



## Verzug, Inkasso und AGB

ARNOLD F. RUSCH\*

*Immer wieder sehen sich Konsumenten horrenden Inkassogebühren und dramatischen Inkassomassnahmen ausgesetzt, deren Grundlagen auf wackligen Füßen stehen. Dieser Aufsatz richtet den Fokus auf die in gängigen allgemeinen Geschäftsbedingungen vorzufindenden Klauseln und zeigt Lösungen auf, die aus verschiedenen Rechtsgebieten und dem gesamten AGB-Korrektiv stammen.*

*Les consommateurs sont régulièrement confrontés à des frais de recouvrement exorbitants et à des mesures de recouvrement drastiques qui reposent sur des bases bancales. Le présent article met l'accent sur les clauses qui figurent dans les conditions générales usuelles et montre les solutions provenant de différents domaines juridiques et des correctifs relatifs aux CG.*

### Inhaltsübersicht

- I. Was braucht es, damit auch die AGB der Inkassogesellschaft gelten?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- II. Können AGB von Mahnung oder Nachfristsetzung dispensieren?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- III. Ist es in AGB möglich, Verzugszinsen schon ab Transaktionsdatum zu veranschlagen?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- IV. Kann man die Kosten des beigezogenen Inkassobüros dem Vertragspartner überwälzen?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- V. Was alles gehört zu einem abwälzungsfähigen Verzugsschaden?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- VI. Darf man für die Mahnung in AGB überhaupt Kosten veranschlagen?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- VII. Können AGB auch Verzugszinsen auf Beträgen vorsehen, bei denen kein Verzug vorliegt?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- VIII. Quid, wenn eine an sich zulässige Schadenspauschalierung in AGB zu hoch ausfällt?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion

- IX. Lässt sich ein Verzugszins von 12% in AGB angreifen?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- X. Quid, wenn die Anbieter Verzugszinsen und Gebühren verlangen?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- XI. Kann man in AGB in die provisorische Rechtsöffnung einwilligen?
  - A. Problem
  - B. Beispiele
  - C. Diskussion
- XII. Welche Reaktionsmöglichkeiten stehen den betroffenen Schuldner offen?
- XIII. Schlusswort

Ein kleines Beispiel kann die kombinierte Problematik des Verzugs, allgemeiner Geschäftsbedingungen und des Inkassowesens gut erläutern. Wer bei Mobilezone etwas auf Rechnung kauft, hat automatisch einen neuen Gläubiger. Wer die erhaltene Rechnung nicht innert der darauf angegebenen Frist bezahlt, die ab Rechnungsdatum läuft, sieht sich ohne Mahnung im Verzug. Zinsen und diverse Gebühren sind die Folge. Dann folgt die ebenfalls gebührenpflichtige Übergabe der Forderung an ein Inkassobüro, die sich an einer Verzugsschadentabelle eines Inkassoverbandes orientiert. All das sehen die AGB des neuen Gläubigers vor, die man gemäss den AGB von Mobilezone auch übernimmt. Was auf den ersten Blick wie ein kohärentes System aussieht, würde in Individualvereinbarungen zumindest teilweise sicher funktionieren. In AGB schleichen sich diese Regelungen jedoch durch die Hintertür in den Vertrag und sehen kontraintuitive und über-rissene Lösungen vor, die nach einem Korrektiv rufen.

Die nachfolgenden Überlegungen richten den Fokus auf die im Alltag relevanten Fragen. Ziel ist es, eine Lösung anhand bereits existierender Schweizer Lehre und

\* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

Rechtsprechung zu finden. Der Beizug ausländischer Gesetzgebung erfolgt zur Plausibilisierung eigener Ideen und als Beweis, dass der Gesetzgeber auch Schweizer Gesetze ähnlich konkret ausgestalten könnte, um die Anwendbarkeit im Alltag zu erleichtern.

## I. Was braucht es, damit auch die AGB der Inkassogesellschaft gelten?

### A. Problem

Häufig stützen sich Inkassogebühren und weitere Einzelheiten des Verzugs auf AGB von Inkassobüros, mit denen man keinen Vertrag geschlossen hat.

### B. Beispiele

«Sofern sich der Kunde für die Zahlungsvariante *«Kauf auf Rechnung»* entscheidet, wird die Rechnungsstellung und der Zahlungseinzug von einem Drittanbieter im Namen und Auftrag der MediaMarkt E-Commerce abgewickelt. Der Drittanbieter ist ausschliesslicher Ansprechpartner für alle Fragen zur Rechnung. Die Zahlungsvariante *«Kauf auf Rechnung»* richtet sich ausschliesslich an handlungsfähige Privatpersonen mit Wohnsitz in der Schweiz oder Liechtenstein, wobei die Rechnungs- und Lieferadressen identisch sein müssen. Die Zahlungsvariante *«Kauf auf Rechnung»* folgt den separaten Vertragsbedingungen des Drittanbieters, welche ergänzend zu diesen AGB zur Anwendung kommen.»<sup>1</sup>

«Wünscht der Kunde eine Zahlung gegen Rechnung, tritt mobilezone die Forderung an den Zahlungspartner Availabill (nachfolgend AB) ab, sofern der Kunde zusätzlich eine natürliche und volljährige Person ist und nach AB eine genügende Bonität aufweist. Bei Zahlung auf Rechnung finden zusätzlich zu den AGB der mobilezone auch die AGB von AB Anwendung, welche hier einsehbar sind. Wünscht der Kunde die Jahresgebühr monatlich ab-zuzahlen, erklärt er sich bereit, dass die monatliche Gebühr seiner Kreditkarte belastet wird. Der Kunde erklärt sich mit der Geltung der AGB von AB mit Bezug auf die Bezahlung der abgetretenen Forderung einverstanden. AB führt in Echtzeit eine Bonitätsprüfung des Kunden durch. Auf der Bestellbestätigung und/oder Rechnung genannte Zahlungsfristen beginnen mit dem Rechnungsdatum. Bezahlt der Kunde den Rechnungsbetrag nicht in-

nerhalb dieser Frist, gerät er ohne weitere Mahnung in Verzug.»<sup>2</sup>

Der in den AGB von mobilezone enthaltene Link weist auf die AGB der availabill AG, die folgende Klausel enthalten: «Sämtliche weitere Aufwendungen und Auslagen der availabill im Zusammenhang mit der Einbringung von ausstehenden Beträgen, insbesondere Gebühren für die Übergabe der Forderung an eine Inkassostelle sowie die entstandenen Inkassokosten, sind von Ihnen zu zahlen. availabill ist im Verzugsfall berechtigt, die Forderung an Dritte zum Inkasso zu übergeben. Mit der Inkassoübergabe belastet availabill Ihnen Inkassospesen gemäss Verzugsschaden-Tabelle des Verbands Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute, einzusehen unter [www.vsi1941.ch](http://www.vsi1941.ch)»<sup>3</sup>

«Der Kunde trägt sämtliche Kosten, die Swisscom durch den Zahlungsverzug entstehen. Insbesondere schuldet der Kunde Swisscom einen Verzugszins von 5% sowie eine **Mahngebühr von CHF 30.– pro Mahnung**. Swisscom kann jederzeit Dritte für das Inkasso beiziehen. **Der Kunde hat hierfür dem beigezogenen Dritten direkt Mindestgebühren zu bezahlen und ihm darüber hinaus dessen individuelle Aufwände und Auslagen zu entschädigen, die für das Inkasso notwendig sind.** Details sind auf [www.swisscom.ch/inkasso](http://www.swisscom.ch/inkasso) ersichtlich.»<sup>4</sup>

### C. Diskussion

Das Zugänglichkeitserfordernis erfasst die vorliegende Problematik. PERRIG schreibt dazu: «Die Weiterverweisung auf andere AGB ist im Grundsatz zulässig, da durch die Aufspaltung des Regelungsgehalts auf mehrere Klauselwerke für sich genommen noch keine Intransparenz geschaffen wird. Damit sie aber effektiv Gültigkeit beanspruchen kann, muss vom Verwender die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme auch hinsichtlich der verwiesenen AGB in gleicher Weise wie hinsichtlich der verweisenden AGB erfüllt werden, ansonsten sind die AGB aus sich heraus nicht verständlich.»<sup>5</sup> Daraus folgt m.E. klar,

<sup>1</sup> Ziff. 4.5 der AGB von Mediamarkt, Internet: <https://www.mediamarkt.ch/de/shop/rechtliches/agb.html> (Abruf 8.7.2021).

<sup>2</sup> Internet: <https://www.mobilezone.ch/de/home/agb.html> (Abruf 8.7.2021).

<sup>3</sup> AGB der «availabill AG», Internet: <https://availabill.ch/agb/> (Abruf 8.7.2021); vgl. die dort verlinkte Verzugsschaden-Tabelle, Internet: [https://inkassoverband.ch/wp-content/uploads/2020/05/20200518-vsi-G1%C3%A4ubigerschaden\\_extern.pdf](https://inkassoverband.ch/wp-content/uploads/2020/05/20200518-vsi-G1%C3%A4ubigerschaden_extern.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>4</sup> AGB von Swisscom, Internet: [https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agb-dienstleistung\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agb-dienstleistung_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>5</sup> ROMAN PERRIG, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-Verfasser), N 148 und

dass bei Vorliegen physischer AGB die Aushändigung der Unter-AGB notwendig ist. Muss der AGB-Verwender zusätzlich den Einbezug der Unter-AGB erwähnen? Diese Frage ist eindeutig zu bejahen. Aus ungelesenen AGB kann sich kein Wille zum Einbezug der Unter-AGB ergeben. Der Hinweis hat *ab initio* auf die gesamten AGB zu erfolgen und damit explizit auch auf die Unter-AGB, ansonsten der Einbezug der nicht erwähnten Teile nicht gelingen kann. PERRIG schreibt dazu folgerichtig: «Jede weitere Einbeziehung von neuen Klauselwerken erschwert die Übersicht [...] und verschärft die Anforderungen an den angemessen deutlichen Hinweis [...] um ein Vielfaches.»<sup>6</sup> Für jedes dieser Werke gilt deshalb, dass der Verwender diese explizit erwähnen und auf adäquate Weise zugänglich machen muss, ansonsten sie keine Geltung erlangen.<sup>7</sup> Alle drei Beispiele erfüllen diese Voraussetzungen nicht: Sie verweisen *erstens* nur in den AGB auf die Unter-AGB und *zweitens* im Falle von Mediamarkt auf einen unbekannteren Drittanbieter, dessen AGB unauffindbar bleiben.

## II. Können AGB von Mahnung oder Nachfristsetzung dispensieren?

### A. Problem

Die Mahnung lässt den Verzug mit Zinsen und Schadenersatzpflicht beginnen (Art. 102 ff. OR). Die Nachfrist gibt dem Schuldner eine letzte Chance, die einschneidenden Folgen der Wahlrechte abzuwenden (Art. 107 OR). Diverse AGB sehen davon abweichende Lösungen vor.

N 126 Fn 392: «Inwiefern eine Staffilverweisung tatsächlich Geltung erlangt, hängt hauptsächlich davon ab, ob der Kunde auch in Bezug auf die verwiesenen AGB die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme hat»; RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Zürich 2004, N 1665: «Zu vermeiden ist auch die indirekte Übernahme (Verschachtelung), indem in (z.B. in der Rangordnungsklausel der Vertragsurkunde) übernommenen AGB auf weitere AGB verwiesen wird, die (mitgelten) sollen. Solche (mitübernommenen) AGB können aus verschiedenen Gründen nicht gelten [...]. Zudem lässt sich der Wille der Gegenpartei, derart (verschleierte) AGB zuzustimmen, oft nicht nachweisen.»

<sup>6</sup> ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss., Basel 2011, 118.

<sup>7</sup> PERRIG (FN 6), 117 f.; vgl. auch zu *Sammelverweisungen* Kramer/Probst/Perrig-Perrig (FN 5), N 126: «Beim Einbezug mehrerer verschiedener (kollektiv übernommener) AGB (sog. Sammelübernahme) sollte der Verweis in der Vertragsurkunde eine klare Auflistung aller tatsächlich anwendbaren Regelwerke enthalten und dabei ein in sich geschlossenes Rang- bzw. Subordinationsverhältnis aufweisen, damit das Gesamtwerk in sich transparent bleibt.»

### B. Beispiele

«Auf der Bestellbestätigung und/oder Rechnung genannte Zahlungsfristen beginnen mit dem Rechnungsdatum. Bezahlt der Kunde den Rechnungsbetrag nicht innerhalb dieser Frist, gerät er ohne weitere Mahnung in Verzug.»<sup>8</sup>

«Leisten Sie die Zahlungen nicht bis zum jeweiligen Fälligkeitstermin (Verfalltag), so befinden Sie sich ohne weitere Mahnung in Verzug. Pro Mahnung werden Mahngebühren von max. CHF 30 sowie auch Verzugszinsen gemäss separater Gebührenübersicht in den AGB des Händlers, mindestens aber die in obiger Ziffer 1 genannten, auf dem jeweils ausstehenden Betrag berechnet und diese sind von Ihnen in jedem Fall zu begleichen.»<sup>9</sup>

«Kommt der Kunde seiner Zahlungspflicht innert der Zahlungsfrist nicht nach bzw. verzichtet er auf einen begründeten Einwand, so gerät er mit Ablauf dieser Frist ohne weitere Mahnung in Verzug und hat Verzugszinsen von 6% zu bezahlen. Verzug tritt auch ein, wenn ein Teilbetrag der Rechnung bestritten wird und der unbestrittene Teil nicht bezahlt wird oder wenn Sunrise den Einwand des Kunden als unbegründet zurückgewiesen hat. Gemäss Ziff. 11 oder 17 darf Sunrise sodann die Dienstleistungen sperren und den Vertrag kündigen»; vgl. Ziff. 17: «Sunrise hat bei Vorliegen wichtiger Gründe das Recht, die entsprechenden Verträge mit dem Kunden bzw. sämtliche oder einzelne darin enthaltene Dienstleistungen fristlos zu kündigen. Ein wichtiger Grund liegt insbesondere vor, wenn [...] f) der Kunde nach mehrmaliger Mahnung in Zahlungs- bzw. Leistungsverzug ist; [...].»<sup>10</sup>

«Auf dem Monatsauszug des Hauptkarteninhabers werden auch sämtliche mit der Begleitkarte getätigten Einkäufe und sonstigen Karteneinsätze aufgeführt. Die Bank hat innerhalb des auf dem jeweiligen Monatsauszug angegebenen Zeitraums wenigstens den vom Rückzahlungsprogramm vorgesehenen Mindestbetrag zu erhalten. Sollte die Bank bis zum angegebenen Datum nicht im Besitze der vorgesehenen Zahlung sein oder sollte der bezahlte Betrag geringer als das vorgesehene Minimum sein, wird der Hauptkarteninhaber ohne jede weitere Mahnung für den gesamten Schuldsaldo als in Verzug betrachtet, und zwar mit allen diesbezüglichen rechtlichen Folgen. Mit dem Verzug des Hauptkarteninhabers wird auch der gesamte Saldo eventuell weiterer, auf densel-

<sup>8</sup> Internet: <https://www.mobilezone.ch/de/home/agb.html> (Abruf 8.7.2021).

<sup>9</sup> AGB der «availabill AG», Internet: <https://availabill.ch/agb/> (Abruf 8.7.2021).

<sup>10</sup> Internet: [https://www.sunrise.ch/medias/sys\\_master/Sunrise/sunrise/hcd/h58/8823097065502/Allgemeine-Gesch-fitsbedingungen.pdf](https://www.sunrise.ch/medias/sys_master/Sunrise/sunrise/hcd/h58/8823097065502/Allgemeine-Gesch-fitsbedingungen.pdf) (Abruf 8.7.2021).

ben Inhaber lautender Auszüge unmittelbar zur Zahlung fällig.»<sup>11</sup>

«In Ermangelung eines Zahlungseingangs bei time-Sensor AG gerät der Kunde auch ohne Mahnung spätestens 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung bzw. Zahlungsaufstellung in Verzug.»<sup>12</sup>

«Der Rechnungsbetrag ist bis zu dem auf der Rechnung angegebenen Fälligkeitsdatum zu bezahlen. Ist kein solches angegeben, gilt als Fälligkeitsdatum das Rechnungsdatum plus 30 Tage. [...] Hat der Kunde bis zum Fälligkeitsdatum weder die Rechnung vollumfänglich bezahlt noch schriftlich und begründet Einwände dagegen erhoben, fällt er ohne weiteres in Verzug und Swisscom kann soweit gesetzlich zulässig die Leistungserbringung bei allen Dienstleistungen unterbrechen, weitere Massnahmen zur Verhinderung wachsenden Schadens treffen und/oder den Vertrag frist- und entschädigungslos auflösen.»<sup>13</sup>

### C. Diskussion

Die Mahnung weist eine eminente Schuldnerschutzfunktion auf: «Sie muss dem Schuldner inhaltlich nicht nur klar zum Ausdruck bringen, dass der Gläubiger die versprochene Leistung endgültig verlangt, sondern auch deren Art und Höhe richtig bezeichnen [...]»<sup>14</sup> Dispensiert ein Vertrag von der Mahnung, kommt die beschriebene, empfangsbedürftige<sup>15</sup> Leistungsaufforderung eben nicht mehr zum Ausdruck. Bei Verabredung eines Verfalltags im Sinne von Art. 102 Abs. 2 OR stellt die ausbleibende Mahnung kein Problem dar, «[...] weil sich der Schuldner unter den genannten Voraussetzungen ohne besonderen Hinweis darüber im Klaren sein muss, wann er seine Verbindlichkeit zu erfüllen hat [...]»<sup>16</sup> Diese Erklärung zeigt, dass es sich bei der Verfalltagsabrede um einen bewussten Vorgang handeln muss, der sich aus vermutungsweise

ungelesenen<sup>17</sup> AGB nicht herleiten lässt. Entsprechende Klauseln können deshalb im Inkassowesen gravierende Schäden anrichten.

Diese Ansicht reflektiert der deutsche § 309 Nr. 4 BGB besonders anschaulich: «Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam [...] 4. eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Frist für die Leistung oder Nacherfüllung zu setzen.» Eine ähnlich konkrete Norm fehlt in der Schweiz. Im Miet- und Versicherungsvertragsrecht existieren jedoch dazu passende Leitbilder: Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 98 Abs. 1 VVG und Art. 257d Abs. 1 OR sehen eine zwingende Nachfristsetzung vor.

Wie müsste man das Korrektiv zu diesen Klauseln hierzulande begründen? Die Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 8 UWG bieten gute Ansätze. Das aufgrund fehlender Mahnung und Nachfristsetzung unbewusst einsetzende Verzugsregime vermag das ursprünglich ausgewogene Verhältnis von vertraglichen Leistungen und Pflichten gravierend zu verschieben: Ohne Mahnung sieht sich der Schuldner plötzlich einer Zins- und Schadenersatzpflicht sowie einer Zufallhaftung ausgesetzt. Ohne Nachfrist wandelt sich das Synallagma ebenso plötzlich in ein äusserst unvorteilhaftes Abwicklungsverhältnis mit Schadenersatzpflichten. Was nach dispositivem Recht eine klare und empfangsbedürftige Ankündigung erfährt, schleicht sich in den zitierten AGB unerkannt durch die Hintertüre in den Vertrag – mit Nachteilen, die weit über das hinausreichen, was das dispositive Verzugsrecht vorsieht. Auch diese besonderen Nachteile müssen in die Würdigung einfließen.<sup>18</sup> Im Sinne eines Fazits lässt sich somit festhalten, dass sich ein Verzicht auf Mahnung oder Nachfristsetzung nur mittels Individualvereinbarung erzielen lässt.

<sup>11</sup> AGB der Bank Cornercard, Ziff. 4, Internet: [https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms\\_credit\\_pers\\_de.pdf](https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_credit_pers_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>12</sup> Ziff. 2.1, Internet: <https://timesensor.de/wp-content/uploads/2018/06/AGB-180219-DE.pdf> (Abruf 8.7.2021).

<sup>13</sup> Ziff. 7, Internet: [https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agb-dienstleistung\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agb-dienstleistung_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>14</sup> BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND, Art. 102 N 5, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 7. A., Basel 2020 (zit. BSK OR I-Verfasser).

<sup>15</sup> BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 14), Art. 102 N 7, m.w.H.

<sup>16</sup> BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 14), Art. 102 N 10; vgl. Art. 102 Abs. 2 OR.

<sup>17</sup> OGer ZH, 2.8.1988, in: ZR 1991, Nr. 2, E. II/4: «Bei der Übernahme eines vorgeformten Inhaltes durch blossen Verweis besteht eine Vermutung für eine blosser Globalerklärung (Schönenberger/Jäggi a.a.O. Art. 1 N. 465).»

<sup>18</sup> Vgl. BGE 138 III 411 E. 3.1.

### III. Ist es in AGB möglich, Verzugszinsen schon ab Transaktionsdatum zu veranschlagen?

#### A. Problem

AGB sehen teilweise eine Verzinsung der Forderung ab Transaktionsdatum vor, wenn es zum Verzug kommt. Wiederum andere AGB sehen *ab initio* eine Verzinsung ab Rechnungsdatum vor.

#### B. Beispiele

*«Auf sämtliche Belastungen (ausser auf aufgelaufenen Zinsen) des Kartenkontos wird der vereinbarte (Kredit-) Zins ab Buchungsdatum erhoben. Wird der Rechnungsbetrag fristgerecht bis zu dem auf der Monatsrechnung angegebenen Zahlungsdatum vollständig bezahlt, werden für die Belastungen dieser Rechnungsperiode (ausgenommen Saldoübertrag aus früheren Rechnungen) die Zinsen erlassen. Wird der Rechnungsbetrag nicht oder nur teilweise bis zu dem auf der Monatsrechnung angegebenen Zahlungsdatum bezahlt, werden Zinsen auf alle Belastungen (ausser auf aufgelaufene Zinsen) bis zum Eingang einer Teilzahlung und danach auf den offenen Restsaldo bis zu dessen Zahlungseingang erhoben. Massgeblich ist der Zahlungseingang bei Swisscard.»<sup>19</sup>*

*«Die Bank belastet keine Zinsen, wenn der auf dem Monatsauszug ausgedruckte zu bezahlende Gesamtbetrag innerhalb der auf dem Monatsauszug angegebenen Frist bei der Bank eintrifft. Wenn die Zahlung auf Raten (Kreditoption) oder mit Verspätung erfolgt, erhebt die Bank auf alle Transaktionen ab Verbuchungsdatum bis zur vollständigen Bezahlung einen Jahreszinssatz gemäss Vereinbarung Kreditoption bzw. gemäss «Preise, Zinsen und Gebühren»-Tabelle.»<sup>20</sup>*

*«Wird der Rechnungsbetrag oder der Mindestbetrag inkl. Gebühren und allfälligen Zinsen nicht in vollem Umfang fristgerecht bezahlt, befinden Sie sich im Verzug. Diesfalls werden Ihnen auf dem gesamten Ausstand ab Einkaufsdatum der Jahreszins gemäss Gebührentabelle als Verzugszins sowie pro Zahlungserinnerung Mahnge-*

*bühren gemäss Gebührentabelle belastet. Bei Zahlungsrückständen kann RMS zudem jederzeit den gesamten Ausstand zur sofortigen Zahlung einfordern und Ihnen die weitere Bezahlung mit MR verweigern.»<sup>21</sup>*

#### C. Diskussion

Dieses Problem unterscheidet sich nicht von der Fragestellung, ob AGB von der Mahnung dispensieren können (siehe oben). Der Effekt ist in beiden Fällen identisch: Ein gewöhnliches Geschäft verändert sich im Ergebnis aufgrund vermutungsweise ungelesener AGB unerkannt zu einem Verfalltagsgeschäft im Sinne des Art. 102 Abs. 2 OR. Im kaufmännischen Verkehr stellt dies kein gravierendes Problem dar, da das Gesetz bei diesem in Art. 190 OR ähnliche Regelungen vermutet. Im Verhältnis zu Konsumenten existiert jedoch keine entsprechende Usanz. Die Folgen dieser Verzinsung verschärfen sich angesichts der Tatsache, dass die Anwender meist den Maximalzinssatz von 12% anwenden.

### IV. Kann man die Kosten des beigezogenen Inkassobüros dem Vertragspartner überwälzen?

#### A. Problem

Wer seine eigenen Forderungen vor Gericht einklagt, erhält regelmässig keine Parteientschädigung. Einzig die Kosten der anwaltlichen Vertretung erfassen die Gerichte im Rahmen der Prozessentschädigung. Für die vorgegerichtliche Inkassotätigkeit vor Betreibungs- und Konkursämtern schliesst Art. 27 Abs. 2 SchKG einen Kostenersatz gänzlich aus: *«Die Kosten der Vertretung im Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern dürfen nicht der Gegenpartei überbunden werden.»* Zu prüfen ist, was dies für die Inkassotätigkeit generell bedeutet.

#### B. Beispiele

*«availabill ist im Verzugsfall berechtigt, die Forderung an Dritte zum Inkasso zu übergeben. Mit der Inkassoubergabe belastet availabill Ihnen Inkassospesen gemäss Verzugschaden-Tabelle des Verbands Schweizerischer In-*

<sup>19</sup> Ziff. 18.2, Internet: <https://www.swisscard.ch/dam/jcr:ad9360c7-a196-44e6-9b81-c4e5df65210e/allgemeine-geschaeftsbedingungen-privatkunden-swisscard-de.pdf> (Abruf 8.7.2021).

<sup>20</sup> AGB der Bank Cornercard, Ziff. 5, Internet: [https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms\\_credit\\_pers\\_de.pdf](https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_credit_pers_de.pdf) (Abruf 8.7.2021). Die darin angesprochene Tabelle findet sich hier: [https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms\\_tab\\_gen\\_de.pdf](https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_tab_gen_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>21</sup> Internet: [https://paycard.ch/de/agb\\_mr.pdf](https://paycard.ch/de/agb_mr.pdf) (Ziff. 5.3. der AGB von Microspot verweist darauf, vgl. Internet: <https://www.microspot.ch/de/cms/unternehmen/agb> [beide Abruf 8.7.2021]).

kassotreuhandinstitute, einzusehen unter [www.vsi1941.ch](http://www.vsi1941.ch).»<sup>22</sup>

Vgl. das Beispiel bei FN 20.

«Für die erste Mahnung werden Mahngebühren von CHF 10 und für jede weitere Mahnung Gebühren von CHF 15 verlangt. Werden die offenen Beträge (inkl. Verzugszinsen und Mahngebühren) nicht überwiesen, wird die Einforderung von der Ideal Payment AG übernommen, welche dabei zusätzlich zum Verzugszins und den Mahngebühren berechtigt ist, Gebühren als Verzugs-schaden geltend zu machen.»<sup>23</sup>

### C. Diskussion

Es ist tatsächlich so, dass die Vertretung im Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern die unterliegende Gegenpartei nichts kosten darf. Art. 27 Abs. 2 SchKG gilt lediglich in den gerichtlichen Verfahren des SchKG nicht.<sup>24</sup> Dort soll für Inkassobüros als Vertreter des Gläubigers ein reduzierter Satz gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO anwendbar sein.<sup>25</sup> In den gerichtlichen Verfahren ausserhalb des SchKG kommt es nur zu einer Entschädigung im Falle des Beizugs eines Anwalts. Die Vertretung durch ein Inkassobüro steht in diesen Verfahren nicht offen; sämtliche anderen Formen der juristischen Unterstützung ausserhalb der anwaltschaftlichen Vertretung bleiben ohne Entschädigung.<sup>26</sup>

Ein Inkassobüro erhält folglich für die Unterstützung während des Prozesses aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nichts. Im Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern erhält es aufgrund des Gesetzes nichts. Weshalb sollte es dann ausgerechnet für die vorgängig zu diesen Verfahren geleisteten Bemühungen

etwas erhalten? In dieser Phase lassen sich in der Rechtsprechung bestenfalls vorprozessuale Anwaltskosten finden, die Gerichte nur bei *Notwendigkeit* als Schadensposten akzeptieren.<sup>27</sup> Die parlamentarische Diskussion zu Art. 27 Abs. 2 SchKG aus dem Jahr 1993 zeugt vom klaren Verständnis, dass der Schuldner die Kosten der Vertretung durch ein Inkassobüro zu *keinem Zeitpunkt* tragen muss.<sup>28</sup> Die Begründung stützte sich massgebend darauf,

<sup>27</sup> BGer, 4A\_264/2015, 10.8.2015, E. 3: «Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können vorprozessuale Anwaltskosten haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens bilden, aber nur wenn sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nur soweit, als sie nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind [...]»

<sup>28</sup> Damals ging es noch um Abs. 3 von Art. 27 SchKG; AB 1993 IV S 642, Votum Salvioni: «La décision de la majorité est justifiée par le fait que les formalités nécessaires devant les autorités des poursuites et des faillites sont très simples et ne demandent ni trop de travail ni une représentation. Le texte du Conseil national pourrait laisser entendre que les frais de représentation avant les actes 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», und Votum Koller: «Das Überwälzungsverbot, an dem der Bundesrat und die Mehrheit Ihrer Kommission festhalten möchten, beruht auf sozialen Ueberlegungen. Der Schuldner soll nicht zusätzlich zu Kapitalforderung, Zins- und Betreibungskosten noch mit weiteren Kosten belastet werden, soweit es um die Handlungen vor den Betreibungsbeamten geht. Ich gebe Herrn Küchler recht: Damit verlangt das SchKG vom Gläubiger ein gewisses Opfer; weil er, wenn er ein Inkassobüro beauftragt, diese Vertretungskosten nicht überwälzen kann»; vgl. auch BBl 2014 8676: «Es ist im Gesetzestext klarzustellen, dass die Kosten der Vertretung nicht der Gegenseite überbunden werden dürfen. Dies entspricht dem geltenden Recht, der Gesetzeswortlaut hat bislang allerdings nur eine Überbindung der Vertretungskosten an den Schuldner verboten»; vgl. besonders deutlich ROLF WEBER/SUSAN EMMENEGGER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, 2. A., Bern 2020 (zit. BK-WEBER/EMMENEGGER), Art. 103 OR N 23: «Nicht ersetzt werden die Kosten für ein Inkassounternehmen [...] und die Kosten der ersten Mahnung, weil sich der Schuldner bis zur Inverzugsetzung durch Mahnung [...] nicht in Verzug befindet [...]», sowie Art. 106 OR N 22: «Gebühren für die berufsmässige Vertretung des Gläubigers im Betreibungsverfahren dürfen nicht abgewälzt werden; Art. 106 OR kann die durch den Schuldnerverzugs verursachten Inkassomandatarschulden nicht umfassen, weil die Sonderregelung von Art. 27 Abs. 2 SchKG vorgeht. Dies gilt auch für das vorprozessuale Inkassomandat»; Bundesrat, Rahmenbedingungen der Praktiken von Inkassounternehmen, Bericht des Bundesrates vom 22. März 2017 in Erfüllung des Postulates Comte 12.3641 vom 15. Juni 2012, Internet: <https://www.ejpd.admin.ch/dam/bj/de/data/aktuell/news/2017/2017-03-22/ber-br-d.pdf.download.pdf/ber-br-d.pdf> (Abruf 8.7.2021), 18: «Dagegen erscheint es naheliegend, den Grundgedanken von Artikel 27 Absatz 3 Satz 2 SchKG auch als Massstab für die Beurteilung der Gebotenheit des Beizugs einer professionellen Vertretung heranzuziehen: Das Verbot, die Kosten der Vertretung im Zwangsvollstreckungsverfahren dem Schuldner aufzuerlegen, wurde bei seiner Einführung wie erwähnt damit begründet, dass das Verfahren ein-

<sup>22</sup> AGB der «availabill AG», Internet: <https://availabill.ch/agb/> (Abruf 8.7.2021).

<sup>23</sup> Ziff. 11, Internet: [https://basefit.ch/wp-content/uploads/2020/12/AGB-gu%CC%88ltig-ab-November-2020\\_Regensdorf.pdf](https://basefit.ch/wp-content/uploads/2020/12/AGB-gu%CC%88ltig-ab-November-2020_Regensdorf.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>24</sup> DOMINIK MILANI, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 4. A., Zürich 2017 (zit. Schulthess-Verfasser), Art. 27 N 10 f.; OGer ZH, RT180012, 13.4.2018, E. 6.1.

<sup>25</sup> Schulthess-MILANI (FN 24), Art. 27 N 10: «Bei der Bemessung der Parteientschädigung kann jedoch nicht auf die kantonalen Tarife für den Beizug eines Anwalts abgestellt werden. Vielmehr ist diesfalls auf einen reduzierten Ansatz abzustellen; die Reduktion liegt im Ermessen des Gerichts und hat m.E. im Bereich von 10–30% des massgeblichen Ansatzes für den Beizug eines Anwalts zu liegen»; im Kanton Bern sind es 30–50% des anwaltlichen Tarifes, vgl. OGer BE, Kreisschreiben Nr. 7, Internet: [https://www.justice.be.ch/justice/de/index/zivilverfahren/zivilverfahren/kreisschreiben.assetref/dam/documents/Justice/OG/de/KS\\_ZA/Kreisschreiben\\_Nr\\_7\\_Zivilabteilung.pdf](https://www.justice.be.ch/justice/de/index/zivilverfahren/zivilverfahren/kreisschreiben.assetref/dam/documents/Justice/OG/de/KS_ZA/Kreisschreiben_Nr_7_Zivilabteilung.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>26</sup> BGer, 4A\_233/2017, 28.9.2017, E. 4.5.

dass die Verfahren vor den Betreibungsämtern einfach zu führen sind, was *a fortiori* für die vorgängigen Inkassotätigkeiten und für die Kosten der Übergabe an die Inkassobüros<sup>29</sup> gilt.<sup>30</sup>

*fach und <der Beizug eines gewerbmässigen Vertreters [...] meistens nicht nötig> ist. In majore minus liesse sich nun argumentieren, dass dies umso mehr auch für vorangehende, von ihrer Natur her sicherlich noch einfacher auszuführende Tätigkeiten gelten muss.»*

<sup>29</sup> Vgl. dazu das Beispiel von Swisscom (bei FN 70).

<sup>30</sup> BK-WEBER/EMMENEGGER (FN 28), Art. 106 OR N 22 Fn 14 f., m.w.N.; Zivilgericht BS, V.2016.683, 18.10.2016, in: BJM 2018, 28, E. 7.3: «Der gesetzliche Weg für das Eintreiben einer Forderung besteht letztlich immer in der Einleitung eines Betreibungsverfahrens sowie allenfalls, sofern erforderlich, vor- oder nachgängig der gerichtlichen Durchsetzung auf dem Klageweg. In beiden Fällen ist die Entschädigung für den Beizug eines gewerbmässigen Vertreters gesetzlich geregelt. Es steht einer Gläubigerin grundsätzlich offen, andere oder zusätzliche Bemühungen zu unternehmen, um die Schuldnerin zu einer Zahlung zu bewegen, solange sie sich dazu nicht ungesetzlicher oder unlauterer Methoden bedient. Die Aufwendungen für solche zusätzlichen Massnahmen können aber nicht auf die Schuldnerin überwält werden, denn sie sind nicht erforderlich. Insbesondere aber wäre es stossend, einer Schuldnerin über die gesetzlich vorgesehene Parteientschädigung hinaus die Kosten eines gewerbmässigen Vertreters aufzuerlegen, welcher letztlich versucht hat, sie zu einer Zahlung zu bewegen, die nicht geschuldet ist oder die ihre Leistungsfähigkeit übersteigt und daher auf dem ordentlichen Betreibungsweg nicht durchgesetzt werden könnte. Dies kann auch nicht durch eine Bestimmung in den AGB der Klägerin ausgehebelt werden. Der geltend gemachte Verzugsschaden von CHF 285.– wird daher nicht zugesprochen»; vgl. KGer NW, 24/01 ZP/2, 16.10.2001, E. 2: «Bezüglich der von der Klägerin geltend gemachten Gläubigerkosten von Fr. 382.00 stellt sich die Frage, ob dieser entsprechende Schaden gutgeheissen werden kann. Dies muss für die Pauschale für Mahn- und Inkassokosten von Fr. 300.00 verneint werden. Der in den Inkassospesen bestehende Schaden, welche die Klägerin im Sinne eines Verspätungsschadens geltend macht, erwächst jedem Gläubiger eines renitenten Schuldners. Art. 68 Abs. 2 SchKG räumt dem Gläubiger das Recht ein, die anfallenden Betreibungskosten vorab zu erheben, so dass diese Kosten praktisch zur Schuld geschlagen werden (Kurt AMONN/Dominik GASSER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 6. Auflage, Bern 1997, N. 8 zu § 13). Dagegen können allfällige darüber hinausgehende Inkassospesen nicht als Verzugsschaden berücksichtigt werden. Art. 27 Abs. 2 SchKG untersagt es dem Gläubiger, die Gebühren eines berufsmässigen Vertreters dem Schuldner anzurechnen, da auch niemand verpflichtet werden kann, sich der Vermittlung eines berufsmässigen Vertreters zu bedienen. Mit diesem Verbot der Verrechnung von Vertretergebühren zulasten des Schuldners soll eine Belastung des Schuldners über Gebühr verhindert werden (Hans FRITZSCHE/Hans Ulrich WALDER-BOHNER, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1984, § 9 N. 39). Der Gesetzgeber hat denn auch das Betreibungsverfahren so eingerichtet, dass die Parteien grundsätzlich ohne berufsmässige Vertreter auskommen (FRITZSCHE/WALDER-BOHNER, a.a.O., § 14 N. 1). Sämtliche Formulare des SchKG enthalten ausführliche und verständliche Erklärungen. Angesichts dieser Umstände ist es korrekt, dass die Vertreterkosten, die bei einem Gläubiger oder einem beteiligten Dritten anfallen, nicht dem Schuldner überbunden werden dürfen

## V. Was alles gehört zu einem abwälzungsfähigen Verzugsschaden?

### A. Problem

Wenn, wie oben dargelegt, die eigene Zeit und Mühewaltung, aber auch diejenige eines Inkassobüros als Vertreter nicht ersatzfähig sind, was bleibt dann noch?

### B. Beispiele

*«Zahlungserinnerung: kostenlos 1. Mahnung: CHF 25.– plus Verzugszins 2. Mahnung: CHF 25.– plus Verzugszins Inkassoübergabe CHF 20.–»<sup>31</sup>*

### C. Diskussion

*Kann man einfach so Gebühren in AGB erfinden?* Der Wegfall des klassischen Zinsdifferenzgeschäfts hat dazu geführt, dass insbesondere Banken mittlerweile praktisch jede Tätigkeit in den AGB mit einer Gebühr *bepreisen*. Es ist jedoch nicht möglich, selbstverständliche Tätigkeiten, die im Rahmen einer Vertragsabwicklung anfallen, in AGB kostenpflichtig zu erklären.<sup>32</sup> Dieselben Regeln gelten auch für die Wirtschaft ausserhalb des Bankensektors. Sobald derartige Gebühren einen Aufwand erfassen, der zur eigentlichen Vertragsabwicklung gehört, muss er sich an den schadenersatzrechtlichen Grundsätzen und am AGB-Korrektiv messen. Hier zeigt sich jedoch ganz prominent, dass die Schweizer Rechtsordnung mit der Grundsatzentscheidung in Art. 27 Abs. 2 SchKG das Inkasso als im Preis der Vertragsleistung inklusive und damit als selbstverständliche Tätigkeit betrachtet. Es stellt sich jetzt die Frage, ob diverse «gebührenpflichtige» Gläubigertätigkeiten als Preisnebenabrede im Rahmen des Verzugs nicht auch unter diese Restriktionen fallen könnten.

Lassen sich eine Mahnung oder eine Nachfristsetzung für CHF 25 noch als Schadenersatz verstehen oder stel-

(Markus ROTH, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG I, Art. 1–87, Basel/Genf/München 1998, N. 14 zu Art. 27). Art. 106 Abs. 1 OR gibt dem Gläubiger Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch die Verzugszinsen nicht gedeckt ist. Dazu können Aufwendungen gehören im Zusammenhang mit der Mahnung des Schuldners, doch sind sogenannte Mahngebühren nicht durch diese Bestimmung gedeckt (Carl JAEGER, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Band I, Art. 1–158, 4. Auflage, Zürich 1997, N. 7 zu Art. 27).»

<sup>31</sup> Internet: <https://www.mobilezone.ch/de/home/agb.html> (Abruf 8.7.2021).

<sup>32</sup> Vgl. ARNOLD F. RUSCH, Bankgebühren vor der Inhaltskontrolle, recht 2011, 170 ff., 170, 173 f.

len diese einen versteckten und damit nicht abwälzbaren Lohn für die Inkassotätigkeit dar? Die Arbeits- und EDV-Kosten der firmeninternen Inkassotätigkeit lassen sich mangels Kausalität zum konkreten Verzugsfall nicht abwälzen: Diese Kosten wären ohnehin angefallen, was dogmatisch nicht ganz überzeugt, aber ständige Rechtsprechung darstellt.<sup>33</sup> Sofern AGB derartige Kosten enthalten, schaffen sie ein im Sinne von Art. 8 UWG nicht gerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten, weil die Inkassopauschale dann logischerweise immer überhöht ist. Was abwälzungsfähig bleibt, sind folglich nur noch *aufgrund des konkreten Verzugs* aufgewendete Kosten für Papier, Couvert, Porto und Druckerschwärze,<sup>34</sup> was grosszügig geschätzt total zwei Franken ausmacht. Hinzu kommt, dass es im Rahmen des AGB-Korrektivs zu keiner geltungserhaltenden Reduktion kommen darf.<sup>35</sup> Liegt ein Verstoß gegen Art. 8 UWG vor, ist die ganze Kostenregelung nichtig.

Zum abwälzbaren Schaden gehören auch die entgangenen Einnahmen aus dem Kapital, sei es als Kosten für eine Kreditaufnahme, sei es als entgangener Anlagezins, soweit die Verzugszinsen diesen nicht schon abdecken.<sup>36</sup> Sämtliche Pauschalierungen dieses Schadens unterliegen der Herabsetzung, wie nachfolgend unter Ziff. VIII. zu zeigen ist. Einige Schadensposten lassen sich jedoch überhaupt nicht abwälzen, worauf sich sogleich der Fokus richtet.

## VI. Darf man für die Mahnung in AGB überhaupt Kosten veranschlagen?

### A. Problem

Erst der Verzug lässt die Schadenersatzpflicht entstehen. Der Verzug tritt aber erst mit der Mahnung ein. Somit kann ein pauschalierter Schadenersatz die Mahnung gar nicht erfassen.

### B. Beispiele

«Zahlungserinnerung: kostenlos; 1. Mahnung: CHF 25.– plus Verzugszins; 2. Mahnung: CHF 25.– plus Verzugszins; Inkassoübergabe CHF 20.–»<sup>37</sup>

«Für die erste Mahnung werden Mahngebühren von CHF 10 und für jede weitere Mahnung Gebühren von CHF 15 verlangt. Werden die offenen Beträge (inkl. Verzugszinsen und Mahngebühren) nicht überwiesen, wird die Einforderung von der Ideal Payment AG übernommen, welche dabei zusätzlich zum Verzugszins und den Mahngebühren berechtigt ist, Gebühren als Verzugsschaden geltend zu machen.»<sup>38</sup>

### C. Diskussion

Schadenersatz gibt es nach dem expliziten Wortlaut von Art. 103 OR erst *nach* Eintritt des Verzugs: «Befindet sich der Schuldner im Verzuge, so hat er Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten und haftet auch für den Zufall.» E contrario kann vor Eintritt des Verzugs gar keine Schadenersatzpflicht bestehen. Es ist deshalb undenkbar, schon für die erst verzugsauslösende Handlung der Mahnung eine Schadenersatzpflicht zu bejahen, was einer Pauschalierung des Schadens den Boden unter den Füßen wegzieht: «Die Kosten für die den Schuldner in Verzug setzende Mahnung hat die Gläubigerin zu tragen, denn der Schuldner wird erst mit dem Eintritt des Verzugs schadenersatzpflichtig.»<sup>39</sup> Wer in den AGB Kosten für die erste Mahnung vorsieht, führt auf kaltem Wege eine Verfalltagsschuld ein, denn nur bei dieser beginnen Verzug und Schadenersatzpflicht ohne Mahnung. In AGB ist dies,

<sup>33</sup> Vgl. BGer, 5D\_148/2013, 10.1.2014, E. 5.3.2; vgl. KUKO ZPO-SCHMID/JENT-SØRENSEN, Art. 95 N 34, in: Paul Oberhammer/Tanja Domej/Ulrich Haas (Hrsg.), Schweizerisches Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, 3. A., Basel 2021; zur Überwindung dieser Kausalitätsproblematik siehe VITO ROBERTO, Schadensrecht, Basel 1997, 246; vorliegend erweist sich dieses Problem aufgrund der Grundsatzentscheidung in Art. 27 Abs. 2 SchKG indes als irrelevant (siehe dazu oben Ziff. IV.).

<sup>34</sup> Diese Gedanken bei BGH, VIII ZR 289/19, 10.6.2020, N 43–61; vgl. LG Kassel, 1 S 355/09, 18.3.2010, E. II.

<sup>35</sup> PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, OR AT, 11. A., Zürich 2020, N 1155b.

<sup>36</sup> GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, Le recouvrement privé de créances, Diss. Genf 2016, N 1046; grundsätzlich erfolgt der Beweis konkret (BK-WEBER/EMMENEGGER [FN 28], Art. 106 OR N 12 ff.), doch fordern Stimmen in der Lehre auch die abstrakte Berechnung (BK-WEBER/EMMENEGGER [FN 28], Art. 106 OR N 32 ff., abgelehnt in BGer, 4C.459/2004, 2.5.2005, E. 3.1, bejaht einzig für Finanzdienstleister in BGE 123 III 241 E. 3b).

<sup>37</sup> Internet: <https://www.mobilezone.ch/de/home/agb.html> (Abruf 8.7.2021).

<sup>38</sup> Ziff. 11, Internet: [https://basefit.ch/wp-content/uploads/2020/12/AGB-gu%CC%88ltig-ab-November-2020\\_Regensdorf.pdf](https://basefit.ch/wp-content/uploads/2020/12/AGB-gu%CC%88ltig-ab-November-2020_Regensdorf.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>39</sup> BK-WEBER/EMMENEGGER (FN 28), Art. 102 OR N 107; FRANZ SCHENKER, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Freiburg 1988, N 258.



wie oben (II.) gezeigt, jedoch nicht möglich. Die Stimmigkeit dieser Gedanken für das Schweizer Recht und für das Schweizer AGB-Recht zeigt sich auch bei einem Rechtsvergleich mit Deutschland. Dort vertreten Lehre und Rechtsprechung exakt diese Ansicht.<sup>40</sup>

Die AGB sehen teilweise Kosten für *erste und zweite oder mehrere Mahnungen* vor. Während die erste Mahnung den Verzug auslöst, weisen die weiteren Mahnungen keine rechtliche Bedeutung auf. Für sinnlose Aktionen kann man jedoch keine Gebühren verlangen, weil sie den elementaren Regeln der Kostenabwälzung widersprechen. So sieht beispielsweise Art. 402 Abs. 1 OR einen Verwendungersatz *nur bei richtiger Ausführung* des Mandats vor. Auch die Schadenminderungsobliegenheit<sup>41</sup> lässt für unnütze Handlungen keinen Schadenersatz zu.<sup>42</sup> Zusammen mit der in Art. 27 Abs. 2 SchKG statuierten Grundentscheidung lassen sich diese Normen als Leitbild des Forderungsinkassos definieren: Jegliches Handeln hat sich nicht zuletzt aus sozialen Gründen<sup>43</sup> an den Prinzipien der Notwendigkeit und Sparsamkeit zu orientieren. Dieses Leitbild lässt Abweichungen jedenfalls in AGB als unzulässig erscheinen.

Im Sinne eines Fazits lassen sich die folgenden Erkenntnisse festhalten: Für die erste Mahnung kann man nichts verlangen, weil erst diese den Verzug und die damit verbundene Schadenersatzpflicht auslöst. Ist der Schuldner einmal im Verzug, bringen weitere Mahnungen nichts, was einer Schadenersatzpflicht im Wege steht.

<sup>40</sup> OLG Brandenburg, 7 U 17/06, 21.6.2006, E. 1b.dd; GERD NOBBE, Zulässigkeit von Bankentgelten, WM 2008, 185 ff., 192.

<sup>41</sup> Zur Schadenminderungsobliegenheit beim Verzugschaden siehe SCHENKER (FN 39), N 292.

<sup>42</sup> A.M. FABIAN CANTIENI, Verzugsschaden bei Geldschulden, Diss. Zürich 1996, 97 f., insb. 98: «*Mehrfache Mahnungen liegen im Interesse des Schuldners, da ein solches Vorgehen für ihn normalerweise günstiger ist, als wenn der Gläubiger sofort den Rechtsweg beschreiten würde*»; a.M. BK-WEBER/EMMENEGGER (FN 28), Art. 102 OR N 108, mit der Einschränkung, dass der Schuldner aussichtslose oder überflüssige Mahnungen nicht bezahlen müsse, was nach hier vertretener Meinung für *weitere* Mahnungen stets zutrifft; vgl. BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 14), Art. 103 N 6a: «*Anderes gilt für die Kosten weiterer Mahnungen, die nach Verzugsseintritt vorgenommen werden (CHK-Furrer/Wey, Art. 102 N 32). Solche Kosten sind allerdings nur ersatzfähig, wenn sie notwendig und angemessen waren (BGer, 19.5.2003, 4C.11/2003, E. 5.2; HGer ZH, 6.7.2007, ZR 2008, 46 f.). Ist dies nicht der Fall, verletzt der Gläubiger seine Schadenminderungs-pflicht (Art. 44). Von der zivilprozessualen Kostenregelung werden Mahnkosten nicht erfasst. Sie gelten nicht als notwendige Auslagen i. S. v. Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO (BGer, 8.5.2017, 5D\_23/2017, E. 4.3.3.)*»

<sup>43</sup> Vgl. die Angaben in FN 28.

## VII. Können AGB auch Verzugszinsen auf Beträgen vorsehen, bei denen kein Verzug vorliegt?

### A. Problem

AGB sehen manchmal Verzugsfolgen auf dem gesamten Rechnungsbetrag oder auf sämtlichen Rechnungen vor, wenn sich der Schuldner mit einem Teilbetrag oder einer Rechnung im Verzug befindet.

### B. Beispiele

Vgl. das Beispiel bei FN 20.

### C. Diskussion

Es kam tatsächlich schon ein paar Mal vor, dass AGB-Verwender Verzugszinsen auf den ganzen Rechnungsbetrag berechneten, obwohl der Schuldner einen Teil davon bereits bezahlt hatte.<sup>44</sup> Ob dies beim oben zitierten Beispiel von Cornercard in der Praxis auch der Fall ist, entzieht sich meiner Kenntnis. Jedenfalls weist die Klausel eine Unschärfe auf, indem sie Verzugszinsen bis zur vollständigen Bezahlung *auf alle Transaktionen* schlägt, und zwar ab *Verbuchungsdatum*. Das ist insofern irritierend, als das Verbuchungsdatum nicht dem (monatlichen) Rechnungsdatum entspricht und diesem zeitlich vorgeht.<sup>45</sup> Im Verbuchungszeitpunkt kann aber noch kein Verzug bestehen. Es geht somit *erstens* um einen weiteren unzulässigen Fall einer AGB-Dispens von der Mahnungsobliegenheit als Voraussetzung des Verzugsseintritts, der wiederum Voraussetzung der Zinspflicht bildet. Diese Klauseln weichen ebenso massiv vom gesetzlichen Leitbild des Verzugsrechts ab, indem sie jedes Geschäft unbewusst – da in den vermutungsweise ungelesenen AGB – zu einem Verfalltagsgeschäft machen (siehe oben).

Hat der Schuldner einen Teil der Schuld bereits getilgt, kann *zweitens* diesbezüglich kein Verzug mehr vorliegen. Derartige Klauseln schaffen ein erhebliches und nicht gerechtfertigtes Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten im Sinne von Art. 8 UWG und der Ungewöhnlichkeitsregel, weil sie potentiell exorbitante

<sup>44</sup> Vgl. die Beispiele bei ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich, AJP 2014, 203 ff., 206.

<sup>45</sup> AGB der Bank Cornercard, Ziff. 5, Internet: [https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms\\_credit\\_pers\\_de.pdf](https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_credit_pers_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

Zinsen vorsehen.<sup>46</sup> In den genannten Fällen war es meist so, dass nur noch kleinere Beträge zur Zahlung anstanden, die Zinspflicht sich aber anhand des gesamten Rechnungsbetrags errechnet hat.

Die Belastung von Verzugszinsen auf den gesamten Rechnungsbetrag kann zu einer Verletzung der Höchstzinsvorschriften führen. Im Jahre 2004 hat sich dies bei Swisscard ereignet.<sup>47</sup> Ein Kunde hat den geschuldeten Betrag von CHF 9445.35 *bis auf fünf Rappen* beglichen. Aufgrund des ausstehenden Betrags und der Berechnung anhand des gesamten Rechnungsbetrags verlangte der Gläubiger von ihm einen Verzugszins von CHF 31, was bei einem Monat Verzug einen Zins von sagenhaften 744'000% ausmacht. Dies stellt eindeutig eine Verletzung der Höchstzinsvorschriften dar. Der derzeitige Höchstzinssatz im Bereich des KKG beträgt 12%.<sup>48</sup>

Es reicht für die Belange der Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 8 UWG, wenn sich eine Verletzung der Höchstzinsvorschriften *abstrakt ergeben kann*, selbst wenn sie sich im konkreten Fall nicht ergeben hat. Dies kann der Fall sein, weil der Schuldner vielleicht den Grossteil der Schuld nicht beglichen hat. Für die Ungewöhnlichkeitsregel schreibt das Bundesgericht diese abstrakte Sichtweise *im Zeitpunkt des Vertragsschlusses* vor, wenn noch gar kein Verzug vorliegen kann.<sup>49</sup> Im Zweifel sollte man, wenn sich Zinsen auch auf bereits getilgte Beträge beziehen, die Zinslast immer anhand einer Restschuld von einem Rappen berechnen. Im oben genannten Beispiel aus dem Jahre 2004 liessen sich die Anbieter mit der Einschränkung zitieren, dass diese Regeln ab sofort nur bei einem Zahlungsrückstand von höchstens 95% gelten.<sup>50</sup> Die konkrete Handhabung der Klausel im Alltag spielt für die Belange des Art. 8 UWG und der Ungewöhnlichkeitsregel jedoch keine Rolle: Die Klausel gilt so, wie sie in den AGB steht. Das AGB-Korrektiv orientiert sich am Ergebnis, das die Klausel *potentiell* ermöglicht.

Für die AGB-Diskussion erweisen sich somit unklare Klauseln ausnahmsweise als vorteilhaft. Erlauben die AGB möglicherweise die Erhebung von Gebühren auch

auf Beträgen, für die noch keine Verspätung besteht oder deren Tilgung schon erfolgt ist, weist die entsprechende Klausel gesamthaft aufgrund der Unklarheitenregel einen unzulässigen Inhalt auf. Vorteilhaft ist dies, weil damit möglicherweise auch eine im konkreten Fall zulässige Gebührenerhebung vom Tisch ist.

## VIII. Quid, wenn eine an sich zulässige Schadenspauschalierung in AGB zu hoch ausfällt?

### A. Problem

Viele AGB sehen zu hohe Schadenspauschalierungen vor.

### B. Beispiele

«Der Kunde trägt sämtliche Kosten, die Swisscom durch den Zahlungsverzug entstehen. Insbesondere schuldet der Kunde Swisscom einen Verzugszins von 5% sowie eine **Mahngebühr von CHF 30.– pro Mahnung**. Swisscom kann jederzeit Dritte für das Inkasso beiziehen. **Der Kunde hat hierfür dem beigezogenen Dritten direkt Mindestgebühren zu bezahlen und ihm darüber hinaus dessen individuelle Aufwände und Auslagen zu entschädigen, die für das Inkasso notwendig sind.** Details sind auf [www.swisscom.ch/inkasso](http://www.swisscom.ch/inkasso) ersichtlich.»<sup>51</sup> Wer dort nachsieht, findet diverse weitere Gebühren. Dem Inkassobüro alleine muss man bei einem ausstehenden Betrag von CHF 201 eine «Mindestgebühr» von CHF 138 bezahlen. Hinzu kommen die «*individuelle Aufwände und Auslagen*» des Inkassobüros.

### C. Diskussion

Der Anhang zur Richtlinie 93/13/EWG nennt explizit Klauseln, die darauf abzielen oder zur Folge haben, dass «*dem Verbraucher, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, ein unverhältnismässig hoher Entschädigungsbetrag auferlegt wird; [...]*», als Anwendungsfall von Klauseln, die missbräuchlich sein können.<sup>52</sup> Da diese Richtlinie dem Schweizer Art. 8 UWG Pate gestanden ist und den Wortlaut des Artikels geprägt hat, darf sie als Auslegungshilfe dienen.<sup>53</sup>

<sup>46</sup> Vgl. Votum Johann Schneider-Ammann, 8.3.2011, AB 2011 N 229; ebenso Kramer/Probst/Perrig-PROBST (FN 5), N 546.

<sup>47</sup> THOMAS MÜLLER, 744 000 Prozent Zins!, K-Tipp 14/2004, 8.9.2004.

<sup>48</sup> Art. 1 Abs. 2 der Verordnung des EJPD vom 3. November 2020 über den Höchstzinssatz für Konsumkredite (SR 221.214.111); Art. 14 KKG; eine Übersicht über die rechtliche Erfassung zu hoher Zinsen findet sich in BGer, 4A\_350/2020, 12.3.2021, E. 5.2.

<sup>49</sup> BGE 119 II 443 E. 1a: «*Pour déterminer si une clause est insolite, il faut se placer du point de vue de celui qui y consent, au moment de la conclusion du contrat*»; generell dazu RUSCH (FN 44), AJP 2014, 204.

<sup>50</sup> Vgl. FN 47.

<sup>51</sup> AGB von Swisscom, Internet: [https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agn-dienstleistung\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agn-dienstleistung_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>52</sup> Richtlinie 93/13/EWG, Anhang, Ziff. 1e.

<sup>53</sup> GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 35), N 1150c.

In Deutschland hat man die Richtlinie in § 309 Nr. 5 BGB umgesetzt. Das Gesetz bezeichnet als unwirksam die Vereinbarung eines pauschalierten Anspruchs des Verwenders auf Schadensersatz oder Ersatz einer Wertminderung, wenn a) die Pauschale den in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigt oder b) dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger als die Pauschale. Ebenfalls einschlägig ist § 309 Nr. 6 BGB, der die Unwirksamkeit einer Bestimmung statuiert, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird.

In der Schweiz hat einzig die Konventionalstrafe eine Regelung in Art. 160 ff. OR erfahren. Besonderes Interesse weckt der zwingend anwendbare Art. 163 Abs. 3 OR, der übermässige Konventionalstrafen einer Herabsetzung zuführt. Weshalb ist dies auch bei Gebührenklauseln von Interesse? Bei diversen Gebührenklauseln in AGB bleibt auch nach Anwendung aller Interpretationsmöglichkeiten unklar, ob es sich um pauschalierten Schadensersatz oder eine Konventionalstrafe handelt. Dies, weil die Höhe diverser Gebühren sich nicht am rechtlich erklärbaren Schaden und schon gar nicht an dessen erwartbarer Höhe orientiert. Nach der kundenfeindlichsten Auslegung bedeutet dies, dass eine Konventionalstrafe vorliegt. Weshalb ist dies vorteilhaft? Die kundenfeindlichste Auslegung ist dann besonders kundenfreundlich, wenn sie zur Nichtigkeit der entsprechenden Klausel führt.<sup>54</sup> Konventionalstrafen können in AGB generell keinen Bestand haben. Sie verstossen gegen Art. 8 UWG und die Ungewöhnlichkeitsregel, weil sie immer ein erhebliches Missverhältnis zwischen vertraglichen Leistungen und Pflichten schaffen. Die einseitig eingeräumte Schiedsrichterstellung, die einseitige Ausrichtung der Strafen und die qualifiziert negativen Folgen sind stets äusserst nachteilig – sonst wäre es keine Strafe.<sup>55</sup> Zusätzlich lässt

sich bei Unklarheit über die Rechtsnatur der Klausel eine zwingende Herabsetzung gestützt auf Art. 163 Abs. 3 OR begründen. Das ist aber nicht neu, denn Rechtsprechung und Lehre lassen die analoge Anwendung der in Art. 163 Abs. 3 OR vorgesehenen Herabsetzung auf pauschalierten Schadensersatz bereits zu.<sup>56</sup> Bei der Beurteilung der Schadenshöhe muss man auch prüfen, ob nicht schon der meist sehr hohe, kumulativ vorgesehene Verzugszins den Schaden deckt (Art. 106 Abs. 1 OR; siehe nachfolgend). Dafür ist der Gläubiger beweispflichtig.

Viele AGB-Werke verweisen auf die Tabelle des Verbands der Inkassotreuhandinstitute (VSI).<sup>57</sup> Wer den Verzugsschaden für eine Schuld von CHF 50 ermittelt, landet bei sagenhaften CHF 80. Bei CHF 175 sind es CHF 135, bei CHF 300 noch CHF 158. Wer dies in einen Verzugszinssatz umrechnet, kommt auf 160, 77 und 53 % und befindet sich somit in vollkommen unzulässigen Höhen. Diese Zahlen berechnen sich tatsächlich so und verletzen für sich alleine – hinzu kommt gemäss AGB der gesetzliche Verzugszins von 5 %<sup>58</sup> – die Höchstzinsvorschriften: Gebühren muss man bei der Zinsberechnung genauso berücksichtigen, weil sich sonst Höchstzinsvorschriften um-

*annasst. Hinzu kommt die Einseitigkeit solcher Klauseln, die regelmässig nur die Vertragsverletzungen des Vertragspartners, nicht die des Verwenders sanktionieren. Aus ökonomischer Sicht lässt sich ferner einwenden, dass Strafklauseln auch solche Leistungen erzwingen können, die einen gegenüber den Erwartungen bei Vertragsschluss gesteigerten und vielleicht ganz unwirtschaftlichen Aufwand in der Nähe der «Opfergrenze» verlangen, oder auch Leistungen, die aus sonstigen Gründen bei einer Kosten-Nutzen-Analyse für alle Beteiligten besser unterblieben»; vgl. GEISSBÜHLER (FN 36), 1103, mit Verweis auf GASPARD COUCHEPIN, La clause pénale, Diss. Freiburg 2008, N 456: «Or, une clause pénale déroge justement au régime ordinaire de la responsabilité, ne serait-ce qu'en permettant au créancier de renoncer à la preuve du dommage (art. 161 al. 1er CO). Cela peut avoir des conséquences importantes, notamment en l'absence de tout dommage. Il faut donc admettre que la clause pénale a un caractère insolite. L'intégration globale au contrat n'est pas suffisante.»*

<sup>56</sup> BGer, 4A\_601/2015, 19.4.2016, E. 2.3.3: «L'art. 163 al. 3 CO prévoit la réduction judiciaire des peines conventionnelles excessives. Il est admis qu'une réduction du dommage fixé forfaitairement dans une clause contractuelle est également possible, par application analogique de l'art. 163 al. CO, quand le montant du dommage effectif est sensiblement inférieur au montant forfaitaire (MOOSER, in *Commentaire romand, Code des obligations*, vol. I, 2e éd. 2012, n° 4 ad art. 160 CO et la note de bas de page 18; EHRAT/WIDMER, in *Basler Kommentar*, op. cit., n° 12 ad art. 160 CO)»; BSK OR I-WIDMER/COSTANTINI/EHRAT (FN 14), Art. 160 N 12, je m.w.H.

<sup>57</sup> Vgl. FN 3.

<sup>58</sup> Ziff. 4 der AGB von mobilezone (FN 2) i.V.m. Ziff. 6 von availabill (FN 3), die wiederum auf die Verzugsschadentabelle des VSI verweisen.

<sup>54</sup> Vgl. RUSCH (FN 44), AJP 2014, 203; ANDREAS SCHIRRMACHER, Die Sachmängelgewährleistung in der Vertragsgestaltung insbesondere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. Zürich 2018, 69 ff.

<sup>55</sup> Vgl. WOLFGANG WURMNEST, Münchener Kommentar, 8. A., München 2019 (zit. MK-WURMNEST), § 309 BGB Nr. 6 N 1: «Die Bedenken gegen Strafklauseln in AGB rühren daher, dass sich hier der Verwender ungerechtfertigte Gewinne verschaffen kann und dass er sich, indem er seine Formulierungsinitiative beim Aufstellen der AGB nutzt, neben der Rolle als Partei die des Schiedsrichters

gehen lassen.<sup>59</sup> Dass die Gebühren bei höheren Schulden die Höchstzinsvorschriften nicht mehr verletzen, ist irrelevant, da es auf den konkreten Fall nicht ankommt und zu Beginn nicht immer klar ist, wie hoch die Schuld sein wird. Entscheidend ist, was die AGB möglich machen.

Als besonders aufschlussreich erweist sich ein Vergleich der Gebühren mit der Höhe der gerichtlichen Prozessentschädigung. Wer seine Forderung gerichtlich einklagt, erhält für die Bemühungen seines Anwalts bei erfolgreichem Prozessausgang eine Prozessentschädigung. Bei einer Forderungshöhe gemäss eingangs erwähntem Beispiel von CHF 201 beliefe sich diese in Zürich auf CHF 100.<sup>60</sup> Als «*Mindestgebühren*» des Inkassobüros veranschlagen die AGB CHF 138 zu den Mahngebühren von CHF 30. Hinzu kommen gemäss AGB «*individuelle Aufwände und Auslagen*» des Inkassobüros. Insofern muss man dem Gläubiger eine wenig ökonomische Wahl und damit eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit vorwerfen, indem er das viel teurere Inkassobüro mandatiert.<sup>61</sup> Nun ist es so, dass der Prozess vor staatlichen Gerichten die einzige Massnahme bildet, die zu einer verbindlichen Durchsetzung von Ansprüchen führt. In diesem Sinne stellen die Tätigkeiten von Inkassobüros stets ein *minus* dar, das den Schuldner folglich auch nicht mehr als eine Prozessentschädigung kosten darf.<sup>62</sup> Dem Schuldner wäre in solchen Fällen mit einer direkten und für ihn günstigeren Mandatierung des Anwalts besser gedient. Die deutschen Gerichte haben in diesem Sinne entschieden, dass der Schuldner Inkassokosten nicht zu ersetzen brauche, weil sich bei bestrittener Forderung oder sonst bei von vornherein erkennbarer Zahlungsunwilligkeit direkt die Mandatierung eines Anwalts zur Beschreibung des Prozesswegs aufdränge.<sup>63</sup> Diese Überlegungen treffen auch in der Schweiz zu. Die Kosten der Inkassobüros gemäss AGB übersteigen in praktisch allen Fällen die

Höhe der Prozessentschädigung. Die Mandatierung eines Inkassobüros stellt in diesem Sinne auch stets eine Verletzung der Schadenminderungsobliegenheit dar, die einem Schadenersatzanspruch – die Gebühren stellen einen pauschalierten Schadenersatz dar – zumindest als Mitverschulden entgegensteht.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass pauschalierter Schadenersatz auch in AGB herabsetzbar ist. Bei Vorliegen einer Unklarheit, ob es sich um Schadenersatz oder vielmehr um eine Konventionalstrafe handelt, lässt sich aufgrund der kundenfeindlichsten Auslegung sogar eine Konventionalstrafe ableiten, die in AGB überhaupt keinen Bestand haben kann.

## IX. Lässt sich ein Verzugszins von 12% in AGB angreifen?

### A. Problem

Im derzeitigen Negativzinsumfeld stellt schon der gesetzliche Zins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) eine Herausforderung dar. Wie aber verhält es sich, wenn AGB Verzugszinsen von 12% vorsehen?

### B. Beispiele

Vgl. das Beispiel bei FN 69.

### C. Diskussion

Der gesetzliche Verzugszins von 5% lässt sich gemäss Rechtsprechung nicht korrigieren, selbst wenn überhaupt kein Schaden entstanden ist.<sup>64</sup> Dasselbe gilt für den vertraglich abgemachten, höheren Verzugszins gemäss Art. 104 Abs. 2 OR.<sup>65</sup> Die Frage lautet jetzt, ob dies auch für Verzugszinsen in AGB gilt. Das Bundesgericht hat im Leitentscheid den *pönalen Charakter* des Verzugszinses hervorgehoben,<sup>66</sup> was nach demselben Korrektiv wie bei Konventionalstrafen ruft. Konventionalstrafen können aufgrund ihrer Einseitigkeit in AGB keinen Bestand haben – sie schaffen stets ein Missverhältnis zwischen den vertraglichen Leistungen und Pflichten, sonst würde man sie nicht Strafen nennen.<sup>67</sup> Diese Gedanken hat das deutsche Recht aufgenommen und überprüft deshalb Zinsabreden in AGB gemäss dem AGB-Korrektiv in §§ 307, 309

<sup>59</sup> ALEXANDER BLAESER, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht – Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, Diss. St. Gallen 2011, 73: «Bei der Beurteilung, ob eine Zinsvereinbarung gegen eine der genannten Bestimmungen verstösst, darf nicht nur auf die als Zinsen bezeichneten Vergütungen abgestellt werden. Auch weitere Vergütungen wie Provisionen, Kosten oder Gebühren müssen einbezogen werden, da andernfalls über diese Posten eine Umgehung der Zinsschranken möglich wäre.»

<sup>60</sup> Vgl. § 4 AnwGebV/ZH.

<sup>61</sup> Vgl. die Überlegungen bei GEISSBÜHLER (FN 36), N 1089.

<sup>62</sup> Diesen Gedanken nimmt § 4 Abs. 5 RDGEG in Deutschland auf, indem es die Kosten von Inkassobüros anhand der Vergütung der Anwälte nach oben hin begrenzt.

<sup>63</sup> BVerfG, 1 BvR 1012/11, 7.9.2011, N 16; OLG Dresden, 5 U 68/93, 1.12.1993, E. II. 1; OLG München, 19 U 3081/74, 29.11.1974, vgl. PAUL HÜSGEN, § 4 RDGEG N 18 f., in: Josef Dörndorfer/Holger Wendtland/Karl-Heinz Gerlach/Thomas Diehn (Hrsg.), BeckOK Kostenrecht, 34. A., 1.7.2021, München 2021.

<sup>64</sup> BGE 82 II 283 E. 6; BGE 130 III 312 E. 7.1.

<sup>65</sup> BGE 130 III 312 E. 7.1.

<sup>66</sup> BGE 130 III 312 E. 7.1.

<sup>67</sup> Vgl. die Angaben bei FN 55.

Nr. 5 und 6 BGB.<sup>68</sup> Dies bedeutet, dass der höhere Zins nur Bestand hat, wenn er den gewöhnlich zu erwartenden Schaden nicht übersteigt. Die AGB müssen dem Schuldner explizit das Recht einräumen, den Beweis des deutlich geringeren Schadens anzutreten. Damit lassen sich auch in der Schweiz dieselben Reduktionsmöglichkeiten wie bei Konventionalstrafen und pauschalitem Schadenersatz begründen.

## X. Quid, wenn die Anbieter Verzugszinsen und Gebühren verlangen?

### A. Problem

Zahlreiche Anbieter verlangen 12% Verzugszinsen und kumulativ dazu diverse Mahn- und Umtriebsgebühren.

### B. Beispiele

«Die Bank belastet keine Zinsen, wenn der auf dem Monatsauszug ausgedruckte zu bezahlende Gesamtbetrag innerhalb der auf dem Monatsauszug angegebenen Frist bei der Bank eintrifft. Wenn die Zahlung auf Raten (Kreditoption) oder mit Verspätung erfolgt, erhebt die Bank auf alle Transaktionen ab Verbuchungsdatum bis zur vollständigen Bezahlung einen Jahreszinssatz gemäss Vereinbarung Kreditoption bzw. gemäss «Preise, Zinsen und Gebühren»-Tabelle.»<sup>69</sup> Wer diese Tabelle konsultiert, findet Mahngebühren von CHF 20 und einen Verzugszins von 12%.

«Der Kunde trägt sämtliche Kosten, die Swisscom durch den Zahlungsverzug entstehen. Insbesondere schuldet der Kunde Swisscom einen Verzugszins von 5% sowie eine **Mahngebühr von CHF 30.– pro Mahnung**. Swisscom kann jederzeit Dritte für das Inkasso beiziehen. **Der Kunde hat hierfür dem beigezogenen Dritten direkt Mindestgebühren zu bezahlen und ihm darüber hinaus dessen individuelle Aufwände und Auslagen zu entschädigen, die für das Inkasso notwendig sind. Details sind**

auf [www.swisscom.ch/inkasso](https://www.swisscom.ch/inkasso) ersichtlich.»<sup>70</sup> Wer dort nachsieht, findet diverse weitere Gebühren. Für die Übergabe des Falles ans Inkassobüro alleine muss man bei einem ausstehenden Betrag von CHF 201 eine Gebühr von CHF 138 bezahlen. Hinzu kommen die individuellen Aufwendungen des Inkassobüros.

## C. Diskussion

Art. 106 Abs. 1 OR statuiert, dass der Schuldner einen den Verzugszins übersteigenden Verzugsschaden bei Vorliegen von Verschulden auch bezahlen muss. Der Beweis eines den Verzugszins übersteigenden Schadens liegt beim Gläubiger.<sup>71</sup> Das Verschulden dürfte als Voraussetzung kaum je ein Problem sein, denn Geld hat man zu haben.<sup>72</sup> Ohnehin besteht eine Vermutung des Verschuldens. Problematisch ist vielmehr die Kumulation des hohen, meist in Maximalhöhe von 12% statuierten Verzugszinses mit den ebenso grosszügig bemessenen Gebühren, die im Unterschied zur gesetzlichen Ordnung ohne weitere Voraussetzungen anfallen und auf die Höhe der Schuld meist keine Rücksicht nehmen. Nehmen wir an, im Swisscom-Beispiel seien CHF 201 ausstehend, seit einem Jahr. Mit den Zinsen von 5% für ein Jahr (CHF 10.05), der Mahngebühr von CHF 30 und der Inkassodienstleistungergebühr von CHF 138 ergibt sich ein Betrag von CHF 178.05, was einem Jahreszins von ungefähr 88.58% p.a. entspricht. Diese Zahl stellt ohne Zweifel eine Verletzung der Höchstzinsvorschriften dar: Gebühren muss man bei der Zinsberechnung berücksichtigen, weil sich sonst Höchstzinsvorschriften umgehen lassen.<sup>73</sup> Die Problematik der Selbstverständlichkeit und der Voraussetzungslosigkeit der zitierten Gebühren bezieht sich aber in besonderer Weise auf die im Vergleich zum dispositiven Recht fehlende Beweislast für den weiteren Schaden, der den Verzugszins übersteigt. Verzugszinsen sind nach dispositivem Recht voraussetzungslos geschuldet, der weitere,

<sup>68</sup> Vgl. WOLFGANG ERNST, Münchener Kommentar, 8. A., München 2019, § 288 BGB N 46; STEPHAN LORENZ, in: Wolfgang Hau/Roman Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 56. A., Stand 1.11.2020, München 2020, § 288 N 6.

<sup>69</sup> AGB der Bank Cornercard, Ziff. 5, Internet: [https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms\\_credit\\_pers\\_de.pdf](https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_credit_pers_de.pdf) (Abruf 8.7.2021). Die darin angesprochene Tabelle findet sich hier: [https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms\\_tab\\_gen\\_de.pdf](https://www.cornercard.ch/export/ch.cornercard.content.v8/downloads/documents/terms_tab_gen_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>70</sup> AGB von Swisscom, Internet: [https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agb-dienstleistung\\_de.pdf](https://www.swisscom.ch/content/dam/swisscom/nl/rechtliches/res/agb-dienstleistung_de.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>71</sup> BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 14), Art. 106 N 4: «Der Gläubiger hat den zusätzlichen Schaden zu beweisen (BGE 123 III 241, 243; 117 II 256, 258; 109 II 436, 443 = Pra 1984, 143; vgl. auch Handkomm-OR-Kren Kostkiewicz, N 2 m.w.H.), der Schuldner seine Exkulpationsgründe (vgl. auch Art. 103 N 3; BGE 123 III 241, 245).»

<sup>72</sup> Zu den wenigen denkbaren Fällen, in denen Zahlungen nicht mehr ausgeführt werden, vgl. BSK OR I-WIDMER LÜCHINGER/WIEGAND (FN 14), Art. 106 N 2a.

<sup>73</sup> BLAESER (FN 59), 73.

die Verzugszinsen übersteigende Schaden demgegenüber nicht.

Es steht den Konsumenten ohne Zweifel offen, die überhöhten Mahngebühren und die nicht geschuldeten Übergabegebühren separat anzugreifen. Dies wird der Problematik indes nicht vollumfänglich gerecht. Es geht vielmehr darum, die *kombinierte Belastung als solche* zu thematisieren. Worin besteht das erhebliche Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten, wie es die Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 8 UWG fordern? Besonders ins Auge sticht die Änderung der Beweislast. Diese ist nicht nur für Konsumenten brandgefährlich. KUMMER hielt dies zu den Beweislastverträgen schon im Jahre 1962 fest: *«Er setzt sich vielmehr einem erhöhten Prozessrisiko aus, dessen Bedeutung er meist gar nicht zu überschauen vermag, und dessen Verwirklichung er nicht erwägt, weil er weder mit einem Prozess und noch weniger mit einer Beweislosigkeit rechnet.»* Er argumentiert weiter, dass ein Beweislastvertrag sehr schnell in unsittliche Knebelung ausartet, weil *«[...] jede Beweislastumkehr unbegründeten Ansprüchen zum Prozesssieg verhelfen kann»*.<sup>74</sup> Diese Aussagen hat Kummer *nota bene* zu individuell ausgehandelten Verträgen gemacht. In diktierten AGB hält er solche Klauseln für schlechthin untragbar und sittenwidrig.<sup>75</sup> Klauseln, die den Beweis, die Beweisführung oder die Beweislast betreffen, vermögen den Rechtsschutz tatsächlich massiv zu erschweren oder gar zu vereiteln.<sup>76</sup> Sie haben das Potential, nicht bestehende Forderungen durchsetzbar zu machen, was das erhebliche Missverhältnis zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten genügend belegt.

<sup>74</sup> MAX KUMMER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962 (zit. BK-KUMMER), Art. 8 ZGB N 376; a.M. BGE 85 II 489 E. 6b.

<sup>75</sup> BK-KUMMER (FN 74), Art. 8 ZGB N 377; vgl. auch OGer AG, 12.11.2002, E. 3, in: AGVE 2002, 36; ALEXANDRA JUNGO, Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, Beweislast, 3. A., Zürich 2018, Art. 8 ZGB N 321: *«Beweislastverträge sind in der Regel unüblich, also ungewöhnlich, weshalb sie bei Übernahme in AGB nur dann vom Konsens erfasst sind, wenn die schwächere Partei gesondert darauf aufmerksam gemacht worden ist»*; offenbar hat man sogar von einer gesetzlichen Regelung des Beweislastvertrags Abstand genommen, weil man dann dessen Verwendung in AGB befürchtete, BSK ZGB I-LARDELLI/VETTER, Art. 8 N 91, m.w.H., in: Thomas Geiser/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2018.

<sup>76</sup> Vgl. zu dieser *ratio* MK-WURMNEST (FN 55), § 309 BGB Nr. 12 N 1: *«Es soll verhindern, dass die materielle Rechtsposition des Vertragspartners dadurch geschwächt wird, dass ihm die Rechtsverfolgung erschwert oder ganz unmöglich wird»*; BGH, II ZR 98/62, 17.2.1964, in: NJW 1964, 1123 f.; vgl. OGer AG, 12.11.2002, E. 3, in: AGVE 2002, 36.

## XI. Kann man in AGB in die provisorische Rechtsöffnung einwilligen?

### A. Problem

Viele Konsumentinnen und Konsumenten «geben auf», wenn sie merken, dass sie selber in den AGB in die provisorische Rechtsöffnung über den Rechnungsbetrag eingewilligt haben.

### B. Beispiele

*«Ein unterschriebener Mitgliedschaftsvertrag stellt einen Rechtsöffnungstitel dar.»*<sup>77</sup>

*«Ich anerkenne diesen Vertrag als Rechtsöffnungstitel und dass ich den oben stehenden Betrag schulde.»*<sup>78</sup>

### C. Diskussion

Das Vorliegen eines gültigen Rechtsöffnungstitels prüfen die Gerichte von Amtes wegen.<sup>79</sup> Eine in den AGB erklärte Einwilligung in die provisorische oder definitive Rechtsöffnung weist deshalb keine Bedeutung auf.<sup>80</sup> Das Bundesgericht akzeptiert folgerichtig auch keine durch vorformulierte Genehmigungsfiktionen bestätigten Kontoauszüge als Rechtsöffnungstitel.<sup>81</sup> Stellt der Vertrag als solcher keine Schuldanerkennung im Sinne des Art. 82 SchKG dar, nützt auch die darin explizit eingeräumte Berechtigung zur provisorischen Rechtsöffnung nichts. Viele unterzeichnete Verträge mögen beispielsweise für die erstmalige Vertragsdauer durchaus einen provisorischen Rechtsöffnungstitel abgeben, nicht aber für die Kosten einer in den AGB vorgesehenen automatischen Vertragsverlängerung.<sup>82</sup> Die Einwilligungsklausel wäre deswegen eigentlich nicht nichtig, sondern einfach nutzlos. Wiederrum dürfte aber das *Missbrauchspotential* eine gewichtige Rolle spielen und ein Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit und an einem Verbot begründen. Insbesondere Laien lassen sich von solchen Erklärungen beeindrucken und glauben, sie könnten im Rechtsöffnungsverfahren

<sup>77</sup> Ziff. 11, Internet: [https://basefit.ch/wp-content/uploads/2020/12/AGB-gu%CC%88ltig-ab-November-2020\\_Regensdorf.pdf](https://basefit.ch/wp-content/uploads/2020/12/AGB-gu%CC%88ltig-ab-November-2020_Regensdorf.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>78</sup> Internet: [https://langmotiviert.ch/wp-content/uploads/2019/07/LA\\_NGMOTIVIERT-Kundenvertrag-2019.pdf](https://langmotiviert.ch/wp-content/uploads/2019/07/LA_NGMOTIVIERT-Kundenvertrag-2019.pdf) (Abruf 8.7.2021).

<sup>79</sup> BGer, 5A\_113/2014, 8.5.2014, E. 2.1.

<sup>80</sup> Vgl. dazu auch OGer AG, 31.7.2002, in: AGVE 2002, 49.

<sup>81</sup> Vgl. BGE 132 III 480 E. 4.3; 136 III 627 E. 3.3.

<sup>82</sup> Vgl. dazu EVA MAISSEN, Die automatische Vertragsverlängerung unter dem Aspekt der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), Diss., Zürich 2012, N 204–209, m.w.H.

nichts mehr ausrichten. Auch daraus ergibt sich für sie ein Nachteil im Sinne eines ungerechtfertigten Missverhältnisses zwischen Rechten und Pflichten – der Rechtsschutz scheint unerreichbar zu sein.<sup>83</sup>

## XII. Welche Reaktionsmöglichkeiten stehen den betroffenen Schuldnern offen?

Wer sich als Schuldner gegen die oben skizzierten Praktiken wehren möchte, befindet sich in einer unangenehmen Lage. So ist es bei grösseren Unternehmungen kaum möglich, die Gläubigerin auf die Ungewöhnlichkeit oder Unlauterkeit ihrer AGB hinzuweisen. Häufig bestehen nur eingeschränkte Kontaktmöglichkeiten über Online-Formulare oder Callcenter. Eine Diskussion über die Feinheiten des AGB-Rechts in diesen Kanälen bringt nichts. Schuldner erleben es überdies als besonders belastend, dass der Gebühren-Ticker während der Zeit der Auseinandersetzung munter und automatisch weiterläuft.

Eine erste Möglichkeit besteht darin, die tatsächlich geschuldeten Teile der Forderung zu begleichen und sich bezüglich des Rests einer Betreibung und vielleicht auch einem Prozess zu stellen. Auch wenn die geltend gemachte Forderung viel zu hoch ausfällt, ist mit Blick auf die Verteilung der Verfahrenskosten von einer vollumfänglichen Zahlungsverweigerung dringend abzuraten. Idealerweise bezahlt man die geschuldeten Teile kombiniert mit einer kurzen, schriftlichen Bestreitung des Rests. Kommt es dennoch zu einer Betreibung, ist es wichtig, innert 10 Tagen seit der Zustellung den Rechtsvorschlag zu erheben (Art. 74 Abs. 1 SchKG). Leitet die Gläubigerin in der Folge keinen Prozess ein, kann der Schuldner den Eintrag im Betreibungsregister für Dritte sperren lassen (Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG).

Eine zweite, aktivere Rolle steht dem Schuldner offen, wenn er gegen die in Betreibung gesetzte Forderung direkt vorgeht. Ihm stehen die Klage nach Art. 85a SchKG und die negative Feststellungsklage gemäss Art. 88 ZPO zur Wahl. Die negative Feststellungsklage weist den Vorteil auf, dass sie sich bis zu einem Streitwert von CHF 2000 mit entsprechendem Antrag vielleicht schon durch die Schlichtungsstelle erledigen lässt (Art. 212 Abs. 1 ZPO). Bei der Klage nach Art. 85a SchKG steht dieser Weg nicht offen, da dort kein Schlichtungsverfahren stattfindet (Art. 198 lit. e Ziff. 2 ZPO).

## XIII. Schlusswort

Die real existierenden AGB haben sich im Verzugs- und Inkassobereich vom geltenden Recht gleich in mehrfacher Hinsicht emanzipiert. Sie stellen ein separates Fantasiegebilde dar, das aufgrund seiner rigorosen und angsteinflössenden Unerbittlichkeit wirkt: Der Kosten-Ticker läuft, die Gebühren wachsen und wachsen. Welcher Konsument kann angesichts dieser bedrohlichen Situation einen kühlen Kopf bewahren? Das geltende Recht sollte sich mit gleichem Eifer von diesen Phänomenen abgrenzen und explizit festhalten, dass das Inkasso mit der Ausnahme von Betreibungs- und Prozesskosten überhaupt nichts kosten darf, denn die rechtlich begründbaren Schadensposten sind im Massengeschäft des Alltags nicht einfach erklär- und abgrenzbar. Sollten sich derartige AGB längerfristig durchsetzen, könnte dies der weiteren Digitalisierung des Handels auf Kredit einen schweren Schaden zufügen. Es wäre dann besser, die Geschäfte würden nur noch mit sofortiger Zahlung und Abbuchung stattfinden. Das Obligationenrecht gibt ein hervorragendes Beispiel einer solchen Verhaltenssteuerung vor. So hält Art. 214 Abs. 3 OR fest, dass der Rücktritt beim Kreditkauf nicht mehr offenstehe. Die Botschaft ist klar: Wer auf den sicheren Austausch Zug um Zug verzichtet, soll selber schauen, wie er zu seinem Geld kommt. Die Anbieter des besonders stark betroffenen Versandhandels sollten sich auf das Geschäft mit sofortiger Abbuchung vom Konto ausrichten, mithin die Vorkasse wieder einführen. Dem Schutz des Schuldners könnte ein einfaches *escrow*-Modell<sup>84</sup> dienen. Glücklicherweise scheint sich dies zu verwirklichen, denn einzelne Banken ersetzen bereits *Kreditkarten* durch internettaugliche *Debitkarten* mit direkter Abbuchung.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> Vgl. ARNOLD F. RUSCH, Bestätigungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen, AJP 2019, 329 ff., 336.

<sup>84</sup> Paypal verfügt bereits über einen ähnlichen Mechanismus («Käuferschutz»), vgl. Internet: <https://www.paypal.com/ch/webapps/mpp/paypal-safety-and-security> (Abruf 8.7.2021).

<sup>85</sup> Vgl. Internet: <https://www.credit-suisse.com/about-us-news/de/articles/media-releases/credit-suisse-introduces-the--debit-mastercard--for-clients-202006.html> und <https://www.mastercard.ch/de-ch/privatkunden/produkte/debitkarten/debit-mastercard.html> (beide Abruf 8.7.2021).