

Prof. Dr. Isaak Meier
Freiestrasse 15
8032 Zürich

Gutachten

zur Frage

„Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sind die Kosten des Gläubigers für die Einschaltung eines Inkassobüros vom Schuldner zu übernehmen?“

Zürich, den 11. Juli 2007

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis.....	I
Literaturverzeichnis.....	V
1. Fragestellung.....	1
2. Inkasso als „dritte“ Form der Geltendmachung von Forderungen	2
3. Rechtsvergleichende Hinweise zum deutschen Recht.....	3
4. Pflicht zum Ersatz der Inkassokosten nach OR	6
5. Bedeutung von Art. 27 Abs. 3 SchKG.....	77
6. Problem der Ersatzpflicht des Schuldners für Inkassobemühungen bei anschliessendem Rechtsöffnungs- und/oder Gerichtsverfahren	86
7. Zusammenfassung der Ergebnisse	87

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	V
1. Fragestellung.....	1
2. Inkasso als „dritte“ Form der Geltendmachung von Forderungen	2
3. Rechtsvergleichende Hinweise zum deutschen Recht.....	3
4. Pflicht zum Ersatz der Inkassokosten nach OR	6
4.1. Grundsatz	6
4.1.1. Inkassokosten als Verzugschaden bei vertraglichen Ansprüchen	6
4.1.2. Inkassokosten als zusätzlicher Schadensposten zum Grundschaten bei der ausservertraglichen Haftung.....	7
4.2. Verhältnis von Verzugszinsen nach Art. 104 zum Verzugschaden nach Art. 106 OR und seine Bedeutung für die Inkassokosten	7
4.3. Möglichkeit der Kombination von Verzugszins und Inkassokosten.....	9
4.3.1. Meinungsstand in der schweizerischen Lehre und Praxis.....	9
4.3.1.1. Prinzip der Anrechnung des Verzugszinses an den nachgewiesenen Verspätungsschaden gemäss Art. 106 OR nach herrschender Meinung in Lehre und Praxis	9
4.3.1.2. Abweichende Ansichten in Lehre und Praxis	10
4.3.1.3. Zwischenergebnis und Gang der weiteren Untersuchung.....	12
4.3.2. Verhältnis von Verzugszins und Ersatz von gerichtlichen und aussergerichtlichen Anwaltskosten	13
4.3.2.1. Aussergerichtliche Anwaltskosten im Haftpflichtrecht.....	13
4.3.2.2. Gerichtliche Anwaltskosten	14
4.3.3. Rechtsvergleichung	14
4.3.3.1. Deutsches Recht.....	14
4.3.3.2. Österreichisches Recht.....	16
4.3.3.3. Europäisches Recht	19
4.3.4. Eigene Ansicht	21
4.4. Anforderungen an den Nachweis eines Verzugschadens.....	23
4.4.1. Einleitung	23
4.4.1.1. Problemstellung	23
4.4.1.2. Differenzierung des Verzugschadens nach Art des Schadens, Person des Gläubigers, Höhe der Forderung und Form der Kreditbeschaffung	23
4.4.1.3. Natürliche Vermutung, abstrakte Schadensberechnung beim Verzugschaden und Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR	24
4.4.1.4. Gang der Untersuchung	26
4.4.2. Nachweis von Aufwendungen für Kreditkosten und Anlageverlusten nach deutschem	

Recht	27
4.4.2.1. Allgemeines	27
4.4.2.2. Aufwendungen für Kreditzinsen	28
a) Allgemeines	28
b) Nachweis der Inanspruchnahme von Kredit	29
c) Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung.....	29
aa) Kaufleute und Unternehmen	29
bb) Privatgläubiger	31
d) Höhe der zu ersetzenden Kosten und deren Nachweis.....	32
4.4.2.3. Verlust von Anlagezinsen	33
a) Allgemeines	33
b) Banken	34
c) Privatgläubiger und andere Kaufleute.....	35
d) Gegenbeweis des Schuldners	37
4.4.3. Anforderungen an den Nachweis von Aufwendungen für Kreditzinsen und Anlageverlusten gemäss Art. 106 OR	37
4.4.3.1. Vorbemerkung	37
4.4.3.2. Nachweis von Aufwendungen für Kreditzinsen	38
a) Vorbemerkungen.....	38
b) Nachweis der Inanspruchnahme von Kredit	39
c) Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung....	40
aa) Kaufleute und Unternehmen	40
bb) Privatgläubiger	41
d) Höhe der zu ersetzenden Kreditkosten und deren Nachweis	42
e) Gegenbeweis des Schuldners	43
f) Fazit	43
4.4.3.3. Verlust von Anlagezinsen	43
a) Allgemeines	43
b) Anwendung von natürlichen Vermutungen je nach Person des Gläubigers.....	44
aa) Banken, andere Finanzinstitute und Versicherungen.....	45
bb) Andere Unternehmen und Kaufleute.....	45
cc) Privatpersonen	45
c) Nachweis der Höhe des entgangenen Zinsgewinns	46
d) Gegenbeweis des Schuldners	49
e) Fazit	49
4.5. Zwischenergebnisse	50
4.6. Verschulden des Schuldners an der Zahlungsverweigerung.....	52
4.6.1. Allgemeines.....	52
4.6.2. Insolvenz des Schuldners	52

4.6.3.	Bestreitung der Forderung.....	53
4.6.3.1.	Bestreitung der Forderung als grundsätzlich möglicher Entschuldigungsgrund.....	53
4.6.3.2.	Unzutreffende Beurteilung des Sachverhalts.....	53
4.6.3.3.	Rechtsirrtum.....	54
4.6.4.	Zwischenergebnisse.....	56
4.7.	„Gebotenheit“ als Voraussetzung für den Ersatz der Inkassokosten.....	57
4.7.1.	Grundsatz.....	57
4.7.1.1.	Einleitung.....	57
4.7.1.2.	Meinungsstand in Lehre und Praxis zur Frage des Beizugs eines Inkassobüros bzw. eines aussergerichtlichen Rechtsvertreters.....	59
4.7.1.3.	Eigene Meinung.....	60
4.7.2.	Angemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros im Allgemeinen.....	61
4.7.2.1.	Durch Daten belegte Effizienz der Inkassobüros.....	61
4.7.2.2.	Kosten-Nutzen Effizienz.....	62
4.7.2.3.	Gründe für die Effizienz von Inkassobüros.....	62
4.7.2.4.	Angemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros für Privatpersonen.....	62
4.7.2.5.	Angemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros für Unternehmen.....	63
4.7.3.	Unangemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros in besonderen Fällen.....	64
4.7.3.1.	Einschaltung eines Inkassobüros vor oder ohne Vornahme zumutbarer Eigenbemühungen durch den Gläubiger.....	64
4.7.3.2.	Einschaltung eines Inkassobüros bei bestrittenen Forderungen.....	65
4.7.3.3.	Einschaltung eines Inkassobüros, falls der Schuldner offensichtlich nicht in der Lage ist, die Forderung zu bezahlen.....	66
4.7.3.4.	Einschaltung eines Inkassobüros oder Beauftragung eines Anwalts.....	66
4.7.4.	Zwischenergebnisse.....	67
4.8.	Umfang der vom Schuldner zu ersetzenden Inkassokosten.....	68
4.8.1.	Grundsatz.....	68
4.8.2.	Die vertraglich geschuldeten Inkassokosten als oberste Grenze der Ersatzpflicht des Schuldners.....	69
4.8.3.	Reduktion der Inkassokosten bei Geltendmachung von in der Höhe unbegründeten Forderungen.....	69
4.8.4.	Reduktion betreffend Bemühungen des Inkassobüros, die nicht zur Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Schuldner gehören.....	70
4.8.5.	Schadenersatzbemessung nach den Grundsätzen der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht.....	70
4.8.5.1.	Sorgfaltspflichten des Gläubigers bei Auswahl, Instruktion und Überwachung des Inkassobüros.....	70
4.8.5.2.	Reduktion der Schadenersatzpflicht bei Verletzung der Sorgfaltspflicht.....	72

4.8.6.	Beurteilung von Formen der Berechnung von Inkassokosten im Lichte der Grundsätze für die Schadenersatzbemessung.....	72
4.8.6.1.	Pauschalierung der Kosten nach Streitwert und durchschnittlichem Bearbeitungsaufwand.....	72
4.8.6.2.	Erfolgshonorar	73
4.8.7.	Zwischenergebnisse	74
4.9.	Beweislastfragen	75
5.	Bedeutung von Art. 27 Abs. 3 SchKG.....	77
5.1.	Allgemeines.....	77
5.1.1.	Problemstellung.....	77
5.1.2.	Gegenstand der Regelung von Art. 27 SchKG im Allgemeinen.....	77
5.1.3.	Äusserungen in Literatur und Rechtsprechung zum Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 3 SchKG.....	78
5.1.4.	Diskussion der Bestimmung im Rahmen der SchKG-Revision.....	81
5.1.5.	Zwischenergebnis.....	83
5.2.	Abgrenzung der Aufwendungen für das Betreibungsverfahren und für ausseramtliche Inkassobemühungen	83
6.	Problem der Ersatzpflicht des Schuldners für Inkassobemühungen bei anschliessendem Rechtsöffnungs- und/oder Gerichtsverfahren	86
7.	Zusammenfassung der Ergebnisse	87

Literaturverzeichnis

- Amonn Kurt/Walther Fridolin, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. Aufl., Bern 2003
- AnwK-BGB/Bearbeiter, Anwaltkommentar, BGB, hrsg. von Barbara Dauner-Lieb/Thomas Heidel/Gerhard Ring, Bd. 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610, hrsg. von Barbara Dauner-Lieb/Werner Langen, Bonn 2005
- BaRo/Bearbeiter, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von Georg Bamberger/Herbert Roth, Bd. 1, Gesamtsachverzeichnis, §§ 1 – 610, München 2003
- Bättig Hans/Graber Christoph/Schnyder Anton K., Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V: Schaden – Haftung – Versicherung, hrsg. von Peter Münch/Thomas Geiser, Basel 1999, S. 357 ff.
- Baumgärtel/Bearbeiter, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, begr. von Gottfried Baumgärtel, Bd. 1: Allgemeiner Teil und Schuldrecht BGB mit VOB, HOAI, KSchG und ProdhaftG, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1991
- Becker Hermann, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183, 2. Aufl., Bern 1941 (zit. BK-Becker)
- BeckOK/Bearbeiter, Beck'scher Online-Kommentar, hrsg. von Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, 5. Edition, Stand 1.3.2007
- Belke Rolf, Abstrakte Schadensberechnung und Anscheinsbeweis am Beispiel des Zinsschadens, JZ 1969, S. 586 ff.
- Berger Max, Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten, HAVE 2003, S. 131 ff.
- BGB-RGRK/Bearbeiter, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrsg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Berlin/New York 1976
- BK-Bearbeiter, siehe unter dem Namen des Bearbeiters
- Botschaft über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBl 1991 III, S. 1 ff. (zit. Botschaft 1991)
- Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung zu dem vom Bundesrathe am 23. Februar 1886 festgestellten Entwurfe eines Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 6. April 1886, BBl 1886 II, S. 1 ff. (zit. Botschaft 1886)

- Brehm Roland, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Artikel 41 – 61 OR, 3. Aufl., Bern 2006 (zit. BK-Brehm)
- BSK OR I-Bearbeiter, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2003
- BSK ZGB I-Bearbeiter, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, hrsg. von Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser, 3. Aufl., Basel/Genf/München 2006
- Bucher Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988
- Bülow Peter/Artz Markus, Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl., Heidelberg 2006
- von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
- Cantieni Fabian, Verzugsschaden bei Geldschulden, Diss. Zürich 1996
- Casanova Hugo, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Diss. Freiburg 1982 (= AISUF Bd. 57)
- Christandl Bernd, Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten, RZ 2004, S. 262 ff.
- CR CO I-Bearbeiter, Commentaire Romand, Code des obligations I, hrsg. von Luc Thévenoz/Franz Werro, Genf/Basel/München 2003
- CR LP-Bearbeiter, Commentaire Romand, Poursuite et faillite, hrsg. von Louis Dalèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin, Basel/Genf/München 2005
- Dehn Wilma, Das Zinsrechts-Änderungsgesetz, RdW 2002, S. 514 ff.
- Deschenaux Henri/Tercier Pierre, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982
- Dittrich Robert/Tades Helmuth, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, 22. Aufl., Wien 2007
- Doms Thomas, Die Zinsbescheinigung – eine Regressfalle?, NJW 1999, S. 2649 ff.
- Engel Pierre, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997
- Erman/Bearbeiter, Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von Harm Peter Westermann, 11. Aufl., Münster/Köln 2004
- Fellmann Walter, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394 – 406 OR, Bern 1992 (zit. BK-Fellmann)

- Fritzsche Hans/Walder Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1984
- Gauch Peter, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, S. 189 ff.
- Gauch Peter/Schluep Walter R./Schmid Jörg/Rey Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, 2 Bd., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. Gauch/Schluep/Bearbeiter)
- Gilliéron Pierre-Robert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, 5 Bd., Lausanne 1999 – 2003
- Girsberger Andreas, Das Recht auf Ersatz der Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit der Verfolgung begründeter oder der Abwehr unbegründeter Ansprüche entstehen, SJZ 1962, S. 350 ff.
- Graf Georg, Die Neuregelung der Rechtsfolgen des Zahlungsverzugs, wbl 2002, S. 437 ff.
- Grothe Helmut, Fremdwährungsverbindlichkeiten, Habil. Osnabrück, Berlin/New York 1999
- Guhl/Bearbeiter, Theo Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, bearbeitet von Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, 9. Aufl., Zürich 2000
- Guldener Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979
- Habscheid Walther J., Der Anspruch auf Zahlung von Verzugszins im Prozess, SJZ 1994, S. 287 ff.
- Häfliger Bruno, Invaliditätsbemessung im Sozialversicherungsrecht und Haftpflichtrecht, HAVE 2005, S. 3 ff.
- Handkomm-Bearbeiter, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, hrsg. von Jolanta Kren Kostkiewicz/Urs Bertschinger/Peter Breitschmid/Ivo Schwander, Zürich 2002
- Hänlein Andreas, Die Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und ihre Umsetzung in Deutschland, EuZW 2000, S. 680 ff.
- Heinrichs Helmut, EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und Reform des Verzugsrechts nach dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, S. 157 ff.
- Honsell Heinrich, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005 (zit. Haftpflichtrecht)
- Honsell Heinrich, Der Zinsschaden bei der Geldschuld, wbl 1999, S. 97 ff. (zit. wbl 1999)
- Honsell Heinrich, Der Verzugsschaden bei der Geldschuld, in: Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, hrsg. von Dieter Medicus/Hans-Joachim Mertens/Knut Wolfgang Nörr/Wolfgang Zöllner, Stuttgart/Berlin/Köln 1992, S. 509 ff. (zit. FS Lange)

- Huber Ulrich, Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen und die europäische Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, JZ 2000, S. 957 ff.
- Huber Ulrich, Handbuch des Schuldrechts, hrsg. von Joachim Gernhuber, Bd. 9: Leistungsstörungen, Teilbände I u. II, Tübingen 1999
- Huter Reinhard, Die Geltendmachung von „Inkassospesen“ nach dem Zinsrechtsänderungsgesetz, AnwBl 2003, S. 646 ff.
- Inkasso-Handbuch/Bearbeiter, Inkasso-Handbuch, hrsg. von Walter Seitz, 3. Aufl., München 2000
- Jäckle Wolfgang, Nochmals: Inkassokosten als Verzugsschaden, NJW 1986, S. 2692 ff.
- Jaeger Carl, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. Aufl., bearbeitet von Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martin Kottmann, Zürich 1997 – 2001 (zit. Jaeger/Walder/Kull/Kottmann)
- Jäggi Peter, Rechtsgutachten zum Ersatz der vorprozessualen Vertretungskosten im Schadenfall (1962), SVZ 1995, S. 267 ff.
- Jauernig/Bearbeiter, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von Othmar Jauernig, 11. Aufl., München 2004
- Karollus Martin/Lukas Meinhard, Inkassokosten als Verspätungsschaden, in: Konsumentenpolitik im Spannungsfeld von Liberalisierung und sozialer Verantwortung, Festschrift für Gottfried Mayer, hrsg. von Beate Blaschek/Ruth Enthofer-Stoisser/Disa Medwed/Helmuth Perz/Beate Pirker-Hörmann/Maria Reiffenstein, Wien/Graz 2004, S. 71 ff.
- KBB/Bearbeiter, Kurzkomentar zum ABGB, hrsg. von Helmut Koziol/Peter Bydliniski/Raimund Bollenberger, Wien 2005
- Keller Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., Bern 2002; Bd. II, 2. Aufl., Bern 1998
- Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2 Bd., Bern 2006
- Krüger Thomas/Bütter Michael, Verzugsschadenberechnung bei Not leidenden Krediten nach der Schuldrechtsreform, WM 2002, S. 2094 ff.
- Kummer Max, Kommentar zu Art. 8 – 10 ZGB, in: Berner Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1 – 10 ZGB, Bern 1966 (zit. BK-Kummer)
- Lange Hermann/Schiemann Gottfried, Handbuch des Schuldrechts, hrsg. von Joachim Gernhuber, Bd. 1: Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003
- Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, 14. Aufl., München 1987

- Lorandi Franco, *Betreibungsrechtliche Beschwerde und Nichtigkeit*, Kommentar zu den Artikeln 13 – 30 SchKG, Basel/Genf/München 2000
- Löwisch Manfred, *Inkassokosten als Verzugsschaden*, NJW 1986, S. 1725 ff.
- Lüchinger Niklaus, *Schadenersatz im Vertragsrecht*, Diss. Freiburg 1999 (= AISUF Bd. 184)
- Luterbacher Thierry, *Die Schadenminderungspflicht*, Diss. Zürich 2005 (= Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 238)
- Medicus Dieter, „Geld muss man haben“, AcP 1988, S. 489 ff.
- Meier Isaak, *Das Beweismass – ein aktuelles Problem des schweizerischen Zivilprozessrechts*, BJM 1989, S. 57 ff.
- Merz Thomas, *Der Zahlungsverzug des Käufers (ohne besondere Arten des Kaufs)*, Diss. St. Gallen, Zürich 2003
- MünchKommBGB/Bearbeiter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*:
- Band 2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, §§ 241 – 432, hrsg. von Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker, 5. Aufl., München 2007
 - Band 3, *Schuldrecht Besonderer Teil I*, §§ 433 – 610, hrsg. von Kurt Rebman/Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker, 4. Aufl., München 2004
- Oftinger Karl/Stark Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Erster Band: *Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Zürich 1995
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Band: *Das Obligationenrecht*, Erster Halbband: *Art. 1 – 183*, 2. Aufl., Zürich 1929
- Palandt/Bearbeiter, *Bürgerliches Gesetzbuch*, begr. von Otto Palandt, 66. Aufl., München 2007
- PWW/Bearbeiter, *BGB, Kommentar*, hrsg. von Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, Köln 2006
- Rey Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003
- Roberto Vito, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zürich/Basel/Genf 2002 (zit. Haftpflichtrecht)
- Roberto Vito, *Schadensrecht*, Habil. Zürich, Basel 1997 (zit. Schadensrecht)
- Rummel/Bearbeiter, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, hrsg. von Peter Rummel, 2. Band, 2. Aufl., Wien 1992
- Rumo-Jungo Alexandra, *Haftpflicht und Sozialversicherung*, Habil. Freiburg 1998
- Schaer Roland, *Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadensausgleichssystemen*, Habil. Bern, Basel/Frankfurt am Main 1984

- Schaetzle Marc, Der Schaden und seine Berechnung, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V: Schaden – Haftung – Versicherung, hrsg. von Peter Münch/Thomas Geiser, Basel 1999, S. 401 ff.
- Schaffhauser René/Zellweger Jakob, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. II: Haftpflicht und Versicherung, Bern 1988
- Schenker Franz, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988 (= AISUF Bd. 80)
- SchKG-Bearbeiter, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3 Bd., hrsg. von Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin, Basel/Genf/München 1998; Ergänzungsband, Basel/Genf/München 2005
- Schmidt-Kessel Martin, Die Zahlungsverzugsrichtlinie und ihre Umsetzung, NJW 2001, S. 97 ff.
- Schönle Herbert, Intérêts moratoires, intérêts compensatoires et dommages-intérêts de retard en arbitrage international, in: Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, hrsg. von Christian Dominicé/Robert Patry/Claude Reymond, Basel/Frankfurt am Main 1993, S. 649 ff. (= Herbert Schönle, Droit des obligations et droit bancaire, Basel/Frankfurt am Main 1995, S. 77 ff.)
- Schulte-Braucks Reinhard, Zahlungsverzug in der Europäischen Union, NJW 2001, S. 103 ff.
- Schwenzer Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006
- Schwimann/Bearbeiter, ABGB, Praxiskommentar, hrsg. von Michael Schwimann, 3. Aufl., Wien 2006
- Soergel/Bearbeiter, Bürgerliches Gesetzbuch, begr. von Hans Theodor Soergel, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241 – 432), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/Köln 1990
- Spahr Stéphane, L'intérêt moratoire, Conséquence de la demeure, RVJ 1990, S. 351 ff.
- Spiro Karl, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984
- Staudinger/Bearbeiter, Johann von Staudingers Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse:
- §§ 249 – 255 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung von Gottfried Schiemann, Berlin 2005
 - §§ 255 – 304 (Leistungsstörungenrecht I), Neubearbeitung von Claudia Bittner/Manfred Löwisch/Hansjörg Otto, Berlin 2004

- §§ 491 – 507 (Verbraucherdarlehen), Neubearbeitung von Sibylle Kessal-Wulf, Berlin 2004
- Stein Peter, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall?, ZSR 1987 I, S. 635 ff.
- von Tuhr Andreas/Escher Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974
- Vogel Oscar/Spühler Karl, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006
- Walder Hans Ulrich, Schuldbetreibung und Konkurs – seltene Problematik im Parlament, in NZZ vom 26.2.1993, S. 21
- Weber Rolf H., Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109, Bern 2000 (zit. BK-Weber)
- Weber Rolf H., Gedanken zur Verzugsschadensregelung bei Geldschulden, in: Beiträge zum Familien- und Vormundschaftsrecht, Schuldrecht, Internationalen Privatrecht, Verfahrens-, Banken-, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, zur Rechtsgeschichte und zum Steuerrecht, Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, hrsg. von Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/Walter R. Schlupe, Zürich 1989, S. 323 ff. (zit. FS Keller)
- Weber Stephan, Keine Minderung von Zins und Schaden, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 4C.3/2004 vom 22. Juni 2004, HAVE 2004, S. 306 ff. (zit. HAVE 2004)
- Weber Stephan, Die Schadenminderungspflicht – Eine metamorphe Rechtsfigur, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1999, hrsg. von Alfred Koller, St. Gallen 1999, S. 133 ff. (zit. Schadenminderungspflicht)
- Weber Stephan, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, SVZ 1993, S. 2 ff. (zit. Ungereimtheiten)
- Weber Werner C., Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich, Entlebuch 1990
- Wegmann Alice, Haftung des Schuldners für Vertretungskosten bei aussergerichtlicher Erledigung eines Rechtsstreits, SJZ 1954, S. 278 f.
- WER/Bearbeiter, Verbraucherkreditgesetz, hrsg. von Friedrich Graf von Westphalen/Volker Emmerich/Franz von Rottenburg, 2. Aufl., Köln 1996
- Werro Franz, La responsabilité civile, Bern 2005
- Wiegand Wolfgang, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1997, ZBJV 1998, S. 677 ff.

Gutachten zur Tragung der Inkassokosten durch den Schuldner

1. Fragestellung

Die Fragestellung des vorliegenden Gutachtens lautet:

„Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sind die Kosten des Gläubigers für die Einschaltung eines Inkassobüros vom Schuldner zu übernehmen?“

Es handelt sich dabei um eine rechtlich und wirtschaftlich bedeutsame Frage. Jährlich werden von den Inkassoinstituten in der Schweiz über 800'000 Inkassoaufträge im Gesamtvolumen von mehr als Fr. 600 Mio.¹ ausgeführt. Es ist daher erstaunlich, dass die Kostenverteilung beim Forderungsinkasso bis jetzt in der schweizerischen Rechtsliteratur nicht näher untersucht worden ist. Mit diesen Ausführungen soll ein Beitrag zur Lösung der wichtigsten Probleme, die sich in diesem Zusammenhang stellen, geleistet werden.

Die Beantwortung der Frage nach der Tragung von Inkassokosten ergibt sich sowohl aus dem Privatrecht als auch aus dem Verfahrensrecht, genau gesagt dem SchKG. Aus privatrechtlicher Sicht stellt sich insbesondere die Frage, inwiefern Inkassokosten für vertragliche Ansprüche als Verzugsschaden bzw. für ausservertragliche Ansprüche als besonderer Schadensposten geltend gemacht werden können (hierzu 4.). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu untersuchen, ob und in welchem Umfange die Inkassokosten von der Kostenregelung des vorangehenden, nachfolgenden oder parallel laufenden Betreibungs- oder Gerichtsverfahrens erfasst werden. Für das Betreibungsverfahren ist in Art. 27 Abs. 3 SchKG vorgesehen, dass die Kosten der Vertretung des Gläubigers dem Schuldner nicht überbunden werden dürfen (hierzu 5.). Bevor auf diese Frage eingegangen werden kann, ist auszuführen, was unter Inkassobemühungen zu verstehen ist (hierzu 2.). Im Weiteren sind rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen Recht erforderlich (3.)

¹ Nach der vsi-Inkassostatistik lauten die Zahlen für die letzten Jahre wie folgt: 2005: Inkasso-Aufträge 848'372, Forderungsvolumen 652.6 Mio.; 2004: Inkasso-Aufträge 695'780, Forderungsvolumen 580 Mio.

2. Inkasso als „dritte“ Form der Geltendmachung von Forderungen

Das Forderungsinkasso, wie es von professionellen Inkassobüros betrieben wird, ist m.E. als dritte, eigenständige Form der Geltendmachung von Ansprüchen einzustufen, die neben den beiden Hauptformen der gerichtlichen und betreibungsrechtlichen Geltendmachung steht.

Das Forderungsinkasso im hier verstandenen Sinn umfasst alle aussergerichtlichen sowie ausserbetreibungsamtlichen, rechtlich zulässigen Handlungen, die geeignet sind, den Schuldner zur Zahlung einer Forderung zu bewegen. Die im schweizerischen Recht ebenfalls mögliche Vertretung eines Gläubigers durch ein Inkassobüro im Betreibungsverfahren zählt nach diesem Verständnis nicht zum Forderungsinkasso im eigentlichen Sinne.

Handlungen zur Eintreibung einer Forderung: Die Handlungen zur Eintreibung einer Forderung umfassen typischerweise mehrmalige, mehr oder weniger eindringliche *Mahnungen und Zahlungserinnerungen* an den Schuldner. Diese können brieflich, elektronisch, telefonisch und unter Umständen auch im Rahmen eines persönlichen Gesprächs mit dem Schuldner bei ihm zu Hause oder in den Räumlichkeiten der Inkassobüros erfolgen. Das Inkassobüro wird dabei den Schuldner auf die Rechtslage aus der Sicht des Gläubigers und insbesondere in deutlicher Form auf die rechtlichen Konsequenzen hinweisen. Um dem Schuldner die Zahlung zu ermöglichen, können Zahlungsfristen, Abzahlungsraten oder auch die Reduktion der Forderung vereinbart werden. Ausnahmsweise kann es auch zu einer umfassenden Insolvenzberatung kommen, bei der das Inkassobüro den Schuldner bei der Aufstellung eines Budgets unterstützt.

Abklärungen über den Schuldner und den Bestand der Forderung: Um diese Handlungen erfolgreich durchführen zu können, muss das Inkassobüro nähere Informationen über die ausstehende Forderung, den Schuldner, seine finanziellen Verhältnisse und die bisherigen Bemühungen des Gläubigers haben. Die meisten Informationen wird es vom Gläubiger erhalten. Für viele Schuldner verfügt das Inkassobüro jedoch in seinen Schuldnerdateien zusätzlich über eigene wichtige Informationen. Schliesslich wird es meist weitere aktuelle Informationen bei Ämtern (Betreibungsämter, Steuerämter, Einwohnerkontrolle etc.), sonstigen Dritten oder beim Schuldner selbst (etwa durch Privatdetektive) einholen. Die Feststellung von Höhe und Bestand der Forderung erfordert oft gewisse rechtliche Abklärungen.

Vertretung des Gläubigers im Betreibungsverfahren und Instruktion eines Anwalts oder

einer Anwältin: Neben diesen aussergerichtlichen und ausseramtlichen Bemühungen ist das Inkassobüro im schweizerischen Recht grundsätzlich auch befugt, den Gläubiger im Betreibungsverfahren zu vertreten (vgl. Art. 27 SchKG). Die entsprechenden Aufwendungen gehören jedoch, wie gesagt, nicht zum Inkasso im eigentlichen Sinne. Führt auch dies nicht zum Erfolg, kann das Inkassobüro auch ermächtigt sein, einen Anwalt oder eine Anwältin für die Einleitung eines Gerichtsverfahrens zu beauftragen und zu instruieren. Auch solche Bemühungen liegen m.E. ausserhalb der Inkassotätigkeit im eigentlichen Sinne.

Gründe für den Erfolg von Inkassobüros: Der Erfolg von Inkassobüros bei der Geltendmachung von Forderungen beruht vor allem auf der grossen Erfahrung im Umgang mit Schuldnern, dem hohen Spezialisierungsgrad und der Professionalität bei den fraglichen Handlungen. Inkassobüros sind in der Lage, konsequent und ausdauernd gegenüber dem Schuldner vorzugehen. Die von ihnen geführten Schuldnerdateien gestatten nicht nur ein effektiveres Vorgehen gegenüber den eingetragenen Schuldnern, sondern bilden auch allgemein ein wirksames Druckmittel, da nachteilige Eintragungen die Kreditwürdigkeit eines Gläubigers wesentlich beeinträchtigen können.

Die Inkassotätigkeit ist in der Schweiz grundsätzlich nicht gesetzlich geregelt. Anders als in Deutschland (hierzu 3.) kann jedermann ohne eine gesetzliche Erlaubnis ein Inkassobüro betreiben. Wenige kantonale Vorschriften existieren allein für die Vertretung im Betreibungsverfahren (Art. 27 SchKG)². In der Schweiz existieren auch keine Vorschriften über die aussergerichtliche Geltendmachung einer Forderung. Im amerikanischen Recht zum Beispiel hat der Gesetzgeber hierzu im Fair Debt Collection Practices Act verschiedene Regeln aufgestellt³.

3. Rechtsvergleichende Hinweise zum deutschen Recht

Wie bereits erwähnt, ist im schweizerischen Recht die Frage der Kostentragung bisher nicht

² Z.B. Genf: Loi réglementant la profession d'agent d'affaires du 2 novembre 1927 (RSG E 6 20); Waadt: Loi sur la représentation des parties (LREP) du 5 septembre 1944 (RSV 176.11), Loi sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAg) 20 mai 1957 (RSV 179.11), Règlement concernant les représentants professionnels autorisés conformément à l'article 27, alinéa 2, LP (RRPLP) du 15 juillet 1997 (RSV 280.07.1); vgl. auch Zürich: Gesetz über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive vom 16. Mai 1943 (LS 935.41).

³ 15 U.S.C. §§ 1692 ff.

näher untersucht worden. Demgegenüber wird sie in Deutschland bei weitgehend vergleichbarer Rechtslage intensiv diskutiert. Ebenso haben sich die Gerichte hierzu in zahlreichen Entscheiden geäußert. Es ist daher aufschlussreich, bei der Beantwortung der einzelnen Fragen das deutsche Recht rechtsvergleichend beizuziehen. Zum besseren Verständnis dieser Ausführungen soll hier ein kurzer Gesamtüberblick gegeben werden.

Notwendigkeit einer Bewilligung zum Betrieb eines Inkassobüros: Die gewerbsmässige Einziehung fremder oder zu Erwerbszwecken abgetretener Forderungen erfordert in Deutschland eine Bewilligung der zuständigen Behörde (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 RBERG⁴)⁵. Dies bedeutet, dass überhaupt nur Kosten für registrierte Inkassobüros einen ersatzfähigen Schaden darstellen können. Beauftragt der Gläubiger ein ohne Erlaubnis betriebenes Inkassobüro, so ist der Vertrag gemäss § 134 BGB wegen Verstoss gegen ein Verbotsgesetz nichtig.

Inkassokosten als Verzugsschaden nach § 280 Abs. 1 u. 2 i.V.m. § 286 BGB: Nach ganz herrschender Meinung in Lehre und Praxis kann ein Gläubiger die Kosten des Beizugs eines Inkassobüros grundsätzlich als Verzugsschaden nach § 280 Abs. 1 u. 2 i.V.m. § 286 BGB geltend machen⁶. Aus der sich aus § 254 BGB ergebenden Schadenminderungspflicht folgt allerdings, dass eine Ersatzpflicht des Schuldners nur dann und insoweit besteht, als der Gläubiger im konkreten Fall die Einschaltung eines Inkassobüros für erforderlich und zweckdienlich halten durfte⁷.

Pflichten des Gläubigers, eigene Bemühungen zur Eintreibung der Forderung vorzunehmen: Bleibt die Erfüllung einer Forderung aus, wird nach der Verkehrsanschauung zunächst erwartet, dass der Gläubiger auf eigene Kosten die ihm zumutbaren Eigenbemühungen zur Eintreibung der Forderung unternimmt. Hierzu gehören auf jeden Fall die den Verzug

⁴ Rechtsberatungsgesetz vom 13. Dezember 1935.

⁵ Staudinger/Löwisch, § 286 N 216; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; vgl. Inkasso-Handbuch/Caliebe, N 1015 ff., insb. 1070 ff.

⁶ Palandt/Heinrichs, § 286 N 49; Staudinger/Löwisch, § 286 N 216, MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 157; PWW/Schmidt-Kessel, § 280 N 25; BaRo/Grüneberg, § 286 N 74; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; Löwisch, S. 1725; Jäckle, S. 2692; OLG Düsseldorf in BeckRS 2006, 11307; einschränkend Erman/Westermann, § 280 N 37. A.M. AG Zossen in BeckRS 2007, 00243.

⁷ Staudinger/Löwisch, § 286 N 220; Löwisch, S. 1726; Inkasso-Handbuch/Seitz, N 696 ff., insb. 713 ff.; vgl. Palandt/Heinrichs, § 286 N 49; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 157; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; PWW/Grüneberg, § 286 N 74.

auslösende Mahnung und je nach Situation zwei bis drei weitere Mahnungen⁸. Wird ein Inkassobüro schon früher eingeschaltet, entfällt die Ersatzpflicht vollständig bzw. muss entsprechend gekürzt werden. Vereinzelt wird in Gerichtsentscheiden auch davon ausgegangen, dass Kaufleute ihre Forderungen ausschliesslich selbst einzuziehen hätten und daher die Kosten eines Inkassobüros nicht erstattet verlangen könnten⁹.

Fehlende Erforderlichkeit der Einschaltung eines Inkassobüros bei bestrittenen Forderungen und bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners: Die Einschaltung eines Inkassobüros ist nach allgemeiner Ansicht nicht erforderlich und damit nicht erstattungsfähig, wenn der Schuldner die Forderung ernsthaft bestreitet. Vielmehr ist dies Anlass, einen Rechtsanwalt einzuschalten¹⁰. Dasselbe wird allgemein angenommen, wenn eine dem Gläubiger erkennbare Zahlungsunwilligkeit oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorliegt¹¹.

Umfang der Ersatzpflicht: War die Einschaltung des Inkassobüros erforderlich, kann der Gläubiger grundsätzlich die von ihm selbst zu bezahlenden Kosten gegenüber dem Schuldner vollumfänglich geltend machen¹². Nach wohl herrschender Meinung dürfen die Kosten jedoch nicht höher sein, als wenn ein Rechtsanwalt eingeschaltet würde, weil – so wörtlich BaRo/Grüneberg – *„in Anbetracht der Vielzahl der (zum Inkasso bereiten und hierfür zumindest genauso befähigten) Anwälte die durch Einschaltung einer anderen Stelle entstehenden Mehrkosten zur Rechtsverfolgung nicht sachdienlich gewesen sind.“*¹³

Erfolgshonorar: Eine viel diskutierte Frage in der deutschen Lehre ist, ob dem Schuldner

⁸ Löwisch, S. 1726; Staudinger/Löwisch, § 286 N 217.

⁹ LG Berlin in WM 1990, S. 61 ff., 62 (eine Bank betreffend); AG Bad Homburg in MDR 1983, S. 840.

¹⁰ Staudinger/Löwisch, § 286 N 222; Inkasso-Handbuch/Seitz, N 778; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; Löwisch, S. 1727.

¹¹ Palandt/Heinrichs, § 286 N 49; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 157; Erman/Westermann, § 280 N 37; OLG Düsseldorf in BeckRS 2006, 11307; ausführlich Inkasso-Handbuch/Seitz, N 716 ff., 816 ff., 819 ff.; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; Jäckle, S. 2693 f.; OLG München in MDR 1988, S. 407; LG Berlin in NJW-RR 1987, S. 802; OLG Düsseldorf in JZ 1987, S. 887 f., 888; teilweise relativierend Staudinger/Löwisch, § 286 N 222; Löwisch, S. 1727.

¹² Inkasso-Handbuch/Seitz, N 643

¹³ BaRo/Grüneberg, § 286 N 74; so auch Palandt/Heinrichs, § 286 N 49; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 157; Erman/Westermann, § 286 N 37; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; a.M. Staudinger/Löwisch, § 286 N 224. Vgl. aber zur Situation seit Inkrafttreten des Gesetzes über die Vergütungen der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (RVG) vom 5. Mai 2004 auch OLG Düsseldorf in BeckRS 2006, 11307.

auch Inkassokosten verrechnet werden können, die in der Höhe oder im Bestand vom Erfolg der Inkassobemühungen abhängig sind (Erfolgshonorar)¹⁴. Die herrschende Meinung verneint dies mit unterschiedlichen Begründungen¹⁵. Nach einer Ansicht ist dies deshalb unzulässig, weil es sich dabei um einen (unzulässigen) Vertrag zu Lasten eines Dritten, d.h. des Schuldners, handelt¹⁶. Im Weiteren wird angeführt, dass das Erfolgshonorar keinen Verzugschaden darstelle, weil es nicht durch den Verzug, sondern erst durch die Zahlung des Schuldners zur Entstehung gelange¹⁷.

4. Pflicht zum Ersatz der Inkassokosten nach OR

4.1. Grundsatz

4.1.1. Inkassokosten als Verzugschaden bei vertraglichen Ansprüchen

Nach – m.E. zutreffender – allgemeiner Ansicht gehören die Kosten des Gläubigers für den Beizug einer Vertretung für die aussergerichtliche Geltendmachung einer Forderung grundsätzlich zum Verzugschaden¹⁸. Der Beizug eines Vertreters auf Kosten des Gläubigers stellt einen Schaden dar, der in adäquater Weise durch den Verzug des Schuldners verursacht wird.

Die Meinungsäusserungen in Lehre und Praxis betreffen zwar meist die anwaltliche Vertretung. Gewichtige Stimmen in der Literatur beziehen sich jedoch explizit auch auf die Kosten

¹⁴ Staudinger/Löwisch, § 286 N 219; Inkasso-Handbuch/Seitz, N 665 ff.; Löwisch, S. 1726; OLG Dresden in NJW-RR 1994, S. 1139 ff., 1142.

¹⁵ Staudinger/Löwisch, § 286 N 219; OLG Dresden in NJW-RR 1994, S. 1139 ff., 1142; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; vgl. die Hinweise bei Inkasso-Handbuch/Seitz, N 666 ff.; differenzierend Münch-KommBGB/Ernst, § 286 N 157: Beschränkung (inkl. sonstige Kosten des Instituts) auf die Höhe der notwendigerweise anfallenden Anwaltskosten; Inkasso-Handbuch/Seitz, N 671: Insgesamt Beschränkung auf Höhe der üblichen Kosten.

¹⁶ Löwisch, S. 1726; OLG Dresden in NJW-RR 1994, S. 1139 ff., 1142.

¹⁷ Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27.

¹⁸ BK-Weber, Art. 103 N 23, Art. 106 N 20; Koller, Bd. II, § 55 N 60; Gauch/Schlupe/Rey, N 3015; CR CO I-Thévenoz, Art. 103 N 5 lit. g; Schenker, N 294; Cantieni, S. 101; Weber, FS Keller, S. 328; Casanova, S. 38 f.; von Büren, S. 369; BK-Becker, Art. 103 N 13; Merz, S. 65; St. Weber, Ungereimtheiten, S. 4 FN 9; Jäggi, S. 271; Wegmann, S. 278 f.; vgl. Handkomm-Kren, Art. 103 N 6. Möglicherweise a.M. BSK OR I-Wiegand, Art. 103 N 6.

des Beizugs eines Inkassobüros¹⁹. So führt etwa *Rolf Weber* im Berner Kommentar zu Art. 103 OR aus: „Zu den zusätzlichen Auslagen gehören auch die Kosten der Rechtsverfolgung ..., z.B. Anwaltskosten ... sowie die Kosten für ein Inkassobüro, wenn dessen Beizug erfolgversprechend erscheint ...“²⁰

4.1.2. Inkassokosten als zusätzlicher Schadensposten zum Grundscha- den bei der ausservertraglichen Haftung

Ebenso unbestritten ist, dass die Kosten für den Beizug einer Rechtsvertretung bei der Geltendmachung von ausservertraglichen Schadenersatzansprüchen grundsätzlich als besonderer Schadensposten vom Haftpflichtigen zu ersetzen sind²¹. Über die rechtliche Begründung und dogmatische Einordnung werden allerdings sehr unterschiedliche Ansichten vertreten, die hier nicht weiter erörtert und überprüft werden sollen²². Nach der von *Gauch* vertretenen, überzeugenden Auffassung handelt es sich um einen „gewöhnlichen“ zusätzlichen Schadensposten, der – wie etwa die Kosten für die ärztliche Behandlung – zum bestehenden Grundscha- den hinzutritt (sog. absolute Schadenstheorie)²³.

4.2. Verhältnis von Verzugszinsen nach Art. 104 zum Verzugs- schaden nach Art. 106 OR und seine Bedeutung für die Inkas- sokosten

Für die Erfüllung von Geldforderungen, wie sie hier zur Diskussion stehen, existieren in Art.

¹⁹ BK-Weber, Art. 103 N 23; Koller, Bd. II, § 55 N 60; CR CO I-Thévenoz, Art. 103 N 5 lit. g; Schenker, N 294; Cantieni, S. 101, Merz, S. 65; Wegmann, 278 f.; wohl auch *Gauch/Schluep/Rey*, N 3015. Unter Bezugnahme auf Handelsgericht AG in AGVE 1993, Nr. 6, S. 30 f., 31, hinsichtlich der Kosten des Inkassos durch einen Anwalt ablehnend BSK OR I-Wiegand, Art. 103 N 6; Handkomm-Kren, Art. 103 N 6.

²⁰ BK-Weber, Art. 103 N 23.

²¹ Betreffend Anwaltskosten: BK-Brehm, Art. 41 N 87; Werro, N 1002; CR CO I-Werro, Art. 42 N 14; *Gauch*, S. 195; *Oftinger/Stark*, § 2 N 28 ff.; *Rey*, N 229 u. 1274; *Roberto*, Haftpflichtrecht, N 775; *Keller*, Bd. I, S. 71 f., Bd. II, S. 39; *Berger*, S. 133; *Bättig/Graber/Schnyder*, N 8.10 u. 8.61 ff.; *Schaetzle*, N 9.101; *St. Weber*, Ungereimtheiten, S. 2 ff.; *Schaffhauser/Zellweger*, N 965; *Stein*, S. 648 ff.; *Schaer*, N 198; *Jäggi*, S. 280; *Girsberger*, S. 351 f.; BK-Becker, Art. 41 N 7; BGE 97 II 259 E. III. 5. S. 267 f.; 117 II 101 E. 5 S. 106; 117 II 394 E. 3a S. 395 f.; 131 II 121 E. 2.1 S. 125; Urteile des Bundesgerichts 4C.51/2000 vom 7. August 2000, E. 2, und 4C.194/2002 vom 19. Dezember 2002, E. 5 (nicht wiedergegeben in BGE 129 III 135).

²² Siehe hierzu die Zusammenstellung bei *Gauch*, S. 191 ff., insb. 195 f.

²³ *Gauch*, S. 195.

104 ff. OR besondere Verzugsbestimmungen, welche die allgemeine Regel von Art. 103 Abs. 1 OR ergänzen. Nach Art. 104 OR hat der Schuldner, der sich mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug befindet, unabhängig vom Verschulden am Verzug²⁴ Verzugszinsen zu bezahlen. Erleidet der Gläubiger einen grösseren Schaden, als ihm durch die Verzugszinsen vergütet wird, muss der Schuldner auch diesen ersetzen, sofern er sich nicht exkulpieren kann²⁵. Der Gläubiger kann mithin seinen ganzen Nutzensausfall geltend machen²⁶.

Diese Ausgangslage führt betreffend die Inkassokosten zu folgenden Fragen:

- 1.) Kann der Gläubiger gegenüber dem Schuldner in jedem Fall neben dem Verzugszins von 5 % zusätzlich auch die Inkassokosten im nachfolgend zu bestimmenden Umfang geltend machen oder ist die kumulative Geltendmachung nur möglich, wenn der Gläubiger neben den Inkassokosten einen dem Verzugszins entsprechenden Schaden nachweisen kann? (hierzu S. 9 ff.)
- 2.) Insbesondere wenn Letzteres anzunehmen ist, stellt sich die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis dieses Schadens zu stellen sind. Das heisst, es ist zu klären, ob der Schaden, welcher infolge entgangener Anlagemöglichkeiten (Zinsschaden) oder Kreditkosten entsteht und für welchen sonst durch den Verzugszins ein pauschalierter Mindestschadenersatz gewährleistet ist, stets konkret nachgewiesen werden muss oder ob er allenfalls auch abstrakt bzw. typisiert berechnet werden kann (hierzu S. 23 ff.).

Im Hinblick auf den Ersatz der Inkassokosten sind dies zentrale Fragen, da die Inkassokosten oft nicht oder nicht wesentlich über dem Verzugszins von 5 % liegen werden.

²⁴ BK-Weber, Art. 104 N 34; BSK OR I-Wiegand, Art. 104 N 1; Gauch/Schluep/Rey, N 2989.

²⁵ Art. 106 Abs. 1 OR.

²⁶ BK-Weber, Art. 106 N 5.

4.3. Möglichkeit der Kombination von Verzugszins und Inkassokosten

4.3.1. Meinungsstand in der schweizerischen Lehre und Praxis

4.3.1.1. *Prinzip der Anrechnung des Verzugszinses an den nachgewiesenen Verspätungsschaden gemäss Art. 106 OR nach herrschender Meinung in Lehre und Praxis*

In der Literatur wird hinsichtlich des Verhältnisses von Verzugszins nach Art. 104 OR und Verspätungsschaden nach Art. 106 OR regelmässig folgender Grundsatz genannt: Die Verzugszinsen als pauschal berechneter Verspätungsschaden müssen auf den nachgewiesenen weiteren Schaden nach Art. 106 OR angerechnet werden²⁷. Das heisst, der Gläubiger kann nicht einen bestimmten nachgewiesenen Verzugsschaden geltend machen und überdies den Verzugszins als pauschalierten Mindestschaden von in der Regel 5 % in Rechnung stellen. Gleichlautende Äusserungen finden sich auch in der Judikatur²⁸. In BGE 123 III 241 heisst es etwa: „Die gesetzlich geschuldeten Verzugszinse gemäss Art. 104 OR müssen darauf [gemeint auf den weiteren Schaden nach Art. 106 OR] angerechnet werden (...). Der Verspätungsschaden nach Art. 106 OR tritt nicht kumulativ hinzu, sondern wird nur dann geschuldet, wenn er die Verzugszinse übersteigt.“²⁹ Eine Kombination von Verzugszins und Verspätungsschaden ist danach nicht möglich. Eine solche Auslegung scheint auch der Wortlaut von Art. 106 Abs. 1 OR nahe zu legen. Denn wörtlich heisst es dort: „Hat der Gläubiger einen grösseren Schaden erlitten, als ihm durch die Verzugszinse vergütet wird ...“

Geht man von diesem Grundsatz aus, müsste man zum Schluss kommen, dass Verzugszinsen und (ausgewiesene) Inkassokosten nicht kumulativ verlangt werden können, sondern der Betrag der Verzugszinsen als pauschal berechneter Verspätungsschaden auf die Inkassokosten angerechnet werden muss.

Diese Schlussfolgerung wird zwar von Lehre und Praxis in der Schweiz für die Inkassokosten

²⁷ BK-Weber, Art. 106 N 5; CR OR I-Thévenoz, Art. 106 N 6; Gauch/Schlupe/Rey, N 3019; Handkomm-Kren, Art. 106 N 3; Schenker, N 392; Habscheid, S. 287 FN 1; Schönle, S. 665; Spahr, S. 364; Cantieni, S. 29; Koller, Bd. II, § 55 N 66. Entsprechende Äusserungen finden sich auch zum deutschen Recht AnwK-BGB/Schulte-Nölke, § 288 N 14; Huber, Bd. II, S. 45; vgl. auch Grothe, S. 631 u. 659.

²⁸ BGE 123 III 241 E. 4b S. 246; Kantonsgericht Wallis in RVJ 1994, S. 183.

²⁹ BGE 123 III 241 E. 4b S. 246.

(soweit ersichtlich) nie direkt ausgesprochen. Sie ergibt sich jedoch aus dem üblichen Aufbau der Ausführungen zu Art. 106 OR. *Rolf Weber*³⁰ und *Cantieni*³¹ etwa stellen ihren Ausführungen zum Verzugsschaden das genannte Prinzip der Anrechnung der Verzugszinsen an den nachgewiesenen Verspätungsschaden voran. Später nennen sie als Verspätungsschaden unter anderem die Vertretungskosten, ohne dabei den fraglichen Grundsatz für diese Schadensposten zu relativieren³². *Gauch/Schluemp/Rey* nennen ihrerseits zunächst die verschiedenen Kategorien von Verspätungsschäden (Art. 106 OR wird dabei unter Hinweis auf BGE 60 II 340 als Wiederholung von Art. 103 OR bezeichnet), worunter sie unter anderem auch Rechtsverfolgungskosten verstehen, um dann ohne weitere Differenzierung Folgendes festzuhalten: „Bei Geldschulden sind die Verzugszinsen an den Verspätungsschaden anzurechnen, weshalb Verspätungsschaden und Verzugszinsen nicht kumulativ geltend gemacht werden können. Decken die Verzugszinsen den Schaden nicht, so ist der Überschuss zu ersetzen (Art. 106 Abs. 1).“³³

4.3.1.2. Abweichende Ansichten in Lehre und Praxis

Eine Relativierung des Grundsatzes der Anrechnung der Verzugszinsen auf den weiteren Schaden nach Art. 106 OR findet sich soweit ersichtlich nur bei *Schönle*. Er legt zwar ebenfalls diesen Grundsatz dar³⁴, führt dann aber aus, dass immerhin ein (als Verspätungsschaden anerkannter³⁵) Währungsschaden kumulativ zu den Verzugszinsen verlangt werden könne³⁶.

Er begründet diese Differenzierung damit, dass durch die Verzugszinsen zwar pauschal und unabhängig von einem tatsächlich erlittenen Schaden die Finanzierungskosten des Gläubigers, welche ihm dadurch entstehen, dass er die ihm vorenthaltenen Mittel anderweitig beschaffen muss (Kreditkosten), oder der Gewinn, den er wegen Fehlens des geschuldeten Betrages nicht realisieren kann (Anlageverluste bzw. Zinsschaden), ausgeglichen werden soll. Die Verzugs-

³⁰ BK-Weber, Art. 106 N 5.

³¹ Cantieni, S. 29.

³² Rolf Weber, Art. 106 N 20, führt allerdings aus, dass für die Zusprechung von Vertretungskosten gestützt auf Art. 106 wegen der Abgeltung durch die Prozessentschädigung nur ein kleiner Spielraum besteht. Überdies weist er auf die Nichterstattungsfähigkeit von Inkassomandatarschulden gemäss Art. 27 Abs. 3 SchKG hin (vgl. zu dieser Frage nachfolgend unter 5.).

³³ Gauch/Schluemp/Rey, N 3019.

³⁴ Schönle, S. 94 f.

³⁵ BGE 60 II 337 E. 2 S. 340; 76 II 371 E. 4 S. 375 ff.; 109 II 436 E. 2a S. 440 f.; 117 II 256 E. 2b S. 258; 123 III 241 E. 3a S. 243..

³⁶ Schönle, S. 95 ff.

zinsen seien aber keinesfalls dazu bestimmt, den Gläubiger darüber hinaus für einen allfälligen Währungsverlust zu entschädigen³⁷.

Schönle geht somit davon aus, dass durch die Verzugszinsen nur bestimmte Arten von Verspätungsschäden abgegolten werden sollen und konsequenterweise auch nur dann eine Anrechnung der Verzugszinsen auf den Verspätungsschaden zu erfolgen hat, wenn Letzterer von der Art ist, welche durch die Verzugszinsen abgedeckt werden soll.

Die Ansicht von *Schönle* lässt sich auch mit Entscheiden des Bundesgerichts stützen, in denen – allerdings ohne nähere Begründung – gleichzeitig Zinsen und Währungsschaden zugesprochen wurde. So war in dem BGE 76 II 371 zugrunde liegenden Fall in einem ersten Verfahren vom Bundesgericht die Forderungsklage nebst 5 % Zins gutgeheissen worden. In einem zweiten Verfahren machte die Gläubigerin dann noch, nachdem sie sich dies im ersten Verfahren vorbehalten hatte, einen Schaden wegen 30-prozentiger Abwertung des Schweizerfrankens geltend. Diese zweite Klage wurde scheinbar im vollen Betrage gutgeheissen, ohne dass die im ersten Verfahren zugesprochenen Verzugszinsen angerechnet wurden. Zumindest findet sich keine entsprechende Äusserung. Von der Nichtanrechnung scheint auch in BGE 109 II 436 ausgegangen zu werden. Auch hier wurden in einem ersten Prozess verschiedene Beträge sowie Verzugszins zugesprochen. In einem zweiten Prozess, welcher Gegenstand des genannten Entscheids war, machte die Gläubigerin einen Verzugschaden infolge von Währungsverlusten geltend. Die Vorinstanz hat den geltend gemachten Betrag vollumfänglich zugesprochen. Das Bundesgericht hat den Fall schliesslich an die Vorinstanz zurückgewiesen. Interessant ist dabei, dass im Hinblick auf ein Eventualbegehren ausgeführt wurde, dass vom Währungsschaden – sofern er bejaht würde – die im früher ergangenen Urteil zugesprochenen Verzugszinsen abgezogen werden müssten, weil aufgrund damals geltender Währungsbestimmungen Guthaben in entsprechender Währung nicht Zins tragend gewesen wären³⁸. Daraus ist wohl zu schliessen, dass in anderen Konstellationen keine Anrechnung der Verzugszinsen auf den Währungsschaden erfolgt, da diese Operation sonst nicht extra hätte erwähnt werden müssen.

Der Verfasser zweifelt nicht daran, dass in der Praxis oft neben den unbesehen verrechneten Zinsen auch andere Verzugschadensposten kumulativ zugesprochen werden. Dies trifft ganz

³⁷ Schönle, S. 97.

³⁸ BGE 109 II 436 E. 3b S. 444.

besonders auch für die hier interessierenden Vertretungskosten für Geltendmachung und Eintreibung einer Forderung zu. Ein Beispiel hierfür findet sich in SJZ 1968, S. 24. In diesem Entscheid führt das Bezirksgericht Uster (ZH) Folgendes aus: „*Der Beklagte hat daher ... Darlehenszins bis zu diesem Tag zugut und sodann von da an Verzugszins. Der Verzugszins beträgt ... aber maximal 12 % ... Nach Art. 106 OR kommen zu diesen 12 % pro Jahr die weiteren Spesen des Gläubigers wie Inkasso- und Anwaltsspesen.*“³⁹

4.3.1.3. Zwischenergebnis und Gang der weiteren Untersuchung

Lehre und Praxis gehen nach dem eben Ausgeführten überwiegend vom nicht näher reflektierten „Dogma“ aus, dass der Verzugszins als pauschal berechneter Verzugschaden an alle nachgewiesenen „weiteren“ Verzugschäden, unabhängig von ihrer Art, angerechnet werden müsse. In der Lehre wird soweit ersichtlich allein von *Schönle* für den Währungsschaden eine andere Ansicht vertreten. Im Weiteren finden sich in der Praxis immer wieder Entscheide, in denen Währungsschäden oder auch andere Verzugschäden zusätzlich zu den Verzugszinsen zugesprochen werden.

Nachfolgend soll nun untersucht werden, ob der Grundsatz der Anrechnung auch für Inkassokosten gilt. Dabei ist wie folgt vorzugehen:

- Zunächst ist zu zeigen, dass nach allgemeiner Ansicht in Lehre und Praxis gerichtliche und, im Haftpflichtrecht, auch aussergerichtliche Anwaltskosten grundsätzlich unbezogen von allfälligen Zinsforderungen zugesprochen werden (hierzu 4.3.2.).
- Sodann folgen rechtsvergleichende Ausführungen zum deutschen, österreichischen und europäischen Recht (hierzu 4.3.3.). Auch diese Ausführungen werden – um dies bereits hier vorwegzunehmen – klar dafür sprechen, Inkassokosten und Verzugszinsen als verschiedenartige Schadenspositionen zu behandeln und unabhängig voneinander zuzusprechen.
- Schliesslich werden die Ergebnisse zusammengefasst und die eigene Ansicht zur hier interessierenden Frage begründet (hierzu 4.3.4.).

³⁹ In diesem Entscheid lag zwar insofern eine besondere Situation vor, als im Vertrag ausdrücklich vereinbart war, dass der Gläubiger neben den Verzugszinsen auch Mahn-, Inkasso- und Anwaltsspesen verrechnen könne. Für das Gericht war dies jedoch im Hinblick auf die Zusprechung auch der Vertretungskosten offensichtlich nicht entscheidend.

4.3.2. Verhältnis von Verzugszins und Ersatz von gerichtlichen und aussergerichtlichen Anwaltskosten

4.3.2.1. Aussergerichtliche Anwaltskosten im Haftpflichtrecht

Im Haftpflichtrecht entspricht es allgemein geübter Praxis, dass vorprozessuale Anwaltskosten nebst Zins zugesprochen werden⁴⁰. Dabei wird nicht nur der Zins auf der ausstehenden Schadenersatzsumme nebst Anwaltskosten gewährt, sondern es scheint – folgerichtig – sogar so zu sein, dass regelmässig auch Zins auf die Schadensposition Anwaltskosten zugesprochen wird⁴¹. Die Position Anwaltskosten wird somit schlicht als separater Schadensposten betrachtet⁴², welcher vom Zeitpunkt des Schadenseintritts an ebenfalls zu verzinsen ist. Soweit ersichtlich findet sich nirgends die Auffassung, dass der Schadenszins auch die Rechtsverfolgungskosten abdeckt und insofern eine Anrechnung zu erfolgen hat. Vielmehr werden die beiden Ansprüche – wie gesagt – als völlig unabhängig voneinander bestehend verstanden. Die Funktion des Schadenszinses wird dabei allgemein darin gesehen, „den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tag der unerlaubten Handlung bzw. für deren wirtschaftliche Auswirkungen mit deren Entstehung befriedigt worden wäre“⁴³.

M.E. steht diese Ansicht klar im Widerspruch zum Konzept des Verzugsschadens, wie es die herrschende Meinung zu Art. 103 ff. OR vertritt. Es ist keine Begründung dafür ersichtlich, die eine Ungleichbehandlung von vertraglichen und ausservertraglichen Ansprüchen betreffend die Verzugszinsen und den weiteren Verzugsschaden rechtfertigen würde. Anders formuliert heisst dies: Befürwortet man, dass ausseramtliche Anwaltskosten und Zinsen im Haftpflichtrecht unabhängig voneinander gefordert werden können, muss dasselbe für alle Arten von Forderungen gelten, d.h. auch für vertragliche Ansprüche! Den aussergerichtlichen An-

⁴⁰ Vgl. BGE 131 III 12 E. 8 S. 21 und die Sachverhalte in den Urteilen des Bundesgerichtes 4C.56/2007 vom 13. März 2007 und 4C.349/2006 vom 22. Januar 2007 (in casu wurden die Anwaltskosten vom kant. Obergericht nicht als ausgewiesen erachtet) sowie des Kantonsgerichtes Schwyz vom 26.4.1997 in SG N. 1211. Vgl. auch Kantonsgericht VS in ZWR 1996, S. 270 ff., 276 für den Schaden wegen Nichterfüllung nach Art. 107 Abs. 2 OR.

⁴¹ Vgl. BGE 131 III 12 E. 9.5 S. 26 und Urteil des Bundesgerichtes 4C.56/2007 vom 13. März 2007, Sachverhalt B. Vgl. auch Kantonsgericht VS in ZWR 1996, S. 270 ff., 277 für den Schaden wegen Nichterfüllung nach Art. 107 Abs. 2 OR.

⁴² Vgl. etwa BK-Brehm, Art. 41 N 89a; Gauch, S. 195.

⁴³ BGE 131 III 12 E. 9.1 S. 22.

waltskosten müssen selbstverständlich auch Inkassokosten gleichgestellt werden.

4.3.2.2. Gerichtliche Anwaltskosten

Völlig unbestritten ist auch, dass allfällige Verzugszinsen nicht auf Parteientschädigungen angerechnet werden müssen, die in einem gerichtlichen Verfahren zugesprochen werden.

Ein gewichtiger Teil der Lehre geht davon aus, dass prozessuale Kosten grundsätzlich von der Verzugschadenregelung in Art. 103 ff. OR erfasst wären, somit Verzugschaden darstellen könnten⁴⁴. Dabei ist allerdings unbestritten und auch unbestreitbar, dass die Tragung der Parteikosten vom kantonalen Prozessrecht geregelt wird. Die Normen des Bundesprivatrechts werden daher in diesem Bereich verdrängt⁴⁵. Eine über die nach Prozessrecht zugesprochene hinausgehende Entschädigung gestützt auf die privatrechtlichen Normen ist nach herrschender Meinung ausgeschlossen⁴⁶.

Auch wenn die prozessualen Parteikosten eine kantonalrechtliche Sonderregelung erfahren haben, spricht der Umstand, dass sie als Verzugschaden qualifiziert werden können und eine Anrechnung der Verzugszinsen auf sie nicht erfolgt, dafür, allgemein Rechtsverfolgungskosten und Verzugszinsen nach Art. 103 ff. OR getrennt zu behandeln und zuzusprechen. Auch hier ist bzw. wäre es nicht begründbar, den Ersatz für die Kosten der gerichtlichen Geltendmachung und die Verzugszinsen kumulativ zuzusprechen, aber bei aussergerichtlichen Vertretungskosten, wie den Inkassokosten, die Anrechnung der Verzugszinsen zu verlangen.

4.3.3. Rechtsvergleichung

4.3.3.1. Deutsches Recht

Das deutsche Recht enthält eine mit der schweizerischen im Wesentlichen übereinstimmende Regelung hinsichtlich Verzugszins und Verspätungsschaden bei Geldforderungen. Der einschlägige § 288 BGB lautet wie folgt: „(1) Eine Geldschuld ist während des Verzugs zu verzinsen. Der Verzugszinssatz beträgt für das Jahr fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.“

⁴⁴ Casanova, S. 38 f.; Werner Weber, S. 23 f.; Gauch, S. 194; CR CO I-Thévenoz, Art. 103 N 5g. Davon geht wohl auch Jäggi, S. 272 f., aus.

⁴⁵ Jäggi, S. 272; Oftinger/Stark, § 2 N 38; Bättig/Graber/Schnyder, N 8.63; BK-Brehm, Art. 41 N 88; Cantieni, S. 102 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4C.51/2000 vom 7. August 2000, E. 2; Urteil des Bundesgerichts 4C.11/2003 vom 19. Mai 2003, E. 5.1. Vgl. auch die Hinweise bei Casanova, S. 34.

⁴⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.51/2000 vom 7. August 2000, E. 2. A.A. etwa Gauch, S. 195.

(2) Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Zinssatz für Entgeltforderungen acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. (3) Der Gläubiger kann aus einem anderen Rechtsgrund höhere Zinsen verlangen. (4) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.“ Die Regelung von Abs. 4 entspricht grundsätzlich der Bestimmung von Art. 106 Abs. 1 OR betreffend den weiteren Schaden.

In der Literatur findet sich teilweise wie im schweizerischen Recht die Aussage, dass die Verzugszinsen auf den nach allgemeinem Verzugsrecht bestehenden Schadenersatzanspruch angerechnet werden müssen⁴⁷. Daneben scheint es allerdings unbestritten zu sein, dass mindestens für Beitreibungskosten, d.h. Inkassokosten, insofern eine Ausnahme gilt, als diese grundsätzlich zusätzlich zu den gesetzlichen Verzugszinsen gefordert werden können, ohne dass ein betragsmässig dem Verzugszins entsprechender Schaden in Form von höheren Kredit- oder Anlagezinsen nachgewiesen sein muss. So meint etwa der bekannte Mitautor des Palandt, eines der führenden Kommentare zum BGB, Helmut Heinrichs, mit Blick auf die EG-Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr: „Die Einräumung eines Anspruchs auf Ersatz von Beitreibungskosten neben dem Anspruch auf Verzugszinsen ist in einigen Mitgliedstaaten eine grundlegende Neuerung. Dagegen war in Deutschland nie zweifelhaft, dass der Gläubiger nach §§ 286, 288 Abs. 2 BGB neben seinem Zinsschaden in den Grenzen des § 254 BGB auch die Kosten der Rechtsverfolgung ersetzt verlangen kann.“⁴⁸ Dem Verfasser liegen denn nebst publizierten auch unveröffentlichte Entscheide vor, in denen deutsche Gerichte es offensichtlich als selbstverständlich erachtet haben, neben den Verzugszinsen, als pauschalem Mindestverzugschaden, Inkassokosten zuzusprechen⁴⁹.

Anzumerken ist, dass für Verbraucherdarlehen Besonderheiten gelten. Nach herrschender Auffassung können bei diesen neben dem pauschalierten Schadenersatz gemäss § 288 Abs. 1 BGB zumindest im Grundsatz nicht zusätzlich weitere konkrete Schadenspositionen als Verzögerungsschaden über § 280 Abs. 2 BGB geltend gemacht werden⁵⁰. Zulässig ist grundsätzlich nur **entweder** die abstrakte Berechnung von Verzugszinsen nach § 497 Abs. 1 i.V.m. 288

⁴⁷ AnwK-BGB/Schulte-Nölke, § 288 N 14; Huber, Bd. II, S. 45; vgl. auch Grothe, S. 631 u. 659.

⁴⁸ Heinrichs, 160. In diesem Sinne auch BGB-RGRK/Alff, § 288 a.F. N 5. Vgl. auch Hänlein, S. 684.

⁴⁹ AG Frankfurt a.M. in BeckRS 2007, 4885; LG Köln in BeckRS 2007, 9669. Unpubliziert Entscheide: LG München I 10 O 2387/05 vom 3.8.2006; AG Meldorf 87 C 1440/05 vom 13.1.2006; LG Köln 14 O 43/02 vom 28.5.2002.

⁵⁰ Palandt/Weidenkaff, § 497 N 6; Staudinger/Kessal-Wulf, § 497 N 18; BeckOK/Möller, § 497 N 6; Münch-KommBGB/Habersack, § 497 N 22; WER/Emmerich, § 11 N 40; OLG Zweibrücken in WM 2001, S. 24 f.

Abs. 1 BGB **oder** die konkrete Berechnung des ganzen Schadens, wobei im letzteren Fall keine Beweiserleichterungen gemäss § 252 Satz 2 BGB bestehen⁵¹. Durch die Verzugszinsen wird dabei zumindest der übliche Verwaltungsaufwand wie Mahngebühren, Überwachungskosten und Kosten der Kontentrennung gemäss § 497 Abs. 2 BGB⁵² abgegolten und kann daher nicht zusätzlich verrechnet werden⁵³.

4.3.3.2. Österreichisches Recht

Die gesetzliche Regelung der Verzugsfolgen bei der Geldschuld findet sich in § 1333 ABGB. Dieser lautet in seiner aktuellen Fassung, welche er einerseits durch das Zinsenrechts-Änderungsgesetz (ZinsRÄG)⁵⁴ und andererseits durch das Handelsrechts-Änderungsgesetz⁵⁵ erhalten hat, wie folgt: *„(1) Der Schaden, den der Schuldner seinem Gläubiger durch die Verzögerung der Zahlung einer Geldforderung zugefügt hat, wird durch die gesetzlichen Zinsen (§ 1000 Abs. 1) vergütet. (2) Der Gläubiger kann ausser den gesetzlichen Zinsen auch den Ersatz anderer, vom Schuldner verschuldeter und ihm erwachsener Schäden geltend machen, insbesondere die notwendigen Kosten zweckentsprechender aussergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmassnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen.“*

Absatz 1 enthält demnach eine Art. 104 Abs. 1 OR entsprechende Bestimmung, wonach der Gläubiger bei Verzug des Schuldners Verzugszinsen zu zahlen hat, und zwar gemäss § 1000 Abs. 1 ABGB in Höhe von 4 Prozent auf ein Jahr. Die Pflicht besteht wie im schweizerischen Recht unabhängig von einem Verschulden des Schuldners und unabhängig davon, ob dem Gläubiger tatsächlich ein entsprechender Schaden entstanden ist⁵⁶. Absatz 2 lässt offenbar wie

⁵¹ Bülow/Artz, § 497 N 48.

⁵² LG Stuttgart in NJW 1993, S. 208 f., 208; Staudinger/Kessal-Wulf, § 497 N 18; Münch-KommBGB/Habersack, § 497 N 22.

⁵³ Staudinger/Kessal-Wulf, § 497 N 18; MünchKommBGB/Habersack, § 497 N 22; WER/Emmerich, § 11 N 40. Nach den Intentionen des Gesetzgebers sind im Verzugszinssatz von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zwei Prozentpunkte für den Ausgleich der Bearbeitungskosten der Bank enthalten (vgl. Bülow/Artz, § 497 N 7 f.). *Kessal-Wulf* (Staudinger, § 497 N 18) und *Habersack* (MünchKommBGB, § 497 N 20) sind der Auffassung, dass es jedoch zulässig sein muss, abstrakt drei Prozent Refinanzierungskosten zu verlangen und daneben die Bearbeitungskosten konkret zu berechnen.

⁵⁴ In Kraft seit 1.8.2002.

⁵⁵ In Kraft seit 1.1.2007.

⁵⁶ Dittrich/Tades, S. 641; Schwimann/Harrer, § 1333 N 3; KBB/Danzl, § 1333 N 3 f.

Art. 106 Abs. 1 OR und § 288 Abs. 4 BGB die Geltendmachung weiteren Schadens zu, sofern den Schuldner ein Verschulden trifft. Für die vorliegende Untersuchung besonders interessant ist dabei, dass beim weiteren Schaden ausdrücklich die Inkassokosten, d.h. „*die notwendigen Kosten zweckentsprechender aussergerichtlicher Betreibungs- oder Einbringungsmassnahmen, soweit diese in einem angemessenen Verhältnis zur betriebenen Forderung stehen*“, genannt werden.

Anzumerken ist, dass dieser Abs. 2 erst durch das ZinsRÄG von 2002 eingeführt worden ist⁵⁷. Bis zu diesem Zeitpunkt enthielt § 1333 ABGB keine Regelung hinsichtlich der Geltendmachung anderer Schäden. Es war aber gleichwohl im Grundsatz anerkannt, dass ein über die Verzugszinsen hinausgehender Schaden nach den §§ 918 Abs. 1 und 1293 ff. ABGB ersetzt werden kann⁵⁸. Umstritten war jedoch bis zu einem klärenden Entscheid im Jahre 1998⁵⁹, ob Ersatz für einen höheren Zinsenschaden nur bei böser Absicht bzw. auffallender Sorglosigkeit des Schuldners (§ 1324 ABGB) oder auch bei leichter Fahrlässigkeit geschuldet war⁶⁰. Seit besagtem Entscheid galt Letzteres⁶¹. Nach dem Erlass von § 1333 Abs. 2⁶² ergibt sich die Zulässigkeit der Geltendmachung eines weiteren Schadens unmittelbar aus dieser Bestimmung⁶³.

Mit § 1333 Abs. 2 ABGB sollte nebst der Umsetzung der europäischen Zahlungsverzugsrichtlinie die umstrittene Frage der Geltendmachung von Inkassokosten geklärt werden⁶⁴. Früher war insbesondere umstritten, ob hinsichtlich solcher aussergerichtlicher Betreibungs- und Einbringungskosten ein materiell-rechtlicher Schadenersatzanspruch bestand, welcher im ordentlichen Rechtsweg geltend gemacht werden konnte, oder ob entsprechende Aufwendungen nur als vorprozessuale Kosten im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Prozess-

⁵⁷ Damals noch als Abs. 3.

⁵⁸ Huter, 649; Dittrich/Tades (1994), § 1333 E. 13 ff.; Rummel/Reischauer, § 1333 N 5; Karollus/Lukas, S. 79.

⁵⁹ OGH 1 Ob 315/97y vom 24. März 1998.

⁶⁰ So wohl ein wesentlicher Teil der Lehre (vgl. Rummel/Reischauer, § 1333 N 5).

⁶¹ Vgl. dazu Honsell, wbl 1999, S. 97 ff.; Schwimann/Harrer, § 1333 N 5 ff.

⁶² Zunächst als Abs. 3.

⁶³ Graf, wbl 2002, S. 437 ff., 442 u. 443; vgl. Dehn, RdW 2002, S. 514 ff., 516; Karollus/Lukas, S. 79; KBB/Danzl, § 1333 N 5; Dittrich/Tades, § 1333 S. 642.

⁶⁴ Regierungsvorlage zum ZinsRÄG, 1167 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP, S. 5; Christandl, 264 m.N.; vgl. OGH 3 Ob 127/05f vom 20. Oktober 2005; Huter, S. 647; Karollus/Lukas, S. 79; KBB/Danzl, § 1333 N 5.

kostenersatz gefordert werden konnten⁶⁵, wobei sie im letzteren Fall regelmässig durch den Einheitssatz nach § 23 RATG⁶⁶ abgedeckt sind. Die Judikatur hat Inkassokosten offenbar regelmässig als vorprozessuale Kosten qualifiziert, die Ersatzfähigkeit aber wegen fehlender Erforderlichkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung verneint⁶⁷. Mit dem Erlass von § 1333 Abs. 2 ABGB wurde für aussergerichtliche Betriebs- und Einbringungskosten ein materiellrechtlicher Ansatz gewählt⁶⁸.

Der Wortlaut von § 1333 Abs. 2 ABGB, wonach der Gläubiger „**ausser** den gesetzlichen Zinsen **auch** den Ersatz anderer ... Schäden“ geltend machen kann, lässt kaum Zweifel daran, dass immer Verzugszinsen und **zusätzlich** ein konkret nachgewiesener Schaden verlangt werden können. Zu diesem weiteren Schaden gehören auf jeden Fall die hier interessierenden Inkassokosten. Von den Verzugszinsen pauschal abgedeckt ist lediglich der Zinsen-Schaden, welcher darin besteht, dass der Gläubiger Zinsaufwendungen hat, weil er einen Kredit nicht tilgen kann, oder sich aus dem Verlust von Anlagezinsen ergibt⁶⁹. Allerdings schliesst dies nicht aus, dass gestützt auf § 1333 Abs. 2 ABGB auch Zinsen ersetzt werden können, „deren Höhe den gesetzlichen Zinssatz übersteigt“⁷⁰. Aus der Formulierung bei *Dittrich/Tades* und *Danzl*, wonach **neben** den gesetzlichen Zinsen Zinsen verlangt werden können, deren Höhe den gesetzlichen Zinssatz **übersteigt**, erhellt aber, dass nicht kumulativ Verzugszinsen und konkret aufgewendete oder entgangene Zinsen in voller Höhe verlangt werden können, sondern § 1333 Abs. 2 ABGB nur den Ersatz der Differenz ermöglicht. Insofern erfolgt auch nach österreichischem Recht eine „Anrechnung“, wie sie im schweizerischen Recht von der herrschenden Meinung allgemein verlangt wird. Für das österreichische Recht kann somit als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass der Gesetzgeber in der Verzugsregelung die Inkassokosten nicht nur ausdrücklich nennt, sondern mit der Formulierung der einschlägigen Bestimmung auch klarstellt, dass sie kumulativ zu den Verzugszinsen, welche den verzugsbedingten Zinsenschaden pauschal abdecken, gefordert werden können.

⁶⁵ Vgl. dazu Karollus/Lukas, S. 72 f.; Graf, S. 442; Christandl, S. 263.

⁶⁶ Rechtsanwaltstarifgesetz, BGBl. Nr. 189/1969.

⁶⁷ Christandl, S. 264; Karollus/Lukas, S. 73.

⁶⁸ Vgl. etwa Christandl, S. 263; Karollus/Lukas, S. 79; OGH 1 Ob 69/06p vom 11. Juli 2006.

⁶⁹ KBB/Danzl, § 1333 N 4.

⁷⁰ Dittrich/Tades, S. 642; KBB/Danzl, § 1333 N 5.

4.3.3.3. *Europäisches Recht*

Der hier interessierenden Frage hat sich auch der europäische Gesetzgeber schon angenommen. Dabei beschränkt sich die einschlägige Regelung allerdings auf den kaufmännischen Verkehr.

Die EG-Richtlinie zur Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr⁷¹ enthält Bestimmungen über die Pflicht zur Entrichtung von Verzugszinsen und sog. Beitreibungskosten. Die Richtlinie findet gemäss Art. 1 auf alle Zahlungen Anwendung, „die als Entgelt im Geschäftsverkehr zu leisten sind“, wobei nach Art. 2 Nr. 1 unter Geschäftsverkehr „Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Gütern oder der Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen“, verstanden werden. Keine Anwendung findet die Richtlinie hingegen insbesondere auf Geschäfte mit Verbrauchern⁷².

Die Mitgliedstaaten müssen für die erfassten Forderungen eine Verzugszinspflicht in Höhe von mindestens 7 Prozentpunkten über dem Zinssatz vorsehen, der von der Europäischen Zentralbank auf ihre jüngste Hauptrefinanzierungsoperation, die vor dem ersten Kalendertag des betreffenden Halbjahres durchgeführt wurde, angewendet wurde (sog. Bezugszinssatz)⁷³. Abweichende vertragliche Vereinbarungen sind vorbehalten⁷⁴. Die Pflicht zur Zahlung von Verzugszinsen besteht nicht, wenn der Schuldner für die Verzögerung nicht verantwortlich ist; es ist also ein Verschulden am Verzug vorausgesetzt⁷⁵.

Von besonderem Interesse ist sodann die Pflicht der Mitgliedstaaten, den angemessenen Ersatz der sog. Beitreibungskosten sicherzustellen. Art. 3 Abs. 1 lit. e ZVerzRL lautet wie folgt: *„Der Gläubiger hat gegenüber dem Schuldner Anspruch auf angemessenen Ersatz aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Beitreibungskosten, es sei denn, dass der Schuldner für den Zahlungsverzug nicht verantwortlich ist. Bei diesen Beitreibungskosten sind die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den betref-*

⁷¹ Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung des von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. Nr. L 200 vom 8.8.2000, S. 35 (im Folgenden ZVerzRL).

⁷² Erwägungsgrund 13 ZVerzRL.

⁷³ Art. 1 Abs. 1 lit. d ZVerzRL.

⁷⁴ Art. 1 Abs. 1 lit. d ZVerzRL.

⁷⁵ Art. 3 Abs. 1 lit. c Nr. ii ZVerzRL. Vgl. dazu Heinrichs, S. 159; Schulte-Braucks, S. 105 f.; Karollus/Lukas, S. 76 f.

fenden Schuldbetrag zu beachten. Die Mitgliedstaaten können unter Wahrung der genannten Grundsätze einen Höchstbetrag für die Beitreibungskosten für unterschiedliche Schuldhöhen festlegen.“ Nach *Hänlein* umfassen die Betreuungskosten dreierlei, nämlich *„dem Unternehmen des Gläubigers entstehende Verwaltungskosten für die Beitreibung, die Kosten einer Beitreibung durch eine Beitreibungsfirma und die Kosten einer Beitreibung durch Gerichtsverfahren“*⁷⁶. Der Entwurf der Kommission hatte noch folgende Regelung vorgesehen: *„Der Gläubiger hat nicht nur Anspruch auf Verzugszinsen, sondern kann vom Schuldner auch vollen Ersatz des verursachten Schadens verlangen.“*⁷⁷ Ein so weit gefasster Ersatzanspruch stiess aber teilweise auf Widerstand, weshalb der Rat die Bestimmung ersatzlos streichen wollte⁷⁸. Der Anspruch auf Ersatz der Beitreibungskosten stellt daher nach *Hänlein* einen Kompromiss dar⁷⁹. Den Mitgliedstaaten ist es allerdings freigestellt, weiter gehende Ersatzansprüche vorzusehen⁸⁰.

Was die Frage des Verhältnisses von Inkassokosten und Verzugszinsen anbetrifft, gingen Kommission und Parlament offensichtlich von einer Kumulation beider Ansprüche aus⁸¹. In der deutschen Literatur wird denn die Richtlinie auch in diesem Sinne verstanden⁸². Anzumerken ist allerdings, dass die Erwägungen zur Richtlinie allenfalls auch eine andere Interpretation zulassen⁸³.

⁷⁶ Hänlein, S. 684.

⁷⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. g des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Handelsverkehr, ABl. Nr. C 168 vom 3.6.1998, S. 13.

⁷⁸ Gemeinsamer Standpunkt des Rates (EG) Nr. 36/1999 vom 29. Juli 1999, ABl. Nr. C 284 vom 6.10.1999, S. 1 ff., 6.

⁷⁹ Hänlein, S. 684.

⁸⁰ Erwägung 17 ZVerzRL.

⁸¹ Vgl. den angeführten Kommissionsentwurf (FN 77) sowie die Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. Nr. C 296 vom 18.10.2000, S. 173.

⁸² Schulte-Braucks, S. 106; Heinrichs, S. 160 u. 164; Schmidt-Kessel, S. 100; wohl auch Huber, S. 958.

⁸³ Erwägung 17 der Richtlinie lautet wie folgt: *„Die angemessene Entschädigung für die Beitreibungskosten ist unbeschadet nationaler Bestimmungen festzulegen, nach denen ein nationales Gericht dem Gläubiger zusätzlichen Schadenersatz für den durch den Zahlungsverzug eines Schuldners entstandenen Verlust zusprechen kann, wobei auch zu berücksichtigen ist, dass diese entstandenen Kosten schon durch die Verzugszinsen ausgeglichen sein können.“*

4.3.4. Eigene Ansicht

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt, dass im deutschen, österreichischen und generell im europäischen Recht eine klare Tendenz besteht, die Geltendmachung von Inkassokosten zu erleichtern und sie zusätzlich zum Verzugszins als besonderen Verzugsschaden anzuerkennen. Das österreichische Recht hat dies schon durch die Formulierung der einschlägigen Bestimmungen klar gemacht. Im deutschen und europäischen Recht ist diese Ansicht mindestens von der herrschenden Meinung getragen.

Im schweizerischen Recht wird diese Lösung allgemein anerkannt im Haftpflichtrecht für den Ersatz von aussergerichtlichen Vertretungskosten und ebenso (selbstverständlich) für die Parteienschädigung in einem Gerichtsverfahren. Die, allerdings nicht näher reflektierten, Lehrmeinungen zur Verzugsregelung nach Art. 103 ff. OR deuten demgegenüber eher in eine andere Richtung.

Meines Erachtens ist es auch für das schweizerische Recht angebracht, dem Gläubiger zu gestatten, bei allen Geldforderungen Zinsen und Ersatz für Rechtsverfolgungskosten kumulativ geltend zu machen. Als Begründung ist, wie zum Teil bereits angesprochen, Folgendes anzuführen:

Im Haftpflichtrecht wird es wie gesagt als selbstverständlich erachtet, dass Rechtsverfolgungskosten und Zinsen völlig verschiedene Schadensposten sind, die unabhängig voneinander gefordert werden können. Es sind keinerlei Gründe ersichtlich, die eine Ungleichbehandlung von ausservertraglichen und vertraglichen Ansprüchen in dieser Frage rechtfertigen würden. Auch bei Letzteren stellen Verzugszinsen und Rechtsverfolgungskosten zwei Schadensposten dar, die ihrer Natur nach völlig verschieden sind.

Nach allgemeiner Auffassung liegt der Verzugsregelung bei Geldschulden gemäss Art. 104 ff. OR und dem dort statuierten Verzugszins nämlich der Gedanke zugrunde, „*dass einerseits dem Gläubiger ein Schaden entsteht, wenn er den Betrag nicht zins- oder gewinnbringend nutzen kann, und andererseits der säumige Schuldner den Vorteil hat, über die fragliche Summe verfügen zu können bzw. Kreditkosten zu sparen*“⁸⁴. Die Funktion der Verzugszinsen besteht dabei primär „*in der Abgeltung aller dem Gläubiger aus der Leistungsverspätung entstehen-*

⁸⁴ BGE 123 III 241 E. 4b S. 245; vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 104 N 1; BK-Weber, Art. 104 N 7; Bucher, S. 361 f.; Schenker, N 337 ff.

*den Nachteile durch Vorenthaltung der geschuldeten Geldsumme*⁸⁵. Mithin sollen Schäden abgegolten werden, welche regelmässig entstehen, wenn der Berechtigte über einen Geldbetrag nicht verfügen kann, wobei sich die Rechtfertigung für die pauschale und nicht vom tatsächlichen Vorliegen eines Schadens abhängige Zusprechung von Verzugszinsen nicht zuletzt daraus ergibt, dass Geld in aller Regel nicht ruht, sondern nutzbringend eingesetzt wird⁸⁶.

Schäden, welche in diesem Sinne regelmässig aus der Vorenthaltung des Geldes resultieren, sind insbesondere Anlageverluste und Kreditkosten. Bei Anlageverlusten, auch als Zinsschaden bezeichnet, handelt es sich um Schäden, welche dadurch entstehen, dass der vorenthaltene Betrag nicht gewinnbringend angelegt werden kann. Kreditkosten entstehen, wenn der Gläubiger wegen der Nichtrückzahlung des geschuldeten Betrages einen Kredit aufnehmen muss. Hingegen sind jedenfalls Vertretungskosten, obwohl adäquate Folge des Verzugs, nicht als Schadensposten zu betrachten, welche durch die Verzugszinsen abgedeckt werden sollen. Denn Vertretungskosten sind keine Nachteile, welche entstehen, weil das Geld nicht nutzbringend verwendet werden kann. Vielmehr handelt es sich um einen zusätzlichen Schaden, der dem Gläubiger deshalb erwächst, weil er zur blossen Erhältlichmachung des geschuldeten Betrages Auslagen tätigen muss. Anlageverluste oder Kreditkosten entstehen aber gänzlich unabhängig davon.

Dass insbesondere Vertretungskosten nicht zu den Schadenspositionen gehören, welche durch die Verzugszinsen pauschal entschädigt werden sollen – was allein die Anrechnung rechtfertigen würde –, lässt sich denn auch mit Blick auf die Rechtfertigung der Verzugszinsregelung herleiten. Denn Vertretungskosten entstehen nicht wie Anlageverluste oder Kreditkosten gleichsam zwangsläufig, wenn eine Geldzahlung ausbleibt. Vielmehr wird dies nur in einer gewissen Zahl von Fällen zutreffen. Es wäre daher kaum gerechtfertigt, einen entsprechenden Schaden von Gesetzes wegen zu fingieren und es ist daher anzunehmen, dass er nicht durch die Verzugszinsen abgedeckt werden sollte.

Rechtsverfolgungskosten entstehen denn auch in gleichem Masse für Geldforderungen wie für alle anderen Formen von nicht erfüllten Ansprüchen.

Im Übrigen würde eine Anrechnung der Verzugszinsen auf die Vertretungskosten zu nicht gerechtfertigten Ungleichheiten führen, weil ein Gläubiger, der seine Forderung nur unter Bei-

⁸⁵ BSK OR I-Wiegand, Art. 104 N 1.

⁸⁶ Schenker, N 341.

zug eines Vertreters eintreiben kann, sofern er nicht den unter Umständen schwierigen Nachweis eines konkreten Anlageverlustes oder von Kreditkosten erbringt, für entgangene Nutzungsmöglichkeiten in geringerem Masse entschädigt wird als ein Gläubiger, welcher den geschuldeten Betrag ohne Vertreter erhältlich machen kann.

Zusammenfassend ist daher zur Ansicht zu gelangen, dass eine Anrechnung der Verzugszinsen an einen konkret nachgewiesenen Verspätungsschaden nur vorzunehmen ist, wenn als Verspätungsschaden Schadensposten geltend gemacht werden, welche unmittelbar aus der Vorenthaltung bzw. Unmöglichkeit der nutzbringenden Verwendung des geschuldeten Betrages resultieren. Hingegen können Verzugszinsen und Vertretungskosten, wozu auch Inkassokosten gehören, kumulativ verlangt werden.

4.4. Anforderungen an den Nachweis eines Verzugsschadens

4.4.1. Einleitung

4.4.1.1. Problemstellung

Nach dem eben Ausgeführten kann der Gläubiger m.E. Inkassokosten und Verzugszinsen nach Art. 104 OR unabhängig davon, ob ein Zinsschaden konkret nachgewiesen worden ist oder nicht, kumulativ geltend machen.

Da diese Ansicht jedoch verschiedenen Aussagen in Lehre und Praxis entgegensteht, ist nachfolgend trotzdem zu prüfen, welche Anforderungen an den Nachweis eines Verzugsschadens bei Geldforderungen gestellt werden. Ist der Nachweis eines Schadens infolge aufgewendeter Kredit- oder entgangener Anlagezinsen (nachfolgend wird oft für beide Arten von Schäden die Kurzbezeichnung Zinsschaden verwendet) mindestens in der Höhe der Verzugszinsen erbracht, können Inkassokosten unbestrittenermassen zusätzlich zu diesem Schaden geltend gemacht werden.

4.4.1.2. Differenzierung des Verzugsschadens nach Art des Schadens, Person des Gläubigers, Höhe der Forderung und Form der Kreditbeschaffung

Die Beantwortung der Frage nach den Anforderungen an den Nachweis eines Verzugsschadens erfordert eine Differenzierung nach der Art des Schadens, der Person des Gläubigers, der Höhe der ausstehenden Forderung und der Form der Kreditbeschaffung.

Wird eine Geldschuld nicht rechtzeitig erfüllt, kann dem Gläubiger insbesondere dadurch ein Schaden entstehen, dass er zur Erhaltung seiner Liquidität Kredit beanspruchen muss (nachfolgend Schaden infolge Kreditaufnahme oder ähnlich genannt) oder den ausstehenden Betrag nicht zinsbringend anlegen oder sonst gewinnbringend verwenden kann (nachfolgend Anlageverlust genannt). Der Schaden infolge Kreditbeanspruchung kann sodann auf zwei Arten entstehen: Einerseits kann der Gläubiger wegen des Verzugs gezwungen sein, einen Kredit aufzunehmen, um seine Verpflichtungen erfüllen oder auch um ein Geschäft tätigen zu können⁸⁷. Andererseits ist es möglich, dass der Gläubiger wegen des Verzugs einen laufenden Kredit nicht zurückzahlen kann⁸⁸. Im zweiten Fall ist der Kredit somit bereits vor dem Verzug aufgenommen worden. Im ersten Fall erfolgt die Kreditaufnahme nach Verzugseintritt. Selbstverständlich kann nur *entweder* ein Anlageverlust *oder* die Aufwendung von Kreditzinsen geltend gemacht werden⁸⁹.

Wie nachfolgend näher auszuführen sein wird, gestaltet sich der Nachweis des Zinsschadens je nach Person des Gläubigers verschieden. Beweiserleichterungen wie die natürliche Vermutung, der Gläubiger hätte den fraglichen Geldbetrag gewinnbringend angelegt, können grundsätzlich nur Kaufleute und Unternehmen, nicht jedoch Privatpersonen für sich beanspruchen (hierzu 4.4.3.3.b)). Von Bedeutung kann schliesslich auch sein, ob eine grössere Forderung ausstehend ist (hierzu 4.4.3.3.b)cc)) und/oder welche Form der Kreditbeschaffung vom Gläubiger gewählt wird (hierzu 4.4.3.2.c)aa)).

4.4.1.3. Natürliche Vermutung, abstrakte Schadensberechnung beim Verzugsschaden und Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR

Für den Nachweis des Zinsschadens haben Lehre und Praxis verschiedene sog. natürliche Vermutungen, wie die gerade erwähnte Vermutung, der Gläubiger hätte als Kaufmann die ausgebliebene Geldleistung bei rechtzeitigem Eingang gewinnbringend angelegt, entwickelt. Bei der natürlichen Vermutung handelt es sich um ein – grundsätzlich in allen Rechtsgebieten anwendbares – zivilprozessuales Instrument der Beweiserleichterung⁹⁰. Ist eine rechtserhebliche Tatsache ihrer Natur nach nicht oder kaum direkt beweisbar (im genannten Beispiel die

⁸⁷ Cantieni, S. 80; BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2; CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 8; BK-Becker, Art. 106 N 4.

⁸⁸ Cantieni, S. 80; BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2; CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 8.

⁸⁹ Vgl. Staudinger/Löwisch, § 288 N 31.

⁹⁰ Vgl. dazu BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 86 ff.; eingehend BK-Kummer, Art. 8 N 362 ff.

zinstragende Anlage einer ausgebliebenen Geldzahlung), genügt es für den Beweis dieser Tatsache, wenn die beweisbelastete Partei eine Nebentatsache beweist (hier die Tätigkeit als Kaufmann), aus der nach der Erfahrung des Lebens auf die Verwirklichung der Haupttatsache (hier die zinstragende Anlage des Geldes) geschlossen werden kann.⁹¹ An dieser Vermutung ist dabei so lange festzuhalten, als die Gegenpartei nicht für den konkreten Fall erhebliche Zweifel an diesem Schluss zu wecken vermag (z.B. der Gläubiger habe auch in anderen Fällen keine solche Anlage getätigt). Die natürliche Vermutung ist ein Hilfsinstrument der Beweiswürdigung und führt nicht zu einer Umkehrung der Beweislast⁹².

Der Beweis des Schadens gestützt auf eine natürliche Vermutung ist grundsätzlich als konkreter Nachweis des Schadens einzustufen⁹³. Die natürliche Vermutung ist letztlich ein Anwendungsfall des Indizienbeweises⁹⁴, der zum „täglichen Brot“ jeder Beweisführung gehört. Von einem „abstrakten“ Schadensnachweis kann m.E. erst und allein dann gesprochen werden, wenn der Beweis ausschliesslich oder weitgehend auf natürlichen Vermutungen beruht. Bei Verwendung dieses Begriffes muss man sich aber – wie gesagt – bewusst sein, dass der abstrakte Nachweis sich vom Beweis mit Hilfe von natürlichen Vermutungen nicht grundsätzlich, sondern lediglich im Umfang der Anwendung dieses Institutes unterscheidet. Leider wird dies in der Literatur nicht immer deutlich. So führt etwa *Wiegand* zunächst die von Lehre und Praxis anerkannte natürliche Vermutung an, dass jedenfalls gewerbsmässige Kapitalanleger das ihnen zufließende Geld gewinnbringend anlegen, um anschliessend zu fordern: „Sachgerechter wäre demgegenüber die Zulässigkeit einer abstrakten Schadensberechnung ...“⁹⁵ Er lässt dabei offen, wodurch sich diese vom gerade genannten Beispiel unterscheiden soll. Auch *Rolf Weber*, der Hauptverfechter einer „abstrakten Schadensberechnung“ in diesem Bereich, führt unter diesem Titel nichts anderes als Beispiele für – über die bisherige Praxis hinausgehende – natürliche Vermutungen an⁹⁶.

Dasselbe Ziel, das Lehre und Praxis hauptsächlich mit natürlichen Vermutungen anstreben,

⁹¹ BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 86; BK-Kummer, Art. 8 N 363; Vogel/Spühler, Kap. 10 N 50; Meier, S. 65; BGE 109 II 436 E. 2c S. 443.

⁹² BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 87; BK-Kummer, Art. 8 N 364; BGE 109 II 436 E. 2c S. 443: “Trattasi unicamente di una presunzione di fatto che facilita, ma non inverte l’onere della prova ...”; Meier, S. 64 f.

⁹³ BGE 123 III 241 E. 3a S. 243; vgl. Meier, S. 65.

⁹⁴ BGE 117 II 256 E. 2b S. 258; Meier, S. 65.

⁹⁵ BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2.

⁹⁶ BK-Weber, Art. 106 N 32 ff.

könnte m.E. auch über eine direkte oder analoge Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR erreicht werden. Diese Bestimmung besagt: „*Der nicht ziffernmässig nachweisbare Schaden ist nach Ermessen des Richters mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen abzuschätzen.*“ Der Wortlaut der Bestimmung könnte zur Annahme führen, dass sie nur Anwendung findet, wenn der Eintritt eines Schadens nachgewiesen ist, sich aber die Bestimmung des Schadensumfangs ziffernmässig nicht vornehmen lässt. Nach steter Rechtsprechung ist Art. 42 Abs. 2 OR aber nicht nur dann anwendbar, wenn der ziffernmässige Nachweis der Schadenshöhe unmöglich ist, sondern auch dann, „*wenn sich nicht strikte beweisen lässt, dass überhaupt ein Schaden eingetreten ist*“⁹⁷. Daraus ist zu schliessen, dass die in der Bestimmung genannten Massstäbe, insbesondere der gewöhnliche Lauf der Dinge, und die dazu in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien auch insofern als massgeblich erachtet werden, als der Kausalverlauf nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann⁹⁸. Der Beweis gestützt auf eine natürliche Vermutung und die Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR beruhen auf demselben Prinzip: In beiden Fällen wird an Stelle des direkten Beweises aus der Lebenserfahrung auf die Verwirklichung einer rechtserheblichen Tatsache geschlossen. Der nahe liegende Unterschied besteht immerhin darin, dass Art. 42 Abs. 2 OR gestatten würde, an die Überzeugungskraft der verwendeten Erfahrungssätze geringere Anforderungen zu stellen, als dies bei der allgemeinen natürlichen Vermutung der Fall ist. Die von Lehre⁹⁹ und Praxis, namentlich auch vom Bundesgericht¹⁰⁰, gestellten relativ strengen Anforderungen führen jedoch dazu, dass die Unterschiede weitgehend aufgehoben werden. Auch bei Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR hat der Schuldner selbstverständlich stets die Möglichkeit, nachzuweisen, dass der Schadensverlauf im konkreten Fall vom „gewöhnlichen Lauf der Dinge“ abgewichen ist.

4.4.1.4. Gang der Untersuchung

Lehre und Praxis zum schweizerischen Recht bieten nach dem heutigen Stand zur Frage des Nachweises des Verzugsschadens bei Geldforderungen kein zusammenhängendes Bild. Vielmehr existieren hierzu lediglich punktuelle Aussagen. Lehre und Praxis haben sich daher

⁹⁷ BGE 122 III 219 E. 3a S. 221; vgl. BGE 133 III 153 E. 3.3 S. 162; 132 III 379 E. 3.1 S. 381; 95 II 481 E. 12 S. 501; 93 II 453 E. 2b S. 458; 80 II 50 E. 5 S. 55.

⁹⁸ Vgl. von Tuhr/Peter, S. 100; Keller, Bd. I, S. 77.

⁹⁹ Dazu ausführlich BK-Brehm, Art. 42 N 52.

¹⁰⁰ BGE 122 III 219 E. 3a S. 221 f. m.H.; 74 II 76 E. 5 S. 80 f. m.H.; insbesondere zum entgangenen Gewinn: 132 III 379 E. 3.3.3. S. 384; 82 II 397 E. 6 S. 401.

stets gezwungen gesehen, die reichhaltige Praxis zum deutschen Recht heranzuziehen¹⁰¹. In diesem Gutachten soll dies zum Anlass genommen werden, zuerst die richtungsweisende deutsche Lehre darzulegen (hierzu 4.4.2.). Damit kann bei der Darstellung von Lehre und Praxis in der Schweiz (hierzu 4.4.3.) bei Bedarf ohne weitere Erklärungen auf die deutsche Lehre zurückgegriffen werden.

4.4.2. Nachweis von Aufwendungen für Kreditkosten und Anlageverlusten nach deutschem Recht

4.4.2.1. Allgemeines

Wenn der Gläubiger eine höhere Zinsforderung geltend machen will, als ihm durch die Verzugszinsen vergütet wird, ist auch nach deutschem Recht grundsätzlich ein konkreter Schadensnachweis erforderlich. Allerdings wird der Beweis des Schadens teilweise durch tatsächliche Vermutungen erleichtert, die sich für einzelne Fragen zu einer weitgehend abstrakten Schadensberechnung verdichten können¹⁰².

Den nachfolgenden Ausführungen vorauszuschicken ist, dass die Frage des Schadensnachweises stark an Bedeutung verloren hat, da der allgemeine Verzugszinssatz gemäss § 288 BGB durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen¹⁰³ merklich angehoben worden ist, und zwar auf fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 BGB), welcher halbjährlich von der Deutschen Bundesbank bekannt gegeben wird (§ 247 Abs. 2 BGB). Er beträgt aktuell 3.19 Prozent¹⁰⁴. Der allgemeine Verzugszinssatz beläuft sich somit im jetzigen Zeitpunkt auf 8.19 Prozent. Im Zuge des Gesetzes zur Reform des Schuldrechts¹⁰⁵ wurde im Hinblick auf die Umsetzung der EG-Zahlungsverzugsrichtlinie¹⁰⁶ ein neuer Absatz 2 eingefügt. Bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, beträgt der Verzugszinssatz für Entgeltforderungen¹⁰⁷ demnach sogar acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz

¹⁰¹ BK-Weber, Art. 106 N 35 ff.; Cantieni, S. 79 ff.

¹⁰² MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 129.

¹⁰³ In Kraft seit 30.3.2000.

¹⁰⁴ Stand 1. Juli 2007. Abrufbar unter <http://www.bundesbank.de/presse/presse_zinssaetze.php>.

¹⁰⁵ In Kraft seit 1.1.2002.

¹⁰⁶ Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. Nr. L 200 vom 8.8.2000, S. 35. Vgl. dazu 4.3.3.3.

¹⁰⁷ Entgeltforderungen sind rechtsgeschäftliche Forderungen, welche auf die Zahlung eines Entgelts für die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen gerichtet sind (Palandt/Heinrichs, § 286 N 27).

(§ 288 Abs. 2 BGB). Die Fälle, in denen ein über diesen hohen Zinssatz hinausgehender Schaden geltend gemacht werden kann, werden daher deutlich abgenommen haben¹⁰⁸. In der Literatur wird denn auch die Vermutung geäußert, dass sich daraus auch eine restriktivere Haltung bezüglich Beweiserleichterungen ergeben könnte¹⁰⁹.

Anzumerken ist hier noch, dass für Verbraucherkredite in § 497 BGB besondere Vorschriften im Zusammenhang mit Verzugszinsen bestehen¹¹⁰. Sofern es sich nicht um Immobiliendarlehensverträge handelt¹¹¹, wird allerdings für die Höhe des Verzugszinses auf § 288 Abs. 1 BGB verwiesen, womit ebenfalls Zinsen in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz geschuldet sind¹¹².

4.4.2.2. Aufwendungen für Kreditzinsen

a) Allgemeines

Dem Gläubiger kann wie bereits ausgeführt zunächst dadurch ein Schaden entstehen, dass er aufgrund des Ausbleibens der Leistung Kredit in Anspruch nehmen muss. Dabei kommen zwei Konstellationen in Betracht: Entweder muss der Gläubiger als Ersatz für die ausstehende Zahlung einen Kredit aufnehmen oder er kann die beabsichtigte Abzahlung eines bereits früher aufgenommenen Kredits nicht vornehmen¹¹³.

Hat der Gläubiger nach Verzugseintritt zur Überbrückung einen Kredit aufgenommen, muss er die Tatsache der Kreditbeanspruchung, den Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Kreditaufnahme sowie die Höhe der Kreditzinsen darlegen und beweisen¹¹⁴. Ist die Kreditaufnahme vor Verzugseintritt erfolgt, muss der Gläubiger die Inanspruchnahme von Kredit, die Höhe der Kreditzinsen sowie die Absicht nachweisen, den Kredit bei rechtzeitiger Zah-

¹⁰⁸ Vgl. etwa Schiemann in Lange/Schiemann, S. 344.

¹⁰⁹ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 288 N 13. A.M. MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 134.

¹¹⁰ Vgl. dazu eingehend Krüger/Bütter, S. 2094 ff.

¹¹¹ Hier beträgt der Verzugszins nur zweieinhalb Prozentpunkte über dem Basiszinssatz.

¹¹² Palandt/Weidenkaff, § 497 N 5; Staudinger/Kessal-Wulf, § 497 N 3; MünchKommBGB/Ernst, § 288 N 7. Unzutreffend Erman/Hager, § 288 N 8.

¹¹³ Belke, S. 586.

¹¹⁴ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 142; Baumgärtel/Strieder, § 288 N 3; LG Koblenz in NJW-RR 1991, S. 171 f., 172; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 21; Belke, S. 586.

lung abzutragen¹¹⁵.

b) Nachweis der Inanspruchnahme von Kredit

Sofern die tatsächliche Inanspruchnahme von Kredit und die Höhe der dafür aufgewendeten Zinsen nicht unbestritten sind¹¹⁶, muss der Gläubiger beides konkret (etwa durch eine Zinsbescheinigung¹¹⁷) nachweisen.

Kaufleute können sich dabei nach wohl herrschender Meinung auf den Erfahrungssatz (d.h. die natürliche Vermutung) berufen, dass sie regelmässig mit Kontokorrentkredit arbeiten¹¹⁸. Der Schuldner kann den Erfahrungssatz bestreiten, indem er Umstände darlegt, welche im konkreten Fall gegen den Erfahrungssatz sprechen¹¹⁹. Nach einer – m.E. überzeugenden – Minderheitsmeinung ist die Annahme eines solchen Erfahrungssatzes aufgrund der Vielfältigkeit des Wirtschaftslebens nicht gerechtfertigt und auch nicht notwendig, weil der Nachweis der Kreditbeanspruchung ohne weiteres zu erbringen sei¹²⁰.

c) Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung

Von besonderer Bedeutung und entsprechend auch umstritten ist die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis des Kausalzusammenhangs zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung zu stellen sind. Je nach Gläubiger werden für den Nachweis in grösserem oder kleinerem Umfang Beweiserleichterungen gewährt.

aa) Kaufleute und Unternehmen

Von Beweiserleichterungen profitieren zunächst insbesondere Kaufleute und Unternehmen, welche laufend mit Kredit arbeiten und bei welchen der Nachweis des Kausalzusammenhangs daher oftmals schwierig wäre. Sie müssen weder nachweisen, dass sie Kredit gerade wegen der verspäteten Zahlung aufgenommen haben noch dass sie bei rechtzeitiger Zahlung ihre Kreditbelastung vermindert hätten¹²¹. Vielmehr wird vermutet, dass Kaufleute und Unter-

¹¹⁵ Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 8.

¹¹⁶ Palandt/Heinrichs, § 288 N 14; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 142.

¹¹⁷ Zu den Voraussetzungen, welche diese erfüllen müssen, vgl. eingehend Doms, S. 2649 ff.

¹¹⁸ BGH in WM 1977, S. 222 ff., 223 f.; Huber, Bd. II, S. 46 f.; Baumgärtel/Strieder, § 288 N 4.

¹¹⁹ Huber, Bd. II, S. 47.

¹²⁰ Staudinger/Löwisch, § 288 N 45.

¹²¹ Staudinger/Löwisch, § 288 N 46; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; Palandt/Heinrichs, § 288 N 14; PWW/Schmidt-Kessel/Telkamp, § 288 N 6; BeckOK/Unberath, § 288 N 10; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F.

nehmen darauf bedacht sind, ihre Kosten möglichst tief zu halten und daher bei rechtzeitigem Zahlungseingang das Kreditvolumen reduzieren¹²². Der BGH hat betreffend Kaufleute Folgendes ausgeführt: *„Bei Kaufleuten, die – wie der Kl. – ständig Kredit in Anspruch nehmen, entspricht es indessen dem typischen Geschehensablauf, dass der rechtzeitige Eingang von Zahlungen zu einer Verringerung des Kreditvolumens geführt hätte ...“*¹²³

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich, wenn, wie das vor allem bei Grossbetrieben und öffentlichen Betrieben der Fall ist, mit langfristigen Krediten oder mit kurzfristigen Krediten mit fester Laufzeit gearbeitet wird. Einerseits kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass ein vor Verzugseintritt aufgenommener Kredit zurückgeführt worden wäre, weil dies in der Regel nicht möglich ist, und ebenso wird bei Kreditaufnahme nach Verzugseintritt ein nachweisbarer Kausalzusammenhang meist fehlen¹²⁴. Kaufleuten, Grossbetrieben und Betrieben der öffentlichen Hand wird jedoch die Möglichkeit eingeräumt, ihren Schaden insofern abstrakt zu berechnen, als sie die Zinsen geltend machen können, welche sie während des Verzugs für den in Frage stehenden Betrag am Kreditmarkt aufwenden müssen¹²⁵. Sie müssen nicht nachweisen, dass sie ihr Kreditvolumen gerade wegen des Verzugs erhöhen mussten oder es bei rechtzeitiger Zahlung vermindert hätten¹²⁶. Vielmehr wird vermutet, dass sich ihr Kreditvolumen insgesamt verringern würde, wenn alle Zahlungen rechtzeitig eingingen. Der BGH hat sich dazu in zwei Entscheiden wie folgt geäußert: *„Der Nachweis, dass die Klägerin gerade wegen der Klageforderung einen Kredit aufgenommen oder nicht zurückgezahlt hätte, ist ... nicht zu fordern. Ein solcher Vorgang findet bei einem Grossbetrieb, der mit Fremdgeld arbeitet und über bedeutende Kassenbestände verfügen muss, in Wirklichkeit nicht statt. Das ändert nichts daran, dass die beanspruchten Kredite im ganzen entsprechend verringert werden könnten, wenn alle Aussenstände bei Fälligkeit prompt eingingen.“*¹²⁷ *„Die*

N 23; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 5 u. 9; BGH in NJW-RR 1991, S. 793 f., 794; LG Koblenz in NJW-RR 1991, S. 171 f., 172.

¹²² MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; BeckOK/Unberath, § 288 N 10; BGH in NJW-RR 1991, S. 793 f., 794.

¹²³ BGH in NJW-RR 1991, S. 793 f., 794.

¹²⁴ Huber, Bd. II, S. 49.

¹²⁵ Huber, Bd. II, S. 49.

¹²⁶ BGH in BB 1965, S. 305; BGH in MDR 1978, S. 818 f.; BGH in NJW 1984, S. 371 f., 372; BGH in NJW-RR 1989, S. 670 ff., 672; OLG Koblenz in NZV 2002, S. 184 f., 185; Palandt/Heinrichs, § 288 N 14; Staudinger/Löwisch, § 288 N 46 f.; Jauernig/Stadler, § 288 N 10.

¹²⁷ BGH in BB 1965, S. 305.

*Anforderungen an die Geltendmachung eines über 4 % hinausgehenden Verzugsschadens (würden aber) überspannt, wollte man von der Bundesrepublik Deutschland den genauen Nachweis verlangen, dass ein einzelner Posten innerhalb ihrer Aussenstände einen bestimmten Kredit unmittelbar ausgelöst habe. Damit würde verkannt, dass ein Gl. mit zahlreichen Aussenständen, der seinerseits Kredit in Anspruch nimmt, hierbei wirtschaftlich sinnvoll keinen genauen Gleichlauf zwischen der jeweiligen Höhe der Aussenstände und derjenigen seiner Kredite herstellen kann.*¹²⁸

Es kann daher festgehalten werden, dass Teilnehmer am Handelsverkehr, welche laufend Kredit in Anspruch nehmen, weder den konkreten Nachweis erbringen müssen, dass sie gerade wegen des Verzugs einen Kredit aufgenommen haben, noch dass sie den ausstehenden Geldbetrag bei rechtzeitiger Zahlung tatsächlich zur Verminderung ihrer Kreditbelastung verwendet hätten¹²⁹. Vielmehr wird dies bei nachgewiesener Kreditbeanspruchung vermutet. Dass der Kredit von einer Tochtergesellschaft bei der Muttergesellschaft aufgenommen wurde, steht der typisierenden Berechnung im Übrigen nicht entgegen, sofern bankübliche Zinsen verrechnet werden¹³⁰. Entsprechende Grundsätze gelten auch für öffentliche Betriebe, wobei in diesem Zusammenhang scheinbar teilweise die Darlegung verlangt wird, dass alle eingehenden Zahlungen der Kreditminderung dienen¹³¹.

bb) Privatgläubiger

Privatgläubiger können nach herrschender Auffassung nur in beschränktem Umfang von einer Beweiserleichterung profitieren; nämlich dann, wenn sie kurzfristigen, jederzeit rückzahlbaren Kredit beanspruchen. Nimmt ein Privatgläubiger demnach nach Verzugseintritt einen kurzfristigen, jederzeit rückzahlbaren Kredit (insbesondere Kontokorrentkredit) auf, wird die Kausalität zwischen Verzug und Kreditaufnahme vermutet, da hier die allgemeine Lebenserfahrung dafür spricht, dass er bei pünktlicher Zahlung mit billigerem eigenen Geld gearbeitet

¹²⁸ BGH in MDR 1978, S. 818 f., 818.

¹²⁹ Staudinger/Löwisch, § 288 N 46; Palandt/Heinrichs, § 288 N 14; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; BeckOK/Unberath, § 288 N 10; Huber, Bd. II, S. 46; Baumgärtel/Strieder, § 288 N 5 u. 9; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 22 ff.; BGH in NJW-RR 1991, S. 793 f., 794; BGH in NJW 1984, S. 371 f., 372; BGH in BB 1965, S. 305.

¹³⁰ Staudinger/Löwisch, § 288 N 48; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 24; BGH in NJW 1975, S. 867.

¹³¹ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 24 (ebenso für Grossbetriebe).

hätte¹³². Ebenfalls keines besonderen Nachweises bedarf die Absicht, bereits bestehende Kreditbelastungen zu vermindern, wenn es sich um einen kurzfristig tilgbaren Kredit, insbesondere einen Kontokorrentkredit, handelt¹³³. Nach der Lebenserfahrung ist nämlich anzunehmen, dass kurzfristig reduzierbare Kreditverpflichtungen bei rechtzeitiger Zahlung vermindert worden und entsprechend tiefere Zinsen angefallen wären. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn eingehende Forderungen und Zahlungen über das gleiche Konto abgewickelt werden¹³⁴. Bei längerfristigen Krediten kommt dem Privatgläubiger hingegen keine Beweiserleichterung zugute, da hier nicht ohne weiteres angenommen werden kann, dass sie bei rechtzeitigem Zahlungseingang abgetragen worden wären¹³⁵. Liegen die genannten Voraussetzungen nicht vor, muss der Privatgläubiger also den vollen Beweis erbringen.

d) Höhe der zu ersetzenden Kosten und deren Nachweis

Zu ersetzen sind dem Gläubiger grundsätzlich die Aufwendungen für den in Anspruch genommenen Kredit¹³⁶. Nach Löwisch gehören dazu nebst den Kreditzinsen auch die Bearbeitungskosten, sofern es sich nicht um den nicht ersatzfähigen Freizeitausfall eines Privatgläubigers handelt¹³⁷.

Der Nachweis hinsichtlich der Höhe der Kreditkosten kann wie erwähnt regelmässig durch Zinsbescheinigungen der Banken erbracht werden. Sofern ein einziger kurzfristig tilgbarer Kredit läuft, kann dessen nachgewiesener Zinssatz geltend gemacht werden.

Wie ausgeführt worden ist, sind gewisse Gläubiger vom Nachweis der Kausalität zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung völlig entbunden. Sofern mit langfristigen Krediten oder kurzfristigen mit fester Laufzeit gearbeitet wird, entfällt letztlich der Bezug zu einem bestimmten Kredit und muss daher die Ermittlung des Kreditzinssatzes insofern abstrakt erfolgen. Aus diesem Grunde können öffentliche Betriebe und Körperschaften den mittleren Zins-

¹³² Baumgärtel/Strieder, § 288 N 6; Belke, S. 587.

¹³³ Staudinger/Löwisch, § 288 N 49; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; Erman/Hager, § 288 N 15; BeckOK/Unberath, § 288 N 10; Huber, Bd. II, S. 46; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 25; Baumgärtel/Strieder, § 288 N 10. A.M. Palandt/Heinrichs, § 288 N 14; wohl auch LG Koblenz in NJW-RR 1991, S. 171 f., 172.

¹³⁴ Belke, S. 587.

¹³⁵ Staudinger/Löwisch, § 288 N 49; Baumgärtel/Strieder, § 288 N 10; Belke, S. 587.

¹³⁶ Staudinger/Löwisch, § 288 N 46.

¹³⁷ Staudinger/Löwisch, § 288 N 43.

satz ihrer zuletzt aufgelegten Anleihen als Schaden geltend machen¹³⁸. Diesen mittleren Zinssatz müssen sie dann selbstverständlich nachweisen. Ähnliches gilt wohl auch für private Unternehmen¹³⁹.

Nach (wohl) unbestrittener Ansicht steht dem Schuldner stets der Gegenbeweis offen, dass der Gläubiger seine Kreditbelastung trotz rechtzeitigen Zahlungseingangs nicht verringert, sondern die Mittel anderweitig verwendet hätte¹⁴⁰. Allerdings kann der Gläubiger dann allenfalls Anlageverluste geltend machen¹⁴¹. Zudem kann der Schuldner auch betreffend die Höhe des Schadens den Gegenbeweis führen¹⁴².

4.4.2.3. Verlust von Anlagezinsen

a) Allgemeines

Von den Aufwendungen für Kreditzinsen zu unterscheiden ist der Verzugsschaden infolge des Verlusts von Anlagezinsen. Da hierbei immer auf einen hypothetischen Geschehensablauf abgestellt werden muss, ergeben sich für den Gläubiger besondere Schwierigkeiten hinsichtlich des konkreten Nachweises. Dieser Nachweis wird daher in Deutschland gewissen Gläubigern dadurch erleichtert, dass sie ihre Anlageverluste abstrakt, d.h. weitgehend gestützt auf Erfahrungssätze, berechnen können. Grundlage hierfür ist § 252 BGB betreffend den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt danach der Gewinn, „*welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte*“. Das deutsche Recht kennt also für den entgangenen Gewinn eine besondere Bestimmung, welche sich in ih-

¹³⁸ Staudinger/Löwisch, § 288 N 47; OLG Koblenz in NZV 2002, S. 184 f., 185; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 20; Palandt/Heinrichs, § 288 N 14 weist darauf hin, dass diese Praxis in Anbetracht der heutigen Höhe des Verzugszinses keine Bedeutung mehr habe.

¹³⁹ Jedenfalls führt Huber aus, dass es die Rechtsprechung öffentlichen, aber auch privaten Unternehmen, „*sofern sie sich im allgemeinen nur mit Festkrediten verschulden und allenfalls kurzfristig Überziehungskredit in Anspruch nehmen*“, gestattet, „*die Zinsen, die sie während des Verzugs für einen der geschuldeten Geldsumme entsprechenden Betrag am Kreditmarkt aufzuwenden haben*“ als Verzugsschaden geltend zu machen (Bd. II, S. 49). Ein privates Unternehmen könne „*der Berechnung des Verzugsschadens mindestens den für die Festkredite gezahlten banküblichen Zins*“ zugrunde legen (Bd. II, S. 50).

¹⁴⁰ Staudinger/Löwisch, § 288 N 50; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 13.

¹⁴¹ Staudinger/Löwisch, § 288 N 50; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 13.

¹⁴² Staudinger/Löwisch, § 288 N 52.

rem Wortlaut weitgehend mit der allgemeinen Norm für die Schadensschätzung von Art. 42 Abs. 2 OR deckt. Wie bereits oben dargelegt worden ist, bieten diese Normen eine ausdrückliche Grundlage für eine indirekte Schadensberechnung gestützt auf Grundsätze der allgemeinen Lebenserfahrung¹⁴³. Ein Rückgriff auf das prozessuale „Hilfskonstrukt“ der natürlichen Vermutung ist damit entbehrlich (vgl. hierzu S. 26).

In Lehre und Praxis ist umstritten, bei welchen Gläubigern für den Nachweis des Anlageverlustes von welchen Erfahrungssätzen ausgegangen werden kann.

b) Banken

Nach herrschender Auffassung können Banken ihre Anlageverluste abstrakt, d.h. weitgehend abgestützt auf Erfahrungssätze, berechnen¹⁴⁴. Begründet wird dies damit, dass Banken nach der allgemeinen Lebenserfahrung die ihnen zufließenden Gelder gewinnbringend anlegen. Der Topf der frei verfügbaren Gelder, welche eine Bank gewinnbringend anlegen kann, wird dabei immer um diejenigen Beträge geschmälert, welche nicht fristgerecht zurückgezahlt werden¹⁴⁵. Den Banken entstehen damit regelmässig entsprechende Anlageverluste¹⁴⁶. Hinsichtlich der Höhe des Zinsschadens wird danach unterschieden, ob die Bank nur eine einzige Geschäftsart oder mehrere betreibt.

Betreibt die Bank nur eine einzige Geschäftsart, so kann sie die für diese Geschäftsart im betreffenden Zeitraum banküblichen Sollzinsen geltend machen¹⁴⁷. Handelt es sich um eine Universalbank, welche Kreditgeschäfte verschiedener Art betreibt, für die unterschiedliche Sollzinssätze banküblich sind, „so kann sie ihren Schaden nur nach einem Durchschnittssatz berechnen, der sich nach ihrer speziellen Geschäftsstruktur, nach dem Anteil der verschiedenen Kreditarten an ihrem gesamten Aktivkreditgeschäftsvolumen, richtet“¹⁴⁸. Die Bank muss

¹⁴³ Palandt/Heinrichs, § 252 N 7.

¹⁴⁴ Palandt/Heinrichs, § 288 N 13; Staudinger/Löwisch, § 288 N 36; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 135; BeckOK/Unberath, § 288 N 9; Erman/Hager, § 288 N 14; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 17; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27.

¹⁴⁵ Belke, S. 594.

¹⁴⁶ BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1969; BGH in NJW 1974, S. 895 f., 895; Belke, S. 594

¹⁴⁷ Staudinger/Löwisch, § 288 N 36; Erman/Hager, § 288 N 14; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27; BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1969; BGH in NJW 1974, S. 895 f., 896.

¹⁴⁸ BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1969. Vgl. etwa auch MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 136; Baumgärtel/Striedel, § 288 a.F. N 18; Krüger/Bütter, S. 2095.

entsprechend nachweisen, welchen Anteil die verschiedenen Kreditarten ausmachen. Die marktüblichen Durchschnittszinssätze ergeben sich dabei für Standardkredite aus der Bundesbankstatistik¹⁴⁹. Die Bank ist demgemäss nicht verpflichtet offen zu legen, welche Zinssätze sie selbst im Einzelnen verrechnet¹⁵⁰. Erscheint der Bank auch die prozentuale Aufschlüsselung unzumutbar, kann sie grundsätzlich nur den marktüblichen Zinssatz für die Geschäftsart mit dem geringsten Geschäftsertrag geltend machen¹⁵¹.

c) **Privatgläubiger und andere Kaufleute**

In Lehre und Praxis ist sehr umstritten, ob und inwiefern auch andere Kaufleute oder sogar Privatpersonen von diesen Beweiserleichterungen profitieren können. *Heinrichs* hält im Palandt relativ apodiktisch fest, dass nur Banken ihren Zinsschaden abstrakt berechnen können¹⁵². Andere Gläubiger müssten ihren Schaden konkret nachweisen und könnten keine Beweiserleichterungen mehr in Anspruch nehmen, weil der heute geltende Verzugszinssatz deutlich höher sei als die Rendite, welche typischerweise durch Anlage des Geldes erzielt werden könne¹⁵³. Nach der wohl überwiegenden Meinung in Lehre und Praxis gelten jedoch diese Beweiserleichterungen vollumfänglich oder teilweise auch für andere Gläubiger:

Verschiedene Autoren und teilweise auch die Rechtsprechung ermöglichen die abstrakte Schadensberechnung zunächst auch **gewerbsmässigen Kapitalanlegern**¹⁵⁴, **wie Investmentgesellschaften und Versicherungen**¹⁵⁵, welche nicht benötigte eingehende Beträge anlegen, oder Unternehmen, bei welchen der Abschluss von Kreditgeschäften typischerweise zum Geschäftsbetrieb gehört¹⁵⁶. Einer Versicherung wurde in einem älteren Entscheid zugestanden, sechs Prozent Jahreszinsen geltend zu machen, weil ihr die Anlage ihres Vermögens zu diesen Bedingungen unter den konkreten Umständen möglich war¹⁵⁷. Abstrakt ist die Berechnung hier wohl insofern, als auf typischerweise erzielbare Erträge abgestellt wird.

¹⁴⁹ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 136 m.H. auf die Problematik bei Realkrediten.

¹⁵⁰ BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1970.

¹⁵¹ BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1970.

¹⁵² Palandt/Heinrichs, § 288 N 13.

¹⁵³ Palandt/Heinrichs, § 288 N 13.

¹⁵⁴ Staudinger/Löwisch, § 288 N 37; Belke, S. 594.

¹⁵⁵ Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27.

¹⁵⁶ BeckOK/Unberath, § 288 N 9.

¹⁵⁷ Vgl. die Verweise bei Staudinger/Löwisch § 288 N 37 und Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27, auf LG Verden in VersR 1967, S. 869 f., 870.

Abgesehen davon wird sodann von verschiedenen Autoren, etwa von *Ernst* und *Wiedemann*, **anderen Kaufleuten bzw. Unternehmen als Banken** mehr oder weniger generell die Möglichkeit zugebilligt, ihren Zinsschaden abstrakt zu berechnen¹⁵⁸. *Ernst* führt dazu Folgendes aus: „Zur abstrakten Geltendmachung des Anlageschadens reicht die Darlegung aus, dass durch den Verzug ein Handels- oder ein Kreditgeschäft vereitelt worden ist, dessen Abschluss typischerweise zum Geschäftsbetrieb des Gläubigers gehört. Diese Erleichterung zu Gunsten des Kreditgläubigers gilt für jede Art entgangener Kapitalnutzung, die zu den vom Gläubiger typischerweise abgewickelten Geschäften gehören.“¹⁵⁹

Von der herrschenden Meinung anerkannt ist – bzw. war zumindest unter dem altem Recht – dass ein **Privatgläubiger** seinen Schaden dann gestützt auf Erfahrungssätze berechnen kann, wenn er Gläubiger eines grösseren Geldbetrages ist, weil nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass ein grösserer Betrag nicht nutzlos verwahrt, sondern zinstragend angelegt wird¹⁶⁰. Ab welchem Betrag sich diese Annahme rechtfertigt, ist nach *Löwisch* unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Schuldners und der allgemeinen wirtschaftlichen Lage zu bestimmen¹⁶¹. Als Richtwert wird in der Literatur ein Betrag von rund 2'500 Euro genannt¹⁶². Was die Höhe des Anlageverlustes anbelangt, so ist „in Rechnung zu stellen, welche Art der Kapitalanlage angesichts der persönlichen Verhältnisse und des in Rede stehenden Betrags in Betracht gekommen wäre und welcher Ertrag zu der in Rede stehenden Zeit zu erwarten war“¹⁶³. Die Möglichkeit der in diesem Sinne abstrakten Berechnung, wenn ein grösserer Geldbetrag zur Diskussion steht, dürfte selbstverständlich nicht auf Privatgläubiger beschränkt sein, sondern steht grundsätzlich jedem Gläubiger offen¹⁶⁴.

¹⁵⁸ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 135 m.H. auf die Leitentscheide des BGH betreffend die abstrakte Schadensberechnung bei den Banken (BGH in NJW 1974, S. 895 f.; BGH in NJW 1988, S. 1967 ff.); Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27. Wohl auch Staudinger/Löwisch, § 288 N 34, und Belke, S. 593 f.

¹⁵⁹ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 135.

¹⁶⁰ Staudinger/Löwisch, § 288 N 34; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 134; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27; BGH in NJW 1981, S. 1729 ff., 1732; BGH in NJW 1981, S. 1732; BGH in VersR 1980, S. 194 f., 195; BGH in WM 1974, S. 128 f., 129; vgl. Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 16.

¹⁶¹ Staudinger/Löwisch, § 288 N 34; in diesem Sinne auch Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 16; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27.

¹⁶² Staudinger/Löwisch, § 288 N 34; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 134; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 16; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27.

¹⁶³ Staudinger/Löwisch, § 288 N 35.

¹⁶⁴ Vgl. Staudinger/Löwisch, § 288 N 34; Huber, Bd. II, S. 52; BeckOK/Unberath, § 288 N 9.

d) Gegenbeweis des Schuldners

Dem Schuldner steht gegenüber der abstrakten Schadensberechnung der Gegenbeweis offen, dem Gläubiger sei tatsächlich kein entsprechend berechneter Schaden entstanden, weil der geschuldete Betrag nicht oder zumindest nicht in der behaupteten Weise angelegt worden wäre¹⁶⁵. Der BGH hat dazu Folgendes ausgeführt: *„Die abstrakte Berechnungsmethode geht zugunsten der Bank davon aus, sie habe nach dem gewöhnlichen Verlauf im Bankhandelsverkehr den geschuldeten Geldbetrag bei rechtzeitiger Zahlung alsbald anderweitig zu den jeweils marktüblichen Sollzinsen anlegen können. Insoweit handelt es sich aber nur um eine tatsächliche Vermutung, die widerlegt werden kann. Der Schuldner muss den Gegenbeweis führen, dass der Bank unter den konkret gegebenen Umständen eine entsprechende Anlage nicht möglich gewesen wäre ...“*¹⁶⁶

Nach wohl herrschender Auffassung kann der Schuldner gegenüber einer Bank hingegen nicht einwenden, dass kein Gewinn entgangen bzw. kein Schaden entstanden sei, weil aufgrund anderweitiger Refinanzierungsmöglichkeiten alle dem Gläubiger möglichen Geschäfte getätigt werden konnten¹⁶⁷. Nach anderer Auffassung können in diesem Fall nur die angefallenen Refinanzierungskosten geltend gemacht werden¹⁶⁸.

4.4.3. Anforderungen an den Nachweis von Aufwendungen für Kreditzinsen und Anlageverlusten gemäss Art. 106 OR

4.4.3.1. Vorbemerkung

Nach traditioneller Auffassung muss der Gläubiger den weitergehenden Schaden i.S.v. Art. 106 OR grundsätzlich konkret nachweisen¹⁶⁹. In einzelnen Fällen wird der Beweis des Schadens jedoch, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, durch natürliche Vermutungen erleich-

¹⁶⁵ Staudinger/Löwisch, § 288 N 42; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 135; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 19; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 17; BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1970; BGH in WM 1974, S. 128 f., 129.

¹⁶⁶ BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1970.

¹⁶⁷ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 135; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 17; BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1970.

¹⁶⁸ Staudinger/Löwisch, § 288 N 42; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 27.

¹⁶⁹ BK-Weber, Art. 106 N 12; BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2; Cantieni, S. 91; BGE 123 III 241 E. 3a S. 243.

tert¹⁷⁰.

In neuerer Zeit fordern einzelne gewichtige Stimmen in der Literatur, in weitem Umfange eine „abstrakte Schadensberechnung“ zuzulassen¹⁷¹. Nach *Rolf Weber* sind im vorliegenden Zusammenhang die Voraussetzungen hierfür, dass nämlich „feststehende, typische Geschehensabläufe vorliegen, welche ein hohes Mass an Üblichkeit verkörpern“, erfüllt¹⁷². Im Geschäftsverkehr könne davon ausgegangen werden, dass ein nicht bezahlter Gläubiger entweder zusätzlicher Fremdmittel bedürfe oder eine beabsichtigte Investition nicht tätigen könne¹⁷³. Damit wird allerdings gegenüber der bisherigen Anwendung von natürlichen Vermutungen nichts grundsätzlich Neues gefordert. Vielmehr wird, wie schon dargelegt worden ist (4.4.1.3.), lediglich postuliert, bei der Schadensberechnung noch stärker als bisher auf Erfahrungssätze (natürliche Vermutungen) abzustellen.

Nachfolgend ist der Meinungsstand in der schweizerischen Lehre und Praxis im Einzelnen zu sichten. Dabei wird sich immer wieder die Frage stellen, ob und inwiefern eine Anwendung der im deutschen Recht entwickelten Grundsätze angebracht ist.

4.4.3.2. Nachweis von Aufwendungen für Kreditzinsen

a) Vorbemerkungen

Will der Gläubiger Kreditkosten als Verzugsschaden i.S.v. Art. 106 OR geltend machen, muss er grundsätzlich nachweisen, dass ihm tatsächlich ein die Verzugszinsen übersteigender Schaden entstanden und dieser durch den Verzug verursacht worden ist. Im Einzelnen ergeben sich dabei folgende Beweisthemata:

Ist der Kredit nach Verzugseintritt aufgenommen worden, muss die tatsächliche Inanspruchnahme von Kredit während einer bestimmten Dauer, die Kausalität zwischen Verzug und Kreditaufnahme sowie die Höhe der Kreditzinsen bewiesen werden¹⁷⁴. Hat der Gläubiger den Kredit schon vor Verzugseintritt aufgenommen, muss er ebenfalls die tatsächliche Beanspruchung von Kredit sowie die Höhe der Kreditzinsen und sodann die Absicht, den Kredit bei

¹⁷⁰ BK-Weber, Art. 106 N 27; BGE 123 III 241 E. 3a S. 243; 117 II 256 E. 2b 258.

¹⁷¹ BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2; BK-Weber, Art. 106 N 12 f. u. 32 ff.

¹⁷² BK-Weber, Art. 106 N 33.

¹⁷³ BK-Weber, Art. 106 N 33.

¹⁷⁴ CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 8; Schönle, S. 90; Cantieni, S. 81 ff.; vgl. Baumgärtel/Striedel, § 288 a.F. N

rechtzeitiger Zahlung zu abzutragen, beweisen¹⁷⁵.

b) Nachweis der Inanspruchnahme von Kredit

Unabhängig davon, ob Kredit vor oder nach Verzugseintritt aufgenommen wird, muss die Tatsache der Kreditbeanspruchung grundsätzlich konkret nachgewiesen werden. Teilweise findet sich die Äusserung, dass die Inanspruchnahme von Kredit mindestens in Höhe der Klageforderung nachgewiesen werden muss¹⁷⁶. Dies erscheint allerdings nicht als zwingend. Es muss genügen, dass überhaupt Kredit beansprucht wird. Allerdings ist die Kredithöhe bei der Berechnung des Schadens zu berücksichtigen und es kann entsprechend bei tieferen Beträgen nicht einfach der betreffende Kreditzinssatz für die Forderung geltend gemacht, sondern es muss der konkrete Betrag ermittelt werden. Letzteres entspricht aber wohl sowieso der in Art. 106 OR angelegten Berechnungsmethode¹⁷⁷. Nachgewiesen werden muss natürlich auch, über welchen Zeitraum Kredit beansprucht worden ist¹⁷⁸. Der Nachweis der Kreditbeanspruchung wird regelmässig keine Schwierigkeiten bereiten. Er kann zum Beispiel durch eine entsprechende Bankbescheinigung¹⁷⁹ oder die Buchhaltung des Gläubigers erbracht werden¹⁸⁰.

Es stellt sich die Frage, ob – wie dies in Deutschland teilweise angenommen wird – Teilnehmern am Handelsverkehr der Beweis durch die Vermutung zu erleichtern ist, sie würden regelmässig mit Kontokorrentkredit arbeiten. Voraussetzung dafür wäre, dass die betreffenden Gläubiger nach der allgemeinen Lebenserfahrung stets über Kontokorrentkredit verfügten¹⁸¹. Mit *Löwisch* ist eher davon auszugehen, dass ein solcher Erfahrungssatz in Anbetracht der Vielfältigkeit des Wirtschaftslebens nicht besteht¹⁸². Dass überhaupt Kredit beansprucht wurde, ist demnach immer zu beweisen. Dies wird aber regelmässig unproblematisch sein.

¹⁷⁵ Baumgärtel/Striedel, § 288 a.F. N 8.

¹⁷⁶ Cantieni, S. 81; Doms, S. 2650; Jauernig/Stadler, § 288 N 10.

¹⁷⁷ Vgl. zur Berechnung Kantonsgericht VS in ZWR 1994, S. 180 ff., 183; BGE 123 III 241 E. 4b S. 245 f.; Koller, Bd. II, § 55 N 68.

¹⁷⁸ CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 8; Schönle, S. 90.

¹⁷⁹ Für die dabei zu beachtenden Anforderungen vgl. Doms, S. 2650.

¹⁸⁰ Schönle, S. 90.

¹⁸¹ Vgl. Guldener, S. 322. Vgl. zur natürlichen Vermutung auch BGE 117 II 256 E. 2b S. 258.

¹⁸² Staudinger/Löwisch, § 288 N 45.

c) **Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung**

Besondere Schwierigkeiten kann der Nachweis bereiten, dass der Gläubiger gerade wegen des Verzugs einen Kredit aufnehmen musste bzw. einen laufenden Kredit nicht zurückzahlen konnte. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit der Gläubiger diesen Beweis zu erbringen hat. In der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung findet sich die Äusserung, dass der Kausalzusammenhang zwischen Kreditaufnahme bzw. -verlängerung dem gewöhnlichen Lauf der Dinge entspreche und daher keines besonderen Nachweises bedürfe¹⁸³. Es bestehe demnach eine natürliche Vermutung für den Kausalzusammenhang¹⁸⁴. Es stellt sich die Frage, ob dies in dieser Allgemeinheit zutrifft. Meines Erachtens ist im Anschluss an die deutsche Lehre je nach Gläubiger zu differenzieren.

aa) *Kaufleute und Unternehmen*

Bei Kaufleuten, Unternehmen und der öffentlichen Hand, welche laufend mit Kredit arbeiten, ist jedenfalls dann kein besonderer Kausalitätsnachweis zu verlangen, wenn mit kurzfristigen, jederzeit rückzahlbaren Krediten gearbeitet wird. Es entspricht bei Kaufleuten und Unternehmen der allgemeinen Lebenserfahrung, dass sie im Hinblick auf die Gewinnmaximierung ihre Kreditkosten möglichst tief halten und daher bei rechtzeitiger Zahlung ihre Kreditbelastung entsprechend vermindern, d.h. keine zusätzlichen Kredite aufnehmen bzw. bestehende Kredite zurückzahlen¹⁸⁵. Die Kausalität zwischen Kreditbeanspruchung und Verzug ist daher zu vermuten¹⁸⁶.

Es stellt sich die Frage, ob auch dann von einer solchen natürlichen Vermutung ausgegangen werden kann, wenn Kaufleute, Unternehmen oder die öffentliche Hand mit langfristigen Krediten oder kurzfristigen mit fester Laufzeit arbeiten. Faktisch kann die Kreditbelastung diesfalls zumindest nicht kurzfristig reduziert werden. Wie aufgezeigt worden ist, wird von der deutschen Rechtsprechung und Lehre der Kausalzusammenhang aber auch in diesen Fällen vermutet¹⁸⁷. Mit einem Teil der schweizerischen Lehre¹⁸⁸ ist diese Ansicht auch für das

¹⁸³ Schönle, S. 90; Kantonsgericht VS in ZWR 1994, S. 180 ff., 182; CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 8.

¹⁸⁴ CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 8; Kantonsgericht VS in ZWR 1994, S. 180 ff., 183.

¹⁸⁵ Cantieni, S. 83 f.

¹⁸⁶ Cantieni, S. 83 f.; a.A. OG BL in SJZ 1996, S. 315.

¹⁸⁷ Vgl. Huber, Bd. II, S. 50, und vorstehend unter 4.4.2.2.c)aa).

¹⁸⁸ BK-Weber, Art. 106 N 39 ff.; Cantieni S. 83 f.

schweizerische Recht zu übernehmen. In der Tat entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass das Kreditvolumen von Kaufleuten und Unternehmen durch verspätete Zahlungen mit bedingt ist, weil eine entsprechende Marge einkalkuliert werden muss. Es erscheint daher richtig, die Kausalität zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung bei Kaufleuten, Unternehmen und auch öffentlichen Betrieben generell zu vermuten, unabhängig davon, welche Art von Krediten beansprucht wird. Der Nachweis der Kreditbeanspruchung als solcher ist daher als ausreichend zu erachten¹⁸⁹. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung bisher wohl auf einem anderen Standpunkt steht.

bb) Privatgläubiger

Wiederum in Anlehnung an die zum deutschen Recht entwickelten Grundsätze ist der Kausalzusammenhang auch bei Privatgläubigern jedenfalls dann zu vermuten, wenn vor oder nach Verzugseintritt ein kurzfristiger, jederzeit rückzahlbarer Kredit (insb. Kontokorrentkredit) aufgenommen worden ist¹⁹⁰. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist anzunehmen, dass auch Privatgläubiger bei rechtzeitiger Zahlung mit billigerem eigenem Geld gearbeitet bzw. ihre Zinsbelastung reduziert hätten¹⁹¹.

Hat ein Privatgläubiger vor Verzugseintritt einen längerfristigen Kredit aufgenommen, spielt die Kausalitätsvermutung bzw. die Vermutung der Tilgungsabsicht nicht, weil die Rückzahlung regelmässig gar nicht möglich ist¹⁹². Nimmt er nach Verzugseintritt einen längerfristigen, nicht jederzeit zurückzahlbaren Kredit auf, scheint die Antwort weniger klar zu sein. Lehre und Rechtsprechung zum deutschen Recht scheinen auf dem Standpunkt zu stehen, dass die Kausalität auch diesfalls nicht zu vermuten ist¹⁹³. Dem ist grundsätzlich auch für das schweizerische Recht zuzustimmen. Der damit notwendige konkrete Beweis der Kausalität wird etwa dann erbracht sein, wenn der Gläubiger darlegen kann, dass der neue Kredit ungefähr die gleiche Höhe wie die ausstehende Forderung hat und er nicht über ausreichend Liquidität verfügte, um seinen Verbindlichkeiten nachzukommen¹⁹⁴.

¹⁸⁹ A.A. OG BL in SJZ 1996, S. 315.

¹⁹⁰ In diesem Sinne auch Cantieni, S. 82 u. 84.

¹⁹¹ Baumgärtel/Striedel, § 288 a.F. N 6 u. 10.

¹⁹² Cantieni, S. 84.

¹⁹³ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 143; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 6; Belke, S. 587; LG Koblenz in NJW-RR 1991, S. 171 f., 172.

¹⁹⁴ Vgl. Cantieni S. 82.

d) Höhe der zu ersetzenden Kreditkosten und deren Nachweis

Zu ersetzen sind die Kosten, welche durch die Kreditbeanspruchung entstehen. Dazu gehören jedenfalls die Refinanzierungskosten. Richtigerweise sind aber auch Bearbeitungskosten zu ersetzen, sofern es sich nicht um die zumutbaren Eigenbemühungen eines Privatgläubigers handelt¹⁹⁵. Nach *Rolf Weber* sind Administrativkosten nicht typisierend mit zu berücksichtigen, sondern grundsätzlich nur dann, wenn der Gläubiger besondere Umtriebe nachweist¹⁹⁶.

Der Nachweis der Höhe der Refinanzierungskosten kann insbesondere durch Bankbescheinigungen oder die Buchhaltung des Gläubigers erfolgen¹⁹⁷. Sofern der Gläubiger mit Kontokorrentkredit arbeitet oder bloss einen Kredit beansprucht, können die entsprechenden Zinssätze geltend gemacht werden. Arbeitet der Gläubiger, was insbesondere bei Grossunternehmen und öffentlichen Betrieben der Fall ist, laufend mit längerfristigen Krediten (nach hier vertretener Auffassung bedarf es dabei keines besonderen Kausalitätsnachweises), sollte der Gläubiger zumindest den während der Verzugszeit für Festkredite gezahlten banküblichen Zins geltend machen können¹⁹⁸.

Angemerkt sei im Übrigen, dass der Gläubiger auch bezüglich Kreditaufnahme gehalten ist, den Schaden möglichst gering zu halten (Schadenminderungspflicht)¹⁹⁹. Der Gläubiger kann daher wohl maximal denjenigen Zinssatz geltend machen, welcher für kurzfristige, ungedeckte Kredite gilt²⁰⁰. *Cantieni* führt in diesem Zusammenhang mit Hinweis auf Äusserungen in der deutschen Lehre aus, dass Zinsen für einen teuren Überziehungskredit nicht verlangt werden können²⁰¹. Nach *Heinrichs* sind aber auch Überziehungszinsen zu ersetzen²⁰². Er verweist dafür auf einen Entscheid des OLG Karlsruhe. Dort wurde erkannt, dass auch eine Überziehungsprovision zu ersetzen ist, da im konkreten Fall keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Gläubiger die Möglichkeiten, einen höheren Kredit zu erhalten, nicht ausgeschöpft hat-

¹⁹⁵ Staudinger/Löwisch, § 288 N 43; Cantieni, S. 81.

¹⁹⁶ BK-Weber, Art. 106 N 41.

¹⁹⁷ Schönle, S. 90. Für die Voraussetzungen, welche Bankbescheinigungen erfüllen müssen, vgl. Doms, S. 2650.

¹⁹⁸ Vgl. Huber, Bd. II, S. 50.

¹⁹⁹ BK-Weber, Art. 106 N 42; Cantieni, S. 80 f. Für das deutsche Recht siehe Staudinger/Löwisch, § 288 N 43; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 141; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 20.

²⁰⁰ Belke, S. 586; Cantieni, S. 81.

²⁰¹ Cantieni, S. 81; Soergel/Wiedemann, § 288 a.F. N 20.

²⁰² Palandt/Heinrichs, § 288 N 14.

te²⁰³.

e) **Gegenbeweis des Schuldners**

Soweit dem Gläubiger der Schadensnachweis durch die natürliche Vermutung der Kausalität zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung erleichtert wird, kann der Schuldner grundsätzlich Umstände geltend machen, welche die Vermutung entkräften. Er kann z.B. bei einem Privatgläubiger Umstände nachweisen, welche gegen die Vermutung sprechen, dass der geschuldete Betrag zur Kredittilgung eingesetzt worden wäre. Dabei muss er nicht den vollen Beweis erbringen, sondern es genügt, dass er Zweifel an der gezogenen Schlussfolgerung weckt²⁰⁴. Diesfalls muss der Gläubiger den vollen Beweis erbringen.

f) **Fazit**

Um höhere Kreditkosten ersetzt zu verlangen, muss grundsätzlich die tatsächliche Inanspruchnahme von Kredit und die Höhe der dafür aufgewendeten Zinsen konkret nachgewiesen werden. Die Kausalität zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung ist jedenfalls dann zu vermuten, wenn der Gläubiger Kontokorrentkredit beansprucht. Dies gilt sowohl für Kaufleute und Unternehmen, welche ständig mit Kredit arbeiten, als auch für Privatgläubiger. Fraglich ist, ob von einer solchen natürlichen Vermutung auch dann ausgegangen werden kann, wenn mit langfristigen, nicht jederzeit zurückzahlbaren Krediten gearbeitet wird. In Anlehnung an die herrschende Auffassung zum deutschen Recht ist dies zu bejahen. Die Rechtsprechung steht bisher aber wohl auf einem anderen Standpunkt.

4.4.3.3. Verlust von Anlagezinsen

a) **Allgemeines**

Sofern der Gläubiger den geschuldeten Betrag nicht zur Bezahlung eigener Verbindlichkeiten benötigt, könnte er ihn nutzbringend verwenden, indem er ihn z.B. zinstragend anlegt. Erfolgt die Zahlung nicht rechtzeitig, entgehen ihm daher während des Verzugs unter Umständen Anlagezinsen, welche höher sind als die gesetzlichen Verzugszinsen. Besondere Schwierigkeiten für den Schadensnachweis ergeben sich auch im schweizerischen Recht daraus, dass es sich hierbei um entgangenen Gewinn handelt, dessen Eintritt immer bis zu einem gewissen Grad

²⁰³ OLG Karlsruhe in VersR 1992, S. 173 f., 174.

²⁰⁴ Vogel/Spühler, Kap. 10 N 51; BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 87.

hypothetisch ist²⁰⁵.

In Lehre und Praxis wird zwar immer wieder betont, dass der Schadensnachweis auch für den Anlageverlust grundsätzlich konkret erfolgen müsse²⁰⁶. Ein solch konkreter Nachweis ist jedoch nur in seltenen Fällen möglich, wenn etwa der Gläubiger vor Verzugseintritt bereits entsprechende Anstalten, wie den Abschluss von Anlageverträgen, getroffen hat²⁰⁷. Regelmässig ist jedoch ein direkter Nachweis ausgeschlossen. Der Beweis wird deshalb wie in Deutschland auch in der Schweiz immer mehr durch natürliche Vermutungen erleichtert. In jüngerer Zeit ist dieser Trend noch verstärkt worden, indem – wie schon mehrfach erwähnt – die Lehre vermehrt eine „*abstrakte*“, d.h. eine ausschliesslich oder weitgehend auf Erfahrungssätzen beruhende Schadensberechnung fordert²⁰⁸.

Statt oder neben der Anwendung von natürlichen Vermutungen kann in der Schweiz eine auf Erfahrungssätzen beruhende Schadensberechnung bei Anlageverlusten auch aus Art. 42 Abs. 2 OR – ähnlich wie in Deutschland aus § 252 BGB – hergeleitet werden. Beim Anlageverlust handelt es sich rechtstechnisch gesehen um entgangenen Gewinn, für dessen Nachweis die Grundsätze von Art. 42 Abs. 2 OR mindestens analog zur Anwendung kommen²⁰⁹. Diese Bestimmung bezieht sich nach herrschender Auffassung nicht nur auf Fälle, in denen die Schadenshöhe nicht ziffernmässig nachweisbar ist, sondern ist auch anwendbar, wenn sich der Eintritt des Schadens – wie vielfach beim Anlageverlust – nicht strikte beweisen lässt²¹⁰.

b) Anwendung von natürlichen Vermutungen je nach Person des Gläubigers

Für die Anwendung von Erfahrungssätzen bzw. natürlichen Vermutungen wird im schweizerischen Recht wie im deutschen Recht je nach Person des Gläubigers unterschieden:

²⁰⁵ Cantieni, S. 86; BGE 104 II 198 E. b S. 201.

²⁰⁶ BK-Weber, Art. 106 N 12; Gauch/Schluep/Rey, N 3018; BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2; BGE 123 III 241 E. 3a S. 243.

²⁰⁷ In diesem Sinne CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 7.

²⁰⁸ BK-Weber, Art. 106 N 32 ff.; BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2.

²⁰⁹ Von Tuhr/Peter, S. 100; Oftinger/Stark, § 2 N 14 u. § 6 N 31; Guhl/Koller, § 10 N 37; Cantieni, S. 86; Lüchinger, N 153 ff.; BSK OR I-Wiegand, Art. 97 N 38; Honsell, Haftpflichtrecht, § 8 N 28; BGE 104 II 198 E. b S. 201.

²¹⁰ BGE 133 III 153 E. 3.3 S. 162; 132 III 379 E. 3.1 S. 381; 122 III 219 E. 3a S. 221; 81 II 50 E. 5 S. 55; BK-Brehm, Art. 42 N 48.

aa) Banken, andere Finanzinstitute und Versicherungen

Nach wohl herrschender Auffassung in Lehre und Praxis kann jedenfalls bei Banken, anderen Finanzinstituten und, nach BGE 123 III 241, auch bei Versicherungen davon ausgegangen werden, „dass eingehende Geldbeträge, die nicht für den laufenden Geschäftsbetrieb erforderlich sind, nicht nutzlos verwahrt, sondern gewinnbringend angelegt werden“²¹¹. Entsprechend ist ein Anlageverlust gestützt auf diesen Erfahrungssatz (natürliche Vermutung) grundsätzlich als erwiesen zu betrachten, falls der Schuldner diesen Schluss im konkreten Fall nicht in Zweifel ziehen kann.

bb) Andere Unternehmen und Kaufleute

In der Lehre mehren sich die Stimmen, welche die Vermutung der gewinnbringenden Anlage des Geldes für alle Geschäftsgläubiger fordern. *Thévenoz* ist der Auffassung, dass aufgrund des Umstandes, dass immer mehr Unternehmen ihre Finanzmittel selbst bewirtschaften oder bewirtschaften lassen, diese natürliche Vermutung auf Industrie- und Handelsunternehmen im Allgemeinen auszudehnen ist²¹². *Wiegand* und *Schwenzer* gehen selbstverständlich davon aus, dass alle Geschäftsbetriebe von dieser Beweiserleichterung profitieren können²¹³. *Rolf Weber* schliesslich meint, dass eine gewinnbringende Anlage von Geldern für den gesamten kaufmännischen Verkehr anzunehmen sei²¹⁴. In der Gerichtspraxis ist diese Ansicht jedoch soweit ersichtlich wohl (noch) nicht verbreitet.

cc) Privatpersonen

Bei Privatpersonen wird demgegenüber die fragliche natürliche Vermutung grundsätzlich abgelehnt. *Rolf Weber* und *Cantieni* erachten die natürliche Vermutung der zinsbringenden Anlage in Anlehnung an die Äusserungen in der deutschen Literatur immerhin auch bei Privatgläubigern als berechtigt, wenn es sich um einen grösseren Geldbetrag handelt, wobei sie von Beträgen von mindestens 5'000 bis 10'000 Franken ausgehen²¹⁵.

²¹¹ BGE 123 III 241 E. 3b S. 244; vgl. BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2; CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 7; Weber, FS Keller, S. 333 f.; Gauch/Schluep/Rey, N 3018; Schwenzer, N 66.12; Wiegand, S. 690.

²¹² CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 7.

²¹³ BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 2; Schwenzer, N 66.12.

²¹⁴ Weber Art. 106 N 32 ff.

²¹⁵ BK-Weber, Art. 106 N 34; Cantieni, S. 88.

c) Nachweis der Höhe des entgangenen Zinsgewinns

Der Gläubiger muss grundsätzlich nachweisen, zu welchem Zinssatz er das Geld hätte anlegen können. Wie ausgeführt, wird in Deutschland gewissen Gläubigern eine abstrakte Schadensberechnung gestattet. So können insbesondere Banken als Schaden ihren durchschnittlichen Bruttosollzinssatz geltend machen²¹⁶.

In Literatur und Rechtsprechung in der Schweiz fehlt es praktisch durchwegs an näheren Hinweisen darauf, wie der Schaden in denjenigen Fällen zu berechnen ist, in welchen die Anlage des geschuldeten Betrages vermutet wird, was *Thévenoz* denn auch ausdrücklich bemängelt²¹⁷. Er ist unter Hinweis auf eine ältere Rechtsprechung²¹⁸ betreffend die Entschädigung für die Verunmöglichung der Nutzung von Kapital der Auffassung, dass in diesen Fällen auf den Zinssatz am Geldmarkt abzustellen sei²¹⁹. *Cantieni* erachtet eine abstrakte Berechnung wie im deutschen Recht nicht als angebracht, will aber eine abstrakte Berechnung in dem Sinne zulassen, dass auf die durchschnittlichen Anlagezinsen, z.B. die durchschnittliche Rendite von Bundesobligationen, abgestellt wird²²⁰. *Honsell* hat das Abstellen auf den durchschnittlichen Anleihezins bereits früher für das deutsche Recht gefordert²²¹. In dem BGE 123 III 241 ff. zugrunde liegenden Fall, in welchem es um die Rückzahlung eines Darlehens ging, hatte die erste Instanz ein Gutachten zur Frage eingeholt, welche Rendite bei einer Geldanlage mit vergleichbarem Risiko hätte erzielt werden können. Gestützt darauf erachtete es den Beweis für einen den Verzugszins übersteigenden Schaden als erbracht und hielt fest, dass in solchen Fällen keine andere Schadensermittlung praktikabel sei, weil in Grossbetrieben wie der Klägerin nicht konkret ermittelt werden könne, wie ein entsprechender Betrag hypothetisch angelegt worden wäre²²². Die zweite Instanz hatte diese Auffassung übernommen. In einem nicht in der amtlichen Sammlung publizierten Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1993²²³ hatte die Vorinstanz gestützt auf einen Beleg des Gläubigers angenommen, dass dieser den Geldbetrag zu einem Zinssatz von 10 ¼ Prozent am Euro-Markt hätte anlegen

²¹⁶ Palandt/Heinrichs, § 288 N 13.

²¹⁷ CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 7.

²¹⁸ BGE 81 II 213 E. 5 S. 221; vgl. dazu BK-Brehm, Art. 41 N 100.

²¹⁹ CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 7.

²²⁰ Cantieni, S. 94 f.

²²¹ Honsell, FS Lange, S. 512.

²²² BGE 123 III 241 E. 3b S. 243 f.

²²³ Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 1993 i.S. J. c. S.à.r.l. C.R. in SJ 1993, S. 321 f.

können. Das Bundesgericht erachtete sich zwar an diese tatsächliche Feststellung gebunden, hat den Zinssatz aber aufgrund der wechselrechtlichen Sonderbestimmung von Art. 1045 Abs. 1 Ziff. 2 OR auf 6 Prozent reduziert.

M.E. ist klar, dass in denjenigen Fällen, in welchen die Anlage geschuldeter Beträge vermutet wird, in gewissem Umfang eine „abstrakte“ Berechnung zugelassen werden muss. Die Vermutung der Geldanlage allein hätte sonst keinen praktischen Wert. Denn die Vermutung der Anlage allein nützt dem Gläubiger nichts, wenn sie nicht auch beinhaltet, dass er sich hinsichtlich des Nachweises der Höhe des entgangenen Gewinns darauf beschränken kann, so weit wie möglich Anhaltspunkte dafür zu liefern, welche Anlagemöglichkeiten in seiner konkreten Situation in Frage gekommen wären. Die Zulässigkeit einer solchen Typisierung ergibt sich denn m.E. auch aus dem zumindest analog anwendbaren Art. 42 Abs. 2 OR, der dem Richter bei Unmöglichkeit eines genauen Nachweises ein weites Ermessen einräumt. Erforderlich ist dabei allerdings, dass sich dem Richter die Annahme des Eintritts eines bestimmten Schadens mit einer gewissen Überzeugungskraft aufdrängt, weshalb entsprechende Anhaltspunkte so weit wie möglich nachgewiesen werden müssen²²⁴. Dies ist ja wie ausgeführt auch im deutschen Recht grundsätzlich vorausgesetzt, da zum Beispiel eine Bank Angaben darüber machen muss, welche Kreditgeschäfte sie betreibt und welchen Anteil diese am Gesamtvolumen ihres Aktivgeschäfts haben²²⁵. Ein Privatanleger muss sodann nachweisen, dass ihm in Anbetracht seiner persönlichen Verhältnisse eine bestimmte Kapitalanlage möglich gewesen wäre²²⁶.

Ausreichend ist dabei m.E. jedenfalls bei gewerbsmässigen Kapitalanlegern, dass sie darlegen, wie sie üblicherweise nicht benötigte Beträge anlegen²²⁷. Fliessen die Gelder in einen Topf und werden damit unterschiedliche Anlagen getätigt, scheint es richtig, die während des Zeitraums des Verzugs durchschnittlich erzielte Rendite als Schaden zu betrachten, weil aufgrund der dargelegten Umstände gesagt werden kann, dass ein solcher Gewinn beim betreffenden Gläubiger konkret in Aussicht stand bzw. für ihn einen üblichen Gewinn darstellte²²⁸.

²²⁴ BGE 132 III 379 E. 3.1 S. 381; 122 III 219 E. 3a S. 222; 98 II 34 E. 2 S. 37; 95 II 481 E. 12 S. 501; 81 II 50 E. 5 S. 55; 74 II 80 E. 5 S. 80 f.; BK-Brehm, Art. 42 N 52. Vgl. zum entgangenen Gewinn BGE 132 III 379 E. 3.3.2 S. 384; 82 II 397 E. 6 S. 402; BK-Brehm, Art. 41 N 70e; Rey, N 348; Lüchinger, N 153 ff.

²²⁵ BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., S. 1970; BGH in NJW 1974, S. 895 f., 896.

²²⁶ Staudinger/Löwisch, § 288 N 35 u. 39; Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 16.

²²⁷ Vgl. Schönle, S. 94.

²²⁸ Vgl. zum Erfordernis, dass es sich um einen üblichen oder konkret in Aussicht stehenden Gewinn handeln

Im Grundsatz sollte ein entsprechender Nachweis bei allen Unternehmen genügen, welche nachweislich ihre Finanzmittel aktiv bewirtschaften. Die entsprechenden Nachweise können anhand der Buchhaltung regelmässig ohne grössere Schwierigkeiten erbracht werden. Eine andere Art der Schadensermittlung ist praktisch nicht möglich. Im Übrigen ist es dem Schuldner unbenommen, Umstände darzulegen, welche Zweifel an einer entsprechenden Annahme wecken²²⁹.

Ob Banken wie nach herrschender Auffassung zum deutschen Recht der durchschnittliche Sollzinssatz zugebilligt werden kann, könnte fraglich scheinen. Verschiedentlich ist in der deutschen Literatur eingewendet worden, dass den Banken keine Geschäfte entgehen, weil sie jederzeit die Möglichkeit haben, sich die dafür erforderlichen Mittel zu beschaffen; ihnen würden nur Kosten für die Kreditaufnahme entstehen²³⁰, welche regelmässig tief sind. Es ist aber wohl richtig, mit dem BGH und der herrschenden deutschen Lehre anzunehmen, dass eine Bank nicht verpflichtet ist, sich das Geld anderweitig zu beschaffen, zumal dies darauf hinauslaufen würde, dass sie dem Schuldner ihre Refinanzierungsmöglichkeiten kostenlos zur Verfügung stellen und auf ihre gewöhnliche Zinsmarge verzichten müsste²³¹.

Das von *Thévenoz* vorgeschlagene²³² Abstellen auf die während des Verzugs am Geldmarkt erzielbaren Zinsen wäre zwar bei Grossunternehmen, welche über entsprechende Anlagemöglichkeiten verfügen, wohl schon durch die Annahme der Anlage des Geldes gedeckt, die entsprechenden Zinssätze liegen aber zumindest heutzutage wohl meist unter den gesetzlichen fünf Prozent. Gemäss dem bereits erwähnten, unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1993²³³ wäre allerdings offenbar eine Anlage am Euro-Markt zu 10 ¼ Prozent möglich gewesen. Auch hier müsste aber wohl der Nachweis erbracht werden, dass das betroffene Unternehmen bei Gelegenheit solche Anlagen tätigt. Dieser Nachweis wäre aber auch als ausreichend zu erachten.

Bei privaten Gläubigern ist wie bereits ausgeführt der Nachweis zu fordern, dass sie sich in

muss BGE 132 III 379 E. 3.3.3. 384; 82 II 397 E. 6 S. 401; BK-Brehm, Art. 41 N 70e; Rey, N 347; vgl. auch von Tuhr/Peter, S. 100 und Lüchinger, N 153 ff.

²²⁹ BGH in NJW 1988, S. 1967 ff., 1970.

²³⁰ Staudinger/Löwisch, Art. 288 N 42. Vgl. die Nachweise bei Cantieni, S. 94, und BK-Weber, Art. 106 N 39.

²³¹ Huber, Bd. II, S. 257.

²³² CR CO I-Thévenoz, Art. 106 N 7.

²³³ Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 1993 i.S. J. c. S.à.r.l. C.R. in SJ 1993, S. 321 f.

wirtschaftlichen Verhältnissen befunden haben, die ihnen die Anlage des Geldes erlaubt hätten²³⁴. Darüber hinaus müssen sie ebenfalls belegen, wie sie üblicherweise nicht anderweitig benötigte Beträge anlegen und welche Rendite mit einer solchen Anlage während der Dauer des Verzuges hätte erzielt werden können²³⁵. Dieser Nachweis ist vor allem deshalb zu verlangen, weil bei Privatgläubigern nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass z.B. eine Anlage in Obligationen erfolgt wäre, und deshalb ein Abstellen z.B. auf den Durchschnittszinssatz für Bundesobligationen ohne nähere Nachweise zum Anlageverhalten nicht gerechtfertigt wäre²³⁶. Ohne weiteres angenommen werden kann hingegen die Anlage auf einem Sparkonto, wobei allerdings die aktuellen Zinssätze weit unter den gesetzlichen fünf Prozent liegen.

d) Gegenbeweis des Schuldners

Die natürliche Vermutung ist, wie schon ausgeführt (4.4.1.3.), ein Instrument der Beweiswürdigung, welches nichts an der Beweislast ändert²³⁷. Es genügt daher, wenn der Schuldner Zweifel an der Richtigkeit der vom Gläubiger dargelegten Indizien und der daraus gezogenen Schlussfolgerungen zu wecken vermag. Dasselbe gilt auch für die Höhe des erwarteten Gewinns. Die bloße Behauptung, der Gläubiger hätte keinen entsprechenden Gewinn erzielt, kann aber nicht ausreichen. Vielmehr müssen Umstände dargelegt werden, welche die Annahme der Anlage zu einem bestimmten Zinssatz als zweifelhaft erscheinen lassen. Zum Beispiel kann gegenüber einem Privatgläubiger eingewendet werden, dass er den geschuldeten Betrag im konkreten Fall anders verwenden wollte oder zu anderen Bedingungen angelegt hätte²³⁸.

e) Fazit

Nach wohl herrschender Auffassung in Lehre und Praxis ist zumindest bei gewerbsmässigen Kapitalanlegern (Banken, andere Finanzinstitute und Versicherungen) im Sinne einer natürli-

²³⁴ Baumgärtel/Strieder, § 288 a.F. N 16; Staudinger/Löwisch, § 288 N 39; so auch BK-Weber, Art. 106 N 37.

²³⁵ Vgl. Staudinger/Löwisch, § 288 N 35 u. 39; BK-Weber, Art. 106 N 37.

²³⁶ Etwas weniger streng allenfalls die deutsche Rechtsprechung (zumindest vor der Revision von § 288 BGB), wonach der Nachweis ausreicht, zu welchem allgemein üblichen Zinssatz der geschuldete Betrag in Anbetracht der persönlichen Verhältnisse hätte angelegt werden können (BGH in WM 1974, S. 128 f., 129; BGH in BB 1992, S. 231 f., 232; vgl. Staudinger/Löwisch, § 288 N 35).

²³⁷ BGE 123 III 241 E. 3a S. 243; BK-Kummer, Art. 8 N 364; BSK ZGB I-Schmid, Art. 8 N 86 f..

²³⁸ Vgl. Staudinger/Löwisch, § 288 N 42.

chen Vermutung anzunehmen, dass sie nicht benötigte Beträge zinsbringend angelegt hätten. Nach neueren Lehrmeinungen gilt dies allgemein für Unternehmen und Kaufleute. Die Praxis hat diesen Schritt jedoch soweit ersichtlich noch nicht vollzogen. Privatpersonen können nach einer verbreiteten Lehrmeinung von der Vermutung der gewinnbringenden Anlage von Geld lediglich profitieren, wenn es sich um einen grösseren Geldbetrag (Fr. 5'000.- bis 10'000.-) handelt. Wenig geklärt ist, wie der Gläubiger die Höhe des entgangenen Zinsgewinns nachweisen kann. Ausreichend ist dabei m.E. jedenfalls bei gewerbsmässigen Kapitalanlegern, dass sie darlegen, wie sie üblicherweise nicht benötigte Beträge anlegen. Fliessen die Gelder in einen Topf und werden damit unterschiedliche Anlagen getätigt, scheint es richtig, die während des Zeitraums des Verzugs durchschnittlich erzielte Rendite als Schaden zu betrachten. Bei Privatgläubigern ist auf den Zinssatz für diejenige Geldanlage abzustellen, die er bisher zur Anlage von nicht benötigten Geldbeträgen verwendet hat. Hat der Gläubiger bisher noch nie Anlagen getätigt, ist nach einem „üblichen“ Zins zu fragen, der privaten Gläubigern bei Geldanlagen angeboten wird. Sofern ein solcher Gläubiger allerdings keinerlei konkreten Anhaltspunkte für eine bestimmte Anlage liefert, kann wohl nur eine Anlage auf einem Spar- oder Depositenkonto oder in Kassenobligationen vermutet werden.

4.5. Zwischenergebnisse

Die eingangs unter 4.2. aufgeworfenen Fragen lassen sich wie folgt beantworten:

- 1.) Ein Gläubiger kann m.E. nach richtiger Ansicht beim Zahlungsverzug die Inkassokosten kumulativ zum Verzugszins nach Art. 104 OR geltend machen. Ein konkreter Nachweis des Schadens in der Höhe der Verzugszinsen ist dabei nicht erforderlich. Nach herrschender Meinung können allerdings Inkassokosten als weiterer Schaden nach Art. 106 OR ohne Nachweis auch des Zinsschadens wohl nur geltend gemacht werden, soweit die (nachgewiesenen) Inkassokosten die Verzugszinsen übersteigen. Angesichts dieser Ausgangslage bleibt es bedeutsam, welche Anforderungen an den Nachweis eines Verzugschadens bei Geldforderungen gestellt werden (siehe hierzu die nachfolgenden Grundsätze).
- 2.) Bei Geldforderungen kann ein Verzugschaden zunächst dadurch entstehen, dass der Gläubiger zur Erhaltung seiner Liquidität einen Kredit aufnehmen muss oder einen bereits bestehenden Kredit nicht zurückzahlen kann. Der Gläubiger muss die tatsächliche Inanspruchnahme von Kredit und die Höhe der dafür aufgewendeten Zinsen grund-

sätzlich konkret nachweisen. Die Kausalität zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung ist jedenfalls dann zu vermuten, wenn der Gläubiger Kontokorrentkredit in Anspruch nimmt. Dies gilt sowohl für Kaufleute und Unternehmen, welche ständig mit Kredit arbeiten, als auch für Privatgläubiger. Fraglich ist, ob von einer solchen natürlichen Vermutung auch dann ausgegangen werden kann, wenn mit langfristigen, nicht jederzeit zurückzahlbaren Krediten gearbeitet wird. In Anlehnung an die herrschende Auffassung zum deutschen Recht ist dies zu bejahen. Die Rechtsprechung steht bisher aber wohl auf einem anderen Standpunkt.

- 3.) An Stelle des Schadens aufgrund der Beanspruchung von Krediten kann der Gläubiger auch denjenigen Schaden geltend machen, dem ihm dadurch entsteht, dass er das Geld nicht gewinnbringend anlegen kann. Nach wohl herrschender Auffassung in Lehre und Praxis ist zumindest bei gewerbsmässigen Kapitalanlegern (Banken, andere Finanzinstitute und Versicherungen) im Sinne einer natürlichen Vermutung anzunehmen, dass sie nicht benötigte Beträge zinsbringend angelegt hätten. Nach neueren Lehrmeinungen gilt dies allgemein für Unternehmen und Kaufleute. Die Praxis hat diesen Schritt jedoch soweit ersichtlich noch nicht vollzogen. Privatpersonen können nach einer verbreiteten Lehrmeinung von der Vermutung der gewinnbringenden Anlage von Geld lediglich profitieren, wenn es sich um einen grösseren Geldbetrag (Fr. 5'000.- bis 10'000.-) handelt. Wenig geklärt ist, wie der Gläubiger die Höhe des entgangenen Zinsgewinns nachweisen kann. Ausreichend ist es m.E., darzulegen, wie in der Vergangenheit nicht benötigte Beträge angelegt worden sind. Hat der Gläubiger bisher noch nie Anlagen getätigt, ist nach einem „üblichen“ Zins zu fragen, der Privatpersonen bei Geldanlagen angeboten wird. Ohne weitere Anhaltspunkte ist aber wohl eine andere Anlage als auf einem Sparkonto oder in Kassenobligationen wohl nicht zu vermuten.

4.6. Verschulden des Schuldners an der Zahlungsverweigerung

4.6.1. Allgemeines

Bei Forderungen aus Vertrag können die Inkassokosten, soweit sie nicht durch die Verzugszinsen abgedeckt sind, grundsätzlich nur dann auf den Schuldner abgewälzt werden, wenn der Schuldner den Verzug verschuldet hat²³⁹. Wie bei Art. 97 Abs. 1 OR liegt dabei allerdings die Beweislast betreffend diese Voraussetzung beim Schuldner²⁴⁰. Die Ersatzpflicht entfällt somit, wenn der Schuldner beweisen kann, dass ihn am Verzug keinerlei Verschulden trifft. Nach einem allgemein anerkannten Grundsatz gilt dabei, dass sich der Schuldner in der Regel nicht damit entschuldigen kann, er sei insolvent (hierzu 4.6.2.) Der Schuldner kann jedoch unter Umständen mit Erfolg einwenden, er habe die Zahlung nicht erbracht, weil er Bestand und/oder Höhe der Forderung in guten Treuen bestritten habe (hierzu 4.6.3).

Ob Analoges auch bei Forderungen aus ausservertraglicher Haftung gilt, muss hier offen bleiben. Allenfalls scheint die Ansicht vertretbar, dass jeder Schaden, der aus der verspäteten Zahlung des Grundschatens adäquat kausal entsteht, unabhängig vom Verschulden des Schädigers am Verzug zu ersetzen ist²⁴¹.

4.6.2. Insolvenz des Schuldners.

Nach zutreffender, allgemeiner Ansicht stellt Geldmangel grundsätzlich keinen Exkulpationsgrund dar²⁴². Der bekannte Kurzsatz hierzu lautet: „Geld muss man haben“²⁴³ oder wie von Büren treffend formulierte: *„Das Schuldrecht speziell, aber überhaupt das Privatrecht als Ganzes würde allen Boden verlieren, wenn nicht eisern der Satz bestünde, dass man Geld schlechtweg zu haben hat ...“*²⁴⁴ Cantieni weist nach, dass man diesen Grundsatz zunächst in den Gesetzestext aufnehmen wollte. Es wurde jedoch darauf verzichtet, weil Eugen Huber ihn für selbstverständlich hielt²⁴⁵.

²³⁹ Gauch/Schluep/Rey, N 3009; BK-Weber, Art. 106 N 44.

²⁴⁰ Gauch/Schluep/Rey, N 3009.

²⁴¹ Vgl. Stein, S. 648 f. u. 658 f.; Jäggi, S. 276; Gauch, S. 196.

²⁴² Schwenger, N 66.04; BK-Weber, Art. 103 N 43; Engel, S. 694; von Tuhr/Escher, S. 144 u. 147 FN 30; von Büren, S. 392; Cantieni, S. 127 ff.; BGE 60 II 337 E. 1 S. 339; vgl. Oser/Schönenberger, Art. 104 N 3.

²⁴³ Medicus, S. 492 f.

²⁴⁴ Von Büren, S. 392.

²⁴⁵ Cantieni, S. 128.

4.6.3. Bestreitung der Forderung

4.6.3.1. Bestreitung der Forderung als grundsätzlich möglicher Entschuldigungsgrund

Das Bestreiten der Forderung stellt für sich betrachtet noch keinen Entschuldigungsgrund für die Nichterfüllung einer Forderung dar. Vielmehr ist dies lediglich der Fall, wenn der Schuldner im konkreten Fall die Forderung, welche ja tatsächlich bestand, bestreiten durfte, ohne dass darin ein Verschulden zu erblicken ist. Jedenfalls verschuldet ist der Verzug, wenn der Schuldner die Forderung wider besseres Wissen bestreitet²⁴⁶. Eine Exkulpation kommt nur in Frage, wenn der Schuldner effektiv der Meinung war, dass die Forderung nicht oder nicht in der geltend gemachten Höhe bestanden hat. Das Bestreiten der Forderung beruht in diesem Falle auf einer unzutreffenden Einschätzung des Sachverhalts oder der Rechtslage, mithin auf einem Sachverhalts- oder Rechtsirrtum²⁴⁷. Ob der Schuldner haftbar wird, hängt nun davon ab, ob ihm insofern zumindest eine leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann²⁴⁸.

Anders als in der Schweiz hat diese Frage in der deutschen Literatur eine eingehende Erörterung erfahren, da fehlendes Verschulden nach § 286 Abs. 4 BGB nicht nur die Schadenersatzpflicht, sondern den Eintritt des Verzuges als solchen ausschliesst²⁴⁹. *Cantieni*, der sich in der schweizerischen Literatur soweit ersichtlich als einziger näher mit der Frage befasst hat, stützt sich bei seinen Ausführungen denn auch teilweise darauf ab. Es erscheint daher sachgerecht, bei dieser im Wesentlichen vergleichbaren Fragestellung an die in Deutschland entwickelten Grundsätze anzuknüpfen. Um dies sogleich vorwegzunehmen: Die falsche Beurteilung des Sachverhalts und auch – in engen Grenzen – diejenige der Rechtslage können grundsätzlich einen Entschuldigungsgrund darstellen.

4.6.3.2. Unzutreffende Beurteilung des Sachverhalts

In der deutschen Literatur und Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen einer Verpflichtung in gewissen Fällen nicht als schuldhaft zu qualifizieren ist²⁵⁰. Allerdings handelt es sich nach h.M. nur um Ausnahmefälle, da der Schuldner

²⁴⁶ Cantieni, S. 119.

²⁴⁷ Cantieni, S. 119.

²⁴⁸ BK-Weber, Art. 106 N 44; Cantieni, S. 119.

²⁴⁹ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 102; Staudinger/Löwisch, Art. 286 N 130.

²⁵⁰ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 113; Staudinger/Löwisch, Art. 286 N 146; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 8.

auch bei unübersichtlichen Sachverhalten im Prinzip das Risiko der unzutreffenden Beurteilung trage²⁵¹. Als Beispiel für fehlendes Verschulden wird etwa der Fall genannt, dass ein Versicherer aufgrund objektiver Verdachtsmomente gewichtige Zweifel am Vorliegen eines Versicherungsfalles hat²⁵². Die Leistung darf aber nur so lange verweigert werden, als nicht neue Erkenntnisse die Zweifel nicht mehr als berechtigt erscheinen lassen²⁵³. Nicht mehr berechtigt sind Zweifel spätestens dann, wenn aus dem erstinstanzlichen Urteil ersichtlich wird, dass die vorliegenden Tatsachen den eigenen Standpunkt nicht mehr stützen können, bzw. wohl sogar schon die Kenntnisaufnahme von den Ergebnissen der Beweisaufnahme²⁵⁴. Sofern es um Ansprüche aus unerlaubter Handlung geht, ist dem Schuldner sodann eine „*angemessene Frist zur Überprüfung der tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Ansprüche*“ einzuräumen²⁵⁵. Eine entsprechende Behandlung solcher Fälle im schweizerischen Recht erscheint sachgerecht.

4.6.3.3. Rechtsirrtum

Nach herrschender Auffassung in Deutschland kann das Verschulden auch entfallen, wenn sich der Schuldner in einem Rechtsirrtum befindet²⁵⁶. Allerdings werden hohe Anforderungen an das Vorliegen eines nicht verschuldeten Rechtsirrtums gestellt. Anzumerken ist, dass die in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nicht nur in Fällen zur Anwendung kommen, in welchen die Auslegung einer Rechtsvorschrift ungewiss ist, sondern zumindest sinngemäss auch dann, wenn es um die Auslegung von Vertragsbestimmungen oder die Frage geht, ob ein bestimmter Sachverhalt unter eine Rechtsvorschrift subsumiert werden kann²⁵⁷.

Unbestritten ist, dass der Schuldner sich nicht auf blosse Zweifel hinsichtlich der Rechtslage berufen kann und ihn immer ein Verschulden trifft, wenn er die Rechtslage nicht geprüft hat oder überhaupt nicht kennt²⁵⁸. Bei fehlender eigener Rechtskenntnis ist er daher gehalten, sich

²⁵¹ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 113.

²⁵² MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 113; Staudinger/Löwisch, § 286 N 146; Erman/Hager, § 286 N 60.

²⁵³ Staudinger/Löwisch, § 286 N 146.

²⁵⁴ Staudinger/Löwisch, § 286 N 146.

²⁵⁵ Staudinger/Löwisch, § 286 N 147.

²⁵⁶ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 108; Staudinger/Löwisch, § 286 N 153; Palandt/Heinrichs, § 276 N 22; Erman/Hager, § 286 N 62; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 9 ff.

²⁵⁷ Staudinger/Löwisch, § 286 N 164 f.; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 9.

²⁵⁸ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 109; Staudinger/Löwisch, § 286 N 154; Erman/Hager, § 286 N 63; Palandt/Heinrichs, § 276 N 22; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 12.

durch einen Rechtskundigen beraten zu lassen²⁵⁹. Ist die Auskunft falsch, haftet der Schuldner nach einem Teil der Lehre nur dann, wenn er den Berater unsorgfältig ausgewählt hat²⁶⁰ oder er sein eigenes Verhalten als sittenwidrig erkennen musste²⁶¹. Nach anderer Auffassung ist eine unrichtige Auskunft hingegen immer dann kein Entschuldigungsgrund, wenn sich der Schuldner das Verschulden seines Beraters nach § 278 BGB (welcher im Wesentlichen Art. 101 OR entspricht) anrechnen lassen muss²⁶².

Im Übrigen ist bei zweifelhafter Rechtslage entscheidend, wie sich der Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre präsentiert²⁶³. Demnach trifft den Schuldner grundsätzlich kein Verschulden, wenn er sich auf eine vorhandene höchstgerichtliche Rechtsprechung verlässt²⁶⁴. Existiert keine höchstgerichtliche Rechtsprechung, so handelt der Schuldner jedenfalls dann nicht schuldhaft, wenn er auf eine sich aus der Rechtsprechung unterer Instanzen und aus dem Schrifttum ergebende „*vollkommen gefestigte herrschende Meinung*“ abstellt²⁶⁵. Andere Autoren sprechen weniger absolut von (gefestigter) herrschender Meinung²⁶⁶.

Besteht keine höchstgerichtliche Rechtsprechung und keine (gefestigte) herrschende Meinung, gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach dem Verschulden schwieriger. In Lehre und Rechtsprechung werden hierbei auch unterschiedliche Anforderungen gestellt. Nach der mildereren Auffassung genügt es für die Exkulpation, wenn der Schuldner bei objektiv zweifelhafter Rechtslage nach sorgfältiger Prüfung einen vertretbaren Rechtsstandpunkt eingenommen hat²⁶⁷. Allerdings muss er diesen während des Rechtsstreits laufend überprüfen, insbe-

²⁵⁹ Palandt/Heinrichs, § 276 N 22; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 109; Staudinger/Löwisch, § 286 N 162; Erman/Hager, § 286 N 63; ebenso Cantieni, S. 120.

²⁶⁰ Vgl. die Nachweise bei Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 13 und Staudinger/Löwisch, § 286 N 163.

²⁶¹ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 110; Erman/Hager, § 286 N 63.

²⁶² Palandt/Heinrichs, § 276 N 22; Staudinger/Löwisch, § 286 N 163; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 13; OLG Karlsruhe in NJW 2005, S. 515 f., 516; so auch Cantieni, S. 120.

²⁶³ So auch Cantieni, S. 119 f.

²⁶⁴ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 111; Staudinger/Löwisch, § 286 N 155; Erman/Hager, § 286 N 64; Palandt/Heinrichs, § 276 N 22; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 12; so auch Cantieni, S. 119.

²⁶⁵ Staudinger/Löwisch, § 286 N 156.

²⁶⁶ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 111; Erman/Hager, § 286 N 64; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 12; so auch Cantieni, S. 120.

²⁶⁷ Staudinger/Löwisch, § 286 N 159 f.; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 12; vgl. Erman/Hager, § 286 N 63; ebenso Cantieni, S. 120.

sondere nach einer zu seinen Ungunsten lautenden Entscheidung der ersten Instanz²⁶⁸. Nach der strengeren Auffassung, welche in der Rechtsprechung des BGH zu überwiegen scheint, kann der Rechtsirrtum, sofern die Rechtsfrage in Rechtsprechung und Literatur umstritten ist, nur dann als unverschuldet betrachtet werden, wenn der Schuldner nach sorgfältiger Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht mit einer abweichenden Beurteilung durch die Gerichte zu rechnen brauchte²⁶⁹. Begründet wird diese Auffassung insbesondere damit, dass das Risiko einer zweifelhaften Rechtslage nicht dem Gläubiger zugeschoben werden dürfe²⁷⁰. Kein schuldhaftes Verweigern der Leistung ist auch nach dieser strengeren Auffassung etwa dann anzunehmen, wenn es sich um eine äusserst schwierige und kontrovers diskutierte Frage handelt, zu welcher sich noch keine einheitliche Rechtsprechung oder herrschende Meinung gebildet hat, und der Schuldner sich nach sorgfältiger Prüfung einer Auffassung anschliesst²⁷¹.

Zumindest ein Teil der Lehre erachtet die mildere Auffassung deshalb als die zutreffende, weil es bei objektiv unsicherer Rechtslage dem Schuldner nicht zugemutet werden könne, einfach nachzugeben²⁷². Im Grundsatz ist dem wohl beizupflichten. Voraussetzung muss jedoch immer sein, dass die sich stellenden Fragen sorgfältig abgeklärt worden sind und der Schuldner seinen Standpunkt fortlaufend auf seine Berechtigung hin überprüft.

4.6.4. Zwischenergebnisse

Nicht durch die Verzugszinsen abgedeckte Inkassokosten müssen nicht ersetzt werden, wenn der Schuldner nachweist, dass ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Mangel an Geldmitteln stellt dabei grundsätzlich nie einen Entschuldigungsgrund dar. Hingegen kann sich der Schuldner nach herrschender Auffassung zum deutschen Recht, welche auch für das schweizerische Recht zu übernehmen ist, exkulpieren, wenn er die Forderung bestritten hat und ihm dies nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, weil er sich, ohne fahrlässig zu handeln, in einem Sachverhalts- oder Rechtsirrtum befunden hat. Eine solche Entschuldigung ist allerdings

²⁶⁸ Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 14.

²⁶⁹ Palandt/Heinrichs, § 276 N 22; OLG Hamm in NJOZ 2006, S. 1301 ff., 1302 f., MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 112; Staudinger/Löwisch, § 286 N 157; BaRo/Grüneberg, § 286 N 57; Erman/Hager, § 286 N 64; OLG Köln in NJW-RR 1998, S. 1017 ff., 1018 f.; BGH in NJW 1998, S. 2144 ff., 2144 f.; BGH in NJW-RR 1990, S. 160 f., 161.

²⁷⁰ Erman/Hager, § 286 N 64; BGH in NJW-RR 1990, S. 160 f., 161.

²⁷¹ MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 112; BGH in NJW-RR 1990, S. 160 f., 161.

²⁷² Staudinger/Löwisch, § 286 N 160 m.w.H.; Soergel/Wiedemann, § 285 a.F. N 14; so auch Cantieni, S. 120.

nur in engen Grenzen möglich.

4.7. „Gebotenheit“ als Voraussetzung für den Ersatz der Inkassokosten

4.7.1. Grundsatz

4.7.1.1. Einleitung

Steht die Ersatzpflicht der Inkassokosten im Grundsatz fest und kann sich der Schuldner für die Nichtleistung von vertraglichen Ansprüchen nicht entschuldigen, stellt sich als Nächstes die Frage, ob die Haftung nicht gestützt auf Art. 43/44 OR vollständig entfällt oder wenigstens herabgesetzt werden muss. Diese Frage stellt sich dabei in gleichem Masse für vertragliche und ausservertragliche Ansprüche²⁷³.

Das Hauptargument aus Art. 43/44 OR für die hier interessierende Frage ist dasjenige der Schadenminderungspflicht des Geschädigten. Die Pflicht, den Schaden klein zu halten, bedeutet insbesondere, dass die Einschaltung eines Inkassobüros vom Schuldner lediglich entschädigt werden muss, wenn und soweit diese Massnahme im konkreten Fall „geboten“ war²⁷⁴.

Was dies genau bedeutet, ist wenig geklärt. Nachfolgend soll zunächst der Meinungsstand in Lehre und Praxis zur Frage des Beizugs eines Inkassobüros bzw. eines aussergerichtlichen Rechtsvertreters sowie zu vergleichbaren Fragestellungen dargestellt werden. Hierauf werden diese in einer Synthese zusammengefasst.

Vorerst ist hier jedoch noch Folgendes anzumerken: In diesem Gutachten wird davon ausgegangen, dass das Erfordernis der Gebotenheit der Einschaltung eines Inkassobüros Ausfluss der Schadenminderungspflicht und diese Art. 44 OR, welcher die Schadenersatzbemessung regelt, zuzuordnen ist²⁷⁵. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass in der Literatur im Hinblick auf die Tragung von Anwaltskosten unterschiedliche Auffassungen dazu bestehen, welche Funktion dem Erfordernis der Gebotenheit zukommt. Dies hängt m.E. damit zusam-

²⁷³ Art. 99 Abs. 3 OR; BSK OR I-Wiegand, Art. 99 N 18 f.; BK-Weber, Art. 99 N 152.

²⁷⁴ Vgl. St. Weber, Ungereimtheiten, S. 4 f. u. 11 f.

²⁷⁵ In diesem Sinne St. Weber, Ungereimtheiten, S. 4 f. u. 11 f.

men²⁷⁶, dass umstritten ist, ob die als haftungsrechtlicher Grundsatz anerkannte Schadenminderungspflicht²⁷⁷ Art. 44 OR zuzuordnen und entsprechend im Rahmen der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen ist²⁷⁸ oder ob ihr (als Element der haftungsausfüllenden Kausalität)²⁷⁹ grundsätzlich schon bei der Schadensberechnung Rechnung getragen werden muss²⁸⁰. Im letzteren Sinne hat sich kürzlich auch das Bundesgericht im Entscheid 4C.263/2006 vom 17. Januar 2007 geäußert. Hier heisst es unter anderem: „Erfüllt er diese Obliegenheit zur Schadensminderung nicht und entsteht ihm deshalb ein Schaden, so ist anzunehmen, diesbezüglich sei die adäquate Kausalität zur Körperverletzung nicht gegeben oder sie sei durch grobes Selbstverschulden unterbrochen worden.“²⁸¹ Gauch behandelt die Frage der Notwendigkeit des Beizugs eines Anwalts im Zusammenhang mit dem Kriterium der Unfreiwilligkeit der Vermögensverminderung. Ist der Beizug nicht notwendig, ist die Vermögensverminderung nicht unfreiwillig und liegt daher kein Schaden im Rechtssinne vor²⁸². Nach Jäggi und Brehm fehlt es bei nicht vorhandener Notwendigkeit des Beizugs eines Anwalts am erforderlichen adäquaten Kausalzusammenhang mit dem Schadensereignis²⁸³. Stephan Weber ist sodann der auch hier vertretenen Auffassung, dass das Kriterium der Notwendigkeit Ausfluss der Art. 44 Abs. 1 OR zugeordneten Schadenminderungspflicht und entsprechend bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen ist²⁸⁴. Begründet wird letztere Auffassung damit,

²⁷⁶ Vgl. dazu den Hinweis bei Schaer, N 200.

²⁷⁷ Vgl. Luterbacher, N 173 m.w.H.

²⁷⁸ BK-Brehm, Art. 44 N 48 u. 60a; Schwenzer, N 16.14; BSK OR I-Schnyder, Art. 44 N 13; Lüchinger, N 1027; St. Weber, Ungereimtheiten, S. 4 f. u. 11 f.; Häfliger, S. 10 f.; Deschenaux/Tercier, § 8 N 57 u. § 28 N 22 ff.; differenzierend St. Weber, HAVE 2004, S. 308; derselbe, Schadenminderungspflicht, S. 141 ff.

²⁷⁹ Vgl. Luterbacher, N 251.

²⁸⁰ Luterbacher, insb. N 234 ff.; Roberto, Haftpflichtrecht, N 802; Roberto, Schadensrecht, S. 292; Schaer, N 333 ff. Nach Oftinger/Stark, § 6 N 43 ff., und Rumo-Jungo, N 857, ist die Schadenminderungspflicht insbesondere dann, wenn es um Massnahmen geht, welche unnötige Kosten verursachen, bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen,

²⁸¹ E. 3.2.

²⁸² Gauch, S. 191 f. mit Verweis auf BGE 117 II 101 E. 5 S. 107. Nach Oftinger/Stark, Bd. I, § 2 N 8, liegt ein Schaden im Rechtssinne hingegen sowohl bei freiwilliger als auch bei unfreiwilliger Vermögensverminderung vor. Die Haftung entfällt bei auf den Willen des Geschädigten zurückzuführender Vermögensverminderung aber wegen fehlenden Kausalzusammenhangs, Selbstverschuldens oder Einwilligung des Verletzten.

²⁸³ Jäggi, S. 268 f.; BK-Brehm, Art. 41 N 87.

²⁸⁴ St. Weber, Schadenminderungspflicht, S. 158 ff., insb. 165 f.; derselbe, Ungereimtheiten, S. 5 u. 11 f.; vgl. auch Schenker, N 294.

dass sich der Schadensbegriff abgesehen von künftigen Schäden am faktischen Vermögensabfluss orientiere (vorliegend den tatsächlich angefallenen Anwaltskosten) und im Rahmen der Adäquanzbeurteilung beinahe sämtliche Tatbeiträge des Geschädigten ignoriert würden²⁸⁵.

Eine Überprüfung dieser Ansichten soll hier nicht erfolgen. Jedenfalls im Hinblick auf die hier interessierende Frage der Zulässigkeit der Überwälzung der Inkassokosten kommt ihr auch keine entscheidende Bedeutung zu²⁸⁶. Sie kann jedoch immerhin für die Verteilung der Beweislast relevant sein (hierzu 4.9.).

4.7.1.2. Meinungsstand in Lehre und Praxis zur Frage des Beizugs eines Inkassobüros bzw. eines aussergerichtlichen Rechtsvertreters

In Lehre und Praxis werden zur Frage des Beizugs eines Inkassobüros bzw. eines aussergerichtlichen Rechtsvertreters folgende Kriterien genannt:

Vom Bundesgericht wurde für die aussergerichtliche anwaltliche Vertretung die „klassische Trilogie“ geprägt, dass die Vertretungskosten vom Schuldner zu ersetzen seien, wenn die Vertretung **gerechtfertigt, notwendig und angemessen** gewesen sei (BGE 117 II 101 E. 6b S. 107). In einem Entscheid des Zürcher Obergerichtes vom 22. März 1963 werden demgegenüber die Voraussetzungen etwas abgeschwächer formuliert: Voraussetzung für die Ersatzpflicht sei, „*dass die Zuziehung des Anwaltes und dessen Bemühungen **notwendig oder doch nützlich und angemessen waren**, sich auf den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bezogen oder doch der Durchsetzung der damit geltend gemachten Ansprüche dienten und dass die erhobenen Ansprüche, entsprechend dem Ausgange des Prozesses, begründet waren ...*“²⁸⁷

Beachtenswert ist, dass das Obergericht es auch schon als genügend erachtet, wenn die Aufwendungen **nützlich** und für die Geltendmachung des Anspruchs **dienlich** waren. Im selben Sinne meint *Cantieni*, die Vertretungskosten seien zu ersetzen, wenn die Vertretung für die Durchsetzung der Forderung „**nötig oder zumindest nützlich und angemessen**“ war²⁸⁸. Das Handelsgericht Aargau hat in einem Entscheid vom 27.9.1993 die leicht abweichende Auffassung vertreten, die Kosten für den Beizug eines Anwalts seien erstattungsfähig, wenn sie in

²⁸⁵ St. Weber, Schadenminderungspflicht, S. 158; derselbe, Ungereimtheiten, S. 11 f.

²⁸⁶ Vgl. zur Relevanz der dogmatischen Einordnung der Schadenminderungspflicht Roberto, Haftpflichtrecht, N 800; derselbe, Schadensrecht, S. 291 f.; Luterbacher, N 271 ff.

²⁸⁷ ZR 63 (1964) Nr. 100, S. 223 ff., 229 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁸⁸ *Cantieni*, S. 99 (Hervorhebung durch den Verfasser).

der konkreten Situation „*als **notwendig oder zumindest nicht unüblich** erscheinen*“²⁸⁹. Das heisst, es wird darauf abgestellt, ob es allgemein **üblich** ist, einen Vertreter beizuziehen, oder ob es umgekehrt dem Gläubiger zumutbar ist, die Forderung selbst einzutreiben. In casu kommt das Obergericht in Anwendung dieser Kriterien zum Schluss, dass es einer (in- oder ausländischen) juristischen Person zumutbar sei, das Forderungsinkasso ohne Einbezug eines Anwalts zu besorgen. Entsprechend sei der Schuldner für diese Kosten nicht ersatzpflichtig. *Gauch* scheint demgegenüber verglichen mit all den bisher zitierten Ansichten etwas strenger zu sein. Nach ihm sind die Kosten zu ersetzen, „*soweit die Beauftragung des beigezogenen Anwaltes (nach Grundsatz und Umfang) **notwendig und demzufolge eine ‚gebotene Massnahme‘** war, um den Schadenersatzanspruch des Geschädigten zweckmässig zu verfolgen*“²⁹⁰. Nach *Rolf Weber* und *Schenker* schliesslich sind die Kosten für ein Inkassobüro zu ersetzen, wenn dessen Beizug **Erfolg versprechend** erscheint²⁹¹.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nach herrschender Meinung eine Ersatzpflicht auf jeden Fall dann besteht, wenn der Beizug eines Inkassobüros **notwendig** war. Vereinzelt wird es jedoch schon als genügend erachtet, dass der Beizug für die Durchsetzung der Forderung **nützlich** und **dienlich** war. *Gauch* hält dies allerdings für eine „Überdehnung“ der Ersatzpflicht²⁹². Im Weiteren werden als Voraussetzungen auch genannt, dass der Beizug eines Inkassobüros **Erfolg versprechend** oder **üblich** ist.

4.7.1.3. Eigene Meinung

Der herrschenden Meinung ist im Wesentlichen zuzustimmen. Meines Erachtens können die Kosten eines Inkassobüros auf den Schuldner abgewälzt werden, wenn der Beizug nach der Verkehrsauffassung und den konkreten Umständen als angemessene Reaktion des Gläubigers auf die Zahlungsverweigerung des Schuldners zu betrachten ist. Massgebend ist dabei, wie der Gläubiger die Situation ex ante, vor Einleitung der Rechtsschritte, nach Treu und Glauben einschätzen durfte und musste. Sind die genannten Voraussetzungen aus diesem Blickwinkel zu bejahen, sind die Kosten zu ersetzen, auch wenn sich die Inkassobemühungen im Nachhinein als unnötig erweisen oder unverhältnismässig erscheinen. Die Angemessenheit der Ein-

²⁸⁹ Handelsgericht Aargau in AGVE 1993, Nr. 6, S. 30 f., 31 (= SJZ 1996, S. 11 f., 12) [Hervorhebung durch den Verfasser].

²⁹⁰ *Gauch*, S. 191 (Hervorhebung durch den Verfasser).

²⁹¹ BK-Weber, Art. 103 N 23; *Schenker*, N 294.

²⁹² *Gauch*, S. 192.

schaltung eines Inkassobüros setzt voraus, dass es sich hierbei um eine geeignete und nützliche Massnahme zur Erwirkung der Zahlung handelt. Voraussetzung ist im Weiteren, dass die Massnahmen nicht nur generell, sondern gerade auch im konkreten Fall als zweckdienlich und Erfolg versprechend erscheinen. In diesem Sinne führt *Löwisch* zum deutschen Recht in *Staudingers Kommentar* treffend aus: „Die Erforderlichkeit kann nicht schon im Hinblick auf die Erfolgsquote der Inkassounternehmen verneint werden ... Es kann nicht auf die Durchschnittsquote des Erfolgs ankommen, sondern nur darauf, ob im konkreten Fall mit einem Erfolg gerechnet werden durfte oder nicht ...“²⁹³

Diese Betrachtungsweise deckt sich wie gesagt weitgehend mit der herrschenden Meinung in der Schweiz. Zu relativieren bzw. zu präzisieren ist allein das Kriterium der Notwendigkeit. Eine Notwendigkeit in dem Sinne, dass der Schuldner ohne Beauftragung eines Inkassobüros absolut ausserstande sein muss, die Forderung selbst einzutreiben, ist nicht erforderlich. Vielmehr genügt es, wenn es dem Schuldner nach der Verkehrsauffassung oder, anders formuliert, nach Treu und Glauben nicht zumutbar ist, solche Bemühungen auf eigene oder niedrigere Kosten selbst vorzunehmen.

Nachfolgend ist zunächst darzulegen, dass und warum es im Allgemeinen als angemessen erscheint, ein Inkassobüro einzuschalten (hierzu 4.7.2.). Hierauf sind Fallsituationen zu besprechen, bei denen die Angemessenheit zu verneinen oder fraglich ist (4.7.3.)

4.7.2. Angemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros im Allgemeinen

Mit der herrschenden Meinung in der Schweiz²⁹⁴ und bei vergleichbarer Rechtslage in Deutschland²⁹⁵ ist anzunehmen, dass die Einschaltung eines Inkassobüros grundsätzlich als eine angemessene Handlung zur Eintreibung einer Forderung erscheint. Als Argumente sind anzuführen:

4.7.2.1. Durch Daten belegte Effizienz der Inkassobüros

Die vom Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute (vsi) erhobenen Daten lassen

²⁹³ Staudinger/Löwisch, § 286 N 221.

²⁹⁴ BK-Weber, Art. 103 N 23; Koller, Bd. II, § 55 N 60; CR CO I-Thévenoz, Art. 103 N 5 lit. g; Schenker, N 294; Cantieni, S. 101; Merz, S. 65; Wegmann, S. 278 f.

²⁹⁵ Palandt/Heinrichs, § 286 N 49; Staudinger/Löwisch, § 286 N 216; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 157; PWW/Schmidt-Kessel, § 280 N 25; BaRo/Grüneberg, § 286 N 74; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; Löwisch, S. 1725.

vermuten, dass die Inkassotätigkeit eine erfolgreiche Form der Geltendmachung einer Forderung ist. Für die Jahre 2004 und 2005 hat der vsi folgende Daten erhoben (2004/2005): Inkasso-Aufträge 695'780/848'372; Forderungsvolumen Fr. 580 Mio./Fr. 652.6 Mio.; Erfolgsquote 71.7 %/60.2 %; Anzahl der „vorrechtlich“ erledigten Inkassofälle 357'677/366'842; „vorrechtlich“ einkassierte Forderungssumme Fr. 191 Mio./Fr. 167.5 Mio.

4.7.2.2. *Kosten-Nutzen Effizienz*

Die Angemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros hängt nicht nur von der Effizienz an sich ab. Vielmehr ist (selbstverständlich) auch erforderlich, dass der Nutzen in einem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten steht. Ob dies bei den in der Schweiz üblichen Inkassokosten der Fall ist, kann hier nicht untersucht werden. Hierzu wäre eine umfassende Analyse des Inkassowesens und ein Vergleich mit Alternativen des Gläubigers, wie insbesondere der Beauftragung eines Anwalts oder Anwältin, notwendig.

4.7.2.3. *Gründe für die Effizienz von Inkassobüros*

Die Effizienz der Inkassobüros beruht auf ihrer Spezialisierung auf diese besondere Form der Geltendmachung von Ansprüchen. Wie bereits eingangs ausgeführt wurde²⁹⁶, haben die Inkassobüros das Wissen und die Erfahrung, wie Schuldner zur Erfüllung ihrer Zahlungspflichten veranlasst werden können. Die Angestellten eines Inkassobüros verfügen in diesem Bereich auch über rechtliche Kenntnisse, die über das Allgemeinwissen in diesen Fragen ohne Zweifel weit hinausgehen. Wichtig ist auch, dass Inkassobüros regelmässig über eigene grössere Schuldnerdateien verfügen oder auf Schuldnerdateien von verbundenen Inkassounternehmen Zugriff haben. Damit sind sie nicht nur in der Lage, gegen einen bereits bekannten Schuldner effizienter und adäquater vorzugehen. Vielmehr schaffen diese Dateien auch einen Anreiz für den Schuldner, durch möglichst zügige Zahlungen nachteilige Eintragungen zu verhindern. In der Schweiz wird die Effizienz von Inkassobüros noch wesentlich dadurch verstärkt, dass sie grundsätzlich auch selbst in der Lage und berechtigt sind, den Gläubiger im Betreibungsverfahren zu vertreten (vgl. Art. 27 Abs. 1 SchKG).

4.7.2.4. *Angemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros für Privatpersonen*

Die gerade genannten Gründe führen dazu, dass auf jeden Fall Privatpersonen als berechtigt zu betrachten sind, ein Inkassobüro unter Kostenpflicht zulasten des Schuldners einzuschal-

²⁹⁶ Vorstehend S. 3.

ten. Sie verfügen regelmässig nicht über ausreichende rechtliche Kenntnisse und die notwendige Erfahrung im Umgang mit dem Schuldner. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, ist es ihnen nach der Verkehrsauffassung grundsätzlich nicht zuzumuten, die zeitraubende und nervenaufreibende Tätigkeit des Forderungsinkassos selbst zu übernehmen. Wie später darzulegen sein wird, haben Privatpersonen vielmehr ihre Obliegenheiten in der Regel erfüllt, wenn sie den Schuldner in Verzug gesetzt und zweimal erfolglos gemahnt haben (hierzu 4.7.3.1.).

4.7.2.5. Angemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros für Unternehmen

Nicht völlig geklärt ist, ob ein Unternehmen dem Schuldner die Kosten für die Einschaltung eines Inkassobüros weiterverrechnen kann. Vereinzelt wird in der Praxis verlangt, dass ein Unternehmen seine Inkassobemühungen selbst besorgt. So hat etwa das Handelsgericht Aargau im bereits erwähnten Entscheid vom 27.9.1993 die Ansicht vertreten, juristischen Personen sei es selbst bei einem Sitz im Ausland zumutbar, das Inkasso einer Forderung ohne Beizug eines Anwalts zu besorgen. Wörtlich führte es aus: „*Es ist davon auszugehen, dass eine Partei, zumal eine juristische Person, das Debitorenwesen selber erledigen kann.*“²⁹⁷ Auch in Deutschland wird als Minderheitsmeinung verschiedentlich die Ansicht vertreten, dass ein Unternehmen dem Schuldner die Kosten eines Inkassobüros nicht in Rechnung stellen könne²⁹⁸.

Meines Erachtens kann dieser Ansicht zunächst betreffend die KMU nicht gefolgt werden. Falls ein kleineres oder mittleres Unternehmen das Inkasso selbst zu besorgen hätte, müsste es eine oder mehrere Personen haupt- oder nebenamtlich mit dieser Aufgabe betrauen. Da es sich um eine für das Unternehmen wichtige, spezialisierte und anspruchsvolle Arbeit handelt, müsste mit relativ hohen Personalkosten gerechnet werden. Selbst damit könnte jedoch die Effizienz eines Inkassobüros kaum erreicht werden. Diese gründet ja gerade darauf, dass das Inkassobüro Erfahrung, Wissen und Informationen aus einer sehr grossen Anzahl von Fällen gewinnt.

Bei einem grossen Unternehmen mit zahlreichen Schuldnern (Kaufhaus, Möbelgeschäft, Kreditkartenunternehmen etc.) kann demgegenüber – wie einzelne Beispiele in der Praxis zeigen – die Einrichtung einer eigenen Inkassoabteilung eine Option sein. Die mangelnde Effizienz

²⁹⁷ Handelsgericht Aargau in AGVE 1993, Nr. 6, S. 30 f., 31 (= SJZ 1996, S. 11 f., 12); kritisch hierzu Cantieni, S. 100 f.

²⁹⁸ LG Berlin in WM 1990, S. 61 ff., 62 (eine Bank betreffend); AG Bad Homburg in MDR 1983, S. 840.

gegenüber einem grossen Inkassounternehmen wegen der kleineren Anzahl von Schuldnern kann (möglicherweise) dadurch wettgemacht werden, dass die Inkassoabteilung besonders auf die Eigenart des Kundensegmentes des Unternehmens eingehen kann. Trotzdem ist es auch bei grossen Unternehmen nicht angebracht, die „In-house“-Lösungen gegenüber einem „Outsourcing“ in dem Sinne zu fördern, dass die Weiterverrechnung der Kosten für ein Inkassounternehmen als unzulässig bezeichnet wird. Dem Schuldner wäre damit letztlich wohl kaum gedient. Meines Erachtens könnte ein Unternehmen seine eigenen Inkassobemühungen (wohl) in gleichem Masse in Rechnung stellen, wie dies auch bei Einschaltung eines Inkassobüros möglich wäre²⁹⁹. Zudem muss die Entscheidung, welche Form die passendste und günstigste Lösung für das Forderungsinkasso ist, dem Unternehmen überlassen werden. Von einem Unternehmen kann nach der Verkehrsanschauung nicht erwartet werden, dass es eine unternehmerische Aufgabe wie das Inkasso auf eine ganz bestimmte Art löst. Vielmehr ist es – falls es die Kosten hierfür dem Schuldner belasten will – lediglich gehalten, eine Lösung zu wählen, welche für sich betrachtet vertretbar erscheint.

4.7.3. Unangemessenheit der Einschaltung eines Inkassobüros in besonderen Fällen

4.7.3.1. *Einschaltung eines Inkassobüros vor oder ohne Vornahme zumutbarer Eigenbemühungen durch den Gläubiger*

Die Einschaltung eines Inkassobüros erscheint erst und lediglich dann als angemessen und geboten, wenn die dem Gläubiger zumutbaren Eigenbemühungen erfolglos geblieben sind. Hierzu gehört zunächst (selbstverständlich) die verzugsbegründende erste Mahnung. Anschliessend sind weitere Mahnungen erforderlich. Bei grösseren Betrieben, die sich direkt an Konsumentinnen und Konsumenten richten, sind – folgend einer Ansicht in der deutschen Lehre³⁰⁰ – nach der Verkehrsauffassung mindestens zwei weitere Mahnungen als üblich und angemessen zu betrachten³⁰¹. In der letzten eigenen Mahnung des Gläubigers sollte dabei konkret auf die Beauftragung eines Inkassobüros oder allgemein auf die Ergreifung von recht-

²⁹⁹ Eine abschliessende Beantwortung dieser Frage kann hier jedoch nicht erfolgen. Vgl. hierzu etwa den in FN 297 angeführten Entscheid des Handelsgerichts Aargau. In diesem Fall wurde dem Gläubiger für eigene Abklärungen betreffend den Bestand der Forderung im Hinblick auf ein Forderungsinkasso ein geschätzter Betrag von Fr. 400.- zugesprochen.

³⁰⁰ Vgl. Löwisch, S. 1726; Staudinger/Löwisch, § 286 N 217.

³⁰¹ Dahingehend auch Cantieni, S. 98.

lichen Schritten hingewiesen werden, soweit dies nicht in einem Fall nach den konkreten Umständen als kontraproduktiv erscheint³⁰². Erst wenn diese Eigenbemühungen nicht zum Ziel geführt haben, steht fest, dass ein „Inkassofall“ vorliegt.

Für die Frage der Verrechenbarkeit der Kosten eines Inkassobüros an den Schuldner bedeutet dies Folgendes: Sind die genannten Eigenbemühungen erfolglos geblieben, kann der Gläubiger anschliessend ein Inkassobüro beauftragen und die Kosten hierfür gegenüber dem Schuldner geltend machen. Erfolgt die Beauftragung schon früher und zahlt der Schuldner innert angesetzter Frist nach den Bemühungen, die eigentlich vom Gläubiger selbst hätten unternommen werden müssen, können die Kosten dem Schuldner nicht überbunden werden. Eine Kostenverrechnung kommt lediglich für weitere Bemühungen in Frage, falls diese ersten Mahnungen erfolglos geblieben sind.

4.7.3.2. *Einschaltung eines Inkassobüros bei bestrittenen Forderungen*

Wie vorhin dargelegt wurde, wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass den Schuldner kein Verschulden am Verzug trifft, wenn er berechtigterweise den Bestand der Forderung bestreitet (4.6.3.). Damit fehlt es auch an der Voraussetzung, allfällige Inkassokosten als weiteren Verzugsschaden nach Art. 106 OR geltend zu machen.

Darüber hinaus kann es bei bestrittenen Forderungen gestützt auf die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht des Gläubigers unangebracht sein, ein Inkassobüro zur aussergerichtlichen und ausseramtlichen Eintreibung einer Forderung einzuschalten. Dies ist der Fall, wenn der Gläubiger erkennt oder nach Treu und Glauben erkennen muss, dass der Schuldner den Bestand der Forderung ernsthaft bestreitet und vom Gläubiger die gerichtliche Klärung der Forderung erwartet. Die Beauftragung eines Inkassobüros kann zwar auch in einem solchen Falle Sinn machen. Dieses hat jedoch seine Bemühungen auf die Einleitung der Betreuung mit allfälligem Rechtsöffnungsverfahren zu beschränken. Hierfür gilt dann auch die Kostenregelung des SchKG (hierzu 5.).

Hervorzuheben ist, dass jedoch solche Fälle, in denen der Schuldner die Forderung in diesem Sinne klar bestreitet, in der Praxis selten sein werden. Sobald der Gläubiger nach Treu und Glauben annehmen darf, dass Inkassobemühungen im engeren und eigentlichen Sinne (hierzu 2.) Erfolg haben können, darf er auch ein Inkassobüro unter Kostenfolge zulasten des Schuld-

³⁰² Vgl. Löwisch, S. 1726; Staudinger/Löwisch, § 286 N 217.

ners einschalten.

4.7.3.3. *Einschaltung eines Inkassobüros, falls der Schuldner offensichtlich nicht in der Lage ist, die Forderung zu bezahlen*

Nach der h.M. zum deutschen Recht ist die Einschaltung eines Inkassobüros auch dann unangemessen, wenn der Schuldner offensichtlich nicht in der Lage ist, die Forderung zu begleichen³⁰³. Meines Erachtens ist dieser Ansicht auch für das schweizerische Recht zuzustimmen. Aufgrund der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht darf der Gläubiger den durch den Schuldnerverzug entstandenen Schaden nicht dadurch vergrößern, dass er offensichtlich nutzlose Aufwendungen macht. Dabei sind allerdings zwei Einschränkungen bzw. Präzisierungen anzubringen:

Einmal ist wie schon bei bestrittenen Forderungen hervorzuheben, dass die Fälle, in denen schon im Voraus mit Sicherheit feststeht, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die Forderung ganz oder teilweise zu begleichen, selten sein werden. Sobald eine berechnete, wenn auch nur kleine Hoffnung besteht, dass der Schuldner in absehbarer Zeit einen Teil seiner Forderung selbst oder mit Hilfe einer Drittperson bezahlen kann, darf der Gläubiger ein Inkassounternehmen mit Kostenfolge zulasten des Schuldners einschalten.

Zum anderen kann selbst in hoffnungslosen Fällen die Einschaltung eines Inkassobüros angebracht sein, um das Betreibungsverfahren zur Klärung der Forderung und Erhältlichmachung eines Verlustscheins durchzuführen. Hierfür kommt dann allerdings wiederum die Kostenregelung des SchKG zur Anwendung (hierzu 5.).

4.7.3.4. *Einschaltung eines Inkassobüros oder Beauftragung eines Anwalts*

Anders als in Deutschland³⁰⁴ wirft das Verhältnis der Einschaltung eines Inkassobüros zur Beauftragung eines Anwalts keine besonderen Probleme auf. Der Gläubiger kann wählen, ob er nach erfolglosen eigenen Bemühungen einen Anwalt oder eine Anwältin beauftragen oder

³⁰³ Vgl. Palandt/Heinrichs, § 286 N 49; Erman/Westermann, § 280 N 37; OLG Düsseldorf in BeckRS 2006, 11307; Inkasso-Handbuch/Seitz, N 816 ff.; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; OLG München in MDR 1988, S. 407; vgl. LG Berlin in NJW-RR 1987, S. 802.

³⁰⁴ Vgl. dazu Palandt/Heinrichs, § 286 N 49; Staudinger/Löwisch, § 286 N 223 f.; MünchKommBGB/Ernst, § 286 N 157; BaRo/Grüneberg, § 286 N 74; Erman/Westermann, § 280 N 37; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27. Das Problem ist allerdings durch das Inkrafttreten des RVG im Jahre 2004 teilweise relativiert worden (vgl. OLG Düsseldorf in BeckRS 2006, 11307).

zunächst ein Inkassobüro einschalten will. Beide Lösungen haben Vor- und Nachteile und je nach Konstellation ist die eine der anderen vorzuziehen.

Unter dem Titel der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht kann höchstens ausnahmsweise allein die Wahl einer anwaltlichen Vertretung als angemessen erscheinen, nämlich dann, wenn im Voraus klar ist, dass über die Forderung prozessiert werden muss. In einem solchen Fall könnte der Schuldner gegenüber einem Begehren um Ersatz der Inkassokosten zu Recht einwenden, mit der vorgängigen Einschaltung eines Inkassobüros habe der Gläubiger die haftpflichtrechtliche Schadenminderungspflicht verletzt.

4.7.4. Zwischenergebnisse

- 1.) Die Kosten eines Inkassobüros stellen einen Verzugsschaden nach Art. 106 OR dar und können auf den Schuldner abgewälzt werden, wenn der Beizug nach der Verkehrsauffassung und den konkreten Umständen als angemessene Reaktion des Gläubigers auf die Zahlungsverweigerung des Schuldners zu betrachten ist. Massgebend ist dabei, wie der Gläubiger die Situation ex ante, vor Einleitung der Rechtsschritte, nach Treu und Glauben einschätzen durfte und musste.
- 2.) Nach zutreffender, herrschender Ansicht in der Schweiz und in Deutschland ist der Gläubiger grundsätzlich als befugt zu betrachten, auf Kosten des Schuldners ein Inkassobüro einzuschalten. Durch Erfahrung, Wissen und Information, über die ein Gläubiger in der Regel nicht verfügt, können die Inkassobüros eine effiziente Geltendmachung der Forderung garantieren.
- 3.) Unter besonderen Umständen kann aber die Beauftragung eines Inkassobüros als unangebracht erscheinen und damit eine Überbindung der entsprechenden Kosten auf den Schuldner ausschliessen. Es sind dies insbesondere: Die Einschaltung eines Inkassobüros vor Vornahme der zumutbaren Eigenbemühungen des Gläubigers, wozu grundsätzlich drei Mahnungen gehören; Inkassobemühungen, obwohl der Schuldner klar zu erkennen gibt, dass er die Forderung erst nach gerichtlicher Klärung bezahlen will; Beauftragung eines Inkassobüros, obwohl der Schuldner offensichtlich nicht in der Lage ist, die Forderung zu begleichen.

4.8. Umfang der vom Schuldner zu ersetzenden Inkassokosten

4.8.1. Grundsatz

Sind die Voraussetzungen für die Ersatzpflicht der Inkassokosten durch den Schuldner gegeben, ist schliesslich noch zu beantworten, in welchem Umfang dies möglich ist und wie die Kosten in einem allfälligen gerichtlichen Verfahren zu substantiieren und zu beweisen sind.

Meines Erachtens ist klar, dass der Gläubiger dem Schuldner grundsätzlich diejenigen Inkassokosten verrechnen kann, welche ihm vom Inkassobüro selbst in Rechnung gestellt werden. Der hier zur Diskussion stehende Schaden des Gläubigers infolge Schuldnerverzugs besteht unmittelbar darin, dass er selbst verpflichtet ist, die vereinbarten Inkassogebühren zu bezahlen³⁰⁵. Für die Inkassokosten kommen (selbstverständlich) analoge Grundsätze zur Anwendung, wie sie im Haftpflichtrecht etwa für Arzt- und Anwaltskosten gelten. Für diese ist klar, dass es für die Berechnung des Schadens in erster Linie auf die vom Gläubiger zu zahlenden Kosten ankommt³⁰⁶. Das heisst: Ist der Gläubiger berechtigt, für die Geltendmachung einer Forderung ein Inkassobüro einzuschalten und die Kosten hierfür dem Schuldner zu verrechnen, muss er auch die Möglichkeit haben, die ihm selbst erwachsenen Kosten direkt in Rechnung zu stellen

Die vertraglich geschuldeten Inkassokosten des Gläubigers bilden allerdings nur die obere Grenze der Ersatzpflicht des Schuldners (hierzu 4.8.2.). Eine Reduktion kommt namentlich aus folgenden Gründen in Frage:

- Das Inkassobüro macht eine zu hohe Forderung geltend (hierzu 4.8.3.);
- Es werden Bemühungen in Rechnung gestellt, die nicht zum Inkasso gerechnet werden können (hierzu 4.8.4.);
- Der Gläubiger ist bei Auswahl, Instruktion und Überwachung der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen (hierzu 4.8.5.).

³⁰⁵ So deutlich in der deutschen Lehre Inkasso-Handbuch/Seitz, N 643: „Geschuldet ist rein dogmatisch ... der Ersatz derjenigen Vergütung (samt Auslagen), welche der Gläubiger dem Inkassounternehmen schuldet. In dieser im Innenverhältnis **geschuldeten Vergütung** besteht der Schaden des Gläubigers.“

³⁰⁶ In diesem Sinne wohl BK-Brehm, Art. 41 N 89a (Anwaltskosten) u. Art. 46 N 10 ff. (Spital- und Arztkosten); St. Weber, S. 11 f. FN 62 a.E. Allgemein St. Weber, Schadenminderungspflicht, S. 149.

Diese Ansicht entspricht im Wesentlichen der deutschen Lehre³⁰⁷. In der Schweiz ist die Frage, in welchem Umfang Inkassokosten gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden können, bisher nicht erörtert worden. Es finden sich allein Äusserungen zur Frage, in welchem Umfang die Kosten für eine aussergerichtliche Vertretung dem Schuldner verrechnet werden können. Dabei wird etwa gesagt, dass die geltend gemachten Anwaltskosten dann gekürzt werden könnten, wenn unnötige Kosten dadurch entstanden seien, dass der Vertreter unrealistisch hohe Forderungen gestellt habe³⁰⁸. Ein solches „Überklagen“ dürfte beim Forderungsinkasso nicht häufig vorkommen. Sollte dies jedoch der Fall sein und deshalb unnötige Bemühungen entstanden sein, müsste auch hier eine Reduktion vorgenommen werden (hierzu 4.8.2.).

4.8.2. Die vertraglich geschuldeten Inkassokosten als oberste Grenze der Ersatzpflicht des Schuldners

Die vertraglich geschuldeten Inkassokosten des Gläubigers bilden wie gesagt die obere Grenze für die Ersatzpflicht des Schuldners. Bei Geltendmachung der Inkassokosten in einem gerichtlichen Verfahren hat der Gläubiger diese Kosten insbesondere mit dem Inkassoauftrag und den vereinbarten Tarifen zu belegen.

Der Schuldner hat diese Kosten vollumfänglich zu bezahlen, falls nicht ein nachfolgend zu behandelnder Reduktionsgrund besteht. Zusätzlich hat der Schuldner aber selbstverständlich auch die Möglichkeit, zu bestreiten, dass der Gläubiger den geltend gemachten Betrag tatsächlich schuldet. Wie allgemein im Auftragsrecht kann der Gläubiger etwa bei unsorgfältiger und unwirtschaftlicher Ausführung des Inkassoauftrages eine Honorarminderung geltend machen³⁰⁹. Verzichtet der Gläubiger hierauf, kann meines Erachtens der Schuldner eine entsprechende Reduktion der Ersatzpflicht verlangen.

4.8.3. Reduktion der Inkassokosten bei Geltendmachung von in der Höhe unbegründeten Forderungen

Eine Reduktion der vom Gläubiger vertraglich vereinbarten Inkassokosten ist zunächst dann vorzunehmen, wenn das Inkassobüro dadurch unnötige Kosten verursacht, dass eine überhö-

³⁰⁷ In diesem Sinne Inkasso-Handbuch/Seitz, N 643 u. 845.

³⁰⁸ St. Weber, Ungereimtheiten, S. 12.

³⁰⁹ St. Weber, Ungereimtheiten, S. 9; BSK OR I-Weber, Art. 394 N 43; BK-Fellmann, Art. 394 N 496 ff.

te Forderung geltend gemacht wird³¹⁰. Dies lässt sich ohne weiteres damit begründen, dass die Inkassobemühungen betreffend den nicht geschuldeten Teil nicht geboten sind. Fehlt es am Bestand der Forderung, besteht kein Raum für eine Schadenersatzpflicht.

4.8.4. Reduktion betreffend Bemühungen des Inkassobüros, die nicht zur Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Schuldner gehören

Keiner weiteren Begründung bedarf auch, dass Inkassobemühungen dem Schuldner nur insofern in Rechnung gestellt werden können, als sie die Geltendmachung einer Forderung gegenüber diesem Schuldner betreffen. Dies bedeutet etwa, dass die Bemühungen eines Inkassobüros stets klar einer bestimmten Forderung zugeordnet und entsprechend bei Geltendmachung gegenüber dem Schuldner auch ausgewiesen werden müssen. Im Weiteren dürfen nicht Kosten für Bemühungen in Rechnung gestellt werden, die ausserhalb des eigentlichen Forderungsinkassos liegen. Wenn und soweit etwa die Arbeiten für die Führung des Schuldnerregisters nicht deckungsgleich mit den Inkassobemühungen gegenüber einem bestimmten Schuldner sind, dürfen sie höchstens dem Gläubiger, nicht jedoch dem Schuldner verrechnet werden.

4.8.5. Schadenersatzbemessung nach den Grundsätzen der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht

4.8.5.1. Sorgfaltspflichten des Gläubigers bei Auswahl, Instruktion und Überwachung des Inkassobüros

Wie bei der Frage, ob überhaupt ein Inkassobüro eingeschaltet werden soll, hat der Gläubiger auch bei der Beauftragung eines bestimmten Inkassobüros nach den Grundsätzen der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht vorzugehen. Meines Erachtens ist im Anschluss an eine Lehrmeinung zum deutschen Haftpflichtrecht zu verlangen, dass der Gläubiger in zumutbarem Umfange bemüht ist, bei Auswahl, Instruktion und Überwachung des Inkassobüros übermässige Kosten zu verhindern. In der deutschen Lehre wird im Haftpflichtrecht bei der Einschaltung eines Arztes oder auch einer Garage zur Reparatur eines beschädigten Autos in treffender Weise von „Herstellungsgehilfen“ gesprochen³¹¹, bei denen vom Geschädigten

³¹⁰ Vgl. St. Weber, Ungereimtheiten, S. 12.

³¹¹ Lange, in: Lange/Schiemann, S. 595; Staudinger/Schiemann, § 254 N 106; vgl. Palandt/Heinrichs, § 254 N 55 f.; MünchKommBGB/Oetker, § 254 N 142; BaRo/Grüneberg, § 254 N 49 u. Vor § 249 N 54; Soer-

nicht erwartet werden kann, dass er die einzelnen Handlungen selbst verantwortet. Vielmehr genügt es, wenn er analog der Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 OR bei Auswahl, Instruktion und Überwachung die zumutbare Sorgfalt walten lässt³¹². Meines Erachtens sind analoge Grundsätze auch bei der Einschaltung eines Inkassobüros angebracht. Hält man den Gläubiger für berechtigt, das Forderungsinkasso einem Dritten zu übertragen, ist es auch konsequent, dem Gläubiger lediglich diese eingeschränkte Verantwortung aufzuerlegen.

Bezogen auf die *Auswahl eines Inkassobüros* bedeutet dies zunächst, dass der Gläubiger ein Inkassobüro auswählen muss, dessen Kosten sich im üblichen Rahmen bewegen und nicht übermässig sind. Dabei kann allerdings vom Gläubiger nicht erwartet werden, dass er sich zuerst einen umfassenden Überblick über den Markt verschafft. Falls von einem Inkassobüro allgemein bekannt sein sollte, dass es überhöhte Kosten verlangt, dürfte er dieses Büro nicht wählen³¹³. Wichtig ist sodann, dass der Gläubiger das ausgewählte Inkassobüro bei der *Instruktion* zur Niedrighaltung der Kosten möglichst umfassend über die Forderung, den Schuldner und die bisherigen Bemühungen informiert. Schliesslich beinhaltet die Pflicht zur zumutbaren *Überwachung der Tätigkeit des Inkassobüros* etwa, dass er das Inkassobüro sofort informiert, wenn er selbst vom Schuldner erfährt, dass dieser die Forderung bestreitet und die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens erwartet.

Das hier vertretene Konzept, wonach der durch den Verzug geschädigte Gläubiger lediglich für die Pflichten analog der Geschäftsherrenhaftung verantwortlich ist, führt dazu, dass der Schuldner unter Umständen auch für einen Schaden einstehen muss, der von einem Dritten (hier dem Inkassobüro) verursacht bzw. vergrössert worden ist. Dies ist der Fall, wenn das Inkassobüro unnötige, jedoch vom Inkassoauftrag noch gedeckte Bemühungen unternimmt, die der Gläubiger trotz Erfüllung aller Sorgfaltspflichten nicht verhindern konnte. Diese Ansicht dürfte sich mindestens im Ergebnis mit der h.M. decken, wie sie zu analogen Problemen im Haftpflichtrecht vertreten wird. So führt etwa *Brehm* zum Problem der Verteuerung der Behebung von Personen- und Sachschäden Folgendes aus: „*Bestimmt der Geschädigte ... einen ungeeigneten Handwerker, der übermässig viele Arbeitsstunden verrechnet, oder lässt er sich*

gel/Mertens, § 254 a.F. N 108.

³¹² Vgl. Lange, in: Lange/Schiemann, S. 595; MünchKommBGB/Oetker, § 249 N 370; Larenz, S. 471; für das schweizerische Recht vgl. St. Weber, Ungereimtheiten, S. 12 FN 66; Spiro, S. 443.

³¹³ Vgl. das bei Oftinger/Stark, Bd. I, S. 263 FN 68 genannte Beispiel einer Autowerkstätte, die ihren Kunden die höchsten Stundenlöhne zu verrechnen pflegt, ohne die Reparatur sorgfältiger durchzuführen als andere.

*unnötigerweise in einer Luxusklinik behandeln, so bleiben die über das normale und zumutbare Mass ansteigenden Kosten zu seinen Lasten: Die Schadenersatzpflicht wird unter Hinweis auf diese ‚Umstände‘, die der Geschädigte selbst zu vertreten hat, entsprechend gekürzt.*³¹⁴

4.8.5.2. Reduktion der Schadenersatzpflicht bei Verletzung der Sorgfaltspflicht

Kommt der Gläubiger diesen Obliegenheiten nicht nach, kommt eine Reduktion der Schadenersatzpflicht des Schuldners gegenüber den vom Gläubiger mit dem Inkassobüro vereinbarten Inkassokosten in Frage. Konkret bedeutet dies etwa Folgendes: Sprengen die Inkassokosten den üblichen Rahmen und hat dies der Gläubiger bereits bei der Auftragserteilung gewusst oder nach Treu und Glauben wissen müssen, kann das mit dieser Frage befasste Gericht die Kosten nach Ermessen auf das übliche Mass reduzieren (vgl. Art. 42 Abs. 2 OR)³¹⁵. Hat jedoch der Gläubiger die ihm zumutbaren Bemühungen zur Verhinderung von übermässigen Kosten unternommen, müssen vom Schuldner auch übermässige Kosten ersetzt werden. In diesem Sinne trägt der Schuldner das Prognoserisiko³¹⁶.

4.8.6. Beurteilung von Formen der Berechnung von Inkassokosten im Lichte der Grundsätze für die Schadenersatzbemessung

4.8.6.1. Pauschalierung der Kosten nach Streitwert und durchschnittlichem Bearbeitungsaufwand

Inkassokosten setzen sich typischerweise aus einer streitwertabhängigen Grundgebühr und zusätzlichen Gebühren für die einzelnen Handlungen, wie Mahnschreiben, Telefonate, Abklärungen betreffend Bestand und Höhe der Forderung, Bonitätsprüfung etc., zusammen. Auch die Kosten für die einzelnen Handlungen werden standardisiert – meist basierend auf Erfahrungswerten hinsichtlich des durchschnittlichen Aufwands für die einzelnen Handlungen – berechnet.

³¹⁴ BK-Brehm, Art. 44 N 60a. Vgl. auch Roberto, Haftpflichtrecht, N 798.

³¹⁵ Vgl. Gauch, S. 193.

³¹⁶ Honsell, Haftpflichtrecht, § 8 N 52, betreffend die Vornahme einer unverhältnismässig teuren Reparatur: „Nimmt der Geschädigte die Reparatur unter unverhältnismässigen Aufwendungen vor, so trägt der Schädiger grundsätzlich auch das *Prognoserisiko*, d.h. er muss auch unverhältnismässige Kosten ersetzen, wenn sich die Unverhältnismässigkeit ohne Verschulden des Geschädigten erst nachträglich herausstellt (BGHZ 115, S. 364 ff., 370).“

Unter dem Gesichtspunkt der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht bei Einschaltung eines Inkassobüros sind solche Berechnungen ohne weiteres zulässig. Das heisst, die so kalkulierten Inkassokosten können grundsätzlich auch dem Schuldner weiterverrechnet werden. Als Begründung ist anzuführen:

Die Pauschalierung und Standardisierung von Kosten ist für alle Dienstleistungen, die einer unbestimmten Vielzahl von Personen öffentlich angeboten werden (Autoreparaturen, ärztliche Behandlung, anwaltliche Beratung und Vertretung etc.), selbstverständlich und auch unumgänglich. Dies zeigt sich gerade auch deutlich bei Bemühungen eines Inkassobüros. Es leuchtet sofort ein, dass es nicht möglich ist, den gesamten Betriebsaufwand für Personal, Büros, Material etc. konkret auf einen einzelnen Inkassoauftrag „umzurechnen“. Vielmehr bleibt nichts anderes übrig, als einen grundsätzlich für alle Inkassoaufträge geltenden Gebührenkatalog zu erstellen, der insgesamt eine ausgeglichen Rechnung garantiert.

Eine Reduktion kommt nur in Frage, wenn die Inkassogebühren wesentlich über dem „Marktpreis“ liegen und dies dem Gläubiger bei Auftragserteilung bekannt war oder nach Treu und Glauben hätte bekannt sein müssen. Da ein solcher Marktpreis nicht existiert und der übliche Preis wohl nur mit grosser Bandbreite bestimmbar ist, muss dem Gericht bei Feststellung einer Unangemessenheit und Vornahme einer Reduktion ein weiterer Ermessensspielraum zugebilligt werden (vgl. Art. 42 Abs. 2 OR)³¹⁷.

4.8.6.2. Erfolgshonorar

Eine viel diskutierte Frage in der deutschen Lehre ist, ob dem Schuldner auch Inkassokosten verrechnet werden können, die in der Höhe oder im Bestand vom Erfolg der Inkassobemühungen abhängig sind (Erfolgshonorar)³¹⁸. Die herrschende Meinung verneint dies mit unterschiedlichen Begründungen³¹⁹. Nach einer Ansicht ist dies deshalb unzulässig, weil es sich

³¹⁷ Vgl. Gauch, S. 193.

³¹⁸ Staudinger/Löwisch, § 286 N 219; Inkasso-Handbuch/Seitz, N 665 ff.; Löwisch, S. 1726; OLG Dresden in NJW-RR 1994, S. 1139 ff., 1142.

³¹⁹ Staudinger/Löwisch, § 286 N 219; OLG Dresden in NJW-RR 1994, S. 1139 ff., 1142; Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27; vgl. die Hinweise bei Inkasso-Handbuch/Seitz, N 666 ff.; differenzierend Münch-KommBGB/Ernst, § 286 N 157: Beschränkung (inkl. sonstige Kosten des Instituts) auf die Höhe der notwendigerweise anfallenden Anwaltskosten; Inkasso-Handbuch/Seitz, N 671: Insgesamt Beschränkung auf die Höhe der üblichen Kosten.

dabei um einen (unzulässigen) Vertrag zulasten eines Dritten, d.h. des Schuldners, handelt³²⁰. Im Weiteren wird angeführt, dass das Erfolgshonorar keinen Verzugsschaden darstelle, weil es nicht durch den Verzug, sondern erst durch die Zahlung des Schuldners zur Entstehung gelange³²¹.

Meines Erachtens ist der herrschenden Meinung in Deutschland im Ergebnis zuzustimmen. Infolge der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht hat der Gläubiger, wie vorhin dargelegt wurde, bei Auswahl des Inkassobüros und Abschluss des Inkassoauftrages in vertretbarem Rahmen nach einer kostengünstigen Lösung zu suchen. Ein Erfolgshonorar kann für den Gläubiger und insbesondere für das Inkassobüro Sinn machen. Das Erfolgshonorar beruht auf dem Prinzip, dass die Kosten für sämtliche Mandate eines Inkassobüros schwerpunktmässig oder ausschliesslich letztlich auf diejenigen Schuldner abgewälzt werden, welche die Forderung erfüllen. Dies hat für den Gläubiger den grossen Vorteil, dass er die besten Chancen hat, neben der Forderung auch die Inkassokosten bezahlt zu erhalten. Auf Kosten, die der Gläubiger für erfolglose Inkassobemühungen zahlen muss, wird er meist sitzen bleiben. Die Inkassobranche profitiert von diesen Vorteilen der Gläubiger, weil diese unter diesen Bedingungen eher bereit sind, ein Inkassobüro einzuschalten. Gegenüber dem einzelnen Schuldner erscheint demgegenüber das Erfolgshonorar, falls er hierfür Ersatz leisten muss, als extrem ungerecht. Es lässt sich nicht begründen, weshalb derjenige Schuldner, der seinen rechtlichen Zahlungspflichten, wenn auch verspätet, nachkommt, einen „Solidaritätsbeitrag“ zugunsten derjenigen Schuldner leisten soll, welche nicht willens oder nicht fähig sind ihre Forderungen zu erfüllen.

Hieraus ergibt sich: Will der Gläubiger die Inkassokosten vollumfänglich auf den Schuldner abwälzen, muss er ein Inkassobüro wählen, das einen Tarif in der üblichen Höhe ohne Erfolgshonorar anbietet. Stellt ein Inkassobüro seinen Kunden mehrere Tarife zu Wahl, ist derjenige auszuwählen, der nicht auf den Erfolg der Inkassobemühungen abstellt. Missachtet ein Gläubiger diese Pflicht, ist das Honorar um den erfolgsabhängigen Teil zu kürzen.

4.8.7. Zwischenergebnisse

- 1.) Der Gläubiger kann die Inkassokosten gegenüber dem Schuldner grundsätzlich in dem Umfange geltend machen, in welchem er sie selbst zu bezahlen hat.

³²⁰ Löwisch, S. 1726; OLG Dresden in NJW-RR 1994, S. 1139 ff., 1142.

³²¹ Soergel/Wiedemann, § 286 a.F. N 27.

- 2.) Eine Reduktion der Schadenersatzpflicht des Schuldners gegenüber demjenigen Betrag, den der Gläubiger dem Inkassobüro schuldet, kommt namentlich aus folgenden Gründen in Betracht: Das Inkassobüro macht eine zu hohe Forderung geltend; es werden Bemühungen in Rechnung gestellt, die nicht zum Inkasso gerechnet werden können; der Gläubiger ist der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen. Letztere beinhaltet, dass der Gläubiger bei Auswahl, Instruktion und Überwachung des Inkassobüros darauf hinwirken muss, dass die Inkassokosten im Interesse des Schuldners möglichst niedrig bleiben.
- 3.) Der Gläubiger kann dem Schuldner auch Inkassokosten weiterverrechnen, die sich aus einer vom Streitwert abhängigen Grundgebühr und standardisiert berechneten Gebühren für die einzelnen Bemühungen zusammensetzen. Wenn und soweit jedoch die Inkassokosten ganz oder teilweise auf einer erfolgsabhängigen Gebühr (Erfolgshonorar) beruhen, sind sie vom Schuldner nicht zu ersetzen.

4.9. Beweislastfragen

Ist umstritten, ob die Einschaltung eines Inkassobüros erforderlich war, stellt sich die Frage, ob der Gläubiger das Vorliegen oder der Schuldner das Fehlen der Gebotenheit des Beizugs zu beweisen hat, mithin, wer diesbezüglich die Beweislast trägt. Die Beantwortung dieser Frage hängt unter anderem davon ab, welche Funktion dem Erfordernis der Gebotenheit im Rahmen der Haftung zugeschrieben wird. Wie unter 4.7.1.1. ausgeführt, wird diese Frage bezüglich Anwaltskosten nicht einheitlich beantwortet. Die Gebotenheit wird demnach je nach Auffassung im Zusammenhang mit den Haftungsvoraussetzungen des Schadens bzw. des adäquaten Kausalzusammenhanges geprüft oder erst im Rahmen der Schadenersatzbemessung nach Art. 44 OR berücksichtigt.

Welche Konsequenzen ergeben sich nun hieraus für die Beweislastverteilung? Verknüpft man die Notwendigkeit des Beizugs eines Inkassobüros mit der Frage, ob überhaupt ein Schaden im Rechtssinne vorliegt bzw. ob dieser adäquat kausal verursacht worden ist, trifft die Beweislast grundsätzlich den Gläubiger, da der Beweis von Schaden und Kausalzusammenhang nach Art. 106 Abs. 1 OR bzw. Art. 42 Abs. 1 OR ihm obliegt³²². Wird das Erfordernis der Notwendigkeit hingegen erst im Rahmen der Schadenersatzbemessung berücksichtigt, liegt

³²² Vgl. BK-Weber, Art. 106 N 11; BSK OR I-Wiegand, Art. 106 N 4 u. Art. 103 N 14; Häfliger, S. 10; Luterbacher, N 269.

die Beweislast im Grundsatz beim Schuldner, da er „*ersatzreduzierende Umstände auf Seiten des Geschädigten zu beweisen*“ hat³²³. Die Vernachlässigung der Schadenminderungspflicht ist somit als rechtshindernde Tatsache zu betrachten³²⁴. Sofern allerdings nicht die Überwälzung als solche, sondern nur ihr Umfang umstritten ist, muss der Schädiger aber wohl nur beweisen, dass nicht gebotener Aufwand betrieben worden ist. Hingegen dürfte es dann am Geschädigten sein, zu belegen, dass er bei Auswahl, Instruktion und Überwachung des Inkassobüros die erforderliche Sorgfalt angewendet hat.

Festzuhalten ist demnach, dass die Frage nach der Verteilung der Beweislast, je nach dem, welche Funktion dem Erfordernis der Gebotenheit zuerkannt wird, im Grundsatz unterschiedlich zu beantworten ist. Allerdings erachtet es *Luterbacher*, welcher sich allgemein zur Frage der Beweislast hinsichtlich der Schadenminderungspflicht äussert und Letztere im Rahmen der Schadensberechnung berücksichtigen will, als sachgerecht und auch im Lichte von Art. 8 ZGB geboten, den Beweis, dass der Schadenminderungspflicht nicht nachgelebt worden ist, dem Schädiger aufzuerlegen³²⁵.

Rechtsvergleichend sei erwähnt, dass zumindest nach einem grösseren Teil von Lehre und Rechtsprechung zum deutschen Recht die Beweislast dafür, dass die Inkassokosten die üblichen Kosten überschreiten oder der Auftrag an ein Inkassounternehmen zwecklos gewesen sei, beim Schuldner liegt, da die Erforderlichkeit unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB geprüft wird³²⁶ und eine Vernachlässigung der Schadenminderungspflicht vom Schädiger zu beweisen ist³²⁷.

³²³ BSK OR I-Schnyder, Art. 44 N 3; vgl. BGE 112 II 439 E. 2 S. 443; Häfliger, S. 10 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichtes 4C.344/1998 vom 24. November 2000, E. 5.

³²⁴ Häfliger, S. 10.

³²⁵ Luterbacher, N 270.

³²⁶ In diesem Sinne Inkasso-Handbuch/Seitz, N 696 ff.; AnwK-BGB/Knöfler, § 254 N 35; Erman/Kuckuk, § 254 N 69; Soergel/Wiedemann, § 254 N 84; Löwisch, S. 1726 f.; AG Zossen in BeckRS 2007, 00243; OLG Frankfurt in NJW-RR 1990, S. 729 f., 729; OLG München in NJW 1975, S. 832 f., 832.

³²⁷ Hinsichtlich Inkassokosten: Inkasso-Handbuch/Seitz, N 706, 895 und insbesondere N 902, wo auf eine Umfrage bei 242 Zivilkammern von Landgerichten hingewiesen wird. Allgemein zur Beweislast im Rahmen von § 254 BGB: Palandt/Heinrichs, § 254 N 74; MünchKommBGB/Oetker, § 254 N 145; PWW/Medicus, § 254 N 47; Erman/Kuckuk, § 254 N 115; BaRo/Grüneberg, § 254 N 68; Soergel/Wiedemann, § 254 N 133.

5. Bedeutung von Art. 27 Abs. 3 SchKG

5.1. Allgemeines

5.1.1. Problemstellung

Das Hauptproblem bei der Beantwortung der hier zur Diskussion stehenden Frage wirft Art. 27 Abs. 3 SchKG auf. Dieser besagt betreffend die Vertretung im Betreibungsverfahren: *„Niemand kann verpflichtet werden, einen gewerbsmässigen Vertreter zu bestellen. Die Kosten der Vertretung dürfen dem Schuldner nicht überbunden werden.“*

Schweizerische Inkassobüros befassen sich nicht nur mit der aussergerichtlichen und ausseramtlichen Geltendmachung von Forderungen, sondern sie vertreten die Gläubiger regelmässig auch im Betreibungsverfahren. In einer sehr grossen Anzahl von Inkassofällen erfolgen denn auch aussergerichtliche bzw. ausseramtliche Inkassobemühungen „Hand in Hand“ mit betriebsrechtlichen Schritten.

Damit sind die Fragen gestellt: Befreit Art. 27 Abs. 3 SchKG den Schuldner davon, jegliche Kosten für ein Inkassobüro oder lediglich diejenigen, die direkt mit dem Betreibungsverfahren zusammenhängen, zu bezahlen? Falls Letzteres zutrifft, stellt sich die schwierige Frage der Abgrenzung dieser Bemühungen von den übrigen Tätigkeiten des Inkassobüros.

5.1.2. Gegenstand der Regelung von Art. 27 SchKG im Allgemeinen

Gegenstand der Regelung von Art. 27 SchKG bildet die gewerbsmässige Vertretung der am Zwangsvollstreckungsverfahren Beteiligten. In Absatz 1 der Bestimmung wird den Kantonen die Kompetenz eingeräumt, die Zulassung zur gewerbsmässigen Vertretung von gewissen Voraussetzungen abhängig zu machen und einen Tarif festzusetzen. Absatz 2 regelt die Zulassung zur Vertretung im interkantonalen Verhältnis. In Absatz 3 wird schliesslich einerseits in Satz 1 festgehalten, dass keine Pflicht besteht, einen gewerbsmässigen Vertreter zu bestellen, und andererseits enthält Satz 2 die für die vorliegende Fragestellung wesentliche Bestimmung, wonach die Kosten der (freiwilligen) Vertretung dem Schuldner nicht überbunden werden dürfen. Es stellt sich nun wie gesagt die Frage, welche Kosten genau von Art. 27 Abs. 3 Satz 2 SchKG erfasst werden bzw. welches der Anwendungsbereich der Bestimmung ist.

5.1.3. Äusserungen in Literatur und Rechtsprechung zum Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 3 SchKG

Der Anwendungsbereich von Art. 27 SchKG im Allgemeinen bzw. Art. 27 Abs. 3 SchKG im Besonderen ist Gegenstand zahlreicher Literaturäusserungen und gerichtlicher Entscheidungen. In erster Linie wird dabei allerdings die Frage thematisiert, inwiefern diese Bestimmung auch auf die mit der Zwangsvollstreckung zusammenhängenden gerichtlichen Verfahren zur Anwendung kommt. In diesem Zusammenhang hat das Bundesgericht wiederholt festgehalten, dass Art. 27 bzw. Art. 27 Abs. 3 SchKG sich „*nur auf das vom Bundesrecht geregelte eigentliche Vollstreckungsverfahren*“³²⁸, d.h. „*das Verfahren vor den Betreibungsbehörden (Betreibungs- und Konkursämtern, Aufsichtsbehörden über Schuldbetreibung und Konkurs)*“³²⁹ bezieht. Keine Anwendung findet Art. 27 demgegenüber auf die mit dem Vollstreckungsverfahren zusammenhängenden gerichtlichen Verfahren³³⁰.

Spärlicher sind demgegenüber konkrete Äusserungen dazu, welche Kosten von Art. 27 Abs. 3 SchKG im Einzelnen erfasst sind bzw. inwiefern die Überwälzung von im Zusammenhang mit einer Betreibung getätigten Auslagen zulässig ist. Äusserungen finden sich dabei soweit ersichtlich nur zur Frage, ob Vertretungskosten für Tätigkeiten, welche zeitlich vor Einleitung eines Zwangsvollstreckungsverfahrens erfolgen, überbunden werden können. Insofern wird wohl überwiegend angenommen, dass dies durch Art. 27 Abs. 3 SchKG nicht ausgeschlossen wird³³¹. Es wird dabei offenbar von der vorstehend angeführten Wendung des Bundesgerichtes ausgegangen, dass sich Art. 27 nur auf das eigentliche Vollstreckungsverfahren bzw. das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern sowie den Aufsichtsbehörden bezieht. Allerdings gibt es auch Äusserungen, welche den Schluss nahe legen könnten, dass der Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 3 SchKG weiter gefasst wird. In einem Entscheid aus dem Jahre 1943 hat das Obergericht Luzern die Ansicht vertreten, dass eine als „*Abtretungsge-*

³²⁸ BGE 113 III 109 E. 3b S. 110; 103 Ia 47 E. 2d S. 51.

³²⁹ BGE 59 I 197 E. 2 S. 200.

³³⁰ BGE 113 III 109 E. 3b S. 110; 103 Ia 47 E. 2d S. 51; 59 I 197 E. 2 S. 200 f.; Botschaft 1991, S. 41; Amonn/Walther, § 13 N 11; SchKG-Roth, Art. 27 N 15; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, Art. 27 N 7; Gilliéron, Art. 27 N 52; Lorandi, Art. 27 N 33; CR LP-Erard, Art. 27 N 7; Cantieni, S. 106.

³³¹ Lorandi, Art. 27 N 10 und 33; Aufsichtscommission für Anwälte und Rechtsagenten St. Gallen in BISchK 1958, S. 138; Wegmann, S. 279; in diesem Sinne auch Gilliéron, Art. 27 N 50 und CR LP-Erard, Art. 27 N 25. Möglicherweise a.M. BK-Weber, Art. 106 N 22: Es wird allerdings nicht deutlich, ob er Art. 27 Abs. 3 SchKG eine über das eigentliche Betreibungsverfahren hinausgehende Wirkung zuschreibt.

bühr“ bezeichnete Entschädigung an eine Inkassomandatarin im Hinblick auf die Eintreibung der Forderung nicht überbunden werden darf³³². Soweit aus dem Sachverhalt ersichtlich, stellte die Gebühr allerdings die Entschädigung der Inkassomandatarin für die Betreuung des Schuldners dar. Dass damit weitere Tätigkeiten im Vorfeld der Betreuung entschädigt werden sollten, lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Begründen lässt sich die Beschränkung auf das eigentliche Vollstreckungsverfahren unter anderem aus dem Zweck und der Rechtfertigung von Art. 27 Abs. 3 SchKG. In der Botschaft von 1886 wurde hinsichtlich des Zwecks des in Art. 282 des Entwurfs vorgesehenen Verbots der Überwälzung der Gebühren der Geschäftsleute auf den Schuldner ausgeführt, dass „*der Schuldner gegen jeden Versuch der Ausbeutung gesetzlich gesichert*“ werden solle³³³. *Fritzsche/Walder* ziehen eine Parallele zur Unentgeltlichkeit des Beschwerdeverfahrens und sehen den Grund für beide Regelungen im „*Bestreben, den Schuldner nicht über Gebühr zu belasten*“³³⁴. Als gerechtfertigt betrachtet wird dieses Verbot in der Botschaft zur Revision des SchKG von 1991, weil dem Gläubiger damit kein grosses Opfer auferlegt werde. Denn der Beizug eines gewerbsmässigen Vertreters sei „*meistens nicht nötig*“, da „*die Schritte im Vollstreckungsverfahren einfach*“ seien, „*die offiziellen Formulare dem Gläubiger klare Angaben über den Verfahrensablauf*“ machten und die Ämter „*zu weitgehender Parteifürsorge verpflichtet*“ seien³³⁵. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass eine Entschädigung zu einer gewissen Ungleichheit gegenüber denjenigen Gläubigern führen würde, welche allein handelten oder einen nicht gewerbsmässigen Vertreter beizögen, und dass sich Schwierigkeiten bei der Festlegung der Entschädigung ergeben würden³³⁶. Das dem Schuldner dienende Verbot erscheint somit im Wesentlichen deshalb als gerechtfertigt, weil der Gläubiger die notwendigen Handlungen unterstützt durch die Ämter mit relativ³³⁷ geringem Aufwand selbst vornehmen kann³³⁸. Daraus ergibt sich aber auch, dass das Verbot grundsätzlich auf das Zwangsvollstreckungsverfahren beschränkt sein muss, wo der Gläubiger tatsächlich eine solche Unter-

³³² Obergericht Luzern in BLSchK 1943, S. 55 f.

³³³ Botschaft 1886, S. 59.

³³⁴ Fritzsche/Walder, § 9 N 39. Vgl. auch Botschaft 1991, S. 41.

³³⁵ Botschaft 1991, S. 41.

³³⁶ Botschaft 1991, S. 41.

³³⁷ Lorandi, Art. 27 N 30, weist zu Recht darauf hin, dass das Beschwerdeverfahren mitunter sehr komplex sein kann.

³³⁸ Vgl. SchKG-Roth, Art. 27 N 14; Lorandi, Art. 27 N 30.

stützung erhält.

Eine solche Beschränkung legt auch eine systematische Auslegung nahe, da Art. 27 als Norm des SchKG bestimmungsgemäss die Regelung der Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren und nicht allgemein im Zusammenhang mit dem Vorgehen gegen zahlungsunwillige oder -unfähige Schuldner zum Gegenstand hat³³⁹. Demnach kann sich aber auch das in Art. 27 Abs. 3 Satz 2 enthaltene Verbot letztlich nur auf die Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren selbst und nicht auf diejenige in den diesem Verfahren vorgelagerten Stadien beziehen³⁴⁰.

Entsprechend werden in der Literatur als im Sinne von Art. 27 Abs. 3 Satz 2 nicht überwältzbare Kosten diejenigen Gebühren erachtet, welche ein Vertreter für die Stellung des Betreibungsbegehrens, des Fortsetzungsbegehrens usw. vom Gläubiger erhebt³⁴¹. Dazu gehören etwa auch Kosten, welche entstehen, wenn ein Gläubiger einen gewerbsmässigen Vertreter konsultiert, um einen Drittanspruch zu bestreiten³⁴². Hinsichtlich der nicht vom Verbot von Art. 27 Abs. 3 erfassten Aufwendungen sind die Äusserungen spärlich: *Gilliéron*³⁴³ und *Erard*³⁴⁴ führen in diesem Zusammenhang aus, dass der Gläubiger die Kosten für die Mahnung (Inverzugsetzung) vor Stellung des Betreibungsbegehrens als Verzugsschaden i.S.v. Art. 106 OR auf den Schuldner abwälzen kann, wobei dazu wohl auch die diesbezüglichen Vertretungskosten gerechnet werden. *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann* legen betreffend Überbindung von Vertretungskosten dar, dass sich der Gläubiger aufgrund von Art. 106 OR den durch die Verzugszinsen nicht gedeckten Schaden ersetzen lassen kann. Wörtlich führen sie aus: „*Dazu können Aufwendungen gehören im Zusammenhang mit der Mahnung des Schuldners, doch sind sogenannte Mahngebühren an sich nicht durch diese Bestimmung gedeckt*“³⁴⁵. *Lorandi* spricht pauschal von „*Kosten des gewerbsmässigen Vertreters*“ vor Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens³⁴⁶. Bei *Wegmann* ist ebenfalls allgemein von aussergerichtlichen

³³⁹ Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten St. Gallen in BLSchK 1958, S. 138.

³⁴⁰ Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten St. Gallen in BLSchK 1958, S. 138.

³⁴¹ Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten St. Gallen in BLSchK 1958, S. 138; *Gilliéron*, Art. 27 N 50.

³⁴² CR LP-Erard, Art. 27 N 24.

³⁴³ *Gilliéron*, Art. 27 N 50.

³⁴⁴ CR LP-Erard, Art. 27 N 25.

³⁴⁵ *Jaeger/Walder/Kull/Kottmann*, Art. 27 N 7.

³⁴⁶ *Lorandi*, Art. 27 N 33.

Vertretungskosten die Rede³⁴⁷.

5.1.4. Diskussion der Bestimmung im Rahmen der SchKG-Revision

Im Rahmen der SchKG-Revision von 1994 war die Formulierung des neu in Abs. 3 verschobenen Verbots der Überwälzung der Vertretungskosten Gegenstand intensiverer Diskussionen. Die vorberatende Kommission des Nationalrates hatte vorgeschlagen, Satz 2 wie folgt zu formulieren: *„Die Kosten, die aus der Vertretung bei Handlungen vor den Betreibungs- und Konkursämtern entstehen, dürfen nicht dem Schuldner überbunden werden.“*³⁴⁸ In der Beratung im Nationalrat erwuchs dieser Neuformulierung Widerstand. Es wurde geltend gemacht, dass die klare und unmissverständliche Formulierung von Art. 27 Abs. 2 aSchKG *„verschlimmbessert“* werde, zu *„Verunsicherungen und Verwirrungen“* führe und neue Begehrlichkeiten der Inkassofirmen wecken könnte³⁴⁹. Bundesrat Koller hat dem entgegengehalten, dass weder der Bundesrat noch die Kommission an der geltenden Rechtslage etwas ändern wollten und es nur darum ging, diese besser darzustellen. Zur Rechtslage machte er folgende Ausführungen: *„Der Gläubiger darf nach altem und soll nach neuem Recht folgende Kosten überwälzen können: Kosten im Zusammenhang mit SchKG-Gerichtsverfahren und Mahnkosten gemäss Vertrag nach Obligationenrecht. Hingegen sollen, sowohl nach neuem wie nach altem Recht, nicht überwälzbar sein: Honorare der gewerblichen Gläubigervertreter, und zwar Honorare der gewerblichen Gläubigervertreter vor den Ämtern. Das wollte die Kommission noch klarstellen. Eine inhaltliche Differenz besteht also nicht.“*³⁵⁰ Der Nationalrat folgte daraufhin dem Antrag der Kommission.

Der Ständerat lehnte die Fassung des Nationalrats hingegen ab und kam auf diejenige des Bundesrates zurück³⁵¹. Der Berichterstatter führte zur ablehnenden Haltung der Mehrheit der vorberatenden Kommission gegenüber der Fassung des Nationalrates folgendes aus: *„Le texte du Conseil national pourrait laisser entendre que les frais de représentation avant les actes*

³⁴⁷ Wegmann, S. 279.

³⁴⁸ Amtl. Bull. NR 1993, S. 16. Ein Antrag von Fischer-Hägglingsen lautete auf Streichung des Verbots. Er blieb aber chancenlos.

³⁴⁹ Votum Dormann, Amtl. Bull. NR 1993, S. 16. Als „nicht ungefährlich“ bezeichnet hat den Vorschlag auch Walder, S. 21, da er die Hoffnung der Inkassofirmen wecken könnte, daraus Kapital zu schlagen.

³⁵⁰ Votum Bundesrat Koller, Amtl. Bull. NR 1993, S. 18. Im gleichen Sinne das Votum Guinand, a.a.O.

³⁵¹ Die Minderheit der vorberatenden Kommission des Ständerates wollte das Verbot vollständig streichen (Amtl. Bull. SR 1993, S. 642). Dieser Antrag fand aber keine Mehrheit.

*accomplis auprès des offices des poursuites et des faillites pourraient être directement – c'est-à-dire dans la poursuite en cours – mis à la charge du débiteur, ce qui n'est pas le cas. Il n'y a pas de place, même pour l'application des articles 41 et suivants du Code des obligations, car l'opposition du débiteur est un droit qui lui est reconnu et son action n'est donc pas illi-cite.*³⁵² Später hielt er nochmals fest: „*Je dois souligner que la version du Conseil national se prête à une interprétation incorrecte, c'est-à-dire que, si l'on suit la décision du Conseil national, on pourrait en arguer que les frais de représentation pour ce qui a été accompli avant la procédure engagée auprès des offices des poursuites et faillites pourraient être mis à la charge du débiteur.*“³⁵³ In seinem abschliessenden Votum ging Bundesrat Koller nicht mehr näher auf die Neuformulierung von Abs. 3 Satz 2 ein, sondern beschränkte sich darauf, das Verbot als solches zu verteidigen. Der Nationalrat hielt daraufhin nicht mehr an seinem Beschluss fest, sondern folgte dem Ständerat³⁵⁴.

Es stellt sich nun die Frage, welche Schlüsse aus dieser Diskussion zu ziehen sind. Betrachtet man das Ergebnis, drängt sich der Schluss auf, dass an der vor der Revision geltenden Rechtslage nichts geändert werden sollte. Denn einerseits ist die Bestimmung weitgehend unverändert³⁵⁵ aus dem alten Recht übernommen worden und andererseits geht auch aus den Beratungen hervor, dass am Status quo nichts geändert werden sollte. Allerdings schienen die Ansichten, worin der Status quo bestand, auseinander zu gehen. Das Votum von Bundesrat Koller im Nationalrat³⁵⁶ deckte sich m.E. mit den wenigen, zum damaligen Zeitpunkt publizierten Äusserungen, wonach Tätigkeiten vor Einleitung der Betreuung nicht erfasst sind³⁵⁷. Dem Votum Salvioni im Ständerat schien demgegenüber die Auffassung zugrunde zu liegen, dass Vertretungskosten für Tätigkeiten, welche im Vorfeld von Handlungen vor den Betreibungs- und Konkursämtern erfolgen, ebenfalls von Art. 27 Abs. 3 SchKG erfasst seien. Allerdings konkretisierte er in seinem Votum nicht näher, welche Kosten er im Auge hatte. Zudem fehlt eine Äusserung zum genauen Verhältnis zu Art. 106 OR, was sich aufgedrängt hätte, da eine ausdehnende Auslegung von Art. 27 Abs. 3 eine zusätzliche Einschränkung der erstgenannten

³⁵² Votum Salvioni, Amtl. Bull. SR 1993, S. 642.

³⁵³ Votum Salvioni, Amtl. Bull. SR 1993, S. 642.

³⁵⁴ Amtl. Bull. NR 1994, S. 1413.

³⁵⁵ Die Formulierung wurde angepasst, inhaltlich aber nicht geändert.

³⁵⁶ Amtl. Bull. NR 1993, S. 18.

³⁵⁷ Wegmann, S. 278 f.; Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten St. Gallen in BISchK 1958, S. 138.

Bestimmung zur Folge hätte und damit über das vom SchKG geregelte Betreibungsverfahren hinaus Wirkung zeitigen würde. Der Hinweis darauf, dass kein Raum für die Anwendung von Art. 41 ff. OR bleibe, scheint nicht stichhaltig, da Art. 106 OR eigenen Regeln folgt und letztlich entscheidend ist, ob der Schuldner den Verzug verschuldet hat, was bei Geldschulden regelmässig der Fall ist (siehe dazu 4.6.).

In der seit der Revision erschienenen Literatur findet sich denn soweit ersichtlich auch keine Äusserung, welche von einer Verschärfung der Bestimmung ausgeht. Vielmehr wird wie bereits ausgeführt wohl überwiegend davon ausgegangen, dass vor der Einleitung der Betreuung entstandene Kosten nicht von Art. 27 Abs. 3 SchKG erfasst werden³⁵⁸.

5.1.5. Zwischenergebnis

Eine eingehende Analyse von Lehre, Rechtsprechung und Gesetzesgeschichte hat ergeben, dass sich Art. 27 Abs. 3 SchKG lediglich auf die Vertretung im Betreibungsverfahren bezieht. Inkassobemühungen im engeren und eigentlichen Sinne, verstanden als aussergerichtliche und ausseramtliche Bemühungen zur Eintreibung einer Forderung, fallen dagegen nicht darunter und können entsprechend dem Schuldner verrechnet werden. Die Abgrenzung dieser beiden Bemühungen kann allerdings, wie sogleich zu zeigen sein wird, Schwierigkeiten bereiten.

5.2. Abgrenzung der Aufwendungen für das Betreibungsverfahren und für ausseramtliche Inkassobemühungen

Eine schwierige Frage ist, wie die „direkten“ Aufwendungen für das Betreibungsverfahren und die Inkassoaufwendungen, welche vor oder ausserhalb des Betreibungsverfahrens liegen, voneinander abgegrenzt werden können.

³⁵⁸ Lorandi, Art. 27 N 10 u. 33; Aufsichtskommission für Anwälte und Rechtsagenten St. Gallen in BISchK 1958, S. 138; Wegmann, S. 279; in diesem Sinne wohl auch Gilliéron, Art. 27 N 50 und CR LP-Erard, Art. 27 N 25. Möglicherweise a.M. BK-Weber, Art. 106 N 22: Es wird allerdings nicht deutlich, ob er Art. 27 Abs. 3 SchKG eine über das eigentliche Betreibungsverfahren hinausgehende Wirkung zuschreibt.

Die Inkassobemühungen lassen sich m.E. in folgende Kategorien einteilen:

- 1.) Bemühungen, die **ausschliesslich** für die Einleitung der Betreuung notwendig sind. Hierzu gehören insbesondere die Ausfüllung des Betreibungsbegehrens und Abklärungen über die Zuständigkeit der Betreibungsbehörden.
- 2.) Bemühungen, die nicht nur für die Einleitung der Betreuung, sondern **für jede Form der Geltendmachung der Forderung erforderlich** sind. Hierzu gehören etwa Abklärungen über Bestand und Höhe der Forderung, Bonitätsprüfungen etc.
- 3.) Bemühungen, welche typischerweise **die ausseramtliche Geltendmachung** der Forderung betreffen. Diese umfassen etwa Vergleichsgespräche, Vereinbarung von Abschlagszahlungen etc.

Die **erstgenannte Kategorie** fällt klar unter die direkten betreibungsrechtlichen Inkassokosten, die nach Art. 27 Abs. 3 SchKG nicht dem Schuldner überbunden werden dürfen. Die Bemühungen **der letztgenannten Kategorie** lassen sich demgegenüber klar den von dieser Bestimmung nicht erfassten Inkassoaufwendungen zuweisen. Sie können entsprechend ohne weiteres dem Schuldner verrechnet werden.

Schwierigkeiten bereitet es, die Bemühungen der **an zweiter Stelle genannten Kategorie** einzuordnen. Für die Beantwortung dieser Frage mag es hilfreich sein, folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- 1.) Das Inkassobüro nimmt umfangreichere Abklärungen betreffend Bestand und Umfang der Forderung sowie die Bonität des Schuldners vor. Nach mehreren schriftlichen Mahnungen und Telefongesprächen, jedoch vor Einleitung der Betreuung, bezahlt der Schuldner schliesslich.
- 2.) Das Inkassobüro unternimmt dieselben Bemühungen. Der Schuldner zahlt jedoch erst nach Einleitung der Betreuung.
- 3.) Da die Verjährung der Forderung droht und der Gläubiger den Schuldner schon selbst mehrmals erfolglos gemahnt hat, leitet das Inkassobüro nach Abklärung von Bestand und Umfang der Forderung unverzüglich die Betreuung ein, worauf der Schuldner innerhalb der Frist von Art. 69 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG bezahlt.
- 4.) Das Inkassobüro leitet ebenfalls zügig die Betreuung ein. Der Schuldner erhebt je-

doch gegenüber dem Zahlungsbefehl Rechtsvorschlag. Die Zahlung erfolgt erst, nachdem das Inkassobüro nochmals längere Telefonate geführt und schliesslich mit dem Schuldner einen Abzahlungsvertrag ausgehandelt hat.

Bei der **ersten Fallkonstellation** ist es m.E. klar, dass die Inkassokosten dem Schuldner verrechnet und falls notwendig in einem separaten Betreibungsverfahren geltend gemacht werden können, da die Bemühungen nicht in Zusammenhang mit einem Betreibungsverfahren standen.

Probleme ergeben sich demgegenüber in den anderen drei Fallkonstellationen, bei denen das Inkassobüro unter anderem auch die Betreuung einleitet. Was die **zweite Konstellation** betrifft, ist es m.E. vertretbar, die zeitlich vor der Einleitung der Betreuung liegenden Bemühungen mit der Begründung unter die erstattungsfähigen „ausseramtlichen“ Aufwendungen einzuordnen, dass sie in erster Linie auf die freiwillige Zahlung der Forderung ausgerichtet gewesen seien.

Dienen demgegenüber die Abklärungen wie in der **dritten Konstellation** direkt der Einleitung der Betreuung, fällt es schwer, hier nicht von Bemühungen in Zusammenhang mit dem Betreibungsbegehren zu sprechen. Für das analoge Problem der Abgrenzung der prozessualen und der vorprozessualen Kosten definiert das Bundesgericht in BGE 117 II 394 die prozessualen Kosten als „*Parteikosten, die im Verlauf oder bei der Einleitung des Prozesses entstehen und auf diesen zurückzuführen sind*“³⁵⁹. Für Abklärungen betreffend Umfang und Bestand der Forderung, die unmittelbar im Zusammenhang mit einem Betreibungsverfahren stehen, muss man wohl sagen, dass diese Bemühungen im Sinne dieser Entscheidung auf das Betreibungsverfahren „*zurückzuführen*“ sind.

Bei der **vierten Fallkonstellation** ist es m.E. wiederum klar, dass die nach dem Rechtsvorschlag erfolgten Bemühungen dem Schuldner vollumfänglich als Verzugsschaden nach Art. 106 SchKG verrechnet werden können.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden:

- Kosten für Aufwendungen, die, wie etwa Vergleichsgespräche und die Vereinbarung von Abschlagszahlungen, der ausseramtlichen Geltendmachung der Forderung dienen, können dem Schuldner unabhängig davon, ob später die Betreuung eingeleitet wird

³⁵⁹ BGE 117 II 394 E. 3a S. 396.

oder nicht, verrechnet werden.

- Bezahlt der Schuldner die Forderung vor Einleitung der Betreuung, können dem Schuldner sämtliche Inkassobemühungen überbunden werden.
- Bei Aufwendungen, die sowohl der Einleitung der Betreuung als auch der aussergerichtlichen Geltendmachung dienen, muss danach differenziert werden, zu welchem Zweck und in welchem Zusammenhang sie erfolgen. Kosten für Abklärungen über den Forderungsbestand, die in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Einleitung der Betreuung stehen, müssen wohl zu den nach Art. 27 Abs. 3 SchKG nicht abwälzbaren Kosten gezahlt werden. Solche Abklärungen können höchstens dann dem Schuldner überbunden werden, wenn sie deutlich vor der Einleitung der Betreuung erfolgen und damit klar der ausseramtlichen Geltendmachung der Forderung zugeordnet werden können.
- Für Inkassobemühungen, die nach erfolglosen betriebsrechtlichen Schritten erfolgen, hat der Schuldner wiederum Ersatz zu leisten.

6. *Problem der Ersatzpflicht des Schuldners für Inkassobemühungen bei anschliessendem Rechtsöffnungs- und/oder Gerichtsverfahren*

Besondere Probleme wirft die Ersatzpflicht des Schuldners für Inkassobemühungen auf, falls später die Einleitung eines Rechtsöffnungs- und/oder eines ordentlichen Gerichtsverfahrens notwendig ist. Für diese Verfahren wird die Tragung der Vertretungskosten abschliessend durch kantonalrechtliche (so grundsätzlich für das ordentliche Gerichtsverfahren)³⁶⁰ und bundesrechtliche (so für das Rechtsöffnungsverfahren)³⁶¹ Kostenregelungen bestimmt. Dabei betreffen diese Regelungen stets zum Teil auch Bemühungen, die im Vorfeld dieser Verfahren liegen. Es ist klar, dass Bemühungen eines Inkassobüros, die zu diesen „vorgerichtlichen“ Aufwendungen gehören, nicht zweimal verrechnet werden können. Vielmehr werden sie durch die verfahrensrechtlichen Kostenregelungen umfassend abgegolten. Für eine Geltend-

³⁶⁰ Vgl. BGE 97 II 259 E. III. 5. S. 267 f.; 117 II 101 E. 5 S. 106; 117 II 394 E. 3a S. 395 f.; 131 II 121 E. 2.1 S. 125; Urteile des Bundesgerichts 4C.51/2000 vom 7. August 2000, E. 2, und 4C.194/2002 vom 19. Dezember 2002, E. 5 (nicht wiedergegeben in BGE 129 III 135).

³⁶¹ Art. 62 Abs. 1 GebV SchKG.

machung unter dem Titel des Verzugsschadens bleibt daher kein Raum mehr. Was dies konkret bedeutet, muss hier allerdings offen bleiben. Es sei lediglich angefügt, dass etwa die vom Inkassobüro besorgte Beauftragung und Instruktion eines Anwalts zur Einleitung eines Gerichtsverfahrens wohl dem Schuldner nicht gesondert verrechnet werden kann, sondern von der zivilprozessualen Kostenregelung erfasst wird.

7. Zusammenfassung der Ergebnisse

- 1.) Das Forderungsinkasso im hier verstandenen Sinn umfasst alle aussergerichtlichen sowie ausserbetreibungsamtlichen, rechtlich zulässigen Handlungen, die geeignet sind, den Schuldner zur Zahlung einer Forderung zu bewegen. Die im schweizerischen Recht ebenfalls mögliche Vertretung eines Gläubigers im Betreibungsverfahren durch ein Inkassobüro zählt nicht zum Forderungsinkasso.
- 2.) Die Kosten des Beizugs eines Inkassobüros für die Geltendmachung von vertraglichen Ansprüchen gehören grundsätzlich zum Verzugsschaden nach Art. 106 OR. Bei ausservertraglichen Ansprüchen stellen die Kosten einen zusätzlichen Schadensposten dar, der neben dem Grundschaten zu ersetzen ist.
- 3.) Ein Gläubiger kann m.E. nach richtiger Ansicht beim Zahlungsverzug die Inkassokosten kumulativ zum Verzugszins nach Art. 104 OR geltend machen. Ein konkreter Nachweis des Schadens in der Höhe der Verzugszinsen ist dabei nicht erforderlich. Nach herrschender Meinung können allerdings Inkassokosten als weiterer Schaden nach Art. 106 OR ohne Nachweis auch des Zinsschadens wohl nur geltend gemacht werden, soweit die (nachgewiesenen) Inkassokosten die Verzugszinsen übersteigen. Angesichts dieser Ausgangslage bleibt es bedeutsam, welche Anforderungen an den Nachweis eines Verzugsschadens bei Geldforderungen gestellt werden (siehe hierzu die nachfolgenden Grundsätze).
- 4.) Bei Geldforderungen kann ein Verzugsschaden zunächst dadurch entstehen, dass der Gläubiger zur Erhaltung seiner Liquidität einen Kredit aufnehmen muss oder einen bereits bestehenden Kredit nicht zurückzahlen kann. Der Gläubiger muss die tatsächliche Inanspruchnahme von Kredit und die Höhe der dafür aufgewendeten Zinsen grundsätzlich konkret nachweisen. Die Kausalität zwischen Verzug und Kreditbeanspruchung ist jedenfalls dann zu vermuten, wenn der Gläubiger Kontokorrentkredit in Anspruch nimmt. Dies gilt sowohl für Kaufleute und Unternehmen, welche ständig mit

Kredit arbeiten, als auch für Privatgläubiger. Fraglich ist, ob von einer solchen natürlichen Vermutung auch dann ausgegangen werden kann, wenn mit langfristigen, nicht jederzeit zurückzahlbaren Krediten gearbeitet wird. In Anlehnung an die herrschende Auffassung zum deutschen Recht ist dies zu bejahen. Die Rechtsprechung steht bisher aber wohl auf einem anderen Standpunkt.

- 5.) An Stelle des Schadens aufgrund der Beanspruchung von Krediten kann der Gläubiger auch denjenigen Schaden geltend machen, dem ihm dadurch entsteht, dass er das Geld nicht gewinnbringend anlegen kann. Nach wohl herrschender Auffassung in Lehre und Praxis ist zumindest bei gewerbsmässigen Kapitalanlegern (Banken, andere Finanzinstitute und Versicherungen) im Sinne einer natürlichen Vermutung anzunehmen, dass sie nicht benötigte Beträge zinsbringend angelegt hätten. Nach neueren Lehrmeinungen gilt dies allgemein für Unternehmen und Kaufleute. Die Praxis hat diesen Schritt jedoch soweit ersichtlich noch nicht vollzogen. Privatpersonen können nach einer verbreiteten Lehrmeinung von der Vermutung der gewinnbringenden Anlage von Geld lediglich profitieren, wenn es sich um einen grösseren Geldbetrag (Fr. 5'000.- bis 10'000.-) handelt. Wenig geklärt ist, wie der Gläubiger die Höhe des entgangenen Zinsgewinns nachweisen kann. Ausreichend ist es m.E., darzulegen, wie in der Vergangenheit nicht benötigte Beträge angelegt worden sind. Hat der Gläubiger bisher noch nie Anlagen getätigt, ist nach einem „üblichen“ Zins zu fragen, der Privatpersonen bei Geldanlagen angeboten wird. Ohne weitere Anhaltspunkte ist aber wohl eine andere Anlage als auf einem Sparkonto oder in Kassenobligationen wohl nicht zu vermuten. Ein höherer Zins kann aber wohl gefordert werden, wenn dem Schuldner bei der Inverzugsetzung mitgeteilt wird, welche konkrete Anlage beabsichtigt ist.
- 6.) Inkassokosten müssen nicht ersetzt werden, wenn der Schuldner nachweist, dass ihn am Verzug kein Verschulden trifft. Mangel an Geldmitteln stellt dabei grundsätzlich nie einen Entschuldigungsgrund dar. Hingegen kann sich der Schuldner nach herrschender Auffassung zum deutschen Recht, welche auch für das schweizerische Recht zu übernehmen ist, exkulpieren, wenn er die Forderung bestritten hat und ihm dies nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, weil er sich, ohne fahrlässig zu handeln, in einem Sachverhalts- oder Rechtsirrtum befunden hat. Eine solche Entschuldigung ist allerdings nur in engen Grenzen möglich.

- 7.) Die Kosten eines Inkassobüros stellen einen Verzugsschaden nach Art. 106 OR dar und können auf den Schuldner abgewälzt werden, wenn der Beizug nach der Verkehrsauffassung und den konkreten Umständen als angemessene Reaktion des Gläubigers auf die Zahlungsverweigerung des Schuldners zu betrachten ist. Massgebend ist dabei, wie der Gläubiger die Situation ex ante, vor Einleitung der Rechtsschritte, nach Treu und Glauben einschätzen durfte und musste.
- 8.) Nach zutreffender, herrschender Ansicht in der Schweiz und in Deutschland ist der Gläubiger grundsätzlich als befugt zu betrachten, auf Kosten des Schuldners ein Inkassobüro einzuschalten. Durch Erfahrung, Wissen und Information, über die ein Gläubiger in der Regel nicht verfügt, können die Inkassobüros eine effiziente Geltendmachung der Forderung garantieren.
- 9.) Unter besonderen Umständen kann aber die Beauftragung eines Inkassobüros als unangebracht erscheinen und damit eine Überbindung der entsprechenden Kosten auf den Schuldner ausschliessen. Es sind dies insbesondere: Die Einschaltung eines Inkassobüros vor Vornahme der zumutbaren Eigenbemühungen durch den Gläubiger, wozu insbesondere zwei bis drei Mahnungen gehören; Inkassobemühungen, obwohl der Schuldner klar zu erkennen gibt, dass er die Forderung erst nach gerichtlicher Klärung bezahlen will; Beauftragung eines Inkassobüros, obwohl der Schuldner offensichtlich nicht in der Lage ist, die Forderung zu begleichen.
- 10.) Der Gläubiger kann die Inkassokosten gegenüber dem Schuldner grundsätzlich in dem Umfang geltend machen, in dem er sie selbst zu bezahlen hat.
- 11.) Eine Reduktion der Schadenersatzpflicht des Schuldners gegenüber demjenigen Betrag, den der Gläubiger dem Inkassobüro schuldet, kommt namentlich aus folgenden Gründen in Betracht: Das Inkassobüro macht eine zu hohe Forderung geltend; es werden Bemühungen in Rechnung gestellt, die nicht zum Inkasso gerechnet werden können; der Gläubiger ist der haftpflichtrechtlichen Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen. Letztere beinhaltet, dass der Gläubiger bei Auswahl, Instruktion und Überwachung des Inkassobüros darauf hinwirken muss, dass die Inkassokosten im Interesse des Schuldners möglichst niedrig bleiben.
- 12.) Der Gläubiger kann dem Schuldner auch Inkassokosten weiterverrechnen, die sich aus einer vom Streitwert abhängigen Grundgebühr und standardisiert berechneten

Gebühren für die einzelnen Bemühungen zusammensetzen. Wenn und soweit jedoch die Inkassokosten ganz oder teilweise auf einer erfolgsabhängigen Gebühr (Erfolgshonorar) beruhen, sind sie vom Schuldner nicht zu ersetzen.

- 13.) Art. 27 Abs. 3 SchKG verbietet es lediglich, dem Schuldner die Kosten für Aufwendungen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Betreibungsverfahren stehen, aufzuerlegen. Kosten für Inkassobemühungen vor und ausserhalb des Betreibungsverfahrens können jedoch dem Schuldner nach den allgemeinen Regeln des OR verrechnet werden.
- 14.) Kosten für Aufwendungen, die, wie etwa Vergleichsgespräche und die Vereinbarung von Abschlagszahlungen, der ausseramtlichen Geltendmachung der Forderung dienen, können dem Schuldner unabhängig davon, ob später die Betreibung eingeleitet wird oder nicht, verrechnet werden.
- 15.) Bezahlt der Schuldner die Forderung vor Einleitung der Betreibung, können dem Schuldner sämtliche Inkassobemühungen überbunden werden.
- 16.) Bei Aufwendungen, die sowohl der Einleitung der Betreibung als auch der aussergerichtlichen Geltendmachung dienen, muss danach differenziert werden, zu welchem Zweck und in welchem Zusammenhang sie erfolgen. Kosten für Abklärungen über den Forderungsbestand, die in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Einleitung der Betreibung stehen, müssen wohl zu den nach Art. 27 Abs. 3 SchKG nicht abwälzbaren Kosten gezählt werden. Solche Abklärungen können höchstens dann dem Schuldner überbunden werden, wenn sie deutlich vor der Einleitung der Betreibung erfolgen und damit klar der ausseramtlichen Geltendmachung der Forderung zugeordnet werden können.
- 17.) Für Inkassobemühungen, die nach erfolglosen betreibungsrechtlichen Schritten erfolgen, hat der Schuldner wiederum Ersatz zu leisten.