Schriften der Wissenschaftlichen Hochschule Lahr

Nr. 12

# Rechtliche Analyse der Forderungsabtretung im grenzüberschreitenden Verkehr

Tristan Nguyen

WHL

Wissenschaftliche Hochschule Lahr

# Rechtliche Analyse der Forderungsabtretung im grenzüberschreitenden Verkehr

**Tristan Nguyen**

**Schriften der Wissenschaftlichen Hochschule Lahr**

Herausgeber: Prof. Dr. Thomas Egner
Prof. Dr. Stephan Kaiser
Prof. Dr. Tristan Nguyen
Prof. Dr. Martin Reckenfelderbäumer
Prof. Dr. Günther Seeber

Nr. 12 Lahr, 16. Februar 2009

ISBN: 978-3-86692-017-0

© Copyright 2009 WHL Wissenschaftliche Hochschule Lahr
Hohbergweg 15-17
77933 Lahr
info@whl-lahr.de
www.whl-lahr.de

Alle Rechte vorbehalten

# Rechtliche Analyse der Forderungsabtretung im grenzüberschreitenden Verkehr

Von Prof. Dr. Tristan Nguyen, LL.M.

## Inhaltsverzeichnis

**ABSTRACT** ..... **III**

**1. EINLEITUNG** ..... **1**

1.1. PROBLEMSTELLUNG ..... 1

1.2. UNTERSUCHUNGSGANG ..... 2

**2. ALLGEMEINES ZUR FORDERUNGSABTRETUNG BEI EINER SECURITISATION** ..... **4**

2.1. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG ..... 4

2.2. ABLAUF EINER SECURITISATION ..... 5

*2.2.1. Grundstruktur einer Securitisation* ..... *5*

*2.2.2. Der Originator* ..... *5*

*2.2.3. Die Zweckgesellschaft* ..... *6*

*2.2.4. Die Investoren* ..... *8*

2.3. VORTEILE EINER GRENZÜBERSCHREITENDEN SECURITISATION ..... 8

**3. REGELUNGEN IM DEUTSCHEN RECHT** ..... **10**

3.1. DAS SCHULDRECHTLICHE VERPFLICHTUNGSGESCHÄFT ..... 10

*3.1.1. Haftung für Verität* ..... *10*

*3.1.2. Haftung für die Bonität* ..... *13*

*3.1.3. Haftung für Rechtsmängel* ..... *13*

*3.1.4. Ergebnis der Haftungsanalyse* ..... *14*

3.2. DIE DINGLICHE ABTRETUNG VON FORDERUNGEN ..... 15

*3.2.1. Voraussetzungen der Abtretung* ..... *15*

*3.2.2. Rechtsfolgen* ..... *23*

*3.2.3. Nichtigkeitsgründe* ..... *24*

**4. REGELUNGEN IM EUROPÄISCHEN SCHULDVERTRAGSÜBEREINKOMMEN** ..... **29**

4.1. EXPLIZITE REGELUNGEN DES ART. 33 EGBGB ..... 29

*4.1.1. Verpflichtungsvertrag zwischen Zedent und Zessionar* ..... *29*

*4.1.2. Rechtstellung des Schuldners* ..... *30*

4.2. NICHT GEREGELTE ASPEKTE DER ABTRETUNG ..... 34
*4.2.1. Die von Art. 33 EGBGB nicht erfassten Aspekte der Abtretung ..... 35*
*4.2.3. Zusammenfassendes Ergebnis ..... 43*

**5. PRAKTISCHE AUSWIRKUNGEN DER LÖSUNGSANSÄTZE ..... 44**

5.1. DAS DINGLICHE VERHÄLTNIS ZWISCHEN ZEDENT UND ZESSIONAR ..... 44
*5.1.1. Anwendung des Zessionsgrundstatutes, Art. 33 Abs. 1 EGBGB ..... 44*
*5.1.2. Anwendung des Forderungsstatuts, Art. 33. Abs. 2 EGBGB ..... 45*
*5.1.3. Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners ..... 47*
*5.1.4. Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten ..... 48*
*5.1.5. Ergebnis ..... 48*
5.2. WIRKUNG DER ABTRETUNG GEGENÜBER DRITTEN ..... 50
*5.2.1. Anwendung des Zessionsgrundstatutes, Art. 33 Abs. 1 EGBGB ..... 50*
*5.2.2. Anwendung des Forderungsstatuts, Art. 33. Abs. 2 EGBGB ..... 51*
*5.2.3. Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners ..... 52*
*5.2.4. Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten ..... 53*
*5.2.5. Ergebnis ..... 53*
5.3. DAS VERHÄLTNIS MEHRERER ZESSIONARE UNTEREINANDER ..... 54
*5.3.1. Anwendung des Zessionsgrundstatutes, Art. 33 Abs. 1 EGBGB ..... 54*
*5.3.2. Anwendung des Forderungsstatuts, Art. 33. Abs. 2 EGBGB ..... 55*
*5.3.3. Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners ..... 56*
*5.3.4. Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten ..... 57*
*5.3.5. Ergebnis ..... 57*
5.4. LÖSUNGSVORSCHLAG FÜR EINE SECURITISATION ..... 58
*5.4.1. Kollision mit Art. 33 Abs. 2 EBGBG ..... 58*
*5.4.2. Kollision mit Art. 33 Abs. 1 EBGBG ..... 59*
*5.4.3. Ergebnis ..... 59*

**6. ZUSAMMENFASSUNG ..... 60**

**LITERATURVERZEICHNIS ..... 62**

# Abstract

Im Rahmen der neuen Solvabilitätsvorschriften Basel II und Solvency II haben sich die Eigenkapitalanforderungen für Banken und Versicherungsunternehmen drastisch verändert. Um die neuen Solvabilitätsvorschriften erfüllen zu können, überlegen sich immer häufiger Banken und Versicherungsunternehmen – nicht zuletzt aufgrund der aktuellen Finanzkrise –, ihre Forderungen gegen Bankkunden bzw. Versicherte im Rahmen einer Forderungsabtretung zu verkaufen. Da Banken und Versicherungsunternehmen meist international agieren, kommt es deshalb häufig zu Forderungsabtretungen, die über die nationalen Grenzen hinausgehen.

Die Frage nach dem dabei anzuwendenden Recht bei einer solchen grenzüberschreitenden Forderungsabtretung wird durch Art. 12 EVÜ beantwortet, der in Deutschland durch die Vorschrift des Art. 33 EGBGB übernommen wurde. Gemäß Art. 33 Abs. 1 EGBGB richtet sich das *schuldrechtliche* Verhältnis zwischen den Zessionsparteien nach dem von den Parteien gewählten Recht (Zessionsgrundstatut). Die Frage nach Übertragbarkeit der Forderung, Verhältnis des Schuldners zur Zweckgesellschaft, Voraussetzungen, unter denen dem Schuldner die Abtretung entgegengehalten werden kann, und Voraussetzungen einer Leistung mit befreiender Wirkung durch den Schuldner werden, soweit diese Aspekte den Schuldnerschutz betreffen, wird gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB von dem Recht der abgetretenen Forderungen (Forderungsstatut) geregelt.

Welche Rechtsordnung das *dingliche* Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft, das Verhältnis der Abtretung zu Dritten und das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander regelt, ist in der Literatur umstritten, da diese Fragen nicht explizit durch Art. 33 EGBGB erfasst sind. Für diese Aspekte existieren in der Literatur verschiedene Lösungsansätze, die in der vorliegenden WHL-Schrift ausführlich dargestellt werden.

Es hat sich im Laufe der Analyse herausgestellt, dass eine Anknüpfung an das Niederlassungsrecht des Originators die beste Lösung darstellt. Bei einer solchen Anknüpfung wird eine *einheitliche* Anwendung *einer* Rechtsordnung bezüglich der oben genannten Fragestellungen gewährleistet. Zudem entfallen bei der Anwendung des Niederlassungsrechts des Originators die zeit- und kostenintensiven

Differenzierungsarbeiten. Die möglichen Kollisionen des Niederlassungsrechts des Originators mit den Rechtsordnungen, deren Anwendung von Art. 33 EGBGB zwingend vorgeschrieben werden, sind lösbar, indem die Rechtsordnung am Sitz des Originator auch für den schuldrechtlichen Forderungskaufvertrag vereinbart wird.

# 1. Einleitung

## 1.1. Problemstellung

Im Zuge der aufsichtsrechtlichen Reformen haben sich die Eigenkapitalanforderungen bei Banken (*Basel II*) und Versicherungsunternehmen (*Solvency II*) grundlegend verändert. Um an zusätzliche liquide Mittel zu kommen, können die Banken (*Originator*) z. B. Kreditforderungen gegen Kunden bzw. Versicherungsunternehmen (v. a. Lebensversicherer) Prämienforderungen gegen Versicherte im Rahmen einer *Securitisation* an eine sog. *Zweckgesellschaft* (special purpose vehicle) im Rahmen einer Forderungsabtretung verkaufen.[1] Die Zweckgesellschaft refinanziert den an die Bank bzw. das Versicherungsunternehmen zu zahlenden Kaufpreis durch die Ausgabe von Wertpapieren am Kapitalmarkt.

Durch diesen Vorgang der Securitisation erhält die Bank bzw. das Versicherungsunternehmen bereits zum Zeitpunkt der Forderungsabtretung den Gegenwert für die verkauften Forderungen, bevor diese fällig werden. Somit stehen zusätzliche Mittel zur Verfügung, um die aufsichtsrechtlichen Erfordernisse bezüglich des Solvenzkapitals zu erfüllen, vorhandene Schulden zu tilgen oder notwendige Investitionen zu finanzieren. Somit spielt die Securitisation eine wichtige Rolle bei der Refinanzierung von Banken bzw. der Kapazitätserweiterung von Versicherungsunternehmen.

Die vorliegende WHL-Schrift befasst sich u. a. mit dem *rechtlichen* Verhältnis zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft. Das *schuldrechtliche* Verhältnis zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft erfolgt in Form einer Forderungsabtretung. Für den Erfolg einer Securitisation ist es unbedingt erforderlich, dass die Forderungen bei einer Insolvenz des Originators nicht in seine Insolvenzmasse fallen, sondern weiterhin bei der Zweckgesellschaft verbleiben. Die Forderungsabtretung an die Zweckgesellschaft muss somit „*insolvenzfest*“ sein.

Von erheblicher Bedeutung ist auch das *dingliche* Verhältnis zwischen den Ver-

[1] Die Forderungsabtretung im Rahmen der Securitisation wird in der Literatur auch als Verbriefung bezeichnet.

tragsparteien einer Securitisation. Damit der Originator die Forderungen wirksam an die Zweckgesellschaft übertragen kann, müssen die Voraussetzungen des deutschen Rechts für die wirksame Forderungsabtretung gemäß § 398 ff. BGB berücksichtigt werden.

Der Hauptschwerpunkt der Untersuchung ist die Abtretung ausländischer Forderungen im *grenzüberschreitenden* Verkehr. Die grenzüberschreitende Forderungsabtretung ist in der Praxis von besonderer Bedeutung, da ein Originator nur in den seltensten Fällen nur Forderungen abtritt, die ausschließlich dem deutschen Recht oder einer anderen Rechtsordnung unterliegen. Die Kreditkunden bzw. Versicherungskunden stammen gerade bei international operierenden Banken und Versicherungsunternehmen aus unterschiedlichen Ländern, so dass die Forderungsschuldner oftmals ihren Sitz außerhalb Deutschland haben. Wäre der Originator auf die Verbriefung inländischer Forderungen beschränkt, so würde dies eine erhebliche Einschränkung seiner Finanzierungsmöglichkeiten bedeuten.

Aus diesem Grund ist es die Zielsetzung der vorliegenden WHL-Schrift, die rechtlichen Anforderungen bzw. die auftretenden Schwierigkeiten einer grenzüberschreitenden Forderungsabtretung detailliert zu untersuchen. Es geht dabei v. a. um die Fragen nach dem schuldrechtlichen Verhältnis zwischen den Zessionsparteien, der Übertragbarkeit der Forderung, dem dinglichen Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft und dem Verhältnis der Abtretung zu Dritten. Zur Lösung dieser Fragen des internationalen Wirtschaftsrechts kommen v. a. die Regelungen des Art. 12 EVÜ, die durch Art. 33 EGBGB im deutschen Recht umgesetzt wurden, in Betracht.

## 1.2. Untersuchungsgang

Die Arbeit ist entsprechend der Zielsetzung wie folgt gegliedert. Zunächst werden im Kapitel 2 die wirtschaftliche Bedeutung sowie der Ablauf der Forderungsabtretung im Rahmen einer Securitisation erläutert. Anschließend werden im Kapitel 3 die Regelungen im deutschen Recht dargestellt, die bei einer Forderungsabtretung zu beachten sind. Dabei wird entsprechend dem in der deutschen Rechtsordnung herrschenden Trennungs- und Abstraktionsprinzip zwischen dem schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft und der dinglichen Abtretung von Forderungen un-

terschieden.

Die sich anschließenden Kapitel 4 und 5 bilden den Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung. Dabei geht es um rechtliche Probleme bei einer grenzüberschreitenden Forderungsabtretung, die auch in der Literatur umstritten sind.

Im Kapitel 4 werden zunächst die expliziten Regelungen des Art. 33 EGBGB bezüglich des schuldrechtlichen Verhältnisses zwischen den Zessionsparteien dargestellt. Rechtliche Probleme können bei einer grenzüberschreitenden Forderungsabtretung entstehen, da nicht alle Aspekte im Rahmen einer Forderungsabtretung durch Art. 33 EGBGB erfasst sind. Deshalb werden im Kapitel 4 verschiedene Lösungsansätze für die nicht durch Art. 33 EGBGB erfassten Aspekte dargestellt und kritisch hinterfragt.

Im Kapitel 5 werden dann die im Kapitel 4 diskutierten Lösungsansätze auf ihre Tauglichkeit für die Praxis anhand konkreter Fälle überprüft. Hier werden Vor- und Nachteile der einzelnen Lösungsansätze beschrieben und gegeneinander abgewogen. Daraus wird der beste Lösungsvorschlag hergeleitet. Die Arbeit wird mit einer Zusammenfassung im Kapitel 6 abgeschlossen.

# 2. Allgemeines zur Forderungsabtretung bei einer Securitisation

## 2.1. Wirtschaftliche Bedeutung

Die Anfänge der Securitisation liegen in den USA. In den dreißiger Jahren des letzten Jahrhunderts wollte die US-Regierung den privaten Wohnungsbau fördern.[2] Um dieses Ziel zu erreichen, wurde am 27. Juni 1934 der *National Housing Act* verabschiedet. Der Zweck dieses Gesetzes war es, dem Markt für Wohnungsbauhypotheken eine größere Liquidität zu verschaffen und damit die Finanzierungskosten für den Erwerb von Wohneigentum zu senken.[3] Seitdem hat die Securitisation ihren weltweiten Siegeszug angetreten und ist heute ein wichtiges und unverzichtbares Instrument der Refinanzierung der Banken geworden. Ein typischer Ablauf der Securitisation wird im nächsten Abschnitt dargestellt.

Die Securitisation wird nur durchgeführt, wenn sie aus betriebswirtschaftlichen Gründen sinnvoll ist. Da die Securitisation in der Regel eine komplizierte Transaktion darstellt, sind damit erhebliche Kosten verbunden. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob am Ende die Kosten gar höher sind als der Gewinn. Eine Securitisation bringt nur dann einen Vorteil für den Originator, wenn der Zinssatz (inklusive Kosten), der erforderlich ist, um Investoren zum Kauf der von der Zweckgesellschaft ausgegebenen Wertpapiere zu bewegen, niedriger ist als der eines Bankdarlehens.

In der Regel lässt sich ein solch niedrigerer Zinssatz am Kapitalmarkt nur durchsetzen, wenn die von der Zweckgesellschaft emittierten Wertpapiere ein hohes Rating von den Rating-Agenturen erhalten. Eine Zinsersparnis kann somit nur erreicht werden, wenn der Originator ein schlechteres Rating besitzt als die Zweckgesellschaft. Damit die Zweckgesellschaft ein gutes Rating bekommt, dürfen im Rahmen der Securitisation nur Forderungen bester Bonität abgetreten werden. Eine sorgfältige Auswahl der Forderungen ist somit unbedingt erforderlich.

---

2 Vgl. Henderson/Scott, S. 27.
3 Vgl. Schwarcz, S. 2 sowie Gehring, S. 13.

## 2.2. Ablauf einer Securitisation

### 2.2.1. Grundstruktur einer Securitisation

Die folgende Abbildung stellt skizzenhaft die Forderungsabtretung im Rahmen einer Securitisation dar:

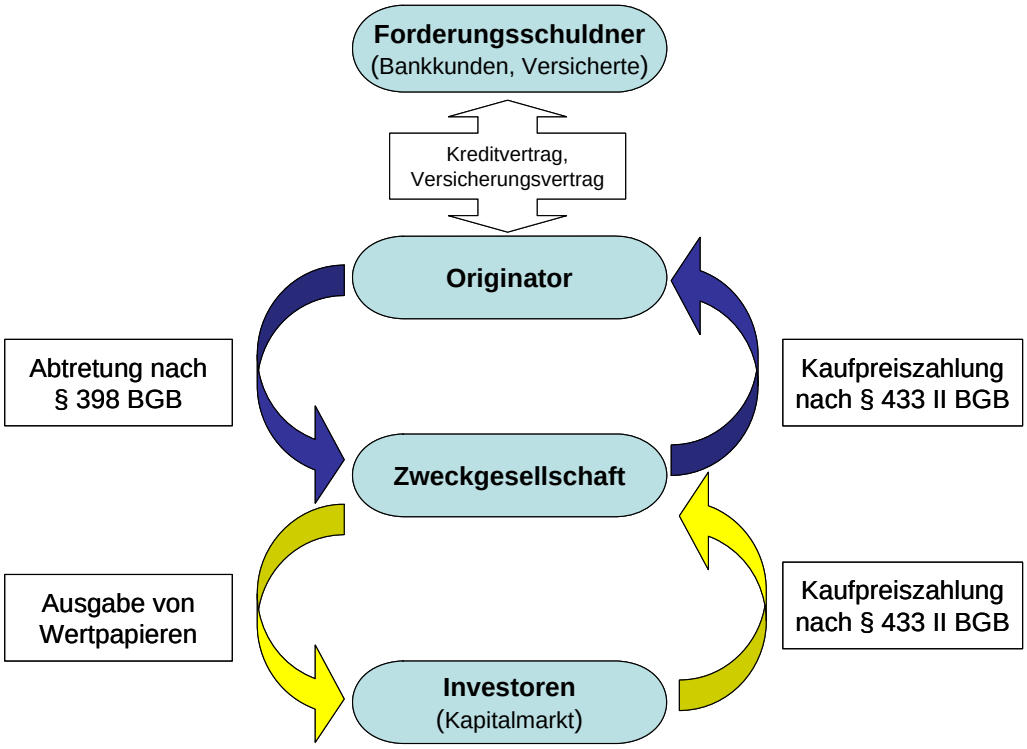


**Abbildung 1: Struktur einer Securitisation**

### 2.2.2. Der Originator

Der Originator ist der Initiator einer Securitisation. In der Regel ist die Bank bzw. das Versicherungsunternehmen. Es gibt keine besonderen formalen Anforderungen an den Originator. Allerdings ist es aus Kostengründen erforderlich, ein Investitionsvolumen von ca. 100 Mio. € aufzubringen.[4] Daraus ergibt sich, dass die Securitisation eher ein Finanzierungsinstrument für Großunternehmen sind, denn nur diese sind in der Lage, Vermögenswerte und speziell Forderungen in dieser Größenordnung anzubieten.[5]

---

[4] Vgl. Klüwer, S. 10.

[5] In jüngster Zeit wird immer häufiger auf ein sog. Multiseller-Conduit zurückgegriffen, bei dem mehrere Originatoren ihre Vermögenswerte auf eine Zweckgesellschaft übertragen. Auf

Bei einer Securitisation werden am häufigsten Forderungen abgetreten. Dies erklärt sich daraus, dass der übertragene Aktivapool einen stetigen Zahlungsfluss erzeugen muss, um die Zins- und Tilgungszahlungen an die Investoren zu finanzieren.[6] Daneben stellt der Pool eine Sicherheit für die Investoren dar, den sie im Fall der Insolvenz der Zweckgesellschaft verwerten können. Folglich muss der Pool der Zweckgesellschaft so beschaffen sein, dass die Ausfallwahrscheinlichkeit für die Investoren so gering wie möglich gehalten wird.

Darüber hinaus ermöglicht erst die geringe Ausfallwahrscheinlichkeit der Zweckgesellschaft ein gutes Rating bei den Rating-Agenturen. Ein gutes Rating wiederum erhöht die Investitionsbereitschaft der potentiellen Investoren und senkt den von ihnen verlangten Zinssatz. Die Ausfallwahrscheinlichkeit des bei der Zweckgesellschaft angesammelten Aktivapools kann zwar auch durch die Stellung anderer Sicherheiten reduziert werden. Solche Drittsicherheiten verursachen aber zusätzliche Kosten in Form von Gebühren für die Sicherungsübernahme.

### 2.2.3. Die Zweckgesellschaft

Die Zweckgesellschaft (*special purpose vehicle*) ist das Kernstück der Securitisation. Sie kauft die Forderungen vom Originator auf. Um den Kaufpreis hierfür aufbringen zu können, gibt sie Anleihen aus. Der Hauptgrund für die Errichtung einer Zweckgesellschaft besteht darin, dass der Originator die verkauften Forderungen von seinem eigenen Geschäftsrisiko abspalten kann.[7] Auf diese Weise erreicht der Originator ein eventuell besseres Rating für die emittierten Wertpapiere und damit auch bessere Konditionen bezüglich Tilgung und Verzinsung.

In der Regel ist der Gesellschaftszweck einer Zweckgesellschaft auf den Ankauf von Forderungen und deren Verbriefung zum Zweck der Refinanzierung begrenzt.[8] Dadurch soll verhindert werden, dass die Zweckgesellschaft andere, über die Refinanzierung des Originators hinausgehende Geschäfte tätigt, die negative Folgen auf die Refinanzierung haben könnten. Insbesondere ist das Insolvenzrisiko aufgrund solcher Geschäfte ausgeschlossen, die nicht im Zusammenhang mit

diese Weise sind auch kleinere Unternehmen in der Lage, das Mindestvolumen einer Securitisation aufzubringen. Vgl. Willburger, S. 11.

6 Vgl. Eichholz/Nelgen, S. 793.

7 Vgl. Waschbusch, S. 408.

8 Vgl. Frankel, S. 400.

der Refinanzierung des Originators stehen.

Die Zweckgesellschaft hat mehrere Aufgaben zu erfüllen. Sie muss zunächst die zum Kauf angebotenen Forderungen begutachten, ob sich diese zur Verbriefung eignen.[9] Weiter muss die Zweckgesellschaft den Ablauf der Transaktion und die Struktur der Zahlungen an die Investoren planen. Darüber hinaus fallen steuer-, handels- und aufsichtsrechtliche Fragen in den Aufgabenbereich der Zweckgesellschaft. Als spätere Eigentümerin des Forderungspools und Emittentin der Wertpapiere trägt die Zweckgesellschaft das Verlustrisiko, welches sich ergibt, wenn sich die Forderungen zur Durchführung einer Securitisation nicht eignen.

Die Zweckgesellschaft wird in aller Regel zu Beginn einer Securitisation neu gegründet. Die Gründung dieser Gesellschaft erfolgt allein zu dem Zweck, die Forderungen vom Originator abzuspalten.[10] Die Gründung kann sowohl vom Originator selbst als auch von einem unabhängigen Dritten vorgenommen werden.[11] Bei der Gründung ist jedoch darauf zu achten, dass die Zweckgesellschaft nicht Teil des Konzerns des Originators wird, da den Originator ansonsten eine eventuelle Haftung für die Verbindlichkeiten der Zweckgesellschaft trifft.[12] Aus diesem Grund muss die rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der Zweckgesellschaft unter allen Umständen erreicht werden. Sonst würde die gewünschte Abspaltung der Forderungen vom Originator verloren gehen.

Bei der Errichtung der Zweckgesellschaft in Deutschland kommt v. a. eine GmbH als Gesellschaftsform in Betracht. Gemäß § 13 Abs. 1, 2 GmbHG handelt es sich bei dieser Gesellschaftsform um eine eigenständige Rechtsperson. Die so gegründete Zweckgesellschaft in Form einer GmbH gibt Schuldverschreibungen oder –scheine aus und refinanziert auf dieser Weise den Ankauf der Forderungen.

Obwohl die Gründung der Zweckgesellschaft auch vom Originator vorgenommen werden könnte, ist aus Konsolidierungsgesichtspunkten ratsam, dass die Zweckgesellschaft von einem unabhängigen Dritten, einem sog. *Sponsor*, gegründet wird. Auf diese Weise sind die Befreiung der Bilanz von den an die Zweckgesellschaft veräußerten Forderungen und das Nichtbestehen einer Konsolidierungspflicht des

---

9 Hier kommt es v. a. auf die Bonitätsprüfung der Forderungsschuldner an.
10 Vgl. Zumpf, S. 16.
11 Vgl. Gehring, S. 18 sowie David, S. 52.
12 Vgl. Zumpf, S. 16.

Originators am sichersten gewährleistet.

### 2.2.4. Die Investoren

Neben dem Originator und der Zweckgesellschaft sind die Investoren die dritten Hauptbeteiligten an einer Securitisation. Sie erwerben die von der Zweckgesellschaft emittierten Wertpapiere gegen Zahlung einer bestimmten Geldsumme. Mit dieser Geldsumme kann die Zweckgesellschaft den Kaufpreis für die erworbenen Forderungen an den Originator zahlen. Die Investoren erhalten während der Laufzeit der Transaktion Zins- und Tilgungszahlungen von der Zweckgesellschaft.

Die Investoren sind in der Regel institutionelle Anleger wie Bankinstitute, Versicherungsgesellschaften und Investmentfonds. Dagegen treten Privatpersonen nur in Ausnahmefällen als Investoren auf.[13] Der Grund dafür ist zum einen, dass die Struktur einer Securitisation für Privatanleger häufig zu komplex erscheint. Zum anderen haben die emittierten Wertpapiere in der Regel einen relativ hohen Nennwert, so dass sie für kleine Privatanleger nicht in Frage kommen.

Es stellt sich die Frage, warum die Investoren die von der Zweckgesellschaft emittierten Wertpapiere kaufen sollen. Durch den Ankauf von Wertpapieren aus einer Securitisation erhalten die Investoren die Möglichkeit, ihre Kapitalanlagen zu diversifizieren.[14] Zudem werden die Ansprüche der Investoren auf vielfache Art und Weise gesichert: die emittierten Wertpapiere haben in der Regel ein sehr gutes Rating. Somit haben die Investoren eine erhöhte Sicherheit bezüglich ihrer Anlage. Darüber hinaus liegt der Zinssatz der Wertpapiere über dem einer Staatsanleihe mit dem gleichen Rating.[15]

## 2.3. Vorteile einer grenzüberschreitenden Securitisation

In den meisten Fällen erfolgt eine Securitisation nicht innerhalb der Grenzen eines Staates, sondern sie erstreckt sich auf mehrere Staaten. Dies bietet vor allem den Vorteil, dass der Originator Zugang zu den etablierten Kapitalmärkten erhält.[16] Befindet sich ein Originator in einem Staat ohne einen solchen etablierten Kapi-

[13] Vgl. David, S. 68.
[14] Vgl. Frankel, S. 168.
[15] Vgl. Rosar, S. 22.
[16] Vgl. Schwarcz, S. 8.

talmarkt, so ist er gezwungen, eine grenzüberschreitende Securitisation vorzunehmen, um sich damit den Zugang zu dem gewünschten Kapitalmarkt zu verschaffen.

Wie bereits oben erläutert, treten in der Regel international operierende Banken und Versicherungsunternehmen oder sonstige Großunternehmen als Originator im Rahmen einer Securitisation auf. Diese Unternehmen haben in ihrem Portefeuille regelmäßig nicht nur Forderungen gegen deutsche Kunden, sondern auch solche gegen ausländische Kunden. Es wäre eine große Einschränkung der Refinanzierungsmöglichkeiten bedeuten, wenn die Unternehmen nur deutsche Forderungen verbriefen könnten. Die grenzüberschreitende Forderungsabtretung erweitert somit erheblich die Refinanzierungsmöglichkeiten der Unternehmen.

Ein weiterer Grund für die grenzüberschreitende Konstruktion einer Securitisation ist die steuerliche und rechtliche Seite der Transaktion. In einigen Staaten bestehen bestimmte aufsichtsrechtliche oder steuerliche Beschränkungen, die einen Nachteil für den Originator bzw. für die Transaktion als solche darstellen. So könnten steuerliche Nachteile z. B. durch Verlagerung der Zweckgesellschaft in sog. Off-shore-Gebiete umgangen werden. Auch bestimmte Publizitätspflichten können durch Vereinbarung einer anderen Rechtsordnung vermieden werden. Darauf werden wir in späteren Kapiteln zurückkommen.

# 3. Regelungen im deutschen Recht

Bevor wir im nächsten Kapitel auf die Probleme der Forderungsabtretung bei grenzüberschreitendem Verkehr eingehen, soll zunächst die deutsche Rechtslage dargestellt werden. Im deutschen Zivilrecht gilt das Trennungs- und Abstraktionsprinzip, so dass hier das Verpflichtungsgeschäft und das Verfügungsgeschäft getrennt voneinander untersucht werden müssen.

## 3.1. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft

Zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft liegt in Bezug auf die Forderungsübertragung ein Kaufvertrag in Form eines Rechtskaufvertrages gemäß § 453 BGB vor. Bei einem Rechtskaufvertrag sind gemäß § 453 Abs. 1 BGB die Vorschriften der §§ 433-452 BGB anwendbar, soweit diese nicht spezielle Regelungen für Sachen enthalten, die auf Rechte nicht anwendbar sind.[17]

Da die Haftung des Originators bei der Securitisation eine wichtige Rolle spielt[18], soll im Folgenden detailliert der Frage nachgegangen werden, inwieweit den Originator eine Haftung für die Mangelhaftigkeit einer Forderung trifft. § 453 Abs. 1 BGB erklärt die Regelungen des Sachkaufs bezüglich der Haftung des Verkäufers für entsprechend anwendbar.

### 3.1.1. Haftung für Verität

Zunächst kommt eine Haftung des Originators für den Bestand der Forderung (Verität) in Betracht. Gemäß § 453 Abs. 1 i. V. m. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Verkäufer dem Käufer die Forderung zu übertragen. Zur Ermittlung der richtigen Anspruchsgrundlage muss unterschieden werden, ob der Mangel bereits bei Abschluss des Kaufvertrages vorlag oder erst danach aufgetreten ist.

---

17 Vgl. Palandt/Putzo, § 543, Rn. 1.

18 Der Zweckgesellschaft entsteht durch die Mangelhaftigkeit einer Forderung ein Verlust, da sie nicht mehr den vollen Nennwert der Forderung eintreiben kann. Diesen Verlust kann sie z. B. durch eine Schadensersatzleistung des Originators reduzieren.

a) Mangel bei Abschluss des Kaufvertrages

Falls es dem Originator bereits bei Abschluss des Kaufvertrages unmöglich ist, die Forderung zu übertragen, so haftet er gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 311a Abs. 2 S. 1 BGB auf Schadensersatz statt Leistung.[19]

Die Übertragung der Forderung kann dem Originator aus zwei Gründen unmöglich sein. Entweder gehört die Forderung einem Dritten oder ist die Forderung im Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags bereits erloschen bzw. hat nie bestanden. Im ersteren Fall liegt eine subjektive und im letzteren Fall eine objektive Unmöglichkeit vor. Diese Unterscheidung nach subjektiver oder objektiver Unmöglichkeit ist jedoch irrelevant, da diese beiden Arten der Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB gleichgestellt werden.

Darüber hinaus muss der Originator die Unmöglichkeit nach § 311 a Abs. 2 S. 1 BGB zu vertreten haben. Für das Vertretenmüssen gelten die Vorschriften der §§ 276 ff. BGB entsprechend.[20] Gemäß § 311 a Abs. 2 S. 2 BGB wird das Vertretenmüssen des Originators vermutet. Er muss sich folglich exkulpieren.

Analog verhält es sich, wenn die Forderung nicht übertragbar ist.[21] Die Übertragbarkeit der Forderung ist gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB eine zwingende Voraussetzung, und der Verkäufer haftet dem Käufer auch für diesen Fall.[22] Eine Haftung scheidet jedoch aus, wenn ein Fall des § 354 a HBG vorliegt. Beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 354 a HBG ist eine Vereinbarung über ein Abtretungsverbot nach § 399 Alt. 2 BGB unerheblich, so dass die Forderung in diesem Fall wirksam übertragen werden kann.

Bei einer Securitisation werden in den meisten Fällen Forderungen übertragen. Die Übertragbarkeit der Forderung ist jedoch zu verneinen, wenn in Bezug auf die Forderung ein rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 2 BGB vereinbart wurde. Bei dieser Unmöglichkeit der Leistung haftet der Originator der Zweckgesellschaft auf Schadensersatz statt der Leistung gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 S. 1 BGB.

Ein Abtretungsverbot im Sinne des § 399 Alts. 2 BGB ist jedoch nicht zu beach-

---

19 Vgl. Haedicke, S. 154.
20 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 311 a, Rn. 9.
21 Beispielsweise im Fall eines geschäftlichen Abtretungsverbots nach § 399 Alt. 2 BGB.
22 Vgl. Palandt/Putzo, § 453, Rn. 20.

ten, wenn die Voraussetzungen des § 354 a HGB vorliegen. In einem solchen Fall bleiben die Forderungen trotz des vereinbarten Abtretungsverbots übertragbar, eine Haftung des Originators scheidet somit aus.[23]

Im Haftungsfall des Originators hat die Zweckgesellschaft auch die Möglichkeit, gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB vom Vertrag zurückzutreten. In diesem Fall erhält sie dann den bereits gezahlten Kaufpreis für die mangelhafte Forderung zurück.

b) Mangel nach Abschluss des Kaufvertrages

Tritt die Unmöglichkeit erst nach Abschluss des Kaufvertrages ein, so kommt eine Haftung des Verkäufers gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 283 BGB in Betracht. Der Verkäufer ist demnach zum Schadensersatz statt Leistung verpflichtet. Eine solche nachträgliche Unmöglichkeit kann z. B. auftreten, wenn nach Abschluss des Kaufvertrages, aber noch vor der Abtretung, die Forderung erlischt.[24] Dabei ist es unerheblich, aus welchem Grund die Forderung erlischt, z. B. wegen Erfüllung oder Anfechtung.[25] Der Schuldner muss sowohl die Erfüllung als auch die Anfechtung gegenüber dem Verkäufer, also dem Originator bei einer Securitisation, vornehmen, da die Forderung noch nicht an die Zweckgesellschaft abgetreten worden ist.

Auch hier hat die Zweckgesellschaft im Haftungsfall des Originators gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB die Möglichkeit, vom Vertrag zurückzutreten. Sie erhält beim Rücktritt den Kaufpreis für die mangelhafte Forderung zurück.

Somit kann insgesamt festgehalten, dass der Originator der Zweckgesellschaft grundsätzlich für die Verität der abzutretenden Forderungen haftet. Die Zweckgesellschaft hat im Haftungsfall des Originators die Wahl: sie kann entweder Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder aber vom Vertrag zurücktreten.

---

[23] Der Originator muss auch im Fall der Anwendbarkeit des § 354 a HGB sicherstellen, dass er wirklich Gläubiger der Forderung ist und die Forderungen wirklich entstanden bzw. noch nicht erloschen sind.

[24] Vgl. MüKo/Westermann, § 453, Rn. 10.

[25] Vgl. Palandt/Putzo, § 453, Rn. 21.

### 3.1.2. Haftung für die Bonität

Neben der Haftung für die Verität kommt auch eine Haftung des Originators für die Bonität der Schuldner in Betracht. Darunter ist eine Haftung des Originators für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners der verkauften Forderung zu verstehen. Zahlungsunfähig ist der Schuldner dann, wenn er bei Fälligkeit der Forderung finanziell nicht in der Lage ist, sie zu begleichen. Die Haftung des Originators für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners könnte auf die Überlegung zurückzuführen sein, dass dies zur der „gewöhnlichen Beschaffenheit“ der Forderung i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB gehört.

Grundsätzlich gilt jedoch, dass der Verkäufer einer Forderung nicht für die Bonität des Schuldners haftet, es sei denn, eine solche Haftung wurde ausdrücklich im Vertrag zwischen Käufer und Verkäufer der Forderung vereinbart. Insbesondere fällt die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nicht unter den Begriff der „gewöhnlichen Beschaffenheit“ i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB, da die Zahlungsfähigkeit gerade nichts mit der Struktur des Rechts zu tun hat.[26]

Bei einer Securitisation muss darauf geachtet werden, dass zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft keine Vereinbarung getroffen wird, nach der der Originator für das Bonitätsrisiko haftet. In diesem Fall liegt kein Kauf, sondern ein Darlehen vor. Ist eine solche Vereinbarung nicht vorhanden, so haftet der Originator nicht für die Bonität des Schuldners.

### 3.1.3. Haftung für Rechtsmängel

Gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB hat der Verkäufer die Pflicht, die Forderung frei von Rechtsmängeln zu übertragen.[27] Ein Rechtsmangel liegt gemäß § 435 BGB dann vor, wenn die verkaufte Forderung mit dem Recht eines Dritten belastet ist, welches im Kaufvertrag nicht übernommen wurde.

Zunächst ist hier der Begriff des Rechts weit auszulegen. Die Forderung ist nur dann frei von Rechten Dritter, wenn ihr keine Einwendungen, Einreden oder sonstige Rechte entgegenstehen.[28] Darunter fallen z. B. Verjährungseinreden oder Be-

---

[26] Vgl. Eidenmüller, S. 290 sowie MüKo/Westermann, § 453, Rn. 11.
[27] Bei Forderungen kommen Sachmängel nicht in Betracht, vgl. Brox/Walker, § 2, Rn. 13.
[28] Vgl. Erman/Grunewald, § 453, Rn. 9 und § 435, Rn. 3.

schlagnahme der Forderung.[29] Zu beachten ist, dass es nicht bedarf, dass der Dritte sein an der Forderung bestehendes Recht ausgeübt hat oder ausüben will. Vielmehr ist hier die potentielle Inanspruchnahme durch Dritte ausreichend, um die Forderung als mangelhaft zu qualifizieren.

Der entscheidende Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Forderung mit Rechten von Dritten belastet ist oder nicht, ist der Zeitpunkt der Abtretung. Liegt ein solcher Fall vor, so kann der Käufer der Forderung die Rechte aus den Vorschriften der §§ 437 – 441 BGB geltend machen.[30]

Bei einer Securitisation ist es die Zweckgesellschaft von entscheidender Bedeutung, dass sie die Forderungen ohne die Belastung mit dem Recht eines Dritten erwirbt. Beim Vorliegen von Rechten Dritter ist der Durchsetzungsanspruch der Zweckgesellschaft gefährdet, und sie läuft Gefahr, nicht den vollen Nennbetrag der Forderung zu bekommen. Die Zweckgesellschaft muss folglich sorgsam darauf achten, dass belastete Forderungen nicht Gegenstand der Abtretung werden.

### 3.1.4. Ergebnis der Haftungsanalyse

Als Ergebnis der Haftungsanalyse halten wir fest: Der Originator haftet der Zweckgesellschaft nicht für die Bonität der Schuldner der abgetretenen Forderungen, es sei denn, eine ausdrückliche Übernahme der Bonitätshaftung durch den Originator liegt vor. Dagegen haftet der Originator für die Verität und die Lastenfreiheit der Forderungen. Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden:

Die verkaufte Forderung besteht gar nicht oder gehört einem Dritten. In diesem Fall kann die Zweckgesellschaft gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 311 a Abs. 2 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 326 Abs. 5 BGB vom Vertrag zurücktreten.

Die verkaufte Forderung erlischt nach Abschluss des Kaufvertrages, aber noch vor der Abtretung. So kann die Zweckgesellschaft gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 283 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 326 Abs. 5 BGB vom Vertrag zurücktreten.

---

[29] Für einen Überblick über mögliche Rechte Dritter, vgl. Palandt/Putzo, § 435, Rn. 8 ff.
[30] Vgl. Palandt/Putzo, § 435, Rn. 18.

Ist die Forderung mit einem Rechtsmangel behaftet, so kann die Zweckgesellschaft gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 281 BGB Schadensersatz statt der Leistung verlangen oder gemäß §§ 453 Abs. 1, 433 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3, 323 BGB vom Vertrag zurücktreten.

## 3.2. Die dingliche Abtretung von Forderungen

Es gibt grundsätzlich drei Möglichkeiten, eine Forderung auf einen Dritten zu übertragen:

- Übertragung kraft Gesetz[31],
- Übertragung kraft Hoheitsakt[32],
- rechtsgeschäftliche Übertragung gemäß § 398 BGB

Im Rahmen einer Securitisation überträgt der Originator einen Teil seiner Forderungen an die Zweckgesellschaft durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung.[33] Im Folgenden wird diese Art der Forderungsabtretung gemäß §§ 398 ff. BGB genauer untersucht.

### 3.2.1. Voraussetzungen der Abtretung

Eine Forderung wird durch Abtretung gemäß § 398 vom Zedenten auf den Zessionar übertragen. Der Altgläubiger (auch Zedent) tritt die Forderung an den Neugläubiger (Zessionar) ab. Der Zessionar tritt durch die Abtretung gemäß § 398 S. 2 BGB in die Rechtstellung des Zedenten. Im Folgenden soll untersucht werden, welche Voraussetzungen erfüllt werden müssen, damit die Forderungsabtretung wirksam wird.

a) Abtretungsvertrag

Im Rahmen der Abtretung tritt der Altgläubiger (Zedent) die Forderung an den

[31] Z.B.: §§ 268 Abs. 3 oder 426 Abs. 2 BGB.
[32] Z.B.: §§ 829, 835 ZPO
[33] Übertragung kraft Gesetz bzw. kraft Hoheitsakt kommt einer Securitisation in der Regel nicht vor, so dass diese Möglichkeiten der Forderungsübertragung im Folgenden außer Acht gelassen werden.

Neugläubiger (Zessionar) ab. Gemäß § 398 S. 1 BGB müssen Zedent und Zessionar einen Abtretungsvertrag schließen, in dem sie sich über den Übergang der Forderung einigen. Für diesen Vertrag gelten die allgemeinen Vorschriften der §§ 104 ff. BGB.[34] Die Abtretung stellt ein Verfügungsgeschäft dar, weil durch sie eine bestehende Forderung übertragen wird. Aufgrund des Abstraktionsprinzips ist der Abtretungsvertrag von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts unabhängig. D.h. die Abtretung ist auch dann wirksam, wenn der Kaufvertrag zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft unwirksam ist. Die Zweckgesellschaft wird also auch in einem solchen Fall Gläubigerin der Forderungen.

In Einzelfällen ist es möglich, dass die Geltung des Abstraktionsprinzips umgegangen bzw. ausgeschaltet wird. Ist dies der Fall, dann ist eine wirksame Abtretung der Forderungen nur gegeben, wenn auch der zugrund liegende Kaufvertrag wirksam ist. Dies kann aus einer besonderen rechtlichen Konstruktion des Forderungskaufvertrages resultieren. Eine solche rechtliche Konstruktion besteht darin, den Abtretungsvertrag mit einer auflösenden Bedingung gemäß § 158 Abs. 2 BGB zu versehen.[35] Die Bedingung hat zum Inhalt, dass der Abtretungsvertrag nichtig wird, wenn das Verpflichtungsgeschäft, also der Forderungskaufvertrag, aus irgendeinem Grund nichtig ist.

Eine solche auflösende Bedingung wird aber nur zugelassen, wenn die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wirklich Zweifel an der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes hatten und für diesen Fall die Bedingung ausdrücklich formuliert haben.[36] Dies folgt aus dem Begriff „Bedingung“, der als ein „ zukünftiges, ungewisses Ereignis“ definiert wird.[37] Haben die Parteien dagegen keine konkreten Zweifel an der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts, so kann von einem ungewissen Ereignis nicht mehr gesprochen werden.[38] Sonst käme es zu einer Umgehung des Abstraktionsprinzips, die nicht zulässig ist.

Ist eine auflösende Bedingung z. B. für den Fall der Anfechtung des Kaufvertrags durch den Originator vereinbart worden, so fällt die verkaufte Forderung automa-

---

34 Vgl. Brox/Walker, § 34, Rn. 9.

35 Grundsätzlich ist die Verbindung des Abtretungsvertrages mit einer auflösenden Bedingung anerkannt, vgl. MüKo/Roth, § 398, Rn. 25.

36 Vgl. Erman/Palm, § 139, Rn. 23.

37 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 158, Rn. 1.

38 Vgl. MüKo/Westermann, § 158, Rn. 26.

tisch zurück an den Originator, wenn er die Anfechtung erklärt. Es bedarf keiner Rückabtretung durch die Zweckgesellschaft.

b) Form

Grundsätzlich ist der Abtretungsvertrag formlos wirksam.[39] Dies gilt auch dann, wenn das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft formbedürftig ist, z. B. bei einer Schenkung i. S. d. § 518 BGB.[40] Allerdings ist die Abtretung formdürftig, wenn der Zedent und der Zessionar eine bestimmte Form für die Abtretung im Verpflichtungsgeschäft vereinbart haben.[41] Eine Nichtbeachtung der rechtsgeschäftlich vereinbarten Form hat gemäß § 125 S. 2 BGB die Nichtigkeit der Abtretung zur Folge.

Von praktischer Bedeutung ist bei einer Securitisation die Formbedürftigkeit der Abtretung, wenn die Forderung durch Grundpfandrechte gesichert ist. In diesem Fall ergibt sich die Formbedürftigkeit aus §§ 1154, 1192 BGB. Daraus ergeben sich die weiteren Voraussetzungen, unter denen eine Forderung, die durch eine Hypothek (§§ 1113 ff. BGB) bzw. eine Grundschuld (§§ 1191 ff. BGB) gesichert ist, übertragen werden kann.

Aufgrund der geringeren Ausfallwahrscheinlichkeit der grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen bzw. der für die Forderungen bestellten Sicherheiten sind in einem solchen Fall auch weniger Sicherungsmittel erforderlich, was eine Senkung der Transaktionskosten zur Folge hat. Bei Forderungen, die durch Grundpfandrechte wie Hypotheken und Grundschulden gesichert sind, muss zwischen Buch- und Briefgrundpfandrechten unterschieden werden.

Werden die abzutretenden Forderungen durch Buchhypotheken oder -grundschulden gesichert, so ist bei der Abtretung darauf zu achten, dass der Übergang solcher Grundpfandrechte eine Änderung des Grundbuchs erforderlich macht. Dies ergibt sich aus § 873 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus sind bei einer Hypothek zusätzlich die Formvorschriften des § 1154 BGB zu berücksichtigen. Der mit einer Grundbuchänderung und der Beachtung der Form verbundene Aufwand

[39] Vgl. MüKo/Roth, § 398, Rn. 25.
[40] Vgl. Staudinger/Busche, § 398, Rn. 19 sowie Palandt/Heinrichs, § 398, Rn. 7.
[41] Vgl. MüKo/Roth, § 398, Rn. 34.

führt zu hohen zusätzlichen Kosten, so dass die Verbriefung von buchgrundpfandrechtlich gesicherten Forderungen in vielen Fällen unwirtschaftlich erscheint.[42] Eine Securitisation von buchgrundpfandrechtlich gesicherten Forderungen ist daher in Deutschland nur selten anzutreffen.[43]

Sind die Forderungen dagegen durch Briefgrundpfandrechte gesichert, so ist eine Grundbuchänderung nicht erforderlich. Gemäß § 1154 Abs. 1 BGB (für die Briefhypothek) sowie §§ 1192 Abs. 1, 1154 Abs. 1 BGB (für die Grundschuld) genügt für eine wirksame Abtretung der Forderung, dass eine schriftliche Abtretungserklärung vorliegt und der Hypotheken- bzw. Grundschuldbrief übergeben wird.

Diese Voraussetzungen stellen für eine Securitisation keine besonderen Hindernisse dar. Die Abtretungserklärungen des Originators und der Zweckgesellschaft werden in der Regel allein aus Gründen der Rechtssicherheit schriftlich abgegeben. Eine Übergabe der jeweiligen Briefe erfordert keinen nennenswerten zusätzlichen Aufwand. Auch ist durch die bloße Briefübergabe gewährleistet, dass die Schuldner der Forderungen und die Sicherungsgeber nichts von der Abtretung erfahren.[44] Die Verbriefung von briefgrundpfandrechtlich gesicherten Forderungen ist also aus rechtlichen Gesichtspunkten problemlos möglich.

In der Praxis besteht jedoch ein anderes Problem. Viele Kreditinstitute verzichten auf die Bestellung einer Briefgrundschuld, weil die Ausstellung und Verwaltung der Briefe auf Dauer kostenintensiver ist als die einmalige Grundbucheintragung einer Buchgrundschuld. Nichtsdestotrotz ist es in der Vergangenheit immer wieder zur Verbriefung von briefgrundpfandrechtlich gesicherten Forderungen gekommen, da die Forderungen aufgrund der für sie bestellten Sicherheit eine sehr geringe Ausfallwahrscheinlichkeit aufweisen.

Somit ist als Ergebnis festzuhalten, dass die Abtretung – abgesehen von grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen und den damit verbundenen Formerfordernissen – formlos wirksam ist.

---

42 Dies ist insbesondere der Fall, wenn nicht nur einzelne, sondern wie bei einer Securitisation üblich eine große Anzahl von Forderungen verbrieft wird.

43 Vgl. Tollmann, S. 594.

44 Vgl. Fleckner, S. 585 ff.

c) Gegenstand der Abtretung

Durch Abtretung werdenden Forderungen übertragen. Des stellt sich oftmals das Problem der *Bestimmtheit* bzw. der *Bestimmbarkeit* der abzutretenden Forderungen, da der Originator in der Regel nicht alle, sondern nur einen Teil seiner Forderungen an die Zweckgesellschaft abtritt. Deshalb ist es bei einer Securitisation unbedingt darauf zu achten, welche Forderungen an die Zweckgesellschaft abgetreten werden und welche beim Originator verbleiben.[45] Dies ist insbesondere im Fall der Insolvenz des Originators entscheidend, da dann diejenigen Forderungen, die der Zweckgesellschaft zustehen, von den übrigen Forderungen des Originators abgesondert werden und nicht in die Konkursmasse hineinfallen.

Die Bestimmbarkeit ist Voraussetzung für eine wirksame Abtretung und muss im Zeitpunkt der Abtretung gegeben sein.[46] Die Frage, ob eine ausreichende Bestimmbarkeit der Forderung vorliegt, muss gegebenenfalls durch Auslegung des Abtretungsvertrages nach §§ 133, 157 BGB ermittelt werden.[47] Eine ausreichende Bestimmbarkeit liegt regelmäßig vor, wenn

- der Umfang der Forderung,
- der Rechtsgrund,
- der Schuldner

genannt sind und die Forderung sich aufgrund der Angaben einwandfrei identifizieren lässt. Ist die abzutretende Forderung nach diesen Kriterien nicht eindeutig zu ermitteln, so ist die Abtretung unwirksam. In der Praxis der Securitisation bereitet die Bestimmbarkeit in der Regel keine großen Schwierigkeiten, da in der Securitisation die Auswahlkriterien der Forderungen ziemlich genau definiert sind.[48]

---

[45] In der Regel werden bei einer Securitisation nur Forderungen mit gutem bis sehr gutem Rating abgetreten, um das Bonitätsrisiko für die Zweckgesellschaft zu begrenzen und dadurch bessere Zinskonditionen am Kapitalmarkt zu bekommen.

[46] Vgl. Palandt/Heinrichs, § 398, Rn. 14 sowie MüKo/Roth, § 398, Rn. 67.

[47] Vgl. MüKo/Roth, § 398, Rn. 67.

[48] Der zweifelfreien Formulierung der Auswahlkriterien kommt hier eine besondere Bedeutung zu, damit im Rechtsstreit (z. B. bei Insolvenz des Originators) eindeutig zu bestimmen ist, welche Forderungen bereits an die Zweckgesellschaft verkauft wurden.

Fraglich ist, ob die Abtretung von künftigen Forderungen[49] das Erfordernis der Bestimmbarkeit erfüllt.[50] Nach herrschender Meinung ist die Abtretung von künftigen Forderungen möglich. Erforderlich ist jedoch auch hier die Bestimmbarkeit der abzutretenden Forderung. Nach der Rechtsprechung des BGH ist es ausreichend, dass die Forderung im *Zeitpunkt ihrer Entstehung* bestimmbar ist.[51]

Bestimmbar ist eine Forderung dann, wenn die Rechtsgrundlage[52], auf der die Forderung beruht, genannt wird. Besteht eine solche Rechtsgrundlage noch nicht, so muss das Rechtsgeschäft bezeichnet werden, aus dem die Forderung sich ergeben soll. Entsteht die künftige Forderung wider Erwarten nicht, so ist die Abtretung gegenstandslos und entfaltet keine Wirkung, da der Zedent die Forderung nicht erworben hat und sie folglich auch nicht abtreten kann. Der Erwerb der Forderung durch den Zessionar ist somit erst mit Entstehung der Forderung abgeschlossen.

Als Ergebnis kann somit festgehalten, dass der Bestimmtheitsgrundsatz bei der Abtretung der Forderung zwingend zu beachten ist. Ist die Forderung nicht bestimmt bzw. bestimmbar, so ist die Abtretung unwirksam. Auch die Abtretung einer künftigen Forderung ist problemlos möglich, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmbar ist. Diese Anforderungen bezüglich Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit sind bei einer Securitisation ohne besondere Schwierigkeiten zu erfüllen.

d) Abtretbarkeit der Forderung

Eine weitere Voraussetzung für eine wirksame Abtretung ist die Abtretbarkeit der Forderung. Die Abtretbarkeit einer Forderung kann z. B. nicht gegeben sein, wenn ein gesetzliches Abtretungsverbot[53] vorliegt. Hierbei sind die Alternativen des § 399 BGB zu prüfen.

---

49 In der Praxis der Securitisation werden nicht nur vorhandene Forderungen, sondern auch sehr häufig zukünftige Forderungen (z. B. Prämienforderungen gegen Versicherungskunden aus einem Lebensversicherungsvertrag) abgetreten.

50 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 398, Rn 11 sowie Erman/Westermann, § 398, Rn. 11.

51 Vgl. BGH vom 25.10.1952, BGHZ 7, S. 365.

52 Eine solche Rechtsgrundlage könnte z. B. der Lebensversicherungsvertrag bei Versicherungskunden oder der Darlehensvertrag bei Bankkunden sein.

53 Ein solches Abtretungsverbot wird z. B. durch § 399 BGB formuliert.

Gemäß § 399 Alt. 1 BGB liegt ein Abtretungsverbot vor, wenn die Abtretung an den Zessionar nicht ohne Veränderung des Inhalts der Forderung erfolgt. Bei einer Securitisation tritt der Originator nur Forderungen ab, die auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme gerichtet sind. Eine Inhaltsänderung kommt bei solchen Forderungen nicht in Betracht. Entweder muss der Schuldner die Summe an den Originator oder an die Zweckgesellschaft zahlen. Durch die Änderung des Zahlungsempfängers wird der Inhalt der Schuld nicht verändert.[54] Damit scheidet ein Abtretungsverbot gemäß § 399 Alt. 1 BGB aus.

Weiter könnte gemäß § 399 Alt. 2 BGB ein Abtretungsverbot auch vorliegen, wenn der Schuldner und der Gläubiger des Anspruchs einen Abtretungsausschluss vereinbart haben. Ein solches rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot spielt in der Praxis der Securitisation eine große Rolle. Das Abtretungsverbot wird zwischen dem Schuldner und dem Originator vereinbart. Hierauf hat die Zweckgesellschaft keinen Einfluss. Haben Schuldner und Originator ein solches rechtsgeschäftliches Abtretungsverbot vereinbart, so kann die Forderung gemäß § 399 Alt. 2 BGB nicht mehr an die Zweckgesellschaft abgetreten werden. Aus diesem Grund muss im Rahmen der Forderungsauswahl genau darauf geachtet werden, dass eine solche Vereinbarung nicht vorhanden ist.

Ist ein Abtretungsverbot zwischen Schuldner und Originator vereinbart, so scheidet die Forderung für die Refinanzierung mittels einer Securitisation aus, falls nicht die Regelung des § 354 a HGB in Betracht kommt. Die Vorschrift des § 354 a HGB erklärt nämlich, dass die Abtretung einer Geldforderung trotz eines Abtretungsverbotes nach § 399 Alt. 2 BGB wirksam bleibt, wenn das der Forderung zugrunde liegende Geschäft ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist. Gleiches gilt, wenn der Schuldner eine juristische Peron des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist.

In der Praxis der Securitisation ist die Vorschrift des § 354 a HGB von großer Bedeutung, da die abzutretenden Forderungen nicht mehr auf eventuell vereinbarte Abtretungsverboten gemäß § 399 Alt. 2 BGB untersucht werden müssen. Dies würde eine erhebliche Kostenersparnis und gleichzeitig mehr Rechtssicherheit bezüglich der Abtretbarkeit der Forderungen bedeuten.

---

[54] Vgl. Palandt/Heinrichs, § 399, Rn. 4 sowie Staudinger/Busche, § 399, Rn. 32.

Der Originator tritt in der Regel nur Geldforderungen an die Zweckgesellschaft ab. Somit kommt es für die Anwendbarkeit des § 354 a HBG darauf an, ob das Rechtsgeschäft, das die Forderung begründet hat, ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist. Gemäß § 343 HGB liegt ein Handelsgeschäft vor, wenn das Rechtsgeschäft zum Betrieb des Handelsgewerbes eines Kaufmanns gehört. Dies ist auf der Seite des Originators auf jeden Fall zu bejahen.

Fraglich ist, ob auf der Seite des Schuldners auch ein Handelsgeschäft vorliegt. Es hängt bei dieser Frage davon ab, ob die abzutretenden Forderungen gegen private Personen oder Kaufleute richten. Bei Privatpersonen liegt kein Handelsgeschäft vor, so dass eine Anwendung des § 354 a HGB nicht in Betracht kommt. In der Praxis wird aber nur ausnahmsweise ein Abtretungsverbot zwischen einem Privatmann und dem Originator vereinbart, da der Originator aufgrund seiner starken wirtschaftlichen Stellung die Vereinbarung eines für ihn nachteiligen Abtretungsverbots zu verhindern weiß.[55]

Tritt der Originator Forderungen an die Zweckgesellschaft ab, deren Schuldner Kaufleute[56] oder Gesellschaften sind, so ist die Vorschrift des § 354 a HGB anwendbar. Stammt in einem solchen Fall die Forderung aus einem beidseitigen Handelsgeschäft, so ist ein eventuell vereinbartes Abtretungsverbot gemäß § 354 a HGB unbeachtlich. Die Abtretung an die Zweckgesellschaft bleibt trotz vereinbarten Abtretungsverbots wirksam. Zum Schutz des Schuldners, der durch den vereinbarten Abtretungsausschluss nicht mehr geschützt ist, schafft die Vorschrift des § 354 a S. 2 HGB die Möglichkeit, dass der Schuldner weiterhin schuldbefreiend an den Zedenten leisten kann.

### d) Zusammenfassendes Zwischenergebnis

Die Abtretung von Forderungen im deutschen Recht stellt keine besonderen Voraussetzungen auf. Das Erfordernis der Bestimmbarkeit der Forderungen kann bei einer Securitisation ohne Probleme erfüllt werden. Auch sind keine besonderen

---

55 Durch die Vereinbarung eines Abtretungsverbots mit Privatleuten wird der Weg der Refinanzierung des Originators erheblich eingeschränkt, so dass sich dieser in der Regel nicht auf eine solche Vereinbarung einlassen wird.

56 Die Kaufmannseigenschaft ergibt sich für natürliche Personen aus § 1 Abs. 2 HGB, für Personenhandelsgesellschaften aus §§ 6 Abs. 1 i. V. m. 105, 161 HGB, für die Aktiengesellschaft aus § 6 Abs. 2 HGB, § 3 AktG und für die GmbH aus § 6 Abs. 2 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG.

Formvorschriften zu beachten. Die Abtretung künftiger Forderungen ist problemlos möglich. Auch die Abtretbarkeit von Forderungen wird in der Regel gegeben sein.

Wir wenden uns nun den Rechtsfolgen einer wirksamen Forderungsabtretung zu.

### 3.2.2. Rechtsfolgen

a) Wechsel der Gläubigerstellung

Die Rechtsfolge der Abtretung ergibt sich aus § 398 S. 2 BGB. Danach tritt der Zessionar an die Stelle des Zedenten. Fraglich ist, wer anschließend die Gestaltungsrechte bezüglich der Forderung und dem ihr zugrunde liegenden Vertrag ausüben kann.

Es handelt sich im Rahmen der Securitisation um Forderungen aus einem gegenseitigen Vertrag. Durch die Abtretung bleibt die synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Ansprüche grundsätzlich bestehen.[57] Somit steht die Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 BGB auch weiterhin dem Zedenten zu.

Problematisch ist v. a. die Frage, wer die Rechte aus §§ 280 ff. BGB geltend machen kann oder gemäß § 323 BGB vom Vertrag zurücktreten darf. Grundsätzlich darf der Zedent nach der Abtretung keine Verfügungen mehr treffen, die der Forderung die rechtliche Grundlage entziehen.[58] Somit kann der Zedent einen Rücktritt vom Vertrag nicht ohne Zustimmung des Zessionars erklären. Dagegen steht dem Zessionar das Recht zu, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 280 ff. BGB zu fordern. Diese Ansprüche berühren nicht das Bestehen des Vertrages bzw. die Grundlage der Forderung und können deswegen vom Zessionar geltend gemacht werden.[59]

Bei einer Securitisation ist insbesondere zu beachten, dass die Zweckgesellschaft in der Regel nicht über das nötige Personal verfügt, um sich mit der Abwicklung der Forderung beschäftigen zu können. Üblicherweise spielt sich die Abwicklung des Vertrages zwischen dem Originator und dem Schuldner ab, so dass die Zweckgesellschaft nur begrenzte Einblicke in diesen Bereich hat. Der Originator wird zudem regelmäßig mit der Einziehung der Forderung betraut. All dies spricht

[57] Vgl. Palandt/Heinrichs, § 398, Rn. 19.
[58] Vgl. Palandt/Heinrichs, § 398, Rn.. 18 b sowie MüKo/Roth, § 398, Rn. 99.
[59] Vgl. MüKo/Roth, § 398, Rn. 99.

dafür, dass der Originator dazu ermächtigt werden soll, die Gestaltungsrechte, sowohl die eigenen als auch die der Zweckgesellschaft zustehenden wahrzunehmen. Dies ist in der Praxis auch regelmäßig der Fall.

b) Akzessorische Nebenrechte § 401 BGB

Gemäß § 401 Abs. 1 BGB gehen Hypotheken, Schiffshypotheken, Pfandrechte und Rechte aus einer Bürgschaft mit der abgetretenen Forderung auf den Zessionar über. Aus dieser Regelung ergibt sich, dass die in § 401 Abs. 1 BGB genannten Rechte nicht selbständig abgetreten werden können bzw. müssen. Die Vorschrift des § 401 Abs. 1 BGB stellt somit klar, dass die von ihr erfassten Rechte mit der Abtretung der Forderung automatisch auf den Zessionar übergehen.

Der Originator muss somit die Sicherheiten nicht gesondert auf die Zweckgesellschaft übertragen. Vielmehr gehen diese akzessorischen Nebenrechte automatisch mit der Hauptforderung auf die Zweckgesellschaft über. Der akzessorische Übergang der Sicherheiten stellt für die Zweckgesellschaft und die Investoren eine positive Regelung dar, denn durch die für die Forderung bestellte Sicherheit steht ihnen bei Forderungsausfall ein zusätzlicher Sicherungsgeber zur Verfügung.

### 3.2.3. Nichtigkeitsgründe

Bei einer Securitisation kommt neben den allgemeinen Nichtigkeitsgründen, wie Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB, ein Verstoß gegen das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) als Nichtigkeitsgrund in Betracht.

Ein solcher Verstoß könnte in der Weitergabe von Daten über die Schuldner der abgetretenen Forderungen durch den Originator an die Zweckgesellschaft begründet sein. Nach § 402 BGB ist der Zedent zu einer solchen Weitergabe grundsätzlich verpflichtet, damit der Zessionar die zur Geltendmachung der Forderungen notwendigen Daten erhält. Eine solche Auskunftspflicht könnte jedoch gegen das verfassungsmäßig geschützte Recht der Schuldner auf informationelle Selbstbestimmung verstoßen.

Zunächst muss der Originator in den persönlichen Anwendungsbereich des BDSG fallen. Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. § 2 Abs. 4 BDSG sind die Vorschriften des BDSG auf nicht-öffentliche Stellen anwendbar. Somit fallen alle in Betracht

kommenden Originatoren bei einer Securitisation unter den Anwendungsbereich des BDSG.[60] Weiterhin muss der Originator personenbezogene Daten erheben, verarbeiten oder nutzen. Gemäß § 3 Abs. 1 BDSG sind personenbezogene Daten Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person. Der sachliche Anwendungsbereich des BDSG ist somit eröffnet, wenn es sich bei den Schuldnern um natürliche Personen handelt

Nach § 4 Abs. 1 BDSG ist die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von personenbezogenen Daten nur zulässig, wenn der Betroffene zugestimmt hat. Eine solche Zustimmung ist jedoch bei einer Securitisation nicht gegeben, da hier regelmäßig eine stille Zession erfolgt und die Schuldner von der Abtretung gar nicht wissen. Eine Zulässigkeit gemäß § 4 Abs. 1 BDSG kommt somit nicht in Betracht.

Die Übermittlung der Daten an die Zweckgesellschaft kann aber gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG zulässig sein, wenn sie der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit dem Betroffenen dient. Allerdings dient die Abtretung der Forderung an die Zweckgesellschaft und die damit bezweckte Refinanzierung des Originators nicht unmittelbar der Bestimmung des Vertragsverhältnisses mit dem Schuldner.[61] Die Übermittlung der Daten muss einen *unmittelbaren* Zusammenhang mit dem konkreten Vertragszweck aufweisen.[62] Somit kommt eine Zulässigkeit der Datenübermittlung i. S. d. § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG nicht in Betracht.

Eine Zulässigkeit der Datenübermittlung kann aber gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gegeben sein. Demnach ist eine Datenübermittlung zulässig, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Originators erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Schuldners an dem Ausschluss der Übertragung überwiegt. Somit ist die Frage zu beantworten, ob das Interesse des Originators an der Refinanzierung stärker zu gewichten ist als das Interesse des Schuldners an der Geheimhaltung seiner Daten.

---

60 Bei der diskutierten Securitisation kommen v. a. Kreditinstitute bzw. Versicherungsunternehmen als Originator in Frage.

61 Vgl. Kusserow/Dittrich, S. 1786.

62 Zwar kann die Bank bzw. das Versicherungsunternehmen aufgrund der Refinanzierungsmöglichkeit durch die Securitisation ihren Kunden eventuell bessere Konditionen anbieten. Die Refinanzierungsmöglichkeit der Bank bzw. des Versicherungsunternehmens ist jedoch regelmäßig nicht Gegenstand des Darlehensvertrags bzw. des Versicherungsvertrags.

Im Allgemeinen wird anerkannt, dass das Refinanzierungsinteresse des Originators hoch einzuschätzen ist. Insbesondere ist der Umstand zu berücksichtigen, dass die Schuldnerdaten bei einer Securitisation regelmäßig verschlüsselt an die Zweckgesellschaft übertragen werden.[63] Informationen über persönliche oder wirtschaftliche Verhältnisse des Schuldners hat der Originator nur weiterzugeben, wenn dies zur Durchsetzung der Forderung notwendig ist. Der Originator wird somit nur sehr eingeschränkte Informationen an die Zweckgesellschaft weiterleiten, so dass der Schuldner in der Regel nicht in seiner Privatsphäre verletzt wird. Durch die Refinanzierungsmöglichkeit wird der Originator erst in die Lage versetzt, Darlehen zu günstigen Konditionen anzubieten oder Zeichnungskapazitäten für Versicherungsverträge frei zu schaffen. Somit profitiert auch der Schuldner indirekt von der Weitergabe der Daten durch den Originator.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Interesse des Originators an der Refinanzierung das Interesse des Schuldners an der Geheimhaltung seiner Daten in der Regel überwiegt. Ein Verstoß durch die Datenweitergabe gegen das BDSG liegt somit nicht vor.[64]

Es könnte aber ein Verstoß gegen das BDSG vorliegen, wenn die Zweckgesellschaft ihren satzungsmäßigen Sitz im Ausland hat und die Daten dorthin übermittelt werden. Gemäß § 4 b Abs. 1 BDSG ist eine Übermittlung in einen Mitgliedstaat der EU oder in einen Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe des § 28 BDSG zulässig. Wie bereits oben erläutert, kommt es auch hier wieder zu einer Interessenabwägung gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG, die in der Regel eine Datenübergabe erlaubt.

Allerdings besteht gemäß § 4 b Abs. 2 S. 2 BDSG insbesondere dann ein überwiegendes Interesse des Schuldners, wenn in dem Staat, in den die Daten übermittelt werden, kein angemessenes Datenschutzniveau besteht. Was die Angemessenheit des Datenschutzniveaus definiert, wird durch die Merkmale in § 4 b Abs. 3 BDSG umrissen.[65] Festzuhalten ist, dass das Interesse des Originators auch

---

63 Vg. Kusserow/Dittrich, S. 1789.

64 Vgl. Rinze/Heda, S. 1557 und 1566.

65 Nach § 4 b Abs. 3 BDSG wird die Angemessenheit des Schutzniveaus unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt, die bei einer Datenübermittlung von Bedeutung sind. Insbesondere können die Art der Daten, die Zweckbestimmung, die Dauer der geplanten Verarbeitung, das Herkunfts- und Endbestimmungsland, die für den betreffenden Empfänger geltenden Rechtsnormen sowie die für ihn geltenden Standesregeln und Sicherheitsmaßnahmen herangezogen

bei einer Übermittlung der Daten an eine im Ausland gelegene Zweckgesellschaft höher einzustufen ist, wenn das Schutzniveau in diesem Staat vergleichbar mit dem deutschen Standard ist. Ansonsten ist die Überprüfung bzw. ein Vergleich der Schutzniveaus verschiedner Staaten oft eine arbeitsintensive und damit kostspielige Untersuchung.

Es stellt sich anschließend die Frage, welche Rechtsfolgen einen Verstoß gegen das BDSG auslöst. In der Literatur wird teilweise eine zivilrechtliche Nichtigkeit der Abtretung gemäß § 134 BGB als Folge eines Verstoßes gegen das BDSG angenommen.[66] Andere Lehrmeinungen lehnen die Anwendung des § 134 BGB ab, da die Vorschrift des § 134 BGB ein Verbotsgesetz erfordert, welches sich gegen da Rechtsgeschäft an sich richtet.[67] Wie im § 1 BDSG wörtlich formuliert ist, soll das BDSG primär die Persönlichkeit des Einzelnen schützen und nicht Rechtsgeschäfte verbieten, durch die rechtmäßig erlangte Daten weitergegeben werden. Somit soll ein Verstoß gegen das BDSG lediglich Schadensersatzpflichten auslösen und eine Strafbarkeit gemäß § 43 BDSG begründen.[68]

Insgesamt kann als Ergebnis festgehalten werden, dass die Securitisation in der Regel nicht gegen das BDSG verstößt. Eine Übertragung der Schuldnerdaten in verschlüsselter Form an die Zweckgesellschaft ist in der Praxis häufig anzutreffen. Dies ist aus datenschutzrechtlicher Sicht auch dringend anzuraten. Bei bestimmten Konstellationen einer Datenübermittlung ins Ausland kann es zu einem Verstoß gegen das BDSG führen. Dies hat jedoch nach herrschender Meinung nicht die Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge, sondern lediglich Schadensersatzpflichten und Strafbarkeit i. S. des § 43 BDSG.

Nachdem bisher die rechtlichen Regelungen bezüglich einer Forderungsabtretung im deutschen Recht ausführlich dargestellt wurden, wenden wir uns im folgenden Kapitel 4 den rechtlichen Problemen zu, die bei einer grenzüberschreitenden Forderungsabtretung zu klären sind. Dies ist besonders relevant, da in der Praxis der Securitisation nicht nur deutsche Forderungen zwischen deutschen Vertragspart-

werden.

66 Vgl. Kusserow/Dittrich, S. 1791 f.

67 Vgl. Palandt/Heinrichs, § 134, Rn. 5.

68 Vgl. Klüwer, S. 208.

nern abgetreten werden, sondern es werden sehr häufig Forderungen mit Schuldnern aus unterschiedlichen Herkunftsländern abgetreten. Auch die Vertragspartner (Zedent und Zessionar) einer Forderungsabtretung können auch aus unterschiedlichen Ländern stammen und unterliegen folglich auch unterschiedlichen Rechtsordnungen.

# 4. Regelungen im europäischen Schuldvertragsübereinkommen

## 4.1. Explizite Regelungen des Art. 33 EGBGB

Die Abtretung einer Forderung vom Originator an die Zweckgesellschaft, die einen Auslandsbezug hat, bringt verschiedene rechtliche Fragen mit sich. Bei der nachfolgenden Bearbeitung wird davon ausgegangen, dass der Originator seinen satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitz in der Bundesrepublik Deutschland hat.

Zur Lösung dieses Problems kann die Regelung gemäß Art. 12. EVÜ, die durch Art. 33 EGBGB in das deutsche Recht übernommen wurde, herangezogen werden.[69] Es ist nun zu prüfen, welcher Regelungsbereich durch Art. 33 EGBGB erfasst wird. Dies ist in der Literatur und der Rechtsprechung stark umstritten, worauf wir später noch eingehen. Zunächst werden wir die expliziten Regelungen diskutieren, und anschließend werden die umstrittenen Regelungen erläutert.

### 4.1.1. Verpflichtungsvertrag zwischen Zedent und Zessionar

Die Vorschrift des Art. 33 Abs. 1 EGBGB bestimmt, nach welchem Recht sich der Verpflichtungsvertrag zwischen Zedent und Zessionar richtet. Danach wird die schuldrechtliche Verpflichtung zwischen Zedent und Zessionar von dem Recht geregelt, welches auf diesen Verpflichtungsvertrag anwendbar ist. Das schuldrechtliche Verhältnis der Zessionsparteien richtet sich somit nach dem Recht des zwischen ihnen bestehenden schuldrechtlichen Vertrages.

Welches Recht für den Vertrag gilt, regeln die Vorschriften der Art. 27 ff. EGBGB.[70] Gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB kommt es in erster Linie auf eine Rechtswahl der Parteien an. Eine Rechtswahl muss dabei nicht ausdrücklich, sondern kann gemäß Art. 27 Abs. 1 S. 2 EGBGB auch konkludent erklärt werden.

---

69 Das EVÜ ist am 19. Juni 1980 verabschiedet worden und gilt inzwischen für Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Spanien und UK. Die BRD hat dem EVÜ durch Gesetz vom 25. Juli 1986 zugestimmt, vgl. BGBl. II, 1986, S. 809.

70 Vgl. Keller, S. 143.

Jedoch muss eine solche Rechtswahl mit hinreichender Sicherheit feststellen lassen.[71] Sollten die Parteinen keine Rechtswahl in ihrem Vertrag getroffen haben, so kommt Art. 28 EGBGB zur Anwendung.

Bei der Securitisation besteht das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft aus einem Kaufvertrag im Sinne der §§ 453, 433 BGB. Da der Originator annahmegemäß seinen Sitz in Deutschland, wird davon ausgegangen, dass für den Kaufvertrag die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart wird. Der Originator hat als Initiator der Securitisation nämlich ein besonderes Interesse daran, seine eigene Rechtsordnung anzuwenden.

Sollte jedoch in seltenen Fällen eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl fehlen, so bestimmt Art. 28 Abs. 1 EGBGB, dass das Recht des Staates zur Anwendung kommt, mit dem der Vertrag die engste Verbindung aufweist. Gemäß Art. 28 Abs. 2 S. 1 EGBGB weist der Vertrag regelmäßig mit der Vertragspartei die engste Verbindung auf, welche die für den jeweiligen Vertrag charakteristische Leistung erbringt.

Bei einem Kaufvertrag erbringt der Verkäufer in aller Regel die vertragstypische Leistung.[72] Die Leistung des Käufers besteht meist in der Kaufpreiszahlung, die regelmäßig nicht vertragstypisch ist. Verkäufer ist bei einer Securitisation der Originator als Forderungsinhaber. Somit findet auf das Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft gemäß Art. 28 Abs. 1 EBGBG deutsches Recht Anwendung.

In der Literatur ist jedoch umstritten, ob Art. 33 Abs. 1 EGBGB nur für das schuldrechtliche Verhältnis oder auch für das dingliche Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar gilt.[73] Darauf werden wir im nächsten Unterkapitel zurückkommen.

### 4.1.2. Rechtstellung des Schuldners

Es stellt sich die Frage, welches Recht auf die Abtretung im Verhältnis zum Schuldner anzuwenden ist. Gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB findet auf das Verhält-

---

[71] Vgl. Palandt/Heldrich, Art. 27 EGBGB, Rn. 5.
[72] Vgl. Palandt/Heldrich, Art. 28 EGBGB, Rn. 3.
[73] Diese Frage ist deshalb besonders umstritten, da im Art. 33 Abs. 1 EGBGB nur von „Verpflichtungen“ die Rede ist. Fraglich ist, ob darunter nur das Verpflichtungsgeschäft oder auch das Verfügungsgeschäft zu verstehen ist.

nis zum Schuldner das sog. *Forderungsstatut*, also das Recht der abgetretenen Forderung, Anwendung. Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass der Schuldner sich nach einer Forderungsabtretung nicht mit einer neuen, ihm fremden Rechtsordnung auseinanderzusetzen hat. Art. 33 Abs. 2 EGBGB garantiert den Schuldnerschutz, so dass sich die Rechtsstellung des Schuldners nicht durch die Forderungsabtretung verschlechtern darf.[74]

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass durch Art. 33 Abs. 2 EGBGB nur einzelne Bereiche dem Forderungsstatut unterstellt werden. Dazu gehören explizit die Übertragbarkeit der Forderung, das Verhältnis des Schuldners zum Zessionar, die Voraussetzungen, unter denen die Abtretung dem Schuldner entgegengehalten werden kann und die Möglichkeit einer Leistung mit befreiender Wirkung durch den Schuldner.

a) Übertragbarkeit der Forderung, Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB

Die Übertragbarkeit der Forderung bestimmt sich gemäß Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB nach dem Recht der abgetretenen Forderung. Zu untersuchen ist zunächst, was unter Übertragbarkeit einer Forderung zu verstehen ist.

Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB dient in erster Linie dem Schuldnerschutz. Damit fallen nicht alle Voraussetzungen für die Abtretung einer Forderung unter Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB. Der Schuldner soll nicht gegen jede Form der Abtretung geschützt werden.[75] Vielmehr wird gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB nur die Frage erfasst, ob der Schuldner grundsätzlich damit rechnen konnte, dass die Forderung abgetreten werden kann. Somit sind unter Übertragbarkeit der Forderung die Voraussetzungen und Wirkungen von vertraglichen und gesetzlichen Abtretungsverboten zu verstehen.[76]

Darüber hinaus fällt unter Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB auch die Frage, ob künftige und bedingte Forderungen abtretbar sind.[77] Weiter muss die Möglichkeit einer Abtretung von Teilforderungen auch nach dem Forderungsstatut beurteilt werden.

---

[74] Vgl. Mangold, S. 132 sowie Stadler, S. 709.
[75] Vgl. Eisele, S. 17.
[76] Vgl. Mangold, S. 133 sowie MüKo/Martiny, Art. 33 EGEGBG, Rn. 9.
[77] Vgl. Mangold, S. 133.

Im Ergebnis regelt Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB unter dem Begriff „Übertragbarkeit“ der Forderung die Frage, ob der Schuldner unter Zugrundelegung des Rechts der abgetretenen Forderung eine Abtretung grundsätzlich erwarten konnte. Kennt z.B. die der abgetretenen Forderung zugrunde liegende Rechtsordnung keine Abtretung von künftigen Forderungen, so kann der Schuldner gemäß Art. 33 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB darauf vertrauen, dass eine eventuell gegen ihn entstehende künftige Forderung nicht abgetreten werden kann.

b) Verhältnis zwischen neuem Gläubiger und Schuldner, Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 EGBGB

Gemäß Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 EGBGB wird auch das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem neuen Gläubiger (dem Zessionar) dem Forderungsstatut unterworfen. Auch diese Regelung beruht auf dem Grundsatz des Schuldnerschutzes. Dies bedeutet, dass die Position des Schuldners nicht durch einen Gläubigerwechsel verschlechtert werden darf.[78] Somit entscheidet das Forderungsstatut darüber, welche Einwendungen und Einreden der Schuldner dem Zessionar entgegen halten kann.

Die Zessionsparteien (Zessionar und Zedent) haben bei einer Forderungsabtretung grundsätzlich die Möglichkeit, die abgetretene Forderung durch eine entsprechende Rechtswahl einer anderen Rechtsordnung als dem ursprünglichen Forderungsstatut zu unterwerfen. Durch die Vereinbarung einer anderen Rechtsordnung könnten die Zessionsparteien dem Schuldner Einreden und Einwendungen abschneiden und somit die Rechtstellung des Letzteren verschlechtern. Art. 33 Abs. 2 Alt. 2 EGBGB stellt in diesem Zusammenhang sicher, dass eine solche Rechtswahl zu Lasten des Schuldners regelmäßig unwirksam ist.[79] Allenfalls denkbar wäre eine solche Rechtswahl, wenn der Schuldner ihr zustimmt. Auch eine nachträgliche Rechtswahl zwischen dem Zessionar und dem Schuldner kommt in Betracht.

[78] Vgl. MüKo/Martiny, Art. 33 EGBGB, Rn. 10.
[79] Vgl. Reithmann/Martiny, Rn. 308 sowie MüKo/Martiny, Art. 33 EGBGB, Rn. 10.

c) Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegen gehalten werden kann, Art. 33 Abs. 2 Alt. 3 EGBGB

Gemäß Art. 33 Abs. 2 Alt. 3 EGBGB richteten sich die Voraussetzungen, unter denen die Abtretung dem Schuldner entgegengehalten werden kann auch nach dem Forderungsstatut. Hierbei ist zu beachten, dass diese Rechung nicht alle Voraussetzungen einer wirksamen Abtretung erfasst, sondern nur diejenigen Voraussetzungen, die dem Schutz des Schuldners dienen.[80] Hierzu gehören z. B. Publizitätserfordernisse. So ist eine Abtretung im französischen Recht gemäß Art. 1690 Cc dem Schuldner gegenüber erst wirksam, wenn er förmlich von der Abtretung benachrichtigt wurde oder wenn er die Annahme der Abtretung in einer öffentlichen Urkunde erklärt hat. Wenn also die abgetretene Forderung dem französischem Recht unterliegt, so kann der Zessionar dem Schuldner die Abtretung der Forderung erst dann entgegenhalten, wenn er die von Art. 1690 Cc geforderten Publizitätsmaßnahmen ergriffen hat.

In der Praxis der Securitisation spielen die obigen Ausführungen nur eine untergeordnete Rolle. Geht man von einem geordneten Ablauf der Securitisation aus, so erfährt der Schuldner nicht von der Abtretung. Er zahlt weiterhin an den Originator, welcher die Zahlung für die Zuweckgesellschaft entgegennimmt. Es kommt somit nicht darauf an, ob die Zweckgesellschaft dem Schuldner die Abtretung entgegenhalten kann. Selbst wenn die Forderung Gegenstand eines Rechtsstreits wird, wird der Originator regelmäßig von der Zweckgesellschaft damit beauftragt, den Rechtsstreit mit dem Schuldner zu führen.

d) Befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner, Art. 33 Abs. 2 Alt. 4 EGBGB

Weiterhin ist dem Forderungsstatut gemäß Art. 33 Abs. 2 Alt. 4 EGBGB zu entnehmen, welche Voraussetzungen der Schuldner für eine Leistung mit befreiender Wirkung erfüllen muss. Diese Frage ist v. a. interessant, wenn der Schuldner nach Abtretung der Forderung an den Zedenten zahlt. Nach deutschem Recht kommt es gemäß § 408 Abs. 1 BGB nur auf die Kenntnis des Schuldners von der Abtretung an. Im französischen Recht wird darauf abgestellt, ob dem Schuldner die Abtre-

[80] Vgl. Staudinger/Hausmann, Art. 33 EBGBG, Rn. 43.

tung angezeigt wurde oder er diese angenommen hat (Art. 1690 Cc).

Für die Securitisation spielt die Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 Alt. 4 EGBGB nur eine untergeordnete Rolle. Der Originator zieht die Forderung ein, und dem Schuldner ist die Abtretung in der Regel nicht bekannt. Sollte der Schuldner von der Abtretung wissen, so kann er trotzdem mit befreiender Wirkung an den Originator leisten, da die Zweckgesellschaft dem Originator regelmäßig eine Einziehungsermächtigung erteilt.

Allein bei Insolvenz des Originators oder bei Entzug der Einziehungsermächtigung ist die Vorschrift Art. 33 Abs. 2 Alt. 4 EGBGB von Bedeutung. In diesem Fall muss die Zweckgesellschaft die nach dem Forderungsstatut erforderlichen Handlungen vornehmen, um eine Leistung des Schuldners mit befreiender Wirkung an den Originator zu verhindern.

Als Ergebnis kann festgehalten, dass auf das schuldrechtliche Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft gemäß Art. 33 Abs. 1 EGBGB das Recht anzuwenden ist, welches die Parteien für den Forderungskaufvertrag vereinbart haben (Zessionsgrundstatut). Die in Art. 33 Abs. 2 EGBGB genannten Aspekte der Abtretung richten sich, soweit sie dem Schuldnerschutz dienen, nach dem Recht der abgetretenen Forderung (Forderungsstatut). Für die Securitisation sind in manchen Rechtsordnungen die bestehenden Publizitätsvorschriften von Bedeutung. Sie müssen v. a. im Fall der Insolvenz des Originators oder des Entzugs der Einziehungsermächtigung eingehalten werden.

## 4.2. Nicht geregelte Aspekte der Abtretung

Art. 33 EGBGB regelt die grenzüberschreitende Forderungsabtretung jedoch nicht umfassend. Wir werden im Folgenden zunächst die nicht geregelten Aspekte darstellen und dann die Lösungsansätze in der Literatur zu diskutieren. Im Anschluss wird ein Lösungsvorschlag erarbeitet, wie die grenzüberschreitende Forderungsabtretung rechtlich am besten auszugestalten ist.

### 4.2.1. Die von Art. 33 EGBGB nicht erfassten Aspekte der Abtretung

Folgende Aspekte der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung werden durch Art. 33 EGBGB nicht ausdrücklich geregelt.

a) Das dingliche Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar

Aus Art. 33 EGBGB ist nicht ersichtlich, nach welchem Recht sich das dingliche Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar bestimmt. Die Vorschrift des Art. 33 Abs. 1 EGBGB behandelt lediglich das schuldrechtliche Verhältnis der Zessionsparteinen, nicht jedoch das dingliche Verhältnis.[81] Art. 33 Abs. 2 EGBGB erwähnt nur die Übertragbarkeit der Forderung oder die Voraussetzungen, unter denen die Abtretung dem Schuldner gegenüber wirksam ist. Unter der Übertragbarkeit einer Forderung ist aber nur die *grundsätzliche* Möglichkeit der Übertragung einer Forderung zu verstehen. Die Voraussetzungen für eine Übertragung fallen nicht unter diesen Begriff, da sie nicht Ausdruck des Schuldnerschutzes sind. Auch in Art. 33 Abs. 2 Alt. 3 EGBGB werden ausdrücklich nur die Voraussetzungen angesprochen, unter denen die Abtretung dem Schuldner gegenüber wirksam ist. Unklar bleibt somit, welche Voraussetzungen die Zessionsparteien erfüllen müssen, damit die Forderung vom Zedenten auf den Zession übergeht.

Dadurch ergeben sich Probleme insbesondere, wenn sich das Recht des Verpflichtungsgeschäfts und das Recht der abgetretenen Forderung unterscheiden. Es kann z. B. dazu führen, dass die eine Rechtsordnung dem *Konsensualprinzip*[82] und die andere Rechtsordnung aber dem *Trennungsprinzip*[83] folgt. Zu ähnlichen Problemen kann es kommen, wenn *Kausal-* und *Abstraktionsprinzip* miteinander kollidieren. Rechtsordnungen, denen das Kausalprinzip zu Grunde liegt, erfordern für die Wirksamkeit der Abtretung ein wirksames Verpflichtungsgeschäft. Hingegen ist dies in Rechtsordnungen, die dem Abstraktionsprinzip (wie in der deutschen Rechtsordnung) folgen, nicht erforderlich.

Es bleibt somit die Frage zu klären, nach welchem Recht sich das dingliche Ver-

---

81 Vgl. MüKo/Martiny, Art. 33 EGEGBG, Rn. 4a.

82 Bei dem Konsensualprinzip (z. B. im französischen Recht) geht die Forderung bereits mit Abschluss des Verpflichtungsvertrags auf den neuen Gläubiger über.

83 Nach dem Trennungsprinzip, das in der deutschen Rechtsordnung herrscht, ist ein zusätzliches Verfügungsgeschäft erforderlich, damit die Forderung auf den neuen Gläubiger übergeht.

hältnis von Zedent und Zessionar richtet und wie die Kollisionsfragen der einzelnen Rechtsprinzipien gelöst werden können.

b) Die Wirkung der Abtretung gegenüber Dritten

Ein weiterer Aspekt der grenzüberschreitenden Abtretung, der nicht von Art. 33 EGBGB ausdrücklich geregelt wird, ist die Wirkung der Abtretung gegenüber Dritten, insbesondere Gläubigern des Zedenten. Durch Art. 33 Abs. 1 EGBGB werden nur die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Zedent und Zessionar geregelt. Art. 33 Abs. 2 EGBGB erfasst lediglich das Verhältnis der Abtretung zum Schuldner. Die Drittwirksamkeit einer grenzüberschreitenden Forderungsabtretung wird somit durch Art. 33 EGBGB nicht ausdrücklich geregelt.[84] Sie ist jedoch von großer Bedeutung, wenn der Zedent in Insolvenz gerät. In diesem Fall werden die Gläubiger des Zedenten versuchen, Zugriff auf die Forderungen des Zedenten zu bekommen.

Entfaltet die Abtretung in einem solchen Fall keine Wirkung gegenüber Dritten, so muss der Zessionar die Forderung zurück übertragen oder den bereits eingezogenen Erlös herausgeben. Somit kommt der Frage, ob eine grenzüberschreitende Forderungsabtretung Wirkung gegenüber Dritten entfaltet, eine enorme Bedeutung zu.

c) Das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander

Falls bei der Forderungsabtretung mehrere Zessionare vorhanden sind, wird das Verhältnis unter ihnen auch nicht durch Art. 33 EGBGB erfasst. In meisten Rechtsordnungen gilt das sog. *Prioritätsprinzip*.[85] Demnach steht demjenigen Zessionar die Forderung zu, der sie als erster erworben hat. Jedoch besteht in den einzelnen Rechtsordnungen große Unterschiede, was den Zeitpunkt des Erwerbs der Forderung betrifft.

In der deutschen Rechtsordnung erwirbt der Zessionar die Forderung mit dem Abschluss des Verfügungsgeschäfts im Sinne des § 398 BGB. In anderen Rechts-

[84] Vgl. Struycken, S. 345.
[85] Vgl. Staudinger/Hausmann, Art. 33 EGBGB, Rn. 51.

ordnungen, in denen besondere Publizitätserfordernisse bestehen, erlangt der Zessionar die Forderung z. B. erst mit der Anzeige der Forderungsabtretung beim Schuldner. Zwischen diesen beiden Zeitpunkten kann eine nicht geringfügige Zeitspanne liegen, so dass es trotz der Anwendung des Prioritätsgrundsatzes zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Frage kommen kann, wem die Forderung gehört.

Die Bedeutung der Rangordnung bei mehreren Abtretungen versteht sich selbst. Bei der Securitisation ist es entscheidend, dass die Abtretung an die Zweckgesellschaft Priorität gegenüber eventuellen weiteren Abtretungen bekommt.

### 4.2.2. Lösungsansätze in der Literatur

In der Literatur gibt es verschiedene Ansätze zur Lösung der oben erwähnten Fragestellungen bezüglich einer grenzüberschreitenden Forderungsabtretung, die nicht explizit durch Art. 33 EGBGB geregelt werden. Im Folgenden werden diese Lösungsansätze diskutiert.

a) Anwendung des Zessionsgrundstatutes, Art. 33 Abs. 1 EGBGB

Ein Teil der Literatur vertritt die Ansicht, dass das Zessionsgrundstatut auf die oben genannten Aspekte angewandt werden soll, so dass das dingliche Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, die Wirkung der Abtretung gegenüber Dritten und das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander sich nach dem Recht richten, welches auf den zwischen Zessionsparteien bestehenden Verpflichtungsvertrag gemäß Art. 33 Abs. 1 EGBGB anwendbar ist.[86]

Begründet wird die Anwendung des Zessionsgrundstatuts damit, dass eine internationale Harmonisierung im Sinne des EVÜ nur dadurch erreicht werden kann, dass das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar insgesamt nur einer einzigen Rechtsordnung unterliegt.[87] Der Umstand, dass entgegen dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 EVÜ bzw. Art. 33 Abs. 1 EGBGB auch das Verfügungsgeschäft vom Zessionsgrundstatut erfasst werden soll, wird von den Vertretern dieser Lehrmeinung dadurch begründet, dass viele Rechtsordnungen den Unterschied zwischen

[86] Vgl. Stadler, S. 714 sowie Staudinger/Haumann, Art. 33 EGBGB, R. 50, 53.
[87] Vgl. Stadler, S. 714.

Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gar nicht kennen.[88]

Die Konsequenz aus der Anwendung des Zessionsgrundstatuts ist, dass die Zessionsparteien per Rechtswahl das Recht wählen können, nach welchem sich die Abtretung als Verfügung richten soll. Eine solche Rechtswahlmöglichkeit der Zessionsparteinen verstößt auch nicht gegen den Schuldnerschutz, da dem Schutz des Schuldners durch die Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 EGBGB Genüge getan ist. Einen grundsätzlichen Schutz des Schuldners vor einem Gläubigerwechsel gibt es nicht und würde die ökonomischen Aktivitäten beträchtlich einschränken.[89] Im Ergebnis muss bei der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung zwischen der Abtretung im Verhältnis zum Schuldner (Art. 33 Abs. 2 EGBGB) und der Abtretung im Verhältnis der Zessionsparteien untereinander und gegenüber Dritten (Art. 33 Abs. 1 EGBGB) unterschieden werden.

Der größte Vorteil dieser Literaturansicht ist die einheitliche Anknüpfung des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts zwischen den Zessionsparteien. Dadurch wird vermieden, dass die Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäfts nach einer anderen Rechtsordnung beurteilt wird als die Gültigkeit des Verfügungsgeschäfts.[90] Somit kommt es auch nicht zu Problemen bei einer eventuellen Rückabwicklung. Ein weiterer großer Vorteil der einheitlichen Anknüpfung an das Zessionsgrundstatut liegt darin, dass die Umlauffähigkeit von Forderungen erhöht wird. Die Zessionsparteien können sich eine Rechtsordnung aussuchen, die ihren Interessen am ehestens entgegenkommt.

Nachteilig bei dieser Literaturansicht ist, dass durch die Rechtwahlmöglichkeit die Interessen der Gläubiger des Zedenten beeinträchtigt werden können. Eine Beeinträchtigung der Interessen der Gläubiger des Zedenten könnte z. B. dadurch gegeben sein, dass durch eine Rechtswahl der Zessionsparteien die durch einzelne Rechtsordnungen postulierten Publizitäts- und Registrierungsvorschriften umgangen werden. Eine Vielzahl von Rechtsordnungen knüpft die Wirksamkeit einer Abtretung gegenüber Dritten an die Erfüllung gewisser Publizitäts- und Registrierungsvorschriften.[91] Die Zessionsparteien könnten aber durch die Wahl einer an-

---

88 Z. B. die französische oder englische Rechtsordnung kennt keine Trennung zwischen Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft.

89 Vgl. Einsele, S. 417 und 434.

90 Vgl. Stadler, S. 711 ff.

91 Vgl. Mangold, S. 185 ff. sowie Hadding/Scheider, S. 135 ff.

deren Rechtsordnung diese Publizitäts- und Registrierungsvorschriften umgehen.

Ein weiterer Nachteil für die Gläubiger des Zedenten liegt darin, dass es ihnen als unbeteiligten Dritten in der Regel nicht möglich ist, diejenige Rechtsordnung zu ermitteln, die auf die Abtretung Anwendung findet, da diese nur aus dem Vertrag der Zessionsparteien zu entnehmen ist. Ein solcher Vertrag ist aber unbeteiligten Dritten regelmäßig nicht zugänglich.[92]

b) Anwendung des Forderungsstatuts, Art. 33. Abs. 2 EGBGB

Die herrschende Ansicht in Deutschland wendet das Forderungsstatut sowohl im Verhältnis der Zessionsparteien untereinander, als auch im Verhältnis zu Dritten an.[93] Nach dieser Ansicht regelt die Vorschrift des Art. 33 Abs. 2 EGBGB nicht nur das Verhältnis der Abtretung zum Schuldner und das Verhältnis des Schuldners zum Zessionar, sondern auch das dingliche Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, das Verhältnis der Abtretung zu sonstigen Dritten und das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander.

Für die Anwendung des Forderungsstatuts spricht seine Nähe zum Recht der Forderung.[94] Im Gegensatz zu körperlichen Sachen können Forderungen als gegenstandslose Rechte gerade nicht einem bestimmten Ort zugeordnet werden. Die *lex rei sitae* ist somit auf Forderungen nicht anwendbar. Die Übertragung einer Forderung dem Recht zu unterstellen, unter dem sie entstanden ist, eventuell verändert wurde und erlischt, ist gut nachvollziehbar.

Ein weiterer Punkt, der die Anwendung des Forderungsstatus sinnvoll erscheinen lässt, ist die einheitliche Bestimmung der Abtretungsvoraussetzungen.[95] Durch die Anwendung des Forderungsstatuts ist gewährleistet, dass sich die Wirksamkeit der Abtretung gegenüber dem Schuldner und die Wirksamkeit gegenüber sonstigen Dritten einheitlich nach dem Forderungsstatut richten.

Die Anwendung des Forderungsstatuts auf die dinglichen Aspekte der Abtretung weist aber auch erhebliche Nachteile auf. Ein entscheidender Nachteil besteht

---

92 Vg. Frankel, S. 14.
93 Vgl. MüKo/Martiny, Art. 33 EGBGB, Rn. 2 sowie Hoffmann/Höpping, S. 302.
94 Vgl. MüKo/Martiny, Art. 33 EGBGB, Rn. 2.
95 Vgl. Mangold, S. 191 sowie MüKo/Martiny, Art. 33 EGBGB, Rn. 12a.

darin, dass bei der Abtretung von künftigen Forderungen nicht eindeutig ist, welches Recht auf die Abtretung anzuwenden ist. Bei einer künftigen Forderung besteht die Rechtsgrundlage, aufgrund dessen die Forderung später entsteht, noch nicht. Es kann somit nicht ermittelt werden, nach welcher Rechtsordnung sich die Abtretung richtet, da das Forderungsstatut noch nicht feststeht.[96] Aufgrund dieser Rechtsunsicherheit wird die Abtretung von künftigen Forderungen erheblich erschwert.

Auch aus Sicht der Gläubiger des Zedenten ist die Anwendung des Forderungsstatuts nicht vorteilhaft. Die Gläubiger des Zedenten stehen außerhalb der Abtretung und haben in der Regel keinen Einblick in die Vertragsunterlagen, so dass sie das Forderungsstatut regelmäßig nicht kennen. Zwar wird das Forderungsstatut oft dem Recht am Sitz des Zedenten entsprechen. Dies ist aber nicht zwingend der Fall. Da die Gläubiger in diesen Fällen das auf die Abtretung anzuwendende Recht nicht kennen, sind sie folglich auch nicht in der Lage, eventuell vorhandene Registrierungs- und Benachrichtigungspflichten bei der Forderungsabtretung zu nutzen.[97]

c) Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners

Eine andere, v. a. in Frankreich verbreitete Lehrmeinung vertritt die Ansicht, dass das Recht am Sitz des Schuldners auf die Drittwirkungen der Abtretung anzuwenden ist.[98] Die Anknüpfung an das Recht am Sitz des Schuldners wird v. a. damit begründet, dass die Forderung als am Sitz des Schuldners belegen anzusehen sei.[99] Damit kann man zu der *lex rei sitae*-Regel kommen, wonach das Recht am Sitz des Schuldners Anwendung findet.

Die Anwendung des Niederlassungsrechts des Schuldners ist v. a. durch das französische Sachenrecht begründet. So muss nach der französischen Rechtsordnung (Art. 1690 Cc) dem Schuldner die Abtretung mitgeteilt werden oder er muss sie annehmen, damit die Abtretung Wirkung gegenüber Dritten entfaltet. Diese Publizitätserfordernisse sind regelmäßig am Sitz des Schuldners zu erfüllen. Dies be-

96 Vgl. Kieninger, S. 696.
97 Vgl. Staudinger/Hausmann, Art. 33 EGBGB, R. 50 sowie Stadler, S. 104 und 108.
98 Vgl. Batiffol/Largard, Rn. 611 sowie Staudinger/Hausmann, Art. 33 EGBGB, R. 16.
99 Vgl. Collier, S. 258 f.

deutet, dass das Niederlassungsrecht des Schuldners – soweit es sich um französische Schuldner handelt – eine sichere Anknüpfung ermöglicht. Diese Publizitätspflichten sind aber eine Besonderheit des französischen Rechts, die in anderen Rechtsordnungen nicht existiert.[100]

Diese Lehrmeinung wird jedoch oft kritisiert, da die Bestimmung des Lageorts von Forderungen als nicht-gegenständliche Güter rein hypothetisch ist.[101] Forderungen als körperlose Rechte haben keinen bestimmten Lageort und können somit auch nicht dem Sitz des Schuldners zugerechnet werden. Denkbar wäre auch, eine Belegenheit am Ort anzunehmen, an dem die Forderung zu erfüllen ist. Eine solche Anknüpfung fällt in der Regel mit dem Sitz des Zedenten zusammen. Daran wird deutlich, dass man jeden Belegenheitsort einer Forderung begründen könnte, was dazu führt, dass das Argument des Belegeheitsortes wenig stichhaltig ist.

Auch bei dieser Lehrmeinung könnte es bei der Abtretung von künftigen Forderungen zu Problemen kommen. Da bei einer künftigen Forderung die Rechtsgrundlage der Forderung noch nicht besteht, kann im Zeitpunkt der Abtretung auch der Niederlassungsstaat des Schuldners noch nicht bestimmt werden, womit auch das auf die Abtretung anzuwendende Recht noch nicht ermittelt werden kann.[102]

Weiter sprechen auch praktische Erwägungen gegen eine Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners. Z. B. ist den Gläubigeren des Zedenten der Niederlassungsstaat des Schuldners in der Regel genauso unbekannt wie das Recht der abgetretenen Forderung. Das Recht am Sitz des Schuldners wird häufig auch nicht dem Recht entsprechen, welchem die abgetretene Forderung unterliegt. In der Regel erbringt der Zedent die für den Vertrag charakteristische Leistung, so dass das Recht am Sitz des Zedenten auf den Vertrag Anwendung findet. Ein Auseinanderfallen des für die in Art. 33 Abs. 2 EGBGB genannten Aspekte geltenden Forderungsstatuts und dem Statut für die Wirkungen der Abtretung *inter partes* und *erga omnes* führt aber zu Koordinierungs- und Wertungsproblemen.

---

[100] Vgl. Mangold, S. 196 sowie Weller, S. 161.
[101] Vgl. Kieninger, S. 678 sowie Stadler, S. 104.
[102] Vgl. Kieninger, S. 678, 702 sowie Mangold, S. 196.

d) Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten

Eine weitere Lehrmeinung ist der Auffassung, dass das Recht am Sitz des Zedenten auf das dingliche Verhältnis der Zessionsparteien untereinander und auf das Verhältnis der Abtretung zu Dritten anzuwenden ist.[103]

Der offensichtliche Vorteil einer Anknüpfung an das Recht am Sitz des Zedenten liegt in der Vorhersehbarkeit des geltenden Rechts für alle betroffenen Parteien.[104] Der Sitz des Zedenten und damit das anzuwendende Recht ist sowohl dem Zessionar als Partei des Abtretungsvertrages als auch den Gläubigern des Zedenten bekannt. Die Gläubiger des Zedenten können problemlos eventuell vorhandene Publizitätserfordernisse erkennen und nutzen. Es besteht auch nicht die Gefahr, dass durch eine Rechtswahl zwischen dem Schuldner und dem Zedenten oder zwischen dem Zedenten und dem Zessionar die jeweils dritte Partei benachteiligt wird.[105]

Weiter hat eine solche Anknüpfung an das Recht am Sitz des Zedenten den Vorteil, dass die Abtretung von künftigen Forderungen problemlos möglich ist. Auch ohne bereit bestehende Rechtsgrundlage ist für jede Partei ersichtlich, dass das Recht am Sitz des Zedenten auf die Abtretung Anwendung findet.[106]

Allerdings sprechen auch einige Punkte gegen eine solche Anknüpfung. Es wird beispielsweise kritisiert, dass bei der Anknüpfung an das Recht am Sitz des Zedenten jeder Sitzwechsel des Zedenten automatisch zu einem Statutenwechsel führt, der bereits erworbene Rechtspositionen Dritter beeinträchtigen könnte. Dem ist entgegen zu halten, dass auch alle anderen vorgeschlagenen Anknüpfungen das Risiko eines Statutenwechsels nicht ausschließen können.[107]

Falls der Zedent während einer Abtretung seinen Sitz wechselt, ist es fraglich, ob für die Abtretung das alte oder das neue Niederlassungsrecht anzuwenden ist. Eine Lösung des Problems könnte darin bestehen, das Recht des Sitzes zum Zeitpunkt des Abschluss des Abtretungsvertrages zu wählen.[108] Wird der Abtretungsvertrag abgeschlossen, während der Zedent seinen Sitz im alten Staat hat, so sind

[103] Vgl. Kieninger, S. 702 ff sowie Magnus/Mankowski, S. 185 f.
[104] Vgl. Magnus/Mankowski, S. 131 und 185 f.
[105] Vgl. Magnus/Mankowski, S. 185.
[106] Vgl. Kieninger, S. 702.
[107] Vgl. Kieninger, S. 702 f.
[108] Vgl. Kieninger, S. 774 und 776.

auch die Voraussetzungen dieser Rechtsordnung zu beachten, wohingegen bei Abschluss im neuen Staat eben diese Rechtsordnung anzuwenden ist.

### 4.2.3. Zusammenfassendes Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass in der Literatur vier verschiedene Möglichkeiten zur Lösung der nicht in Art. 33 EGBGB geregelten Aspekte der Abtretung existieren. Alle Lösungsansätze weisen Vorteile, aber auch teilweise erhebliche Nachteile in der Umsetzung auf.

Nachdem die verschiedenen Ansätze zur Lösung der in Art. 33 EGBGB nicht ausdrücklich geregelten Aspekte einer grenzüberschreitenden Abtretung dargestellt wurden, sollen im nächsten Kapitel die praktischen Auswirkungen dieser Lehrmeinungen anhand von konkreten Beispielen analysiert werden.

# 5. Praktische Auswirkungen der Lösungsansätze

## 5.1. Das dingliche Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar

*Ausgangsfall*: Der Originator O verkauft einen Teil seiner Forderungen im Rahmen einer Securitisation an die Zweckgesellschaft Z. Beide haben ihren satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitz in Deutschland. Die in Betracht kommenden Forderungen richten sich Schuldner mit Sitz in Deutschland und Frankreich. Die Forderungen gegen deutsche Schuldner unterliegen dem deutschen Recht. Mit den französischen Schuldnern hat O die Anwendung des französischen Rechts vereinbart. Für den Forderungskaufvertrag zwischen O und Z gilt deutsches Recht.

*Abwandlung*: O und Z haben beiden ihren satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitz in Frankreich und vereinbaren für den Forderungskaufvertrag die Anwendung des französischen Rechts. Auch hier verkauft O sowohl Forderungen, die dem französischen als auch solche, die dem deutschen Recht unterliegen.

### 5.1.1. Anwendung des Zessionsgrundstatutes, Art. 33 Abs. 1 EGBGB

Zunächst muss das Zessionsgrundstatut ermittelt werden. Im Ausgangsfall haben Originator und Zweckgesellschaft die Anwendung des deutschen Rechts auf den zwischen ihnen bestehenden Kaufvertrag vereinbart. Diese Vereinbarung des anzuwendenden Rechts ist gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB ohne Probleme möglich. Da beide Vertragsparteien ihren Sitz in Deutschland haben, wäre selbst im Fall ohne eine Rechtswahl der Vertragsparteien aufgrund des Art. 28 Abs. 2 EGBGB das deutsche Recht anzuwenden.

In der deutschen Rechtsordnung gilt das Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Originator und Zweckgesellschaft müssen deshalb sowohl ein Verpflichtungs- als auch ein Verfügungsgeschäft abschließen. Neben dem schuldrechtlichen Kaufvertrag ist auch ein Verfügungsgeschäft in Form der Abtretung nach §§ 398 ff. BGB vorzunehmen. Die Zweckgesellschaft hat die Forderungen somit erst mit Abschluss des Abtretungsvertrages erworben.

Im Abwandlungsfall haben beide Vertragspartner (Originator und Zweckgesell-

schaft) die Anwendung des französischen Rechts vereinbart. Das Zessionsgrundstatut ist in diesem Fall das französische Recht. In der französischen Rechtsordnung gilt das Konsensualprinzip.[109] Dies bedeutet, dass die Vertragsparteien neben dem Kaufvertrag kein gesondertes Verfügungsgeschäft vornehmen müssen. Die Forderungen gehen bereits aufgrund des Kaufvertrages auf die Zweckgesellschaft über. Demnach kommt es hier nicht darauf an, ob die abgetretenen Forderungen dem französischen Recht oder dem deutschen Recht unterliegen.

Weiter ist hier zu beachten, dass in der französischen Rechtsordnung das Kausalprinzip gilt.[110] Demnach überträgt der Zedent die Forderung in einem einheitlichen Rechtsgeschäft an den Zessionar. In diesem einheitlichen Rechtsgeschäft sind das schuldrechtliche Grundgeschäft und die Verfügung in Form der Abtretung zusammengefasst. Dies hat zur Folge, dass die Abtretung als Verfügungsgeschäft unwirksam wird, wenn das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft unwirksam ist. Die Wirksamkeit der Abtretung hängt somit von der Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts ab.

Das dingliche Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft führt unter Anwendung des Zessionsgrundstatuts nicht zu Problemen. Die Bestimmung des Zessionsgrundstatuts erfolgt gemäß Art. 27 ff. EGBGB. Wenn das Statut des zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft bestehenden Kaufvertrags ermittelt ist, kann die Einordnung der Abtretung als abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft problemlos erfolgen. Somit stellt die Anwendung des Zessionsgrundstatuts eine praktische Lösung dar.

### 5.1.2. Anwendung des Forderungsstatuts, Art. 33. Abs. 2 EGBGB

Im Ausgangsfall tritt der Originator Forderungen ab, die sowohl dem deutschen Recht als auch dem französischen Recht unterliegen. Folglich kann die Abtretung der Forderungen nicht mehr einheitlich als abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft eingestuft werden. Vielmehr muss jede einzelne Forderung auf das für sie geltende Recht untersucht werden, damit die Parteien wissen, ob sie ein abstraktes Verfügungsgeschäft (nach deutschen Recht) vornehmen müssen oder nicht. Zusätzlich kann es zu Problemen führen, wenn das Verpflichtungsgeschäft zwischen

[109] Vgl. Sonnenberger, Rn. VI 111.
[110] Vgl. Mangold, S. 85.

Originator und Zweckgesellschaft dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip folgt und das Verfügungsgeschäft jedoch eventuell dem Konsensual- oder dem Kausalprinzip unterliegt.

Bei den deutschen Forderungen müssen die Vertragsparteien neben einem Verpflichtungsgeschäft auch ein gesondertes Verfügungsgeschäft vornehmen. Die französischen Forderungen werden dagegen durch ein einheitliches Rechtsgeschäft übertragen. Hier ist aufgrund des geltenden Konsensualprinzips im französischen Recht eine gesonderte Verfügung nicht erforderlich.

Problematisch ist insofern, dass das der Abtretung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft gemäß Art. 33 Abs. 1 EGBGB dem deutschen Recht unterliegt und somit dem Trennungsprinzip folgt. Bei Anwendung des Forderungsstatuts soll sich allerdings die Einordnung der Abtretung nach dem Recht der abgetretenen Forderung, also dem französischen Recht, richten. Danach ist ein Verfügungsgeschäft nicht erforderlich. Wenn die Vertragsparteien trotzdem ein solches Verfügungsgeschäft vornehmen, so ist dies nicht schädlich, sondern lediglich überflüssig.[111]

Anders sieht es aus im Abwandlungsfall. Hier haben die Vertragsparteien die Anwendung des französischen Rechts vereinbart. Unterliegen auch die abgetretenen Forderungen dem französischen Recht, so ergeben sich keine Probleme. Werden jedoch deutsche Forderungen abgetreten, so ist nach dem Forderungsstatut ein abstraktes Verfügungsgeschäft erforderlich. Nach dem Zessionsgrundstatut muss hingegen kein eigenes Verfügungsgeschäft vorgenommen werden. Um diese Kollision lösen zu können, muss man den dem französischen Recht unterliegenden Kaufvertrag so interpretieren, dass in ihm die nach dem deutschen Recht erforderliche dingliche Einigung als enthalten anzusehen ist.[112] Für diese Auslegung spricht, dass beide Vertragsparteien beim Abschluss des Kaufvertrags aus ihrer Sicht alles Erforderliche zur Übertragung der Forderungen getan haben. Somit kann die geschilderte Kollision der Rechtsordnungen durch eine entsprechende Auslegung des Forderungskaufvertrags beseitigt werden.

Weitere Probleme bereitet die Kollision zwischen dem im französischen Recht

[111] Vgl. Kieninger, S. 678.
[112] Vgl. Kieninger, S. 708 sowie Mangold, S. 181.

geltenden Kausalprinzip und dem im deutschen Recht geltenden Abstraktionsprinzip. Probleme können sich im Ausgangsfall bezüglich der französischen Forderungen ergeben. Wendet man hier das Forderungsstatut gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB an, ist die Abtretung ein kausales Rechtsgeschäft. Die Zessionsparteien, die deutsches Recht für ihr Verpflichtungsgeschäft vereinbart haben, gehen aber von der Geltung des Abstraktionsprinzips aus. Probleme könnten sich dann bei einer Rückabwicklung ergeben, wenn der Forderungskaufvertrag unwirksam ist. In diesem Fall ist auch die Abtretung nach dem Kausalprinzip auch unwirksam, so dass die Zweckgesellschaft die Forderungen gar nicht erworben hat.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Heranziehung des Forderungsstatuts zur Bestimmung des dinglichen Verhältnisses zwischen Originator und Zweckgesellschaft einige Probleme mit sich zieht. So ist bei der Abtretung jede einzelne Forderung zu untersuchen, welches Recht auf die jeweilige Forderung Anwendung findet. Dies erfordert einen großen Arbeits- und Kostenaufwand. Deshalb ist die Heranziehung des Forderungsstatuts bei der Securitisation abzulehnen.

### 5.1.3. Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners

Wenn das Recht am Sitz des Schuldners auf das dingliche Verhältnis der Zessionsparteien angewandt werden soll, so muss man zwischen französischen und deutschen Schuldnern differenzieren. Für Forderungen, deren Schuldner ihren Sitz in Deutschland haben, gilt das Trennungs- und Abstraktionsprinzip. Für die Abtretung der französischen Forderungen gelten hingegen das Konsensual- und das Kausalprinzip. Dies kann wiederum zu Kollisionsproblemen führen, die bereits bei der Anwendung des Forderungsstatuts dargestellt wurden.

Ebenso wie bei der Anwendung des Forderungsstatuts muss jede einzelne Forderung auf ihren jeweiligen Schuldner untersucht werden. Je nach Schuldnersitz muss dann eine andere Einordnung der Abtretung erfolgen. Diese Untersuchung und Differenzierung verursachen aber hohe Kosten. Aus diesem Grunde ist die Anknüpfung an den Sitz des Schuldners nicht empfehlenswert.

### 5.1.4. Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten

Falls das Recht am Sitz des Zedenten für das dingliche Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft gelten soll, so muss lediglich das Niederlassungsrecht des Originators ermittelt werden. Im Ausgangsfall hat der Originator seine Niederlassung in Deutschland. Somit unterliegt die Abtretung an die Zweckgesellschaft in allen Fällen dem deutschen Recht. Es gilt daher das Trennungs- und Abstraktionsprinzip.

In der Abwandlung gilt dann das französische Recht, da der Originator hier seinen Sitz in Frankreich hat. Somit gilt in diesem Fall das Konsensual- und Kausalprinzip. Auch hier gilt für die Abtretung von allen Forderungen eine einheitliche Rechtsordnung, nämlich das französische Recht.

Der große und offensichtliche Vorteil dieser Anknüpfung an das Recht am Sitz des Zedenten ist die einfache Handhabung. Der Sitz des Originator ist für alle Beteiligten leicht zu bestimmen. Das dingliche Verhältnis zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft richtet sich unabhängig vom Herkunftsland der Forderungen immer nach der gleichen Rechtsordnung. Die Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten ist deshalb für die Securitisation zu empfehlen.

### 5.1.5. Ergebnis

Als Ergebnis kann insgesamt festgehalten werden, dass für die Bestimmung des dinglichen Verhältnisses der Zessionsparteien und insbesondere für die Einordnung der Abtretung als kausales oder abstraktes Rechtsgeschäft die Anknüpfung an das Recht am Sitz des Zedenten die meisten Vorteile bietet. Der Sitzstaat des Originators lässt sich von allen Beteiligten leicht ermitteln. Auch wird die Abtretung für alle Forderungen gleich eingeordnet, so dass nur eine einzige Rechtsordnung zu beachten ist.

Ähnlich vorteilhaft ist auch die Anwendung des Zessionsgrundsstatuts. Auch hier kommt es zu einer einheitlichen Einordnung der Abtretung. Der einzige Nachteil gegenüber der Anwendung des Niederlassungsrechts des Originators besteht darin, dass für außenstehende Dritte das Zessionsgrundstatut nicht so leicht zu ermitteln ist wie das Niederlassungsstatut des Originators, da Dritte in der Regel keinen Einblick in die Vertragsunterlagen gewinnen können.

Die Uneinheitlichkeit der Einordnung der Abtretung (Trennung nach französischen oder deutschen Forderungen) und der damit verbundene Arbeits- und Kostenaufwand spricht gegen die Anwendung des Forderungsstatuts bzw. des Rechts am Sitz des Schuldners. Der hohe Kostenaufwand aufgrund der Forderungsdifferenzierung könnte die Securitisation unattraktiv machen.

Zusätzlich wird bei der Anwendung des Forderungsstatuts bzw. des Rechts am Sitz des Schuldners die Abtretung von künftigen Forderungen erschwert, da im Zeitpunkt der Abtretung noch nicht feststeht, welche Rechtshandlungen vorzunehmen sind, um die künftigen Forderungen auf die Zweckgesellschaft zu übertragen. Aus diesen Gründen ist eine Anwendung des Forderungsstatuts bzw. des Rechts am Sitz des Schuldners im Rahmen einer Securitisation abzulehnen.

## 5.2. Wirkung der Abtretung gegenüber Dritten

*Ausgangsfall*: Der Originator O verkauft einen Teil seiner Forderungen im Rahmen einer Securitisation an die Zweckgesellschaft Z. Beide haben ihren satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitz in Deutschland. Die in Betracht kommenden Forderungen richten sich Schuldner mit Sitz in Deutschland und Frankreich. Die abzutretenden Forderungen unterliegen dem deutschen Recht bzw. dem französischen Recht. Besondere Publizitätshandlungen haben die Vertragsparteien nicht vorgenommen. Nachdem O in die Insolvenz fällt, verlangen die Gläubiger des O die Herausgabe der aus den Forderungen eingezogenen Beträge von Z.

*Abwandlung*: Wie im Ausgangsfall mit der Änderung: Z hat ihren satzungsmäßigen und tatsächlichen Sitz in Frankreich. O und Z vereinbaren für den Forderungskaufvertrag die Anwendung des französischen Rechts.

### 5.2.1. Anwendung des Zessionsgrundstatutes, Art. 33 Abs. 1 EGBGB

Die Anwendung des Zessionsgrundstatuts bedeutet für den Ausgangsfall, dass das deutsche Recht als Recht des Forderungskaufvertrags zwischen Originator und Zweckgesellschaft darüber entscheidet, ob die Zweckgesellschaft die Forderungen im Verhältnis zu den Gläubigern des Originators wirksam erlangt hat. Nach deutschem Recht sind keine besonderen Publizitätspflichten bei der Abtretung zu beachten. Die Zweckgesellschaft hat die Forderungen in dem Zeitpunkt wirksam erlangt, in dem sie sich mit dem Originator über den Übergang der Forderungen wirksam geeinigt hat.[113] Eine solche Einigung ist im vorliegenden Fall erzielt worden, so dass die Zweckgesellschaft die Forderungen wirksam erlangt hat. Folglich können die Gläubiger nicht mehr die Herausgabe des Erlöses von der Zweckgesellschaft verlangen.

Im Abwandlungsfall unterliegt der Vertrag zwischen Originator und Zweckgesellschaft dem französischen Recht. In der französischen Rechtsordnung müssen bei der Abtretung bestimmte Publizitätserfordernisse erfüllt werden. Die Abtretung ist gemäß Art. 1690 Cc erst wirksam gegenüber Dritten, wenn der Schuldner von der Antretung in Kenntnis gesetzt wurde oder er die Abtretung angenommen hat. Laut Sachverhalt wurden die Publizitätserfordernisse nicht erfüllt, so dass die Zweck-

[113] Vgl. MüKo/Roth, § 398, Rn. 93.

gesellschaft die Forderungen gegenüber Dritten nicht wirksam erlangt hat.

Nur im Verhältnis zum Originator ist die Abtretung der Forderungen an die Zweckgesellschaft wirksam geworden. Im Verhältnis zu Dritten hat die Abtretung keine *erga omnes*-Wirkung. Im vorliegenden Fall hat sich die Zweckgesellschaft die Nachteile der fehlenden Drittwirkung der Abtretung selbst zuzuschreiben. Sie hat hier mit dem Originator die Geltung des französischen Rechts vereinbart. Folglich muss sie sich mit den Formerfordernissen dieser Rechtsordnung auseinandersetzen. Die Gläubiger des O könnten somit von Z die Herausgabe des Erlöses verlangen.

Die Drittwirksamkeit einer Abtretung nach dem Zessionsgrundstatut zu beurteilen hat den Vorteil, dass auf die Abtretung der Forderungen an die Zweckgesellschaft nur eine Rechtsordnung zur Bestimmung der Voraussetzungen heranzuziehen ist. Darüber hinaus kann die Rechtsordnung durch eine entsprechende Rechtswahl der Parteien bestimmt werden. So ist es möglich, dass Originator und Zweckgesellschaft eine Rechtsordnung wählen, die möglichst geringe Anforderungen für die Drittwirksamkeit der Abtretung aufstellt.[114]

Aus Sicht der Teilnehmer einer Securitisation stellt die Anknüpfung an das Zessionsgrundstatut eine einfache und praktikable Lösung dar. Für die Gläubiger des Originators ist eine Lösung nach dem Zessionsgrundstatut jedoch eher nachteilig. Diese haben in der Regel keinen Einblick in den Vertrag zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft und können somit auch nicht erkennen, welche Rechtsordnung dem Vertrag zugrunde liegt. Dadurch können ihre Rechte auf Publizitätsangaben beschnitten werden.

### 5.2.2. Anwendung des Forderungsstatuts, Art. 33. Abs. 2 EGBGB

Sollten die Voraussetzungen für die Drittwirkung nach dem Forderungsstatut bestimmt werden, so ist im Ausgangsfall zwischen den einzelnen Forderungen nach deutschen oder französischen Forderungen zu differenzieren. Unterliegen die abgetretenen Forderungen dem deutschen Recht, tritt die Drittwirkung mit Abschluss des Abtretungsvertrages ein. Die Gläubiger können die Herausgabe des Erlöses nicht verlangen.

[114] Eine solche Rechtswahl wäre das deutsche Recht, weil im deutschen Recht keine besonderen Publizitätsanforderungen zur Erlangung der Drittwirksamkeit zu berücksichtigen sind.

Bei Anwendung des französischen Rechts sind die Publizitätsanforderungen des Art. 1690 Cc zu beachten. Werden diese Anforderungen nicht erfüllt, so entfaltet die Abtretung keine Wirkung gegenüber Dritten. Im vorliegenden Fall können die Gläubiger des Originators die Herausgabe des Erlöses aus den dem französischen Recht unterliegenden Forderungen verlangen. Im Abwandlungsfall gilt das oben Gesagte analog.

Bei einer Securitisation findet in der Regel eine stille Zession statt, so dass eine Schuldnerbenachrichtigung entbehrlich bzw. von den Vertragsparteien nicht gewollt ist. Der Schuldner muss nur rechtzeitig benachrichtigt werden, wenn der Originator in die Insolvenz fällt. Bei einer Insolvenz des Originators würden die an die Zweckgesellschaft abgetretenen Forderungen in die Insolvenzmasse fallen, wenn die Abtretung nur *inter partes*-Wirkung und keine *erga omnes*-Wirkung hat.[115] Es ist somit für die Zweckgesellschaft dringend notwendig, im Fall einer Insolvenz des Originators die Drittwirkung der Abtretung zu erlangen.

Um die Drittwirkung der Abtretung bei Insolvenz des Originators rechtzeitig auslösen zu können, müssen im Vorfeld eine Analyse der Publizitätsanforderungen erfolgen sowie alle erforderlichen Daten für eine rasche Schuldnerbenachrichtigung vorliegen. Diese Arbeiten können sehr zeit- und kostenintensiv sein und damit die Securitisation wirtschaftlich uninteressant machen, so dass die Anwendung des Forderungsstatus zur Bestimmung der Voraussetzungen der Drittwirkung einer Abtretung nicht zu empfehlen ist.

### 5.2.3. Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners

Folgt man der Auffassung, dass sich die Wirkung der Abtretung gegenüber Dritten nach dem Recht am Sitz des Schuldners richtet, so ergeben sich keine Unterschiede zu der Anwendung des Forderungsstatuts. Somit kann es auch zu den oben geschilderten Problemen kommen, wenn der Originator in die Insolvenz fällt.

Es muss hier zunächst der Sitzstaat des Schuldners der Forderungen ermittelt werden. Die jeweils geltenden Publizitätsvorschriften im Sitzstaat des Schuldners sind zu beachten. Für die Erlangung der Drittwirksamkeit der Abtretung gelten also die eventuell vorhandenen Publizitätsvorschriften des deutschen bzw. des

[115] Vgl. Bette, S. 797.

französischen Rechts.

In Bezug auf die praktische Umsetzung im Rahmen einer Securitisation weist die Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners die gleichen Nachteile auf wie bei der Anwendung des Forderungsstatutes. Folglich ist die Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners für eine Securitisation wenig tauglich und daher abzulehnen.

### 5.2.4. Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten

Die Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten (Originators) hat den Vorteil, dass die Ermittlung der Rechtsordnung keine Schwierigkeiten bereitet. Jedem Beteiligten ist bekannt, wo der Originator seinen Sitz hat, und er kann problemlos die anzuwendende Rechtsordnung herausfinden. Sowohl im Ausgangsfall als auch in der Abwandlung hat der Originator seinen Sitz in Deutschland, so dass das deutsche Recht die Voraussetzungen bestimmt, nach denen die Abtretung Drittwirkung entfaltet. Die Gläubiger können somit im vorliegenden Fall die Herausgabe des Erlöses nicht verlangen.

Auch wenn der Originator seinen Sitz in einem anderen Staat als Deutschland hat, ist der hier dargestellte Ansatz vorzuziehen. Der Originator und alle anderen Beteiligten wissen, welche Rechtsordnung anzuwenden ist. Sie können bei der Strukturierung der Transaktion die Besonderheiten des anzuwendenden Rechts berücksichtigen. Weiter entfällt die langwierige und kostspielige Untersuchung der einzelnen Forderungen und der eventuell vorhandenen Publizitätsanforderungen.

Zudem kommt die Anknüpfung an das Niederlassungsrecht des Originators dessen Gläubigern zugute. Die Gläubiger, meist in demselben Sitzstaat des Originators, sind durch die Securitisation nicht gezwungen, sich mit einer ihnen fremden Rechtsordnung zu befassen. Somit ist die dargestellte Auffassung für eine Securitisation besonders empfehlenswert.

### 5.2.5. Ergebnis

Auch zur Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen eine Abtretung gegenüber den Gläubigern des Zedenten Wirksamkeit entfalten soll, ist die Anknüpfung an das Niederlassungsrecht des Originators vorzuziehen. Zwar ist auch die Anwendung des Zessionsgrundstatuts auch ähnlich vorteilhaft. Es kann hierbei aber

zu Problemen kommen, wenn der Originator und die Zweckgesellschaft eine Rechtswahl vereinbaren, die von dem Recht am Sitz des Originators abweicht, da Dritte in diesem Fall Schwierigkeiten haben, die getroffene Rechtswahl zu erkennen.

Eine Heranziehung des Forderungsstatutes oder des Rechts am Sitz des Schuldners führt regelmäßig zur kostenintensiven Überprüfung des anzuwendenden Rechts und damit zu einer Erhöhung der Transaktionskosten und ist deshalb abzulehnen.

## 5.3. Das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander

*Ausgangsfall*: Der Originator O mit Sitz in Deutschland tritt seine Forderungen gegen deutsche und spanische Schuldner an die Zweckgesellschaft Z (mit Sitz in Deutschland) ab. Alle abgetretenen Forderungen und der Kaufvertrag zwischen O und Z unterliegen dem deutschen Recht. Nach Beginn der Securitisation kommt O in Zahlungsschwierigkeiten und tritt einen Teil der an Z abgetretenen Forderungen zur Ablösung eines Darlehens an seine Hausbank B mit Sitz in Deutschland ab. Nachdem O für Z die Forderungen eingezogen und den Erlös an Z weitergeleitet hat, verlangt B von Z die Herausgabe des Erlöses aus den an sie abgetretenen Forderungen.

*Abwandlung*: O tritt auch Forderungen an Z und B ab, die dem spanischen Recht unterliegen. B hat ihren Sitz in Spanien. O und B vereinbaren für den Abtretungsvertrag die Geltung des spanischen Rechts. B erfüllt im Gegensatz zu Z die Voraussetzungen des Art. 1526 Cc.

### 5.3.1. Anwendung des Zessionsgrundstatutes, Art. 33 Abs. 1 EGBGB

Bei der Anwendung des Zessionsgrundstatutes zur Bestimmung der Rangfolge mehrerer Zessionare kommt man im Ausgangsfall zur Anwendung des deutschen Rechts. Sowohl der Forderungskaufvertrag zwischen Originator und Zweckgesellschaft als auch der Vertrag zwischen Originator und Bank unterliegen dem deutschen Recht. Nach dem deutschen Recht entscheidet der Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrages darüber, welcher Zessionar die Forderungen erwor-

ben hat.[116]

Laut Sachverhalt wurde der Abtretungsvertrag des Originators mit der Zweckgesellschaft zeitlich vor dem Abtretungsvertrag mit der Bank abgeschlossen, so dass die Abtretung an die Zweckgesellschaft Priorität erlangt. Die Bank kann folglich die Herausgabe des Erlöses nicht verlangen.

Problematischer ist der Abwandlungsfall. Das Zessionsgrundstatut der Abtretung an die Zweckgesellschaft ist deutsches Recht. Bezüglich der Abtretung an die Bank gilt jedoch – wie zwischen den Vertragsparteien vereinbart – das spanische Recht. Zwar hat die Zweckgesellschaft die Forderungen nach dem deutschen Recht wirksam erworben. Jedoch hat die Bank die nach spanischem Recht gemäß Art. 1526 Cc erforderlichen Publizitätshandlungen vorgenommen. Somit hat die Zweckgesellschaft nach deutschem Recht Priorität, nach spanischem Recht hat aber die Bank Priorität. Nach dem nun geltenden Zessionsgrundstatut, also der spanischen Rechtsordnung, stehen die Forderungen der Bank zu.

Die Zweckgesellschaft kann somit nachträglich eine bereits erworbene Rechtsposition verlieren, obwohl sie nach dem von ihr mit dem Originator vereinbarten deutschen Recht alles Erforderliche unternommen hat. Ein solcher nachträglicher Verlust von Forderungen muss die Zweckgesellschaft unbedingt vermeiden. Aus diesem Grund ist die Heranziehung des Zessionsgrundstatutes für die Lösung von Prioritätskonflikten zwischen mehreren Zessionaren untauglich.

### 5.3.2. Anwendung des Forderungsstatuts, Art. 33. Abs. 2 EGBGB

Bei Anwendung des Forderungsstatuts auf das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander gilt das deutsche Recht. Die Zweckgesellschaft hat die Forderungen nach deutschem Recht als Erstzessionarin erhalten und muss folglich den Erlös nicht an die Bank herausgeben.

Im Abwandlungsfall kommt das spanische Recht zur Geltung. Danach erlangt derjenige Zessionar die Forderung, der als Erster die Voraussetzungen des Art. 1526 Cc erfüllt hat. Mit der Vornahme der geforderten Publizitätshandlungen des Art. 1526 Cc hat sich die Bank die Forderungen erworben. Somit muss die Zweckgesellschaft den Erlös, den sie aus den dem spanischen Recht unterliegen-

[116] Vgl. MüKo/Roth, § 398, Rn. 27 sowie Staudinger/Busche, § 398, Rn. 31.

den Forderungen erhalten hat, an die Bank herausgeben. Die Zweckgesellschaft verliert ihre relative Rechtsposition als Erstzessionarin, da sie die erforderlichen Publizitätshandlungen nicht vorgenommen hat.

Aus den obigen Ausführungen wird deutlich, dass die Zweckgesellschaft ihre Rechtsposition als Erstzessionarin verlieren kann, wenn sie die eventuell vorhandenen Publizitätshandlungen nicht vornimmt. Um dies zu verhindern, muss sich bezüglich jeder einzelnen Forderung nachprüfen, welche Handlungen zur Erlangung der Priorität erforderlich sind. Bei der Vielzahl von Forderungen, die bei einer Securitisation abgetreten werden, ergibt sich daraus ein erheblicher Zeit- und Kostenaufwand. Diese Tatsache spricht gegen die Anwendung des Forderungsstatuts auf das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander.

### 5.3.3. Anwendung des Rechts am Sitz des Schuldners

Bei Heranziehung des Rechts am Sitz des Schuldners muss sowohl im Ausgangsfall als auch in der Abwandlung nach den Niederlassungsstaaten der Schuldner differenziert werden. Forderungen, deren Schuldner ihren Sitz in Deutschland haben, sind nach deutschem Recht wirksam auf die Zweckgesellschaft übertragen worden, da der zugehörige Abtretungsvertrag zuerst abgeschlossen wurde. Die Zweckgesellschaft hat folglich bezüglich der Forderungen gegen deutsche Schuldner Priorität erlangt und muss den Erlös aus diesen Forderungen nicht herausgeben.

Haben die Schuldner der Forderungen ihren Sitz in Spanien, so erlangt derjenige Zessionar die Priorität, der als Erster die Erfordernisse des Art. 1526 Cc erfüllt hat. Im vorliegenden Fall ist es die Bank, so dass der Erlös aus den dem spanischen Recht unterliegenden Forderungen ihr zusteht.

Für die Securitisation führt eine solche Anknüpfung an das Recht am Schuldnersitz zu den gleichen Problemen wie bei der Heranziehung des Forderungsstatutes. Auch hier erhöhen sich die Kosten durch einen gesteigerten Arbeitsaufwand und eventuell zu entrichtende Gebühren für Publizitätshandlungen. Deshalb ist die Anwendung des Rechts am Schuldnersitz eher abzuraten.

### 5.3.4. Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten

Bei der Heranziehung des Rechts am Sitz des Zedenten kommt es in allen Fällen zur Anwendung des deutschen Rechts. Die Zweckgesellschaft hat somit in allen Fällen die an sie abgetretenen Forderungen mit Priorität erworben. Sie muss also den Erlös nicht an die Bank herausgeben.

Die Anknüpfung an das Recht am Sitz des Zedenten stellt eine einfache Lösung dar. Im Gegensatz zur Anknüpfung an das Forderungsstatut oder das Recht am Sitz des Schuldners entfällt hier eine genaue Untersuchung der einzelnen Forderungen. Die Voraussetzungen, unter denen die Zweckgesellschaft die Priorität erlangt, richten sich hier nach einer einzigen Rechtsordnung, nämlich dem deutschen Recht. Es entfallen somit kostspielige Publizitätserfordernisse, da nach deutschem Recht nur der Zeitpunkt des Abschlusses des Abtretungsvertrages für die Priorität entscheidend ist.

Selbst wenn der Originator seinen Sitz in Spanien hätte, bringt eine einheitliche Anknüpfung das Recht am Sitz des Originators Kostenvorteile. Für alle Beteiligten ist bereits am Anfang der Securitisation klar, dass die Erfordernisse des Art. 1526 Cd eingehalten werden müssen. Somit entfällt die Differenzierung der Forderungen nach dem für sie jeweils geltenden Recht. Die Heranziehung des Niederlassungsrechts des Originators /Zedenten ist also aus Kostengründen empfehlenswert.

### 5.3.5. Ergebnis

Auch bezüglich der Entscheidung von Prioritätsfragen zwischen mehreren Zessionaren erscheint die Anwendung des Rechts am Sitz des Originators für eine Securitisation am besten geeignet. Die Anwendung des Forderungsstatuts bzw. des Rechts am Schuldnersitz sind mit höheren Kosten verbunden und deshalb nicht empfehlenswert. Die Heranziehung des Zessionsgrundstatuts ist grundsätzlich zur Entscheidung von Prioritätskonflikten nicht tauglich.

Bei der Anwendung des Rechts am Sitz des Originators könnten aber die kostenintensiven Publizitätsvorschriften bestimmter Länder (z. B. Frankreich oder Spanien) nicht umgangen werden. Dies liegt in der jeweiligen Eigenart des nationalen Sachrechts und kann durch das internationale Privatrecht nicht beseitigt werden.

## 5.4. Lösungsvorschlag für eine Securitisation

In den bisherigen Ausführungen wurde deutlich, dass die Anknüpfung an das Niederlassungsrecht des Zedenten für eine Securitisation die beste Lösung darstellt. Die Anwendung des Rechts am Sitz des Zedenten hat zur Folge, dass auf alle Forderungen, die ein Originator im Rahmen einer Securitisation an eine Zweckgesellschaft abtritt, ein einheitliches für alle Beteiligten leicht zu erkennendes Recht angewendet werden kann.

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass dies nur in Bezug auf das dingliche Verhältnis zwischen dem Originator und der Zweckgesellschaft, das Verhältnis der Abtretung zu Dritten und für das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander gilt. Das Verhältnis der Zessionsparteien zum Schuldner wird davon nicht berührt. Diesbezüglich findet gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB zwingend das Forderungsstatut Anwendung. Da durch das Niederlassungsrecht des Originators eine dritte Rechtsordnung zu den in Art. 33 EGBGB genannten Rechtsordnungen hinzugefügt wird, kann es zu Kollisionsproblemen zwischen diesen Statuten kommen. Diese Kollisionsprobleme könnten gegen eine Anknüpfung an das Recht am Sitz des Originators sprechen.

### 5.4.1. Kollision mit Art. 33 Abs. 2 EBGBG

Kollisionsprobleme zwischen Forderungsstatut nach Art. 33 Abs. 2 EGBGB und dem Niederlassungsrecht des Originators scheiden aus, wenn beide Statute die gleiche Rechtsordnung zur Anwendung bringen. Der Originator einer Securitisation ist aufgrund seiner wirtschaftlichen Stellung regelmäßig in der Lage, eine Rechtswahl zugunsten seines Niederlassungsrechts durchzusetzen. In einem solchen Fall entspricht das Forderungsstatut dem Niederlassungsrecht des Originators, so dass es nicht zu Kollisionsproblemen kommt.

Wird zwischen dem Originator und dem Schuldner keine Rechtswahl getroffen, so ist das Forderungsstatut nach Art. 28 Abs. 2 EGBGB zu ermitteln. Danach kommt diejenige Rechtsordnung zur Anwendung, welche an der Niederlassung der Vertragspartei gilt, die die vertragstypische Leistung erbringt. Bei einer Verbriefung ist in der Regel der Originator derjenige, der die vertragstypische Leistung erbringt. Damit führt Art. 28 Abs. 2 EGBGB auch zur Anwendung des Niederlassungsrechts des Originators.

Vereinzelt kann es jedoch vorkommen, dass der Originator gezwungen wird, die Wahl einer ihm fremden Rechtsordnung zu akzeptieren. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Kunde des Originators eine noch stärkere wirtschaftliche Stellung hat als der Originator.[117]

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass ein Gleichlauf des Forderungsstatutes nach Art. 33 Abs. 2 EGBGB mit dem Niederlassungsrecht des Originators nicht gewährleistet ist. Folglich muss die Kollisionsfrage geklärt werden.

### 5.4.2. Kollision mit Art. 33 Abs. 1 EBGBG

Weiter könnte eine Kollision des Niederlassungsrechts des Originators mit dem nach Art. 33 Abs. 1 EGBGB geltenden Zessionsgrundstatut in Betracht kommen. Das Verpflichtungsgeschäft zwischen Originator und Zweckgesellschaft unterliegt gemäß Art. 33 Abs. 1 EGBGB zwingend dem Zessionsgrundstatut. Die Vertragsparteien können das Zessionsgrundstatut gemäß Art. 27 EGBGB wählen.

Zu einer Kollision mit dem Niederlassungsrecht des Originators kann es kommen, wenn die Parteien eine vom Niederlassungsrecht des Originators abweichende Rechtswahl getroffen haben. Dies führt dazu, dass sich das Verpflichtungsgeschäft zwischen den Parteien nach einer anderen Rechtsordnung bestimmt als das dingliche Verhältnis der Zessionsparteien. Dabei kommt es insbesondere dann zu Problemen, wenn die eine Rechtsordnung dem Konsensualprinzip, die andere aber dem Trennungsprinzip folgt. Auch eine Kollision des Kausalprinzips mit dem Abstraktionsprinzip ist denkbar. Diese Kollisionsfragen müssen geklärt werden.

### 5.4.3. Ergebnis

Die Anwendung des Rechts am Sitz des Originators kann, wie oben erläutert, zu Kollisionsproblemen führen. Bei der Gestaltung der Securitisation müssen diese Kollisionsfragen geklärt werden. Um solche Konflikte der konkurrierenden Rechtsordnungen zu vermeiden, ist es am besten, die Rechtsordnung am Sitz des Originators im schuldrechtlichen Forderungskaufvertrag zwischen Originator und Zweckgesellschaft zu vereinbaren.

---

[117] Vgl. Bette, S. 800.

# 6. Zusammenfassung

Die Eigenkapitalanforderungen bei Banken und Versicherungsunternehmen haben sich durch de aufsichtsrechtlichen Reformen im Rahmen von Basel II und Solvency II drastisch verändert. Um die neuen Solvabilitätsvorschriften erfüllen zu können, überlegen sich immer häufiger Banken und Versicherungsunternehmen, ihre Forderungen gegen Bankkunden bzw. Versicherte im Rahmen einer Securitisation zu verkaufen. Da Banken und Versicherungsunternehmen meist international agieren, kommt es deshalb häufig zu Forderungsabtretungen, die über die nationalen Grenzen hinausgehen.

Die grenzüberschreitende Forderungsabtretung bringt viele wirtschaftliche Vorteile mit sich und ist für den Erfolg einer Securitisation unverzichtbar. Die Frage nach dem anzuwendenden Recht bei einer solchen grenzüberschreitenden Forderungsabtretung wird durch Art. 12 EVÜ beantwortet, der in Deutschland durch die Vorschrift des Art. 33 EGBGB übernommen wurde.

Gemäß Art. 33 Abs. 1 EGBGB richtet sich das *schuldrechtliche* Verhältnis zwischen den Zessionsparteien nach dem von den Parteien gewählten Recht (Zessionsgrundstatut). Die Frage nach Übertragbarkeit der Forderung, Verhältnis des Schuldners zur Zweckgesellschaft, Voraussetzungen, unter denen dem Schuldner die Abtretung entgegengehalten werden kann, und Voraussetzungen einer Leistung mit befreiender Wirkung durch den Schuldner werden, soweit diese Aspekte den Schuldnerschutz betreffen, wird gemäß Art. 33 Abs. 2 EGBGB von dem Recht der abgetretenen Forderungen (Forderungsstatut) geregelt.

Welche Rechtsordnung das *dingliche* Verhältnis zwischen Originator und Zweckgesellschaft, das Verhältnis der Abtretung zu Dritten und das Verhältnis mehrerer Zessionare untereinander regelt, ist in der Literatur umstritten, da diese Fragen nicht explizit durch Art. 33 EGBGB erfasst sind. Für diese Aspekte existieren in der Literatur verschiedene Lösungsansätze, die in der vorliegenden WHL-Schrift ausführlich dargestellt wurden.

Es hat sich im Laufe der Analyse herausgestellt, dass eine Anknüpfung an das Niederlassungsrecht des Originators die beste Lösung darstellt. Bei einer solchen

Anknüpfung wird eine *einheitliche* Anwendung einer Rechtsordnung bezüglich der oben genannten Fragestellungen gewährleistet. Zudem entfallen bei der Anwendung des Niederlassungsrechts des Originators die zeit- und kostenintensiven Differenzierungsarbeiten.

Die möglichen Kollisionen des Niederlassungsrechts des Originators mit den Rechtsordnungen, deren Anwendung von Art. 33 EGBGB zwingend vorgeschrieben werden, sind lösbar, indem die Rechtsordnung am Sitz des Originator auch für den schuldrechtlichen Forderungskaufvertrag vereinbart wird.

Insgesamt kann somit festgehalten, dass im Hinblick auf die Securitisation mit grenzüberschreitender Forderungsabtretung der Auffassung gefolgt werden sollte, die an das Niederlassungsrecht des Originators anknüpft.

# Literaturverzeichnis

Bette, Klaus,

Abtretungen von Auslandsforderungen, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 1997, S. 797-805.

Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich,

Allgemeines Schuldrecht, 29. Auflage, 2003.

Collier, John Greenwood,

Conflict of Laws, 3. Edition, 2001.

David, Simone,

Securitisation – Verbriefung von Bankenforderungen, Stuttgart, 2001.

Eichholz, Rainer/Nelgen, Marcus,

Asset-Backed Securities – ein Finanzierungsinstrument auch für den deutschen Markt?, in: Der Betrieb, 1992, S. 793-797.

Eidenmüller, Horst,

Rechtskauf und Unternehmenskauf, in: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht, 2002, S. 290-296.

Einsele, Dorothee,

Das Internationale Privatrecht der Forderungszession und der Schuldnerschutz, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, S. 1991, S. 1-24.

Einsele, Dorothee,

Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1996, S. 417-447.

Erman,

Bürgerliches Gesetzbuch, Hrsg.: Westermann, Harm P., 11. Auflage, 2004 (zitiert als Erman/Bearbeiter).

Fleckner, Andreas,

Insolvenzrechtliche Risiken bei Asset Backed Securities, in: Zeitschrift für

Wirtschaftsrecht, 2004, S. 585-598.

Frankel, Tamar,
Securitization, Boston, 1991.

Gehring, Babett,
Asset-Backed Securities im amerikanischen und deutschen Recht, München, 1999.

Haedicke, Maximilian,
Rechtskauf und Rechtsmängelhaftung, Tübingen, 2003.

Henderson, John/Scott, Jonathan P.,
Securitisation, Cambridge, 1988.

Keller, Hubertus,
Zessionsstatut im Lichte des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, München, 1985.

Kieninger, Eva-Maria,
Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1998, S. 678-711.

Kieninger, Eva-Maria,
Die Abtretung im Europäischen Kollisionsrecht– Unter besonderer Berücksichtigung des spanischen Rechts, in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 2003, S. 774-777.

Klüwer, Arne C.,
Asset-Backed Securitisation, Kiel, 2001.

Kusserow, Berthold/Dittrich, Kurt,
Rechtsprobleme bei Asset-Backed Securities-Transaktionen deutscher Kreditinstitute unter besonderer Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Aspekte, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 1997, S. 1786-1796.

Magnus, Ulrich/Mankowski, Peter,
The Green Paper on a Future Rome I Regulation. On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft, 2004, S. 131-189.

Mangold, Werner,

Die Abtretung im Europäischen Kollisionsrecht, Frankfurt a. M., 2001.

Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,

Hrsg.: Rebmann, Kurt/Säcker, Franz J./Rixecker, Roland, Band 1: 4. Auflage, 2001, Band 2a: 4. Auflage, 2003, Band 3: 4. Auflage 2004, Band 10: 3. Auflage, 1998 (zitiert als MüKo/Bearbeiter).

Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch,

Hrsg.: Schmidt, Karsten, 2001 (zitiert als MüKo/Bearbeiter).

Palandt,

Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, 2004 (zitiert als Palandt/Bearbeiter)

Rinze, Jens/Heda, Klaudius,

Non-Performing Loan und Verbriefungs-Transaktionen: Bankgeheimnis, Datenschutz, § 203 StGB und Abtretung, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, 2004, S. 1557-1566.

Rosar, Maximilian,

Asset-Backed Securities, Aachen, 2000.

Schwarcz, Steven L.,

Structured Finance, 2. Edition, 1993.

Sonnenberger, Jürgen,

Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, 1991.

Stadler, Astrid,

Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion, in: Jus Privatum, Band 15, 1996.

Staudinger,

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, 2003 (zitiert als Staudinger/Bearbeiter).

Struycken, Teun,

The proprietary aspects of international assignment of debts and the Rome Convention, Article 12, in: Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly, 1998, S. 345-360.

Tollmann, Claus,

Die Sicherstellung der Insolvenzfestigkeit bei der Asset-Backed Securitization nach dem neuen Refinanzierungsregister gemäß §§ 22 a ff. KWG, in: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht, 2005, S. 594-624.

Waschbusch, Gerd,

Asset-Backed Securities – Eine moderne Form der Unternehmensfinanzierung, in: Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft, 1998, S. 408-419.

Weller, Matthias,

Die UNIDROIT-Konvention von Ottawa über internationales Factoring, in: Recht der internationalen Wirtschaft, 1999, S. 161-169.

Willburger, Andreas,

Asset-Backed Securities im Zivil- und Steuerrecht, Konstanz, 1996.

Zumpf, Andreas,

Asset-Backed Securities, Leipzig, 2000.

Schriften der Wissenschaftlichen Hochschule Lahr GmbH

**Bisher erschienen:**

**Heft 1:** Günther Seeber, Helmut Keller
Kooperatives Marketing in Bildungsträgernetzwerken
Januar 2003, 37 Seiten, ISBN 3-937727-00-0

**Heft 2:** Martin Reckenfelderbäumer, Michael Welling
Fußball als Gegenstand der Betriebswirtschaftslehre.
Leistungstheoretische und qualitätspolitische Grundlagen
März 2003, 87 Seiten, ISBN 3-937727-01-9

**Heft 3:** Sabine Boerner, Diether Gebert, Ralf Lanwehr, Joachim G. Ulrich
Belastung und Beanspruchung von Selbständigen und Angestellten
August 2003, 19 Seiten, ISBN 3-937727-02-7

**Heft 4:** Dirk Sauerland, Sabine Boerner, Günther Seeber
Sozialkapital als Voraussetzung von Lernen und Innovation
Dezember 2003, 64 Seiten, ISBN 3-937727-03-5

**Heft 5:** Helmut Keller, Peter Beinborn, Sabine Boerner, Günther Seeber
Selbstgesteuertes Lernen im Fernstudium.
Ergebnisse einer Studie an den AKAD Privathochschulen
September 2004, 61 Seiten, ISBN 3-937727-04-3

**Heft 6:** Günther Seeber u. a.
Betriebliche Weiterbildung in Rheinland-Pfalz.
Eine Analyse der Daten des IAB-Panels für 2001
September 2005, 44 Seiten, ISBN 3-937727-68-X

**Heft 7:** Seon-Su Kim, Martina Schmette, Dirk Sauerland
Studium im Wandel?! Die Erwartungen der Studierenden an betriebswirtschaftliche Erst- und Weiterbildungsstudiengänge.
Teil I: Die Wahl von Hochschultyp und Studienabschluss beim Erststudium: Motive, Erwartungen und Einschätzungen der Studierenden
Dezember 2005, 85 Seiten, ISBN 3-937727-69-8

Schriften der Wissenschaftlichen Hochschule Lahr GmbH

**Heft 8:** Martina Schmette, Seon-Su Kim, Dirk Sauerland
Studium im Wandel?! Die Erwartungen der Studierenden an betriebswirtschaftliche Erst- und Weiterbildungsstudiengänge.
Teil II: Zur Notwendigkeit wissenschaftlicher Weiterbildung: Die Nachfrage nach Weiterbildungsstudiengängen und ihre Determinanten
Dezember 2005, 87 Seiten, ISBN 3-937727-70-1

**Heft 9:** Tristan Nguyen, Robert D. Molinari
Versicherungsaufsicht in Deutschland –
Zur Notwendigkeit der Versicherungsregulierung
in der Marktwirtschaft
Januar 2009, 74 Seiten, ISBN 978-3-86692-014-9

**Heft 10:** Robert D. Molinari, Tristan Nguyen
Risikotheoretische Aspekte bei der Solvabilitätsregulierung von Versicherungsunternehmen
Januar 2009, 74 Seiten, ISBN 978-3-86692-015-6

**Heft 11:** Tristan Nguyen, Robert D. Molinari
Analyse unterschiedlicher Konzeptionen zur Solvabilitätsregulierung
Februar 2009, 83 Seiten, ISBN 978-3-86692-016-3.

**Heft 12:** Tristan Nguyen
Rechtliche Analyse der Forderungsabtretung im grenzüberschreitenden Verkehr
Februar 2009, 73 Seiten, ISBN 978-3-86692-017-0

Die Hefte stehen zum Teil auch kostenlos als pdf-Dateien zum Download zur Verfügung unter: www.whl-lahr.de/schriftenreihe.

Wissenschaftliche Hochschule Lahr
ISBN: 978-3-86692-017-0