



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

in dem Rechtsstreit

VIII ZR 290/21

Verkündet am:
16. November 2022
Vorusso,
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

GG Art. 103 Abs. 2; BGB § 134; GewO § 34 Abs. 4, § 144 Abs. 2 Nr. 2

- a) Zur Frage des Vorliegens eines nach § 34 Abs. 4 GewO verbotenen Rückkaufshandels im Falle des gewerbsmäßigen Ankaufs von Kraftfahrzeugen und deren anschließender Vermietung an den Verkäufer - "sale and rent back" (im Anschluss an BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, NJW 2009, 3368 Rn. 19 ff.; BVerwGE 173, 108 Rn. 10 ff.).
- b) Die Auslegung und Anwendung der bußgeldbewehrten Verbotsnorm des § 34 Abs. 4 GewO muss sich an den aus Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG ergebenden Grenzen einer zulässigen richterlichen Interpretation ausrichten.

BGH, Urteil vom 16. November 2022 - VIII ZR 290/21 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Fetzner, die Richterin Dr. Liebert, den Richter Dr. Schmidt, die Richterin Wiegand sowie den Richter Dr. Reichelt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 2. Zivilsenat - vom 11. August 2021 im Kostenpunkt und

auf die Revision der Beklagten insoweit aufgehoben, als ihre Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 24. September 2020 zurückgewiesen worden ist,

sowie

auf die Anschlussrevision der Klägerin insoweit aufgehoben, als auf die Hilfswiderklage der Beklagten zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte, welche bundesweit ein staatlich zugelassenes Pfandleihhaus betreibt, kauft im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Kraftfahrzeuge an und überlässt diese den Verkäufern aufgrund eines Mietverhältnisses zur weiteren Nutzung ("sale and rent back"). Am Ende des Mietverhältnisses verwertet sie die Kraftfahrzeuge.
- 2 Mit Kaufvertrag vom 7. Januar 2020 veräußerte die Klägerin ihr Kraftfahrzeug, einen F. , Erstzulassung am 29. September 2017, zum Preis von 3.000 € an die Beklagte.
- 3 In § 6 des Kaufvertragsformulars ist unter anderem folgende Regelung enthalten:

"a. Der Verkäufer beabsichtigt, das Fahrzeug von der Käuferin zur Nutzung zurückzumieten. [...] Einzelheiten sind in einem gesonderten Mietvertrag geregelt.

b. Der Verkäufer wurde zudem auf § 34 Absatz 4 Gewerbeordnung hingewiesen, der besagt, dass der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts verboten ist. Der Verkäufer bestätigt ausdrücklich, dass ihm während der Vertragsverhandlungen weder schriftlich oder mündlich zugesagt, noch der Eindruck vermittelt wurde, dass er das von ihm an die Käuferin verkaufte Fahrzeug durch einseitige Erklärung dieser gegenüber zurückkaufen könne."
- 4 Daneben schlossen die Parteien den in § 6 Buchst. a des Kaufvertrags genannten Mietvertrag, nach dem die Klägerin das Kraftfahrzeug für eine Mietzeit ab dem Tag des Vertragsschlusses (7. Januar 2020) bis zum 7. Juli 2020 weiternutzen durfte. Die monatliche Miete war mit einem Betrag in Höhe von 415,80 € angegeben, welcher sich aufgrund der Übernahme der Kosten für Steuern, Versicherungen, Wartung und Reparaturen durch die Klägerin auf einen monatlichen Betrag von 297 € ermäßigte.

5 Der Formularymietvertrag enthält unter anderem folgende Regelung:

"§ 13 Verwertung des Fahrzeuges nach Beendigung des Mietvertrages

a) Die Mietparteien vereinbaren, dass das Fahrzeug nach Beendigung des Mietvertrages entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen veräußert und damit verwertet werden soll.

b) Die Mietparteien vereinbaren hierzu, dass die Vermieterin das Fahrzeug durch öffentliche Versteigerung eines gemäß § 34b GewO staatlich zugelassenen Auktionators verwerten wird.

[...]

e) Der Mieter kann bei der Versteigerung mitbieten, § 1239 BGB.

f) Das Fahrzeug wird bei der Versteigerung mit dem Preis aufgerufen, der sich wie folgt zusammensetzt:

1. Ankaufspreis [...]

2. ausstehende Mieten, Schadensersatzbeträge, Behördengebühren

3. Rückführungskosten, nicht bezahlte Steuer- und Versicherungsbeträge sowie Kosten für nicht durchgeführte Reparaturen und/oder Wartungen, TÜV oder ASU bei [...], und Kosten für Ersatzpapiere und -schlüssel.

4. Kosten des Auktionators.

g) Nimmt der Mieter an der Auktion nicht teil, erhält er im Falle einer erfolgreichen Versteigerung den Überschuss. Überschuss ist derjenige Teil des Erlöses, der sich aus dem Versteigerungserlös nach Abzug der vorstehenden Kosten der Ziffern f) 1 bis 4 ergibt.

h) Sollte eine Versteigerung, gleichgültig aus welchem Grunde, scheitern, wird die Vermieterin das Fahrzeug zum handelsüblichen Marktpreis verkaufen. Auch hier gilt, dass der Mieter einen erzielten Mehrerlös gemäß Ziffer g erhält. Die Vermieterin ist jedoch berechtigt, Werbungskosten für den Verkauf vom Mehrerlös abzuziehen und zu vereinnahmen. [...]"

6 In § 6 Buchst. e des Mietvertrags ist ferner vereinbart, dass die Vermieterin das Fahrzeug ohne Ankündigung sicherstellen darf, wenn der Mieter mit der Zahlung seiner Miete mehr als 3 Tage in Verzug gerät. Gemäß § 6 Buchst. c, d, g und h ist der Mieter zudem in allen Fällen der Vertragsbeendigung verpflichtet,

das Kraftfahrzeug nebst Zulassungsbescheinigung Teil I und Fahrzeugschlüssel binnen einer Frist von 24 Stunden an die Beklagte zurückzugeben, und ist die Beklagte für den Fall der unterbliebenen Rückgabe berechtigt, das Kraftfahrzeug auf Kosten (im Regelfall ca. 800 € bis 1.000 € zuzüglich Mehrwertsteuer) und ohne den Willen des Mieters in Besitz zu nehmen. Für die Inbesitznahme soll die Beklagte nach den vertraglichen Regelungen (§ 6 Buchst. d des Mietvertrags) keinen Beschränkungen in der Tageszeit unterliegen und zu diesem Zweck auch befriedetes Besitztum öffnen und betreten dürfen. Für den Fall der Wegnahme des Kraftfahrzeugs ist unter § 6 Buchst. f des Mietvertrags geregelt, dass der Mieter auf die Einrede der Wegnahme durch verbotene Eigenmacht und Ansprüche nach den §§ 859 ff. BGB verzichte.

- 7 Nach Unterzeichnung der Verträge überwies die Beklagte an die Klägerin 2.758,77 €. Den weiteren Teilbetrag des Kaufpreises in Höhe von 241,23 € zahlte sie an den Haftpflichtversicherer der Klägerin auf einen bereits fälligen Beitrag. Die Beklagte erhielt von der Klägerin den Zweitschlüssel für das Kraftfahrzeug und die Zulassungsbescheinigung Teil II. Die Klägerin zahlte an die Beklagte für zwei Monate Miete sowie eine Bearbeitungsgebühr in Höhe von 99 €, insgesamt einen Betrag in Höhe von 693 €.
- 8 Mit Schreiben vom 19. April 2020 kündigte die Beklagte den Mietvertrag aufgrund ausstehender Zahlungen, forderte die Klägerin auf, ihr das Fahrzeug auszuhändigen, und kündigte zudem die Abholung des Kraftfahrzeugs an. Die Klägerin gab das Fahrzeug nicht an die Beklagte heraus.
- 9 Die auf Verurteilung der Beklagten zur Rückübereignung des Kraftfahrzeugs, Zug um Zug gegen Zahlung von 3.000 €, hilfsweise hierzu auf Feststellung, dass die Klägerin nicht infolge des Abschlusses des Kauf- und Mietvertrags

vom 7. Januar 2020 das Eigentum an dem Kraftfahrzeug an die Beklagte verloren hat, sowie - ebenfalls als Hauptantrag - auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 693 € nebst Zinsen an die Klägerin gerichtete Klage hat vor dem Landgericht überwiegend Erfolg gehabt.

10 Das Landgericht hat - unter Abweisung der Klage im Übrigen - auf den auf Rückübereignung des Kraftfahrzeugs gerichteten Hauptantrag als Minus festgestellt, dass die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge unwirksam seien. Daneben hat es die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 693 € nebst Zinsen verurteilt. Auf den Hilfsantrag hat das Landgericht außerdem antragsgemäß festgestellt, dass die Klägerin ihr Eigentum an dem Kraftfahrzeug nicht an die Beklagte verloren habe.

11 Auf die gegen dieses Urteil gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das erstinstanzliche Urteil lediglich hinsichtlich des Zinsbeginns abgeändert und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen. Ferner hat es die Klägerin auf eine in der Berufungsinstanz erhobene und auf Rückzahlung des Kaufpreises gerichtete Hilfswiderklage der Beklagten verurteilt, an diese 3.000 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Rückgabe der Zweitschlüssel und der Zulassungsbescheinigung Teil II für das Kraftfahrzeug, zu zahlen und hat die Hilfswiderklage, soweit sie auf die uneingeschränkte Verurteilung der Klägerin gerichtet war, zurückgewiesen.

12 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf vollständige Klageabweisung weiter. Die Klägerin wendet sich mit ihrer Anschlussrevision gegen die Verurteilung zur Rückzahlung des Kaufpreises.

Entscheidungsgründe:

13 Die Rechtsmittel der Parteien haben - im Umfang ihrer Einlegung - Erfolg.

A.

14 Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 11. August 2021 - 2 U 115/20, juris) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

15 Die Klage sei hinsichtlich der ausgeurteilten Feststellung zulässig und begründet. Es könne dahinstehen, ob der Antrag auf Feststellung, dass der Kauf- und der Mietvertrag unwirksam seien, in dem erstinstanzlich gestellten Hauptantrag auf Rückübereignung des Fahrzeugs als Minus enthalten gewesen sei. Jedenfalls verfolge die Klägerin mit ihrem Antrag auf Zurückweisung der Berufung nunmehr diese Anträge ausdrücklich weiter.

16 Die Feststellungsanträge seien auch begründet. Der Kauf- und der Mietvertrag seien wegen eines Gesetzesverstoßes nichtig, da der Abschluss der Verträge gegen die Vorschrift des § 34 Abs. 4 GewO verstoße, nach welcher der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung eines Rückkaufsrechts verboten sei (§ 134 BGB).

17 Die Vorschrift des § 34 Abs. 4 GewO richte sich trotz ihrer systematischen Stellung in einer Bestimmung über das Pfandleihgewerbe nicht ausschließlich an Pfandleiher und erfasse somit auch das Handeln der Beklagten. Ihrer Anwendung stehe auch nicht entgegen, dass zwischen den Parteien ein Rückkaufsrecht zugunsten der Klägerin nicht vereinbart, sondern im Mietvertrag lediglich darauf

hingewiesen worden sei, dass der Mieter bei einer nach Beendigung des Mietvertrags durchzuführenden Versteigerung mitbieten könne. Nach der allein maßgeblichen wirtschaftlichen Bedeutung des Geschäfts der Parteien handele es sich der Sache nach um die gewerbsmäßige Hingabe eines durch ein Pfandrecht an beweglichen Sachen gesichertes Darlehen und damit um ein verschleiertes Pfandleihgeschäft.

18 Bei dem Kaufvertrag vom 7. Januar 2020 und dem zugleich abgeschlossenen Mietvertrag handele es sich um eine Vertragsgestaltung, bei welcher die Klägerin als Verkäuferin der Beklagten als gewerblich handelnder Käuferin das Eigentum an ihrem Fahrzeug übertragen sollte und sich dieses durch Rückzahlung des Kaufpreises und Erbringung einer weiteren vertraglich vereinbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und den Verwaltungsaufwand der Beklagten wieder habe verschaffen können, die über einen Nutzungsersatz (vgl. § 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinausgehe. Dieses Vorgehen unterfalle § 34 Abs. 4 GewO. Dabei sei es unerheblich, dass das der Klägerin in diesem Zusammenhang eingeräumte "Gestaltungsrecht" nicht als Rückkaufsrecht ausgeformt sei, sondern sie nach den Vorstellungen beider Vertragsparteien (lediglich) faktisch die Möglichkeit haben solle, sich das Eigentum an dem Fahrzeug wieder zu verschaffen, indem sie entweder bei der öffentlichen Versteigerung selbst mitbiete oder das Fahrzeug direkt von der Beklagten zurückerwerbe, um die Kosten der Versteigerung zu sparen. Die Beklagte habe diese beiden Möglichkeiten ausdrücklich als übliche tatsächliche Handhabung vorgetragen. Diese Konstellation entspreche bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise einem Rückkaufsrecht.

19 Das Ziel der von den Parteien abgeschlossenen Verträge sei es gewesen, der Klägerin einen von ihr benötigten Geldbetrag zu verschaffen und zugleich für die Beklagte sicherzustellen, dass sie nicht mangels Zahlungsmöglichkeit oder

-bereitschaft der Klägerin mit einem Anspruch auf Rückerlangung dieses Betrags oder weiterer ihr entstehender Kosten ausfalle und sie zugleich einen Erlös aus diesem Geschäft erziele. Diese Ziele hätten die Parteien nicht mittels der Gewährung eines Darlehens erreichen können, da der Beklagten eine solche - mangels Zulassung als Kreditinstitut - nicht gestattet gewesen sei. Die (zulässige) Sicherung der Beklagten durch ein Pfandrecht habe nicht dem von den Parteien Gewollten entsprochen, da die Klägerin in diesem Fall der Beklagten das Fahrzeug hätte überlassen müssen (§ 1205 Abs. 1 BGB).

20

Das Geschäftsmodell der Beklagten richte sich somit an Verbraucher, die als Sicherheit ihr Kraftfahrzeug zur Verfügung stellen könnten, dieses aber zugleich weaternutzen möchten. Daher habe die Beklagte das Geschäftsmodell vorgegeben, wonach sie das Fahrzeug des Kunden gegen einen Geldbetrag ankaufe, den der Kunde sofort erhalte, das Fahrzeug dann aber an ihn gegen ein Entgelt zurückvermiete und dieses nach Ablauf der Mietzeit durch Versteigerung verwerte, so dass sie mittels des Erlöses für das Fahrzeug voraussichtlich sowohl den an den Kunden gezahlten Kaufpreis als auch etwa ausstehende Mieten, Schadensersatzbeträge, Behördengebühren und sonstige Kosten einschließlich der Kosten der Versteigerung erstattet bekomme. Mit einer solchen Vertragsgestaltung erreiche die Beklagte wirtschaftlich das gleiche Ergebnis wie mit einer Darlehensgewährung gegen Stellen von Sicherheitseigentum oder eines Pfandrechts an dem Fahrzeug durch den Darlehensnehmer, was aber - da es sich bei ihr nicht um ein zugelassenes Kreditinstitut handle - nicht zulässig beziehungsweise - als Pfandrecht - von den Parteien nicht gewollt gewesen sei. Anders als im Falle einer Darlehensgewährung an den Kunden gegen Stellen eines Pfandrechts an dem Kraftfahrzeug - ebenso wie bei Einräumung von Sicherheitseigentum - habe der Kunde jedoch nicht entsprechend § 1223 Abs. 2 BGB die Möglichkeit, die Verwertung der Sicherheit (Kraftfahrzeug) durch Rückzahlung des

Darlehens zu verhindern, da die Verwertung der "Sicherheit" nach Beendigung des Mietvertrags - durch öffentliche Versteigerung - bereits vereinbart sei.

21 Die Regelungen zur Verwertung des Fahrzeugs nach Beendigung des Mietvertrags entsprächen denjenigen der Vereinbarung eines Mobiliarpfandrechts bei Eintritt der Pfandreife der gesicherten Forderung. Die Intentionen der Beklagten seien weder denjenigen eines Käufers noch denjenigen eines Vermieters gleichzusetzen. Das Interesse der Beklagten am Erwerb des Fahrzeugs habe sich von vornherein auf dessen Verwertung beschränkt. Auch habe sie kein Interesse am Halten des Fahrzeugs zum Zwecke der Vermietung an Dritte gehabt.

22 Die Klägerin habe - für die Beklagte erkennbar - nicht lediglich einen Erlös aus der Veräußerung ihres Fahrzeugs erzielen und sich wiederum ein Fahrzeug anmieten wollen. In diesem Fall hätte sie einen üblichen Gebrauchtwagenverkauf vereinbaren können. Der Sachwert des Fahrzeugs, dessen Verwertung nach Vertragsende vereinbart gewesen sei, habe nicht lediglich den Anspruch der Beklagten auf Zahlung der Mietforderungen, sondern auch deren Anspruch auf Erstattung des als Kaufpreis für das Fahrzeug an die Klägerin geleisteten Betrags von 3.000 € sichern sollen. Denn die Verwertung habe unabhängig davon erfolgen sollen, ob die Klägerin die Mietzahlungen ordnungsgemäß erbringen würde. Dass bei der Verwertung ein Erlös in Höhe der Summe aller Erfüllungs- und Schadensersatzforderungen der Beklagten erzielt und damit deren Anspruch auf Rückzahlung des Ankaufspreises tatsächlich realisiert werden könne, sei durch eine entsprechend niedrige Bemessung des von der Beklagten gezahlten Ankaufspreises für das Fahrzeug sichergestellt worden, was der Handhabung bei der Vereinbarung von Sicherheiten entspreche.

23 Bei der Beurteilung des Vorliegens eines nach § 34 Abs. 4 GewO verbotenen Rückkaufshandels seien Kaufvertrag und Mietvertrag einheitlich zu betrachten. Damit seien die im Mietvertrag vereinbarten Leistungen der Klägerin bei der Frage, ob für die Rückerlangung des Eigentums über einen Nutzungersatz hinausgehende Leistungen erbracht werden müssen, gleichfalls zu berücksichtigen. Nach dem von der Beklagten als "sale and rent back" bezeichneten Geschäftsmodell stünden beide Verträge in einem unmittelbaren Zusammenhang.

24 Da der Verkaufs- und der Rückkaufspreis identisch seien, trage die Klägerin auch den Wertverlust des Fahrzeugs durch die Vertragslaufzeit. Ein Anspruch auf den Mehrerlös, welcher nach durchgeführter Versteigerung des Fahrzeugs anfalle, habe die Klägerin allein für den Fall, dass sie an der Auktion nicht teilnehme, nicht jedoch für den Fall, dass sie das Fahrzeug selbst ersteigere. Diese vertraglich vereinbarten Leistungen der Klägerin, welche wirtschaftlich als Entgelt für die Überlassung des Fahrzeugs und des Kapitals anzusehen seien, gingen über einen Nutzungersatz hinaus.

25 Der nach alledem gegebene Verstoß gegen § 34 Abs. 4 GewO führe zur Nichtigkeit des Kauf- sowie des Mietvertrags wegen Gesetzeswidrigkeit (§ 134 BGB). Die genannte Vorschrift sei ihrem Wortlaut nach als Verbotsgesetz ausgestaltet. Auch wenn sie sich nur einseitig an den Händler richte, ergebe die Auslegung der Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck, dass zum Schutz des nichtgewerblichen Verkäufers bei einem Verstoß das Rechtsgeschäft selbst nichtig sein müsse und dementsprechend keine nachteiligen Rechtsfolgen für den Verkäufer entfalten könne.

26 Es komme im Streitfall nicht mehr darauf an, ob der Kaufvertrag über das Fahrzeug der Klägerin auch wegen Sittenwidrigkeit nichtig sei, weil dessen Wert

in einem auffälligen Missverhältnis zu dem von der Beklagten gezahlten Kaufpreis (3.000 €) stehe, was sich aus dem von der Klägerin behaupteten Fahrzeugwert von 19.000 € ergeben könnte, und die Beklagte den Abschluss des Vertrags unter Ausnutzung der Unerfahrenheit der Klägerin erreicht habe (§ 138 Abs. 1, 2 BGB). Ferner sei nicht entscheidend, ob die Klägerin die Verträge wirksam angefochten habe, weil der Vertreter der Beklagten sie vor deren Abschluss über den Inhalt arglistig getäuscht habe (§§ 123, 142 BGB).

27 Die Nichtigkeit der Verträge erfasse auch das dingliche Rechtsgeschäft der Eigentumsübertragung auf die Beklagte, so dass die Klägerin Eigentümerin des Fahrzeugs geblieben sei. Aus dem Sinn und Zweck der Verbotsnorm des § 34 Abs. 4 GewO folge die Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäfts.

28 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte auch ein Anspruch auf Rückzahlung der rechtsgrundlos geleisteten Mieten für das Fahrzeug sowie der Bearbeitungsgebühr (99 €), mithin insgesamt ein Betrag in Höhe von 693 € zu (§ 812 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1 BGB). Diese Beträge habe die Klägerin nicht geschuldet, da die zugrundeliegenden Verträge nichtig gewesen seien.

29 Dieser Anspruch der Klägerin sei auch nicht infolge der durch die Beklagte in der Berufungsinstanz hilfsweise erklärten Aufrechnung mit ihrem Anspruch auf Rückzahlung des an die Klägerin geleisteten Kaufpreises von 3.000 € erloschen. Der Beklagten stehe zwar ein Rückzahlungsanspruch zu (§ 812 Abs. 1 BGB). Dieser sei auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Zweck der Leistung in der Art bestimmt gewesen wäre, dass die Klägerin durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen habe (§ 817 Satz 2

BGB). Selbst wenn diese von der Unwirksamkeit des Kaufvertrags gewusst haben sollte, verstieße die Annahme der Zahlung nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) und sei auch nicht sittenwidrig.

30 Die Aufrechnung mit dieser Forderung gegenüber dem Zahlungsanspruch der Klägerin sei jedoch nicht möglich, da der Forderung der Beklagten eine Einrede entgegenstehe (§§ 390, 273 Abs. 1 BGB). Denn die Klägerin könne dem Anspruch der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht entgegenhalten, weil diese ihrerseits zur Herausgabe des Zweitschlüssels und der Zulassungsbescheinigung Teil II an die Klägerin verpflichtet sei.

31 Die Klägerin sei allerdings auf die hilfsweise erhobene Widerklage zur Rückzahlung des Kaufpreises - jedoch nur Zug um Zug gegen Herausgabe des Zweitschlüssels und der Zulassungsbescheinigung Teil II - zu verurteilen.

B.

32 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung können weder die Feststellung der Unwirksamkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Kauf- und Mietvertrags und des fehlenden Eigentumsverlusts am Kraftfahrzeug durch die Klägerin noch der dieser zuerkannte Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Mieten sowie der Bearbeitungsgebühr (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) bejaht werden. Gleiches gilt für die auf die Hilfswiderklage der Beklagten erfolgte - den Gegenstand der Anschlussrevision bildende - Verurteilung der Klägerin zur Rückzahlung des erhaltenen Kaufpreises (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB). Denn entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die zwischen den Parteien geschlossenen Kauf- und Mietverträge nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 34

Abs. 4 GewO nichtig. Die Vorschrift des § 34 Abs. 4 GewO ist auf die vorliegende Sachverhaltskonstellation weder direkt (I 1) noch analog (I 2) anwendbar.

33 I. Zur Revision der Beklagten

34 1. Anders als das Berufungsgericht meint, unterfallen die von den Parteien geschlossenen Verträge nicht dem in § 34 Abs. 4 GewO statuierten Verbot des Rückkaufshandels.

35 Hiernach ist der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen verboten, wenn er mit Gewährung eines Rückkaufsrechts erfolgt. Zwar hat die Beklagte das Fahrzeug der Klägerin in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit angekauft und dieser faktisch einen Weg zu dessen Rückerlangung eröffnet. Der Klägerin wurde hierdurch jedoch ein Recht zum Rückkauf im Sinne von § 34 Abs. 4 GewO nicht gewährt. Sie hatte infolge der vereinbarten Verwertung des Fahrzeugs nach Ablauf der Mietzeit im Wege öffentlicher Versteigerung lediglich die Möglichkeit, dieses später wieder (zurück) zu erwerben. Anders als das Berufungsgericht meint, stellt allein dies nicht die Gewährung eines Rückkaufsrechts gemäß § 34 Abs. 4 GewO dar.

36 a) Der Begriff des Rückkaufs in § 34 Abs. 4 GewO bedarf der Auslegung, denn er ist weder normativ vorgeprägt noch gesetzlich definiert und insbesondere nicht mit dem Wiederkauf (§§ 456 ff. BGB) gleichzusetzen, weil er dem öffentlichen Recht entstammt (vgl. BVerwGE 173, 108 Rn. 11; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, NJW 2009, 3368 Rn. 24 f.).

37 aa) Unter einem Rückkauf lässt sich nicht nur ein - gewissermaßen zum Ankauf spiegelbildlicher - Kaufvertrag im Sinne der §§ 433 ff. BGB verstehen, sondern auch jeder andere auf einer Willenserklärung des Verkäufers beruhende

Rückerwerb, der zur Wiederherstellung der ursprünglichen Eigentums- und Besitzverhältnisse hinsichtlich des Kaufgegenstands führt (vgl. BVerwG, aaO). Dabei spielt es - wie sonst auch - weder eine entscheidende Rolle, wie die Vertragsparteien ihre Vereinbarungen bezeichnen noch ob alle maßgeblichen Vereinbarungen in einem Vertrag zusammengefasst sind, da der Ankauf lediglich "mit" der Gewährung des Rückkaufsrechts verbunden sein, nicht aber in einem einzigen Rechtsgeschäft erfolgen muss (vgl. BVerwG, aaO Rn. 10 f.). Auch steht der Verbleib der übereigneten Sache - vorliegend des Kraftfahrzeugs - beim Verkäufer der Anwendbarkeit von § 34 Abs. 4 GewO nicht entgegen (vgl. BVerwG aaO Rn. 14; Landmann/Rohmer/Marcks, GewO, Stand: September 2021, § 34 Rn. 25).

38 Ausgehend hiervon ist anerkannt, dass auch dann ein verbotener Rückkaufshandel im Sinne von § 34 Abs. 4 GewO vorliegt, wenn dem Verkäufer zwar kein Rückkaufsrecht im eigentlichen Sinn, jedoch ein - befristetes - Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag eingeräumt worden ist und er sich (daher) das Eigentum durch Rückzahlung des Kaufpreises sowie Erbringung einer weiteren vertraglich vereinbarten Leistung als Entgelt für die Überlassung des Kapitals und/oder den Verwaltungsaufwand des Käufers - hier der Beklagten - wieder verschaffen kann, die über einen Nutzungersatz (§ 346 Abs. 1, § 347 Abs. 1 Satz 1 BGB) hinausgeht (vgl. BVerwG, aaO Rn. 15; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, aaO Rn. 26).

39 bb) Hiervon unterscheidet sich die vorliegend in Rede stehende Vertragskonstellation, was die Revisionserwiderung verkennt. Denn der Klägerin wurde weder ein Rückkaufs- noch ein Rücktrittsrecht gewährt. Sie hat aufgrund der vereinbarten Verwertung des Fahrzeugs nach Ablauf der Mietzeit im Wege der öf-

fentlichen Versteigerung lediglich die Möglichkeit des Rückerwerbs, dessen Verwirklichung jedoch - anders als bei der Gewährung eines Rückkaufs- oder Rücktrittsrechts - nicht allein auf ihrem Willensentschluss beruht.

40 (1) Eine solche vertragliche Regelung unterfällt bereits nicht dem mittels der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung (vgl. hierzu Senatsurteil vom 13. Oktober 2021 - VIII ZR 91/20, NZM 2022, 49 Rn. 32 f.) zu bestimmenden Begriff des "Rückkaufsrechts". Das Berufungsgericht hat insbesondere die Entstehungsgeschichte der Norm und die sich daraus ergebende Zielsetzung des Gesetzgebers nicht hinreichend in seine Betrachtung einbezogen.

41 Im Rahmen der Auslegung ist überdies zu beachten, dass - was das Berufungsgericht nur im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend erkannt hat - ein gegenteiliges Normverständnis von Art. 103 Abs. 2 GG gedeckt sein müsste. Gemäß Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG sind an die Bestimmtheit der Regelung bußgeld- oder strafbewehrter Pflichten besondere Anforderungen zu stellen. Eine solche bußgeldbewehrte Pflicht enthält § 34 Abs. 4 GewO gemäß § 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO. Bei der Auslegung dieser (bußgeldbewehrten) Norm ist auch im Zivilrecht der aus Art. 103 Abs. 2 GG folgende Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten (vgl. zum Gebot einer grundsätzlich einheitlichen Auslegung BGH, Urteile vom 19. Juli 2011 - II ZR 246/09, BGHZ 190, 291 Rn. 33; vom 25. September 2018 - II ZR 190/17, NJW 2019, 219 Rn. 39; vgl. ferner EuGH, ZIP 2006, 123 Rn. 28 [zur Auslegung von Richtlinien]).

42 Die Bestimmung des Art. 103 Abs. 2 GG, welche gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde, ist auch auf Ordnungswidrigkeitentatbestände anzuwenden (vgl. BVerfGE 81, 132, 135; 87, 399, 411; BVerfG, NJW 2022, 139

Rn. 154). Die einen Verstoß gegen das Verbot des Rückkaufshandels als Ordnungswidrigkeit sanktionierende Bestimmung des § 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO stellt jedenfalls teilweise eine Blankettnorm dar, soweit der Gesetzgeber die Beschreibung des Ordnungswidrigkeitentatbestands durch die Verweisung auf § 34 Abs. 4 GewO ersetzt hat. In einem solchen Fall muss neben der Sanktionsnorm auch die sie ausfüllende Vorschrift - hier § 34 Abs. 4 GewO - die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG erfüllen (st. Rspr.; vgl. nur BVerfGE 143, 38, 56 f. mwN; BVerwGE 173, 108 Rn. 18).

43 Hiernach müssen bei Ordnungswidrigkeiten- oder Straftatbeständen die Adressaten im Regelfall bereits anhand des Wortlauts voraussehen können, ob ein Verhalten unter die Norm fällt oder nicht. Ist der Tatbestand weiter gefasst, kann sich die erforderliche Bestimmtheit aus einer Auslegung unter Rückgriff auf weitere Normen ergeben (vgl. BVerwG, Urteil vom 17. Juni 2020 - 8 C 2/19, juris Rn. 10). Ausgeschlossen ist jedoch eine Rechtsanwendung, die tatbestandsausweitend über den Inhalt der Norm hinausgeht (vgl. BVerfG, ZInsO 2021, 2080 Rn. 12 mwN; BVerwGE 173, 108 Rn. 18). Dabei markiert der - aus Sicht des Normadressaten zu bestimmende - Wortsinn einer Vorschrift die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation einer Norm (vgl. BVerfG, NVwZ 2012, 504 Rn. 38; NJW 2015, 3641 Rn. 11; NJW 2022, 1160 Rn. 97; BVerwG, aaO). Für die Bestimmung des möglichen Wortsinns können allerdings gesetzessystematische und - sich auch aus der historischen Entwicklung ergebende - teleologische Erwägungen von Bedeutung sein (vgl. BVerfG, NJW 2011, 3778 Rn. 58; NJW 2022, 1160 Rn. 97).

44 (2) Nach diesen Grundsätzen ist insbesondere zu berücksichtigen, aus welchen Gründen und mit welcher Zielsetzung der Gesetzgeber das Verbot des Rückkaufshandels in die Gewerbeordnung aufgenommen hat. Der Rückkaufshandel, welcher dem Gesetzgeber Veranlassung zu dessen Reglementierung

bot, war historisch der (gewerbsmäßige) Ankauf unter Einräumung eines befristeten Rückkaufsrechts zu einem vertraglich vereinbarten Preis. Da dieser Rückkaufshandel aus Sicht der Ankäufer mangels Anwendbarkeit der für Pfandleiher geltenden Beschränkungen - etwa hinsichtlich der Verwertbarkeit des Pfandguts - wesentlich vorzugswürdiger war, es insbesondere ermöglichte, "das Rückkaufsgeschäft ungewöhnlich gewinnbringend zu gestalten" (so RT-Drucks. 4. Legislaturperiode, II. Session, Band III, Nr. 156, S. 21), und das klassische Pfandleihgewerbe nahezu verdrängt hatte, sah sich der Gesetzgeber zu einem Tätigwerden veranlasst. Nach einer zunächst ausschließlich strafrechtlichen Regelung (vgl. RT-Drucks. 2. Legislaturperiode, III. Session, Band I, Nr. 54, S. 12, 58) wurde durch das Gesetz betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen der Gewerbeordnung vom 23. Juli 1879 (RGBl. S. 267) in § 34 Abs. 2 GewO aF der Rückkaufshandel im Wege einer jeden Gegenbeweis ausschließenden Rechtsvermutung dem Pfandleihgeschäft gleichgestellt (vgl. RGZ 79, 361, 363; Parday, GewArch 1956, 125, 128 [auch zur historischen Entwicklung]). Hiernach galt als Pfandleihgewerbe auch der gewerbsmäßige Ankauf beweglicher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts (vgl. RT-Drucks. 4. Legislaturperiode, II. Session, Band III, Nr. 156, S. 4, 20 f.).

45 Zudem war in § 38 Abs. 1 GewO aF, welcher behördliche Befugnisse regelte, bestimmt, dass die Zahlung des Kaufpreises als Hingabe des Darlehens und der Unterschied zwischen dem Kaufpreis und dem "verabredeten Rückkaufspreis" als bedungene Vergütung für das Darlehen gelte (vgl. RT-Drucks. 4. Legislaturperiode, II. Session, Band III, Nr. 156, S. 4). Unter Rückkaufsgeschäften sind daher verschleierte Pfandleihgeschäfte zu verstehen (vgl. RGZ 79, 361, 364; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, NJW 2009, 3368 Rn. 25; BVerwG, aaO Rn. 13).

- 46 (3) Da einige Oberverwaltungsgerichte in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Ansicht waren, die durch § 34 Abs. 2 GewO aF bewirkte Gleichstellung von Rückkaufshandel und Pfandleihe betreffe lediglich die (öffentlich-rechtlichen) Verpflichtungen des Pfandleihers im Verhältnis zu den Polizeibehörden, nicht aber auch die (zivilrechtlichen) Vertragsbeziehungen zwischen Verkäufer (Kunde) und Käufer (Pfandleiher; vgl. BT-Drucks. III/318, S. 17), wurde schließlich durch das Vierte Bundesgesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5. Februar 1960 (BGBl. I S. 61) in § 34 Abs. 4 GewO das noch heute geltende Verbot des Rückkaufshandels normiert.
- 47 (4) Durch dieses Verbot wollte der Gesetzgeber verhindern, dass weiterhin Rückkaufsgeschäfte abgeschlossen werden, die es dem Käufer (Darlehensgeber) ermöglichen, nach Ablauf der Rückkaufsfrist frei über die gekaufte Sache zu verfügen. Bei einer dem freien Ermessen des Rückkaufhändlers überlassenen Verwertung des Rückkaufsgegenstands könne es zu erheblichen Gewinnen auf Kosten des "Verkäufers" (Darlehensnehmer) kommen, was die Vorschriften über das Pfandleihgewerbe aber gerade verhindern wollten (vgl. BT-Drucks. III/318, S. 17). Die durch die Rechtsprechung mehrerer Oberverwaltungsgerichte ausgelöste Gesetzesänderung sollte allerdings nur der Klarstellung dienen und keine "neue Beschränkung der gewerblichen Tätigkeit" des Händlers herbeiführen (vgl. BT-Drucks. aaO; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, NJW 2009, 3368 Rn. 25).
- 48 (5) Der Gesetzgeber hatte somit Vertragskonstellationen vor Augen, nach denen dem Verkäufer ein "Recht" zum Rückerwerb der Sache zustand, das für ihn mit ungünstigen Voraussetzungen verbunden war. Hierfür genügt allerdings nicht allein die Wahl einer Vertragsgestaltung, mit der Pfandleihvorschriften umgangen werden. Vielmehr hat dies in Form einer vereinbarten, durch eine Willenserklärung des Verkäufers ausgelösten Rückübertragung des Eigentums an

der verkauften Sache und einer Wiederherstellung der ursprünglichen Besitzverhältnisse zu geschehen (vgl. BVerwGE 173, 108 Rn. 11). Dies ergibt sich aus der bereits beschriebenen Entstehungsgeschichte des § 34 Abs. 4 GewO und dem hieraus folgenden Regelungszweck dieser Vorschrift. Ein verbotenes Rückkaufsgeschäft liegt somit bei jeder Vertragsgestaltung vor, bei der ein gewerblicher Ankäufer zwar den Rückerwerb der Sache - zu einem verabredeten Preis - anbietet, für dessen Verwirklichung aber zusätzliche, über die Rückzahlung des Kaufpreises und einen etwaigen Nutzungsersatz hinausgehende Leistungen des Verkäufers erforderlich sind (vgl. BVerwG, aaO Rn. 15; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, aaO Rn. 26).

49 (6) Vor dem Hintergrund des beschriebenen, sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden Regelungsziels setzt der Wortsinn des § 34 Abs. 4 GewO die Vereinbarung eines Rechts des Verkäufers zum Rückerwerb der Sache voraus (vgl. BVerwG, aaO Rn. 19). Ein solches Recht hat der Verkäufer - wie ausgeführt - auch dann (noch), wenn ihm zwar kein Rückkaufsrecht, jedoch ein Gestaltungsrecht in Form eines vertraglich eingeräumten Rücktrittsrechts gewährt wird (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, aaO Rn. 26; BVerwG, aaO Rn. 13). Denn in beiden Fällen hat es allein der Verkäufer in der Hand, durch eine eigene Willenserklärung den Rückerwerb der Sache unmittelbar (Rückkaufsrecht) oder zumindest mittelbar (Rücktrittsrecht, §§ 346 ff. BGB) zu vorab festgelegten Voraussetzungen - insbesondere zur Höhe des (zurück) zu zahlenden Kaufpreises - herbeizuführen (vgl. BVerwG, aaO Rn. 11).

50 b) Eine derartige Rechtsposition hat die Klägerin nach den vertraglichen Vereinbarungen mit der Beklagten vorliegend nicht.

51 aa) Das Berufungsgericht nimmt im Ausgangspunkt noch zutreffend an, dass die Klägerin kein Recht, sondern nur eine Möglichkeit zum Rückerwerb des

an die Beklagte veräußerten Kraftfahrzeugs hat. Es hat in der Folge auch zutreffend die Besonderheiten der gewählten Vertragskonstruktion aus Kauf- und (atypischem) Mietvertrag und deren Nachteile für die Klägerin dargestellt. Indem das Berufungsgericht aber diese Besonderheiten des hier in Rede stehenden Modells des "sale and rent back" hat ausreichen lassen, um bei einer - als solchen zutreffenden - wirtschaftlichen Betrachtung der Rechtsgeschäfte allein aufgrund der der Klägerin gewährten "Option" zum Rückerwerb des Fahrzeugs einen Verstoß gegen § 34 Abs. 4 GewO zu bejahen, hat es den gebotenen Bezug zum Wortlaut der Norm und zu dem sich aus dem - aufgezeigten - Begriff des "Rückkaufsgeschäfts", das auf der Einräumung eines entsprechenden Rechts beruhen muss, ergebenden Wortsinn vermissen lassen.

52 bb) Denn der Wortsinn der Norm des § 34 Abs. 4 GewO gebietet - ungeachtet weiterer inhaltlicher Anforderungen an die Vertragsgestaltung -, dass sich aus den Vereinbarungen der Parteien zugunsten des Verkäufers ein "Recht zum Rückkauf" ergibt. Dabei kommt es - wie ausgeführt - nicht darauf an, ob das dem Verkäufer eingeräumte Gestaltungsrecht ausdrücklich als ein solches Rückkaufsrecht bezeichnet ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, aaO Rn. 26). Im Hinblick auf den aus Sicht des Normadressaten - hier der Beklagten - zu bestimmenden Wortsinn der "Gewährung des Rückkaufsrechts" bedarf es aber jedenfalls der mit dem (An-)Kaufvertrag verbundenen, nicht notwendigerweise darin enthaltenen Vereinbarung eines Rechts des Verkäufers zum Rückerwerb der Kaufsache (vgl. BVerwG, aaO Rn. 19).

53 cc) An einer solchen Vereinbarung fehlt es vorliegend.

54 (1) Denn die Beklagte gewährt ihren Kunden ein - in der Ausübung allein von deren Willen abhängiges - Recht auf Rückerwerb der Fahrzeuge nicht. Vielmehr vereinbaren die Vertragsparteien - so auch hier - eine Verwertung des

Fahrzeugs nach Ablauf der Mietzeit durch eine öffentliche Versteigerung. Auch wenn diese Vereinbarung die Möglichkeit für den Kunden eröffnet, das Fahrzeug zurück zu erwerben, ist ein solcher Rückerwerb nicht sichergestellt, da der Vertrag nur dann zustandekommen wird, wenn der Kunde ein wirksames Höchstgebot abgibt und das darin liegende Angebot durch Zuschlagserteilung angenommen wird (§ 156 Satz 1 BGB). Zudem wurde zwischen den Parteien vereinbart, dass im Falle des "Scheiterns" der Versteigerung, gleichgültig aus welchem Grund, die Beklagte das Fahrzeug zum handelsüblichen Marktpreis verkaufen werde. Eine Pflicht, diese Veräußerung nur beziehungsweise zuvörderst dem Kunden - der Klägerin - anzubieten (vgl. auch BVerwGE 173, 108 Rn. 15), ist dagegen nicht vorgesehen.

55 Dass der Gesetzgeber auch derartige Fallgestaltungen als von dem in § 34 Abs. 4 GewO normierten Verbot des Rückkaufshandels erfasst ansehen wollte, ergibt sich - wie bereits ausgeführt - aus den in den Gesetzesmaterialien niedergelegten Zielsetzungen des Gesetzgebers nicht und liegt angesichts des (auch) von ihm - nach Inkrafttreten des Grundgesetzes - zu beachtenden strikten Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG; vgl. hierzu BVerfG, NJW 2022, 1160 Rn. 88 ff. mwN) fern.

56 (2) Selbst wenn der vorgenannte Weg der Verwertung über eine Versteigerung - wie von der Beklagten in Aussicht gestellt - "abgekürzt" werden kann, indem die Klägerin das Fahrzeug direkt von der Beklagten auf rechtsgeschäftlichem Weg zurückerwirbt, ist sie immer noch darauf angewiesen, dass die Beklagte ein Angebot der Klägerin auf Rückkauf annimmt. Ein Recht hierauf ist ihr in den geschlossenen Verträgen nicht eingeräumt worden.

57 (3) Ein solches folgt - anders als der Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat gemeint hat - auch nicht aus der Regelung des § 13

Buchst. h des Mietvertrags. Denn hierin ist lediglich bestimmt, dass bei "Scheitern" der Versteigerung die Beklagte das Fahrzeug zum handelsüblichen Marktpreis verkauft und von dem dem Mieter zustehenden Mehrerlös ihre Werbungskosten in Abzug bringt.

58 (4) Zudem fehlt es auch an der Festlegung eines Rückkaufspreises zwischen den Parteien. Im Zuge der Vereinbarung der Verwertung durch Versteigerung ist lediglich der Aufrufpreis festgelegt. Dieser "Mindestpreis" stellt jedoch nicht per se den "Rückkaufspreis" dar.

59 (5) Dem in § 34 Abs. 4 GewO verwendeten Begriff des "Rückkaufsrechts" kann auch nicht deshalb ein weitergehender, über das vorgenannte Wortlautverständnis hinausgehender Anwendungsbereich entnommen werden, weil es das Ziel des Gesetzgebers war, zu verhindern, dass der Käufer - hier die Beklagte - nach Ablauf einer - vorliegend gar nicht erst gewährten - Rückkaufsfrist frei über die gekaufte Sache verfügen und dadurch zu erheblichen Gewinnen auf Kosten des Verkäufers - hier der Klägerin - gelangen könne (vgl. BT-Drucks. III/318, S. 17).

60 Denn zum einen vermag diese gesetzgeberische Intention nicht über den Wortsinn der Norm - "Rückkaufsrecht" - hinwegzuhelfen. Zum anderen beruht die Gewinnerzielung der Beklagten nicht allein auf der ihr eingeräumten "freien" Verfügung über das Kraftfahrzeug nach Ablauf der Mietzeit, sondern ist maßgebend bereits in der besonderen Vertragsgestaltung des Ankaufs und der Vermietung als solche angelegt. Die Klägerin zahlte für die Weiternutzung des Fahrzeugs eine Miete und musste gleichzeitig für sämtliche Unterhaltungskosten des Fahrzeugs aufkommen. Dessen Wertverlust trägt - was das Berufungsgericht zutreffend gesehen hat - ebenfalls die Klägerin, da der Verkaufs- und der in Aussicht

gestellte "Rückkaufspreis", der Teil des für die Versteigerung vorgesehenen Ausrufpreises ist, identisch sind.

61 2. Die Vorschrift des § 34 Abs. 4 GewO ist auf den vorliegenden Fall auch nicht analog anwendbar.

62 a) Obgleich das Berufungsgericht zutreffend darauf abgestellt hat, dass der mit § 34 Abs. 4 GewO bezweckte Schutz des Kunden vor einer Umgehung pfandrechtlicher Vorschriften (vgl. hierzu BT-Drucks. III/318, S. 17; BVerwGE 178, 108 Rn. 15; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 179/07, NJW 2009, 3368 Rn. 25) durch die von der Beklagten vorgegebene Vertragskonstruktion tangiert ist, steht einer analogen Anwendung auf den vorliegenden Fall - ungeachtet der Frage des Vorliegens einer planwidrigen Regelungslücke - die Bestimmung des Art. 103 Abs. 2 GG entgegen. Wie ausgeführt ist das Verbot des Rückkaufshandels nach § 144 Abs. 2 Nr. 2 GewO bußgeldbewehrt. Eine analoge Anwendung von Bußgeldvorschriften ist nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 3 OWiG ausgeschlossen (st. Rspr.; vgl. nur BVerfG, NVwZ 2012, 504 Rn. 38; NJW 2022, 1160 Rn. 97).

63 b) Dies ist vorliegend nicht deshalb anders zu beurteilen, weil nicht die Verhängung eines Bußgelds in Rede steht, sondern die Frage eines zur Nichtigkeit der zwischen den Parteien geschlossenen Verträge führenden Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 22. März 1990 - IX ZR 117/88, NJW-RR 1990, 948 unter I 1 b aa; vom 25. März 1993 - IX ZR 192/92, BGHZ 122, 115, 121 f.; vom 17. Juni 2004 - III ZR 271/03, BGHZ 159, 334, 340; Staudinger/Fischinger/Hengstberger, BGB, Neubearb. 2021, § 134 Rn. 331).

64 Obwohl § 134 BGB die Nichtigkeit nicht als Strafe statuiert (vgl. Senatsurteil vom 11. Dezember 1991 - VIII ZR 4/91, BGHZ 116, 268, 276; Senatsbeschluss vom 11. Januar 1984 - VIII ARZ 13/83 [Rechtsentscheid], BGHZ 89, 316,

324; MünchKommBGB/Armbrüster, 9. Aufl., § 134 Rn. 190), gebietet jedoch der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung, dass ein objektiv gleiches Verhalten nicht einerseits im Wege der analogen Anwendung einer Norm zivilrechtliche Nichtigkeitsfolgen nach sich zieht, jedoch andererseits eine - dem Grunde nach vorgesehene - Bußgeldanordnung aufgrund des Analogieverbots ausscheidet (vgl. BVerfGE 21, 292, 305; BGH, Urteile vom 24. Februar 1978 - I ZR 79/76, NJW 1978, 1856 unter I 3; vom 27. Oktober 1988 - IX ZR 38/88, BGHZ 105, 362, 365; vom 19. Juli 2011 - II ZR 246/09, BGHZ 190, 291 Rn. 33; vom 10. Juli 2018 - VI ZR 263/17, WM 2018, 1639 Rn. 19 [zum Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB]; vom 25. September 2018 - II ZR 190/17, NJW 2019, 219 Rn. 39; vgl. auch Schmidt, GewArch 2010, 160, 161). Die Frage der analogen Anwendung einer Norm ist daher im Interesse der Rechtssicherheit einheitlich zu beurteilen, denn die Rechtsordnung soll und darf nicht für denselben Sachverhalt gegensätzliche Rechtsfolgen anordnen (vgl. BVerfGE 98, 106, 118 f.; BGH, Urteil vom 24. Februar 1978 - I ZR 79/76, aaO; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 11. Aufl., Rn. 775).

65 Ein anderes Verständnis der Reichweite von Art. 103 Abs. 2 GG (vgl. kritisch zur Unzulässigkeit einer sogenannten gespaltenen Auslegung Poelzig, ZBB 2019, 1, 5 ff. mwN) hätte zur Folge, dass ein und dasselbe Verhalten zwar zivilrechtlich zur Nichtigkeit der abgeschlossenen Verträge (§ 134 BGB, § 34 Abs. 4 GewO) führte, jedoch bußgeldrechtlich als "nicht verboten" zu werten wäre, was es nach Vorstehendem zu vermeiden gilt.

66 II. Zur Anschlussrevision der Klägerin

67 Die zulässige Anschlussrevision der Klägerin ist auch begründet.

68 1. Über sie ist zu entscheiden, obwohl sie allein die Hilfswiderklage der
Beklagten betrifft, die unter einer innerprozessualen Bedingung steht, deren Ein-
tritt noch ungewiss ist.

69 a) Die Beklagte hat ihren Antrag auf Rückzahlung des an die Klägerin ge-
leisteten Kaufpreises lediglich hilfsweise für den Fall des Unterliegens mit ihrer
gegen die erstinstanzliche Verurteilung gerichteten Berufung gestellt. Über diese
- und damit über die Begründetheit der Klage - wird das Berufungsgericht aber
erneut zu befinden haben (siehe unter C.). Somit kann die von der Anschlussre-
vision aufgeworfene Frage, ob ein Rückzahlungsanspruch der Beklagten (§ 812
Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) nach § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist, in der Sa-
che erst beantwortet werden, wenn zuvor geklärt ist, ob überhaupt (Bereiche-
rungs-)Ansprüche - infolge der Nichtigkeit der Verträge - bestehen.

70 b) Die vorgenannte Bedingung - Erfolglosigkeit der von der Beklagten ein-
gelegten Berufung - kann noch eintreten. Sie ist noch nicht endgültig ausgefallen,
da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Klage unter einem anderen Ge-
sichtspunkt (§ 138 Abs. 1, § 142 Abs. 1 BGB) Erfolg haben wird (vgl. auch BGH,
Urteile vom 6. März 1996 - VIII ZR 212/94, NJW 1996, 2165 unter II 3; vom 8. Ok-
tober 2019 - XI ZR 717/17, NJW-RR 2020, 172 Rn. 12 f.). Damit unterliegt der
Ausspruch zur Hilfswiderklage der revisionsrechtlichen Nachprüfung (vgl. hierzu
BGH, Urteile vom 14. Dezember 1988 - IVa ZR 209/87, BGHZ 106, 219, 220 f.;
vom 8. Oktober 2019 - XI ZR 717/17, aaO; vgl. auch Senatsurteil vom 6. März
1996 - VIII ZR 212/94, aaO; MünchKommZPO/Rimmelpacher, 6. Aufl., § 528
Rn. 48).

71 2. Die Anschlussrevision ist begründet, da - aus den zur Revision der Be-
klagten angeführten Gründen - mit der vom Berufungsgericht gegebenen Be-

gründung ein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung des an die Klägerin geleisteten Kaufpreises (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) nicht bejaht werden kann. Die von der Anschlussrevision aufgeworfene Frage, ob einem Rückzahlungsanspruch die Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB entgegensteht, stellt sich damit in der Revisionsinstanz nicht.

C.

72

Nach alledem kann das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang keinen Bestand haben; es ist daher insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist noch nicht zur Endentscheidung reif, da das Berufungsgericht - von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die geschlossenen Verträge - wie von der Klägerin geltend gemacht - wegen Vorliegens eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts nach § 138 Abs. 1 BGB (vgl. hierzu Senatsurteil vom heutigen Tag - VIII ZR 436/21 unter B I 1 a aa) oder infolge der erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung (§ 123 Abs. 1, § 142 Abs. 1 BGB) nichtig sind.

73 Die Sache ist daher - im Umfang der Aufhebung - zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dr. Fetzer

Dr. Liebert

Dr. Schmidt

Wiegand

Dr. Reichelt

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 24.09.2020 - 2-26 O 44/20 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 11.08.2021 - 2 U 115/20 -