
Datum: 28.01.2000
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 4. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 A 4976/97
ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2000:0128.4A4976.97.00

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Arnsberg, 1 K 4585/95

Tenor:

Die Berufung wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Der Kläger ist für die Firma &Co. KG, , gewerblich tätig. Grundlage hierfür ist ein zwischen ihm und der Firma &Co. KG am 15. Januar 1992 formularmäßig geschlossener sog. Handelsvertretervertrag. 2

In diesem Vertrag heißt es unter anderem: Die Firma &Co. KG - ihr Komplementär verfügt über eine Erlaubnis nach § 34 c GewO - ist ständig damit betraut, für Dritte den Verkauf von Immobilien zu vermitteln und darüber hinaus die dafür notwendige Finanzierung über Banken/Bausparkassen etc. zu vermitteln. Der Kläger wird von der Firma &Co. KG als selbständiger Gewerbetreibender damit betraut, über die Firma &Co. KG Immobilien und die o.a. Finanzierungen zu vermitteln. Er ist Handelsvertreter der Firma &Co. KG im Sinne der §§ 84 ff. HGB (§ 1 des Vertrages). Die vom Kläger hereingegebenen Anträge auf Vermittlung 3

von Immobilien und Finanzierungen wird die Firma &Co. KG nur dann entgegennehmen und weiterleiten, wenn sie den von ihr herausgegebenen Richtlinien entsprechen und die Kunden den geforderten Bonitätsansprüchen genügen (§ 4 des Vertrages). Der Kläger hat Anspruch auf Provision für alle von ihm vermittelten und von den Partnergesellschaften angenommenen Aufträge. Der Provisionsanspruch wird fällig, sobald der Kaufvertrag über die Immobilie vor dem Notar vollzogen, der Kaufpreis aus dem Notaranderkonto auf dem jeweiligen Objektkonto eingegangen ist und der Firma &Co. KG eine vom Kläger unterschriebene Provisionsrechnung mit Mehrwertsteuerausweis für seine Vermittlungstätigkeit vorliegt (§ 9 des Vertrages). Aus seinen Provisionseinnahmen hat der Kläger sämtliche persönlichen und sachlichen Kosten seines Geschäftsbetriebes, gleichgültig welcher Art und Bezeichnung, zu bestreiten (§ 4 des Vertrages). Der Kläger wird einem Filialdirektor und einem Organisationsdirektor organisatorisch unterstellt. Diese unterstützen ihn durch organisatorische Betreuung sowie durch Zurverfügungstellung von Arbeits-, Informations- und Werbematerial. Sie übernehmen oder veranlassen die laufende Schulung und Information des Klägers (§ 3 des Vertrages).

Eine Erlaubnis für seine Tätigkeiten gemäß § 34 c GewO beantragte der Kläger trotz Aufforderung durch den Beklagten nicht, weil er der Auffassung war, dass diese nicht erlaubnispflichtig seien: Er schließe die Verträge mit den Kunden nicht im eigenen Namen ab, sondern werde ihnen gegenüber wie ein Gehilfe der Firma &Co. KG tätig. Vertragliche Beziehungen der Kunden beständen nur mit der Firma & Co. KG. 4

Der Beklagte stellte darauf durch Bescheid vom 26. Mai 1995 gegenüber dem Kläger fest, dass für dessen Tätigkeit für die Firma &Co. KG eine Erlaubnis nach § 34 c GewO erforderlich sei. Die vom Kläger im Anschluss an ein Urteil des OVG Bremen vom 14. März 1978 vertretene Rechtsauffassung, es handele sich um eine erlaubnisfreie Tätigkeit, lasse den Schutzzweck des § 34 c GewO außer Acht. Es komme nicht darauf an, ob der Kläger im eigenen oder im fremden Namen handele, wie auch das Verwaltungsgericht Hannover in einem Urteil vom 11. August 1993 festgestellt habe. 5

Der Kläger legte Widerspruch ein, den die Bezirksregierung durch Widerspruchsbescheid vom 15. August 1995 als unbegründet zurückwies. 6

Der Kläger hat Klage erhoben und erneut darauf hingewiesen, für die Erlaubnispflicht nach § 34 c GewO sei entscheidend, dass der Gewerbetreibende im eigenen Namen handele. Dies sei bei ihm jedoch nicht der Fall. Vertragliche Beziehungen zwischen ihm und potentiellen Immobilieninteressenten beständen nicht. Bei seiner Vermittlungstätigkeit erkläre er den Kunden, dass er für die Firma &Co. KG tätig werde, ohne allerdings offen zu legen, ob dies im Rahmen eines Arbeitsvertrages oder eines Handelsvertretervertrages geschieht. Die Ausgestaltung des Innenverhältnis sei für den Kunden auch ohne Interesse. 7

Der Kläger hat beantragt, 8

den Bescheid des Beklagten vom 26. Mai 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung vom 15. August 1995 aufzuheben. 9

Der Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Er hat auf seinen Verwaltungsvorgang Bezug genommen. 12

13

Das Verwaltungsgericht hat die Klage durch das angefochtene Urteil abgewiesen.

Der Kläger hat Berufung eingelegt, die er wie folgt begründet: Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts komme es für die Erlaubnispflichtigkeit nicht allein darauf an, ob er als selbständiger Gewerbetreibender tätig werde. Der potentielle Kunde betrachte ihn als Verrichtungsgehilfen der Firma &Co. KG. Aus dessen Sicht bestehe zwischen einem selbständigen Handelsvertreter und einem angestellten Arbeitnehmer der Firma &Co. KG kein Unterschied. Im übrigen seien Handelsvertreter durch das Gesetz zur Scheinselbständigkeit sozialversicherungsrechtlich den Arbeitnehmern ohnehin stark angenähert. Die Gefahr, dass der selbständige Handelsvertreter zum Schaden der Kunden aus eigenwirtschaftlichem Interesse unredlich handle, sei bei einem angestellten Arbeitnehmer in gleicher Weise gegeben. Die vom Verwaltungsgericht angeführten Unterschiede bei der Bezahlung und bei der Überwachung beständen tatsächlich nicht. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium für die Erlaubnispflicht müsse deshalb darin gesehen werden, ob der Handelsvertreter im eigenen Namen tätig werde. Dies sei bei ihm aber nicht der Fall.

Der Kläger beantragt, 15

das angefochtene Urteil zu ändern und nach dem Klageantrag zu erkennen. 16

Der Beklagte beantragt, 17

die Berufung zurückzuweisen. 18

Er ist der Auffassung, die Erlaubnispflicht nach § 34 c GewO hänge allein davon ab, dass eine selbständige gewerbliche Tätigkeit ausgeübt werde. Außerdem könne von einer Tätigkeit im fremden Namen dann keine Rede mehr sein, wenn der Gewerbetreibende den Kunden in objektbezogener Verhandlung selbst über Einzelheiten des späteren Vertragsabschlusses informiere und dessen Kaufentschluss wecke oder verstärke. Entsprechend dem Schutzzweck des § 34 c GewO sei in diesem Falle die Genehmigungspflicht zu bejahen. Dabei sei zu beachten, dass § 34 c GewO der präventiven Kontrolle diene. Aus den vom Verwaltungsgericht angeführten Gründen könne der Kläger auch nicht mit einem Arbeitnehmer verglichen werden. 19

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, des vom Beklagten sowie der Bezirksregierung vorgelegten Verwaltungsvorgangs und die vom Kläger eingereichten Unterlagen Bezug genommen. Entscheidungsgründe: 20

Die Berufung hat keinen Erfolg. 21

Das Verwaltungsgericht hat die Anfechtungsklage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid des Beklagten vom 26. Mai 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung vom 15. August 1995 erweist sich als rechtmäßig (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Der Beklagte hat zutreffend durch Verwaltungsakt, 22

vgl. BVerwG, Beschluss vom 10. Oktober 1990 - 1 B 131.90 -, GewArch 1991, 68, 23

festgestellt, dass für die Tätigkeit des Klägers, "als selbständiger Gewerbetreibender Immobilien und die dafür notwendige Finanzierung über Banken/Bausparkassen etc. für die Firma &Co. KG zu vermitteln", eine Erlaubnis nach § 34 c GewO erforderlich ist. Zur Erlaubnispflichtigkeit der Tätigkeiten, die der Kläger bei der Vermarktung von im Eigentum der Firma &Co. KG stehenden Objekten entfaltet, verhalten sich die angefochtenen 24

Bescheide hingegen nicht; denn dieser Sachverhalt war den Behörden seinerzeit noch gar nicht bekannt. Nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a dieser Vorschrift bedarf u.a. derjenige einer Erlaubnis der zuständigen Behörde, der gewerbsmäßig den Abschluss von Verträgen über Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, gewerbliche Räume, Wohnräume oder Darlehen vermitteln oder die Gelegenheit zum Abschluss solcher Verträge nachweisen will. Diese Voraussetzungen sind bei dem Kläger erfüllt.	
Er nimmt die ihm nach dem Handelsvertretervertrag vom 15. Januar 1992 obliegenden Tätigkeiten gewerbsmäßig wahr. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,	25
vgl. etwa Beschluss vom 16. Februar 1995 - 1 B 205.93 -, NVwZ 1995, 473,	26
ist Gewerbe im Sinne des Gewerberechts jede nicht sozial unwertige, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens. Die zwischen den Beteiligten allein strittige Frage, ob der Kläger selbständig tätig ist, ist zu bejahen. Selbständigkeit in diesem Sinne liegt regelmäßig dann vor, wenn das Gewerbe auf eigene Rechnung und unter eigener Verantwortung im eigenen Namen betrieben wird.	27
Vgl. Friauf/Heß, GewO, Stand: November 1999, Vorbem. vor § 14 Rdnr. 21; Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Juli 1999, Einl. Rdnr. 35; Tettinger, GewO, 5. Aufl. 1988, § 1 Rdnr. 6.	28
Das ist beim Kläger der Fall. Er handelt auf eigene Rechnung. Ihm steht unter den in § 9 des Handelsvertretervertrages näher bezeichneten Voraussetzungen ein Anspruch auf Provision zu und von den Provisionseinnahmen muss er nach § 4 dieses Vertrages sämtliche persönlichen und sachlichen Kosten seines Geschäftsbetriebes bestreiten. Zwischen den Beteiligten besteht auch kein Streit darüber, dass der Kläger in eigener Verantwortung handelt, dass er also im Verhältnis zur Firma &Co. KG über die notwendige persönliche Selbständigkeit verfügt.	29
Vgl. Friauf/Heß, aaO, Vorbem. vor § 14 Rdnr. 24.	30
Allerdings kann die persönliche Selbständigkeit gerade bei einem Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB, der regelmäßig sachlich von einem oder mehreren Auftraggebern abhängig ist, indem er etwa deren Weisungen befolgen muss, zweifelhaft sein. Ob die von der zivil- und arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung für die Unterscheidung zwischen selbständigem Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB einerseits und unselbständigem Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 2 HGB bzw. Arbeitnehmer andererseits entwickelten Kriterien,	31
vgl. BGH, Beschluss vom 4. März 1998 - VIII ZB 25/97 -, NJW 1998, 2057, und Urteil vom 4. Dezember 1981 - I ZR 200/79 -, BB 1982, 1876, LAG Hamburg, Urteil vom 26. März 1999 - 3 Sa 58/98 -, Juris-Dokument Nr. KARE542290539, LAG Nürnberg, Urteile vom 26. Januar 1999 - 7 Sa 657/98 -, Juris-Dokument Nr. KARE545490339, und vom 25. Februar 1998 - 4 Sa 670/97 -, Juris-Dokument Nr. KARE512110233,	32
die neben dem Vertragsinhalt maßgeblich die tatsächliche Vertragsdurchführung berücksichtigen, auch im Gewerberecht Anwendung finden können, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn es ist weder vorgetragen und noch sonst ersichtlich, dass dem Kläger die notwendige persönliche Selbständigkeit fehlt.	33

Der Kläger handelt auch im eigenen Namen. Dafür ist es allerdings nicht erforderlich, dass er im eigenen Namen Verträge abschließt. Entscheidend ist vielmehr, dass er nicht Vertreter eines Dritten ist.	34
Zwar wird der Handelsvertreter im Sinne des § 84 Abs. 1 HGB entsprechend der gesetzlichen Definition für einen anderen Unternehmer tätig. Das bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass er auch in dessen Namen, also als dessen Vertreter auftritt. § 84 Abs. 1 HGB unterscheidet insoweit zwischen Vermittlungs- und Abschlussvertretung. Als Vertreter im Sinne des § 164 Abs. 1 BGB wird nur der Abschlussvertreter tätig. Der Vermittlungsvertreter mag zwar ermächtigt sein, Anträge des Kunden entgegenzunehmen und weiterzuleiten; am Vertragsschluss als solchem ist er aber nicht beteiligt,	35
Palandt, BGB Kommentar, 59. Auflage 2000, Einl. v. § 164 Anmerkung 3 j Rdnr. 15; BGH, Beschluss vom 15. April 1986 - KVR 3/85 -, BGHZ 97, 317, und Urteil vom 19. November 1981 - VII ZR 238/80 -, BGHZ 82, 219.	36
Daran ändert sich auch dann nichts, wenn man davon ausgeht, dass dem Unternehmen, für das der Handelsvertreter tätig ist, in entsprechender Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB die Kenntnis des Vermittlungsvertreters zugerechnet werden kann.	37
Vorliegend besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Kläger bei seinen Tätigkeiten für die Firma &Co. KG als Vertreter handelt. Insbesondere gibt auch der Handelsvertretervertrag vom 15. Januar 1992 nichts dafür her, dass die Firma &Co. KG den Kläger bevollmächtigt hat. Deshalb bedarf es hier keiner Entscheidung, ob ein Handeln des Handelsvertreters im fremden Namen der Annahme einer gewerberechtlichen Selbständigkeit entgegenstehen würde; der Senat neigt allerdings dazu, diese Frage mit der herrschenden Meinung zu verneinen.	38
Vgl. Friauf/Heß, aaO., Vorbem. vor § 14 Rdnr. 27; Landmann/Rohmer, aaO., § 34 c Rdnr. 8; Tettinger, aaO., § 1 Rdnr. 6; VG Hannover, Urteil vom 11. August 1993 - 7 A 840/92 -; a.A. wohl OVG Bremen, Urteil vom 14. März 1978 - I BA 37/76 -, GewArch 1978, 333, mit ablehnender Anmerkung von Lach.	39
Entgegen einer vereinzelt vertretenen Auffassung,	40
vgl. OVG Bremen, aaO,	41
ist es für die Annahme der gewerberechtlichen Selbständigkeit unerheblich, ob der Kläger über ein eigenes Büro verfügt. Das Vorhandensein einer gewerblichen Niederlassung ist kein notwendiges Begriffsmerkmal des stehendes Gewerbes.	42
Vgl. Friauf/Heß, aaO., Vorbem. vor § 14 Rdnr. 23; Tettinger, aaO., § 34 c Rdnr. 5; Landmann/Rohmer, aaO., Einl. Rdnr. 35 und § 34 c Rdnr. 15.	43
Bei der Tätigkeit des Klägers handelt es sich schließlich auch um eine Vermittlungs- und Nachweistätigkeit im Sinne des § 34 c GewO, die sich auf die in der Vorschrift genannten Vertragsgegenstände bezieht. Sie beschränkt sich nicht darauf - das hat das Verwaltungsgericht zutreffend hervorgehoben -, dem Auftraggeber einen Vermittler, die Firma &Co. KG, zu vermitteln; vielmehr erbringt er selbst einschlägige Vermittlungs- und Nachweistätigkeiten. Der Kläger bestreitet nicht, dass er die Kunden hinsichtlich konkreter Objekte informiert und berät und so ihren Kaufentschluss weckt oder verstärkt. Ob er bei alledem im zivilrechtlichen Sinne als Makler anzusehen ist,	44

vgl. dazu BGH, Urteile vom 1. April 1992 - IV ZR 154/91 -, MDR 1992, 562, und Urteil vom 4. Dezember 1981 - I ZR 200/79 -, aaO.,	45
ist ohne Belang. Denn die in § 34 c GewO angesprochene Vermittlungs- und Nachweistätigkeit geht darüber hinaus. Sie umfasst jede auf den Abschluss eines Vertrages abzielende Tätigkeit.	46
Vgl. Landmann/Rohmer, aaO., § 34 c Rdnr. 8.	47
Der Kläger meint, seine gewerbliche Betätigung werde gleichwohl nicht von der Erlaubnispflicht des § 34 c GewO erfasst. Sie sei im Grunde mit der Tätigkeit eines Angestellten vergleichbar, der aufgrund eines Arbeitsvertrages für einen Makler tätig werde und deshalb selbst keine Erlaubnis nach § 34 c GewO benötige.	48
Für eine teleologische Reduktion der Norm, die die für einen Makler tätigen selbständigen Handelsvertreter (Vermittlungsvertreter) aus ihrem Anwendungsbereich herausnimmt, liegt jedoch kein Grund vor. Unter Berücksichtigung des Zwecks der Vorschrift besteht eine den übrigen von § 34 c GewO erfassten Fällen vergleichbare Interessenlage.	49
Die im Jahre 1972 eingeführte Erlaubnispflicht zielte darauf ab, ungeeigneten Personen den Zugang zum Gewerbe zu verwehren. Die Möglichkeit einer Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO wurde vom Gesetzgeber für nicht ausreichend erachtet, weil sie erst dann ausgesprochen werden konnte, wenn der Gewerbetreibende in seinem Gewerbe bereits tätig geworden und ein Schaden schon eingetreten war. Die Erfahrungen hatten gezeigt, dass Personen, denen die erforderlichen Mittel für die Aufrechterhaltung ihrer wirtschaftlichen Existenz fehlten, nicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen geeignet waren, weil sie in verstärktem Maße der Versuchung ausgesetzt waren, sich an den ihnen anvertrauten Vermögenswerten zu vergreifen. Vor derartigen Personen sollte die Allgemeinheit, insbesondere sozial schwache Bevölkerungsschichten, geschützt werden.	50
Vgl. dazu Gesetzentwürfe der Fraktionen der SPD, FDP bzw. der CDU/CSU vom 21. September 1971, BT- Drucks. VI/2588 bzw. vom 17. Juni 1971, BT-Drucks. VI/2327; ferner VGH Bad.- Württ., Urteil vom 29. April 1997 - 14 S 898/96 -, GewArch 1997, 368; Landmann/Rohmer, aaO., § 34 c Rdnrn.1 und 2.	51
Diese mit der Vermittlungs- und Nachweistätigkeit verbundenen Gefahren sind entgegen der Auffassung des Klägers bei selbständig tätigen Handelsvertretern höher einzuschätzen als bei Angestellten.	52
Das Verwaltungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass bei einem abhängig Beschäftigten ein geringeres eigenes wirtschaftliches Interesse an dem Zustandekommen eines Vertragsabschlusses besteht, weil er ein festes Grundgehalt erhält, das er nicht leichtfertig durch unredliches Geschäftsgebaren auf´s Spiel setzen wird. Der Hinweis des Klägers auf § 65 HGB ändert nichts daran, dass ein Arbeitnehmer im Regelfall ein festes Gehalt bezieht. Sollte im Einzelfall ausnahmsweise eine Bezahlung ausschließlich auf Provisionsbasis erfolgen, könnte dies allenfalls die Frage aufwerfen, ob § 34 c GewO entsprechend seiner Zielrichtung nicht auch auf solche Arbeitnehmer Anwendung finden muss.	53
Entgegen der Auffassung des Klägers trifft der Verlust der Existenz den abhängig Beschäftigten härter als den Selbständigen. Letzterer trägt von vornherein das Unternehmerrisiko, muss also auch damit rechnen, dass der Betrieb nicht die erwarteten	54

Gewinne abwirft und deshalb in Existenznot gerät. Der Arbeitnehmer hingegen hat sich in seiner Lebensführung auf regelmäßige Zahlungen seines Arbeitgebers eingestellt und wird deshalb besondere Vorsicht walten lassen.

Der Einwand des Klägers, die im Innenverhältnis bestehenden Rechtsbeziehungen würden den Kunden gegenüber regelmäßig nicht offen gelegt und seien für sie auch nicht von Interesse, greift ebenfalls nicht durch. Entscheidend ist nicht, ob der Kunde die aus der Ausgestaltung des Innenverhältnisses resultierenden Gefahren erkennen kann, sondern ob sie objektiv bestehen. 55

Auch die Annahme des Verwaltungsgerichts, ein unselbständiger Arbeitnehmer könne von seinem Arbeitgeber weitaus stärker kontrolliert werden als ein freier Handelsvertreter, begegnet keinen Bedenken. Richtig ist zwar, dass auch der Handelsvertreter Weisungen entgegen nimmt, die er zu befolgen hat. Dennoch macht es in der Lebenswirklichkeit einen entscheidenden Unterschied, ob ein Mitarbeiter zwar weisungsabhängig, aber letztlich dennoch eigenverantwortlich, oder als Arbeitnehmer in persönlicher Abhängigkeit unter fremder Verantwortung und eingegliedert in ein Unternehmen und dessen Organisation tätig ist. Wäre dies anders, könnte der Kläger schwerlich als Selbständiger angesehen werden, sondern wäre in Wahrheit nichts anderes als ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer. 56

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 57

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht gegeben sind. 58

59