



Rahmenbedingungen der Praktiken von Inkassounternehmen

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des
Postulates Comte 12.3641 vom 15. Juni 2012

vom 22. März 2017

Inhalt

1	Auftrag	3
2	Kritik an Inkassopraktiken.....	4
3	Regulatorisches Umfeld des Inkassowesens	5
3.1	Tätigkeitsbezogene Regulierung.....	5
3.2	Personenbezogene Regulierung.....	6
3.3	Selbstregulierung.....	8
3.3.1	Schweiz.....	8
3.3.2	Ausland	9
4	Untersuchung der kritisierten Inkassopraktiken.....	9
4.1	Geltendmachung von Inkassogebühren ("Verzugsschaden").....	9
4.1.1	Grundlagen.....	9
4.1.2	Der Schuldnerverzug und seine Rechtsfolgen.....	10
4.1.3	Der Verspätungsschaden nach Artikel 106 OR im Besonderen.....	12
4.1.3.1	Allgemeines.....	12
4.1.3.2	Schadensposten	13
4.1.3.3	Schadensnachweis	15
4.1.4	Verbot der Überwälzung auf den Schuldner aufgrund von Artikel 27 SchKG?.....	16
4.1.5	Ergebnis.....	18
4.2	Ausüben übermässigen Drucks	18
4.2.1	Allgemeines.....	18
4.2.2	"Belästigungen" per Telefon oder ähnlichen Kommunikationsmitteln.....	19
4.2.3	Drohung mit Strafanzeige ohne ernsthafte Gründe.....	19
4.2.4	Drohung mit Besuch am Arbeitsort und mit Kontaktaufnahme mit Freunden und Bekannten	20
4.2.5	Drohung mit Eintragung in beziehungsweise der Weiterleitung der Daten an eine Bonitätsdatenbank	20
4.3	Fehlende Zustimmung zur Löschung einer Betreibung im Betreibungsregister	21
4.4	Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob die Forderungen des Inkassounternehmens begründet sind und was mit den Daten des Schuldners geschieht	23
4.4.1	Vorbemerkung.....	23
4.4.2	Beurteilung der Begründetheit der Forderung.....	23
4.4.3	Bearbeitung der Daten des Schuldners	24
4.5	Geltendmachung verjährter Forderungen	25
4.6	Weigerung des Inkassounternehmens, das Dossier zu löschen.....	26
5	Rechtsvergleich.....	26
5.1	EU-Recht	26
5.2	Ausländisches nationales Recht	27
6	Würdigung	29

Zusammenfassung

Der Bundesrat wurde mit dem Postulat Comte 12.3641 "Rahmenbedingungen für die Praktiken von Inkassounternehmen" vom 15. Juni 2012 beauftragt zu untersuchen, ob eine Regulierung der Praktiken von Inkassounternehmen nötig ist. Tatsächlich wird von Konsumentenschutzorganisationen, Schuldenberatungsstellen, aber auch in den Medien regelmässig kritisch über gewisse Methoden von Inkassounternehmen berichtet.

Einer der am häufigsten geltend gemachten Kritikpunkte ist die Überbindung von Inkassogebühren auf den Schuldner. Die Untersuchung dieser Praktik hat ergeben, dass sich dabei durchaus offene Rechtsfragen stellen. Diese können jedoch von den Gerichten nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts beantwortet werden. Eine solche Beurteilung im Einzelfall ist einer generell-abstrakten Regelung, welche neue Probleme mit sich bringen würde, vorzuziehen.

Auch das Straf- und das Datenschutzrecht sehen bereits heute Möglichkeiten vor, um gegen unangemessene Praktiken von Inkassounternehmen vorzugehen. So ist insbesondere das Ausüben übermässigen Drucks dort, wo die Grenze zur Nötigung überschritten wird, schon heute strafbar.

Eine umfassende Regulierung der Inkassobranche (z.B. mit Bewilligungsverfahren und verbindlichen Sorgfaltspflichten) wird angesichts der bereits bestehenden Mittel als nicht verhältnismässig beurteilt. Sofern eine punktuelle Regulierung angestrebt wird, wäre eine entsprechende Ergänzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb naheliegend.

1 Auftrag

Das Postulat Comte 12.3641 "Rahmenbedingungen für die Praktiken von Inkassounternehmen" vom 15. Juni 2012 verlangt Folgendes:

"Der Bundesrat wird beauftragt, zu untersuchen, ob bessere Rahmenbedingungen für die Praktiken von Inkassounternehmen nötig sind, insbesondere, ob klare Regeln in Bezug auf die zu verwendenden Methoden, mit denen die Rückzahlung durch die Schuldnerinnen und Schuldner erreicht werden soll, einzuführen sind. Er soll ausserdem untersuchen, ob es verboten werden kann, die Verwaltungsgebühren auf die Schuldnerinnen und Schuldner zu übertragen."

Zur Begründung wird angeführt:

"Für einige Inkassounternehmen heiligt der Zweck die Mittel. Häufig nutzen sie Verfahren am Rand der Legalität, um die Rückzahlung der Schuld zu erreichen, die an sie abgetreten wurde. Die Belästigungen erfolgen nicht nur per Telefon, SMS und E-Mail, sondern auch mittels Drohbriefen. Der Schuldner oder die Schuldnerin ist hilflos gegenüber der Allmacht, die sich solche Unternehmen in einem Umfeld, in dem ihr Tun kaum überwacht wird, anmassen. Es stellt sich also die Frage, ob es nicht nötig wäre, die Tätigkeiten solcher Unternehmen sowie ihre Methoden besser zu regeln, indem ein klarer Rahmen erstellt wird und der Rückgriff auf für eine Rechtsgesellschaft unwürdige Methoden - Belästigungen jeder Art, Drohbriefe, Nötigung usw. - verboten wird. Dasselbe gilt für die bei Inkassounternehmen weitverbreitete Praxis, die Verwaltungsgebühren direkt bei den Schuldnerinnen und Schuldnern einzutreiben. Da der Rückgriff auf ein Inkassounternehmen für eine Person, die ihre Forde-

rung eintreiben will, nicht obligatorisch ist, sondern ihre eigene Entscheidung, gibt es keinen Grund, dass die Schuldnerin oder der Schuldner die Verwaltungsgebühren übernehmen soll."

Der Ständerat hat das Postulat am 27. September 2012 ohne Gegenstimme angenommen.¹ Der Bundesrat hatte zuvor die Annahme des Postulates beantragt.

2 Kritik an Inkassopraktiken

Schuldenberatungsstellen, Konsumentenschutzorganisationen, aber auch die Medien berichten regelmässig über die Praktiken von Inkassounternehmen aus Sicht der Schuldnerinnen und Schuldner.² Sie äussern sich dabei meistens kritisch zu den verwendeten Methoden und erachten einzelne davon als rechtlich problematisch, wenn nicht unzulässig.³ Illustrativ sind die Ergebnisse einer Umfrage, die die Fédération romande des consommateurs (FRC) bei 14 Organisationen aus der Westschweiz und dem Tessin durchgeführt hat, die den Interessen der Schuldnerinnen und Schuldner nahe stehen; ausgewertet wurden zudem die Rückmeldungen von 9 Inkassounternehmen.⁴ Nach Auswertung der FRC seien die vier schwerwiegendsten Beschwerden (in absteigender Priorität):

- Überhöhte oder ungerechtfertigte Inkassogebühren;
- Ausüben eines übermässigen Drucks, namentlich mittels Schreiben in einem einschüchternden Tonfall;
- Fehlende Zustimmung zur Löschung einer Betreuung im Betreibungsregister;
- Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob die Forderungen des Inkassounternehmens begründet sind und was mit den Daten der Schuldnerin oder des Schuldners geschieht.

In der Detailauswertung werden von den befragten Stellen noch weitere Beschwerden erhoben beziehungsweise detaillierte Angaben zu den verwendeten Methoden gemacht, so namentlich:

- Drohung mit der Eintragung in beziehungsweise der Weiterleitung der Daten an eine Bonitätsdatenbank;
- Belästigungen per Telefon, SMS oder mit ähnlichen Kommunikationsmitteln (z.B. WhatsApp);
- Besuch am Arbeitsort;
- Geltendmachung verjährter Forderungen;
- Weigerung des Inkassounternehmens, das Dossier zu löschen.

Viele dieser Beschwerden werden auch in der Begründung zum Postulat genannt, das zum vorliegenden Bericht geführt hat. Im Folgenden wird zunächst ein kurzer Überblick über das

¹ AB 2012 S 925.

² Siehe beispielsweise: GABRIELA BAUMGARTNER/DORIS HUBER, Die furchterregenden Methoden der Geldeintreiber, Beobachter 3/2009, 5. Februar 2009; ALLIANZ DER KONSUMENTENSCHUTZORGANISATIONEN, Gesamtschweizerische Konsumenten-Ärgerliste 2016, Medienmitteilung vom 5. Dezember 2016 ("Unerlaubte Inkasso-Forderungen" erscheinen auf dem vierten Platz); STEPHAN HEINIGER, Die zehn grössten Ärgernisse des Jahres, K-Tipp, Nr. 1 vom 13. Januar 2016, S. 28 f. ("betrügerische Inkassobüros" erscheinen auf dem dritten Platz der "grössten Ärgernisse" im Jahr 2015); SALOME MÜLLER, Das Geschäft mit der Angst, Tagesanzeiger vom 6. Januar 2016, S. 12; STIFTUNG FÜR KONSUMENTENSCHUTZ, Das Ärgernis 2014: Unerlaubte Inkassoforderungen, Medienmitteilung vom 7. Dezember 2014; STIFTUNG FÜR KONSUMENTENSCHUTZ, "Hitparade" der Konsumentenbeschwerden, Medienmitteilung vom 3. Februar 2013 ("ungerechtfertigte Inkassoforderungen" erscheinen auf dem dritten Platz).

³ Siehe etwa MICHAEL KRAMPF, Fünf Gründe gegen den "Verzugsschaden", plädoyer 2/2015, S. 40 f.

⁴ Für Einzelheiten siehe die Zeitschrift frc mieux choisir, Nr. 58, Mai 2013, S. 12 ff., abrufbar unter <<http://www.frc.ch/articles/a-quand-la-fin-des-methodes-de-cow-boys%E2%80%89/>> (besucht am 24.01.2017).

regulatorische Umfeld des Inkassowesens gegeben und anschliessend untersucht, wie die kritisierten Inkassomethoden konkret geregelt sind. Gestützt auf diese Analyse wird geprüft, welche gesetzgeberischen Massnahmen denkbar sind, um allfällige Lücken zu schliessen.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es bis zu einem gewissen Grad in der Natur der Sache liegt, dass jede Inkassotätigkeit für den Schuldner mehr oder weniger unangenehm ist und häufig negative Reaktionen auslöst. Es ist daher für den Gesetzgeber keine einfache Aufgabe, im Spannungsfeld zwischen dem berechtigten Interesse des Gläubigers an der Forderungseinziehung und dem Schutz des Schuldners vor unangemessener Druckausübung einen Ausgleich zu finden.

3 Regulatorisches Umfeld des Inkassowesens

3.1 Tätigkeitsbezogene Regulierung

Bei jeder Regulierung des Inkassowesens kann danach unterschieden werden, ob sie an einer bestimmten Tätigkeit anknüpft oder an der Person, die tätig wird. Bei der *tätigkeitsbezogenen Perspektive* bezeichnet Inkasso die Einziehung von Geldforderungen.⁵ Dabei wird nicht berücksichtigt, ob die im Inkasso tätige Person berufs- beziehungsweise gewerbsmässig handelt, sondern es kommt nur darauf an, dass eine Inkassotätigkeit in Frage steht.

Das Inkasso lässt sich in verschiedene Phasen unterteilen, wobei für ein erfolgreiches Inkasso im Einzelfall nicht alle Phasen durchlaufen werden müssen:⁶

1. Mahnverfahren;
2. Einleitung und Durchführung eines Betreibungsverfahrens nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG);⁷
3. gerichtliche Durchsetzung;
4. Realisierung von Verlustscheinen.

Die im Postulat erwähnten Methoden betreffen hauptsächlich das Mahnverfahren, können aber auch bei der Realisierung von Verlustscheinen vorkommen. Das Mahnverfahren wird auch als *vorrechtliches Inkasso* bezeichnet. Das schweizerische Recht enthält hierzu keine vollständige und systematische Regelung. Vielmehr regeln verschiedenen Vorschriften Teilaspekte des vorrechtlichen Inkassos, namentlich Artikel 103 ff. des Obligationenrechts (OR)⁸, was im Zusammenhang mit den Verspätungsschäden näher erläutert wird (siehe Ziff. 4.1).

Im Betreibungsverfahren und bei der gerichtlichen Durchsetzung, teilweise aber auch bei der Realisierung von Verlustscheinen, ist stets eine Verwaltungsbehörde (Betreibungs- oder Konkursamt) oder aber ein Gericht beteiligt, weshalb man vom *rechtlichen Inkasso* sprechen kann.⁹ Im Unterschied zum vorrechtlichen Inkasso sind die entsprechenden Handlungen gesetzlich detailliert geregelt, primär im SchKG und in der Zivilprozessordnung (ZPO)¹⁰, aber auch in den dazugehörigen Ausführungsverordnungen sowie in verschiedenen Staatsverträgen. Diese Vorschriften sind nicht Gegenstand dieses Berichts.

Im Übrigen unterliegt die Inkassotätigkeit, wie jede andere Tätigkeit auch, den allgemeinen gesetzlichen Vorschriften. So wird die Bearbeitung von Personendaten durch das Daten-

⁵ Duden, Die deutsche Rechtschreibung, 26. Aufl., Mannheim 2013.

⁶ Vgl. RAOUL EGELI, Gläubiger Schutz Recht Transparent, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 174 f.

⁷ SR 281.1.

⁸ Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

⁹ Man kann diesen Begriff auch weiter differenzieren und neben dem rechtlichen Inkasso im engeren Sinn (Betreibungsverfahren) auch das gerichtliche Inkasso und das Verlustscheininkasso unterscheiden; vgl. EGELI (Fn. 6), S. 175.

¹⁰ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, SR 272.

schutzgesetz (DSG)¹¹ geregelt. Die verwendeten Inkassomethoden müssen zudem die Grenzen beachten, die vom Strafgesetzbuch (StGB)¹² gezogen werden, beispielsweise darf das Inkassounternehmen den Schuldner nicht zur Bezahlung der Forderung nötigen (Art. 181 StGB). Gewisse Inkassopraktiken können unter Umständen auch gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)¹³ verstossen. So kann die Durchsetzung einer Forderung durch ein Inkassounternehmen namentlich dann unlauter sein, wenn auch der zugrundeliegende Vertrag unlauter zustande gekommen ist (Art. 2 UWG).¹⁴ Ein Verstoss gegen das UWG kann weiter vorliegen, wenn das Inkassobüro gegenüber Gläubigern oder der Öffentlichkeit irreführende Angaben über seine Befugnisse macht (Art. 3 Bst. b UWG) und sich dadurch einen unlauteren Vorsprung gegenüber seiner Konkurrenz verschafft.

3.2 Personenbezogene Regulierung

Neben dieser tätigkeitsbezogenen Perspektive kann eine Regulierung des Inkassowesens auch *an der Person anknüpfen*, welche die Inkassodienstleistungen berufs- beziehungsweise gewerbsmässig erbringt. Diesbezüglich gibt es im geltenden Recht weder eine vollständige und systematische Regulierung noch eine staatliche Aufsicht. Im Rahmen der Wirtschafts- und Vertragsfreiheit ist grundsätzlich jedermann befugt, Inkassodienstleistungen anzubieten.

Typische Anbieter von Inkassodienstleistungen sind *Inkassounternehmen*. Nur sie werden im Postulat Comte namentlich angesprochen. Daneben sind aber auch andere Akteure im Inkasso tätig, so beispielsweise Treuhandfirmen sowie Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Im Unterschied zu den Inkassounternehmen wird gegen diese, soweit ersichtlich, keine besondere Kritik im Zusammenhang mit Inkassodienstleistungen vorgebracht, weshalb dieser Bericht auf die Inkassounternehmen fokussiert. Nach älterer Bezeichnung werden die Inkassounternehmen auch "Inkassobüros" genannt, und es kommen noch andere Bezeichnungen vor. Im Folgenden wird unabhängig von der Rechtsform des Anbieters (Einzelunternehmen, juristische Person etc.) einheitlich der Ausdruck "Inkassounternehmen" verwendet. Anders als etwa für die Bezeichnungen "Bank"¹⁵ oder "Investmentfonds"¹⁶ sieht das Bundesrecht für die Bezeichnung "Inkassounternehmen" oder vergleichbare Ausdrücke keinen besonderen gesetzlichen Schutz vor. Es gelten somit die allgemeinen Grundsätze der Firmenbildung¹⁷ sowie das Lauterkeitsrecht.

Die eingangs erwähnte Wirtschaftsfreiheit gilt freilich nicht uneingeschränkt. Die wichtigste Einschränkung ergibt sich noch bis Ende 2017 aus Artikel 27 SchKG, der die *gewerbsmässige Vertretung in Zwangsvollstreckungsverfahren* regelt. Das Parlament hat am 25. September 2015 eine sehr weitgehende Lockerung dieser Bestimmung beschlossen, sodass ab dem 1. Januar 2018 alle handlungsfähigen Personen zur gewerbsmässigen Vertretung in Zwangsvollstreckungsverfahren zugelassen sein werden (ausführlich zu dieser Bestimmung siehe Ziff. 4.1.4).

¹¹ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1.

¹² Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

¹³ Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241).

¹⁴ Vgl. BGE 136 III 23, 25 (Schutz des Verbots der Durchsetzung von Ansprüchen, welche auf einem unlauteren Vertrag beruhen); s. auch Urteil des Bundesgerichts 6B_1122/2015 vom 15. August 2016 E. 3.2.2 f. (Gehilfenschaft zu Verletzung von Art. 3 Abs. 1 Bst. b und p UWG durch Zusage von Unterstützung bei Forderungseintreibung); weiter Kantonsgericht Zug vom 1. Oktober 2009 "Registerhaie II", E. 13.2, publiziert in sic! 2010, S. 364 ff., 369.

¹⁵ Art. 1 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

¹⁶ Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG), SR 951.31.

¹⁷ Siehe Art. 944 OR.

Die Inkassotätigkeit gilt nicht als Finanzintermediation, weshalb die *Geldwäschereigesetzgebung* nicht anwendbar ist.¹⁸

Neben dem Bundesrecht können sich aus dem kantonalen Recht – unter Beachtung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 der Bundesverfassung [BV])¹⁹ – Regelungen des Inkassowesens ergeben. So wird in verschiedenen Kantonen die Tätigkeit als sogenannter Geschäftsagent (Zürich), Rechtsagent (Genf, St. Gallen, Waadt) oder Treuhänder (Tessin) gesetzlich geregelt, die Bezüge zum Inkassowesen aufweist:²⁰

- Im Kanton Zürich gilt als Geschäftsagent, wer gegen Entgelt für Dritte Forderungen einzieht;²¹ die Tätigkeit als Geschäftsagent darf ohne Bewilligung ausgeübt werden, doch kann die zuständige Behörde in bestimmten Fällen ein Berufsverbot anordnen.
- Im Kanton Genf ist nur ein bestimmter Kreis von Personen befugt, Parteien vor den Betreibungs- und Konkursämtern berufs- beziehungsweise gewerbsmässig zu vertreten, wobei neben Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten unter anderem Rechtsagenten ("agents d'affaires") zugelassen sind; die Tätigkeit als Rechtsagent ist bewilligungspflichtig.²²
- Das Gleiche gilt im Kanton Waadt für den patentierten Rechtsagenten ("agent d'affaires breveté"), wobei die Vertretungsberechtigung nicht auf den SchKG-Bereich beschränkt ist, sondern auch verschiedene zivil- und strafrechtliche Angelegenheit umfasst,²³ dies im Unterschied zur erwähnten Regelung im Kanton Genf. Die entsprechende bundesrechtliche Grundlage ist für das Zivilrecht in Artikel 68 Absatz 2 Buchstabe b ZPO enthalten: Die Kantone sind befugt, patentierte Sachwalterinnen und Sachwalter sowie Rechtsagentinnen und Rechtsagenten zur berufsmässigen Vertretung vor der Schlichtungsbehörde, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten des vereinfachten Verfahrens sowie in Angelegenheiten des summarischen Verfahrens zuzulassen.
- Nochmals anders ist die Rechtslage im Kanton St. Gallen, wo der Kreis der Personen, die Parteien vor den Betreibungs- und Konkursämtern vertreten dürfen, weit gezogen ist und alle handlungsfähigen Personen umfasst.²⁴ Rechtsagentinnen und Rechtsagenten, die über eine entsprechende kantonale Bewilligung verfügen, sind darüber hinaus befugt, in verschiedenen zivil- und strafrechtlichen Angelegenheiten berufsmässig vor Gericht aufzutreten.²⁵
- Im Kanton Tessin ist die berufsmässige Beratung und Vertretung von Gläubigern, Schuldnern und Dritten im Bereich des SchKG sowie des Inkasso und der Schulden-

¹⁸ Art. 2 Abs. 2 Bst. a Ziff. 2 der Verordnung vom 11. November 2015 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung, GwV, SR 955.01).

¹⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

²⁰ Davon zu unterscheiden sind kantonale Regelungen, in denen besondere Voraussetzungen an die Übernahme von Sachwaltermandaten gestellt werden; siehe namentlich § 18 ff. des luzernischen Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 22. Oktober 1996 (EGSchKG) (SRL Nr. 290).

²¹ § 2 Bst. b des Gesetzes vom 16. Mai 1943 über die Geschäftsagenten, Liegenschaftenvermittler und Privatdetektive (LS 935.41).

²² Art. 1 Bst. d der Loi du 2 novembre 1927 réglementant la profession d'agent d'affaires (LPAA) (RSG E 6 20); die Ausführungsbestimmungen sind im Règlement du 4 septembre 1928 sur l'exercice de la profession d'agent d'affaires (RPAA) (RSG E 6 20.01) enthalten.

²³ Art. 44a und 44b der Loi d'application dans le Canton de Vaud du 18 mai 1955 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LVLP) (RSV 280.05). Siehe auch Art. 1 der Loi du 20 mai 1957 sur la profession d'agent d'affaires breveté (LPAg) (RSV 179.11).

²⁴ Art. 12 Abs. 1 Bst. d des Anwaltsgesetzes vom 11. November 1993 (sGS 963.70). Das Gesetz spricht allgemein von "Verwaltungsbehörden", doch werden die Betreibungs- und Konkursämter auch dazu gezählt; siehe ANDREAS KLEY-STRULLER, Der Beruf des patentierten Rechtsagenten nach dem neuen sanktgallischen Anwaltsgesetz, SJZ 1995, S. 447.

²⁵ Art. 11 Abs. 1 Bst. a des sanktgallischen Anwaltsgesetzes.

sanierung bewilligungspflichtig (Tätigkeit als sogenannter "fiduciario commercialista").²⁶

Mit dem Inkrafttreten der bereits erwähnten Revision von Artikel 27 SchKG am 1. Januar 2018 werden die kantonalen Bestimmungen hinfällig, soweit sie den Kreis der Personen, die gewerbsmässig Personen in Zwangsvollstreckungsverfahren vertreten dürfen, bundesrechtswidrig beschränken.

Insgesamt ergibt sich, dass die Inkassounternehmen abgesehen von einzelnen kantonalen Regelungen in der Schweiz keiner besonderen Regulierung unterstehen. Als Folge davon stehen ihnen keine besonderen rechtlichen Instrumente zur Durchsetzung der Forderungen zur Verfügung, sondern nur jene, die allen Gläubigern offenstehen, beispielsweise das Versenden von Mahnschreiben oder die Einleitung einer Betreuung.

3.3 Selbstregulierung

3.3.1 Schweiz

Im *Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute (vsi)*²⁷ haben sich verschiedene in der Schweiz tätige Inkassounternehmen zusammengeschlossen. Gemäss eigenen Angaben sind die im vsi organisierten Unternehmungen für das Inkasso von über 10 Milliarden Schweizer Franken zuständig.²⁸ Der vsi bezweckt gemäss seinen Statuten die Förderung des Inkassowesens und verwandter Rechtsgebiete, insbesondere die Verbesserung der gesetzlichen Grundlagen und die Bekämpfung von Missbräuchen. Zudem verfolgt er *"die Hebung des Berufsstandes nach jeder Richtung hin und tritt allen Bestrebungen entgegen, welche Tüchtigkeit, Würde und Ansehen des Berufsstandes gefährden"*.²⁹ Zu diesem Zweck verfügt der vsi seit 1981 über Standesregeln,³⁰ die für *"sämtliche Aktivmitglieder verbindlich und zudem für ihr Personal anwendbar"* sind.³¹ Die Standesregeln haben jedoch für Nicht-Mitglieder keine Geltung.

Die Standesregeln enthalten namentlich Grundsätze über die Berufsausübung. So sieht deren Ziffer 3 Folgendes vor: *"Die Mitglieder sind verpflichtet, ihre Tätigkeit so auszuüben, dass das in sie gesetzte Vertrauen gerechtfertigt wird. Sie besorgen die ihnen anvertrauten Aufträge mit der gebotenen Sorgfalt und vertreten nur, was vor der Rechtsordnung nach bestem Wissen und Gewissen verantwortet werden kann. Sie enthalten sich jeder Tätigkeit, die mit dem Ansehen ihres Berufsstandes unvereinbar ist. Insbesondere vermeiden sie Massnahmen, welche der Einschüchterung des Schuldners dienen."* Was die Kostenregelung angeht, berechtigt Ziffer 9 der Standesregeln die Mitglieder, *"dem Auftraggeber die Barauslagen, eine abgestufte Erfolgsprovision sowie den Arbeitsaufwand in Rechnung zu stellen, wobei letzterer den Ansatz, welcher Rechtsanwälte im betreffenden Kanton anwenden, nicht übersteigen darf."*

Zur Berechnung der Verzugsgebühren hat der vsi eine Verzugsschadentabelle auf seiner Internetseite publiziert.³² Die Gebühr wird anhand der Höhe der Forderung festgelegt. Somit wird nicht berücksichtigt, wie hoch der tatsächliche Aufwand ist.

Der vsi verfügt über eine Beschwerdestelle, bei der schriftliche Beschwerdeeingaben zu den Mitgliedern des vsi gemacht werden können.³³

²⁶ Art. 3 Bst. c i.V.m. Art. 1 Abs. 1 des Legge del 1° dicembre 2009 sull'esercizio delle professioni di fiduciario (LFid) (RL 11.1.4.1).

²⁷ Association suisse des Sociétés Fiduciaires de Recouvrement; Associazione degli Uffici Fiduciari d'incasso Svizzeri.

²⁸ Informationen zum vsi sind auf deren Internetseite <<http://www.vsi1941.ch>> einsehbar.

²⁹ Art. 2 der Statuten, abrufbar unter <<http://www.vsi1941.ch/de/verband-de/statuten.html>> (besucht am 24.01.2017).

³⁰ Abrufbar unter <<http://www.vsi1941.ch/de/verband-de/standesregeln.html>> (besucht am 24.01.2017).

³¹ Siehe Ziff. 2 der Standesregeln.

³² Abrufbar unter <<http://www.vsi1941.ch/de/verzugsschadentabelle.html>> (besucht am 24.01.2017).

³³ Siehe <<http://www.vsi1941.ch/de/verband-de/beschwerdestelle.html>> (besucht am 24.01.2017).

Daneben besteht der *Verband geprüfter Inkassounternehmen Schweiz (VGIS)*, der seit dem 11. Juli 2014 als Verein mit Sitz in Hochdorf LU im Handelsregister eingetragen ist. Der Website des VGIS lässt sich nicht entnehmen, ob und welche Mitglieder der Verband hat und welche konkreten Aktivitäten er entfaltet.³⁴ Gleich wie der vsi verfügt auch der VGIS über Standesregeln, an welche sich seine Mitglieder bei der Ausübung ihres Berufes halten sollen.³⁵ Die Regeln betreffen das Verhalten gegenüber dem Verband, gegenüber Auftraggebern der Mitglieder sowie gegenüber Schuldner. So müssen die Mitglieder alle Aufträge gewissenhaft und sorgfältig behandeln und dem Ansehen des Verbandes und des Berufsstandes nicht durch ihre eigenen Handlungen schaden; dementsprechend ist besonders von Einschüchterungsmassnahmen gegenüber dem Schuldner abzusehen (Ziff. 3 der Standesregeln). Zudem hält Ziff. 6 der Standesregeln fest: "*Die Mitglieder haben eine Vertrauensstellung inne. Sowohl im Rahmen ihrer Berufsausübung als auch bezüglich der Präsentation nach aussen müssen sie sich dieser Stellung entsprechend verhalten.*"

3.3.2 Ausland

Die *Federation of European National Collection Associations (FENCA)* ist der Dachverband der nationalen Inkassoverbände. Gemäss den Angaben der FENCA ist der Verband Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute (vsi) Mitglied dieses Verbandes. Mehrere schweizerische Inkassounternehmen sind zudem als *affiliate members* bei der FENCA angeschlossen.³⁶

Das Ziel der FENCA ist es namentlich, die Interessen der nationalen Verbände zu schützen und zu vertreten, so zum Beispiel bei der Ausarbeitung der europäischen Gesetzgebung im Zusammenhang mit dem Inkassogewerbe.

4 Untersuchung der kritisierten Inkassopraktiken

Nachfolgend sollen verschiedene Inkassopraktiken, die offenbar vorkommen und die immer wieder Kritik auf sich ziehen,³⁷ aus rechtlicher Sicht beurteilt werden.

4.1 Geltendmachung von Inkassogebühren ("Verzugsschaden")

4.1.1 Grundlagen

Eine der Praktiken von Inkassounternehmen, die am häufigsten kritisiert wird, ist das Erheben von Inkassogebühren beim Schuldner. Kritisiert werden sowohl die Gebührenerhebung als solche als auch das Erheben von zu hohen Inkassogebühren, sofern diese im Grundsatz geschuldet sind. In der Praxis werden diese zusätzlich erhobenen Forderungen häufig als "Verzugsschaden" bezeichnet. Aus rechtlicher Sicht geht es dabei um die Folgen des Schuldnerverzugs, der im OR geregelt ist. Bevor die einzelnen Rechtsfolgen des Schuldnerverzugs dargestellt werden, werden nachstehend die vertragsrechtlichen Grundlagen dargestellt, auf deren Grundlage das Inkassounternehmen überhaupt tätig wird.

Aus vertragsrechtlicher Sicht beruht das Inkasso auf einem Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Beauftragten (vorliegend: das Inkassounternehmen), dem sogenannten *Inkassoauftrag* oder Inkassomandat. Darin verpflichtet sich das Inkassounternehmen, für den Auftraggeber das Inkasso von Forderungen zu übernehmen. Der Inkassoauftrag wird in der Lite-

³⁴ <www.vgis.ch> (besucht 24.01.2017).

³⁵ Standesregeln mit Stand vom 1. August 2013, abrufbar über <<http://www.vgis.ch/standesregeln/>> (besucht 24.01.2017).

³⁶ <www.fenca.org> (besucht 24.01.2017).

³⁷ S. dazu oben Ziff. 2.

ratur als Auftrag³⁸ oder als Innominatvertrag mit Schwerpunkt im Auftragsrecht³⁹ qualifiziert. Es können dabei zwei Arten von Inkassoaufträgen unterschieden werden:⁴⁰

- Bei einem *Inkassoauftrag ohne Forderungsabtretung* erteilt der Auftraggeber dem Inkassounternehmen eine Vollmacht (sog. Inkassovollmacht; vgl. Art. 32 ff. OR). In der Folge tritt das Inkassounternehmen im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers gegenüber dem Schuldner auf. Das Inkassounternehmen kann vom Schuldner die Leistung verlangen und nötigenfalls einklagen.⁴¹
- Bei einem *Inkassoauftrag mit Forderungsabtretung* (sog. Inkassozeession) tritt der Auftraggeber die Forderung zu vollem Recht ab, wobei dies mit der Abrede verbunden wird, dass das Inkassounternehmen die Forderung nur einfordern darf (sog. fiduziarische Zeession). Das Inkassounternehmen tritt folglich im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers gegenüber dem Schuldner auf.⁴² Dies kann für das Inkassounternehmen in jenen Kantonen eine administrative Erleichterung bedeuten, in denen die berufs- beziehungsweise gewerbsmässige Vertretung beim Inkasso bewilligungspflichtig ist.⁴³

In beiden Fällen ist das Inkassounternehmen aufgrund des Auftragsverhältnisses verpflichtet, eingezogene Forderungsbeträge an den Auftraggeber abzuliefern und über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen.⁴⁴ Nicht Teil eines Inkassoauftrags ist eine Bevorschussung der Forderungen oder eine Übernahme des Delkredererisikos.⁴⁵

Der Inkassoauftrag mit Forderungsabtretung unterscheidet sich dadurch zum einen vom *Factoringvertrag*. Bei diesem tritt der Klient im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses alle oder bestimmte Debitorenforderungen an den sogenannten Factor ab, der für diese die Debitorenbuchhaltung übernimmt und mindestens eine der folgenden Dienstleistungen erbringt: (i) Übernahme des Inkassos von Debitorenforderungen; (ii) Finanzierung der Debitorenforderungen und/oder (iii) Risikoabsicherung der Kundenkreditierung.⁴⁶ Vom Inkasso ist zum anderen die *Forfaitierung* zu unterscheiden, die den Kauf noch nicht fälliger, mittel- bis langfristiger Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen betrifft.⁴⁷

4.1.2 Der Schuldnerverzug und seine Rechtsfolgen

Wird einem Inkassounternehmen ein Inkassoauftrag erteilt, so verfügt es über die gleichen vertragsrechtlichen Instrumente, um die Zahlung einzufordern, wie jeder andere Gläubiger oder Gläubigervertreter auch.⁴⁸ Die Folgen der Nichterfüllung von vertraglichen Pflichten sind in den Artikeln 97 ff. OR geregelt. Ist die Zahlung des geschuldeten Betrages fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in *Verzug* gesetzt.⁴⁹ Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, die zum Ausdruck bringt, dass er die

³⁸ Siehe Art. 394 ff. OR; so BENEDIKT FÄSSLER, *Der Factoringvertrag im schweizerischen Recht*, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 67.

³⁹ Vgl. GRÉGOIRE GEISSBÜHLER, *Le recouvrement privé de créances*, Genf 2016, Rz. 395 ff.

⁴⁰ Zum Ganzen FÄSSLER (Fn. 38), Rz. 67.

⁴¹ EUGEN SPIRIG, in: Peter Gauch (Hrsg.), *Zürcher Kommentar Obligationenrecht*, Art. 164–174 OR, 3. Aufl., Zürich 1993, Vorbemerkungen zu Art. 164–174 OR N 226; ausführlich zur Inkassovollmacht ROLF WEBER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar Obligationenrecht*, Art. 68–96, 2. Aufl., Bern 2005, Art. 68 OR N 93 ff.

⁴² Dies hat auch Folgen für die Einreden, die der Schuldner gegenüber dem Vertreter erheben kann, siehe BGE 119 II 452 E. 1d.

⁴³ Siehe hierzu vorne Ziff. 3.2.

⁴⁴ Siehe Art. 400 OR.

⁴⁵ FÄSSLER (Fn. 38), Rz. 67.

⁴⁶ Die Begriffsbestimmung ist in der Schweizer Lehre nicht einheitlich. Siehe statt vieler: PHILIPP JENNI, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., Zürich 2016, Vorb. OR 184 ff./Factoring N 1 m.w.H.

⁴⁷ CHK-JENNI (Fn. 46), Vorb. OR 184 ff./Factoring N 16 m.w.H.

⁴⁸ Siehe vorne Ziff. 3.2.

⁴⁹ Vgl. Art. 102 Abs. 1 OR.

Leistung ohne Säumnis verlangt.⁵⁰ In Ausnahmefällen ist keine Mahnung erforderlich, so insbesondere wenn ein Zahlungstermin vereinbart wurde (sog. Verfalltag)⁵¹ und abgelaufen ist oder wenn eine Mahnung nutzlos wäre, beispielsweise weil der Schuldner vorzeitig die Leistung verweigert. Die Nichtleistung durch den Schuldner muss zudem pflichtwidrig sein. Das ist beispielsweise dann nicht der Fall, wenn der Gläubiger die Annahme der Leistung verweigert oder wenn der Schuldner eine ihm zustehende Einrede erhebt (z.B. Verjährungseinrede). Ein Verschulden des Schuldners ist für den Schuldnerverzug hingegen nicht erforderlich.

Befindet sich der Schuldner im Verzug, kann der Gläubiger weiterhin die Erbringung der geschuldeten Leistung verlangen. Gemäss Artikel 103 Absatz 1 OR treten beim Schuldnerverzug allerdings zwei Rechtsfolgen hinzu: (i) Der Schuldner muss den *Schaden ersetzen*, der aus der verspäteten Leistung entsteht, und (ii) er haftet auch für *Zufall*, das heisst für jedes Ereignis, das nicht vom Schuldner oder Gläubiger verschuldet ist und zu einer Beschädigung des Leistungsgegenstandes führt oder die Leistung unmöglich macht. Der Schuldner kann sich nach Artikel 103 Absatz 2 OR von der Zufallshaftung⁵² befreien, wenn er nachweist, dass ihn kein Verschulden am Verzug trifft oder dass der Zufall auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre.

Diese allgemeine Regelung wird für *Geldschulden* durch die Artikel 104–106 OR ergänzt beziehungsweise konkretisiert. Die gesetzliche Regelung ist zweistufig:

- Mit dem Eintritt des Schuldnerverzugs sind gemäss Artikel 104 OR Verzugszinsen fällig. Wurden keine höheren Zinsen vereinbart, beträgt der Zinssatz 5 % pro Jahr. Der Verzugszins ist unabhängig vom Verschulden des Schuldners zu bezahlen. Artikel 105 OR sieht für Zinsen, Renten und Schenkungen einen abweichenden Beginn des Zinsenlaufs vor.
- Hat der Gläubiger einen grösseren Schaden erlitten, als ihm durch die Verzugszinsen vergütet wird, so muss der Schuldner auch diesen Schaden ersetzen (Art. 106 Abs. 1 OR). Der Schuldner kann sich von dieser Haftung befreien, wenn er nachweist, dass der Verzug ohne sein Verschulden eingetreten ist.

Bei den Artikeln 103, 104 und 106 OR handelt es sich um *dispositives Recht*.⁵³ Die Vertragsparteien können daher abweichende Regelungen vereinbaren. So können sie beispielsweise den Schadenersatzanspruch ganz oder teilweise ausschliessen oder im Gegenteil auch Mahngebühren oder Inkassogebühren vorsehen, die unabhängig von einem Schadennachweis oder einer allfälligen Exkulpation geschuldet sind. Ob die so vereinbarten Gebühren als Schadenspauschalierung oder als Konventionalstrafe zu werten sind, wird im Einzelfall nicht einfach zu beantworten sein und hängt im Wesentlichen davon, ob ihnen ein Strafcharakter innewohnt.⁵⁴ Eine Konventionalstrafe soll namentlich dann gegeben sein, wenn es den Parteien in erster Linie darum geht, dem Berechtigten ein Druckmittel in die Hand zu geben,⁵⁵ was insbesondere bei Mahngebühren wohl häufig der Fall ist.⁵⁶ Nach der wohl herrschenden Lehre wären übermässig hohe Gebühren in beiden Fällen nach Artikel 163 Absatz

⁵⁰ BGE 129 III 535 E. 3.2.2.

⁵¹ Vgl. Art. 102 Abs. 2 OR.

⁵² Diese Bestimmung ist aufgrund ihres Wortlauts ("von dieser Haftung") auf den Verspätungsschaden nicht direkt anwendbar. Der Schuldner kann sich freilich auch beim Verspätungsschaden gemäss Art. 97 Abs. 1 und Art. 106 Abs. 1 OR exkulpieren, s. ROLF WEBER, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar Obligationenrecht, Art. 97–109, Bern 2000, Art. 103 N 41 f.

⁵³ BK-WEBER (Fn. 52), Art. 103 OR N 8, Art. 104 OR N 33 und Art. 106 OR N 8.

⁵⁴ Vgl. PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Band II, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 3851 m.w.N.

⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), Rz. 3851 m.w.N.

⁵⁶ Für eine Qualifikation sowohl der Mahn- als auch der Inkassogebühren als Konventionalstrafe: GEISSBÜHLER (Fn. 39), Rz. 1095 ff.

3 OR (analog) herabsetzbar.⁵⁷ Wenn die Gebühren in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) festgelegt werden, was meistens der Fall sein dürfte, ist ausserdem Artikel 8 UWG zu beachten. Gemäss dieser Bestimmung handelt unlauter, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen. Schliesslich sind auch die von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Regeln zur gültigen Vereinbarung von allgemeinen Geschäftsbedingungen zu beachten.⁵⁸

Die Handhabung des Schadenersatzanspruchs nach Artikel 106 OR durch die Gläubiger (bzw. die Inkassounternehmen), namentlich die Verrechnung von teilweise hohen Beträgen unter dem Titel "Verzugsschaden nach Artikel 106 OR" oder ähnlichen Bezeichnungen, ist eine der umstrittensten und am häufigsten kritisierten Inkassopraktiken.⁵⁹ Das Postulat Comte verlangt denn auch ausdrücklich eine Untersuchung der Frage, "ob es verboten werden kann, die Verwaltungsgebühren auf die Schuldnerinnen und Schuldner zu übertragen." Im Folgenden wird die geltende Rechtslage für diejenigen Fälle untersucht, in denen Inkassogebühren nicht vertraglich vereinbart wurden.

4.1.3 Der Verspätungsschaden nach Artikel 106 OR im Besonderen

4.1.3.1 Allgemeines

Trotz ihrer praktischen Relevanz gibt es bislang keine klare Rechtsprechung zur Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger beziehungsweise das Inkassounternehmen als dessen Vertreter vom Schuldner gestützt auf Artikel 106 OR die Übernahme der Kosten des Inkassounternehmens (Honorarforderung, Spesen etc.) verlangen kann. Das Bundesgericht hat zumindest das Verhältnis von Artikel 104 und 106 OR geklärt: Schadenersatz nach Artikel 106 OR ist *nicht kumulativ* zum Verzugszins nach Artikel 104 OR geschuldet, sondern nur dann zu ersetzen, wenn der Schaden die geschuldeten Verzugszinsen übersteigt.⁶⁰ Bezahlte Verzugszinsen sind folglich an den Schaden anzurechnen. Im Ergebnis konkretisiert damit Artikel 106 OR für Geldschulden die bereits in Artikel 103 Absatz 1 OR verankerte *volle Schadenersatzpflicht* bei Verschulden.⁶¹ Eine abweichende Meinung wird, soweit ersichtlich, nur von MEIER vertreten, der Verzugszinsen und Vertretungskosten als kumulativ geschuldet betrachtet.⁶²

Der Schadenersatzanspruch nach Artikel 106 OR setzt zusätzlich zum Vorliegen eines Schadens voraus, dass der Schaden in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem Schuldnerverzug steht und – wie bereits erwähnt – dass es dem Schuldner nicht gelingt nachzuweisen, dass der Verzug ohne sein Verschulden eingetreten ist.⁶³

⁵⁷ S. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), Rz. 3851; FELIX R. EHRAT/MARKUS WIDMER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I (nachfolgend BSK OR I), 6. Aufl., Basel 2015, Art. 160 N 12.

⁵⁸ S. dazu nur PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil: Band I, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 1134 ff. m.w.N.

⁵⁹ Siehe vorne Ziff. 2.

⁶⁰ BGE 123 III 241 E. 4, bestätigt in BGE 130 III 312 E. 7.1. Beispiel: Für eine Schuld von Fr. 1'000.- sind in einem konkreten Fall Verzugszinsen in Höhe von Fr. 50 geschuldet. Dem Gläubiger ist durch den Schuldnerverzug ein Schaden in Höhe von Fr. 60.- entstanden, beispielsweise weil er eine höher verzinsliche Schuld wegen des Verzugs nur verspätet tilgen konnte. Der Gläubiger kann nun Schadenersatz in Höhe von Fr. 60.- verlangen, sofern der Schuldner nicht nachweisen kann, dass ihm am Verzug kein Verschulden trifft. Trifft den Schuldner kein Verschulden, kann der Gläubiger immerhin die Zahlung des (verschuldensunabhängigen) Verzugszinses in Höhe von Fr. 50.- fordern.

⁶¹ BK-WEBER (Fn. 52), Art. 106 OR N 2.

⁶² Gutachten vom 11. Juli 2007 von Prof. ISAAK MEIER zur Frage "Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang sind die Kosten des Gläubigers für die Einschaltung eines Inkassobüros vom Schuldner zu übernehmen?", S. 21 ff. Das Gutachten wurde im Auftrag des Verbands Schweizerischer Inkassotreuhandinstitute (vsi) erstellt und von diesem an einer Medienkonferenz vom 29. Januar 2008 vorgestellt. Das Gutachten ist abrufbar auf: <www.plaedoyer.ch/links> (besucht am 24.01.2017).

⁶³ WOLFGANG WIEGAND, in: BSK OR I (Fn. 57), Art. 106 N 2.

4.1.3.2 Schadensposten

Als "*weiterer Schaden*" im Sinne von Artikel 106 OR⁶⁴ werden in der Literatur beispielsweise zusätzliche Kreditkosten, Entschädigungsleistungen an Dritte wegen verspäteter Erfüllung sowie Währungs- und Kursverluste genannt.⁶⁵ Weiter wird die Adressrecherche im Falle eines umgezogenen Schuldners erwähnt.⁶⁶ Ersatzfähig sind auch das Porto für verschickte Mahnungen und allfällige Telefongebühren, welche bei der Abwicklung der jeweiligen einzelnen Forderung nach Eintritt des Schuldnerverzugs entstanden sind. Nach dem überwiegenen Teil der Lehre sind hingegen die Kosten der *ersten Mahnung* nicht ersatzpflichtig, weil sich der Schuldner bis zur Inverzugsetzung durch Mahnung nicht in Verzug befindet;⁶⁷ vorbehalten bleiben abweichende vertragliche oder gesetzliche Regelungen, beispielsweise Artikel 20 Absatz 1 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)⁶⁸ bezüglich fälliger Versicherungsprämien und Artikel 34a Absatz 2 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV)⁶⁹ bezüglich nicht bezahlter AHV-Beiträge. Nicht ersatzfähig sind in der Regel auch die Kosten für den eigenen Aufwand eines Gläubigers. Vielfach liegt in diesen Fällen keine unfreiwillige Vermögensverminderung, und damit kein Schaden im Rechtssinne,⁷⁰ vor. Eine Entschädigung für die aufgewendete Zeit ist grundsätzlich nur bei selbständig Erwerbenden, welche wegen des Inkassos auf gewinnbringende Aufträge verzichten mussten, denkbar. Wird dagegen in einem Unternehmen eigenes Personal für das Inkasso beschäftigt, fehlt es regelmässig an einer dem einzelnen Schuldner zurechenbaren Vermögensverminderung, da die Lohnkosten unabhängig von der konkreten Forderung zu bezahlen sind.⁷¹

Als Schadensposten im Rahmen von Artikel 106 OR werden weiter die Kosten einer Vertretung erwähnt. Dabei ist häufig allgemein von *Vertreterkosten* (auch: Rechtsverfolgungskosten),⁷² vereinzelt nur von den Kosten einer anwaltlichen Vertretung⁷³ die Rede. Zur Frage der Kosten, die aus der Beauftragung eines Inkassounternehmens entstehen, äussert sich nur ein Teil der Literatur ausdrücklich und dann auch nur sehr knapp. Dabei wird zwischen ausser- und vorprozessualen Anwaltskosten⁷⁴ einerseits und Kosten für ein Inkassounternehmen andererseits unterschieden. Die Ersatzpflicht wird von einem Grossteil der Lehre für beide Arten von Vertreterkosten zumindest im Grundsatz bejaht. Die überwiegende Mehrheit dieser Autoren verlangt allerdings, dass der Beizug des Inkassounternehmens im konkreten Fall *geboten* ist. Was das genau bedeutet, ist allerdings nicht klar. So sind Umschreibungen anzutreffen, die auf unterschiedlich hohe Anforderungen an den Grad der Gebotenheit hindeuten, namentlich Formulierungen wie "notwendig", "sachlich geboten" oder auch bloss

⁶⁴ Vgl. die Marginalie zu dieser Bestimmung.

⁶⁵ Diese und weitere Beispiele bei BK-WEBER (Fn. 52), Art. 106 OR N 14 ff.

⁶⁶ GEISSBÜHLER (Fn. 39), Rz. 1162.

⁶⁷ BK-WEBER (Fn. 52), Art. 103 OR N 23 m.w.H.; ANDREAS FURRER/RAINER WEY, in: Andreas Furrer/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 102 N 32; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2009, § 55 Rz. 61; anderer Meinung FABIAN CANTIENI, Verzugsschaden bei Geldschulden, Zürich 1996, S. 97 f.

⁶⁸ Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (SR 221.229.1).

⁶⁹ Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (SR 831.101).

⁷⁰ Vgl. zum Schaden i.S. der Differenztheorie insbes. BGE 132 III 321 E. 2.2.1; WOLFGANG WIEGAND, in: BSK OR I (Fn. 57), Art. 97 N 38.

⁷¹ S. zur Ersatzfähigkeit des eigenen Aufwands auch PETER GAUCH, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, S. 189 ff., 198 f. m.Hinw. zur Diskussion im deutschen Recht; vgl. weiter zur Diskussion des sog. normativen Schadens und des mit der vorliegenden Konstellation verwandten Kommerzialisierungsschadens: MARTIN A. KESSLER, in: BSK OR I (Fn. 57), Art. 41 N 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), N 2851a ff.

⁷² CHK-FURRER/WEY (Fn. 67), Art. 106 OR N 9: "Vertreterkosten"; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), Rz. 2673: "Mahn- und Rechtsverfolgungskosten"; ANDREAS THIER, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Basel 2014, Art. 103 N 2: "Aufwendungen des Gläubigers für die Verfolgung seines Rechts gegenüber dem Schuldner".

⁷³ H. BECKER, Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 1941, Art. 103 OR N 13.

⁷⁴ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die Verteilung prozessualer Anwaltskosten abschliessend vom Prozessrecht geregelt, siehe etwa das Urteil des Bundesgerichts 4C.11/2003 E. 5.1 m.w.H.

"erfolgsversprechend".⁷⁵ Zumindest im Resultat dürften sich die verschiedenen Lehrmeinungen einander annähern, da unbestritten ist, dass den Gläubiger die *Schadenminderungspflicht* trifft. So soll beispielsweise kein Ersatz geschuldet sein, wenn der Beizug eines Inkassounternehmens von vornherein aussichtslos erscheint.⁷⁶ Nach einer weitergehenden Lehrmeinung soll der Gläubiger grundsätzlich befugt sein, auf Kosten des Schuldners ein Inkassounternehmen einzuschalten. Das solle nur dann nicht gelten, wenn besondere Umstände dies als unangebracht erscheinen lassen, beispielsweise wenn der Gläubiger nicht zuvor erfolglos grundsätzlich dreimal gemahnt hat oder wenn der Schuldner offensichtlich nicht in der Lage ist, die Schuld zu begleichen.⁷⁷ Dagegen wird in der jüngeren Literatur die Meinung vertreten, dass die Kosten für den Zuzug eines Inkassounternehmens nie als Schadensposten geltend gemacht werden können.⁷⁸ Der Beizug einer Fachperson für das Inkasso sei mangels Komplexität der sich stellenden Fragen nicht nötig – dies in Abgrenzung zur vorgängigen Konsultation einer Anwältin oder eines Anwalts in technisch komplexen Haftpflichtfällen.⁷⁹

Anders als bei den vorprozessualen Anwaltskosten, zu denen es eine reichhaltige Rechtsprechung des *Bundesgerichts* – hauptsächlich in Haftpflichtfällen – gibt, die verlangt, dass diese "gerechtfertigt, notwendig und angemessen" sind,⁸⁰ fehlt bislang ein klärendes Urteil des Bundesgerichts zur Ersatzpflicht der Kosten eines Inkassounternehmens im Rahmen von Artikel 106 Absatz 1 OR. Einem neueren Urteil lässt sich immerhin entnehmen, dass die Rechtsverfolgungskosten Teil des Verspätungsschadens bilden (soweit sie nicht aufgrund des Prozessrechts erstattet werden)⁸¹ und dass die entsprechenden Aufwendungen des Gläubigers "notwendig und angemessen" sein müssen.⁸² Konkrete Urteile zu den Inkassokosten finden sich demgegenüber in der *kantonalen Rechtsprechung*, doch ist diese uneinheitlich. So werden zum einen verschiedene erstinstanzliche Urteile erwähnt, in denen die Inkassokosten als Verspätungsschaden anerkannt wurden.⁸³ Zum anderen hat das Zürcher Handelsgericht in einem Urteil die Auffassung vertreten, dass (auch) andere vorprozessuale Rechtsverfolgungskosten als vorprozessuale Anwaltskosten dem Grundsatz nach ersatzpflichtig sind, "sofern es sich um Kosten für notwendige und demzufolge gebotene Massnahmen zur zweckmässigen Verfolgung des Schadenersatzanspruches handelt oder zumindest um nützliche und angemessene Aufwendungen im Zusammenhang mit dem vorliegenden Prozess (...)".⁸⁴ In der Literatur wird häufig auch ein Urteil des Handelsgerichts Aargau zitiert, wonach es juristischen Personen selbst bei ausländischem Sitz zumutbar sei, das Inkasso einer Forderung ohne Beizug eines Anwalts zu besorgen. Der Schuldner müsse die entsprechenden Kosten wegen fehlender Kausalität nicht übernehmen.⁸⁵ Versucht man den grössten gemeinsamen Nenner dieser Urteile zu ermitteln, so dürfte dieser – gleich wie bei

⁷⁵ Siehe etwa BK-WEBER (Fn. 52), Art. 103 OR N 23: "Kosten für ein Inkassobüro, wenn dessen Beizug erfolgsversprechend erscheint"; CANTIENI (Fn. 67), S. 101: "Auch hier muss der Aufwand für die Eintreibung nötig und angemessen sein"; LUC THÉVENOZ, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), *Commentaire romand, Code des Obligations I*, 2. Aufl., Basel 2012, Art. 103 N 5: "les honoraires et frais de l'activité extrajudiciaires d'un avocat (ou d'un bureau de recouvrement) doivent être indemnisés si l'appel à un homme de loi était justifié et nécessaire"; KOLLER (Fn. 67), § 55 Rz. 60: "Kosten für die aussergerichtliche Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs, etwa für die Beiziehung eines Rechtsanwaltes oder eines Inkassobüros, falls der Beizug sachlich geboten war"; FRANZ SCHENKER, *Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht*, Freiburg 1988, Rz. 294: "Kosten für eine nötige und erfolgsversprechend erscheinende Rechtsverfolgung".

⁷⁶ BK-WEBER (Fn. 52), Art. 103 OR N 38; SCHENKER (Fn. 75), N 294.

⁷⁷ Gutachten MEIER (Fn. 62), S. 61 ff.

⁷⁸ GEISSBÜHLER (Fn. 39), Rz. 1065 ff., insb. 1078.

⁷⁹ Vgl. GEISSBÜHLER (Fn. 39), Rz. 1074 f.

⁸⁰ So die gängige Übersetzung des häufig zitierten BGE 117 II 101 E. 6b: "giustificata, necessaria e appropriata".

⁸¹ Vgl. auch BGE 139 III 190 E. 4: Rechtsverfolgungskosten können auch dann nicht als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie aufgrund des anwendbaren Prozessrechts ausdrücklich *nicht* erstattet werden.

⁸² Urteil des Bundesgerichts 4C.11/2003 E. 5.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung und Literatur zu den Anwaltskosten. Im betreffenden Fall ging es um vorprozessuale Anwaltskosten und die Kosten für ein privates Gutachten.

⁸³ Nicht publizierte Urteile, erwähnt in MICHAEL KRAMPF, *Fünf Gründe gegen den "Verzugsschaden"*, plädoyer 2/2015, S. 40.

⁸⁴ So das Handelsgericht Zürich (ZR 107 [2008] Nr. 14 E. IV/15c) mit Hinweis auf ein Urteil des Obergerichts Zürich (ZR 63 [1964] Nr. 100 E. C.3), das allerdings vorprozessuale Anwaltskosten betraf.

⁸⁵ AGVE 1993, S. 30 f. = SJZ 1996, S. 11 f.

der zuvor dargestellten Lehre – darin bestehen, dass eine gewisse Gebotenheit des Beizugs des Inkassounternehmens im jeweiligen Einzelfall verlangt wird.

Bei der Geltendmachung der Inkassoaufwendungen ist schliesslich auch zu beachten, dass im Rahmen von Artikel 106 Absatz 1 OR nur der effektiv eingetretene Schaden des Gläubigers geltend gemacht werden kann. Für die Aufwendungen des Inkassobüros bedeutet dies, dass nur und ausschliesslich derjenige Betrag gegenüber dem Schuldner geltend gemacht werden kann, den das Inkassounternehmen am Ende der Inkassotätigkeit gegenüber dem Gläubiger in Rechnung stellt, und zwar unabhängig davon, ob der Schuldner die Forderung bezahlt oder nicht. Dies bedeutet namentlich, dass dann, wenn der Schuldner nicht bezahlt und der Gläubiger in diesem Fall gestützt auf die vertragliche Vereinbarung mit dem Inkassounternehmen nichts bezahlen muss, er auch keinen Schaden hat, den er gegenüber dem Schuldner geltend machen kann. Entsprechendes gilt auch, wenn in diesem Fall nur ein reduziertes Honorar geschuldet ist. Dies ist nicht zuletzt in denjenigen Fällen von Bedeutung, in denen die Abrede zwischen Gläubiger und Inkassounternehmen so ausgestaltet ist, dass die Grundforderung dem Gläubiger zusteht, während der erfolgreich durchgesetzte "Verzugsschaden" an das Inkassounternehmen geht. Die Anwendung der obligationenrechtlichen Regeln hat hier zur Folge, dass für den Gläubiger gar kein Schaden vorliegt und dieser deshalb auch nicht gestützt auf Artikel 106 Absatz 1 OR durchgesetzt werden kann.

Weitere heikle Fragen stellen sich dann, wenn das Inkassobüro nicht als Vertreter des Gläubigers, sondern als Folge einer Forderungsabtretung in *eigenem* Namen tätig wird. Die entsprechenden Aufwendungen zur Forderungsdurchsetzung können dann nicht als Schaden des Gläubigers angesehen werden, sondern bilden einen eigenen Aufwand des Inkassobüros. Es liegt damit die gleiche Situation vor, wie wenn der Gläubiger seine Forderung selber durchsetzen würde. Die entsprechenden Aufwendungen sind damit – wie weiter oben dargelegt (vgl. den ersten Absatz dieser Ziffer) – nur ausnahmsweise ersetzbar.

4.1.3.3 Schadensnachweis

Bejaht man die grundsätzliche Möglichkeit, die Kosten eines Inkassounternehmens im Rahmen von Artikel 106 Absatz 1 OR gegenüber dem Schuldner geltend zu machen,⁸⁶ stellt sich eine weitere Frage: Wer muss das Vorhandensein und den Umfang des Schadens beweisen? Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Lehre trägt der Gläubiger nach der Grundregel von Artikel 8 ZGB die Beweislast für den Verspätungsschaden. Dabei wird im Grundsatz ein *konkreter Schadensnachweis beziehungsweise eine konkrete Schadensberechnung* verlangt,⁸⁷ der Gläubiger muss den Schaden also im Einzelnen nachweisen. Mit Bezug auf die Kosten eines Inkassounternehmens bedeutet das zunächst, dass beim Inkassoauftrag ohne Forderungsabtretung⁸⁸ der Gläubiger – vertreten durch das Inkassounternehmen – beweispflichtig ist.⁸⁹ Deshalb ist es an ihm darzulegen, dass der Beizug eines Inkassounternehmens im konkreten Fall geboten war. Auch muss er im Einzelnen nachweisen, wie sich der geltend gemachte Schaden zusammensetzt. Über einen Verweis in Artikel 99 Absatz 3 OR werden zur Bestimmung der Schadenshöhe die Regeln der ausservertraglichen Haftung herangezogen. Artikel 42 Absatz 1 OR hält fest, dass der Geschädigte die Höhe des Schadens nachzuweisen hat. Für Schäden, die nicht ziffernmässig nachweisbar sind, enthält Absatz 2 der Bestimmung eine Erleichterung: das Gericht soll den Schaden in solchen Fällen mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge und auf die vom Geschädigten getroffenen Massnahmen schätzen. Das Bundesge-

⁸⁶ Zum Verhältnis von Art. 106 OR und Art. 27 Abs. 3 SchKG siehe nachstehend Ziff. 4.1.4.

⁸⁷ Vgl. BGE 123 III 241 E. 3a; bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4C.459/2004 E. 3.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), Rz. 2676; BK-WEBER (Fn. 52), Art. 106 OR N 12 m.w.H.

⁸⁸ Zu den beiden Formen von Inkassoaufträgen siehe vorne Ziff. 4.1.1.

⁸⁹ Vgl. PIERRE TERCIER/PASCAL PICHONNAZ, Le droit des obligations, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2012, Rz. 1298.

richt verlangt jedoch, dass der Geschädigte dem Gericht dennoch im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren alle Tatsachen zur Schadensbestimmung vorbringt.⁹⁰ Die Herabsetzung des Beweismasses solle nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen, ebenso wenig sollen pauschalisierte Ausführungen genügen.⁹¹ Nach einer Lehrmeinung solle man dem Gläubiger allerdings noch weiter entgegenkommen und in bestimmten Fällen eine *abstrakte Schadensberechnung* zulassen, da der konkrete Schadensnachweis angesichts der in Frage stehenden Beträge für den Gläubiger oft zu aufwendig sei und dieser sich deshalb mit dem Verzugszins begnügen müsse.⁹² Die abstrakte Schadensberechnung setze nach dieser Lehrmeinung voraus, dass feststehende, typische Geschehensabläufe vorliegen, die ein hohes Mass an Üblichkeit verkörpern; konkret wird dabei an den Ersatz von Anlageverlusten und höheren Kreditkosten gedacht.⁹³ Mit Bezug auf die Kosten eines Inkassounternehmens findet sich eine noch weitergehende Meinung, die im Ergebnis auf eine abstrakte Schadensberechnung hinausläuft, das heisst die Verrechnung einer vom Streitwert abhängigen Grundgebühr und von standardisiert berechneten Gebühren für die einzelnen Bemühungen (z.B. Mahnschreiben, Telefonate, Abklärungen bezüglich Bestand und Höhe der Forderung) für zulässig erachtet.⁹⁴ Zur Begründung dieser Auffassung wird vorgebracht, dass die Pauschalierung und Standardisierung von Kosten für alle Dienstleistungen, die einer unbestimmten Vielzahl von Personen öffentlich angeboten werden, selbstverständlich und auch unumgänglich sei. Es sei nicht möglich, den gesamten Betriebsaufwand auf einen einzelnen Inkassoauftrag umzurechnen. Eine gerichtliche Beurteilung dieser Rechtsauffassung steht aus. Die Konsumentenschutzorganisationen und Schuldenberatungsstellen lehnen eine solche Pauschalierung ab und verlangen einen konkreten Nachweis des die Verzugszinsen übersteigenden Verspätungsschadens.⁹⁵ Mit Blick auf die oben dargelegte konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschende Lehre sind einer abstrakten Schadensberechnung tatsächlich enge Grenzen gesetzt. Relativierungen des vorherrschenden Schadensbegriffs, welche auf den Verzicht des Nachweises eines Schadens im Sinne der Differenztheorie hinauslaufen würden – beispielsweise unter dem Stichwort Kommerzialisierungsschaden – werden von der herrschenden Lehre abgelehnt.⁹⁶

Die vorstehenden Ausführungen haben sich ausschliesslich mit den vertragsrechtlichen Grundlagen befasst, wie sie sich aus Artikel 102 ff. OR ergeben. Im nachfolgenden Abschnitt wird das Verhältnis zwischen diesen Bestimmungen und Artikel 27 Absatz 3 SchKG untersucht.

4.1.4 Verbot der Überwälzung auf den Schuldner aufgrund von Artikel 27 SchKG?

Artikel 27 SchKG regelt verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der *gewerbsmässigen Vertretung* im Zwangsvollstreckungsverfahren. Die Absätze 1 und 2 enthalten Vorschriften zur Befugnis der Kantone, die gewerbsmässige Vertretung zu regeln, sowie zur Gültigkeit der entsprechenden kantonalen Bewilligungen in den anderen Kantonen. Wie bereits erwähnt, wird diese Regelung mit Wirkung vom 1. Januar 2018 geändert beziehungsweise liberalisiert. Gemäss dem revidierten Artikel 27 Absatz 1 SchKG wird jede handlungsfähige

⁹⁰ BGE 128 III 271 E. 2b/aa; BGE 122 III 219 E. 3.a.

⁹¹ BGE 131 III 360 E. 5.1; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), Rz. 2909 m.w.N.

⁹² BK-WEBER (Fn. 52), Art. 106 OR N 32.

⁹³ Ausführlich zum Ganzen BK-WEBER (Fn. 52), Art. 106 OR N 33 ff. und ROLF H. WEBER, Gedanken zur Verzugschadensregelung bei Geldschulden, in: Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, S. 332 ff.

⁹⁴ Gutachten MEIER (Fn. 62), S. 72 ff.

⁹⁵ Siehe etwa die Zeitschrift *frc mieux choisir*, Heft Nr. 58 vom Mai 2013, S. 12 ff., das Merkblatt zum Stichwort "Inkassobüros" der Berner Schuldenberatung (abrufbar über <http://www.schuldeninfo.ch/cms/tl_files/_documents/stichwoerter/inkassobueros.pdf> [besucht am 24.01.2017]) sowie das Merkblatt "Verzugsschaden" der Stiftung für Konsumentenschutz (abrufbar über <https://www.konsumentenschutz.ch/sks/content/uploads/2015/12/merkblatt_verzugsschaden.pdf> [besucht am 24.01.2017]). Vgl. dazu auch KRAMPF (Fn. 83), S. 41.

⁹⁶ Vgl. WALTER FELLMANN/ANDREA KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Bern 2012, Rz. 85 ff. m.w.N.; s. auch die Nachweise in Fn. 71.

Person berechtigt sein, gewerbsmässig andere Personen im Zwangsvollstreckungsverfahren zu vertreten. Die Kantone werden aber einer Person aus wichtigen Gründen die gewerbsmässige Vertretung verbieten können.⁹⁷

Artikel 27 SchKG enthält noch weitere Bestimmungen zur gewerbsmässigen Vertretung. So kann gemäss Artikel 27 Absatz 3 Satz 1 SchKG niemand verpflichtet werden, einen gewerbsmässigen Vertreter zu bestellen, was einem allgemeinen Grundsatz des schweizerischen Verfahrensrechts entspricht. Vorliegend ist jedoch Artikel 27 Absatz 3 Satz 2 SchKG von Interesse: "*Die Kosten der Vertretung dürfen nicht dem Schuldner überbunden werden.*" Der Grund dafür ist, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Schritte in einem Betreibungs- und Konkursverfahren einfach sind.⁹⁸ So liefern die offiziellen Formulare dem Gläubiger klare Angaben zum Verfahrensablauf. Bei Fragen erteilen die Betreibungsämter zudem Auskünfte. Beauftragt der Gläubiger ein Inkassounternehmen als seinen Vertreter im Zwangsvollstreckungsverfahren, muss er folglich die entsprechenden Kosten selbst tragen. Die entscheidende Frage ist jene nach dem sachlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung. Grundsätzlich kommen die folgenden drei Phasen der Inkassotätigkeit in Frage:⁹⁹

- Das vorrechtliche Inkasso;
- das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern sowie deren Aufsichtsbehörden;
- die Gerichtsverfahren, die durch das Betreibungs- oder Konkursverfahren unmittelbar ausgelöst werden (z.B. Rechtsöffnungsverfahren oder Anerkennungsklagen).

Es ist unbestritten, dass der Ausschluss der Vertreterkosten für das Verfahren vor den Betreibungs- und Konkursämtern und deren Aufsichtsbehörden¹⁰⁰ gilt. Was die Gerichtsverfahren betrifft, die durch das Zwangsvollstreckungsverfahren ausgelöst werden, hat das Bundesgericht schon früh klargestellt, dass Artikel 27 Absatz 3 SchKG nur auf das eigentliche Vollstreckungsverfahren, nicht aber auf die damit zusammenhängenden Gerichtsverfahren anwendbar ist.¹⁰¹ So kann deshalb etwa im Rechtsöffnungsverfahren gemäss den allgemeinen zivilprozessualen Regeln eine Parteienschädigung zugesprochen werden.

Weniger klar ist die Rechtslage für das vorrechtliche Inkasso. Eine Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Frage gibt es bislang nicht. In einzelnen kantonalen Urteilen wurde entschieden, dass Artikel 27 Absatz 3 Satz 2 nicht für das vorrechtliche Inkasso gilt;¹⁰² demgegenüber gibt es ein Urteil des Einzelrichters am Kantonsgericht Nidwalden, der die Anwendbarkeit von Artikel 27 Absatz 3 SchKG auf eine "Pauschale für Mahn- und Inkassokosten" bejahte.¹⁰³ Der überwiegende Teil der Lehre ist diesbezüglich nicht eindeutig, geht wohl aber ebenfalls dahin, dass Artikel 27 Absatz 3 SchKG für das vorrechtliche Inkasso nicht gilt.¹⁰⁴ Dies steht auch im Einklang mit dem ab dem 1. Januar 2018 geltenden Wortlaut von

⁹⁷ AS 2016 3643.

⁹⁸ Vgl. dazu die Botschaft zur Revision des SchKG aus dem Jahr 1991, BBl 1991 III 41.

⁹⁹ Zu den verschiedenen Phasen siehe vorne Ziff. 3.1.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 62 Abs. 2 der Gebührenverordnung zum SchKG (GebV SchKG), wonach in Beschwerdeverfahren gemäss Art. 17-19 SchKG keine Parteienschädigung zugesprochen werden darf.

¹⁰¹ BGE 113 III 109 E. 3b m.w.N. zum alten Art. 27 Abs. 2 aSchKG. Diese Rechtsprechung beruht ihrerseits auf einer älteren Gerichtspraxis, die Artikel 27 Absatz 1 SchKG betrifft (Regelungskompetenz der Kantone) und nach dem Inkrafttreten der ZPO angepasst wurde, jedoch nur in Bezug auf das Verhältnis von Artikel 27 Absatz 1 SchKG und Artikel 251 ZPO, vgl. BGE 138 III 396 E. 3.3 und 3.4 in Änderung der Rechtsprechung, die in BGE 59 I 197 E. 2 begründet wurde.

¹⁰² Aufsichtscommission für Anwälte und Rechtsagenten SG, BISchK 1958, S. 138 f.; vgl. auch die in Fn. 83 erwähnten kantonalen Entscheide, deren Urteilsbegründungen nicht bekannt sind, aber die zumindest implizit die Nichtanwendbarkeit von Art. 27 Abs. 3 SchKG bejaht haben müssen.

¹⁰³ Urteil vom 16. Oktober 2001, Geschäftsnummer 24/01 ZP/2. In der Urteilsbegründung ist – wohl irrtümlich – von Art. 27 Abs. 2 SchKG die Rede.

¹⁰⁴ Siehe etwa PAULINE ERARD, in: Louis Dallèves/Bénédict Foëx/Nicolas Jeandin (Hrsg.), Commentaire Romand, Poursuite et faillite, Basel 2005, Art. 27 N 25; ERIC MUSTER, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 27 N 19; Gutachten MEIER (Fn. 62), S. 83; wohl auch PIERRE-ROBERT GILLIÉRON, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Articles 1–88, Lausanne 1999, Art. 27 N 50.

Artikel 27 Absatz 2 nSchKG (Kursivsetzung hinzugefügt): "Die Kosten der Vertretung im Verfahren *vor den Betreibungs- und Konkursämtern* dürfen nicht der Gegenpartei überbunden werden." In den Materialien zur jüngsten Revision von Artikel 27 SchKG findet sich allerdings kein Hinweis zur vorliegenden Streitfrage.¹⁰⁵ Die Konsumentenschutzorganisationen und Schuldenberatungsstellen sind anderer Meinung und wenden Artikel 27 Absatz 3 Satz 2 SchKG auch auf das vorrechtliche Inkasso an.¹⁰⁶ Dies geht angesichts des Anwendungsbereichs von Artikel 27 SchKG sehr weit. 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 einfach und "der Beizug eines gewerbsmässigen Vertreters [...] meistens nicht nötig" ist.¹⁰⁷ 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.

4.1.5 Ergebnis

Die Auswertung der Rechtsprechung und Lehre ergibt ein *Gesamtbild*, das verschiedene Fragen offen lässt und im vorliegenden Bericht keine abschliessende Klärung erlaubt. Folgt man dem überwiegenden Teil der Lehre und verfügbaren Rechtsprechung, gelten für die Beurteilung der Frage, ob die Kosten für ein Inkassounternehmen im Rahmen von Artikel 106 OR grundsätzlich ersatzpflichtig sind, folgende Grundsätze:

- Inkassogebühren können grundsätzlich in einem Vertrag verbindlich vereinbart und auch in ihrer Höhe festgelegt werden.
- Fehlt eine vertragliche Abmachung, so ist bei Geldschulden ein Verspätungsschaden nur dann geschuldet, wenn er den gesetzlichen oder vereinbarten Verzugszins übersteigt. Der Verspätungsschaden ist nicht kumulativ zum Verzugszins geschuldet.
- Der Gläubiger muss den Verspätungsschaden grundsätzlich konkret nachweisen.
- Zum Verspätungsschaden können auch die Kosten für den Beizug eines Inkassounternehmens gehören. Der Beizug muss im Einzelfall aber geboten gewesen sein.
- Artikel 27 Absatz 3 SchKG, insbesondere in der 2018 in Kraft tretenden geänderten Fassung (Art. 27 Abs. 2 nSchKG), schliesst eine vertragliche Überwälzung der Kosten des Beizugs eines Inkassounternehmens auf den Schuldner nicht aus, soweit es um Handlungen im Rahmen des vorrechtlichen Inkassos geht. Die gesetzgeberische Leitidee – dass Betreibungsverfahren in aller Regel ohne den Beizug eines professionellen Vertreters geführt werden können – lässt sich aber auch auf das vorrechtliche Inkasso übertragen und im Rahmen der zu prüfenden Gebotenheit berücksichtigen.

4.2 Ausüben übermässigen Drucks

4.2.1 Allgemeines

Es wurde eingangs darauf hingewiesen, dass es bis zu einem gewissen Grad in der Natur der Sache liegt, dass jede Inkassotätigkeit für den Schuldner mehr oder weniger unangenehm ist und häufig negative Reaktionen auslöst. Zwischen dem berechtigten Interesse des Gläubigers an der Forderungseinziehung und dem Schutz des Schuldners vor unangemessener Druckausübung muss ein Ausgleich gefunden werden. Das geltende Recht zieht hier

¹⁰⁵ BBI 2014 8676 f.

¹⁰⁶ Siehe die Nachweise in Fn. 95.

¹⁰⁷ Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 8. Mai 1991, BBI 1991 III 1 ff., 41.

insbesondere mittels des Strafrechts Grenzen der Druckausübung, namentlich durch den Straftatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB).

4.2.2 "Belästigungen" per Telefon oder ähnlichen Kommunikationsmitteln

Die Kontaktaufnahme mittels eines Telefons oder eines ähnlichen Kommunikationsmittels (z.B. SMS, WhatsApp) wird gemäss Berichten und Umfragen von Konsumentenschutzorganisationen und -magazinen, aber auch gemäss der Begründung des Postulats Comte von den Schuldner als "Belästigung" empfunden. Dabei ist offen, was mit "Belästigung" genau gemeint ist. Sicher muss eine telefonische Kontaktaufnahme zum Hinweis auf den Forderungsausstand zulässig sein. Allerdings ist es möglich, dass die betroffenen Personen allein den Umstand, dass sie auf diesem Weg kontaktiert werden, als Belästigung empfinden. Zusätzliche Elemente, wie beispielsweise ein unfreundlicher Gesprächston oder eine Häufung von Anrufen oder SMS können dieses Gefühl noch verstärken.

Allgemein lässt sich dazu sagen, dass wohl nur in Ausnahmekonstellationen eine Strafbarkeit nach Artikel 179^{septies} StGB (*Missbrauch einer Fernmeldeanlage*) gegeben ist. Denn diese Bestimmung schützt das Persönlichkeitsrecht des Opfers nicht vor jeder Beeinträchtigung durch das Telefon. Vielmehr müssen lästige und beunruhigende Telefonate eine gewisse minimale quantitative Intensität und/oder qualitative Schwere erreichen, damit sie als strafbare Einwirkung in die Persönlichkeitssphäre des Opfers zu qualifizieren sind. Bei leichten bis mittelschweren Persönlichkeitsverletzungen durch das Telefon ist strafbarkeitsbegrenzend eine gewisse Häufung von Einzelhandlungen zu fordern. Ab welcher Anzahl Anrufe ein strafbarer Telefonmissbrauch gegeben ist, hängt von den konkreten Umständen ab und lässt sich abstrakt nicht beantworten. Ein einziger missbräuchlicher Anruf kann nur dann allenfalls den objektiven Tatbestand von Artikel 179^{septies} StGB erfüllen, wenn er geeignet ist, beim Betroffenen eine schwere Beunruhigung auszulösen.¹⁰⁸ Gelegentliche Telefonate, die keine schwere Beunruhigung auslösen, begründen daher noch keine Strafbarkeit.

Auch ein *Schadenersatzanspruch* des Schuldners nach Artikel 41 Absatz 1 OR dürfte in den meisten Fällen nicht in Betracht kommen. In der Regel wird es bereits an einem relevanten Schaden fehlen. Denkbar wäre allenfalls eine Genugtuungsleistung (Art. 49 OR). Voraussetzung hierfür ist die Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Inkassounternehmens. Vorliegend könnte argumentiert werden, dass die Telefonate oder der Einsatz von sonstigen Telekommunikationsmitteln die Privatsphäre und die seelische Integrität des Schuldners verletzen und damit als Persönlichkeitsverletzung (Art. 28 ZGB) widerrechtlich sind. Der Einsatz dieser Mittel muss allerdings eine gewisse Intensität erreichen, da nicht jede beliebige Beeinträchtigung als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren ist.¹⁰⁹ Sofern diese Intensität erreicht wird, bleibt zu prüfen, ob im Einzelfall das Interesse am Forderungseinzug überwiegt und damit die Persönlichkeitsverletzung rechtfertigt (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Eine abstrakte Antwort ist jedenfalls nicht möglich, sondern es sind stets die konkreten Umstände zu berücksichtigen.

4.2.3 Drohung mit Strafanzeige ohne ernsthafte Gründe

Es ist schon vorgekommen, dass ein Inkassounternehmen den Schuldner zur Zahlung bewegen wollte, indem es ihm mit der Einreichung einer Strafanzeige drohte. So hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, in welchem ein Mitarbeiter eines Inkassounternehmens einem Schuldner mit einer Strafanzeige wegen Misswirtschaft (Art. 165 StGB) drohte, sofern der Schuldner nicht innert Frist die Angelegenheit mit dem Unternehmen in Ordnung bringe. Das Bundesgericht führte in seinem Entscheid¹¹⁰ sinngemäss Folgendes aus:

¹⁰⁸ BGE 126 IV 216 E. 2b/aa.

¹⁰⁹ Siehe etwa ANDREAS MEILI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 28 N 38.

¹¹⁰ BGE 120 IV 17 E. 2 m.w.H.

Bei der Androhung ernstlicher Nachteile im Sinne von Artikel 181 StGB (*Nötigung*) stellt der Täter dem Opfer die Zufügung eines Übels in Aussicht, dessen Eintritt er als von seinem Willen abhängig erscheinen lässt. Ernstlich sind die Nachteile, wenn ihre Androhung nach einem objektiven Massstab geeignet ist, auch eine besonnene Person in der Lage des Betroffenen gefügig zu machen und so seine freie Willensbildung und -betätigung einzuschränken. Die Drohung mit einer Strafanzeige erfüllt diese Voraussetzung.

Die nötigende Handlung ist nur unerlaubt, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt sind oder wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist. Es ist grundsätzlich erlaubt, jemandem eine Strafanzeige anzudrohen, wenn diese nicht völlig unbegründet erscheint. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass keine ernsthaften Anhaltspunkte für eine Strafanzeige vorlagen. Das eingesetzte Mittel war daher missbräuchlich und es bestand keine hinreichende Verknüpfung mit dem verfolgten Zweck. Deshalb war die Nötigung rechtswidrig. Da sich der Schuldner nicht nach dem Willen des Täters verhalten hat, wurde der Angeklagte der versuchten Nötigung schuldig gesprochen.

Liegt konkret eine Nötigung vor und wurde der Schuldner dadurch geschädigt, kommt ein *Schadenersatzanspruch* nach Artikel 41 Absatz 1 OR sowie allenfalls ein Anspruch auf Leistung einer Genugtuung gemäss Artikel 49 OR in Betracht (siehe dazu Ziff. 4.2.2).

4.2.4 Drohung mit Besuch am Arbeitsort und mit Kontaktaufnahme mit Freunden und Bekannten

In einem älteren Fall, den das Zürcher Obergericht beurteilen musste, hatte der Inhaber eines Inkassounternehmens einer Schuldnerin in zwei Mahnschreiben mitgeteilt, dass man nebst gerichtlichen Beteiligungsmaßnahmen gegen sie Strafanzeige einreichen werde und ihr zudem Besuche am Arbeitsplatz abstatten und mit Freunden und Bekannten Kontakt aufnehmen werde, was für die Schuldnerin sicherlich unangenehme Folgen haben könnte.¹¹¹

Das Gericht kam zum Schluss, dass diese Ankündigung geeignet gewesen sei, um die Entschlusskraft der Schuldnerin beträchtlich zu beeinflussen. Sowohl die Androhung von Besuchen am Arbeitsplatz der Schuldnerin als auch die von Kontaktnahme mit deren Freunden und Bekannten seien geeignet gewesen, sie unter Druck zu setzen und sie zur Begleichung der betreffenden Forderungen zu veranlassen. Entsprechend seien die angedrohten ernstlichen Nachteile als Nötigungsmittel durchaus tauglich gewesen. Die Rechtswidrigkeit bejahte das Gericht, weil die Verbindung der Nötigungsmittel mit dem angedrohten Zweck sittenwidrig sei. Insbesondere fehle es zwischen den angewandten Mitteln und dem damit verfolgten Zweck am sachlichen Zusammenhang. Da sich die Schuldnerin offenbar nicht nach dem Willen des Täters verhalten hat, wurde der Inhaber des Inkassounternehmens der mehrfachen, versuchten Nötigung schuldig gesprochen.

Bezüglich eines allfälligen Schadenersatzanspruchs bzw. einer Genugtuung kann auf die Ausführungen in Ziffer 4.2.2 und 4.2.3 verwiesen werden.

4.2.5 Drohung mit Eintragung in beziehungsweise der Weiterleitung der Daten an eine Bonitätsdatenbank

Gemäss Berichten und Umfragen von Konsumentenschutzorganisationen und -magazinen drohen Inkassounternehmen damit, dass dann, wenn die geltend gemachte Forderung nicht bezahlt wird, die Daten an eine Bonitätsdatenbank weitergeleitet werden. Diesbezüglich ist kein einschlägiger Fall aus der Gerichtspraxis bekannt. So wurde noch nicht darüber ent-

¹¹¹ Vgl. SJZ 1982, S. 166 f.

schieden, ob das Weiterleiten von Daten an eine Bonitätsdatenbank für den Schuldner einen ernstlichen Nachteil im Sinne von Artikel 181 StGB (*Nötigung*) darstellt. Diese Frage lässt sich nicht abstrakt beantworten, sondern nur anhand der konkreten Umstände.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass sich häufig in allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Klausel findet, welche die Gläubiger beziehungsweise die Inkassounternehmen zur Weiterleitung der Daten des Schuldners ermächtigt. Falls diese Klausel gültig vereinbart wurde, kann in ihr eine Einwilligung aus datenschutzrechtlicher (Art. 4 Abs. 5 und 13 Abs. 1 DSGVO) und ein Rechtfertigungsgrund aus strafrechtlicher Sicht gesehen werden. Damit entfällt eine Strafbarkeit nach Artikel 181 StGB. Liegt keine Einwilligung vor, wird allenfalls zu prüfen sein, ob sich ein Inkassounternehmen auf einen weiteren Rechtfertigungsgrund im Sinne von Artikel 13 Absatz 2 DSGVO berufen kann.¹¹²

4.3 Fehlende Zustimmung zur Löschung einer Betreuung im Betreibungsregister

Die Betreibungs- und Konkursämter führen über ihre Amtstätigkeiten sowie die bei ihnen eingehenden Begehren und Erklärungen Protokoll und führen die entsprechenden Register.¹¹³ Jede Person, die ein Interesse glaubhaft macht, kann die Protokolle und Register einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen.¹¹⁴ Das Gesetz sieht jedoch vor, dass die Betreibungsämter in bestimmten Fällen Dritten keine Kenntnis von einer Betreuung geben, sodass die betreffende Betreuung nicht auf dem Auszug aus dem Betreibungsregister erscheint. Dies gilt beispielsweise dann, wenn die Betreuung nichtig ist.¹¹⁵ Zudem erlischt das Einsichtsrecht Dritter fünf Jahre nach Abschluss des Verfahrens.¹¹⁶ Da ein Eintrag im Betreibungsregister für den Schuldner schwerwiegende Auswirkungen haben und insbesondere bei der Stellen- und Wohnungssuche sowie bei der Kreditvergabe zu Schwierigkeiten führen kann,¹¹⁷ sind diese Ausnahmefälle für den Schuldner von grosser Bedeutung.

Vorliegend steht der Tatbestand nach Artikel 8a Absatz 3 Buchstabe c SchKG im Vordergrund. Demnach erhalten Dritte von einer Betreuung auch dann keine Kenntnis, *wenn der Gläubiger die Betreuung zurückgezogen hat*. Der Schuldner hat daher ein Interesse, dass der betreibende Gläubiger spätestens nach Zahlung des geschuldeten Betrags oder im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung seine Betreuung zurückzieht, damit die Betreuung Dritten nicht (mehr) mitgeteilt wird. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu dieser Bestimmung, die zuletzt im Jahr 1994 revidiert wurde und seit dem 1. Januar 1997 in Kraft ist, braucht der Rückzug der Betreuung vom Gläubiger nicht begründet zu werden. Seine Rückzugserklärung genügt.¹¹⁸ Dabei spielt keine Rolle, wann der Rückzug erfolgt, insbesondere ob er vor oder nach der Zahlung stattgefunden hat.¹¹⁹ Die Rückzugsmöglichkeit nach erfolgter Zahlung wurde von einer Lehrmeinung kritisiert, da im letzteren Fall der "Wert" einer Betreuungsauskunft "massiv" eingeschränkt werde.¹²⁰ Dem wird entgegengehalten, dass die Möglichkeit des Schuldners, mit dem Gläubiger einen Rückzug der Betreuung zu vereinbaren und dadurch seine Kreditwürdigkeit wiederherzustellen oder zumindest zu verbessern, für viele Antriebe genug sein dürfte, um eine bestehende Schuld zu bezahlen, was sie ohne diesen Anreiz freiwillig nicht mehr tun würden; eine entsprechende *Rückzugsver-*

¹¹² S. dazu auch unten Ziff. 4.4.3.

¹¹³ Art. 8 Abs. 1 SchKG.

¹¹⁴ Art. 8a Abs. 1 SchKG.

¹¹⁵ Art. 8a Abs. 3 Bst. a SchKG.

¹¹⁶ Art. 8a Abs. 4 SchKG.

¹¹⁷ Vgl. hierzu den Bericht vom 19. Februar 2015 der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative 09.530 "Löschung ungerechtfertigter Zahlungsbefehle", BBl 2015 3214.

¹¹⁸ BGE 142 III 648 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 129 III 284 E. 3.1 und 126 III 476 E. 1b.

¹¹⁹ BGE 129 III 284 E. 3.1; 126 III 476 E. 1b; so auch das Urteil des Bundesgerichts 7B.224/2006 E. E. 2.2.3 und 2.2.4 sowie das Obergericht Zürich, BISchK 2000, S. 88 ff. mit Ausführungen zu den parlamentarischen Beratungen zu dieser Bestimmung.

¹²⁰ WERNER MÜLLER, Jahresbericht 2000/2001, BISchK 2001, S. 109 f.

einbarung müsse angesichts der bedingungslosen Rückzugsmöglichkeit gemäss Artikel 8a Absatz 3 Buchstabe c SchKG zivilrechtlich gültig und durchsetzbar sein.¹²¹ Ohne eine solche Vereinbarung ist der Gläubiger selbst nach erfolgter Zahlung nicht verpflichtet, seine Betreuung zurückzuziehen, und der Schuldner kann vom Betreibungsamt nicht verlangen, die Betreuung nach erfolgter Zahlung aus dem Register zu entfernen.¹²² Anzuführen ist, dass es gemäss einer Lehrmeinung keine Rolle spielt, ob der Gläubiger direkt befriedigt wird oder ob die Zahlung des Schuldners beim Betreibungsamt erfolgt.¹²³

Vor diesem Hintergrund ist die Weigerung des Gläubigers, die Betreuung auch nach erfolgter Zahlung nicht zurückzuziehen, nicht gesetzeswidrig. Zu prüfen bleibt die Praxis verschiedener Gläubiger, die Betreuung nur gegen Zahlung einer "Gebühr" durch den Schuldner zurückzuziehen.¹²⁴ Dabei wird von Gebühren von bis zu Fr. 100.- berichtet. Hierzu ist zu sagen, dass der Rückzug der Betreuung für den Gläubiger kostenpflichtig ist. So hat das Bundesgericht in einem neueren Grundsatzurteil entschieden, dass die Protokollierung eines Betreuungsrückzugs gebührenpflichtig ist; konkret wurde die Verrechnung von total Fr. 18.30 durch das Betreibungsamt vom Bundesgericht geschützt.¹²⁵ Hinzu kommt, dass der Rückzug für den Gläubiger mit administrativen Umtrieben verbunden ist. Wenn der Gläubiger seinen Rückzug von der Bezahlung eines Betrages abhängig macht, um die Gebühren des Betreibungsamtes sowie seinen eigenen Aufwand zu decken, ist das folglich nachvollziehbar und nicht per se zu beanstanden. Weder aus dem Zivilrecht noch aus dem Betreibungsrecht ergibt sich eine prinzipielle Begrenzung des Betrages nach oben, sondern dieser wird im Rahmen der Vertragsfreiheit in der Rückzugsvereinbarung festgelegt. Mit Blick auf die eingangs erwähnte Bedeutung des Betreibungsregisterauszugs bleibt allerdings zu prüfen, ob sich aus dem Strafrecht eine Begrenzung ergibt:

Damit eine Nötigung nach Artikel 181 StGB vorliegt, muss der Gläubiger dem Schuldner zunächst ernstliche Nachteile androhen. Ob die Drohung, die Zustimmung zur Löschung einer Betreuung aus dem Betreibungsregister zu verweigern, einen ernstlichen Nachteil darstellt, wurde durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden. Bejahendenfalls bedarf die Rechtswidrigkeit einer Nötigung einer zusätzlichen, besonderen Begründung. Sie ist unrechtmässig, wenn das Mittel oder der Zweck unerlaubt ist, wenn das Mittel zum erstrebten Zweck nicht im richtigen Verhältnis steht oder wenn die Verknüpfung zwischen einem an sich zulässigen Mittel und einem erlaubten Zweck rechtsmissbräuchlich oder sittenwidrig ist.¹²⁶ So hat das Bundesgericht entschieden, dass eine von einem Falschparkierer erhobene Umtriebsentschädigung von Fr. 30.- nicht übersetzt ist und dem Grundeigentümer zur Wahrnehmung seiner Zivilansprüche zusteht. Entsprechend verneinte das Bundesgericht das Vorliegen einer Nötigung.¹²⁷ Daraus folgt, dass eine Nötigung immer dann verneint werden kann, wenn die vom Gläubiger im Zusammenhang mit dem angedrohten ernstlichen Nachteil geforderte Gebühr nicht übersetzt ist, sondern lediglich den Zeitaufwand und die Auslagen deckt.

Besteht demgegenüber kein rechtlich begründeter Anspruch auf den Vermögensvorteil oder ist dieser rechtlich nicht durchsetzbar oder übersetzt, kann allenfalls eine (versuchte) Erpressung (Art. 156 StGB) vorliegen, weil der Gläubiger in Bereicherungsabsicht handelt. Bei Artikel 156 StGB ergibt sich die Rechtswidrigkeit schon aus dem Zweck der Nötigung, da die

¹²¹ JAMES T. PETER, in: Adrian Staehelin/Thomas Bauer/Daniel Staehelin (Hrsg.), Basler Kommentar SchKG I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 8a N 28.

¹²² Urteil des Bundesgerichts 7B.224/2006 E. 2.2.4; BGE 128 III 334, 336; SchKG-Aufsichtsbehörde Genf, BISchK 2002, S. 41 ff. E. 4; JAMES T. PETER, in: BSK SchKG I (Fn. 122), Art. 8a N 28.

¹²³ URS MÖCKLI, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkomentar SchKG, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 8a N 30.

¹²⁴ Vgl. die Ergebnisse der in Fn. 4 erwähnten Umfrage.

¹²⁵ BGE 142 III 648. Die Kosten setzten sich konkret wie folgt zusammen: Fr. 5.- für Protokollierung Abstellung, Fr. 8.- für Kostenrechnung und Verfügung sowie Fr. 5.30 für Porto.

¹²⁶ BGE 129 IV 6 E. 3.4

¹²⁷ Urteile des Bundesgerichts 6S.77/2003 E. 4.4 und 4.6 und 6B_192/2014 E. 4

erpresserische Handlung darauf gerichtet ist, das Opfer zu einer schädigenden Vermögensdisposition zu motivieren beziehungsweise dadurch einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erlangen.¹²⁸

4.4 Schwierigkeiten bei der Beurteilung, ob die Forderungen des Inkassounternehmens begründet sind und was mit den Daten des Schuldners geschieht

4.4.1 Vorbemerkung

Da es sich bei diesem Kritikpunkt aus rechtlicher Sicht um zwei unterschiedliche Themenfelder handelt, werden sie im Folgenden separat untersucht.

4.4.2 Beurteilung der Begründetheit der Forderung

Ob eine Forderung begründet ist, entscheidet im Streitfall das zuständige Gericht. Bis zu diesem Zeitpunkt können Gläubiger und Schuldner in guten Treuen über die Begründetheit der Forderung unterschiedlicher Auffassung sein. Das liegt nicht zuletzt daran, dass Rechtsnormen auslegungsbedürftig sind, was einerseits zu unterschiedlichen Lehrmeinungen und Gerichtspraxen führen kann (und führt) und andererseits eine Prognose des Gerichtsentseids im Einzelfall erschwert, da die Rechtsnormen auf den Sachverhalt angewendet werden, wie er im Gerichtsverfahren erstellt wird.

Das Inkassounternehmen (bzw. jeder Gläubiger) wird im eigenen Interesse eine interne Beurteilung der Begründetheit seiner Forderung vornehmen, bevor es gegen den Schuldner vorgeht. Mit jeder Forderung, die es geltend macht, riskiert es im Falle der Nichtleistung einerseits unnütze Aufwendungen und andererseits einen Reputationsverlust. *Eine gesetzliche Verpflichtung, die Begründetheit zu prüfen, gibt es jedoch nicht.* Aus Sicht des Schuldners wäre es aber wünschenswert, dass das Inkassounternehmen eine solche Prüfung vornimmt und sich namentlich beim Gläubiger nach dem Rechtsgrund der Forderung erkundigt, dies allein schon um zu verhindern, dass sitten- oder rechtswidrige Forderungen geltend gemacht werden. Ein weiterer Abklärungspunkt sollte die eindeutige Identifikation des Schuldners sein, da von Verwechslungen berichtet wird,¹²⁹ die den betroffenen Personen unnötige Umtriebe verursachen.

Die Durchsetzung unbegründeter Forderungen kann gegen das UWG verstossen. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass Inkassounternehmen Geldforderungen aus Verträgen zu vollziehen versuchen, die durch irreführende Angaben zustandegekommen sind und die der Betroffene wegen Vorliegens von Willensmängeln nach den Artikeln 23 ff. OR angefochten hat. Ist der Vertrag nach den Artikeln 23 ff. OR unverbindlich, dürfte der Vollzug solcher Forderungen in der Regel gegen Artikel 2 UWG verstossen¹³⁰ und auch eine besonders aggressive Verkaufsmethode im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe h UWG darstellen. Desgleichen sind eine Verletzung von Artikel 2 UWG und besonders aggressive Verkaufsmethoden anzunehmen, wenn Inkassounternehmen Geldforderungen zu vollziehen versuchen, obschon mangels Konsenses gar kein gültiger Vertrag zustandegekommen ist.¹³¹ Eine entsprechende Rechtsprechung zu den aggressiven Verkaufsmethoden steht allerdings noch aus.

¹²⁸ Urteile des Bundesgerichts 6P.5/2006 E. 4.3 und 6B_411/2009 E. 3.2

¹²⁹ GABRIELA BAUMGARTNER/DORIS HUBER, Die furchterregenden Methoden der Geldeintreiber, in: Beobachter 3/2009, 5. Februar 2009.

¹³⁰ Vgl. auch oben Ziff. 3.1.

¹³¹ Vgl. hierzu das Versenden von Rechnungen bzw. das Inkasso für unbestellte Waren, URS WICKIHALDER, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Basel 2013, Art. 3 Abs. 1 lit. h N 44 m.w.H.

Entsteht dem Schuldner durch das Verhalten des Inkassounternehmens ein Schaden, kommt ein *Schadenersatzanspruch* nach Artikel 41 Absatz 1 OR in Frage, was im vorliegenden Kontext insbesondere eine Persönlichkeitsverletzung oder eine Schutznormverletzung voraussetzt, um die Widerrechtlichkeit der Schädigung zu begründen. Fehlt es an der Widerrechtlichkeit, ist ein Anspruch nach Artikel 41 Absatz 2 OR denkbar, wonach schadenersatzpflichtig ist, "wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise absichtlich Schaden zufügt." Diese Bestimmung hat in der Praxis allerdings nur geringe Bedeutung. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dieser Haftungsgrund nur ausnahmsweise und mit grösster Zurückhaltung als gegeben anzunehmen.¹³² Artikel 41 Absatz 2 OR erfasse in erster Linie die Schikane: Gegen die guten Sitten verstosse ein Verhalten, das nicht der Wahrnehmung eigener Interessen dient, sondern ausschliesslich oder primär darauf abzielt, andere zu schädigen. Mit Blick auf das erwähnte wohlverstandene Eigeninteresse der Inkassounternehmen dürfte eine solche absichtliche sittenwidrige Schädigung nur in Ausnahmefällen vorliegen.

4.4.3 Bearbeitung der Daten des Schuldners

Die Bearbeitung von Personendaten durch Inkassounternehmen ist im DSG geregelt. Das DSG enthält Grundsätze, die beim Bearbeiten von Daten zu befolgen sind. So müssen Inkassounternehmen die Daten nach den Grundsätzen der Rechtmässigkeit, der Verhältnismässigkeit, der Zweckbindung, der Erkennbarkeit und von Treu und Glauben bearbeiten (Art. 4); zudem müssen sie sich über deren Richtigkeit vergewissern.

Die Artikel 12 und 13 Absatz 1 DSG halten den Grundsatz fest, wonach jede Persönlichkeitsverletzung – das heisst jede persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung – grundsätzlich widerrechtlich ist, ausser sie wäre durch Einwilligung der betroffenen Person, durch Gesetz oder ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse gerechtfertigt. Wer Personendaten bearbeitet, kann die Widerrechtlichkeit einer Datenbearbeitung aufheben, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Artikel 13 Absatz 2 DSG enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Fällen, in denen ein überwiegendes Interesse der bearbeitenden Person gegeben sein kann. Beim Inkasso einer Forderung hat der Gläubiger einen Rechtfertigungsgrund, um die Personendaten eines Schuldners an ein Inkassounternehmen weiterzugeben. Somit liegt keine Verletzung der Persönlichkeit des Schuldners vor. Die Bekanntgabe von Personendaten im Rahmen des zwischen dem Gläubiger und dem Inkassounternehmen vereinbarten Auftrags stellt eine Auftragsdatenbearbeitung nach Artikel 10a DSG dar. Soweit die in dieser Bestimmung festgelegten Bedingungen erfüllt sind, verfügt das Inkassounternehmen über die gleichen Rechtfertigungsgründe wie der Gläubiger (Abs. 2). Es darf also die Personendaten des Schuldners bearbeiten, um die Forderung seines Kunden einzutreiben. Hingegen darf das Inkassounternehmen Personendaten des Schuldners nicht anderweitig bearbeiten und insbesondere nicht an Dritte (z. B. Wirtschaftsauskunfteien) weitergeben, wenn es keinen anderen Rechtfertigungsgrund geltend machen und aufzeigen kann, dass die Bekanntgabe der Daten einem überwiegenden Interesse des Empfängers entspricht. Wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt, stellt die Bearbeitung von Personendaten eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit dar. Die Opfer einer solchen Persönlichkeitsverletzung können rechtliche Schritte einleiten gemäss den Artikeln 28a und 28/ ZGB und gemäss DSG (Art. 15 DSG). Hingegen fällt die Bekanntgabe von Personendaten an Dritte ohne Rechtfertigungsgrund nicht unter die Strafbestimmung von Artikel 35 DSG, stellt diese doch lediglich die unbefugte Bekanntgabe von geheimen, besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen unter Strafe. Die Personendaten eines Schuldners (Identität, Adresse, Forderungsbetrag, Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und

¹³² BGE 124 III 297 E. 5e.

Schuldner) stellen aber weder besonders schützenswerte Daten noch ein Persönlichkeitsprofil im Sinne des DSG dar.

Nach Artikel 8 DSG kann der Schuldner vom Inkassounternehmen grundsätzlich unentgeltlich Auskunft darüber verlangen, ob Daten über ihn bearbeitet werden. Das Auskunftsrecht bildet die zentrale Grundlage dafür, dass die betroffene Person ihre Rechte nach diesem Gesetz überhaupt wahrnehmen kann. Die zu erteilenden Auskünfte sind in Absatz 2 festgelegt. Wenn das Inkassounternehmen die Auskunft verweigert, kann die betroffene Person das zuständige Zivilgericht anrufen.

Inkassounternehmen sind der Aufsicht durch den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) unterstellt (Art. 28 DSG). Dieser kann in gewissen Fällen eine Untersuchung eröffnen und dem betroffenen Unternehmen empfehlen, die widerrechtliche Bearbeitung der Daten zu ändern oder zu unterlassen (Art. 29 Abs. 3). Wird die Empfehlung nicht umgesetzt, kann der EDÖB den Fall an das Bundesverwaltungsgericht weiterziehen.

Das DSG wird zurzeit revidiert. Ziel der Revision ist gemäss dem in die Vernehmlassung gegebenen Vorentwurf¹³³ die Verbesserung des Datenschutzes, insbesondere indem die Transparenz der Datenbearbeitung erhöht und die Selbstbestimmung der betroffenen Personen über ihre Daten gestärkt wird. Die Informationspflicht gegenüber den betroffenen Personen bei der Datenbeschaffung gilt nunmehr für alle Bearbeitungen im privaten Sektor, und nicht mehr nur für besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile. Somit muss ein Gläubiger, der Personendaten seines Schuldners an ein Inkassounternehmen weitergibt, diesen darüber in Kenntnis setzen. Mit der Revision werden auch die Informationen erweitert, die der betroffenen Person mitzuteilen sind, wenn sie ihr Auskunftsrecht geltend macht. Und schliesslich werden dem EDÖB Verfügungskompetenzen erteilt. So kann dieser bei einer Verletzung der nationalen Datenschutzvorschriften das betreffende Unternehmen anweisen, die Bearbeitung ganz oder teilweise zu unterbrechen, zu ändern oder abzubrechen.

4.5 Geltendmachung verjährter Forderungen

Wenn eine Forderung verjährt ist, kann sie nicht mehr gegen den Willen des Schuldners durchgesetzt werden.¹³⁴ Der Schuldner hat vielmehr das Recht, die eingeklagte Leistung durch Erheben der *Verjährungseinrede* zu verweigern. Im Unterschied zur Verwirkung geht die Forderung durch Verjährung nicht unter. Der Gläubiger ist daher nicht ungerechtfertigt bereichert, wenn der Schuldner trotz Verjährung erfüllt. Eine verjährte Forderung kann zudem unter bestimmten Voraussetzungen verrechnet werden.¹³⁵

Von zentraler Bedeutung ist Artikel 142 OR, wonach das Gericht die Verjährung *nicht von Amtes wegen berücksichtigen* darf. Klagt der Gläubiger eine verjährte Forderung ein und erhebt der Schuldner nicht die Verjährungseinrede, ist die Klage trotz der Verjährung gutzuheissen, sofern alle übrigen Voraussetzungen (Bestand der Forderung etc.) erfüllt sind. Daraus folgt, dass es aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist, wenn der Gläubiger eine verjährte Forderung geltend macht. Es liegt in der Verantwortung des Schuldners zu prüfen, ob die Forderung bereits verjährt ist und gegebenenfalls die Verjährungseinrede zu erheben.¹³⁶

¹³³ Abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Staat & Bürger > Laufende Rechtssetzungsprojekte > Stärkung des Datenschutzes.

¹³⁴ Siehe allgemein zur Verjährung GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), Rz. 3268 ff.

¹³⁵ Art. 120 Abs. 3 OR.

¹³⁶ Mit Bezug auf Zivilprozesse ist anzumerken, dass in der Lehre umstritten ist, inwieweit die nicht anwaltlich vertretene beklagte Partei (hier: der Schuldner) im Rahmen der gerichtlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO) auf die Möglichkeit der Verjährungseinrede hinzuweisen ist; siehe hierzu GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 54), Rz. 3363 m.w.H.

4.6 Weigerung des Inkassounternehmens, das Dossier zu löschen

Nach Artikel 5 DSGVO haben Inkassounternehmen, die Personendaten eines Schuldners bearbeiten, sich über deren Richtigkeit zu vergewissern. Sie haben alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit Daten, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind, berichtigt oder vernichtet werden. Dies ist ein allgemeiner Grundsatz des Datenschutzes. Sowohl die Inhaber von Datensammlungen als auch die betroffenen Personen haben ein überwiegendes Interesse daran, dass nur aktuelle und zutreffende Daten bearbeitet werden.

Die betroffenen Personen haben das Recht, die Berichtigung unrichtiger Daten zu verlangen (Art. 5 Abs. 2 und 15 DSGVO); dazu können sie gegebenenfalls ein Zivilgericht anrufen. Sie können auch verlangen, dass die widerrechtliche Datenbearbeitung gesperrt wird, dass keine Daten an Dritte bekannt gegeben werden oder dass die Personendaten berichtigt oder vernichtet werden. Aus dem geltenden Recht ergibt sich implizit, dass die betroffenen Personen die Löschung von Daten verlangen können, wenn sie durch die Bearbeitung dieser Daten widerrechtlich in ihrer Persönlichkeit verletzt werden.

Die Revision des DSGVO stärkt die Rechte der betroffenen Personen. Sie sieht ausdrücklich ein Recht auf Löschung von Personendaten vor, deren Bearbeitung eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung darstellt. Die Revision des DSGVO stärkt auch gewisse Grundsätze des Datenschutzes. So dürfen Daten nur so lange in einer Form aufbewahrt werden, welche die Identifizierung der betroffenen Person erlaubt, als dies für den Zweck ihrer Bearbeitung erforderlich ist.

Abgesehen vom Datenschutzrecht sind zudem auch die *gesetzlichen Aufbewahrungspflichten* zu beachten. So ist das Inkassounternehmen im Rahmen des Inkassoauftrags¹³⁷ verpflichtet, gegenüber dem Auftraggeber Rechenschaft über seine Geschäftsführung abzulegen. Diese Pflicht besteht nicht nur für die Dauer des Inkassoauftrags, sondern der entsprechende Anspruch des Auftraggebers (bzw. des Gläubigers) verjährt erst zehn Jahre nach Beendigung des Auftragsverhältnisses.¹³⁸ Sofern das Inkassounternehmen zur Buchführung und Rechnungslegung verpflichtet ist, was der Regelfall sein dürfte,¹³⁹ müssen zudem gemäss Artikel 958f Absatz 1 OR Buchungsbelege, die zur Feststellung von Schuld- und Forderungsverhältnissen beim Inkassounternehmen notwendig sein könnten, während zehn Jahren aufbewahrt werden.¹⁴⁰ Weitere Aufbewahrungspflichten können sich aus dem Steuerrecht ergeben.¹⁴¹

5 Rechtsvergleich

5.1 EU-Recht

Mit der EU-Richtlinie 2011/7/EU vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr (im Folgenden: "*EU-Zahlungsverzugsrichtlinie*") wollten das Europäische Parlament und der Europäische Rat die Rechte der Unternehmen auf unverzügliche Rechnungsbegleichung stärken. Die Zahlungsverzugsrichtlinie gilt nur bei *Geschäften zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und der öffentlichen Hand*¹⁴² und dient der Bekämpfung des Zahlungsverzugs im europäischen Binnenmarkt. Die EU-Zahlungsverzugsrichtlinie regelt die Harmonisierung der Fristen für Zahlungen von Behörden

¹³⁷ Siehe dazu vorne Ziff. 4.1.1.

¹³⁸ Urteil des Bundesgerichts 5A_638/2009 E. 3.4.5 m.w.H.; ROLF WEBER, in: BSK OR I (Fn. 57), Art. 400 N 23.

¹³⁹ Vgl. Art. 957 OR.

¹⁴⁰ Vgl. MARKUS NEUHAUS/DANIEL SUTER, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 958f N 8.

¹⁴¹ Siehe die Hinweise bei MARKUS NEUHAUS/DANIEL SUTER, in: BSK OR II (Fn. 140), Art. 958f N 3 f.

¹⁴² Vgl. Art. 1 i.V.m. Art. 2 Ziff. 2 Zahlungsverzugsrichtlinie.

an Unternehmen, die Vertragsfreiheit im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen, die automatische Berechnung von Verzugszinsen sowie die Anhebung des gesetzlichen Verzugszinses in den Mitgliedstaaten auf mindestens 8 Prozentpunkte über dem Referenzzinssatz der Europäischen Zentralbank. Unter dem Titel "Entschädigung für Beitreibungskosten" sieht die Richtlinie in Artikel 6(1) ausserdem vor, dass der Gläubiger gegenüber dem Schuldner einen Anspruch auf Zahlung eines Pauschalbetrags von mindestens 40 EUR hat. Zusätzlich soll der Gläubiger gemäss Absatz 3 einen Anspruch auf angemessenen Ersatz aller durch den Zahlungsverzug des Schuldners bedingten Eintreibungskosten, die den Pauschalbetrag überschreiten, haben – namentlich die Kosten, die durch die Beauftragung eines Rechtsanwalts oder eines Inkassounternehmens entstehen.

Die Richtlinie musste bis zum 16. März 2013 in das nationale Recht umgesetzt werden; den Mitgliedstaaten steht es frei, für den Gläubiger noch vorteilhaftere Rechtsvorschriften zu erlassen beziehungsweise beizubehalten.

5.2 Ausländisches nationales Recht

Zur Vorbereitung des vorliegenden Berichts hat das Bundesamt für Justiz das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung (SIR) beauftragt, ein rechtsvergleichendes Gutachten zur Frage der Regelung von Inkassounternehmen und Bonitätsdatenbanken in Belgien, Deutschland, Frankreich, Schweden, Kanada (Provinz Ontario) und dem Vereinigten Königreich zu erstellen. Mit Bezug auf die Inkassounternehmen wurden einerseits deren gesetzliche Regulierung und Aufsicht untersucht (unternehmensbezogene Perspektive) und andererseits das Vorhandensein von Verhaltensvorschriften in der Inkassotätigkeit beziehungsweise Regelungen zu verbotenen Inkassomethoden (tätigkeitsbezogene Perspektive). Das Gutachten ergibt folgendes Ergebnis:¹⁴³

Alle untersuchten Rechtsordnungen regeln die Tätigkeiten von Inkassobüros mindestens teilweise. In Belgien und Ontario erfasst die Regelung nur Inkassodienstleistungen gegenüber Konsumenten, im Vereinigten Königreich gar nur das Inkasso von (allerdings weit verstandenen) Konsumkrediten. In Frankreich, Deutschland und Schweden hingegen werden Inkassodienstleistungen im Allgemeinen geregelt. Als Inkassodienstleistung gilt dabei in Frankreich und Deutschland nur das Geltendmachen von Forderungen auf fremde Rechnung. In den übrigen Rechtsordnungen sind die Regelungen unabhängig davon anwendbar, ob das Inkasso auf eigene Rechnung (d.h. auf Rechnung des Inkassodienstleisters) oder auf fremde Rechnung erfolgt.

Im Grundsatz unterstellen alle untersuchten Rechtssysteme die Unternehmen, welche Inkassotätigkeiten betreiben, einer *staatlichen Aufsicht*. Die Aufsicht wird in Schweden im Wesentlichen von der Datenschutzbehörde, in Deutschland und Frankreich von einer Justizbehörde (der Staatsanwaltschaft in Frankreich, der Landesjustizverwaltung in Deutschland), in Belgien und im Vereinigten Königreich von einer Finanzaufsichtsbehörde (die im Vereinigten Königreich unabhängig ist, in Belgien Teil des Wirtschaftsministeriums) und in Ontario von einer eigenen Inkassoaufsichtsbehörde (dem entsprechenden Register) ausgeübt. Grundlegerende Unterschiede bestehen aber im Regelungsansatz. So begnügen sich gewisse Rechtsordnungen wie das französische und das belgische Recht mit einer Registrierungspflicht, in Schweden, Deutschland und im Vereinigten Königreich bestehen demgegenüber eigentliche Bewilligungspflichten, das heisst die Tätigkeit darf nur ausgeübt werden, wenn die staatliche Behörde die Erlaubnis dafür erteilt hat. Das Recht von Ontario spricht zwar von einer Registrierungspflicht, beschränkt die Gültigkeit der Registrierung aber auch in zeitlicher Hinsicht und sieht verschiedene materielle Voraussetzungen vor, so dass im Ergebnis kaum ein Unterschied zu einer Bewilligung besteht.

¹⁴³ Das Gutachten ist abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news.html>>.

Bei den *Voraussetzungen der Inkassotätigkeit* begnügen sich das französische und das belgische Recht mit minimalen Voraussetzungen zur finanziellen Absicherung insbesondere der Gläubiger wie zum Beispiel das Vorliegen einer Haftpflichtversicherung oder das Führen von einem separaten Konto für die eingetribenen Beträge (so in Frankreich). In Belgien muss darüber hinaus ein Leumundszeugnis vorgelegt werden. In den meisten Rechtsordnungen werden (oft zusätzlich zu versicherungsmässigen oder finanziellen Absicherungen) fachliche und persönliche Anforderungen gestellt. So wird in Ontario, Schweden und Deutschland eine gewisse Berufserfahrung und/oder entsprechende Ausbildung kombiniert mit einer persönlichen Eignung vorausgesetzt, welche insbesondere anhand Aussagen früherer Arbeitgeber (in Schweden), des Fehlens relevanter strafrechtlicher Verurteilungen (in Deutschland) und geordneter finanzieller Verhältnisse (in Deutschland und Ontario) beurteilt wird. Im englischen Recht scheint die Bewilligungsbehörde bei den fachlichen und persönlichen Anforderungen einen grösseren Spielraum zu haben. Beim Vergleich dieser Anforderungen lässt sich feststellen, dass der Schutzbereich der Regelung (Konsumenten oder Schuldner allgemein) sich nicht in strengeren Regeln niederschlägt, das heisst auch allgemein anwendbare Regelungen wie in Schweden und Deutschland kennen relativ strenge Voraussetzungen.

Bei den *tätigkeitsbezogenen Regelungen* finden sich sehr unterschiedliche Regelungsansätze. Auch wenn einige Rechtsordnungen spezifische Informationspflichten gegenüber dem Gläubiger vorsehen, steht hier der Schutz des Schuldners im Vordergrund. So schreiben alle untersuchten Rechtsordnungen vor, dass das Inkassobüro dem Schuldner den Namen des Gläubigers sowie den Grund und den Betrag der eingetribenen Forderung mitteilt, wobei in Deutschland, Belgien, Kanada und dem Vereinigten Königreich dieses Erfordernis nur gegenüber Konsumenten gilt. Teilweise bestehen in besonderen Situationen erweiterte Informationspflichten, so im Vereinigten Königreich (wenn der Schuldner die Schuld bestreitet) und in Deutschland (auf Nachfrage). Ebenfalls weit verbreitet sind Informationspflichten über das Inkassobüro (nur in Deutschland gilt dieses Erfordernis nicht) sowie (mit Ausnahme von Ontario und dem Vereinigten Königreich) über die Gebühren beziehungsweise die Art und Weise der Vergütung, mindestens gegenüber den Konsumenten (so in Deutschland und Belgien, umfassend in Frankreich und Schweden).

Verstärkt wird der Schuldnerschutz durch die Regelung der bei der Inkassotätigkeit *verwendeten Methoden*. Dieser Ansatz wird in allen untersuchten Rechtsordnungen verfolgt, wobei sich drei verschiedene Schutzbereiche unterscheiden lassen: 1.) die Willensfreiheit des Schuldners, 2.) dessen Daten (d.h. die Information über dessen Zahlungsunwilligkeit oder -unfähigkeit) sowie 3.) dessen Privatsphäre zu Hause und am Arbeitsplatz. In ersterer Hinsicht hat die französische und deutsche Rechtsprechung allgemeine strafrechtliche Verbote auf Inkassotätigkeiten angewendet und irreführende Vorgehensweisen (z.B. unter dem Betrugstatbestand) sowie das Ausüben psychologischen Drucks (Nötigung) sanktioniert. In Frankreich und Belgien bestehen in beiderlei Hinsicht (auch) konsumentenschützerische Vorschriften. In Schweden und Ontario ist das Ausüben psychologischen Drucks im Rahmen der Inkassotätigkeit ausdrücklich verboten.

Zum *Schutz der Daten* des Schuldners bestehen demgegenüber kaum für die Inkassotätigkeit spezifische Vorschriften, sondern es werden weitgehend die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze angewendet. Ausnahmen bestehen im deutschen Recht, wo die Weitergabe an Auskunftsteien eingehend geregelt ist, sowie im schwedischen und kanadischen Recht, wo das Androhen der Weiterleitung beziehungsweise Publikation verboten ist.

Der *Schutz der Privatsphäre zu Hause und am Arbeitsplatz* ist ausser in Deutschland und Frankreich (im zweiten Fall werden immerhin allgemeine strafrechtliche Schutzvorschriften gegenüber missbräuchlichen Telefonanrufen und das konsumentenschützerische Verbot von aggressiven Praktiken auf die Inkassotätigkeit angewendet) relativ eingehend geregelt. Zeit-

liche Einschränkungen von Telefonaten bestehen in allen Rechtsordnungen. Besuche am Arbeitsplatz oder bei Drittpersonen sind in Belgien, Schweden und Ontario nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig.

Die Regelungen schützen teilweise auch die finanziellen Interessen des Schuldners. Der *Schutz vor dem Inkasso überhöhter Forderungen* wird teilweise durch Informationspflichten, durch ausdrückliche Verbote (in Schweden und Belgien) sowie durch die Anwendung strafrechtlicher Tatbestände (Betrug in Deutschland) sichergestellt. Auch die Überwälzung von Inkassogebühren auf den Schuldner wird oft eingeschränkt. Wie bereits erwähnt sieht die EU-Zahlungsverzugsrichtlinie¹⁴⁴ für Geschäfte zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und der öffentlichen Hand zwar vor, dass das Recht auf Entschädigung von Betriebskosten auch die Kosten der Beauftragung eines Inkassounternehmens beinhaltet (Art. 6). Doch ausserhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie bestehen unterschiedliche Vorschriften. Diese reichen vom Verbot der Überwälzung (in Frankreich mit Ausnahme des Inkassos von Forderungen, die auf vollstreckbaren Titeln beruhen) über die Notwendigkeit einer entsprechenden Regelung im schuld begründenden Vertrag (in Belgien, im Vereinigten Königreich und in Ontario, wobei in Belgien eine Konventionalstrafe genügt; im Vereinigten Königreich müssen der Betrag und die Voraussetzungen klar genannt werden), einer vorherigen Bekanntgabe (in Ontario) oder einer Begrenzung auf erforderliche Kosten (in Ontario, wobei die Kosten der Beauftragung eines Inkassobüros ausgeschlossen sind) bis hin zu betragsmässigen Vorschriften (in Deutschland und in Schweden). Die entsprechenden Grenzen gelten ausser in Schweden und Deutschland nur für das Inkasso von Forderungen gegenüber Konsumenten. Ausgenommen ist in der Regel zudem das Inkasso von Forderungen, die auf einem vollstreckbaren Titel wie einem rechtskräftigen Gerichtsurteil beruhen.

6 Würdigung

Das Postulat verlangt, dass geprüft werden soll, ob die Tätigkeit der Inkassounternehmen gesetzlich geregelt werden soll und ob ein Verbot der Überwälzung der Inkassokosten auf den Schuldner angezeigt ist.

Konsumentenschutzorganisationen und Schuldenberatungsstellen kritisieren schon seit vielen Jahren gewisse Praktiken der Inkassobranche. Es dürfte unbestritten sein, dass die Inkassoaufträge nicht in allen Fällen auf eine Art und Weise erfüllt werden, die den Erwartungen an ein ordnungsmässiges Inkasso entspricht. Hierzu gehören insbesondere die Ausübung übermässigen Drucks auf den Schuldner sowie die Geltendmachung von überhöhten Gebühren. Manchmal geht es auch nur um eigentlich vermeidbare Ärgernisse, wie etwa das Fehlen einer klaren Ansprechperson aufseiten des Inkassounternehmens, mit welcher der Schuldner den Inkassofall besprechen und verbindlich regeln kann.

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die heutige Rechtslage zu den Verspätungsschäden nicht in allen Punkten klar ist. Bei der heiklen Frage, ob und in welchem Umfang die Inkassokosten vom Schuldner zu übernehmen sind, handelt es sich allerdings um eine Rechtsfrage, die im Rahmen einer Auslegung von Artikel 106 OR zu entscheiden ist. Dafür sind grundsätzlich die Gerichte zuständig. Das Postulat Comte regte an zu prüfen, ob verboten werden könne, die Verwaltungsgebühren von Inkassounternehmen auf die Schuldnerinnen und Schuldner zu überwälzen. Es erscheint im vorliegenden Kontext jedoch nicht angebracht, von den bestehenden und allgemein anerkannten Grundsätzen des Obligationenrechts abzuweichen und eine Sonderregelung zu schaffen, die entweder eine kategorische Nichtersetzbarkeit der betreffenden Aufwendungen oder deren pauschale Überwälzung auf den Schuldner vorschreibt. Die sich stellenden offenen Fragen sind reine Rechts-

¹⁴⁴ Oben Ziff. 5.1.

fragen und die praktischen Fälle unterscheiden sich unter Umständen wesentlich voneinander. Nicht nur sind die Gerichte deshalb besser geeignet zu beurteilen, ob der Beizug einer professionellen Vertretung im Einzelfall geboten ist, es erscheint auch schwierig, die betreffende Frage auf Gesetzesstufe generell-abstrakt verbindlich zu regeln. Insbesondere die teilweise im Ausland getroffene Lösung der Einführung einer gesetzlichen Schadenspauschale hätte zur Folge, dass das dem schweizerischen Schadenersatzrecht zugrundeliegende sog. *Überentschädigungsverbot* in vielen Fällen durchbrochen würde. Dieses besagt, dass der Geschädigte durch die Leistung des Schadenersatzes nicht besser gestellt werden darf, als er es ohne die Schädigung wäre. Bei schadensunabhängigen Pauschalen würde das Verbot gerade nicht berücksichtigt, da sie geschuldet sind, selbst wenn dem Gläubiger kein Schaden entstanden ist oder zumindest kein Schaden, der nicht vom Verzugszins gedeckt ist. Aus Sicht der Gläubiger (bzw. der Inkassounternehmen) könnte es daher über mehrere Inkassofälle hinweg zu "Quersubventionierungen" kommen, was mit dem Konzept des Schadensausgleichs zwischen zwei konkreten Parteien nicht vereinbar ist. Dies würde umso mehr für Pauschalen gelten, die abhängig vom Forderungsbetrag festgelegt werden. Eine solche Regelung wäre nicht sachgerecht, da der Aufwand, der dem Gläubiger beziehungsweise Inkassounternehmen im Verzugsfall entsteht, nicht in jedem Fall mit dem Forderungsbetrag korreliert. Ein Mahnschreiben für eine Forderung von einem Franken muss aus rechtlicher Sicht nicht anders lauten als eines für eine Forderung von einer Million Franken. Bei der Festlegung der Pauschalen müsste zudem verhindert werden, dass deren Höhe oder der Zeitpunkt ihrer Fälligkeit für den Gläubiger beziehungsweise das Inkassounternehmen einen Anreiz schafft, mit Einleitung der Betreuung zuzuwarten, nur um die Pauschalen einfordern zu können.

In Bezug auf die weiteren untersuchten Praktiken bestehen verschiedene Möglichkeiten des geltenden Straf- und Datenschutzrechts, um gegen unangemessene Praktiken von Inkassounternehmen vorzugehen. So ist insbesondere das Ausüben übermässigen Drucks dort, wo die Grenze zur Nötigung überschritten wird, schon heute strafbar.

Diskutiert wird schliesslich immer wieder eine umfassende Regulierung der Inkassobranche, allenfalls mit einem Bewilligungsverfahren und verbindlichen Sorgfaltspflichten. Ein solcher Eingriff in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und 94 BV) darf aber nicht leichthin vorgenommen werden. Eine bundesrechtliche Regulierung wäre nach Ansicht des Bundesrates unter Berücksichtigung der bereits bestehenden Mittel nicht verhältnismässig.

Sofern der Gesetzgeber in diesem Bereich tätig werden will, käme für den Bundesrat primär eine Ergänzung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in Betracht. In dessen Artikel 3 wäre ein neuer Tatbestand denkbar, der spezifisch für Inkassounternehmen gilt und ähnlich wie Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe s UWG – der bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäftsverkehrs regelt – allen Personen, die im Inkasso tätig sind, bestimmte Verhaltenspflichten auferlegt. Auf diese Weise könnte beispielsweise die Pflicht, den geltend gemachten Betrag zu spezifizieren und zu begründen, keine täuschenden oder irreführenden Angaben über die eigenen rechtlichen Möglichkeiten zu machen und sich jedes drohenden oder sonst wie unangemessenen Verhaltens gegenüber dem Schuldner zu enthalten, ins Gesetz aufgenommen werden. Gestützt auf Artikel 23 UWG würden die betreffenden Verhalten damit auf Antrag auch strafbar. Mittels einer punktuellen Ergänzung des geltenden Rechts könnte so eine Verbesserung zugunsten der Schuldner eingeführt werden, ohne die Gläubiger oder die Inkassounternehmen übermässig zu belasten.