Urteilskopf

110 Ia 111

24. Auszug aus dem Urteil des Kassationshofes vom 3. Oktober 1984 i.S. X. c. Polizeirichteramt der Stadt Zürich und Obergericht des Kantons Zürich (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Art. 2 ÜbBest BV, 4 und 31 BV; kantonale Tarifordnung für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen.

1. Ein kantonaler Erlass, der Höchstansätze für die gewerbsmässige Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen vorschreibt, ist mit dem Bundesprivatrecht (Mäklervertrag, Art. 412 ff. OR) und mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar (E. 3 und 4).

2. Ist die Festsetzung eines Höchstansatzes von 75% des ersten monatlichen Nettomietzinses willkürlich? Im konkreten Fall verneint (E. 5).

Regeste (fr):
Art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale; art. 4 et 31 Cst.; Ordonnance cantonale sur le courtage en matière de locaux d'habitation et de commerce.

1. Une ordonnance cantonale fixant le montant maximum des commissions dues en cas de courtage professionnel en matière de locaux d'habitation et de commerce est compatible avec le droit privé fédéral (contrat de courtage, art. 412 ss CO) et avec la liberté du commerce et de l'industrie (consid. 3 et 4).

2. La fixation d'une commission maximum de 75% du premier loyer mensuel net est-elle arbitraire? Question résolue par la négative in casu (consid. 5).

Regesto (it):
Art. 2 disp. trans. Cost., art. 4 e 31 Cost.; normativa cantonale concernente la mediazione in materia di locali di abitazione e commerciali.

1. Una normativa cantonale che fissa l'ammontare massimo delle commissioni dovute in caso di mediazione professionale in materia di locali d'abitazione e commerciali è compatibile con il diritto privato federale (contratto di mediazione, art. 412 segg. CO) e con la libertà di commercio e d'industria (consid. 3 e 4).

2. È arbitrario fissare una commissione massima del 75% del primo canone mensile netto di locazione? Questione risolta negativamente nella fattispecie concreta (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 111

BGE 110 Ia 111 S. 111

A.- Der Kanton Zürich erliess am 30. November 1980 ein Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen. Die gewerbsmässige Vermittlung wird darin bewilligungspflichtig erklärt. Gemäss § 4 erlässt die zuständige Direktion einen Tarif über die Höchstansätze für den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen. Soweit Verträge die festgelegten Höchstansätze

überschreiten, sind sie gemäss § 5 nichtig. § 6 droht für Verstösse gegen dieses Gesetz oder die zugehörigen Bestimmungen Verweis oder Busse an. In Ausführung der gesetzlichen Vorschriften verfügte die Direktion der Justiz am 25. März 1982, dass für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen eine Tarifordnung gelte, von der jedem Mietinteressenten bei der Anmeldung ein Exemplar abzugeben sei. § 1 der Tarifordnung setzt das Maximum des zulässigen Mäklerlohnes auf 75% des ersten monatlichen Nettomietzinses fest und bestimmt weiter, dass andere Honorare nicht verlangt werden dürfen und dass die Erhebung von Einschreibe- oder sonstigen Gebühren nicht erlaubt ist.

B.- Frau X. wurde als verantwortliche Geschäftsinhaberin der Firma Mieter-Service Y. & Co. in Zürich durch den Polizeirichter mit Verfügungen vom 21. Oktober 1982 und vom 12. April 1983 wegen Übertretung der Tarifordnung gebüsst, aber im gerichtlichen Verfahren vom Einzelrichter in Strafsachen freigesprochen. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde des Polizeirichteramtes hat das Obergericht das freisprechende Urteil des Einzelrichters aufgehoben, Frau X. der wiederholten Übertretung von § 1 sowie der Übertretung von § 4 der Tarifordnung schuldig erklärt und mit einer Busse von Fr. 400.– bestraft.

C.- Gegen diesen Entscheid führt Frau X. staatsrechtliche Beschwerde mit dem Antrag, das Urteil des Obergerichtes vom 12. April 1984 sei aufzuheben und sie sei von Schuld und Strafe freizusprechen. Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab aus folgenden

Erwägungen

Erwägungen:

2. Gegen die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz werden keine Einwendungen erhoben. Es ist unbestritten, dass die von der Beschwerdeführerin geleitete Firma Y. & Co. sich in den zwei eingeklagten Fällen nicht an die Tarifordnung gehalten hat. Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde ist ausschliesslich die Frage, ob die verletzten Vorschriften dieser Tarifordnung bundesrechtlich zulässig seien. Es werden grundsätzlich drei Einwendungen erhoben:
a) Die kantonale Tarifordnung verstosse gegen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts; im Bundeszivilrecht sei der Mäklervertrag abschliessend geregelt (unten Ziff. 3).

b) Die Tarifordnung verletze aber auch die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) (unten Ziff. 4). c) Schliesslich sei die getroffene Ordnung willkürlich und verstosse gegen Art. 4 BV: Ein Mäklerlohn von 75% des monatlichen Nettomietzinses vermöge die Unkosten des Mäklers nicht zu decken und erlaube keine gewinnbringende Vermittlertätigkeit, sondern führe unweigerlich zu Verlusten (unten Ziff. 5).

3. a) Die Vermittlung von Mietobjekten untersteht den Bestimmungen über den Mäklervertrag (Art. 412-418 OR). Nach der zivilrechtlichen Konzeption besteht in bezug auf die Höhe der Entschädigung (Mäklerlohn)

grundsätzlich Vertragsfreiheit. b) Gemäss Art. 6 ZGB werden die öffentlichrechtlichen Befugnisse der Kantone durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Die Kantone können im öffentlichen Interesse Vorschriften aufstellen, welche die zivilrechtliche Ordnung ergänzen und die Vertragsfreiheit unter Umständen einschränken. Wo die Schranken der expansiven Kraft des öffentlichen Rechts liegen, welche zivilrechtlichen Vorschriften eine abschliessende Ordnung darstellen und Modifikationen durch Bestimmungen des kantonalen öffentlichen Rechts ausschliessen, lässt sich nicht in allgemeiner Form umschreiben (vgl. H. HUBER, Berner Kommentar, Einleitungsband, insbesondere N 77 ff. zu Art. 6 ZGB). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 109 Ia 66, BGE 101 Ia 505 /6) ist der Erlass öffentlichrechtlicher kantonaler Vorschriften in einem vom Bundeszivilrecht geregelten Bereich gestützt auf Art. 6 ZGB zulässig, sofern der Bundesgesetzgeber nicht eine abschliessende Ordnung geschaffen hat, die kantonalen Bestimmungen einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse entsprechen und nicht gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts verstossen (BGE 99 Ia 626, BGE 98 Ia 495). c) In bezug auf den Mäklervertrag lassen sich aus dem Wortlaut des Gesetzes prima facie Argumente für die Auffassung ableiten, das OR regle die Entschädigungsfrage abschliessend, soweit nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht worden sei; eine Beschränkung der Vertragsfreiheit durch kantonale Normen sei daher nicht zulässig. Art. 417 OR sieht für bestimmte Kategorien von Verträgen (Einzelarbeitsvertrag und Grundstückkauf) ausdrücklich die richterliche Herabsetzung eines unverhältnismässig hohen Mäklerlohnes vor. Art. 418 OR enthält einen ausdrücklichen Vorbehalt zu Gunsten der kantonalen Gesetzgebung: Es bleibt den Kantonen vorbehalten, über die Verrichtungen der Börsenmäkler,

Sensale und Stellenvermittler besondere Vorschriften aufzustellen. Man könnte nun den Schluss ziehen, soweit kein ausdrücklicher Vorbehalt gemacht worden sei, beanspruche das Bundeszivilrecht die absolute Geltung, beschränkende Vorschriften des kantonalen öffentlichen Rechts seien damit ausgeschlossen (vgl. BGE 65 I 67 ff. betr. gewerbsmässige Liegenschaftenvermittlung). Diese Folgerung ist jedoch nicht überzeugend. Der Bundesgesetzgeber selber hat in Ergänzung des OR für die gewerbsmässige private Stellenvermittlung eine öffentlichrechtliche Regelung geschaffen (BG über die Arbeitsvermittlung vom 22. Juni 1951, SR 823.11, Art. 7 ff.) und maximale Vermittlungsgebühren festgelegt (Verordnung I vom 21. Dezember 1951, SR 823.111, Art. 15 ff.). Auf einem ganz andern Gebiet - nämlich bei der gewerbsmässigen Vermittlung landwirtschaftlicher Liegenschaften - verpflichtet der Bund die Kantone gemäss Art. 22 des Bundesgesetzes über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11), öffentlichrechtliche Vorschriften über die Mäklertätigkeit zu erlassen. - Dass in diesen beiden Bereichen vom Bund eine öffentlichrechtliche Ergänzung der zivilrechtlichen Bestimmungen über den Mäklervertrag vorgenommen bzw. angeordnet wurde, lässt nicht den Umkehrschluss zu, bei allen andern Mäklerverträgen seien nur die Vorschriften des OR anwendbar und öffentlichrechtliche Bestimmungen des Kantons nicht zulässig. Der Bundesgesetzgeber befasste sich mit den Problemen einer öffentlichrechtlichen Regelung der Vermittlertätigkeit nie allgemein und grundsätzlich, sondern stets nur im direkten Zusammenhang mit einer aktuellen Rechtsetzungsaufgabe auf einem begrenzten Gebiet (Arbeitsvermittlung, Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes). Daraus ist nicht der Schluss zu ziehen, für alle andern Arten von Mäklerverträgen sei eine öffentlichrechtliche Regelung durch die Kantone kraft Bundesrecht unzulässig. Es darf vielmehr aufgrund der heutigen Situation in der Bundesgesetzgebung angenommen werden, dass der Kanton die Vertragsfreiheit bezüglich der Festsetzung des Mäklerlohnes durch eine öffentlichrechtliche Tarifordnung beschränken darf, soweit sich dies durch ein schutzwürdiges öffentliches Interesse rechtfertigen lässt. d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass von den drei gemäss konstanter Praxis erforderlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit kantonaler öffentlichrechtlicher Vorschriften (oben lit. b) im vorliegenden Fall nach den bisherigen Erwägungen zwei erfüllt sind: Die Regelung des Mäklervertrages im Obligationenrecht ist

nicht als abschliessende, öffentlichrechtliche Ergänzungen verbietende Ordnung zu verstehen. Der Bund selber hat in einzelnen Bereichen ergänzende öffentlichrechtliche Vorschriften erlassen bzw. die Kantone zu entsprechender Rechtsetzung verpflichtet. Die hier in Frage stehende Tarifordnung verstösst nicht gegen Sinn und Geist der einschlägigen zivilrechtlichen Bestimmungen, sondern nimmt Anliegen des Schutzes des schwächern Vertragspartners, wie sie in den Art. 417 und 418 OR zu erkennen sind, unter öffentlichrechtlichem Aspekt in einem andern Bereich (Vermittlung von Mietobjekten) auf.
Die Rüge einer Verletzung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts erweist sich daher als unbegründet, sofern auch die dritte der oben erwähnten Voraussetzungen erfüllt ist, d.h. sofern die angefochtene Tarifordnung auf einem ausreichend schutzwürdigen öffentlichen Interesse beruht. Ob dies der Fall ist, kann gleichzeitig mit der Rüge einer Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit geprüft werden; denn auch die Zulässigkeit der Tarifordnung unter dem Aspekt von Art. 31 BV hängt davon ab, ob diese Ordnung als Freiheitsbeschränkung durch schutzwürdige öffentliche Interessen gerechtfertigt ist (vgl. H. MARTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit, Bern 1950, insbes. S. 81 ff.).

4. Der Kreis der öffentlichen Interessen, der von den Kantonen zulässigerweise unter Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit (und der Vertragsfreiheit) geschützt werden darf, ist recht weit und geht von polizeilichen Aufgaben bis zu sozialpolitischen Zielen (vgl. DESCHENAUX in Schweiz. Privatrecht II, Der Einleitungstitel, S. 28 ff.; GYGI, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981, S. 74 ff.). Ziel der angefochtenen Ordnung ist der Schutz der Wohnungssuchenden vor Missbräuchen seitens der Wohnungsvermittler. Dass die Mieter in einer Zeit der Wohnungsknappheit des besondern Schutzes bedürfen, wurde vom Bundesgesetzgeber durch Schaffung spezieller Bestimmungen anerkannt (BB über Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 30. Juni 1972, SR 221.213.1; auch OR Art. 267a-267f; vgl. betr. Kontrolle der Pachtzinse SR 942.10) und ist auch vom Bundesgericht wiederholt bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung kantonaler Erlasse zum Schutze der Mieter ausdrücklich festgestellt worden (BGE 102 Ia 378; BGE 101 Ia 509; BGE 99 Ia 623; BGE 98 Ia 494). Die Erwägungen, welche gesetzgeberische Eingriffe in das Vertragsverhältnis zwischen Mieter und Vermieter zu rechtfertigen vermögen, gelten

analog auch für die Regelung der gewerbsmässigen Wohnungsvermittlung. Die Einführung der Bewilligungspflicht für dieses Tätigkeitsgebiet ist hier nicht angefochten. Aber auch die klare Begrenzung der Entschädigung des Vermittlers von Mietobjekten liegt in Zeiten der Wohnungsnot im öffentlichen Interesse. Wenn auch zu andern gewerblichen Aktivitäten, für die eine behördliche Limitierung der Entschädigungsansprüche durch Tarif als zulässig erklärt wurde, wie Anwaltstätigkeit (BGE 66 I 57) oder Taxi-Dienst (BGE 79 I 340), gewisse rechtliche Unterschiede bestehen, so erscheint doch nach der gesamten Interessenlage auch bei der Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen die Aufstellung eines verbindlichen Rahmentarifs zum Schutze der Mietinteressenten, welche faktisch gezwungen sind, jede Möglichkeit zum Auffinden geeigneter Räume auszuschöpfen, als notwendig. Die Festsetzung einer Maximalentschädigung ist ein auf haltbaren Gründen des öffentlichen Rechts beruhender, nicht unverhältnismässiger Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit, der vor Art. 31 BV standhält und - nach den oben dargelegten Prinzipien der Praxis - auch die zivilrechtliche Regelung nicht in unzulässiger Weise beschränkt.

5. Die Festsetzung des Maximums eines pauschalen Mäklerlohnes ist eine Ermessensfrage, welche die zum Erlass der Tarifordnung zuständige Behörde in Kenntnis der Marktverhältnisse zu entscheiden hat. Dass ein

Höchstansatz von 75% des ersten monatlichen Nettomietzinses sachlich schlechthin nicht vertretbar und daher willkürlich sei, vermochte die Beschwerdeführerin nicht darzutun. Vergleiche mit Ansätzen, welche in Deutschland zur Anwendung kommen, sind nicht geeignet, um zu beweisen, dass die angefochtene Bestimmung in den zürcherischen Verhältnissen unhaltbar sei. Die Verminderung der Zahl der Wohnungsvermittler als angebliche Folge der Tarifordnung ist an sich kein schlüssiges Anzeichen dafür, dass der gewählte Ansatz sachlich völlig unrichtig sei. Vielleicht ist die Wohnungsvermittlung in Zeiten grosser Knappheit der Mietobjekte schon deswegen kein gutes Geschäft, weil nur wenig Mietverträge auf diesem Wege zustande kommen, so dass die erfolgreiche Vermittlung - je nach der Organisation des Unternehmens - nicht genügend einbringt. Deswegen den Maximalsatz zu erhöhen oder Vergütungen für erfolglose Vermittlertätigkeit zu gestatten, nur damit gewerbsmässige (weitgehend erfolglose) Wohnungsvermittlung doch rentiert, wäre aber sachlich nicht gerechtfertigt.