

## S. 171 / Nr. 37 Derogatorische Kraft des Bundesrechts (d)

BGE 69 I 171

37. Urteil vom 15. Juli 1943 i. S. Kreditbank A.-G. gegen Zürich.

Seite: 171

Regeste:

Kantonale Verfassungsbestimmungen können nicht unmittelbar wegen Widerspruchs mit der Bundesverfassung durch die staatsrechtliche Beschwerde angefochten werden. Das gleiche gilt für gewöhnliche Gesetze und Verordnungen der Kantone, die vom Bundesrat genehmigt worden sind, jedenfalls dann nicht, wenn diese Genehmigung nicht notwendig war. Art. 178 Ziff. 1 OG (Erw. 1).

Die Garantie des Art. 31 BV schützt die Gewerbetreibenden nur vor solchen staatlichen Einschränkungen, die sich ausschliesslich gegen ihre Gewerbeausübung richten, nicht auch vor solchen die gewisse Geschäfte ganz allgemein treffen, selbst wenn sie nicht gewerbsmässig vorgenommen werden (Erw. 3).

Bedeutung des Art. 73 Abs. 2 OR. Er erlaubt den Kantonen, ein Darlehenszinsmaximum von 18% für das Jahr festzusetzen und dessen Überschreitung mit Strafe zu bedrohen. Sie können in das Zinsmaximum auch den Ersatz von Verwaltungskosten und Barauslagen einbeziehen. Vorbehalten bleibt das eidgenössische Strafrecht (Erw. 4).

Eine Verletzung der Rechtsgleichheit liegt nicht darin, dass ein Kanton den Kreditvermittlern höhere Ansätze für die ihnen zukommende Vergütung zugesteht, als den Kreditgebern.

Les dispositions des constitutions cantonales ne peuvent être attaquées directement par la voie du recours de droit public en raison de prétendues contradictions avec la constitution fédérale. S'agissant de simples lois et ordonnances cantonales ratifiées par le Conseil fédéral, ce principe ne vaut pas, du moins lorsque la ratification n'était pas indispensable. Art. 178 oh. 1 OJ (consid. 1).

La garantie de l'art. 31 CF ne protège ceux qui exercent une industrie que contre les actes de la puissance publique qui visent exclusivement leur industrie et non pas contre les actes qui touchent, d'une manière toute générale, certaines affaires, même lorsqu'elles ne sont pas faites professionnellement (consid. 3).

Portée de l'art. 73 al. 2 CO. Cette disposition n'empêche pas les cantons de fixer, comme maximum, pour les prêts, un taux de 18% l'an et de punir le dépassement de ce taux. Les cantons peuvent déclarer le remboursement des frais du prêteur inclus dans le taux de rétribution. Le droit pénal fédéral demeure réservé (consid. 4).

Le principe de l'égalité devant la loi n'est pas violé du fait qu'un canton prévoit, pour les intermédiaires qui négocient des prêts, un taux de rétribution plus élevé que pour les prêteurs.

Seite: 172

Le disposizioni delle costituzioni cantonali non possono essere impugnate direttamente mediante ricorso di diritto pubblico fondato su asserite contraddizioni con la costituzione federale. Lo stesso non vale per semplici leggi ed ordinanze cantonali ratificate dal Consiglio federale, almeno se questa ratifica non è necessaria. Art. 178, cifra 1, OGF (consid. 1).

La garanzia dell'art. 31 CF protegge coloro che esercitano un'industria contro gli atti del pubblico potere che concernono esclusivamente la loro industria e non contro gli atti che concernono, in modo del tutto generale, certi affari, anche se non sono fatti a titolo professionale (consid. 3).

Portata dell'art. 73, cp. 2 CO. Questa disposizione non vieta ai cantoni di stabilire, come massimo, un tasso annuo del 18% per i prestiti e di punire chi eccede questo tasso. I cantoni possono dichiarare che il rimborso delle spese del mutuante è incluso nel tasso. Il diritto penale federale resta riservato.

Il principio dell'eguaglianza davanti alla legge non è violato pel fatto che un cantone prevede, per gli intermediari che negoziano prestiti, un tasso più elevato di quello previsto per i mutuanti.

A. Im Kanton Zürich wurde durch Volksabstimmung vom 22. November 1942 ein Gesetz über die Abänderung des Einführungsgesetzes zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911 angenommen, das die §§ 212-214 ergänzt und abändert. Durch den neuen § 212 wird das Gewerbe der Darleiher, Darlehens- und Kreditvermittler im allgemeinen an eine Bewilligung geknüpft. Die §§ 213 und 214 bestimmen nunmehr:

«§ 213. Darleiher dürfen an Zins, Provision, Kommission und Gebühren insgesamt pro Monat höchstens 1 %/O der ausbezahlten Darlehenssumme beziehungsweise des jeweiligen Restbetrages beziehen. Der Zins darf für Kleinkredite nicht vorausgenommen werden.

Verwaltungskosten und nachgewiesene Barauslagen dürfen besonders verrechnet werden, sie dürfen

pro Monat 0,5% der ausbezahlten Darlehenssumme beziehungsweise des jeweiligen Restbetrages nicht übersteigen.

Die Gewährung eines Darlehens darf nicht von der Eingehung weiterer Verpflichtungen, zum Beispiel der Übernahme von Geschäftsanteilen, Obligationen oder Waren, oder der Entrichtung von Jahresbeiträgen abhängig gemacht werden.»

«§ 213 a. Darlehens- und Kreditvermittler dürfen vom Kreditnehmer insgesamt für Provision, Kommission und Gebühren höchstens 1-6% der ausbezahlten Darlehenssumme oder des vermittelten Kredites erheben. Die Abstufung der Höchstansätze wird durch Verordnung bestimmt.

Nachgewiesene Barauslagen dürfen besonders verrechnet werden.»

Seite: 173

Der neue § 214 a sieht für Übertretungen dieser Vorschriften und der zu ihrem Vollzug erlassenen Verordnungen Strafen (Bussen und Haft) vor. Der Bundesrat genehmigte die neuen Gesetzesbestimmungen am 28. Dezember 1942.

B. Gegen den neuen § 213 Abs. 1 und 2 hat die Kreditbank A.-G. in Zürich am 21. Dezember 1942 die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen mit dem Antrag, diese Bestimmungen seien «wegen Verletzung von Art. 31 und 4 der Bundesverfassung als ungültig zu erklären und aufzuheben in der Meinung, dass es alsdann Sache des Kantons Zürich sein wird, an Stelle dieser Bestimmungen gültige Bestimmungen zu setzen, und dass bis zum Erlass solcher Bestimmungen § 212 des zürch. Einführungsgesetzes zum ZGB in Kraft bleibt .....»

Die Rekurrentin macht zur Begründung geltend: Am zürcherischen freisinnigen Parteitag vom 7. November 1942 habe der Referent für die neuen Bestimmungen des EG z. ZGB, Dr. M. Brunner, Mitglied der kantonsrätlichen Kommission für die Revision dieses Gesetzes, erklärt, dass nach den angefochtenen Vorschriften Unternehmungen, die bisher nur das Kleinkreditgeschäft pflegten, in Zukunft gar nicht mehr bestehen könnten; sie kämen, wenn sie ehrlich seien, nicht auf ihre Rechnung; darüber sei man sich in der kantonsrätlichen Kommission durchaus im klaren gewesen; aber man habe sich gesagt, dass es nicht zu bedauern sei, wenn Geschäfte dieser Art verschwinden. Indem der neue § 213 EG z. ZGB das normale, ehrliche, sozial berechnete und wünschbare Kleinkreditgeschäft unmöglich mache, verletze er die Gewerbefreiheit. Die darin festgesetzten Höchstansätze für Zins, Provision, Kommission, Gebühren, Verwaltungskosten und Barauslagen seien für das typische Kleinkreditgeschäft, das sich hauptsächlich in Beträgen von Fr. 300-600.-bewege, völlig ungenügend, weil sie die effektiven Zinsen und Kosten nicht deckten (was näher ausgeführt wird). Es handle sich dabei nicht nur um eine Herabsetzung des

Seite: 174

bisher in § 212 EG festgesetzten Höchstzinseszinses; sondern den Darlehensgebern werde in Wirklichkeit verboten, ihre effektiven Unkosten, ihr effektives Risiko zu decken und einen durchaus bescheidenen Gewinn zu erzielen. Der Abschluss bestimmter privater Rechtsgeschäfte werde dadurch verhindert. Das gehe auch über den in Art. 5 ZGB enthaltenen Vorbehalt zu Gunsten der Kantone hinaus und bilde keine Einführung, sondern eine Aufhebung von Bundesrecht. Der angefochtene § 213 verletze ferner den Grundsatz der Rechtsgleichheit. Er richte sich nur gegen Personen, die ihr Gewerbe im Gebiet des Kantons Zürich ausüben, nicht gegen ausserkantonale Gewerbebetriebe. Zudem verbiete er den Kreditgebern Ansätze, die bei den Vermittlern von Kleinkredit als berechtigt anerkannt werden. Diese dürften eine Provision von 5% und die Ersetzung der Barauslagen ohne Beschränkung beanspruchen. Das mache bei einem innert 6 Monaten rückzahlbaren Kredit einen jährlichen Zinssatz von 20% aus, nämlich 10% auf der ursprünglichen und 20% auf der durchschnittlichen, sich aus der regelmässigen Abzahlung ergebenden Darlehenssumme. Der Kreditvermittler erhalte so eine höhere Entschädigung als der Kreditgeber, obwohl er in geringerm Masse als dieser tätig sei und kein Risiko trage.

C. Der Regierungsrat des Kantons Zürich hat die Abweisung der Beschwerde beantragt und u. a. ausgeführt: Das angefochtene Gesetz wolle eine schärfere Waffe schmieden gegen die zahlreichen unseriösen Unternehmungen, die das geldsuchende Publikum unter Ausnützung seiner Notlage wucherisch ausbeuteten. Der bisherige § 212 EG z. ZGB mit dem Zinsmaximum von 24% und der besondern Zulassung der Verrechnung der Barauslagen habe hierfür nicht genügt, ebenso nicht, infolge seiner engen Fassung, der «Wucherparagraph». Das neu festgesetzte Zins- und Gebührenmaximum von 12% schliesse auch die mit den Kreditgeschäften verbundenen allgemeinen Unkosten und Risiken in sich. Wenn der

Seite: 175

Gesetzgeber ausser diesem hohen Zins- und Gebührensatz noch eine weitere Verrechnung von Barauslagen und Verwaltungskosten vorgesehen habe in Abs. 2 von § 213, so sei dies hauptsächlich deswegen geschehen, um eine zusätzliche Ausgleichsmöglichkeit für die mit dem

Kleindarlehensgeschäft verbundenen Kostenschwankungen zu schaffen. Die Beschränkung der gesamten Darlehensbelastung auf 18% für ein Jahr könne das reelle Kleindarlehensgeschäft nicht verunmöglichen. Daran habe auch die kantonsrätliche Kommission für den Gesetzesentwurf nie gezweifelt. Das anerkannte legitime Kleinkreditbedürfnis werde trotz der neuen Vorschriften in vollem Umfang befriedigt werden können. Das Kleinkreditgewerbe, das bloss dank der bisherigen ungenügenden Schranken den heutigen Umfang habe erreichen können, könne allerdings unter dem neuen Gesetz nur existenzfähig bleiben, wenn es zu andern Geschäftsmethoden übergehe. In diesem Sinne sei auch die von der Rekurrentin angeführte Äusserung des Dr. M. Brunner zu verstehen. Die gemäss Art. 73 OR zulässige Zinsbeschränkung richte sich nur gegen die offensichtlichen Misstände im Zinswesen des Kleinkreditgeschäftes.

D. In einer Replik führt die Rekurrentin noch aus: Es sei irreführend, wenn der Regierungsrat die Barauslagen, die bei der Kreditgewährung entstehen, einfach zum Darlehenszins hinzuschlage. Solche notwendigen Unkosten stünden mit dem Jahreszins in keinem Zusammenhang. Sie dürften bei der Frage, ob ein Darlehensnehmer ausgebeutet werde, nicht berücksichtigt werden. Sie machten bei einem Kreditgeschäft normalerweise Fr. 13.20 aus, nämlich Fr. 3.- für Information, Fr. 1.60 für das Betreibungsattest, Fr. 2.- für Referenzgebühren, Fr. 6.- für den Inkasso von 12 Wechseln, 60 Rp. für den Wechselstempel. Darin seien Portoauslagen, Telephonspesen, Arbeitsleistung und Verwaltungsspesen noch nicht enthalten. Bei einem in 12 gleichen Monatsraten rückzahlbaren Kredit von Fr. 300.- entsprächen jene Barauslagen

Seite: 176

einem Jahreszins von 8, 1% auf dem durchschnittlich ausstehenden Betrag. Das sei aber unerheblich, weil der Kreditgeber durch den Ersatz dieser Barauslagen keinen Zins erhalte. Die Rekurrentin habe durch das von ihr vorgelegte Gutachten der Schweizerischen Treuhandgesellschaft den Beweis erbracht, dass bei einer Belastung von 12% im Jahr die allgemeinen Unkosten und Risiken, der Zins, die Provision, Kommission und die Gebühren nicht gedeckt werden. Auch der Satz von 0,5% für den Monat genüge nicht zur Deckung der Verwaltungskosten und der nachgewiesenen notwendigen Barauslagen. Eventuell sei hierüber noch ein Gutachten einzuholen. Zu berücksichtigen sei auch, dass der Arbeitsaufwand beim Kleinkreditgeschäft den grössten Unkostenfaktor darstelle.

E. Aus der Duplik des Regierungsrates ist folgendes hervorzuheben: Eine Kreditbelastung, die 18% im Jahr übersteige, sei wucherisch und müsse im Allgemeininteresse, besonders zum Schutz des kreditbedürftigen Publikums, gesetzlich ausgeschlossen werden. Ob die effektiven Unkosten dadurch gedeckt werden, sei unerheblich. Wenn diese in ein allzu grosses Missverhältnis zur Leistung treten, so liessen sie sich nicht mehr rechtfertigen. Wer gezwungen sei, zu so hohen Sätzen Kredit aufzunehmen, befinde sich in einer Notlage. Er müsse vor der ausbeuterischen Praxis der Darleiher und Kleinkreditfirmen geschützt werden. Die Barauslagen für ein Kreditgeschäft sollten normalerweise nicht Fr. 13.20, sondern nur Fr. 4.60 betragen, Fr. 3.- für Information und Fr. 1.60 für das Betreibungsattest. Die Ausstellung von Wechseln für jede Monatsrate bilde eine unnötige Kreditverteuerung; ebenso seien Referenzgebühren überflüssig. In einer Eingabe vom 11. Januar 1939 an die Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich habe die Rekurrentin selbst die Auffassung vertreten, dass eine durchschnittliche monatliche Entschädigung von 1 Y2% für Zins, Risiko, Gewinn und Regieauslagen genüge. «Die Rekurrentin

Seite: 177

behauptet zu Unrecht, der Vermittler werde dem Kreditgeber gegenüber durch das Gesetz rechtungleich behandelt... Die von Gesetz und Verordnung aufgestellten maximalen Gebührensätze gelten für die verschiedensten Arten von Darlehens- und Kreditvermittlern, wie z. B. für die Hypothekenvermittler, die AKO und ähnliche Gesellschaften, die Vermittler von Geschäftseinlagen, Darlehensvermittler usw. In nicht seltenen Fällen übernimmt der Vermittler für den Kreditnehmer die Delkrederhaftung und erbringt damit eine Leistung, die viel zum Gelingen des Vertragsabschlusses beiträgt und für den Kreditnehmer sowie für den Kreditgeber sehr wertvoll ist. Auch im Hypothekengeschäft sind die Kreditsuchenden häufig auf die Tätigkeit eines Vermittlers angewiesen. Bei der Festsetzung des Höchstsatzes der Vermittlergebühr musste auf diese Vielgestaltigkeit des Vermittlergewerbes Rücksicht genommen werden. Aus den gleichen Gründen war eine gesetzliche Limitierung der Barauslagen für dieses Gewerbe praktisch unmöglich; der Hypothekenvermittler muss die ihm durch die Liegenschaftenschätzung entstandenen Kosten verrechnen können; dem Finanzvermittler, der vielleicht eine Expertise über ein zu finanzierendes Geschäft oder über eine Erfindung machen musste, erwachsen wieder ganz andere Spesen.»

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das zürcherische Gesetz vom 22. November 1942 über die Abänderung des Einführungsgesetzes zum Zivilgesetzbuch ist dem Bundesrat zur Genehmigung vorgelegt und von ihm genehmigt worden. Das steht aber der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde nicht im Wege. Wohl kann mit einer

solchen nicht die Aufhebung kantonaler Verfassungsbestimmungen wegen Widerspruchs mit der Bundesverfassung beantragt werden, weil die Kantone nach Art. 6 BV verpflichtet sind, den Bund um Gewährleistung ihrer Verfassungen zu ersuchen, und es Sache der Bundesversammlung ist, diese Gewährleistung

Seite: 178

zu erteilen, wobei sie u. a. zu prüfen hat, ob die Kantonsverfassung mit der Bundesverfassung vereinbar ist (BGE 17 S. 630 Erw. 4; 22 S. 4; 56 I S. 330 Erw. 2). Es könnte sich daher fragen, ob auch gewöhnliche Gesetze und Verordnungen der Kantone, die der Genehmigung des Bundesrates bedürfen, nicht unmittelbar mit der staatsrechtlichen Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können. Doch kann diese Frage hier offen bleiben, da für solche kantonale Bestimmungen, wie sie der neue § 213 des zürch. EG z. ZGB enthält, die Genehmigung des Bundesrates nicht vorgeschrieben ist. Nach Art. 1 SchlT z. OR und Art. 52 Abs. 3 SchlT z. ZGB sind diejenigen zur Ergänzung des Zivilgesetzbuches oder des Obligationenrechts dienenden Anordnungen der Kantone, die zur Ausführung des neuen Rechtes notwendig sind, an die Genehmigung des Bundesrates geknüpft. Die Vorschriften des neuen § 213 Abs. 1 und 2 des zürch. EG z. ZGB bilden aber keine derartigen Anordnungen. Wenn der Bundesrat kantonale Bestimmungen genehmigt, obwohl das nicht nötig ist (vgl. BURCKHARDT, Komm. z. BV 3. Aufl. S. 378 Anm. 1), so kann das jedenfalls nicht den Ausschluss einer staatsrechtlichen Beschwerde zur Folge haben.

2. Die Rekurrentin ist nach der Praxis zur Beschwerde zweifellos legitimiert (vgl. BGE 64 I S. 386 Erw. 1; 65 I S. 241).

3. Der neue § 213 Abs. 1 und 2 des zürch. EG z. ZGB beschränkt die Vergütung für die Aushändigung eines Darlehens allgemein, ohne Rücksicht darauf, ob der Darleiher mit der Gewährung des Darlehens ein Gewerbe betreibt oder nicht. Deshalb verstossen die genannten Bestimmungen nicht gegen die Handels- und Gewerbefreiheit. Die Garantie des Art. 31 BV schützt die Gewerbe treibenden nur vor solchen staatlichen Einschränkungen, die sich ausschliesslich gegen ihre Gewerbeausübung richten, nicht auch vor solchen, die gewisse Geschäfte ganz allgemein treffen, selbst wenn sie nicht gewerbmässig vorgenommen werden (BGE 46 I S. 291).

Seite: 179

4. Eine andere Frage ist es, ob der neue § 213 Abs. 1 und 2 EG z. ZGB, wie die Rekurrentin auch geltend macht, gegen das Bundesprivatrecht, das Obligationenrecht verstösst und damit die derogatorische Kraft dieses Rechtes gegenüber dem kantonalen Rechte missachtet. Wie Art. 6 Abs. 1 ZGB feststellt, werden die Kantone in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt. Diesen allgemeinen Grundsatz hat das Obligationenrecht in Art. 73 Abs. 2 speziell in Bezug auf die Zinsabreden dadurch anerkannt, dass es dem öffentlichen Recht der Kantone (und des Bundes) vorbehält, Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen aufzustellen. Es hat damit zugleich eine Grenze gezogen für die öffentlichrechtlichen Befugnisse der Kantone, da Art. 73 Abs. 2 bedeutet, dass die Kantone kraft dieser Befugnisse den in Art. 73 Abs. 1 enthaltenen Grundsatz der Vertragsfreiheit in Bezug auf die Höhe der Zinsen nur insoweit einschränken dürfen, als es das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Missbräuche im Zinswesen rechtfertigt. Seither ist nun allerdings das schweizerische Strafgesetzbuch mit Strafbestimmungen gegen den Wucher in Art. 157 erlassen worden und am 1. Januar 1942 in Kraft getreten. Es fragt sich daher, ob daneben kantonale Strafvorschriften in Bezug auf dieses Vergehen nicht mehr bestehen können und aus diesem Grunde der neue § 213 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 214 a des zürch. EG z. ZGB ungültig sei. Doch ist das im vorliegenden Fall nicht zu beurteilen, da diese Frage in der Beschwerde nicht aufgeworfen worden ist. Nach deren Begründung ist die Frage der Missachtung der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nur vom Gesichtspunkt des Bundesprivatrechts, der Art. 73 und 314 OR aus zu prüfen. Zu entscheiden ist, ob die Kantone von diesem Gesichtspunkt aus befugt sind, Vereinbarungen über die Leistung von Zinsen oder andern Vorteilen für die Hingabe eines Darlehens, wie es in den genannten zürcherischen Bestimmungen geschehen ist, zu verbieten und unter Strafe zu stellen, wenn die vereinbarte Vergütung mehr

Seite: 180

ausmacht, als 1,5% des geschuldeten Kapitals, auf die Dauer eines Monats berechnet. Das ist zu bejahen. Unter Missbrauchen im Zinswesen ist nach dem Sprachgebrauch allgemein die Ausbedingung wucherischer oder offensichtlich übermässiger Zinsen zu verstehen, also u. a. von solchen, die den angemessenen Zinsfuss erheblich und augenscheinlich überschreiten. Nach dem Wortlaut des Art. 73 Abs. 2 OR dürfen somit die Kantone einen Höchst betrag für Darlehenszinsen in Prozenten der Kapitalschuld für eine bestimmte Zeiteinheit, ein Zinsmaximum festsetzen und dessen Überschreitung mit Strafe bedrohen. Dafür, dass dieser dem Wortlaut entsprechende Sinn über den Inhalt der Bestimmung hinausgehe und deshalb eine einschränkende Auslegung am Platze sei, liegt

kein genügender Anhaltspunkt vor. Sowohl im römischen als auch im frühern gemeinen deutschen Rechte bestanden Bestimmungen, die für Zinsen einen in Prozenten des Kapitals ausgedrückten Höchstbetrag festsetzten; es gab sogar ein absolutes Zinsverbot, insbesondere auf Grund des kanonischen Rechts im Mittelalter, das in Frankreich bis zur Revolution am Ende des 18. Jahrhunderts dauerte. Demgemäss wurde der strafbare Wucher einfach darin erblickt, dass sich jemand vorsätzlich rechtswidrig Zinsen überhaupt oder solche ausbedang, die das gesetzliche Maximum überstiegen. Gleiche Rechtszustände herrschten auch in den schweizerischen Kantonen (BINDING, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I 2. Aufl. § 105 S. 450 ff.; HUBER, Geschichte und System des schweiz. Privatrechts IV § 163 S. 866 ff.; WEIBEL, Die rechtliche Behandlung des Wuchers, Referat in ZfSchwR N. F. 3 S. 585 ff.; LÜTHY, Die gesetzlichen und vertraglichen Zinse des schweiz. OR, Berner Diss. 1909, § 3 S. 6 ff.). Eine grosse Zahl von diesen kannte ein gesetzliches Zinsmaximum mit entsprechenden Strafnormen auch für Darlehen ohne Grundpfand noch zur Zeit, als das schweizerische Obligationenrecht entstand (s. die damals bestehenden kantonalen Wuchergesetze im Anhang

Seite: 181

zum erwähnten Referat von WEIBEL, a.a.O. S. 620 ff.). Deshalb schlug die nationalrätliche Kommission für die Beratung dieses Gesetzes zunächst eine Bestimmung vor, die es der kantonalen Gesetzgebung vorbehielt, allgemein «für vertragsmässige Zinsen ein Maximum des Zinsfusses zu bestimmen». Sie drang damit jedoch im Nationalrat gegenüber denjenigen nicht durch, die keine Zinsbeschränkungen zulassen oder den Vorbehalt zu Gunsten einer kantonalen Wuchergesetzgebung anders fassen wollten. Es wurden eine Reihe verschieden formulierter Anträge für einen solchen Vorbehalt gestellt. Schliesslich gelangte man zu einem Kompromiss durch Annahme des Vorbehaltes zu Gunsten der kantonalen Gesetzgebung in der Fassung, die dann als Absatz 2 von Art. 83 Gesetzesinhalt wurde und als Art. 73 Abs. 2 OR heute noch gilt, abgesehen davon, dass es nunmehr anstatt «der Kantonalgesetzgebung» heisst: «dem öffentlichen Rechte >, (s. LÜTHY, a.a.O. S. 24 f.). Aus dieser Entwicklung ergibt sich, dass durch eine allgemeine Fassung des Vorbehaltes den Kantonen vollständige Freiheit in der Art der Bekämpfung des Wuchers, insbesondere auch in der Bestimmung des Begriffs des strafrechtlichen Wuchers im Rahmen der «Missbräuche im Zinswesen», gelassen werden sollte. Das hat denn auch das Bundesgericht an Hand des frühern Art. 83 Abs. 2 OR in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen (BGE 20 S. 1087 Erw. 6; 22 S. 576 Erw. 3; 25 II S. 572 Erw. 1; 32 II S. 56 Erw. 4, 5; 33 II S. 316 Erw. 2; 37 I S. 45; Revue der Gerichtspraxis 29 S. 1, 8 ff.). Diese Praxis gilt für den neuen Art. 73 Abs. 2 OR höchstens insofern nicht mehr, als möglicherweise durch die neue Fassung des Vorbehaltes und die Einfügung des neuen Art. 21 den Kantonen die Befugnis genommen wurde, zivilrechtliche Bestimmungen über den Wucher aufzustellen und demgemäss wucherische Geschäfte als nichtig zu erklären. Die Kantone, die schon zur Zeit des Inkrafttretens des Obligationenrechts ein Zinsmaximum für andere als grundversicherte Darlehen (für diese galt Art. 337 OR,

Seite: 182

jetzt Art. 795 ZGB) hatten oder ein solches seither neu aufstellen und den Darleiher, der sich höhere als die gesetzlich zugelassenen Zinsen ausbedingt, wegen Wuchers bestrafen, werden an der Beibehaltung oder Neuaufstellung solcher Bestimmungen nicht gehindert durch den Grundsatz des Obligationenrechts über die Freiheit der Zinsabreden, soweit sie sich im Rahmen der Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen halten. Demgemäss sind die Bestimmungen des neuen § 213 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 214 a des zürch. EG z. ZGB insofern mit dem Bundesprivatrecht vereinbar, als sie ein Zinsmaximum aufstellen und dessen Überschreitung als strafbaren Wucher behandeln. Das gilt auch insofern, als sie den Ersatz von Verwaltungskosten und Barauslagen in das Zinsmaximum einbeziehen; denn es herrscht allgemein die Auffassung, dass das Verbot des Darlehenszins- oder Kreditwuchers, wenn es wirksam sein soll, nicht bloss die eigentlichen Zinsen im engern Sinne treffen darf, sondern sich auf die ganze Vergütung beziehen muss, die sich der Darleiher für die Hingabe des Darlehens ausbedingt. Der ordentliche Durchschnittspreis für ein Darlehen (vgl. Entscheid. des Reichsger. in Strafsachen 60 S. 219) erscheint im allgemeinen in der Form eines bestimmten Zinsfusses. Zur Vergleichung des in einem konkreten Fall geforderten Entgeltes mit dem Durchschnittspreis muss daher die ganze Vergütung berücksichtigt und ihr Verhältnis zum Kapital und zu einer bestimmten Zeiteinheit berechnet werden (vgl. BECKER, Komm. z. OR Art. 313/4 Nr. 1; DERNBURG, Pandekten 6. Aufl. II § 28 S. 84; BINDING a.a.O. S. 458; FRANK, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 17. Aufl. § 302 a III 1 S. 680; GERLAND, Deutsches Reichsstrafrecht 2. Aufl. S. 659). In der deutschen Strafgerichtspraxis wird denn auch bei Beurteilung der Frage, ob ein strafbarer Wucher vorliege, der Ersatz von Unkosten nur in beschränktem Masse, soweit diese wirtschaftlich vertretbar sind, als angemessen betrachtet (vgl. Entscheid.

Seite: 183

des Reichsger. in Strafsachen 60 S. 217 ff.; 74 S. 345 ff.). Darin, dass der neue § 213 des zürcherischen EG z. ZGB das Zinsmaximum im weitern Sinne auf 1,5% für den Monat 18% für das Jahr festsetzt, lässt sich ebenfalls keine Überschreitung der dem öffentlichen Recht in Art. 73 Abs. 2 OR gezogenen Schranken erblicken. Eine solche Überschreitung wäre nur dann anzunehmen, wenn die Rekurrentin dargetan hätte, dass jenes Zinsmaximum vom Gesichtspunkt des Art. 73 Abs. 2 OR aus zu niedrig sei. Hiefür genügt aber nicht der Beweis, dass es nicht bloss wucherische oder offensichtlich übermässige, sondern auch andere, normale Vergütungen für ein Darlehen verhindert. Unter Umständen, bei gewissen Kleinkrediten, ist wohl die Ausbedingung eines höhern Zinses als von 1,5%, auf den Monat berechnet, vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus nicht ungerechtfertigt oder unangemessen. Es könnte sein, dass der erwähnte Höchstansatz es der Rekurrentin nicht oder nicht immer erlaubt, Kredite von Fr. 300-600.- gegen genügendes Entgelt zu gewähren. Man kann auch annehmen, dass vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus nichts einzuwenden sei gegen den von WEIBEL a.a.O. S. 598 berichteten Fall aus Frankreich, wo für ein auf eine Woche gewährtes Darlehen von Fr. 3.- wöchentlich 10 Cts, also, auf das Jahr berechnet, ein Zins von 173,5% vergütet worden ist. In der deutschen Strafgerichtspraxis ist es ferner als zulässig erklärt worden, wenn jemand für ein auf einen Monat ohne grosses Risiko hingegebenes Darlehen von Mk. 10.- eine Vergütung von Mk. 1.- erhält, die einem Jahreszins von 120% entspricht (vgl. Entscheid. d. Reichsger. in Strafsachen 60 S. 217 ff.). Aber wenn auch das Verbot des § 213 Abs. 1 und 2 EG z. ZGB gewisse Handlungen trifft, die vom wirtschaftlichen Gesichtspunkt aus nicht zu beanstanden sind und daher nicht unter den diesem Gesichtspunkt möglichst angepassten modernen Wucherbegriff fallen, so folgt daraus noch nicht, dass das damit aufgestellte Zinsmaximum zu niedrig ist,

Seite: 184

das Verbot also über die Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen im Sinne des Art. 73 Abs. 2 OR und über die Wahrung des öffentlichen Interesses hinausgeht. Es ist unvermeidlich, dass ein starres Zinsmaximum, das die Kantone nach Art. 73 Abs. 2 OR einführen dürfen, im Gegensatz zum modernen Wucherbegriff auch wirtschaftlich einwandfreie Geschäfte trifft (wie es auch die Leistung offensichtlich übermässiger Zinsen nicht ausnahmslos verhindert, wenn es über dem allgemein üblichen Zins liegt); denn wenn man diese Folge ausschliessen wollte, so müsste es, wie die erwähnten Beispiele klar zeigen, so hoch angesetzt werden, dass es keine wirksame Bekämpfung des Wuchers mehr bilden würde. Man könnte an eine Abstufung des Zinsmaximums nach der Höhe des Kapitals und der Darlehenszeit denken; doch würde eine solche ebenfalls nicht befriedigen und hat denn auch, wie es scheint, in keinem Rechte bestanden. Auch die Rekurrentin fordert eine solche nicht eventuell. Da es somit unmöglich ist, ein wirksames starres Zinsmaximum aufzustellen, ohne auch einwandfreie Geschäfte zu treffen, so wäre dasjenige des § 213 Abs. 1 und 2 des zürcherischen EG z. ZGB nur dann zu niedrig, wenn damit unnötigerweise auch Darlehensgeschäfte mit normalen einwandfreien Vergütungen verboten würden. Dass diese Voraussetzung zutrefte, ein Ermessensmissbrauch in diesem Sinne vorliege, kann die Rekurrentin aber nicht dartun. Das genannte Zinsmaximum ist denn auch abgesehen vom Seedarlehen (foenus nauticum) erheblich höher als dasjenige, das man im römischen, im frühern gemeinen deutschen und in den kantonalen Rechten zur Zeit der Entstehung des schweizerischen Obligationenrechts antrifft. Diese zuletzt genannten Rechte beschränkten damals das Zinsmaximum auf 5-6%. Nicht nur der moderne, feinere, den wirtschaftlichen Bedürfnissen und Anforderungen möglichst angepasste Wucherbegriff entspricht eben dem öffentlichen Interesse an der Bekämpfung des Wuchers, sondern auch der alte gröbere, die Überschreitung eines gesetzlichen Zinsmaximums,

Seite: 185

trotz der erwähnten Unvollkommenheit; denn das Verbot einer solchen Überschreitung erleichtert durch die Einfachheit der Norm und ihrer Handhabung die Aufgabe der mit der Bekämpfung des Wuchers betrauten Behörden, während sie durch den modernen Wucherbegriff erschwert wird und dieser daher, wie es scheint, ebenfalls nicht ganz befriedigt (vgl. BINDINGS, a.a.O. S. 451 f.; WEIBEL, a.a.O. S. 606 f., 612 f., 614; LÜTHY, a.a.O. S. 38 f.). Das ist denn auch nach den Ausführungen des Regierungsrates der Grund, weshalb der Kanton Zürich im Strafrecht dem in Art. 157 StGB aufgenommenen modernen Wucherbegriff jetzt auf kantonalem Boden den alten zur Seite stellt (ähnlich dem von WEIBEL an den Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins von 1884 gemachten Vorschlag, a.a.O. S. 618) und sich schon im Jahre 1911 entschlossen hat, die beiden Wucherbegriffe wenigstens in gewissem Masse, zivilrechtlich, zu kumulieren, indem er zu den §§ 188 ff. seines Strafgesetzbuches und zu § 2 seines Wuchergesetzes vom 27. Mai 1883, die im modernen Sinn definierte Wuchergeschäfte als straf- und anfechtbar erklärten, in § 212 des EG z.

ZGB eine Bestimmung hinzufügte, die es den gewerbsmässigen Gelddarleihern verbot, an Zins, Provision, Kommission und Gebühren mehr als 2% für den Monat zu beziehen.

5. Die Beschwerde wegen Verletzung der Rechtsgleichheit ist ebenfalls unbegründet. Eine solche Verfassungsverletzung lässt sich nicht darin erblicken, dass das kantonale Recht von Kanton zu Kanton verschieden ist (vgl. BGE 38 I S. 77 Erw. 2; 41 I S. 503 Erw. 3). Sie liegt auch nicht in der Verschiedenheit des Vergütungsmaximums für Darleiher und Darlehensvermittler, weil die Leistungen des Darleihers und diejenigen des Vermittlers von einander wesentlich verschieden sind (vgl. BGE 36 I S. 7; 40 I S. 132; 48 I S. 4). Bei der Vergütung für ein Darlehen liegt es auf der Hand, dass die Zeit der Kapitalleihe eine erhebliche Rolle spielen muss, während dieser Faktor bei der Vermittlung wegfällt. Insbesondere können beim Darlehen die Barauslagen des Darleihers leicht in

Seite: 186

ein bestimmtes Verhältnis zur Kapitalschuld und zur Zeit der Kapitalleihe gebracht und kann auf diese Weise ihr Ersatz beschränkt werden, was bei der Vermittlung nicht möglich ist. Zudem hat der Regierungsrat noch andere Umstände angeführt, die einer Beschränkung des Ersatzes von Barauslagen speziell bei der Vermittlung im Wege stehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird abgewiesen