Abteilung I I
B-5839/2010

Urteil vom 28. Februar 2012

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),
Philippe Weissenberger, Ronald Flury,
Francesco Brentani und Hans Urech;
Gerichtsschreiberin Katharina Walder Salamin.

Parteien

OPU B._____
vertreten durch Dr. iur. Lorenz Hirt, Fürsprecher,
Thunstrasse 82, Postfach 1009, 3000 Bern 6,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Landwirtschaft BLW,
Mattenhofstrasse 5, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nicht projektkonforme Vermarktung einer bewilligten Mehrmenge und Überschreitung des Produktionspotentials im Milchjahr 2008/2009.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin ist eine Produzenten-Milchverwerter-Organisation (PMO) im Sinne von Art. 5 der Verordnung vom 10. November 2004 über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung (VAMK, SR 916.350.4). Mitglieder dieses privatrechtlichen Vereins sind einerseits die B._____ AG und andererseits der Verein der Milchproduzentinnen und -produzenten der B._____ AG, welche ihrerseits Aktionäre der B._____ AG sind und mit dieser Milchkaufverträge abgeschlossen haben (vgl. Art. 1-3 der Statuten vom 5. Oktober 2007). Mit Feststellungsverfügung vom 30. November 2007 hatte die Vorinstanz die Produzentinnen und Produzenten, die Mitglieder der Beschwerdeführerin sind, gestützt auf Art. 36*a* des Landwirtschaftsgesetzes vom 29. April 1998 (LwG, SR 910.1) auf den 1. Mai 2008 vorzeitig von der Milchkontingentierung ausgenommen.

A.a Am 28. April 2008 ersuchte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz gestützt auf Art. 12 und 20 VAMK um die Zustimmung zur Vermarktung einer Mehrmenge von 27 Mio. kg Milch für das Milchjahr 2008/2009 (1. Mai 2008 - 30. April 2009). Am 18. Juni 2008 reduzierte sie ihr ursprüngliches Gesuch auf eine Mehrmenge von 14 Mio. kg Milch. Dieses bewilligte die Vorinstanz mit Verfügung vom 2. Juli 2008. Die Bewilligung umfasste eine Mehrmenge von 14 Mio. kg, welche den Milchäquivalenten (MAQ) für 815'000 kg Promilk, 250'000 kg Rahm mit einem Fettgehalt von 40% und 245'000 kg Käse entspricht. Des Weiteren übertrug die Vorinstanz den Saldo von 4'423'346 MAQ des Vermarktungsprojekts der Beschwerdeführerin aus dem Milchjahr 2007/08 auf das Milchjahr 2008/09, womit sich das Produktionspotential der Beschwerdeführerin auf insgesamt 114'418'450 kg Milch erhöhte.

A.b Mit Schreiben vom 13. Februar 2009 informierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin über die zusätzlichen Massnahmen des Bundes zur Unterstützung des Milchmarkts und machte sie nochmals darauf aufmerksam, dass sie jedes Quartal Meldung über die Einhaltung der Mehrmenge und deren projektkonforme Vermarktung erstatten müsse. Da sich abzeichne, dass die Beschwerdeführerin noch nicht einmal die Hälfte der Mehrmenge vermarktet habe, obschon bereits neun Monate des Milchjahres vergangen seien, werde sie aufgefordert, bis zum 27. Februar 2009 zum Vollzug des Mehrmengenprojekts schriftlich Stellung zu nehmen. Weiter wies die Vorinstanz die Beschwerdeführerin auf die Möglich-

keit hin, das genehmigte Exportprojekt anzupassen und die bewilligte Mehrmenge nachträglich zu reduzieren, falls sich Schwierigkeiten beim geplanten Absatz der Produkte abzeichneten. Gleichzeitig drohte sie ihr für den Fall der Überschreitung der Mehrmenge oder deren nicht projektgemässer Vermarktung Verwaltungssanktionen an.

A.c Mit Verfügung vom 8. September 2009 stellte die Vorinstanz beim Abschluss des Milchjahres 2008/09 fest, dass die Beschwerdeführerin insgesamt 120'896'235 kg Milch vermarktet und damit ihr Produktionspotential von 114'418'450 kg um 6'477'785 kg überschritten habe. Sie forderte die Beschwerdeführerin auf, bis zum 30. September 2009 zu den folgenden Fragen Stellung zu nehmen: a) Weshalb ist das Produktionspotential überschritten worden?; b) Welche Massnahmen hat die Organisation gegen die Mengenüberschreitung getroffen?; c) Welche Sanktionen sind gegenüber den Produzentinnen und Produzenten ergriffen worden?; d) Welche Massnahmen sind zur Verwertung der zu viel abgelieferten Milch ergriffen worden?

A.d Mit Schreiben vom 18. September 2009 machte die Beschwerdeführerin geltend, sie habe seit dem 1. April 2009 und während dreier Monate 5% der gesamten Milchmenge ohne Hilfe des Bundes in der Form von Vollmilchpulver, Magermilchpulver und Butter exportiert. Sofern auch die nach dem 1. Mai 2009 exportierten Produkte angerechnet würden, habe sie viel mehr als die bewilligte Mehrmenge ausgeführt. Das Exportprojekt habe nicht wie ursprünglich geplant verwirklicht werden können, da sich der Milchmarkt Anfang 2009 in einem desolaten Zustand befunden und die Nachfrage auf vielen Märkten komplett gefehlt habe.

A.e Am 5. November 2009 schloss die Vorinstanz das Mehrmengenprojekt der Beschwerdeführerin anhand der Daten aus der Milchstatistik und der Exportstatistik der Eidgenössischen Zollverwaltung ab und teilte der Beschwerdeführerin einige Korrekturen in der Abrechnung mit. So könne der Export von Butter nicht an das Mehrmengenprojekt angerechnet werden, da dafür keine Mehrmenge bewilligt worden sei. Des Weiteren forderte sie die Beschwerdeführerin unter Androhung von Verwaltungsmassnahmen auf, zu vier Fragen betreffend a) die hergestellten Käsearten und die Absatzkanäle, b) die Nichterreichung des Projekts Export Promilk, c) den Lagerbestand Promilk Ende April 2008 und April 2009 und d) die Menge exportierter Promilk zwischen dem 1. Mai 2009 und dem 31. Juli 2009 sowie zu den Abweichungen in den Angaben betreffend den abgesetzten Rahm schriftlich Stellung zu nehmen.

A.f Am 16. November 2009 beantwortete die Beschwerdeführerin schriftlich die Fragen der Vorinstanz. Dabei wies sie namentlich darauf hin, dass sie wegen der Probleme auf dem Milchmarkt und mit den neuen Anlagen vorübergehend die Produktion von Promilk habe drosseln müssen und erst in den Monaten Mai und Juni 2009 wieder – wie ursprünglich geplant – 2 Mio. kg Promilk habe exportieren können. Ebenso sei ein Teil des Rahms erst nach dem 1. Mai 2009 exportiert worden. Schliesslich habe die B._____ AG Anfang 2009 bei den von der Branche mit der Vorinstanz vereinbarten Marktabräumungsmassnahmen mitgeholfen, um zu vermeiden, dass die Milch "auf der Strasse bleibe".

A.g Am 3. Februar 2010 stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin einen Verfügungsentwurf zu und forderte sie auf, sich zu diesem bis zum 5. März 2010 zu äussern. Diese Gelegenheit nahm die Beschwerdeführerin am 4. März 2010 wahr.

B.
Am 16. Juni 2010 erliess die Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin eine Verfügung in Sachen nicht projektkonforme Vermarktung der Mehrmenge und Überschreitung des Produktionspotentials im Milchjahr 2008/2009. Darin reduzierte sie die ursprünglich bewilligte Mehrmenge der Beschwerdeführerin von 14 Mio. kg auf 7'015'946 kg (Dispositiv Ziff. 1). Zusätzlich auferlegte sie der Beschwerdeführerin einen Betrag von Fr. 893'840.- wegen Überschreitens des Produktionspotentials um 11'173'470 kg (Dispositiv Ziff. 2). Schliesslich erhob die Vorinstanz eine Entscheidgebühr von Fr. 500.- (Dispositiv Ziff. 3).

B.a Am 17. August 2010 focht die Beschwerdeführerin diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht an und beantragte, die Beschwerde sei gutzuheissen (1), die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei auf Verwaltungsmassnahmen zu verzichten (2). Eventualiter seien die Verfügung aufzuheben und die Beschwerdeführerin zu verwarnen (3). Subeventualiter seien die Verfügung aufzuheben und der Beschwerdeführerin eine Busse von max. Fr. 10'000.- aufzuerlegen (4).

B.b Zur Begründung ihrer Anträge bringt die Beschwerdeführerin in rechtlicher Hinsicht vor, Art. 169 Abs. 1 LwG sehe bei einer Überschreitung der Mehrmenge allgemeine Verwaltungsmassnahmen vor. In Bst. b ausdrücklich vorgesehen sei der Entzug von Bewilligungen, Kontingenten und dergleichen. Ein solcher Bewilligungsentzug könne sich aber nur auf die Zukunft beziehen. Die Vorinstanz hätte ohne Weiteres nach Abschluss

des 2. und 3. Quartals aufgrund ihres Controllings für die verbleibenden Monate des Milchjahrs 2008/09 die Mehrmenge in dem Umfang kürzen können, in welchem angesichts der bisherigen Entwicklung die Exportpläne nicht hätten umgesetzt werden können. Der in der angefochtenen Verfügung angeordnete Entzug der Mehrmenge im Umfang von rund 7 Mio. kg sei demgegenüber als Änderung einer "nachträglich fehlerhaft gewordenen" Verfügung anzusehen. Die ursprüngliche Verfügung könne aber nicht bereits deshalb als nachträglich fehlerhaft bezeichnet werden, weil sich die für die Zustimmung zur Mehrmenge angestellte Absatzprognose nicht bewahrheitet habe. Diese Tatsache sei der Beschwerdeführerin erst im Frühjahr 2009 bekannt geworden, als sich die Freigabe der Promilk-Exporte verzögert habe. Selbst die Vorinstanz sei ursprünglich davon ausgegangen, dass die Prognose dem vorhandenen Absatzpotential entspreche. Neue Sachverhaltselemente, welche im Zuge eines Widerrufverfahrens ergingen, wirkten *ex nunc* und dürften damit nicht nachträglich berücksichtigt werden. Dass im Falle einer Nichterfüllung der Exportzielsetzung wegen höherer Gewalt, wenn überhaupt, eine Verwaltungsmassnahme nach Art. 169 Abs. 1, nicht aber nach Art. 169 Abs. 2 LwG zu ergreifen sei, räume die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid sogar selbst und zu Recht ein.

B.c In tatsächlicher Hinsicht bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei im Verlauf des Milchjahrs zu verschiedenen Marktverwerfungen – u.a. durch den Milchstreik und die damit verbundene Preiserhöhung im Inland sowie den gleichzeitigen Preiszerfall im EU-Markt – gekommen, was den Bund veranlasst habe, Marktentlastungsmassnahmen zu beschliessen. Trotz dieser von ihr nicht zu verantwortenden Schwierigkeiten habe die Beschwerdeführerin nach Kräften versucht, mittels anderer Produkte Absatzmärkte ausserhalb des krisengeschüttelten EU-Markts zu erschliessen. Dass der Kanada-Kontrakt erst im "5. Quartal" des Milchjahrs habe vollständig erfüllt werden können, habe massgeblich mit ihren durch die Massnahme der 5%-Abräumung voll ausgelasteten Kapazitäten zu tun gehabt. Somit handle es sich im vorliegenden Fall um ein Musterbeispiel einer falschen Markteinschätzung, wie sie in Anhang 2 zu den Weisungen und Erläuterungen des BLW vom 1. Juli 2005 zur VAMK umschrieben werde. Darin werde ausdrücklich festgehalten, dass – falls eine Mehrmenge nicht wie geplant vermarktet werden könne – der Sachverhalt zuerst genau abgeklärt werde. Die Situation sei auch für die Vorinstanz nicht voraussehbar gewesen. Bezüglich des Kanada-Kontrakts spreche auch sie von höherer Gewalt. Für diese Fälle sähen die Weisungen ausdrücklich und unmissverständlich vor, dass als Sanktion nicht eine Busse

im Vordergrund stünde, sondern die Kürzung resp. Rücknahme der Mehrmenge durch die Vorinstanz.

B.d Es liege eine blosse Widerhandlung gegen die Mehrmengenbewilligung vor, und diese könne nur Sanktionen nach Art. 169 Abs. 1 LwG nach sich ziehen. Folgerichtig habe die Vorinstanz auch eine Massnahme gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Bst. b LwG (Entzug der Mehrmenge) ausgesprochen. Aber selbst eine Busse gemäss Art. 169 Abs. 1 Bst. h LwG stehe gemäss den Weisungen zur VAMK nicht im Vordergrund. Daraus, dass die Vorinstanz rückwirkend eine Kürzung der Mehrmenge vorgenommen und das Produktionspotential der Beschwerdeführerin für das bereits abgeschlossene Milchjahr reduziert habe, habe sich erst nachträglich eine hypothetische Überschreitung des Produktionspotentials ergeben. Diese "Überlieferung" habe zu einer Busse gestützt auf Art. 169 Abs. 2 LwG geführt. Durch dieses Vorgehen würden indessen das System der Verwaltungsmassnahmen pervertiert und zugleich die Weisungen und Erläuterungen zur VAMK verletzt. Auch deshalb sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und auf einen Widerruf der Mehrmenge zu verzichten.

B.e Zur Bemessung der Sanktion sei schliesslich anzuführen, dass gemäss den Weisungen und Erläuterungen zur VAMK eine Dreiteilung der Sanktionen vorgenommen werde: Demgemäss zögen erstmalige leichte Verstösse möglicherweise nur eine Verwarnung nach Art. 169 Abs. 1 Bst. a LwG nach sich. Bei schwereren Verstössen müsse die Organisation mit einer Busse gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Bst. h LwG rechnen. Diese sei stets sehr geringen Ausmasses und in der bis 2008 gültigen Version des Landwirtschaftsgesetzes als "Ordnungsbusse" bezeichnet worden. Diese Busse bemesse sich gemäss den Weisungen nach verschiedenen Kriterien (Schwere des Verstosses, Art der Widerhandlung, Häufigkeit des Verstosses, getroffene Vorkehrungen zur Vermeidung des Verstosses, usw.). Erst im Falle eines wiederholten und schweren Verstosses sei gestützt auf Art. 169 Abs. 2 LwG eine Busse in der Höhe des zu Unrecht erzielten Erlöses vorgesehen. Es handle sich um einen erstmaligen Verstoss, und die besonderen Umstände wie auch ihre eigenen Anstrengungen seien der Beschwerdeführerin strafmindernd anzurechnen. Überdies seien nicht Produkte unrechtmässig in Verkehr gebracht worden, sondern es hätten sich Absatzpotentiale nicht eingestellt und es seien Produkte in leicht veränderter Form (Magermilchpulver statt Promilk) oder in der Form von Promilk erst etwas später (im "5. Quartal") in Verkehr gebracht worden. Dadurch sei aber der Milchmarkt nicht zusätzlich belastet worden.

B.f Selbst wenn eine höhere Busse in Anwendung von Art. 169 Abs. 2 LwG hätte ausgesprochen werden dürfen, sei diese viel zu hoch bemessen. Die 8 Rp./kg Mengenüberschreitung seien unverhältnismässig und trügen der konkreten Situation in keiner Weise Rechnung. Der Ansatz stamme wohl aus einer Anlehnung an die "Überlieferungsabgabe" während der Milchkontingentierung. Diese Analogie sei aber vorliegend nicht gerechtfertigt, da es sich beim Milchjahr 2008/09 um ein absolutes Ausnahmejahr gehandelt habe. Vorliegend gehe es nicht um eine Überlieferung einer zu Beginn des Jahres feststehenden Menge, sondern vielmehr um ein nicht im vorhergesagten Umfang und in der in Aussicht gestellten Zeitspanne verwirklichtes Exportprojekt. Diese Ausgangslage, die weder der einzelne Produzent noch die Beschwerdeführerin hätten verhindern können, sei anders zu beurteilen.

C.

Mit Vernehmlassung vom 27. Oktober 2010 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Zum Vorbringen der Beschwerdeführerin, der Milchmarkt sei 2008/09 in sehr kritischem Zustand gewesen, entgegnet sie, die Beschwerdeführerin habe kein Gesuch um Anpassung der Mehrmenge gestellt und auch nicht rechtzeitig mitgeteilt, dass die Ausfuhr von 2'800 t Promilk von den kanadischen Behörden erst per 1. April 2009 bewilligt worden sei, was die im Projekt vereinbarte Ausfuhr Anfang 2009 verzögert habe. Zum anwendbaren Recht macht sie geltend, der Bundesrat habe den vorzeitigen Ausstieg aus der Kontingentierung gemäss Art. 36*a* Abs. 2 LwG in der VAMK näher geregelt. Diese Verordnung sei bis zur Aufhebung der Kontingentierung am 30. April 2009 in Kraft gewesen und somit auf die vorliegend zu beurteilenden Sachverhalte anwendbar. Vermarkte eine Organisation zusätzlich zu ihrer Basismenge eine nach den Kriterien von Art. 12 VAMK bewilligte Mehrmenge, obliege es ihr gemäss Art. 14 Abs. 1 VAMK, die Basis- und die Mehrmenge auf ihre Mitglieder aufzuteilen und die Anpassungen vorzunehmen. Zusätzlich sei sie verpflichtet, dem BLW je Quartal die Unterlagen für das Controlling der Mehrmenge einzureichen. Aus diesen Bestimmungen ergebe sich für die Organisation die klare Verpflichtung, ihr Mehrmengenprojekt ständig zu kontrollieren und dem BLW vierteljährlich den Stand des Projekts mitzuteilen. Damit obliege die Verantwortung für die projektkonforme Vermarktung der bewilligten Mehrmenge der PMO, und zwar gemäss Art. 14 Abs. 3 VAMK selbst dann, wenn sie eine andere Stelle mit der Administration beauftrage. Somit sei einzig die Beschwerdeführerin, und nicht die Vorinstanz, für die Überwachung der bewilligten Mehrmenge verantwort-

lich gewesen. Massgebend für die Beurteilung, ob die Produktion rechtmässig erfolgt sei oder nicht, sei demnach, ob die Mehrmenge dem bewilligten Projekt entsprechend vermarktet worden sei.

D.
In ihrer Replik vom 30. November 2010 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest. Zum massgeblichen Sachverhalt bringt sie ergänzend vor, der Umstand, dass sie erst im "5. Quartal" des Milchjahrs 2008/09 das bewilligte Mehrmengenprojekt erfüllt habe, sei in dem Zusammenhang zu sehen, dass ihre Produktion in den ersten Monaten des Jahres 2009 durch eine von der Branche in Zusammenarbeit mit dem BLW beschlossene Marktabräumungsaktion (Export von 5% der Industriemilch in Form von Milchpulver) voll ausgelastet gewesen sei. Aus diesem Grund und wegen der spät erteilten Bewilligung der kanadischen Behörden sei sie mit dem Exportprojekt in Verzug geraten. Sie habe aber dadurch – ganz im Gegensatz zu den Behauptungen der Vorinstanz – den Inlandmarkt nicht zusätzlich be-, sondern vielmehr entlastet.

E.
Die Vorinstanz reichte am 11. Februar 2011 ihre Duplik ein. Am 24. Februar 2011 reichte die Beschwerdeführerin ihrerseits weitere Schlussbemerkungen ein. Beiderseits halten sie an ihren Anträgen fest.

F.
Mit Instruktionsverfügung vom 10. März 2011 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz auf, zu ihrer Praxis bei der Bemessung der Verwaltungssanktion nach Art. 169 Abs. 2 LwG Stellung zu nehmen.

F.a Mit Stellungnahme vom 24. März 2011 macht die Vorinstanz geltend, bei den 10 Rp./kg Milch handle es sich um einen Grundbetrag, dessen Höhe sich auf den Ansatz der Überlieferungsabgabe für Sömmerungsbetriebe unter dem System der Milchkontingentierung stütze. Das Bundesverwaltungsgericht habe diesen Betrag in seinen Urteilen vom 15. Oktober 2008 (B-6199/2007) und vom 2. Juni 2010 (B-2625/2009) als überzeugend und verhältnismässig bezeichnet. Als Minderungsgründe für eine Reduktion von 10 auf 8 Rp./kg seien die vom Bundesverwaltungsgericht als zu lang beurteilte Verfahrensdauer (vgl. Urteil B-2625/2009 vom 4. März 2010), spezielle Bemühungen zur Verwertung der überschüssigen Milch und nicht voraussehbare Exportschwierigkeiten angesehen worden. Diese Minderungsgründe seien in den betreffenden Verfügungen auch als solche bezeichnet worden. Eine weitere Reduktion sei aus

Gründen der Verhältnismässigkeit nicht vertretbar. Erhöht sei der Grundbetrag in keinem Fall worden. In den beiden erstgenannten Verfahren, welche vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden seien, habe die Vorinstanz indessen die Verwaltungsmassnahme ohne die übliche Toleranz von 2% wegen der schwankenden Produktion berechnet und dadurch den erschwerenden Umständen Rechnung getragen.

F.b Dazu führte die Beschwerdeführerin am 13. April 2011 aus, in ihrem Fall seien die Minderungsgründe zu wenig berücksichtigt worden, und es wäre höchstens eine Verwarnung angezeigt gewesen. Die Fälle B-6199/2007 und B-6848/2008 hätten Emmentaler-Fälschungen betroffen und seien in der Presse intensiv kommentiert worden. Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin hätten die Betreffenden vorsätzlich gehandelt, da ihnen bereits beim Einreichen des Mehrmengengesuchs klar gewesen sei, dass die Mehrmengenmilch nicht verfügungskonform verwertet und der hergestellte Käse spätestens an der Grenze "auf magische Weise" zu Emmentaler mutieren würde. Diese Fälle seien aber mit dem vorliegend zu beurteilenden in keiner Weise vergleichbar.

F.c Die Vorinstanz ergänzte am 12. Mai 2011 ihre Stellungnahme vom 24. März 2011 und hielt fest, der Ansatz von 10 Rp./kg für die Überlieferungsabgabe für Sömmerungsbetriebe enthalte ein Lenkungselement, welches die Vermarktung über das Kontingent hinaus uninteressant machen solle, sowie ein Solidaritätselement, welches eine Beteiligung der Produzenten an den Überschussverwertungskosten des Bundes vorsehe. Genau die gleichen Überlegungen seien auch im vorliegenden Fall massgebend: Die Beschwerdeführerin habe ihr Produktionspotential überschritten, unrechtmässig Milch in Verkehr gebracht und den Milchmarkt auf diese Weise zusätzlich belastet. Wie die Botschaft des Bundesrats vom 17. Mai 2006 zur Agrarpolitik 2011 festhalte, solle Art. 169 Abs. 2 LwG auch in diesem Fall dafür sorgen, dass die entstandenen Störungen auf dem Milchmarkt sanktioniert würden. Überdies werde die Beschwerdeführerin an den dem Staat entstehenden Kosten beteiligt, wodurch auch eine Gleichbehandlung mit den anderen, sich an die Mehrmengen haltenden Organisationen gewährleistet sei.

G.

Am 17. Mai 2011 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die Stellungnahme der Vorinstanz vom 12. Mai 2011 zur Kenntnis zu und schloss damit das Instruktionsverfahren ab.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gestützt auf Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Die Beschwerde ist u.a. zulässig gegen Verfügungen der den Departementen unterstellten Dienststellen der Bundesverwaltung (Art. 33 Bst. d VGG). Das Verfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.1. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG und das Bundesamt für Landwirtschaft ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts gemäss Art. 33 Bst. d VGG. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Behandlung der Beschwerde zuständig.

1.2. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, sie ist als Adressatin vom Entscheid besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Sie ist damit nach Art. 48 Abs. 1 VwVG beschwerdeberechtigt.

1.3. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.4. Im Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich die Sprache des angefochtenen Entscheids massgebend. Verwenden die Parteien jedoch eine andere Amtssprache, kann das Verfahren auch in dieser geführt werden (Art. 33*a* Abs. 2 VwVG). Obwohl die angefochtene Verfügung auf Französisch ausgefertigt wurde, steht somit der Verfahrensführung in deutscher Sprache, deren sich die Parteien vorliegend bedienen, nichts entgegen.

2.
Die angefochtene Verfügung betrifft einen Sachverhalt, der sich im Milchjahr 2008/09 zugetragen hat. Gemäss Art. 36*a* Abs. 1 LwG waren die Art. 30 - 36 LwG bis zum 30. April 2009 anwendbar. Die Übergangsbestimmung von Art. 187 Abs. 1 LwG sieht vor, dass die aufgehobenen Bestimmungen auf alle während ihrer Geltungsdauer eingetretenen Tatsachen anwendbar bleiben, mit Ausnahme der Verfahrensvorschriften. Diese übergangsrechtliche Bestimmung gilt ebenfalls für die VAMK, welche

gemäss Art. 23 am 1. Januar 2005 in Kraft trat und per 30. April 2009 aufgehoben wurde.

2.1. Mit der Revision des Landwirtschaftsgesetzes wurde im Rahmen der Agrarpolitik 2007 beschlossen, die seit 1977 eingeführte öffentlich-rechtliche Milchkontingentierung aufzuheben. Dieser Ausstieg aus der Milchkontingentierung sollte schrittweise abgewickelt werden, um die Mengenanpassung sowie die Umstrukturierung von Betrieben leichter zu gestalten (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik vom 29. Mai 2002 [Agrarpolitik 2007], BBl 2002 4721 ff., 4800 ff., sowie Zusatzbotschaft vom 16. Oktober 2002, BBl 2002 7234 ff.). Das Konzept für den Ausstieg aus der Milchkontingentierung wurde in Art. 36*a*, Art. 36*b* und Art. 43 Abs. 3 LwG geregelt:

2.1.1. Nach Art. 36*a* Abs. 2 LwG kann der Bundesrat Produzenten und Produzentinnen, die Mitglied einer Organisation nach Art. 8 LwG sind oder zusammen mit einem bedeutenden regionalen Milchverwerter in einer Organisation zusammengeschlossen sind (Produzenten-Milchverwerter-Organisation, kurz: PMO), frühestens auf den 1. Mai 2006 von der Milchkontingentierung ausnehmen, wenn die Organisation:

> "a. eine Mengenregelung auf Stufe der Milchproduktion beschlossen hat;
>
> b. Sanktionen für den Fall festgelegt hat, dass die individuell vereinbarten Mengen überschritten werden; und
>
> c. Gewähr dafür besteht, dass das Wachstum der produzierten Milchmenge nicht grösser ist als jenes des Mengenbedarfs der hergestellten Produkte."

Bst. c gilt nur für Organisationen, welche eine Mehrmenge beanspruchen (vgl. Ausführungsbestimmungen des BWL vom 18. Mai 2004 für einen vorzeitigen Ausstieg aus der Milchkontingentierung, S. 5, unter: Bericht zum Ausstieg aus der Milchkontingentierung vom 22. April 2006, Fundstelle: http://www.blw.admin.ch/themen/00005/00046/index.html?lang=de besucht am 2. März 2012).

2.1.2. Art. 36*b* Abs. 1 und 2 LwG bestimmen bezüglich Milchkaufverträge, dass die Produzentinnen und Produzenten ihre Milch nur einem Milchvertreter, einer Produzentengemeinschaft oder einer Produzentenorganisation verkaufen dürfen und hierfür einen Vertrag von mindestens einem Jahr abschliessen müssen, der mindestens eine Vereinbarung über Milchmenge und Milchpreise enthält. Damit soll sichergestellt werden, dass die

Mengenregelung nach der Übertragung des Vollzugs vom Bund auf die Marktakteure auch unter privatem Vollzug sichergestellt ist (vgl. Ausführungsbestimmungen, S. 3).

2.1.3. Schliesslich wurde auf den 1. Mai 2006 die Meldepflicht gemäss Art. 43 LwG durch einen dritten Absatz ergänzt. Gemäss Art. 43 Abs. 3 LwG haben die Milchverwerter die mit den Produzenten vereinbarten Mengen und die Laufzeit der abgeschlossenen Milchkaufverträge der vom Bundesrat bezeichneten Stelle zu melden. Diese informiert die interessierten Kreise über die insgesamt vereinbarten Mengen. Diese Bestimmung wurde in das Gesetz eingefügt, damit auch nach dem teilweisen Ausstieg aus der Milchkontingentierung eine vollständige "Milchproduzentenstatistik" erstellt werden kann (vgl. Ausführungsbestimmungen, S. 18). Die Meldepflicht ermöglicht somit einen Überblick über die insgesamt vereinbarten und zusätzlich bewilligten Milchmengen.

2.2. Der Bundesrat hat gestützt auf Art. 36*a* Abs. 2 LwG und seine allgemeine Zuständigkeit zum Erlass der erforderlichen Ausführungsbestimmungen nach Art. 177 Abs. 1 LwG am 10. November 2004 die VAMK erlassen. Der dritte Abschnitt der VAMK regelt die Milchmenge. Art. 6 Abs. 1 VAMK bestimmt als Basismenge die Summe der Kontingente, welche den Produzentinnen und Produzenten im letzten Milchjahr vor dem Ausstieg zugeteilt waren, wobei die Zusatzkontingente nach Art. 11 der Milchkontingentierungsverordnung vom 7. Dezember 1998 (aMKV, AS 1999 1209) nicht angerechnet werden. Zusätzlich zur Basismenge gemäss Art. 6 VAMK kann eine Organisation mit der Zustimmung der Vorinstanz eine zusätzliche Milchmenge (Mehrmenge) vermarkten (Art. 12 Abs. 1 VAMK). Die Zustimmung gilt für ein Milchjahr und wird der Organisation erteilt, wenn diese den Bedarf für die Mehrmenge ausweisen kann (Art. 12 Abs. 2). Die Mehrmenge entspricht der Differenz zwischen der dem aktuellen Stand entsprechenden Basismenge und der beantragten Gesamtmenge der Organisation und bildet das geplante Wachstum der Organisation ab, welches in Art. 3*6a* Bst. c LwG vorgesehen ist. Mit dieser Möglichkeit für ein Wachstum der Organisation wurde vom Gesetz ein zusätzlicher Anreiz für den vorzeitigen Ausstieg aus der Milchkontingentierung geschaffen. Das Wachstum der produzierten Milchmenge wird aber durch den Mengenbedarf der hergestellten Produkte begrenzt (vgl. Ausführungsbestimmungen, S. 5). Daraus ergibt sich, dass Mehrmengen gestützt auf das Gesetz und Art. 12 VAMK nur bewilligt werden, wenn die Organisation ein detailliertes Projekt zur geplanten Verwertung der Mehrmenge einreicht. Auf diese Weise besteht – wie in Art. 36*a* Abs. 2

Bst. c LwG gefordert – nach Erteilung der Bewilligung für die Mehrmenge Gewähr dafür, dass die zusätzlich produzierte Milchmenge effektiv für die Herstellung dieser Produkte und deren Vermarktung verwendet wird und den Markt nicht belastet.

2.2.1. Im 4. Abschnitt der VAMK werden in Ausführung von Art. 3*6a* Abs. 2 Bst. a LwG die Mengenregelung sowie die Aufgaben der Organisationen geregelt. Bezüglich der Mengenregelung nach Art. 36*a* Abs. 2 Bst. a LwG hält Art. 13 VAMK fest, dass diese mindestens die Kriterien für die Aufteilung der Basis- und der Mehrmenge auf die Mitglieder der Organisation sowie die Bestimmungen zur Übertragung und Anpassung von Anteilen an der Basis- und der Mehrmenge innerhalb der Organisation enthalten und auch die Mengenregelung in einem Reglement geregelt sein muss. Art. 14 VAMK bestimmt die administrativen Aufgaben der Organisation näher. Unter anderem obliegen ihr gemäss Abs. 2 die folgenden Aufgaben: a) Nachführen der Daten über die vermarktete Milch; b) Nachführen der Basismenge nach den im Laufe eines Milchjahrs vorgenommenen Anpassungen; c) Bereitstellen der Unterlagen je Quartal für das Controlling der Mehrmenge. Art. 15 VAMK hält – hier nicht weiter von Bedeutung – fest, dass die Sanktionen gegenüber den Mitgliedern für den Fall der Überschreitung der individuell vereinbarten Mengen (Art. 36*a* Abs. 2 Bst. b LwG) in einem Reglement enthalten sein müssen und die Organisation zur Durchsetzung ihrer Bestimmungen die von ihr beschlossenen Sanktionen ergreifen muss. Schliesslich regelt Art. 16 VAMK die Meldepflicht nach Art. 43 LwG näher und hält u.a. fest, dass der Milchverwerter der vom Bundesamt beauftragten Stelle bis zum 10. Tag des folgenden Monats die in einem Monat insgesamt vermarktete Milch je Produzentin und Produzent meldet (Bst. c).

2.2.2. Zum Verfahren (5. Abschnitt) hält Art. 20 VAMK in Bezug auf die für die Vermarktung einer Mehrmenge nach Art. 12 notwendigen Unterlagen fest, dass die Organisation dem BLW insbesondere folgende Unterlagen und Nachweise einreichen muss:

> "a. Nachweis, dass die verlangte Mehrmenge das Wachstum des Mengenbedarfs nicht übersteigt;
>
> b. Mengenbudget für zumindest das erste Milchjahr nach dem Ausstieg aus der Milchkontingentierung;
>
> c. Reglement zur Verteilung der Mehrmenge auf die Mitglieder;

> d. Vorschlag für ein gemeinsam mit dem Bundesamt durchzuführendes Controlling;
>
> e. Nachweis, dass und wie der Milchverwerter für die Festsetzung und Kontrolle der Milchmenge Verantwortung trägt."

Zu den Kontrollen und Verwaltungsmassnahmen hält Art. 21 Abs. 1 VAMK fest, dass das BLW mit den Organisationen die Einzelheiten über eine gemeinsame periodische Beurteilung ihrer Produktions- und Absatzsituation vereinbart. Art. 21 Abs. 2 bestimmt, dass Verstösse der Organisation gegen die Bestimmungen der VAMK mit Verwaltungsmassnahmen geahndet werden. Für den Vollzug hält Art. 22 Abs. 1 und 4 VAMK fest, dass das BLW und die Organisationen die VAMK im Rahmen ihrer Kompetenzen vollziehen und die Organisationen der Aufsicht des BLW unterstehen.

2.3. Als Auslegungshilfe und zur Erläuterung der VAMK hat die Vorinstanz die Weisungen und Erläuterungen vom 1. Juli 2005 zur Verordnung über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung erlassen. Bei den Weisungen zur VAMK handelt es sich – wie bei Merkblättern oder Kreisschreiben – um Verwaltungsverordnungen. Als solche sind sie für die Durchführungsorgane verbindlich, begründen indessen im Gegensatz zu Rechtsverordnungen keine Rechte und Pflichten für Private. Ihre Hauptfunktion besteht vielmehr darin, eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis – vor allem im Ermessensbereich – zu gewährleisten. Auch sind sie in der Regel Ausdruck des Wissens und der Erfahrung einer Fachstelle. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Instanz (Art. 2 VGG) nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden, sondern bei deren Prüfung und Anwendung frei. In der Rechtspraxis werden Verwaltungsverordnungen von den Gerichten bei der Entscheidfindung in der Regel gleichwohl mitberücksichtigt, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und sinnvolle Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen ermöglichen (vgl. BGE 132 V 200 E. 5.1.2., BGE 130 V 163 E. 4.3.1.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, S. 28, Rz. 123 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 41 Rz. 11 ff.).

3.

Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens und Inhalt der angefochtenen Verfügung ist die Sanktionierung der nicht projektkonformen Vermarktung der Mehrmenge und der Überschreitung des Produktionspotentials der Beschwerdeführerin im Milchjahr 2008/09. Das Bundesverwal-

tungsgericht ist im Rahmen des Streitgegenstandes weder an die Begründung der angefochtenen Verfügung noch an die von den Parteien vorgetragene Rechtsauffassung gebunden. Es wendet das Recht im Rahmen des Streitgegenstandes frei an (vgl. CHRISTOPH AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Bern 1997, S. 14 f. m.w.H.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. A., Bern 1983, S. 43 f.).

3.1. Gestützt auf Art. 61 Abs. 2 VwVG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst und weist diese nur ausnahmsweise an die Vorinstanz zurück. Dabei hebt es – sofern sich dies als notwendig erweist – die angefochtene Verfügung auf und entscheidet anstelle der Vorinstanz neu, sofern die Streitsache entscheidungsreif ist. Dies trifft vorliegend zu.

3.2. Zunächst ist das Produktionspotential der Beschwerdeführerin im Milchjahr 2008/09 festzulegen, von welchem der neue Entscheid ausgeht. Dieses wird von der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz nicht bestritten und entspricht damit demjenigen des angefochtenen Entscheids:

Produktionspotential der Beschwerdeführerin:

Basismenge	99'688'450 kg
Mehrmenge	14'000'000 kg
Zusatzkontingente	730'000 kg
Total	**114'418'450 kg**

3.3. Ebenso übernimmt das Bundesverwaltungsgericht für seinen Entscheid die gemäss den Sachverhaltsermittlungen der Vorinstanz und der Aktenlage erstellte Milchmenge, welche die Beschwerdeführerin im Milchjahr 2008/09 vermarktet hat.

Vermarktete Milch	120'919'127 kg
Unbestrittene Korrektur durch die Vorinstanz	– 22'892 kg
Für die Berechnung massgebende vermarktete Milch	**120'896'235 kg**

Aus der Differenz zwischen der vermarkteten Milch und dem Produktionspotential ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin im Milchjahr

2008/09 6'477'785 kg Milch ohne Bewilligung vermarktet hat. In Einklang mit der konstanten Praxis der Vorinstanz sind davon als Toleranzabzug, der den natürlichen Schwankungen in der Milchproduktion Rechnung trägt, 2% des Produktionspotentials der Beschwerdeführerin von 114'418'450 kg, vorliegend somit 2'288'369 kg, abzuziehen. Im Ergebnis ist demzufolge von einer Überschreitung des Produktionspotentials im Umfang von 4'189'416 kg Milch auszugehen, die für die Bemessung der Sanktion massgebend ist:

Ohne Bewilligung vermarktete Milch	6'477'785 kg
Toleranzabzug (2% von 114'418'450 kg)	- 2'288'369 kg
Für die Sanktionsbemessung massgebend	4'189'416 kg

3.4. Schliesslich ist mit der Vorinstanz und aufgrund der Aktenlage festzustellen, dass die Beschwerdeführerin von der bewilligten Mehrmenge von 14 Mio. kg lediglich 7'015'946 kg projektkonform vermarktet hat. Die in der Beschwerdebegründung und im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Korrekturen für die Anrechnung der nach Abschluss des Milchjahres noch vermarkteten Produkte oder der in eigener Initiative exportierten Produkte an das bewilligte Mehrmengenprojekt können nicht berücksichtigt werden, da die Vorinstanz dagegen zu Recht vorbringt, dass der Beschwerdeführerin für die Vermarktung von Butter keine Mehrmengenbewilligung erteilt worden wäre, da es sich bei Butter nicht um ein Koppelprodukt des bewilligten Mehrmengenprojekts, sondern um ein Regulierprodukt handelt. Somit ist für die weitere Beurteilung davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin 6'984'054 kg der bewilligten Mehrmenge nicht projektkonform vermarktet hat.

3.5. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung eine Sanktion auf der Basis von 11'173'470 kg unrechtmässig in Verkehr gebrachter Milch erhoben. Dabei wurde die nicht projektkonform vermarktete Mehrmenge von 6'984'054 kg mitgezählt und gleich wie die Überschreitung des Produktionspotentials behandelt. Das Bundesverwaltungsgericht ist mit der Vorinstanz der Ansicht, dass für das vorliegende Verfahren von einer für eine Verwaltungsmassnahme massgebenden Gesamtmenge von 11'173'470 kg unrechtmässig in Verkehr gebrachter Milch auszugehen ist. Indessen ist die Überschreitung des Produktionspotentials bei der Bemessung der Verwaltungsmassnahme nicht gleich zu behandeln wie die nicht projektkonform vermarktete Mehrmenge.

4.
Die angefochtene Verfügung stützt sich auf Art. 169 Abs. 2 LwG, der vorsieht, dass die Vorinstanz einen bestimmten Geldbetrag erheben kann, der höchstens dem für die Produkte erzielten Brutto-Erlös entspricht, wenn unrechtmässig Produkte in Verkehr gebracht werden. Seitdem die Art. 30-36 LwG, welche die Milchkontingentierung regelten, nicht mehr anwendbar sind (30. April 2009, vgl. Art. 36*a* Abs. 1 LwG), ergibt sich die zu vermarktende Michmenge nicht mehr direkt aus dem Landwirtschaftsgesetz. Die unrechtmässige Inverkehrbringung kann aber aus der Verletzung der Art. 6-10 sowie Art. 12 VAMK hergeleitet werden, welche die Milchmenge (Basismenge und allfällige Mehrmenge) festlegen.

4.1. Verordnungsbestimmungen kommen als gesetzliche Grundlage für eine Verwaltungsmassnahme in Frage, sofern die Voraussetzungen der Gesetzesdelegation erfüllt sind oder es sich um blosse Vollziehungsverordnungen handelt, deren Funktion sich darauf beschränkt, den Inhalt des Gesetzes zu verdeutlichen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 394; PAUL RICHLI, Wirtschaftsstrukturrecht, Basel 2005, S. 262, Rz. 724; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 14 Rz. 21 und § 19 Rz. 43). Die Delegation muss sich auf eine bestimmte Materie beziehen und muss in einem formellen Gesetz vorgesehen sein. Das formelle Gesetz hat die Grundzüge der delegierten Regelung zu umschreiben, sofern sie die Rechtsstellung der Normadressaten schwerwiegend berührt. Zudem darf die Delegation gesetzlich nicht ausgeschlossen sein (vgl. PIERRE TSCHANNEN, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2008, Art. 164 Rz. 35, mit Hinweis auf BGE 128 I 122 E. 3c.). Das Landwirtschaftsgesetz enthält in Art. 177 LwG eine formelle gesetzliche Delegationsnorm für den Erlass der erforderlichen Ausführungsbestimmungen. Zudem sind die Grundzüge der Sanktion, namentlich das unrechtmässige Inverkehrbringen von Produkten und eine Obergrenze für den zu erhebenden Betrag, in Art. 169 Abs. 2 LwG zumindest grob umschrieben.

4.2. Die VAMK regelt die Pflichten der Organisationen bis zur Aufhebung der Milchkontingentierung (Art. 1 Bst. b VAMK) und die Milchmenge (Art. 6-12 VAMK). Sie ergänzt insofern Art. 36*a* LwG, weshalb es sich nicht um eine Vollziehungsverordnung, sondern um eine gesetzesvertretende Verordnung handelt (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 14 Rz. 25). Gemäss den Bestimmungen der VAMK ist eine Ausstiegsorganisation nach der Ausnahme von der Milchkontingentierung verpflich-

tet, ihr Produktionspotential einzuhalten. Die Bestimmungen können somit in Verbindung mit Art. 169 Abs. 2 LwG eine gesetzliche Grundlage bilden. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass alle grundlegenden Bestimmungen zwingend im Gesetz geregelt sein müssen. In der Form eines Bundesgesetzes zu regeln sind insbesondere die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte sowie die Rechte und Pflichten von Personen (Art. 164 Abs. 1 Bst. b und c BV). Eine solche Regelung ist Art. 36*a* Abs. 2 Bst. c LwG, der explizit auch Bezug auf die Organisationen nimmt, denen Milchproduzenten angehören müssen, um von der Kontingentierung vorzeitig ausgenommen werden zu können. Gemäss Art. 36*a* Abs. 2 Bst. c LwG muss Gewähr dafür bestehen, dass das Wachstum der produzierten Milchmenge nicht grösser ist als jenes des Mengenbedarfs der hergestellten Produkte. Daraus kann abgeleitet werden, dass die Menge der von den Produzenten hergestellten Milch auch während des Ausstiegs aus der Milchkontingentierung noch reguliert ist. Die Vorschriften des Landwirtschaftsgesetzes über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung verfolgen den Zweck, es den Organisationen zu ermöglichen, auf Vertragsbasis eine Mengenregelung einzuführen, die sie nach der Übergangsphase weiterführen können (vgl. Botschaft AP 2011, a.a.O., S. 6421), denn es entspricht dem Konzept des Ausstiegs aus der Milchkontingentierung, wenn an die Stelle der staatlichen Kontrolle die Selbstkontrolle durch die in Art. 8 und 36*a* Abs. 2 LwG genannten Organisationen treten soll. Die Mitwirkung der Organisationen steht gemäss Art. 180 Abs. 2 Satz 1 LwG und Art. 22 Abs. 4 VAMK unter Aufsicht des Bundes. Mit diesem Bestimmungen ist festgelegt, dass die PMO nach dem Ausstieg aus der Milchkontingentierung für die Kontrolle und die Einhaltung der Milchmengen verantwortlich sind und unter der Aufsicht der Vorinstanz Verwaltungsaufgaben übernehmen.

4.3. Aus der Botschaft zu Art. 169 Abs. 2 LwG ergibt sich weiter, dass die Sanktionierung von Verstössen im Zusammenhang mit dem Ausstieg aus der Milchkontingentierung beabsichtigt war (vgl. Botschaft AP 2011, BBl 2006 6450 und 6468). Der Parlamentsdebatte ist dazu zu entnehmen, die neue Verwaltungsmassnahme gemäss Bst. h schaffe die Möglichkeit, den Organisationen neben den anderen Verwaltungsmassnahmen auch "Bussen" aufzuerlegen (vgl. das Votum von Jean-Claude Cornu, AB 2002 S 1233). Dieser Hinweis erfolgte in der ständerätlichen Debatte im Zusammenhang mit den in Art. 36*b* Abs. 2-4 LwG geregelten Möglichkeiten für die Organisationen, ihre Mitglieder sich durch Exklusivlieferungsverträge über Preis und Mengen sowie griffige Sanktionen gegenseitig in einer Art Schicksalsgemeinschaft zu verpflichten, was den

Marktakteuren und den Handelspartnern Sicherheit gebe. Aus der Botschaft ergibt sich ferner, dass auf den Begriff der Ordnungsbusse verzichtet wurde, da dieser üblicherweise für die Ahndung geringfügiger Regelverstösse verwendet werde. Damit sollte klargestellt werden, dass auch hohe Beträge als Verwaltungsmassnahmen auferlegt werden könnten, und dies namentlich bei der Durchsetzung der Vorschriften im Bereich der Produktionsmittel, oder wenn es darum gehe, einen geordneten und den Wettbewerb wahrenden Ausstieg aus der Milchkontingentierung zu gewährleisten und auf diese Weise die Organisationen zu einem rechtskonformen Mengenmanagement anzuhalten (vgl. Botschaft AP 2011, BBl 2006 6468). Eine in der Botschaft geäusserte Absicht des Gesetzgebers kann zwar eine formelle gesetzliche Grundlage nicht ersetzen. In Anbetracht der nach Art. 180 Abs. 2 LwG grundsätzlich bestehenden staatlichen Aufsicht kann aber Art. 36*a* LwG in Verbindung mit der Sanktionsnorm von Art. 169 Abs. 2 LwG so ausgelegt werden, dass die Aufsicht der Organisationen auch die Mengenüberwachung umfasst. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das Erfordernis einer formellen gesetzlichen Grundlage erfüllt ist.

4.4. Das aus dem Legalitätsprinzip abzuleitende Bestimmtheitsgebot besagt, dass die zur Anwendung kommenden Rechtsnormen so formuliert sein müssen, dass das Handeln der Verwaltungsbehörden im Einzelfall voraussehbar und rechtsgleich sein muss. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach ausrichten und die Folgen seines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (vgl. BGE 125 I 361 E. 4a; HÄFELIN/HALLER/KELLER a.a.O., Rz. 308). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass jedes Gesetz als generell-abstrakte Regelung naturgemäss einen gewissen Grad an Unbestimmtheit aufweist und insbesondere die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe an sich noch keinen Verstoss gegen das Bestimmtheitsgebot begründet (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 388). Offene Normen lassen sich vor allem dort kaum vermeiden, wo die Vielgestaltigkeit der zu regelnden Verhältnisse gross ist oder die aufgrund der betreffenden Normen im Einzelfall zu treffenden Entscheidungen voraussichtlich besonders komplex sein werden (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 19 Rz. 20, m.w.H.). Dabei gilt jedoch der Grundsatz, dass die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage umso höher sind, je schwerer die Auswirkungen einer Norm auf die Rechtsstellung des Einzelnen wiegen (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller et al., a.a.O., Art. 36 Rz. 15).

4.4.1. Der auf Art. 169 Abs. 2 LwG gestützte Betrag wurde der Beschwerdeführerin auferlegt, weil diese ihr Produktionspotential überschritten und somit ihre Pflicht zur Mengeneinhaltung verletzt hat. Knüpft der Staat an die Verletzung einer Pflicht eine Sanktion, ist zwischen exekutorischen Massnahmen, welche die Realerfüllung der betreffenden Pflicht bezwecken, administrativen Rechtsnachteilen und rein repressiven bzw. pönalen Massnahmen zu unterscheiden. Administrative Rechtsnachteile werden mit dem Ziel auferlegt, im Fall der Unmöglichkeit der Realerfüllung entweder den rechtmässigen Zustand wenigstens in der Weise wiederherzustellen, dass die Konsequenzen aus der Nichterfüllung gezogen werden, oder dem Pflichtigen diejenigen Rechte und Vorteile zu entziehen, für welche er die Bedingungen oder Auflagen nicht erfüllt. Mit repressiven bzw. pönalen Massnahmen wird ein pflichtwidriges Verhalten geahndet, wenn sich der rechtmässige Zustand nicht mehr herstellen lässt. Im Gegensatz zu den administrativen Rechtsnachteilen fehlt bei blossen pönalen Massnahmen der unmittelbare Zusammenhang zwischen der verletzten Pflicht und der auferlegten Sanktion (vgl. TOBIAS JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 3 ff.).

4.4.2. Im vorliegenden Fall war eine Realerfüllung der verletzten Pflicht nicht mehr möglich, da sich die Mengenüberschreitung nicht mehr rückgängig machen lässt. Es handelt sich daher nicht um eine exekutorische Massnahme. Indessen bestand ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Höhe des auferlegten Betrags und der Pflichtverletzung, da die Zahlung eines Betrags, bemessen nach einem Ansatz pro Kilogramm Mengenüberschreitung, verfügt wurde. Es handelt sich deshalb bei dem auferlegten Geldbetrag um einen administrativen Rechtsnachteil.

4.4.3. Weil durch die Zahlung des erhobenen Geldbetrags die auf dem Milchmarkt infolge der Überproduktion eingetretenen Störungen nicht mehr ausgeräumt werden können, kann das Ziel der Massnahme nicht in der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands bestanden haben. Es geht vielmehr um die Abschöpfung von Vorteilen, welche durch die unrechtmässige Vermarktung einer Milchmenge erlangt worden sind. So ist gemäss der Vorinstanz die zusätzliche Belastung des Inlandsmarkts Anknüpfungspunkt für die Sanktion.

4.4.4. Wie bereits dargelegt, muss das Gesetz so präzise formuliert sein, dass die Betroffenen nicht nur ihr Verhalten danach einrichten, sondern

auch die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Was die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlagen betrifft, ist deshalb zwischen der Vorhersehbarkeit der tatbestandlichen Voraussetzungen der Sanktion und der Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen zu unterscheiden. Berücksichtigt man Art. 36*a* LwG in Verbindung mit Art. 6, 12 und 13 ff. VAMK, ist festzustellen, dass der Beschwerdeführerin bekannt war, wie viel Milch sie vermarkten durfte und welche Kontroll- und Meldepflichten ihr oblagen, um diese Menge einzuhalten.

4.4.5. Mit Bezug auf die Rechtsfolgen ist im vorliegenden Fall festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aus Art. 169 Abs. 2 LwG sowie dem Rückverweis von Art. 21 Abs. 2 VAMK auf die Verwaltungsmassnahmen im LwG erkennen und somit vorhersehen konnte, dass eine Organisation mit der Erhebung eines Geldbetrags sanktioniert werden kann, wenn sie das Produktionspotential überschreitet. Art. 169 Abs. 2 LwG nennt auch die Obergrenze des Betrags, nämlich den Brutto-Erlös der zu Unrecht vermarkteten Produkte. Die als Kann-Bestimmung formulierte Bestimmung räumt der Verwaltungsbehörde ein grosses Ermessen bei der Festlegung des Betrags ein. Die Formulierung verweist damit auf das Gebot der Verhältnismässigkeit. Richtigerweise betrifft diese Frage aber die Gesetzmässigkeit, und nicht die Verhältnismässigkeit (vgl. RICHLI, a.a.O., Rz. 729 und 937 ff.). Aufgrund der bisherigen Praxis zu den Art. 30-36 LwG sowie des Umstands, dass das interne Sanktionsregime der jeweiligen Organisation (Art. 36*a* Abs. 2 Bst. b LwG und Art. 15 VAMK) auch darauf ausgerichtet sein soll, den Organisationen zu ermöglichen, den gegen sie ausgesprochenen Verwaltungsmassnahmen nachzukommen, kann davon ausgegangen werden, dass die allfälligen Rechtsfolgen einer Mengenüberschreitung als bekannt vorausgesetzt werden dürfen (vgl. CHRISTIAN BUSSE, Das Milchkontingentierungsrecht der Schweiz im Lichte des EU-Milchquotenrechts, in: Roland Norer, Milchkontingentierungsrecht zwischen Aufhebung und Transformation, Zürich/ St. Gallen 2009, S. 80).

5.
Daraus ergibt sich Folgendes für die Sanktionsbemessung:

5.1. Bei der Überschreitung des Produktionspotentials ist von einem Grundbetrag von 10 Rp./kg zu Unrecht vermarkteter Milch auszugehen. Die Höhe des pro Kilogramm unrechtmässig in Verkehr gebrachter Milch erhobenen Betrages stützt sich auf den Ansatz für die Überlieferungsabgabe für Sömmerungsbetriebe. Dieser Ansatz wurde per 1. Januar 2004

auf 10 Rp., anstatt wie bisher 60 Rp., festgelegt. Er ist in der Milchwirtschaft bestens bekannt und vertraut. Diese Abgabe für Überlieferungen war auch im früheren Art. 36 LwG festgeschrieben und entsprach somit dem Branchen-Usus. Hinzu kommt, dass die jeweiligen Produzentenorganisationen gestützt auf Art. 36*a* LwG gegenüber ihren Milchproduzenten Sanktionen für den Fall festzulegen hatten, dass die individuell vereinbarte Milchmenge überschritten wurde. Diese betragen nach den Reglementen der Beschwerdeführerin gar 50 Rp./kg bei einer Überlieferung von mehr als 5'000 kg Milch. Die vorliegend massgebende Überschreitung des Produktionspotentials von 4'189'416 kg ist daher mit 10 Rp./kg zu sanktionieren, was einer Sanktion von Fr. 418'941.60 entspricht. Im Gegensatz zum vorinstanzlichen Entscheid sieht das Bundesverwaltungsgericht keinen Grund für eine Minderung dieses branchenüblichen Ansatzes auf 8 Rp./kg, da die Einhaltung des Produktionspotentials die zentrale Vollzugsaufgabe der Beschwerdeführerin ist und zudem die natürlichen Schwankungen in der Michproduktion bereits im praxisgemässen Toleranzabzug von 2% des Produktionspotentials berücksichtigt sind.

5.2. Die Vorinstanz hat gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Bst. b LwG die der Beschwerdeführerin zugeteilte Mehrmenge um rund die Hälfte reduziert. Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, dieser Teilwiderruf sei widerrechtlich, denn sie habe das bewilligte Mehrmengenprojekt wegen Umständen, die sie nicht selber zu verantworten habe, nur in beschränktem Umfang durchführen können. Die Vorinstanz macht hingegen geltend, die projektkonforme Vermarktung der bewilligten Mehrmenge sei durch die Beschwerdeführerin zu gewährleisten, welche ihrer Kontroll- und Meldepflicht nicht nachgekommen sei. Denn entgegen des am 2. Juli 2008 genehmigten Vermarktungsprojekts habe sie mit einem Teil der Milchmehrmenge den Inlandmarkt belastet und einen anderen Teil, der eigentlich für den Export nach Kanada vorgesehen gewesen wäre, im Rahmen der von der Branche beschlossenen 5%-Marktabräumung zu Milchpulver verarbeitet und anschliessend exportiert. Für Marktentlastungsmassnahmen könnten aber keine Mehrmengen bewilligt werden, da diese keinem zusätzlichen Bedarf entsprächen. Die Beschwerdeführerin habe mit ihrem Vorgehen einen Absatzkanal der Binnenprodukte belegt und damit indirekt wieder den Inlandmarkt belastet. Dieser Verstoss gegen die VAMK rechtfertige einen Widerruf der Zustimmung im Umfang der nicht bewilligungsgemäss vermarkteten Mehrmenge gestützt auf Art. 169 Abs. 1 Bst. b LwG.

5.3. Hier nun kann die Frage, ob die Vorinstanz die bewilligte Mehrmenge mittels eines teilweisen Widerrufs zu Recht um 6'984'054 kg gekürzt hat, offen gelassen werden. Fest steht jedenfalls, dass diese Milchmenge unrechtmässig in Verkehr gebracht worden und dies entsprechend zu sanktionieren ist. Als Letztes ist somit zu entscheiden, welcher Sanktionsbetrag für die nicht projektkonforme Vermarktung der Mehrmenge festzusetzen ist.

5.3.1. Bei der bewilligten Mehrmenge handelt es sich gemäss Art. 12 Abs. 1 VAMK um eine Zustimmung zur Vermarktung einer zusätzlichen Milchmenge, welche der Beschwerdeführerin für das Milchjahr 2008/09 erteilt wurde, da diese in ihrem Gesuch deren Bedarf für die zum Export bestimmten Produkte ausweisen konnte. Im Gegensatz zur Basismenge darf eine Mehrmenge nur mit vorgängiger Zustimmung des BLW vermarktet werden, welche für ein Milchjahr gilt (Art. 12 Abs. 2 VAMK). Die Beschwerdeführerin trifft eine Mitwirkungspflicht bei der Überwachung des Mehrmengenprojekts, welche sie durch das quartalsweise Reporting an die Vorinstanz wahrnimmt (Art. 12, Art. 14 Abs. 2 Bst. c, Art. 16 und Art. 20 VAMK). Daneben ist sie im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben für den Vollzug der VAMK verantwortlich und untersteht dabei der Aufsicht des BLW (Art. 22 Abs. 4 VAMK). Ihre Vorbringen zum Sachverhalt (anderweitige Auslastung der Produktion, Schwierigkeiten bei der Einstellung der Produktionsanlagen, Teilnahme an Aktionen zur Marktabräumung, etc.) vermögen sie nicht von ihren Meldungs- und Vollzugspflichten zu entlasten. Auch der Vorwurf, die Vorinstanz habe nicht rechtzeitig interveniert, obwohl hochrangige Vertreter des BLW von der Auslastung der Beschwerdeführerin durch die Marktabräumeaktion im 4. Quartal des Milchjahres gewusst hätten, vermag nicht zu überzeugen, da die Mitwirkungs- und Controllingspflichten der Beschwerdeführerin und nicht dem BLW obliegen. Zudem war die Vereinbarung des Controllings Bestandteil der Unterlagen, welche die Beschwerdeführerin der Vorinstanz gestützt auf Art. 20 VAMK in ihrem Mehrmengengesuch vorlegen musste.

5.3.2. Gemäss konstanter Praxis wäre – wie hiervor gesehen – eine maximale Sanktion von 10 Rp./kg unrechtmässig in Verkehr gebrachter Milch möglich. Die Bemessung der Sanktion hat indessen den Umständen des Einzelfalles und dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen. Obschon der Vollzug des Mehrmengenprojekts der Beschwerdeführerin und nicht der Vorinstanz oblag, erscheint es angesichts des Umstands, dass die Beschwerdeführerin u.a. wegen Zollformalitäten und unvorhergesehener Exportschwierigkeiten mit dem Vollzug ins Hintertreffen

geraten sei, nicht angemessen, den Sanktionsrahmen von 10 Rp./kg voll auszuschöpfen. Da der Beschwerdeführerin indessen spätestens im Februar 2009, mithin im 4. Quartal des Milchjahres 2008/2009, bereits bewusst sein musste, dass sie die bewilligte Mehrmenge nicht im vorgesehenen Umfang vermarkten konnte, hätte sie zeitgemäss reagieren und – wie von der Vorinstanz als Möglichkeit aufgezeigt – eine Reduktion der Mehrmenge beantragen müssen. Angesichts dessen, dass die Beschwerdeführerin ihre Kontrollpflichten nicht wahrgenommen hat, erscheint es nicht angemessen, gänzlich auf eine Sanktion zu verzichten. Solches wäre nur bei einer absoluten Ausnahmesituation möglich, was hier nicht zutrifft. Die auszusprechende Sanktion ist deshalb nach freiem Ermessen herabzusetzen und angesichts der Umstände im vorliegenden Fall auf 4 Rp./kg festzusetzen. Für die nicht projektkonforme Vermarktung der 6'984'054 kg der Mehrmenge beläuft sich die Sanktion somit auf Fr. 279'362.15.

5.4. Im Ergebnis ist festzustellen, dass der Beschwerdeführerin für die Überschreitung des Produktionspotentials und die nicht projektkonforme Vermarktung der Mehrmenge gestützt auf Art. 169 Abs. 2 LwG der Betrag von Fr. 698'303.75 (Fr. 418'941.60 + Fr. 279'362.15), gerundet Fr. 698'304.-, aufzuerlegen ist.

6.

Die Verfahrenskosten werden gestützt auf Art. 63 Abs. 1 VwVG auf Fr. 9'000.- festgelegt und der Beschwerdeführerin auferlegt. Da die Beschwerdeführerin teilweise obsiegt, werden die Verfahrenskosten auf Fr. 6'000.- reduziert und mit dem am 20. August 2010 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 6'000.- verrechnet. Der Vorinstanz werden trotz ihres teilweisen Unterliegens von Gesetzes wegen keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

7.

Da die Beschwerdeführerin teilweise obsiegt, hat sie gestützt auf Art. 64 Abs. 1 und 3 VwVG Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese wird im Masse ihres Obsiegens auf Fr. 3'500.- festgelegt und der Vorinstanz auferlegt.

Die Beschwerde an das Bundesgericht gegen Entscheide auf dem Gebiet der Landwirtschaft betreffend die Milchkontingentierung ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen (Art. 83 Bst. s Ziff. 1 Bundesgerichtsgesetz vom

17. Juni 2005, BGG, SR 173.110). Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C.845/2008 vom 18. Juni 2008 entschieden, dass auch Beschwerden im Zusammenhang mit dem vorzeitigen Ausstieg aus der Milchkontingentierung gestützt auf diese Bestimmung nicht an das Bundesgericht weitergezogen werden können. Der vorliegende Entscheid ist somit letztinstanzlich und kann mit keinem ordentlichen Rechtsmittel angefochten werden.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und Ziff. 1, 2 und 4 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung werden aufgehoben.

2.
Der Beschwerdeführerin wird ein Betrag von Fr. 698'304.- auferlegt.

3.
Die reduzierten Verfahrenskosten von Fr. 6'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

4.
Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.- inkl. MWST auszurichten.

5.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben: Beilagen: Beschwerdebeilagen);
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 2010-05-20/127; Einschreiben: Beilage: Vorakten).

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Stephan Breitenmoser	Katharina Walder Salamin

Versand: 15. März 2012