieteten Kontingentsmenge sei daher keine privatrechtliche Angelegenheit zwischen Vermieter und Mieter. Dies ergebe sich aus Artikel 3 Absatz 5 MKV. Ansonsten würde die Unterscheidung zwischen „endgültiger“ und „nicht-endgültiger“ Übertragung keinen Sinn machen. Hinzu komme, dass dem Beschwerdeführer 2 im Zeitpunkt, als er sich für einen vorzeitigen Ausstieg angemeldet habe, die Kündigung des Vertrages bekannt gewesen sei. Der Entschluss aus der Milchkontingentierung auszusteigen sei freiwillig, weshalb keine Unmöglichkeit der Rückübertragung vorliege. Mit einem vorzeitigen Ausstieg aus der Milchkontingentierung versuche er sich daher seinen vertraglichen Verpflichtungen zu entziehen. Ausserdem gelte gemäss Wortlaut des verwendeten Vertragsformulars die Kündigung einer Partei als Rückübertragungsgesuch. Das Formular sei von der ASMK selber erstellt und vom BLW anerkannt worden. Dadurch sei ausdrücklich die Möglichkeit geschaffen worden, dass gestützt auf eine Kündigung eine Rückübertragung vorgenommen werden könne. Weil das Gesuch des Mieters schon im Vertrag enthalten sei, erübrige sich ein separates Gesuch. Im Übrigen

sei es nicht so, dass der Beschwerdeführer 2 infolge der vorsorglichen Massnahme seine Milch nicht mehr abliefern könne. Die Ausstiegsorganisation Nordostmilch AG übernehme die Milch von nicht vorzeitig ausgestiegenen Milchproduzenten weiterhin. Dagegen auferlege der Entzug des Rückübertragungsrechts dem Beschwerdegegner faktisch ein Berufsverbot, da er zumindest bis zur allgemeinen Aufhebung der Milchkontingentierung keine Milch mehr in Verkehr bringen könne. Dies stelle einen Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit dar.

- D. Mit Brief vom 26. Juli 2006 teilte die Rekurskommission EVD den Parteien mit, dass keine öffentliche Verhandlung im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention durchgeführt werde.

Auf die Argumente der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Die Rekurskommission EVD zieht in Erwägung:

1. Die beiden Beschwerden sind wohl unabhängig voneinander eingereicht worden, haben aber das gleiche Anfechtungsobjekt, bezüglich Rechtsbegehren und Begründung die gleiche Stossrichtung und berühren die gleichen Rechtsfragen. Sie sind daher aus Gründen der Prozessökonomie zu vereinigen und gemeinsam zu beurteilen (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 68). Den beschwerdeführenden Parteien erwächst aus diesem Vorgehen kein Nachteil.
2. Der Entscheid der Vorinstanz vom 28. April 2006 stellt eine Zwischenverfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 2 Bst. g). Diese Verfügung kann nach Artikel 167 Absatz 1 des Landwirtschaftsgesetzes (vollständig zitiert in E. 3) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission EVD grundsätzlich angefochten werden (Art. 44 ff. und 71a VwVG i. V. m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3. Februar 1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Handelt es sich bei der angefochtenen Verfügung - wie hier - um eine Zwischenverfügung, ist diese nur dann selbstständig anfechtbar, wenn sie zusätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Andernfalls kann sie lediglich im Rahmen einer Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 45 Abs. 1 und Abs. 3 VwVG; vgl. BGE 120 Ib 97 E. 1c und BGE 127 II 132 E. 2a; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, publiziert in: RPW 1999, S. 618 ff.).

In seiner neueren Rechtsprechung entschied das Bundesgericht, dass für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch ein bloss wirtschaftliches Interesse ausreicht, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Damit das Interesse eines Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist, muss der Nachteil so beschaffen sein, dass er nicht wieder gutzumachen ist (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c; 127 II 132 E. 2b; 125 II 613 E. 4; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a. a. O.).

Der Beschwerdeführer 1 wird durch das Bundesrecht zur Beschwerde ermächtigt (Art. 167 Abs. 2 LwG i.V.m. Art. 48 Bst. b VwVG). Die Behördenbeschwerde dient im Grundsatz dem Zweck, die öffentlichen Interessen zu wahren, insbesondere eine richtige und rechtsgleiche Anwendung des massgebenden Bundesrechts zu ermöglichen (vgl. Gygi, a. a. O., S. 164; Zimmerli/Kälin/Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 111 f. mit Verweis auf BGE 113 Ib 219 E. 1b und BGE 129 II 1 E.1.1; Kölz/Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 577 ff.; Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Bd. III, Basel und Frankfurt a. M. 1998, Rz. 2.35). Dazu gehört grundsätzlich auch die Einhaltung der Verfahrensregeln (vgl. Zimmerli/Kälin/Kiener, a. a. O., S. 80 ff.).

Der Beschwerdeführer 2 ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Bst. a VwVG). Das angeordnete Verbot, ihn aus der Milchkontingentierung zu entlassen, kann für den Beschwerdeführer 2 einen tatsächlichen Nachteil zur Folge haben, welcher nicht wieder gutzumachen wäre. So ist ungewiss, ob es ihm, insbesondere in Bezug auf die vom Beschwerdegegner vormals übertragene Kontingentsmenge, zu einem späteren Zeitpunkt noch möglich sein wird, mit der Organisation Nordostmilch AG von der Milchkontingentierung ausgenommen zu werden. Somit ist auch der Beschwerdeführer 2 zur Beschwerdeführung legitimiert.

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschriften sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter des Beschwerdeführers 2 hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvor-

schuss wurde vom Beschwerdeführer 2 fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerden ist somit einzutreten.

3. Gemäss Artikel 30 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG, SR 910.1) beschränkt der Bundesrat die Produktion von Verkehrsmilch, indem er für die einzelnen Produzenten und Produzentinnen Kontingente vorsieht. Im Rahmen der Agrarpolitik 2007 wurde eine Flexibilisierung der Milchmarktordnung angestrebt. In diesem Kontext unterbreitete der Bundesrat u. a. ein Konzept für eine schrittweise Aufhebung der Milchkontingentierung (vgl. Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik [Agrarpolitik 2007] vom 29. Mai 2002, BBl 2002 IV 4721 ff.). Am 20. Juni 2003 wurde Artikel 36a LWG erlassen, welcher auf den 1. Januar 2004 in Kraft gesetzt wurde. In Absatz 1 ist der Grundsatz verankert, dass die Milchkontingentierung am 30. April 2007 aufgehoben wird. Mit dem Absatz 2 wird der schrittweise Ausstieg aus der Milchkontingentierung geregelt. Nach Artikel 36a Absatz 2 LwG kann der Bundesrat Produzenten und Produzentinnen, die Mitglied einer Produzenten- oder Branchenorganisation (Art. 8 LWG) sind oder zusammen mit einem bedeutenden regionalen Milchverwerter in einer Organisation zusammengeschlossen sind, frühestens auf den 1. Mai 2006 von der Milchkontingentierung ausnehmen, wenn die Organisation eine Mengenregelung auf Stufe der Milchproduktion beschlossen hat, Sanktionen für den Fall festgelegt hat, dass die individuell vereinbarten Mengen überschritten werden und Gewähr dafür besteht, dass das Wachstum der produzierten Milchmenge nicht grösser ist als jenes des Mengenbedarfs der hergestellten Produkte. Gestützt auf diese Grundlage erliess der Bundesrat am 10. November 2004 die Verordnung über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung (VAMK, SR 916.350.4), welche am 1. Januar 2005 in Kraft trat. Nach Artikel 17 Absatz 1 VAMK sind Gesuche um Ausstieg aus der Milchkontingentierung dem Bundesamt einzureichen. Die Organisation reicht das Gesuch für die ihr angeschlossenen Produzentinnen und Produzenten ein. Das Bundesamt entscheidet darüber, welche Produzentinnen und Produzenten von der Milchkontingentierung ausgenommen werden. Die Administrationsstellen Milchkontingentierung stellen den Entscheid den Produzentinnen und Produzenten zu (Art. 19 Abs. 1 VAMK).
4. Die Vorinstanz entschied am 28. April 2006, dass es der Administrationsstelle des Milchverbandes Winterthur im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verboten sei, den Beschwerdeführer 2 per 1. Mai 2006 aus der Milchkontingentierung zu entlassen. Gemäss den Erwägungen des Entscheides wurde das Verbot gestützt auf Artikel 56 VwVG erlassen, um die Verfügbarkeit des Kontingents bis zum Endentscheid über die Frage der Rückübertragung zu sichern.

Vorsorgliche Massnahmen sind dazu bestimmt, für die Dauer des Verfahrens einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen vorläufig sicherzustellen (vgl. Art. 56 VwVG; Gygi, a. a. O., S. 246). Eine vorsorgliche Massnahme ist dann zu treffen, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen zu wahren sind und die Endverfügung nicht sofort getroffen werden kann (Kölz/Häner, a. a. O., Rz. 335).

Es stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz befugt war, das Verbot, den Beschwerdeführer 2 per 1. Mai 2006 aus der Milchkontingentierung zu entlassen, anzuordnen und ob sie dabei die bundesrechtlich geregelte Kompetenzordnung bezüglich des vorzeitigen Ausstiegs aus der Milchkontingentierung beachtet hat.

Befugt zum Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist ausschliesslich die zum Entscheid in der Hauptsache zuständige Behörde. Durch solche einstweiligen Verfügungen soll der Gegenstand einer Anordnung gesichert und dadurch die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sichergestellt werden. Der Entscheid über die Ausnahme von Produzenten aus der Milchkontingentierung ist gemäss Artikel 19 Abs. 1 VAMK dem BLW vorbehalten. Die Administrationsstellen Milchkontingentierung stellen den Entscheid dem Produzenten lediglich zu. Das an die Administrationsstelle gerichtete Verbot geht zu Unrecht davon aus, dass diese über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung entscheidet. Die Vorinstanz greift sodann mit ihrem Entscheid in ein Verfahren ein, für das erstinstanzlich nicht die Administrationsstelle, sondern das BLW zuständig ist. Die Vorinstanz verkennt damit die in der VAMK gestützt auf Artikel 36a Absatz 2 LwG vorgesehene Kompetenzordnung, wenn sie der Erstinstanz verbietet, den Beschwerdeführer 2 per 1. Mai 2006 aus der Milchkontingentierung zu entlassen. Die von der Vorinstanz angeordnete Massnahme erscheint deshalb bereits vor diesem formellrechtlichen Hintergrund als verfehlt.

5. Vorsorgliche Massnahmen, die vor Anordnung einer Verfügung ergehen, zielen darauf ab, die Wirksamkeit derselben sicherzustellen. Mit sichernden Vorkehren wird gewährleistet, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, das heisst dass es sich als notwendig erweist, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Sodann muss der Verzicht auf Massnahmen für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wieder gutzumachen ist, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse genügen kann. Erforderlich ist weiter, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand darf dadurch jedoch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden (BGE 125 II 613 E. 7a; 119 V 503 E. 3; KÖLZ/HÄNER, a. a. O., Rz. 335; RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Grundzüge des Justizver-

fassungsrechts des Bundes, Basel 1994, Rz. 1091; GEROLD STEINMANN, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: ZBI 94/1993, S. 149 f.). Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf bloss summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage (RHINOW/KOLLER/KISS, a. a. O., Rz. 1093). Dabei kann die Hauptsachenprognose *insbesondere* dann berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist; bei tatsächlichen oder rechtlichen Unklarheiten drängt sich hingegen Zurückhaltung auf, weil diesfalls die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen ja erst im Hauptverfahren ermittelt bzw. festgelegt werden (vgl. zu allem BGE 127 II 132 E. 3).

- 5.1. Nach Artikel 30 Absatz 1 LwG beschränkt der Bundesrat die Produktion von Verkehrsmilch, indem er für die einzelnen Produzenten und Produzentinnen Kontingente vorsieht. Der Bundesrat regelt, wieweit Kontingente veränderten Betriebsverhältnissen angepasst werden können. Er kann vorsehen, dass Kontingente unter Produzenten und Produzentinnen übertragen werden können. Er legt die Voraussetzungen fest. Er kann Kontingente, die nicht genutzt werden, von der Übertragung ausschliessen und für die übertragenen Kontingente Kürzungen vorsehen (Art. 32 Abs. 1 und 2 LwG).

Die Verordnung vom 7. Dezember 1998 über die Kontingentierung der Milchproduktion (Milchkontingentierungsverordnung, MKV, SR 916.350.1) geht (neu) vom Grundsatz aus, dass der Kontingentsinhaber flächenunabhängig über sein Kontingent verfügen kann. Zweck dieser Ordnung ist unter anderem, es durch Lockerung des engen Korsetts der Milchkontingentierung den Produzenten zu überlassen, untereinander auszuhandeln, auf wen das Kontingent übertragen werden soll, und den Staat nur noch dort von Amtes wegen eingreifen zu lassen, wo dies für das Funktionieren des implementierten Systems notwendig ist. Kontingentsinhaber ist grundsätzlich der Produzent, der das in Frage stehende Kontingent bereits im vorangegangenen Milchjahr innehatte, sofern er seinen Betrieb auch weiterhin bewirtschaftet (vgl. Art. 1 und 5 f. MKV). Der Kontingentsinhaber kann sein Kontingent entweder selber nutzen, oder aber er kann es endgültig oder nicht endgültig auf einen anderen Produzenten übertragen, wobei die Übertragungsmöglichkeiten in verschiedener Weise eingeschränkt oder an Voraussetzungen gebunden sind (vgl. Art. 3 Abs. 2 - 4, Art. 4, 7, 29 MKV).

Die Administrationsstellen verwalten die Kontingente und übertragen sie entsprechend dem Gesuch des Kontingentsinhabers (vgl. Art. 2 und 3 Abs. 1 und Art. 10 MKV), sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Die Administrationsstellen vollziehen die Mutationen entsprechend dem Antrag des berechtigten Kontingentsinhabers im Sinne einer Registrierungsbehörde. Folglich kann die Administrationsstelle ein Kontingent grundsätzlich nur übertragen, wenn der aktuelle Kontingentsinhaber dies selbst beantragt (vgl. Art. 3 Abs. 1 MKV sowie die unveröffentlichten Entscheide der Rekurskommission EVD vom 20. Juni 2002 i. S. D. [01/8B-008] E. 3., vom 29. Oktober 2002 i. S. M. [02/8B-011] E. 3 ff.,

vom 1. April 2003 i. S. H. [8B/2002-5] E. 3.1 und vom 1. September 2004 i. S. S. [8B/2004-1] E. 4.1 und 4.2).

Gemäss den zitierten Bestimmungen und ständiger Praxis der Rekurskommission EVD kann auf öffentlich-rechtlichem Wege keine Kontingentsübertragung gegen den Willen des aktuellen Kontingentsinhabers erzwungen werden. Von diesem Grundsatz gibt es drei wesentliche Ausnahmen: Bei der Auflösung, Teilung oder Übernahme eines Betriebes entscheidet die Administrationsstelle - wenn kein Gesuch um endgültige Übertragung des Kontingents vorliegt - ohne Antrag des Kontingentsinhabers beziehungsweise gegebenenfalls auch gegen seinen Willen auf Gesuch des Land- oder Betriebsübernehmers hin über die Kontingentsübertragung (vgl. Art. 5 MKV).

Im Hauptverfahren wurde bisher offenbar keine in Artikel 5 MKV genannte Ausnahme geltend gemacht. Demnach würde es dabei bleiben, dass eine Übertragung eines Kontingents nur auf Gesuch des Kontingentsinhabers hin erfolgen kann. Gemäss Vorinstanz stelle sich die Frage, ob von einer Gesetzeslücke auszugehen sei, da weder die MKV noch die VAMK im Zusammenhang mit dem Ausstieg und dem Entzug des Kontingents eine Möglichkeit vorsehe, allfälligen Härtefällen Rechnung zu tragen. Angesichts des Umstandes, dass eine Kontingentsübertragung unter Beachtung von Artikel 29 MKV auch endgültig erfolgen konnte und dass Artikel 36a LWG auf den 1. Januar 2004 in Kraft gesetzt wurde und in diesem Sinn als bekannt vorausgesetzt werden müsste, könnte entgegen der vorinstanzlichen Argumentation kaum davon ausgegangen werden, dass Artikel 5 Absatz 1 MKV als lückenhaft erschiene.

Aufgrund der seit dem Jahr 1999 in Kraft stehenden MKV war es bisher nicht auszuschliessen, dass sich ein Kontingentsinhaber, obwohl zivilrechtlich dazu verpflichtet, weigerte, ein Gesuch um Rückübertragung des nicht endgültig übertragenen Kontingents einzureichen. Für die Rekurskommission EVD ist kein Grund ersichtlich, dass und weshalb die geltende Milchkontingentsordnung nun, aufgrund der neu eingeführten (vorzeitigen) Ausstiegsmöglichkeit aus der Milchkontingentierung, abweichend von ihrem Wortlaut zu interpretieren wäre. Sowohl nach der seit 1999 eingeführten Milchkontingentsordnung als auch vor dem Hintergrund der (vorzeitigen) Ausstiegsmöglichkeit hat der Kontingentsinhaber, der sich vertragswidrig verhält, damit zu rechnen, dass seine Zustimmung zur Kontingentsrückübertragung zivilrechtlich erzwungen wird oder gegen ihn erfolgreich zivilrechtliche Haftungsansprüche des Kontingentsabgebers geltend gemacht werden (vgl. hierzu die Beiträge von lic. iur. Roger Brändli: die Haftung des "Kontingentsmieters" beim Ausstieg aus der Milchkontingentierung in AJP 2006, S. 1009 ff. sowie von Fürsprecher Lorenz Strebel: der "vorzeitige Ausstieg" aus der Milchkontingentierung während einer nicht endgültigen Übertragung ("Miete") in Blätter für Agrarrecht 2006, S. 43 ff.).

Bis hierher muss gefolgert werden, dass die Prozesschancen in der Hauptsache erheblich zu Gunsten der Beschwerdeführerschaft sprechen.

- 5.2. Es ist weiter zu prüfen, ob im Vertrag vom 26. November 1999 ein Gesuch des Beschwerdeführers 2 um Rückübertragung des nicht endgültig übertragenen Kontingents erblickt werden kann.

Gemäss dem verwendeten Vertragsformular des Milchverbands Winterthur habe die Kündigung schriftlich zu erfolgen. Eine Kopie sei gleichzeitig der Administrationsstelle Milchkontingentierung zukommen zu lassen. Für die Administrationsstelle gelte eine Kündigung einer Partei als Gesuch zur Rückübertragung von Milchkontingent an den ursprünglichen Abgeber.

Wie bereits in Erwägung 5.1 ausgeführt muss nach Artikel 3 Absatz 1 MKV, wer ein Kontingent auf einen andern Produzenten übertragen will, die zuständige Administrationsstelle ersuchen, sein Kontingent um die Menge, die übertragen werden soll, zu kürzen und das andere Kontingent entsprechend zu erhöhen. Die Weisungen und Erläuterungen zu Artikel 3 MKV stellen in Übereinstimmung zum Verordnungstext klar, dass jeweils der Kontingentsabgeber, mithin der momentane Kontingentsinhaber, ein Gesuch um Kontingentsübertragung einreichen muss. Gestützt auf dieses Gesuch wird jenes des Kontingentsübernehmers angepasst. Nach Beendigung der "Miete" kann nur der "Mieter" ein Gesuch um Rückübertragung des Kontingentes stellen. Gemäss Artikel 10 Absatz 1 MKV werden die Änderung, der Entzug oder die Neuzuteilung von Kontingenten von der zuständigen Administrationsstelle verfügt.

Bereits in den Weisungen und Erläuterungen vom 30. April 1999 hielt das BLW zu Artikel 3 MKV fest, dass die Verordnung keine automatische Rückübertragung des Kontingentes nach einer im Voraus festgelegten "Mietdauer" vorsehe. Der "Mieter" müsse in jedem Fall nach Beendigung der "Miete" ein Gesuch um Rückübertragung des Kontingentes stellen. Diese Auffassung lässt sich vor dem Hintergrund von Artikel 3 Absatz 1 und Artikel 3a Absatz 1, welcher für die Rückübertragung kein anderes Regime vorsieht, ohne weiteres vertreten. Indessen ist damit noch nichts über die Gültigkeit der Vertragsklausel gesagt, nach welcher eine Kündigung, die dem Milchverband mitgeteilt wird, als Übertragungsgesuch aufzufassen sei. Diese Vertragsklausel und die entsprechende Mitteilung an die Administrationsstelle, mithin deren Anerkennung als Rückübertragungsgesuch seitens des Kontingentsinhabers, würden voraussetzen, dass die Administrationsstelle die Gültigkeit der Kündigung als zivilrechtliche Vorfrage zu beurteilen hätte, bevor sie über die Rückübertragung verfügt. Dies widerspräche dem Verständnis, wonach die Administrationsstelle nunmehr als Registrierungsbehörde auftritt und liefere tendenziell auch der Praxis der Rekurskommission EVD zuwider, wonach allfällige pachtvertragliche Abreden - bezie-

ungsweise deren Interpretation durch die Administrationsstelle - die Zustimmung des bisherigen Kontingentsinhabers zu einer Kontingentsübertragung grundsätzlich nicht zu ersetzen vermögen und Meinungsverschiedenheiten zwischen dem ehemaligen Pächter und dem Verpächter, beziehungsweise dem ehemaligen Pächter und dem neuen Pächter, nicht vorfrageweise durch die Administrationsstelle, sondern ausschliesslich auf dem Wege einer allfälligen Zivilklage vom zuständigen Zivilrichter zu entscheiden sind (vgl. Beschwerdeentscheid der Rekurskommission EVD vom 25. August 2004 i. S. R.O. [8B/2003-6] E. 4.1 und 4.2.2). Es stehen somit erhebliche Zweifel an, ob der vorliegende Vertrag die Anforderungen an ein Übertragungsgesuch im Sinne von Artikel 3 MKV erfüllt.

Zwar hat der Milchverband Winterthur seine Formularverträge zu einem späteren Zeitpunkt abgeändert, indem dort klargestellt wird, dass der Antrag auf Rückübertragung schriftlich vom bisherigen Mieter zu erfolgen habe (vgl. Beilage 3 zur Beschwerdeantwort vom 22. Mai 2006 gegen die Beschwerde des Beschwerdeführers 1). Trotzdem stellt sich jedoch die Frage, ob der Beschwerdegegner ausgehend vom Grundsatz von Treu und Glauben darauf vertrauen durfte, dass seine der Administrationsstelle mitgeteilte Kündigung des Kontingentsvertrages aufgrund der im vom Milchverband Winterthur zur Verfügung gestellten Formularvertrag enthaltenen Vertragsklausel als Rückübertragungsgesuch anerkannt werden wird. Die vom Milchverband in der Verfügung vom 10. Februar 2006 geäusserte Begründung, wonach die Vertragsklausel "mangels genügender Konkretisierung bezüglich Vollmachtgeber bzw. Bevollmächtigtem als Handlungsvollmacht" nicht zu Gunsten des Beschwerdegegners ausgelegt werden könne, erscheint bezüglich des angesprochenen Vertrauensschutzes wenig substantiiert. Von eindeutig zu Gunsten oder zu Ungunsten einer Partei zu veranschlagenden Prozesschancen kann diesbezüglich keine Rede sein. Die Antwort auf diese Fragestellung muss für die Beurteilung der in casu zu entscheidenden vorsorglichen Massnahme mit Verweis auf die nachfolgende Erwägung offen gelassen und der Entscheid hierüber der Vorinstanz überlassen werden.

- 5.3. Wie in Erwägung 4 implizit dargelegt, soll die hier zu beurteilende vorsorgliche Massnahme letztlich die Vollstreckbarkeit des Hauptentscheides sicherstellen. Das beschwerdeführende Bundesamt hat bisher keine Mitteilung gemacht, wonach es dem Beschwerdeführer 2 den vorzeitigen Ausstieg aus der Milchkontingentierung bereits bewilligt habe. Ein diesbezüglicher Entscheid hätte frühestens mit Wirkung auf den 1. Mai 2006 erfolgen können (vgl. Art. 2 Abs. 2 VAMK). Würde die Vorinstanz das Kontingentsübertragungsgesuch des Beschwerdegegners in Aufhebung des Entscheides des Milchverbandes vom 10. Februar 2006 gutheissen, so wäre das Kontingent im besten Fall für den Beschwerdegegner ebenfalls (und rückwirkend) auf den 1. Mai 2006 zurückzuübertragen, unabhängig vom Zeitpunkt des Entscheides der Vorinstanz. Dabei stellt sich die

Frage, ob die Rückübertragung auf diesen Zeitpunkt hin faktisch verunmöglicht würde, da das Kontingent mit dem Ausstiegsentscheid auf denselben Zeitpunkt hin als aufgehoben zu gelten hätte. Gemäss Artikel 6 VAMK gilt als Basismenge "die Summe der Kontingente, welche den Produzentinnen und Produzenten im letzten Milchjahr vor dem Ausstieg zugeteilt waren". Die VAMK sieht in den Artikel 7 ff. nicht vor, dass die Berechnung der Basismenge in Bezug auf eine mit dem bewilligten Ausstieg zeitgleich erfolgte Kontingentsrückübertragung Rücksicht zu nehmen hätte. Mit anderen Worten würde die Basismenge auch das (zivilrechtlich) umstrittene Milchkontingent beinhalten, selbst wenn der Beschwerdeführer 2 der Rückübertragung zugestimmt hätte und eine entsprechende Rückübertragung per 1. Mai 2006 rechtskräftig verfügt worden wäre. Hieraus wird ersichtlich, dass entweder Artikel 6 der VAMK oder aber die nachfolgenden Artikel, welche die Anpassung der Basismenge regeln, lückenhaft erscheinen und nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Basismenge aufgrund einer rechtskräftig entschiedenen Kontingentsrückübertragung nicht angepasst werden könnte. Es zeigt sich somit, dass damit gerechnet werden darf, dass ein allfälliger gutheissender Entscheid der Vorinstanz in der Hauptsache entgegen der Regelung in der VAMK durchgesetzt werden könnte, mithin auch, dass die angefochtene vorsorgliche Massnahme, wenn auch aus anderen Gründen als die von der Beschwerdeführerschaft vorgebrachten, für die Durchsetzung eines allfälligen gutheissenden Hauptentscheides der Vorinstanz tatsächlich nicht notwendig erscheint und in diesem Sinn auch nicht geschützt werden kann.

6. Von den Beschwerdeführern wird die Frage aufgeworfen, ob die angeordnete vorsorgliche Massnahme nichtig ist. Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, so dass diese vom Erlass an (ex tunc) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich ist. Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 955 mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung). Nach der bundesgerichtlichen Evidenztheorie ist Nichtigkeit indessen nur anzunehmen, wenn eine Verfügung (1.) einen besonders schweren Mangel aufweist, der (2.) offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein muss. Zudem darf die Annahme der Nichtigkeit (3.) die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährden. Entscheidend ist somit der Grad der Fehlerhaftigkeit. Nur qualifizierte Fehler vermögen Nichtigkeitsgründe zu setzen (vgl. dazu: Häfelin/Müller, a. a. O., Rz. 955 ff., mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, S. 265 f.).

Ob die vorsorgliche Massnahme vom 28. April 2006 diese Voraussetzungen erfüllt, kann dahingestellt bleiben. Fest steht, dass die Vorinstanz bei ihrem Entscheid zu Unrecht von einer Entscheidungskompetenz der Administrationsstelle über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung ausging, dass die Prozesschancen in

der Hauptsache zwar nicht unbedingt gegen den Beschwerdegegner zu veranschlagen sind, dass der angefochtene Entscheid jedoch für die Sicherung allfälliger Ansprüche des Beschwerdegegners nicht als notwendig scheint. Die vorsorgliche Massnahme ist daher, in Gutheissung der Beschwerden, aufzuheben.

Zusammenfassend anzumerken bleibt, wie bereits erwähnt, dass die Rückübertragung eines vermieteten Milchkontingents öffentlich-rechtlich nicht erzwungen werden kann und dass dies, entgegen der Ansicht der Vorinstanz, vor dem Hintergrund der Ausstiegsmöglichkeit auch keine Gesetzeslücke darstellt. Ein Ausgleich könnte schliesslich im Rahmen einer privatrechtlichen Auseinandersetzung stattfinden. Die Vorinstanz wird im Rahmen ihres Hauptentscheides darüber zu befinden haben, ob der Beschwerdegegner aus dem Umstand, dass das Vertragsformular von der Administrationsstelle zur Verfügung gestellt wurde, etwas zu seinen Gunsten ableiten können. Im Übrigen ist nicht aktenkundig, ob ein eigentliches, den Beschwerdegegner betreffendes Ausstiegsgesuch bereits hängig ist und in welchem Stand sich dieses Verfahren allenfalls befindet. Ob ein derartiges Gesuch möglicherweise den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt, wäre gegebenenfalls von Amtes wegen erstinstanzlich vom BLW zu entscheiden.

7. Die Verfahrenskosten sind in der Regel von der unterliegenden Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdeführer 2 hat sich nicht durch einen berufsmässigen Anwalt vertreten lassen. Es sind ihm diesbezüglich keine notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten im Sinne von Artikel 64 Absatz 1 VwVG erwachsen. Es wird somit auch keine Parteientschädigung zugesprochen. Der vom Beschwerdeführer 2 am 16. Mai 2005 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.- ist ihm zurückzuerstatten.
8. Dieser Entscheid kann nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 100 Abs. 1 Bst. m Ziff. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110). Er ist somit endgültig (Art. 27 VRSK).

Demnach entscheidet die Rekurskommission EVD:

1. Die Beschwerden werden gutgeheissen.

Der Entscheid der regionalen Rekurskommission Nr. 2 i.S. Milchkontingentierung vom 28. April 2006 wird aufgehoben und die Streitsache geht zur Weiterführung des Verfahrens in der Hauptsache an die Regionale Rekurskommission Nr. 2 i.S. Milchkontingentierung zurück.

2. Verfahrenskosten.
3. Parteientschädigung.
4. Eröffnung.

REKURSKOMMISSION EVD

Der Präsident
H. Urech

Der juristische Sekretär
M. Hunziker