

**Titel:**

**Umgehung des Verbots des Rückkaufhandels**

**Normenketten:**

LStVG Art. 7 Abs. 2 Nr. 1

GewO § 34 Abs. 4, § 144 Abs. 2 Nr. 2

BGB § 100, § 138, § 323, § 346, § 347, § 456

GG Art. 2 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1

AEUV Art. 56

PfandIV § 5, § 11

**Leitsätze:**

**1. Adressaten des in § 34 Abs. 4 GewO normierten Verbots des Rückkaufhandels sind nicht nur Pfandleiher. Dieses Verbot ist vielmehr auf alle Gewerbetreibenden anzuwenden (ebenso BGH BeckRS 2007, 17651). (redaktioneller Leitsatz)**

**2. Die Anwendbarkeit des § 34 Abs. 4 GewO richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäfts. Das Verbot des Rückkaufhandels erfasst damit alle vertraglichen Gestaltungen, bei denen der Verkäufer dem gewerblich handelnden Käufer das Eigentum an einer beweglichen Sache überträgt und sich dieses durch Rückzahlung des Kaufpreises und Erbringung einer weiteren vertraglich vereinbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers wieder verschaffen kann, die über einen Nutzungersatz hinausgeht (ebenso BGH BeckRS 2007, 17651). (redaktioneller Leitsatz)**

**3. Ein Geschäftsmodell, bei dem der Kunde sein Fahrzeug verkauft, es vom gewerblich handelnden Käufer für einen über den Nutzungersatz hinausgehenden Mietzins zurückmietet und vertraglich ein zeitlich befristetes Rücktrittsrecht eingeräumt erhält, nach dessen Ausübung er das Fahrzeug gegen Rückzahlung des ursprünglichen Kaufpreises zurückerwirbt, unterfällt dem Verbot des Rückkaufhandels. (redaktioneller Leitsatz)**

**4. Das Gleichbehandlungsgebot verpflichtet Behörden nicht, gleichzeitig gegen alle Störer vorzugehen, die sich in einem Bereich rechtswidrig verhalten. Die Behörde darf sich auf ein Einschreiten gegen einen oder einzelne Störer beschränken, sofern einem solchen Vorgehen ein willkürfreies Konzept zugrunde liegt. (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Pfandleihe, Rückkaufhandel, Fahrzeughandel, Mietvertrag, Rücktrittsrecht, Nutzungersatz, Berufsfreiheit, Privatautonomie, Dienstleistungsfreiheit

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Urteil vom 22.07.2020 – 22 B 18.1574

**Fundstelle:**

BeckRS 2016, 114499

**Tenor**

I.

Die Klage wird abgewiesen.

II.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

III.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

## **Tatbestand**

Die Klägerin wendet sich gegen einen Bescheid, der ihr das Geschäftsmodell „sale and rent back“ von Kraftfahrzeugen (im Folgenden: Geschäftsmodell) untersagt. Kunden der Klägerin verkaufen ihr Kraftfahrzeug an diese, mieten es gleichzeitig zurück und bekommen ein zeitlich befristetes Rücktrittsrecht eingeräumt.

Der Zentralverband des Deutschen Pfandkreditgewerbes e.V. (im Folgenden: Zentralverband) wies den Beklagten mit Schreiben vom 18. Oktober 2010 und 8. Juni 2011 darauf hin, dass nach seiner Auffassung das streitgegenständliche Geschäftsmodell der Klägerin gegen § 34 Abs. 4 Gewerbeordnung (GewO) verstoße.

Mit Schreiben vom 25. April 2012 wurden die Vorstände der Klägerin wegen des möglichen Vorliegens einer Ordnungswidrigkeit nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO i. V. m. § 34 Abs. 4 GewO als Betroffene angehört. Die Klägerin kaufe Fahrzeuge von Kunden mit der Vereinbarung eines zeitlich befristeten Rücktrittsrechts. Während des Zeitraums, in dem das Rücktrittsrecht bestehe, vermiete die Klägerin dem Kunden das angekaufte Fahrzeug. Die Klägerin sei wie ein Pfandleiher dem Verbot des § 34 Abs. 4 GewO unterworfen. Dieses Verbot besage, dass ein gewerbsmäßiger Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts verboten sei. Entscheidend sei nicht der Begriff des Rückkaufsrechts an sich, sondern ob das eingeräumte Recht nach seiner konkreten vertraglichen Ausgestaltung unter den durch eine Auslegung zu ermittelnden Begriff des Rückkaufsrechts falle. Dies richte sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäfts. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) erfasse das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO alle vertraglichen Gestaltungen, bei denen der Verkäufer dem gewerblich handelnden Käufer das Eigentum an einer beweglichen Sache übertrage und sich dieses durch Rückzahlung des Kaufpreises und Erbringung einer weiteren vertraglich vereinbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers wieder verschaffen könne, die über einen Nutzungsersatz hinausginge. Die vom Verkäufer eines Kraftfahrzeugs zu erbringenden Mietzahlungen stellten ein Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand dar, das gemäß § 34 Abs. 4 GewO verboten sei.

Die Vorstände der Klägerin nahmen über ihren damaligen Bevollmächtigten mit Schreiben vom 23. Mai 2012 Stellung. Der Entscheidung des BGH sei ein völlig anderer Sachverhalt zugrunde gelegen. Streitgegenstand dort sei der gewerbsmäßige Ankauf von Kraftfahrzeugen mit der Gewährung des Rücktrittsrechts unter Berechnung einer Aufwandsentschädigung pro vier Wochen Rücktrittsrecht bis zu 9 Prozent zuzüglich Mehrwertsteuer vom vereinbarten Kaufpreis gewesen. Vorliegend veräußere ein Verkäufer sein Kraftfahrzeug an die Klägerin gegen Zahlung eines Kaufpreises. Bei Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Verkäufer sei dieser lediglich verpflichtet, den von ihm geleisteten Kaufpreis zurück zu gewähren. Dementsprechend leiste der Verkäufer entgegen der vom BGH entschiedenen Konstellation weder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitals noch ein Entgelt für den Verwaltungsaufwand der Klägerin. Darüber hinaus stelle die Klägerin dem Verkäufer dessen ehemaliges Fahrzeug im Wege eines Mietvertrags zur Nutzung zur Verfügung. Der Verkäufer zahle einen angemessenen Mietzins, der die gesamte Nutzung abdecke. Dieser Mietzins habe überhaupt nichts mit der Überlassung des Kapitals oder dem Verwaltungsaufwand der Klägerin zu tun.

Am 6. Juni 2012 erließ das Amtsgericht München mehrere Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse mittels derer am 19. Juli 2012 unter anderem die Geschäftsräume der Klägerin wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen § 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO i. V. m. § 34 Abs. 4 GewO durchsucht wurden. Beschlagnahmt wurden dabei auch diverse Verträge, mittels derer Kunden ihr Kraftfahrzeug an die Klägerin unter Einräumung eines Rücktrittsrechts verkauft und gleichzeitig zurück gemietet hatten.

Mit Schriftsatz vom 16. Oktober 2012 wurde die Klägerin zur Anordnung der Untersagung ihres Geschäftsmodells angehört. Dieses Geschäftsmodell sehe vor, dass Kunden ihr Fahrzeug an die Klägerin verkauften und dem Verkäufer daraufhin ein zeitlich befristetes Rücktrittsrecht eingeräumt werde. Gleichzeitig werde das Fahrzeug an den Verkäufer gegen eine monatliche Mietzinszahlung in Höhe von 6,66 Prozent bis 8,1 Prozent des Kaufpreises vermietet. Der Kaufpreis des Fahrzeugs betrage zwischen 50 Prozent und 70 Prozent des Zeitwertes. Bei dem Kauf- und dem Mietvertrag handle es sich um

zusammenhängende Verträge, da das Rechtsgeschäft des Mietvertrags auf dem des Kaufvertrags aufbaue. Die Klägerin sei dem Verbot des § 34 Abs. 4 GewO unterworfen. Dieses Verbot gelte für alle Gewerbetreibenden, dies ergebe sich aus dem Schutzzweck der Norm. Das Geschäftsmodell der Klägerin falle unter das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO. Wirtschaftlich gesehen werde der Verkäufer nach dem Rücktritt ein um die Mietdauer mehr abgenutztes Fahrzeug zurück erhalten, er zahle jedoch den kompletten ursprünglichen Kaufpreis zurück, habe zudem monatliche Mietzahlungen zu zahlen, den Versicherungsschutz des Fahrzeugs selbst zu bezahlen, sämtliche Wartungen und Reparaturen an dem Fahrzeug zu übernehmen und trete alle Versicherungsleistungen an die Klägerin ab. Damit mache der Verkäufer einen gravierenden Verlust. Die Herausgabe von Nutzungen sei nicht vorgesehen. Somit sei die als Mietzahlung bezeichnete Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand der Klägerin zu sehen. Zudem gehe die Höhe des Mietzinses zusammen mit den weiteren vom Verkäufer zu erbringenden Leistungen (unter anderem Versicherungsschutz, Wartung, Reparaturen) weit über einen Nutzungsersatz hinaus. Bei diesem Geschäftsmodell stehe der Kunde weitaus schlechter, als er bei einer reinen Verpfändung (Begründung eines Faustpfandes) stehen würde. Hierbei sei der Kunde durch die Pfandleiherverordnung geschützt. Ein etwaiger Übererlös bei der Verwertung eines Kraftfahrzeugs könne vom Kunden binnen einer Frist von zwei Jahren beim Pfandleiher abgeholt werden. Beim Geschäftsmodell der Klägerin verbleibe ein etwaiger Übererlös vollkommen bei dieser. Da die Klägerin als Kaufpreis nur 50 Prozent bis 70 Prozent des aktuellen Zeitwerts ausbezahle, erziele die Klägerin bei einer eventuellen Verwertung des Fahrzeugs nochmals einen erheblichen Gewinn.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2013 nahm die Klägerin durch ihren aktuellen Bevollmächtigten Stellung zu dem Anhörungsschreiben vom 24. April 2013. Die Vorschrift des § 34 Abs. 4 GewO sei nur auf Pfandleiher anwendbar. Da die Klägerin keine Pfandleiherin sei, falle sie nicht unter diese Norm. Der Gesetzgeber bringe in der Gesetzesbegründung des § 34 Abs. 4 GewO klar zum Ausdruck, dass in § 34 GewO alle einschlägigen Vorgaben für das Pfandleihergewerbe zusammengefasst werden sollten. Insbesondere aus dem letzten Satz der Gesetzesbegründung ergebe sich, dass nur Pfandleihern der Abschluss von Rückkaufgeschäften verboten sei. § 34 Abs. 4 GewO sei auch nur in dieser Auslegung verfassungskonform, da keine derart hochrangigen Verfassungsgüter in Gefahr seien, die eine Beschränkung des Art. 12 Grundgesetz (GG) für alle Gewerbetreibenden rechtfertige, die Rückkaufverträge abschließen wollten. Bei verfassungskonformer Auslegung könne § 34 Abs. 4 GewO nur als Berufsausübungsregelung für Pfandleiher verstanden werden. Darüber hinaus sehe das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) vertragliche Rücktrittsrechte vor. Würde man pauschal Rückkaufsrechte und obendrein auch noch Rücktrittsrechte im gewerblichen Umfeld dem Verbot des § 34 Abs. 4 GewO unterwerfen, würde dies einen gravierenden Eingriff in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie darstellen. Darüber hinaus stelle das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der europäischen Dienstleistungsfreiheit dar. Eine weite Auslegung des § 34 Abs. 4 GewO würde eine inkohärente und systemwidrige, also nicht gerechtfertigte, europarechtswidrige Beschränkung der europäischen Dienstleistungsfreiheit darstellen. Selbst wenn § 34 Abs. 4 GewO anwendbar wäre, wären die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Verbotsnorm nicht erfüllt. Die Klägerin vereinbare mit den Verkäufern ein vertragliches Rücktrittsrecht. § 34 Abs. 4 GewO hingegen spreche von einem Rückkaufsrecht. Die vom BGH in seinem Urteil vom 14. Mai 2009 vorgenommene Auslegung des § 34 Abs. 4 GewO überzeuge nicht. Darüber hinaus stelle ein Verstoß gegen § 34 Abs. 4 GewO eine Ordnungswidrigkeit nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO dar. Da das Analogieverbot auch im Ordnungswidrigkeitenrecht gelte, verstoße die weite, über den Wortlaut hinausgehende Auslegung des § 34 Abs. 4 GewO gegen das Analogieverbot. Selbst wenn unterstellt werden würde, dass die Auslegung des § 34 Abs. 4 GewO durch den BGH richtig sei, seien dessen Tatbestandsvoraussetzungen gleichwohl nicht erfüllt. Bei den Mietzahlungen der Verkäufer für die Nutzung des verkauften Fahrzeugs handle es sich nicht um ein Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers. Die Mietzinsen, welche die Klägerin verlange, stünden im Verhältnis zur Leistung, der Nutzungsüberlassung des Fahrzeugs. Damit verbleibe kein vermeintlicher Restbetrag, der ein verstecktes Entgelt für die Überlassung des Kapitals darstellen könnte. Der Vergleich mit der vom BGH bereits seit vielen Jahren zur Berechnung des Schadensersatzes bei Nutzungsausfall eines Kraftfahrzeugs anerkannten Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch zeige, dass der Mietzins der Klägerin angemessen sei. Der Erlass einer Untersagungsanordnung wäre zudem ermessensfehlerhaft, weil der Beklagte den Sachverhalt unzureichend und fehlerhaft ermittelt habe.

Mit Schreiben vom 18. März 2014 legte der Bevollmächtigte der Klägerin eine neue Vertragsvariante ihres Geschäftsmodells vor allem für hochwertige Fahrzeuge vor. Maßgeblicher Unterschied zu den beschlagnahmten Verträgen seien die Modalitäten der Zahlung des Kaufpreises.

Mit Bescheid vom 10. November 2014 untersagte der Beklagte der Klägerin das streitgegenständliche Geschäftsmodell, bei welchem Kunden ihr Fahrzeug an die Klägerin verkauften, es von ihr zurückmieteten und dem Verkäufer ein zeitlich befristetes Rücktrittsrecht eingeräumt werde (Nr. 1). Sollte die Klägerin dem Verbot des Geschäftsmodells vier Wochen nach Unanfechtbarkeit des Bescheids zuwider handeln, werde ein Zwangsgeld in Höhe von Euro 50.000,00 fällig (Nr. 2). § 34 Abs. 4 GewO sei auf das untersagte Geschäftsmodell anwendbar. Die historische Entwicklung der Vorschrift zeige, dass sie sich an keinen bestimmten Personenkreis, sondern gegen ein bestimmtes Rechtsgeschäft wende. Es könne nicht Sinn und Zweck des gesetzlichen Verbots des § 34 Abs. 4 GewO sein, dass demjenigen Gewerbetreibenden, der über die spezielle Erlaubnis eines Pfandleihers verfüge und einer besonderen Überwachung und Kontrolle durch die Behörden unterliege, durch § 34 Abs. 4 GewO eine besonderen Form der Gewerbeausübung untersagt werde, während jedem anderen Gewerbetreibenden, der sein Gewerbe lediglich anzuzeigen habe, der Abschluss von Rückkaufgeschäften erlaubt sei. Die vom BGH aufgezeigten Voraussetzungen des § 34 Abs. 4 GewO lägen hinsichtlich des Geschäftsmodells der Klägerin vor. Kunden der Klägerin übertrügen ihr Eigentum an ihrem Kraftfahrzeug an diese. Auch die weitere Voraussetzung des § 34 Abs. 4 GewO, dass sich der Verkäufer das Eigentum durch Rückzahlung des Kaufpreises und Erbringung einer weiteren vertraglich vereinbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers wieder verschaffen könne, liege vor. Die Erbringung der weiteren vertraglichen Leistung ergebe sich dabei aus dem Mietvertrag, der mit dem Kaufvertrag eine wirtschaftliche Einheit bilde. Der Kaufvertrag sei ohne den Mietvertrag unvollständig, genauso verhalte es sich mit dem Mietvertrag, welcher ohne den Kaufvertrag unvollständig sei. Um das Eigentum an seinem Fahrzeug wiederzuerlangen, müsse der Verkäufer neben dem Kaufpreis eine weitere Leistung erbringen. Dabei sei die Dauer des Rücktrittsrechts an die Dauer des Mietvertrags gekoppelt. Mit Beendigung des Mietvertrags, gleich aus welchem Grund, ende automatisch auch das Rücktrittsrecht. Die Mietzahlungen gingen über einen Nutzungsersatz hinaus. Die monatliche Miete betrage entweder 6,66 Prozent, 7,41 Prozent oder 8,11 Prozent des Kaufpreises. Unter anderem sei von den Verkäufern während der Mietdauer die Kraftfahrzeugversicherung sowie eventuell anfallende TÜV/AU-Untersuchungen zu zahlen. Den Kunden der Klägerin entstünden neben den Mietzahlungen noch zahlreiche weitere Kosten. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass die Mietzahlung nur ein Entgelt für die Überlassung des Kapitals sein könne. Dafür spräche im Übrigen auch die feste, auf Prozentsätzen beruhende Beziehung zwischen der Höhe der Miete und des Kaufpreises. Die Umgehung des § 34 Abs. 4 GewO werde besonders deutlich, wenn man die Unterschiede zwischen der gesetzlich ausgestalteten Pfandleihe und dem Geschäftsmodell der Klägerin betrachte. Der größte Unterschied liege in der Haftung. Die Pfandleihe beruhe auf dem Prinzip der Sachhaftung. Zum Schutz der Kunden sei der Pfandleiher nach der Pfandleiherverordnung verpflichtet, einen etwaigen Überschuss aus der Verwertung des Pfandes innerhalb von zwei Jahren nach Ablauf des Jahres, in dem das Pfand verwertet worden ist, dem Kunden zu übergeben. Bei dem Geschäftsmodell der Klägerin liege im Gegensatz zu der Sachhaftung der Pfandleihe eine persönliche Haftung des Verkäufers bzw. Mieters vor. Die Klägerin habe für den Fall, dass das Rücktrittsrecht nicht ausgeübt werde, die Möglichkeit, die entstandenen Kosten (Abholung des Fahrzeugs, Instandhaltung, Reparaturen, Aufbereitung, Mietrückstände) vom Kunden zu verlangen. Sei es dem Kunden nicht möglich, das Fahrzeug zurückzukaufen und von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch zu machen, so habe die Klägerin das uneingeschränkte Verwertungsrecht. Die Differenz zwischen dem an den Verkäufer ausgezahlten Betrag und dem tatsächlichen Verkaufspreis bei Verwertung verbleibe ausschließlich bei der Klägerin. Eine Beteiligung des Käufers an dem Mehrerlös sei nicht vorgesehen. Bei der Anordnungsbefugnis nach § 34 Abs. 4 GewO i. V. m. § 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO i. V. m. Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 Landesstraf- und Verordnungsgesetz (LStVG) handele sich es um eine Kann-Bestimmung, die Anordnung unterliege pflichtgemäßem Ermessen. Zweck der Anordnung sei es, § 34 Abs. 4 GewO durchzusetzen, der eine Umgehung der Pfandleihvorschriften verhindern wolle und dem Schutz der potentiellen Kunden und Verbraucher diene. Die Anordnung sei geeignet, weitere Verstöße durch Abschluss von Verträgen unter dem rechtswidrigen Geschäftsmodell der Klägerin zu verhindern. Die Anordnung sei zudem erforderlich, um wirksam zu verhindern, dass § 34 Abs. 4 GewO umgangen werde. Es gebe kein milderes Mittel. Die getroffene Anordnung sei verhältnismäßig im engeren Sinne. Bei der Entscheidung seien die gegenläufigen Interessen der Allgemeinheit und der Klägerin gegeneinander abzuwägen gewesen. Dabei überwiege das

öffentliche Interesse deutlich. Das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO sei vom Gesetzgeber für notwendig erachtet worden, um die Möglichkeit auszuschließen, dass die für Pfandleiher geltenden Vorschriften umgangen würden. Dem Verbraucherschutz komme diesbezüglich ein sehr hoher Stellenwert zu. Die Kunden würden durch das untersagte Geschäftsmodell im Vergleich zur Pfandleihe tatsächlich deutlich schlechter gestellt und finanziell geschädigt. Die Untersagung der Fortführung des Geschäftsmodells sei ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit. Der Klägerin werde die gewerbliche Tätigkeit jedoch nicht vollständig, sondern lediglich die Fortführung des streitgegenständlichen Geschäftsmodells untersagt. Die Berufsausübungsfreiheit könne jedoch eingeschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen würden. Solche Erwägungen lägen vor.

Am 29. Dezember 2014 erhob die Klägerin Klage gegen den Bescheid. Ergänzend zu der Stellungnahme vom 14. Juni 2013 führte die Klägerin aus, dass es sich bei ihrem Geschäftsmodell nicht um ein Rückkaufgeschäft, sondern um einen klassischen Verkauf unter Vereinbarung eines Rücktrittsrechts handele. Dies sei eine vollkommen übliche Vertragsgestaltung auf der Grundlage des BGB und kein Umgehungsgeschäft. Die Untersagung des Geschäftsmodells auf Grundlage des § 34 Abs. 4 GewO stelle ein Verbot dieses zivilrechtlichen Rücktrittsrechts dar. Es sei zutreffend, dass Kunden der Klägerin im Rahmen des streitgegenständlichen Geschäftsmodells persönlich haften würden. Dies unterscheide sich aber nicht von anderen Dauerschuldverhältnissen mit wiederkehrenden Zahlungsverpflichtungen. Es liege ein gewöhnliches Mietverhältnis vor, bei dem der Vermieter gegen eine Mietzinszahlung die Nutzung einer Sache ermögliche. Allein die rechtliche Möglichkeit einer Übererlösauskehr im Rahmen der Pfandleihe gebe keinen Anhaltspunkt dahingehend, dass dies auch tatsächlich regelmäßig erfolge und der Kunde deshalb wirklich wirtschaftlich besser dastehe als beim Geschäftsmodell der Klägerin. Hinzu komme, dass die Auszahlung eines Übererlöses im Rahmen der Pfandleihe schon deshalb notwendig sei, weil der Kunde bei der Pfandleihe nicht den Wert des Kraftfahrzeugs, sondern auch einen erheblich geringeren Betrag leihen könne. Beim Geschäftsmodell der Klägerin erhalte der Kunde einen angemessenen Kaufpreis für sein Kraftfahrzeug. Es sei nicht zutreffend, dass die Kunden der Klägerin schlechter stehen würden als bei einem Rücktritt gemäß §§ 346, 347 BGB. Beim Rücktritt seien sämtliche gezogenen Nutzungen wechselseitig auszugleichen. Neben der Rückabwicklung des Kaufvertrags seien somit auch die Nutzungen zurück zu gewähren. Zwar müsste dann die Klägerin die empfangenen Mietzinsen zurückerstatten. Allerdings müsste der Kunde auch den von ihm gezogenen Nutzungsvorteil aus der Nutzungsüberlassung des Fahrzeugs zurückgewähren bzw. ersetzen. Dieser Nutzungsvorteil werde nach der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch berechnet. Schließlich müsste der Kunde außerdem noch die gezogenen Nutzungen aus dem gezahlten Kaufpreis, nämlich den Zinsvorteil für die Überlassung des Geldes, zurückgewähren. Nach einer von der Klägerin vorgenommenen Berechnung anhand der Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch sei der monatliche Nutzungsausfall regelmäßig höher als der monatliche Mietzins, den Kunden an die Klägerin entrichten müssten. Nach alledem sei damit festzustellen, dass den Mietzahlungen der Kunden eine wirtschaftlich angemessene Leistung der Klägerin, nämlich die Nutzungsüberlassung der Fahrzeuge während des Vermietungszeitraums, gegenüberstünde. Deshalb handele es sich bei diesen Mietzahlungen nicht, auch nicht zu einem Teilbetrag, um ein verstecktes Entgelt für die Überlassung des Kapitals. Damit ergebe selbst die vom BGH vorgegebene wirtschaftliche Betrachtung des Geschäftsmodells der Klägerin, dass dieses die Tatbestandsvoraussetzungen des § 34 Abs. 4 GewO nicht erfülle. Sofern der Beklagte darauf abstelle, dass Kunden der Klägerin bei Ausübung des Rücktrittsrechts ein Fahrzeug zurückerwürben, das aufgrund der zwischenzeitlichen Nutzung weniger wert sei und bereits deshalb die Tatbestandsvoraussetzungen des § 34 Abs. 4 GewO erfüllt seien, treffe dies nicht zu. Zwischen den Kunden und der Klägerin bestünden lediglich kurzfristige Geschäftsbeziehungen und zwar im Durchschnitt von 4,6 Monaten. In diesem Zeitraum träte kein relevanter Wertverlust ein, zumal es sich um Gebrauchtfahrzeuge handle. Die Klägerin verstoße mithin nicht gegen das Verbot des Rückkaufhandels. Der Beklagte habe zudem das ihm zustehende Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Das gelte sowohl für das Entschließungs- als auch für das Auswahlermessen. Der Beklagte habe sich ganz offensichtlich vom Zentralverband instrumentalisieren lassen. Es sei daher bereits äußerst fraglich, ob der Beklagte überhaupt eine eigene Ermessensentscheidung zur Frage des „Ob“ seines Tätigwerdens getroffen habe. Auf der Ebene des Auswahlermessens sei die zuständige Behörde bei Erlass von Untersagungsverfügungen gehalten, eine einheitliche Verwaltungspraxis an den Tag zu legen. Die Behörde dürfe jedenfalls nicht unterschiedlich, systemwidrig oder planlos vorgehen. Soweit sie anlassbezogen einschreite und sich auf die Regelung von Einzelfällen beschränke, müsse sie hierfür sachliche Gründe angeben. Weder aus der Behördenakte noch aus dem Bescheid ergäben sich sachliche

Gründe dafür, warum der Beklagte ausgerechnet gegen die Klägerin einschreite. Schon eine kurze Internetrecherche zeige, dass es eine Vielzahl von Unternehmen gebe, die das gleiche oder jedenfalls ein sehr ähnliches Geschäftsmodell wie die Klägerin anbieten. Ausweislich der vorgelegten Behördenakten habe der Beklagte vor seinem Einschreiten gegenüber der Klägerin aber nicht einen weiteren Wettbewerber der Klägerin ermittelt oder den Markt sondiert. Das Einschreiten des Beklagten habe ausschließlich davon abgehungen, dass Dritte ihn auf das hier streitgegenständliche Geschäftsmodell aufmerksam gemacht hätten. Der Beklagte habe sich bis heute keine Gedanken dazu gemacht, weshalb er unter den zahlreichen Anbietern des Geschäftsmodells ausgerechnet gegen die Klägerin vorgehe. Es könne zudem nicht angehen, dass der Vollzug einer bundeseinheitlichen Regelung wie der des § 34 Abs. 4 GewO in das Ermessen einzelner örtlicher Behörden wie des hier zuständigen Landratsamts gestellt würde, wenn die Wettbewerber wiederum bundesweit konkurrierten.

Die Klägerin beantragt:

Der Bescheid des Landratsamts München vom 10.11.2014, Az. ..., wird aufgehoben.

Der Beklagte beantragt:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Verwaltungsbehörde sei regelmäßig auf die Hinweise Dritter angewiesen. Das Landratsamt habe die Hinweise des Zentralverbands aufgenommen und eigene Ermittlungen durchgeführt. Der Beklagte habe sein Erschließungsermessen erkannt und ausgeübt. Der Beklagte bzw. das Landratsamt könne nur in seinem örtlichen Zuständigkeitsbereich tätig werden. Ein anderes Unternehmen oder eine Betriebsstätte eines anderen Unternehmens mit gleichem Geschäftsmodell sei nach aktuellem Kenntnisstand nicht im entsprechenden Landkreis ansässig. Ein Einschreiten gegen einen Mitbewerber der Klägerin sei daher objektiv unmöglich.

Zu weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte sowie auf die vorgelegten Behördenakten Bezug genommen.

## **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Klage ist nicht begründet. Der Bescheid vom 10. November 2014 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Rechtsgrundlage für den Erlass des Bescheids ist Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG i. V. m. §§ 34 Abs. 4, 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO. Nach Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG kann die Sicherheitsbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben für den Einzelfall Anordnungen treffen, um rechtswidrige Taten, die den Tatbestand eines Strafgesetzes oder einer Ordnungswidrigkeit verwirklichen, zu unterbinden. Das Geschäftsmodell der Klägerin erfüllt den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach §§ 34 Abs. 4, 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO. Das Geschäftsmodell verstößt gegen § 34 Abs. 4 GewO, weil die Klägerin bewegliche Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts gewerbsmäßig ankauft (dazu A.). Die Untersagung des streitgegenständlichen Geschäftsmodells erging nicht ermessensfehlerhaft (dazu B.).

A.

Das Geschäftsmodell, bei welchem Kunden ihr Fahrzeug an die Klägerin verkaufen, es von dieser zurückmieten und dem Verkäufer bzw. Kunden der Klägerin ein zeitlich befristetes Rücktrittsrecht eingeräumt wird, verstößt gegen § 34 Abs. 4 GewO.

I.

Es entspricht der weit überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung und der Literatur, dass § 34 Abs. 4 GewO auf alle Gewerbetreibenden anzuwenden ist (vgl. etwa BGH, U.v 14.5.2009 - I ZR 179/07 - juris Rn. 17; Marcks in Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Stand März 2016, § 34 Rn. 27; Ennuschat in Tettinger/Wank/ders., 8. Aufl. 2011, § 34 Rn. 21; Meßerschmidt in Pielow, Beck'scher Online-Kommentar, Gewerberecht, 35. Edition, Stand 1.9.2016, § 34 Rn. 31; Schmidt, GewArch 2010, 158, 160 f.).

1. Die gegen diese Sichtweise vorgebrachten Argumente der Klägerin überzeugen nicht. Bereits der Wortlaut des § 34 Abs. 4 GewO richtet sich an jedermann. Auch der Schutzzweck der Vorschrift legt ein allgemeines Verbot des Rückkaufhandels nahe. Dem Rückkaufhandel liegt die abstrakte Gefahr zugrunde,

dass der ausbedungene Rückkaufpreis, wie ihn der Verkäufer der Sache dem Rückkaufhändler zu zahlen hätte, den Verkaufspreis erheblich übersteigt und dass der Händler nach Ablauf der Rückkauffrist frei über die Sache zu verfügen befugt ist (so etwa Ennuschat in Tettinger/Wank/ders., 8. Aufl. 2011, § 34 Rn. 21; Marcks in Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Stand März 2016, § 34 Rn. 23 und Schmidt, GewArch 2010, 158, 160 ). Noch deutlicher wird die Gesetzesbegründung des § 34 Abs. 4 GewO (BT-Drs. III/318 S. 17). Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der gewerbsmäßige Ankauf von beweglichen Gegenständen mit Einräumung eines Rückkaufsrechts dem Pfandleihgewerbe wirtschaftlich gleichzusetzen sei. Die Bestimmung des § 34 Abs. 4 GewO wurde eingeführt, um zu verhindern, dass die für die Pfandleiher geltenden Vorschriften etwa hinsichtlich der Verwertung des Pfandes umgangen würden. Nach der Begründung müsse ein Pfandleiher bei Versteigerung eines nicht fristgemäß eingelösten Pfandgegenstands den seine Forderung übersteigenden Betrag für eine bestimmte Zeit zugunsten des Verpfänders aufbewahren und, falls dieser Betrag nicht abgeholt werde, diesen an eine staatliche oder kommunale Stelle abliefern. Es liege auf der Hand, dass der Rückkaufhändler bei einer Verwertung des Gegenstands nach freiem Ermessen zu einem erheblichen Gewinn auf Kosten des Verkäufers gelangen könne.

2. Vor diesem Hintergrund ist die Vorschrift des § 34 Abs. 4 GewO auch nicht verfassungs- oder europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass nur Pfandleiher Adressaten des Verbots sind.

a. Der mit dem Verbot des Rückkaufhandels verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ist sowohl für Pfandleiher als auch für alle anderen Gewerbetreibenden gerechtfertigt. § 34 Abs. 4 GewO verbietet lediglich eine bestimmte, für die Verkäufer möglicherweise besonders nachteilige Form des Pfandleihgewerbes. Soweit die Klägerin meint, dass andere Gewerbetreibende als Pfandleiher durch § 34 Abs. 4 GewO objektiv in ihrer Berufswahl eingeschränkt werden, wäre auch dieser Eingriff gerechtfertigt. Anders als die Klägerin meint, bedarf es nicht zwingend kollidierenden Verfassungsrechts, um den damit verbundenen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG zu rechtfertigen. Die mit vorstehender Rechtsansicht der Klägerin verbundene Bezugnahme auf die Drei-Stufen-Theorie verfängt nicht. Das Bundesverfassungsgericht wendet nicht mehr in jedem Fall strikt die Drei-Stufen-Theorie an (vgl. etwa BVerfG, U. v. 28.3.2006 - 1 BvR 1054/01 - juris), sondern schwenkt auch im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG auf eine normale Verhältnismäßigkeitsprüfung um. Dieser Wandel in der Rechtsprechung ist sinnvoll, da ansonsten, bei umso engerer Berufsbeschreibung, Berufsausübungsregeln umso eher in Berufswahlregeln im Sinne der Drei-Stufen-Theorie umschlagen. Deshalb liegt es entgegen der Ansicht der Klägerin nahe, § 34 Abs. 4 GewO als Regelung der Berufsausübung für Ankauf anzusehen, also für Gewerbetreibende, die systematisch Gegenstände ankaufen und nicht als Berufswahlregel für Ankauf, die Rückkaufsrechte gewähren. Das Verbot des Rückkaufhandels ist vor dem Hintergrund der Erwägungen des Gesetzgebers unabhängig von der Drei-Stufen-Theorie jedenfalls verhältnismäßig im engeren Sinne, der Eingriff steht nicht außer Verhältnis zum verfolgten Zweck. Verboten ist lediglich der gewerbliche Ankauf, also das systematische Kaufen von Gegenständen, mit Einräumung eines Rückkaufsrechts. Damit soll eine Umgehung der für Pfandleiher geltenden Vorschriften verhindert werden. Zu beachten ist dabei, dass der bloße gewerbliche Ankauf von beweglichen Gegenständen weiterhin erlaubt ist, auch der Rücktritt von einem solchen Vertrag etwa wegen eines Sachmangels, §§ 433, 437 Nr. 2, 323 BGB, bleibt weiterhin möglich.

b. § 34 Abs. 4 GewO greift auch nicht ungerechtfertigt in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie ein. Anders als die Klägerin meint, ist die Einräumung von vertraglichen Rücktrittsrechten in weiten Teilen des Rechtsverkehrs nach wie vor möglich. Nur im Bereich des gewerblichen Ankaufs von beweglichen Gegenständen soll der Rückkaufhandel verboten werden. Soweit unter dem Rückkaufhandel auch die Einräumung eines vertraglichen Rücktrittsrechts fällt, ist dies nur im Bereich des gewerblichen Ankaufs von beweglichen Gegenständen untersagt.

c. Inwieweit das unionsrechtliche Kohärenzgebot im Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) durch § 34 Abs. 4 GewO verletzt werden soll und in Folge dessen aufgrund europarechtskonformer Auslegung nur Pfandleiher unter § 34 Abs. 4 GewO fallen sollen, ist nicht erkennbar. Durch die Regelung des § 34 Abs. 4 GewO wird nur ein Zweck verfolgt, der die Beschränkung des Art. 56 AEUV legitimiert, nämlich der Schutz der Verbraucher. Es ist nicht erkennbar, welche anderen Zwecke durch die Regelung erreicht werden sollen, die die Beschränkung nicht legitimieren können. Das Ziel des Verbraucherschutzes in § 34 Abs. 4 GewO wird darüber hinaus nicht durch eine Regelung in dem Bereich der Pfandleihe sektorübergreifend dergestalt konterkariert, dass die in Rede stehende Regelung des § 34 Abs. 4 GewO zur Verwirklichung der mit ihr verfolgten Ziele tatsächlich nichts mehr beitragen kann. Bei der gebotenen abstrakten Betrachtung wird die vom Gesetzgeber benannte

Gefahr, dass eine Person in einem finanziellen Engpass zur Beschaffung kurzfristiger Liquidität das Eigentum an einem Gegenstand endgültig durch eine Veräußerung unter Wert - sei es durch Verwertung des Pfandes oder Verkauf - verliert und damit ein „schlechtes Geschäft macht“, durch §§ 5, 11 Pfandleiherverordnung genauso wie durch § 34 Abs. 4 GewO verhindert. Nach §§ 5, 11 Pfandleiherverordnung ist der Pfandleiher verpflichtet, einen etwaigen Überschuss aus der Verwertung des Pfandes auszukehren. Auch die Zinsen und Gebühren, die im Rahmen der Pfandleihe für den Verpfänder anfallen, ändern nichts an diesem Befund. Die Klägerin verkennt in diesem Zusammenhang beispielsweise, dass der Pfandleiher das Pfand versichern muss und damit das Eigentum des Verpfänders besonders geschützt wird.

II.

Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 34 Abs. 4 GewO werden durch das streitgegenständliche Geschäftsmodell der Klägerin erfüllt.

1. Nach der überzeugenden Rechtsprechung des BGH (BGH, U. v. 14.5.2009 - I ZR 179/07 - juris Rn. 25) ist für die Beurteilung der Frage, ob ein Geschäftsmodell vom Verbot des § 34 Abs. 4 GewO erfasst wird, die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts maßgeblich und daher zu prüfen, ob der Sache nach gewerbsmäßig durch Pfandrechte an beweglichen Sachen gesicherte Darlehen gegeben werden. Das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO erfasst alle vertraglichen Gestaltungen, bei denen der Verkäufer dem gewerblich handelnden Käufer das Eigentum an einer beweglichen Sache überträgt und sich dieses durch Rückzahlung des Kaufpreises und Erbringung einer weiteren vertraglich vereinbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers wieder verschaffen kann, die über einen Nutzungersatz (vgl. § 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinausgeht.

2. Diese Auslegung des § 34 Abs. 4 GewO durch den BGH verstößt nicht gegen das strafrechtliche Analogieverbot und ist darüber hinaus sachgerecht.

a. Es sprechen gute Gründe dafür, im Rahmen des Erlasses einer Untersagungsverfügung das Analogieverbot nicht anzuwenden, auch wenn das untersagte Verhalten gleichzeitig die Begehung einer Ordnungswidrigkeit darstellt. Bei einer in die Zukunft gerichteten Untersagung einer Tätigkeit bedarf es keines Schutzes durch das Analogieverbot, da gerade nicht vergangenes Verhalten, wie bei Erlass eines Bußgeldbescheids wegen des Begehens einer Ordnungswidrigkeit, sanktioniert werden soll. Vielmehr kann der Betroffene sein Verhalten zukünftig an der Untersagungsverfügung ausrichten. Deshalb kann es unterschiedliche Interpretationsergebnisse für die Behandlung eines Tatbestandsmerkmals in seinem verwaltungs- und in seinem strafrechtlichen Kontext geben (so Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, GG, Stand September 2016, Art. 103 Rn. 234; vgl. auch BVerfG, B. v. 15.3.1978 - 2 BvR 927/76 - juris Rn. 33 ff., wonach ein Begriff in straf- und handelsrechtlichem Kontext verschieden auslegbar ist.).

b. Selbst wenn man das Analogieverbot für anwendbar halten würde, würde die vom BGH vorgenommene Auslegung der Tatbestandsmerkmale des § 34 Abs. 4 GewO nicht gegen dieses Verbot verstoßen. Abzugrenzen von der unzulässigen Analogie ist die erlaubte Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe in Strafvorschriften. Mit der Rechtsprechung und der vorherrschenden Ansicht in der Literatur ist davon auszugehen, dass der mögliche Wortsinn des Gesetzes die Grenze zwischen Auslegung und Analogie bildet. Nur der Gesetzestext kann Gegenstand der Auslegung sein und insoweit das maßgebende Kriterium. Der aus der Sicht des Bürgers mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Die Auslegung reicht bis zur äußersten sprachlichen Sinnengrenze (Rogall in Senge, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 4. Auflage 2014, § 3 Rn. 53 m. w. N.).

Aus Sicht des Bürgers, der regelmäßig weder Rechtsbegriffe wie Wiederkauf (§§ 456 ff. BGB) oder Rücktritt (§§ 323, 346 BGB) kennen wird, ist unter einem Rückkaufsrecht jegliche rechtliche Konstruktion zu verstehen, bei der ein Verkäufer einen veräußerten Gegenstand gegen Zahlung von Geld nach Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung wieder vom Käufer zurückerwerben kann. Ob dieser Rückerwerb nun im Rahmen des Wiederkaufs oder durch Ausübung eines vertraglich vereinbarten Rücktrittsrechts und die daran anschließende Rückabwicklung (§§ 346, 347 BGB) möglich wird, wird für den Bürger keine Rolle spielen. Entscheidend wird vielmehr sein, dass der Rückerwerb der Sache aufgrund der jeweiligen Vertragsgestaltung durch bloße Abgabe einer Willenserklärung möglich ist. Durch diese Auslegung wird die äußerste sprachliche Sinnengrenze nicht überschritten. Soweit in der Literatur zur Begründung eines Analogieverbots darauf abgestellt wird, dass ein Rücktritt nicht dasselbe wie ein Rückkauf sei (Schmidt,



GewArch 2010, 158, 161), greift dies zu kurz. Eine solche Sichtweise berücksichtigt nicht, dass ein gesondert vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht, das ohne besondere Voraussetzungen durch bloße Abgabe einer Willenserklärung zur Rückabwicklung eines Vertrags führt, eben gerade zur Folge hat, dass ein Verkäufer den veräußerten Gegenstand gegen (Rück-)Zahlung des Kaufpreises zurückerwirbt. Der Begriff Rückkaufsrecht in § 34 Abs. 4 GewO oder auch der des Rückkaufs wird nicht im BGB verwendet, so dass ein Bürger nicht auf die Begrifflichkeiten des BGB rekurrieren wird. Vielmehr bedarf es auch aus Sicht des Bürgers einer Auslegung, was unter dem Begriff Rückkauf zu verstehen ist.

c. Zuzustimmen ist der Klägerin insoweit, als dass die vom BGH vorgenommene Auslegung den Wortlaut des § 34 Abs. 4 GewO tatsächlich überdehnt. Jedoch handelt es sich dabei um eine Überschreitung der Grenzen des Wortlauts zugunsten der Klägerin. Strenggenommen müsste § 34 Abs. 4 GewO so verstanden werden, dass das dort normierte Verbot alle vertraglichen Gestaltungen erfasst, bei denen der Verkäufer dem gewerblich handelnden Käufer das Eigentum an einer beweglichen Sache überträgt und sich dieses letztlich durch Rückzahlung eines Geldbetrags wieder verschaffen kann. Die vom BGH vorgenommene Einschränkung des Verbots dahingehend, dass zunächst ein Rückerwerb gegen Zahlung des Kaufpreises und darüber hinaus auch das Erbringen einer weiteren vertraglich vereinbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers, die nicht über einen Nutzungersatz (vgl. § 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinausgeht, zulässig ist, befreit den Ankäufer teilweise vom Verbot des § 34 Abs. 4 GewO. Sofern in dieser Auslegung eine Analogie gesehen werden kann, handelt es sich um eine zulässige, weil begünstigende Analogie.

Im Ergebnis ist die vom BGH vorgenommene Auslegung des § 34 Abs. 4 GewO sachgerecht, auch wenn der BGH diese nicht näher begründet (BGH, U. v. 14.5.2009 - I ZR 179/07 - juris Rn. 25 f.). Verhindert wird durch sie zunächst die von der Literatur angesprochene Gefahr, dass der ausbedungene Rückkaufpreis, wie ihn der Verkäufer der Sache dem Rückkaufhändler zu zahlen hätte, den Verkaufspreis erheblich übersteigt. Ein Rückerwerb zum gezahlten Kaufpreis oder einem geringeren Betrag bleibt nach der Rechtsprechung des BGH zulässig. Insoweit bedarf der Verkäufer auch keines Schutzes, da er durch bloßes Aufbewahren des erhaltenen Verkaufserlöses sicherstellen kann, dass er sein Eigentum zurückerwerben kann. Dadurch wird gleichzeitig auch weitgehend der vom Gesetzgeber angenommenen Gefahr begegnet, dass der Käufer auf Kosten des Verkäufers einen erheblichen Gewinn durch Verwertung des angekauften Gegenstandes erlangt, da der Käufer - wie ausgeführt - durch bloßes Aufbewahren des ausbedungenen Verkaufserlöses sich die Möglichkeit erhält, sein ehemaliges Eigentum wieder zu erwerben. Die verbleibende abstrakte Gefahr, dass ein Verkäufer einen Gegenstand unter Wert aus Finanznot verkauft, ist zugunsten der durch die Wertordnung des Grundgesetzes geschützten Privatautonomie bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit, § 138 BGB, hinzunehmen. Insoweit ist nicht zwischen Ankauf mit Einräumung einer Möglichkeit des Rückerwerbes oder dem bloßen Ankauf zu differenzieren. In beiden Fällen kann ein Ankäufer große Gewinne auf Kosten des Verkäufers verwirklichen, wenn dieser aus Finanznot einen Gegenstand veräußern muss. Letztlich enthält die vom BGH vorgenommene Einschränkung des Verbots hinsichtlich weiterer vertraglich vereinbarter Leistungen, die den Nutzungersatzes nicht überschreiten, ebenfalls eine sachgerechte Lösung. Dadurch werden Nachteile ausgeglichen, die etwa durch eine Abnutzung des verkauften Gegenstands eintreten. Dann ist es recht und billig, dass auf die Vorschriften des Nutzungersatzes rekuriert wird, um dem Verkäufer bei Rückerwerb zum ursprünglichen Kaufpreis einen Wertverlust auszugleichen. Insoweit enthält das von §§ 347, 346 BGB geschaffene System des Ersatzes von Nutzungen einen sachgemäßen Ausgleich, auf den auch im Bereich der Auslegung des § 34 Abs. 4 GewO zurückgegriffen werden kann.

3. Das von der Klägerin betriebene Geschäftsmodell verstößt gegen § 34 Abs. 4 GewO. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung des Geschäftsmodells ist eine Gestaltung gegeben, bei der ein gewerblicher Käufer Kraftfahrzeuge aufkauft, diese dann von den Verkäufern gegen Zahlung des Kaufpreises zurückerworben werden können und darüber hinaus zum bloßen Erhalt der Rückkaufmöglichkeit und damit des Rückerwerbs des Eigentums eine weitere Leistung, nämlich die „Miete“, erbracht werden muss, die über einen reinen Ersatz von Nutzungen hinausgeht. Das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO ist damit einschlägig.

a. Nach den beschlagnahmten und von der Klägerin selbst zur Verfügung gestellten Verträgen kann ein Verkäufer sein Kraftfahrzeug wieder zurückerwerben bzw. das Eigentum daran wiedererlangen, wenn er sein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht ausübt und dann für den Rückerwerb des Kraftfahrzeugs am Ende einen Betrag in Höhe des ursprünglichen Kaufpreises zahlt. Darüber hinaus zahlt der Verkäufer

zwingend aber auch noch eine monatliche Miete für sein Kraftfahrzeug, da Kauf- und Mietvertrag untrennbar miteinander verknüpft sind. Mithin muss der Käufer, um sein Kraftfahrzeug wieder erwerben zu können, nicht nur den Kaufpreis zahlen, sondern auch die Miete. Zahlt der Käufer die Miete nicht, erlischt das Rücktrittsrecht (Abschnitt I § 3 Abs. 1 Satz 2, Abschnitt II § 2 Abs. 2 der Verträge) und der Verkäufer kann sein Kraftfahrzeug nicht mehr erwerben. Der Verkäufer kann sich das Eigentum an seinem Kraftfahrzeug neben der Rückzahlung des Kaufpreises also nur wieder verschaffen, wenn er die Miete zahlt, also eine weitere Leistung erbringt.

b. Eine weitere vertragliche Leistung zum Rückerwerb des beweglichen Gegenstands, hier des Kraftfahrzeugs, ist nach der oben dargestellten Rechtsprechung des BGH nur in engen Grenzen zulässig, sofern sie im Ergebnis nicht den Nutzungersatz (§ 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB) übersteigt. Die von der Klägerin verlangte Miete übersteigt einen Nutzungersatz (§ 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB) in allen aktenkundigen Fällen mehr als deutlich.

aa. Der Nutzungersatz im Rahmen der Rückabwicklung eines Schuldverhältnisses (§§ 346, 347 BGB) berechnet sich bei einem gebrauchten Kraftfahrzeug nach folgender Formel: „Bruttokaufpreis x Gefahrene Kilometer/Erwartbare Restlaufleistung“. Die erwartbare Restlaufleistung berechnet sich nach der zu erwartenden Gesamtlauflistung eines Kraftfahrzeugs abzüglich bereits gefahrener Kilometer. Bei normalen Kraftfahrzeugen wird von 200.000 Kilometern Laufleistung ausgegangen, bei Dieselfahrzeugen oder hubraumstarken Kraftfahrzeugen der oberen Mittelklasse von 250.000 Kilometern, bei Oberklassefahrzeugen teilweise sogar von 300.000 Kilometern (vgl. OLG Saarl., U. v. 22.6.2005 - 1 U 567/04 - juris Rn. 47 ff; OLG Düsseldorf, U. v. 18.8.2016 - I-3 U 20/15 - juris Rn. 60 ff.).

bb. Nicht zu verwechseln damit ist der Nutzungsausfallschaden, den die Klägerin in einer eigenen Berechnung zum Nutzungersatz zugrunde legt. Anspruchsgrundlage hierfür ist ein Schadensersatzanspruch (BGH, U. v. 18.5.1971 - VI ZR 52/70 - juris Rn. 1 ff.) sei es aus Delikt (§§ 823, 249 ff. BGB) oder aus Vertrag (§§ 280 Abs. 1, 249 ff. BGB). Der Nutzungsausfallschaden ist eine Nutzungsausfallsentschädigung für den Zeitraum, in dem ein Fahrzeughalter ein Kraftfahrzeug wegen einer Beschädigung durch einen Dritten nicht nutzen kann. Diese Entschädigung wird dafür gezahlt, dass der Eigentümer oder ständige Nutzer eines Kraftfahrzeugs etwa wegen eines Unfalls kein Fahrzeug zur Verfügung hat und deswegen zu Fuß gehen oder öffentliche Verkehrsmittel benutzen muss. Die in diesem Zusammenhang von den Klägern zitierte Tabelle von Sanden/Danner/Küppersbusch ist auch nur für den Nutzungsausfallschaden einschlägig.

cc. Der BGH gibt ganz klar den Hinweis, dass er mit Nutzungersatz die Herausgabe der Nutzungen bzw. diesbezüglichen Wertersatz im Rahmen des Rücktritts und der darauf folgenden Rückabwicklung eines Schuldverhältnisses meint. Ansonsten würde der vom BGH aufgenommene Klammerzusatz „(§ 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB)“ keinen Sinn machen. Dementsprechend nennt die Rechtsprechung (statt vieler: OLG Saarl., U. v. 22.6.2005 - 1 U 567/04 - juris Rn. 47 ff.; LG Krefeld, U. v. 14.9.2016 - 2 O 83/16 - juris Rn. 51) als Rechtsgrundlage für die Berechnung des Nutzungersatzes nach oben dargestellter Formel dann auch explizit die §§ 346, 347 BGB.

dd. Berechnet man anhand vorgenannter Grundlagen den von den Verkäufern zu leistenden Nutzungersatz mit den Daten, die sich aus den beschlagnahmten Verträgen ergeben, zeigt sich deutlich, dass die von der Klägerin veranschlagte Miete, die den Rückkauf sichert und auch erst möglich macht, einen etwaigen Nutzungersatz deutlich übersteigt.

Zugunsten der Klägerin wurde davon ausgegangen, dass die Verkäufer /Mieter des Kraftfahrzeugs die in den Verträgen monatlich erlaubten 2000 Kilometer Fahrleistung (Abschnitt II, § 5 der Verträge) in sieben Monaten, der maximalen Zeitdauer des möglichen Wiedererwerbs, voll ausschöpfen, also 14.000 Kilometer fahren. Weiter wurde davon ausgegangen, dass die jeweiligen Kraftfahrzeuge eine erwartbare Gesamtlauflistung von 200.000 Kilometern haben. Sofern sich aus der Typenbezeichnung ergibt, dass es sich um ein mit Dieselmotor betriebenes Kraftfahrzeug handelt und /oder der Motor mehr als 2,0 Liter Hubraum hat, wurden 250.000 Kilometern erwartbare Gesamtlauflistung zugrunde gelegt. Dem so berechneten Nutzungersatz wurde die von der Klägerin veranschlagte Miete für sieben Monaten gegenübergestellt.

Für den Opel Insignia 2,8 Turbo 4x4 OPS hätte der Verkäufer Euro 7.497 Miete für sieben Monate zahlen müssen. Der Nutzungersatz für 14.000 gefahrene Kilometer läge bei Euro 853,43. Der Verkäufer des VW

Touareg 3,0 V6 TDI hätte Euro 5.247,90 Miete zahlen müssen, der Nutzungsersatz hätte Euro 893,02 betragen. Der Audi Q7 3,0 TDI DPF Quattro tiptronic hätte den Verkäufer Euro 5.247,90 Miete gekostet, für den Nutzungsersatz hätte er Euro 1.574,87 aufbringen müssen. Für den Mercedes-Benz Vito 120 CDI lang DPF Aut. beträgt die rechnerische, hypothetische Miete in sieben Monaten Euro 4.956,35. Der Nutzungsersatz hätte sich auf Euro 781,60 beschränkt. Der Verkäufer des BMW 730 hätte Euro 1.749,30 Miete zahlen müssen, dem gegenüber steht ein Nutzungsersatz in Höhe von Euro 583,27. Der Renault Scenic Dynamic hätte Euro 4.873,05 Miete in sieben Monaten gekostet, der Nutzungsersatz hätte Euro 667,99 betragen. Der Verkäufer des BMW 525i hätte Euro 2.307,41 Miete zahlen müssen, für den Nutzungsersatz hätte er lediglich Euro 432,08 aufbringen müssen. Für den Skoda Octavia hätte der Verkäufer Euro 3.523,59 Miete zahlen müssen, der Nutzungsersatz hätte Euro 1.190,98 betragen. Der Mercedes-Benz Vito 120 CDI hätte den Verkäufer eine Miete von Euro 5.247,90 gekostet, demgegenüber steht ein Nutzungsersatz von Euro 863,25. Der Verkäufer des Peugeot 407sw hätte Euro 2.249,11 Miete zahlen müssen, der Ersatz für die Nutzungen hätte Euro 503,08 betragen. Um den Dacia Logan MV 1,4 Ambiance zu mieten, hätte der Verkäufer Euro 1.499,40 zahlen müssen, der Nutzungsersatz hätte Euro 256,92 betragen.

ee. In einem weiteren Schritt wäre daran zu denken, dass der Verkäufer auch noch die Herausgabe der gezogenen Zinsen im Rahmen des Nutzungsersatzes schuldet (vgl. Schmid/Stirnweiß, NJOZ 2008, 4589 ff). Die Pflicht zur Herausgabe der Zinsen ergibt sich aus § 346 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und § 100 BGB. Mangels substantiiertem Vortrag der Klägerin kann das Gericht diesen Nutzungsersatz jedoch nicht konkret berechnen (zu den Gründen hierfür Schmid/Stirnweiß, NJOZ 2008, 4589, 4595 f.).

Aber auch bei einer überblicksartigen Prüfung wird keiner der Käufer mit dem an ihn ausgekehrten Kaufpreis Zinsen in solcher Höhe gezogen bzw. erspart haben, dass er zusammen mit dem Nutzungsersatz auf einen Betrag käme, der dem Mietpreis entspricht. Zugunsten der Klägerin wurde bei folgenden Beispielen angenommen, dass der volle Kaufpreis an die Verkäufer gezahlt wurde und diese mit dem Kaufpreis einen Dispokredit mit einer Verzinsung von 15 Prozent p.a. abgelöst haben. Zugrunde gelegt wurden sieben Monate bis zur Rückabwicklung des Vertrags. Der Verkäufer des Opel Insignia 2,8 Turbo 4x4 OPS hätte dann in sieben Monaten Zinsen in Höhe von Euro 1.156,14 gespart, also Nutzungen in dieser Höhe gezogen. Würde man dies zu dem Nutzungsersatz von Euro 853,43 addieren, würde man immer noch weit unter der Miete von Euro 7.497 liegen. Für den Kaufpreis des Audi Q7 3,0 TDI DPF Quattro tiptronic würde sich dann eine Zinersparnis in Höhe von Euro 984,29 ergeben, der zu leistende Nutzungsersatz betrüge Euro 1.574,87, demgegenüber stünde eine Miete in Höhe von Euro 5.247,90. Gleiches gilt auch für günstiger eingekaufte Kraftfahrzeuge, etwa den BMW 730. Der Verkäufer hätte Euro 328,10 Zinsen ersparen können. Diese Zinersparnis mit dem hypothetischen Nutzungsersatz in Höhe von Euro 583,27 für die Abnutzung des Fahrzeugs addiert, stünde eine Miete von Euro 1.749,30 gegenüber.

ff. Zudem wird der Nutzungsersatz von der Klägerin anhand einheitlicher, fester Prozentsätze bezogen auf den Kaufpreis berechnet, worauf auch der Beklagte in der Begründung seines Bescheides abstellt. Auch dies spricht dagegen, dass die Miete - wie von der Klägerin behauptet - nicht über den Ersatz der Nutzung hinausgeht. Ein Kunde fährt eventuell nur 100 Kilometer im Monat, ein anderer eventuell die erlaubten 2000 Kilometer. Anhand fester Prozentsätze lässt sich ein Ersatz für diese unterschiedlichen Nutzungen jedoch nicht abbilden, da sich der Nutzungsersatz eines Kraftfahrzeugs generell nach den gefahrenen Kilometern richtet. Das zeigt sich bereits an der allgemein anerkannten Formel „Bruttokaufpreis x Gefahrene Kilometer/Erwartbare Restlaufleistung“. Daran ändert auch eine taggenaue Mietberechnung ab dem 31. Tage nichts, da auch eine taggenaue Berechnung nach den Verträgen der Klägerin letztendlich wieder auf Prozentsätzen basiert.

B.

Der Beklagte hat das nach Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG i. V. m. §§ 34 Abs. 4, 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO eingeräumte Ermessen nicht fehlerhaft ausgeübt.

I.

Hinsichtlich des Entschließungsermessens sind keine Ermessensfehler erkennbar. Der Beklagte hat eigene Ermittlungen zum Sachverhalt vorgenommen. Bei der durch den Beklagten veranlassten Durchsichtung wurden zahlreiche Dokumente sichergestellt und beschlagnahmt. Die sich aus diesen Dokumenten ergebenden Tatsachen sind wesentlich für die Begründung des Bescheids und wurden vom Beklagten

selbst ermittelt. Dass der Zentralverband den Beklagten auf den Verstoß der Klägerin gegen § 34 Abs. 4 GewO aufmerksam gemacht hat, führt nicht zu einem Ermessenfehler. Regelmäßig sind Behörden auf Hinweise aus der Bevölkerung angewiesen.

II.

Auch Fehler im Auswahlermessen sind nicht erkennbar. Generell verpflichtet das Gleichbehandlungsgebot Behörden nicht, in einem Bereich, in dem sich rechtswidrige Zustände auf tun, gleichzeitig gegen alle Störer vorzugehen. Eine Behörde darf sich vielmehr auf ein Einschreiten gegen einen oder einzelne Störer beschränken, sofern einem solchen Vorgehen ein willkürfreies Konzept zugrunde liegt. Jedoch war der Beklagte - anders als die Klägerin meint - nicht verpflichtet, ohne einen konkreten Anlass weitere Gewerbetreibende mit demselben Geschäftsmodell im Zuständigkeitsbereich des zuständigen Landratsamts zu ermitteln. Selbst die Klägerin vermag bis heute keinen Konkurrenten zu benennen, der im Zuständigkeitsbereich des Landratsamts dasselbe oder ein vergleichbares Geschäftsmodell anbietet oder zum Zeitpunkt des Bescheiderlasses angeboten hat.

Auch der Hinweis der Klägerin auf die Rechtsprechung zum Glücksspielrecht ändert nichts an der Fehlerlosigkeit der Ermessensentscheidung. Fraglich ist, ob die zum Glücksspielrecht und dem von einigen Besonderheiten geprägten Bereich des Sportwettenmarkts (vgl. OVG NW, B. v. 9.6.2016 - 4 B 860/15 - juris Rn. 35) ergangene Rechtsprechung zu Art. 56 AUEV überhaupt auf das streitgegenständliche Verfahren übertragbar ist. Unabhängig davon stellt die von der Klägerin zitierte Entscheidung (OVG NW, B. v. 9.6.2016 - 4 B 860/15 - juris Rn. 25 ff.) ausdrücklich fest, dass generell keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten bestehe, ein föderale Strukturen übergreifendes Schutzkonzept - bezogen auf die Gefahren des Glücksspiels - aufzustellen.

Es ist für das Gericht noch nicht einmal im Ansatz erkennbar, inwieweit ein Verstoß gegen das Unionsrechts durch das Vorgehen gegen die Klägerin vorliegen soll. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist es auch unionsrechtskonform, wenn nicht in der gesamten Bundesrepublik Deutschland auf Grundlage eines föderale Strukturen übergreifenden Konzepts das Verbot des § 34 Abs. 4 GewO gleichzeitig oder zumindest systematisch gegen alle Anbieter eines zum Geschäftsmodell der Klägerin vergleichbaren Modells durchgesetzt wird. Hinzu kommt, dass - anders als im Glücksspielwesen - der Staat selbst nicht als Akteur am Markt auftritt und das streitgegenständliche Geschäftsmodell legal anbietet. Auch rein tatsächlich sind weder gehäufte noch systematische Verstöße anderer Gewerbetreibender, die zuständigkeitübergreifend nicht konsequent geahndet oder unterbunden werden, dem Gericht bekannt oder werden von der Klägerin vorgetragen.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung auf § 167 VwGO in Verbindung mit den §§ 708 ff. ZPO.

Rechtsmittelbelehrung:

Nach §§ 124, 124 a Abs. 4 VwGO können die Beteiligten die Zulassung der Berufung gegen dieses Urteil innerhalb eines Monats nach Zustellung beim Bayerischen Verwaltungsgericht München,

Hausanschrift: Bayerstraße 30, 80335 München, oder

Postanschrift: Postfach 20 05 43, 80005 München

beantragen. In dem Antrag ist das angefochtene Urteil zu bezeichnen. Dem Antrag sollen vier Abschriften beigefügt werden.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist bei dem Bayerischen Verwaltungshof,

Hausanschrift in München: Ludwigstraße 23, 80539 München, oder

Postanschrift in München: Postfach 34 01 48, 80098 München

Hausanschrift in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach

einzureichen, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist.

Über die Zulassung der Berufung entscheidet der Bayerische Verwaltungsgerichtshof.

Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfeverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Rechtslehrern mit Befähigung zum Richteramt die in § 67 Abs. 4 Sätze 4 und 7 VwGO sowie in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen und Organisationen.

Beschluss:

Der Streitwert wird auf Euro 50.000,00 festgesetzt (§ 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz - GKG - i. V. m. Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013, Nr. 1.7.2).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die Beschwerde an den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes Euro 200,- übersteigt oder die Beschwerde zugelassen wurde. Die Beschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, beim Bayerischen Verwaltungsgericht München,

Hausanschrift: Bayerstraße 30, 80335 München, oder

Postanschrift: Postfach 20 05 43, 80005 München

einzu legen.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Der Beschwerdeschrift eines Beteiligten sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigelegt werden.