

# Zur Abgrenzung des Factoring-Geschäfts vom Einlagengeschäft

## Zahlreiche Fragen bleiben offen

DR. KARL FRIEDRICH DUMOULIN, DÜSSELDORF

In zwei neueren Schreiben<sup>1)</sup> hat sich die BaFin mit der Abgrenzung des Factoring-Geschäfts vom Einlagengeschäft befasst. Demnach soll ein Factoring-Institut unerlaubte Einlagengeschäfte betreiben, wenn ein Anschlusskunde Factoring-Kaufpreise stehen lässt und das Factoring-Institut diese erst zu einem nachträglich festgelegten Zeitpunkt oder auf jederzeitige Anforderung auf Abruf des Anschlusskunden auszahlt. Die beiden Schreiben tragen leider nicht zu einer wünschenswerten Konkretisierung des KWG in derartigen Fällen bei, gerade im Hinblick auf die Strafbarkeit unerlaubter Einlagengeschäfte.

Seit dem 25. Dezember 2008<sup>2)</sup> wird das Factoring als Finanzdienstleistung eingestuft.<sup>3)</sup> Seither benötigt ein Unternehmen, das im Inland gewerbsmäßig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Factoring-Dienstleistungen erbringen will, daher eine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, BaFin.<sup>4)</sup> Als Finanzdienstleistungsinstitut<sup>5)</sup> unterliegen Factoring-Institute der Aufsicht der BaFin. Wenn das Unternehmen ausschließlich Factoring-Dienstleistungen<sup>6)</sup> erbringt, sind eine Reihe aufsichtsrechtlicher Vorschriften nicht auf Factoring-Institute anzuwenden,<sup>7)</sup> auch „KWG light“ oder „kleine Aufsicht“ genannt.<sup>8)</sup> Zahlreiche Vor-

schriften des KWG und zugehöriger Bestimmungen,<sup>9)</sup> wie zum Beispiel umfangreiche Anzeige- und Meldepflichten,<sup>10)</sup> Anforderungen an das Risikomanagement nach MaRisk, sind jedoch auch auf Factoring-Institute anzuwenden. Ein Unternehmen, das ausschließlich Factoring-Dienstleistungen<sup>11)</sup> erbringen will und die Erlaubnis daher auch nur für diese Geschäftsart beantragt, erhält die Erlaubnis konsequent nur für diese Geschäftsart, also das Factoring.<sup>12)</sup> Andere Arten von Finanzdienstleistungen<sup>13)</sup> als das Factoring oder gar Bankgeschäfte<sup>14)</sup> werden von der Erlaubnis nicht umfasst. Sie sind dem Factoring-Institut verboten. Das gilt insbesondere für Einlagengeschäfte.<sup>15)</sup>

Wer derartige Geschäfte ohne die erforderliche Erlaubnis betreibt, wird, wenn er vorsätzlich handelt, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe, und selbst dann wenn er „nur“ fahrlässig handelt, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.<sup>16)</sup> Neben den Geschäftsführern und Vorständen des betreffenden Factoring-Instituts,<sup>17)</sup> das derartige Geschäfte ohne die erforderliche Erlaubnis betreibt, können sich auch mit weitreichenden Befugnissen beauftragte Personen, wie etwa Bereichsleiter oder Filialleiter<sup>18)</sup>, strafbar machen.<sup>19)</sup> Ferner gibt das KWG der BaFin vielfältige verwaltungsrechtliche Optionen, um gegen ungesetzliche Geschäfte vorzugehen:

- ▶ Anordnungen gegenüber dem Factoring-Institut oder dessen Geschäftsleitern, um den Verstoß zu unterbinden,<sup>20)</sup>
- ▶ Anordnung der Einstellung des Geschäftsbetriebs und der Abwicklung der ungesetzlichen Geschäfte gegenüber dem Unterneh-

### DER AUTOR:

Dr. Karl Friedrich Dumoulin,  
Düsseldorf



ist Partner der  
Sozietät FPS Rechts-  
anwälte & Notare und Mitglied  
der FPS-Praxisgruppe „Bank- und  
Finanzrecht“. Ein Schwerpunkt seiner  
Tätigkeit liegt im Factoring-Recht.  
Seit vielen Jahren berät und vertritt er  
– auch grenzüberschreitend aktive –  
Factoring-Institute auf diesem Gebiet.

E-Mail: dumoulin@fps-law.de

1) Schreiben der BaFin vom 6.10.2009 und 18.2.2010, Q 31-FR 2120-2007/0001.  
2) Datum des Inkrafttretens des Jahressteuergesetzes 2009 (BGBl. 2008 I, S. 2794).  
3) Vgl. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 Kreditwesengesetz (KWG).  
4) Vgl. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG.  
5) Vgl. § 1 Abs. 1a Satz 1 KWG.  
6) Vgl. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG.  
7) Vgl. § 2 Abs. 7 Satz 2 KWG.  
8) Vgl. das Titelblatt der FLF Nummer 5 vom September 2010 und Stettner/Böhm, An alles gedacht? – „Kleine Aufsicht“ für Factoring-Institute, FLF 2010, 217.  
9) So z. B. Groß- und Millionenkreditverordnung (GroMiKV), Anzeigenverordnung.

10) Vgl. dazu die Übersicht bei Stettner/Böhm, a.a.O., 218 f.  
11) Vgl. § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG.  
12) Vgl. § 32 Abs. 2 Satz 2 KWG.  
13) Vgl. den Katalog des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 bis 8 und Nr. 10 bis 11 KWG.  
14) Vgl. den Katalog des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 12 KWG.  
15) Vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG.  
16) Vgl. §§ 54 Abs. 1 Nr. 2, 54 Abs. 2 KWG.  
17) Vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB.  
18) Vgl. § 14 Abs. 2 StGB.  
19) Vgl. Boos/Fischer/Schulte-Mattler, Kreditwesengesetz, 3. Aufl. 2008 (BFS-KWG)/Lindemann, § 54 Rn. 10 f.  
20) Vgl. § 6 Abs. 3 KWG.

men und den Mitgliedern seiner Organe / Erlass von Weisungen für die Abwicklung und Bestellung eines Abwicklers,<sup>21)</sup>

- ▶ Verlangen der Abberufung des Geschäftsleiters wegen fehlender persönlicher Eignung,<sup>22)</sup>
- ▶ Aufhebung der Erlaubnis.<sup>23)</sup>

### Rechtsansicht der BaFin

Die beiden Schreiben der BaFin befassen sich mit folgender Fallkonstellation: Ein Factoring-Institut vereinbart (im Fall des echten Factorings) mit dem Anschlusskunden, dass es Kaufpreise für angekaufte Forderungen nicht nur sofort oder nur zu dem vereinbarten Zeitpunkt an den Anschlusskunden auszahlt, sondern dessen Abrechnungskonto gutschreibt und gegebenenfalls auch verzinst und erst zu einem nachträglich festgelegten Zeitpunkt oder auf jederzeitige Anforderungen des Anschlusskunden an ihn auszahlt. Diese Fallkonstellation bewertet die BaFin rechtlich wie folgt: Der Auszahlungsanspruch des Anschlusskunden werde in einen Darlehensanspruch umgewandelt. Es liege ein sogenanntes Vereinbarungsdarlehen vor.<sup>24)</sup> Dieses sei als Einlagengeschäft nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG zu qualifizieren.<sup>25)</sup> Dagegen liege kein Vereinbarungsdarlehen und damit kein verbotenes Einlagengeschäft vor, wenn die Parteien eine bloße Fälligkeitsabrede beziehungsweise Stundungsabrede in der Weise träfen, dass der Kaufpreis für die verkaufte Forderung nicht sofort, sondern erst zu einem im vorhinein festgelegten, späteren Zeitpunkt fällig werde,<sup>26)</sup> also ohne dass es hierfür einer besonderen Anforderung des Anschlusskunden bedarf. Dann liege kein Einlagengeschäft vor, weil der Anschlusskunde die Auszahlung von vorneherein erst zu diesem späteren Zeitpunkt, und nicht, wie beim Vereinbarungsdarlehen, jederzeit verlangen könne.<sup>27)</sup>

Diese Rechtsansicht der BaFin hätte zur Konsequenz, dass Factoring-Institute in derartigen Fällen, falls sie nicht ausnahmsweise über eine Voll-

bankerlaubnis verfügen, unerlaubte Einlagengeschäfte betreiben. Die BaFin begründet ihre Rechtsansicht folgendermaßen: Bei einem Vereinbarungsdarlehen liege – ab dem Zeitpunkt der Schuldbänderung – „eine Annahme fremder Gelder“ nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG vor. Ob die Kaufpreise für angekaufte Forderungen zunächst an den Kunden ausgezahlt und von diesem sodann wieder als „normales“ Darlehen an das Factoring-Institut zurückgezahlt würden oder bei dem Factoring-Institut verblieben und die Parteien sodann eine Schuldbänderung vereinbarten, mache wertungsmäßig keinen Unterschied. Der Unterschied liege vielmehr in dem Merkmal der Schuldbänderung, die für das Vorliegen eines Vereinbarungsdarlehens entscheidend sei. Betreibe ein Factoring-Institut die Geschäfte in der von der BaFin aufgezeigten Form, so müsse der Factor-Kunde auch in gleicher Weise wie ein Bankkunde, der Einlagen bei einer Bank unterhält, davor geschützt werden, dass kein Verlust der Einlagen eintritt.<sup>28)</sup>

### Stellungnahme

Die beiden Schreiben der BaFin lassen leider viele Fragen offen. Das ist in Anbetracht der drohenden strafrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen zu bedauern. Bereits der Ausgangspunkt der Argumentation der BaFin, wonach die Abgrenzung des (erlaubten) Factorings vom (unerlaubten) Einlagengeschäft allein unter Rückgriff auf die BGB-Rechtsfigur des Vereinbarungsdarlehens zu lösen sei, überzeugt nicht. Der Begriff des Einlagengeschäfts ist bankwirtschaftlicher Natur und kann nur unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung bestimmt werden. Ob die Annahme fremder Gelder als Einlage zu qualifizieren ist, ist daher aufgrund der Wertung aller Umstände des einzelnen Falles unter Berücksichtigung der bankwirtschaftlichen Verkehrsauffassung zu entscheiden.<sup>29)</sup> Beim echten Factoring handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgericht-

hofs um den Kauf von Forderungen.<sup>30)</sup> Hierfür kann aber im Grundsatz nichts anderes gelten, als für den Kauf von Sachen. Ein Lieferant, der seinem Abnehmer – wie nicht selten – nach Lieferung der Ware den Kaufpreis stundet, also sozusagen den Kaufpreis beim Kunden „stehen lässt“, betreibt in der Regel keine unerlaubten Einlagengeschäfte. Dass der Lieferant seinem Abnehmer wirtschaftlich gesehen einen „Warenkredit“ gewährt, rechtfertigt für sich allein nämlich nicht die Annahme, dass die Parteien die Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld umwandeln wollten. Ein derartiges Vereinbarungsdarlehen kann in dieser Situation auch deshalb nicht angenommen werden, weil die Parteien den Kaufvertrag im Übrigen gerade nicht abändern wollten. Nichts anderes kann für ein Factoring-Institut gelten, das Forderungen kauft. Ob ein Lieferant von Waren oder ein Lieferant von Forderungen den Kaufpreis stundet, macht keinen Unterschied.

Auch in diesem Fall rechtfertigt allein die Tatsache, dass wirtschaftlich eine Kreditierung gewollt ist, nicht die Annahme, dass die Parteien die Kaufpreisschuld in eine Darlehensschuld

21) Vgl. § 37 Abs. 1 Satz 1 und 2 KWG.

22) Vgl. § 36 Abs. 1 KWG.

23) Vgl. § 35 Abs. 2 Nr. 3 KWG.

24) Vgl. Berger, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2008, § 488 Rn. 18 ff. und § 607 Abs. 2 BGB a.F.: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen.“

25) Schreiben der BaFin vom 6.10.2009 und 18.10.2010, Q 31-FR 2120-2007/0001; ferner: BFS-KWG/Schäfer, § 1 Rn. 39 („Stehenlassen von Factoring-Forderungen auf dem Konto des Factors, die der Forderungsverkäufer nach Bedarf abrufen kann“) und 51 m.w.N. unter Hinweis auf das auf das Schreiben der Vorgängerbehörde der BaFin Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BaKred) vom 15.6.1998, II 5 – E 246 – 31. Dass Zinsen gezahlt werden, ist für die Annahme eines Einlagengeschäfts nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht notwendig. Auch wenn keine Zinsen gezahlt werden, liegt ein Einlagengeschäft vor.

26) Vgl. Schreiben der BaFin vom 18.2.2010, Q 31-FR 2120-2007/0001.

27) Vgl. Schreiben der BaFin vom 18. Februar 2010, Q 31-FR 2120-2007/0001.

28) Schreiben der BaFin vom 18. Februar 2010, Q 31-FR 2120-2007/0001; vgl. auch BFS-KWG/Schäfer, § 1 Rn. 33.

29) Vgl. BFS-KWG/Schäfer, § 1 Rn. 36.

30) Vgl. BGH NJW 1977, 2207; 1978, 1972.

umwandeln wollten.<sup>31)</sup> Die Parteien wollen den Forderungskaufvertrag im Übrigen, etwa hinsichtlich der Veritätshaftung, auch gerade nicht abändern.<sup>32)</sup> Aus den gleichen Gründen wie beim „Warenkredit“ kann daher auch bei der nachträglichen Stundung von Forderungskaufpreisen ein Vereinbarungsdarlehen nicht angenommen werden. Alles andere würde zu unauf lölichen Wertungswidersprüchen führen. Auch unter Schutzzweckerwägungen erscheint es nicht notwendig, derartige Fälle als Einlagengeschäfte anzusehen. Im Gegenteil: Anschlusskunden sind – im Gegensatz zum Warenlieferanten – erheblich besser geschützt, seit der Gesetzgeber entschieden hat, Factoring-Institute der Aufsicht der BaFin zu unterstellen. Andererseits hat der Gesetzgeber zugleich entschieden, Factoring-Institute nicht wie Vollbanken umfassend, sondern nur teilweise dem KWG zu unterstellen. Diese gesetzgeberischen Vorgaben sollten bei der Auslegung des Begriffs des Einlagengeschäfts nicht außer Acht gelassen werden und ließen es auch gerechtfertigt erscheinen, wenn die BaFin ihre bisherige Verwaltungspraxis<sup>33)</sup> gegebenenfalls fortentwickeln würde.

### Handlungsalternative

Für Factoring-Institute, die an der geschilderten Geschäftspraxis festhalten wollen, bietet sich möglicherweise eine Handlungsalternative in Form der ständigen Verwaltungspraxis der BaFin, wonach ein „Einlagengeschäft“ nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 KWG nicht gegeben sein soll, wenn „der Art nach bankübliche Sicherheiten“ für die angenommenen Gelder bestellt werden. In diesem Fall soll es „unter Berücksichtigung des normativen Zwecks“ nicht notwendig sein, diese Geschäfte von einer Erlaubnis der BaFin abhängig zu machen.<sup>34)</sup> Derartige Sicherheiten müssen nach den Vorgaben der BaFin „im Einzelfall so bestellt werden, dass (der Anleger) sich im Sicherungsfall aus diesen Sicherheiten unmittelbar, das heißt ohne die rechtsgeschäftliche Mitwirkung Drit-

ter, befriedigen kann“.<sup>35)</sup> Schuldbeitritt, Bürgschaft und Garantie oder „ein gleichwertiges Einstandsversprechen“ eines lizenzierten (§ 32 Abs. 1 KWG, auch in Verbindung mit § 53 KWG) inländischen Kreditinstituts oder eines nach den Regeln des Europäischen Passes (§ 53b KWG) zu derartigen Bankdienstleistungen im Inland befugten Kreditinstituts mit Sitz in anderen Staaten des Europäischen Wirtschaftsraums sind nach Ansicht der BaFin geeignet, den Tatbestand des Einlagengeschäfts auszuschließen.<sup>36)</sup>

Hiermit eröffnet sich – insbesondere mit Vollbanken verbundenen – Factoring-Instituten, die Möglichkeit, die geschilderte Geschäftspraxis mit Anschlusskunden durchzuführen. Eine bislang nicht abschließend geklärte Frage ist dabei, ob eine Patronatserklärung eines der soeben erwähnten Kreditinstitute ein „gleichwertiges Einstandsversprechen“ darstellt, aus dem sich der Factoring-Kunde im Sicherungsfall „unmittelbar, das heißt ohne rechtsgeschäftliche Mitwirkung Dritter“, befriedigen kann. Hier wird man nach der Art der abgegebenen Patronatserklärung<sup>37)</sup> zu differenzieren haben. Für die sogenannte weiche Patronatserklärung wird man dies zu verneinen haben. Im Gegensatz dazu dürfte die sogenannte

harte Patronatserklärung im Prinzip den Vorgaben der BaFin genügen. Denn sie wird in der Regel die Verpflichtung der Patronin enthalten, das Factoring-Institut finanziell ausreichend auszustatten und bestehende Einflussnahmemöglichkeiten bei dem Factoring-Institut zu nutzen, damit stehen gelassene Factoring-Kaufpreise fristgerecht ausgezahlt werden können.<sup>38)</sup> Es ist aber dringend zu empfehlen, den Wortlaut der Patronatserklärung in jedem Einzelfall zu prüfen und gegebenenfalls mit der BaFin abzuklären. ◀

31) Vgl. zu diesem Gesichtspunkt Seite 3 eines internen Schreibens der BaFin vom 22.12.2010 (GZ: Q 31-FR 2120-2007/0002), welches von der Bundesbank als Rundschreiben per E-Mail an einen größeren Adressatenkreis versandt wurde.

32) Vgl. zu diesem Gesichtspunkt Seite 3 f. des Schreibens der BaFin vom 22.12.2010 (GZ: Q 31-FR 2120-2007/0002).

33) Vgl. den Hinweis der BaFin in ihrem Schreiben vom 18.2.2010, Q 31-FR 2120-2007/0001 auf das Schreiben ihrer Vorgängerbehörde BaKred vom 15.6.1998, II 5 – E 246 – 31.

34) Vgl. Ziff. 1 e) des Merkblatts der BaFin „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“ (Stand: Januar 2009).

35) Vgl. das Merkblatt der BaFin „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“ (Stand: Januar 2009), a. a. O.

36) Vgl. das Merkblatt der BaFin „Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts“ (Stand: Januar 2009), a. a. O.

37) Vgl. dazu Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 98 Rn. 8 ff.

38) Vgl. dazu Merkel, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 3. Aufl. 2007, § 98 Rn. 25 ff. und 37 ff.

## Factoring und Leasing

- ▶ Vertragsgestaltung
- ▶ Debitorenvertragsprüfung
- ▶ Gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen
- ▶ Vertretung gegenüber Aufsichtsbehörden
- ▶ Compliance

**FPS**

RECHTSANWÄLTE &amp; NOTARE

[www.fps-law.de](http://www.fps-law.de)

BERLIN

DÜSSELDORF

FRANKFURT

HAMBURG

Königsallee 62

40212 Düsseldorf

Telefon +49 (0)211 30 20 15 0

 E-Mail [duesseldorf@fps-law.de](mailto:duesseldorf@fps-law.de)

Ihre Ansprechpartner:

Dr. Peter C. Reszel

Dr. Karl Friedrich Dumoulin