
Datum: 03.11.2000
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 89/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2000:1103.19U89.00.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 14 O 132/99

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 6. Januar 2000 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn - 14 O 132/99 - wird kostenpflichtig zurückgewiesen. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird gestattet, die Zwangsvollstreckung der Beklagten wegen ihrer aussergerichtlichen Kosten in beiden Instanzen durch Leistung einer Sicherheit in Höhe 13.000 DM abzuwenden, falls nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Sicherheit kann von beiden Parteien auch durch die selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden.

Tatbestand: 1

Die Klägerin begehrt mit der Klage die Bezahlung von Warenlieferungen der jetzt in Liquidation befindlichen Firma A.EDV-Handels GmbH (im Folgenden A.) an die Beklagte gemäß den Rechnungen vom 9., 15. und 17. Juni 1999 über insgesamt 107.346,40 DM. Die Rechnungen, denen Bestellungen vom gleichen Tage zugrunde lagen, enthielten - wie auch sämtliche früheren Rechnungen aus der seit Juli 1998 bestehenden Geschäftsbeziehung (vgl. Anlagen K 11) - den Hinweis: 2

"Unsere Forderungen sind im Rahmen eines Factoring Vertrages an die S.GmbH, S., Am H., übertragen. Zahlung kann mit schuldbefreiender Wirkung nur an diese oder auf deren Konten ... geleistet werden. 3

... 4

Zahlung: Factoring, zahlbar ohne Abzug innerhalb von 14 Tagen rein netto	5
Netto innerhalb von 14 Tagen, fällig am ..."	6
In § 7 des Factoring-Vertrages zwischen der Klägerin und der A.von 14./19. September 1995 heisst es:	7
" In Ausführung des Factoring-Vertrages tritt die AF (sic: A.) hierdurch alle unter § 1 fallenden Forderungen, die am Stichtag der Übernahme bestehen oder danach entstehen, an den Factor ab. Der Factor nimmt die Abtretung hierdurch an. Die Abtretung der Forderungen ist jeweils im Augenblick ihres Entstehens erfolgt; eines besonderen Übergangsaktes bedarf es nicht mehr."	8
Ferner heisst es in einem, der Beklagten nicht vorgelegten Abtretungsblankett vom 19. September 1995:	9
" Gemäß eines mit der Firma A... abgeschlossenen Factoring-Vertrages sind sämtliche gegenwärtigen und künftigen Forderungen und Leistungen gegen Sie im Wege der Abtretung auf die S.GmbH ... übertragen."	10
Die Beklagte verweigert die Bezahlung der Rechnungen und rechnet mit Gegenansprüchen gegen die A. auf. Sie hatte ihrerseits der A. in der Zeit zwischen dem 7. und 9. Juni 1999 Rechnungen über insgesamt 116.998,76 DM gestellt (GA 71) und in der Zeit vom 10. bis 14. Juni 1999 über weitere 124.986,32 DM (GA 72). Ausweislich der von der Klägerin als Anlage K 14 und K 15 überreichten Unterlagen waren auch diese Forderungen jeweils 14 Tage nach Rechnungsstellung fällig.	11
Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe durch den eindeutigen Hinweis auf allen früheren Rechnungen von der Vorausabtretung Kenntnis gehabt und müsse diese gegen sich gelten lassen. Sie habe in der Vergangenheit auch Zahlungen auf ein Konto der Klägerin geleistet.	12
Die Klägerin hat beantragt,	13
die Beklagte zu verurteilen, an sie 107.346,40 DM nebst 7,25 % Zinsen aus 31.134,40 DM seit dem 24. Juni 1999, aus 28.304,00 DM seit dem 30. Juni 1999, aus 47.908,00 DM seit dem 2. Juli 1999 sowie 90,00 DM vorgerichtliche Mahnkosten zu zahlen.	14
Die Beklagte hat beantragt,	15
die Klage abzuweisen.	16
Sie hat die Abtretung und das Vorliegen abtretbarer Ansprüche bestritten und behauptet, zwischen ihr und der A. sei ein Kontokorrentverhältnis vereinbart gewesen. Die Abtretung aller zukünftiger Forderungen an die Klägerin sei ihr nicht angezeigt worden. Die Klägerin könne wegen des Bestehens einer Aufrechnungslage ihre Forderung nicht durchsetzen. Ausserdem habe sie am 25. Mai 1999 mit der A. vereinbart, dass sie trotz Verschlechterung der Vermögenslage der A. an diese liefere, allerdings die Ansprüche mit Gegenansprüchen aus Rechnungen der A. verrechnen könne.	17
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Beklagte könne dem Anspruch der Klägerin ihre aufrechenbaren Forderungen aus den Rechnungen vom 7. bis 9. Juni 1999 gemäß § 404 BGB entgegensetzen. Dieses Recht entfalle nicht wegen § 406 BGB, da diese Regelung den	18

Schutz des § 404 BGB für den gutgläubigen Schuldner erweitere. Im übrigen sei die Kenntnis der Beklagten von der Vorausabtretung durch die Klägerin auch nicht dargelegt und bewiesen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung. Sie ist der Auffassung, das Landgericht habe den Anwendungsbereich der §§ 404, 406 BGB verkannt; der Beklagten sei die Aufrechnung wegen Kenntnis von der Vorausabtretung verwehrt. Nach dem Factoring-Vertrag sei die A. verpflichtet gewesen, ihr alle Forderungen zum Kauf anzubieten. Sie habe nicht individuellen Entscheidungen über den Ankauf der einzelnen Forderungen getroffen, sondern im Rahmen des vorgesehenen Kreditlimits nach dem "Siloprinzip" die einzelnen Forderungen nachrücken lassen. Die Beklagte habe im Rahmen der ständigen Geschäftsbeziehung zur A. durch den Hinweis auf sämtlichen Rechnungen seit dem 27. Juli 1998 positive Kenntnis von der Vorausabtretung gehabt und dementsprechend Zahlungen auf ein Konto der Klägerin geleistet. Es werde bestritten, dass zwischen der A. und der Beklagten eine Kontokorrentabrede getroffen worden sei. Eine solche Abrede sei im Verhältnis zur Klägerin wegen § 407 Abs. 1 BGB auch unwirksam.

Mit Ansprüchen aus der Rechnung 672463 vom 9. Juni 1999 über 31.399,46 DM könne die Beklagte ohnehin nicht aufrechnen, da diese Rechnung beglichen sei. Die Rechnungen der Beklagten vom 10. bis 14. Juni 1999 (GA 72) seien zu dem Zeitpunkt, als die Forderungen der A. bereits fällig gewesen seien, noch nicht fällig gewesen, so dass eine Aufrechnungslage nicht bestanden habe.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach den erstinstanzlichen Schlussanträgen zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte wiederholt ihren Vortrag, dass ihr die Vorausabtretung nicht bekannt gewesen sei. Der Hinweis auf den Rechnungen sei so zu verstehen gewesen, dass nur die konkrete Forderung übertragen worden sei. Auf eine Vorausabtretung sämtlicher Forderungen habe sie daher nicht schließen können. Der Factoring-Vertrag sehe nicht nur "echtes Factoring", also die Vollrechtsübertragung auf die Klägerin, vor, sondern auch, dass der Klägerin Ansprüche nur treuhänderisch zur Einziehung übertragen werden könnten.

Im übrigen sei zwischen ihr und der A. ein Kontokorrentverhältnis vereinbart gewesen. Ferner habe man am 25. Mai 1999 die ausdrückliche Absprache getroffen, dass alle Ansprüche aufgerechnet werden könnten. Die Beklagte meint, das Landgericht habe §§ 404, 406 BGB zutreffend angewendet. Auch § 11 Abs. 3 des Factoring-Vertrages spreche dafür, dass durch die Vorausabtretung die Aufrechnung mit Gegenforderung nicht ausgeschlossen sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze mit Anlagen Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

30

Der Klägerin steht die Kaufpreisforderung nach §§ 433 Abs. 2, 398 BGB nicht zu, weil die Forderung durch Aufrechnung der Beklagten mit Gegenforderungen nach §§ 387, 389, 404, 406 BGB erloschen ist.

1. 31

Gegen die Wirksamkeit der Abtretung der Ansprüche aus den Rechnungen vom 9., 15. und 17. Juni 1999 (GA 60ff.) auf Grund des zwischen der Klägerin und der A. geschlossenen Factoring-Vertrages bestehen allerdings keine Bedenken. Nach Ziffer 7 Nr. 1 des Vertrages hat die A. an die dies annehmende Klägerin alle bestehenden und "danach entstehenden", also zukünftigen Forderungen aus Warenlieferungen im Wege der Globalzession abgetreten. Dabei sollte die Abtretung mit dinglicher Wirkung jeweils im Zeitpunkt des Augenblicks des Entstehens der Forderungen erfolgen, ohne dass es eines besonderen Übertragungsaktes bedurfte. Dass es sich dabei um eine Vollabtretung handelte, ist jedenfalls auf Grund der Erklärungen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung, das Factoringgeschäft sei nach dem "Silo-Prinzip" gestaltet worden, nicht mehr zweifelhaft. Hieraus erklärt sich auch, dass in § 3 des Factoringvertrages Kauf und Einzug der Forderung alternativ genannt werden: 32

Im Rahmen ein- und desselben Factoringverhältnisses können sich echtes und unechtes Factoring mischen. Die Parteien des Factoringvertrages vereinbarten häufig für die einzelnen Drittschuldner nach entsprechender Bonitätsprüfung einen Höchstbetrag (Limit), bis zu dem der Factor das Risiko der Bonität des Drittschuldners übernimmt. Begleicht der Drittschuldner einzelne Forderungen aus dem das echte Factoring begrenzenden Limit, so werden die bisher dem unechten Factoring unterliegenden Forderungen unter Risikoübernahme des Factors in das echte einbezogen. Nach diesem Silo-Prinzip rückt eine zunächst nicht in das Limit passende angediente Forderung nach, sobald das Limit durch Zahlung des Drittschuldners wieder frei geworden ist (Martinek in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, Band II, 1997, § 102 Rdnr. 20). 33

Beim echten Factoring ist das der konkreten Forderungsübertragung zugrunde liegende Rechtsgeschäft nach herrschender Auffassung als Forderungskauf anzusehen, der dadurch zustande kommt, dass dem Factor von seinem Klienten eine konkrete Forderung - meist durch Zusendung einer Auftragsbestätigung oder einer Rechnungskopie - angeboten wird. Die Abtretung der Ansprüche gegen den Drittschuldner ist als Erfüllungsgeschäft des jeweiligen Kaufvertrages über die Einzelforderung anzusehen; die Globalzession steht dabei zumeist unter der aufschiebenden Bedingung der Annahme des Forderungskaufangebots durch den Factor (Martinek, aaO § 102 Rdnrn. 31f., 38, 40). 34

2. 35

Die Vorausabtretung bewirkte hier also, dass die Ansprüche der A. gegen die Beklagte frühestens mit der Rechnungsstellung, also am 9. Juni in Höhe von 31.134,40 DM, am 15. Juni in Höhe von 28.304,00 DM und 17. Juni 1999 in Höhe von 47.908,00 DM auf die Klägerin übergegangen sind. An diesen Tagen bestanden aber bereits Gegenforderungen der Beklagten, und zwar seit dem 7. Juni über 33.954,94 DM und 30.328,20 DM, seit dem 8. Juni 1999 über 21.316,16 DM und in der Zeit vom 10. bis 14. Juni 1999 über 124.986,32 DM. Diese Forderungen überstiegen die Ansprüche der A., ohne dass es auf die Frage ankommt, ob eine weitere Rechnung der Beklagten vom 9. Juni 1999 über 31.399,46 DM berücksichtigt werden muss, hinsichtlich derer die Klägerin den Erfüllungseinwand geltend gemacht hat (GA 197). 36

3. 37

Mit diesen Gegenforderungen hat die Beklagte gegenüber der Klägerin wirksam aufgerechnet (§§ 387, 389, 404, 406 BGB). Es kommt deshalb nicht darauf an, ob zwischen der Beklagten und der Zedentin eine Verrechnungsabrede im Sinne eines Kontokorrentverhältnisses getroffen oder der Beklagten im Mai 1999 ausdrücklich eine Aufrechnungsmöglichkeit eingeräumt worden ist, wobei ein bloßes Aufrechnungsverbot wegen § 354 a HGB die Wirksamkeit der Abtretung nicht berührt hätte. 38

a. 39

Nach § 404 BGB kann der Schuldner dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren. Dabei ist der Begriff der Einwendungen im weitesten Sinne zu verstehen. Die Einrede muss zu dieser Zeit nicht schon vollwirksam gewesen sein, aber in ihrer Grundlage bestanden haben. Das bedeutet nicht nur, dass dem Schuldner, der vor der Abtretung eine Forderung gegen den bisherigen Gläubiger erworben hat, eine schon vorhandene Aufrechnungsbefugnis erhalten bleibt, sondern auch die Rechtsstellung, die ihm ohne die Abtretung später einmal die Tilgung seiner Schuld durch Aufrechnung ermöglicht hätte (BGHZ 19, 153, 157; 58, 327, 329). Auch wenn die Gegenforderung, deren Grund schon vor der Abtretung gelegt war, erst nach der Abtretung, aber zumindest gleichzeitig mit der zedierten Forderung fällig wird, so ist die von vorneherein begründete Aussicht des Schuldners auf die Aufrechnung geschützt (BGHZ 58, 327, 332; Münchener Kommentar/Roth, BGB, 3. Aufl., § 406 Rdnr. 2). 40

b. 41

Für den Fall der Aufrechnung wird § 404 BGB durch § 406 BGB ergänzt, der den Schutz des Schuldners in zwei Fällen erweitert. Die erste Erweiterung liegt darin, dass der Schuldner mit einer Gegenforderung aufrechnen kann, die er zwar nach der Abtretung, aber vor Erlangung der Kenntnis von der Abtretung erworben hat. In diesem Fall hatte der Schuldner also im Zeitpunkt der Abtretung noch keine Rechtsstellung im Sinne von § 404 BGB erworben. Gleichwohl schützt ihn § 406 BGB, indem er auch mit einer später erworbenen Gegenforderung noch aufrechnen können soll, wenn er diese vor Erlangung der Kenntnis von der Abtretung erworben hat. 42

Die zweite Erweiterung liegt darin, dass die Gegenforderung dem Schuldner im Zeitpunkt der Abtretung nur zustehen muss, was mit dem Begriff der zur Zeit der Abtretung begründeten Einwendungen im Sinne des § 404 BGB korrespondiert (RGRK-Weber, BGB, 12. Aufl., § 406 Rdnr. 11). § 406 BGB stellt in dieser Fallvariante also klar, dass die Einwendungen, die in ihrer Grundlage bereits bestanden haben, erhalten bleiben, auch wenn sie zum Zeitpunkt der Abtretung noch nicht vollwirksam geworden sind. Hier kann der Schuldner mit seiner Forderung aufrechnen, wenn sie fällig geworden ist, bevor er von der Abtretung erfahren hat oder wenn er sie vor Erlangung der Kenntnis erworben hat und sie spätestens gleichzeitig mit der Abtretungsforderung fällig wird (RGRK/ Weber aaO § 406 Rdnr. 14). Im letzteren Fall schadet also - in konsequenter Fortführung von § 404 BGB - die Kenntnis von der Abtretung nach Erwerb der Forderung nicht, solange nicht die zedierte Forderung früher fällig wird. So liegt es hier: 43

Die Beklagte hat ihre Gegenforderungen jeweils vor dem Entstehen der Klageforderungen und damit auch vor Wirksamwerden der Abtretung erworben. Damit waren die Klageforderungen von vorneherein mit den Gegenforderungen "belastet", die Voraussetzungen des § 404 BGB lagen somit vor. Allerdings war mangels Fälligkeit der Gegenforderungen eine Aufrechnungslage noch nicht gegeben; auch fehlte es an einer 44

Aufrechnungserklärung. § 406 BGB erlaubt jedoch, wie dargestellt, die Aufrechnung mit einer noch nicht fälligen Gegenforderung, wenn die Fälligkeit zumindest gleichzeitig mit der zedierten Forderung eintritt. Das ist hier der Fall: Die Gegenforderungen der Beklagten wurden, wie sich aus den als Anlage K 14 und K 15 überreichten Zusammenstellungen ergibt, 14 Tage nach der Rechnungsstellung fällig. Gleiches gilt, wie die einzelnen Rechnungen der A. ausweisen, aber auch für die Forderungen der Klägerin. Das bedeutet, dass die Gegenforderungen der Beklagten jeweils vor den Klageforderungen fällig wurden mit der Folge, dass die bei dem Entstehen der Klageforderungen bereits begründete Aussicht auf die Aufrechnungslage durch §§ 404, 406 BGB geschützt wird. Als die erste Forderung der Klägerin über 31.134,40 DM am 23. Juni 1999 fällig wurde, hatte die Beklagte bereits fällige Gegenansprüche von 84.698,30 DM. Vor Fälligwerden der beiden weiteren Rechnungen der Klägerin am 29. Juni und 1. Juli 1999 hatte die Beklagte weitere fällige Gegenansprüche von jedenfalls 124.986,32 DM erworben.

c. 45

Dem Beklagten ist schließlich die Aufrechnungsmöglichkeit erhalten geblieben, obwohl er Kenntnis von der Vorausabtretung hatte. 46

aa. 47

Dass die A. der Klägerin ihre künftigen Forderungen gegen den Beklagten durch Globalzession im Jahre 1995 abgetreten und die Beklagte hiervon positive Kenntnis hatte, kann nach Auffassung des Senats nicht zweifelhaft sein. Die Globalabtretung an die Klägerin ergab sich für die Beklagte deutlich aus dem seit Juli 1998 angebrachten Hinweis auf den im Berufungsrechtzug vollständig vorgelegten Rechnungen der A. an die Beklagte. Zwar ist der Beklagten das Abtretungsblankett unstreitig nicht vorgelegt worden, aus dem sich die Vorausabtretung sämtlicher auch künftigen Forderungen eindeutig ergibt. Auch kann der Hinweis auf den Rechnungen, für sich allein betrachtet, so verstanden werden, dass sich die Formulierung "unsere Forderungen" nur auf die konkret berechneten Forderungen bezog. Bei verständiger Sicht konnte die Beklagte aber nicht annehmen, dass den Rechnungen stets eine auf die Einzelforderungen bezogene Abtretung zugrunde lag. Aus der Tatsache, dass es sich bei der Klägerin um ein Factoring-Unternehmen handelt, der üblichen, der Beklagten als Kaufmann sicherlich geläufigen Gestaltung solcher Factoringverträge durch Aufnahme einer Globalzession, der Zahlung der Rechnungen auf das Konto der Klägerin in Kenntnis der Abtretung und der Vielzahl der Rechnungen über einen Zeitraum von etwa einem Jahr mit einem Millionenumsatz musste die Beklagte vielmehr schließen, dass auch hier eine Globalzession, also eine Abtretung aller gegenwärtigen und künftigen Ansprüche der A. im Rahmen des dieser von der Klägerin gewährten Kreditrahmens vorlag. Dies ist als positive Kenntnis von der Vorausabtretung zu werten. 48

bb. 49

Diese Kenntnis von der Vorausabtretung hindert allerdings die Aufrechnung mit Gegenforderungen nicht. Denn die Kenntnis von der Vorausabtretung steht nach Auffassung des Senats der Kenntnis von der Abtretung nicht gleich. Vielmehr bleiben dem Schuldner alle Einwendungen erhalten, die er zum Zeitpunkt der Entstehung der zedierten Forderung hatte. Erst mit dem Ankauf der im voraus zedierten Forderung ist die Abtretung nämlich erfolgt. Mithin kann die Kenntnis des Schuldners von der Vorausabtretung auch erst zu diesem Zeitpunkt beachtlich werden. Dies entspricht der Regelung des § 404 BGB, die in § 406 BGB erweitert wird. Hingegen wäre, setzte man die Kenntnis von der Vorausabtretung der Kenntnis von der Abtretung gleich, der neue Gläubiger stets geschützt, auch wenn er nur 50

eine mit der Möglichkeit der Aufrechnung belastete Forderung erhalten hat.

Der Auffassung des Bundesgerichtshofs, bei Kenntnis von der Vorausabtretung bei Erwerb der Gegenforderung könne der Schuldner auf eine Aufrechnungsmöglichkeit nicht vertrauen, vermag der Senat nicht zu folgen. Der Bundesgerichtshof begründet seine Auslegung von § 406 BGB damit, dass die Vorschrift nach den Motiven zum BGB den Schutz des gutgläubigen Schuldners bezwecke und nicht auf den Zeitpunkt der Forderungsabtretung, sondern auf denjenigen der Kenntnis des Schuldners von der Abtretung im Zeitpunkt des Erwerbs seiner Forderung abstelle. Kenne der Schuldner die Abtretung oder werde seine Forderung später fällig als die abgetretene Forderung des Zedenten, so fehle es an einem schutzwürdigen Vertrauen des Schuldners (BGHZ 66, 385, 386f.; vgl. auch BGH WM 1982, 690, 691; vgl. auch Staudinger/ Busche, BGB, 1999, § 406 Rdnr. 28; RGRK/ Weber aaO § 404 Rdnr. 17)).

51

Diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs, mit der er sich der damaligen Mindermeinung angeschlossen hat, hat zahlreiche Gegenstimmen erfahren (vgl. die Zusammenstellung bei Serick, BB 1982, 873, 874 Fußnoten 11 bis 14; zweifelnd auch OLG Düsseldorf ZIP 1991, 1494, 1499). Auch der Senat vertritt die Auffassung, dass die Kenntnis von der Vorausabtretung der Kenntnis von der Abtretung im Sinne von § 406 BGB nicht gleichgesetzt werden kann.

52

(1)

53

Da die Aufrechnungslage oder die Aussicht hierauf durch §§ 404, 406 BGB geschützt wird, muss sich, wie dargelegt, der neue Gläubiger diese Einwendungen entgegenhalten lassen, ohne dass es zunächst auf die Kenntnis des Schuldners von der Vorausabtretung ankommt. Er erwirbt die im Voraus abgetretene Forderung erst mit ihrer Entstehung und dann "belastet" mit der Aufrechnungsmöglichkeit (vgl. hierzu Serick BB 1982, 873, 876). Dies hat auch der Bundesgerichtshof mehrfach entschieden (BGHZ 19, 153, 157; 58, 327, 329, 332: 63, 339, 342f.). § 406 BGB will die Rechte des gutgläubigen Schuldners gegenüber § 404 BGB erweitern (BGHZ 19, 153, 156; Denck DB 1977, 1494), nicht aber zu einer Verschlechterung der Rechtsstellung desjenigen führen, der von der Abtretung Kenntnis, aber bereits seinerseits eine zumindest gleichzeitig fällig werdende Forderung erworben hat. Den Fall der Vorausabtretung, also der Abtretung vor dem Entstehen der abgetretenen Forderung, haben die "Väter des BGB", worauf Serick (aaO S. 875) hinweist, nicht bedacht. Deshalb haben sie auch nicht den Fall der Abtretung einer erst zukünftigen Forderung in § 406 BGB als Einschränkung von § 404 BGB geregelt. Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass sie - in Abweichung von § 404 BGB - dem Zessionar einer erst künftig entstehenden Forderung eine bessere Rechtsposition allein durch die Anzeige der Vorausabtretung einräumen und damit dem Schuldner im Hinblick auf die erst künftig entstehende Forderung die - nach § 404 BGB geschützte - Aufrechnungsmöglichkeit nehmen wollten. Die Auffassung des Bundesgerichtshofs würde also zu einer aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift nicht begründbaren Einschränkung des § 404 BGB führen, indem der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes, den § 406 BGB zum Inhalt hat, zum Nachteil des Schuldners geriete. Er würde durch die Möglichkeit der Vorausabtretung in seinem nach § 404 BGB vorgesehenen Schutz beeinträchtigt (Denck aaO S. 1494f.).

54

(2)

55

Auch der Hinweis des Bundesgerichtshofs darauf, dass es dem Schuldner, der die Vorausabtretung kenne, freistehe, eine Verbindlichkeit nicht einzugehen, wenn es ihm auf die Aufrechnungsmöglichkeit ankomme, überzeugt nicht, wie Serick (aaO S. 877) im Einzelnen ausgeführt hat (vgl. auch Denck aaO S. 1496). Der Gedanke versagt beim Erwerb von

56

Gegenforderungen, die nicht auf rechtsgeschäftlichen Dispositionen des Schuldners beruhen, sondern von Gesetzes wegen, z.B. durch unerlaubte Handlungen des Zedenten, entstanden sind (Münchener Kommentar/ Roth aaO § 406 Rdnr. 17).

(3) 57

Auch aus dem Verhältnis von Vorauszession und Abtretungsverbot - letzteres setzt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegen eine zeitlich früher liegende Vorausabtretung durch, auch wenn der Schuldner bei der Ausschließungsabrede nicht gutgläubig war (BGH LM § 399 BGB Nr. 8; Ensthaler/Schmidt, GK-HGB, 6. Aufl., § 354a Rdnrn. 2ff.), - spricht gegen die Gleichsetzung von Abtretung und Vorausabtretung. Der Schuldner, der bei der Ausschließungsabrede die Vorausabtretung kennt, kann die Rechtsposition des Zessionars empfindlich beeinträchtigen. Zwar kann dieser gegen den Altgläubiger Schadensersatzansprüche wegen Verletzung der Abmachungen geltend machen, die der Vorausabtretung zugrunde lagen. Er trägt dann aber das Risiko der Insolvenz des Zedenten. Dies zeigt, dass die Rechtsposition beim Erwerb einer künftigen Forderung schwächer ist als beim Erwerb existenter Ansprüche. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum bei der Vorausabtretung, gegen die sich der kundige Schuldner sogar durch Vereinbarungen mit seinem bisherigen Gläubiger schützen kann, die Kenntnis hiervon dem Schuldner schaden soll (Denck aaO S. 1495). 58

Soweit der Gesetzgeber durch das DM-Bilanzgesetz-Änderungsgesetz vom 25. Juli 1994 (BGBl. 1994, 1682) zwecks erleichterter Finanzierung für kleinere und mittlere Unternehmen mit der Einführung des § 354 a HGB bei einem beiderseitigen Handelsgeschäft die Wirksamkeit der Abtretung trotz vereinbarten Abtretungsverbots nach § 399 Fall 2 BGB im Hinblick darauf angeordnet hat, dass die meisten großen einkaufenden Unternehmen ein solches Verbot mit ihren Lieferanten vereinbart hatten (Baumbach/Hopt, HGB, 29. Aufl., § 354 a Rdnr. 1), ändert dies an der Auslegung von §§ 404, 406 BGB nichts, sondern bestätigt sie. Wenn § 354 a Satz 2 HGB dem Schuldner gestattet, ungeachtet der Abtretung und deren etwaiger Kenntnis mit befreiender Wirkung auch an den Altgläubiger zu leisten, so läßt der Begriff "Leistung" nach allgemeiner Meinung verschiedene Leistungsarten, nicht nur die "Zahlung", sondern auch die Aufrechnung zu (Martinek aaO § 102 Rdnr. 132; Ruß in Heidelberger Kommentar zum HGB, 4. Aufl., § 354 a Rdnr. 4; Ensthaler/Schmidt aaO § 354a Rdnr. 10a). Damit zeigt sich aber, dass der Gesetzgeber im Fall der Aufrechnung das Risiko der Insolvenz des Zedenten dem Zessionar aufbürdet, dem - anders als bei Zahlung durch den Schuldner an den bisherigen Gläubiger - mangels unterscheidbaren Gegenstandes ein Ersatzaussonderungsrecht nach § 48 InsO nicht zusteht (Ensthaler/Schmidt aaO § 354a Rdnr. 12). Damit wird letztlich auch der Verwender von Abtretungsverboten geschützt, da seine Wahl der Zahlungsadresse nicht durch individualvertragliche oder AGB-formularmäßige Regelungen eingeschränkt werden kann (Martinek, § 102 Rdnr. 132). 59

(4) 60

Indem der Bundesgerichtshof die Kenntnis von der Vorausabtretung der Kenntnis im Sinne von § 406 BGB gleichgesetzt hat, hat er das Risiko der Insolvenz des Zedenten auf den Schuldner verlagert (vgl. Denck DB 1977, 1493). Dies kann nicht allein dadurch kompensiert werden, dass der Schuldner mit dem Altgläubiger, soweit ausserhalb der Regelung des § 354 a HGB noch zulässig, eine Ausschließungsabrede trifft. Eine solche werden viele Schuldner nicht oder nicht rechtzeitig durchsetzen können, zumal der Zedent einem solchen Anliegen mit Hinweis auf seine Schadensersatzpflicht gegenüber dem Zessionar entgegentreten kann. 61

(5) 62

Allein die Kenntnis von der Vorausabtretung bedeutet auch nicht, dass die Interessen des Schuldners weniger schutzwürdig wären als die des neuen Gläubigers, wie die Regelung des § 354a HGB zeigt. Der Schuldner kann unter Umständen viel weniger die wirtschaftlichen Risiken des Geschäftskontakts einschätzen als der Zessionar. Ihm steht es bei wirtschaftlicher Betrachtung gerade im Rahmen laufender Geschäftsbeziehungen häufig nicht frei, die Verbindlichkeit nicht einzugehen, wenn es ihm auf die Aufrechnungsmöglichkeit ankommt. Die Aufrechnungsmöglichkeit gewinnt im kaufmännischen Bereich häufig erst dann an Bedeutung, wenn der bisherige Gläubiger in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Hier liegt das Interesse des Schuldners auf der Hand, den Gläubiger seinerseits nur weiter zu beliefern, wenn ihm die Aufrechnungsmöglichkeit bleibt. Gelingt ihm eine Vereinbarung mit dem Zedenten über eine Verrechnung der Forderungen oder einen Abtretungsausschluss nicht, bleibt ihm nur der Abbruch der gegenseitigen Geschäftsbeziehung oder die Einstellung von Lieferungen an seinen Gläubiger, was u.U. den wirtschaftlichen Ruin beider Vertragsparteien bedeuten kann. Angesichts dieser Konstellation ist nicht einsehbar, warum das Interesse des Factoring-Unternehmens als Kreditgeber mehr Schutz verdient als die Situation des Vertragspartners und die zu seinen Gunsten bestehende Aufrechnungsmöglichkeit. Das Factoring-Unternehmen genießt den Schutz durch die üblicherweise vereinbarte Veritätshaftung (§ 11 Abs. 3 des Vertrages), die nur im Falle der Insolvenz versagt. Das Risiko der Insolvenz liegt bei ihm. Das erscheint keineswegs unbillig. Wenn die bisherigen Vertragsparteien durch eine einfache Vertragsabrede bewirken können, dass die dem Schuldner bekannte Vorausabtretung der Aufrechnung nicht entgegensteht bzw. wenn im Rahmen des § 354 a HGB Leistungen an den bisherigen Gläubiger ungeachtet der Abtretung erfolgen können, so besteht kein Grund, dem Schuldner den gesetzlichen Schutz des § 404 BGB zu versagen.

(6) 64

Dass nach Auffassung des Bundesgerichtshof die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung nicht stets die Aufrechnung nach § 406 BGB ausschließen muss, zeigt auch die Entscheidung BGHZ 63, 339 ff., in der es um die Aufrechnung mit einem Erstattungsanspruch nach § 110 HGB gegen den Anspruch auf die Pflichteinlage ging. Der Bundesgerichtshof hat in diesem - besonderen - Fall die Aufrechnung nicht an § 406 BGB scheitern lassen, obwohl die Gegenforderung zur Zeit der dem Schuldner bekannten Abtretung nicht einmal zur Entstehung gelangt war. Dabei hat er auf den Sinn der §§ 404, 406 BGB abgestellt, die dem Zweck dienen, den Schuldner durch eine Forderungsabtretung nicht zu benachteiligen, ihn also gegenüber dem neuen Gläubiger nicht ungünstiger zu stellen als er gegenüber dem alten stand. Mit der Abtretung habe die Klägerin nur eine mit der Aufrechnungsmöglichkeit des Beklagten "belastete" Forderung erworben; der Beklagte sei trotz der Kenntnis von der Abtretung entsprechend der ursprünglichen Rechtslage befugt geblieben, einen etwaigen Erstattungsanspruch der Klägerin entgegenzuhalten und ihr gegenüber aufzurechnen (BGH aaO S. 342ff.). Geht man von diesem Zweck des § 404 BGB aus, so bedeutet dies aber, dass dem Schuldner, der zur Zeit der Abtretung eine - wenn auch noch nicht fällige - Gegenforderung hatte, die Aufrechnungsmöglichkeit gemäß §§ 404, 406 BGB erhalten bleiben muss und ihm die Kenntnis von der Vorausabtretung ebenso wenig schaden kann (vgl. auch BGHZ 93, 71, 78; RGRK/ Weber, 12. Aufl. § 404 Rdnrn. 11, 15).

(7) 66

Schließlich ist zu bedenken, dass der maßgeblichen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 66, 384ff.) zugrunde liegende Sachverhalt die Besonderheit aufwies, dass die Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin und der Zedentin

identisch waren und das Interesse der Schuldnerin im dortigen konkreten Fall weniger schutzbedürftig schien. Davon unterscheidet sich der hier vorliegende Fall einer Globalzession im Rahmen eines Factoringverhältnisses; die Berücksichtigung dieser Interessenlage erfordert nach Auffassung des Senats eine abweichende Beurteilung, die sich für den vorliegenden Fall des beiderseitigen Handelsgeschäfts auch bereits aus § 354a HGB ergibt.

(8) 68

Schließlich hat der Bundesfinanzhof entschieden, der sinngemäßen Anwendung des § 406 BGB im Recht der Ausfuhrerstattungen und des Währungsausgleichs entspreche es, dass die Kenntnis von der Vorausabtretung einer Erstattungsforderung nicht wie die Kenntnis von der Abtretung behandelt werde (BFHE 144, 92ff.). Auch der Bundesfinanzhof hat sich - wenn es nach seiner Auffassung im Hinblick auf die Besonderheiten des öffentlichen Rechts einer abschließenden Auseinandersetzung mit der Streitfrage auch nicht bedurfte - kritisch mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Gleichstellung der Kenntnis der Vorausabtretung mit der Abtretung im Rahmen von § 406 BGB auseinandergesetzt und maßgeblich auf die Regelung des § 404 BGB abgestellt. 69

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 70

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 71

Streitwert für das Berufungsverfahren und Wert der Beschwerde der Klägerin: 107.346,40 DM. 72