

B 2	8. Diverses Divers Diversi
B 2.8	1. Missbräuche im Zinswesen: Vereinbarkeit des Interkantonalen Konkordats mit den entsprechenden Bundesgesetzen (BGBM, KG)

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 17. August 1998 zuhanden der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug

1 Einleitung

1. Die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hat der Wettbewerbskommission mit Schreiben vom 19. Februar 1998 einen Antrag auf Erstellung eines Gutachtens betreffend die Vereinbarkeit des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen (Konkordat) mit dem Binnenmarktgesetz (BGBM) und dem Kartellgesetz (KG) sowie weiteren bundesrechtlichen Vorschriften zugestellt.

2. Die Wettbewerbskommission kann gemäss Art. 10 BGBM und Art. 47 KG eidgenössischen, kantonalen und kommunalen Verwaltungsbehörden sowie Rechtsprechungsorganen Gutachten über die Anwendung der genannten Gesetze erstatten. Nachfolgend nimmt die Wettbewerbskommission daher allein zu den Fragen betreffend das Binnenmarktgesetz und das Kartellgesetz Stellung. Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend der ganze Fragenkatalog dargestellt.

1. Sind die §§ 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (SR 221.121.1), soweit sie auf die Vermittlung von Geschäftskrediten Anwendung finden, mit den Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes (SR 943.02) vereinbar

2. Wie ist das Verbot der Entschädigung für die Kreditvermittlung gemäss §§ 2 und 7 des Konkordats wettbewerbsrechtlich zu beurteilen?
3. Sind die §§ 2 und 7 des Konkordats insbesondere mit der bundesrechtlichen Ordnung über den Mäklervertrag und über den Konsumkredit vereinbar?
4. Wie sind die §§ 2 und 7 des Konkordats im Lichte der Handels- und Gewerbefreiheit zu beurteilen? Besteht insbesondere ein öffentliches Interesse am Verbot bzw. einer Beschränkung der Entschädigung für die Vermittlung von Krediten?
5. Geben weitere Bestimmungen des Konkordates im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarktgesetz, dem Konsumkreditgesetz (einschliesslich der geplanten Revision), dem Obligationenrecht und der Handels- und Gewerbefreiheit zu Bemerkungen Anlass?
6. Haben Sie weitere Bemerkungen?

2 Sachverhalt

3. Das Gutachten ergeht im Zusammenhang mit einem vor der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Fall betreffend Kreditvermittlung. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1997 hat der zuständige Regierungsrat die im Kanton Zug ansässige Kreditvermittlungsfirma auf Aktivitäten hingewiesen, die mit dem Interkantonalen Konkordat nicht vereinbar seien. Er hat ausgeführt, Kreditanträge, Begleitschreiben und Rechnungen würden ergeben, dass die Firma

?? von potentiellen Kreditnehmern vor Bearbeitung des Kreditantrages eine Gebühr erhebe, und

?? bei Ablehnung des Kreditantrages nicht die vollen, sondern nur «die nicht beanspruchten» Kosten zurückerstatte.

Diese Vorgehensweise stelle einen klaren Verstoss gegen das Konkordat dar, welches es den Kreditvermittlern gemäss § 2 verbiete, von Kreditnehmern Entschädigungen bzw. Kostenrückerstattungen zu fordern und gemäss § 7 «überdies jede Erhebung einer Entschädigung für ein nicht zustandegekommenes Kreditgeschäft» untersage. Zugleich wurde die Firma X zur Einreichung eines ausführlichen Berichts aufgefordert.

4. Mit Datum vom 10. November 1997 hat die Firma X dieser Aufforderung entsprochen und über ihren Rechtsvertreter eine Stellungnahme (in folgenden «Stellungnahme») eingereicht. Es wurde insbesondere auf die Unterscheidung zwischen Konsum- und Geschäftskredite hingewiesen und dargestellt, dass der Kreditgeber bei Konsumkrediten eine Provision ausrichte; allein für Geschäftskredite werde vom Kreditnehmer eine Bearbeitungsgebühr verlangt, welche bei

Nichtzustandekommen je nach Aufwand ganz oder teilweise zurück-erstattet werde.

5. Mit Korrespondenzen vom 30. Januar hat die Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug dem Rechtsvertreter der Firma X den Fragenkatalog zugestellt. Dieser hat dazu am 13. Februar 1998, unter Formulierung ergänzender Fragen, Stellung genommen.

3 Gegenstand des Gutachtens

6. Der Rechtsvertreter stellt sich auf den Standpunkt, die auf das Konkordat gestützte Kritik des Polizei- und Justizdirektion des Kantons Zug verstosse gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts (entgeltlicher Mäklervertrag). Ein schutzwürdiges öffentliches Interesse an einem gänzlichen Verbot der entgeltlichen Kreditvermittlung sei zu verneinen, so dass auch die Handels- und Gewerbefreiheit verletzt werde. Ferner widerspreche diese Kritik Sinn und Geist des Binnenmarktgesetzes als auch der Rechtsgleichheit und enthalte einen Widerspruch zum kantonalen Recht.

7. Das Konkordat stützt sich auf Art. 7 Abs. 2 und 31 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) sowie auf Art. 73 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR).¹ Nach Literatur und bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei Art. 73 Abs. 2 OR um einen Vorbehalt des kantonalen öffentlichen Rechts, der den Kantonen im Bereich der Zinsvorschriften bundesrechtlich eine expansive Kraft, eine Unabhängigkeit vom Bundeszivilrecht, zugesteht (BGE 120 IA 286 E.2, 119 IA 59, 62 E.2 mit Verweisen).

8. Festzustellen, in welchem Ausmass diese Unabhängigkeit vom Bundeszivilrecht besteht und wo die Schranken der expansiven Kraft des öffentlichen Rechts liegen, welche den Kantonen die Kompetenz einräumt, öffentlichrechtliche Vorschriften aufzustellen, die der Handels- und Gewerbefreiheit oder dem BGBM zuwiderlaufen, ist nicht Aufgabe der Wettbewerbskommission. Sie äussert sich ebenfalls nicht zu den Fragen betreffend Obligationenrecht, Mäklervertrag und Konsumkreditgesetz. Das Gutachten behandelt allein die Frage, wie die betreffenden Bestimmungen des Konkordates aus Sicht des BGBM zu beurteilen sind (vgl. jedoch diesbezüglich die Einschränkung gemäss Ziffer 13).

¹ Art. 73 Abs. 2 OR lautet: «Dem öffentlichen Rechte bleibt es vorbehalten, Bestimmungen gegen Missbräuche im Zinswesen aufzustellen.»

4 Die Anwendbarkeit des Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995

9. Das BGBM ist am 1. Juli 1996 grundsätzlich in Kraft getreten. Seit dem 1. Juli 1998 ist es vollumfänglich anwendbar.² Berechtigte aus dem BGBM sind alle Schweizer Bürgerinnen und Bürger sowie Ausländerinnen und Ausländer, welche entweder im Besitz der Niederlassungsbewilligung C sind oder Anspruch auf Erneuerung der Jahresaufenthaltbewilligung haben. Erfasst werden ebenfalls alle juristischen Personen mit Sitz in der Schweiz.³

10. In den sachlichen Geltungsbereich des BGBM fallen alle Erwerbstätigkeiten, die den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit genießen (Art. 1 Abs. 3 BGBM).⁴ Die auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit der Kreditvermittlung und der Kreditstätigkeit fällt in den Geltungsbereich der Handels- und Gewerbefreiheit und damit in den sachlichen Geltungsbereich des BGBM.

11. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BGBM hat jede Person mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz das Recht, Waren, Dienstleistungen und Arbeitsleistungen auf dem gesamten Gebiet der Schweiz anzubieten, soweit die Ausübung der betreffenden Erwerbstätigkeit im Kanton oder der Gemeinde ihrer Niederlassung oder ihres Sitzes zulässig ist (Herkunftsprinzip).

12. Dieses Recht auf Marktzugang aufgrund der Vorschriften des Herkunftsortes gilt nicht absolut. Es kann vom Bestimmungskanton allerdings nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 BGBM eingeschränkt werden. Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt sind somit nur zulässig, sofern die Beschränkungen a) gleichermassen auch für Ortsansässige gelten, b) zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind und c) verhältnismässig sind. Ausserdem dürfen sie in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

13. Die betroffene Firma mit Sitz im Kanton Zug ist von einer Vorschrift des Kantons Zug betroffen. Die Firma ist somit ortsansässig und kann sich nicht direkt auf Art. 2 Abs. 1 BGBM berufen. Die Wett-

² SR 943.02. Die Rechtsschutzbestimmungen in Bezug auf das öffentliche Beschaffungswesen sind auf den 1. Juli 1998 hin in Kraft gesetzt worden. Mit diesem Datum endet auch die zweijährige Übergangsfrist gemäss Art. 11 Abs. 1 BGBM, AS 1996 1738, 1742.

³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994 (Botschaft BGBM), BBl 1995 I 1213, 1261, betreffend natürliche Personen auch BGE 123 I 212, vgl. Paul Richli, Besprechung dieses Urteils in AJP/PJA 11/97, S. 1418.

⁴ Botschaft BGBM, BBl 1995 I 1261f.

bewerbskommission wäre damit auch nicht zuständig nach Art. 8 Abs. 2 BGBM. Anders wäre der Fall zu beurteilen, wenn es sich um eine ausserkantonale Firma, zum Beispiel mit Sitz in Zürich, handeln würde, welcher die Ausübung einer Tätigkeit im Kanton Zug verboten würde, obwohl dieselbe Tätigkeit im Herkunftskanton Zürich legal wäre. Diesfalls wäre das BGBM wohl anwendbar. Da es ohne weiteres möglich ist, dass in ähnlichen Fällen ausserkantonale Personen mit Sitz oder Niederlassung in der Schweiz betroffen sind, beurteilt die Wettbewerbskommission diesen Sachverhalt, als ob sich um eine ausserkantonale Firma handelte.

14. In der Stellungnahme der Firma wird sinngemäss der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe angesprochen. Es wird geltend gemacht, dass ein Zürcher diese Tätigkeit im Gebiet des Kantons Zug ausüben dürfe, während dies einem Zuger verboten sei. Es widerspreche «sowohl Sinn und Geist des Binnenmarktgesetzes als auch der Rechtsgleichheit, einen Zuger und einen Zürcher . . . anders zu behandeln» (Stellungnahme S. 10f.). Der bei der Beschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit anwendbare Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe verbietet Massnahmen, «welche den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren . . . beziehungsweise nicht wettbewerbsneutral sind. Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit gleichen Angeboten an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.»⁵ Gemäss Botschaft «hat der Rechtsanwender bei der Überprüfung der «Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe» auch zu berücksichtigen, dass Anbieterinnen und Anbieter unterschiedlicher Herkunft bei gleichartigen Leistungsangeboten auf schweizerischem Gebiet fortan als direkte Konkurrenten anzusehen sind.»⁶

15. Es würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, die Regelungen des Kantons Zug in Bezug auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe zu untersuchen. Im vorliegenden Fall kann ohnehin darauf verzichtet werden. Die betroffene Massnahme des Kantons Zug kann allgemein unter dem Stichwort des überwiegenden öffentlichen Interesses angefochten werden, wie nachfolgende Ausführungen zeigen. Weitere Abhandlungen bezüglich des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe sind daher in vorliegendem Fall nicht notwendig.

5 Frage 1:

Sind die Art. 2 und 7 des Interkantonalen Konkordats über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 (SR 221.121.1), soweit sie auf die

⁵ BGE 121 I 129, E. 3b.

⁶ Botschaft BGBM, S. 1266.

Vermittlung von Geschäftskrediten Anwendung finden, mit den Bestimmungen des Binnenmarktgesetzes (SR 943.02) vereinbar?

5.1 Das Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957

16. Das Interkantonale Konkordat über Massnahmen zur Bekämpfung von Missbräuchen im Zinswesen vom 8. Oktober 1957 ist am 1. Juli 1958 in Kraft getreten. Es enthält Vorschriften im Zusammenhang mit der Vermittlung und Gewährung von Krediten. Das Konkordat ist heute für 9 Kantone verbindlich.⁷

17. Die beiden genannten Bestimmungen lauten:⁸

Art. 2

Wer Darlehen oder Kredite vermittelt, darf weder vom Kreditnehmer noch vom Borger eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung fordern.

Art. 7

Es ist untersagt, für ein nicht zustandegekommenes Darlehens- oder Kreditgeschäft irgendeine Entschädigung zu fordern.

5.2 Das Verbot gemäss Art. 2 des Konkordates im Lichte des BGBM

18. Gemäss Art. 1 und 2 des Konkordates ist es Kreditvermittlern, die auf dem Gebiet der Konkordatskantone tätig sind,⁹ verboten, von den Kreditnehmern oder Borgern eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung zu fordern.

19. Es ist somit Personen mit Sitz oder Niederlassung ausserhalb der Konkordatskantone verboten, im Konkordatsgebiet vom Kreditnehmer eine Entschädigung zu verlangen. Ist dieses Vorgehen nach dem Recht des Ortes des Sitzes oder der Niederlassung erlaubt, so liegt ein Verstoss gegen das Herkunftsprinzip des Art. 2 BGBM vor. Diese Beschränkung des Marktzuganges ist gerechtfertigt, wenn sie den Voraussetzungen des Art. 3 BGBM genügt.

20. Bei der Beurteilung dieser Problematik ist eine Unterscheidung vorzunehmen zwischen Konsumkrediten und Geschäftskrediten, da

⁷ Bern, Zug, Freiburg, Schaffhausen, Waadt (mit Vorbehalt), Wallis, Neuenburg, Genf, Jura (Nachfolge); SR 221.121.1.

⁸ Der Fragenkatalog numeriert die Vorschriften mittels Paragraphen, das Interkantonale Konkordat enthält demgegenüber Artikel. Nachfolgend werden daher Artikel verwendet.

⁹ Art. 1 des Konkordates enthält eine Höchstzinsvorschrift und wendet sie auf Personen an, die «auf dem Gebiet der Konkordatskantone» tätig sind.

sich diesbezüglich Unterschiede ergeben in Bezug auf das überwiegende öffentliche Interesse und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

5.2.1 Betreffend Konsumkredite

21. Zur Definition des Begriffs «Konsumkredit» kann auf die Bundesgesetzgebung sowie kantonale Erlasse zurückgegriffen werden. Gemäss Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG) sind als Konsumkredite zu bezeichnen Kredite «in Form eines Zahlungsaufschubs, eines Darlehens oder einer ähnlichen Finanzierungshilfe», die «zu einem Zweck» abgeschlossen werden, der nicht der «beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.»¹⁰ Es handelt sich somit um Kredite, die für private Zwecke des Konsumenten, für den Erwerb von Konsumgütern, bestimmt sind.¹¹

22. Eine Einschränkung des Begriffs «Konsumkredit» ist in zweifacher Hinsicht vorzunehmen. Zum einen sieht das KKG in Art. 6 in 3 Absätzen und acht Buchstaben Einschränkungen des Geltungsbereichs vor. So gilt das KKG zum Beispiel nicht für folgende Kredite: Kredite im Zusammenhang mit dem Erwerb oder der Beibehaltung von Eigentumsrechten an Grundstücken (Bst. a); Kredite auf weniger als 350 Franken oder mehr als 40'000 Franken (Bst. f); Kredite mit Laufzeit unter 3 Monaten oder über nicht mehr als vier Raten innerhalb von 12 Monaten (Bst. g); etc.

23. Zum andern sollen gemäss Art. 3a des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG nur jene Kreditvermittlerinnen unter das revidierte Gesetz fallen, welche die Kreditvermittlung zu «beruflichen oder gewerblichen Zwecken» betreiben. Gemäss Begleitbericht sollen nur jene Kreditvermittlerinnen erfasst werden, welche «mit einer gewissen Regelmässigkeit und gegen Entgelt Konsumentinnen und Konsumenten an Kreditgeberinnen vermitteln.»¹²

24. Die Ausnahmeregelung gemäss Art. 6 KKG ist komplex und die Bestimmung bezüglich der in den Geltungsbereich des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG fallenden Kreditvermittlerinnen ist interpretationsbedürftig. Es würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, wollte man an dieser Stelle den Begriff der Kreditvermittlung zu «beruflichen oder gewerblichen Zwecken» definieren oder

¹⁰ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG), SR 221.214.1.

¹¹ Vgl. BGE 119 IA 59, § 213 des Einführungsgesetzes des Kantons Zürich zum Zivilgesetzbuch zitierend, und BGE 120 I 286, Art. 15 des Gesetzes des Kantons Bern über Handel und Gewerbe zitierend.

¹² Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Begleitbericht von 1997 zum Vorentwurf über eine Änderung des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (Begleitbericht), S. 24.

auf jede Variante eines Konsumkredites eingehen. Die Aussagen der Wettbewerbskommission zu Konsumkrediten beziehen sich daher allgemein auf Kredite, die in den Geltungsbereich des KKG und des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG fallen. Dies entspricht im übrigen auch dem Sachverhalt des vor der Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Falles.

5.2.1.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)

25. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM schreibt vor, dass Marktzugangsbeschränkungen keinen Unterschied machen dürfen zwischen ortsansässigen und ortsfremden Personen.

26. Art. 2 des Konkordates trifft alle im Geltungsbereich des Konkordates tätigen Personen in gleicher Weise. Es wird keine Unterscheidung getroffen zwischen Ortsansässigen und Ortsfremden. Diese Voraussetzung von Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM ist somit erfüllt.

5.2.1.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)

27. In vorliegendem Fall sind insbesondere sozialpolitische Ziele relevant (Art. 3 Abs. 2 Bst. d BGBM). Das Verbot von Art. 2 des Konkordates hat offensichtlich den Schutz der Kreditnehmer und Borger zum Gegenstand. Der Schutz der Konsumenten vor übermässiger Verschuldung ist als sozialpolitisches Ziel anerkannt und widerspiegelt sich im Konkordat sowie in kantonalen Erlassen, die vom Bundesgericht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren bestätigt worden sind. Zu nennen sind ebenfalls das Bundesgesetz über den Konsumkredit und die aktuellen Bestrebungen zur Revision desselben.

28. Das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit (KKG) ist am 1. April 1994 in Kraft getreten. Gegenwärtig ist im Bundesamt für Justiz eine Änderung des KKG in Bearbeitung. Zweck der Vorlage ist unter anderem die Verbesserung des Schutzes der Konsumentinnen und Konsumenten. Ferner soll damit erreicht werden, dass die Vergabe von Konsumkrediten gesamtschweizerisch nach gleichen Grundsätzen erfolgen soll. Letztere Möglichkeit war nicht mehr gegeben, nachdem einzelne Kantone (z. Bsp. Bern, Neuenburg, Zürich) eigene Bestimmungen erlassen hatten und diese kantonalen Regelungen vom Bundesgericht als verfassungskonform bezeichnet worden waren.¹³ Das Bundesgericht hat im Urteil 120 IA 286, welches die Vorschriften über Konsumkredite des Gesetzes des Kantons Bern über Handel und Gewerbe zum Gegenstand hatte, festgestellt, dass es einem «anerkannten sozialpolitischen Interesse [entspricht], einer übermässigen Verschuldung breiter Bevölkerungskreise durch die

¹³ BGE 120 IA 299ff., 120 IA 286 ff., 119 IA 59 ff.; Begleitbericht, S. 4, 24.

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigende Konsumkredite entgegenzuwirken.¹⁴

5.2.1.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)

29. Die Beschränkung hat den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu respektieren. Die Massnahmen müssen mit Blick auf den angestrebten Zweck allgemein geeignet sein und das mildeste zur Verfügung stehende Mittel darstellen. Ferner darf der Eingriff im Sinne einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen nicht unangemessen schwer wiegen.¹⁵ Gemäss Art. 3 Abs. 3 BGBM sind Beschränkungen zudem nur dann verhältnismässig, wenn die angestrebte Schutzwirkung nicht bereits durch die Vorschriften des Herkunftsortes erzielt wird. Dabei sind die Nachteile und Sicherheiten zu berücksichtigen, welche die Anbieterin oder der Anbieter bereits am Herkunftsort erbracht hat.

30. Das Verbot, von kreditnehmenden Konsumentinnen und Konsumenten für die Vermittlung eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung zu fordern, ist als verhältnismässige Massnahme einzustufen. Das genannte Verbot betrifft den Aspekt, wie die Kreditvermittlung organisiert wird, und nicht die Kreditvergabe selber. Es ist dem Kreditvermittler unbenommen, mit dem kreditgebenden Institut abzusprechen, dass für die Vermittlung eines Konsumkredites eine Provision ausgerichtet wird. Dieser Regelung entspricht im übrigen das baselstädtische Konsumkreditgesetz¹⁶ sowie Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Bern über Handel und Gewerbe.¹⁷

31. Dieselbe Regelung ist in Art. 17a Abs. 1 des Vorentwurfs über eine Änderung des KKG enthalten.¹⁸ Im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf hat diese Vorschrift seitens der Kantone (BE, BS, FR,

¹⁴ 120 IA 286, E.4b, mit Verweis auf 119 IA 59 E. 5f/6b.

¹⁵ BGE 121 I 129 E.3b, mit Verweisen. Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, Rn. 486 ff.

¹⁶ Bundesamt für Justiz, Hauptabteilung Privatrecht, Abteilung Gesetzgebungsprojekte, Ergebnis vom Juni 1998 des Vernehmlassungsverfahrens über die Änderung des BG vom 8. Oktober 1993 über den Konsumkredit, Zusammenstellung Vernehmlassungsantworten (provisorisch) (Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens), S. 189f..

¹⁷ Zitiert in BGE 120 IA 286. Gemäss Art. 17 Abs. 2 dürfen die Kosten «nicht bei den Kreditnehmenden erhoben werden.»

¹⁸ Gemäss Art. 17a Abs. 1 des Vorentwurfs schuldet die Konsumentin der Kreditvermittlerin für die Vermittlung eines Konsumkredites keine Entschädigung. Gemäss Begleitbericht steht hinter dieser Lösung «die Überlegung, dass die Kreditvermittlerin für ihre Aufwendungen von der Kreditgeberin zu entschädigen ist» (S. 38).

SO, ZG), Verbände und sonstigen interessierten Organisationen volle Unterstützung erhalten.

32. Aus diesen Bemerkungen folgt auch, dass in den Kantonen ohne solche Beschränkung bezüglich Kreditvermittlung nicht dasselbe Schutzniveau für kreditsuchende Konsumentinnen und Konsumenten erreicht wird, welches in Kantonen mit Beschränkung angestrebt wird. Diese Regelung ist somit für Konsumkredite auch aus Sicht von Art. 3 Abs. 3 Bst. a BGBM nicht zu beanstanden.

5.2.1.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)

33. Die Beschränkung, dass Kreditvermittler von kreditnehmenden Personen für die Vermittlung keine Entschädigung oder Kostenrück-erstattung verlangen dürfen, ist offensichtlich auch nicht als verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen zu interpretieren. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist ebenfalls gewahrt.

5.2.1.5 Zwischenergebnis betreffend Konsumkredite

34. Das in Art. 2 des interkantonalen Konkordates enthaltene Verbot für Kreditvermittler, von den Kreditnehmern oder Borgern für die Vermittlung von Konsumkrediten eine Entschädigung oder eine Kostenrückerstattung zu fordern, widerspricht dem BGBM nicht.

5.2.2 Geschäftskredite

35. Aus der Definition der Konsumkredite ist zu folgern, dass als Geschäftskredite diejenigen Kredite zu bezeichnen sind, die zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken getätigt werden. Die Abgrenzung der Geschäftskredite von andern Krediten kann nicht in jedem Detail dargestellt werden, so dass sich die Aussagen der Wettbewerbskommission auf jene Fälle der Kreditvermittlung beziehen, in denen keine weiteren aussergewöhnlichen Umstände zu berücksichtigen sind. Die Aussagen der Wettbewerbskommission beziehen sich auf Sachverhalte ähnlich demjenigen des vor der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Falles.

5.2.2.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)

36. Es gilt diesbezüglich das zu den Konsumkrediten Gesagte. Art. 2 des Konkordates enthält in bezug auf die Vermittlung von Geschäftskrediten keine Unterscheidung zwischen Ortansässigen und Ortsfremden. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM ist gewahrt.

5.2.2.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)

37. Die Ausführungen zum Konsum-Kredit zeigen deutlich, dass ein Unterschied zu machen ist zwischen Konsum- und Geschäftskrediten. In Bezug auf Geschäftskredite beurteilt die Wettbewerbskommission

das öffentliche Interesse am Verbot der Entschädigungspflicht der kreditnehmenden Person anders als bezüglich des Konsumkredites. Das KKG, der Vorentwurf über eine Änderung desselben wie auch die genannten kantonalen Gesetze regeln allein den Konsumkredit. Bezüglich des Geschäftskredites enthalten die genannten Erlasse keine Vorschriften.

38. Mit dem Bundesgericht ist davon auszugehen, dass bei Geschäftskrediten das Bedürfnis des sozialen Schutzes nicht in dem Ausmass gegeben ist, wie dies bei den Konsumkrediten der Fall ist.¹⁹ Kredite, die im Zusammenhang mit einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit aufgenommen werden, sind Teil einer breiteren Geschäftstätigkeit. Die Gefahr der Verschuldung breiter Bevölkerungskreise ist hier nicht gegeben. Vielmehr ist den Gewerbetreibenden zuzumuten, dass sie allfällige Entschädigungen für die Kreditvermittlung in ihre Kalkulationen und in die Geschäftsplanung einbeziehen.

39. Der Kreditvermittlung im Geschäftsverkehr haftet der Aspekt des Risikos der Verschuldung breiter Bevölkerungskreise nicht an. Bei Geschäftskrediten kann vielmehr die Dienstleistung der Kreditvermittlung als selbständiger Aspekt im Vordergrund stehen. Entsprechend kann sie mit einer Gegenleistung durch den Kreditnehmer verbunden sein. Ausserdem ist es den kreditnehmenden Personen unbenommen, für Geschäftskredite direkten Kontakt mit der Kreditgeberin aufzunehmen, um die allfälligen Kosten der Vermittlung zu sparen.

40. Die Wettbewerbskommission ist daher der Meinung, dass ein öffentliches Interesse sozialpolitischer Natur für das Verbot von Art. 2 des Konkordates bei Geschäftskrediten nicht gegeben ist. Art. 2 des Konkordates ist in Bezug auf Geschäftskredite daher mit Art. 3 Abs. 2 BGBM nicht kompatibel.

41. Wie in Ziffer 8 ausgeführt, ist damit nicht zugleich gesagt, dass es den Kantonen an einer Kompetenz zur Gesetzgebung in diesem Bereich fehlt. Diese Frage ist Gegenstand der Interpretation von Art. 73 Abs. 2 OR in Verbindung mit andern einschlägigen Normen des Verfassungs- und des Bundesrechts.

5.2.2.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)

42. Da das Verbot des Art. 2 des Konkordates in Bezug auf Geschäftskredite nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, braucht die Verhältnismässigkeit der Beschränkung nicht weiter geprüft zu werden.

¹⁹ BGE 119 IA 59, E. 7.

5.2.2.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)

43. Es gilt das zu den Konsumkrediten Ausgeführte.

5.2.2.5 Zwischenergebnis betreffend Geschäftskredite

44. Art. 2 des Konkordates ist bezüglich der Vermittlung von Geschäftskrediten mit der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses (Art. 3 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2 Bst. d BGBM) nicht kompatibel.

5.3 Das Verbot gemäss Art. 7 des Konkordates im Lichte des BGBM

45. Gemäss Art. 7 des Konkordates ist es «untersagt, für ein nicht zustandegekommenes Darlehens- oder Kreditgeschäft irgendeine Entschädigung zu fordern.» Aufwendungen, die im Hinblick auf den Abschluss eines Kreditvertrages gemacht werden, sind dabei als Teil der Kosten, die im Zusammenhang mit dem Kreditvertrag anfallen, zu verstehen.

5.3.1 Betreffend Konsumkredite

5.3.1.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)

46. Art. 7 des Konkordates enthält keine Unterscheidung zwischen Ortsansässigen und Ortsfremden und genügt damit der Voraussetzung von Art. 3 Abs.1 Bst. a BGBM.

5.3.1.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)

47. Bezüglich des öffentlichen Interesses in Bezug auf Konsumkredite kann auf die Ausführung zu Art. 2 verwiesen werden. Das Vorhandensein eines überwiegenden öffentlichen Interesses ist zu bejahen.

5.3.1.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)

48. Das Verbot von Art. 7 des Konkordates ist allgemein formuliert und betrifft die Kreditvermittlerin wie auch die Kreditgeberin. Ist es verhältnismässig, dass die Konsumentin der Kreditvermittlerin für die Vermittlung keine Entschädigung schuldet, so ist es umso mehr verhältnismässig, dass für eine erfolglose Vermittlung keine Entschädigung geschuldet ist. Für Entschädigungen betreffend Konsumkredite soll sich die Kreditvermittlerin allein an die Kreditgeberin halten.

49. Im vor der Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Zug hängigen Fall stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit des Entschädigungsverbotens bei Konsumkrediten in Bezug auf die Kreditgeberin nicht. Es ist der Wettbewerbskommission nicht bekannt, inwiefern ein Interesse der Kreditgeberinnen selber diesbezüglich überhaupt vorhanden

ist. Jedoch kann die Verhältnismässigkeit des Entschädigungsverbotes für Konsumkredite auch bezüglich der Kreditgeberin angenommen werden. Kann die Kreditgeberin für erfolglose Konsumkreditverhandlungen keine Entschädigung verlangen, so wird sie bei der Abklärung betreffend neue Konsumkredite entsprechende Vorsicht walten lassen und Zurückhaltung üben. Andererseits erwachsen den Konsumentinnen und Konsumenten keine zusätzlichen Kosten im Zusammenhang mit Konsumkrediten, die nicht gewährt werden können.

50. In diesem Sinne könnte auch die Regelung im KKG und dem Vorentwurf über eine Änderung des KKG ausgelegt werden. Gemäss Art. 4 KKG gelten als Gesamtkosten des Kredits «sämtliche Kosten, einschliesslich der Zinsen und sonstigen Kosten, welche die Konsumentin oder der Konsument für den Kredit zu bezahlen hat.» Aufwendungen, die im Hinblick auf einen Konsumkredit getätigt werden, würden bei dieser Interpretation ebenfalls unter diese Bestimmung fallen. Wird kein Konsumkreditvertrag abgeschlossen, könnten auch keine Kosten geltend gemacht werden.

51. Bezüglich der Kreditvermittlung schreibt Art. 17a Abs. 1 des Vorentwurfs vor, dass die Konsumentin oder der Konsument der Kreditvermittlerin für die Vermittlung eines Konsumkredites keine Entschädigung schulde. Zudem bilden gemäss Abs. 2 die Kosten der Kreditgeberin für die Kreditvermittlung Teil der Gesamtkosten des Kredits und dürfen der Konsumentin nicht gesondert in Rechnung gestellt werden. Kommt kein Konsumkredit zustande, kann auch für die erfolglose Vermittlung keine Entschädigung verlangt werden.²⁰ Es bleibt anzufügen, dass Art. 17a des Vorentwurfs im Vernehmlassungsverfahren von den sich äussernden Kantonen, Verbänden und sonstigen interessierten Organisationen begrüsst worden ist.²¹

5.3.1.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)

52. Das Verbot, bei erfolgloser Konsumkreditverhandlung oder -vermittlung eine Entschädigung zu verlangen, ist nicht als verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen zu werten. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist gewahrt.

5.3.1.5 Zwischenergebnis betreffend Konsumkredite

53. Art. 7 des Konkordates ist bezüglich Konsumkredite als mit dem BGBM vereinbar einzustufen.

²⁰ Vgl. Begleitbericht Vorentwurf Art. 17a.

²¹ Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, S. 189f.

5.3.2 Betreffend Geschäftskredite

5.3.2.1 Unterschiedslos anwendbare Bestimmung (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM)

54. Die Regelung in Art. 7 des Konkordates ist auch in bezug auf Geschäftskredite unterschiedslos. Art. 3 Abs. 1 Bst. a BGBM wird respektiert.

5.3.2.2 Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGBM)

55. Wie bereits dargestellt, ist das Bedürfnis des sozialen Schutzes bei Geschäftskrediten nicht gegeben. Kreditgeber und Kreditvermittler können hier aus Sicht des BGBM mit Kreditnehmerinnen und -nehmern Abmachungen betreffend Entschädigungen treffen. Die Dienstleistung der Vermittlung von Krediten kann im Geschäftsverkehr einen selbständigen Aspekt haben. Der gewerbetreibenden Person ist zuzumuten, den Aufwand für die Vermittlung der Geldmittel abzuschätzen und in ihre Kalkulationen einzubeziehen oder die Kreditgeberin selber zu kontaktieren.

5.3.2.3 Verhältnismässigkeit (Art. 3 Abs. 1 Bst. c und Abs. 3 BGBM)

56. Da das Verbot von Art. 7 des Konkordates in Bezug auf Geschäftskredite nicht durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt ist, erübrigt sich die Prüfung der Verhältnismässigkeit.

5.3.2.4 Kein verdecktes Handelshemmnis zu Gunsten der einheimischen Wirtschaftsinteressen (Art. 3 Abs. 4 BGBM)

57. Art. 3 Abs. 4 BGBM ist wie bereits dargestellt gewahrt.

5.3.2.5 Zwischenergebnis betreffend Geschäftskredite

58. Art. 7 des Konkordates ist in Bezug auf Geschäftskredite mit der Voraussetzung des überwiegenden öffentlichen Interesses (Art. 3 Abs. 1 Bst. b, Abs. 2 Bst. d BGBM) nicht kompatibel.

6 Frage 2:

Wie ist das Verbot der Entschädigung für die Kreditvermittlung gemäss Art. 2 und 7 des Konkordats wettbewerbsrechtlich zu beurteilen?

59. Die Wettbewerbskommission hat Zuständigkeiten betreffend Binnenmarkt- und Kartellgesetz. Sie äussert sich daher nicht zu anderen Erlassen wie dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen

den unlauteren Wettbewerb (UWG)²² oder dem Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985.²³

60. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG)²⁴ bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und den Wettbewerb zu fördern (Art. 1 KG). Es ist darauf gerichtet, den wirksamen Wettbewerb auf den Märkten für Waren und Dienstleistungen vor Beeinträchtigung oder Beseitigung durch private Abreden oder durch den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu schützen. Die Zusammenschlusskontrolle als dritter Pfeiler bezweckt die Verhinderung des Entstehens von wettbewerbsschädlicher Marktherrschaft durch strukturelle Vorkehrungen.

61. In vorliegendem Fall ist das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren nicht anwendbar, da es sich bei den Art. 2 und 7 des Konkordates um öffentlichrechtliche Vorschriften handelt, die vom Geltungsbereich des KG ausgenommen sind (Art. 3 KG). Die Wettbewerbskommission ist der Meinung, dass die zwei beanstandeten Vorschriften keine erheblichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsverhältnisse haben. Sie verzichtet daher auf weitere Bemerkungen aus Sicht des KG und insbesondere auf Empfehlungen gemäss Art. 45 KG.

7 Frage 4:

Wie sind die Art. 2 und 7 des Konkordats im Lichte der Handels- und Gewerbefreiheit zu beurteilen? Besteht insbesondere ein öffentliches Interesse am Verbot bzw. einer Beschränkung der Entschädigung für die Vermittlung von Krediten?

62. Es kann an dieser Stelle auf die Bemerkungen zu Frage 1 und das überwiegende öffentliche Interesse verwiesen werden. Weitere Bemerkungen erübrigen sich.

8 Frage 5:

Geben weitere Bestimmungen des Konkordates im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit dem Binnenmarktgesetz, [. . .] und der Handels- und Gewerbefreiheit zu Bemerkungen Anlass?

63. Die Wettbewerbskommission verzichtet darauf, auf jede einzelne Bestimmung des Konkordates einzugehen. Im Sinne eines Überblicks ist darauf hinzuweisen, dass die übrigen Bestimmungen des Konkordates im grossen und ganzen den grundsätzlichen Anliegen des

²² SR 241.

²³ SR 942.20.

²⁴ SR 251.

Höchstzinses, der Transparenz und der Durchsetzung der Bestimmungen mittels Strafbestimmungen dienen.

64. Aus Sicht des BGBM ist festzustellen, dass alle diese Vorschriften unterschiedslos formuliert sind und kein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen beinhalten. Angesichts der Bestrebungen bezüglich der Änderung des Konsumkreditgesetzes und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung geben sie zu keinen weiteren Bemerkungen bezüglich des Binnenmarktgesetzes oder der Handels- und Gewerbefreiheit Anlass.

9 Frage 6:

Haben Sie weitere Bemerkungen?

65. Die Wettbewerbskommission verzichtet auf weitere Bemerkungen.

10 Schlussfolgerungen

66. Das Interkantonale Konkordat stützt sich auf Art. 31 Abs. 2 BV und den öffentlichrechtlichen Vorbehalt von Art. 73 Abs. 2 OR. Es ist nicht Aufgabe der Wettbewerbskommission zu beurteilen, inwiefern und in welchem Ausmass Art. 73 Abs. 2 OR den Kantonen eine Kompetenz zur Gesetzgebung einräumt. Sie äussert sich zu den Art. 2 und 7 des Konkordates daher allein aus Sicht des BGBM und des KG.

67. Art. 2 des Konkordates verbietet es der Kreditvermittlerin, von der Kreditnehmerin eine Entschädigung für die Vermittlung zu verlangen. Dieses Verbot ist aus Sicht des BGBM nicht zu beanstanden, soweit es die Vermittlung von Konsumkrediten betrifft. In diesen Fällen rechtfertigt das sozialpolitische öffentliche Interesse am Schutz breiter Bevölkerungskreise vor einer übermässigen Verschuldung diese Beschränkung. Die Massnahme ist mit Blick auf das Ziel verhältnismässig.

68. Soweit Art. 2 des Konkordates die Vermittlung von Geschäftskrediten betrifft, fehlt ein sozialpolitisches Interesse an einer derartigen Beschränkung.

69. Art. 7 des Konkordates untersagt es, für ein nichtzustandekommenes Darlehens- oder Kreditgeschäft irgendeine Entschädigung zu fordern. Die Sachlage verhält sich hier gleich wie bezüglich des Verbotes von Art. 2. Bei Konsumkrediten ist diese Beschränkung gerechtfertigt. Handelt es sich um Geschäftskredite, fehlt einem derartigen Verbot das rechtfertigende öffentliche Interesse. Diese Feststellungen betreffen Entschädigungen für Kreditvermittlerinnen wie auch für Kreditgeberinnen.