

Inhaltsverzeichnis

1 Einführung	1
1.1 Gegenstand der Untersuchung	4
1.1.1 Fiktives Sachverhaltsbeispiel	5
1.1.2 Das herkömmliche Modell: Pfandkredit beim Pfandleiher gemäß § 34 Abs. 1 GewO	5
1.1.3 Das Alternativmodell: “Sale-and-rent-back”	7
1.1.3.1 Konzeption des „Sale-and-rent-back“-Modells	8
1.1.3.2 Gefahren und Risiken beim „Sale-and-rent-back“-Modell	9
1.1.3.3 Zwischenfazit: Angebot besteht trotz des § 34 Abs. 4 GewO	11
1.2 Rechtsprechung und Forschungsstand	11
1.2.1 Rechtsprechung	12
1.2.2 Literatur	14
1.2.3 Zwischenfazit: nur unzureichende Auseinandersetzung mit § 34 Abs. 4 GewO	14
1.3 Gang der Untersuchung	15
2 Der Verbraucherschutz im Gewerberecht	19
2.1 Der „Verbraucher“ im Kontext des Verwaltungsrechts	19
2.2 Historischer Überblick	21
2.3 Verbraucherschutz in der heutigen Gewerbeordnung	23
2.3.1 Systematisierung verbraucherschützender GewO-Normen	25

2.3.2	Nicht-verbraucherschützende Normen	27
2.3.3	Informationen bereitstellende Normen	28
2.3.4	Marktsichernde Normen	29
2.3.4.1	Zulassungsnormen	29
2.3.4.2	Marktregelnde Normen	30
2.3.4.3	Repressive Normen	32
2.3.5	Zwischenfazit: Gewerbeordnung nach Verbraucherschutzgehalt sortierbar	33
2.4	Verbraucherschutz im Pfandleihgewerbe	34
2.4.1	Historische Notwendigkeit eines umfassenden Verbraucherschutzes	35
2.4.2	Zuverlässigkeitserfordernis des Pfandleihers	36
2.4.3	Besonderer Verbraucherschutz durch die Pfandleiherverordnung	37
2.4.4	Verbraucherschutz durch Pfandleiher-Kartell	40
2.4.4.1	Brancheneinheitliche Pfandleih-AGB	40
2.4.4.2	Das Konditionenkartell, § 2 Abs. 1 GWB	40
2.5	Durch § 34 Abs. 4 GewO vermittelter Verbraucherschutz	42
2.5.1	Anwendungsbereich der Norm	43
2.5.1.1	Persönlicher Anwendungsbereich	43
2.5.1.2	Sachlicher Anwendungsbereich	45
2.5.1.2.1	Kasuistik zum sachlichen Anwendungsbereich	45
2.5.1.2.2	Sachlicher Anwendungsbereich auf Grundlage eigener Auslegung	71
2.5.1.3	Überprüfung des Auslegungsergebnisses	100
2.5.1.3.1	Allgemeine Ausführungen zu den Auslegungsgrenzen	100
2.5.1.3.2	Abgleich des Auslegungsergebnisses mit den Auslegungsgrenzen	101
2.5.2	„Sale-and-lease-back“ im Lichte von § 34 Abs. 4 GewO	105
2.5.2.1	Nähe des „Sale-and-lease-back“-Modells zum Rückkaufshandel	106
2.5.2.2	Verstoß gegen § 34 Abs. 4 GewO bei Rückerlangungsmöglichkeit	107

2.5.2.3 „Sale-and-Mietkauf-back“: Verstoß gegen § 34 Abs. 4 GewO	109
2.5.3 Zwischenfazit: Weitreichender Anwendungsbereich de lege lata	109
2.6 Überwach- und Durchsetzbarkeit des Rückkaufshandelsverbots	110
2.6.1 Der Rückkaufshandel als Gewerbe im Sinne der Gewerbefreiheit	111
2.6.1.1 Der Rückkaufshandel als eigenständige Tätigkeit	112
2.6.1.1.1 Literatur: Rückkaufshandel als Teil des Pfandleihgewerbes	112
2.6.1.1.2 Rechtsprechung: Tendenz zur Pfandleihzugehörigkeit	113
2.6.1.1.3 Rückkaufshandel als eigenständiges Gewerbe	116
2.6.1.1.4 Der persönliche Anwendungsbereich gemäß § 34 Abs. 4 GewO	119
2.6.1.1.5 Das Bußgeldregime als Indiz für eine eigenständige Gewerbeart	120
2.6.1.1.6 Der Rückkaufshandel nach der Berufsbildlehre	121
2.6.1.1.7 Zeitgleiche Erfüllbarkeit zweier Berufsbilder und Gewerbe	123
2.6.1.1.8 KWG-Anwendungsbereich verdeutlicht Pfandleih-Berufsbild	124
2.6.1.1.9 Rückkaufshandelsverbot im Reisegewerbe gemäß § 56 GewO	125
2.6.1.1.10 Zwischenfazit: Rückkaufshandel ist eine eigene Gewerbeart	127
2.6.1.2 Rückkaufshandel als erlaubte Tätigkeit im Sinne der Gewerbefreiheit	128

2.6.1.3	Das Erlaubniserfordernis im Gewerbebegriff	128
2.6.1.4	Erlaubte Tätigkeit im Sinne des Gewerbebegriffes trotz § 34 Abs. 4 GewO	130
2.6.2	Durchsetzbarkeit des § 34 Abs. 4 GewO	132
2.6.2.1	Keine direkte Ermächtigungsgrundlage aus der Gewerbeordnung	132
2.6.2.2	Keine analoge Anwendbarkeit der Ermächtigungsgesetzungen aus der GewO	135
2.6.2.2.1	Die Analogie im Verwaltungsrecht	135
2.6.2.2.2	§ 34 Abs. 4 GewO analog verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG	137
2.6.2.3	Sperrwirkung der Gewerbefreiheit gegenüber Generalklauseln	138
2.6.2.3.1	Anerkannte Ausnahmen von der gewerbefreiheitlichen Sperrwirkung	139
2.6.2.3.2	Notwendigkeit weiterer Ausnahme von der Gewerbefreiheit-Sperrwirkung	139
2.6.2.3.3	Zwischenfazit: keine Möglichkeit für präventiven Verbraucherschutz	141
2.6.2.4	KWG-Ermächtigungsgrundlage für behördliches Handeln	142
2.6.2.4.1	Keine Erlaubnisfähigkeit des Rückkaufhandels gemäß § 32 KWG	143
2.6.2.4.2	Fehlende Erlaubnisfähigkeit widerspricht dem § 33 KWG	144
2.6.2.4.3	Keine Ermächtigungsgrundlage gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 6 KWG	145
2.6.2.4.4	BaFin-Ermächtigungsgrundlage für spezifische Rückkaufhandelskonstellation	145

2.6.2.4.5	Rückkaufshandel als strafbewehrtes Verhalten gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG ...	146
2.6.2.4.6	Auswirkungen des Doppelanwendungsbereichs für den Verbraucherschutz	149
2.6.2.4.7	Behördliche Zuständigkeiten de lege lata und de lege ferenda	150
2.6.2.4.8	Zwischenfazit: KWG bietet keinen ausreichenden Verbraucherschutz	152
2.6.3	Zwischenfazit: unzureichender Verbraucherschutz durch das Gewerberecht	152
3	Ausgleichender Verbraucherschutz durch das Zivilrecht	155
3.1	A. Der „Verbraucher“ im Kontext des Zivilrechts	155
3.2	Die wechselseitige Auffangordnung	157
3.2.1	Allgemeine Ausführungen zum Verhältnis des öffentlichen Rechts zum Privatrecht	157
3.2.2	Das Zusammenwirken von öffentlichem Recht und Privatrecht	158
3.2.3	Ergänzende Fallgruppen im Gebilde der wechselseitigen Auffangordnungen	159
3.2.4	Zwischenfazit: Privatrecht könnte Lücke schließen	160
3.2.5	Privatrechtliche Auffangmöglichkeiten beim Schutz vor Rückkaufshändlern	161
3.2.5.1	§ 134 BGB: Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot	161
3.2.5.1.1	Allgemeine Ausführungen zu § 134 BGB	162
3.2.5.1.2	Bedeutung des § 134 BGB bei einem Rückkaufshandel	163
3.2.5.1.3	Folgen eines nichtigen Vertrags gemäß § 134 BGB iVm § 34 Abs. 4 GewO	165
3.2.5.1.4	Nichtigkeit von Umgehungsgeschäften	166

3.2.5.1.5	Zwischenfazit: Auswirkung auf privat-rechtliche Verträge	166
3.2.5.2	§ 138 BGB: Sittenwidrigkeit	167
3.2.5.2.1	Allgemeine Ausführungen zu § 138 Abs. 1 BGB	167
3.2.5.2.2	Sittenwidrigkeit bei Vertragskonstellationen gemäß § 34 Abs. 4 GewO	168
3.2.5.2.3	Wucher-Geschäfte gemäß § 138 Abs. 2 BGB	171
3.2.5.2.4	Verhältnis von § 134 zu § 138 Abs. 1 und Abs. 2 BGB	172
3.2.5.2.5	Zwischenfazit: Verbraucherschutz bei hohen Preisen	172
3.2.5.3	§§ 355 ff. BGB: Widerrufsrecht	173
3.2.5.3.1	Widerrufsrecht bei Verbrau- cherdarlehensverträgen, §§ 495, 491 BGB	174
3.2.5.3.2	Widerrufsrecht bei Konstellationen gemäß § 34 Abs. 4 GewO	176
3.2.5.3.3	Widerrufsrecht bei Finanzierungshilfen gemäß § 506 Abs. 1 BGB	177
3.2.5.3.4	Zwischenfazit: Konkurrenz zu § 134 BGB	178
3.2.5.4	§§ 305 ff. BGB: AGB-Kontrolle	179
3.2.5.4.1	§ 308 Nr. 1 lit. a) BGB: Zahlungsfrist	180
3.2.5.4.2	§ 308 Nr. 1 lit. b) BGB: Überprüfungs- und Abnahmefrist	182
3.2.5.4.3	§ 308 Nr. 7 BGB: Abwicklung von Verträgen	184
3.2.5.4.4	§ 307 BGB: Inhaltskontrolle	187
3.2.5.4.5	AGB-Kontrolle bei nichtigen Verträgen	189

3.2.5.4.6	Zwischenfazit: ergänzender Verbraucherschutz gemäß §§ 305 ff. BGB	189
3.2.5.5	Das UWG	189
3.2.5.5.1	Der Rechtsbruch, § 3a UWG	190
3.2.5.5.2	Rechtsfolgen eines Rechtsbruches, §§ 8, 10 UWG	192
3.2.5.5.3	Bedeutung für § 34 Abs. 4 GewO	193
3.2.5.5.4	Praxisrelevanz und Durchsetzbarkeit des UWG hinsichtlich § 34 Abs. 4 GewO	194
3.2.5.5.5	Zwischenfazit: Konkurrenzunternehmen als mögliche Verbraucherschützer	195
3.2.5.6	Durchsetzung mit Hilfe der Musterfeststellungsklage	196
3.2.6	Zwischenfazit: Zivilrecht gleicht gewerberechtliche Schutzlücke nicht aus	197
4	Anwendungsbereichüberprüfung anhand von Praxisbeispielen	199
4.1	Das Versteigerungs-Modell	199
4.1.1	Das Vertragswerk	200
4.1.1.1	Der Kaufvertrag	200
4.1.1.2	Der Mietvertrag	201
4.1.2	Das Vertragswerk im Lichte von § 34 Abs. 4 GewO	203
4.1.2.1	Einheitliche Betrachtung bei Vertragsmehrheit, § 139 BGB	204
4.1.2.2	Das Fallbeispiel: Kauf- und Mietvertrag als rechtliche Einheit	204
4.1.2.3	Versteigerungsmodell als Rückkaufshandel	205
4.1.2.3.1	Versteigerung als Rückerlangungsmöglichkeit	205
4.1.2.3.2	Position des Verbrauchers im Verhältnis zu anderen Mitbietern	205
4.1.2.3.3	Über Nutzungsersatz hinausgehendes Entgelt	207
4.2	Das Dreiecks-Modell	208

4.2.1	Das Vertragswerk	209
4.2.1.1	Der Kaufvertrag	209
4.2.1.2	Der Mietvertrag	210
4.2.1.3	Die Anlagen zum Vertrag	212
4.2.2	Das Vertragswerk im Lichte des § 34 Abs. 4 GewO	214
4.2.2.1	Beziehung der Unternehmen nicht abschließend bewertbar	214
4.2.2.2	Einheitlichkeit des Rechtsgeschäftes trotz Parteienmehrheit	215
4.2.2.3	Einheitlichkeit trotz Personenmehrheit, § 139 BGB	216
4.2.2.3.1	Dreieckskonstellation als Rückkaufshandel	217
4.2.2.3.2	Verwaltungsrechtliche Adressaten-Problematik	218
4.3	Zwischenfazit: Auslegungsergebnis ist praxistauglich	219
5	Verfassungsrechtliche Überprüfung des § 34 Abs. 4 GewO	221
5.1	Vereinbarkeit des Rückkaufshandelsverbots mit dem Grundgesetz	222
5.1.1	Der Verbraucherbegriff im verfassungsrechtlichen Kontext	222
5.1.2	Der Verbraucherbegriff im verfassungsrechtlichen Kontext	222
5.1.3	Verbraucherschutz als rechtfertigendes Eingriffsmotiv	224
5.1.4	Auswirkungen des anzulegenden Prüfungsmaßstabs	224
5.2	Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit, Art. 12 GG	225
5.2.1	Schutzbereich des Artikel 12 Abs. 1 S. 1 GG	225
5.2.1.1	Beeinträchtigung der Berufsfreiheit durch § 34 Abs. 4 GewO	227
5.2.1.1.1	Grundsätzliche Ausführungen zum Eingriff in die Berufsfreiheit	227
5.2.1.1.2	Eingriff in Form des § 34 Abs. 4 GewO	227
5.2.1.2	Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit	228

5.2.1.2.1	Grundsätzliches zur Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit	228
5.2.1.2.2	Rolle des Verbraucherschutzes in der Drei-Stufen-Theorie von Artikel 12 GG	231
5.2.1.2.3	Rechtfertigung des Eingriffs in Artikel 12 Abs. 1 GG durch § 34 Abs. 4 GewO	232
5.2.2	Zwischenfazit: kein Verstoß gegen Art. 12 GG	240
5.3	Vereinbarkeit mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG	241
5.3.1	Allgemeine Ausführungen zum Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 Abs. 1 GG	241
5.3.2	Keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Rückkaufshändler	242
5.3.2.1	Unterschiedliche Behandlung vergleichbarer Gruppen	242
5.3.2.2	Unterscheidung mit sachlichem Grund	243
5.4	Vereinbarkeit mit der Privatautonomie, Art. 2 Abs. 1 GG	244
5.4.1	Grundsätzliche Ausführungen zum Grundrecht auf Vertragsfreiheit	245
5.4.2	Gerechtfertigte Beeinträchtigung durch das Rückkaufshandelsverbot	245
5.5	Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot	246
5.6	Zwischenfazit: Verfassungsgemäßes Rückkaufshandelsverbot	250
6	Unionsrechtliche Überprüfung des § 34 Abs. 4 GewO	253
6.1	Der Verbraucher-Begriff im unionsrechtlichen Kontext	253
6.1.1	Die Rolle des Verbrauchers im Europarecht	254
6.1.2	Der Verbraucherbegriff im Unionsrecht	257
6.1.3	Zwischenfazit: Verbraucherschutz hat im EU-Recht eine wichtige Rolle	258
6.2	Grundsätzliche Praxisrelevanz der europäischen Grundfreiheiten	259
6.3	Grundfreiheiten im allgemeinen Überblick	260
6.3.1	Die Grundfreiheiten im europäischen Kontext	260

6.3.2 Die potentiell betroffenen Grundfreiheiten im allgemeinen Überblick	261
6.3.2.1 Überblick über Anwendungsbereich und Beeinträchtigung	261
6.3.2.1.1 Niederlassungsfreiheit, Artikel 49 AEUV	262
6.3.2.1.2 Dienstleistungsfreiheit, Artikel 56 AEUV	263
6.3.2.2 Rechtfertigung einer Grundfreiheiten-Beeinträchtigung	265
6.3.3 Potentielle Auswirkungen eines Grundfreiheitsverstoßes	268
6.3.3.1 Vorrang des Unionsrechts	268
6.3.3.2 Unionsrechtskonforme Auslegung	269
6.3.3.3 Anwendungsvorrang	270
6.4 Das Rückkaufshandelsverbot in grundfreiheitlicher Überprüfung	270
6.4.1 Hypothetische Fälle: Grundfreiheiten-Anwendungsbereiche sind eröffnet	271
6.4.1.1 Praxisrelevanz am Beispiel Österreichs	271
6.4.1.2 Die Niederlassungsfreiheit von Rückkaufshändlern	273
6.4.1.2.1 Anwendungsbeispiel 1	273
6.4.1.2.2 Anwendungsbeispiel 2	273
6.4.1.3 Die Dienstleistungsfreiheit von Rückkaufshändlern	274
6.4.1.3.1 Anwendungsbeispiel 3	274
6.4.1.3.2 Anwendungsbeispiel 4	274
6.4.1.3.3 Anwendungsbeispiel 5	274
6.4.2 Hypothetische Fälle: Eingriff in die Grundfreiheiten? ..	275
6.4.3 Rechtfertigung der Eingriffe?	276
6.4.3.1 Eingriff aus zwingenden Erfordernissen	277
6.4.3.2 Verhältnismäßigkeit im Lichte der Grundrechte	277
6.4.3.2.1 Grundrechtliche Auswirkungen in der Verhältnismäßigkeitsprüfung	277

6.4.3.2.2	Rückkaufshandelsverbots ist geeignet und erforderlich	278
6.4.4	Mögliche Rechtsfolgen der Grundfreiheitenprüfung	280
6.5	Sekundärrechtlicher Schutz im Zusammenhang mit dem Rückkaufshandel	281
6.6	Zwischenfazit: Unionsrechtliche Bedeutung kann zunehmen	283
6.6.1	Europäische Relevanz dürfte zunehmen	284
6.6.2	Zweifel an Behördenumgang mit europarechtlichen Sachverhalten	284
7	Das Rückkaufshandelsverbots de lege ferenda	287
7.1	Notwendigkeit einer Überarbeitung des Rückkaufshandelsverbots	287
7.2	Anforderungen an die Regelung de lege ferenda	288
7.2.1	Das Verhältnis zum Pfandleihgewerbe	289
7.2.2	Das Verhältnis zum KWG	290
7.2.3	Der Anwendungsbereich des Rückkaufshandelsverbots	290
7.2.4	Durchsetzungsmöglichkeit der Regelung	292
7.2.5	Verfassungsrechtliche Würdigung de lege ferenda	294
7.2.6	Formulierungsvorschlag Rückkaufshandelsverbots de lege ferenda	296
7.2.7	Zwischenfazit: Anpassung der Norm ist sinnvoll und geboten	299
8	Schlussfazit: Handlungsdruck steigt mit mehr Praxisrelevanz	301
Lebenslauf des Verfassers	305	
Literaturverzeichnis	307	