

Rechtsfragen der Insolvenz des Anschlusskunden beim Factoring

Bei der insolvenzrechtlichen Abwicklung von Factoringverträgen ist zu differenzieren, welche Auswirkung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Factoringvertrag als solchen hat und wie die einzelnen Factoringgeschäfte davon betroffen sind.

1. Schicksal des Factoringvertrages

Sowohl beim echten als auch beim unechten Factoring führt die Insolvenzeröffnung über das Vermögen des Factoringkunden zum Erlöschen des Factoringvertrages gemäß § 116 Abs. 1 InsO¹.

Dies erfährt seine Rechtfertigung darin, dass der Factoring-Vertrag als Rahmenvertrag Elemente des Geschäftsbesorgungsvertrages aufweist². Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass das Schwergewicht im Falle des echten Factorings beim Forderungskauf liegt³. Echtes und unechtes Factoring unterscheiden sich lediglich in der Delkrederehaftung. Die Vertragspflichten zwischen Factor und Anschlusskunden unterscheiden sich jedoch nicht⁴. Darüber hinaus ist eine Mischform aus echtem und unechtem Factoring denkbar⁵. Dies führte insbesondere zu einer erweiterten Anwendung des § 23 Abs. 2 KO auf das echte Factoring⁶. § 116 InsO entspricht nunmehr der Regelung des § 23 Abs. 2 KO, so dass auch diese Norm auf das echte Factoring anzuwenden ist.

Mit der Verfahrenseröffnung entfällt daher die Verpflichtung des Factoringkunden zur Andienung weiterer Forderung als auch die Ankaufs- und Dienstleistungspflicht des Factors. Das Erlöschen des Factoringvertrages hat beim echten Factoring jedoch keinen Einfluss auf die Delkrederehaftung des Factors. Diese beruht nicht auf dem Factoringvertrag als solchen, sondern ist Inhalt des jeweiligen Factoringkausalgeschäftes⁷.

¹ Braun, InsO, § 116 Rn. 9; MüKo, InsO, § 116 Rn.20; Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung S. 622

² Brink, ZIP 1987, 817, 819; Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.90 f.

³ Martinek, S. 318

⁴ Brink, ZIP 1987, 817, 819

⁵ Martinek, S. 318; MüKo, InsO, § 116 Rn. 18; Obermüller, Insolvenzrecht, Rn 7.91

⁶ OLG Koblenz, Urt. v. 26.7.1988 – 3 U 1352/87

⁷ OLG Koblenz, Urt. v. 26.7.1988 – 3 U 1352/87; Hess, Insolvenzrecht, Band II, §§ 115, 116, Rn. 7; Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 622

2. Abwicklung der einzelnen Factoringgeschäfte

Für die Frage, welche Auswirkung die Insolvenzeröffnung auf die Abwicklung der einzelnen Factoringgeschäfte hat, ist folgende Differenzierung zu treffen:

a. Voll abgewickelte Geschäfte

Factoringgeschäfte, welche vor Verfahrenseröffnung abgeschlossen und voll abgewickelt wurden, bleiben ähnlich wie Bargeschäfte von der Insolvenz unberührt⁸.

Die Eingehung und die Erfüllung von Factoringgeschäften können vom Insolvenzverwalter in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren über das Vermögen des Anschlusskunden insbesondere nicht nach §§ 129 ff. InsO angefochten werden⁹. Voraussetzung für eine Anfechtung ist nach § 129 Abs. 1 InsO eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger. Eine solche liegt in diesem Fall nicht vor. Insoweit bestehen keine Unterscheide zwischen echten und unechten Factoring. In beiden Fällen wird dem Anschlusskunden der Nennwert der Forderung abzüglich der Factoringkosten sofort gutgeschrieben und damit unmittelbar zur Verfügung gestellt. Der Anschlusskunde erhält daher wie bei den Bargeschäften eine vollwertige Gegenleistung. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die Gegenleistung im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch in der Masse vorhanden ist¹⁰.

Eine Gläubigerbenachteiligung kann auch nicht in dem Abzug der Factoringgebühr gesehen werden¹¹. Auch diesbezüglich erbringt der Factor eine Gegenleistung. Die Leistung des Factors ist in der Bevorschussung einer noch nicht fälligen Forderung und in dem von ihm anderweitig erbrachten Dienstleistungen zu sehen. Ebenso wenig ist mit dem Abzug der Delkrederegebühr oder der Factoringzinsen eine Gläubigerbenachteiligung verbunden¹². Bei der Delkrederegebühr besteht die Gegenleistung des Factors in der Risikoübernahme. Die Factoringzinsen projizieren den Wert der erst später fällig werdenden Forderung auf den Zeitpunkt der Gutschrift durch den Factor¹³. Auch ein etwaiger Sicherungseinbehalt rechtfertigt keine Anfechtung nach §§ 129 ff. InsO. Dieser einbehaltene Betrag stünde dem Anschlusskunden auch ohne das Factoringgeschäft erst ab Fälligkeit der Forderung zur

⁸ MüKo, § 47 Rn. 263

⁹ OLG Bremen, Urt. v. 24.4.2980 - 2 U 90/79; Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.77; Sinz, Kölner Schrift für Insolvenzordnung, S. 638; Uhlenbruck, InsO §§ 115, 116 Rn. 89;

¹⁰ OLG Köln, Urt. v. 16.3.1962 - 9 U 156/61; Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.77

¹¹ Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.77; Uhlenbruck, InsO §§ 115, 116 Rn. 79

¹² Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 90



Rechtsanwälte

Verfügung. Zahlt der Debitor jedoch nach Fälligkeitseintritt an den Factor, erhält der Anschlusskunde den Sicherungseinbehalt zurück.

Eine Anfechtung des Factoringgeschäft kommt nur dann in Betracht, wenn der Factor marktunübliche, insbesondere unangemessen hohe Zinsen und Gebühren berechnet. Denkbar ist eine Anfechtung nach § 133 InsO darüber hinaus in dem Fall, in dem der Anschlusskunde in der dem Factor bekannten Absicht handelt, die Gegenleistung aus dem Factoringgeschäft dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen¹⁴.

b. Abgetretene und vom Factor bezahlte Forderungen

Hat der Factoringkunde die Forderung bereits abgetreten und der Factor den Kaufpreis für die Forderung zugunsten des Factoringkunden bereits gutgeschrieben, stellt sich die Frage, ob dem Insolvenzverwalter gemäß § 103 InsO ein Wahlrecht und dem Factor ein Aussonderungsrecht zusteht.

aa. Anwendbarkeit von § 103 InsO

Echtes Factoring

Ein Wahlrecht nach § 103 InsO steht dem Insolvenzverwalter im Fall des echten Factorings nicht zu, da das der Forderungszession zugrunde liegende Kausalgeschäft im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits beiderseits erfüllt ist¹⁵. Der Factor hat seine vertragsgemäße Leistung durch Gutschrift des Kaufpreises, der Factoringkunde durch Abtretung der Forderung erbracht.

Unechtes Factoring

Hat der Factor im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung dem Factoringkunden den Gegenwert der Forderung bereits gutgeschrieben, so hat er den Vertrag vollständig erfüllt¹⁶. Für eine Anwendung des § 103 InsO bleibt auch hier kein Raum. Die Pflicht zum Forderungseinzug beim Drittschuldner und zur Auskehrung des Sicherungseinhalts an den Factoringkunden stellt lediglich eine nachvertragliche Pflicht des Factors und keine Nebenpflicht dar¹⁷. Der Leistungserfolg besteht vorliegend in der Vorfinanzierung des Factoringkunden durch den

¹³ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 90

¹⁴ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 90

¹⁵ Brink; ZIP 1987, 817, 819; MüKo, InsO, § 103 Rn. 71; Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 623;

¹⁶ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 23 Rn 20 c; MüKo, InsO, § 47 Rn. 264; Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 623

¹⁷ Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 23 Rn 20 c



H&P
Rechtsanwälte

Factor. Vorbenannte Pflicht ist jedoch nicht auf die Herbeiführung dieses Leistungszweckes gerichtet.

bb. Aussonderung durch den Factor

Echtes Factoring

Forderungen, die im Falle des echten Factorings dem Factor bereits vor Insolvenzeröffnung abgetreten und von diesem bezahlt worden sind, kann der Factor bei Insolvenz des Anschlusskunden aussondern¹⁸. Sie fallen nicht in die Insolvenzmasse. Der Factor ist Vollrechtsinhaber der Forderungen geworden und hat diese auch nicht lediglich zum Zwecke der Besicherung erworben¹⁹.

Der Insolvenzverwalter hat nunmehr grundsätzlich jede Maßnahme zu unterlassen, die zur Behinderung des Factors bei der Einziehung der Forderung führen könnte²⁰. Fordert er dennoch den Drittschuldner zur Zahlung der abgetretenen Forderungen an sich auf, obwohl er vom Bestehen des Factoringvertrages Kenntnis hat oder haben muss, so liegt hierin eine Pflichtverletzung, die zum Schadensersatz als Masseschuld verpflichtet²¹.

Ganter²² vertritt die Auffassung, dass das Insolvenzgericht gemäß § 21 Abs. 2 S.1 Nr. 5 InsO anordnen kann, dass der vorläufige Insolvenzverwalter an Stelle des Factors alle noch offenen Forderungen des Anschlusskunden gegen den Debitoren einziehen darf. Zwar ist der Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Begründung davon ausgegangen, dass die vom Factor bereits angekauften Forderungen nicht von vorbenannter Vorschrift erfasst werden. Begründet wurde dies damit, dass diese mit „Abschluss der Vereinbarung weder wirtschaftlich noch rechtlich zu dem Vermögen des Schuldners“ gehören. Doch bleibt bei dieser Sichtweise außer Betracht, dass im Falle der an den Factor bereits abgetretenen und vom ihm bezahlten Forderung diesem bei Einziehung durch den Insolvenzverwalter ein Aussonderungsrecht zusteht. Insoweit ist auch die Vorschrift des § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO dem Wortlaut nach anwendbar. Allerdings erfährt dies insoweit eine Einschränkung, als auch hier danach zu fragen ist, inwieweit diese Forderungen noch von erheblicher Bedeutung für das Unternehmen des Anschlusskunden sind.

¹⁸ Ganter, NZI 2007, 549, 554; HK, InsO, § 47 Rn 16; MüKo, InsO, § 47 Rn. 265; Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.93; Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 623; FK, InsO, § 47 Rn. 31; Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 43

¹⁹ Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 623; Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 43

²⁰ RGZ 111, 298, 303; Brink, ZIP 1987, 817, 819; Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 7.94

²¹ Uhlenbrunk, InsO §§ 115, 116 Rn 43

Unechtes Factoring

Umstritten ist, ob dem Factor beim unechten Factoring ein Aussonderungs- oder lediglich ein Absonderungsrecht zusteht. Dies gewinnt insoweit an Bedeutung, als der Factor als Absonderungsberechtigter gemäß § 171 InsO den Abzug eines Betrages zu den Feststellungs- und Verwertungskosten in Höhe von pauschalen 9 % des Verwertungserlöses dulden müsste. Als Aussonderungsberechtigten trifft ihn solch eine Pflicht hingegen nicht, die Verwertungsbefugnis steht vielmehr ihm allein zu.

Die herrschende Meinung will dem Factor lediglich ein Absonderungsrecht gewähren²³. Absonderungsberechtigter ist ein Gläubiger, dessen Forderung durch ein dingliches Recht gesichert ist. Beim unechten Factoring hat der Factor gegen den Anschlusskunden im Falle der Uneinbringlichkeit der Forderung vom Debitor eine Rückbelastungsmöglichkeit. Der Abtretung wird in diesem Falle daher lediglich ein Sicherungscharakter beigemessen²⁴. Dies begründet daher eine Absonderungsberechtigung des Factors.

Nach anderer Auffassung muss dem Factor auch beim unechten Factoring ein Aussonderungsrecht zugebilligt werden²⁵. Insbesondere wird darauf verwiesen, dass dem Befriedigungsrecht des Factors aus der abgetretenen Forderung auch beim unechten Factoring der Sicherungszweck fehlt²⁶. Allein die Tatsache, dass der Anschlusskunde beim unechten Factoring wirtschaftlich betrachtet das Risiko der Uneinbringlichkeit der abgetretenen Forderung trägt, führt nicht schon dazu, die Abtretung in diesem Fall als „pfandrechtsartiges Sicherungsrecht“ anzusehen²⁷. Genau dieser Sicherungszweck wird jedoch von der herrschenden Meinung für die Begründung eines Absonderungsrechts herangezogen. Die Rückübertragung im Falle des unechten Factorings beruht indes gerade nicht wie bei der Sicherungszession auf dem Wegfall des Sicherungszweckes, sondern auf dem mit der Zession vorrangig verfolgten Erfüllungszweck²⁸. Ganter²⁹ stimmt dem insoweit zu, wendet jedoch ein, dass die abgetretene Forderung dennoch nicht ohne weiteres zum Vermögen des Factors gehört. Solange der Factor die Forderung nicht vom Debitor

²² Ganter, NZI 2007, 549, 554

²³ BGH, Beschl. v. 20.12.2007 – IX ZR 105/07; FK, InsO, § 51 Rn. 28; HK, § 47 Rn. 9, 17; MüKo, § 47 Rn. 266; Obermüller, Insolvenzrecht, 7.97 f.

²⁴ MüKo, InsO, § 47 Rn. 266

²⁵ Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 624; Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 44

²⁶ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 44

²⁷ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 161 Rn. 44

²⁸ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 44

²⁹ MüKo, InsO, § 47 Rn. 266



H&P
Rechtsanwälte

eingezogen hat, besteht die Möglichkeit der Rückübertragung der abgetretenen Forderung an den Anschlusskunden. Dem Factor kommt daher eine zur Sicherungszession vergleichbare treuhänderische Stellung zu.

c. Abgetretene, vom Factor bezahlte, aber noch nicht werthaltige Forderung

Ist die abgetretene vom Factor bereits bezahlte Forderung noch nicht werthaltig, ist für die Frage der Insolvenzfestigkeit des Forderungserwerbs entscheidend, wann die Werthaltigkeit eintritt.

aa. Erfüllung durch den Anschlusskunden vor der Verfahrenseröffnung

Die Zession ist insolvenzfest, wenn und soweit das zugrunde liegende Deckungsgeschäft zwischen Debitor und Anschlusskunden von letzt Genanntem bereits vor Verfahrenseröffnung erfüllt ist.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Erfüllungshandlung des Anschlusskunden nach § 130 Abs. 1 S. 1 Nr.1 InsO anfechtbar ist, wenn dieser das Deckungsgeschäft mit dem Debitor in den letzten 3 Monaten vor Antragstellung erfüllt hat, der Anschlusskunde zu dieser Zeit bereits zahlungsunfähig war und der Factor davon Kenntnis hatte. Eine Erfüllungshandlung nach Antragstellung ist gemäß § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO bereits dann anfechtbar, wenn der Factor die Zahlungsunfähigkeit des Debtors oder die Antragstellung kannte. Die Gläubigerbenachteiligung wird darin gesehen, dass die Erfüllung aus der künftigen Masse erfolgt, die Gegenleistung jedoch nicht in die Masse fällt, sondern vielmehr dem Factor zufließt³⁰.

bb. Valutierung während des Eröffnungsverfahrens

Im Falle der Valutierung während des Eröffnungsverfahrens ist der Forderungserwerb dann insolvenzfest, wenn die finanzierte Forderung bestanden und die Bedingung für die Forderungsabtretung mit der Gutschrift durch den Factor bereits vor Verfahrenseröffnung eingetreten war³¹. Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass die Forderung nur infolge der Erfüllung durch den Insolvenzverwalter realisierbar wird³². Es ist insoweit anerkannt, dass der Zessionar die künftige Forderung bereits mit ihrer Entstehung und zwar unabhängig

³⁰ BGH, Urt. v. 14.12.1983 - VIII ZR 152/70

³¹ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 48

³² Brink, ZIP 1987, 817, 820



Rechtsanwälte

von dem Fälligkeitszeitpunkt der jeweiligen gegenseitigen Forderungen erwirbt³³. Maßgeblich ist daher allein der Abschluss des Vertrages, der den Anspruch des Zedenten auf die Vergütung begründet.

cc. Beiderseitige Nichterfüllung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung

Der Factor geht hingegen trotz wirksamer Forderungsabtretung dann leer aus, wenn das zugrunde liegende Deckungsgeschäft zwischen Anschlusskunden und Debitor im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht erfüllt war. In diesem Fall steht dem Insolvenzverwalter ein Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO zu.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die zuvor erörterte Frage der Anwendbarkeit des § 103 InsO lediglich das Factoringsgeschäft zwischen Factor und Anschlusskunden betraf. In diesem Fall ist kein Raum für eine Anwendung vorbenannter Norm.

Soweit der BGH die Auffassung vertrat, dass mit Verfahrenseröffnung die Erfüllungsansprüche erlöschen, hat er seit seiner Entscheidung vom 25.4.2002³⁴ von dieser Rechtsprechung Abstand genommen. Nunmehr ist § 103 InsO dahingehend zu verstehen, dass weder die Verfahrenseröffnung, noch die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters zu einer Umgestaltung des Deckungsgeschäfts dergestalt führt, dass an die Stelle der Erfüllungsansprüche der Vertragsparteien automatisch der einseitige Anspruch wegen Nichterfüllung tritt³⁵. Diese Umgestaltungswirkung tritt nur dann ein, wenn die Vertragspartei einen Anspruch wegen Nichterfüllung geltend macht. Dies ist jedoch erst möglich, wenn feststeht, dass es bei der Nichterfüllung bleibt.

Der Insolvenzverwalter wird bei der Ausübung seines Wahlrechts insbesondere nicht durch die Forderungszession gehindert³⁶. Lehnt er die Erfüllung ab, bleibt der Vertrag selbst bestehen. Nach nunmehriger Rechtsprechung erlöschen auch nicht die Erfüllungsansprüche, da weder die Verfahrenseröffnung, noch die Erfüllungsablehnung eine materiell-rechtliche Umgestaltung des Vertrages bewirken. Es bleibt insoweit bei der mit der Insolvenzeröffnung verbundenen Folge der Nichtdurchsetzbarkeit der Erfüllungsansprüche. Die dem Factor

³³ BGH, Urt. v. 19.9.1993 – II ZR 12/83; BGH, Urt. v. 20.12.1988 – IX ZR 50/88

³⁴ BGH, Urt. v. 25.4.2002 - IX ZR 313/99

³⁵ Braun, InsO, § 103 Rn. 8; MüKo, § 103 Rn.

³⁶ Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.108



Rechtsanwälte

abgetretene Forderung verliert damit ihren Wert³⁷. Mit der Geltendmachung der Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung erlöschen sodann die Erfüllungsansprüche. Damit wird auch der Anspruch des Factors gegenstandslos.

Die Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO hat zur Folge, dass dem Anspruch des Gläubigers auf die Leistung des Schuldners sowie dem Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung die Rechtsqualität von originären Masseverbindlichkeiten und Masseforderungen zukommt³⁸. Aufgrund dieser Rechtsqualität unterliegt diese Masseforderung nach § 91 Abs. 1 InsO nicht der vor Verfahrenseröffnung erfolgten Abtretung an den Factor. Der Anspruch auf die vom Debitor geschuldete Leistung steht daher nicht dem Factor, sondern dem Insolvenzverwalter zu.

dd. Teilerfüllung durch den Anschlusskunden

Hat der Anschlusskunde vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens teilweise, der Debitor hingegen nichts geleistet, wird der dieser Teilleistung entsprechende Anspruch auf die Gegenleistung durch die Verfahrenseröffnung nicht berührt³⁹. Der anteilige Erfüllungsanspruch besteht insoweit fort, so dass dem Factor in diesem eingeschränkten Umfang das Recht zusteht, die Gegenleistung vom Debitor einzuziehen⁴⁰. Der Factor erleidet nur insoweit einen Ausfall, als es dem ihm abgetretenen Anspruch auf die Gegenleistung für solche Leistungen entspricht, die der Anschlusskunde im Deckungsverhältnis nicht bereits vor Verfahrenseröffnung erbracht hat⁴¹. Lediglich auf diesen Umfang beschränken sich die oben genannten Rechtsfolgen der Verfahrenseröffnung und des Erfüllungsverlangens des Insolvenzverwalters⁴². Voraussetzung ist jedoch, dass die Leistungen auch teilbar sind. Bei der an den Factor abgetretenen Forderung handelt es sich um eine Geld- und damit grundsätzlich teilbare Leistung. Ob hingegen die Leistung des Anschlusskunden teilbar ist, ist jeweils anhand der Besonderheiten des Einzelfalles zu bestimmen. Eine Teilbarkeit ist jedoch schon dann zu bejahen, wenn lediglich Gewährleistungsansprüche im Raum stehen⁴³.

³⁷ Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.108

³⁸ BGH, Urt. v. 25.4.2002 - IX ZR 313/99; Braun, InsO, § 103 Rn. 8, MüKo, InsO, § 103 Rn. 39

³⁹ BGH, Urt. v. 4.5.1995 - IX ZR 256/93

⁴⁰ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 51

⁴¹ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 51

⁴² Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.112

3. Anfechtung

Für die Anfechtung gelten beim Factoring einige Besonderheiten.

a. Aufrechnung des Factors

Fraglich ist, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Factor dem Anschlusskunden den Factoringserlös nicht zur freien Verfügung stellt, sondern mit Gegenforderungen aus früheren Geschäften aufrechnet. In diesem Zusammenhang ist insbesondere an die Gegenforderung des Factors im Fall des unechten Factorings zu denken. Ist die dem Factor abgetretene Forderung vom Debitor uneinbringlich, kann der Factor den Anschlusskunden zurückbelasten, insbesondere dann, wenn das Sperrkonto nicht ausreicht, um den Ausfall des Factors zu decken. Zum anderen sind Gegenforderungen des Factors dann denkbar, wenn dieser vom Debitor aufgrund etwaiger Gewährleistungsansprüche nicht den vollen Nennbetrag, sondern nur einen geringeren Teilbetrag erhält.

Im Falle der Aufrechnung mit Altforderungen des Factors gegen den Anschlusskunden liegt ein der Anfechtung generell entzogener gleichwertiger Leistungsaustausch nicht vor⁴⁴, so dass grundsätzlich eine Anfechtung nach § 133 InsO wegen vorsätzlicher Benachteiligung oder nach §§ 130, 131 InsO wegen kongruenter oder inkongruenter Deckung in Betracht kommt.

Zu differenzieren ist jedoch zwischen der Forderungsabtretung vor und nach Antragstellung.

aa. Forderungsübergang vor Antragstellung

Tritt der Anschlusskunde die Forderung zu einem Zeitpunkt ab, in der er sich bereits in finanziellen Schwierigkeiten befindet oder ist eine solche Situation absehbar, kommt eine Anfechtung nach § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO in Betracht. Es handelt sich nicht um eine inkongruente Deckung im Sinne des § 131 InsO, sondern vielmehr um eine kongruente Deckung im Sinne von § 130 InsO⁴⁵. Eine inkongruente Deckung ist bei einer Rechtshandlung, die dem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, anzunehmen. Dies ist vorliegend gerade nicht der Fall. Der Factor hat gegen den Anschlusskunden einen fälligen Anspruch. Aus dem Factoringvertrag ergibt sich insbesondere ein Anspruch des Factors gegen den Anschlusskunden auf Andienung der

⁴³ Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.112

⁴⁴ Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.79

⁴⁵ Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.81; Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 91



Rechtsanwälte

Forderungen und damit auf Befriedigung „in der Art“⁴⁶. Eine Anfechtung nach § 130 InsO ist demnach möglich, wenn der Anschlusskunde im Zeitpunkt der Zession bereits zahlungsunfähig war und der Factor diesen Umstand kannte. Gemäß § 130 Abs. 2 InsO steht der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit jedoch gleich, wenn der Factor die Umstände kennt, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen.

Einer Anfechtung nach § 130 InsO steht nicht entgegen, dass den Factor auch eine Pflicht zur Forderungsfinanzierung traf. Der Factor hat es lediglich nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder Antragstellung zu unterlassen, sich aus Eingängen auf den Konten zu befriedigen⁴⁷. Dem Factor wird damit nicht angesonnen, seine Verpflichtungen aus dem Factoringvertrag zu verletzen.

bb. Forderungsabtretung nach Antragstellung

Tritt der Anschlusskunde seine Forderungen gegen den Debitor nach Antragstellung ab, kommt es für die Frage der Anfechtbarkeit der Aufrechnung lediglich darauf an, ob der Factor im Zeitpunkt des Forderungserwerbs bereits Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder dem Antrag auf Insolvenzeröffnung hatte. Ist eine solche Kenntnis zu bejahen, ist die Aufrechnung in einem nachfolgenden Insolvenzverfahren nach § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar. Die Beweislast für die Kenntnis des Factors trägt der Insolvenzverwalter. Hatte der Factor hingegen keine Kenntnis, bleibt die Aufrechnung wirksam.

b. Anfechtung nach § 135 InsO

a. Echtes Factoring

Das echte Factoring ist mit einer Darlehensgewährung nicht vergleichbar. Die erfolgte Gutschrift bleibt endgültig im Vermögen des Anschlusskunden und zwar als gläubigerhaftendes Eigenkapital. Eine Anfechtung nach § 135 scheidet demnach aus.

b. Unechtes Factoring

Beim unechten Factoring wird hingegen die Auffassung vertreten, es handle sich generell und zwar losgelöst von der Frage, ob ein Rückgriff beim Anschlusskunden erfolgt oder nicht,

⁴⁶ Obermüller, Insolvenzrecht, Rn. 7.81; Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 91



Rechtsanwälte

um einen Fall des § 32 a Abs. 3 GmbHG⁴⁷ mit der Folge, dass eine Anfechtung nach § 135 Nr. 2 InsO in Betracht kommt. Zur Begründung wird ausgeführt, dass dem Anschlusskunden durch das Factoringgeschäft lediglich Fremdkapital zur zeitweisen Nutzung gewährt wird, da der Factor gegen den Anschlusskunden im Fall der Uneinbringlichkeit der Forderung vom Debitor einen Anspruch auf Rückbelastung hat⁴⁹

Der Streit wird im hiesigen Zusammenhang aber nur relevant, soweit das Factoringgeschäft durch einen Gesellschafter besichert wird (vgl. Braun, InsO, § 135, Rn. 13).

⁴⁷ BGH, Urt. v. 2.2.1972 - VIII ZR 152/70

⁴⁸ OLG Köln, Urt. v. 25.7.1986 - 22 U 311/85; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32 a Rn. 29; MüKo, InsO, § 135 Rn. 18

⁴⁹ Uhlenbruck, InsO, §§ 115, 116 Rn. 95; Sinz⁴⁹ tritt dem jedoch entgegen. Das unechte Factoring unterscheidet sich nur insoweit vom echten, als es eine Rückbelastungsmöglichkeit gegen den Anschlusskunden bietet. Der Anschlusskunde trägt damit das Delkredererisiko. Der Factoringenerlös steht dem Anschlusskunden jedoch dann endgültig zu, wenn die Forderung durch den Factor vom Debitor eingezogen ist. In diesem Fall erfolgt daher der Forderungseinzug nicht anders als beim echten Factoring. Lässt man die bloße Rückbelastungsmöglichkeit des Factors für eine Anwendung des § 32 a GmbHG genügen, würde dies im Endergebnis dazu führen, dass selbst vollständig abgewickelte Factoringgeschäfte nach § 135 Nr. 2 InsO anfechtbar wären. Der eingezogene Betrag ist dann zur Masse zurückzugewähren und das, obwohl die Zahlung des Debtors dazu führt, dass dem Anschlusskunden der Factoringenerlös nunmehr endgültig zusteht und damit insoweit auch als gläubigerhaftendes Kapital zur Verfügung steht. Der Factor wäre demnach stets daran gehindert, die Forderung überhaupt vom Debitor einzuziehen. Erst im Falle des Eintritts der Delkrederhaftung steht fest, dass der Factor gegen den Anschlusskunden einen Rückbelastungsanspruch hat und dieser insoweit Leistungen aus seinem Vermögen zu erbringen hat. § 32 a GmbHG schließt daher erst in diesem Fall die Geltendmachung des Rückgriffsanspruchs gegen den Anschlusskunden wegen der Uneinbringlichkeit der Forderung vom Debitor aus. Teilleistungen unterliegen insoweit der Anfechtung nach § 135 Nr. 2 InsO und sind daher zurückzugewähren, als sie im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag erbracht worden sind.

4. Insolvenz des Anschlusskunden und § 13 c Umsatzsteuergesetz

Nach § 13 c Abs. 1 Satz 1 UStG haftet der Abtretungsempfänger für die in Forderungen enthaltene Umsatzsteuer, wenn der leistende Unternehmer den Anspruch auf die Gegenleistung für einen steuerpflichtigen Umsatz an einen anderen Unternehmer (das Factoringunternehmen) abgetreten hat und die festgesetzte Steuer, bei deren Berechnung dieser Umsatz berücksichtigt worden ist, bei Fälligkeit nicht oder nicht vollständig entrichtet worden ist.

In Factoringverträgen befinden sich häufig Klauseln der Art, dass das Factoringunternehmen berechtigt ist, vom Kaufpreis Beträge abzuziehen oder zur Sicherheit einzubehalten, wenn und soweit das Factoringunternehmen oder der Anschlusskunde aufgrund gesetzlicher Vorschriften, insbesondere der Steuergesetze, verpflichtet sind, diese Beträge einzubehalten oder abzuführen oder das Factoringunternehmen für die Abführung dieser Beträge haftet.

Hat das Factoringunternehmen von dieser Befugnis Gebrauch gemacht und befindet sich ein Guthaben des Anschlusskunden auf dem Sperrkonto, wird dies nach Eintritt des Insolvenzfalls regelmäßig vom Insolvenzverwalter beansprucht. Gleichzeitig verlangen aber typischerweise auch die Finanzämter nach § 13 c UStG Auszahlung, da in den Insolvenzfällen häufig die beim Forderungskauf vom Factoringunternehmen erhaltene Umsatzsteuer durch den Anschlusskunden nicht ordnungsgemäß abgeführt wurde.

Dadurch entsteht die Gefahr einer Doppel-Inanspruchnahme des Factoringunternehmens. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 17.01.2007, Aktenzeichen VIII ZR 171/06, ein Zurückbehaltungsrecht des Factoringunternehmens gegenüber der Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter im Hinblick auf eine drohende Haftung des Factoringunternehmens gegenüber dem Finanzamt nicht anerkannt. Dem Factoringunternehmen könnte, so der BGH, höchstens ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB oder ein im Factoringvertrag vereinbartes vertragliches Zurückbehaltungsrecht zustehen. Beide Zurückbehaltungsrechte sind aber nicht insolvenzfest, weil dies dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger widersprechen würde; aus § 51 Nr. 2 und 3 InsO folge, dass nur bestimmte, im Zusammenhang nicht in Betracht kommende Zurückbehaltungsrechte insolvenzfest seien, nämlich das Zurückbehaltungsrecht wegen nützlicher Verwendung (§ 51 Nr. 2 InsO) und die kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte (§ 51 Nr. 3 InsO).

Fraglich ist, ob dem Factoringunternehmen ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Insolvenzverwalter zumindest insoweit zustehen kann, als das Factoringunternehmen von dem Insolvenzverwalter Auskunft darüber verlangen kann, welche Umsatzsteuerbeträge konkret nicht an das Finanzamt durch den späteren Gemeinschuldner abgeführt worden sind. Typischerweise ist dies dem Factoringunternehmen nicht bekannt. Wäre dies der Fall, könnte das Factoringunternehmen diese Beträge aussondern und zugunsten des Insolvenzverwalters und des Finanzamtes hinterlegen. Für diesen Fall, dass der Factor nämlich darlegen kann, dass die Kaufpreisforderung des Kunden und die Umsatzsteuerforderung des Finanzamtes dieselben abgetretenen Forderungen betreffen und sich daher hinsichtlich der in den vereinnahmten Beträgen eingeschlossenen Umsatzsteueranteile decken, hat der BGH die Erfüllungswirkung einer Hinterlegung ausdrücklich nicht ausgeschlossen. Eine Gefährdung der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger dürfte in diesem Fall nicht eintreten, da es der Insolvenzverwalter ja in der Hand hat, durch Erteilung der entsprechenden Auskünfte Klarheit herzustellen. Andererseits will der BGH grundsätzlich keine anderen Zurückbehaltungsrechte als die im § 51 InsO genannten zulassen (Anmerkung so im Ergebnis auch Landgericht Dresden, Urteil vom 16.10.2009, Aktenzeichen 10 O 350/09), so dass eine Rechtsverteidigung des Factoringunternehmens gegen die Inanspruchnahme durch den Insolvenzverwalter im Ergebnis wenig aussichtsreich erscheint. Das Factoringunternehmen sollte deshalb an den Insolvenzverwalter zahlen und sich auf die Rechtsverteidigung gegenüber der Inanspruchnahme durch das Finanzamt konzentrieren. Entsprechend des Schreibens des Bundesministeriums für Finanzen vom 24.05.2004, Tz20 und der Umsatzsteuerrichtlinie 2008, Abschnitt 182 w (27) führen Zahlungen des Abtretungsempfängers (also des Factoringunternehmens) an das abtretende Unternehmen (in diesem Fall den Gemeinschuldner bzw. dessen Insolvenzverwalter), die als Gegenleistung für die Abtretung anzusehen sind, zu einer entsprechenden Reduzierung der Haftungsschuld nach § 13 c UStG auf Seiten des Abtretungsempfängers. In den Fällen des Forderungskaufs ist nämlich die Forderung nicht durch den Abtretungsempfänger als vereinnahmt anzusehen, soweit der leistende Unternehmer für die Abtretung der Forderung eine Gegenleistung in Geld vereinnahmt. Wenn die abgetretene Forderung und die Gegenleistung beim Forderungsverkauf nicht gleichwertig sind, kommt eine Haftung nur in Höhe der Umsatzsteuer aus dem überschießenden Wert der abgetretenen Forderung in Betracht. Wenn das Factoringunternehmen – was im Normalfall kein Problem sein sollte – für die Finanzbehörden nachprüfbar aufschlüsselt, welche Forderung aufgrund des

Factoringvertrages abgetreten wurden, in welche Höhe diese Forderungen durch das Factoringunternehmen vereinnahmt wurden und in welcher Höhe Beträge an den Gemeinschuldner bzw. den Insolvenzverwalter ausgezahlt wurden, dürfte sich im Normalfall eine Haftung gegenüber dem Finanzamt vermeiden oder zumindest wie dargestellt reduzieren lassen.

Anmerkungen:

Zur mangelnden Gemeinschaftskonformität der Umsatzsteuerhaftungsbestimmungen § 13 c und § 13 d UStG vgl. De Weerth, DstR 25/2006, Seite 1071 ff.

Eine Haftung nach § 13 c Abs. 1 Satz 1 UStG 2005 i.V.m. § 27 Abs. 7 Satz 1 UStG 2005 kommt nicht in Betracht, wenn die Abtretung vor dem 8. November 2003 abgetreten wurde – BFH Urteil vom 03.06.2009, Aktenzeichen XI R 57/07.

Mit der Festsetzung der Haftungsschuld nach § 13 c UStG wird ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 44 AO zwischen dem Gemeinschuldner und dem Factoringunternehmen begründet. Das Factoringunternehmen kann aber nur nachrangig als Haftungsschuldner in Anspruch genommen werden, weil erst feststehen muss, dass der leistende Unternehmer (der Gemeinschuldner) die festgesetzte Steuer im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht oder nicht vollständig entrichtet hat (vgl. Gesetzesbegründung zu § 13 c UStG, BT – Drucksache 15/1562, Seite 46).

4. Zusammenfassung

Ist der Debitor nicht zahlungsunfähig und bestehen keine Einwendungen, gibt es einen relevanten Unterschied zwischen echtem und unechtem Factoring:

Beim echten Factoring besteht ein Aussonderungsrecht des Factors hinsichtlich der Forderungen gegen den Debitor. Beim unechten Factoring besteht dagegen lediglich ein Absonderungsrecht mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter die Forderungen zwar selbst einziehen kann, aber den Erlös an den Factor abführen muss, allerdings abzüglich 9 % Pauschale für Feststellungs- und Verwertungskosten.

Ist der Debitor zahlungsunfähig oder bestehen Einwendungen unterscheiden sich echtes und unechtes hinsichtlich der Ansprüche des Factors gegen den insolventen Anschlusskunden im Ergebnis nicht. Sowohl Aus- als auch Absonderungsrecht sind praktisch wertlos. In beiden Fällen besteht lediglich eine Insolvenzforderung.



Hinsichtlich Wahlrecht des Insolvenzverwalters und Anfechtungsmöglichkeiten bestehen ebenfalls keine praktisch relevanten Unterschiede zwischen echtem und unechtem Factoring.

Droht eine doppelte Inanspruchnahme des Factors aufgrund der Regelung in § 13 c UStG hinsichtlich eines einbehaltenen Sicherheitsbetrages sowohl durch den Insolvenzverwalter als auch durch das Finanzamt, ist es ratsam, an den Insolvenzverwalter auszusahlen und gegenüber dem Finanzamt die vollständige Zahlung der abgetretenen Forderungen nachzuweisen. Eine Haftung nach § 13 c UStG gegenüber dem Finanzamt dürfte dann ausscheiden bzw. reduziert werden.

Literaturverzeichnis

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1 §§ 1 – 102, 2. Aufl., München (2007)

Zitiert: MüKo, InsO

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 2 §§ 103 – 269, 2. Aufl., München (2008)

Zitiert: MüKo, InsO

Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl., München (2006)

Zitiert: FK, InsO

Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Heidelberg (2003)

Zitiert: HK, InsO

Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Kommentar zur Insolvenzordnung, 12. Aufl., 2003

Zitiert: Uhlenbruck, InsO

Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Köln (2000)

Zitiert: Sinz, Kölner Schrift zur Insolvenzordnung

Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl., München(2006)

Zitiert: Baumbach/Hueck, GmbHG

Eberhard, Braun, Insolvenzordnung – Kommentar, 3. Aufl., München (2007)

Zitiert: Braun, InsO

Michael Martinek, Moderne Vertragstypen, Band I: Leasing und Factoring, München (1991)

Zitiert: Martinek, Moderne Vertragstypen

Dr. Manfred Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 7. Aufl., Köln (2007)

Zitiert: Obermüller, Insolvenzrecht

Dr. Ulrich Brink, Rechtsprobleme des Factors in der Insolvenz des Klienten, ZIP 1097, 817 ff.

Zitiert: Brink, ZIP 1987, 817