

Für Sie gelesen . . .

Merkblatt - Hinweise zum Tatbestand des Factoring

(Stand: Januar 2009)

Bonn | Frankfurt a.M., den 5. Januar 2009

- I. Einführung
 - II. Factoring, regulatorisches Umfeld
 - III. Gesetzlicher Tatbestand des Factoring
 - 1. Ankauf von Forderungen
 - 2. „laufend, auf der Grundlage von Rahmenverträgen“
 - 3. Finanzierungsfunktion
 - IV. Abgrenzungsfragen
 - V. Konkurrenzverhältnis zum Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG)
 - VI. Erlaubnispflicht des Factoring
 - VII. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht
 - VIII. Entscheidung in Zweifelsfällen
 - IX. Hinweise und Anschriften
-

I. Einführung

Artikel 27 des Jahressteuergesetzes 2009 (JStG 2009) hat den Katalog der Finanzdienstleistungen in § 1 Abs. 1a Satz 2 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) um zwei Tatbestände ergänzt:

- den laufenden Ankauf von Forderungen auf der Grundlage von Rahmenverträgen mit oder ohne Rückgriff (Factoring) - § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG;
- den Abschluss von Finanzierungsleasingverträgen als Leasinggeber und die Verwaltung von Objektgesellschaften im Sinne von § 2 Absatz 6 Satz 1 Nr. 17 (Finanzierungsleasing) - § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG.

Ein Unternehmen, das eine oder beide Typen von Finanzdienstleistungen anbietet, ist gemäß § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG i.V.m. Satz 2 Nr. 9 bzw. 10 KWG materiell Finanzdienstleistungsinstitut, wenn es das Geschäft gewerbsmäßig oder (ggf. auch nur unter Berücksichtigung anderer Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen) in einem Umfang betreibt, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. In dem einen wie in dem anderen Fall steht die Tätigkeit unter Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG.

Das Jahressteuergesetz ist am 24.12.2008 im Bundesgesetzblatt verkündet worden (BGBl. I S. 2794). Die das KWG ergänzenden Bestimmungen sind am Tage nach der Verkündung in Kraft getreten.

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Den Zweck der Unteraufsichtstellung umreißt die amtliche Begründung wie folgt:

„Aufgrund der zentralen Funktion, die Finanzierungsleasing und Factoring bei der Finanzierung der deutschen Industrie und insbesondere bei der Finanzierung des Mittelstandes spielen, können Funktionsstörungen als Folge einer unsoliden Geschäftsführung schwere Schäden nicht nur im Kundenkreis der betreffenden Unternehmen, sondern auch in weiteren Teilen der Wirtschaft verursachen. Diese Gefahr rechtfertigt es, diese Unternehmen einer eingeschränkten Aufsicht zu unterstellen. Die Aufsicht ist zweckmäßigerweise bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht anzusiedeln, die als Allfinanzaufsichtsbehörde des Bundes bereits für die Lizenzierung und laufende Aufsicht über Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen, Kapitalanlagegesellschaften und Finanzdienstleistungsinstitute zuständig ist.“^[1]

Der Erlaubnis Antrag (bzw. das in der Übergangszeit an seine Stelle tretende Anzeigeverfahren nach § 64j KWG) ist an die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (**BaFin**) zu richten. Behördenintern liegt die Zuständigkeit bei der Abteilung GW. Die Tätigkeit darf erst aufgenommen werden, nachdem die Erlaubnis schriftlich vorliegt; abweichend wird für die Betreiber, die unter die Übergangsregelung des § 64j KWG fallen, die Erlaubnis mit dem Zugang der Anzeige nach § 64j Abs. 2 Satz 1 KWG bei der Behörde fingiert.^[2]

Im Zweifelsfall, ob ein Geschäft als Finanzdienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 oder 10 KWG einzustufen ist und unter den Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG fällt, entscheidet innerhalb der Behörde die Abteilung Q 3. Solche Fragen sind zweckmäßigerweise direkt an die Abteilung Q 3 zu richten; alternativ lässt sich die Klärung auch über die regional zuständige Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank herbeiführen. Die BaFin arbeitet bei der Aufsicht über Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute mit der Deutschen Bundesbank zusammen. Die Anschriften der regional zuständigen Hauptverwaltungen finden sich am Ende dieses Merkblatts.

Die Abteilung Q 3 ist auch für die polizeirechtliche Verfolgung unerlaubter Factoring- und Leasinggeschäfte zuständig. Entsprechende Anzeigen werden zweckmäßigerweise direkt an die Abteilung Q 3 oder an die regional (Geschäftsadresse des Betreibers der unerlaubten Geschäfte!) zuständige Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank gerichtet.

Innerhalb der Abteilung Q 3 richtet sich die Zuständigkeit bei Betreibern, die ihren Geschäftssitz im Inland haben oder das Geschäft im Inland über eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung betreiben, nach dem Bundesland, in dem sich der Geschäftssitz oder die Zweigniederlassung befindet:

Q 32: Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein, Bremen, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Berlin und Brandenburg

Q 33: Nordrhein-Westfalen, Hessen, Thüringen und Sachsen

Q 34: Rheinland-Pfalz, Saarland, Baden-Württemberg und Bayern

II. Factoring, regulatorisches Umfeld

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Gegenstand dieses Merkblatts ist das **Factoring**.

Factoring ist der laufende Ankauf von Forderungen aus Lieferungen oder Leistungen des Factoringkunden (= „Anschlusskunden“ oder „Verkäufers“) durch den Factor („Käufer“) nach Maßgabe eines Rahmenvertrags. Je nach vertraglicher Ausgestaltung kann der Anschlusskunde dabei dem Factor die gesamte Debitorenbuchhaltung, einschließlich des Inkasso- und Mahnwesens und des gerichtlichen Forderungseinzugs, übertragen. Je nach vertraglicher Ausgestaltung können dem Factoring folgende Funktionen zukommen:

- Finanzierungsfunktion (Ankauf und Kreditierung der Forderungen);
- Dienstleistungsfunktion (Übernahme der Debitorenverwaltung);
- Delkrederefunktion (Übernahme des Adressenausfallrisikos).

Der Rahmenvertrag kann vorsehen, dass der Anschlusskunde dem Factor sämtliche Forderungen, die nach bestimmten Kriterien in der Person des Anschlusskunden entstehen, zum Kauf anzubieten hat; der Rahmenvertrag regelt, unter welchen Voraussetzungen der Factor ein Angebot im Einzelfall zurückweisen darf. Für die Verität, den rechtlichen Bestand, der im Einzelnen veräußerten Forderung steht der Anschlusskunde dem Factor in jedem Fall ein.

Beim sog. echten Factoring („non-recourse-factoring“) kauft der Factor die Forderungen des Anschlusskunden endgültig an, er übernimmt mit dem Abschluss des Kaufvertrags das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners der verkauften Forderung (Delkrederefunktion). Der Anschlusskunde darf den Gegenwert, den der Factor für die angekauften Forderungen zahlt, endgültig - ohne die Möglichkeit der Rückbelastung - behalten und kann so aus diesem Erlös seine Vorbehaltslieferanten so befriedigen, wie wenn er die an den Factor verkauften Forderungen selbst bereits eingezogen hätte; der Verkäufer haftet nur für die Verität, den rechtlichen Bestand der Forderung. Das echte Factoring folgt der für das Kaufrecht typischen Risikoverteilung; folgerichtig gilt zivilrechtlich für das echte Factoring Kaufrecht.

Die Delkrederefunktion hebt das echte Factoring aus dem Darlehensrecht und damit auch – auch ohne die neue Spezialregelung unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG - aus dem Kreditgeschäftstatbestand des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG. Das gilt auch bei eingeschränkter Dienstleistungsfunktion, wenn z. B. die Debitorenbuchhaltung einschließlich Inkasso- und Mahnwesen und gerichtlichem Forderungseinzug bei dem Anschlussunternehmen bleiben (sog. Eigenservice- oder Inhousefactoring in Abgrenzung zum Standardfactoring, das aus der Perspektive des Anschlusskunden die Finanzierungs-, die Dienstleistungs- und die Delkrederefunktion in sich vereint).

Beim „unechten Factoring“ („recourse factoring“) behält sich der Factor vor, bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (Debitor) die Forderung dem Anschlusskunden rückzubelasten. Zivilrechtlich wird die Forderung nur erfüllungshalber (vgl. § 364 Abs. 2 BGB) auf den Factor übertragen; solche Verträge sind nach höchstrichterlich gefestigter Rechtsprechung zivilrechtlich nicht als Kauf, sondern als Darlehen zu werten

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Der Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG fällt mit dem Geschäftsgegenstand zusammen, der unter § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KWG definiert ist; er ist mathematisch ausgedrückt eine echte Teilmenge. Die Regelung in § 1 Abs. 3 KWG ist subsidiär. Sie fungiert als Auffangtatbestand; im Rahmen der laufenden Institutsaufsicht kommt ihr eine wichtige Funktion im Rahmen der bankaufsichtsrechtlichen Konsolidierung zu.

III. Gesetzlicher Tatbestand des Factoring

Der Finanzdienstleistungstatbestand „Factoring“ setzt voraus:

1. den „Ankauf“ von Forderungen;
2. laufend, auf der Grundlage von Rahmenverträgen;
3. Finanzierungsfunktion.

1. Ankauf von Forderungen

Gegenstand des Factoring sind typischerweise Geldforderungen. Der gesetzliche Tatbestand nimmt hinsichtlich des Forderungsgegenstandes jedoch keine Einschränkung vor. In Betracht kommt auch jede andere geldwerte Forderung, die sachlich Gegenstand von Rahmenverträgen sein kann. Die Forderung, die Gegenstand des „Ankaufs“ ist, kann ihrerseits auf einem Rechtsgeschäft beruhen; sie mag sich aber auch aus jedem anderen Rechtsgrund (e. g. Schadenersatz, ungerechtfertigte Bereicherung) ergeben. Das Gesetz hält sich an dieser Stelle bewusst offen.

„Ankauf“ ist jeder schuldrechtliche Vertrag, unabhängig davon, ob der Vertrag deutschem Recht oder einem ausländischen Schuldrechtsstatut unterstellt wird, der auf den Erwerb der Forderung gerichtet ist. Der „Ankauf“ kann ein Kaufvertrag sein, die Praxis spricht dann von einem echten Factoring, für das charakteristisch ist, dass der Verkäufer (Zedent/Anschlusskunde) nur für den rechtlichen Bestand der Forderung, nicht jedoch für die Bonität des Forderungsschuldners haftet; das Delkredere- oder Forderungsausfallrisiko trägt der Käufer. Behält sich der „Käufer“ den Rückgriff auch bei mangelhafter Bonität des Forderungsschuldners vor, die Praxis spricht dann von einem unechten Factoring, liegt zivilrechtlich ein Darlehensvertrag vor. Gerade auch dieser Fall des „Ankaufs“, der in der geschäftlichen Praxis trotz diverser Probleme, die die Anwendung des Darlehensrechts für den Factor nach sich zieht, eine nicht unerhebliche Bedeutung hat, sollte nach dem Willen des Gesetzgebers unter den neuen Tatbestand fallen. Hierzu führt die amtliche Begründung aus:

„Die Wahrnehmung der Finanzierungsfunktion rechtfertigt es, Factoringunternehmen gleichermaßen unter die Regelung des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG zu ziehen, ob sie nun neben der Finanzierungsfunktion auch die Delkrederefunktion übernehmen (sog. „echtes Factoring“) oder nicht (sog. „unechtes Factoring“).“^[3]

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Unter den „Ankauf“ können schließlich auch andere Vertragstypen fallen, die in der Praxis bislang soweit ersichtlich keine Rolle gespielt haben, solange dem Geschäft nur eine wie auch immer geartete Finanzierungsfunktion zukommt.

Das Vertragsverhältnis zwischen Kreditkartenunternehmen und Vertragsunternehmen, das der BGH nicht als Forderungskauf, sondern als abstraktes Schuldversprechen qualifiziert^[4], fällt nicht unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG; es fehlt insoweit bereits auch im weitesten Sinne an einem „Ankauf“ wie er eingangs definiert worden ist.

2. „laufend, auf der Grundlage von Rahmenverträgen“

Nicht jeder „Ankauf“ von Forderungen ist Factoring. Zwischen „Käufer“ und „Verkäufer“ muss eine laufende Geschäftsbeziehung bestehen, in deren Rahmen der „Käufer“ (Factor) immer wieder Forderungen „ankauft“. Der erstmalige Aufkauf eines Forderungsbestandes begründet danach nur dann den Tatbestand des Factoring, wenn die Parteien weitere Geschäfte dieser Art vorhaben. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn dieses Vorhaben vertraglich festgehalten ist.

Darüber hinaus muss diesen Geschäften eine Rahmenvereinbarung zugrunde liegen, die nicht notwendigerweise schriftlich zu fixieren ist. Es genügt, dass insoweit eine ggf. auch nur konkludent geschlossene Rahmenvereinbarung besteht, die über den „Ankauf“ des einzelnen Forderungsbestandes hinaus Gültigkeit haben soll.

Die Parteien haben es so bei echten Kaufverträgen (mit Übernahme des Delkredererisikos durch den Ankäufer) in der Hand, die Qualifikation des Geschäfts als Factoring im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG auszuschließen, indem sie eine über eine den „Ankauf“ des einzelnen Forderungsbestandes hinausgehende Rahmenvereinbarung explizit ausschließen und die „Rahmenbedingungen“ für jeden „Ankauftermin“ neu aushandeln. Dieser Ausweg besteht dagegen nicht, wenn sich der „Käufer“ wie beim sogenannten unechten Factoring den Rückgriff auch für den Fall mangelhafter Bonität des Forderungsschuldners vorbehält und der Vertrag zivilrechtlich folgerichtig Darlehensrecht zu unterstellen ist; vielmehr lebt dann der Tatbestand des Kreditgeschäfts (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG) wieder auf, der hinter den neuen Tatbestand des Factoring grundsätzlich zurücktritt.^[5]

3. Finanzierungsfunktion

Die Geschäfte, die in der geschäftlichen Praxis bislang als Factoring verstanden worden sind, werden im Regelfall auch unter den Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG fallen.

Voraussetzung ist nach dem gesetzlichen Zweck jedoch, dass dem Geschäft eine wie auch immer geartete Finanzierungsfunktion zukommt: Mit dem Verkauf der Forderungen fließt dem Anschlusskunden, typischerweise ein kleines oder mittelständisches Unternehmen mit einem erheblichen Anteil von Außenständen an der Bilanzsumme, der Barerlös noch vor der Fälligkeit der veräußerten Forderung zu und erspart ihm die Aufnahme eines Bankkredits für Investitionen oder die Bezahlung von Rechnungen. Fehlt die Finanzierungsfunktion gänzlich, wie grundsätzlich beim Fälligkeitsfactoring, so ist der

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmung nicht einschlägig. Dazu die amtliche Begründung:

„Beim sog. Fälligkeitsfactoring übernimmt der Factor zwar die Dienstleistungs- und Delkrederefunktion, die Finanzierungsfunktion fällt indessen teilweise oder ganz weg. Fällt die Finanzierungsfunktion ganz weg, so ist nach Sinn und Zweck der Bestimmung auch der § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG nicht einschlägig.“^[6]

Die amtliche Begründung betont unterdessen ausdrücklich, dass die Finanzierungsfunktion ganz wegfallen müsse, damit der Tatbestand nach Sinn und Zweck der Bestimmung nicht einschlägig sei. So gibt es keinen Grund, den laufenden „Ankauf“ von Rücklastschriften und sonstigen fälligen Forderungen unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Finanzierungsfunktion aus dem Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG zu nehmen, wenn der Händler oder Anschlusskunde für die Bonität der Debitoren einzustehen hat.

Allein bei regresslosem Ankauf fälliger Forderungen, zivilrechtlich Kaufvertrag im Sinne der §§ 433 ff. BGB, fehlt hingegen die Finanzierungsfunktion, die es sachlich rechtfertigte, das Factoring in die Nähe der Bankgeschäfte zu rücken. Der Gesetzgeber hat insoweit klar entschieden, dass diese Fälle des echten Factoring nicht unter den § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG fallen; Geschäfte dieser Art haben nicht mehr an „Finanzierungsfunktion“ als jeder andere Kauf auch.

Beispiel Rücklastschriftgeschäft

Einzelne Geschäftsbesorger haben sich darauf spezialisiert, auf der Grundlage von Rahmenverträgen Einzelhändlern die „Forderungen aus Rücklastschriften“^[7] abzukaufen. Der Geschäftsbesorger, der oft, aber nicht notwendig auch der Netzbetreiber ist, kauft die an sich fälligen, jedoch gestörten Forderungen an und zahlt den Händler direkt aus. Das Risiko mangelhafter Bonität des Kunden übernimmt üblicherweise der Geschäftsbesorger, so dass in diesen oder vergleichbaren Fällen des (grundsätzlich) regresslosen Forderungsankaufs eher ein Zahlungsersatzinstrument, ähnlich einer Kreditkartenzahlung, zu sehen ist und keine Finanzierung des Händlers. Allein wenn die Berechtigung der Forderung selbst (zwischen dem Händler und seinem Kunden, dem Forderungsschuldner, sog. „Veritätsrisiko“) im Streit ist, dann ist nach dem Geschäftsbesorgungsvertrag der Streit auch zwischen dem Händler und seinem Kunden zu klären und hat der Händler den Kaufpreis (für die Forderung) an den Geschäftsbesorger zurück zu überweisen.

Diese Art von Geschäftsbesorgung fällt nicht unter den Tatbestand des Factoring im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG.

Anders jedoch, wenn der Verkäufer noch vor der Zession die an sich fällige Forderung gestundet oder mit dem Forderungsschuldner ein Vollstreckungs-Stillhalteabkommen geschlossen hat; in beiden Fällen hat der Ankauf trotz formaler Fälligkeit der angekauften Forderung eine Finanzierungsfunktion.

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Dem regresslosen Ankauf von fälligen Forderungen steht gleich, wenn noch nicht fällige Forderungen angekauft werden, der Kaufpreis aber erst mit oder nach der Fälligkeit der verkauften Forderungen fällig werden soll.

IV. Abgrenzungsfragen

Der neue Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG bildet im Wesentlichen die Geschäftsformen ab, die in der geschäftlichen Praxis unter Factoring verstanden werden. Der Tatbestand erfasst die offene Abtretung, bei der der Forderungsschuldner (Debitor) über die Abtretung in Kenntnis gesetzt wird (offenes Factoring), die stille Abtretung, bei der der Forderungsschuldner nicht informiert wird (stilles Factoring) sowie alle möglichen Zwischenformen (halb-offenes Factoring).

Typischerweise kauft der Factor ganze Forderungsbestände auf. Es sind aber auch Dienstleister auf dem Markt, die ihren Kunden ermöglichen, durch den Verkauf einzelner Forderungen ihren kurzfristigen Kapitalbedarf abzudecken. Auch so ein „Einzelfactoring“ fällt unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG. Die entscheidende Tatbestandsfilterfunktion liegt auch hier auf dem Merkmal des **laufenden** Ankaufs **auf der Grundlage von Rahmenverträgen**. Wird eine solche Rahmenvereinbarung nicht geschlossen, etwa da der Ankäufer gar nicht daran denkt, diesem Kunden weitere Finanzierungen dieser Art anzubieten, oder sie auch nur von Fall zu Fall erwägen will, ist das Geschäft nicht als Factoring im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG zu qualifizieren.

Beim **Mietfactoring** gewährt der Factor seinem Anschlusskunden die Möglichkeit, ihm unter bestimmten Bedingungen rückständige Mietforderungen abzutreten. Da die Mietforderungen fällig sind, handelt es sich um einen Unterfall des Fälligkeitsfactoring, der nicht unter § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG fällt, wenn der Factor mit dem Ankauf das Delkredererisiko übernimmt.

Typischerweise ist Factoring eine Sache zwischen Factor/Zessionar und Anschlusskunde/Lieferant/Zedent; die beiden schließen einen Rahmenvertrag, auf dessen Grundlage der Factor dann bestimmte Forderungen des Anschlusskunden laufend ankauft und ihm so seine Forderungen gegenüber den Abnehmern/Debitoren vorfinanziert. Der gesetzliche Tatbestand setzt indessen jedoch nur voraus, dass ein Rahmenvertrag geschlossen wird. Er lässt offen, wer Partei der Rahmenvereinbarung wird, und bezieht so auch das sog. **Reverse-Factoring** mit ein, bei dem die Initiative bei dem Abnehmer liegt, der sich in den Genuss längerer Zahlungsziele bringt, indem er mit dem Factor eine Rahmenvereinbarung schließt, die diesen verpflichtet, die Forderungen eines bestimmten Lieferanten vorzufinanzieren. Diese Rahmenvereinbarung genügt für die Zwecke des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG. In der Regel werden der Factor und der Lieferant jedoch auch dann noch eine ergänzende Rahmenvereinbarung schließen, die nur die Forderungen an diesen Abnehmer umfasst, so dass dem Tatbestandsmerkmal „auf der Grundlage von Rahmenverträgen“ gleich zweifach genügt sein wird.

Zweckgesellschaften im Sinne des § 1 Abs. 26 KWG mussten vom Anwendungsbereich des Factoring nicht gesondert ausgenommen werden. Durch die Bezugnahme auf den Factoringbegriff ist klargestellt,

Für Sie gelesen ◦ Ihre **atevis** Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

dass grundsätzlich nur der laufende Ankauf von Forderungen aufgrund einer Rahmenvereinbarung den Tatbestand erfüllen kann. Dies ist bei Zweckgesellschaften typischerweise gerade nicht der Fall. Auch Forderungskäufe durch Zweckgesellschaften im Rahmen sog. revolvingender ABS-Transaktionen werden von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG nicht erfasst.^[8]

V. Konkurrenzverhältnis zum Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG)

Der „Ankauf“ von Forderungen ohne Übernahme des Delkredererisikos unterfällt zivilrechtlich grundsätzlich Darlehensrecht (§§ 488 ff. BGB) und ist folgerichtig grundsätzlich als Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG einzustufen. Erfüllt diese Art von „Ankauf“ jedoch die Voraussetzungen, um als Factoring-Finanzdienstleistung im Sinne von § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG qualifiziert zu werden, so geht dieser Tatbestand entgegen der Grundregel in § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG, die grundsätzlich den Vorrang des Bankgeschäfts statuiert, vor. Hierzu die amtliche Begründung im Regierungsentwurf:

„Unbeschadet der zivilrechtlichen Einordnung des unechten Factoring als Darlehen im Sinne des § 488 BGB soll auf dieses Geschäft der Tatbestand des Kreditgeschäfts des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG entgegen seinem Wortlaut nicht zur Anwendung kommen. In Durchbrechung des in § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG grundsätzlich verankerten Prinzips des Vorrangs des Bankgeschäfts soll das Factoring in dem neuen § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG als Finanzdienstleistungstatbestand abschließend geregelt werden.“

Auch das Unternehmen, welches das unechte Factoring betreibt, ist deswegen nicht Kreditinstitut, sondern nur Finanzdienstleistungsinstitut, das unter die erleichterten Aufsichtsanforderungen nach § 2 Abs. 7 Satz 2 KWG fällt.

VI. Erlaubnispflicht des Factoring

Nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG bedarf der schriftlichen Erlaubnis der BaFin, wer im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will^[9]. Die Erfüllung einer Alternative genügt, um die Erlaubnispflicht des Geschäfts zu begründen. Auf die Rechtsform des Unternehmens (natürliche Person, Personengesellschaft, juristische Person) kommt es dabei nicht an.

Bank- und Finanzdienstleistungsgeschäfte werden, auch wenn der Umfang dieser Geschäfte objektiv keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, gewerbsmäßig betrieben, wenn der Betrieb auf eine gewisse Dauer angelegt ist und der Betreiber ihn mit der Absicht der Gewinnerzielung verfolgt.

Alternativ gilt das Kriterium des Erfordernisses eines in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebs. Hierbei ist es unerheblich, ob tatsächlich ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb geführt wird. Maßgebend ist allein, ob für den Betrieb der Geschäfte nach der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung die Einrichtung eines solchen Betriebs objektiv erforderlich ist.

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Dies ist im Einzelfall zu bestimmen und kann sich beim gleichzeitigen Betreiben mehrerer Bank-/Finanzdienstleistungsgeschäfte auch bei einem vergleichsweise geringen Geschäftsumfang ergeben.

Es spielt danach keine Rolle, wie das Verhältnis des Finanzdienstleistungsbereichs eines Unternehmens zu seinem Nichtfinanzdienstleistungsbereich ist. Losgelöst von seiner relativen Größe genügt, dass der Finanzdienstleistungsbereich (einschließlich eventueller Bankgeschäfte) für sich genommen so groß ist, dass er objektiv einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderlich macht, oder dass auch nur einige wenige Geschäfte, die unter einen Finanzdienstleistungs- oder Bankgeschäftstatbestand fallen, als gewerbsmäßig einzustufen sind.

Unter den Erlaubnisvorbehalt nach § 32 Abs. 1 KWG fällt das Geschäft nur, wenn es (auch) im Inland betrieben wird. Dazu muss der Betreiber nicht hierzulande seinen Geschäftssitz haben oder eine rechtlich unselbständige Zweigniederlassung errichten, von der aus er die Geschäfte betreibt. Der erforderliche Inlandsbezug besteht bereits, wenn sich das Angebot aus dem Ausland auch und gerade an Personen richtet, die ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland haben. Nähere Hinweise gibt das Merkblatt „Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen“. Der erforderliche Inlandsbezug besteht auch, wenn aus dem Inland heraus die Geschäfte gezielt nur mit Nicht-Gebietsansässigen betrieben werden.

VII. Ausnahmen von der Erlaubnispflicht

- Bereichsausnahmen (§ 2 Abs. 6 KWG)

Wenn eine der in § 2 Abs. 6 KWG abschließend aufgeführten Bereichsausnahmen einschlägig ist, gilt das betroffene Unternehmen nicht als Finanzdienstleistungsinstitut im Sinne des KWG und unterliegt dann auch nicht dem Erlaubnisvorbehalt des § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG, der wenn auch regelungstechnisch nicht sauber verfügt, doch nach Sinn und Zweck an die Institutseigenschaft des ggf. erlaubnispflichtigen Unternehmens anknüpft. Die Bereichsausnahmen des § 2 Abs. 6 KWG greifen kraft Gesetzes, einer Bestätigung durch die BaFin im konkreten Einzelfall bedürfen sie nicht, so dass die Auskunft der Behörde nur in Zweifelsfällen eingeholt werden muss.

- der Europäische Pass (§ 53b KWG)

Dem Erlaubnisvorbehalt unterfallen auch nicht Institute mit Sitz in einem anderen Staat des Europäischen Wirtschaftsraums, die unter die Regelung des sog. Europäischen Passes fallen. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich im KWG unter § 53b, hier insbesondere unter den Absätzen 1 und 7. Unter die Regelung des sog. Europäischen Passes, der vornehmlich die Prinzipien der EWR-weiten Gültigkeit der Zulassung durch die Herkunftsstaatsbehörde und die gegenseitige Anerkennung der Herkunftsstaatsaufsicht für grenzüberschreitende Bank- oder Wertpapierdienstleistungen im Wege der Errichtung einer rechtlich unselbständigen Zweigniederlassung in dem anderen Mitgliedstaat oder Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs statuiert, fallen vornehmlich Einlagenkreditinstitute und Wertpapierhandelsunternehmen. Durch eine entsprechende Ausdehnung des § 53b Abs. 7 Satz 1 KWG kommen jetzt in den Genuss dieser Bestimmung grundsätzlich auch Factoring- und

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Finanzierungsleasingunternehmen aus anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums, wenn sie die weiteren Voraussetzungen des § 53b Abs. 7 KWG erfüllen.

- Einzelfreistellungen nach § 2 Abs. 4 KWG

Nach § 2 Abs. 4 KWG kann die BaFin ein Unternehmen, unabhängig davon, ob es seinen Sitz im Inland oder Ausland hat, von den Vorschriften der §§ 2c, 10 bis 18, 24, 24a, 25 bis 38, 45, 46 bis 46c und 51 Abs. 1 KWG insgesamt freistellen, solange das Unternehmen wegen der Art der von ihm betriebenen Geschäfte insoweit der Aufsicht nicht bedarf. Nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers sind Factoring- und Finanzierungsleasinggeschäfte grundsätzlich aufsichtsbedürftig. Eine Freistellung wird also nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht kommen.

In jedem Fall sollte ein Unternehmen, das das Factoring- oder Finanzierungsleasing im Inland, sei es auch nur aus dem Ausland heraus, bereits betreibt, von der Übergangsregelung des § 64j Abs. 2 KWG Gebrauch machen und die erforderliche Anzeige in der vorgegebenen Frist erstatten, um eine eventuell mögliche Freistellungslösung nicht zu kompromittieren und sich nicht einer eventuellen Strafbarkeit nach § 54 KWG auszusetzen, wenn es diese Geschäfte nicht bis zur Entscheidung über den Freistellungsantrag einstellen möchte.

Die Freistellung wird nur widerruflich erteilt.

Die Bearbeitung des Freistellungsantrags ist gebührenpflichtig.

Eine Freistellung nach § 2 Abs. 4 KWG umfasst nicht gleichzeitig die Freistellung von den Vorschriften des Geldwäschegesetzes. Hierfür ist ein gesonderter Antrag zu stellen, dessen Entscheidung sich an den Kriterien des Art. 4 der EG-Richtlinie 2006/70/EG vom 01. August 2006 zu orientieren hat.

VIII. Entscheidung in Zweifelsfällen

Die BaFin entscheidet nach § 4 KWG in Zweifelsfällen darüber, ob die jeweilige Tätigkeit den Vorschriften des KWG unterliegt; die Entscheidung bindet die anderen Behörden. Verbindliche Aussagen erfolgen ausschließlich schriftlich, sei es im Wege einer einfachen Auskunft oder sei es, auf entsprechenden Antrag des Unternehmens, förmlich durch Verwaltungsakt.

Gegen die förmliche Entscheidung durch Verwaltungsakt sind die üblichen Rechtsbehelfe gegeben.

IX. Hinweise und Anschriften

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

Dieses Merkblatt enthält grundlegende Informationen zum Tatbestand des Factoring. Es erhebt keinen Anspruch auf eine erschöpfende Darstellung aller den Tatbestand betreffenden Fragen und ersetzt insbesondere nicht die einzelfallbezogene Erlaubnisanfrage an die BaFin oder zuständige Hauptverwaltung der Deutschen Bundesbank.

Für eine abschließende Beurteilung möglicher Erlaubnispflichten im Einzelfall wird eine vollständige Dokumentation der vertraglichen Vereinbarungen, die dem Betreiben des Factoring zugrunde liegen, benötigt. Hinsichtlich aller Angaben sind die Bediensteten der BaFin und der Deutschen Bundesbank zur Verschwiegenheit verpflichtet (§ 9 KWG).

Ob ein Unternehmen der Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG unterliegt, entscheidet in Zweifelsfällen die

**Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Abteilung Q 3**

**Graurheindorfer Straße 108
53117 Bonn**

Telefon: +49 (0) 228 / 4108 - 0

Fax: + 49 (0)228 4108-1550

E-Mail: poststelle@bafin.de

^[1] Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 66/67

^[2] Siehe dazu das Merkblatt „Voraussetzungen für die Erlaubnisfiktion im Anzeigeverfahren gemäß § 64j Abs. 2 KWG für das Factoring (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG) und das Finanzierungsleasing (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 10 KWG)“ (Stand: 18. Dezember 2008)

^[3] Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 67

^[4] BGH XI ZR 375/00, Urteil vom 16.04.2002

^[5] Zum Konkurrenzverhältnis zum Kreditgeschäft (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG) siehe Abschnitt V

^[6] Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 67

^[7] Forderungen an Kunden, die im Wege des Lastschriftverfahrens hätten eingezogen werden sollen, dem Händler durch seine Bank EV (Eingang vorbehalten) gutgebracht wurden, dann jedoch, im Regelfall mangels Deckung auf dem Konto des Kunden, dem Händler im Wege Rücklastschrift rückbelastet wurden

^[8] Siehe auch Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 67

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

^[9] Siehe auch das Merkblatt der Deutschen Bundesbank und der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betreiben von Bankgeschäften gemäß § 32 Abs. 1 KWG und das Merkblatt der Deutschen Bundesbank über die Erteilung einer Erlaubnis zum Erbringen von Finanzdienstleistungen gemäß § 32 Abs. 1 KWG

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de

Für Sie gelesen . . .

atevis Aktiengesellschaft Standorte mit Ihrem Ansprechpartner:

***atevis* Aktiengesellschaft**

Zentrale

Potfach 1111

63528 Mainhausen

Rhönstraße 5 | 63533 Mainhausen

Ihr Ansprechpartner:

Detlef Heydt

Fon: 06182 | 9615 - 11

Fax: 06182 | 9615 - 50

E-Mail: heydt@atevis.info

***atevis* Aktiengesellschaft**

Außenstelle

Kampstraße 18

33189 Schlangen

Ihr Ansprechpartner:

Bodo Kibgies

Fon: 05252 | 973 -259

Fax: 05252 | 973- 258

E-Mail: kibgies@hrp.info

Sie haben **konkrete Fragen** zu Ihrem Unternehmen **oder zu bestimmten Produkten** und suchen von Anfang an das persönliche Gespräch.



Wir rufen Sie schnellstmöglich zurück!

Für Sie gelesen ◦ Ihre *atevis* Aktiengesellschaft

atevis Aktiengesellschaft ◦ Postfach 1111 ◦ 63528 Mainhausen ◦ www.atevis.de ◦ info@atevis.de