In der Rechtssache 42/79

betreffend das dem Gerichtshof nach Artikel 177 EWG-Vertrag vom Verwaltungsgericht Frankfurt am Main in dem vor diesem anhängigen Rechtsstreit

FIRMA MILCH-, FETT- UND EIER-KONTOR GMBH, Hamburg,

gegen

BUNDESANSTALT FÜR LANDWIRTSCHAFTLICHE MARKTORDNUNG, Frankfurt am Main,

vorgelegte Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung des Begriffs der höheren Gewalt in Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 über den Verkauf von Butter aus staatlicher Lagerhaltung zur Ausfuhr (ABl. L 214 vom 29. August 1968, S. 10)

erläßt

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. O'Keeffe, der Richter J. Mertens de Wilmars und G. Bosco,

Generalanwalt: F. Capotorti
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Die Firma Milch-, Fett- und Eier-Kontor GmbH (im folgenden MFEK) mit Sitz in Hamburg, Klägerin im Ausgangsverfahren, erwarb von der Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung (im folgenden BLM), der deutschen landwirtschaftlichen Interventionsstelle und Beklagten im Ausgangsverfahren, in der Zeit vom 21. Juli bis 14. Oktober 1970 circa 168 000 kg Lagerbutter zu ermäßigtem Preis. Die Kaufgeschäfte erfolgten aufgrund der Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 über den Verkauf von Butter aus staatlicher Lagerhaltung zur Ausfuhr. Gemäß Artikel 3 dieser Verordnung hate die Ausfuhr der Butter „innerhalb von 30 Tagen nach dem Verkauf durch die Interventionsstelle" zu erfolgen.

MFEK verkaufte die Butter an eine Firma Butter-Import-Norden GmbH (im folgenden BIN), deren Sitz im Freihafen von Hamburg gelegen war; die MFEK war Gesellschafterin der BIN. Die genannten 168 000 kg Butter kamen jedoch niemals im Freihafen von Hamburg an, da der Prokurist der Firma BIN namens Ehlers die Butter veruntreut und im Inland weiterverkauft hatte.

Wegen dieser Taten ist Ehlers vom Landgericht Hamburg mit Urteil vom 3. April 1974 unter anderem wegen schwerer Untreue zu mehrjähriger Gefängnisstrafe verurteilt worden. Nach diesem Strafurteil

— bestand zwischen BIN und MFEK wirtschaftliche Abhängigkeit;

— war Ehlers vom 1. Oktober 1968 bis zum 31. Mai 1969 Angestellter der MFEK; in dieser Zeit war einer der Geschäftsführer der MFEK zugleich Geschäftsführer der BIN;

— war Ehlers vom 1. Januar bis zum 30. Juni 1971 Geschäftsführer der BIN.

Weiter wurde in dem Strafurteil festgestellt, daß der Unrechtsgehalt der Taten von Ehlers besonders schwer wiege, da er und seine Komplizen mit ungewöhnlich großer krimineller Energie und Raffinesse vorgegangen seien. Er und seine Mithelfer hätten alle Taten hervorragend geplant und über einen langen Zeitraum ausgeführt, wobei sie immer neue Varianten für ihr Vorgehen ausgeklügelt hätten. Ehlers habe die MFEK, die BIN, die BLM und die Zollbehörden getäuscht. Ehlers habe sechs Vorstrafen, wobei drei Strafurteile in die Zeit nach der Prokurabestellung bei der BIN, aber vor dem Abschluß des Kaufvertrags zwischen BIN und MFEK fielen.

Die landwirtschaftliche Interventionsstelle, die BLM, gab die in Artikel 4 der Verordnung Nr. 1308/68 vorgesehene Kaution zunächst frei. Nachdem sie in der Folge festgestellt hatte, daß die Butter in Wirklichkeit nicht ausgeführt worden war, forderte sie von der MFEK die Ausfuhrkaution zurück, da diese gemäß Artikel 4 Absatz 3 als verfallen angesehen werden müsse. Diese Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Ausgenommen Fälle höherer Gewalt verfällt die Kaution, soweit die betreffende Butter nicht innerhalb der in Artikel 3 genannten Frist ausgeführt worden ist."

Nach Auffassung der BLM muß sich die MFEK das Verschulden von Ehlers als Angestelltem ihrer Tochtergesellschaft zurechnen lassen; dem könne sie sich nicht durch Berufung auf den in der Bestimmung angeführten Grundsatz der höheren Gewalt entziehen. Die MFEK meint hingegen, der vorliegende Fall sei ein Fall höherer Gewalt im Sinne der genannten Bestimmung.

2. Das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, bei dem der Rechtsstreit anhängig ist, hat zum einen Zweifel, ob derjenige, dem die Interventionsstelle die Butter verkauft hat, für eine nicht der Verordnung Nr. 1308/68 entsprechende Verwendung der Ware durch seinen Abnehmer einzustehen hat, zum anderen meint es, die Veruntreuung der Butter durch Ehlers könne sich für die MFEK nach dem Gemeinschaftsrecht möglicherweise als ein Fall höherer Gewalt darstellen.

Zur Aufklärung dieser Punkte hat das Gericht am 22. Februar 1979 das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag die folgenden Fragen vorgelegt:

„a) Ist ein Fall höherer Gewalt im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auch dann gegeben, wenn ein Prokurist eigenmächtig zum Nachteil der exportierenden Firma durch strafbare Handlungen die Ausfuhren unmöglich macht, und kommt es, bei Bejahung dieser Frage, bezüglich der Sorgfaltspflicht auf das Wissen der verantwortlich Handelnden der Klägerin (Geschäftsführer, Gesellschafter) von den Vorstrafen dieses Prokuristen bei seiner Bestellung zum Prokuristen oder später an?

b) Sind die Grundsätze des Urteils des Gerichtshofes vom 11. Mai 1977 (verbundene Rechtssachen 99 und 100/76) über die dort zugrunde liegende Verordnung Nr. 1259/72 hinaus auch auf die zu Ziffer a) genannte Verordnung dahin anzuwenden, daß die Klägerin für ein Verschulden ihrer Vertragsfirma einzustehen hat?"

3. Der Vorlagebeschluß ist am 12. März 1979 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG haben die Firma Milch-, Fett- und Eier-Kontor GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte P. Wendt und H. E. Heyn, Hamburg, die Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung, vertreten durch ihre Bevollmächtigten Grobosch und Tiedemann, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Jörn Sack als Bevollmächtigten, schriftliche Erklärungen abgegeben.

Der Gerichtshof hat auf Bericht des Berichterstatters nach Anhörung des Generalanwalts beschlossen, die mündliche Verhandlung ohne vorherige Beweisaufnahme zu eröffnen. Er hat die Sache zugleich gemäß Artikel 95 § 1 der Verfahrensordnung an die Erste Kammer verwiesen.

II — Gemäß Artikel 20 des Protokolls über die Satzung der EWG eingereichte schriftliche Erklärungen

Die Parteien im Ausgangsverfahren sind ebenso wie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften der Meinung, daß die Reihenfolge der Fragen des Vorlagerichters zu ändern und die zweite Frage zunächst zu beantworten sei, weil sich die Frage der höheren Gewalt nur stelle, wenn auf die Haftung des Ersterwerbers für das schuldhafte Verhalten des Käufers der Ware erkannt sei.

Zur zweiten Frage

Die Firma *Milch-, Fett- und Eier-Kontor GmbH,* Klägerin im Ausgangsverfahren, erklärt, sie müsse anerkennen, daß das mit der Verordnung (EWG) Nr. 1308/68 verfolgte Ziel zweifelsfrei die Ausfuhr der zu ermäßigtem Preis von der Interventionsstelle gekauften Butter sei und daß die Erreichung dieses Zieles durch die Stellung einer Kaution gewährleistet werde. Finde die Ausfuhr nicht statt, sei die Kaution verloren. Der Erwerber müsse zwar die von ihm übernommene Ausfuhrverpflichtung nicht persönlich erfüllen, da der Weiterverkauf der Butter im Inland in der Verordnung Nr. 1308/68 nicht verboten sei, unbestreitbar könne die Kaution aber nur freigegeben werden, wenn die Ausfuhr stattgehabt hätte. Die einzige Ausnahme von dieser Regel stellten Fälle höherer Gewalt dar, deren Vorliegen im vorliegenden Fall zu beweisen sich die Klägerin vorbehalte.

Die *Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung,* Beklagte im Ausgangsverfahren, bemerkt, in der Verordnung Nr. 1308/68 sei zwar der Weiterverkauf der zu ermäßigtem Preis gekauften Interventionsbutter im Inland nicht verboten, der Ersterwerber hafte aber nach wie vor für die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages mit der Interventionsstelle und stehe hierfür mit der gestellten Kaution ein. Verhielte es sich anders, so könnten sich die Betroffenen ihren Verpflichtungen zu leicht entziehen, indem sie die Butter an inländische Käufer verkauften.

Diese Auffassung könne man auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften vom 11. Mai 1977 (verbundene Rechtssachen 99 und 100/76) zur Auslegung der Verordnung (EWG) Nr. 1259/72 stützen, in der ebenfalls eine Verpflichtung (in diesem Fall zur Verarbeitung) in Verbindung mit einer Kaution vorgesehen sei. Dieses Urteil beruhe keineswegs nur auf der Regelung des Artikels 10 Absatz 5 dieser Verordnung, wonach die mit der Ausschreibung verbundenen Rechte und Pflichten nicht übertragbar seien, sondern stelle auch ganz allgemein auf die Notwendigkeit ab, die Beachtung des Zwecks gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften wirksam zu schützen.

Ließe man es jedoch dabei bewenden, würde der Erstbewerber, der die Butter zur Ausfuhr weiterverkauft habe, gegenüber demjenigen, der die Ausfuhr selbst durchführe, einen Nachteil erleiden: Er hätte die gleichen Pflichten wie der letztere, könnte sich aber bei Nichterfüllung seiner Verpflichtungen nicht auf höhere Gewalt berufen. Deshalb müsse dem Betroffenen die Möglichkeit erhalten bleiben, sich auf höhere Gewalt selbst dann zu berufen, wenn sich die Unmöglichkeit der Ausfuhr erst bei einem späteren Erwerber der zur Ausfuhr bestimmten Butter ergeben habe.

Die *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* trägt vor, im Unterschied zu anderen, neueren Verordnungen sei die Verordnung Nr. 1308/68 recht einfach strukturiert; unter anderem sei die Frage des Weiterverkaufs der Butter im Inland nicht ausdrücklich geregelt.

Wegen der recht kurzen Ausfuhrfrist (30 Tage) seien solche Weiterverkäufe ohnehin kaum in Betracht gekommen; da aber die Verordnung kein Verbot des Weiterverkaufs enthalte, sei die Annahme nicht zwingend, daß der Ersterwerber die Ausfuhrverpflichtung persönlich zu erfüllen habe.

Das bedeute aber nicht, daß der Ersterwerber gegenüber der Interventionsstelle nicht weiterhin hafte. Bei einer anderen Auslegung müßte notwendigerweise bereits der Weiterverkauf der Butter ausgeschlossen oder hingenommen werden, daß das System der Verordnung Nr. 1308/68 in sich zusammenfalle, da sonst die Sicherung der Ausfuhr über eine Kaution sehr leicht umgangen werden könnte.

Wenn auch das Urteil des Gerichtshofes in den Rechtssachen 99 und 100/76 einen etwas anders gelagerten Fall betroffen habe, da die damals behandelte Verordnung (EWG) Nr. 1259/72 die Weiterveräußerung ausdrücklich gestattet habe, so sei doch die Begründung dieses Urteils (insbesondere hinsichtlich der Notwendigkeit, die Wirksamkeit des in der Verordnung eingeführten Kontrollsystems zu schützen) gleichermaßen für den vorliegenden Fall gültig.

Unterbleibe die Ausfuhr, so verfalle die Kaution nicht nur gemäß den Artikeln 3 und 4 der Verordnung Nr. 1308/68, sondern auch aufgrund des bürgerlichrechtlichen Vertrages mit der Interventionsstelle. Zwar brauche der Ersterwerber die Ausfuhrpflicht nicht höchstpersönlich zu erfüllen, aber er habe nach einem allen Mitgliedstaaten gemeinsamen allgemeinen Grundsatz des Vertragsrechts für ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Vertragspflicht bediene, einzustehen.

Man könnte sogar daran denken, Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1308/68 dahin gehend auszulegen, daß er den Ersterwerber nur im Falle höherer Gewalt in seiner eigenen Person entlaste, nicht jedoch, wenn höhere Gewalt bei dritten Personen eintrete, mit deren Hilfe er seine Ausfuhrverpflichtung erfülle. Die Kommission wolle sich aber eine solche enge Auslegung der genannten Bestimmung nicht zu eigen machen, sondern sei bereit anzunehmen, daß auch Fälle höherer Gewalt bei Personen, deren sich der Ersterwerber bediene, um seine Ausfuhrverpflichtung zu erfüllen, zu seiner Entlastung ausreichten.

Die Kommission schlägt daher vor, die zweite Frage wie folgt zu beantworten:

„1. Artikel 4 Absatz 1 und 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 ist dahin gehend auszulegen, daß der Käufer der Butter zu ihrer Ausfuhr verpflichtet ist und mit einer Kaution für die Erfüllung dieser Verpflichtung einsteht. Er kann die Verpflichtung zwar nicht auf andere übertragen, ist jedoch nicht gehalten, sie persönlich zu erfüllen, sondern kann sich der Hilfe Dritter bedienen oder die Butter auch weiterverkaufen."

Zur ersten Frage

Nach Auffassung der *Milch-, Fett- und Eier-Kontor GmbH* will das Vorlagegericht wissen, in welchem Maße der Ersterwerber sich das Verhalten anderer Personen hinsichtlich der Ausfuhrverpflichtung anrechnen lassen müsse.

Zunächst sei daran zu erinnern, daß jede Person selbstverständlich für eigenes Verhalten einstehen müsse, was im Falle einer Gesellschaft bedeute, daß sie sich das Verhalten der natürlichen Personen, die die Vertretungsbefugnis hätten, im Rahmen von deren Vertretungsmacht zurechnen lassen müsse. Wende man diesen Grundsatz auf den vorliegenden Fall an, so sei festzustellen, daß die MFEK

nicht für das Handeln einer Person eintreten müsse, die sie nach nationalem Recht nicht vertreten könne.

Für den Fall, daß der Betroffene seine Ausfuhrverpflichtung nicht selbst erfülle, sondern sich dritter Personen als Hilfspersonen (Hilfspersonen seien jedenfalls die Angestellten einer Gesellschaft, aber auch Spediteure und Transportunternehmer) bediene, gelte nach deutschem Recht § 278 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches: „Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden." Wie die Kommission ausdrücklich zugestanden habe, gelte dieser Grundsatz auch im Gemeinschaftsrecht.

Fraglich könnte allerdings die Stellung des Nachkäufers sein. Er sei nicht durch Weisungen des Verkäufers gebunden, sondern nur durch den Inhalt des Kaufvertrags. Gleichwohl würde die deutsche Rechtsprechung den Nachkäufer als Erfüllungsgehilfen bezeichnen, da seine Mitwirkung bei der Erfüllung der eigenen Ausfuhrverpflichtung des Schuldners erforderlich sei.

Auch das Verhalten des Nachkäufers falle in den Einflußbereich des Ersterwerbers, der durch vertragliche Vereinbarungen sicherstellen könne, daß die Ausfuhrverpflichtung eingehalten werde. Es gebe jedoch andere Fallgestaltungen, in denen solche Vereinbarungen nicht erforderlich seien. Nach Artikel 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1041/67 sei der Ausfuhr aus der Gemeinschaft unter anderem gleichgestellt die Lieferung zur Bevorratung von Seeschiffen. Nach der zur Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1041/67 erlassenen deutschen Verordnung Ausfuhrerstattungen EWG vom 24. Januar 1968 seien den zur Bevorratung von Seeschiffen gelieferten Waren Waren gleichgestellt, die „zu diesem Zweck von einem Schiffsausrüster in einem Freihafen bezogen worden sind". Da es sich bei der BIN um einen im Hamburger Freihafen ansässigen Schiffsausrüster gehandelt habe, habe der Verkauf der Butter seitens der Klägerin an diese Firma keinen Weiterverkauf im Inland dargestellt, sondern ein Ausfuhrgeschäft.

Als Erfüllungsgehilfe der MFEK sei die BIN daher nur insoweit anzusehen, als sie die Butter aus einem inländischen Kühlhaus in ein Lager im Freihafen habe verbringen sollen. Der ungetreue Prokurist sei seinerseits Erfüllungsgehilfe des Erfüllungsgehilfen gewesen.

Zweifellos dürfte ein Fall höherer Gewalt vorliegen, wenn dem Ersterwerber die Butter vor der Ausfuhr gegen seinen Willen, also durch eine Straftat eines Dritten, der keine Hilfsperson sei, abhanden komme. Aber auch der Erfüllungsgehilfe handle nicht in Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber dem Ersterwerber, sondern wie ein beliebiger Dritter, wenn er ohne Wissen des Ersterwerbers und gegen dessen Willen handle. Sein Verhalten könne dann dem Ersterwerber nicht zugerechnet werden.

Zu einer anderen Lösung könne man jedoch kommen, wenn man der BIN (oder der MFEK, sollte man davon ausgehen, daß über die Ernennungen bei BIN tatsächlich die letztgenannte Firma entscheide), wie es das vorlegende Gericht im zweiten Teil seiner ersten Frage ins Auge fasse, vorwerfen könne, bei der Auswahl ihres Prokuristen die Sorgfaltspflicht verletzt zu haben.

Abgesehen davon, daß der Betroffene im vorliegenden Fall zur Zeit der Ernennung zum Prokuristen noch nicht vorbestraft gewesen sei, stelle sich die Frage ganz allgemein, ob die Einstellung eines Angestellten bei Kenntnis seiner Vorstra-

fen für sich allein bereits besage, daß der Arbeitgeber die erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen habe.

Hierzu sei zum einen anzumerken, daß es sich um Verurteilungen wegen geringfügiger Delikte handeln könne, die nicht die Befürchtung zuließen, daß eine Person sich erheblicher Verletzungen des Strafgesetzes schuldig mache, zum anderen, daß auch unter dem Gesichtspunkt der Rehabilitierung Vorbestrafter der persönliche Eindruck vom Betreffenden die Kenntnis der Vorstrafen überwiegen könne.

Abschließend sei also zu sagen, daß dieses Problem nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Art und der Bedeutung der Delikte, aber auch der persönlichen Beurteilung des Betreffenden, gelöst werden müsse.

Die *Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung* führt aus, im vorliegenden Fall sei die Ausfuhr unterblieben, weil die Ware von einem Angestellten des Käufers, also der BIN, unterschlagen worden sei.

Das sei jedoch noch kein Fall höherer Gewalt, selbst wenn nachgewiesen werde, daß die BIN ihre Angestellten sorgfältig ausgesucht und hinreichend überwacht habe. Höhere Gewalt sei durch das Verschulden des Betroffenen ausgeschlossen. Der Geschäftsherr hafte nicht nur für eigenes Verschulden, sondern auch für das seiner gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen.

Es handle sich hier um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der allen Mitgliedstaaten gemeinsam und nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes somit Bestandteil der Gemeinschaftsrechts sei.

Schließe man die Haftung für fremdes Verschulden aus, so wäre das Risiko des Ersterwerbers um so geringer, je größer die Zahl seiner Angestellten sei und je mehr Zwischenhändler eingeschaltet würden. Eine solche Lösung entspreche nicht den Erfordernissen einer hochgradig arbeitsteiligen Wirtschaftsgesellschaft, als welche die Gemeinschaft anzusehen sei.

Nach Auffassung der *Kommission der Europäischen Gemeinschaften* hat MFEK jedenfalls für das rechtwidrige Handeln des Prokuristen der BIN einzustehen; sie könne sich folglich nicht auf die in Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1308/68 vorgesehene höhere Gewalt berufen.

Auf zwei Arten könne gezeigt werden, daß MFEK für das Verschulden des Prokuristen der BIN wie für eigenes Verschulden eintreten müsse.

Die erste bestehe darin zu betonen, daß, wie es sich aus der Sachverhaltsschilderung des vorlegenden Gerichts ergebe, MFEK und BIN wirtschaftlich gesehen eine Einheit dargestellt hätten. Sei die BIN auch rein rechtlich eine selbständige juristische Person, so könne doch mühelos eine Reihe von Gründen steuerlicher, wirtschaftlicher oder organisatorischer Art angeführt werden, die eine Gesellschaft veranlassen könnten, eine selbständige juristische Person anstelle einer Zweigstelle zu gründen (im vorliegenden Fall liege der Grund darin, daß die BIN als juristische Person als Sitz den Freihafen Hamburg habe wählen können). In Wirklichkeit sei daher der Verkauf der Butter an die Firma BIN nicht anders zu werten, als wenn die MFEK eine ihrer Zweigniederlassungen mit der Ausfuhr betraut hätte. Aufgrund dieser Erwägungen sei davon auszugehen, daß das Verhalten der Angestellten der BIN der MFEK ebenso zuzurechnen sei wie das Verhalten ihrer eigenen Angestellten.

Gehe man umgekehrt davon aus, daß die beiden Firmen tatsächlich voneinander unabhängig gewesen seien, so komme

man zum gleichen Ergebnis, doch aufgrund einer anderen Erwägung. Es genüge der Hinweis, daß der allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach der Geschäftsherr für das Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen habe, offenkundig auch gelte, wenn der Erfüllungsgehilfe des Ersterwerbers seinerseits anderen Personen (insbesondere seinen Angestellten) die Durchführung der Ausfuhrverpflichtung übertrage. Da der unmittelbar Verpflichtete für seinen Erfüllungsgehilfen einzustehen habe und dieser seinerseits wieder für seinen Erfüllungsgehilfen einzustehen habe, sei das Verschulden des letzteren zugleich als Verschulden des unmittelbar Verpflichteten zu werten.

Auf die Frage, ob MFEK oder BIN ihre Sorgfaltspflicht verletzt hätten, komme es nur an, wenn man keiner der beiden oben dargelegten Rechtsauffassungen folge. Man könne sie jedoch trotzdem erörtern.

Im vorliegenden Fall könne man, obwohl die drei ersten strafrechtlichen Verurteilungen von Ehlers in die Zeit nach der Prokurabestellung fielen, nicht so weit gehen, eine Pflicht der beteiligten Firmen anzunehmen, Ehlers mit keinerlei wichtigen Aufgaben mehr zu betrauen und ihm die Prokura selbst zu entziehen. Es gebe hier, auch unter Berücksichtigung des Resozialisierungsgedankens, einen gewissen Beurteilungsspielraum, der letztlich sehr von der Art und Schwere der Verurteilung abhänge. Auf jeden Fall müsse ein Arbeitgeber dem Verhalten eines strafrechtlich verurteilten Angestellten besondere Aufmerksamkeit schenken. Treffe er keine derartigen Maßnahmen, so könne er sich nicht auf höhere Gewalt berufen. Dieser Fall sei vorliegend bei MFEK und BIN gegeben: Sie hätten einerseits weitgehende Kontrollen vornehmen müssen, da ein Prokurist über einen weiten Handlungsspielraum verfüge, und könnten sich andererseits nicht darauf berufen, daß die Kontrollen angesichts der Raffinesse von Ehlers auf jeden Fall ergebnislos geblieben wären, da die Veruntreuungen von Ehlers schließlich doch festgestellt worden seien.

Die Kommission schlägt folgende Antwort auf die erste Frage vor:

„2. a) Der nach diesen Bestimmungen [Artikel 4 Absatz 1 und 3 der Verordnung Nr. 1308/68] zur Ausfuhr der Butter verpflichtete Käufer hat für das Verschulden des Prokuristen einer Firma, an die er die Butter weiterverkauft hat, wie für das Verschulden seiner eigenen Angestellten einzustehen, wenn der Prokurist von der Firma an der Abwicklung des Geschäfts und insbesondere der Ausfuhr beteiligt war und zwischen beiden Unternehmen so enge rechtliche und wirtschaftliche Verbindungen bestehen, daß sie bei der Abnahme der Butter und ihrer Ausfuhr als wirtschaftliche Einheit anzusehen sind.

b) Er hat ferner für das Verschulden von Personen einzustehen, deren Hilfe sich derjenige bedient, der für ihn die Ausfuhrverpflichtung erfüllt.

3. Erfährt eine Firma, daß gegen einen bei ihr beschäftigten Prokuristen Strafurteile ergangen sind, ist sie zu besonderen Kontroll- und Sicherungsmaßnahmen angehalten. Trifft sie solche über die normale Überwachung hinausgehenden Maßnahmen nicht, kann sie sich nicht auf einen Fall höherer Gewalt im Sinne des Gemeinschaftsrechts berufen, wenn der Prokurist Veruntreuungen begeht."

III — Mündliche Verhandlung

In der Sitzung vom 27. September 1979 haben die Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, vertreten durch Herrn Paul Tiedemann als Bevollmächtigten, und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch das Mitglied ihres Juristischen Dienstes Jörn Sack als Bevollmächtigten, mündliche Ausführungen gemacht.

Die BLM hat ausgeführt, nach ihrer Auffassung löse auch die Straftat eines Erfüllungsgehilfen die Haftung des Geschäftsherrn aus, sie hat sodann gebeten, den Begriff der höheren Gewalt in etwas generellerer Weise, nicht beschränkt auf die Verordnung Nr. 1308/68, zu klären.

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat zunächst zu einigen von der Klägerin im Ausgangsverfahren nach Abschluß des schriftlichen Verfahrens vorgenommenen Berichtigungen Stellung genommen. Wenn es zutreffe, daß die MFEK Gesellschafterin der BIN (BIN also eine Tochtergesellschaft der MFEK) gewesen sei und Ehlers nicht Prokurist der Klägerin, sondern nur der BIN, so ergäben sich daraus dennoch keinerlei Rechtsfolgen im Hinblick auf den Schriftsatz der Kommission. Die richtigstellenden Angaben der Klägerin machten vielmehr deutlich, daß die BIN in Wahrheit eine Zweigstelle der MFEK sei, was geeignet sei, die Darlegungen der Kommission zu verstärken. Was sodann den Begriff der höheren Gewalt anbelangt, hat die Kommission die Auffassung vertreten, dieser Begriff sei im Rahmen der Verordnung Nr. 1308/68 zu definieren.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 15. November 1979 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

1 Mit Beschluß vom 22. Februar 1979, beim Gerichtshof eingegangen am 12. März 1979, hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag zwei Fragen zur Auslegung der Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 über den Verkauf von Butter aus staatlicher Lagerhaltung zur Ausfuhr (ABl. L 214, S. 10) vorgelegt.

2 Diese Fragen haben sich in einem Rechtsstreit zwischen der Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung, der deutschen landwirtschaftlichen Interventionsstelle für Milch und Milcherzeugnisse, und der Klägerin im Ausgangsverfahren ergeben. Diese hatte gemäß der Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission in der Zeit vom 21. Juli bis 14. Oktober 1970 bestimmte Mengen Butter aus staatlicher Lagerhaltung zu herabgesetzten Preisen von dieser Interventionsstelle erworben. Nach Artikel 3 der genannten Verordnung hätte die Ausfuhr der Butter innerhalb von 30 Tagen nach dem Ver-

kauf durch die Interventionsstelle erfolgen müssen. Die Klägerin verkaufte die fraglichen Partien an eine andere Firma weiter, die sie jedoch nicht ausführte. Aufgrund dessen erklärte die deutsche landwirtschaftliche Interventionsstelle die von der Ersterwerberin gestellten Kautionen gemäß Artikel 4 der Verordnung Nr. 1308/68 für verfallen; ferner forderte sie die bereits freigestellten Kautionen zurück. Die Klägerin hielt diesen Bescheid für rechtswidrig, weil der Prokurist der Firma, der sie die Lagerbutter verkauft habe, diese ihrem gesetzlichen Verwendungszweck entzogen habe; dies sei ein Fall höherer Gewalt, der gemäß Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1308/68 zur Freistellung der Kautionen führe.

3 Das nationale Gericht hat festgestellt, daß zwischen der Klägerin und der genannten Firma wirtschaftliche Verbindungen bestanden und daß deren Prokurist vom 1. Oktober 1968 bis zum 31. Mai 1969 Angestellter der Klägerin und vorbestraft war, wobei ein Teil der Strafurteile bereits in die Zeit vor dem letzten Verkauf der streitigen Butter fiel; es hat daher dem Gerichtshof die folgenden beiden Fragen vorgelegt:

„a) Ist ein Fall höherer Gewalt im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auch dann gegeben, wenn ein Prokurist eigenmächtig zum Nachteil der exportierenden Firma durch strafbare Handlungen die Ausfuhren unmöglich macht, und kommt es, bei Bejahung dieser Frage, bezüglich der Sorgfaltspflicht auf das Wissen der verantwortlich Handelnden der Klägerin (Geschäftsführer, Gesellschafter) von den Vorstrafen dieses Prokuristen bei seiner Bestellung zum Prokuristen oder später an?

b) Sind die Grundsätze des Urteils des Gerichtshofes vom 11. Mai 1977 (verbundene Rechtssachen 99 und 100/76) über die dort zugrunde liegende Verordnung Nr. 1259/72 hinaus auch auf die zu Ziffer a) genannte Verordnung dahin anzuwenden, daß die Klägerin für ein Verschulden ihrer Vertragsfirma einzustehen hat?"

4 Betrachtet man diese Fragen zusammen, so werfen sie im wesentlichen zwei Probleme auf: Zunächst stellt sich die Frage, ob die Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 dahin gehend auszulegen ist, daß ein Erwerber von Butter aus staatlicher Lagerhaltung zu herabgesetzten Preisen die Verpflichtungen, die er gegenüber der landwirtschaftlichen

Interventionsstelle eingegangen ist, auf einen Dritten übertragen kann, dem er die Butter zur Ausfuhr verkauft, oder ob er dieser Stelle gegenüber für die vorgeschriebene Verwendung der Ware verantwortlich bleibt und somit für ein etwaiges schuldhaftes Verhalten seines Vertragspartners haftet. Das zweite Problem besteht besonders darin, ob der Ersterwerber der Butter die gestellte Kaution unter Berufung auf den in der Verordnung Nr. 1308/68 genannten Grundsatz der höheren Gewalt zurückerlangen kann, wenn die Ausfuhr der an einen Dritten weiterverkauften Butter unter den vom nationalen Gericht genannten Umständen infolge von strafbaren Handlungen eines Prokuristen dieses Dritten unmöglich wird.

Zum ersten Problem

5 Der Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 11. März 1977 (verbundene Rechtssachen 99 und 100/76, Beste Boter und Hoche, Slg. 1977, 861) zur Auslegung der Verordnung Nr. 1259/72 der Kommission vom 16. Juni 1972 (ABl. L 139, S. 18) ausgeführt, die Wirksamkeit der in dieser Verordnung enthaltenen Regelung, wonach Lagerbutter bestimmten Betrieben zu herabgesetzten Preisen verkauft werden kann, wenn diese sich unter Stellung einer Kaution verpflichten, die Butter zu bestimmten Lebensmitteln zu verarbeiten oder verarbeiten zu lassen, „wäre ernsthaft gefährdet, wenn die Übernahme einer Verarbeitungspflicht durch einen der zuständigen Behörde gegenüber durch keinerlei rechtliche Verpflichtungen gebundenen weiteren Abnehmer genügen würde, um die vom Zuschlagsempfänger gegen Kaution eingegangene Verpflichtung als erfüllt anzusehen". Er hat daraus den Schluß gezogen, „daß auch dann, wenn der Zuschlagsempfänger nicht selbst die Verarbeitungserzeugnisse herstellt, die Freigabe der Verarbeitungskaution den Nachweis verlangt, daß die Verarbeitungserzeugnisse den in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung normierten Voraussetzungen entsprechen und innerhalb der in dieser Bestimmung festgesetzten Frist hergestellt worden sind".

6 Die Verordung Nr. 1308/68 der Kommission ist mit der Verordnung Nr. 1259/72 sowohl hinsichtlich ihres Zwecks wie hinsichtlich ihrer wesentlichen Bestimmungen nah verwandt. Auch die Verordnung Nr. 1308/68 soll dem Abbau erheblicher staatlicher Butterlager bei den landwirtschaftlichen Interventionsstellen dienen; zu diesem Zweck führt sie eine Sonderregelung für den Verkauf von Überschußbutter zu herabgesetzten Preisen durch diese Stellen an Personen ein, die sich verpflichten, die tatsächliche Ausfuhr dieser Mengen in Drittländer binnen einer bestimmten Frist sicherzustellen. Um zu

gewährleisten, daß die Ware ausschließlich ihrem gesetzlichen Verwendungszweck zugeführt wird, sieht Artikel 4 der Verordnung Nr. 1308/68 ebenso wie die Verordnung Nr. 1259/72 weiter die Stellung einer Kaution durch den Erwerber vor, die — ausgenommen Fälle höherer Gewalt — verfällt, soweit die Butter nicht innerhalb der genannten Frist ausgeführt worden ist, und die nur für die Menge freigestellt wird, für die die Ausfuhr nachgewiesen worden ist. Die zwischen den beiden Verordnungen hinsichtlich des gesetzlichen Verwendungszwecks der Lagerbutter bestehenden Unterschiede — Absatz auf dem Weltmarkt nach der Verordnung Nr. 1308/68, Absatz in der Lebensmittelindustrie nach der Verordnung Nr. 1259/72 — betreffen nur die Wahl der am besten geeigneten Mittel für die Schaffung neuer Absatzmöglichkeiten für Überschußbutter; sie berühren jedoch nicht den Aufbau dieser beiden Verordnungen, der im wesentlichen ähnlich bleibt.

7 Aus dieser inhaltlichen Ähnlichkeit folgt, daß die vom Gerichtshof im Rahmen der Verordnung Nr. 1259/72 festgestellten Grundsätze hinsichtlich der Verpflichtung des Erwerbers von Lagerbutter, dieses Erzeugnis seinem gesetzlichen Verwendungszweck zuzuführen, auch für die Verordnung Nr. 1308/68 gelten. Daß diese Verordnung nicht ausdrücklich eine Bestimmung enthält, die Artikel 10 Absatz 5 der Verordnung Nr. 1259/72 entspricht, wonach „die mit der Ausschreibung verbundenen Rechte und Pflichten... nicht übertragbar sind", kann nicht bedeuten, daß dem Erwerber in der Verordnung 1308/68 die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, sich durch Weiterverkauf der Butter von der Verpflichtung zu befreien, die tatsächliche Ausfuhr dieses Erzeugnisses binnen der in der Verordnung genannten Frist sicherzustellen. Aus den dargelegten Gründen würde eine solche Möglichkeit eine Lücke in der mit der Verordnung Nr. 1308/68 eingeführten Regelung darstellen, die geeignet wäre, deren Ziele und Funktionsweise zu gefährden. Außerdem ergibt sich eindeutig aus Artikel 4 Absatz 3 dieser Verordnung, wonach die Freistellung der Kaution zwingend von der tatsächlichen Ausfuhr der Butter abhängt, daß, solange diese nicht tatsächlich stattgefunden hat, der Ersterwerber der Lagerbutter, der diese mittlerweile weiterverkauft hat, seine Kaution nicht zurückerlangen kann, sondern — ausgenommen Fälle höherer Gewalt — für das Verhalten seines Vertragspartners zu haften hat.

8 Aus diesen Gründen ist wie folgt zu antworten: Die Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission ist dahin gehend auszulegen, daß ein Erwerber von Lagerbutter, der diese nicht selbst ausführt, sondern sie zu diesem Zweck einem Dritten verkauft, für das schuldhafte Verhalten seines Vertragspartners haftet und seine Kaution nur zurückerlangt, wenn die Ausfuhr tatsächlich binnen der in der Verordnung festgesetzten Frist stattgefunden hat.

Zum zweiten Problem

9 Die gestellten Fragen werfen weiter das Problem auf, ob ein Erwerber von Lagerbutter, der die Ware an einen Dritten zur Ausfuhr veräußert hat, von seiner Verpflichtung gegenüber der Interventionsstelle, die Ware ausschließlich dem vorgeschriebenen Verwendungszweck zuzuführen, freikommen kann, wenn ein Prokurist des Dritten die Ausfuhr durch strafbare Handlungen zu dessen Nachteil unmöglich macht, und ob er seine Kaution unter Berufung auf den in Artikel 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 der Verordnung Nr. 1308/68 genannten Grundsatz der höheren Gewalt zurückerlangen kann.

10 Aus dem Zweck und den Bestimmungen der einschlägigen landwirtschaftlichen Regelung folgt, daß der Begriff der höheren Gewalt im Sinne des vorgenannten Artikels 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 als eine absolute Unmöglichkeit zu verstehen ist, die auf außergewöhnlichen, außerhalb des Einflußbereichs des Erwerbers der Lagerbutter liegenden Umständen beruht und deren Folgen trotz aller Sorgfalt nur unter unverhältnismäßigen Opfern hätten vermieden werden können. Wenn ein Weiterverkauf der Lagerbutter nach der Verordnung Nr. 1308/68 auch nicht förmlich verboten ist, so lassen die für die Durchführung der vorgeschriebenen Ausfuhr des Erzeugnisses erforderlichen Vorgänge, die kein Eingreifen von spezialisierten Unternehmen erfordern, und die Kürze der für die Ausfuhr eingeräumten Frist gleichwohl erkennen, daß die von der Interventionsstelle verkaufte Butter nach der mit der Verordnung Nr. 1308/68 eingeführten Regelung normalerweise nicht Gegenstand weiterer Geschäfte innerhalb der Gemeinschaft sein sollte. Verkauft der Ersterwerber der Lagerbutter das Erzeugnis trotz dieses rechtlichen Rahmens einem Dritten zur Ausfuhr, so nimmt er damit gegenüber der landwirtschaftlichen Interventionsstelle alle Gefahren auf sich, die ein sorgfältiger Kaufmann bei einem solchen Handelsgeschäft vernünftigerweise vorhersehen kann und muß, einschließlich derjenigen einer Zweckentfremdung der Butter durch das betrügerische Verhalten eines Prokuristen des Dritten. Ein solches Verhalten stellte für den Weiterveräußerer, insbesondere unter den vom nationalen Gericht dargelegten Umständen, keine gänzlich unvorhersehbare Gefahr dar. Daß es ihm aufgrund dieser Zweckentfremdung unmöglich ist, die tatsächliche Ausfuhr der Ware sicherzustellen, kann nicht als außerordentlicher und ungewöhnlicher Umstand betrachtet werden, der den Tatbestand höherer Gewalt im Sinne des Artikels 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 der Verordnung Nr. 1308/68 erfüllen würde, so daß der Ersterwerber der Lagerbutter von seiner Verpflichtung gegenüber der Interventionsstelle, die Butter ausschließlich ihrem gesetzlichen Verwendungszweck zuzuführen, befreit wäre.

11 Aus diesen Gründen ist dem nationalen Gericht wie folgt zu antworten: Verkauft der Erwerber von Lagerbutter nach der Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 diese Ware zum Zweck der in der Verordnung vorgeschriebenen Ausfuhr an einen Dritten weiter, so stellt es keinen Fall höherer Gewalt im Sinne des Artikels 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 dieser Verordnung dar, wenn die Ausfuhr unmöglich wird, weil ein Prokurist dieses Dritten die Butter durch strafbare Handlungen zu dessen Nachteil ihrem gesetzlichen Verwendungszweck entzieht; diese Unmöglichkeit führt folglich hinsichtlich der nicht ausgeführten Mengen nicht zur Freistellung der gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung gestellten Kaution.

Kosten

12 Die Auslagen der Kommission der Europäischen Gemeinschaft, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben hat, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien im Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem vor dem nationalen Gericht anhängigen Rechtsstreit. Die Entscheidung über die Kosten ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Erste Kammer)

auf die ihm vom Verwaltungsgericht Frankfurt am Main mit Beschluß vom 22. Februar 1979 vorgelegten Fragen für Recht erkannt:

1. **Die Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission ist dahin gehend auszulegen, daß ein Erwerber von Lagerbutter, der diese nicht selbst ausführt, sondern sie zu diesem Zweck einem Dritten verkauft, für das schuldhafte Verhalten seines Vertragspartners haftet und seine Kaution nur zurückerlangt, wenn die Ausfuhr tatsächlich binnen der in der Verordnung festgesetzten Frist stattgefunden hat.**

2. **Verkauft der Erwerber von Lagerbutter nach der Verordnung Nr. 1308/68 der Kommission vom 28. August 1968 diese Ware zum Zweck der in der Verordnung vorgeschriebenen Ausfuhr an einen Dritten weiter, so stellt es keinen Fall höherer Gewalt im Sinne des Artikels 4 Absatz 3 Unterabsatz 1 dieser Verordnung dar, wenn die**

Ausfuhr unmöglich wird, weil ein Prokurist dieses Dritten die Butter durch strafbare Handlungen zu dessen Nachteil ihrem gesetzlichen Verwendungszweck entzieht; diese Unmöglichkeit führt folglich hinsichtlich der nicht ausgeführten Mengen nicht zur Freistellung der gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung gestellten Kaution.

O'Keeffe Mertens de Wilmars Bosco

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 13. Dezember 1979.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident der Ersten Kammer

A. O'Keeffe

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS FRANCESCO CAPOTORTI VOM 15. NOVEMBER 1979 [1]

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Das Vorabentscheidungsverfahren, das Gegenstand dieser Schlußanträge ist, betrifft die Auslegung von Artikel 4 Absatz 3 der Verordnung Nr. 1308 der Kommission vom 28. August 1968 über den Verkauf von Butter aus staatlicher Lagerhaltung zur Ausfuhr und insbesondere die Grenzen des Begriffs der höheren Gewalt im Sinne des genannten Artikels. Ferner werden Sie um Klärung der Tragweite der im Urteil vom 11. Mai 1977 in den verbundenen Rechtssachen 99 und 100/76 aufgestellten Grundsätze im Hinblick auf den Umfang der Pflichten und die Verantwortlichkeit derjenigen ersucht, die von den staatlichen Interventionsstellen Butter zum ermäßigten Preis kaufen.

Ich fasse kurz den Sachverhalt zusammen.

Im Zeitraum vom 21. Juli bis zum 14. Oktober 1970 kaufte die deutsche Firma Milch-, Fett- und Eier-Kontor GmbH (im folgenden MFEK) von der deutschen Interventionsstelle (der Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung) sukzessive ungefähr 168 Tonnen Butter zu dem von der genannten Verordnung vorgesehenen besonders günstigen Preis. Die Butter mußte innerhalb von 30 Tagen nach dem Verkauf ausgeführt werden. Die Käuferin stellte der Interven-

1 — Aus dem Italienischen übersetzt.