

Antrag des Regierungsrates vom 25. August 2010

4723

Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch

(Änderung vom; Vermittlung von Wohnräumen)

Der Kantonsrat,

nach Einsichtnahme in den Antrag des Regierungsrates vom 25. August 2010,

beschliesst:

I. Das **Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch** (EG zum ZGB) vom 2. April 1911 wird wie folgt geändert:

Die Titel B und B^{bis} nach § 223 werden aufgehoben.

Titel vor § 229 a:

B. Miete und Pacht

§ 229 a. ¹ Der Mäkler (Art. 412 ff. OR) von Wohnräumen im Kanton, die den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen unterstehen, darf vom Mietinteressenten einen Mäklerlohn von höchstens 75% des monatlichen Nettomietzinses verlangen. Der Mäklerlohn umfasst sämtliche Aufwendungen und darf nur verlangt werden, wenn der Mietvertrag infolge der Bemühungen des Mäklers zustande gekommen ist.

² Eine Sicherheitsleistung darf 50% des mutmasslichen Mäklerlohnes nicht übersteigen und ist bei Zustandekommen eines Mietvertrages an den Mäklerlohn anzurechnen. Kommt innert sechs Monaten nach Abschluss des Mäklervertrages kein Mietvertrag zustande, ist die Sicherheitsleistung dem Mietinteressenten zurückzuerstatten.

Titel vor § 229 c:

C. Ehe- und Partnerschaftsvermittlung

Titel vor § 230:

D. Vorlegung von beweglichen Sachen oder Urkunden

Buchstabe D vor § 235 a. wird gestrichen.

II. Das **Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen** vom 30. November 1980 wird aufgehoben.

III. Die Änderung des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch und die Aufhebung des Gesetzes über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen unterstehen dem fakultativen Referendum.

Weisung

I. Ausgangslage

1. Regelung der Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen

1.1 Am 5. März 1961 haben die Stimmberechtigten des Kantons Zürich dem Gesetz über den Wohnungsnachweis und die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen zugestimmt. Dieses ermächtigte die Gemeinden, für ihr Gebiet einerseits den amtlichen Nachweis für alle oder für einzelne Arten von Mietwohnungen einzuführen und andererseits den gewerbsmässigen Nachweis von Mietobjekten und die gewerbsmässige Vermittlung des Abschlusses von Mietverträgen bewilligungspflichtig zu erklären.

Dem Erlass des Gesetzes lag die Erkenntnis zugrunde, dass sich neben korrekten Geschäftsleuten auch unseriöse Elemente mit der Vermittlungstätigkeit zu befassen begannen, mit dem Ziel, aus dem Wohnungsmangel ohne besondere Mühe Gewinne zu ziehen. Schon damals war auf zweifelhafte Geschäftspraktiken hingewiesen worden, wie etwa die Erhebung vielfacher Einschreibgebühren für dieselbe Wohnung, die Ausschreibung gar nicht verfügbarer Objekte, die unseriösen Praktiken bei der Beschaffung des Adressenmaterials wie auch die Tätigkeit ohne ausdrücklichen Vermittlungsauftrag (ABI 1961, 106 f.).

Nur die Stadt Zürich hat die Wohnungsvermittlung bewilligungspflichtig erklärt (Verordnung über den Wohnungsnachweis und die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen vom 29. Dezember 1961).

1.2 Dieses Gesetz vom 5. März 1961 wurde durch das Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen vom 30. November 1980 (GVWG; LS 844), in Kraft seit 1. Juli 1982, aufgehoben. Gemäss

GVWG sind der gewerbsmässige Nachweis von Mietobjekten und die gewerbsmässige Vermittlung des Abschlusses von Mietverträgen bewilligungspflichtig. Damit wurde die Bewilligungspflicht auf das ganze Kantonsgebiet ausgedehnt. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bewilligung sind gering: Eine Bewilligung wird erteilt, wenn die Bewerberin oder der Bewerber gut beleumdet ist und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bietet (§ 2 Abs. 2 GVWG e contrario).

Da die Entwicklung in der Stadt Zürich zeigte, dass die Bewilligungspflicht alleine zur Bekämpfung der Missbräuche nicht genügte, wurden im neuen Gesetz Bestimmungen über die Vergütung bzw. den Mäklerlohn aufgenommen (ABI 1979, 1610). Am 25. März 1982 erliess die Direktion der Justiz gestützt auf § 4 Abs. 2 GVWG eine Tarifordnung über die Höchstansätze für den Mäklerlohn und den Ersatz der Auslagen (Tarifordnung der Direktion der Justiz des Kantons Zürich für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen [Tarifordnung; LS 844.1]).

1.3 Während 1978 noch die Kantone Wallis und Bern Vorschriften über die Vermittlung von Wohnräumen gekannt haben (ABI 1979, 1606), ist heute der Kanton Zürich – soweit ersichtlich – der einzige Kanton, der die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen für bewilligungspflichtig erklärt und die zulässige Entschädigung der Mäklerin oder des Mäklers regelt.

2. Praxis

2.1 Die Direktion der Justiz und des Innern ist für die Erteilung der Bewilligung nach GVWG zuständig. Sie beaufsichtigt auch die Geschäftstätigkeit der Vermittlerinnen und Vermittler (§ 3 Abs. 3 GVWG; Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung, VOG RR, Anhang 1, Bst. A. 18 [LS 172.11]). Sie wird tätig, wenn sie – etwa durch Privatpersonen oder Inserate – Hinweise auf gesetzeswidrige Praktiken oder fehlende Bewilligungen von Vermittlerinnen oder Vermittlern erhält. Die Geschäftstätigkeit der Inhaberinnen und Inhaber einer Bewilligung wird mithin nicht regelmässig, d. h. ohne besonderen Anlass, kontrolliert. Bei Hinweisen auf Missbräuche wurde z. B. in der Stadt Zürich jeweils die Gewerbepolizei mit Abklärungen beauftragt.

2.2 Das Gesetz wird sodann den heutigen Verhältnissen nicht mehr gerecht. Zum Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes wurde offenbar davon ausgegangen, dass sich die Wohnungssuchenden zu einer Vermittlerin oder einem Vermittler begeben und dort gegebenenfalls Adressen von freien Wohnungen erhalten. Heute ist die Vermittlungstätigkeit nicht ortsabhängig, d. h., eine Vermittlerin oder ein Vermitt-

ler kann im Ausland ansässig sein und eine Vermittlungshomepage betreiben und so im Kanton Zürich liegende Wohnungen anbieten. Der Schutzzgedanke des Gesetzes (Schutz der Wohnungs- und Geschäftsräumsuchenden im Kanton Zürich) würde es nahe legen, auch von einer ausserhalb des Kantons Zürich niedergelassenen Vermittlerin oder einem Vermittler eine Bewilligung zu verlangen, wenn sie oder er im Kanton Zürich liegende Wohnungen vermittelt. Zudem ist davon auszugehen, dass die Bewilligungspflicht vielerorts nicht bekannt ist und daher Vermittlerinnen und Vermittler ohne Bewilligung tätig sind.

2.3 Es hat sich ferner gezeigt, dass der Geltungsbereich des Gesetzes zu weit ist. Das GVWG gilt etwa auch für die Vermittlung von luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern mit sechs und mehr Wohnräumen, für welche die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen nicht gelten (Art. 253b Abs. 2 OR). Dass sodann Mietinteressentinnen und Mietinteressenten von Geschäftsräumen an bester Lage, welche die sehr hohen Mieten überhaupt bezahlen können, bei der Vermittlung keines besonderen Schutzes bedürfen, dürfte auf der Hand liegen.

2.4 Insgesamt verfügen gegenwärtig 42 Vermittlerinnen und Vermittler über eine Bewilligung für die gewerbsmässige Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen (1988: 24, 1998: 28). Ob all diese Inhaberrinnen und Inhaber einer Bewilligung tatsächlich noch tätig sind, steht nicht fest.

In den letzten zehn Jahren mussten weniger als fünf Bewilligungsgesuche abgewiesen werden, letztmals im Februar 2008. Meldungen betreffend Widerhandlungen gegen das GVWG waren sodann äusserst selten.

II. Vereinbarkeit der Bewilligungspflicht und der Tarifvorschriften für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen mit dem Binnenmarktgesetz

Mit der Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 16. Dezember 2005 (SR 943.02, BGBM), in Kraft seit 1. Juli 2006, wurde namentlich das Recht auf freien Marktzugang nach den Vorschriften des Herkunftsortes auf die gewerbliche Niederlassung ausgeweitet, und es erfolgte eine Verschärfung der Voraussetzungen für zulässige Beschränkungen des Marktzugangs. Berufsgruppen, die auf feste Einrichtungen am Ort der Leistungserbringung angewiesen sind oder für welche die Ortsansässigkeit zumindest von geschäftlichem Vorteil ist (dazu zählen etwa auch die Wohnungsvermittlerinnen und -vermittler), können nun ihren Anspruch auf freien Marktzugang auf das

BGBM abstützen. Wer also zur Ausübung einer Tätigkeit an einem Ort eine gewerbliche Niederlassung begründet, kann sich auf die Vorschriften am Ort der Ersteniederlassung berufen (Art. 2 Abs. 4–6 BGBM). Konkret bedeutet dies, dass die Betroffenen nicht verpflichtet sind, am Bestimmungsort ihrer Dienstleistung (hier: Wohnungsvermittlung) eine Bewilligung einzuholen, sondern diese Tätigkeit kraft der am Ort der Ersteniederlassung ausgestellten Bewilligung ausüben können bzw. bewilligungsfrei, sofern die entsprechende Tätigkeit im Herkunftskanton ohne Bewilligung ausgeübt werden kann. Die rechtliche Abhängigkeit der Zweitniederlassung von der Ersteniederlassung äussert sich namentlich in der Anwendbarkeit des Rechts des Kantons, in dem die Ersteniederlassung gelegen ist, auf die Zweitniederlassung.

Entsprechend ist das GVWG letztlich leicht zu umgehen, da in anderen Kantonen keine derartigen Beschränkungen bestehen. Eine neue lokal ansässige (Zweit-)Niederlassung eines Wohnungsvermittlungsunternehmens kann sich darauf berufen, dass in ihrem Herkunftskanton (= Ort der Ersteniederlassung) keine Bewilligungspflicht für die Tätigkeit der Wohnungsvermittlung besteht und ihr aus diesem Grund auch keine solchen Pflichten im Ort der Zweitniederlassung (= Zürich) auferlegt werden dürfen. Dies geht so weit, als dass die Zweitniederlassung auch bestehen bleiben kann, wenn die Ersteniederlassung aufgegeben wird. In diesem Fall kann das Fortbestehen der Zweitniederlassung trotzdem nicht infrage gestellt bzw. von der Erteilung einer Bewilligung abhängig gemacht werden (Art. 2 Abs. 4 Satz 2 BGBM). Im revidierten BGBM wird die Vermutung der Gleichwertigkeit kantonalen Marktzugangsregelungen neu eingeführt. Damit ist eine Verschärfung der Ausnahmebestimmung von Art. 3 BGBM verbunden, indem die Verweigerung des Marktzugangs durch die Behörden des Bestimmungsortes der Dienstleistung grundsätzlich nicht mehr möglich sein soll.

Daraus folgt, dass Einschränkungen des Marktzutritts letztlich nur noch dort möglich sind, wo sie zur Sicherung ganz besonderer lokaler oder regionaler Interessen unerlässlich sind. Nur dann sind unterschiedliche kantonale Regelungen noch im Einklang mit den Vorgaben des Binnenmarktgesetzes. Es ist fraglich, ob für den Wohnungsmarkt im Kanton Zürich ein solches spezifisches öffentliches Interesse vorliegt, das es verlangen würde, dass nach wie vor eine (im kantonalen Vergleich singuläre) Bewilligungspflicht bestehen bleiben soll, während alle anderen Kantone auf die Bewilligungspflicht bei Mäklertätigkeiten verzichten. Diese Feststellungen gelten für Mietwohnungen und in besonderem Masse auch für Geschäftsliegenschaften.

Eine Bewerberin oder ein Bewerber für eine Bewilligung gemäss GVWG kann sich somit darauf berufen, dass sie oder er im Herkunftskanton

kanton keine Bewilligung benötigt. Der Kanton Zürich kann von ihr oder ihm nur dann eine Bewilligung verlangen, wenn die (kumulativen) Voraussetzungen gemäss Art. 3 Abs. 1 BGBM erfüllt sind. Dabei ist vor allem auch Art. 3 Abs. 2 BGBM zu beachten, der regelt, in welchen Fällen namentlich eine Beschränkung zum Marktzugang unverhältnismässig ist. Da die Anforderungen für die Erteilung einer Bewilligung gering sind, könnte eine Erteilung einer Bewilligung u. a. dann unverhältnismässig sein, wenn eine Bewerberin oder ein Bewerber im Herkunftskanton schon mehrere Jahre ohne Anstände als Vermittlerin oder Vermittler tätig war. Ob eine Beschränkung zulässig ist, muss in jedem Einzelfall geprüft werden. Es ist in einem einfachen, raschen und kostenlosen Verfahren zu entscheiden (Art. 3 Abs. 4 BGBM).

Nicht klar ist sodann, was vom Umfang her unter die Herkunftsvorschriften fällt. Es ist gerichtlich noch nie entschieden worden, ob etwa Tarifvorschriften oder Öffnungszeiten auch darunterfallen. Dies dürfte kaum der Fall sein. Es geht wohl nur um Vorschriften, die mit dem Profil der Tätigkeit etwas zu tun haben.

Da die Marktzugangsregelungen im Kanton Zürich strenger sind als in den anderen Kantonen, werden ortsansässige gegenüber ortsfremden Personen schlechtergestellt.

III. Fazit

1. Bewilligungspflicht

Der Regierungsrat führte bereits in seinem Bericht und Antrag an den Kantonsrat zur Motion KR-Nr. 10/1994 betreffend Reduktion von Bewilligungsverfahren und zum Postulat KR-Nr. 11/1994 betreffend Beschleunigung und Vereinfachung von Bewilligungs-, Rekurs- und Gerichtsverfahren vom 20. August 1997 bezüglich der Bewilligungspflicht gemäss dem GVWG aus, dass mit den im Gesetz vorgesehenen Mitteln der Schutz vor unseriösen Geschäftspraktiken nur sehr begrenzt erreicht werden könne. Er werde daher die Aufhebung des Gesetzes beantragen. An dieser Beurteilung hat sich bis heute nichts geändert. Unter diesen Umständen und nach den vorstehenden Ausführungen rechtfertigt es sich daher nicht, ortsansässige Gewerbetreibende weiterhin schlechter zu behandeln als ausserkantonale. Die Bewilligungspflicht für die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen ist daher abzuschaffen.

2. Vorschriften über den Maklerlohn und die Auslagen

2.1 Die weitere Massnahme zum Schutz der Wohnungssuchenden im Kanton Zürich vor Missbräuchen seitens der Wohnungsvermittlerinnen und -vermittler ist jedoch grundsätzlich beizubehalten: die Vorschriften bezüglich der Höchstansätze für den Maklerlohn und der Ersatz von Aufwendungen (§§ 4 f. GVWG).

2.2 Gemäss BGE 110 Ia 111 ff. ist ein kantonaler Erlass, der Höchstansätze für die gewerbmässige Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen vorschreibt, mit dem Bundesprivatrecht (Maklervertrag, Art. 412 ff. OR) und mit der (damaligen) Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar, jedenfalls in Zeiten von Wohnungsknappheit. Ziel der Ordnung ist der Schutz der Wohnungssuchenden vor Missbräuchen seitens der Wohnungsvermittlerinnen und -vermittler. Dass die Mieterin oder der Mieter in einer Zeit von Wohnungsknappheit des besonderen Schutzes bedarf, wurde vom Bundesgesetzgeber durch Schaffung besonderer Bestimmungen anerkannt. Die klare Begrenzung der Entschädigung der Vermittlerin oder des Vermittlers von Mietobjekten in Zeiten der Wohnungsnot im öffentlichen Interesse. Es liegt kein unverhältnismässiger Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit bzw. in die Wirtschafts- oder Vertragsfreiheit vor.

Am 1. Juni 2009 standen im Kanton Zürich 4310 Wohnungen leer, was einer Leerwohnungsziffer von 0,66% entspricht. In der Stadt Zürich betrug der Leerwohnungsbestand 0,05%. Im Kanton Zürich herrscht somit offensichtlich Wohnungsmangel bzw. in der Stadt Zürich akuter Wohnungsmangel oder Wohnungsnot.

2.3 Die Begrenzung der Entschädigung der Vermittlerin oder des Vermittlers soll nicht mehr für die Vermittlung von Geschäftsräumen gelten. Es ist davon auszugehen, dass hier die Mietinteressentinnen und Mietinteressenten im Allgemeinen in geschäftlichen Angelegenheiten geübt sind und daher keines besonderen Schutzes vor allfälligen Missbräuchen von Vermittlerinnen oder Vermittlern bedürfen. Sodann sollen die Vorschriften auch für die Vermittlung von luxuriösen Wohnungen und Einfamilienhäusern mit sechs und mehr Wohnräumen nicht gelten. Für die Miete dieser Wohnräume gelten denn auch die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen nicht (Art. 253b Abs. 2 OR).

2.4 Da im Kanton Wohnungsmangel herrscht, sind kantonale Bestimmungen über den Maklerlohn bei der Vermittlung von Wohnräumen nach dem oben zitierten Bundesgerichtsentscheid zulässig. Da die Regelung in das Einföhrungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB; LS 230) aufgenommen wird, kann das GVWG aufgehoben werden.

IV. Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen (LS 844)

Da die Bewilligungspflicht für die gewerbmässige Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen aus den angeführten Gründen aufgehoben wird und die Regelung bezüglich der Höchstansätze für den Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen im EG zum ZGB erfolgt, ist das Gesetz über die Vermittlung von Wohn- und Geschäftsräumen aufzuheben.

V. Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB; LS 230)

§ 229 a EG zum ZGB

Im Wesentlichen werden hier die Vorschriften des GVWG und der Tarifordnung bezüglich der Höchstansätze für den Maklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen übernommen. Aus dem angeführten Grund (Ziff. III. 2.3) sollen jedoch diese Vorschriften für die Vermittlung von Geschäftsräumen nicht mehr gelten. Hingegen sind sie für die nicht gewerbmässige bzw. nicht berufsmässige Wohnungsvermittlung ebenfalls anwendbar. Für die vor Missbräuchen zu schützenden Mieterinnen und Mieter spielt es nämlich keine Rolle, ob sie es mit gewerbmässigen Wohnungsvermittlerinnen oder -vermittlern zu tun haben. Somit gilt die Regelung der höchstens zulässigen Vergütung etwa auch für Mieterinnen und Mieter, die im Falle einer ausserterminlichen Kündigung der oder dem Vermietenden eine Nachmieterin oder einen Nachmieter vorschlagen und sich dafür bezahlen lassen.

Die Vorschriften über den höchstens zulässigen Maklerlohn gelten nur für Wohnräume, für welche die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen Anwendung finden. «Wohnräume» im Sinne der Bestimmungen des OR sind geschlossene Räumlichkeiten, die Wohnzwecken dienen und dafür gemietet worden sind: möblierte oder unmöblierte Einfamilienhäuser, Wohnungen und Einzelzimmer. Es muss sich um einen umgrenzten Raum mit mindestens einem Zimmer handeln (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Revision des Miet- und Pachtrechtes vom 27. März 1985, BBl 1985, S. 1421; Peter Higi, Die Miete, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilband V2b, Art. 253–265 OR, Zürich 1994, N. 7 ff. zu Art. 253a–253b OR). Die Bestimmungen des OR über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen finden keine Anwendung auf luxuriöse Wohnungen und Einfamilienhäuser mit sechs und mehr Wohnräumen (Art. 253b Abs. 2 OR), Wohnräume,

deren Bereitstellung von der öffentlichen Hand gefördert wurden und deren Mietzinse durch eine Behörde kontrolliert werden (Art. 253b Abs. 3 OR), sowie auf Ferienwohnungen, die für höchstens drei Monate gemietet werden (Art. 253a Abs. 2 OR). Die Vermietung von Wohnräumen im Sinne von Art. 253b Abs. 3 OR erfolgt in der Regel auch gar nicht über Wohnungsvermittlerinnen und -vermittler.

Die Vorschriften über die höchstens zulässige Vergütung bei der Vermittlung von Wohnräumen gelten für die Vermittlung von Mietverträgen über Wohnräume, die sich im Kanton befinden. Durch die Regelung sollen Personen, die im Kanton Zürich eine Mietwohnung suchen, vor Missbräuchen seitens der Wohnungsvermittlerinnen und -vermittler geschützt werden.

Der maximale Honoraranspruch von 75% der (ersten) Nettomiete der Wohnung liegt im Bereich handelsüblicher Sätze (6–8% der Jahresnettomiete [Matthias Streiff, Handkommentar zum Maklervertrag, Wetzikon und Zürich 2009, S. 96]). Überschreitet der vereinbarte Mäklerlohn den genannten Höchstsatz, ist die Vereinbarung in diesem Umfang nichtig (BGE 93 II 189, 192).

Anders als im GVWG ist auf eine Strafbestimmung bei Verstössen gegen die Tarifvorschriften zu verzichten. Bei krassen Missbräuchen fallen Straftatbestände wie etwa Wucher (Art. 157 StGB) und Betrug (Art. 146 StGB) in Betracht.

Titel im 5. Abschnitt

Unter den heutigen Titeln B und B^{ter} des 5. Abschnittes finden sich keine Bestimmungen mehr, weshalb die Titel aufzuheben sind. Die Titel unter dem 5. Abschnitt sind neu zu buchstabieren.

Titel vor § 229c EG zum ZGB

Die Bestimmung über Ehe- und Partnerschaftsvermittlung steht unter dem Titel «B^{ter}. Miete und Pacht». Es ist ein passender Titel einzufügen.

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:
Hollenstein

Der Staatsschreiber:
Husi