

# „KWG light“: Zwei Jahre Aufsicht über Factoring-Unternehmen

## Eine Zwischenbilanz nach zwei Jahren

MAGDALENA WESSEL, BERLIN

2008 hielt der Gesetzgeber ein besonderes Weihnachtspäckchen für die Factoring-Branche bereit: Die Institute wurden unter die Finanzaufsicht der BaFin und der Bundesbank gestellt. Als „Gegenleistung“ kamen sie nun als Finanzdienstleistungsinstitute in den Genuss der bis dahin nur für Banken geltenden gewerbsteuerlichen Erleichterungen. Seitdem hat man das sogenannte „KWG light“ vielfach analysiert und oft kritisch beurteilt. Zudem haben sich die aufsichtsrechtlichen und die gewerbsteuerlichen Normen zwischenzeitlich verändert. Zeit also für eine Zwischenbilanz.

### Hintergründe

Die infolge der Unternehmenssteuerreform 2008 entstandene Forderung nach einer gewerbsteuerlichen Gleichbehandlung der „konventionellen“ Kreditfinanzierung durch Banken und der Finanzierungsform Factoring, die speziell bei vielen mittelständischen Unternehmen als Ersatz für eine klassische Kreditfinanzierung gilt, setzte die ersten Überlegungen zur Einführung der Aufsicht über Factoring-Unternehmen in Gang.<sup>1)</sup>

### DIE AUTORIN:

Rechtsanwältin  
Magdalena Wessel,  
Berlin



ist Dezernentin Recht beim Deutschen Factoring-Verband e.V., Mitglied des EUF Executive Committee und Vorsitzende des EUF Legal Committee. Davor war sie in der Rechtsabteilung der HSH Nordbank AG im Bereich Bankaufsichtsrecht tätig.

E-Mail: wessel@factoring.de

Dies mündete letztendlich im Jahressteuergesetz 2009 (JStG 2009)<sup>2)</sup>, das einerseits § 19 Abs. 3 Nr. 4 GewStDV veränderte, wodurch dieser von da an die Factoring-Institute erfasste, andererseits aber auch erstmalig eine Legaldefinition des Factorings in § 1 Abs. 1a S. 2 Nr. 9 Kreditwesengesetz (KWG) einfügte. Die Konsequenz: Factoring wurde von nun an erstmalig zur erlaubnis- und aufsichtspflichtigen Finanzdienstleistung.

### Hürden

Aufgrund einer Übergangsregelung hatten die Factoring-Institute je nach Unternehmensgröße bis zum 31. Januar 2009 oder bis zum 31. Dezember 2009 Zeit, ihre Tätigkeit unter Vorlage bestimmter Unterlagen und Unternehmensinformationen bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) anzuzeigen, um eine Betriebsfortführungserlaubnis zu erhalten. Diese erste neue „Hürde“ der Erlaubnispflicht machte den meisten Unternehmen keine größeren Probleme, zumal die BaFin bereits kurz nach Erlass des JStG 2009

ein entsprechendes Merkblatt zu dieser Betriebsfortführungsanzeige und dem dazugehörigen Verfahren erlassen hatte.<sup>3)</sup> Dagegen stellte es sich für einige Unternehmen eher als Herausforderung dar, festzustellen, ob sie erlaubnispflichtiges Factoring im Sinne des KWG erbringen oder nicht. Etliche Unternehmen fanden offenbar weder im KWG noch in den Erläuterungen des BaFin-Merkblatts zum Factoring<sup>4)</sup> eine zufriedenstellende Antwort hierauf. Sie wandten sich daher vorsorglich an die BaFin.

Für Factoring-Unternehmen, die als erlaubnispflichtiges Finanzdienstleistungsinstitut einzuordnen sind, gilt es seit Ende 2008, eine zweite und weitaus höhere „Hürde“ bei der Umsetzung der neuen aufsichtsrechtlichen Anforderungen und Pflichten zu nehmen. Auch wenn insbesondere die Vorschriften zur Solvabilitäts- und Liquiditätsaufsicht aus KWG und unter anderem der Solvabilitätsverordnung nicht für sie als Finanzdienstleistungsinstitute gelten und § 2 Abs. 7 S. 2 KWG Ausnahmen von einigen anderen Normen des KWG vorsieht, war und bleibt diese als „KWG light“ bezeichnete Aufsicht gerade für kleinere Factoring-Unternehmen durchaus eine Herausforderung.

Einige der seither für die Branche neu eingeführten Anforderungen erweisen sich eher von administrativer

1) Vgl. hierzu Moseschus/Schuck/Wessel, FLF 3/2009, Seite 109 ff.

2) BGBl. I Nr. 63 vom 24.12.2008, Seite 2794 ff.

3) „Merkblatt – Voraussetzungen für die Erlaubnisfiktion im Anzeigeverfahren gemäß § 64j Abs. 2 KWG für das Factoring (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG)“ vom 18.12.2008, einsehbar unter: www.bafin.de

4) „Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Factoring“ vom 5.1.2009, einsehbar unter: www.bafin.de

Natur. Allen voran die verschiedenen Anzeige- und Meldepflichten aus unter anderem § 24 KWG. Andere, wie zum Beispiel die MaRisk, betreffen dagegen grundlegende Strukturen, Prozesse und organisatorische Abläufe im Factoring-Unternehmen. Alle diese Anforderungen hatten aber eines gemeinsam: Die meisten Factoring-Institute waren bisher gar nicht oder nur auf Gruppenebene damit in nähere Berührung gekommen. Besonders bei der Umsetzung der MaRisk zeigte sich die heterogene Struktur der Factoring-Unternehmen, der durch die verschiedenen Öffnungsklauseln in den MaRisk sowie durch das aus einem Dialog mit den Aufsichtsbehörden hervorgegangene BaFin-Begleitschreiben vom 23. September 2009 Rechnung getragen werden konnte.<sup>5)</sup> Der Umsetzungsaufwand bei den einzelnen Unternehmen variierte so durchaus.

### Weitere Baustellen

Neben der Umsetzung der Anforderungen der MaRisk in den einzelnen Factoring-Instituten bestanden nach Inkrafttreten des JStG 2009 jedoch noch weitere Fragezeichen im aufsichtsrechtlichen Bereich: Hauptsächlich im Jahr eins nach Einführung der Finanzaufsicht gab es noch etliche Unklarheiten, Lücken und nicht praxisgerechte Regelungen. So hätten dem Gesetzeswortlaut zufolge Finanzdienstleistungsinstitute, die neben Factoring als erlaubnispflichtiger Finanzdienstleistung auch Eigenhandel mit Finanzinstrumenten wie Wertpapieren betreiben, einer Vollaufsicht unterliegen müssen, obwohl dies vom Gesetzgeber weder vorausgesehen worden noch gewollt war. Nachdem die Aufsichtsbehörden dieser ungewollten Folge 2009 zunächst durch eine entsprechende teleologische Gesetzesauslegung entgegentraten, folgte 2010 das Gesetz zur Umsetzung der geänderten Banken- und Kapitaladäquanzrichtlinien<sup>6)</sup>, welches diese redaktionellen Versehen behob.

Eine weitere „Baustelle“, die infolge des JStG 2009 über ein Jahr bestehen blieb, bestand im Wortlaut der gewerbesteuerlichen Regelung der alten Fassung des § 19 Abs. 3 Nr. 4 GewStDV. Die darin enthaltene Ausschließlichkeitsvoraussetzung führte bei wortgetreuer Auslegung dazu, dass bereits ein einziges Factoring-Verhältnis, das nicht als Factoring im Sinne des KWG einzustufen wäre, die gesamten gewerbesteuerlichen Vorteile aus § 19 Abs. 3 Nr. 4 GewStDV zerstören konnte. Factoring-Institute, auf die dieses zutraf, hätten somit zwar alle aufsichtsrechtlichen Anforderungen erfüllen müssen, aber keine gewerbesteuerliche Gleichstellung mit Banken im Vergleich zum Zeitraum vor Einführung der Aufsicht zu verzeichnen gehabt. Das Bundesministerium der Finanzen versuchte

5) „Begleitschreiben von der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank für Finanzierungsleasing- und Factoringinstitute zu den Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk)“ vom 23.9.2009, einsehbar unter: [www.bafin.de](http://www.bafin.de)

6) BGBl. I Nr. 58 vom 24.11.2010, S. 1592 ff.



[www.efcom.de](http://www.efcom.de)

economic • financial • company

## Factoringsoftware mit Profil.

Die entscheidenden  
Fakten im Blick.  
Sicher. Jederzeit.



**Standardsoftware  
für Ihr Factoring-Business.**

Besuchen Sie uns!  
[www.efcom.de](http://www.efcom.de)

**efcom gmbh**

Martin-Behaim-Straße 20

63263 Neu-Isenburg

Tel.: +49 (0) 61 02 - 8 83 50 0

Fax: +49 (0) 61 02 - 8 83 50 22

[info@efcom.de](mailto:info@efcom.de)

daraufhin im Herbst 2009, dieser Auswirkung durch – im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der Länder erarbeiteten – gleichlautenden Erlassen zur Auslegung des § 19 Abs. 3 Nr. 4 Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung (GewStDV) entgegenzuwirken.<sup>7)</sup> Jedoch ging die hierin enthaltene Auslegung der von § 19 Abs. 3 Nr. 4 GewStDV erfassten Haupt- und Nebengeschäfte und die festgesetzte Grenze von einem Prozent im Rahmen einer Billigkeitsregelung an der unternehmerischen Praxis vorbei.

Erst im April 2010 kam es im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung steuerlicher EU-Vorgaben sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften<sup>8)</sup> für diese gewerbsteuerliche Problematik zu einer klarstellenden Lösung in Form einer „Soweit“-Regelung. Diese ist nunmehr im neuen § 19 Abs. 4 GewStDV enthalten und als weitaus praxisgerechter einzuschätzen als die bisherigen Bemühungen in dieser Hinsicht.

### Aufsichtsrechtliche Änderungen 2010

Im Laufe des Jahres 2010 erfolgten jedoch nicht nur steuerliche Änderungen für Factoring-Institute, die letztlich im Zusammenhang mit dem JStG 2009 standen. Vielmehr kamen gänzlich neue aufsichtsrechtliche Anforderungen hinzu. So stellte das im Februar 2010 veröffentlichte BaFin-Merkblatt zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen<sup>9)</sup> neue Anforderungen und Anzeigepflichten auf. Diese bezogen sich unter anderem auf Sachkunde und Zuverlässigkeit der Mitglieder von Aufsichtsräten. Mitte 2010 zeigte sich zudem eine weitere Auswirkung der globalen Finanzkrise, die in den Medien viel beachtete Diskussionen über Vergütungssysteme ausgelöst hatte: Das „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“<sup>10)</sup> änderte das KWG erneut und schuf die Rechtsgrundlage für die Instituts-

vergütungsverordnung.<sup>11)</sup> Diese legt gesetzeskonkretisierend die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an angemessene und transparente Vergütungssysteme näher aus und knüpft grundsätzlich an die Ansätze aus dem BaFin-Rundschreiben 22/2009 (BA) vom Dezember 2009 an. Sie enthält allerdings ein paar Änderungen, unter anderem in Bezug auf Offenlegungsvorschriften. Die entsprechenden Abschnitte der MaRisk zu Vergütungssystemen hat man in der Folge aufgehoben.

Aber auch bereits bestehende aufsichtsrechtliche Regelungen wurden 2010 überarbeitet. So zeichnete sich bereits im vorigen Frühjahr eine Überarbeitung der Normen von KWG und GwG durch das Gesetz zur Umsetzung der 2. E-Geld-Richtlinie ab.<sup>12)</sup> Die in § 25c KWG vorgesehenen internen Sicherungsmaßnahmen zur Verhinderung von unter anderem Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung wurden auf „sonstige strafbare Handlungen“ ausgeweitet. Und Betrugs- und Geldwäscheprävention sollen künftig in einer „zentralen Stelle“ des Instituts zusammengefasst werden. Zudem können Defizite bei der Geldwäscheprävention eines Instituts künftig zur Aufhebung der KWG-Erlaubnis nach § 35 KWG führen.

Darüber hinaus ist der Strafrahmen für das Erbringen erlaubnispflichtiger Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen ohne entsprechende Erlaubnis nach § 54 KWG nunmehr höher als bisher. Ferner wurde ein neuer Absatz 4 für § 25f KWG entworfen: Factoring-Institute müssen nunmehr „angemessene Maßnahmen“ ergreifen, „um einem erkennbar erhöhten Geldwäscherisiko bei der Annahme von Zahlungen von Debitoren zu begegnen, die bei Abschluss des Rahmenvertrages unbekannt waren“. Insgesamt wurde 2010 deutlich, dass im Bereich der Geldwäscheprävention verschiedene Normen aus dem GwG in das KWG verlagert sowie neue Normen wie § 25f Abs. 4 KWG hinzugefügt werden sollten.

Diese Aufteilung und Neuerung der Normen zur Geldwäscheprävention dürften künftig ebenfalls noch für weiteren Klarstellungs- und Erläuterungsbedarf im Bereich von KWG und GwG sorgen.

### Fazit

Als Zwischenbilanz seit Einführung der Aufsicht lässt sich somit festhalten: Für Factoring als Dienstleistung und obendrein für die Anbieter von Factoring hat sich viel getan. Die aus dem JStG 2009 resultierenden „Baustellen“ hat man inzwischen weitestgehend behoben. Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen haben sich seitdem weiterentwickelt und verändert, wobei zum Teil auch factoringsspezifische Gegebenheiten beachtet worden sind. Vor allem in letzter Zeit lassen sich diese aufsichtsrechtlichen Änderungen jedoch immer weniger auf factoringsspezifische Entwicklungen und Gegebenheiten zurückführen.

Vielmehr ergeben sie sich aus allgemeinen Auswirkungen der globalen Finanzkrise und daraus resultierenden internationalen, EU-rechtlichen und nationalen Regelungen. Dies wird den Bedarf nach weiterer zum Teil factoringsspezifischer Auslegung auch in naher Zukunft mit sich führen. ◀

7) Gleichlautender Ländererlass vom 27. 11. 2009 zur Abgrenzung von Hilfs- und Nebengeschäften zu Finanzdienstleistungsgeschäften zu anderen Geschäften bei Leasing- und Factoringunternehmen bei der Anwendung des § 19 Abs. 3 Nr. 4 GewStDV, einsehbar unter: [http://www.bundesfinanzministerium.de/nr\\_27608/DE/Wirtschaft\\_und\\_Verwaltung/Steuern/Veroeffentlichungen\\_zu\\_Steuernarten/Gewerbesteuer/004.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/nr_27608/DE/Wirtschaft_und_Verwaltung/Steuern/Veroeffentlichungen_zu_Steuernarten/Gewerbesteuer/004.html)

8) BGBl. I Nr. 15 vom 14. 4. 2010, S. 386 ff.

9) „Merkblatt zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG“ vom 22. 2. 2010, einsehbar unter: [www.bafin.de](http://www.bafin.de)

10) Vgl. BGBl. I Nr. 38 vom 26. 7. 2010, S. 950 ff.

11) Verordnung über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Vergütungssysteme von Instituten, nebst Begründung, einsehbar unter: [www.bafin.de](http://www.bafin.de)

12) Vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung in Bundesratsdrucksache 482/10 vom 13. 8. 2010 sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses in Bundestagsdrucksache 17/4047 vom 1. 12. 2010.