

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Inkasso-AGB – einige Erwägungen zum AGB-Gesetz und zum VerbrKrG

Inkassounternehmen genießen keine allzu hohe Reputation. Ihnen werden oft keine sehr galanten Methoden nachgesagt. Ob dies zutrifft, soll nachfolgend unter dem Blickwinkel des AGB-Gesetzes und des VerbrKrG anhand ausgewählter Beispiele untersucht werden.

I. Die Rechtsnatur des Inkassoauftrags

Grundsätzlich handelt es sich beim Inkassoauftrag um einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsauftrag im Sinn von § 675 BGB, der darauf gerichtet ist, eine dem Gläubiger zustehende Forderung gegenüber dem Schuldner einzuziehen¹. Die von dem Inkassounternehmen entfaltete Tätigkeit beruht auf eigenverantwortlichen Überlegungen und Entscheidungen, angefangen von der ersten Zahlungsaufforderung bis zur Durchführung der Zwangsvollstreckung². Üblicherweise erteilt der Auftraggeber dem Inkassounternehmen auch eine Vollmacht; so gesehen liegt die Parallele zum Rechtsanwalts- und Steuerberatungsvertrag nahe: In all diesen Fällen handelt es sich um einen Dienstvertrag, der gemäß §§ 675, 611 ff. BGB einzuordnen ist³.

Vielfach kommt es auch vor, daß zwischen Auftraggeber und Inkassounternehmen eine Inkassoession gemäß § 398 BGB vereinbart wird. Darin liegt ein treuhänderisches Rechtsgeschäft⁴. Das Inkassounternehmen erhält im Außenverhältnis die volle Gläubigerstellung⁵. Demgegenüber ist eine Einziehungsermächtigung lediglich Übertragung der Einziehungsbefugnis; die Forderung selbst verbleibt beim Gläubiger⁶. Ob im Einzelfall Inkassoession oder Einziehungsermächtigung vorliegt, läßt sich nicht immer mit der gebotenen Eindeutigkeit sagen; stets ist auf die anerkannten Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157 BGB zurückzugreifen⁷. Schaltet der Gläubiger ein Inkassounternehmen zur Einziehung der ihm gegenüber dem Schuldner zustehenden Forderung ein⁸, so handelt es sich im Zweifel um eine Inkassoession, weil regelmäßig das Inkassounternehmen berechtigt ist, die eingezogenen Beträge mit Gebührenforderungen, Auslagen und Erfolgshonoraren zu verrechnen; die ihm gegenüber seinem Auftraggeber, dem Gläubiger der Forderung, zustehen.

Aber auch wenn eine Inkassoession vorliegt, wird dadurch die Geschäftsbesorgungstätigkeit des Inkassounternehmens im Sinn der §§ 675, 611 ff. BGB nicht berührt. Denn die Inkassoession erfaßt nicht die im Innenverhältnis getroffenen Abreden⁹. Lediglich im Außenverhältnis gegenüber dem Schuldner wird klargestellt, daß das Inkassounternehmen Inhaber der Forderung des Gläubigers aufgrund der Inkassoession geworden ist¹⁰. Daraus folgt: Für die Inhaltskontrolle von Inkasso-AGB ist deshalb von dem Typenkatalog der §§ 675, 611 ff. BGB auszugehen; diese gesetzlichen Bestimmungen bilden grundsätzlich die MeBlatte, AGB-Klauseln von

Inkassounternehmen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz zu kontrollieren.

II. Vorleistungspflicht – Erfolgshonorar

In Inkasso-AGB ist es weithin üblich, Bearbeitungsgebühren zu verlangen, für die der Auftraggeber vorleistungspflichtig ist; generell üblich ist es desweiteren, ein Erfolgshonorar – oft gestaffelt nach titulierten und nicht titulierten Forderungen – zu vereinbaren. Unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz ergeben sich hierbei folgende Bedenken:

1. Vereinbarung einer Vorleistungspflicht

Da für Inkassounternehmen § 17 BRAGO nicht gilt, da insbesondere eine gesetzliche Regelung fehlt, aus der eine Vorleistungspflicht des Auftraggebers abgeleitet werden könnte, gelten die gesetzlichen Vergütungsregeln von § 611 Abs. 1 BGB. Danach ist die Vergütung Hauptpflicht des Auftraggebers; es gelten die allgemeinen Grundsätze des gegenseitigen Vertrages, wie sie in § 320 BGB verankert sind. Deshalb bestimmt § 614 Satz 1 BGB, daß die Vergütung „nach der Leistung der Dienste zu entrichten“ ist. Übertragen auf den Inkassoauftrag bedeutet dies, daß eine Vorleistungspflicht des Inkassounternehmens, nicht des Auftraggebers besteht.

Vorleistungsklauseln zu Lasten des Geldschuldners werden von der Rechtsprechung gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz regelmäßig kritisch behandelt¹¹. Sie enthalten eine wesentliche Abweichung von der synallagmatischen Grundstruktur des gegenseitigen Vertrages, so daß sie nur dann anzuerkennen sind, wenn ein sachlich berechtigtes Interesse des AGB-

1 BGH, LM Nr. 17 zu § 667 BGB; Palandt/Thomas, BGB, 53. Aufl., § 675 BGB Rdnr. 10.

2 David, Zusammenarbeit mit Inkassounternehmen, 3. Aufl., S. 13 ff.

3 BGH, LM Nr. 28 zu § 675 BGB – Rechtsanwaltsvertrag; BGHZ 54, 106 – Steuerberatervertrag.

4 Palandt/Heinrichs, § 398 Rdnr. 26.

5 Palandt/Heinrichs (Fn. 4); MünchKomm./Roth, BGB, 2. Aufl., § 398 Rdnrn. 30 ff.; Weber, in RGRK-BGB, 12. Aufl., § 398 Rdnr. 144.

6 Palandt/Heinrichs, § 398 Rdnr. 29.

7 MünchKomm./Roth, § 398 Rdnr. 36.

8 David (Fn. 2), S. 48 ff.

9 Palandt/Heinrichs, § 398 Rdnr. 26.

10 David (Fn. 2).

11 OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1992, 1207, 1208 – Unterrichtsvertrag; BGH, ZIP 1987, 640, 642 ff. – Reisevertrag; im einzelnen AGB-Klauselwerke/Graf von Westphalen, Vorleistungsklauseln, Rdnrn. 4 ff.; Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 7. Aufl., § 11 Nr. 2 Rdnrn. 12 f.; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 3. Aufl., § 9 V 82 ff.

Verwenders vorliegt¹². Dieses ist jedoch bei Inkassounternehmen nicht zu erkennen. Gelingt es nämlich dem Inkassounternehmen, die eingezogene Forderung gegenüber dem Schuldner zu realisieren, so ist es ihm ohne weiteres zumutbar und möglich, diese Forderung mit dem ihm zustehenden Entgeltanspruch zu verrechnen¹³. Daher überzeugt der Hinweis nicht, daß es dem Inkassounternehmen – nach Abwicklung des Inkassoauftrags – nicht oder nur erschwert möglich ist, bei einer erfolglosen Tätigkeit den Entgeltanspruch gegenüber dem Auftraggeber durchzusetzen. Denn hierbei handelt es sich um das klassische Bonitäts- und Insolvenzrisiko, welches jeder Dienstverpflichtete im Sinn der §§ 611, 614 BGB zu tragen hat.

Zu fragen ist jedoch, ob sich aus § 669 BGB nichts anderes ergibt. Dies hängt entscheidend davon ab, ob § 669 BGB auf den entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag gemäß §§ 675, 611 ff. BGB Anwendung findet¹⁴. Soweit diese Auffassung vertreten wird, ist ihr entgegenzuhalten, daß der Auftrag gemäß § 662 BGB unentgeltlich ist, so daß schon von daher betrachtet § 669 BGB Ausnahmecharakter besitzt. Selbst wenn man aber eine entsprechende Anwendung von § 669 BGB im Rahmen der §§ 675, 611, 614 BGB für vertretbar hält, so folgt daraus nicht, daß ein Inkassounternehmen berechtigt ist, von seinem Auftraggeber Vorleistung zu verlangen. Vielmehr beschränkt sich dann der Anspruch des Inkassounternehmens auf einen angemessenen Vorschuß im Sinn von § 669 BGB, der die Anfangstätigkeit des Inkassounternehmens abdeckt. Denn mangels entgegenstehender individualvertraglicher Vereinbarungen ist auch eine analoge Anwendung von § 669 BGB nicht geeignet, den Grundgedanken von § 614 BGB im Rahmen eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages vollständig zu verdrängen.

Daraus folgt: Soweit in den Inkasso-AGB bestimmt ist, daß der Auftraggeber entgegen der Wertung der §§ 675, 611, 614 BGB vorleistungspflichtig ist, verstößt dies gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz. Dabei besteht kein Unterschied zwischen dem nicht-kaufmännischen Verkehr und dem kaufmännischen Bereich¹⁵. Wirksam ist hingegen, wenn das Inkassounternehmen in seinen AGB eine an § 669 BGB orientierte angemessene Vorschußpflicht verlangt oder monatliche Abrechnungen vornimmt¹⁶.

2. Erfolgshonorar

Soweit in Inkasso-AGB ein Erfolgshonorar vereinbart ist, handelt es sich nicht um eine der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 8 AGB-Gesetz entzogene Preisvereinbarung. Vielmehr liegt eine gemäß § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz kontrollfähige Preisnebenanrede vor, weil – bei hypothetischer Unwirksamkeit des Erfolgshonorars – dispositives Recht der Vereinbarung des Entgelts gemäß § 612 Abs. 2 BGB zur Verfügung steht¹⁷. Mehr noch: Preisvereinbarungen sind nämlich nur deswegen der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß § 8 AGB-Gesetz entzogen, weil für sie ein gesetzlicher Kontrollmaßstab fehlt¹⁸. Geht man jedoch vom Typenbild der §§ 611, 612 BGB aus, so zielt das zu entrichtende Entgelt auf die jeweils geleisteten Dienste; diese aber sind tätigkeitsbezogen und von dem jeweils eingetretenen Erfolg unabhängig. Gerade darin unterscheidet sich der Dienstvertrag nach §§ 611 ff. BGB von dem – erfolgsbezogenen – Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB. Deshalb verstößt es fundamental gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, wenn ein Inkassounternehmen sich formularmäßig ein Erfolgshonorar für die Eintreibung der Forderung ausbedingt¹⁹. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Auftraggeber Kaufmann oder Nicht-Kaufmann ist. Denn die dienstvertragliche Grundwertung gemäß § 611, 612 BGB ist von dieser Kategorisierung unabhängig.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, daß die Voraussetzungen einer Individualabrede nach § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz nicht dadurch erfüllt werden, daß ein Erfolgsho-

norar handschriftlich oder maschinenschriftlich auf der Vorderseite des Inkassoauftrags vereinbart wird. Denn jegliche Individualabrede gemäß § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz setzt voraus, daß der AGB-Verwender den „gesetzesfremden“ Kerngehalt der vom dispositiven Recht abweichenden Klausel ernsthaft zur Disposition seines Kunden gestellt und ihm die reale Möglichkeit eingeräumt hat, von seiner Vertragsgestaltungsfreiheit tatsächlich auch Gebrauch zu machen²⁰. Dies wird nur selten der Fall sein.

Unabhängig von diesen Erwägungen ist darauf hinzuweisen, daß sich in Inkasso-AGB immer wieder die Vereinbarung einer Erfolgsprovision findet, die auch dann geschuldet sein soll, wenn die Forderung auf andere Weise erfüllt wird, z. B. durch Rückgabe der Ware oder durch Verwertung von Sicherungsgut. Häufig heißt es auch, der Auftraggeber schulde die Erfolgsprovision auch dann, wenn der Inkassoauftrag zuvor gekündigt worden ist. In beiden Fällen verpflichtet sich der Auftraggeber zur Zahlung der Erfolgsprovision, obwohl die Tätigkeit des Inkassounternehmens für den Eintritt des Erfolgs nicht kausal war. Dieser Gesichtspunkt allein verstößt in fundamentaler Weise gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz²¹, und zwar auch dann, wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß die Vereinbarung eines Erfolgshonorars grundsätzlich nicht an § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz scheitert. Denn daß ein Erfolgshonorar dem Inkassounternehmen nur dann zusteht, wenn seine Tätigkeit für den Eintritt des Erfolgs auch wirklich kausal geworden ist, ergibt sich mit aller wünschenswerten Deutlichkeit aus der Rechtsprechung des BGH zum Makler-Auftrag²². Selbst wenn man davon ausgeht, daß im Bereich von § 652 BGB Mitursächlichkeit der Tätigkeit des Maklers ausreicht, die Erfolgsprovision zu verdienen²³, so gilt dies jedenfalls gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz für die Erfolgsprovision von Inkassounternehmen dann nicht mehr, wenn der Inkassoauftrag beendet wurde, bevor der Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllt hatte, oder wenn der Erfolg auf andere Weise, etwa durch Verwertung von Sicherungsgut eingetreten ist.

Diesem Ergebnis könnte man freilich entgegenhalten, daß Art. IX Abs. 2 KostÄndG bestimmt, das Verbot eines Erfolgshonorars gelte nicht für Inkassounternehmen. Die Gesetzesbegründung belegt diesen Zusammenhang^{23a}. Doch das ist unter Berücksichtigung der Systematik des AGB-Gesetzes wenig überzeugend. Denn dann wäre die Vereinbarung eines Erfolgshonorars gemäß § 8 AGB-Gesetz bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit wirksam. Mehr noch: Die Systematik des Dienstvertragsrechts verlangt im Sinne von § 612 BGB eine Begrenzung des Erfolgshonorars. Vor allem aber: Daß ein Erfolgshonorar für Inkassounternehmen gemäß Art. IX Abs. 2 KostÄndG nicht „richtig“ ist, belegt lediglich, daß eine Individualvereinbarung statthaft ist. Nichts aber ist darüber gesagt, daß ein formularmäßig vereinbartes Erfolgshonorar nicht nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unter Berücksichtigung von § 612 BGB der Inhaltskontrolle unterworfen werden kann.

12 *Graf von Westphalen* (Fn. 11), Rdnr. 6; *Wolf/Horn/Lindacher* (Fußn. 11), § 9 V 83.

13 Vgl. auch *David* (Fn. 2), S. 88.

14 Bejahend: *Palandt/Thomas*, § 669 Rdnr. 1; *Staudinger/Wittmann*, BGB, 12. Aufl., § 669 Rdnr. 12.

15 *Graf von Westphalen* (Fn. 11), Rdnr. 6.

16 *David* (Fn. 2), S. 88.

17 BGH, BB 1988, 2410, 2411; BGH, BB 1992, 228.

18 BGH, ZIP 1994, 21, 23 – Servicepaket der Deutschen Bank; BGH, NJW-RR 1993, 375, 376 – offengelassen.

19 Nur bei Abwälzung auf den Schuldner, da unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter, *David* (Fn. 2), S. 78 f.

20 BGH, WM 1992, 1995, 1996.

21 *Graf von Westphalen*, Rbeistand 1989, 3, 8 ff.

22 BGH, NJW-RR 1990, 1008; BGH, NJW-RR 1988, 1379; AGB-Klauselwerke/E. *Graf von Westphalen*, Maklervertrag, Rdnr. 21 ff.

23 BGH, WM 1969, 885; *Palandt/Thomas*, § 652 Rdnr. 34

23a BT-Drucks. 8/4277.

III. Die Einschaltung eines Vertrauensanwalts

In zahlreichen Inkasso-AGB finden sich Klauseln, wonach der Auftraggeber sich „schon jetzt“ damit einverstanden erklärt, daß das Inkassounternehmen einen „Anwalt seines Vertrauens“ einschaltet, soweit die gerichtliche Durchsetzung der Forderung gegenüber dem Schuldner erforderlich ist. Verschiedentlich erteilt auch der Auftraggeber dem Inkassounternehmen schon bei Abschluß des Vertrages eine „Vollmacht“, einen vom Inkassounternehmen zu beauftragenden Anwalt einzuschalten.

Alle diese Klauseln verstoßen gegen § 3 AGB-Gesetz, weil sie den klassischen Tatbestand des Kopplungsgeschäftes darstellen. Sie sind für den Auftraggeber zum einen ungewöhnlich, zum anderen überraschend, weil sie – und dies ist auch nach § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz relevant – dem Auftraggeber die Vertragsabschlußfreiheit vorenthalten; aufgrund der Kopplungsklausel ist der Auftraggeber nicht in der Lage, einen Anwalt seiner Wahl zur gerichtlichen Durchsetzung seiner Forderungen einzuschalten. Darin liegt eine unangemessene Benachteiligung.

IV. Überwälzung von Gebühren, Provisionen und Kosten auf den Schuldner

In Inkasso-AGB findet sich immer wieder die Klausel, daß der Schuldner mit den „Inkassogebühren“ (Erfolgshonorar, Gebühren, Auslagenpauschalen und Kosten) belastet wird²⁴. Häufig überwälzt das Inkassounternehmen diese Kosten allerdings nur in dem Maß auf den Auftraggeber, als der Schuldner nicht bereit oder nicht in der Lage war, die entstandenen „Inkassogebühren“ auszugleichen. Diese den Schuldner extrem belastenden Klauseln verstoßen in mehrfacher Hinsicht gegen § 9 Abs. 1 und gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz und sind daher unwirksam.

Es ist im Rahmen von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz anerkannt, daß AGB-Klauseln auch danach kontrolliert werden können, ob sie typische „Drittinteressen“ angemessen berücksichtigen²⁵. Da die dargestellten Inkasso-AGB darauf abzielen, den Schuldner mit den jeweils entstandenen „Inkassogebühren“ zu belasten, kommt es also im Rahmen von § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz entscheidend darauf an, ob die entstandenen „Inkassogebühren“ gegenüber dem Schuldner überhaupt ein erstattungspflichtiger Schaden gemäß § 286 BGB sind. Fehlt es an diesem Erfordernis, dann liegt stets ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter vor. Das verstößt gegen § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz.

Eine Erstattungspflicht der Inkassogebühren ist grundsätzlich nach § 286 BGB nur dann zu bejahen, wenn der Gläubiger/Auftraggeber zum Zeitpunkt der Beauftragung des Inkassounternehmens davon ausgehen durfte, daß die Forderung – trotz des Verzugs des Schuldners – auch ohne Einschaltung von Rechtsanwalt und Gericht betreibbar ist²⁶. In diesem Zusammenhang kommt dem Gesichtspunkt mitwirkenden Verschuldens nach § 254 BGB maßgebende Bedeutung zu: Mußte nämlich der Gläubiger/Auftraggeber davon ausgehen, daß der Schuldner die Forderung bestreiten wird, so ist die Einschaltung eines Inkassounternehmens deswegen alleiniges Risiko des Auftraggebers, weil dann die Einschaltung eines Rechtsanwalts – und die Betreibung des gerichtlichen Urteils- und Vollstreckungsverfahrens – vorhersehbar ist²⁷. Schließlich sind die auf den Schuldner gemäß § 286 BGB zu überwälzenden „Inkassogebühren“ durch die Höhe der Gerichts- und Anwaltskosten im Einzelfall begrenzt²⁸.

Bei der nach § 9 AGB-Gesetz gebotenen richterlichen Inhaltskontrolle ist stets ein objektiv-generalisierender Maßstab anzulegen²⁹. Dies hat aber zur Konsequenz, daß es nicht entscheidend darauf ankommt, ob nicht vielleicht doch im Einzelfall die Einschaltung eines Inkassounternehmens sowie das nachfolgende Tätigwerden eines Rechtsanwalts als erstat-

tungsfähiger Schaden im Sinn von § 286 BGB zu werten ist³⁰. Voraussetzungen und Höhe der zu überwälzenden Inkassogebühren müssen vielmehr formularmäßig so gestaltet sein, daß sie grundsätzlich angemessen und im Sinn der §§ 286, 254 BGB als notwendig anzusehen sind. Daher muß die Klausel klar darauf abstellen, daß die Forderung nicht bestritten ist, der Schuldner sich in Zahlungsverzug befindet und die Beitreibung durch ein Inkassounternehmen als insgesamt sachgerecht qualifiziert werden kann.

Die gleiche Erwägung gilt im Hinblick auf die Höhe der vom Schuldner zu tragenden „Inkassogebühren“. Es ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 AGB-Gesetz unangemessen, höhere „Inkassogebühren“ auf den Schuldner abzuwälzen, als durch die BRAGO begründet. Bei der gebotenen generell-abstrakten Betrachtungsweise von AGB-Klauseln kann nicht eingewandt werden, daß die Kostenstruktur von Inkassounternehmen höhere „Inkassogebühren“ rechtfertigt als nach Maßgabe der BRAGO³¹. Auch die „übliche Vergütung“ eines Inkassounternehmens ist grundsätzlich nicht geschuldet³². Denn entscheidend ist und bleibt: Immer dann, wenn der Schuldner die Forderung bestreitet oder zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig ist, erweist sich die Einschaltung eines Rechtsanwalts oder Rechtsbeistands – trotz vorheriger Einschaltung eines Inkassounternehmens – als notwendig. Die danach entstehenden, an der BRAGO ausgerichteten Gebühren sind mithin das Limit, bis zu dessen Grenze das Inkassounternehmen berechtigt ist, in seinen AGB den Schuldner mit „Inkassogebühren“ zu belasten.

Selbstverständlich ist auch, daß nur solche „Inkassogebühren“ auf den Schuldner überwälzt werden dürfen, die ihrerseits Schadensersatzcharakter im Sinn von § 286 BGB besitzen. Deshalb verstoßen alle die „Gebührentatbestände“ gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz, die Teil der Gemeinkosten des Inkassounternehmens sind, wie z.B. „Sachführungs- bzw. Überwachungsgebühren“ (so die AGB eines Unternehmens). Gegen § 11 Nr. 6 AGB-Gesetz verstoßen ferner alle die „Gebührentatbestände“, welche nicht aufwandsbezogen, sondern in einem bestimmten Prozentsatz – bezogen auf die jeweilige einzutreibende Hauptforderung – niedergelegt sind, wie z.B. Mahngebühren, Kontoführungsgebühren. Diesen Zusammenhang hat der BGH erst jüngst gegenüber einem Kreditkarten-Unternehmen bestätigt, welches schlechthin eine Überziehungsgebühr von DM 20,00 verlangte³³. Soweit der Schuldner mit Mahngebühren belastet wird, gelten im übrigen die allgemeinen Grenzen³⁴. Danach ist gemäß § 11 Nr. 5 a AGB-Gesetz für jede Mahnung eine Pauschale von maximal DM 2,00 wirksam³⁵. Erstattungspflichtig sind nämlich hier nur die Portokosten sowie der jeweilige Materialaufwand, nicht jedoch die Personalkosten, weil diese Teil der Gemeinkosten sind, die nach § 286 BGB schadensunabhängig entstehen.

24 David (Fn. 2), S. 79 ff.

25 Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rdnr. 111; Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdnr. 134; Palandt/Heinrichs, § 9 Rdnr. 7.

26 Palandt/Heinrichs, § 286 Rdnr. 9; Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl., § 286 Rdnr. 27; Löwisch, NJW 1986, 1725 ff.; Weidel, JurBüro 1994, 74 ff.; David (Fn. 2), S. 80 f.; jeweils m.w.N.

27 OLG Karlsruhe, NJW-RR 1987, 15.

28 Im einzelnen David (Fn. 2), S. 83 ff.; Soergel/Wiedemann, § 286 Rdnr. 27; Palandt/Heinrichs, § 286 Rdnr. 9; a.M. Löwisch, NJW 1986, 1725, 2727.

29 BGH, NJW 1987, 487; BGH, NJW 1990, 1601; BGH, NJW 1992, 2626; im übrigen auch Palandt/Heinrichs, § 9 Rdnr. 4; Ulmer/Brandner/Hensen, § 9 Rdnr. 78, jew. m.w.N.

30 Vgl. Weidel, JurBüro 1994, 74, 75, m.w.N.

31 So aber Weidel, JurBüro 1994, 76.

32 A.A. wohl David (Fn. 2), S. 84.

33 BGH, BB 1994, 1037.

34 Graf von Westphalen, AGB-Klauselwerke – Verzugszinsklausel, Rdnrn. 11 ff.

35 OLG Hamm, NJW-RR 1992, 444, 445; OLG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1082.

V. Haftungsfreizeichnungstatbestände

1. Keine Haftung für einfache Fahrlässigkeit

In Inkasso-AGB ist es allgemein üblich, die Haftung im Rahmen des Verbotstatbestandes von § 11 Nr. 7 AGB-Gesetz freizeichnen, so daß der Auftraggeber keine Schadensersatzansprüche wegen Schlechterfüllung hat, soweit dem Inkassounternehmen lediglich einfache Fahrlässigkeit zur Last fällt. Eine solche Freizeichnungsklausel verstößt in elementarer Weise gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz und ist unwirksam, weil nach zutreffender Auffassung des BGH³⁶ jedes Vertragsverhältnis – schon aus Rücksicht auf das bestehende Äquivalenzprinzip – „wesentliche“ Vertragspflichten enthält, die freizeichnungsfest sind³⁷. Soweit in diesem Zusammenhang Haftungsbegrenzungsklauseln wirksam sind, ist nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz die Grenze des typischerweise entstehenden, d. h. vorhersehbaren Schadens zu beachten³⁸. Zwischen dem nicht-kaufmännischen Bereich und dem kaufmännischen Verkehr bestehen insoweit keine Unterschiede³⁹. Soweit Inkasso-AGB diesen Zusammenhang nicht beachten, verstoßen sie gegen § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz und sind unwirksam.

2. Verzicht auf die Verjährungskontrolle

In zahlreichen Inkasso-AGB findet sich eine zusätzliche Haftungsfreizeichnungsklausel: Das Inkasso-Unternehmen erklärt nämlich, keine Kontrolle der Verjährungsfristen vornehmen zu wollen, welche für die einzuziehende Forderung einschlägig sind⁴⁰. Da nur solche Personen ein Inkassounternehmen nach Art. 1 § 1 RBERG betreiben dürfen, welche eine ausreichende Sachkunde nachweislich besitzen, zerstört eine solche AGB-Klausel nachhaltig das Vertrauen, das der Auftraggeber berechtigterweise sowohl in die Sachkunde als auch in die Kompetenz des Inkassounternehmens setzt. Wie stets, erweist sich auch hier der alte Grundsatz: Die schärfste Form der Haftungsfreizeichnung besteht darin, eine nach dem Vertragsinhalt geschuldete Leistung nicht zu erbringen, sondern sie in den AGB – häufig an versteckter Stelle – auszuschließen.

VI. Ratenzahlungsvergleich – Angabepflichten nach § 4 VerbrKrG

Eine wesentliche Tätigkeit von Inkassounternehmen besteht darin, mit säumigen Schuldner Teil- und Ratenzahlungsvereinbarungen abzuschließen. Hierzu werden die Inkassounternehmen in den Inkasso-AGB regelmäßig bevollmächtigt.

1. Ratenvergleich – Zahlungsaufschub

Nach § 1 Abs. 2 VerbrKrG kommt es entscheidend darauf an, ob der Abschluß eines Ratenvergleichs ein „Zahlungsaufschub“ ist. Dies setzt voraus, daß im Sinn von § 1 Abs. 1 VerbrKrG zwischen Gläubiger/Auftraggeber des Inkassounternehmens einerseits und dem Schuldner/Kreditnehmer andererseits ein Kreditverhältnis besteht. Auf Seiten des Gläubigers/Auftraggebers erfordert dies, daß die Kreditgewährung in Ausübung seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit vollzogen wurde⁴¹. Folglich muß der „Kreditgeber“ einen Gewerbebetrieb im Sinn von § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB unterhalten, wobei die Kreditvergabe Teil oder Ausfluß seines Gewer-

betriebs ist, der als solcher auf die Erzielung von dauernden Einnahmen gerichtet ist⁴². Mithin interessieren für die weiteren Erwägungen nur solche Fallkonstellationen, bei denen auf der einen Seite ein Gewerbetreibender als Gläubiger einer Geldforderung, auf der anderen Seite ein privater Endkunde als Schuldner steht.

a) Zahlungsaufschub

Ob unter dieser Voraussetzung der Abschluß eines Raten- oder Teilzahlungsvergleichs ein Zahlungsaufschub im Sinn von § 1 Abs. 1 VerbrKrG ist, hängt weiter entscheidend davon ab, was unter „Zahlungsaufschub“ im einzelnen zu verstehen ist. Wie selbstverständlich setzt dies zunächst voraus, daß zwischen beiden Parteien ein gesetzliches oder vertragliches Schuldverhältnis besteht⁴³. Maßstab ist hierbei die gesetzliche oder die ursprünglich vertraglich vorgesehene Fälligkeit des Zahlungsanspruchs des „Kreditgebers“: Wird dieser gestundet, so liegt darin allemal ein Zahlungsaufschub gemäß § 1 Abs. 2 VerbrKrG⁴⁴.

b) Der Vergleich als Vertrag

Fraglich ist jedoch, ob der Abschluß eines Teilzahlungs- oder Ratenzahlungsvertrages als Zahlungsaufschub gemäß § 1 Abs. 2 VerbrKrG interpretiert werden kann, sofern die Voraussetzungen von § 779 BGB erfüllt sind. Danach ergibt sich nämlich, daß ein Vergleich stets ein schuldrechtlicher Vertrag ist⁴⁵. Deklaratorisch stellt er fest, was nunmehr rechtens ist, weil regelmäßig das ursprüngliche Vertragsverhältnis durch den Vergleich geändert worden ist. Daran kann jedoch die Anwendbarkeit von § 1 Abs. 2 VerbrKrG nicht scheitern. Zum einen ist darauf hinzuweisen, daß die EG-Richtlinie vom 22. 12. 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit (87/102/EWG) von einem bewußt weitgefaßten Anwendungsbereich ausgeht⁴⁶. Zum anderen ist darauf abzustellen, daß auch die Stundung eine vertragliche Abrede darstellt, also einen Vertrag zum Gegenstand hat⁴⁷. Wenn aber eindeutig eine Stundungsvereinbarung als Zahlungsaufschub nach § 1 Abs. 2 VerbrKrG qualifiziert wird⁴⁸, so gilt die gleiche Rechtsfolge auch dann, wenn zwischen Auftraggeber/Inkassounternehmen einerseits und dem Schuldner andererseits ein Teilzahlungs- oder Ratenzahlungsvergleich abgeschlossen wird⁴⁹.

c) Entgeltlichkeit

Sofern also der dem Schuldner eingeräumte Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleich einen Zeitraum von mehr als drei Monaten umfaßt und der Ausnahmetatbestand von § 3 Abs. 1 Nr. 3 VerbrKrG nicht vorliegt, stellt sich im Sinn von § 1 Abs. 2 VerbrKrG die letzte Frage, ob im Einzelfall der abgeschlossene Raten- und Teilzahlungsvergleich entgeltlich oder unentgeltlich ist. Ausdrücklich hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, daß kein entgeltlicher Zahlungsaufschub nach § 1 Abs. 2 VerbrKrG vorliegt, wenn die Stundung eines bestehenden Kreditvertrages vereinbart wird, „und die Sätze der laufzeitabhängigen Kreditkosten nicht erhöht werden“⁵⁰. Dies deckt sich mit den Vorgaben der EG-Richtlinie vom 22. 12. 1986 (87/102/EWG), die in Art. 2 Abs. 1 c eine Ausnahme für die Kredite vorsieht, die „zins- und gebührenfrei gewährt“

36 BGH, BB 1994, 884

37 Im einzelnen *Graf von Westphalen/AGB-Klauselwerke Freizeichnungsklausel*, Rdnr. 22 ff. m. w. N.

38 BGH, ZIP 1993, 46.

39 *Graf von Westphalen/AGB-Klauselwerke* (Fn. 11), Rdnr. 73 ff., 91 ff.; im übrigen auch *Graf von Westphalen* (Fn. 11), Rbeistand 1989, 3, 5 ff.

40 *David* (Fn. 2), S. 59; *Graf von Westphalen*, Rbeistand 1989, 3, 7 f.

41 *Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler*, § 1 Rdnr. 10 ff.

42 *Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler* (Fn. 41), Rdnr. 10.

43 *Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler*, § 1 Rdnr. 109.

44 *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, § 1 VerbrKrG Rdnr. 44; *Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler*, § 1 Rdnr. 109.

45 *Palandt/Thomas*, § 779 Rdnr. 1.

46 *Bruchner/Ott/Wagner-Wieduwilt*, § 1 Rdnr. 42.

47 *Palandt/Heinrichs*, § 271 Rdnr. 12.

48 *Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler*, § 1 Rdnr. 116; *Münch-Komm./Ulmer*, VerbrKrG, § 1 Rdnr. 59.

49 *Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler*, § 1 Rdnr. 120 ff.; in der Sache auch *MünchKomm./Ulmer* (Fn. 48).

50 BT-Drucks. 11/5462 S. 20.

werden. Mit anderen Worten: Der Abschluß eines Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleichs ist immer ein entgeltlicher Zahlungsaufschub im Sinn von § 1 Abs. 2 VerbrKrG, wenn der Abschluß des Vergleichs – verglichen mit der vertraglichen Ausgangslage – für den Schuldner teurer geworden ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um ein laufzeitabhängiges oder um ein laufzeitunabhängiges – zusätzliches – Entgelt handelt, das der Schuldner für den Abschluß des Raten- oder Teilzahlungsvergleichs zu entrichten verpflichtet ist⁵¹.

Folglich kommt es nicht allein darauf an, ob das Inkassounternehmen – als Folge des abgeschlossenen Raten- oder Teilzahlungsvergleichs – Zinsen als laufzeitabhängiges Entgelt verlangt. Es reicht für § 1 Abs. 2 VerbrKrG aus, wenn eine zusätzliche Gebühr – etwa: eine Bearbeitungs- oder Vergleichsgebühr – erhoben wird^{51a}. Gleiches gilt dann, wenn – nach Einschaltung eines Rechtsanwalts – eine Vergleichsgebühr nach § 23 BRAGO dem Schuldner angelastet wird.

d) Nachgeben der Hauptforderung

Fraglich ist, ob § 1 Abs. 2 VerbrKrG auch dann eingreift, wenn sich die Hauptforderung gegen den Schuldner ermäßigt. In diesem Fall könnte man meinen, daß § 1 Abs. 2 VerbrKrG deswegen nicht anwendbar ist, weil der Abschluß des Vergleichs gemäß § 779 BGB für den Schuldner eine Wohltat darstellt. Doch ist diese Auslegung durch den Wortlaut von § 1 Abs. 2 VerbrKrG nicht gedeckt. Danach kommt es ausschließlich darauf an, ob der dem Schuldner gewährte Zahlungsaufschub – entsprechend den Vorgaben der EG-Richtlinie vom 22. 12. 1986 (87/102/EWG) – „zins- und gebührenfrei“ gestaltet ist. Dies wird auch durch den Schutzzweck der EG-Richtlinie abgesichert: Dieser stellt nämlich nicht darauf ab, ob die Gesamtbelastung aufgrund eines nach § 779 BGB abgeschlossenen Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleichs niedriger ist als die ursprüngliche Gegenleistungspflicht des Schuldners. Es findet also kein Gesamtvergleich der Belastungen vor oder nach Abschluß des Raten- oder Teilzahlungsvergleichs statt. Vielmehr wird isoliert danach gefragt, ob der Zahlungsaufschub im Sinn von § 1 Abs. 2 VerbrKrG seinerseits „entgeltlich“ ist, also eine irgendwie auf Geld gerichtete Gegenleistung des Schuldners umfaßt. Dies ist aber auch dann der Fall, wenn das Inkassounternehmen – in Vollmacht des Auftraggebers/Gläubigers handelnd – im Rahmen eines Raten- oder Teilzahlungsvergleichs nur marginal oder gar erheblich dem Schuldner entgegengekommen ist, sofern zum einen der zeitliche Ausnahmetatbestand von § 3 Abs. 1 Nr. 3 VerbrKrG überschritten wurde und zum anderen der Abschluß des Vergleichs ein eigenständiges Entgelt zum Gegenstand hatte.

2. Konsequenz:

Anwendung von § 4 Abs. 1 VerbrKrG

Geht man von dieser Interpretation des § 1 Abs. 2 VerbrKrG aus, so sind Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleiche, die zwischen Inkassounternehmen und den Schuldnern geschlossen werden, nur dann wirksam, wenn sie in schriftlicher Form abgefaßt sind und die Angaben enthalten, die § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 vorschreibt. Nach § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 a VerbrKrG ist also der Nettokreditbetrag anzugeben; insbesondere ist gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 b VerbrKrG der Gesamtbetrag aller vom Schuldner zur Tilgung des Kredits sowie zur Zahlung der Zinsen und sonstigen Kosten zu entrichtenden Teilzahlungen im Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleich aufzuführen. Mehr noch: Die Art und Weise der Rückzahlung ist als schriftliche Angabe gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 c geschuldet, und der Zinssatz und alle sonstigen Kosten des Zahlungsaufschubs – insbesondere also: die Kosten des Inkassounternehmens – sind gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 d VerbrKrG in die Urkunde aufzunehmen. Letztlich ist auch die Angabe des effektiven Jahreszinses gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 e VerbrKrG geschuldet.

Soweit zu sehen, mißachten bislang Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleiche, die von den Inkassounternehmen im Auftrag der Gläubiger abgeschlossen worden sind, diese zwingenden Wirksamkeitsvoraussetzungen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG.

3. Die Rechtsfolge des § 6 VerbrKrG

Vieles spricht daher dafür, in diesen Fällen die rigide Sanktionsfolge des § 6 Abs. 1 VerbrKrG eingreifen zu lassen. Fraglich ist allerdings, ob diese Rechtsfolge nicht durch § 6 Abs. 2 VerbrKrG modifiziert wird. Dies hängt – ungeachtet des konstatierten Mangels – im Sinn von § 6 Abs. 2 VerbrKrG entscheidend davon ab, ob man bei Abschluß eines (nichtigen) Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleichs davon ausgehen kann, daß der Schuldner – schon durch Abschluß des Vergleichs – den „Kredit in Anspruch“ genommen hat. Für gewöhnlich ist ein Kredit erst dann in Anspruch genommen, wenn der Verbraucher ganz oder teilweise von der Möglichkeit eines eingeräumten Kreditrahmens in der Weise Gebrauch gemacht hat, daß er hierüber Verfügungen getroffen hat⁵². Diese Auslegung ist jedoch unter Berücksichtigung von § 1 Abs. 2 VerbrKrG – bezogen auf das Kriterium des Zahlungsaufschubs – zu modifizieren: Wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt, wonach der Abschluß eines Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleichs grundsätzlich als Gewährung eines Zahlungsaufschubs im Sinn von § 1 Abs. 2 VerbrKrG zu interpretieren ist, so ist bereits die Gewährung des Zahlungsaufschubs ihrerseits „Inanspruchnahme“ des Kredits im Sinn von § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG. Es ist also nicht erforderlich, daß der Schuldner im Rahmen des abgeschlossenen Ratenzahlungs- oder Teilzahlungsvergleichs noch weitere Leistungen in Anspruch nimmt, um § 6 Abs. 2 Satz 1 VerbrKrG zur Anwendung zu berufen. Vielmehr liegt die Kreditgewährung bereits in der abgeschlossenen Stundungsvereinbarung, die jedem Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleich zugrunde liegt.

Daraus folgt: Die Sanktionsfolge eines Mangels im Sinn von § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 VerbrKrG führt dazu, daß sich der vom Schuldner zu zahlende Zins auf den gesetzlichen Zinssatz von 4 % p. a. ermäßigt, und daß die nicht angegebenen Gebühren/Kosten des Inkassounternehmens nicht geschuldet werden. Folglich sind die im Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleich enthaltenen Teilzahlungen – „unter Berücksichtigung der verminderten Zinsen oder Kosten“ – neu zu berechnen.

4. Widerrufsbelehrung

Folgt man der hier vertretenen Auffassung, daß ein zwischen dem Inkassounternehmen und dem Schuldner abgeschlossener Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleich ein entgeltlicher Zahlungsaufschub gemäß § 1 Abs. 2 VerbrKrG ist, so steht dem Schuldner/Verbraucher das Widerrufsrecht nach § 7 VerbrKrG zur Seite. Fehlt eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht gemäß § 7 Abs. 2 VerbrKrG, so gilt nach § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG, daß das Widerrufsrecht des Schuldners „erst nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung, spätestens jedoch ein Jahr nach Abgabe der auf den Abschluß des Kreditvertrages gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers“ erlischt. Folglich steht dem Schuldner die Möglichkeit offen, sich von Ratenzahlungs- und Teilzahlungsvergleich innerhalb einer Jahresfrist zu lösen, sofern das Inkassounternehmen es versäumt hat, eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung gemäß § 7 Abs. 2 VerbrKrG zu erteilen.

51 Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler, § 1 Rdnr. 123; Münch-Komm./Ulmer, § 1 Rdnr. 32 f.

51a Hierzu OLG Köln, BB 1994, 1166 – geringfügige Mehrkosten reichen aus.

52 Graf von Westphalen/Emmerich/Kessler, § 6 Rdnr. 15.