

Refinanzierung durch Weiterverkauf von angekauften Forderungen

Worauf Zweit-Factors achten müssen

Viele Factoring-Anbieter refinanzieren sich durch den Weiterverkauf der vom Factoring-Kunden angekauften Forderungen. Neben einer Verbriefung, bei der die angekauften Forderungen an eine Zweckgesellschaft veräußert werden, kommt auch ein Weiterverkauf an einen anderen Factoring-Anbieter in Betracht. Dieser sogenannte Zweit-Factor geht ein erhöhtes Risiko ein. Der Beitrag untersucht die (zivilrechtlichen) Herausforderungen für diese komplexe Konstellation und geht dabei auf die Rechte und Pflichten des Zweit-Factors ein. (Red.)

Im Ausgangspunkt ist aus Sicht des Zweit-Factors der Erwerb der von einem anderen Factor angekauften Forderungen infolge der Verlängerung der Abtretungskette riskanter als der Forderungserwerb vom Erstgläubiger (dem Factoring-Kunden des Erst-Factors). Während für den Erst-Factor aufgrund des mit seinem Factoring-Kunden geschlossenen Rahmenvertrags umfassende Prüfungs- und Kontrollrechte bestehen (Audits, Verifikation, Saldenbestätigung et cetera), fehlt dem Zweit-Factor eine entsprechende Zugriffsmöglichkeit. Der Zweit-Factor hat

jedoch einen unmittelbaren Informationsanspruch aus § 402 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) gegen den Factoring-Kunden, da dieser Hilfsanspruch mit der Abtretung der Forderung gemäß § 401 BGB auf den Zweit-Factor übergeht.¹⁾

Die mit der Ausgangssituation verbundenen Risiken des Zweit-Factors sind im stillen Verfahren größer, mithin wenn der Erst-Factor mit seinem Factoring-Kunden ein stilles Verfahren vereinbart hat und auch die Abtretung an den Zweit-Factor im Rahmen des Weiterverkaufs der Forderungen nicht offengelegt werden soll. In diesem Fall trägt der Zweit-Factor – wie auch der Erst-Factor – das Risiko einer schuld-befreienden Leistung des Forderungsschuldners an den Erstgläubiger, vergleiche § 407 BGB. Des Weiteren aber auch das Risiko, dass der Erst-Factor die Abtretung offenlegt und der Forderungsschuldner in Unkenntnis der Weiterabtretung an den Erst-Factor leistet.



WOLF STUMPF

ist Rechtsanwalt und Partner der internationalen Sozietät Noerr LLP, Frankfurt am Main. 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

Grenzüberschreitendes Factoring

Komplex ist die Ausgangslage auch bei grenzüberschreitenden Konstellationen, da hier insbesondere ein ausländisches Forderungsstatut (das Recht, dem die angekaufte Forderung unterliegt) Bedeutung erlangen kann.²⁾ Während in der Europäischen Union (EU) die Rom-I-VO – trotz fehlender Regelungen zur Dritt-

wirkung³⁾ – ein hilfreiches „Scharnier“ für das Zusammenspiel unterschiedlicher Rechtsordnungen bildet, besteht beim Rechtsverkehr außerhalb der EU in der Regel weitaus größere Rechtsunsicherheit. Dies kann insbesondere im Falle der Mehrfachabtretung die Forderungsverwertung erschweren.

Sitzen Forderungsverkäufer und Schuldner in unterschiedlichen Ländern, kann der internationale Anwendungsbereich des UNIDROIT Übereinkommen über Internationales Factoring (Ottawa 1988 – „FactÜ“) gemäß dessen Artikel 2 eröffnet sein. Die einmal eröffnete sachliche wie internationale Anwendbarkeit dieses Abkommens wirkt in aller Regel für jede weitere Transaktion fort⁴⁾ (vergleiche dazu insbesondere Artikel 11 FactÜ). Aus diesem Grunde bietet das FactÜ einen für das Korrespondenz-Factoring (Two-Factor-System) geeigneten Rahmen. Die üblicherweise beim Zweitverkauf zu Refinanzierungszwecken gegebene Situation ist damit jedoch nur begrenzt vergleichbar.

Weitere Herausforderungen

Durch die Verlängerung der Abtretungskette hat der Zweit-Factor zugleich zwei Insolvenzscenarien in den Blick zu nehmen. Denn neben der Insolvenz des Factoring-Kunden kann auch die Insolvenz des Erst-Factors Auswirkungen auf den Zweit-Factor haben. Fällt der Factoring-Kunde in die Insolvenz, führt dies erfahrungsgemäß entweder zu einer schlechteren Zahlungsmoral der Schuldner, die sich durch Zurückhaltung fälliger Zahlungen „Verhandlungsmasse“ verschaffen wollen. Oder es kommt zu Diskussionen (insbesondere im Falle einer Anordnung nach § 21 Absatz 2 Nummer 5 Insolvenzordnung), wer zum Einzug einer angekauften Forderung berechtigt ist.

Die Insolvenz des Erst-Factors kann für den Zweit-Factor insbesondere dann erhebliche Auswirkungen haben, wenn dieser – etwa im Rahmen einer wesentlichen Auslagerung (vergleiche § 25b Kreditwesengesetz) – Aufgaben auf den Erst-Factor verlagert hat. Eine wesentliche Auslagerung wird insbesondere dann zu prüfen sein, wenn der

den Anpassungsbedarfs jedoch abzurufen. Rechtssicherer und aus Risikosicht vorzugswürdig ist es, auf Basis der bei Analyse des vom Erst-Factor geschlossenen Forderungskaufvertrages gewonnenen Erkenntnisse eine „Harmonisierung“ des zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor zu schließenden Vertrages vorzu-

– **Inhouse-Verfahren:** In aller Regel wird zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor ein Inhouse-Verfahren vereinbart, da der Zweit-Factor oftmals kein Interesse daran und auch keine Möglichkeit dazu hat, die Debitorenbuchhaltung selbst zu führen. Führt der Factoring-Kunde des Erst-Factors für diesen treuhänderisch die Debitorenbuchhaltung für angekaufte Forderungen, sollte der Zweit-Factor darauf achten, sich dessen Ansprüche gegen den Factoring-Kunden aus und im Zusammenhang mit der Debitorenbuchhaltung abtreten zu lassen. Haben Erst-Factor und dessen Factoring-Kunde hingegen ein Full Service-Verfahren vereinbart, kann er durch Vereinbarungen mit dem Erst-Factor entsprechend Einfluss auf die Debitorenbuchhaltung nehmen (zum Beispiel besondere Anforderungen an die zu übermittelnden Journale, an das kaufmännische Mahnwesen et cetera).

»In aller Regel wird zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor ein Inhouse-Verfahren vereinbart.«

Erst-Factor umfassend in das Risikomanagement des Zweit-Factors eingebunden wird beziehungsweise das gesamte Forderungsmanagement vom kaufmännischen Mahnwesen bis hin zur gerichtlichen Geltendmachung und Zwangsvollstreckung gegenüber dem Forderungsschuldner für den Zweit-Factor übernehmen soll.

nehmen. Und gegebenenfalls erst hierbei zutage getretene unterschiedliche Auffassungen zu den Details der Refinanzierungsstruktur zu klären.

Will der Erst-Factor Forderungen, die er von verschiedenen Factoring-Kunden erworben hat, an den Zweit-Factor verkaufen, ist eine vollständige Harmonisierung schwierig. Bei der Analyse sollte insbesondere überprüft werden, ob die gemäß dieser Vertragsbeziehung vom Erst-Factor anzukaufenden Forderungen überhaupt den Anforderungen/Andienungsvoraussetzungen unter dem zwischen Erst- und Zweit-Factor zu schließenden weiteren Factoring-Vertrag entsprechen (können). Dies betrifft beispielsweise Fragen der Forderungslaufzeit, der Währung, der einbezogenen Debitoren und der Rechtswahl.

Es ist auch durchaus vorstellbar, dass der Erst-Factor nicht nur das kaufmännische Mahnwesen für den Zweit-Factor übernimmt, sondern – insbesondere bei einer stillen Zession – darüber hinaus das gesamte Forderungsmanagement. In einem solchen Fall stellt sich nicht nur – wie oben erwähnt – die Frage nach der Notwendigkeit eines Auslagerungsvertrages, sondern auch nach dem Detaillierungsgrad der Richtlinien für das Forderungsmanagement, die der Erst-Factor zu befolgen hat. Klar strukturierte Vorgaben vermeiden nicht nur Missverständnisse, sondern erleichtern dem Zweit-Factor zugleich die Kontrolle des Erst-Factors.

Delkredererisiko und Vertragsgestaltung

Angesichts der für den Zweit-Factor größeren Risiken beim Forderungskauf vom Erst-Factor kommt einer sorgfältigen Vertragsgestaltung besondere Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere in denjenigen Konstellationen, in denen der Zweit-Factor zugleich das Delkredererisiko für die angekauften Forderungen übernimmt. In diesem Fall sollte der Zweit-Factor vor allem auf die folgenden Punkte achten:

› **Analyse:** Zunächst empfiehlt sich eine Analyse des Factoring-Vertrages zwischen Erst-Factor und dessen Factoring-Kunden, um spätere „Überraschungen“ zu vermeiden. In der Praxis ist mitunter die Vorgehensweise zu beobachten, dass der zwischen Erst-Factor und Factoring-Kunde geschlossene Factoring-Vertrag ohne weitere Anpassungen als „Muster“ für den Factoring-Vertrag zwischen Erst- und Zweit-Factor übernommen wird. Davon ist aufgrund der mit der Stellung des Erst-Factors nur teilweise vergleichbaren Position des Zweit-Factors und des daraus resultieren-

Beabsichtigt der Erst-Factor, alle im Rahmen eines einzelnen Debitorenlimits angekauften Forderungen an den Zweit-Factor zu veräußern, ist auch bei Debitorenlimiten auf einen Gleichlauf zu achten. Sein Augenmerk sollte der Zweit-Factor auch darauf richten, ob zwischen Erst-Factor und seinem Factoring-Kunden die Weiterabtretung der Forderungen ausgeschlossen ist. Ein solches Verbot der Weiterabtretung stellt zwar kein Abtretungsverbot im Sinne des § 399 BGB,⁵⁾ kann jedoch rein faktisch die Bereitschaft des Erstgläubigers, seine Informationspflicht gegenüber dem Zweit-Factor zeitnah und umfassend zu erfüllen, sinken lassen.

Beispielsweise sollte – neben den üblichen Pflichten zur Rechenschaftslegung und Abrechnung – geregelt werden, unter welchen Voraussetzungen der Erst-Factor die verwalteten Forderungen ins anwaltliche Mahnverfahren übergeben und welche Anwälte er beauftragen darf. Auch ist zu klären, ob der Zweit-Factor im Falle der gerichtlichen Geltendmachung als Kläger fungiert oder ob auch die gerichtliche Durchsetzung dem Erst-

Factor vorbehalten bleibt. Dieser kann die betreffenden Forderungen beispielsweise in gewillkürter Prozessstandschaft des Zweit-Factors gerichtlich geltend machen. Voraussetzung hierfür ist eine Ermächtigung des Rechteinhabers, also des Zweit-Factors, sowie ein berechtigtes Interesse des Prozessstandschafters, hier also des Erst-Factors⁶⁾. Dieses wird regelmäßig gegeben sein, weil der Erst-Factor dem Zweit-Factor für die Verität der angekauften Forderung einzustehen hat.

› **Offenlegung:** Vereinbaren Erst-Factor und Zweit-Factor, dass die Abtretung zunächst nicht offengelegt wird, wird der Erst-Factor einen Gleichlauf für die Offenlegung der Abtretung mit seinem Verhältnis zum Factoring-Kunden anstreben. Der Zweit-Factor hingegen kann ein Interesse daran haben, die Forderungsabtretung auch dann offenzulegen, wenn eine „Störung“ allein im Verhältnis zwischen ihm und dem Erst-Factor aufgetreten ist oder wenn sein Factoring-Vertrag mit dem Erst-Factor beendet ist. Und das unabhängig davon, ob dieser weiterhin in Vertragsbeziehung zum Factoring-Kunden steht.

Der Zweit-Factor sollte zugleich darauf achten, sich nicht nur Abtretungsblankette des Zweit-Factors aushängigen zu lassen. Sondern auch

Abtretungsblankette des Erstgläubigers, die sich der Erst-Factor regelmäßig von diesem ausstellen lassen wird, um auf diese Weise die Abtretung in der gesamten „Kette“ belegen zu können.

› **Forderungsabtretung:** Die Abtretung von Forderungen erfolgt auch im Verhältnis zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor üblicherweise durch auf den Ankauf bedingte Vorausabtretung. Ob der Ankauf von Teilforderungen in der hier gegebenen Konstellation sinnvoll ist oder besser ausgeschlossen wird, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Grundsätzlich ist auch die Weiterabtretung

den vereinbarten Veritätsgarantie) zur Absicherung seiner Ansprüche aus Veritätsschäden gegen den Erst-Factor abtreten lässt.

› **Europäische Forderungen:** Sofern die vom Zweit-Factor anzukaufende Forderung nicht deutschem Recht unterliegt, ermöglicht – innerhalb der Europäischen Union – Artikel 14 Absatz 1 Rom I-VO Zessionar und Zedent mit Wirkung inter partes („zwischen den Parteien“), die Forderung auch durch eine Abtretung nach deutschem Recht zu übertragen.

Im Lichte des gegenüber dem Schuldner anzuwendenden Forderungs-

»Die Abtretung von Forderungen erfolgt durch auf den Ankauf bedingte Vorausabtretung.«

derjenigen Forderungen an den Zweit-Factor möglich, die der Factoring-Kunde dem Erst-Factor lediglich zur Sicherheit abgetreten hat.⁷⁾

Neben der Abtretung der gekauften Forderungen inklusive Nebenrechten und Sicherheiten sollte der Zweit-Factor prüfen, ob er sich gegebenenfalls darüber hinaus Rechte des Erst-Factors gegen den Factoring-Kunden (etwa aus der zwischen diesen bei-

statuts (gemäß Artikel 14 Absatz 2 Rom I-VO) ist jedoch zu empfehlen, ergänzend auch die Vorgaben des Forderungsstatuts an eine wirksame Abtretung einzuhalten. Dies kann – sofern Forderungen verschiedener Rechtsordnungen gekauft werden sollen – entweder in einem Nachtrag zum Factoring-Vertrag oder im Factoring-Vertrag selbst geregelt werden. Auch insoweit empfiehlt sich ein Abgleich mit dem zwischen Erst-Factor



ARCALEASING

Sale & Leaseback Finanzierungen, wenn es darauf ankommt!

- Liquidität für Kunden in Sondersituationen
- Finanzierung der Leasingsonderzahlung oder Ablöse
- Zweitverwertung von Leads mit schlechter Bonität

100 Prozent unabhängig von:



Bewertern

Verwertern

ARCA-LEASING GMBH www.arca-leasing.de | info@arca-leasing.de

und Factoring-Kunden geschlossenen Vertrag.

► **Verität:** Die Veritätsgarantie folgt im Verhältnis zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor ebenfalls den üblichen Kriterien. Erwirbt der Erst-Factor die Forderungen vom Factoring-Kunden nur für eine „juristische Sekunde“ und reicht sie noch vor Kaufpreiszahlung an den Factoring-Kunden an den Zweit-Factor durch, sollte der Erst-Factor zugleich garantieren, die ihm vom Zweit-Factor gezahlten Kaufpreise zur Erfüllung der Zahlungspflichten gegenüber dem Factoring-Kunden zu nutzen (der wiederum hiermit seine Vorbestandslieferanten bezahlen kann und soll). Darüber hi-

Hat der Erst-Factor seinerseits mit dem Factoring-Kunden die Zusammenarbeit im Zweivertragsmodell vereinbart, so gestaltet sich die Einbindung des Zweit-Factors wesentlich schwieriger. Insbesondere wenn der Factoring-Kunde nichts von der Weiterabtretung durch den Erst-Factor erfahren soll. Neben der Definition des Delkrederefalls sowie der Einbindung des Zweit-Factors in bereits bestehende Kreditversicherungen kommt auch der Behandlung des Ausfalls der angekauften Forderungen Bedeutung zu.

Regelmäßig wird der Factoring-Kunde bei Eintritt des Delkrederefalls vertraglich verpflichtet, dem Factor den

treten lassen. Dazu bedarf es eines vertraglichen Rückkaufrechts des Erst-Factors im Verhältnis zum Zweit-Factor.

Unechtes Factoring

Übernimmt der Zweit-Factor das Delkredereisiko für die vom Erst-Factor angekauften Forderungen nicht, liegt unechtes Factoring vor. Dieses stuft die herrschende Meinung als Kreditgeschäft ein, für das die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Darlehen gelten.⁹⁾ Gleichwohl werden auch solche Verträge in aller Regel unter Verwendung der Terminologie des Kaufvertragsrechts und mit ähnlichen Inhalten wie Vertragsmuster zum „echten“ Factoring erstellt.

Der wesentliche Unterschied liegt vor allem darin, dass ausdrücklich eine Haftung des Forderungsverkäufers für die Einbringlichkeit der Forderung statuiert und die Voraussetzungen für die Rückzahlung der gewährten Finanzierung definiert werden. Auch wenn unechtes Factoring im deutschen Markt weniger üblich ist als das echte Factoring, erfolgt die Refinanzierung der vom Erst-Factor angekauften Forderungen durch Weiterverkauf an den Zweit-Factor öfters im Wege eines unechten Factoring, da die Forderung bei Überschreitung des im Vertrag näher definierten Zeitpunkt gegen Rückzahlung des Forderungskaufpreises an den Erst-Factor zurückfällt.

»Die Veritätsgarantie folgt im Verhältnis zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor den üblichen Kriterien.«

naus sollte der Erst-Factor vorsorglich auch die Einhaltung aller weiteren Pflichten aus seinem Factoring-Vertrag mit dem Factoring-Kunden garantieren.

► **Delkredereisiko:** Die Definition des Delkrederefalls hängt vor allem davon ab, wie das Ausfallrisiko des Zweit-Factors bei einer Warenkreditversicherung abgesichert ist. Hat der Erst-Factor eine eigene Warenkreditversicherung zur Absicherung der vom Factoring-Kunden angekauften Forderungen abgeschlossen, sollte der Factoring-Vertrag mit dem Zweit-Factor die für das Zweivertragsmodell üblichen Regelungen (Pflicht zur Prämienzahlung, Abtretung der Entschädigungsansprüche und so weiter) enthalten. Darüber hinaus sollte der Zweit-Factor auch als Mitversicherer im Sinne des § 44 Versicherungsvertragsgesetzes in die Kreditversicherung eingeschlossen werden. Denn der Erst-Factor verliert durch die Abtretung der versicherten Forderung an den Zweit-Factor die Forderungsinhaberschaft, sodass die Forderung in der Regel nicht mehr unter den Kreditversicherungsvertrag fällt.⁸⁾

Umsatzsteueranteil im für die ausgefallene Forderung gezahlten Kaufpreis zu erstatten. Denn der Factoring-Kunde kann eine entsprechende Erstattung vom Finanzamt beanspruchen. Demgegenüber sind im Verhältnis zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor mitunter Regelungen zu finden, die den Erst-Factor lediglich zur Weiterleitung vom Factoring-Kunden erstatteter Umsatzsteueranteile verpflichten. Damit wird dem Zweit-Factor letztlich das Ausfallrisiko des Factoring-Kunden auferlegt.

► **Rückkauf:** Sofern Erst-Factor und Factoring-Kunde ein Rückkaufrecht vereinbart haben, hat auch dies Einfluss auf die Vertragsgestaltung zwischen Erst-Factor und Zweit-Factor. Derartige Rückkaufrechte kommen etwa dann in Betracht, wenn der Factoring-Kunde die Offenlegung der Abtretung an den Erst-Factor (etwa bei Überfälligkeit der Forderung) vermeiden will. Damit der Erst-Factor bei Ausübung eines Rückkaufrechts die Forderung Zug um Zug gegen Rückzahlung des Forderungskaufpreises an den Factoring-Kunden zurückabtreten kann, muss er sich diese zunächst vom Zweit-Factor zurückab-

Fußnoten

- 1) Staudinger/Busche (2017) BGB § 402, Rn. 5.
- 2) Vgl. dazu Omlor/Langenbucher/Bliesener/Spindler, Bankrechts-Kommentar, 3. Auflage 2020, Das Leasing-Geschäft, das Factoring-Geschäft und das Forfaiting-Geschäft, Rn. 153f.; Clausnitzer/Stumpf in: Krüger, Handbuch Factoringrecht, 1. Auflage 2017, Internationales Factoring, Rn. 94ff.
- 3) Vgl. EuGH EuZW 2019, 939.
- 4) Mankowski in: Ferrari/Kieninger/Mankowski u.a., Internationales Vertragsrecht, 3. Auflage 2018, Art. 1 FactÜ Rn. 61.
- 5) Roth/Kieninger in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 398 Rn. 22.
- 6) Hübsch in Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 38. Edition Stand: 01.09.2020, § 51 Rn. 46f.
- 7) Reiner Schulze in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Auflage 2019, § 398 Rn. 15.
- 8) Hildner/Völker in: Krüger, Handbuch Factoringrecht, 1. Aufl. 2017, Kreditversicherung, Rn. 107.
- 9) Vgl. Krüger in: Krüger, Handbuch Factoringrecht, 1. Auflage 2017, Vertragsregelungen, Rn. 6.