

Factoring und Rezession – Chancen und Risiken für den Factor

Gefahren rechtzeitig erkennen

DR. JAN ACHSNICK, DR. STEFAN KRÜGER, KÖLN

Die aktuelle Wirtschaftskrise bringt besondere Herausforderungen für Factoring-Gesellschaften mit sich. Sich in Krisen- und Insolvenzsituationen ihrer Anschlusskunden möglichst richtig zu verhalten, ist für sie besonders wichtig. Hier bewährt sich ein gutes Risikomanagement. Im Folgenden werden ausgewählte, grundlegende Punkte dargestellt.¹⁾

Krisenfrüherkennung²⁾

Neben Informationen zur aktuellen Situation des Anschlusskunden, zum Beispiel in Form einer möglichst aktuellen Bilanz- und Zahlenanalyse, sollten Factoring-Gesellschaften vor allem auf typische Indizien für eine Krise achten. Diese können sich bemerkbar machen durch verzögerte Debitoreneinzahlungen, schlechten Ruf im Markt, Qualitätsmängel, mangelnde Liefertreue, Zunahme von Einwendungen von Kundenseite, angespannte Liquiditätsslage, Preisnachlässe, Wunsch des Anschlusskunden gegenüber dem Factor nach beschleunigter Auszahlung oder nach einer Ausweitung des Factorings auf andere Konzernunternehmen, Vorlage von unvollständigem, veraltetem oder widersprüchlichem Zahlenwerk, Weigerung der Geschäftsführer zur Abgabe von Garantieerklärungen, schlechte Informations- und Kommunikationslage (Geschäftsführer telefonisch oder für Besprechungen

schwer oder nicht erreichbar), Belieferung gegen Vorkasse und/oder Lieferantenwechsel, Lieferverzögerungen oder -stopps, Kreditversicherer zeichnen keine neuen Limite oder kürzen die vorhandenen Limite, die Anberaumung kurzfristiger Finanziererbeziehungsweise Bankenrunden, der Verkauf von Bankverbindlichkeiten des Unternehmens, kurzfristige Wechsel im Management, Kurzarbeit, Entlassungen, erhöhte Fluktuation von Arbeitnehmern, insbesondere Führungskräften, Einschaltung eines Unternehmensberaters.

DIE AUTOREN:

Rechtsanwalt
Dr. Jan Achsnick,
Köln



arbeitet seit 2002 bei Himmelsbach, Achsnick & Kollegen. Schwerpunkte: Unternehmenstransaktionen, Überschuldungsprüfungen, Standortschließungen im gewerbemietrechtlichen Bereich, Pool- und Treuhandgestaltungen, Verhandlungen und Auseinandersetzungen mit Insolvenzverwaltern, Factoring.

E-Mail: j.achsnick@ha-ko.eu

Handlungsoptionen und Besicherung³⁾

Hat der Factor die Krise des Anschlusskunden erkannt, wird er diesen regelmäßig intensiver betreuen und beobachten, insbesondere die Bonität einzelner Debitoren und das Zahlenwerk des Anschlusskunden. Dabei sollten stets folgende Handlungsoptionen zur Risikoreduktion in Betracht gezogen werden: Änderungen des Kaufpreiseinbehaltes, Verlängerung der Auszahlungsintervalle, Anpassung beziehungsweise Reduktion der bestehenden Ankaufmitel, Durchführung einer Sonderprüfung, Kontenverpfändung oder Treuhand- und Unterkonteneinrichtung, Überprüfung der Kreditversicherungsdeckung des Anschlusshauses, Einholung von Sicherheiten, insbesondere Garantieerklärungen von den Geschäftsführern oder Vorständen,⁴⁾ Überprüfung der Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung des Factoring-Vertrages.

Rechtsanwalt
Dr. Stefan Krüger,
Köln



ist seit 2004 bei Himmelsbach, Achsnick & Kollegen tätig. Schwerpunkte: Mergers & Acquisitions, Distressed Debt, Restrukturierungen, Beratung von Kreditinstituten und Insolvenzverwaltern, Poolgestaltung und -führung, Standortschließungen im gewerbemietrechtlichen Bereich, Factoring.

E-Mail: s.krueger@ha-ko.eu

1) Umfassend hierzu Achsnick/Krüger, Factoring in Krise und Insolvenz.

2) Vgl. hierzu auch Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 25 ff.; Faulhaber/Landwehr, Turn-around-Management in der Praxis, 3. Auflage, S. 20 ff.

3) Vgl. hierzu auch Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 34 ff.

4) Vgl. das Muster von Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), S. 94 ff.

Eröffnungsverfahren⁵⁾

Wird ein Insolvenzantrag gestellt, steht dem Factor regelmäßig ein außerordentliches Kündigungsrecht zu. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter hingegen ist die Beendigung grundsätzlich nicht möglich. Die Fortsetzung des Factorings sollte sich der Factor einzelfallbezogen überlegen, nicht zuletzt im Hinblick auf den im Eröffnungsverfahren häufig schlechteren Debitoreneinzug. Ist der Betrieb kurzfristig stabilisiert, kann sich die Fortsetzung des Factorings mit

einem verlässlichen Insolvenzverwalter durchaus „lohnen“. In diesem Fall sollte man jedoch eine klare Trennung zwischen vor- und nachinsolvenzlichem Factoring herbeiführen.

Eröffnetes Verfahren⁶⁾

Die vergleichsweise schwierige Unterscheidung zwischen dem „Schicksal“ des Factoring (Rahmen-) Vertrages und den einzelnen Forderungskaufverträgen lässt sich den Abbildungen 1 und 2 entnehmen.

Anordnungen des Insolvenzgerichts

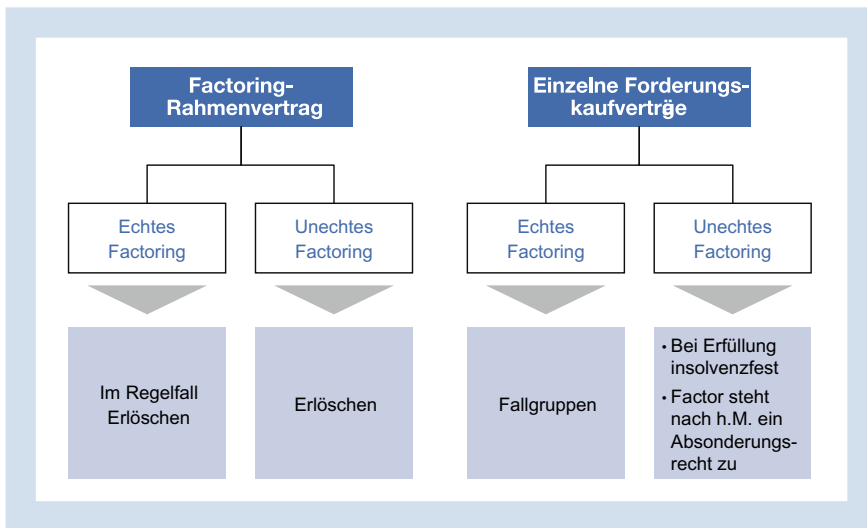
Jeder Factor muss unmittelbar nach Kenntnis vom Insolvenzantrag die Anordnungen des Insolvenzgerichts genau durchlesen und seine eigenen zukünftigen Handlungen hieran ausrichten. Die entsprechenden Informationen erhält er entweder vom (vorläufigen) Insolvenzverwalter und/oder über:

www.insolvenzbekanntmachungen.de

Entscheidend ist zunächst für den Factor, ob er es mit einem schwachen oder starken Insolvenzverwalter zu tun hat. Hiernach bestimmt sich, ob er sich noch mit dem bestehenden Management auseinandersetzen darf und muss.⁷⁾ Bei Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbotes spricht man von starker vorläufiger Insolvenzverwaltung, bei Anordnung eines allgemeinen Zustimmungsvorbehaltes von schwacher vorläufiger Insolvenzverwaltung (vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO).⁸⁾

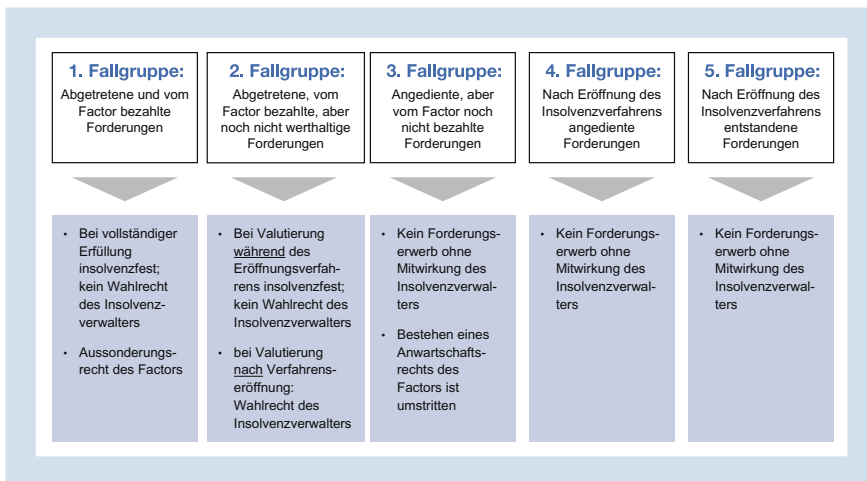
Als wichtig erweist sich insbesondere die Frage, ob ein allgemeines Veräußerungsverbot verhängt wurde.⁹⁾ In diesem Fall ist die weitere Forderungsabtretung nicht mehr möglich. Andernfalls verbleibt es dem Grunde nach beim Status quo; es besteht allein ein Anfechtungsrisiko. Das entscheidende Abgrenzungskriterium stellt insoweit der Entstehungszeitpunkt der Forderung dar. Bei der aufschiebend bedingten Vorauszession reicht es für das „vorherige“ Entstehen aus, wenn der Bedingungseintritt erst nach Wirksamwerden des Veräußerungsverbotes erfolgt.¹⁰⁾

Abbildung 1: Auswirkungen der Insolvenzeröffnung auf Factoring-Verträge



Quelle: Himmelsbach, Achsnick & Kollegen, Rechtsanwaltsges. mbH

Abbildung 2: Schicksal der Forderungskaufverträge beim echten Factoring



Quelle: Himmelsbach, Achsnick & Kollegen, Rechtsanwaltsges. mbH

5) Vgl. Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 139 ff.
 6) Vgl. Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 176 ff.
 7) Vgl. Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 116 f.
 8) Vgl. HambKomm-InsO/Schröder, 2. Auflage, § 21 InsO, Rz. 42 m.w.N.
 9) Vgl. Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 142 ff.
 10) Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 144; Sinz, Factoring in der Insolvenz, Rz. 149.

Als problematisch gilt eine Anordnung des Insolvenzgerichts nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 Satz 1 InsO. Danach kann dieses anordnen: Gegenstände, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 InsO erfasst oder deren Aussonderung verlangt werden könnte, sind vom Gläubiger nicht zu verwerten oder einzuziehen. Solche Gegenstände können zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners nicht eingesetzt werden, soweit sie hierfür erhebliche Bedeutung haben. Legt man die gesetzgeberische Begründung zugrunde, fällt der Forderungseinzug beim Factoring nicht darunter.¹¹⁾ Restlose Sicherheit besteht hier aber nicht, da – soweit ersichtlich – dazu noch keine gerichtliche Entscheidung vorliegt.¹²⁾

Einziehungs- und Offenlegungsrecht¹³⁾

Die Einziehungs- und Offenlegungsrechte ergeben sich regelmäßig aus dem Factoring-Vertrag. Dies gilt grundsätzlich auch im Insolvenzfall, da dem Factor insoweit Ausbeziehungsweise Absonderungsrechte zustehen. Nach Maßgabe des Vorstehenden kann es aber sein, dass das Einziehungsrecht dem Insolvenzverwalter zusteht (über die Forderungsinhaberschaft ist damit noch nichts gesagt). Unabhängig davon sollten im Insolvenzfall stets kurzfristig zwischen dem vorläufigen Insolvenzverwalter und dem Factor abgestimmte Debitorenrundschreiben¹⁴⁾ versandt werden. Eine Behinderung des Forderungseinzugs nutzt letztendlich keinem der beiden. Bei unklarer oder streitiger Forderungsinhaberschaft sollte man sich auf eine probate Abwicklungs-

möglichkeit einigen. Vor dem Hintergrund, dass – auch bei Personenidentität – der Insolvenzverwalter nicht an das Handeln des vorläufigen Insolvenzverwalters gebunden sein muss, sollte insoweit grundsätzlich keine Abwicklung über Konten des Insolvenzverwalters erfolgen, sondern vorzugsweise des Factors.

Weiterleitungsansprüche¹⁵⁾

Besondere Bedeutung kommt dem Weiterleitungsanspruch des Factors gegen Anschlusskunden zu. Insoweit unterscheidet man zwischen Zahlungen vor und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Im Eröffnungsverfahren besteht dieser Anspruch regelmäßig fort. Indes erweist er sich in der Praxis häufig als wertlos. Entsprechende Zahlungen werden oftmals auf Kontokorrentkonten vorgenommen, an denen die entsprechende Bank Sicherungs- und Pfandrechte hat. Ist der geleistete Betrag demgegenüber unterscheidbar in der Masse vorhanden, so hat der Factor einen Anspruch auf Aussonderung nach § 47 InsO beziehungsweise Ersatzaussonderung nach § 48 InsO. Dies betrifft insbesondere Zahlungen auf Sonder-/Anderkonten des Insolvenz-

verwalters. Bei rechtswidrigen Forderungseinziehungen des Insolvenzverwalters hat der Factor gegen diesen einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie aus § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. So betrachtet, sind gerade in Krisenzeiten das offene Factoring oder halboffene Factoring besonders empfehlenswert. Bei Zahlungen nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens kommt primär ein Anspruch auf Ersatzaussonderung gemäß § 48 InsO in Betracht. Bei Fehlen der Unterscheidbarkeit steht dem Factor ein Anspruch wegen Massebereicherung gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu.

Auskunfts- und Informationsrechte¹⁶⁾

Um seine Ansprüche im Insolvenzfall durchsetzen zu können, stehen dem Factor regelmäßig umfangreiche Auskunfts- und Informationsrechte zu. Sie ergeben sich zum einen regelmäßig aus dem Factoring-Vertrag und gelten auch nach dessen Kündigung hinsichtlich der angekauften Forderungen fort. Zum anderen handelt es sich um gesetzliche Rechte aus §§ 260, 402, 242 BGB sowie bei Vorliegen von

11) BT-Drucks. 16/3227, S. 16, so auch Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 148 f; Emer, FLF 2009, 119, 120 f.

12) Kritisch: Ganter, NZI 2007, 549, 554; Kirchhof, ZInsO 2007, 227, 228.

12) Vgl. Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 147 ff.

14) Vgl. das Muster bei Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), S. 93.

15) Vgl. hierzu auch Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 232 ff.

16) Vgl. hierzu auch Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 242 ff.

Querdenken

ist mein Tagesgeschäft!

Strategie | Marketing | Vertrieb
Konzepte für Leasinggesellschaften

Profitieren Sie von meiner 20-jährigen Erfahrung im Bereich Leasing:

- auf der Verkaufsseite als Leasingberater, Niederlassungsleiter, Leiter Strategie und Vertriebssteuerung sowie Geschäftsführer
- auf der Einkaufsseite als externer Finanzleiter, Projekt-Manager und Finanz-Controller

Meine Konzepte speziell für Leasinggesellschaften entstehen durch die Betrachtung aus zwei verschiedenen Perspektiven: Verkauf und Einkauf! Die Kombination beider Sichtweisen eröffnet neue, auch ungewöhnliche Strategien für Ihren Erfolg.



Unternehmensberatung Bernd Rischko | Dipl.-Kfm./Dipl.-Volksw. | Sanddornweg 3 | 32584 Löhne/Westfalen | Telefon 057 32/161 11 | rischko@prosale-beratung.de | www.prosale-beratung.de

(Ersatz-)Aussonderungs- oder Absonderungsrechten um spezifische Auskunftsansprüche.

Sicherungsrechte des Factors¹⁷⁾

Im Schadensfall zeigt sich die Bedeutung der regelmäßig vereinbarten Sicherungszessionen. Von großer Relevanz sind auch dem Factor infolge

der Zahlung regelmäßig zustehende Eigentumsvorbehaltsrechte an den betreffenden Waren. Hinzu kommen im Regelfall an den Factor abgetretene Versicherungsansprüche. Bezüglich der Debitoren kann es zu Kollisionen von Sicherungsrechten kommen.¹⁸⁾ Zum einen betrifft dies häufig vereinbarte Banken-Globalzessionen, zum anderen die verlängerten Eigentumsvorbehaltsrechte von Lieferanten. Diese Kollisionen werden von der

Rechtsprechung gelöst, wie in den Abbildungen 3 und 4 dargestellt, wobei diese hinsichtlich der Kollision mit dem verlängerten Eigentumsvorbehalt zwischen echtem¹⁹⁾ und unechtem²⁰⁾ Factoring unterscheidet.²¹⁾

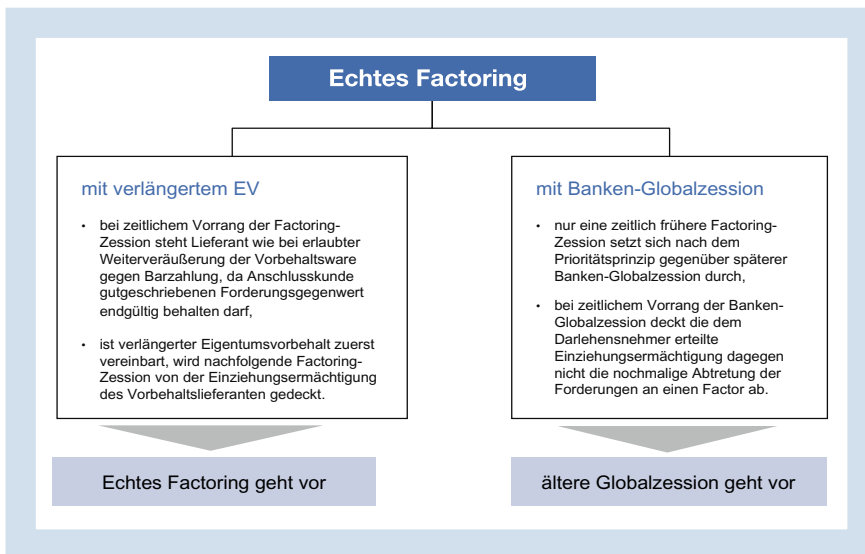
Exkurs zur Insolvenzanfechtung²²⁾

Factoring ist insolvenzrechtlich regelmäßig privilegiert, da es sich beim Forderungserwerb um einen Austausch gleichwertiger Leistungen handelt. Auch die Globalzession stellt im Hinblick auf den Austausch gleichwertiger Leistungen grundsätzlich ein unanfechtbares Bargeschäft dar. Anfechtungsrisiken bestehen nur in Ausnahmefällen und insbesondere, wenn Aufrechnungslagen²³⁾ anfechtbar erlangt wurden oder bei Deckungsgeschäften nach Insolvenzzreife erfolgten. Letzteres setzt die – regelmäßig fehlende – Kenntnis des Factors voraus.

Fazit

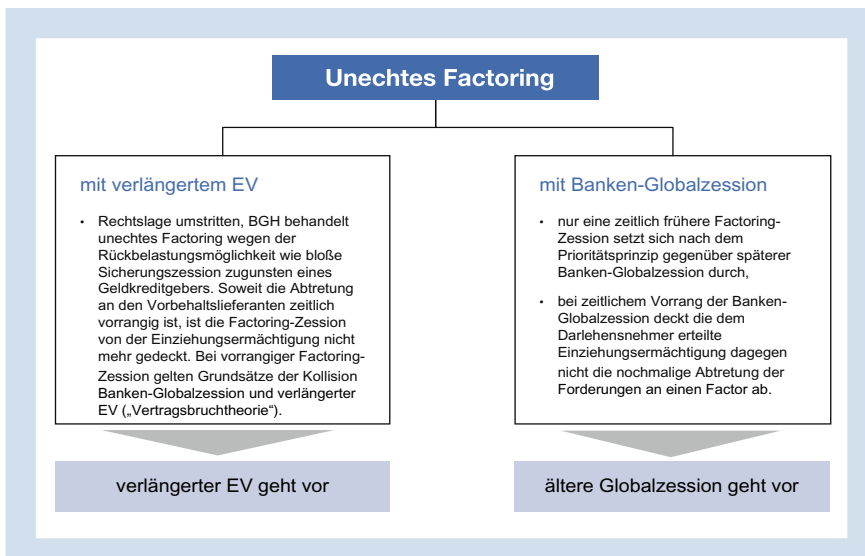
Factoring in Krise und Insolvenz birgt sowohl Chancen als auch Risiken. Wer die Risiken rechtzeitig erkennt und entsprechend handelt, kann die mit dem Factoring verbundenen Chancen nutzen und hiermit auch oder vielleicht gerade in Krisenzeiten als Factor erfolgreich sein. Vor diesem Hintergrund spricht vieles dafür, Factoring in Sanierungs- und Insolvenzszenarien – richtig gemanagt – mit positivem Ergebnis für alle Beteiligten durchführen zu können. ◀

Abbildung 3: Typische Kollisionsfälle und ihre Lösungen nach der Rechtsprechung beim echten Factoring



Quelle: Himmelsbach, Achsnick & Kollegen, Rechtsanwaltsges. mbH

Abbildung 4: Typische Kollisionsfälle und ihre Lösungen nach der Rechtsprechung beim unechten Factoring



Quelle: Himmelsbach, Achsnick & Kollegen, Rechtsanwaltsges. mbH

17) Vgl. Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 250 ff.
 18) Vgl. Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 324 ff.
 19) Vgl. BGHZ 69, 254, 258; BGHZ 100, 353, 360 f. (zur Kollision bei zeitlichem Vorrang der Factoring-Globalzession) und BGHZ 72, 15, 19 ff (zur Kollision bei zeitlichem Vorrang des verlängerten Eigentumsvorbehalts).
 20) Vgl. hierzu BGHZ 82, 50, 64.
 21) Zur Kollision zwischen Factoring- und Banken-Globalzession vgl. BGHZ 32, 367, 370; BGHZ 75, 391, 394; BGHZ 82, 283, 290.
 23) Vgl. hierzu Achsnick/Krüger, a.a.O. (Fn. 1), Rn 353 ff.
 23) Zur Aufrechnung vgl. auch Achsnick/Krüger, a.a.O., (Fn. 1), Rn. 349 ff.