

# Factoring-Recht – Gesetzgebungsverfahren und Urteile

## Aktueller Stand, Rückblick und Ausblick

DR. STEFAN KRÜGER, WOLF STUMPF

Das Jahr 2017 war ein für die Factoring-Branche ereignisreiches Jahr. Der Gesetzgeber hat diverse Gesetzgebungsverfahren abgeschlossen. Ausgewählte Gesetzgebungsverfahren sollen – ebenso wie ausgewählte Urteile – im Folgenden dargestellt werden. Gesetzliche Änderungen haben sich vor allem im Insolvenzrecht und der Regulatorik ergeben oder stehen unmittelbar bevor. Der Beitrag gibt dazu eine Zusammenfassung. (Red.)

Beginnend mit dem Insolvenzrecht sind die insolvenzrechtlichen Entwicklungen zunächst von der Reform des Anfechtungsrechts geprägt. Am 15. Februar 2017 hatte der Bundestag den „Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ beschlossen.<sup>1</sup> Der Bundesrat hat diesem Entwurf am 10. März 2017 zugestimmt.

Die damit verbundenen Änderungen und deren Auswirkungen auf Factoring und Leasing wurden bereits

im vergangenen Jahr dargestellt.<sup>2</sup> Zur Verdeutlichung sind die wesentlichen Änderungen in der Abbildung 1 (Seite 104) zusammengefasst, auf die wesentlichen Punkte und deren Entwicklung in der Rechtsprechung wird nachfolgend themenbezogen eingegangen.

### Regelung zur Ratenzahlung

Nach § 133 Absatz 3 Satz 2 Insolvenzordnung (InsO) gilt Folgendes: „Hatte der andere Teil mit dem

Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“

Diese Regelung geht auf teils ausufernde Anfechtungen bei dem (bloßen) Vorliegen von Ratenzahlungsvereinbarungen zurück, die jedenfalls zunächst von der Rechtsprechung „gedeckt“<sup>3</sup> wurden, auch wenn der Bundesgerichtshof (BGH) später entschied, dass allein die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners sei, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält.<sup>4</sup> Letzteres ist beim Factoring beim Debitoreneinzug regelmäßig der Fall; die vorstehend aufgeführte Entscheidung des BGH aus 2015 betraf exakt diese Konstellation.

Die neue Vermutungsregelung hat zur Folge, dass der Insolvenzverwalter nicht nur die Kenntnis des Anfechtungsgegners darlegen und beweisen muss (was auch bisher galt, jedoch von der Rechtsprechung namentlich durch mannigfaltige Vermutungsregelungen begünstigt wurde), sondern die Nichtkenntnis des Anfechtungsgegners widerlegen muss, was die Schwelle der Darlegungs- und Beweislast erheblich erhöht.<sup>5</sup> Dieser gesetzgeberischen Wertung ist Folge zu leisten; auf anderweitige Vermu-

#### DIE AUTOREN:

Dr. Stefan Krüger,  
Düsseldorf,



Quelle: Mütze Korsch

ist Rechtsanwalt und Partner bei der Mütze Korsch Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind das Finanzierungs- und Insolvenzrecht. In finanzierungsrechtlichen Fragen berät er vor allem Factoring- und Leasing-Gesellschaften sowie Kreditversicherer.

E-Mail: [krueger@mkg.com](mailto:krueger@mkg.com)

Wolf Stumpf,  
Frankfurt am Main,



Quelle: Noerr LLP

ist Rechtsanwalt und Partner der internationalen Sozietät Noerr LLP. Zu seinen Schwerpunkten zählen unter anderem Bank- und Prozessrecht, Compliance und Geldwäscheprävention. Seit 1999 bei der europäischen Wirtschaftskanzlei verantwortet er die Beratung von Factoring-Unternehmen.

E-Mail: [wolf.stumpf@noerr.com](mailto:wolf.stumpf@noerr.com)

1) BT-Drs. 18/11199.  
2) Krüger, FLF 2017, 131.  
3) Vgl. BGH, NZI 2013, 140.  
4) Vgl. BGH, BeckRS 2015, 07653.  
5) Vgl. auch Raupach, BeckOK InsO, Fridgen/Geiwitz/Göpfert, 8. Edition Stand: 31. Oktober 2017, § 133 InsO Rn. 30.1.

Abbildung 1: Änderungen des Insolvenzanfechtungsrechts im Überblick

§ 133 Abs. 2 InsO	regelmäßig Verkürzung des Anfechtungszeitraums der Vorsatzanfechtung von zehn Jahren auf vier Jahre
§ 133 Abs. 3 Satz 1 InsO	Eingrenzung der gesetzlichen Vermutungsregelung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO auf die Kenntnis der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit
§ 133 Abs. 3 Satz 2 InsO	negative Vermutungsregelung über die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit im Falle einer Zahlungsvereinbarung
§ 142 Abs. 1 InsO	Einführung der sogenannten Unlauterbarkeit
§ 142 Abs. 2 Satz 1 InsO	Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs
§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO	Einschränkung der Verzugszinsen auf gesetzliche Regelungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 BGB

Quelle: Dr. Stefan Krüger, Mütze Korsch Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

tungsregelungen kann nicht (mehr) abgestellt werden.

### Unlauterbarkeit bei Bargeschäften

Neu eingeführt wurde eine sogenannte „Unlauterbarkeit“ mit § 142 Absatz 1 InsO: „Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.“

Zu dem Begriff „unlauter“ findet man längere Ausführungen in der Begründung des Regierungsentwurfs vom 29. September 2015.<sup>6</sup> Auf diese ist im Rahmen der Auslegung in jedem Fall abzustellen.

Im Ergebnis ist die positive Erkenntnis und Kenntnis des Anfechtungsgegners von einem „besonderen Unwert“, regelmäßig im Sinne einer gezielten Benachteiligung von Gläubigern, erforderlich.<sup>7</sup> Konsequenz dessen ist, dass es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommen muss, die übrigen Gläubiger gezielt zu schädigen,

was nicht der Fall ist, wenn es dem Schuldner mehr auf die Erfüllung seiner Vertragspflichten als auf die Schädigung der übrigen Gläubiger ankommt.<sup>8</sup>

Mithin sind ganz erhebliche Hürden zu überwinden, die auf einen „Unrechtscharakter“ im Handeln des Anfechtungsgegners – und nicht des Schuldners – und dessen Kenntnis abzielen müssen.<sup>9</sup> Es muss sich um absolute Ausnahmefälle handeln.<sup>10</sup>

Zudem dürfte mit dem Merkmal der Unlauterbarkeit eine Wiederbelebung der Rechtsprechung des BGH zu § 31 Konkursordnung erfolgen.<sup>11</sup>

Dort bejahte der Bundesgerichtshof eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners bei kongruenten Deckungsgeschäften nur dann, wenn ein unlauteres Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger vorlag.<sup>12</sup> Hierfür sprechen auch Ausführungen von Ministerialbeamten bei Vorträgen, was wiederum im Rahmen der historischen Auslegung zu berücksichtigen ist.

In jedem Fall trägt der Verwalter die Darlegungs- und Beweislast für

das unlautere Handeln des Anfechtungsgegners und dessen Kenntnis.<sup>13</sup>

Daher dürfte die Anfechtung jedenfalls bei Bargeschäften in Zukunft nahezu ausgeschlossen und nur noch in absoluten Ausnahmefällen möglich sein.<sup>14</sup> Erforderlich wäre dann, dass es dem Schuldner nachweislich vorrangig auf die Schädigung anderer Gläubiger ankam.<sup>15</sup> Gleiches gilt für den barge-schäftsähnlichen Leistungsaustausch.<sup>16</sup>

Beim Factoring betrifft dies vor allem den laufenden Forderungserwerb beim Factoring gegen vertragsgemäße Gutschrift des jeweiligen Forderungskaufpreises („Forderung gegen Auszahlung“).<sup>17</sup>

### Zum „Mühlen-Fall“

Der Gesetzgeber hat das BGH-Urteil vom 12. Februar 2015<sup>18</sup> im

6) Regierungsentwurf vom 29. September 2015, dort auf S. 18 f. zu Nummer 3 4 (§ 142 InsO-E).

7) Krüger, FLF 2017, 131, 134; Krüger, in: Krüger, Handbuch Factoringrecht, 2017, § 5 Rn. 331; vgl. auch; Kindler/Blitzer, NZI 2017, 369, 375; Riggert, in: Braun, InsO, 7. Auflage 2017, § 142 Rn. 24 sowie Schoon, in: BeckOK InsO, Fridgen/Geiwitz/Göpfert, 8. Edition Stand: 31. Oktober 2017, § 142 Rn. 22.

8) Vgl. Riggert, aaO., § 142 Rn. 23 m.w.N.

9) Krüger, FLF 2017, 131, 134; vgl. auch Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, 33. EL September 2017, § 142 Rn. 1.

10) Vgl. Hacker, NZI 2017, 148/150; Krüger, FLF 2017, 131, 134.

11) Vgl. Hacker, NZI 2015, 873/876; Krüger, FLF 2017, 131, 134; Krüger, in: Krüger, Handbuch Factoringrecht, 2017, § 5 Rn. 333; Wimmer, jurisPR-InsR 1/2016 Anm. 1, 1/11.

12) Vgl. etwa BGH, NJW 1991, 2144; BGH, NJW 1993, 1640.

13) Vgl. nur Flaig, GWR 2016, 71/73; Krüger, FLF 2017, 131, 134; Krüger, in: Handbuch Factoringrecht, 2017, § 5 Rn. 334; Riggert, aaO., § 142 Rn. 28; Schoon, aaO., § 142 Rn. 22.1, 24.

14) Vgl. Ahrens ZRP 2016, 5/9; Flaig, GWR 2016, 71/13; Hacker, NZI 2015, 873/876; ders. NZI 2017, 148/150; Kindler/Blitzer, NZI 369, 375; Krüger, FLF 2017, 131, 134; Krüger, in: Handbuch Factoringrecht, 2017, § 5 Rn. 335; Möhlenkamp, DStR 2017, 987, 990; Schmidt, ZInsO 2015, 2473/2476; Schoon, aaO., § 142 Rn. 22.1; Taras, NJW-Spezial 2017, 405, 406, der sogar von dem „Aus“ für die Anfechtung von Bargeschäften spricht.

15) Taras, NJW-Spezial 2017, 405, 406.

16) Vgl. Huber, ZInsO 2015, 2297/2300, der dies als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers bezeichnet; sowie Krüger, FLF 2017, 131, 134; Krüger, in: Krüger, Handbuch Factoringrecht, 2017, § 5 Rn. 335.

17) Vgl. nur Achsnick/Krüger, Factoring in Krise und Insolvenz, 2. Auflage, 2011, Rz. 431; Krüger, in: Handbuch Factoringrecht, § 5 Rn. 336.

18) BGH, NZI 2015, 320.

Rahmen der Begründung des Regierungsentwurfs vom 29. September 2015 ausdrücklich als durch die Gesetzesfassung überholt bezeichnet.<sup>19</sup> Im sogenannten „Mühlen-Fall“ sollte das Bargeschäftsprivileg nicht mehr gelten, wenn der Schuldner erkennt, dass die Fortführung des Unternehmens unrentabel ist, sodass sie für die Gläubiger auch auf längere Sicht ohne Nutzen ist. Dem Gläubiger sollte also anfechtungsrechtlich nicht mehr das Sanierungsrisiko des Schuldners aufgebürdet werden.<sup>20</sup>

Dementsprechend sollte man denken, dass diese Rechtsprechung so keinen Bestand haben kann. Dies scheint der BGH anders zu sehen.<sup>21</sup> Er hat jüngst wie folgt tenoriert:

- ▶ Tauscht der zahlungsunfähige Schuldner mit einem Gläubiger in bargeschäftsähnlicher Weise Leistungen aus, kann allein aus dem Wissen des Gläubigers um die zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht auf sein Wissen von einer Gläubigerbenachteiligung geschlossen werden; ein solcher Schluss setzt das Wissen des Gläubigers voraus, dass die Belieferung des Schuldners mit gleichwertigen Waren für die übrigen Gläubiger nicht von Nutzen ist, weil der Schuldner fortlaufend unrentabel arbeitet und weitere Verluste erwirtschaftet.
- ▶ Es obliegt dem Verwalter, darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, dass der Anfechtungsgegner von der Unwirtschaftlichkeit der Geschäftsführung des Schuldners wusste und deshalb nicht annehmen durfte, der bargeschäftsähnliche Leistungsaustausch werde der Gläubigergemeinschaft nutzen.

Wie dies mit der gesetzgeberischen Wertung vereinbar sein soll, ist unerfindlich. Die „Lösung“ derartiger Konstellationen über die Darlegungs- und Beweislast, wie sie der BGH of-

fensichtlich vornimmt, ist zwar unzutreffend, aber für die Praxis zugrunde zu legen.

### Anfechtung und Zwangsvollstreckung

Die gesetzliche Regelung für Anfechtung bei Zwangsvollstreckung ist unverändert, allerdings setzt der BHG nun neue „Akzente“. Die geplante Privilegierung von durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Erlangtem ist leider nicht Gesetz geworden. Damit wird die Zwangsvollstreckung weiterhin als inkongruentes Deckungsgeschäft eingeordnet.<sup>22</sup> Dies gilt auch bei Zahlung zur Abwendung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen<sup>23</sup> und Drohung mit einem Insolvenzantrag.<sup>24</sup>

Zwangsvollstreckungsmaßnahmen unterliegen jedoch grundsätzlich nicht der Vorsatzanfechtung.<sup>25</sup> Dieser Grundsatz wird von der Rechtsprechung indes durch diverse Ausnahmen ausgehöhlt, wenn Rechts-handlungen des Schuldners oder gegebenenfalls diesen gleichstehende Unterlassungen zum Erfolg der Vollstreckungsmaßnahmen beigetragen haben,<sup>26</sup> bei gezieltem Auffüllen der Kasse in Erwartung des Vollstreckungsversuchs<sup>27</sup> und Werthaltigmachen eines Pfandrechts.<sup>28</sup> Dies führt in der Praxis mitunter zu der Marschroute „Vollstreckt gnadenlos!“<sup>29</sup> als Reaktion auf die Rechtsprechung des BGH.

Diesen Punkt scheint auch der BGH gesehen zu haben und hat zwischenzeitlich eine anderweitige Akzentuierung vorgesehen.<sup>30</sup> So hat er mit Urteil vom 1. Juni 2017<sup>31</sup> unter anderem wie folgt tenoriert:

- ▶ Eine vom Anfechtungsgegner durch Zwangsvollstreckung bewirkte Vermögensverlagerung kann nur dann auch als Rechts-handlung des Schuldners gewertet werden, wenn der Schuldner einen Beitrag zum Erfolg der Zwangsvollstreckung geleistet hat,

der ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers vergleichbares Gewicht hat.

- ▶ Die vom Anfechtungsgegner durch eine Vollstreckungsmaßnahme bewirkte Vermögensverlagerung gilt nicht zugleich als Rechtshandlung des Schuldners, wenn sich der Schuldner angesichts einer bevorstehenden oder bereits eingeleiteten berechtigten Vollstreckungsmaßnahme nicht anders verhält als ohne die Vollstreckung und sich damit darauf beschränkt, die Vollstreckung des Gläubigers hinzunehmen.

Wenige Tage später hat der BGH wie folgt tenoriert:<sup>32</sup>

- ▶ Setzt ein Gläubiger eine unbestrittene Forderung erfolgreich zwangsweise durch, kann daraus nicht geschlossen werden, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung kannte, wenn der Gläubiger außer dieser Forderung und den von ihm zur zwangsweisen Durchsetzung der Forderung unternommenen erfolgreichen Schritten keine weiteren konkreten Tatsachen über die Zahlungsunfähigkeit oder die Vermögenslage seines Schuldners kennt.
- ▶ Eine im Rahmen oder aus Anlass einer Zwangsvollstreckung erfolgte Vermögensverlagerung kann dann anfechtbar sein, wenn dazu zumindest auch eine selbstbestimmte Rechtshandlung des Schuldners beigetragen hat.

19) Vgl. Regierungsentwurf vom 29. September 2015, dort in der Begründung zu Nummer 34 (§ 142 InsO-E) in Absatz 3.

20) Vgl. Wimmer, jurisPR-InsR 1/2016 Anm. 1, 1/9.

21) BGH, NZI 2017, 620.

22) Vgl. nur BGH, NZI 2006, 397; BAG, ZInsO 2018, 103; LAG Hessen, ZInsO 2018, 171.

23) Vgl. nur BAG, NZI 2014, 559.

24) Vgl. nur BAG, NZI 2013, 492 sowie NZI 2004, 201.

25) Vgl. nur BGH, NZI 2014, 218.

26) BGH, NZI 2014, 218.

27) BGH, NZI 2011, 249.

28) BGH, NJW-RR 2014, 23.

29) Vgl. Jensen, NZI 2011, 798.

30) So auch Huber, ZIP 2018, 519, 521.

31) BGH, NZI 2017, 715.

32) BGH, NZI 2017, 718.

- Eine durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers erlangte Zahlung kann daher der Vorsatzanfechtung unterliegen, wenn eine Schuldnerhandlung oder eine der Handlung gleichstehende Unterlassung zum Erfolg der Vollstreckungsmaßnahme beigetragen hat.

Mit Urteil vom 14. September 2017<sup>33</sup> hat der BGH sodann wie folgt geurteilt:

- Vollstreckt ein Gläubiger aus einem Anerkenntnisurteil, führt das Anerkenntnis durch den Schuldner zu keiner eigenen mitwirkenden Rechtshandlung, wenn die anerkannte Forderung bestand und eingefordert werden konnte und der Schuldner dem Gläubiger durch das Anerkenntnis nicht beschleunigt einen Titel verschaffen wollte.
- Vollstreckt ein Gläubiger aus einem Anerkenntnisurteil, das auf einem Vergleich beruht, kann in dem Vergleichsschluss nur dann eine mitwirkende Rechtshandlung des Schuldners liegen, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann.

Der Komplex wird abgerundet durch ein Urteil des Amtsgerichts (AG) Gummersbach vom 18. Oktober 2017<sup>34</sup>, das entschied, dass allein der Umstand, dass die Beklagte Zwangsvollstreckungsmaßnahmen einleitete/einleiten musste, um ihre Forderung durchzusetzen, nicht den für eine Verurteilung erforderlichen Schluss zulasse, dass eine finanzielle Schieflage des Schuldners bestand,

und somit die Befriedigung aller Gläubiger nicht mehr gewährleistet werden konnte.

Diese neuen Urteile gilt es bei etwaigen Anfechtungen fallbezogen einzuwerten.

### Passivlegitimation

Bei der Insolvenzanfechtung von Debitorenzahlungen auf Inkassoforderungen bei Debitoreninsolvenzen gilt Passivlegitimation. Häufig sehen Factoring-Verträge vor, dass nicht nur gefactorte, also angekaufte und abgetretene Forderungen, an den Factor gezahlt werden, sondern dass dieser auch Inkassoforderungen für den Kunden einzieht. Insoweit wurde die Frage gestellt, ob der Kunde oder der Factor der richtige Anfechtungsgegner ist.

Für den Forderungseinzug von Inkassounternehmen war dies schon längst geklärt, und zwar dahingehend, dass bei Weiterleitung der Inkassoforderung vom Inkassounternehmen an den Kunden dieser bei wirtschaftlicher Betrachtung alleiniger Empfänger der Schuldnerleistung ist.<sup>35</sup> Dies hat das Landgericht Mainz für das Factoring zu Recht identisch ausgeurteilt,<sup>36</sup> und zwar in Übereinstimmung mit der einhelligen Ansicht in der Literatur.<sup>37</sup>

### Anfechtung nach betrügerischem Factoring

Nach einem Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Stuttgart vom 23. Mai 2017<sup>38</sup> wird der Abtretung einer Forderung der ursprünglich gegebene Rechtsgrund nicht durch eine nachträgliche, ins Leere gehende Tilgungsbestimmung entzogen. Zudem kann einem insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenstehen, wenn die Erfüllung des Anspruchs einem betrügerischen Verhalten des Schuldners nachträglich zu (weiterem) Erfolg verhelfen würde.

In dieser sehr ausführlichen und für alle mit Factoring Befassten zur Lektüre empfohlenen Entscheidung hat das OLG Stuttgart zudem entschieden, dass Kundenzahlungen auf das Konto des Factors als keine Leistung des Kunden als Insolvenzschuldner gesehen werden können.

Ferner liege keine Gläubigerbenachteiligung vor, wenn die angefochtenen Zahlungen nie der Insolvenzmasse zugestanden hätten. Es hat daher eine Gläubigerbenachteiligung sowohl im Hinblick auf die Forderungsabtretung an den Factor als auch dessen Absicherung über das dem Factor zustehende Zahlkonto verneint.

### Haftungsrisiko aus § 13c UStG

In seinem Urteil vom 16. Dezember 2015 vertrat der Bundesfinanzhof (BFH) die Ansicht, dass die Haftung des Abtretungsempfängers (Factors) für Umsatzsteuer nach § 13c Umsatzsteuergesetz (UStG) nicht ausgeschlossen sei, wenn er dem Unternehmer, der ihm die Umsatzsteuer enthaltende Forderung abgetreten hatte, im Rahmen des sogenannten echten Factorings liquide Mittel zur Verfügung gestellt habe, aus denen dieser seine Umsatzsteuerschuld hätte begleichen können.<sup>39</sup> Damit erteilte der BFH der damaligen auf die Erlasslage gestützten Verwaltungspraxis der Finanzverwaltung eine Absage. Dies entsprach jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Denn mit dem Zweiten Bürokratienteilungsgesetz wurde § 13c Absatz 1 UStG rückwirkend zum 1. Januar 2017 um die Sätze 4 und 5 wie folgt erweitert.

„Die Forderung gilt durch den Abtretungsempfänger nicht als vereinnahmt, soweit der leistende Unternehmer für die Abtretung der Forderung eine Gegenleistung in Geld vereinnahmt. Voraussetzung ist, dass dieser Geldbetrag tatsächlich in den Verfügungsbereich des leistenden Unternehmers gelangt; davon ist nicht

33) BGH, BeckRS 2017, 126920.

34) AG Gummersbach, ZInsO 2017, 2449.

35) BGH, ZIP 2014, 1032; BGH, ZIP 2015, 2486.

36) LG Mainz, Urteil vom 17. Mai 2017 – 5 O 76/15, n.v.

37) Vgl. nur Obermüller-Kuder, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, Rz 1.116a; Krüger, in: Krüger, Handbuch Factoringrecht, 2017, § 5 Rn. 374.

38) OLG Stuttgart, Urteil vom 23. Mai 2017 – 10 U 94/16, BeckRS 2017, 133430.

39) BFH, Urteil vom 16. Dezember 2015 – XI R 28/13 –, BFHE 252, 500.

auszugehen, soweit dieser Geldbetrag auf ein Konto gezahlt wird, auf das der Abtretungsempfänger die Möglichkeit des Zugriffs hat.“

Damit implementierte der Gesetzgeber mehr oder weniger die frühere Erlasslage in den Gesetzestext. Von Finanzämtern nach Erlass des BFH-Urteils und vor Inkrafttreten der Gesetzesergänzung in § 13c UStG erlassene Haftungsbescheide gegen Factoring-Unternehmen konnten nach den Erfahrungen der Verfasser unter Verweis auf den gesetzgeberischen Willen mit dem Einspruch erfolgreich angefochten werden.

### Factoring-Entscheidungen der Zivilgerichte

Die Zahl der veröffentlichten zivilrechtlichen Entscheidungen mit Factoring-Bezug ist überschaubar beziehungsweise hält sich im Rahmen des „Üblichen“. Beachtung verdienen die

nachfolgenden Entscheidungen. Hervorzuheben ist zunächst das Urteil des AG Bremen vom 1. Juni 2017, das sich mit der Wirksamkeit einer formularmäßigen Abtretungsbeschränkung in den Beförderungsbedingungen eines Luftfahrtunternehmens zu befassen hatte.<sup>40</sup> Im konkreten Fall hatte ein gewerblicher Anbieter vermeintliche Forderungen eines Reisenden wegen einer Flugverspätung gegen die Beklagte erworben und nahm diese gerichtlich in Anspruch. Die Beklagte berief sich auf eine in ihren Beförderungsbedingungen vereinbarte Abtretungsbeschränkung, wonach lediglich die Forderungsabtretung an natürliche Personen zulässig war.

Das AG Bremen verneinte im konkreten Fall einen Verstoß der Abtretungsklausel gegen § 307 Absatz 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), da die Beklagte schützenswerte Motive – insbesondere das Ziel einer einfachen Vertragsabwicklung – vorbringen konnte. Da § 354a Handelsgesetzbuch

(HGB) mangels Vorliegens eines Handelsgeschäfts nicht eingreift, ist beim Erwerb von Forderungen eines Verbrauchers gegen ein Unternehmen Vorsicht geboten.

### Abrechnungen für Zahnärzte

Das Landgericht Hamburg hatte in einem Streit zwischen zwei Abrechnungsdienstleistern für Zahnärzte darüber zu entscheiden, ob die Bewerbung eines Factoring-Modells, bei dem ein Teil der bei der Abrechnung des Zahnarztes anfallenden Factoring-Gebühr von einem einbezogenen Dentallabor getragen wurde, mit dem Wettbewerbsrecht in Einklang steht.<sup>41</sup> Die Kammer sah das Factoring-Modell als unlauter nach §§ 3, 3a, 8, 9 Ge-

40) AG Bremen, Urteil vom 1. Juni 2017 – 9 C 63/17 –, juris.

41) LG Hamburg, Urteil vom 30. Mai 2017 – 406 HKO 214/16 –, juris.



**efcom**

**Maßgeschneiderte  
Factoringsoftware.**



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

Abbildung 2: Gegenüberstellung der alten und neuen Geldwäsche-Regelungen

Regelungsbereich	Alte Regelung	Neuregelung
Wirtschaftlich Berechtigter	Jede natürliche Person > 25%	Gibt es keine natürliche Person > 25%, gilt der gesetzliche Vertreter, Geschäftsführer etc. als wirtschaftlich Berechtigter
PeP	Anwendung verstärkter Sorgfaltspflichten auf ausländische PePs, auf inländische PePs nur im Falle erhöhten Risikos	Keine Unterscheidung bei der Anwendung von verstärkten Sorgfaltspflichten zwischen inländischen und ausländischen PePs
Auftretende Person	Boten mussten bislang nicht identifiziert werden	Identifizierung der auftretenden Person und Überprüfung der Berechtigung, für den Vertragspartner aufzutreten
Identifizierung	Pflicht zur Durchführung der Identifizierung bei physischer Anwesenheit des Kunden, gegebenenfalls durch Dritte gemäß § 7 GwG	Anerkennung von Identifizierungsverfahren, die ein gleichwertiges Sicherheitsniveau bieten wie das klassische Verfahren der Identifizierung anhand von Ausweisdokumenten bei physischer Anwesenheit
Einführung eines Transparenzregisters	not applicable	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Register mit Informationen zum wirtschaftlich Berechtigten, zu juristischen Personen des Privatrechts und eingetragenen Personengesellschaften</li> <li>• Abfragen ab voraussichtlich Juni 2018</li> </ul>
Risikoanalyse	Mindestens jährliche Berichterstattung über Gefährdungssituation und beabsichtigte Maßnahmen	Genehmigung der Risikoanalyse und der internen Sicherungsmaßnahmen durch die Geschäftsleitung
Whistleblowing	Internes Verdachtsmeldeverfahren	Anonymer Meldekanal muss zur Verfügung stehen
Zentrale Stelle	FIU (beim BKA angesiedelt) nimmt Verdachtsmeldungen entgegen	Zentralstelle (eingegliedert in Generalzolldirektion/ BMF) kann Transaktionen untersagen, Informationen anfordern und gibt Rückmeldung an Verpflichteten über Verdachtsmeldung
Aufsicht	not applicable	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Risikobasierter Ansatz bezüglich Häufigkeit und Intensität von Prüfungen bei Verpflichteten</li> <li>• Kann vorübergehendes Ausübungsverbot gegenüber Institut oder Beschäftigten (Ausübung einer Leitungsposition) aussprechen</li> </ul>
Bußgeldvorschriften	Bußgeld bis zu 100 000 Euro	Bußgeld von bis zu 5 Millionen Euro oder 10% des Gesamtumsatzes

Quelle: Wolf Stumpf, Noerr LLP

setz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) an, da ein Verstoß gegen § 9 Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ) vorgelegen habe.

Aus dieser Norm leitete das Landgericht Hamburg ab, dass einem Patienten nur die tatsächlich entstandenen Kosten für zahntechnische Leistungen in Rechnung gestellt werden dürften. Dagegen verstoße das gerügte Factoring-Modell, da der Vertrag vielmehr allein der Einkleidung einer Kostenbeteiligung des Labors an den Kosten für das Factoring des Zahnarztes diene; diese einem Skonto nicht vergleichbare Preisreduzierung müsse nach § 9 Absatz 1 GOZ an den Patienten weitergegeben werden.<sup>42</sup>

### Internationales Factoring

Nach wie vor nicht geregelt ist in Artikel 14 Rom-I-VO die Frage, nach welchem Recht sich bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Wirkung der Abtretung im Verhältnis zu Dritten bestimmt. Zwar verfasste die Europäische Kommission am 29. September 2016 einen Bericht über eine mögliche Reformierung der kollisionsrechtlichen Abtretungsregeln.<sup>43</sup> Die im Bericht enthaltenen Lösungsansätze zur Schließung der bestehenden Regelungslücke waren allerdings weder konkret noch neu.

Im vergangenen Jahr befasste sich dann eine von der Europäischen Kommission eingesetzte Experten-Gruppe mit möglichen Lösungsansätzen. Erst im März 2018 entschied sich die Europäische Kommission dazu, die Regelungen über die kollisionsrechtliche Drittwirkung von grenzüberschreitenden Forderungsabtretungen in einer separaten Verordnung zu verankern, die neben den anderen europäischen kollisionsrechtlichen Regelwerken, insbesondere der Rom-I-VO, zur Anwendung gelangen soll.<sup>44</sup> Hiernach geht die Europäische Kommission im Grundsatz davon aus, dass das am Sitz des Zedenten gültige Recht für die Drittwirkung maßgeblich sein

soll. Dieser Vorschlag wird im Aufsatz von Stumpf/Dressel in dieser Ausgabe der FLF näher erläutert.<sup>45</sup>

### BaFin-Rundschreiben und Geldwäsche

Mit ihrem Rundschreiben 3/2017 (GW) vom 10. April 2017 passte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) die Anforderungen an die Identifizierung mittels Videotechnik den aktuellen Erfordernissen an; in diesem Rundschreiben stellte die BaFin zudem klar, dass alle nach dem Geldwäschegesetz (GwG) Verpflichteten und von der BaFin beaufsichtigten Institute dieses Verfahren nutzen können.

Am 26. Juni 2017 trat zudem das neue Geldwäschegesetz in Kraft (siehe Abbildung 2, Seite 108). Dieses sieht eine erhebliche Ausweitung der für die Verpflichteten geltenden Anforderungen an Compliance-Maßnahmen zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vor. Zu den Verpflichteten nach dem GwG zählen neben Kreditinstituten, (bestimmten) Versicherungsunternehmen und Immobilienmaklern insbesondere auch Güterhändler und Finanzunternehmen (zu letzteren gehören auch

reine Industrie-Holdings, also Unternehmen, deren Haupttätigkeit darin besteht, Beteiligungen zu erwerben und zu halten).

Zu den sofort umzusetzenden Pflichten gehören unter anderem eine (gruppenweite) Risikoanalyse, der Aufbau interner Prozesse zur Geldwäschermeidung, die Bestellung eines Geldwäscherbeauftragten, die Schulung und Zuverlässigkeitsprüfung von Mitarbeitern und die Einrichtung eines Hinweisgebersystems. Durch die Novelle des GwG wurde erstmals ein Transparenzregister eingerichtet, wonach alle Unternehmen oder sonstige Rechtsgestaltungen, unabhängig vom Ausmaß der geldwäscherechtlichen Verpflichtungen, dem Transparenzregister die wirtschaftlich Berechtigten melden müssen. Dabei haben nicht nur Behörden, sondern auch Private Einsichtsrechte in das Transparenzregister. Die strikte Beachtung der Pflichten nach dem neuen Geldwäschegesetz ist umso bedeutsamer, als die Sanktionen für Verstöße erheblich angehoben wurden. Geldbußen kön-

42) LG Hamburg, Urteil vom 30. Mai 2017 – 406 HKO 214/16 –, Rn. 12, juris.

43) COM (2016), 626 final; Stumpf/Dressel FLF 2017, 176.

44) COM (2018), 96 final, S. 24.

45) Siehe dazu Seite 111 ff.



## App Audit GmbH

**Wirtschaftsprüfungsgesellschaft**

---

**Prüfung und Beratung für Finanzdienstleister**

- ▶ **Jahresabschlussprüfung**
- ▶ **Interne Revision**
- ▶ **Unterstützung Aufsichtsrecht**

**Langjährige Erfahrung mit regulierten Finanzdienstleistern**

info@app-audit.de • www.app-audit.de  
Telefon 0 67 27/8 92 39-01 • Fax 0 67 27/8 92 39-10

nen bis zu fünf Millionen Euro oder 10 Prozent des Umsatzes erreichen.

Die factoring-spezifischen Anwendungshinweise zur Geldwäscheprävention sind durch die Neufassung des GwG überholt. Mit Schreiben vom 15. März 2018 hat die BaFin allerdings ihren Entwurf der Auslegungs- und Anwendungshinweise nach § 51 Absatz 8 GwG zur Konsultation vorgelegt. Trotz eines Umfangs von 88 Seiten konkretisiert der Entwurf die unbestimmt gebliebenen Regelungen des GwG kaum, sondern befasst sich schwerpunktmäßig damit, die umfangreichen Vorgaben des GwG in einen systematischen Zusammenhang zu stellen. Eine Stellungnahme zum Entwurf ist bis zum 11. Mai 2018 möglich.

### Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten

Das Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetz (ZAG) wurde mit dem Gesetz zur Umsetzung der Zweiten Zahlungsdienstrichtlinie (ZDUG) komplett überarbeitet und neu gefasst und ist seit dem 13. Januar 2018 in Kraft. Sein Anwendungsbereich wurde ausgeweitet. Hervorzuheben sind beispielsweise folgende Gesichtspunkte:

- ▶ Aufnahme „Dritter Zahlungsdienstleister“ (Fintechs),
- ▶ Einschränkung der Ausnahmen,
- ▶ Die „Factoring-Lizenz“ begründet keine „automatische“ Erlaubnis nach ZAG (Umkehrschluss aus § 32 Absatz 6 Kreditwesengesetz, KWG),
- ▶ Die CRR-Erlaubnis erfasst Zahlungsdienste, bringt aber gegebenenfalls zusätzliche Pflichten nach ZAG mit sich.

Das Factoring wird im ZAG (erneut) nicht aufgeführt. Die BaFin hat ihre Neufassung des Merkblattes zum ZAG im November 2017 veröffentlicht.<sup>46</sup> Hierbei nimmt sie Bezug auf eine missverständliche Formulierung aus dem Gesetzesentwurf des ZDUG zur Abgrenzung des Zahlungsdienstes vom Factoring;<sup>47</sup> diese Formulierung besagte, dass auch „bei Vorliegen einer

Finanzdienstleistung in Form des Factoring zwischen Factor und Anschlusskunde“ oft eine „Zahlungsabwicklung und nicht eine Finanzierung angestrebt“ werde. Nach Aussagen von Vertretern der BaFin soll sich aber an der bisherigen Regulierungspraxis nichts ändern.

Gleichwohl kann es sich im Einzelfall empfehlen, die Anwendbarkeit des ZAG auf Factoring-Dienstleistungen zu prüfen; insbesondere der Tatbestand des Finanztransfersgeschäftes gemäß § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 ZAG kann in Betracht zu ziehen sein. Klarheit besteht nach dem Merkblatt der BaFin beispielsweise für den Einzug zahlungsgestörter Forderungen, der nicht als Zahlungsdienst anzusehen ist. Demgegenüber qualifiziert die BaFin in ihrem Merkblatt das Finetrading mit Recht als Finanztransfersgeschäft. Die am Markt zumeist vertretenen Finetradingmodelle sehen nämlich keinen „typischen“ Kaufvertrag zwischen Endabnehmer und Finetrader vor, der quasi den Kaufvertrag über die Ware zwischen Hersteller und Finetrader lediglich spiegelt. Anstelle dessen hat es sich durchgesetzt, dass der Finetrader seine eigenen Rechte aus dem Vertrag mit dem Hersteller an den Endabnehmer abtritt.

### Datenschutz

Ab dem 25. Mai 2018 gilt die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).<sup>48</sup> Ihr Ziel ist die Gewährleistung eines gleichmäßigen und hohen Datenschutzniveaus und der Abbau von Hemmnissen für freien Datenverkehr im Binnenmarkt.<sup>49</sup> Zudem hat am 12. Mai 2017 der Bundesrat dem „Datenschutzanpassungsgesetz“ zugestimmt, das im Kern ein neues Bundesdatenschutzgesetz enthält (BDSG-neu) und die DSGVO punktuell ergänzt.<sup>50</sup>

Verglichen mit der „alten“ Datenschutzrichtlinie von 1995 bleiben viele Grundsätze unverändert, jedoch enthält die DSGVO zugleich einige wesentliche Neuerungen, dazu gehören beispielsweise erweiterte Informations- und Auskunftspflichten gegenüber Be-

troffenen, erweiterte Anforderungen an ein Verarbeitungsverzeichnis sowie neue Anforderungen an Verträge zur Auftragsdatenverarbeitung. Hervorzuheben ist die massive Anhebung des Bußgeldrahmens bis zu 4 Prozent des globalen Jahresumsatzes eines Unternehmens oder, falls höher, bis zu 20 Millionen Euro. Eine detaillierte Übersicht zur DSGVO würde Format und Zielsetzung dieses Aufsatzes sprengen, zumal über „Stärken“ und „Schwächen“ – von denen es jede Menge gibt – der DSGVO bereits viel geschrieben worden ist<sup>51</sup> und sicherlich auch künftig viel dazu publiziert werden wird.

Dennoch besteht eine gewisse Unsicherheit, wie die DSGVO auf die Finanzdienstleistung Factoring „richtig“ angewendet wird. Wie es scheint, hatten weder der europäische noch der nationale Gesetzgeber bei Neufassung des Datenschutzrechts die Geschäftsmodelle von Factoring-Anbietern vor Augen. Dies ist umso bedauerlicher, weil gerade der europäische Gesetzgeber die Bedeutung des Factorings für die Unternehmensfinanzierung in seinem Vorschlag für eine Verordnung zur Bestimmung des anwendbaren Rechts über die „Drittwirkung“ von grenzüberschreitenden Forderungsabtretungen hervorhebt.<sup>52</sup> Naturgemäß muss sich zu den einzelnen Regelungen der DSGVO eine die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Anwendungspraxis erst noch herausbilden. ◀

46) Vgl. Merkblatt – Hinweise zum Zahlungsdienstleistungsaufsichtsgesetz (ZAG), Stand: November 2017, abrufbar unter [www.bafin.de](http://www.bafin.de).

47) BT-Drs. 18/11495, Seite 104 f.

48) Verordnung (EU) 2016/679 vom 27. April 2016, vgl. Art. 99 Abs. 2 DSGVO.

49) Vgl. Erwägungsgrund 9 ff. Art. 1 DSGVO

50) Vgl. dazu den Aufsatz von Kühling, Neues Bundesdatenschutzgesetz – Anpassungsbedarf bei Unternehmen, NJW 2017, 1985.

51) Vgl. nachfolgende Auswahl: Schantz, Die Datenschutz-Grundverordnung – Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht, NJW 2016, 1841; Kühling/Martini, Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht, EuZW 2016, 448; Baumgartner/Gausling, Datenschutz durch Technikgestaltung und datenschutzrechtliche Voreinstellungen, FD 2017, 308; von Schenk/Mueller-Stöfen, Die Datenschutz-Grundverordnung: Auswirkungen in der Praxis, GWR 2017, 171; Abel/Djagani, Weitergabe von Kreditnehmerdaten bei Forderungskauf und Inkasso, ZD 2017, 114.

52) COM (2018), 96 final, S. 2, veröffentlicht am 12. März 2018.