

## „Banken“-Aufsicht über Leasing- und Factoringgesellschaften

Leasing- und Factoringgesellschaften unterlagen bislang nicht der Bankenaufsicht. Zwar beinhalten das „Finanzierungs-Leasing“ und das Factoringgeschäft eine echte Finanzierungsfunktion, doch verfügen diese Gesellschaften über keine Kundeneinlagen und unterliegen somit nicht den hohen Gläubigerschutzanforderungen der Kreditinstitute. Auch haben sie bislang nie zu einer Instabilität des Finanzkreislaufes geführt. Zusammen mit dem Jahressteuergesetz 2009 wurde nun allerdings eine Änderung des Kreditwesengesetzes (KWG) beschlossen.<sup>1)</sup> Diese führt dazu, dass Leasing- und Factoringgesellschaften einer eingeschränkten Aufsicht durch die Bundesanstalt für die Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) unterliegen.

Damit wird einerseits deren gestiegenen Bedeutung als Finanzierungsalternative des Mittelstandes Rechnung getragen. Andererseits wird die bestehende Doppelbesteuerung des Refinanzierungsaufwandes bei der Gewerbesteuer durch eine Erweiterung des Gewerbesteuerprivilegs nach § 19 GewStDV (Bankenprivileg) auf Leasing- und Factoringgesellschaften beseitigt.

### Gewerbesteuerliche Gleichstellung und Anwendungsbereich

Das Unternehmenssteuergesetz 2008 änderte unter anderem die gewerbesteuerlichen Regelungen der Hinzurechnung (§ 8 GewStG), sodass der Zinsanteil aus Mieten, Pachten, Leasingraten und der Forfaitierung der Gewerbesteuer unterworfen wurden, was eine faktische Doppelbesteuerung zur Folge hatte. Kunden mussten diesen Finanzierungsanteil nun der Gewerbesteuer hinzurechnen, und bei Leasing- und Factoringgesellschaften unterlag der Refinanzierungsaufwand ebenfalls (anteilig) der Gewerbesteuer. Um diese Ungleichbehandlung gegenüber Kreditinsti-

tuten, die ein entsprechendes Gewerbesteuerprivileg genießen und eine damit einhergehende potenzielle Wettbewerbsverzerrung zwischen den verschiedenen Finanzierungsalternativen zu beseitigen, wurde mit dem Jahressteuergesetz 2009 (JStG 2009) eine Ausdehnung des Bankenprivilegs (§ 19 GewStDV) beschlossen. Im Gegenzug werden jetzt Leasing- und Factoringgesellschaften einer eingeschränkten Beaufsichtigung unterworfen. Leasing- und Factoringgesellschaften werden zukünftig als Finanzdienstleistungsinstitut klassifiziert, soweit sie Geschäfte mit Finanzierungscharakter betreiben. Diese werden als erlaubnispflichtige Geschäfte eingeordnet.

Für Gesellschaften, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bereits tätig

*Marijan Nemet, Partner, und Lars Marcel Hansen, Senior Manager im Bereich Financial Services, beide Deloitte & Touche GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Frankfurt am Main*

*Für Deutschland mag die Beaufsichtigung der Leasing- und Factoringbranche durch die Bankenaufsicht neu sein, im europäischen Ausland wird eine am Finanzierungscharakter und den Basel-II-Anforderungen orientierte Aufsicht schon praktiziert. Insgesamt werten die Autoren die Ende vergangenen Jahres beschlossene KWG-Änderung als eine vergleichsweise moderate, weitgehend an den Branchenbesonderheiten ausgerichtete Umsetzung. Ein angemessener und verantwortungsvoller Umgang mit den MaRisk und deren damit verbundenen Ermessens- und Gestaltungsspielräumen können ihrer Ansicht nach zu einer Weiterentwicklung der bereits bestehenden Instrumente zur Unternehmenssteuerung im Leasing- und Factoringgeschäft beitragen. (Red).*

sind, sehen die Übergangsvorschriften (§ 64j KWG) eine weitgehend formlose Anzeige<sup>2)</sup> bei der BaFin bis zum 31. Januar 2009 vor (vereinfachtes Verfahren ohne materielle Prüfung). Für kleine Gesellschaften (§ 267 HGB) gilt eine Frist bis zum 31. Dezember 2009. Diese fristgerechte Anzeige (§ 36 Abs. 3 GewStDV) ist Voraussetzung für die gewerbesteuerliche Begünstigung, die grundsätzlich rückwirkend ab dem 1. Januar 2008 gilt.

In deren Genuss kommen allerdings nur Unternehmen, die „nachweislich ausschließlich“ Geschäfte mit Finanzierungscharakter betreiben. Dazu gehören zum Beispiel Leasinggesellschaften, die ausschließlich Finanzierungsleasingverträge abschließen. Unternehmen, die neben dem Finanzierungsleasing auch das Vermietgeschäft tätigen oder Factoring ohne Übernahme des Delkredererisikos des Factors (Fälligkeitsfactoring) betreiben, sind hiervon ausgeschlossen. Sie unterliegen jedoch der Beaufsichtigung durch die BaFin. Hier von sind nur solche Unternehmen ausgenommen, die zum Beispiel ausschließlich Operating-Leasing-Geschäfte betreiben.

### Begriff „Finanzierungsleasing“

Um den Begriff Finanzierungsleasing abzugrenzen, kann auf das BaKred-Schreiben vom 10. März 1999 zurückgegriffen werden: Danach handelt es sich bei Finanzierungsleasing um Verträge, bei denen die Gefahr des Untergangs des Leasinggegenstandes auf den Leasingnehmer übertragen wird. In diesen Fällen überwiegt der Finanzierungscharakter gegenüber der Nutzungs- oder Sachüberlassung. Das BaKred-Schreiben enthält darüber hinaus weitere Anhaltspunkte für die Klassifizierung derartiger Finanzierungsleasingverträge. Danach fallen unter anderem alle Vollamortisationsverträge, alle Sale- and Lease-Back-Ver-

träge sowie alle Verträge mit Andienungsrechten und Mietkaufverträge unter die Neuregelungen.

Neben der Abgrenzung des Finanzierungsleasings ist die steuerliche Einordnung leasingtypischer Serviceleistungen, wie der Abschluss von Versicherungsverträgen oder die Veräußerung des Leasingobjekts am Vertragende, derzeit noch mit Unsicherheiten behaftet. Laut der Regierungsbegründung stehen derartige leasingtypische Hilfs- und Nebengeschäfte dem steuerlichen „Ausschließlichkeitsgebot“ im Grundsatz nicht entgegen. Allerdings wird dies jeweils nach den Verhältnissen im Einzelfall zu würdigen sein. Das Bundesministerium der Finanzen wurde aufgefordert zusammen mit den Ländern die Begriffe Hilfs- und Nebengeschäft zu konkretisieren, um zu einer weiteren Rechtssicherheit beizutragen.

Factoringgeschäfte sind unabhängig, ob sie neben der reinen Finanzierungsfunktion (unechtes Factoring) auch die Delkrederefunktion (sogenanntes echtes Factoring) übernehmen, gewerbesteuerlich privilegiert. Lediglich das sogenannte Fälligkeitsfactoring wird nicht als Finanzdienstleistung (§ 1 Abs. 1a Nr. 9 KWG) klassifiziert, da nicht die Finanzierungsfunktion, sondern Dienstleistungs- und Delkrederefunktion im Vordergrund stehen.

Der geplante Regelungsbereich des Factoringgeschäfts bezieht sich auch auf den regelmäßigen Ankauf von Forderungen auf der Grundlage von Rahmenverträgen. Nicht in den Definitionsbereich des Factoringgeschäfts fallen danach auch Zweckgesellschaften (§ 1 Abs. 26 KWG). Die Gesetzesbegründung stellt in diesem Zusammenhang klar, dass bei revolvingenden ABS-Transaktionen das Kriterium eines laufenden Ankaufs auf der Grundlage von Rahmenverträgen (§ 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 9 KWG) nicht erfasst wird.

### Aufsichtsrechtliche Neuregelungen im Überblick

Art und Umfang der Beaufsichtigung durch BaFin und Bundesbank sind im KWG systematisch mit dem Risikogehalt der verschiedenen Geschäftsarten sowie mit der jeweiligen Unternehmensdefinition (§ 1 Abs. 1 KWG) verknüpft. Nachdem Leasing- und Factoringgesellschaften zukünftig als Finanzdienstleistungsinstitut klassifiziert werden, orientiert sich der Regelungsum-

**Abbildung 1: Überblick über die wesentlichen, von Leasing- und Factoringgesellschaften zu beachtenden Bestimmungen des KWG**

Wesentliche Aufsichtsnormen		KI	FDI	Leasing- und Factoringgesellschaften
§§ 10ff KWG	Eigenmittel / SolvV	x	x	-
§§ 11ff KWG	Liquidität / LiqV	x	x	-
§§ 13ff KWG	Großkredite	x	x	-
§ 14 KWG	Millionenkredite	x	x	-
§ 18 KWG	Kreditunterlagen	x	-	-
§ 24 KWG	Anzeigepflichten	x	x	x
§ 25 KWG	Monatsausweise	x	x	-
§ 25a KWG	Organisatorische Pflichten einschließlich MaRisk	x	x	x
§ 26 KWG	Vorlagepflichten und Jahresabschlussprüfung (§ 340k HGB)	x	x	x
§ 32 KWG	Erlaubniserteilung	x	x	x
§ 1 Abs. 2, § 2c i. V. m. § 33 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis Nr. 4 KWG	Zuverlässigkeit der Geschäftsleiter und der Inhaber bedeutender Beteiligungen	x	x	x
§§ 44 bis 44c sowie § 45b und 45 KWG	Auskünfte und Prüfungen sowie Maßnahmen bei organisatorischen Mängeln und bei Gefahr	x	x	x
§§ 24c, 25a Abs. 1 Satz 4 KWG i. V. m. § 1 Abs. 2 GwG	Vorschriften zur Geldwäscheprävention	x	x	x

fang weitgehend an den Anforderungen für Kreditkarteninstitute und damit an der niedrigsten Stufe der aktiven Beaufsichtigung.

Zu den Kernpunkten einer eingeschränkten Aufsicht der Leasing- und Factoringunternehmen zählen die generelle Erlaubnispflicht, die Erfüllung verschiedener aufsichtsrechtlicher Anzeige- und Meldepflichten sowie die Umsetzung der organisatorischen Pflichten in Verbindung mit den Mindestanforderungen an ein Risikomanagementsystem (MaRisk). Daneben ergeben sich erweiterte Pflichten bei der Erstellung und Prüfung von Jahresabschlüssen.

Leasing- und Factoringgesellschaften unterliegen, obwohl sie zukünftig als Finanzdienstleistungsinstitute klassifiziert werden, aufgrund der Ausnahmvorschrift (§ 2 Abs. 7 KWG), keinen Mindesteigenkapitalanforderungen. Unmittelbar daran angeknüpft ist die Befreiung von der Solvabilitätsverordnung (SolvV) und der Anzeigepflicht von Großkrediten (§ 13 KWG). Ebenfalls nicht anwendbar sind die Anforderungen nach § 11 KWG in Verbindung mit der Liquiditätsverordnung (LiqV) sowie der Vorschriften über die Offenlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Kredit-

nehmer (§ 18 KWG). Die Einreichung von Monatsausweisen (§ 25 KWG) bei der Deutschen Bundesbank entfällt ebenfalls.

### Wesentliche formale Anforderungen

Zu den wesentlichen verbleibenden formalen Anforderungen gehören:

#### Millionenkreditanzeigen nach § 14 KWG:

Entsprechend der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers sollte ebenso wie für Kreditinstitute auch für Leasing- und Factoringgesellschaften zukünftig die Verpflichtung bestehen, Kunden beziehungsweise Kundengruppen mit einer Verschuldung von mehr als 1,5 Millionen Euro gemäß § 14 KWG an die Evidenzzentrale der Deutschen Bundesbank zu melden. Grundlage für die Meldung, die vierteljährlich erfolgt, bildet der Kreditbegriff nach § 19 KWG. Entgegen der ursprünglichen Überlegungen wurde diese Anforderung jedoch nicht in den aktuellen Gesetzestext übernommen, sodass derzeit für Leasing- und Factoringgesellschaften keine entsprechende Verpflichtung zur Anzeige von Millionenkrediten nach § 14 KWG besteht.

**Anzeigepflichten nach § 24 KWG:** Die Anzeigepflichten nach § 24 KWG umfassen

im Wesentlichen Veränderungen im Kreise der Geschäftsleiter, der Rechtsform und des Sitzes sowie den Erwerb oder die Aufgabe von Beteiligungen an anderen Instituten. Die Anzeigepflichten stellen die betreffenden Gesellschaften in der Regel vor keine größeren organisatorischen Herausforderungen.

**Erlaubniserteilung nach § 32 KWG:** Während für bestehende Gesellschaften bei einer Einreichung der fristgerechten Anzeigen die Erlaubniserteilung ohne materielle Prüfung erfolgt, unterliegen neue Gesellschaften dem üblichen Zulassungsverfahren gemäß § 32 KWG. Dazu gehören unter anderem die Vorlage von tragfähigen Geschäftsmodellen, eine Darstellung der geplanten Struktur und des Risikomanagementsystems sowie ein Nachweis über die Zuverlässigkeit und Qualifikation des Geschäftsleiters.

**MaRisk für Leasing- und Factoringgesellschaften**

**Informationsrechte und Prüfungsrechte nach §§ 44 ff KWG:** Die BaFin hat aufgrund der Regelungen des § 44 KWG zukünftig auch gegenüber Leasing- und Factoringgesellschaften umfassende Informations- und Auskunftsrechte. Sie kann routinemäßig, aber auch anlassbezogene Sonderprüfungen veranlassen, die Inhaber bedeutender Beteiligungen umfassen können.

Einen unter Umständen größeren organisatorischen Umsetzungsaufwand erfordern die im Wesentlichen qualitativen Anforderungen an die Organisation des Geschäftsbetriebs (§ 25a KWG). Diese Anforderungen werden durch die „Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ (MaRisk) konkretisiert. Mit diesen verfolgte die BaFin das Ziel, wesentliche Elemente der qualitativen Aufsicht, die sich aus der zweiten Säule der Neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II) ergeben, in nationale Vorgaben umzusetzen.

Herzstück der MaRisk sind neben einer angemessenen Dokumentation der Geschäfts- und Risikostrategie vor allem geeignete Risikomanagementprozesse zu Steuerung und Überwachung der Adressenausfallrisiken (einschließlich der Objektisiken), der Marktpreisrisiken, der Liquiditätsrisiken und der operationellen Risiken. Die Gestaltung und Umsetzung dieser Anforderungen hat unter Beachtung von Art und Umfang der Geschäftstätigkeit sowie unter Würdigung des jeweiligen, unternehmensspezifischen Risikoprofils zu erfolgen.

In der Regel verfügen Leasing- und Factoringgesellschaften bereits seit längerem über ein umfassendes Instrumentarium zur Risikosteuerung. Hier kommt es vor allem darauf an, bestehende Instrumente angemessen zu strukturieren und zu dokumentieren. Die MaRisk enthalten Ermessens- und Gestaltungsspielräume, die verantwort-

ungsvoll und adäquat genutzt werden sollten, um einer „an den betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten“ orientierte Umsetzung gerecht zu werden. Dazu gehört auch die in den MaRisk verankerte und sehr weitgehende Möglichkeit des Co- und Outsourcings von Leistungen, zum Beispiel der Internen Revision.

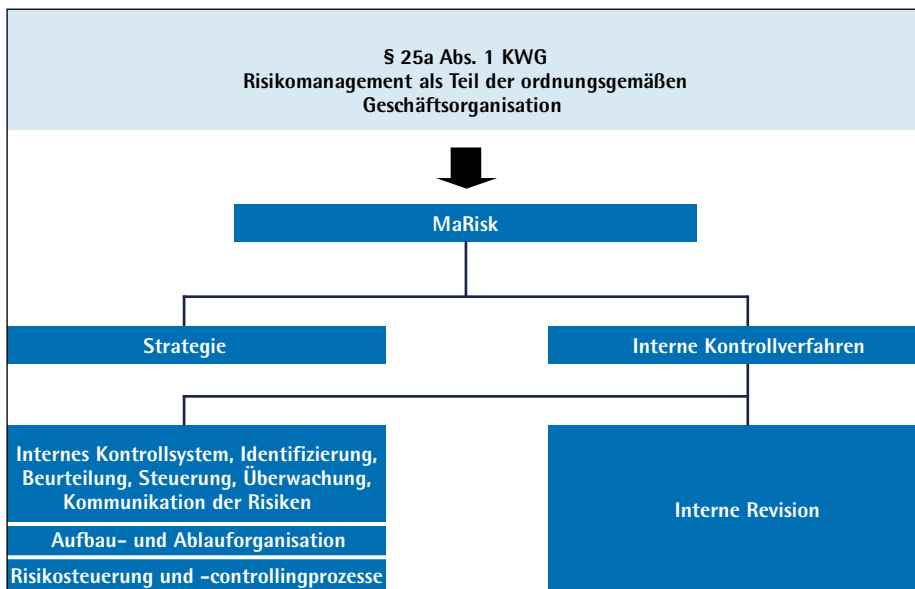
**Aufsicht von Objektgesellschaften auf Ebene der verwaltenden Einheiten**

Im laufenden Gesetzgebungsverfahren wurde deutlich, dass die Umsetzung der MaRisk auf Ebene der einzelnen Objektgesellschaften diese verwaltungstechnisch vor enorme Probleme stellen würde. Objektgesellschaften werden in der Regel für einen einzigen Zweck, wie zum Beispiel die Finanzierung großvolumiger Leasingobjekte wie Flugzeuge oder Immobilien aus haftungsrechtlichen Gründen als gesonderte Einzelgesellschaft gegründet. Diese verfügen meist über kein Personal, keinen eigenen Marktauftritt und sind organisatorisch häufig in übergeordnete Immobilienleasinggesellschaften eingebunden. Letztere übernehmen die gesamten Geschäftsaktivitäten und -organisation. Immobilienleasinggesellschaften betreuen teilweise über Hunderte von Objektgesellschaften. Vor diesem Hintergrund wäre eine gesonderte Aufsicht auf Ebene der Einzelgesellschaft weder praktikabel gewesen noch hätte sie den erhofften Informationsgewinn gebracht.

Die Beaufsichtigung wurde auf die Ebene der verwaltenden Unternehmen gehoben. Dies setzt allerdings keinen Konzernverbund im bilanzrechtlichen Sinne voraus. Das heißt konzernfremde, nachgeordnete Objektgesellschaften gelangen in den Genuss der Anwendung des § 19 Gewerbesteuer-Durchführungsverordnung (GewStDV), da sich die aufsichtsrechtliche Erfassung der jeweils verwaltenden Obergesellschaft auch auf die nachgeordneten Objektgesellschaften erstreckt.

Im Rahmen der Gesetzesbegründung wird auch darauf verwiesen, dass Objektgesellschaften aus wirtschaftlichen Betrachtungsweisen heraus initiiert werden, sodass damit auch klargestellt sein dürfte, dass sich die Definition des Begriffes „Objektes“ von der steuerlich engeren Auslegung insoweit unterscheidet, als eine unter betriebswirtschaftlichen Aspekten erforderliche Zusammenfassung einzelner Vermögens-

**Abbildung 2: Qualitative Anforderungen an die Organisation des Geschäftsbetriebs**



gegenstände in einer Objektgesellschaft aufsichtsrechtlich zulässig sein sollte.

### Folgewirkungen für andere Regelungsbereiche

Bereits in der Vergangenheit waren Leasinggesellschaften verpflichtet, angemessene Maßnahmen zur Geldwäscheprävention einzurichten. Im Zusammenhang mit der Umsetzung der dritten EU-Richtlinie wurde das Geldwäschegesetz zum 21. August 2008 geändert. Zielsetzung ist ein stärker risikoorientiertes Geldwäschepräventionssystem, das aus einer institutseigenen Gefährdungsanalyse abgeleitet wird. Art und Umfang der internen Sicherungsmaßnahmen sollen sich am individuellen Risikogehalt der Gesellschaft orientieren und dem Know-Your-Customer-Prinzip stärkere Rechnung tragen.

Mit den KWG-Neuregelungen unterliegen Leasing- und Factoringgesellschaften ergänzend zum GwG nun auch den umfassenden Anforderungen des § 25a Abs. 6 KWG. Dieser schreibt vor, dass Institute über angemessene geschäfts- und kundenbezogene Sicherungssysteme gegen Geldwäsche verfügen müssen. Marginale Erleichterungen, die ursprünglich vorgesehen waren, zum Beispiel der Verzicht auf die Bestellung eines Geldwäschebeauftragten, entfallen damit.

Zur besseren praktischen Umsetzung des GwG haben Leasinggesellschaften in der Vergangenheit in Abstimmung mit dem Bundesministerium des Inneren (BMI) Anwendungsempfehlungen entwickelt und berücksichtigt, die sich an den Regelungen für Absatzfinanzierer orientieren. Diese sehen für Teilbereiche eine vereinfachte Umsetzung des GwG vor. So konnten Leasinggesellschaften zum Beispiel bei Zahlungen im Lastschriftverfahren auf eine erneute Identifizierung des Kunden verzichten.

Die Erleichterungen wurden unter anderem damit begründet, dass das Risiko des Missbrauchs für Geldwäsche bei Leasing aufgrund der Dreiecksbeziehung zwischen Händler, Kunde und Leasinggesellschaft tendenziell als gering anzusehen ist. Inwieweit die unter Risikogesichtspunkten und damit auch im Hinblick auf die Zielsetzung der 3. EU-Richtlinie zweckmäßige Anwendungsrichtlinie weiterhin angewandt werden kann, bleibt abzuwarten.

### Anforderungen an die Prüfung

Als Finanzdienstleister unterliegen Leasing- und Factoringgesellschaften aufgrund der Gesetzesänderung denselben Anforderungen an die Erstellung und Prüfung der Jahresabschlüsse (§ 26 KWG in Verbindung mit § 340ff HGB) wie Kreditinstitute. Das bedeutet, dass der Jahresabschluss innerhalb von drei Monaten aufgestellt sowie bis zum Ablauf von fünf Monaten von einem Wirtschaftsprüfer geprüft und der BaFin und der Bundesbank vorgelegt werden muss. Die Aufsicht ist auf der Grundlage des § 30 KWG zukünftig auch berechtigt, bei Bedarf bestimmte Prüfungsinhalte und/oder Prüfungsschwerpunkte für die Jahresabschlussprüfung vorzugeben. Die Bestellung des Abschlussprüfers ist der BaFin und der Deutschen Bundesbank anzuzeigen.

Die Berichterstattung hat unter Berücksichtigung der Anforderungen der Prüfungsberichtsverordnung für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute (PrüfbV) zu erfolgen. Die PrüfbV sieht unter anderem eine Überprüfung und umfassende Ausföhrungen zur Angemessenheit des Geldwäschepräventionssystems sowie zum Risikomanagementsystem vor. Wie dies im Einzelnen umzusetzen ist, wurde bislang ebenso wie die Anforderungen aus der Umsetzung der Rechnungslegungsverord-

nung für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute (RechKredV) noch nicht abschließend diskutiert. Dies erschwert in der Praxis eine schnelle Umsetzung dieser Regelungen. Unabhängig davon stellen diese erweiterten Anforderungen die Leasing- und Factoringbranche, aber auch die Jahresabschlussprüfer, die keine Erfahrungen in diesem Bereich haben, vor neue Herausforderungen.

### Moderate Umsetzung

Der Blick nach Europa zeigt, dass das Leasing- und Factoringgeschäft dort bereits seit mehreren Jahren einer vergleichbaren Beaufsichtigung unterworfen wird. Die Aufsicht orientiert sich dabei ebenfalls am Finanzierungscharakter dieser Geschäfte sowie in weiten Teilen an den Anforderungen von Basel II. Deutschland ist hier eine vergleichsweise moderate, weitgehend an den Branchenbesonderheiten ausgeglichene Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Regelungen gelungen.

Ein angemessener und verantwortungsvoller Umgang mit den MaRisk und deren damit verbundenen Ermessens- und Gestaltungsspielräumen kann sogar zu einer Weiterentwicklung der bereits bestehenden Instrumente zur Unternehmenssteuerung im Leasing- und Factoringgeschäft beitragen. Aufseiten der Refinanzierungspartner und der Ratingagenturen kann dies zu einem weiten Vertrauensgewinn in die bisher bereits sehr erfolgreichen Geschäftsmodelle führen, beziehungsweise ist im Hinblick auf die aktuelle Refinanzierungssituation gegebenenfalls sogar eine wichtige Voraussetzung für eine weiterhin positive Entwicklung dieser Branchen. Gleichwohl bleibt abzuwarten, wie sich die steuerlichen Unsicherheiten im Zusammenhang mit der Definition des Finanzierungsleasings und das damit verbundene Ausschließlichkeitsgebot sowie die Abgrenzung der sogenannten Hilfs- und Nebengeschäfte auf die deutsche Leasingbranche auswirken wird.

### Fußnote

<sup>1)</sup> Bundesratsbeschluss 19. Dezember 2008; Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt am 24. Dezember 2008.

<sup>2)</sup> Bezüglich der Anforderungen vgl. BaFin: 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) vom 23. Dezember 2008.