Finetrading – Mittelstandsfinanzierung unter dem Radar der Bankenaufsicht

Liquidität bei KMU gefragt

Joel Felix Schaaf

Der Beitrag beschäftigt sich mit einer in der Praxis immer häufiger anzutreffenden Finanzierungslösung für den Mittelstand, dem sogenannten Finetrading. „Das juristische Schrifttum hinkt dieser Entwicklung bislang hinterher“, so der Autor, der dies zum Anlass nimmt, die rechtliche Konstruktion und die bestehenden regulatorischen Rahmenbedingungen des Finetradings hier genauer in den Blick zu nehmen.

Der Mittelstand ist seit jeher auf der Suche nach immer neuen, zu den jeweiligen Geschäftsmodellen passenden Finanzierungsinstrumenten. In den letzten Jahren hat das Modell des Finetradings[1] am Markt zunehmend an Bedeutung gewonnen, das als eine Art Einkaufsfinanzierung liquiditätsschwache Unternehmen bei der Beschaffung von Waren unterstützt und gleichzeitig eine effizientere Verwendung ihres Working Capital ermöglicht.[2]

Anlass bot die Finanzmarktkrise der Jahre 2008/2009, in deren Zuge Banken ihre Kreditvergabepraxis aufgrund strengerer regulatorischer Vorgaben, insbesondere Basel III, spürbar verschärften.

Erlaubnispflicht

Seither erfreuen sich bankenunabhängige Finanzinstrumente besonderer Beliebtheit. Oftmals wird dabei den aufsichtsrechtlichen Vorgaben nicht die gebotene Aufmerksamkeit geschenkt, obwohl Verstöße mit Bußgeldern bis hin zur Verhängung von Freiheitsstrafen geahndet werden können. In diesem Zusammenhang gehört die Frage der Erlaubnispflicht des § 32 Abs. 1 Satz 1 Kreditwesengesetz (KWG) zu den immer wiederkehrenden und zentralen Problemen im Umgang mit neuartigen Finanzierungsinstrumenten.

Dieser Beitrag verfolgt das Ziel, das Finanzierungsinstrument des Finetradings auf seine Erlaubnispflichtigkeit hin zu untersuchen. Dazu soll zunächst dessen Funktionsweise und die Motivationslage der Beteiligten erläutert werden. Im Anschluss folgt eine Auseinandersetzung, welchen zivilrechtlichen Regelungen Finetrading unterliegt, um sodann auf die aufsichtsrechtlichen Konsequenzen nach dem KWG eingehen zu können.

Funktionsweise des Finetradings

Finetrading dient der Wareneinkaufsfinanzierung. Es richtet sich an Unternehmen, welche die finanziellen Mittel für die Begleichung von Kaufpreisverbindlichkeiten gegenüber ihren Lieferanten nicht unmittelbar nach Vertragsschluss aufbringen können. Vor dem Erwerbsvorgang schaltet der Abnehmer den Finetrader zur Unterstützung seiner beabsichtigten Einkäufe ein und schließt mit diesem eine Vereinbarung über die Einkaufsunterstützung ab. Darin wird der Finetrader verpflichtet, die Ware beim Lieferanten im Namen des Abnehmers, aber auf eigene Rechnung anzukaufen und vollständig zu bezahlen. Der Lieferant liefert die Ware daraufhin direkt an den Abnehmer. Im Anschluss daran fordert der Finetrader den Abnehmer zur Zahlung auf.

Dieser Zahlungsanspruch des Finetraders ist je nach Bedarf bis zu einem Zeitraum von bis zu vier Monaten gestundet. Für die Gewährung dieses verlängerten Zahlungsziels erhebt der Finetrader eine Gebühr. Deren Höhe ist abhängig von der Länge der Stundung, des Einkaufsvolumens und der Bonität des Abnehmers. Auf diese Weise kann der Lieferant das Ausfallrisiko seines Abnehmers auf den Finetrader abwälzen. Der Abnehmer hingegen kann über die Ware sogleich verfügen und gewinnt Zeit, um seine nunmehr gegenüber dem Finetrader bestehende Zahlungsverpflichtung zu begleichen. An die Stelle des normalerweise sofort

1) Der Begriff setzt sich zusammen aus: Finance und Trading.
2) Eine finanzwirtschaftliche Analyse findet sich bei Koch, CF 2014, 460 ff.

DER AUTOR:

Joel Felix Schaaf, Frankfurt/M., studierte Rechtswissenschaften an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz und absolviert zurzeit das Rechtsreferendariat am Landgericht Darmstadt. Daneben ist er als wissenschaftlicher Mitarbeiter in einer internationalen Wirtschaftskanzlei tätig, schwerpunktmäßig im Bereich Bank- und Kapitalmarktrecht.

und in vollständiger Höhe fälligen Kaufpreisanspruchs gegenüber dem Lieferanten tritt eine Ratenzahlungsverpflichtung oder – je nach Ausgestaltung – eine endfällige Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Finetrader.

Regulatorische Rahmenbedingungen

Das KWG sieht in § 32 Abs. 1 Satz 1 einen Erlaubnisvorbehalt für das Betreiben von Bankgeschäften sowie das Erbringen von Finanzdienstleistungen vor, sofern es gewerbsmäßig erfolgt beziehungsweise einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.[3] Betreibt das Unternehmen eine erlaubnispflichtige Tätigkeit, unterliegt es den umfangreichen materiellen Anforderungen des KWG einschließlich Nebengesetzen und den zugehörigen europäischen Vorgaben. In diesem Zusammenhang sind besonders die stetig gestiegenen Eigenmittelanforderungen für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute hervorzuheben, die sich seit 1. Januar 2014 aus der Capital Requirement Regulation (CRR) ergeben.[4]

Häufig findet sich der Hinweis, Finetrading sei ein Handelsgeschäft und bedürfe aus diesem Grund keiner Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Handelsgeschäfte sind nach der Legaldefinition des § 343 Abs. 1 Handelsgesetzbuch (HGB) alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören. Freilich fallen hierunter sämtliche Tätigkeiten, die in § 1 Abs. 1, 1a KWG aufgelistet sind. Beispielsweise stellt das Auftreten als Kommissionär ein Handelsgeschäft dar, wenn es zum Betrieb eines Kaufmanns gehört. Richtet sich der Auftrag auf die Anschaffung oder die Veräußerung von Finanzinstrumenten, liegt ein erlaubnispflichtiges Bankgeschäft vor. Mit dieser zitierten Behauptung ist daher zunächst wenig gewonnen. Maßgeblich ist einzig die Frage, ob sich das Geschäft einem der in § 1 KWG enthaltenen Tatbestände zuordnen lässt.

Nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG zählt die Gewährung von Gelddarlehen zu den erlaubnispflichtigen Bankgeschäften. Die Anschaffung und die Veräußerung von Finanzinstrumenten im eigenen Namen für fremde Rechnung (Finanzkommissionsgeschäft) ist nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG erlaubnispflichtig. Bei den Finanzdienstleistungen ist insbesondere das Factoring (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG) hervorzuheben. Hierunter fällt der laufende Ankauf von Forderungen auf der Grundlage von Rahmenverträgen mit oder ohne Rückgriff.

Im Folgenden wird zunächst die zivilrechtliche Konstruktion des Finetradings untersucht. Die Frage, ob einer der in § 1 KWG genannten erlaubnispflichtigen Tatbestände verwirklicht wird, hängt hiervon maßgeblich ab.

Finetrading als Darlehensgewährung?

Begleicht der Finetrader entsprechend dem Rahmenvertrag die Forderung des Lieferanten, könnte es sich dabei um eine verkappte Darlehensgewährung an den Abnehmer und somit um ein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 KWG handeln. Der Begriff des Kreditgeschäfts, also die Gewährung von Darlehen, ist im Gleichklang mit der Regelung des § 488 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zu verstehen[5]: Der Darlehensgeber verpflichtet sich zur Überlassung der Darlehensvaluta und lässt sich im Gegenzug die Zahlung von Zinsen versprechen. Die Darlehensvaluta selbst ist in Raten während der Laufzeit oder vollständig bei Fälligkeit zurückzuzahlen. Unerheblich ist, ob der Darlehensgeber die Mittel an den Darlehensnehmer selbst oder auf Weisung des Darlehensnehmers an einen Dritten auszahlt.[6]

Versteht man die Zahlung des Finetraders an den Lieferanten als Hingabe des Darlehens an den Abnehmer und die spätere Zahlung des Abnehmers an den Finetrader mitsamt der Stundungsgebühr als Rückführung, liegt die Annahme eines klassischen Darlehensvertrages nicht fern. Zwingend ist dies keineswegs: Verpflichtet sich der Finetrader in der Rahmenvereinbarung, die Ware auf eigene Rechnung anzukaufen und sie sogleich an den Abnehmer weiterzuveräußern, könnte es sich auch um zwei hintereinander geschaltete Kaufverträge beziehungsweise einen Fall des handelsrechtlichen Kommissionsgeschäfts (§ 383 ff. HGB) handeln; doch dazu später. Kein Darlehensvertrag liegt etwa vor, wenn der Verkäufer dem Käufer lediglich ein verlängertes Zahlungsziel gewährt und ihm auf diese Weise, wirtschaftlich betrachtet, Kredit gewährt. Dann spricht man schlicht von einem atypisch ausgestalteten Kaufvertrag.[7] Maßgeblich für die Zuordnung zu einem Vertragstyp ist die Ausgestaltung der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsbeziehungen.

Für deren Einordnung kommt es weniger auf die gewählte Bezeichnung der abgeschlossenen Verträge, als vielmehr auf das darin niedergelegte Pflichtenprogramm an.[8] Bei gewöhnlichen Absatzketten bestehen zwischen den Beteiligten in der Regel Kaufverträge gemäß § 433 BGB. Der Käufer verpflichtet sich zur Zahlung

3) Vgl. hierzu BaFin-Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, Stand 4.8.2011, Ziff. 2.
4) Verordnung (EU) Nr. 575/2013 vom 26.6.2013; Gemeinsam mit der Capital Requirements Directive (CRD IV, Richtlinie 2013/36/EU vom 26.6.2013) als „CRD IV-Paket“ bezeichnet. Ausführlich Wojcik in Groeben, von der/Schwarze/Hatje AEUV, 7. Aufl. 2015, Art. 63 Rn. 94f.
5) Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 44 m.w.N. Zu terminologischen Unterschieden zwischen den Begriffen Darlehen und Kredit vgl. Thessinga in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn HGB, 3. Aufl. 2015, Rn. IV 2ff.
6) BGH, Urteil vom 17.11.2009 – XI ZR 36/09 = NJW 2010, 1144 m.N.
7) Berger in Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, Vor § 488 Rn. 14.
8) BGH, Urteil vom 25.6.2002 – X ZR 83/00 = NJW 2002, 3317, 3318; BAG, Urteil vom 31.3.1993 – 7 AZR 338/92.

des vereinbarten Kaufpreises und Abnahme der Kaufsache. Das Pflichtenprogramm des Verkäufers besteht darin, dem Käufer das Eigentum und den Besitz an der mangelfreien Kaufsache zu verschaffen. Nicht erforderlich ist, dass die Lieferung unmittelbar zwischen Verkäufer und Käufer erfolgt. Die Übergabe an den Käufer kann vielmehr durch die Lieferung an einen Dritten auf Anweisung des Käufers ersetzt werden.[9] Der Dritte tritt dann als Geheißperson des Erwerbers auf.[10] In dieser Konstellation käme es zu einem Durchgangserwerb des Finetraders, der für eine logische Sekunde Eigentümer wird. Die Übergabe vom Lieferanten an ihn würde durch die weisungsgemäße Lieferung an den Abnehmer ersetzt. Der Finetrader überträgt sodann das Eigentum gemäß § 929 Satz 1 BGB auf den Abnehmer weiter, wobei die Übergabe wiederum in der weisungsgemäßen Ablieferung der Sache durch den Lieferanten zu sehen ist.

Es handelt sich somit um einen doppelten Geheißerwerb: Sowohl Lieferant als auch Abnehmer treten als Geheißperson des Finetraders auf. Derartige Streckengeschäfte bilden in der Praxis den Hauptanwendungsfall des Geheißpersonenerwerbs. So wird vermieden, dass die verkaufte Sache innerhalb der Kette vom Erstveräußerer bis zum Letzterwerber durchgereicht werden muss.[11] Als weitere Hauptleistungspflicht tritt die Pflicht zur mangelfreien Lieferung hinzu, § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB. Sofern die Vertragsbedingungen zwischen Lieferant und Finetrader einerseits sowie Finetrader und Abnehmer andererseits die Übernahme der Mängelgewährleistung vorsehen, ist dies ein starkes Indiz für das Vorliegen des in den §§ 433 ff. BGB niedergelegten Pflichtenprogramms. Finden sich in den Vertragsdokumenten entsprechende Gewährleistungsklauseln, steht dies der Annahme eines Darlehensgeschäfts und damit eines erlaubnispflichtigen Kreditgeschäfts entgegen. Bei der klassischen Darlehensfinanzierung durch eine nicht in den Erwerbsvorgang eingebundene Bank besteht außer im Falle eines verbundenen Geschäfts (§ 358 BGB) keine Konnexität zwischen dem Anspruch der Bank auf Rückführung des Darlehens und Lieferung der Kaufsache durch den Verkäufer.[12] Es gilt das sogenannte Trennungsprinzip, wonach es sich bei Kauf- und Darlehensvertrag um zwei selbstständige Verträge handelt.[13]

Liquidität gegen Entgelt

Mit anderen Worten: Nimmt der Abnehmer zur Finanzierung seiner Einkäufe ein Darlehen auf und zahlt die Bank dieses unmittelbar an den Lieferanten aus, kann sie vom Abnehmer die Rückzahlung auch dann verlangen, wenn die Kaufsache nicht

9) RGZ 74, 354; BGH, Urteil vom 5.11.1985 – VI ZR 40/84 = NJW 1986, 1166; Grunewald in Erman BGB, 14. Aufl. 2014, § 433 Rn. 14.
10) Oechsler in Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2013, § 929 Rn. 67 ff.
11) Kindl in Bamberger/Roth BGB, Stand 1.8.2015, § 929 Rn. 31.
12) OLG Braunschweig, Urteil vom 13.2.1997 – 2 U 117/96; Möller in Bamberger/Roth BGB, Stand 1.5.2015, § 358 Rn. 1.
13) Kritisch Heermann, AcP 200 (2000), 1, 16 ff.

LeasySOFT pro

Singhammer
a Cassiopae company

LeasySOFT pro ist eine hochmoderne Standardsoftware für Leasingunternehmen und Refinanzierungsbanken

Ihre Vorteile:

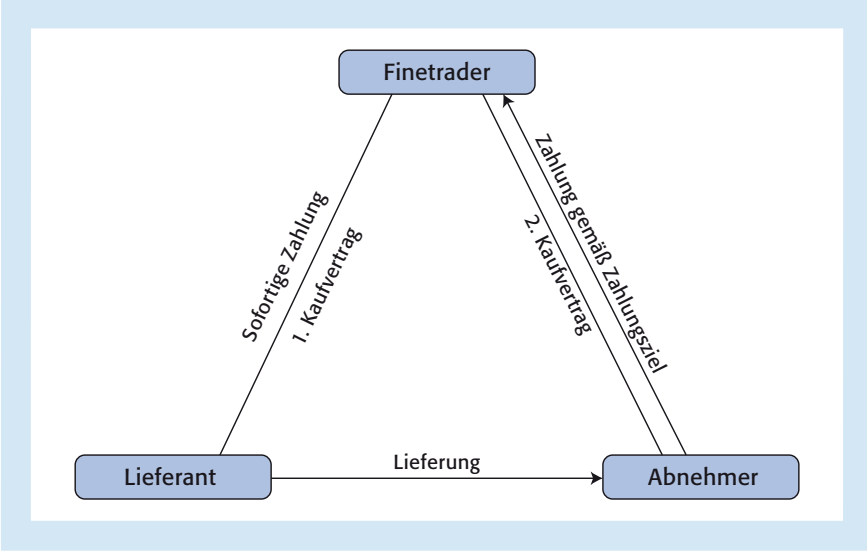
- Erfahrung aus über 150 Installationen in Europa (D, A, CH, CZ, SK und HU)
- Integrierte Schufa- und Creditreformanbindung
- Integrierte Finanzbuchhaltung
- Mehrwährungsfähigkeit
- SEPA mit Mandatsverwaltung
- Flexibles Reporting, IAS, US GAAP, Substanzwert nach BDL-Schema
- Integrierte Web-Lösung – Point of Sale
- Integrierte Immobilien-Lösung
- Kompetente und motivierte Mitarbeiter in Entwicklung und Support

Rufen Sie uns an: + 49 89 74 82 40 22

Singhammer dtSoftware GmbH
Justus Spehr
Schertlinstr. 18
81379 München

justus.spehr@singhammer.de
www.leasysoft.de

Abbildung 1: Rechtsbeziehungen beim Finetrading



Quelle: Eigene Darstellung

geliefert wurde oder der Kaufpreisanspruch anderweitig einredebehaftet ist. Die Bank ist schließlich nicht Adressat der Gewährleistungshaftung.

Ist in der vorliegenden Konstellation hingegen die Kaufsache mangelhaft, kann der Abnehmer diesen Umstand gegen den Zahlungsanspruch des Finetraders einredeweise geltend machen. Zwischen Abnehmer und Lieferant besteht dagegen kein eigenes Rechtsverhältnis mit entsprechenden Rechten und Pflichten. Zwar verhandeln Lieferant und Abnehmer weiterhin die Bedingungen des Geschäfts, doch tritt vor Vertragsschluss der Finetrader dazwischen und schließt den (Kauf-)Vertrag mit dem Lieferanten für eigene Rechnung ab.

Der Finetrader tilgt folglich seine eigene Schuld gegenüber dem Lieferanten. Ebenso gestaltet sich der Übergang des Eigentums, zunächst auf den Finetrader und anschließend auf den Abnehmer, anders als dies bei einer Darlehensfinanzierung der Fall wäre, weshalb die Annahme eines Darlehensvertrages ausscheiden muss.

Einzig der Umstand, dass der Abnehmer und nicht der Finetrader mit dem Lieferanten die Bedingungen des Geschäfts aushandelt, lässt die Einschaltung des Finetraders als „Zwischenhändler“ künstlich und konstruiert erscheinen. Zwischenhändler übernehmen in vertikalen Vertriebsstrukturen in der Regel Vermittlungsaufgaben, wodurch der Leistungsaustausch sowohl für Anbieter als auch für Nachfrager vereinfacht werden soll.[14] Typische Zwischenhändler sind etwa Groß- und Einzelhändler, die dem Hersteller durch ihre guten Kontakte am Markt einen höheren Distributionsgrad bieten können.[15] In diesen Fällen ist aber für die Risikoverteilung zwischen Hersteller, Zwischenhändler und Abnehmer die Übernahme des Absatzrisikos beziehungsweise Weiterverkaufsrisikos durch den Zwischenhändler charakteristisch.[16] Zwischenhändler sind aus diesem Grund gehalten, eine sorgfältige Kalkulation der zu erwartenden Nachfrage und gegebenenfalls der Preisentwicklung vorzunehmen.

Finetrading zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass der Finetrader die Ware auf Weisung des Abnehmers einkauft und sie sogleich an diesen weiterverkauft und so das Absatzrisiko nicht übernimmt. Das Motiv für diesen Umweg liegt augenscheinlich einzig in der zusätzlichen Liquidität, die der Finetrader dem Einkaufsvorgang zuführt. Im Falle des Finetradings agiert der Finetrader also nicht als klassischer (Zwischen-)Verkäufer, da sich dessen Risiko einzig auf das Ausfallrisiko seines Kunden beschränkt und eben nicht zusätzlich auf das Absatzrisiko. Er wird vielmehr lediglich als Intermediär zwischen dem Lieferanten als Verkäufer und Abnehmer als Käufer eingeschaltet mit dem Ziel, Liquidität gegen Entgelt zur Verfügung zu stellen.[17]

Finetrading als Kommissionsgeschäft?

Das Konstrukt erinnert wegen der fehlenden unternehmerischen Freiheiten des Finetraders und dessen begrenzter Risikoübernahme an die Rolle eines Kommissionärs im Rahmen des handelsrechtlichen Kommissionsgeschäfts im Sinne der §§ 383 ff. HGB.

Das Kommissionsgeschäft zeichnet sich dadurch aus, dass sich der Kommissionär vertraglich gegenüber dem Kommittenten verpflichtet, gegen Entgelt Waren oder Wertpapiere im eigenen Namen, aber für Rechnung eines anderen (des Kommittenten) zu kaufen oder zu verkaufen. Wird der Kommissionär mit dem Wareneinkauf beauftragt, spricht man von Einkaufskommission; wird er mit dem Verkauf beauftragt, dementsprechend von Verkaufskommission.[18] Rechtstechnisch handelt es sich dabei um eine spezielle Ausformung des Geschäftsbesorgungsvertrags nach § 675 Abs. 1 BGB. Führt der Kommissionär den Auftrag aus, erlangt er gemäß §§ 396

14) Biegel, Die Rolle von Intermediären (Zwischenhändlern) auf elektronischen Märkten, 2001, S. 2.
15) Griese/Bröring, Marketing Grundlagen, 2011, S. 255.
16) Anders, und für die Funktionsfähigkeit des Vertriebssystems unumgänglich, ist dies im Bereich der Presseerzeugnisse. Hier besteht eine Rücknahmepflicht der Grossisten für nicht verkaufte Exemplare, hierzu etwa Hopt in FS Hadding 2004, S. 443, 444 ff.
17) In Zweifelsfällen entscheidet die BaFin jedoch gemäß § 4 KWG, ob bestimmte Tätigkeiten der Erlaubnispflicht unterfallen. Die Auslegung der BaFin ist für untergeordnete Verwaltungsbehörden bindend.
18) Martinek in Oetker HGB, 4. Aufl. 2015, § 383 Rn. 1.

HGB, 683 BGB einen Anspruch auf Zahlung der Provision sowie Aufwendungsersatz gegen den Kommittenten.

Das Eigentum an der eingekauften Ware hat er an den Kommittenten zu übertragen, § 384 Abs. 2 HGB. Strukturelle Ähnlichkeit weisen Kommission und Finetrading in Bezug auf den Eigentumsübergang auf: Bei der Einkaufskommission erwirbt der Kommissionär das Eigentum nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 929 ff. BGB) und überträgt es sodann, um seine Pflichten aus dem Kommissionsvertrag zu erfüllen, durch ein gesondertes Rechtsgeschäft an den Kommittenten weiter, § 384 bs. 2 HGB.[19]

Möglich ist ferner, das Eigentum durch vorweggenommene dingliche Einigung und vorweggenommenes Besitzkonstitut zu übertragen. Der Kommittent erwirbt dann bereits mit Übergabe des Gutes an den Kommissionär Eigentum. Im Rahmen des Finetradings kommt es im Unterschied zur Kommission zu einer Direktlieferung des Lieferanten an den Abnehmer, wobei der Finetrader aber zwischenzeitlich ebenfalls das Eigentum erwirbt. Er überträgt es dann, um seine Pflichten aus dem Rahmenvertrag zu erfüllen, an den Abnehmer weiter. Die Übergabe an den Finetrader wird durch die weisungsmäßige Direktlieferung an den Abnehmer ersetzt. Dieser erwirbt im Anschluss das Eigentum vom Finetrader nach § 929 Satz 1 BGB. In beiden Konstellationen kommt es also zunächst zum Eigentumserwerb der Mittelsperson, wie schon beschrieben.

Ersatzansprüche

Dagegen ergeben sich rechtstechnische Unterschiede, nimmt man den Aufwendungsersatzanspruch des Kommissionärs gegen den Kommittenten aus §§ 683 BGB, 396 HGB einerseits und den Zahlungsanspruch des Finetraders gegen den Abnehmer andererseits in den Blick. Der Aufwendungsersatzanspruch dient dazu, den Kommissionär für alle angefallenen Aufwendungen zu entschädigen, die er im Rahmen seiner vertraglich geschuldeten Tätigkeit ausführen musste. Davon abgedeckt sind auch die Ausgaben, die zwar nicht objektiv erforderlich und nicht von Anfang an absehbar waren, die der Beauftragte aber bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns für erforderlich halten durfte.[20] Dass der Kommittent regelmäßig ein Einkaufslimit setzen wird, lässt keine andere Beurteilung zu. Denn das Geschäftsvolumen kann sich in dem vorgegebenen Rahmen frei bewegen. Der Ersatzanspruch nach § 683 BGB dient dem Interessenausgleich zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn.[21] Es soll eine weitgehende Freistellung des Beauftragten bewirkt werden, weshalb die Aufwendungen von demjenigen zu tragen sind, in dessen wirtschaftlichen Interesse sie vorgenommen worden sind.[22]

SWISSCONSULT
In Search of Excellence
Menschen verantworten Erfolge.
Deren Suche und Auswahl ist meine Aufgabe.

Wolfgang Damberg
Branchenorientierter Personalberater für Finanzierung, Leasing, Factoring & IT
Martin-Luther-Platz 28 | D-40212 Düsseldorf
Tel. +49 (0)2104 808 99 25
damberg@swissconsult.org

Der Beauftragte muss sich dabei einzig im Rahmen des Vernünftigen halten. Konsequenterweise besteht der Aufwendungsersatzanspruch auch dann, wenn das Geschäft überhaupt nicht zur Ausführung gekommen ist.[23] Anders verhält es sich mit dem Zahlungsanspruch des Finetraders gegenüber dem Abnehmer: Da der Abnehmer weiterhin mit dem Lieferanten die Konditionen des Geschäfts aushandelt, ist von vornherein klar, welchen Betrag der Finetrader vorzufinanzieren hat. Dementsprechend ist sein Anspruch gegen den Abnehmer selbstverständlich determiniert. Scheitert das Geschäft, entsteht kein Zahlungsanspruch des Finetraders. Mit dem gesetzgeberischen Motiv, das den §§ 683 BGB, 396 HGB zugrunde liegt, geht diese Vertragsgestaltung schwerlich zusammen. Eine solche „Festpreisabrede" spricht nach gefestigter Rechtsprechung – im Gegensatz zu einer Provisionsvereinbarung – gegen die Annahme eines Kommissionsgeschäfts.[24] Das vom Finetrader erhobene, der Höhe nach feststehende, Finanzierungsentgelt spricht gegen die Annahme eines Kommissionsverhältnisses und deutet vielmehr auf einen Kaufvertrag hin.[25]

Zwischenbilanz

Die Annahme eines Kommissionsgeschäfts muss – ungeachtet der weitgehend eingeschränkten Handlungsfreiheit des Finetraders – aus den schon genannten Gründen ausscheiden. Ein Darlehensgeschäft liegt wegen der Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen den beteiligten Personen ebenfalls nicht vor. Der Finanzierungseffekt tritt durch das verlängerte Zahlungsziel ein, welches der Finetrader dem Abnehmer im Rahmen des „zweiten" Kaufvertrags gewährt. Nach Ansicht der BaFin und der herrschenden Literatur handelt es sich dabei aber lediglich um einen atypisch ausgestalteten Kaufvertrag, selbst wenn der Finetrader für

19) Martin in Sölch/Ringleb UStG, 7. EL 2015, § 3 Rn. 415.
20) Bergmann in Oetker HGB, 4. Aufl. 2015, § 396 Rn. 18; Häuser in Münchener Kommentar HGB, 3. Aufl. 2013, § 396 Rn. 48.
21) Seiler in Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. 2012, § 683 Rn. 1.
22) BGH, Urteil vom 27.6.1960 – VII ZR 101/59 = NJW 1960, 1568, 1569; Canaris HandelsR, § 30 Rn. 4: „Verlagerung der wirtschaftlichen Belastung auf den Kommittenten".
23) Häuser in Münchener Kommentar HGB, § 396 Rn. 44.
24) BGH, Urteil vom 16.12.1952 – I ZR 29/52 = BGHZ 8, 222, 226; Urteil vom 25.6.2002 – XI ZR 239/01 = NJW-RR 2002, 1344, 1345.
25) St. Rspr., vgl nur BGH, Urteil vom 25.6.2002 – XI ZR 239/01 = ZIP 2002, 1436.

die Stundung ein Entgelt verlangt.[26] Eine andere Bewertung käme nur in Betracht, wenn eine vertragliche Beziehung unmittelbar zwischen Lieferant und Abnehmer bestünde und sich der Finetrader einschaltet, indem er etwa auf Anweisung des Abnehmers dessen Verbindlichkeit begleicht.[27] Die Leistung des Finetraders verwirklicht damit nicht den Tatbestand des erlaubnispflichtigen Bankgeschäfts. Es handelt sich also schlicht um zwei hintereinander geschaltete Kaufverträge (Abbildung 1, Seite 120).

Finetrading als Finanzdienstleistung?

§ 1 Abs. 1a KWG unterstellt Unternehmen, die Finanzdienstleistungen erbringen, ebenfalls der Aufsicht durch die BaFin. Erlaubnispflichtige Tätigkeiten sind in § 1 Abs. 1a Satz 2 Nummern 1 bis 11 KWG aufgezählt. Nach herrschender Auffassung handelt es sich hierbei um einen abschließenden Katalog.[28]

Teilweise lassen sich Unsicherheiten bei der Abgrenzung von Factoring und Finetrading beobachten. So haben doch beide Instrumente das Ziel, einem Einkaufsvorgang Liquidität zuzuführen. Insbesondere das sogenannte Reverse-Factoring dient wie das Finetrading der Vorfinanzierung der Verbindlichkeiten eines Abnehmers gegenüber seinem Lieferanten. Factoring wurde aufgrund seiner wachsenden volkswirtschaftlichen Bedeutung für bankenunabhängige Finanzierungen durch das Jahressteuergesetz 2009[29] als Finanzdienstleistung (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG) dem Erlaubnisvorbehalt unterstellt.[30]

Parallelen zum Factoring

Ein Blick auf die Gesetzesbegründung macht die gesetzgeberische Intention deutlich:

► „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.“[31]

Nach Sinn und Zweck der Regelung, fallen solche Geschäfte nicht unter den Tatbestand des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG, denen keine Finanzierungsfunktion zukommt.[32] Diese ergibt sich in der Regel daraus, dass dem Unternehmen durch den Verkauf seiner noch nicht fälligen Forderungen sofort Liquidität zufließt und es damit seinerseits seine Rechnungen gegenüber seinen Lieferanten bezahlen oder Investitionen tätigen kann, ohne hierfür extra einen Bankkredit aufnehmen zu müssen.[33] Die Finanzierungsfunktion entfällt hingegen beim sogenannten Fälligkeitsfactoring.[34] Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass keine Bevorschussung der Forderung vorgenommen wird.[35]

Der Factor kauft eine bereits fällige Forderung seines Kunden an und zahlt den Gegenwert an diesen aus. Die Leistung des Factors besteht hier einzig in der Übernahme des Forderungseinzugs gegenüber dem Anschlusskunden.[36] Erfolgt dieser Ankauf ohne Regressmöglichkeit, übernimmt also der Factor das Delkredererisiko, fehlt es an der Finanzierungsfunktion, und der Tatbestand des Factorings soll nach ganz herrschender Auffassung nicht anwendbar sein.[37]

Konzeptionell kommt das sogenannte Reverse-Factoring, welches ebenfalls unter den Tatbestand des Factorings fällt,[38] dem Finetrading am nächsten. Wie im Fall des Finetradings geht auch beim Reverse-Factoring die Initiative zum Abschluss des Finanzierungsvertrages vom Abnehmer aus. Darin verpflichtet sich der Factor, die Forderung des Lieferanten vorzufinanzieren. Daraufhin schließen Lieferant und Factor ihrerseits einen Rahmenvertrag, der Ankauf und Abtretung der Forderung des Lieferanten gegen den Abnehmer regelt. Der Factor verpflichtet sich, alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen des Lieferanten gegen den Abnehmer, anzukaufen.

Nachdem der Lieferant an den Abnehmer geliefert hat, erteilt der Abnehmer nach entsprechender Prüfung gegenüber dem Factor eine Auszahlungsbestätigung. Der Factor begleicht daraufhin den Kaufpreisanspruch des Lieferanten unter Abzug von Skonto. Zu dem mit dem Factor vereinbarten Fälligkeitstermin zahlt der Abnehmer wiederum den vollen Betrag an den Factor. Die Differenz zwischen der Zahlung an den Lieferanten unter Anrechnung des Skontos sowie der Zahlung durch den Abnehmer (ohne Skonto) verbleibt üblicherweise beim Factor.

Wie das Finetrading dient auch das Reverse-Factoring der Einkaufsfinan-

26) BaFin-Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts, Stand 8.1.2009, Ziff. 1; Berger in Münchener Kommentar BGB, Vor § 488 Rn. 14; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 1 Rn. 46.
27) BaFin-Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts, Stand 8.1.2009 Ziff. 1.
28) Hessischer VGH, Beschluss vom 14.2.2006 – Az. 6 TG 1447/05; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 1 Rn. 119.
29) BGBl I. 2008 S. 2794.
30) Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 1 Rn. 150a.
31) BGBl I. 2008 S. 2794.
32) Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 1 Rn. 150e.
33) BaFin, Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Factoring, Stand 5.1.2009.
34) Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 1 Rn. 150e.
35) Braunschweig, Grundlagen der Unternehmungsfinanzierung, 2013, S. 119; Martinek in Schimansky/Bunte/Lwowski Bankrechts-Handbuch, § 102 Rn. 23.
36) Bericht des Finanzausschusses vom 26.11.2008 (BT-Drucks. 16/11108 vom 27.11.2008), S. 67.
37) Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 1, Rn. 150e; Moseschus/Wessel in Grieser/Heemann, Bankaufsichtsrecht nach der Finanzmarktkrise, 1. Aufl. 2011, S. 649, 655.
38) Glos/Sester, WM 2009, 1209, 1212.

zierung, indem es dem Abnehmer die Zahlung innerhalb eines verlängerten Zahlungsziels gewährleistet und eine sofortige Befriedigung des Lieferanten sicherstellt (Abbildung 2).[39]

Unterschiede zwischen beiden Instrumenten ergeben sich in Bezug auf die Eigentumslage an dem Einkaufsgut: Findet im Rahmen des Finetradings zumindest ein Durchgangserwerb des Finetraders statt, wie bereits beschrieben, so erlangt der Reverse-Factor zu keinem Zeitpunkt des Geschäftsvorgangs Eigentum an der Ware. Im Unterschied zum Reverse-Factoring kauft der Mittler im Rahmen des Finetradings also nicht die Forderung des Lieferanten gegen den Abnehmer, sondern die Ware selbst. Sein Zahlungsanspruch folgt damit einzig aus dem zwischen ihm und dem Abnehmer abgeschlossenen Kaufvertrag. Anders im Fall des Reverse-Factorings: Hier geht der Finetrader aus abgetretenem Recht gegen den Abnehmer vor. Beide Instrumente verfolgen damit dasselbe Ziel, einen reibungslosen Warenbezug sicherzustellen, folgen dabei jedoch unterschiedlichen dogmatischen Ansätzen.

Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Damit drängt sich die Frage auf, ob der Tatbestand des Factorings einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zugänglich ist und neben dem laufenden Ankauf von Forderungen den Ankauf der Ware selbst umfasst. Im Rahmen des Tatbestands des Finanzkommissionsgeschäfts (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG) wurde eine solche extensive Auslegung lebhaft diskutiert. Der Streit kann aber mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) im Jahr 2008 für erledigt angesehen werden.[40] In dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung zugrunde lag, offerierte die Klägerin interessierten Anlegern die Beteiligung an verschiedenen Portfolios über Index-Zertifikate, die als Namens- oder Inhaberschuldverschreibungen ausgestaltet waren. Die eingenommenen Gelder legte sie in Finanzinstrumenten wie Aktien, Aktienderivaten, Währungsoptionen und Währungsfutures an, aus denen der Index für den Rücknahmewert des Zertifikats ermittelt wurde.

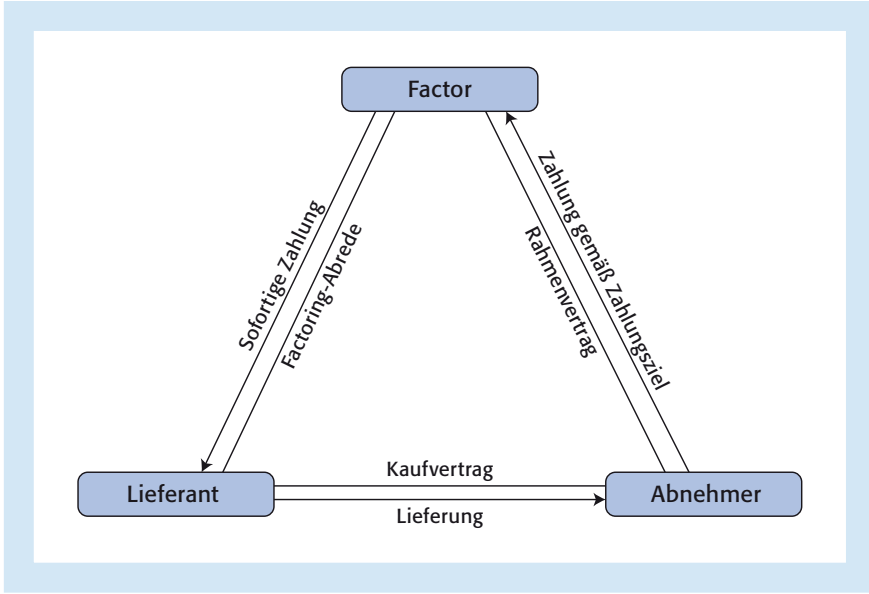
Auf diese Weise wurden die Zertifikatwerte an den Wert des jeweiligen Portfolios gekoppelt. Die BaFin erließ eine Untersagungsverfügung, gestützt auf § 37 Satz 1 KWG, und führte zur Begründung aus, es handele sich bei dieser Tätigkeit um ein erlaubnispflichtiges Finanzkommissionsgeschäft. Die Klägerin handele bei der Anschaffung der Finanzinstrumente im eigenen Namen und – wirtschaftlich gesehen – auf fremde Rechnung.

Dies sei bei maßgeblicher wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits dann der Fall, wenn die materiellen Vor- und Nachteile des Geschäfts nicht den Vertragschließenden, sondern seinen Auftraggeber treffen. Die Risiken der Handelstätigkeit im jeweiligen Portfolio träfen hinsichtlich des in das Portfolio eingezahlten Zertifikatskapitals lediglich die Zertifikatgläubiger und nicht die Klägerin. Streitig war nun, ob der Begriff der Finanzkommission strikt in Anlehnung an den handelsrechtlichen Kommissionsbegriff nach §§ 383 ff. HGB zu verstehen sei und somit eine erweiternde Auslegung im Sinne einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausscheiden musste.

Rechtsprechung

Der Großteil der Literatur und die Rechtsprechung lehnen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Rahmen des Finanzkommissionsgeschäfts ab.[41] Zunächst spreche die begriffliche Nähe des Klammerzusatzes „Finanzkommissionsgeschäft“ für eine Bezugnahme auf die §§ 383 ff. HGB. Zumal die Beschreibung im Tatbestand des § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG starke Ähnlichkeit zu den Merkmalen des handelsrechtlichen Kommissionärs aufweise. Zudem könne der Katalog der erlaubnispflichtigen Geschäfte in § 1 KWG als abschließend betrachtet werden.[42]

Abbildung 2: Rechtsbeziehungen beim Reverse-Factoring



Quelle: Eigene Darstellung

39) Stumpf, BB 2012, 1045, 1051.
40) BVerwG, Urteil vom 27.2.2008 – 6 C 11.07.
41) BVerwG, Urteil vom 27.2.2008 – 6 C 11.07; Dreher, ZIP 2004, 2161, 2162; Hammen, WM 2005, 813, 814; Fock, ZBB 2004, 365, 368; Zerwas/Hanten, ZBB 2004, 44, 47.
42) VG Frankfurt/M., Urteil vom 27.10.2005 – 1 E 1159/05; Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 1 Rn. 119.

Ein Verstoß gegen § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG stellt nach § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG eine Straftat dar.[43]

Eine großzügige Auslegung oder gar analoge Anwendung der erlaubnispflichtigen Tatbestände verbiete sich damit im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.[44] Demgegenüber wenden die Vertreter der Gegenansicht ein, durch geschickte Vertragsgestaltung könnten die Normen des KWG umgangen werden, und so könnten Tätigkeiten angeboten werden, die den in § 1 KWG normierten Handlungsweisen wirtschaftlich entsprechen und eine vergleichbare Gefährdungslage begründen.[45]

Die herrschende Auffassung wendet hiergegen zu Recht ein, dass das KWG keinen Anlegerschutz für jede Art von Vermögensanlagen gewährleisten soll. Der Anlegerschutz dürfe nicht überstrapaziert werden, um keine Totalregulierung herbeizuführen. Seinen gesetzlichen Niederschlag hat dieser Gedanke in § 1 Abs. 3 KWG gefunden, wonach ganze Bereiche, die Vermögensanlagen darstellten, als Katalogtatbestände von der Regulierung ausgenommen sind. Schließlich würde der Tatbestand des Finanzkommissionsgeschäfts zu einem allgemeinen Auffangtatbestand für Geldanlagegeschäfte aller Art, sofern die Gelder der Anleger in Finanzinstrumenten angelegt werden. Nach Ansicht des BVerwG liegt hierin ein systematischer Widerspruch zur Vorschrift des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 3 KWG (Finanzportfolioverwaltung). Der Vergleich beider Tatbestände zeige, dass

► „der Gesetzgeber zwischen der Anschaffung und Veräußerung von Finanzinstrumenten (...) für fremde Rechnung und der Verwaltung (...) in Finanzinstrumenten angelegter Vermögen für andere unterscheidet, obwohl diese beiden Arten von Geschäften darin übereinstimmen, dass ihre wirtschaftlichen Folgen den Kunden treffen."[46]

Die ausgetauschten Argumente lassen sich nahezu identisch auf den Tatbestand des Factorings übertragen: Der Wortlaut lässt im Unterschied zur Finanzkommission keinen ernsten Zweifel daran, dass mit Factoring nur der Kauf beziehungsweise die darlehensweise Überlassung von Forderungen gemeint ist. Zwar könnte auch hier wieder eingewendet werden, ein ähnlicher Finanzierungseffekt könnte durch geschickte Vertragsgestaltung herbeigeführt werden, indem eben nicht die Forderung, sondern der Einkaufsgegenstand selbst angekauft werde. Wird aber im Rahmen eines Kaufvertrags dem Käufer ein verlängertes Zahlungsziel gewährt, handelt es sich wirtschaftlich gesehen ebenfalls um eine Kreditierung. Weder nimmt diese Stundung dem Geschäft seinen Charakter als Kaufvertrag, noch begründet sie die Erlaubnispflichtigkeit nach dem KWG.[47] Schließlich verbietet das strafrechtliche Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG eine erweiternde Auslegung strafbewährter Verbotstatbestände, wie schon beschrieben. Eine Einordnung des Finetradings als Unterart des Factorings im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG muss folgerichtig ausscheiden.[48]

Keine Erlaubnispflichtigkeit

Parallel zu § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG sieht § 34c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Gewerbeordnung (GewO) einen Erlaubnisvorbehalt für die Vermittlung von Darlehensverträgen vor. Prinzipiell steht die gewerberechtliche Genehmigungspflicht selbstständig neben anderen etwaigen Erlaubnispflichten, wie der des KWG.[49] Eine Ausnahme besteht nach § 34c Abs. 5 GewO für Kreditinstitute, die bereits über eine Genehmigung nach § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG verfügen.

Wie aufgezeigt, handelt es sich bei den Rechtsbeziehungen zwischen Lieferant, Finetrader und Abnehmer bereits nicht um Darlehensgeschäfte, weshalb § 34c Abs. 1 GewO nicht Platz greift.

Bedeutung für die Praxis

Finetrading bietet Unternehmen die Möglichkeit, durch Zwischenschaltung eines Intermediärs ihre Einkäufe vorzufinanzieren. Die Liquidität, die der Finetrader dem Einkaufsprozess zuführt, verbunden mit der Gewährung des verlängerten Zahlungsziels gegenüber dem Abnehmer, hat eine ähnliche Finanzierungswirkung wie die Aufnahme eines Bankendarlehens. Der Annahme eines erlaubnispflichtigen Kreditgeschäfts steht jedoch die Ausgestaltung der zwischen den Beteiligten bestehenden Vertragsbeziehungen entgegen. So besteht unmittelbar zwischen Lieferant und Abnehmer keine Vertragsbeziehung.

Finetrading stellt auch keine Finanzdienstleistung im Sinne des § 1 Abs. 1a KWG dar. Es handelt sich dabei nicht um eine Unterart des Factorings gemäß 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG. Insbesondere das sogenannte Reverse-Factoring, welches ebenfalls der Einkaufsfinanzierung dient, unterscheidet sich vom Modell des Finetradings in wesentlichen Aspekten. Finetrading erlaubt nach aktueller Gesetzeslage also die Möglichkeit, eine Einkaufsfinanzierungslösung anzubieten, ohne dabei unter die Aufsicht der BaFin zu fallen, indem der Finetrader schlicht als „unechter" Zwischenhändler eingeschaltet wird. ◄

43) Fischer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler KWG, § 32 Rn. 26.
44) VG Frankfurt/M., Urteil vom 27.10.2005 – 1 E 1159/05 m.w.N.
45) VG Frankfurt/M., Beschluss vom 12.6.2003 – 9 G 955/03 sowie Beschluss vom 19.7.2004 – 9 G 1935/04; Freiwald in Schwintowski, Handbuch Energiehandel, 3. Aufl. 2013, Rn. 1430 ff.; Sahavi, ZIP 2005, 929, 934 ff.; Voge, WM 2007, 1640, 1641 ff.
46) BVerwG, Urteil vom 27.2.2008 – 6 C 11.07.
47) BaFin Merkblatt – Hinweise zum Tatbestand des Kreditgeschäfts, Stand 25.4.2014.
48) Dass die BaFin entgegen der hier vertretenen Auffassung eine extensive wirtschaftliche Auslegung wählt, ist gleichwohl nicht auszuschließen. Vgl. für die Fälle des Einlagengeschäfts: OLG Nürnberg, Beschluss vom 5.12.2014 – Az. 14 W 2263/14; LG Hamburg, Urteil vom 16.1.2013 – 332 O 72/12.
49) Schönleiter, GewArch 2004, 57, 58.