

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 118/80

URTEIL

Verkündet am

22. September 1982

B a j e r,  
Justizangestellte

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Arnold P [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED] in H [REDACTED] [REDACTED],  
Pe [REDACTED]straße [REDACTED] bei Pa [REDACTED] in Ha [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung  
- Anstalt des öffentlichen Rechts -, vertreten durch die  
Vorstandsmitglieder Dr. D [REDACTED], G [REDACTED], He [REDACTED], K [REDACTED]  
und Dr. W [REDACTED], A [REDACTED]allee [REDACTED] in F [REDACTED] [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1982 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Dr. Brunotte und Dr. Paulusch

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 22. Juni 1979 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sowie die durch die Anrufung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften entstandenen Kosten werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften erließ am 31. Januar 1973 die Verordnung Nr. 349/73 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 40/1 vom 13. Februar 1973), die den Abbau der Lagerbestände an Butter bezweckte. Nach Art. 1 der Verordnung konnten die Mitgliedstaaten auf Antrag ermächtigt werden, eingelagerte Butter zu herabgesetzten Preisen zu veräußern.

Mit Entscheidung vom 8. Februar 1973 (Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 83/41 vom 30. März 1973) ermächtigte die Kommission die Bundesrepublik Deutschland, 4.000 t Butter verbilligt zu verkaufen. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette (nachfolgend EVSt genannt) übernahm als Interventionsstelle den Absatz der Butter. Hierzu erließ sie am 13. Februar 1973 "Richtlinien für den Absatz von verbilligter Butter für den direkten Verbrauch in Form von Butterreinfett" (nachfolgend Richtlinien genannt, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 32 vom 15. Februar 1973 S. 2). Darin wurde zu Angeboten aufgefordert und der Abgabepreis für das Butterreinfett auf 4.143,-- DM je Tonne zuzüglich Mehrwertsteuer festgesetzt.

Unter III. der Richtlinien heißt es:

"Der Käufer hat,

1. das Butterreinfett nur aufgrund eines schriftlichen Kaufvertrages, der die von seinem Nacherwerber unterschriebene Verpflichtungserklärung gemäß Anlage enthält, für den Direktverbrauch in der Gemeinschaft abzugeben, und zwar mit unverändertem Gewicht und bis zum Einzelhandel auch in unveränderter Verpackung, und es nicht in dritte Länder auszuführen; bei Verkäufen von unter 50 kg Butterreinfett pro Tag an einen Einzelhändler kann von der Abgabe der Verpflichtungserklärung abgesehen werden, wenn der Einzelhändler im Kaufvertrag schriftlich versichert, daß er - einschließlich sämtlicher Lieferer von dritter Seite - keine über 50 kg pro Tag hinausgehende Gesamtmenge bezieht;

.....



4. bei Verstößen gegen eine dieser Verpflichtungen - unabhängig von dem Vorliegen eines Verschuldens - hinsichtlich derjenigen Mengen den Unterschiedsbetrag zwischen dem Interventionspreis und dem von der Kommission festgesetzten Verkaufspreis der zur Herstellung des Butterreinfetts verwendeten Butter zu zahlen, auf die sich ein Verstoß bezieht, wobei 1 kg Butterreinfett 1,22 kg Butter entspricht. Dabei ist der an die EVSt zu entrichtende Unterschiedsbetrag vom Tage des Verstoßes bis zur Zahlung mit zwei vom Hundert über dem jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank zu verzinsen, wobei der am 1. eines Monats geltende Diskontsatz für jeden Zinstag dieses Monats zugrunde zu legen ist."

Den Richtlinien war in der Anlage das Muster einer "Verpflichtungserklärung" mit folgendem Wortlaut beigelegt:

"Ich verpflichte mich,

1. die in den Richtlinien über den Absatz von verbilligter Butter für den direkten Verbrauch in Form von Butterreinfett vom 13. Februar 1973, veröffentlicht im Bundesanzeiger Nr. 32 vom 15. Februar 1973, enthaltenen Bestimmungen in ihrer jeweils gültigen Fassung als verbindlich anzuerkennen,
2. im schriftlichen Kaufvertrag mit einem Nacherwerber, sofern dieser nicht Letztverbraucher ist, sicherzustellen, daß dieser die Bestimmungen der in Nr. 1 bezeichneten Richtlinien in ihrer jeweils gültigen Fassung mit unmittelbarer rechtsbegründender Wirkung zugunsten der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette anerkennt und sich ihnen insbesondere hinsichtlich der in Abschn. III 1 Nr. 4 geregelten Zahlungsverpflichtungen, unterwirft."

Der Beklagte war als selbständiger Kaufmann bis Ende 1973 der Alleininhaber der Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. in H[REDACTED]. Er gestattete den Herren Ah[REDACTED] und T[REDACTED], unter seiner Firma und unter Verwendung seiner Firmenbögen und seines Stempels Butterreinfett anzukaufen. In der Zeit vom 30. März 1973 bis zum 1. Juni 1973 bezog die Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. mindestens 71.740 kg Butterreinfett, und zwar mehrfach von der Firma M[REDACTED] & Sohn, erstmals am 30. März 1973, verschiedentlich von der Firma Gi[REDACTED], erstmals am 17. April 1973, sowie am 11. April 1973 von der Firma S[REDACTED] & Sohn. Insgesamt erfolgten 17 Lieferungen verschiedener Mengen. Bei 14 Lieferungen unterzeichneten die Vertreter der Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. Urkunden die als "Kaufvertrag und Verpflichtungserklärung" überschrieben waren. Die Urkunden enthielten die Erklärung, daß Butterreinfett gekauft und die Verkaufsbedingungen der Verkäufer anerkannt würden. Weiter war vermerkt, daß der Kaufvertrag für die erste Bestellung für Nachbestellungen innerhalb derselben Butterabsatzaktion gelte. Außerdem unterwarf sich die Käuferin den in den Richtlinien niedergelegten Auflagen und Sanktionen. Bei zwei dieser Lieferungen, und zwar bei dem Bezug von 8.000 kg am 4. Mai 1973 von der Firma Gi[REDACTED] und bei der Lieferung der Firma S[REDACTED], enthielten die Urkunden keine Angaben zur Menge des gekauften Butterreinfetts. Schriftliche Erklärungen der Verkäufer wurden nicht abgegeben.

In drei weiteren Fällen bezog die Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. Butterreinfett, ohne schriftliche Erklärungen abzugeben, und zwar am 30. April 1973 von der Firma M[REDACTED] & Sohn sowie am 9. und 25. Mai 1973 von der Firma Gi[REDACTED].

Die Vertreter der Firma A[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. veräußerten die Ware an eine Firma Pa[REDACTED] weiter. Hierbei wurden weder schriftliche Kaufverträge geschlossen, noch gab die Erwerberin eine den Richtlinien entsprechende schriftliche Verpflichtungserklärung ab. Das Butterreinfett wurde nochmals weiterveräußert und letztlich zweckwidrig verwendet.

Die Klägerin hat von dem Beklagten gemäß Abschn. III Abs. 1 Nr. 4 der Richtlinien als Vertragsstrafe die Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen dem (höheren) Interventionspreis und dem (niedrigeren) Verkaufspreis der zur Herstellung des Butterreinfetts verwendeten Butter in Höhe von 373.879,95 DM zuzüglich Zinsen verlangt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 352.366,79 DM zuzüglich - zum Teilbetrag von 111.975,48 DM ausgerechneten - Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Die Berufungen beider Parteien blieben erfolglos. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Am 11. März 1981 hat der Senat beschlossen, eine Vorabentscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften einzuholen. Dieser hat am 29. April 1982 in der vorliegenden und in einer weiteren Sache ein Urteil erlassen (Rechtssachen 66 und 99/81).

### Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

I. Der von der Klägerin auf die unterbliebene Weitergabe der mit dem Butterfettabsatz verknüpften Bedingungen gestützte Vertragsstrafenanspruch ist - wie das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht annimmt - nach den Umständen seiner Entstehung, nach seinem Inhalt und nach den für ihn maßgeblichen Rechtsgrundlagen bürgerlich-rechtlicher Natur und deshalb im ordentlichen Rechtsweg zu verfolgen (§ 13 GVG).

1. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat in mehreren Entscheidungen den ordentlichen Rechtsweg für ähnlich liegende Vertragsstrafenansprüche angenommen, die bei Butterreinfettveräußerungen in den Jahren 1967 und 1968 entstanden waren (BGH Urteil vom 14. November 1978 - KZR 24/77 = NJW 1979, 490 unter I, insoweit in BGHZ 72, 371 ff nicht abgedruckt, unter Hinweis auf zwei nicht veröffentlichte Urteile vom 10. Juli 1974 - KZR 13/73 und 24/72). Dabei hat der Kartellsenat darauf verwiesen, daß die EVSt als Rechtsvorgängerin der Klägerin mangels einer anderen gesetzlichen Regelung auf die von ihr gewählte privatrechtliche Absatzgestaltung angewiesen und folglich auch dazu befugt gewesen sei (BGH aaO).

Diese Rechtsauffassung hat auch der erkennende Senat bisher zugrundegelegt und mehrere Revisionen, die gegen Verurteilungen zu Vertragsstrafen aus vergleichbaren Fällen von Butterfettveräußerungen der Jahre 1967 - 1969 eingelegt waren, nicht zur Entscheidung angenommen.

2. Die Rechtslage ist nicht schon deshalb anders zu beurteilen, weil die erste hier streitige Verpflichtungserklärung des Beklagten vom 30. März 1973 stammt und zu dieser Zeit bereits das Gesetz zur Durchführung der gemeinsamen Marktorganisationen vom 31. August 1972 - BGBl. I S. 1617 - (im folgenden: MOG) in Kraft war. Dieses Gesetz enthält zwar in § 7 Abs. 3 eine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen zur Regelung des Verfahrens und der Voraussetzungen bei Interventionen i.S. von § 5 MOG. Der zuständige Bundesminister hat von dieser Ermächtigung aber erst mit der am 1. April 1974 in Kraft getretenen Milchfettverbilligungsverordnung vom 26. März 1974 - BGBl. I S. 790 - (dort insbesondere §§ 6 und 7) Gebrauch gemacht. Fehlte es damit zur Zeit der Butterfettaktion im Jahre 1973 noch an einer öffentlich-rechtlichen Sanktionsregelung, so ist der Anspruch der Klägerin nach denselben Grundsätzen zu beurteilen wie in den bisher vom Bundesgerichtshof entschiedenen, auf den Rechtszustand nach dem Gesetz zur Durchführung der Verordnung Nr. 13/64/EWG ... vom 28. Oktober 1964 - BGBl. I S. 821 - bezogenen Fällen.

3. Die Einwendungen der Revision rechtfertigen keine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung.

a) Das Berufungsgericht würdigt das zugunsten der Klägerin abgegebene Zahlungsversprechen des Beklagten in erster Linie deshalb als bürgerlich-rechtlich, weil es von einer Privatperson gegenüber einer anderen Privatperson abgegeben sei und daraus kein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zur Klägerin habe entstehen können. Diese

Folgerung ist nicht ganz zweifelsfrei. Denkbar wäre etwa, daß die Verpflichtungserklärung nur äußerlich mit dem Kaufvertrag verbunden war, inhaltlich aber eine unmittelbare Einverständniserklärung gegenüber der Klägerin enthielt.

b) Die Frage bedarf jedoch keiner Entscheidung, weil sich - wie das Berufungsgericht in einer Hilfserwägung annimmt - der bürgerlich-rechtliche Charakter der Verpflichtung jedenfalls aus der Art und Weise der in den Richtlinien vorgesehenen privatrechtlichen Regelung ergibt, die für Interventionsmaßnahmen nach § 5 MOG nicht ausgeschlossen war, bevor die Milchfettverbilligungsverordnung etwas anderes bestimmte.

aa) Die Richtlinien behandeln in den Abschnitten I und II den Vorgang der Abgabe von Lagerbutter durch die EVSt und in Abschnitt III die Weitergabe des Butterreinfettes in der Handelskette eindeutig als eine Reihe von privatrechtlichen Kaufgeschäften. Die zur Sicherung des Verwendungszwecks vorgesehene Verpflichtung zur Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen Interventions- und Abgabepreis wird zwar nicht ausdrücklich als Vertragsstrafeversprechen bezeichnet. Der Sache nach handelt es sich aber um ein solches Versprechen, dessen Abgabe zugunsten der Klägerin jeder Verkäufer mit seinem Nachmann in der Handelskette zu vereinbaren, d.h. einen Vertrag zugunsten eines Dritten (§ 328 BGB) abzuschließen, hatte. Darin kam der Wille der EVSt, den Gesamtvorgang privatrechtlich zu gestalten, hinreichend zum Ausdruck.

bb) Nach Ansicht der Revision konnte ein privatrechtliches Verhältnis dennoch nicht entstehen, weil die Intervention als ganzes und die Herbeiführung eines Strafversprechens als Einzelvorgang entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht dem Bereich der Leistungs-, sondern der Eingriffsverwaltung zugeordnet werden müßten und privatrechtliche Beziehungen in diesem Bereich ausgeschlossen seien.

Dem kann nicht gefolgt werden. Zunächst wäre es verfehlt, das Vertragsstrafeversprechen isoliert zu sehen. Da es den Zweck der verbilligten Butterfettafgabe an private Verbraucher nur sichern sollte, kann es keinem anderen Verwaltungsbereich zugeordnet werden als die Hauptvorgänge der Intervention selbst: Ankauf der Frischbutter, Lagerung, Abgabe der Lagerbutter zur Verarbeitung und Weiterverkauf als Butterreinfett (vgl. auch die Erwägungen des BVerwG in NJW 1969, 809, 810 r. Sp. zum Verhältnis von begünstigendem und belastendem Verwaltungsakt bei Gewährung und Rückzahlung von Subventionsleistungen).

Wesentlicher Zweck der Intervention auf dem Buttermarkt ist die Stützung der landwirtschaftlichen Erzeugerpreise durch Einsatz öffentlicher Finanzmittel (vgl. u.a. die Präambel zu der EWG-VO [Rat] Nr. 804/68 vom 27. Juni 1968, ABl. der EG Nr. L 148/13 vom 28. Juni 1968), also die Förderung privater Interessen. Der Gesamtvorgang der Intervention ist danach eindeutig der Leistungsverwaltung zuzuordnen.

Die den am Butterabsatz beteiligten Händlerln auferlegten Kontrollmitwirkungspflichten dienten keinem eigenen Verwaltungszweck, sondern - als typische Sicherungsmaßnahmen - ausschließlich dem Hauptzweck der Intervention. Sie entstanden auch nicht durch Einzeleingriff einer Behörde, sondern auf Initiative der an dem Handel mit Butterfett interessierten Händler. Schon deshalb waren sie nicht geeignet, ein besonderes Eingriffsverhältnis zwischen der EVSt und den Händlern zu begründen. Im übrigen sind derartige Kontrollpflichten auch dem Privatrecht nicht fremd.

Die von der Revision zitierten Urteile des Bundesgerichtshofes (BGHZ 63, 319) und des Bundesverwaltungsgerichts (NJW 1969, 809 = JZ 1969, 69) betreffen andersartige Sachverhalte und können deshalb die Ansicht des Beklagten nicht stützen.

c) Im Bereich der Leistungsverwaltung steht es der Verwaltungsbehörde grundsätzlich frei, ob sie ihre Aufgabe in öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Form erfüllen will (BVerwG NJW 1962, 170, 172). Eine Ausnahme bestünde allerdings, wenn das Rechtsverhältnis zu den Zwischenhändlern bereits anderweitig öffentlich-rechtlich geregelt wäre.

aa) Eine derartige Regelung sieht der Beklagte zu Unrecht in der VO 349/73. Diese Verordnung enthält keine Bestimmung darüber, in welcher Weise die Mitgliedstaaten den Absatz des Butterreinfettes regeln sollen. Allein die Tatsache, daß Art. 12 der Verordnung den Mitgliedstaaten die "Festlegung" von Höchstpreisen aufgibt und es ihnen

freistellt, "diese Verpflichtung durch andere Verwaltungsbestimmungen mit gleicher Wirkung zu ersetzen", besagt nicht, der EWG-Verordnungsgeber habe die Rechtsform der ausführenden Verwaltungsbestimmungen vorschreiben wollen.

Aus dem in dieser Sache ergangenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs läßt sich gegen diese Betrachtungsweise nichts herleiten. Der Gerichtshof hat zu Art. 6 der Verordnung lediglich ausgeführt (Entscheidungsgründe unter Nr. 20), daß der Begriff "Kaufvertrag" unter Berücksichtigung der mit dem Butterabsatz verfolgten Ziele ein anderer sei als "normalerweise im Privatrecht". Wenn der Gerichtshof dabei die in der VO 349/73 getroffene Gesamtregelung des Absatzes der Interventionsbestände an Butter als "öffentlich-rechtliche Regelung" bezeichnet, folgt daraus nicht, daß er auch für die einzelnen Ausführungsakte eine bestimmte Rechtsform als zwingend ansieht. Seinen Hinweis auf die andere Bedeutung des Begriffs "Kaufvertrag" erläutert er nämlich in Nr. 21 der Entscheidungsgründe dahin, es sei "im Hinblick auf diese Regelung wesentlich, daß der Käufer schriftlich bestätigt, von den Sanktionen Kenntnis genommen zu haben, denen er sich bei Nichtbeachtung der Verpflichtungen ... aussetzt". Ersichtlich will der Gerichtshof also nur den Inhalt der an den Kaufvertrag zu stellenden Anforderungen festlegen, nicht aber dessen Rechtsform.

Einer Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 177 Abs. 3 EWGV auch wegen der Auslegung des Art. 12 der VO 349/73 bedurfte es nicht. Da Art. 5 EWGV die Durch-

führung der Vorschriften und Entscheidungen des Rates oder der Kommission grundsätzlich den Mitgliedstaaten überträgt und der Europäische Gerichtshof ausdrücklich entschieden hat, daß sich Zuständigkeit und Verfahren für übertragene Aufgaben nach dem innerstaatlichen Recht der Mitgliedstaaten richten (EuGH Urteil vom 15. Dezember 1971 - Rechtssache 51-54/71 = Amtl. Sammlung 1971 S. 1107 (1116) = NJW 1972, 1022), hält der erkennende Senat die VO 349/73 insoweit nicht für auslegungsbedürftig.

bb) Auch deutsche innerstaatliche Bestimmungen hatten im Jahre 1973 den Regelungsspielraum der EVSt noch nicht beschränkt. Entgegen der Ansicht der Revision gilt das insbesondere von den Vorschriften des MOG (vgl. oben zu I 2).

II. Die Vereinbarung eines privatrechtlichen Vertragsstrafeversprechens war entgegen der Ansicht des Beklagten nicht wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig. Das Berufungsgericht führt hierzu aus, die EVSt habe mit der Herbeiführung der Vertragsstrafeversprechen keine eine solche Regelung hindernden öffentlich-rechtlichen Grundsätze oder Bestimmungen verletzt; insbesondere habe sich das in den Richtlinien geregelte privatrechtliche Sanktionssystem im Rahmen der Leistungsverwaltung gehalten, für deren Maßnahmen eine besondere gesetzliche Ermächtigung nicht erforderlich gewesen sei. Die Revision macht demgegenüber geltend, die EVSt sei zu einer privatrechtlichen Sanktionsregelung nicht ermächtigt gewesen und habe allein schon deshalb gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Der Ermächtigung habe es bedurft, weil die Intervention insgesamt und vor allem die auferlegten

Sanktionen dem Bereich der Eingriffsverwaltung angehörten und für diesen Bereich der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 GG) und der Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 80 GG) anzuwenden seien; selbst im Rahmen begünstigender Verwaltungsakte sei das - wenn auch nicht so weitgehend - anzunehmen. Im übrigen sei die öffentlich-rechtliche Regelung auch durch die EWG-VO 349/73 und das MOG vorgeschrieben gewesen. Diese Einwendungen des Beklagten sind im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß auch die - oben bereits begründete - Zugehörigkeit der den Richtlinien entsprechenden Sanktionsregelung zum Bereich der Leistungsverwaltung die Abhängigkeit von einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung nicht grundsätzlich ausschließen würde.

Eingriffs- und Leistungsverwaltung lassen sich in dem durch zahlreiche Mischformen gekennzeichneten modernen Wirtschafts- und Verwaltungssystem nicht mehr so klar abgrenzen, daß die Notwendigkeit gesetzlicher Ermächtigung allein durch die Zuordnung zu dem einen oder anderen Bereich zu beantworten wäre (BVerfGE 8, 155, 157 und 166). Maßgebendes Kriterium für den Gesetzesvorbehalt, der sich hinsichtlich des Verwaltungshandelns nicht aus Art. 80 GG ergibt, sondern aus dem rechtsstaatlichen, auf Art. 20 Abs. 3 GG beruhenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (BVerfGE 6, 32, 42; 8, 274, 322 und 325; 9, 83, 87; 20, 150, 157), ist deshalb nicht mehr allein das Merkmal des Eingriffs, sondern die Frage, ob es sich um grundsätzliche Regelungen handelt, die den Bürger unmittelbar selbst betreffen (BVerfGE 40, 237, 249). Keiner gesetzlichen Regelung bedürfen danach jedenfalls im Gebiet der leistungsgewährenden Verwaltung die nicht grundsätzlichen

Regelungen, insbesondere die über sachliche Zuständigkeit oder über das Verwaltungsverfahren, sofern sie nicht Gesetzen oder Rechtsverordnungen widersprechen (BVerfGE 8, 155, 159; 40, 237, 250).

2. Die nach Maßgabe der Richtlinien getroffenen Vereinbarungen über die Verpflichtungen der Zwischenhändler bedurften danach keiner speziellen gesetzlichen Ermächtigung. Sie ordneten keine grundsätzlichen Fragen der Intervention, sondern mit den Kontrollbestimmungen offensichtlich notwendige Ausführungsregeln für die Überwachung und mit der Vertragsstrafeverpflichtung den ebenso notwendigen Ausgleich für den Fall der Nichteinhaltung vertraglich übernommener Pflichten.

Durch die Kontroll- und Sanktionsregelung griff die EVSt auch nicht in Grundrechte des Beklagten ein. Weder die Berufsausübung (Art. 12 GG) noch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) werden beeinträchtigt, wenn der Händler im Allgemeininteresse verbilligte Ware nur unter der Auflage erhält, die - auch für ihn günstige, weil den Absatz erleichternde - Verbilligung an seine Abnehmer weiterzugeben und sich einer Kontrolle dieser Auflage zu unterwerfen.

Schließlich standen auch - wie bereits oben zu I ausgeführt - weder die EWG-VO 349/73 noch das MOG der getroffenen privatrechtlichen Regelung entgegen, so daß die Sanktionsregelung insgesamt nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) verstoßen konnte.

III. Der Beklagte ist zur Zahlung der Vertragsstrafe verpflichtet (§ 339 BGB).

Es steht außer Streit, daß er als Alleininhaber der Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. für deren Verbindlichkeiten haftet.

Die von den Vertretern der Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. abgegebenen Vertragsstrafeversprechen sind nicht wegen Nichteinhaltung der gebotenen Schriftform unwirksam.

1. Das Schriftformerfordernis ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 Unterabsatz 2 der VO 349/73. Nach dessen Wortlaut muß "der Kaufvertrag schriftlich abgeschlossen sein und es wird darin festgestellt, daß dem Käufer die von dem betreffenden Mitgliedstaat festgelegten Sanktionen bekannt sind, denen er sich bei Nichterfüllung der vorgenannten Verpflichtungen aussetzt". Der Europäische Gerichtshof hat auf die Vorlage des Senats entschieden, daß diese Bestimmung auch den Weiterverkauf von Butterreinfett betrifft.

2. Zu den Anforderungen der Schriftform nach Europäischem Gemeinschaftsrecht hat der Senat dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften folgende Fragen vorgelegt:

"a) Welche Anforderungen sind an die Einhaltung der Schriftform nach Gemeinschaftsrecht zu stellen ?  
Genügt es insbesondere zur Erfüllung der Schriftform, daß nur die Erklärung des Käufers schriftlich abgegeben worden ist, nicht aber die des Verkäufers, oder sind diese Anforderungen nach dem Recht der Mitgliedstaaten zu beurteilen ?

- b) Genügt es, falls nach Gemeinschaftsrecht für die Einhaltung der Schriftform eine nur vom Käufer unterzeichnete Bestellung ausreicht, daß nur die erste Bestellung schriftlich erfolgt ist und weitere Kaufverträge mündlich unter Bezugnahme auf die erste Bestellung abgeschlossen worden sind ?
- c) Ist, wenn nach Gemeinschaftsrecht die Schriftform nicht eingehalten ist, der Kaufvertrag einschließlich eines darin enthaltenen Vertragsstrafversprechens des Käufers nach Gemeinschaftsrecht unwirksam oder ist die Rechtsfolgenregelung dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen ?"

Durch Urteil vom 29. April 1982 hat der Gerichtshof wie folgt entschieden:

- "a) Zur Erfüllung des Schriftformerfordernisses des Art. 6 Abs. 2 der Verordnung Nr. 349/73 braucht nur die - auch Preis und Menge im einzelnen nicht enthaltende - Erklärung des Käufers schriftlich abgegeben zu werden, sofern die Sanktionen, denen sich der Käufer bei Nichterfüllung der insbesondere hinsichtlich der endgültigen Verwendung vorgesehenen Verpflichtungen aussetzt, in diesem Schriftstück erwähnt sind.
- b) Es genügt im Hinblick auf die Anforderungen des Gemeinschaftsrechts, daß nur die erste Bestellung schriftlich erfolgt ist, wenn davon ausgegangen werden kann, daß die nachfolgenden - auch nur mündlich abgeschlossenen - Kaufverträge auf die erste Bestellung Bezug nehmen und gewährleistet ist, daß die Sanktionen auch bei den folgenden Bestellungen anwendbar sind.
- c) Die übrigen Bedingungen dieser Verträge sowie ihre Rechtsfolgen bestimmen sich nach innerstaatlichem Recht."

An diese Beurteilung ist der Senat gebunden. Demnach ist es ohne Belang, daß nach deutschem Recht bei Abschluß der Kaufverträge einschließlich der darin enthaltenen Vertragsstrafeversprechen die Schriftform gemäß § 126 BGB nicht erfüllt wurde. Es genügt zur Erreichung des Zwecks der Sanktion, daß die Vertreter der Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. sich in schriftlicher Form der Sanktion für den Fall der zweckwidrigen Verwendung oder der unterlassenen Weitergabe der Verpflichtung unterworfen haben. Unschädlich ist es, daß die Firma Al[REDACTED], Sch[REDACTED] & Co. in drei Fällen Butterreinfett bezogen hat, ohne eine schriftliche Erklärung abzugeben. Da die zuvor bei anderen Bestellungen schriftlich eingegangene Verpflichtung ausdrücklich auch für die künftigen Käufe gelten sollte, kann - wie es nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs erforderlich ist - davon ausgegangen werden, daß die mündlichen Bestellungen auch dann auf die schriftlichen Bezug nahmen, wenn dies nicht ausdrücklich ausgesprochen worden sein sollte. Die Anwendbarkeit der Sanktionen auf die späteren Verträge war durch die ausdrückliche Erklärung in den schriftlichen, früheren Bestellungen gewährleistet.

Soweit bei dem Bezug von Butterreinfett Vertragsurkunden unterzeichnet wurden, die keine Mengenangaben enthielten, ist dies nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes gleichfalls ohne Bedeutung.

3. Weitergehende Anforderungen an die Schriftform sind auch nach § 34 GWB nicht zu stellen. Diese Bestimmung verlangt für alle an sich dem Kartellgesetz unterfallenden

Verträge Schriftlichkeit und ist nach der Ausnahmegvorschrift des § 105 GWB auch dann anwendbar, wenn der übrige Inhalt des Kartellgesetzes infolge entsprechender Anwendung des § 100 Abs. 8 GWB auf gemeinschaftsrechtliche Bindungen und Beschränkungen ausgeschlossen ist (BGHZ 72, 371, 375 f). § 34 GWB wird jedoch als einzelstaatliche Norm von der gemeinschaftsrechtlichen der EWG-VO 349/73 verdrängt, so daß es nicht darauf ankommt, ob die Voraussetzungen der Bestimmung im einzelnen erfüllt sind.

a) In seinem Vorlagebeschluß vom 8. April 1981 hatte der Senat die Frage aufgeworfen, ob der Mitgliedstaat berechtigt sei, ggf. auch zusätzliche, das Gemeinschaftsrecht verschärfende Anforderungen zu stellen.

Bei der Beantwortung der zweiten Vorlagefrage hat der Europäische Gerichtshof jedoch entschieden, daß vorliegend die Schriftform erfüllt sei und daß sich (nur) die übrigen Bestimmungen des Kaufvertrages sowie ihre Rechtsfolgen nach innerstaatlichem Recht richteten. Somit hat der Gerichtshof zur Schriftform, soweit sie die Vertragsstraferregelung betrifft, eine abschließende Entscheidung getroffen, die es schon mit Rücksicht auf ihre Bindungswirkung verbietet, die Verpflichtungserklärung des Beklagten daraufhin zu überprüfen, ob sie den Anforderungen des § 34 GWB genügt.

b) Dasselbe folgt aus dem Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und einzelstaatlichem Recht. Rechtsnormen der Gemeinschaft gelten nach Art. 189 EWGV unmittelbar in jedem Einzelstaat. Diese Wirkung wäre beeinträchtigt,

wenn entgegenstehende Gesetze der Mitgliedstaaten Vorrang vor dem Gemeinschaftsrecht hätten (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, RS 6/64, Bd. X 1251, 1270; BVerfG 31, 145, 174; BFH 93, 102). Das gilt jedenfalls, soweit es sich um einzelstaatliche Bestimmungen ohne Verfassungsrang handelt.

4. Nach allem hat sich der Beklagte wirksam der Vertragsstrafe unterworfen. Eine Herabsetzung kommt nicht in Betracht. Es ist auch nicht ersichtlich, daß sie unangemessen hoch ist.

Soweit die Revision meint, die Inanspruchnahme des Beklagten sei unbillig, weil der Abnehmer und derjenige, der das Butterreinfett zweckwidrig verwendet habe, bekannt seien und in Anspruch genommen werden könnten, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Nacherwerber und Verwender können von der Klägerin nicht in Anspruch genommen werden, weil eine etwaige mündliche Verpflichtung angesichts der zwingenden Schriftformvorschrift der VO 349/73 gemäß § 125 Satz 1 BGB unwirksam ist. Der Hinweis der Revision in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf einen Fall, in welchem ein Oberlandesgericht eine mündliche Verpflichtung für wirksam erklärt und der Bundesgerichtshof die dagegen eingelegte Revision nicht angenommen hatte (VIII ZR 10/77), geht fehl. Der damalige Fall bezog sich auf einen Sachverhalt aus dem Jahre 1970. Wenn nach den damals geltenden Vorschriften

auch eine mündliche Verpflichtung ausreichte, besagt das nicht, daß dies auch nach der Neuregelung in der VO 349/73 der Fall wäre. Dann aber kann sich die Klägerin nur an den Beklagten halten und muß berechtigt sein, die zur Verhinderung bestimmungswidriger Verwendung des Butterfettes vereinbarte volle Vertragsstrafe zu fordern. Der Senat sieht keine Veranlassung, von der Rechtsprechung des Kartellsenats des Bundesgerichtshofes insoweit abzuweichen (vgl. NJW 1979, 490 zu IV 3 b), insoweit in BGHZ 72, 371, 381 f nicht vollständig abgedruckt). Dasselbe gilt für die in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweise der Revision, Vertragsstrafeversprechen aufgrund von Formularbedingungen seien nach der Rechtsprechung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedenklich. Anders als in den von der Revision zitierten Fällen (BGHZ 72, 222 und WM 1981, 523) war dem Beklagten der Zweck der Verbilligungsaktion und die Notwendigkeit der Bindung seiner Abnehmer seit Jahren bekannt. Die Inanspruchnahme auf den vollen Betrag selbst bei nur fahrlässiger Verletzung der übernommenen Verpflichtungen kann deshalb nicht als unangemessen bezeichnet werden.

Schließlich ist auch dem weiteren Hinweis der Revision auf das Fehlen einer gleichartigen Vertragsstraferegelung in der Milchfettverbilligungsverordnung vom 26. März 1974 (vgl. oben I 2) nichts zu entnehmen. Diese aufgrund des MOG ergangene Verordnung hatte zuvor die einzuhaltenden Pflichten der Zwischenhändler öffentlich-rechtlich festgesetzt, so daß eine vertragliche Weitergabe von Auflagen und Bedingungen nicht mehr erforderlich war. Dagegen konnte für den vorliegenden Fall auch auf die Sanktionen für die unterlassene Weitergabe nicht verzichtet werden.

6

IV. Die Revision ist somit unbegründet.

Die Kostenentscheidung ergeht gemäß § 97 ZPO. Sie erfaßt auch die durch die Anrufung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften entstandenen Kosten.

Braxmaier

Wolf

Merz

Dr. Brunotte

Dr. Paulusch