

# Erwerb von Kreditforderungen (nicht) konzessionspflichtig?

Bernhard Köck

**Der Beitrag befaßt sich mit der Frage, ob der gewerbliche Ankauf von Kredit- bzw Darlehensforderungen ein konzessionspflichtiges Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG ist. Nach einer kritischen Analyse der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen wird diese Frage bejaht.**

Stichwörter: Abtretung, ABS-Transaktionen, Bankgeheimnis, Bankkonzession, Basel II, Dienstleistung, Dienstleistungsfunktion, Factoringgeschäft, Finanzierungsfunktion, Verbriefungsspezialgesellschaft.

JEL-Classification: G 21, K 12, K 23.

The article deals with the question of whether the commercial purchase of loan receivables qualifies as a “factoring transaction” within the meaning of § 1 para 1 no 16 BWG. After a critical analysis of the definitional elements of a “factoring transaction” this question is answered in the affirmative.

## 1. Einleitung

In den vergangenen Jahren haben österreichische Banken damit begonnen, Kredit- bzw Darlehensforderungen [1] einzeln oder paketweise zu veräußern. Diese Entwicklung wurde zunächst – gerade in Ansehung notleidender Kredite – durch die Einführung des „Basel II“-Akkords [2] gefördert, welcher wesentlich strengere Eigenmittelerfordernisse für Kreditinstitute vorsieht, als sein Vorgänger „Basel I“. Der aktuelle wirtschaftliche Abschwung läßt einen Anstieg der Kreditausfallraten erwarten und macht daher weitere Veräußerungen von Kreditforderungen durchaus wahrscheinlich.

In Zusammenhang mit der Veräußerung von Kreditforderungen stellt sich unter anderem die Frage, ob der gewerblich handelnde Erwerber eine Bankkonzession benötigt. Dieser Frage kommt erhebliche Bedeutung zu, da gemäß § 100 BWG derjenige, der Bankgeschäfte ohne die dafür erforderliche Konzession betreibt, „auf alle mit diesen Geschäften verbundenen Vergütungen, wie insbesondere Zinsen und Provisionen keinen Anspruch [hat]“. § 98 Abs 1 BWG sieht für Verstöße gegen die Konzessionspflichten des BWG

zudem Geldstrafen von bis zu 20.000 Euro vor.

Die Finanzmarktaufsicht vertritt, wie der Autor aus seiner anwaltlichen Tätigkeit weiß, in der Praxis die Auffassung, daß der Erwerb von Kreditforderungen, sofern er gewerblich ausgeführt wird [3], als Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG zu qualifizieren sei. Diese Rechtsauffassung, die jüngst auch im Schrifttum vertreten wurde [4], soll im folgenden kritisch hinterfragt werden.

## 2. Begriff des Factoringgeschäfts

### 2.1. § 1 Abs 1 Z 16 BWG als Ausgangspunkt

Nach der Legaldefinition des § 1 Abs 1 Z 16 BWG ist ein konzessionspflichtiges Bankgeschäft, soweit diese Tätigkeit gewerblich ausgeführt wird,

„der Ankauf von Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen, die Übernahme des Risikos der Einbringlichkeit solcher Forderungen – ausgenommen die Kreditversicherungen – und im Zusammenhang damit der Einzug solcher Forderungen (Factoringgeschäft)“. (Hervorhebungen durch den Verfasser)

Die „Übernahme des Risikos der Einbringlichkeit“ der angekauften Forderungen ist keine zwingende Voraussetzung für das Vorliegen eines Factoringgeschäfts im Sinne dieser Bestimmung [5]. Dies wird damit begründet, daß der europarechtliche Factoringbegriff in Anhang I Z 2 zur RL 89/646/EWG idF RL 2006/48/EG das Factoring „mit und ohne Rückgriff“ erfaßt und eine richtlinienkonforme „Interpretation“ des § 1 Abs 1 Z 16 BWG daher eine Ungleichbehandlung von echtem und unechtem Factoring verbietet [6]. In diesem Zusammenhang kann dahingestellt blei-



Photo: Unkart

Dr. Bernhard Köck, LL.M. (Cambridge) ist Partner bei Bartlmä Madl Köck Rechtsanwälte;  
e-mail: bernhard.koeck@bmknet.at

ben, ob dieses Ergebnis, da es vom Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 16 BWG nicht mehr gedeckt ist, methodisch durch Analogie unter Berücksichtigung der genannten europarechtlichen Vorgaben oder durch Nichtanwendung des richtlinienwidrigen Tatbestandselements zu erzielen ist.

### 2.2. Die Gesetzesmaterialien

In den Erläuterungen zu § 1 Abs 2 Z 13 KWG, der wortgleichen Vorgängerbestimmung von § 1 Abs 1 Z 16 BWG, wird das Factoring in folgender Weise umschrieben:

„Das Factoring [...] ist eine besondere Art des Bankgeschäftes und wickelt sich in seiner Grundform wie folgt ab: Ein Unternehmer (der Factor) kauft einem anderen Unternehmer Kaufpreissforderungen gegen einen Abschlag und gegen sofortige Zahlung ab. Er zieht die Forderung bei Fälligkeit auf eigene Rechnung ein, nimmt also dem anderen Unternehmer das Risiko aus der Forderung ab und erspart ihm weitgehend

[1] Kredit- und Darlehensforderungen werden in der Folge gemeinschaftlich als „Kreditforderungen“, Kredite und Darlehen gemeinschaftlich als „Kredite“ bezeichnet.

[2] Auf Europäischer Ebene erfolgte die Implementierung von Basel II durch die Bankrechtsrichtlinie 2006/48/EG und die Kapitaladäquanzrichtlinie 2006/49/EG. Die nationale Umsetzung erfolgte im Jahr 2006 und wurde

mit dem BGBI I 2006/141 verlautbart.

[3] Zum Gewerblichkeitsbegriff siehe bloß *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 6 ff mwN.

[4] So etwa *Reisch*, *Zak* 2008, 249.

[5] *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 96.

[6] *Karas/Traxler/Waldherr* in *Dellinger*, BWG § 1 Rz 157.

die Kundenbuchhaltung. Im einzelnen sind verschiedene Abwandlungen denkbar. Beim Factoring handelt es sich um ein Dienstleistungsgeschäft, das auch Finanzierungsvorgänge einschließt. Haftet der Verkäufer der Forderung für deren Einbringlichkeit, so besteht eine große Ähnlichkeit mit dem Kreditgeschäft, insbesondere dem Diskontgeschäft.“ [7]

Diese Beschreibung der Grundform des Factorings zeigt meiner Auffassung nach, daß bei Beurteilung der Frage, ob ein Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG vorliegt, nicht allein auf den Wortlaut dieser Bestimmung, sondern eben auch auf die typische Ausgestaltung dieses Geschäftstyps in der Praxis und dessen übliche wirtschaftlichen Funktionen abzustellen ist. Dem entspricht, daß in der Literatur einhellig zwei weitere, in § 1 Abs 1 Z 16 BWG nicht explizit erwähnte Voraussetzungen für das Vorliegen dieses Bankgeschäfts genannt werden: Die *Dienstleistungsfunktion*, die in engem Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Einzug von Forderungen steht, und die *Finanzierungsfunktion* zugunsten des Forderungsveräußerers [8]. Für das Vorliegen eines Factoringgeschäfts im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG reicht es aber grundsätzlich aus, wenn der Factor eine dieser beiden Funktionen übernimmt [9]. Allgemein werden an das Vorliegen dieser beiden zusätzlichen Voraussetzungen keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sein, zumal diese in § 1 Abs 1 Z 16 BWG eben nicht explizit erwähnt sind.

Zum besseren Verständnis des Wesens des Factoringgeschäfts wird im folgenden – losgelöst von der Definition in § 1 Abs 1 Z 16 BWG – auf die typische zivilrechtliche Gestaltung dieses Geschäftstyps in der Praxis österreichischer Factoringbanken eingegangen [10].

### 2.3. Übliche zivilrechtliche Gestaltung von Factoringgeschäften

In der Praxis kauft der Factor alle gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen, die aus der laufenden Geschäfts-

tätigkeit des Kunden gegen dessen Abnehmer entstehen, und der Kunde tritt sie unter einem ab. Als Kaufpreis wird der jeweilige Rechnungsbetrag abzüglich der Factoringgebühr und allfälliger Nachlässe (Skonti) vereinbart. Der Kaufpreis wird zwar erst mit der Zahlung des Abnehmers an den Factor fällig. Häufig wird aber vereinbart, daß der Factor einen Vorschuß auf den Kaufpreis leistet, der in der Praxis bis zu 90% beträgt. Für diese Vorschüsse wird dem Kunden ein Abschlag in Form monatlicher Zinsen angelastet. Der Factor führt die Debitorenbuchhaltung und betreibt die Forderungen sowohl gerichtlich, als auch außergerichtlich. Dabei anfallende Kosten hat in der Regel der Kunde zu tragen.

Beim echten Factoring (im Gegensatz zum unechten Factoring) übernimmt der Factor das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Abnehmers. Der Factoringvertrag wird in der Regel auf bestimmte Zeit mit beiderseitigem Recht zur ordentlichen Kündigung geschlossen. Üblicherweise sind auch Umstände definiert, die zur außerordentlichen Kündigung des Vertrages berechtigen.

Im folgenden soll untersucht werden, ob bzw unter welchen Voraussetzungen der Ankauf von Kreditforderungen die unter Punkt 2.1 und 2.2 überblicksmäßig genannten Merkmale eines Factoringgeschäfts im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG (Ankauf von Forderungen, Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen, Einzug von Forderungen [Dienstleistungsfunktion], Finanzierungsfunktion) erfüllt.

## 3. Qualifikation des Ankaufs von Kreditforderungen als Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG?

### 3.1. Ankauf von Forderungen

Wie bereits erwähnt, nennt § 1 Abs 1 Z 16 BWG den „Ankauf von Forderungen“ als erste Voraussetzung für das Vor-

liegen eines Factoringgeschäfts. Einem Factoringgeschäft im Sinne der genannten Bestimmung muß also wohl ein Kaufvertrag als Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegen [11]. Diese Voraussetzung wird beim Erwerb von Kreditforderungen in aller Regel erfüllt sein. So werden etwa auch in den in der Praxis wichtigen Standardvertragsmustern der Loan Market Association („LMA“) [12] die Begriffe „Seller“, „Buyer“ und „Purchase“ verwendet.

Nach der herrschenden Lehre, die sich an der typischen zivilrechtlichen Ausgestaltung von Factoringbedingungen orientiert, liegt ein Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG weiters nur dann vor, wenn der Factor die Forderungen auch sachenrechtlich im Wege einer Zession erwirbt [13]. In der Praxis sehen Forderungskaufverträge mitunter vor, daß das „Eigentum“ an den verkauften Kreditforderungen beim Forderungsverkäufer verbleibt, dieses aber treuhändig für den Erwerber gehalten wird. Dabei verpflichtet sich der Forderungsveräußerer gegenüber dem Forderungserwerber, Zahlungseingänge auf die verkauften Forderungen an diesen weiterzuleiten. Bei dieser Gestaltung ist – mangels Übertragung der Forderungen im Wege einer Abtretung – also grundsätzlich nicht von einem Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG auszugehen.

Allerdings könnte unterstellt werden, daß diese „Treuhandkonstruktion“ ein Umgehungsgeschäft ist, da sie (auch) gewählt wird, um die Konzessionspflicht auf Seiten des Erwerbers zu vermeiden. Beim Umgehungsgeschäft wollen die Vertragspartner durch die Art der Gestaltung des Rechtsgeschäfts die Anwendung einer bestimmten gesetzlichen Regelung vermeiden oder das Eingreifen einer anderen Norm erreichen [14]. Auf ein Umgehungsgeschäft ist jene Norm anzuwenden, welche dem primär gewollten Geschäft entgegensteht, wenn sonst der Normzweck vereitelt würde [15].

Der Zweck der Konzessionspflicht bei Factoringgeschäften wird darin zu sehen

[7] 844 BlgNR 14. GP 37.

[8] Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O.Schütz, BWG<sup>3</sup> § 1 Rz 24; so etwa auch schon Chini/Frölichsthal, BWG<sup>2</sup> § 1 Rz 57. Die Finanzierungs- und die Dienstleistungsfunktion werden auch in den oben zitierten Erläuterungen zu § 1 Abs 1 Z 16 BWG ausdrücklich erwähnt.

[9] Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 156.

[10] Vgl dazu etwa auch Iro in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 2/18 ff; Welser/Czermak, RdW 1985, 132.

[11] Diwok in Diwok/Göth, BWG § 1 Rz 96; Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger,

BWG § 1 Rz 155. Dem entspricht, daß die wohl herrschende Lehre übliche Factoringvereinbarungen zivilrechtlich als Kaufverträge einordnet. In der Literatur wurde aber auch vertreten, daß derartige Vereinbarungen als Kreditverträge, als Darlehen oder als Aufträge, welche den Factor zur Eintreibung der abgetretenen Forderungen für den Zedenten verpflichten, qualifiziert werden könnten; siehe zu den verschiedenen zivilrechtlichen Einordnungsansätzen Iro in Avancini/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht II Rz 2/4 ff.

[12] Die LMA ist ein Interessenverband mit Sitz in London. Er wurde 1996 gegründet, um eine allgemein anerkannte Muster-Ver-

tragsdokumentation zu etablieren und dadurch den europäischen Markt für syndizierte Kredite zu fördern (www.loan-market-assoc.com).

[13] Diwok in Diwok/Göth, BWG § 1 Rz 96 (arg „Erwerb von Forderungen [...] zu Eigentum des Käufers“); Karas/Träxler/Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 155 (arg „kann nur bei einer Zession [...] ein Factoringgeschäft vorliegen“).

[14] Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I 147.

[15] Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 6 mwN.



sein, daß derjenige, der die – mit dem Factoring üblicherweise verbundenen – Finanzierungsleistungen übernimmt (siehe unter Punkt 3.4), die an Betreiber von Bankgeschäften gestellten Anforderungen an Seriosität, fachliche Qualifikation und Kapitalausstattung erfüllt. Dieser Zweck wäre vereitelt, könnte man durch den treuhändigen Verbleib der Forderungen beim Veräußerer die Bankkonzessionspflicht auf Seiten des Erwerbers vermeiden. Meiner Auffassung nach wird daher der Erwerber von Forderungen – bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs 1 Z 16 BWG – auch im Falle eines treuhändigen Verbleibs der Forderungen beim Veräußerer der Konzessionspflicht gemäß § 4 iVm § 1 Abs 1 Z 16 BWG unterliegen. Dies läßt sich wohl auch in Fällen vertreten, in welchen die genannte Treuhandkonstruktion primär gewählt wird, um eine Verletzung des Bankgeheimnisses auszuschließen [16], da es nach Teilen der Lehre auf eine Umgehungsabsicht nicht ankommt [17].

### 3.2. Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen

§ 1 Abs 1 Z 16 BWG definiert den Ankauf von „Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen“ als weiteres Wesensmerkmal des Factoringgeschäfts. Die Qualifikation einer Kreditforderung als Forderung aus einer Warenlieferung kommt wohl unter keinen Umständen in Betracht. Fraglich ist daher, ob die Gewährung von Kredit als Dienstleistung im Sinne dieser Bestimmung qualifiziert werden kann.

Nach einer bloßen *Wortinterpretation* wäre dies nicht ohne weiteres zu bejahen. So werden im allgemeinen Sprachgebrauch beispielsweise die Leistungen von Angehörigen der „freien Berufe“ (zB Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater, Architekten) sowie von Unternehmensberatern, Werbeagenturen, Friseuren und Heilpraktikern als Dienstleistungen bezeichnet. Den Tätigkeiten dieser Berufsgruppen ist – meinem Verständnis nach – gemein, daß sie in einer (von der Herstellung und der Veräußerung von Wa-

ren verschiedenen) aktiven körperlichen oder geistigen Tätigkeit für einen anderen bestehen.

Die Gewährung von Kredit, die eben nicht in der Herstellung oder Veräußerung von Waren besteht, ist dagegen durch die bloße Überlassung von Geld gegen Entgelt (Zinsen) charakterisiert. Abgesehen von einer gewissen „begleitenden Aufklärung“ (etwa über die Kreditkonditionen, allfällige Gebühren) führt eine Bank bei der Kreditgewährung *keine aktive körperliche oder geistige Tätigkeit* für den Kreditnehmer aus. Was den Charakter der Leistung betrifft, besteht insofern eine gewisse Ähnlichkeit zur Vermietung, die in der Gebrauchsüberlassung gegen Entgelt besteht [18]. Auch die Vermietung wird nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wohl eher nicht als Dienstleistung bezeichnet.

Zu bedenken ist allerdings, daß die Kreditvergabe unter eine Reihe rechtstechnischer Dienstleistungsbegriffe, so etwa unter den europäischen [19] und den vergaberechtlichen [20] Dienstleistungsbegriff fällt. Es läßt sich argumentieren, daß das BWG ein Gesetz ist, welches erfahrungsgemäß auf Vermittlung durch Juristen ausgelegt ist, weshalb bei der Auslegung seiner Bestimmungen dieser rechtstechnische Sprachgebrauch dem allgemeinen vorgeht [21]. Danach wäre die Gewährung von Kredit wohl als Dienstleistung zu qualifizieren.

Gewisse Anhaltspunkte lassen sich auch aus einer *historischen Interpretation* gewinnen. So ist die Variante des Ankaufs von Forderungen aus Dienstleistungen in der Beschreibung der Grundform des Factoringgeschäfts im Rahmen der Erläuterungen zu § 1 Abs 2 Z 13 KWG nicht einmal erwähnt. Insgesamt vermitteln die Gesetzesmaterialien *nicht* den Eindruck, daß der historische Gesetzgeber besonderen Wert auf die Art der vom Forderungsveräußerer erbrachten Leistung legte. Sie legen meiner Auffassung nach eher den Schluß nahe, daß mit „Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen“ lediglich Unternehmerforderungen möglichst weit beschrieben werden sollten, die

nach der damaligen Praxis üblicherweise gewerbsmäßig angekauft wurden (dem historischen Gesetzgeber war der neue Unternehmerbegriff noch nicht geläufig). Dem historischen Gesetzgeber läßt sich also wohl eher nicht die Absicht unterstellen, daß der Ankauf von Unternehmerforderungen aufgrund von Leistungen, die nicht unter einen jeweils eng gezogenen Warenlieferungs- oder Dienstleistungsbegriff fallen, nicht der Konzessionspflicht unterliegen sollte.

Auch eine *objektiv-teleologische Interpretation* führt meiner Auffassung nach zu keinem anderen Ergebnis: So wäre nicht einzusehen, warum gerade der Ankauf von Kreditforderungen, für deren Begründung der ursprüngliche Gläubiger eine Bankkonzession nach § 1 Abs 1 Z 3 BWG benötigt, nicht der Konzessionspflicht unterliegen sollte, der Ankauf von Forderungen aus Warenlieferungen oder „klassischen Dienstleistungen“, für deren Begründung eine solche Konzession nicht erforderlich ist, aber schon.

*Eine Auslegung des § 1 Abs 1 Z 16 BWG führt also meiner Auffassung nach zu dem Ergebnis, daß auch die Gewährung von Kredit als Dienstleistung im Sinne dieser Bestimmung zu qualifizieren ist.*

Unklar ist auch, ob der Begriff „Forderungen aus Warenlieferungen oder Dienstleistungen“ eng im Sinne von Forderungen für Warenlieferungen oder Dienstleistungen (im Sinne eines Entgelts für Warenlieferungen oder Dienstleistungen) oder weiter im Sinne von Forderungen *in Zusammenhang* mit Warenlieferungen oder Dienstleistungen zu verstehen ist, zumal dem Anspruch auf Rückzahlung eines hinausgereichten Kreditbetrages – im Gegensatz zum Anspruch auf Zinsen für die Gewährung des Kreditbetrages – kein Entgeltcharakter zukommt. In Hinblick darauf, daß Kreditforderungen in aller Regel einschließlich angewachsener bzw noch anwachsender Zinsen verkauft werden, kommt dieser Frage im gegebenen Zusammenhang wohl keine praktische Relevanz zu.

[16] Ein (potentieller) Erwerber benötigt spezifische Informationen zu den Kreditforderungen, um den objektiven Wert der Forderungen (vor dem Erwerb) beurteilen und um diese (nach dem Erwerb) verwalten oder betreiben zu können. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen diesem Informationsbedarf einerseits und der Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses andererseits; dazu näher *Apathy*, ÖBA 2006, 33; in englischer Sprache etwa *B. Köck*, J.I.B.L.R. 2008, 392.

[17] Vgl *Apathy/Riedler* in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> § 879 Rz 6 mwN. Die Rechtsprechung

des OGH zu dieser Frage ist uneinheitlich; dazu etwa *Peer*, JBl 2001, 127 mwN.

[18] Natürlich bestehen gewichtige zivilrechtliche, insbesondere sachenrechtliche Unterschiede zwischen dem Darlehen und dem Kreditvertrag einerseits und dem Bestandvertrag andererseits. Für die Beurteilung der Frage, ob die auf der Grundlage dieser Verträge erbrachten Leistungen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als Dienstleistung bezeichnet werden, kommt diesen Unterschieden aber keine Bedeutung zu.

[19] EuGH 14.11.1995, C-484/93, *Svens-*

*son/Ministre du Logement et de l'Urbanisme*, Slg 1995, I-03955.

[20] Gemäß § 6 BVergG 2006 sind Dienstleistungsaufträge „*entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind.*“ In Anhang III sind „*Bankenleistungen und Wertpapiergeschäfte*“ ohne jede Einschränkung als prioritäre Dienstleistungsaufträge angeführt.

[21] *F. Bydliński*, Methodenlehre<sup>2</sup> 439.

### 3.3. Der Einzug von Forderungen (Dienstleistungsfunktion)

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines Factoringgeschäfts ist nach dem Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 16 BWG der Einzug der angekauften Forderungen durch den Factor. Dieser Forderungseinzug ist Teil einer umfassenderen Dienstleistungsfunktion, die – wie bereits unter Punkt 2.1 erwähnt – von der Lehre als Voraussetzung für das Vorliegen eines Factoringgeschäfts angesehen wird [22]. Auch nach den Erläuterungen zu § 1 Abs 2 Z 13 KWG handelt es sich beim Factoring „um ein Dienstleistungsgeschäft, das auch Finanzierungsvorgänge einschließt“ [23]. Diese Dienstleistungsfunktion besteht beim „typischen Factoring“ darin, daß der Factor für den Kunden die Debitorenbuchhaltung von der Rechnungserstellung über das Mahnwesen bis zur Forderungsbeitreibung übernimmt, oft mit Nebenleistungen wie der laufenden Solvenzüberwachung der Drittschuldner oder der Anfertigung von Statistiken und Bilanzen. Der Factoringkunde erfährt dadurch eine operative Entlastung, die mit einer Einsparung von Sach- und Personalkosten verbunden ist [24]. Dieses Verständnis der „Dienstleistungsfunktion“ als ein Paket von Leistungen, in deren Kern der Forderungseinzug und die damit verbundene operative Entlastung des Factoringkunden steht, spiegelt sich auch in der folgenden Textpassage der Erläuterungen zu § 1 Abs 2 Z 13 KWG wieder: „[Der Factor] zieht die Forderung bei Fälligkeit auf eigene Rechnung ein, nimmt also dem anderen Unternehmer das Risiko aus der Forderung ab und erspart ihm weitgehend die Kundenbuchhaltung“ [25].

Der Erwerber von Kreditforderungen zieht diese naturgemäß – selbst oder durch ein von ihm beauftragtes Inkassobüro – ein. Der Forderungseinzug durch den Erwerber setzt voraus, daß dieser auch eine Debitorenbuchhaltung unterhält und Forderungen einmahnt. Dies führt zu einer operativen Entlastung des Veräußerers im obigen Sinne.

In diesem Zusammenhang ist allerdings der Vollständigkeit halber folgendes zu bemerken: In Deutschland wird zur umsatzsteuerlichen Behandlung des Erwerbs notleidender Kredite die Auffassung vertreten, daß der Erwerber

keine (umsatzsteuerbaren) Leistungen an den Veräußerer erbringt. Anders als beim Factoring werde der Veräußerer des Portfolios von den Aktivitäten des Erwerbers hinsichtlich der Verwertung des Portfolios nämlich nicht mehr berührt: Der Forderungserwerber erbringe den Forderungseinzug ausschließlich im eigenen Interesse. Beim Factoring bestehe demgegenüber auch ein Interesse des Kunden an der effizienten Forderungsbetreibung, zumal für diesen nach der üblichen vertraglichen Gestaltung die Verpflichtung bestehe, den Betrag der vom Factor noch nicht eingezogenen Forderungen zu verzinsen [26].

In einem Urteil ist das Finanzgericht Düsseldorf dieser Auffassung gefolgt. So geht aus dieser Entscheidung hervor, daß der Erwerber notleidender Forderungen diese ausschließlich im eigenen Interesse einzieht, weshalb keine steuerpflichtige Leistung des Forderungserwerbers an den Veräußerer vorliegt [27]. Das Finanzgericht Hessen hat in einer Entscheidung allerdings die gegenteilige Auffassung vertreten. Der Veräußerer notleidender Kredite werde – insbesondere durch die Einziehung seiner Forderungen durch den Erwerber – ebenso von vielfältigem Verwaltungsaufwand entlastet wie ein gewöhnlicher Anschlußkunde (= Factoringkunde) bei der Einziehung von nicht notleidenden Forderungen. Es sei daher gerechtfertigt, die Verwertungsleistungen als Einziehungsleistungen (an den Forderungsverkäufer) im weiteren Sinne anzusehen und diesen bei wirtschaftlicher Betrachtung gleichzustellen [28]. Auch die österreichische Finanzverwaltung geht, wie der Autor aus seiner anwaltlichen Tätigkeit weiß, beim Erwerb von notleidenden Krediten in der Praxis von umsatzsteuerbaren Leistungen des Erwerbers an den Veräußerer aus.

Mit den dargestellten Argumenten gegen das Vorliegen einer umsatzsteuerbaren Leistung des Erwerbers notleidender Kredite könnte man allgemein hinterfragen, ob der Erwerber mit dem Forderungseinzug und damit in Zusammenhang stehenden Tätigkeiten eine Dienstleistung an den Veräußerer erbringt. *Selbst wenn man eine Dienstleistung des Erwerbers an den Veräußerer im eigentlichen Sinne verneinte, würde dies der Anwendbarkeit*

*des § 1 Abs 1 Z 16 BWG aber wohl nicht entgegen stehen, zumal beim Erwerb von Kreditforderungen eben immerhin der wirtschaftliche Effekt der Dienstleistungen eines typischen Factors, nämlich die operative Entlastung des Verkäufers, in aller Regel erzielt wird.*

### 3.4. Finanzierungsfunktion

Wie ebenfalls bereits unter Punkt 2.1. erwähnt, wird in der Literatur die Finanzierungsfunktion zugunsten des Forderungsveräußerers als weiteres Wesensmerkmal des Factoringgeschäfts im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG genannt. Auch in diesem Zusammenhang ist die Textpassage aus den Erläuterungen zu dieser Bestimmung zu erwähnen, wonach das Factoringgeschäft „auch Finanzierungsvorgänge einschließt“ [29]. Die Finanzierungsfunktion kommt dadurch zum Ausdruck, daß der Factor seinem Kunden – durch die vorgezogene Zahlung des Kaufpreises (bzw eines Teils davon) [30] – Liquidität verschafft. Der Kunde muß nicht auf den Eingang seiner Außenstände warten, sondern genießt eine vorgezogene Befriedigung und einen ständigen umsatzkongruenten Bargeldzufluß [31]. Beim „klassischen Factoring“ werden Forderungen noch vor ihrer Fälligkeit angekauft. Ebenso scheint auch die Beschreibung der Grundform des Factoring in den Erläuterungen zu § 1 Abs 2 Z 13 KWG vom Ankauf nicht fälliger Forderungen durch den Factor auszugehen (arg „er zieht die Forderung [...] bei Fälligkeit ein“) [32]. In der Literatur finden sich allerdings keine Hinweise darauf, daß die für ein Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG erforderliche Finanzierungsfunktion nicht auch in bezug auf Forderungen erfüllt werden könnte, die im Zeitpunkt der Veräußerung bereits fällig sind.

Unter der Voraussetzung, daß der Kaufpreis vor Bezahlung der Forderungen an den Forderungserwerber fließt (dies entspricht der gängigen Praxis), kommt es auch beim Veräußerer von Kreditforderungen zu einem Finanzierungseffekt. *Die für das Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG kennzeichnende Finanzierungsfunktion liegt damit beim Verkauf notleidender Kreditforderungen in der Regel vor.*

[22] Chini/Frölichsthal, BWG<sup>2</sup> § 1 Rz 57; Laurer in Laurer/Borns/Strobl/M. Schütz/O. Schütz, BWG<sup>3</sup> § 1 Rz 24; Karas/Traxler/Waldherr in Dellinger, BWG § 1 Rz 156.

[23] 844 BlgNR 14. GP 37.

[24] Martinek/Oechsler in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch<sup>3</sup> § 102 Rz 3.

[25] 844 BlgNR 14. GP 37.

[26] Vgl etwa Behrens/Schmitt, DB 2004, 1531; Thielo, BB 2007, 2488 f.

[27] FG Düsseldorf 15.2.2008, 1 K 3682/05 U = BB 2008, 880 (Hahne).

[28] FG Hessen 31.5.2007, 6 V 1258/07 = UR 2008, 190 (Hahne).

[29] 844 BlgNR 14. GP 37.

[30] Wie bereits ausgeführt, wird der Kaufpreis nach den üblichen Factoringvereinbarungen erst mit der Zahlung des Abnehmers des Factoringkunden an den Factor fällig.

[31] Martinek/Oechsler in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch<sup>3</sup> § 102 Rz 2.

[32] 844 BlgNR 14. GP 37.

#### 4. Ausnahme für Verbriefungs-spezialgesellschaften

Ergänzend ist noch zu bemerken, daß die Geschäftstätigkeit von Verbriefungsspezialgesellschaften gemäß § 2 Z 60 BWG [33] nicht als Bankgeschäft zu qualifizieren ist, sofern deren ausschließliche Tätigkeit in der Aufnahme von Krediten, im Abschluß von Sicherungsgeschäften sowie im Abschluß auf diese Geschäftstätigkeit bezogener Hilfsgeschäfte besteht, um Forderungen gemäß § 22 Abs 2 BWG [34] eines Originators zu erwerben oder mit solchen Forderungen verbundene Risiken zu übernehmen.

*Diwok* [35] vertritt die Auffassung, daß die Tätigkeiten der sogenannten Special Purpose Vehicles im Rahmen von Asset-Backed-Securities-Transaktionen regelmäßig nicht unter das Factoringgeschäft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG fallen, zumal derartige Zweckgesellschaften die Forderungen nach erfolgter Zession üblicherweise nicht selbst eintreiben würden. § 20 Z 60 BWG komme daher nur klarstellende Funktion zu. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Forderungszug bei derartigen Transaktionen zwar in der Regel nicht unmittelbar durch die Zweckgesellschaft, letztlich aber wohl in deren Auftrag und für deren Rechnung erfolgt. Für die Anwendbarkeit von § 1 Abs 1 Z 16 BWG kann es meiner Auffassung nach nicht darauf ankommen, daß der Forderungserwerber die Forderungen unmittelbar selbst einzieht. Ohne die Bestimmung des § 20 Z 60 BWG wären die darin umschriebenen Transaktionen also wohl von § 1 Abs 1 Z 16 BWG erfaßt.

#### 5. Ergebnis

Die Voraussetzungen für das Vorliegen eines konzessionspflichtigen Factoringgeschäfts im Sinne des § 1 Abs 1 Z 16 BWG werden beim Erwerb von Kreditforderungen in der Regel gegeben sein. Es ließe sich zwar einwenden, daß der Käufer notleidender Forderungen diese ausschließlich im eigenen Interesse einzieht und daher – anders als der typische Factor – damit keine Dienstleistung an den Verkäufer erbringt. Selbst wenn man eine Dienstleistung des Käufers an den Verkäufer im eigentlichen Sinne verneinte, würde dies der Anwendbarkeit des § 1 Abs 1 Z 16 BWG aber wohl nicht entgegen stehen, zumal beim Erwerb von Kreditforderungen immerhin der wirtschaftliche Effekt der Dienstleistungen eines typischen Factors, nämlich die operative Entlastung des Veräußerers, in aller Regel erzielt wird.

Praktisch bedeutsam ist im gegebenen Zusammenhang die in § 2 Z 60 BWG enthaltene Ausnahmebestimmung, nach welcher Zweckgesellschaften im Rahmen von Asset Backed Securities-Transaktionen für den Erwerb von Kreditforderungen in der Regel keine Bankkonzession benötigen. ♦

#### Literaturverzeichnis

*Apathy*, Abtretung von Bankforderungen und Bankgeheimnis, ÖBA 2006, 33.

*Avancini / Iro / Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993).

*Behrens / Schmitt*, Umsatzsteuerliche Behandlung des Erwerbs notleidender Kredite, DB 2004, 1530.

*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991).

*Chini / Frölichsthal*, Praxiskommentar zum Bankwesengesetz<sup>2</sup> (1997).

*Dellinger*, Bankwesengesetz I, 2. Lieferung (2008).

*Diwok / Göth*, Bankwesengesetz (2005).

*Koziol / Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I (2006).

*B. Köck*, Bank Confidentiality and the Sale of Loans under Austrian Law, J.I.B.L.R. 2008, 392.

*Laurer / Borns / Strobl / Schütz, M. / Schütz, O.*, Bankwesengesetz<sup>3</sup> (2008).

*Peer*, Zur Umgehung des Schenkungspflichtteiles, JBl 2001, 127.

*Reisch*, Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Verkauf von Non Performing Loans, Zak 2008, 247.

*Schimansky / Bunte / Lwowski*, Bankrechtshandbuch<sup>3</sup> II (2007).

*Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup> IV (2006).

*Thielo*, Neue umsatzsteuerliche Entwicklungen bei Non-Performing Loans (NPL), BB 2007, 2487.

*Welser / Czermak*, Zur Rechtsnatur des Factoringgeschäfts, RdW 1985, 130.

[33] Die genannte Bestimmung definiert den Begriff der Verbriefungsspezialgesellschaft wie folgt: „Eine juristische Person, deren ausschließliche Geschäftstätigkeit in der Ausgabe von Schuldverschreibungen, in der Aufnahme von Krediten, im Abschluß von Si-

cherungsgeschäften sowie im Abschluß auf diese Geschäftstätigkeit bezogener Hilfsgeschäfte besteht, um Vermögensgegenstände, insbesondere Forderungen, aus dem Geschäftsbetrieb anderer Unternehmen zu erwerben oder mit Vermögensgegenständen verbundene Risiken

zu übernehmen.“

[34] Das sind Forderungen in Form von Aktivposten, außerbilanzmäßigen Geschäften und Derivaten.

[35] *Diwok* in *Diwok/Göth*, BWG § 1 Rz 98.