

S. 223 / Nr. 48 Handels- und Gewerbefreiheit (d)

BGE 70 I 223

48. Urteil vom 11. Dezember 1944 i. S. Müller und Renner gegen Regierungsrat und Grosser Rat des Kantons Luzern.

Regeste:

Art. 4, 31 BV, Art. 2 Ueb. Best. z. BV; Gewaltentrennung.

1. 1. Zulässigkeit einer den Handel mit Gülden und Schuldbriefen der Bewilligungspflicht unterstellenden kantonalen Vorschrift, die

a) den Entscheid darüber, ob eine bestimmte Tätigkeit unter das Gesetz fällt, im Zweifelsfall der Verwaltung anheimgibt (Erw. 3);

b) Banken und Sparkassen von der Anwendung des Gesetzes ausnimmt (Erw. 4);

c) bei juristischen Personen die Publikationspflicht ausdehnt auf Organe und Angestellte, die den Beruf ausüben (Erw. 8).

2. Macht das Gesetz die Berufsausübung von einer Kautionsleistung abhängig, so kann

a) wer ausserdem ein anderes kautionspflichtiges Gewerbe betreibt, nicht die Befreiung von einer der beiden Kautionen verlangen (Erw. 5);

b) der Staat für allfällige Bussen und staatliche Kostenforderungen kein Vorrecht darauf beanspruchen (Erw. 6);

c) im Falle der Inanspruchnahme der Kautionsleistung durch geschädigte Dritte oder den Staat die Verfügung über Verwendung und Aushändigung der Kautionsleistung nicht dem Entscheid des (Zivil- oder Straf-) Richters entzogen werden (Erw. 9).

Seite: 224

3. Eine kantonale Gebührenordnung für die ausserbörsliche Kommission oder Vermittlung von Wertpapieren ist unzulässig, wenn ihr nicht bloss die Bedeutung einer subsidiären Normierung im Sinne von Art. 414 OR zukommt (Erw. 7).

Art. 4, 31 CF, 2 Disp. trans. CF; *séparation des pouvoirs*.

1. Disposition de droit cantonal soumettant à patente le commerce des lettres de rente et des cédulas hypothécaires. Une telle disposition peut

a) réserver à l'autorité administrative le soin de décider, en cas de doute, si une activité déterminée tombe sous le coup de la loi (consid. 3);

b) soustraire à la réglementation les banques et caisses d'épargne (consid. 4);

c) étendre l'obligation de la publication, lorsqu'il s'agit de personnes morales, aux organes et employés qui exercent la profession (consid. 8).

2. Loi cantonale faisant dépendre l'exercice de la profession du dépôt d'une caution; dans ce cas,

a) celui qui exerce déjà une autre profession pour laquelle il doit fournir une garantie ne peut exiger d'être libéré de l'un des deux cautionnements (consid. 5)

b) l'Etat ne peut prétendre un droit préférable sur la caution pour se payer d'amendes ou de frais qui lui seraient dus (consid. 6)

c) la loi ne peut, pour l'éventualité où des tiers ou l'Etat exercent leurs droits sur la caution, retirer au juge ordinaire (civil ou pénal) le pouvoir de statuer sur l'application et la délivrance de cette caution (consid. 9).

3. Les cantons ne peuvent édicter un tarif applicable à l'activité des intermédiaires en papiers-valeurs (commissionnaires et courtiers, à l'exclusion des agents de change), à moins de conférer à ce tarif le caractère d'une réglementation subsidiaire au sens de l'art. 414 CO (consid. 7).

Art. 4, 31 CF, 2 disp. trans. CF *separazione dei poteri*.

1. Disposizione di diritto cantonale che sottometta ad una patente il commercio delle rendite fondiarie e delle cartelle ipotecarie. Tale disposizione può

a) riservare all'autorità amministrativa di decidere, in caso di dubbio, se un'attività determinata cade sotto la legge (consid. 3);

b) eccettuare dal regolamento le banche e casse di risparmio (consid. 4);

c) estendere, qualora si tratti di persone giuridiche, l'obbligo di pubblicazione agli organi ed impiegati che esercitano la professione (consid. 8).

2. Legge cantonale che fa dipendere l'esercizio della professione da una cauzione; in questo caso

a) colui che esercita già un'altra professione per cui deve prestare sicurezza, non può esigere d'essere liberato da una delle due cauzioni (consid. 6);

b) lo Stato non può pretendere un diritto preferibile sulla cauzione per pagarsi multe o spese dovute;

c) la legge non può negare al giudice ordinario (civile o penale) il potere di decidere sull'applicazione

e la consegna della

Seite: 225

cauzione in caso che terzi o lo Stato facciano valere delle pretese (consid. 9).

3. I cantoni non possono stabilire una tariffa per l'attività dei mediatori di titoli di credito (commissionari e sensali, eccettuati gli agenti di borsa), a meno di conferire a questa tariffa il carattere d'un regolamento sussidiario ai sensi dell'art. 414 CO (consid. 7).

A. - Am S. März 1944 erliess der Grosse Rat des Kantons Luzern das Gesetz über den gewerbsmässigen Handel mit Gülden und Schuldbriefen. Darnach bedarf, wer solche Titel gewerbsmässig ankauft, verkauft, tauscht oder vermittelt, einer staatlichen Bewilligung (§ 1 Abs. 1); darüber, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des Gesetzes vorliegen, entscheidet im Zweifelsfall das zuständige Departement des Regierungsrates (Abs. 3); Banken, die dem Bundesgesetz über Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 unterstellt sind, fallen nicht unter das kantonale Gesetz (Abs. 4). Wer den gewerbsmässigen Handel mit Schuldbriefen und Gülden betreibt, hat bei der Staatskasse eine Kautions von Fr. 5000.- zu hinterlegen (§ 3 Abs. 1); sofern die Bewilligung einem Liegenschaftshändler erteilt wird, kann die von ihm nach dem Gesetz betr. die gewerbsmässige Vermittlung im Grundstücksverkehr geleistete Kautions angerechnet werden, wenn diese Vermittlertätigkeit nur von geringem Umfang ist (Abs. 2); die Kautions haftet in erster Linie für Bussen und Gerichtskosten aus Übertretungen dieses Gesetzes oder aus Nichtbeachtung der auf Grund des Gesetzes erlassenen amtlichen Weisungen und Verfügungen, in zweiter Linie für die richtige Erfüllung der Verpflichtungen aus dem gewerbsmässigen Handel mit Gülden und Schuldbriefen (Abs. 3). Ferner bestimmen:

§ 6: Der Regierungsrat kann die Gebühren, welche die Schuldbrief und Güldenhändler für ihre Tätigkeit erheben dürfen, in einer Verordnung festlegen.

§ 9: Erteilung oder Entzug der Bewilligung, sowie Verzicht des Inhabers sind im Kantonsblatt bekannt zu machen.

Diese Publikationspflicht gilt auch für sämtliche Organe, Geschäftsführer und Angestellte einer juristischen Person, die sich mit dem Handel von Gülden und Schuldbriefen befassen.

Seite: 226

§ 11: Das zuständige Departement entscheidet über die Erteilung und den Entzug der Bewilligung, sowie über die Annahme Verwendung und Aushändigung der Kautions und setzt die jährliche Staatsgebühr fest.

.....

§ 12: Dieses Gesetz tritt am 1. Mai 1944 m Kraft.

.....

Das Gesetz wurde am 11. März 1944 veröffentlicht Die Referendumsfrist lief am 20. April 1944 ab. Mit Beschluss vom 24. April 1944 hat der Regierungsrat das Gesetz auf den in § 12 genannten Zeitpunkt in Kraft erklärt.

B. - Mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 27. Mai 1944 beantragen die Beschwerdeführer, von den Bestimmungen des Gesetzes über den gewerbsmässigen Handel mit Gülden und Schuldbriefen aufzuheben:

a) § 1 Absätze 3 und 4,

b) § 3 Abs. 1 und 2 in dem Sinne, dass die patentierten Sachwalter von der Kautionspflicht befreit seien,

c) § 3 Abs. 3, soweit die Kautions für Bussen und Gerichtskosten zu haften hätte,

d) die §§ 6 und 9 Abs. 2,

e) § 11, soweit er bei Ansprüchen geschädigter Dritter den Entscheid über Verwendung und Aushändigung der Kautions einem Departement des Regierungsrates, statt dem ordentlichen Richter überweise.

Es wird Verletzung der Art. 4 (rechtsungleiche Behandlung) und 31 BV sowie von Art. 2 ÜB.Best.z.BV geltend gemacht, und zur Begründung im wesentlichen ausgeführt: Der Bürger müsse zum voraus wissen, ob das Gesetz im Einzelfall anwendbar sei; es sei ihm nicht zuzumuten, dafür zunächst eine Entscheidung im Sinne von § 1 Abs. 3 herbeizuführen, weshalb diese Bestimmung die Rechtsgleichheit verletze. Die Rechtsgleichheit werde auch dadurch verletzt, dass Banken und Sparkassen nicht dem Gesetz unterstellt würden, während die Sachwalter darunter fielen, bei denen die Berufsausübung an viel strengere Vorschriften geknüpft werde; es handle sich hier offenbar um eine wirtschaftspolitische Massnahme, die auch vor Art. 31 BV nicht stand halte. Dadurch, dass den

Seite: 227

Sachwaltern, die gestützt auf die Bestimmungen des Gesetzes über die gewerbsmässige

Liegenschaftsvermittlung bereits eine Kautions von Fr. 8000.- zu leisten hätten, durch § 3 eine weitere Kautions von Fr. 5000.- auferlegt werde, werde die Gewerbeausübung ebenfalls in unzulässiger Weise eingeschränkt. Für die Unzulässigkeit der Inanspruchnahme der Kautions für Bussen und staatliche Kostenforderungen vor Art. 31 BV wird auf BGE 48 I 461 und 65 I 65 ff. verwiesen. Dass der Kanton durch eine regierungsrätliche Gebührenordnung in die zivilrechtlichen Beziehungen der Parteien eingreifen wolle, verletze, wie das Bundesgericht bereits in BGE 65 I 83 ausgesprochen habe, den Grundsatz von der derogatorischen Kraft des Bundesrechtes. Für den Schutz des Publikums sei durch die staatliche Aufsicht und den Patenzwang ausreichend gesorgt; dass § 9 Abs. 2 die Publikationspflicht auch auf sämtliche Organe, Geschäftsführer und Angestellte einer juristischen Person ausdehne, lasse sich daher nicht mit polizeilichen Motiven rechtfertigen. Wenn schliesslich der Entscheid über Verwendung und Aushändigung der Kautions einem Departement des Regierungsrates überlassen werde, liege hierin eine Verletzung des Grundsatzes von der Trennung der Gewalten. Der Verwaltung könne nicht zustehen, darüber zu befinden, ob Ansprüche von Kunden an die Kautions begründet seien. Der Entscheid darüber könne vielmehr nur dem Richter zukommen.

D. - Der Regierungsrat des Kantons Luzern beantragt für sich und den Grossen Rat die Abweisung der Beschwerde. Er führt im wesentlichen aus: Nach dem Gesetz sei bewilligungspflichtig nur der gewerbmässige Handel mit Gülden und Schuldbriefen, d. h. derjenige, der einen Bestandteil der Erwerbstätigkeit bilde, nicht auch jener, der in den Rahmen einer Verwaltungs- oder Liquidationstätigkeit falle. § 1 Abs. 3 bezeichne die Stelle, die darüber im Zweifelsfalle zu entscheiden habe. Die besondere Behandlung der Banken und Sparkassen sei sachlich gerechtfertigt, weil die im Bankengesetz angeordnete Kontrolle

Seite: 228

den vom kantonalen Gesetzgeber angestrebten Zweck bereits erfülle, während der Handel mit Wertpapieren nicht, in den Tätigkeitsbereich der Sachwalter gehöre und von den Kontrollmassnahmen, die das Sachwaltergesetz vorsehe, nicht erfasst werde. Aus diesem Grunde könne auch die Kautionspflicht nach den Bestimmungen des Sachwaltergesetzes Pflicht und Mass der Sicherheit für den Wertpapierhandel nicht beeinflussen. Die für diesen eingesetzten Kontrollorgane seien an die Schweigepflicht der Beamten gebunden, so dass insoweit auch keine Privilegierung der Banken entstehe. Dass die Kautions auch für Forderungen des Staates aus Übertretungen des Gesetzes hafte, entspreche der Ordnung anderer kantonalen Gesetze, übrigens auch derjenigen von § 13 des Viehhandelskonkordates, und widerspreche nicht der Rechtsprechung des Bundesgerichtes. Es werde natürlich Sache des Richters sein, über allfällige Ansprüche Geschädigter auf die Kautionssumme zu entscheiden. Die übrigen Verfügungen werde das Departement ausschliesslich nach Massgabe des Gesetzes treffen. Die Festlegung maximaler Gebührenforderungen sei für verschiedene Gewerbszweige bereits als zulässig anerkannt worden, wenn sie zur Beseitigung von Missständen, im Interesse von Treu und Glauben im Verkehr und zum Schutze der Allgemeinheit begründet sei. Das treffe hier zu, weil die Gebührenordnung den Zweck verfolge, die Allgemeinheit vor der bisher häufigen gewissenlosen Ausbeutung und vor Übervorteilung zu schützen. Auch die Ordnung von § 9 Abs. 2 über die Publikationspflicht sei vernünftig. Sie bezwecke, die bei der juristischen Person zur Geschäftstätigkeit berechtigten Personen bekannt zu machen und zweifelhafte Geschäfte Unbefugter wirksam zu verhindern.

Aus den Erwägungen .

3.- Das Gesetz umschreibe die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit nach objektiven Gesichtspunkten. Darunter fällt, wer bestimmte, in § 1 Abs. 1 genannte

Seite: 229

Rechtsgeschäfte (Kauf und Verkauf, Tausch, Vermittlung) mit bestimmten Wertpapieren (Gülden und Schuldbriefen) tätig, sofern diese Tätigkeit nicht nur der Anlage oder Verwaltung eigenen Vermögens dient, oder bloss beiläufig und mehr zufällig besorgt wird; erforderlich ist vielmehr, dass gewerbmässig gehandelt, ein Erwerb zu erzielen beabsichtigt wird. Diese objektiven Kriterien der Gesetzesanwendung schliessen es jedoch nicht aus, dass sie, vor allem dasjenige der Gewerbmässigkeit, verschiedener Auslegung fähig sind (vgl. hiezu z. B. die Auslegung des strafrechtlichen Begriffes der Gewerbmässigkeit in BGE 68 IV 44, 69 IV 112, 70 IV 16), oder dass der Bürger doch das Bedürfnis hat, im Zweifelsfalle eine Entscheidung der zuständigen Behörde darüber zu erwirken. Die Beschwerdeführer haben selbst, wie sich aus ihren Eingaben an den Regierungsrat ergibt, dem Begriffe eine irrümliche Auslegung gegeben, wenn sie glaubten und noch in der Beschwerde davon ausgehen, § 1 treffe nach seinem Wortlaut auch zu, wenn ein Sachwalter bei Gelegenheit der Verwaltung oder Liquidation eines Vermögens die in § 1 aufgezählten Geschäfte abschliesse. Weitere Zweifelsfragen können sich ergeben. Wenn daher § 1 Abs. 3 dem zuständigen Departement des Regierungsrates die Entscheidung darüber zuweist, ob die Voraussetzungen für die Anwendung des Gesetzes im Einzelfall vorliegen, so geschah dies nicht im Sinne einer Verpflichtung

des Bürgers, den Entscheid des Departementes anzurufen, wenn er findet, die Entscheidung ergebe sich mit hinlänglicher Sicherheit aus dem Gesetze selbst. Von einem unzulässigen Eingriff in die Freiheitsphäre des Bürgers, oder davon, dass die Vorschrift eines vernünftigen Sinnes entbehre, kann daher keine Rede sein. Die Rüge aber, dass die Beschwerdeführer damit im Verhältnis zu den Banken und Sparkassen rechtsungleich behandelt würden, ist schon deshalb unbegründet, weil, wie noch auszuführen ist, diese von der Unterstellung unter das Gesetz ohne Verletzung von Art. 4 BV überhaupt ausgenommen werden durften.

Seite: 230

4.- Banken und Sparkassen fallen nach § 1 Abs. 4 nicht unter die Bestimmungen des Gesetzes. Da neben dem Bundesgesetz über Banken und Sparkassen (Art. 53) kantonale Vorschriften über Banken keinen Bestand haben, diese also für Geschäfte, die in deren Geschäftskreis fallen, auch keiner kantonalen Bewilligung und Kontrolle unterworfen werden können, wäre eine solche Unterstellung nicht zulässig gewesen. Abgesehen hiervon wäre sie angesichts der Vorschriften des Bankengesetzes über die Organisation von Bankunternehmungen, über ihr Verhältnis von eigenen und fremden Mitteln und die Liquidität, über Buchführung und Bilanzen, ferner der Vorschriften betreffend die Überwachung und Kontrolle sowie die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit auch sachlich nicht gerechtfertigt. Das Gesetz über die Ausübung des Sachwalterberufes vom 6. Oktober 1942 stellt freilich auch an die Sachwalter gewisse Voraussetzungen sachlicher und persönlicher Art. Doch gehört der Handel mit Wertpapieren im Unterschied zu den Banken gerade nicht zu den Geschäften der Sachwalter im Sinne von § 1 des Sachwaltergesetzes; ihm wird daher auch mit den bezüglichen Vorschriften über Buchführung, Kontrolle usw. keine besondere Rechnung getragen. Es liegen somit in tatsächlicher Beziehung andere Verhältnisse vor, die eine rechtlich verschiedene Behandlung zu rechtfertigen vermögen (BGE 48 I 4).

Die Rekurrenten beschwerten sich in diesem Zusammenhang auch über eine Verletzung der Handels und Gewerbefreiheit, die sich daraus ergebe, dass die andere Behandlung der Banken zu deren Bevorzugung im Geschäftsverkehr gegenüber den Sachwaltern führen müsse, weil jene der Kontrolle des § 5 nicht unterständen. Doch ist diese Kontrolle eine Folge aus der Bewilligungspflicht, sodass sich die Rüge im Grunde gegen die Verfassungsmässigkeit von § 1 Abs. 1 des Gesetzes richtet, den die Beschwerdeführer nicht in die Anfechtung einbeziehen. Sie ist übrigens unbegründet. Art. 31 BV gewährleistet die Handels und

Seite: 231

Gewerbefreiheit ausdrücklich nur unter dem Vorbehalt polizeilicher Verfügungen über die Ausübung des Gewerbes (Art. 31 lit. e). Solche Verfügungen sind immer dann zulässig, wenn sie den Schutz der Öffentlichkeit vor Störungen durch eine schrankenlose Freiheit der gewerblichen Betätigung bezwecken, den mit einer bestimmten Art der Gewerbeausübung verbundenen Gefahren für die öffentliche Ruhe und Sicherheit entgegentreten, oder die Verletzung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr durch unlautere, auf Täuschung berechnete Geschäftspraktiken bekämpfen wollen (BGE 51 I 108, 59 I 111 Erw. 3). Solange es an einer Aufsichtsmöglichkeit des Staates fehlte, haben sich aber, wie in der regierungsrätlichen Botschaft zum Gesetz ausgeführt wird, von den Rekurrenten übrigens nicht bestritten ist, beim Handel mit Gülden und Schuldbriefen häufig derartige Auswüchse gezeigt. Besondere Verhältnisse im Kanton Luzern, wie geringer Nennwert der Titel, lange Laufzeit und das Fehlen einer Verpflichtung der Kantonalbank, solche Titel zu Eigentum zu übernehmen, haben diese Misstände noch begünstigt, sodass sich eine Regelung aufdrängte, die darauf ausgeht, den Handel mit diesen Titeln unter staatliche Kontrolle zu stellen, und dazu nur Personen zuzulassen, die für eine einwandfreie Geschäftsführung Gewähr bieten. Nicht zulässig sind freilich Einschränkungen, die ohne solchen Zweck nur darauf ausgehen, die wirtschaftliche Entwicklung eines Gewerbebezweiges zu korrigieren, die Bedürfnisklausel einzuführen, oder den Betrieb zum Schutze anderer, insbesondere subventionierter Gewerbe zu erschweren (BGE 59 I 111). Doch liegt in der Nichtunterstellung der Banken und Sparkassen unter das Gesetz keine derartige Beschränkung, nachdem sich für sie eine zusätzliche Kontrolle zu den bereits vorhandenen Kontrollmassnahmen des Bankengesetzes erübrigte, die zudem, wie ausgeführt, vor dem Bundesrecht keinen Bestand hätte. Eine Begünstigung der Banken besteht insbesondere auch nicht insoweit, als diese den Schutz des Bankgeheimnisses geniessen, während die

Seite: 232

Güldenhändler des Schutzes des Geschäftsgeheimnisses durch die für sie eingesetzte Kontrolle verlustig gingen. Denn diese Kontrollorgane sind staatliche Beamte und als solche an die Schweigepflicht gebunden. Sie ergibt sich, wie in der Vernehmlassung ausgeführt ist (bei deren Ausführungen der Regierungsrat zu behaften ist), für das massgebende kantonale Recht auch ohne besondere gesetzliche Anordnung aus der allgemeinen Treuepflicht des Beamten, übrigens auch aus

Art. 320 des schweizerischen Strafgesetzbuches, das die Verletzung des Amtsgeheimnisses unter Strafe stellt.

5.- Die den Gültenhändlern in § 3 Abs. 1 auferlegte Kautionspflicht wird als solche von den Beschwerdeführern nicht angefochten, noch wird behauptet, die Sachwalter seien insoweit rechtsungleich behandelt, als zwar die Kautionspflicht der Liegenschaftsvermittler, nicht aber diejenige der Sachwalter angerechnet werden könne. Vielmehr wird lediglich geltend gemacht, die Verpflichtung, zu der den Sachwaltern vom Sachwaltergesetz auferlegten Kautionspflicht eine weitere von Fr. 5000.- zu leisten, wäre untragbar und eine unzulässige Beschränkung der Gewerbeausübung.

Die Rekurrenten stellen mit Recht nicht in Abrede, dass zur ausreichenden Sicherung der Verbindlichkeiten, die aus der Ausübung des Gewerbes als Sachwalter und als Gültenhändler Dritten gegenüber entstehen können, Kautionspflichten von Fr. 8000.- bzw. Fr. 5000.- angemessen sind. Wer daher beide Gewerbe ausüben will, kann sich grundsätzlich auch nicht der Pflicht entziehen, beide Kautionspflichten zu leisten, weil eine Herabsetzung bzw. teilweise Befreiung allenfalls zu ungenügender Sicherung geschädigter Gläubiger führen müsste, wenn aus der Ausübung beider Berufe Schaden entstünde. Eine andere Behandlung könnte sich höchstens rechtfertigen, wenn zwischen den entsprechenden Gewerben ein Zusammenhang bestünde, und beim Bewerber das eine der beiden lediglich von untergeordneter Bedeutung wäre. Dass letzteres bei den Beschwerdeführern zutrefte, ist nicht geltend gemacht. Was aber den

Seite: 233

Zusammenhang der beiden Gewerbe betrifft, so besteht ein solcher im Verhältnis zwischen Gültenhändler und Liegenschaftsvermittler; er fehlt dagegen zwischen dem ersten und dem Sachwalter. Das ergibt sich schon daraus, dass § 1 Ziff. 1 des Sachwaltergesetzes, wie bereits ausgeführt, den Ankauf, Verkauf und die Vermittlung von Wertpapieren, zu denen die Gülten und Schuldbriefe gehören, von den in den Geschäftskreis der Sachwalter fallenden Geschäften gerade ausdrücklich ausnimmt. Dass für denjenigen, der das Gewerbe des Gültenhändlers und des Sachwalters gleichzeitig betreiben will, die Verpflichtung, zwei Kautionspflichten zu leisten, unter Umständen eine gewisse Erschwerung der Berufsausübung mit sich bringen kann, genügt aber nicht, um die angefochtene Massnahme vor Art. 31 BV als unzulässig erscheinen zu lassen, solange der Zweck, den sie erfüllen soll, dies erfordert, dem öffentlichen Interesse durch eine weniger weitgehende Beschränkung nicht ausreichend gedient ist. Das trifft aber hier zu. Von den Beschwerdeführern wird übrigens auch nicht geltend gemacht, dass sie die beiden Kautionspflichten, von denen die eine durch Abschluss einer Kautionsversicherung bei einer schweizerischen Versicherungsgesellschaft geleistet werden kann, nicht zu erbringen vermöchten.

6.- Mit dem Beschwerdebegehren Ziff. 2 lit. c verlangen die Beschwerdeführer die Aufhebung von § 3 Abs. 3, soweit darin vorgesehen ist, dass die Kautionspflicht auch für Bussen und Gerichtskosten hafte. In der Beschwerdebegründung wird jedoch dieser Antrag dahin eingeschränkt, bzw. nur insoweit substantiiert, als die angefochtene Bestimmung dem Staat ein besseres, ein Vorrecht vor allfällig geschädigten Kunden einräumen will (Beschwerde S. 8). Es kann deshalb offen bleiben, wäre allenfalls dem Urteil auf eine Beschwerde gegen die Anwendung von § 3 Abs. 3 im Einzelfall vorzubehalten, ob der Staat für Bussen und Kostenforderungen aus der Übertretung des Gesetzes sich ebenfalls an die Kautionspflicht halten darf, die Sicherheit leisten soll für Schadenersatzansprüche von Kunden, und in welcher

Seite: 234

Weise er dies tun könne. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist es nicht zulässig, die Sicherstellung einer Forderung aus Zuwiderhandlung gegen eine Gesetzesbestimmung vorzuschreiben, die eine bestimmte Tätigkeit als bewilligungspflichtig erklärt, weil es aus allgemeinen Gründen nicht angehe, dass die Administrativbehörden wegen der blossen Möglichkeit einer Verfehlung Sicherheit für allfällige Bussen fordern (BGE 48 I 453 ff.; vgl. dazu auch das Urteil in BGE 65 I 65 ff. speziell S. 77, wo eine Bestimmung in Frage stand, aus der nicht ersichtlich war, wofür die Kautionspflicht zu dienen habe, und die Umstände den Schluss rechtfertigen, sie sei nicht für Ansprüche Dritter, sondern für solche des Staates verlangt worden, das Bundesgericht übrigens im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falls die Kautionsauflage auch sachlich als nicht berechtigt erklärte). Wenn darnach die Sicherstellung derartiger Forderungen für sich allein die Auferlegung einer Kautionspflicht nicht zu rechtfertigen vermag, so kann es auch nicht angehen, zu bestimmen, dass die Kautionspflicht, die für andere Zwecke zu leisten ist, in erster Linie für jene Forderungen des Staates hafte. Insoweit erweist sich § 3 Abs. 3 als verfassungswidrig und darf nicht angewendet werden. Dass ähnliche Bestimmungen sich bereits in andern luzernischen Gesetzen finden, ist unerheblich, solange eine Anfechtung mit staatsrechtlicher Beschwerde unterblieben ist; ebenso ist unbedenklich der Hinweis auf § 13 des Viehhandelskonkordates vom 13. September 1943, wo zwar eine Haftung der Kautionspflicht vorgesehen ist nicht nur für zivilrechtliche Ansprüche Dritter aus dem Viehhandel, sondern auch für

Gebühren, Bussen und Kosten, wo jedoch jenen öffentlichrechtlichen Forderungen kein Vorrecht vor den andern eingeräumt wird, wie dies in § 3 geschieht.

7.- § 6 ermächtigt den Regierungsrat, für die Bemühungen der Gülten und Schuldbriefhändler eine Gebührenordnung zu erlassen, d. h. die Entschädigungen, die den Händlern geschuldet sind, ohne Rücksicht auf allfällige Vereinbarung, auf Verbandstaxen oder Übungen zu

Seite: 235

bestimmen. Da eine Gebührenordnung zum vornherein dort nicht in Betracht kommen kann, wo der Händler Titel in eigenem Namen und auf eigene Rechnung erwirbt, verkauft oder tauscht, kann sie nur Bezug haben auf Fälle, in denen diese Rechtsgeschäfte in eigenem Namen des Händlers, aber für Rechnung des Kunden, also in der Form der Kommission abgeschlossen werden (Art. 425 ff. OR), und ferner, wenn der Händler beauftragt ist, als Mäkler die Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder dessen Abschluss zu vermitteln (Art. 412 ff. OR). In beiden Fällen ist die Vergütung, die für solche Tätigkeit gefordert werden darf, durch das Bundesprivatrecht geordnet, für den Mäkler in Art. 414, für den Kommissionär in den Art. 431 ff. OR. Darnach hat der Mäkler Anspruch auf den (zum voraus oder nachträglich) vereinbarten Lohn, und wenn es an einer Vereinbarung fehlt, auf den Betrag der dafür geltenden Taxe, eventuell auf eine übliche Entschädigung. Desgleichen kann der Kommissionär ausser dem Ersatz seiner Vorschüsse und Auslagen den vereinbarten, eventuell den handelsüblichen Lohn fordern, die ortsübliche Vergütung, wenn das Geschäft aus einem andern als in der Person des Kommittenten liegenden Grunde nicht ausgeführt worden ist. Für eine kantonale Ordnung bleibt daneben grundsätzlich kein Raum. Art. 405 des Obligationenrechts von 1881 hatte freilich auch für den Mäklervertrag besondere kantonale Bestimmungen vorbehalten. Das geltende Recht schränkt jedoch diesen Vorbehalt in Art. 418 OR bewusst und ausdrücklich ein auf die Vermittlungstätigkeit an der Börse und auf die gewerbsmässige Stellenvermittlung (BGE 34 I 89, 65 I 79). Abgesehen hievon sind die Kantone noch befugt, für die Vermittlung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken auf dem Verordnungswege Vorschriften aufzustellen über die Höhe des Mäklerlohnes und weiterer Vergütungen (Art. 31 des Bundesratsbeschlusses vom 19. Januar 1940 über Massnahmen gegen die Bodenspekulation und die Überschuldung). Soweit dagegen nicht diese

Seite: 236

besonderen Arten des Mäklervertrages in Frage stehen, ist die Ordnung des § 6 mit dem Bundeszivilrecht unvereinbar. Zulässig ist sie nur in dem Sinne, dass der Staat selbst anstelle des Berufsverbandes den Tarif erlässt, auf den für die Entschädigung des Mäklers beim Fehlen einer Parteivereinbarung abzustellen ist, also als bloss subsidiäre Norm, die vor der Parteiabrede zurückzutreten hat (BGE 65 I 83; Urteil vom 26. Oktober 1940 i. S. der association vaudoise des agents intermédiaires S. 35 ff. nicht publ.). Bei der Kommission fehlt es auch am Hinweis auf einen Tarif; die Übung aber, auf die für den Sonderfall des Art. 432 Abs. 2 OR verwiesen ist, könnte nicht unabhängig von . tatsächlich herrschenden Gebräuchen durch regierungsrätliche Verordnung festgelegt werden. Denn als Ausdruck einer Übung gilt nach Art. 5 Abs. 2 ZGB nur das bisherige kantonale Recht, und zwar nur bis zum Nachweis, dass sich nicht inzwischen eine abweichende Übung herausgebildet habe.

Der Regierungsrat beruft sich in der Vernehmlassung darauf, dass Tarife im Sinne von Maximalansätzen für verschiedene Gewerbezweige, u. a. für Apotheker, Kutscher, Fuhrleute usw. als zulässig erklärt wurden. Es ist richtig, dass die Rechtsprechung von Bundesrat und Bundesgericht von der Handels und Gewerbefreiheit, die grundsätzlich einer Tarifierung von Preisen und Dienstleistungen entgegensteht, Ausnahmen zugelassen hat, und zwar nicht nur für Berufsarten, bei denen wie etwa beim Anwaltsberuf bestimmte Tätigkeiten gewissermassen eine öffentliche Aufgabe darstellen (BGE 41 II 474, 65 I 83, 66 I 55), sondern auch für andere Gewerbe, in denen sich zur Vermeidung von Ausbeutung sowie von Streitigkeiten, d. h. aus polizeilichen Gründen, ein Tarif im Sinne einer Maximaltaxe als notwendig erwies. Derartige Vorschriften können, wie im erwähnten Urteil vom 26. Oktober 1940 ausgeführt ist, aus Gründen gerechtfertigt sein, die mit der Benützung des öffentlichen Grund und Bodens, oder dem Verkehr auf der öffentlichen Strasse zusammenhängen,

Seite: 237

wie bei den Fuhrleuten und Kutschern (SALIS, Bundesrecht Bd. II Nr. 876, BURCKHARDT, Bundesrecht Bd. II Nr. 438 II), oder den Taxi-Chauffeuren (Urteil vom 14. November 1930 i. S. Bissig); oder sie können auch bloss in Erwägungen der Handelspolizei begründet sein, wie bei den Stellenvermittlungsbureaux oder den Apotheken (SALIS Nr. 774, BURCKHARDT Nr. 438 I). Sie sind aber immer dann unzulässig, wenn das Bundesrecht, wie hier, in einem bestimmten Gebiet ausdrücklich die Vertragsfreiheit anerkennt. Denn damit schützt es nicht bloss die Interessen des Einzelnen, sondern trägt zugleich auch dem öffentlichen Interesse Rechnung, und schliesst es aus,

dass daneben der kantonale Gesetzgeber aus Gründen des öffentlichen Interesses eingreife, und zwar selbst dann, wenn eine derartige Ordnung an sich wünschenswert wäre (BGE 42 I 354, 58 I 32, 64 I 29, 65 I 81; Urteil vom 26. Oktober 1940 i. S. der association vaudoise des agents intermédiaires).

§ 6 des Gesetzes läuft daher dem Bundesrecht zuwider, wenn er den Regierungsrat für befugt erklärt, eine Gebührenordnung zu erlassen, die für die Kommission von Wertpapieren anwendbar wäre, oder der für den Mäklervertrag nicht bloss der Sinn einer nach Art. 414 OR zulässigen subsidiären Normierung von Gebühren zukäme.

8.- Nach § 9 sind sämtliche Organe, Geschäftsführer und Angestellte einer juristischen Person, die sich mit dem Handel von Gülden und Schuldbriefen befassen, im Kantonsblatt bekanntzumachen. Die Rüge der Verletzung von Art. 31 BV, die die Beschwerdeführer hiegegen erheben, ist unbegründet. Weder mit der staatlichen Aufsicht über den bewilligungspflichtigen Betrieb, noch der Publikation der Firma würde der Zweck erreicht, der Öffentlichkeit alle Personen bekannt zu machen, die den Handel mit Gülden und Schuldbriefen sei es auf eigene Rechnung, sei es für eine juristische Person, ausüben; denn es würde dadurch nicht ausgeschlossen, dass juristische Personen den Handel mit diesen Wertpapieren durch irgendwelche zweifelhaften Elemente betreiben und auf diese Weise das Publikum

Seite: 238

schädigen könnten. Es besteht deshalb zu der angeordneten Publikationspflicht, ein hinreichendes polizeiliches Motiv, das § 9 gegen den Vorhalt der Verletzung von Art. 31 BV deckt.

9.- Die von den bewilligungspflichtigen Betrieben zu leistende Kautions soll gemäss § 3 des Gesetzes ausgehändigt werden, sofern nach der Publikation des Erlöschens der Bewilligung innert Jahresfrist keine Ansprüche darauf erhoben werden, und nach § 11 das zuständige Departement mit Rekursvorbehalt an den Regierungsrat über Verwendung und Aushändigung der Kautions entscheiden. Da dies nach dem Wortlaut der letzten Bestimmung auch bei Ansprüchen allfällig geschädigter Dritter gelten müsste, Streitigkeiten über derartige zivilrechtliche Ansprüche also dem Zivilrichter entzogen wären, läge hierin eine Verletzung des in § 18 luz. KV ausgesprochenen Grundsatzes der Gewaltentrennung. Der Regierungsrat anerkennt dies eigentlich selbst, wenn er in der Vernehmlassung ausführt, es werde selbstverständlich Sache des Richters sein, über allfällige Ansprüche Geschädigter auf die Kautions zu befinden. Diese Auslegung ergibt sich jedoch nicht ohne weiteres aus dem Gesetzeswortlaut, auf den der Bürger sich muss verlassen können. Die Beschwerdeführer bestreiten dem Departement in diesem Zusammenhange auch die Kompetenz, über Bussen und Kosten zu entscheiden, da auch sie einzig vom zuständigen (Straf-) Richter ausgesprochen werden könnten. Sollten sie unter den Kosten auch Gebühren, insbesondere die jährlich zu entrichtende Staatsgebühr verstehen, wäre die Rüge unbegründet. Denn nach § 4 des Gesetzes, den die Beschwerdeführer nicht anfechten, ist der Gebührenrahmen durch regierungsrätliche Verordnung festzustellen, und nach § 11 innerhalb dieses Rahmens die im Einzelfall zu entrichtende Gebühr vom Departement zu bestimmen. Was der Richter damit zu tun hätte, ist nicht einzusehen. Wer zuständig ist, Übertretungen des Gesetzes festzustellen und die darauf vorgesehenen Strafen auszufällen, wird zwar in § 7 nicht

Seite: 239

ausdrücklich gesagt, muss aber offenbar dahin ausgelegt werden, dass der Entscheid hierüber dem Strafrichter vorbehalten bleibe. Für die Frage aber, ob das Departement befugt sei, die Kautions für derartige staatliche Gebühren und Bussen sowie Kostenforderungen aus dem Strafverfahren in Anspruch zu nehmen, in diesem Sinne also über Verwendung und Aushändigung zu entscheiden, ist auf das unter Ziff. 6 Ausgeführte zu verweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde gegen das luzernische Gesetz über den gewerbsmässigen Handel mit Gülden und Schuldbriefen vom 8. März 1944 wird im Sinne der Erwägungen insoweit gutgeheissen, als:

- a) § 3 Abs. 3 des Gesetzes bestimmt, dass die Kautions «in erster Linie» für Bussen und Gerichtskosten aus Übertretungen des Gesetzes oder aus Nichtbeachtung der auf Grund desselben erlassenen amtlichen Weisungen und Verfügungen hafte,
- b) in § 6 des Gesetzes der Regierungsrat für befugt erklärt wird, eine Gebührenordnung zu erlassen, der nicht bloss der Sinn einer für den Mäklervertrag nach Art. 414 OR zulässigen subsidiären Normierung von Gebühren zu kommt,
- c) § 11 des Gesetzes den Entscheid über Verwendung und Aushändigung der Kautions demjenigen des zuständigen Richters vollständig entzieht; im übrigen wird die Beschwerde im Sinne der Erwägungen abgewiesen