

Die Drittwirkungen der Abtretung im IPR: ein weiterer Schritt zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts

Leonhard Hübner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Hübner, Leonhard. 2019. "Die Drittwirkungen der Abtretung im IPR: ein weiterer Schritt zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts." *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)* 27(1): 41–71.

<https://beck-online.beck.de/?typ=reference&y=300&z=ZEUP&b=2019&s=41&n=1>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Die Drittwirkungen der Abtretung im IPR

Ein weiterer Schritt zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts

von Leonhard Hübner, Heidelberg*

Übersicht

A. Praktische und wissenschaftliche Bedeutung	42
B. Eine kurze Vorgeschichte des Entwurfs	45
C. Art. 14 Rom I-VO als normativer Ausgangspunkt	46
D. Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkt des Dritt-VO-E	49
I. Anknüpfungsgegenstand: Drittwirkungen	49
1. Der sachliche Anwendungsbereich des Dritt-VO-E	49
2. Prioritätskonflikte in der aktuellen Rechtsprechung	50
a) Mehrfachzession	51
aa) Sachverhalt	51
bb) Lösung nach geltendem Recht	51
cc) Folgeproblem im nationalen Kollisionsrecht	52
b) Ungesicherte Gläubiger des Zedenten	53
c) Wer ist „Dritter“?	54
3. Dépeçage zwischen Wirkungen inter partes und Drittwirkungen erga omnes	54
4. Reichweite des Begriffs „Verbriefungen“ und Parteiautonomie	56
5. Klärungsbedarf für den Anknüpfungsgegenstand der Drittwirkungen	56
II. Anknüpfungspunkt: Der gewöhnliche Aufenthalt des Zedenten	56
1. Kombination aus Grundanknüpfung und sektoriellm Ansatz	56
2. Die Anknüpfungspunkte im Recht der Mitgliedstaaten	58
a) Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten	58
b) Recht des Übertragungsvertrags	59
c) Recht der übertragenen Forderung	61
d) Unklare Rechtslagen in Deutschland und Frankreich	61
3. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts	63
4. Bestimmung des maßgebenden Zeitpunkts	63
5. Keine Regelung der Abtretungskette	64
III. Metakollisionsnorm für Prioritätskonflikte	64
IV. Klärungsbedarf für den Anknüpfungspunkt der Drittwirkungen	66
E. Abschließende Bewertung und Kontextualisierung des Dritt-VO-E	66
I. Warum keine Ergänzung der Rom I-VO?	66
II. Verbesserung der bisherigen Rechtslage	67
III. Einordnung des Dritt-VO-E in den europäischen Entwicklungszusammenhang	68
F. Zusammenfassung in Thesen	70

With regard to the third-party effects of the assignment, there is a high degree of legal uncertainty in European conflict of laws. After a long struggle, the EU Commission

* Der Verf. ist Habilitand und Akademischer Rat am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Heidelberg (Lehrstuhl Professor Dr. Marc-Philippe Weller). Der Verfasser dankt Professor Dr. Marc-Philippe Weller, PD Dr. Robert Magnus, Laura Nasse und Lucienne Schlürmann für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

therefore published a corresponding draft regulation in March 2018. The article examines whether the draft regulation establishes the necessary legal certainty and thus contributes to the further development of European conflict of laws.

Im Hinblick auf die Drittwirkungen der Abtretung besteht ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit im europäischen Kollisionsrecht. Nach langem Ringen hat die EU Kommission daher im März 2018 einen entsprechenden Verordnungsentwurf vorgelegt. Der Beitrag untersucht, inwiefern der Verordnungsentwurf die notwendige Rechtssicherheit herstellt und damit zu einer Fortentwicklung des europäischen Kollisionsrechts beiträgt.

A. Praktische und wissenschaftliche Bedeutung

Bei den Drittwirkungen der Abtretung handelt es sich um eine der „meistdiskutierten Fragen des Internationalen Vertragsrechts“.¹ Sie betrifft die „wichtigste Lücke der Rom I-VO“.² Man möchte hinzufügen, es ist auch eine der am längsten diskutierten Fragen. Den normativen Beleg dafür liefert Art. 27 Abs. 2 Rom I-VO. Danach sollte die EU-Kommission bis zum 17. Juni 2010 einen Bericht über die Frage vorlegen, ob die Übertragung einer Forderung Dritten entgegengehalten werden kann und welchem Rang dieser Forderung gegenüber einem Recht einer anderen Person zukommt.³ Im März 2018 und damit knapp neun Jahre nach Inkrafttreten der Rom I-VO hat die Kommission einen Entwurf einer Verordnung über das auf die Drittwirkung von Forderungsübertragungen anzuwendende Recht (im Folgenden: Dritt-VO-E) vorgelegt.⁴ Dieser hat ein reichhaltiges Echo in der Literatur erfahren.⁵ Die Bedeutung der Drittwirkungen der Abtretung im Kollisionsrecht bestäti-

¹ Abbo Junker, Internationales Privatrecht, 2. Aufl. 2017, § 15 Rn. 75 [Hervorhebung durch Verf.]; Jürgen Basedow, The Law of Open Societies, 2015, Rn. 277 ff.

² Peter Mankowski, Der Kommissionsvorschlag zum Internationalen Privatrecht der Drittwirkung von Zessionen, RIW 2018, 488 (489).

³ Herbert Kronke, Internationales Privatrecht in Leitgedanken des Rechts, FS Paul Kirchhof, 2013, 1305 (1311); ebenso Ulrich Magnus, Die Rom I-Verordnung, IPRax 2010, 27 (42); aA Michael Bridge, The Proprietary Aspects of Assignment and Choice of Law, (2009) LQR 671 f. (The Law Quarterly Review): „By this time, the subject will have benefited from much more consideration.“

⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf die Drittwirkung von Forderungsübertragungen anzuwendende Recht, COM(2018) 96 final.

⁵ Andrew Dickinson, Tough Assignments: the European Commission's Proposal on the Law Applicable to the Third-Party Effects of Assignments of Claims, IPRax 2018, 337 ff.; Francisco Garcimartín, The EU Regime on Securitisation, ZEuP 2019, 13; Adrian Hemler, Der Verordnungsvorschlag über das auf die Drittwirkung von Forderungsübertragungen anzuwendende Recht: Klärungen zur kollisionsrechtlichen Behandlung der Abtretung als Verfügungsgeschäft, GPR 2018, 185 ff.; Hendric Labonté, Third-Party effects of the assignment of claims: new momentum from the Commission's Capital Markets Union Action Plan and the Commission's 2018 Proposal, (2018) JPIL 14:2, 319 ff. (Journal of Private International Law); Mankowski RIW 2018, 488 ff.; Matthias Lehmann, Assignment and conflict of laws: the new commission, (2018) BJIBFL 370 ff. (Butterworths Journal of International Banking and Financial Law); Michael F. Müller, Drittwirkungen der Forderungsübertragung „zum Dritten!“, EuZW 2018, 522 ff.

gen auch zwei aktuelle Gerichtsentscheidungen des OLG Saarbrücken⁶ und des norwegischen Supreme Court.⁷

Die wirtschaftliche Bedeutung einer Regelung der Drittwirkung der Abtretung erschließt sich auch bei Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung von Factoring, Besicherung (*Collateralization*) und Verbriefung (*Securitization*).⁸ Während Factoring dem Erhalt und/oder dem Gewinn der Liquidität dient, ermöglicht die Besicherung den Zugang zu Krediten. Die Verbriefung ermöglicht die Kapitalaufnahme häufig zu noch besseren Konditionen. Gerade KMU machen von Factoring überwiegend Gebrauch: 76 % der Nutzer sind kleine, 11 % mittlere und 13 % große Unternehmen.⁹ Die Factoringindustrie stellte in der EU 2017 über 217 Mrd. Euro an Working Capital zur Finanzierung von mehr als 200.000 Unternehmen zur Verfügung.¹⁰

Diese Zahlen belegen die Tiefe des Factoringmarkts in Europa und daher auch die besondere Bedeutung der Herstellung von Rechtssicherheit. Die disparaten sachrechtlichen, aber vor allem die unterschiedlichen kollisionsrechtlichen Lösungen führen zu hohen, teils prohibitiven Transaktionskosten (zB *legal opinions*), deren Senkung ein legitimes Anliegen darstellt.¹¹ So überwiegt bei Factoring das Inlandsgeschäft, auf das 2016 rund 78 % des Gesamtumsatzes entfielen.¹² Zwei Drittel der Stakeholder berichten von Schwierigkeiten, „die Wirksamkeit grenzüberschreitender Forderungsübertragungen gegenüber anderen Dritten als dem Schuldner sicherzustellen“. ¹³ Eine Stärkung des Binnenmarkts für Forderungsübertragungen erscheint angezeigt.¹⁴ Im Hinblick auf ihre wirtschaftliche Bedeutung erweisen sich die Drittwirkungen der Abtretung im IPR als ein Paradebeispiel für die Notwendigkeit der Harmonisierung.

Paradigmatisch ist der *Hansa-Fall*, den der Hoge Raad in den Niederlanden im Jahr 1997 zu entscheiden hatte.¹⁵ Die deutsche Verkäuferin und spätere Zessionarin (*Hansa*) schloss einen Kaufvertrag mit einer niederländischen Gesellschaft, der späteren Zedentin. Zur Sicherung der Kaufpreisforderung

⁶ OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 20145.

⁷ *Kåre Lilleholt*, Norwegian Supreme Court: The Law of the Assignor's Home Country is Applicable to Third-Party Effects of Assignments of Claims, IPRax 2018, 539 ff.

⁸ Basedow (Fn. 1) Rn. 275.

⁹ COM(2018) 96 final, 2.

¹⁰ EU Federation Factoring & Commercial Finance, Full Analysis 2017, abrufbar unter <https://euf.eu.com/> (zuletzt abgerufen am 11.9.2018).

¹¹ COM(2018) 96 final, 6; krit. *Stefan Leible/Michael Müller*, Die Anknüpfung der Drittwirkung von Forderungsabtretungen in der Rom I-Verordnung, IPRax 2012, 491 (495); *Mankowski*, IPRax 2012, 298 (302).

¹² EU Federation for the Factoring and Commercial Finance Industry (EUF), Jahrbuch 2016–2017, 13.

¹³ COM(2018) 96 final, 15.

¹⁴ COM(2018) 96 final, 13.

¹⁵ *Hoge Raad* 16 May 1997, NJ 1998, 585 – *Brandsma* q.q./*Hansa Chemie AG* (Niederlandse Jurisprudentie); vgl. dazu *Carla Joustra*, Proprietary Aspects of Voluntary Assignments in Dutch Private International Law, IPRax 1999, 280 ff.; *Eva-Maria Kieninger*, Das Statut der Forderungsabtretung im Verhältnis zu Dritten, *RabelsZ* 1998, 678 (681 ff.).

vereinbarten die Parteien die in Deutschland übliche Kombination aus verlängertem Eigentumsvorbehalt und Vorausabtretung. Die Zedentin verkaufte die Produkte an eine niederländische Gesellschaft (*die Schuldnerin*) weiter, zeigte die Vorausabtretung entgegen dem damaligen niederländischen Recht nicht an. Später fiel die Zedentin in die Insolvenz, so dass sowohl die deutsche Zessionarin als auch der Insolvenzverwalter auf die Ansprüche zugreifen wollten. Die Schuldnerin hinterlegte daher den fälligen Geldbetrag.

Zu klären war in dem Prätendentenstreit, ob die Vorausabtretung der Forderung an die Zessionarin gegenüber den Gläubigern der Zedentin wirksam war. Dafür kam es entscheidend darauf an, welchem Recht – also deutschem oder niederländischem – die Abtretung unterlag. Das niederländische Sachrecht verlangte damals für eine gegenüber Dritten wirksame Abtretung die Benachrichtigung der Schuldnerin; diese war hier nicht erfolgt. Gemäß Art. 3:84 (3) Burgerlijk Wetboek ist zudem eine Sicherungsabtretung in den Niederlanden verboten. Das deutsche Recht kennt hingegen keine der beiden Beschränkungen, sondern sieht für die Drittwirksamkeit der Abtretung nur die Übertragung der Forderung als solche vor. Im Ergebnis entschied der Hoge Raad, dass das Übertragungsstatut, dh das Recht zwischen Zedentin und Zessionarin, auch für die Drittwirkungen maßgebend ist. Damit war die Vorausabtretung an die Zessionarin nach deutschem Recht wirksam. Die Forderung wurde der Zessionarin zugesprochen. Der Fall belegt die Wichtigkeit der Drittwirkungen der Abtretung, sofern eine Forderung als Kreditsicherheit verwendet wird. Dies gilt gerade in der wirtschaftlichen Krise des Zedenten, wenn der Zessionar mit den Gläubigern des Zedenten um die Forderung konkurriert. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten kommt daher dem IPR eine überragende Bedeutung zu.¹⁶

Die Herausforderung bei der Ermittlung der „besten Lösung“ im Kollisionsrecht besteht darin, dass die Abtretung eine Hybridstellung zwischen *contract law* and *property law* einnimmt und zudem eine Dreiecksbeziehung zwischen Zedent, Zessionar und Schuldner besteht.¹⁷ Die Komplexität der Verhältnisse trifft auf kollisionsrechtlicher Ebene auf die sog analytische Methode des IPR.¹⁸ Nach dieser Methode ist der Sachverhalt kollisionsrechtlich zu zergliedern, um der kollisionsrechtlichen Anknüpfungsgerechtigkeit, mithin der Ermittlung der engsten Verbindung, zu entsprechen.

Vor dem Hintergrund ist es Ziel des Beitrags, den Drittw-VO-E im Lichte des bestehenden europäischen und mitgliedstaatlichen Kollisionsrechts zu bewerten und zu klären, ob er mit der Überwindung der unterschiedlichen Anknüpfungen in den mitgliedstaatlichen IPR-Rechtsordnungen ein wesent-

¹⁶ Vgl. nur Kieninger RabelsZ 1998, 678 (681).

¹⁷ Yuko Nishitani, Cross-border assignment of receivables: conflict of laws in secured transactions, (2017) 22 Unif. L. Rev. 826 (828) (Uniform Law Review).

¹⁸ Werner Goldschmidt, Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts, FS Wolff, 1952, 203 (208 ff.).

liches Hindernis des Handelns mit Darlehensforderungen¹⁹ ausräumt. Nach einer knappen Darstellung der Vorgeschichte des Entwurfs unter B. erläutert der Beitrag Art. 14 Rom I-VO als normativen Ausgangspunkt der Diskussion der Drittwirkungen der Abtretung (unter C.). Sodann widmet sich der Beitrag unter D. dem Anknüpfungsgegenstand und dem Anknüpfungspunkt der Dritt-VO-E, um den Kern der Dritt-VO-E zu beurteilen und möglichen Klärungsbedarf herauszuarbeiten. Abschließend bewertet der Beitrag unter E. den Dritt-VO-E im Kontext des europäischen Kollisionsrechts und ordnet den Entwurf in den europäischen Entwicklungszusammenhang ein.

B. Eine kurze Vorgeschichte des Entwurfs

Schon nach Art. 12 EVÜ war die kollisionsrechtliche Behandlung der Drittwirkungen der Abtretung unklar, da die Norm die Drittwirkungen nicht erwähnte.²⁰ Das Grünbuch der EU-Kommission zur Rom I-VO wollte sie in Art. 13 Abs. 3 Rom I-VO-E dem gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten unterstellen.²¹ Die Vorstellung konnte sich aber nicht gegen den Widerstand der englischen Finanzakteure und die Interessen zahlreicher Mitgliedstaaten durchsetzen.²² Somit kam es zu der Regelung in der Rom I-VO und der Einführung der Überprüfungsklausel in Art. 27 Abs. 2 Rom I-VO.²³ In dieser Phase der Ungewissheit sprach sich der Deutsche Rat für IPR für den gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten als Anknüpfungspunkt aus.²⁴ Der auf Basis des Art. 27 Abs. 2 Rom I-VO erstellte BIICL-Report entschied sich für eine Überwindung des damaligen Status quo.²⁵ 80 % der Befragten sprachen sich für eine legislative Regelung aus. Dazu schlug der Report drei Lösungen vor, die jeweils die verschiedenen Anknüpfungspunkte kombinierten.²⁶ In der folgenden öffentlichen Konsultation durch die EU-Kommission sprachen sich immer noch 70 % für eine Neuregelung aus.²⁷ Der im Kontext

¹⁹ Rolf Stürner, Verkauf und Abtretung von Darlehensforderungen, 173 (2009) ZHR 363 (375).

²⁰ Vgl. Dickinson IPRax 2018, 337 (338); Kieninger RabelsZ 1998, 678 (686 f.); Dieter Martiny in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 14 Rn. 19; Frank Bauer, Die Forderungsabtretung im IPR, 2008, 85 ff.

²¹ KOM(2005) 650 endgültig, 21.

²² Vgl. Joanna Perkins, A question of priorities: choice of law and proprietary aspects of the assignment of debts, (2008) 2 L. & Fin. Mkts. Rev. 238 (239 ff.) (Law and Financial Markets Review).

²³ Pauline van der Grinten, Article 14 Rome I: A Political Perspective in Roel Westrik/Jeroen van der Weide, Party Autonomy in International Property Law, 2011, 145 ff.

²⁴ Hans-Jürgen Sonnenberger, Deutscher Rat für Internationales Privatrecht – Spezialkommission „Drittwirkung der Forderungsabtretung“, IPRax 2012, 370 f.

²⁵ BIICL Report, 2011, 17 ff., 402.

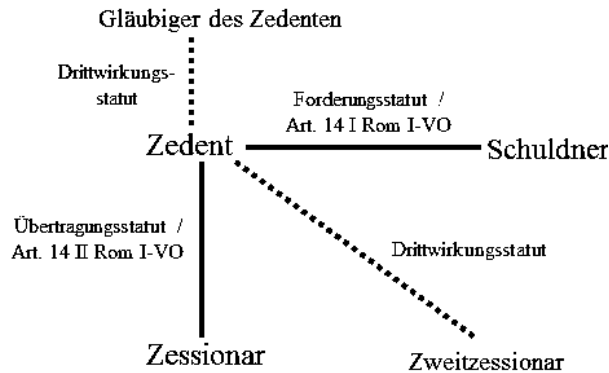
²⁶ Vgl. dazu Eva-Maria Kieninger, Das auf die Forderungsabtretung anzuwendende Recht im Licht der BIICL-Studie, IPRax 2012, 289 (291 ff.).

²⁷ Consultation Document on conflict of law rules for third party effects of transactions in securities and claims (2017) abrufbar unter: http://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-securities-and-claims-consultation-document_en.pdf (zuletzt abgerufen am 13.9.2018).

der Kapitalmarktunion²⁸ stehende Bericht der EU-Kommission²⁹ kündigte die Einsetzung einer Expertengruppe an. Im März 2018 legte die EU-Kommission in Zusammenarbeit mit der Expertengruppe den Entwurf der Drittw-VO³⁰ vor.

C. Art. 14 Rom I-VO als normativer Ausgangspunkt

Zur Einordnung des Problems der Drittwirkungen soll zunächst die Systematik des Art. 14 Rom I-VO erläutert werden, um die verschiedenen Verhältnisse, die die Norm betrifft, auseinanderzuhalten. Die bisherigen Regelungen im Europäischen Kollisionsrecht sollen den Anhaltspunkt für das Verständnis der Neuregelung durch den Drittw-VO-E bilden.



Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO erfasst das Forderungsstatut, also das Verhältnis Schuldner-Zedent, als Grundlage der Abtretung. Dazu zählen die Übertragbarkeit der Forderung und die schuldnerschützenden Vorschriften. Beides soll nicht zu Lasten des Schuldners durch Zedent und Zessionar verändert werden können.³¹ Art. 14 Abs. 3 Rom I-VO legt hingegen den Begriff der Übertragung fest. Im Mittelpunkt der folgenden Ausführungen soll Art. 14 Abs. 1 Rom I-VO stehen, der die Anknüpfung im Verhältnis Zedent-Zessionar zum Gegenstand hat. Für das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar aus der

²⁸ Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM(2015) 468 final, 26 vom 30.9.2015.

²⁹ Consultation Document on conflict of law rules for third party effects of transactions in securities and claims (2017); abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-securities-and-claims-consultation-document_en.pdf (zuletzt abgerufen am 13.9.2018).

³⁰ COM(2018) 96 final; vgl. *Dickinson IPRax* 2018, 337: „welcome, and overdue, step“.

³¹ *Rainer Hausmann* in Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2016, Rom I-VO Art. 14 Rn. 42; *Martiny* in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 14 Rn. 4.

Übertragung einer Forderung gegen den Schuldner gilt das Recht, das gemäß Art. 3 ff. Rom I-VO auf den Vertrag bzw. das Kausalverhältnis zwischen den beiden Parteien anwendbar ist (sog. Zessionsgrundstatut). Gemäß Erwägungsgrund 38 der Rom I-VO unterliegen die dinglichen Aspekte der Forderungsübertragung zwischen Zedent und Zessionar (!) dem Recht des Übertragungsvertrags. Damit ist die Verfügungswirkung der Abtretung gemeint,³² also „ob die Forderung bereits aus dem Vermögen des Zedenten ausgeschieden und in das Vermögen des Zessionars übergegangen ist“.³³

Art. 14 Rom I-VO im Zusammenspiel mit Erwägungsgrund 38 Rom I-VO unterscheidet somit zwischen den „dinglichen Aspekten“ der Abtretung zwischen Zedent und Zessionar und gegenüber sonstigen Dritten. Aus Sicht des deutschen Rechts scheint die Trennung der dinglichen Verhältnisse nicht nachvollziehbar, da dingliche Wirkungen grundsätzlich absolut sind. Der Zessionar gilt mit Abtretung einer Forderung (sofern es keine zukünftige Forderung ist) als Forderungsinhaber.³⁴ Weitere Voraussetzungen bestehen nicht. Dieses Verständnis der Absolutheit wird doch schnell relativiert. Denn auch das deutsche Recht kennt relativ unwirksame Verfügungen, wie vormerkungswidrige Verfügungen gemäß §§ 135, 136, 888 Abs. 2 iVm 888 Abs. 1 BGB.³⁵ Das deutsche Recht kennt also absolute Rechte, die nur gegenüber bestimmten Personen keine dinglichen Wirkungen entfalten.

Verständlich wird die Trennung der Verhältnisse, wenn man die Lösung anderer Rechtsordnungen betrachtet.³⁶ Dies erscheint aufgrund der gebotenen autonomen Auslegung europäischer Vorschriften auch notwendig. Die Mehrzahl der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen folgt – anders als das deutsche Recht – nicht dem Trennungsprinzip, sondern die Forderung geht in diesen allein aufgrund des Kausalgeschäfts über.³⁷ Es gilt also das Konsensual- oder Einheitsprinzip.³⁸ Als Beispiel gelten die romanischen Rechtsordnungen, in denen das Eigentum mit dem Abschluss des wirksamen Kaufvertrags übergeht.³⁹ Jedoch konnte eine Forderungsabtretung Dritten erst entgegengehalten werden (sog. *opposabilité à tiers*; Art. 1690 Code civil aF), wenn der Gerichtsvollzieher eine entsprechende Mitteilung an den Schuldner zugestellt oder dieser Schuldner in einer notariellen Urkunde seine

³² Axel Flessner, Die internationale Forderungsabtretung nach der Rom I-Verordnung, IPRax 2009, 35 (38); Martiny in MüKoBGB, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 14 Rn. 24.

³³ Eva-Maria Kieninger in Franco Ferrari ua, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 14 Rn. 7.

³⁴ Jan Lieder in Beck-Online Großkommentar, BGB § 398 Rn. 7; Rolf Stürmer in Othmar Jauernig, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 17. Aufl. 2018, BGB § 398 Rn. 2 f.

³⁵ Dorothee Einsele, Die Forderungsabtretung nach der Rom I-Verordnung – Sind ergänzende Regelungen zur Drittwirksamkeit und Priorität zu empfehlen?, RabelsZ 74 (2010), 91 (97).

³⁶ Vgl. Hemler GPR 2018, 185 (187).

³⁷ Hausmann in Staudinger, 2016, Rom I-VO Art. 14 Rn. 15.

³⁸ Jürgen F. Baur/Rolf Stürmer, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 64 Rn. 8, 87.

³⁹ Sjef van Erp/Bram Akkermans, Property Law, 2012, 788; vgl. Art. 1196 Code civil (Frankreich).

Zustimmung zur Abtretung erklärt hat.⁴⁰ Die Anzeige ist damit Wirksamkeitsvoraussetzung im Verhältnis zum Schuldner und zu weiteren Dritten.⁴¹ Ohne die Anzeige gilt die Forderung im Verhältnis zum Zedenten als übergegangen, aber nicht gegenüber Schuldner und Dritten.⁴² Ein autonomes IPR muss beide Vorstellungen über den Übergang der Forderung erfassen können.

Demgegenüber regelt das Drittwirkungsstatut, welches Recht auf die Wirkungen der Abtretung im Verhältnis *erga omnes* anwendbar ist. Aus Erwägungsgrund 38 folgt, dass die *erga omnes*-Wirkung nicht zwingend entsprechend der „dinglichen Aspekte“ zwischen Zedent und Zessionar nach dem Zessionsstatut zu behandeln ist. Entscheidend ist, wer gegenüber Dritten Forderungsinhaber ist.⁴³ Voraussetzung für die Forderungsinhaberschaft kann zB die Erfüllung bestimmter Anforderungen wie die Anzeige der Abtretung sein, so dass der Zessionar die Forderung erwirbt und sie bei Prioritätskonflikten auch gegenüber Dritten behaupten kann. Jedoch ist das Drittwirkungsstatut in der Rom I-VO nicht explizit geregelt. Nach umstrittener Auffassung,⁴⁴ die auch die EU-Kommission teilt,⁴⁵ fallen die Drittwirkungen nicht in den Anwendungsbereich der Rom I-VO. Auch wenn die Sichtweise umstritten ist und auch wenn das OLG Saarbrücken diese Frage dem EuGH kürzlich zur Klärung vorgelegt hat,⁴⁶ soll sie im Folgenden zugrunde gelegt werden. Die Drittwirkungen sind also die *quaestio famosa* des Art. 14 Rom I-VO⁴⁷ und eine offene Flanke der Rom I-VO.

⁴⁰ Das französische Recht kennt unterschiedliche Formen der Abtretung: Forderungsabtretung nach dem Code civil und Abtretung nach der *bordereau Daily* (Sonderzessionsrecht für gewerbliche Forderungen zum Zweck der Kreditaufnahme) und der *subrogation personnelle*, über die in Frankreich das Factoring-Geschäft abgewickelt wird (vertraglicher Gläubigerbeitritt mit Einverständnis des Gläubigers), vgl. François Terré/Philippe Semler/Yves Lequette, Droit civil – Les obligations, 11. Aufl. 2013, Rn. 1203 ff., 1361 ff.; Eleanor Cashin-Ritaine, Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales franco-allemandes, 2001, 7–8 (97–98).

⁴¹ Filippo Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 2009, 1203.

⁴² Terré/Semler Lequette, Droit civil – Les obligations, 11. Aufl. 2013, Rn. 1284; vgl. auch Ranieri, Europäisches Obligationenrecht, 2009, 1234.

⁴³ Leonhard Hübner in Beck-Online Großkommentar, Rom I-VO Art. 14 Rn. 26.

⁴⁴ Gegen eine Anwendung der Rom I-VO vgl. Karsten Thorn in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 14 Rn. 3; Leible/Müller IPRax 2012, 491 (494, 500); Peter Mankowski, Zessionsgrundstatut v. Recht des Zedentensitzes – Ergänzende Überlegungen zur Anknüpfung der Drittwirkung von Zessionen, IPRax 2012, 298; Kieninger in Ferrari ua, Internationales Vertragsrecht, Rom I-VO Art. 14 Rn. 10 ff.; Frank Bauer, Die Forderungsabtretung im IPR, 2008, 103 f.; Paul Lagarde/Aline Tenenbaum, De la convention de Rome au règlement Rome I, Revue critique de droit international privé 2008, 727 (776 f. para 46); Perkins (2008) 2 L. & Fin. Mkts. Rev. 238 (242 f.); für eine Anwendung der Rom I-VO Flessner IPRax 2009, 35 (38); Robert Freitag in Thomas Rauscher, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR, 4. Aufl. 2016, Rom I-VO Art. 14 Rn. 41; Hausmann in Staudinger, 2016, Rom I-VO Art. 14 Rn. 70 f.; vgl. auch Richard Fentiman, Assignment and Rome I: Towards a Principled Solution, (2010) 4 L. & Fin. Mkts. Rev. 405 (407); Hübner in BeckOGK Rom I-VO Art. 14 Rn. 28; unentschieden Martiny in MüKoBGB, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 14 Rn. 20.

⁴⁵ COM(2016) 626 final, 3.

⁴⁶ Siehe D. I. 2. a).

⁴⁷ Hübner in BeckOGK Rom I-VO Art. 14 Rn. 32.

D. Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkt des Drittw-VO-E

Kollisionsnormen setzen sich aus Anknüpfungsgegenstand (hier die Drittwirkungen) und dem Anknüpfungspunkt zusammen, der der Bestimmung des Sitzes des Rechtsverhältnisses dient. Im Folgenden werden zunächst der Anknüpfungsgegenstand (die Drittwirkungen) und anschließend der Anknüpfungspunkt (der gewöhnliche Aufenthalt des Zedenten) behandelt.

I. Anknüpfungsgegenstand: Drittwirkungen

1. Der sachliche Anwendungsbereich des Drittw-VO-E

Art. 5 Drittw-VO-E bestimmt den sachlichen Anwendungsbereich der VO hinsichtlich der Wirksamkeit gegenüber Dritten und der Priorität. Die Wirksamkeit gegenüber Dritten wird regelmäßig durch Eintragungs- oder Publikationsformalitäten bestimmt (lit. a), während sich die Prioritätskonflikte für den Zessionar gegenüber verschiedenen Personen stellen. Lit. b) betrifft die Mehrfachzession, während lit. c) die Priorität gegenüber den Rechten der Gläubiger des Zedenten regelt. Zudem ordnen lit. d) und e) Prioritätskonflikte zwischen Zessionar und den Rechten des Begünstigten einer Vertragsübertragung/Vertragsübernahme und eines Schuldumwandlungsvertrags der Drittw-VO-E zu; beide Konstruktionen liegen aber gemäß Erwägungsgrund 17 S. 2 Drittw-VO-E außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der Drittw-VO-E. Sie werden stattdessen von der Rom I-VO erfasst.⁴⁸

Im Kern erfasst Art. 5 Drittw-VO-E Benachrichtigungsanforderungen an den Zessionar. Die meisten Rechtsordnungen verlangen einen Publizitätsakt, damit die Wirkungen gegenüber Schuldner und Dritten eintreten können. In Betracht kommen eine Abtretungsanzeige gegenüber dem Schuldner oder eine Registrierung. Während nach deutschem Recht die Abtretung sofort zwischen Zedent und Zessionar und auch gegenüber Dritten wirksam wird,⁴⁹ gilt dies in anderen Jurisdiktionen erst, wenn die Abtretung dem Schuldner angezeigt wurde (*signification* im französischen Recht gemäß Art. 1690 Code civil aF⁵⁰ oder im Rahmen des englischen *legal assignment*). Nach englischem Recht⁵¹ bedarf es gemäß sec. 126 (1) Law of Property Act 1925 ebenfalls der Abtretungsanzeige für die Wirksamkeit der Abtretung; allerdings ist eine Abtretung ebenfalls nach *equity* denkbar, wobei dort die Abtretungsanzeige

⁴⁸ Mankowski RIW 2018, 488 (490).

⁴⁹ Vgl. zu den wirtschaftlichen Hintergründen Moritz Brinkmann, The Peculiar Approach of German Law in the Field of Secured Transactions and Why it has worked (So Far), in Louise Gullifer/Orkun Akseli, Secured Transactions Law Reform, 2016, 339 (344 f.).

⁵⁰ Siehe D.II. 2. d).

⁵¹ Vgl. zur Rechtslage in England Christian von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Band I, 2015, § 2 Rn. 224, Fn. 891; Dorothee Heine, Das Kollisionsrecht der Forderungsabtretung, 2012, 49.

notwendig ist, um die Drittwirkungen der Abtretung in Prioritätskonflikten herbeizuführen.⁵² Historisch hängt dies mit der Vorstellung zusammen, dass die Forderung ein höchstpersönliches Gut ist, das nicht übertragen werden kann.⁵³ Dem entspricht auch die Mischlösung des DCFR: er sieht in III. - 5:104 (4) DCFR für die Wirksamkeit der Abtretung keine Anzeige vor. Allerdings genießt in Prioritätskonflikten gemäß III. - 5:121 (1) DCFR derjenige Zessionar das Vorrecht, der zuerst den Schuldner über die jeweilige Abtretung informiert hat. Ähnlich ist die Regelung in den Principles of European Contract Law (PECL). Sie verlangen für die Wirksamkeit der Abtretung gegenüber den Gläubigern des Zedenten keine weiteren Publizitätsakte (Art. 11:401(3) und (4) PECL); jedoch soll im Verhältnis zu weiteren Zessionaren die Abtretungsanzeige an den Schuldner maßgeblich sein, vgl. Art. 11:401(1) PECL. Die internationalen Regelwerke sehen für die *opposabilité à tiers* demnach eine Abtretungsanzeige vor.

Art. 5 Drittw-VO-E versucht Klarheit zu schaffen, was begrüßenswert ist. Für das Notifikationserfordernis in lit. a) besteht aber das Bedürfnis einer funktional autonomen Qualifikation. Es ist zu bestimmen, ob die Benachrichtigung (des Schuldners) bzw. die Registrierung allein dem Schutz des Schuldners dient oder ob sie auch Voraussetzung des Übergangs auf Dritte ist. Nur wenn sie auch für die Drittwirkungen relevant ist, kann sie nach funktional-autonomer Qualifikation unter den Drittw-VO-E subsumiert werden. Zu überlegen ist allerdings, ob für die Definition des sachlichen Anwendungsbereichs das Wörtchen „insbesondere“ nicht gestrichen werden sollte, um die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit in diesem Bereich zu reduzieren.⁵⁴

2. Prioritätskonflikte in der aktuellen Rechtsprechung

Die Probleme stellen sich vor allem bei der Lösung von Prioritätskonflikten⁵⁵, hauptsächlich im Fall der Insolvenz des Zedenten. Im deutschen Insolvenzrecht zeigt sich die Stärke der Abtretung an dem Absonderungsrecht des Zessionars im Rahmen einer Sicherungszession, vgl. § 51 InsO.⁵⁶ Die Lösung macht die Abtretung zu einem wichtigen Sicherungsmittel. Dies zeigen die beiden folgenden aktuellen Urteile, die im Zusammenhang mit einem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Zedenten stehen. Ein anschauliches Beispiel, wie sich die unterschiedlichen Anforderungen in den Mitgliedstaaten in der praktischen Lösung auswirken, liefert der Fall des OLG Saarbrü-

⁵² *Dearle v Hall* (1828) 3 Russ 1.

⁵³ *Robert Joseph Pothier*, *Traité du contrat de vente*, in *Oeuvres de Pothier*, Paris 1821, Bd. III, Nr. 551; vgl. zur Historie der Forderungsabtretung in den kontinentalen Rechtsordnungen *Reinhard Zimmermann*, *The Law of Obligations*, 1996, 58 ff.; *Ranieri*, *Europäisches Obligationenrecht*, 2009, 1183 ff.

⁵⁴ *Deutscher Anwaltsverein (DAV)*, Stellungnahme Nr. 19/2018, 13 f.

⁵⁵ Vgl. zu dem Begriff *Eva-Maria Kiener*, *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, AcP 208 (2008), 182 (214).

⁵⁶ *Reinhard Bork*, *Insolvenzrecht*, 8. Aufl. 2017, Rn. 296.

cken. Die Vorlageentscheidung betrifft eine Mehrfachzession,⁵⁷ während die Entscheidung des norwegischen Gerichtshofs die Frage behandelt, ob ungesicherte Gläubiger des Zedenten auf die vermeintlich abgetretenen Forderungen des Zedenten in der Insolvenz zugreifen können.⁵⁸

a) Mehrfachzession

Kurz nachdem die EU-Kommission den Drittw-VO-E vorgelegt hatte, entschied sich das OLG Saarbrücken im August 2018 zur Vorlage der Fragen, ob die Rom I-VO in direkter oder analoger Anwendung die Drittwirkungen erfasst und falls ja, welcher Anknüpfungspunkt einschlägig ist.⁵⁹ Im Hinblick auf die Mehrfachzession handelt es sich um eine Neuauflage des Hansa-Falls.⁶⁰

aa) Sachverhalt

Die Entscheidung betraf den Streit zweier Forderungsprätendenten, konkret zweier Banken. Die spätere Insolvenzschuldnerin (luxemburgische Staatsbürgerin mit deutschem Wohnsitz) hatte zunächst einer luxemburgischen Bank (der Beklagten) für den Erhalt eines Darlehens ihre gegenwärtigen und zukünftigen Gehaltsforderungen gegen ihren Arbeitgeber in Luxemburg abgetreten. Anschließend trat sie ihre gegenwärtigen und zukünftigen Gehaltsforderungen für den Erhalt eines zweiten Darlehens nochmals an eine andere Bank mit Sitz in Deutschland (die Klägerin) ab. Diese Bank benachrichtigte sodann die zuständige luxemburgische Arbeitgeberin. Knapp anderthalb Jahre später wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin eröffnet. Die Treuhänderin hinterlegte einen Betrag von ca. 13.000,- Euro aus den pfändbaren Gehaltseinkünften, um den nun die Parteien streiten.

bb) Lösung nach geltendem Recht

Die Klägerin begehrte die Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Betrages gemäß § 812 BGB Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.⁶¹ Entscheidend dafür ist die Forderungsinhaberschaft. Sie richtet sich danach, welcher Abtretungsvorgang Priorität beanspruchen kann. Bei der Gläubigerstellung gegenüber dem hinterlegenden Schuldner handelt es sich kollisionsrechtlich um eine Vorfrage auf Sachrechtsebene im nationalen Recht, die selbstständig anzuknüpfen ist.⁶²

Die Bedeutung der Zuweisung des Rechtsstreits durch das Kollisionsrecht erschließt sich vor allem aus den unterschiedlichen Anforderungen an die

⁵⁷ OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 20145.

⁵⁸ Nach Lilleholt IPRax 2018, 539.

⁵⁹ OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 20145.

⁶⁰ Siehe A.

⁶¹ Vgl. BGH NJW 1970, 463; BGH NJW 1972, 1045; BGH NJW 1990, 716 (717); BGH NJW 2015, 1678 Rn. 7 f.

⁶² HM: BGH NJW 1981, 1900 (1901); *Christian v. Bar/Peter Mankowski*, Internationales Privatrecht – Band 1, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 195; *Jan Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 32 IV.

Publizität der Sachrechte für die Drittwirksamkeit der Abtretung.⁶³ Nach luxemburgischem Recht hat eine Forderungsabtretung in Ermangelung einer Benachrichtigung des Schuldners keine Wirksamkeit gegenüber Dritten, vgl. Art. 1690 des luxemburgischen Code civil.⁶⁴ Da der Arbeitgeber der Insolvenzschuldnerin – zumindest vor der zweiten Abtretung an die Klägerin – nicht über die Abtretung der Lohnansprüche an die Beklagte informiert wurde, wurde die Abtretung gegenüber Dritten und damit auch der Klägerin nicht wirksam. Dem deutschen Recht ist ein solches Anzeigerfordernis hingegen unbekannt. Eine Forderung kann auch mit Wirkung für Dritte ohne eine Benachrichtigung des Schuldners wirksam abgetreten werden. Der Schuldnerschutz wird über die §§ 404 ff. BGB gewährleistet.⁶⁵ Unterstellt man die Anwendbarkeit deutschen Rechts, wäre die Abtretung an die Beklagte auch gegenüber der Klägerin wirksam gewesen. Daher kommt es für die Priorität entscheidend darauf an, wie die Drittwirkungen nach dem IPR anzuknüpfen sind.

cc) Folgeproblem im nationalen Kollisionsrecht

Ist aufgrund der Lücke in Art. 14 Rom I-VO das autonome deutsche Kollisionsrecht⁶⁶ berufen, besteht eine weitere Lücke. Denn die Regelung des Art. 33 EGBGB aF hat der deutsche Gesetzgeber mit Einführung der Rom I-VO gestrichen. Der BGH hatte zu Art. 33 EGBGB aF entschieden, dass die Drittwirkungen der Abtretung dem Forderungsstatut unterliegen.⁶⁷ Mangels weiterer Entscheidungen des BGH wird vertreten, dass die BGH-Rechtsprechung „gewöhnheitsrechtlich“ fortgelte.⁶⁸ Da die streitentscheidenden Normen aufgehoben sind, dürfte aber auch eine Bindung an die Rechtsprechung zu den aufgehobenen Normen entfallen sein. Die nationalen Gerichte unterliegen somit keinerlei normativen Bindungen und auch nicht den einschlägigen Präzedenzfällen. Daher ist das zuständige Gericht in der Wahl des „richtigen“ Anknüpfungspunkts für Drittwirkungen frei.

Bei einer Beurteilung nach der bisherigen Rechtslage unter Art. 33 Abs. 2 EGBGB wäre das Forderungsstatut zur Lösung berufen. Dies ist das Arbeitsvertragsstatut gemäß Art. 8 Rom I-VO und damit hier luxemburgisches Recht, weil die Insolvenzschuldnerin in einem Luxemburger Museum be-

⁶³ Vgl. den Überblick bei Müller EuZW 2018, 522 (524); ausführlich British Institute of International and Comparative Law, Study on the question of effectiveness of an assignment or subrogation of a claim against third parties and the priority of the assigned or subrogated claim over a right of another person, Final Report (BIICL Report).

⁶⁴ Art. 1690 Code civil luxembourgeois:

(1) Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification du transport faite au débiteur.

(2) Néanmoins, le cessionnaire peut également être saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur. [...].

⁶⁵ Vgl. Günther H. Roth/Eva-Maria Kieninger in MüKoBGB, 7. Aufl. 2016, BGB § 404 Rn. 1.

⁶⁶ Siehe C.

⁶⁷ BGHNJW 1991, 637 (638); BGB IPRax 2000, 128 mAnm Astrid Stadler IPRax 2000, 104 = mAnm Eva-Maria Kieninger JZ 1999, 404 ff.; vgl. auch Jürgen Basedow ZEuP 1997, 615 (623).

⁶⁸ Vgl. Kieninger in Ferrari ua, Internationales Vertragsrecht, Rom I-VO Art. 14 Rn. 12.

schäftigt ist bzw. war. Es käme also darauf an, welche Zessionarin die Abtretung zuerst der Schuldnerin angezeigt hat.

Knüpft man hingegen die Drittwirkungen nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten an, ist das luxemburgische Recht nicht anwendbar. Die Insolvenzschildnerin arbeitet in Luxemburg, aber wohnt in Deutschland. Sie ist eine klassische Grenzpendlerin. In diesen Fällen wird üblicherweise auf die soziale Integration und damit auf den Wohnsitz abgestellt.⁶⁹ Damit ist deutsches Recht anwendbar. Demnach wäre eine Anzeige bei der luxemburgischen Schuldnerin für die Drittwirkungen irrelevant. Die ungeklärte Rechtslage im europäischen und auch im autonomen deutschen Kollisionsrecht zeugt von einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit, da auch das autonome deutsche Kollisionsrecht keine Regelung zu den Drittwirkungen der Abtretung enthält.

b) Ungesicherte Gläubiger des Zedenten

Mitte 2017 hatte der norwegische Gerichtshof folgenden (vereinfachten) Sachverhalt zu entscheiden:⁷⁰ Eine dänische Muttergesellschaft nahm ein Darlehen bei einer niederländischen Bank auf. Zur Sicherung des Darlehens trat ua eine norwegische Tochtergesellschaft und spätere Insolvenzschildnerin an die niederländische Bank gegenwärtige und zukünftige Geschäftsforderungen ab. Sowohl die Sicherungsabrede (*security agreement*) als auch die Verträge zwischen der norwegischen Tochter und ihren Vertragspartnern unterlagen englischem Recht. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der norwegischen Tochtergesellschaft widersprach der Insolvenzverwalter der Wirkung der Forderungsabtretung im Verhältnis zu den Gläubigern des Zedenten.

Wie das deutsche Recht enthält das norwegische Recht keine IPR-Regelung zu den Drittwirkungen der Abtretung.⁷¹ Der norwegische Gerichtshof musste mithin den „besten“ Anknüpfungspunkt bestimmen. Er entschied sich für die Beurteilung nach dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten; entscheidend war für das Gericht vor allem der Gleichlauf mit dem Insolvenzstatut.⁷² Das Recht am Sitz des Schuldners beispielsweise sei hingegen für Sammelabtretungen ungeeignet, während eine Anknüpfung an das Forderungsstatut *forum shopping* zu Lasten Dritter ermögliche.⁷³ Da die nor-

⁶⁹ Vgl. zu den Kriterien im Rahmen der EuErbVO J. Schmidt in BeckOGK EuErbVO Art. 4 Rn. 20 ff.; vgl. umfassend zum gewöhnlichen Aufenthalt Bettina Rentsch, Der gewöhnliche Aufenthalt im europäischen Kollisionsrecht, 2017; Georg John, Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht, GPR 2018, 70 ff. (138 ff.).

⁷⁰ Nach Lilleholt IPRax 2018, 539.

⁷¹ Vgl. Lilleholt IPRax 2018, 539 f. Bei seinen Entscheidungen orientiert sich der Gerichtshof an europäischen Lösungen, sofern keine ausdrücklich abweichenden Lösungen existieren, auch wenn Norwegen mangels EU-Mitgliedschaft nicht an die europäische Gesetzgebung gebunden ist; denn Norwegen ist im Grundsatz an rechtlicher Einheitlichkeit interessiert.

⁷² Lilleholt IPRax 2018, 539 (541).

⁷³ Lilleholt IPRax 2018, 539 (541).

wegische Tochtergesellschaft der Zedent war, folgerte das Gericht daraus die Anwendung des norwegischen Rechts für die Drittwirkungen. Das norwegische Recht verlangt für die Drittwirksamkeit der Abtretung als Publizitätsakt entweder eine Anzeige gegenüber dem Schuldner oder eine Registrierung des *security interest*. Letzteres ist unstreitig nicht erfolgt, während die Anzeige gegenüber dem Schuldner noch streitig ist. Insofern verwies der Gerichtshof den Rechtsstreit an das Instanzgericht.

c) Wer ist „Dritter“?

Dritte sind vor diesem Hintergrund vor allem:

- weitere Zessionare bei Mehrfachzessionen derselben Forderung,
- Gläubiger des Zedenten, die auf die Forderung in der Insolvenz zugreifen wollen, und
- Gläubiger des Zessionars, die ebenfalls als „Dritte“ auf die Forderung zugreifen wollen.

Zu überlegen wäre beispielsweise auch, ob der Erbe des Zessionars Dritter wäre. Dagegen spricht jedoch, dass der Erbe im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 BGB an die Stelle des Zessionars rückt, so dass er als Zessionar an die Rechtslage gebunden ist.

3. *Dépeçage* zwischen Wirkungen *inter partes* und Drittwirkungen *erga omnes*

Allerdings stellt sich die Abstimmung mit den Regelungen der Drittwirkungen durch die Rom I-VO als ein wesentliches Problem des Drittw-VO-E dar. Die Rom I-VO erfasst das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner in Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO. Dies betrifft vor allem die Frage der Übertragbarkeit der Forderung. Daneben regelt Art. 14 Abs. 1 Rom I-VO iVm Erwägungsgrund 38 Rom I-VO die „dinglichen Aspekte“ zwischen Zedent und Zessionar. Allein die Drittwirkungen sind nach umstrittener Auffassung nicht von der Rom I-VO erfasst.⁷⁴ Fallen zB – in einem wahrscheinlich eher seltenen Szenario – sowohl der Zedent als auch der Zessionar in die Insolvenz, werden die Gläubiger beider versuchen, auf die Forderung als Vermögenswert zuzugreifen. Damit ist die Frage aufgeworfen, welches Recht für den Gläubigerzugriff auf die Forderung gilt. Beide Gläubiger sind Dritte, so dass die Rom I-VO diesen Fall nicht erfasst. Ob die Forderung gemäß Art. 14 Abs. 1 Rom I-VO nach dem Zessionsstatut auf den Zessionar übergegangen ist, ist für die Drittwirkungen irrelevant. Der Zugriff der Gläubiger des Zedenten und der Gläubiger des Zessionars richten sich der Drittw-VO-E und unterliegen damit idR dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten.

⁷⁴ Siehe C.

Gemäß Erwägungsgrund 15 Drittw-VO-E sollen alle Drittwirkungen der Abtretung einheitlich dem Drittw-VO-E unterliegen. Es erscheint unklar, ob der Drittw-VO-E die „dinglichen Aspekte“ zwischen Zedent und Zessionar, das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner und das Verhältnis zu Dritten behandelt. Ohne Klarstellung in der Rom I-VO oder Korrektur des Drittw-VO-E entstehen Abgrenzungsprobleme im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar sowie in Bezug auf das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner.⁷⁵ Diesen potentiellen Normenkonflikt innerhalb des Sekundärrechts gilt es aufzulösen.

Da es sich in beiden Fällen um Erwägungsgründe handelt, kann nicht auf den Vorrang eines Textes gegenüber dem anderen abgestellt werden. Der *lex posterior*⁷⁶-Grundsatz, wonach sich der Drittw-VO-E als das neuere Recht gegenüber dem älteren Recht aus der Rom I-VO durchsetzt, erscheint unschön und produziert Missverständnisse. Weiterhin könnte der Erwägungsgrund 15 Drittw-VO-E einfach gestrichen werden; dafür spricht, dass er nicht dem Gebot der Normklarheit entspricht, sondern – im Gegenteil – für Rechtsunsicherheit sorgt.⁷⁷ Gegen eine Streichung spricht aber die Sinnhaftigkeit einer Klarstellung des Verhältnisses zu benachbarten Rechtsakten, insbesondere der Rom I-VO. Das Europäische Parlament schlägt daher eine Trennung der „dinglichen Aspekte“ in dem Verhältnis Zedent-Zessionar (Art. 14 Abs. 1 Rom I-VO) gegenüber den dinglichen Wirkungen in den Verhältnissen Zessionar-Schuldner (Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO) und Zessionar-Dritten (Drittw-VO-E), also eine Trennung *inter partes* vs. *erga omnes*, vor. Ein neuer Erwägungsgrund 14a soll lauten: „Diese Verordnung zielt nicht darauf ab, die Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 betreffend die dingliche Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Übertragung im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar oder zwischen Zessionar und Schuldner abzuändern.“⁷⁸

Dies wäre eine sinnvolle Lösung, da sie auch der Reichweite der Drittwirkungen iSv Art. 5 Drittw-VO-E entspricht. Eine Abänderung der bestehenden Regelungen der Rom I-VO ist nicht beabsichtigt. Vielmehr soll die Lücke in Art. 27 Abs. 2 Rom I-VO geschlossen werden. Nicht mehr, und nicht weniger. Allerdings wäre eventuell eine positive Formulierung noch deutlicher, die konkret die Verhältnisse den jeweiligen Verordnungen zuweist:

„Die dinglichen Aspekte einer rechtsgeschäftlichen Übertragung im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar und zwischen Zessionar und Schuldner unterliegen weiterhin der Rom I-VO.“

⁷⁵ Dickinson IPRax 2018, 337 (340); Hemler GPR 2018, 185 (187 f.).

⁷⁶ Hemler GPR 2018, 185 (188).

⁷⁷ Dickinson IPRax 2018, 337 (341).

⁷⁸ Bericht des Parlaments, COM(2018) 096 – C8-0109/2018 – 2018/0044(COD), 8.

4. Reichweite des Begriffs „Verbriefungen“ und Parteiautonomie

Unklar ist auch der Begriff der „Verbriefung“ bzw. der „Forderungsübertragung zu Verbriefungszwecken“ in Art. 4 Abs. 3 DrittVO-E.⁷⁹ Eine Definition von Verbriefung in Art. 2 DrittVO-E sucht man vergeblich. Dies ist misslich, denn eine Verbriefung kann sich auf eine Vielzahl von Finanztransaktionen beziehen. Um die angestrebte Rechtssicherheit zu gewährleisten, sollte die DrittVO eine entsprechende Definition enthalten. Wie bei der Definition der Finanzinstrumente in Art. 2 lit. i DrittVO-E sollte auch für den Begriff der Verbriefungen auf einschlägige europäische Rechtsakte verwiesen werden. Hier bietet sich die Definition der Verbriefung in Art. 2 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2017/2402⁸⁰ an.

Im Zusammenhang mit der eingeschränkten Rechtswahlfreiheit bei „Verbriefungen“ sehen verschiedene Autoren die Schwierigkeit, zu begründen, warum die Rechtswahlfreiheit nur bei Verbriefungen und nicht auch bei anderen Transaktionen gewährt wird.⁸¹ Es sei schwer zu rechtfertigen, dass die Beteiligten einer Factoring-Transaktion nicht auch in den Genuss der Rechtswahlfreiheit für die Drittwirkungen kommen dürfen. Die Lösung des DrittVO-E erklärt sich vor allem aus dem Kompromisscharakter und der Rücksichtnahme auf die Interessen der *Securitization*-Industrie.

5. Klärungsbedarf für den Anknüpfungsgegenstand der Drittwirkungen

Bis zu einer Verabschiedung des DrittVO-E sollten im Rahmen des Anknüpfungsgegenstandes noch einige, wenige Ergänzungen vorgenommen werden. Zunächst sollte das Wort „insbesondere“ in Art. 5 DrittVO-E gestrichen werden. Ferner sollte der Erwägungsgrund 15 DrittVO-E neu formuliert und der Begriff der Verbriefungen in Art. 4 Abs. 3 DrittVO-E in Übereinstimmung mit demjenigen in Art. 2 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2017/2402 definiert werden.

II. Anknüpfungspunkt: Der gewöhnliche Aufenthalt des Zedenten

1. Kombination aus Grundanknüpfung und sektoriellem Ansatz

Als primären Anknüpfungspunkt benennt Art. 4 Abs. 1 DrittVO-E das Recht des Landes, in dem der Zedent „zum maßgebenden Zeitpunkt“⁸² seinen gewöhnlichen Aufenthalt⁸³ hat. Ziel der EU-Kommission ist die Schaffung von Rechtssicherheit und vor allem die Förderung des grenzüberschrei-

⁷⁹ *Garcimartín*, The EU Regime on Securitisation, ZEuP 2019, 13 (34); *Lehmann* (2018) BJIBFL 370 (371).

⁸⁰ VO (EU) 2017/2402; vgl. *Garcimartín* ZEuP 2019, 13 (21).

⁸¹ *Lehmann* (2018) BJIBFL 370 (372).

⁸² Siehe D. II. 3.

⁸³ Vgl. *Kieninger* in Ferrari ua, Internationales Vertragsrecht, Rom I-VO Art. 14 Rn. 10 ff.; *Hübner* in BeckOGK Rom I-VO Art. 14 Rn. 30, 32.

tenden Forderungshandels.⁸⁴ Ausnahmsweise soll das Recht der übertragenen Forderung gelten, wenn entweder (i) „Barsicherheiten“, die auf einem Konto gutgeschrieben sind, oder (ii) Forderungen aus Finanzinstrumenten übertragen werden (Art. 4 Abs. 2 Drittw-VO-E). Bei Barsicherheiten nimmt die EU-Kommission an, dass die Forderung des Kontoinhabers dem Recht des Sitzes des Kreditinstituts unterliegt; in der Regel sei daher eine Rechtswahl zugunsten dieses Rechts im Kontovertrag anzunehmen.⁸⁵ Die Sicherstellung einer stabilen Anknüpfung an das Recht der kontoführenden Bankniederlassung ist zudem auch sinnvoll, da Bankguthaben in der Regel zentrale Vermögenswerte darstellen.⁸⁶ Diese dienen regelmäßig als Sicherung von Ansprüchen der Bank gegen ihre Kunden.⁸⁷ Das Forderungsstatut eröffnet Banken die Möglichkeit, nach einheitlichem Recht Pfandrechte an dem Guthaben ihrer Kunden zu bestellen. Für Banken ist dies ein wichtiges Sicherungsinstrument.⁸⁸ Terminologisch sollte die deutsche Übersetzung – bisher „Barsicherheiten“ – noch angepasst werden, da es sich nach der englischen Version um *cash credited to an account in a credit institution* und damit um Bankguthaben handelt.⁸⁹

Auf Forderungen aus Finanzinstrumenten⁹⁰ soll das Recht anwendbar sein, aus dem die Forderung entstanden ist, dh entweder gewähltes Recht oder zwingendes Recht. Den Begriff des Finanzinstruments definiert Art. 2 lit. i) Drittw-VO-E im Einklang mit der Richtlinie 2014/65/EU über Finanzinstrumente.⁹¹ Schließlich sollen die Beteiligten bei Verbriefungen alternativ die Möglichkeit haben, das Recht der übertragenen Forderung zu wählen, vgl. Art. 4 Abs. 3 Drittw-VO-E. Mit dieser Rechtswahlmöglichkeit können Zedent und Zessionar auch die am Geschäft unbeteiligten Dritten binden. Zudem sollen Banken das Forderungsstatut für die Drittwirkungen wählen können, wenn alle Forderungen dem Recht desselben Landes unterliegen, die Zedenten (sog Originatoren) aber in verschiedenen Mitgliedstaaten ihren Sitz haben.⁹² Eine eingeschränkte Rechtswahlmöglichkeit zugunsten des Forderungsstatuts ist verschiedentlich als Nachteil bei Sammelabtretungen angesehen worden, die das Geschäftsmodell bei Verbriefungen gerade ausmachen.⁹³

⁸⁴ COM(2018) 96 final, 2 ff., 17.

⁸⁵ COM(2018) 96 final, 21.

⁸⁶ Eva-Maria Kieninger, Die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts der Abtretung, in Jürgen Basedow/Oliver Remien/Manfred Wenckstern, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 2010, 147 (170); Mankowski IPRax 2012, 298 (304).

⁸⁷ Siehe bereits Trevor Hartley, Choice of Law Regarding the Voluntary Assignment of Contractual Obligations under the Rome I Regulation, (2011) 60 ICLQ 29 (53) (International and Comparative Law Quarterly); Labonté, Forderungsabtretung international, 2016, 212 f.

⁸⁸ Vgl. Re Bank of Credit and Commerce International SA (No 8) [1998] AC 214.

⁸⁹ So Müller EuZW 2018, 522 (525).

⁹⁰ Vgl. Müller EuZW 2018, 522 (528 f.).

⁹¹ Richtlinie 2014/65/EU, ABl. 2014 L 173, 349 vom 12.6.2014.

⁹² COM(2018) 96 final, 22.

⁹³ Hartley (2011) 60 ICLQ 29 (53); Kieninger RabelsZ 1998, 678 (699); Leible/Müller IPRax 2012, 493 (496 f.).

Dieser Sichtweise wird entgegengehalten, dass das jeweilige Forderungsstatut bei solchen Transaktionen ohnehin ermittelt werden muss.⁹⁴ Denn die Schuldverschreibungen, die das *special purpose vehicle* (SPV) am Kapitalmarkt begibt, erhalten ein Rating. Dazu müssen die Forderungen auf ihre Werthaltigkeit geprüft werden, insbesondere ob ihre Erfüllung durch die Schuldner wahrscheinlich ist. Die Rechtswahlmöglichkeit zugunsten des Forderungsstatuts sei daher kein Nachteil bei der erforderlichen Due Diligence, sondern eröffne der Verbriefungsbranche weitere Flexibilität.⁹⁵

2. Die Anknüpfungspunkte im Recht der Mitgliedstaaten

Das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten ist in Bezug auf die Drittwirkungen sehr unterschiedlich gestaltet.⁹⁶ Die Differenzen erklären sich aus den verschiedenen sachrechtlichen Interessen und den daraus resultierenden Unterschieden in den sachrechtlichen Lösungen.⁹⁷ Grundsätzlich konkurrieren drei Anknüpfungspunkte miteinander: das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten, das Recht des Übertragungsvertrags (Zessionsgrundstatut) und das Recht der übertragenen Forderung. Daneben ist aber auch die Anknüpfung an das Recht am Sitz des Schuldners denkbar.

a) Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten

Einige Rechtsordnungen wie Art. 87 Abs. 3 des belgischen IPR-Gesetzes von 2004 beurteilen die Drittwirkungen generell nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Zedenten.⁹⁸ Wiederum andere wie Luxemburg sehen in Art. 58 Abs. 2 2004 Act on securitization das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Zedenten nur in Bezug auf Verbriefungen vor. Die Vorteile des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt sind vor allem die relativ leichte Feststellbarkeit des Anknüpfungspunkts und seine Harmonisierung mit dem *center of main interest* (COMI) iSd EuInsVO.⁹⁹ Hinzu kommt, dass diese Lösung der Regelung in Art. 22 UNCITRAL Receivables Convention¹⁰⁰ entspricht. Sollte das Übereinkommen verabschiedet werden, würde

⁹⁴ Richard Fentiman, *International Commercial Litigation*, 2. Aufl. 2015, Rn. 5.202; Perkins (2008) 2 L. & Fin. Mkts. Rev. 238 (241 f.).

⁹⁵ The City of London Law Society, Proposed EU Regulation on law applicable to the third party effects of assignment of claims – Why the UK should opt-out and work to get this proposal changed or scrapped, 3; Perkins (2008) 2 L. & Fin. Mkts. Rev. 238 (241 f.).

⁹⁶ Vgl. Moritz Brinkmann, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen*, 2011, 347.

⁹⁷ Vgl. rechtsvergleichend Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Aufl. 2015, 515 ff.; Catherine Walsh, *The Role of Party Autonomy in Determining the Third-Party Effects of Assignments: Of “Secret Laws” and “Secret Liens”*, (2018) 81 L&CP 181 (186) (Law and Contemporary Problems).

⁹⁸ *BIICL Report*, 2011, 169 ff.; ebenso die USA in §§ 9-301-9-306 UCC (2010).

⁹⁹ Garcimartin ZEuP 2019, 13 (31); Martiny in *MüKoBGB*, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 14 Rn. 37; Mankowski IPRax 2012, 298 (300).

¹⁰⁰ Article 22. Law applicable to competing rights: With the exception of matters that are settled elsewhere in this Convention and subject to articles 23 and 24, the law of the State in which the assignor is located governs the priority of the right of an assignee in the assigned receivable over the right of a competing claimant.

seine Anwendung internationalen Entscheidungseinklang herstellen.¹⁰¹ Jedoch ist das Abkommen bisher nur von Liberia unterzeichnet, so dass eine Ratifizierung derzeit nicht absehbar ist.¹⁰² In praktischer Hinsicht erweist sich der gewöhnliche Aufenthalt des Zedenten als geeignet für Sammelabtretungen, die gerade im Factoring-Geschäft von hoher Bedeutung sind. Die Drittwirkungen einer Sammelabtretung können damit einer einzigen Rechtsordnung unterstellt werden.¹⁰³ Zudem ermöglicht eine solche Anknüpfung Vorausabtretungen, da das anwendbare Recht im Voraus bestimmt werden kann.¹⁰⁴

Als Nachteil der Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt wird die Erhöhung der Komplexität der kollisionsrechtlichen Behandlung der Drittwirkungen angesehen. Im Geflecht der Abtretung kommt zum Recht des Übertragungsstatuts und dem Recht des Forderungsstatuts als drittes Statut noch das Drittwirkungsstatut hinzu, um einen einheitlichen Sachverhalt zu erfassen.¹⁰⁵ Dies steigert die Komplexität der Rechtsanwendung, erscheint aber angesichts der analytischen Methode des IPR unvermeidbar.¹⁰⁶ Ferner kann sich der gewöhnliche Aufenthalt des Zedenten verändern, indem der Zedent diesen verlegt. Dies kann bei mehrfacher Abtretung zu einem Statutenwechsel und damit zu einem Normenkonflikt führen.¹⁰⁷ Gleiches gilt bei der wiederholten Abtretung derselben Forderung durch den jeweils neuen Forderungsinhaber über eine sog. Abtretungskette. Sofern die jeweiligen Zedenten einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Land haben, unterliegen die Drittwirkungen dann jeweils auch anderen Rechtsordnungen. Zudem ist die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts von SPV oder *offshore companies* unklar.¹⁰⁸ Jedoch werden SPV gerade bei Verbriefungen eingesetzt, bei denen gemäß Art. 4 Abs. 3 Drittw-VO-E das Forderungsstatut anwendbar ist, so dass der gewöhnliche Aufenthalt des Zedenten nicht zwingend bestimmt werden muss. Gleiches gilt für Forderungen aus Finanzinstrumenten, die ebenfalls, allerdings zwingend und nicht kraft Rechtswahl, dem Forderungsstatut unterliegen.

b) Recht des Übertragungsvertrags

Demgegenüber folgen andere Mitgliedstaaten, wie die Niederlande, aber auch die Schweiz in Art. 145 IPRG, dem Recht des Übertragungsstatuts. Sie wenden also das Recht des Vertrags zwischen Zedent und Zessionar auf die

¹⁰¹ Leible/Müller IPRax 2012, 493 (498).

¹⁰² Kritisch daher Dickinson IPRax 2018, 337 (344).

¹⁰³ Catherine Walsh, The law applicable to the third-party effects of an assignment of receivables: whither the EU?, (2017) 22 Unif. L. Rev. 781 (787).

¹⁰⁴ Walsh (2017) 22 Unif. L. Rev. 781 (786).

¹⁰⁵ Francisco Garcimartín in Ulrich Magnus/Peter Mankowski, ECPIL – Rome I, 2. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 48; Mankowski IPRax 2012, 298 (300); Nishitani (2017) 22 Unif. L. Rev. 826 (840).

¹⁰⁶ S. A.

¹⁰⁷ Flessner IPRax 2009, 35 (38); Leible/Müller IPRax 2012, 491 (497).

¹⁰⁸ Garcimartín in Magnus/Mankowski, ECPIL – Rome I, 2. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 48.

Drittwirkungen der Abtretung an. In den Niederlanden wird die kollisionsrechtliche Flexibilität als ein überragender Wert verteidigt, um Zedent und Zessionar zu ermöglichen, dass sie Beschränkungen ihrer Vereinbarungen vermeiden, wenn das anwendbare Recht nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten bestimmt wird.¹⁰⁹

Knüpft man die Drittwirkungen nach dem Recht des Übertragungsvertrags an, dehnt man den Erwägungsgrund 38 Rom I-VO auf die dinglichen Wirkungen gegenüber Dritten aus.¹¹⁰ Die Form der „akzessorischen Anknüpfung“ bedeutet einen Gleichlauf von vertraglicher und dinglicher Rechtslage sowie der dinglichen Rechtslage *inter partes* und *erga omnes*. Diese Anknüpfung vermittelt den Parteien ein Höchstmaß an Parteiautonomie¹¹¹ und reduziert – im Gegensatz zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt – die anwendbaren Rechtsordnungen und damit die Komplexität. Folglich können auch keine Friktionen zwischen den Rechtswirkungen *inter partes* und *erga omnes* entstehen. Die Lösung erlaubt den Beteiligten eine Anpassung an die verschiedenen Marktsektoren.

Offensichtlicher Nachteil einer subjektiven Anknüpfung ist die mögliche Übervorteilung Dritter durch Zedent und Zessionar. Eine Rechtsgestaltung zu Lasten Dritter erscheint insofern möglich, wenn die Parteien ein Statut wählen können, das – wie das deutsche Recht – möglichst geringe Anforderungen an die Übertragung der Forderung stellt.¹¹² Für Rechtsordnungen, die einen Publizitätsakt in Form der Benachrichtigung des Schuldners oder eine Registrierung in einem Register vorsehen, ist dies insofern nachteilhaft, als die Publizitätserfordernisse unterlaufen werden können.¹¹³ Bei mehrfacher Abtretung derselben Forderung und gleichzeitigem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts vor der zweiten Abtretung ist zudem auch ein Widerspruch zwischen den Anknüpfungspunkten im Hinblick auf die Priorität denkbar, so dass widersprechende Abtretungen nach unterschiedlichen Rechtsordnungen beurteilt werden.¹¹⁴ Ferner erweist sich das Übertragungsstatut als ungeeignet für Forderungen aus Finanzinstrumenten, weil es sich – wie auch der gewöhnliche Aufenthalt – bei Übertragungsketten ändern kann.¹¹⁵ Defizite zu Lasten Dritter können aber durch eine beschränkte Rechtswahlfreiheit für Zedent und Zessionar abgemildert werden, die so mit einer gewissen Vorhersehbarkeit für Dritte kombiniert werden kann. Beispielsweise ließe sich

¹⁰⁹ BIICL Report, 2011, 274 ff.; Walsh (2017) 22 Unif. L. Rev. 781 (798).

¹¹⁰ Vgl. Hübner in BeckOGK Rom I-VO Art. 14 Rn. 31.

¹¹¹ Flessner IPRax 2009, 35 (39); Hausmann in Staudinger, 2016, Rom I-VO Art. 14 Rn. 68.

¹¹² Vgl. OLG Saarbrücken BeckRS 2018, 20145; Garcimartín in Magnus/Mankowski, ECPIIL – Rome I, 2. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 43.

¹¹³ Francisco Garcimartín in Franco Ferrari/Stefan Leible, Rome I Regulation, 2009, 217, 237; Walsh (2017) 22 Unif. L. Rev. 781 (805).

¹¹⁴ Vgl. aber zur Lösung durch eine sog. Metakollisionsnorm unter D. II 3.

¹¹⁵ Garcimartín in Magnus/Mankowski, ECPIIL – Rome I, 2. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 48; Hartley (2011) 60 ICLQ 29 (55 f.).

die Wahl auf das Recht der abgetretenen Forderung oder auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten beschränken.¹¹⁶

c) Recht der übertragenen Forderung

Einige Mitgliedstaaten erachten das Forderungsstatut für maßgeblich, also das Recht der übertragenen Forderung. Dazu zählen Spanien, Polen und England.¹¹⁷ In *Raiffeisen* entschied zB der englische Court of Appeal, dass Art. 12 EVÜ auf die „proprietary effects“ (zu denen das Gericht die Wirkungen der Abtretung zwischen Schuldner und Zedent und die Drittwirkungen zählte) der Abtretung anwendbar sei.¹¹⁸

Das Recht der übertragenen Forderung bietet den Vorteil der Vereinbarkeit mit dem Anknüpfungspunkt der Forderung. Wie die Anknüpfung an das Übertragungsstatut, reduziert die Anknüpfung an das Recht der übertragenen Forderung die Anzahl der zu berücksichtigenden Statute und damit die Komplexität.¹¹⁹ Sie hilft zudem, die Schwierigkeiten bei der Qualifikation bezüglich der Abgrenzung in dem Verhältnis zum Schuldner und in dem Verhältnis zu Dritten zu vermeiden.¹²⁰ Es bedarf damit keiner Trennung der Übertragbarkeit der Forderung und deren Wirkungen.¹²¹ Schließlich ist das Anknüpfungskriterium auch nicht wandelbar, wenn der Zedent seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt, eine Mehrfachzession erfolgt oder dieselbe Forderung mehrfach hintereinander übertragen wird.¹²² Eine – theoretisch denkbare – nachträgliche Rechtswahl bezüglich der Forderung wird regelmäßig nicht in Frage kommen. Allerdings kann sie nicht sinnvoll „zukünftige Forderungen“ aus Verträgen, die noch nicht geschlossen wurden, erfassen, da das zugrundeliegende Recht noch unbekannt ist. In praktischer Hinsicht führt das Forderungsstatut auch bei Sammelabtretungen (*bulk assignments*) zu einem Mehr an Komplexität und Ineffizienz, da für jede einzelne Abtretung das anwendbare Recht ermittelt werden muss.¹²³

d) Unklare Rechtslagen in Deutschland und Frankreich

In anderen Rechtsordnungen, wie Deutschland oder Frankreich, ist hingegen die Rechtslage unklar aus verschiedenen Gründen. In Deutschland ist durch die Aufhebung der Art. 27 ff. EGBGB eine Lücke entstanden,¹²⁴ während das französische Abtretungsrecht im Code civil signifikant reformiert

¹¹⁶ Vgl. BIICL Report, 2011, 387.

¹¹⁷ BIICL Report, 2011, 310 ff. (Spain), 290 ff. (Poland), 337 ff. (England).

¹¹⁸ *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG v. Five Star General Trading LLC* EWCA Civ 68 [2001] QB 825.

¹¹⁹ *Labonté* (2018) JPIL 319 (341).

¹²⁰ *Walsh* (2017) 22 Unif. L. Rev. 781 (795).

¹²¹ *Labonté* (2018) JPIL 319 (335); *Joanna Perkins*, Proprietary Issues Arising from the Assignment of Debts: A New Rule?, (2010) 6 BJIBFL 333 (334) (Butterworths Journal of International Banking and Financial Law).

¹²² *Garcimartín* in Magnus/Mankowski, ECPII – Rome I, 2. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 50.

¹²³ *Kieninger* RabelsZ 1998, 678 (699).

¹²⁴ Siehe D. I. 2. a).

wurde. Ein „Kernstück der Reform“¹²⁵ des Code civil bildet die Abschaffung der *signification* für die Drittwirkungen gemäß Art. 1323 Code civil¹²⁶; für die Wirkung gegenüber dem Schuldner ist sie aber weiterhin eine Wirksamkeitsvoraussetzung gemäß Art. 1324 Code civil.¹²⁷ Damit folgt der französische Code civil einem internationalen Trend zur Erleichterung der Umlauffähigkeit von Forderungen.¹²⁸ Insofern nähert sich die Lösung des französischen Code civil dem deutschen Abtretungsrecht an.¹²⁹

Noch ungeklärt ist, wie sich die Änderungen im Sachrecht auf die Qualifikation im IPR auswirken. Nach dem bisherigen Case law war für die Drittwirkungen das Recht am Sitz des Schuldners anwendbar.¹³⁰ Dies wurde mit dem Benachrichtigungserfordernis begründet, das gegenüber dem Schuldner, mithin an seinem Sitz, zu erfüllen war.¹³¹ Die bisherige kollisionsrechtliche Anknüpfung war damit entsprechend der funktionalen Qualifikation nach der *lex fori* durch die sachrechtlichen Vorgaben beeinflusst.¹³² Die neue Regelung der Abtretung im Code civil enthält keine kollisionsrechtliche Regel. Soweit ersichtlich haben sich die Instanzgerichte mit der Anknüpfung der Drittwirkung noch nicht auseinandersetzen müssen. Die Benachrichtigung des Schuldners dürfte aber damit kollisionsrechtlich Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO zuzuordnen sein, da die Benachrichtigung dem Schutz des Schuldners dient. Die Drittwirkungen hingegen hat *Louis d'Avout* bereits aufgegriffen.¹³³ Er hält infolge der Irrelevanz der Benachrichtigung für die Drittwirkungen eine Änderung der Anknüpfung für geboten; als sinnvoll sieht er eine Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten an.¹³⁴ Dieses sei für alle Beteiligte vorsehbar, entspreche dem einschlägigen UNCITRAL Abkommen und bilde den „Schwerpunkt des Rechtsverhältnisses“.¹³⁵ Damit erweist

¹²⁵ Sonnenberger ZEuP 2017, 778 (795 f.).

¹²⁶ Art. 1323: Zwischen den Parteien erfolgt der Übergang der Forderung mit der Vornahme des Geschäfts. Er ist (auch) Dritten gegenüber ab diesem Zeitpunkt entgegenzuhalten. Im Fall des Bestreitens trägt der Gläubiger die Beweislast für den Zeitpunkt der Zession. Der Beweis kann mit allen Mitteln geführt werden.

¹²⁷ Art. 1324: Die Abtretung kann dem Schuldner, sofern er ihr nicht bereits zugestimmt hat, nur entgegengehalten werden, wenn sie ihm zugestellt (mitgeteilt) worden ist oder er sie zur Kenntnis genommen hat.

¹²⁸ Rapport, 39; vgl. auch Arthur F. Salomons, Deformalisation of Assignment Law and the Position of the Debtor in European Property Law, (2007) ERPL 639 (European Review of Private Law).

¹²⁹ Hans-Jürgen Sonnenberger, Die Reform des französischen Schuldvertragsrechts, des Regimes und des Beweises schuldrechtlicher Verbindlichkeiten durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016, ZEuP 2017, 778 (794).

¹³⁰ *Cour d'appel de Paris*, 26.3.1986, D. 1986, 374; *Cour d'appel de Paris*, 27.9.1984, D. 1985, 178.

¹³¹ Kieninger RabelsZ 1998, 678 (701).

¹³² Marta Requejo Isidro, Assignability/Assignment of claims, in Jürgen Basedow/Franco Ferrari/Gisela Rühl/Pedro de Miguel Asensio, Encyclopedia of Private International Law, 2018, 141 (148).

¹³³ *Louis d'Avout*, La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance du 10 février 2016, D 2017, 457 (462) (Recueil Dalloz); vgl. auch Dominique Bureau/Horatia Muir Watt, Droit International Privé, Tome II – Partie spéciale, 4. Aufl. 2017, Rn. 681; vgl. auch Sonnenberger ZEuP 2017, 778 (794 Fn. 62).

¹³⁴ *d'Avout*, D 2017, 457 (462).

¹³⁵ *d'Avout*, D 2017, 457 (462).

sich die Anknüpfung nach autonomem französischem Recht bis zur Klärung durch die Gerichte als ungewiss.

3. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts

Ein weiteres Problem betrifft den gewöhnlichen Aufenthalt in Art. 2 lit. f DrittVO-E. Danach gilt der „gewöhnliche Aufenthalt“ als der Ort der Hauptverwaltung von Gesellschaften, Vereinen und juristischen Personen bzw. der Ort der Hauptniederlassung einer natürlichen Person, die im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handelt. Für mindestens zwei Personengruppen ist dies noch ungeklärt. Das erste sind natürliche Personen, die keine berufliche Tätigkeit ausüben,¹³⁶ wie die Insolvenzschildnerin im Fall des OLG Saarbrücken. In diesen Fällen kann aber trotz der gebotenen rechtsaktsspezifischen Definition¹³⁷ auf den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in anderen Rechtsakten zurückgegriffen werden.¹³⁸ Die zweite Gruppe betrifft *e-companies*, nicht-registrierte Gesellschaften, Gesellschaften mit zwei Hauptstandorten oder SPVs.¹³⁹ In allen Fällen muss also der Ort der Hauptverwaltung ermittelt werden. Dieser liegt immer an „dem Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“.¹⁴⁰ Für *e-companies* und nicht-registrierte Gesellschaften kann dieser Ort – wenn auch mit Aufwand – ermittelt werden, wie ein Schwerpunkt der Geschäftsleitung bei zwei Hauptstandorten.¹⁴¹ Ebenso muss bei SPVs ein Geschäftsleiter die relevanten Entscheidungen an einem bestimmten Ort treffen. Diese Probleme haben sich bereits im internationalen Gesellschaftsrecht bei Ermittlung des tatsächlichen Verwaltungssitzes gestellt und sind auch dort gelöst worden.¹⁴² Sie sprechen daher nicht gegen die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt. Dieses Thema lässt sich mit dem bestehenden Instrumentarium im IPR bewältigen.

4. Bestimmung des maßgebenden Zeitpunkts

Ein weiteres Problem bildet der „maßgebende Zeitpunkt“ iSv Art. 4 Abs. 1 DrittVO-E.¹⁴³ Danach bestimmen sich die Drittwirkungen nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten zum maßgebenden Zeitpunkt. Der

¹³⁶ *Garcimartín* ZEuP 2019, 13 (31); *Lehmann* (2018) BJIBFL 370 (371).

¹³⁷ *EuGH* 22.12.2010 – C-497/10 Rn. 45 f. – Mercredi/Chaffe.

¹³⁸ Vgl. zur Verallgemeinerbarkeit der erbrechtlichen Leitlinien *Rentsch*, Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrecht, 2017, 208 f.; *John* GPR 2018, 70 (77 ff.).

¹³⁹ *Garcimartín* in Magnus/Mankowski, ECPII – Rome I, 2. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 48; *Nishitani* (2017) 22 Unif. L. Rev. 826 (840).

¹⁴⁰ BGHZ 97, 269 (272) = NJW 1986, 2194 im Anschluss an *Sandrock* FS Beitzke, 1979, 669 (683); BGH NJW 2009, 1610 Rn. 11; BGH NJW-RR 2010, 250 Rn. 8; BGH NZG 2017, 1229; vgl. auch *Ulrich Magnus* in Staudinger, 2016, Rom I-VO Art. 19 Rn. 13; *Martiny* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 19 Rn. 6.

¹⁴¹ *Mankowski* RIW 2018, 488 (493).

¹⁴² Vgl. *Peter Kindler* in MüKoBGB, 7. Aufl. 2018, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 456 ff.

¹⁴³ *Garcimartín* ZEuP 2019, 13 (31).

Drittw-VO-E definiert aber just den maßgebenden Zeitpunkt weder in einem Erwägungsgrund noch in dem Definitionskatalog des Art. 2 Drittw-VO-E. In Betracht käme hier der Abschluss des Abtretungs- bzw. Übertragungsvertrags; denkbar wäre aber auch die Entstehung des Prioritätskonflikts oder der Beginn des möglichen Rechtsstreits. Eine Klarstellung ist hier geboten. Sinnvollerweise möchte das Europäische Parlament den Begriff „zum maßgebenden Zeitpunkt“ daher durch „zum Zeitpunkt des Abschlusses des Übertragungsvertrages“ ersetzen.¹⁴⁴ Dies ließe sich zwar möglicherweise schon aus dem Text herleiten,¹⁴⁵ rechtssicherer wäre aber eine entsprechende Regelung. Der Vorteil der Lösung des Parlaments liegt darin, dass der Übertragungsvertrag autonom die Situationen in allen Rechtsordnungen erfassen kann, dh solche, die dem Trennungsprinzip folgen, und solche, die dem Einheitsprinzip folgen.¹⁴⁶

5. Keine Regelung der Abtretungskette

Ein weiterer Nachteil der Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten sind die Komplikationen bei Abtreungsketten. Eine solche Kette liegt vor, wenn dieselbe Forderung durch den jeweiligen Zessionar erneut an einen weiteren Zessionar abgetreten wird. Für den Endzessionar besteht bei Beteiligten in verschiedenen Ländern die missliche Lage, dass er sich über sämtliche Vorinhaber der Forderung sowie deren jeweiligen Sitz und das dort geltende Recht informieren müsste, um klären zu können, ob sein Zedent die Forderung selbst wirksam erworben hat.¹⁴⁷ Dies führt zu einem hohen Rechtsermittlungsaufwand und damit zu hohen Transaktionskosten für den Endzessionar. Dabei handelt es sich um einen Nachteil der Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt, der aber aufgrund der Vorteile der Lösung in Kauf¹⁴⁸ zu nehmen ist.

III. Metakollisionsnorm für Prioritätskonflikte

Eine Schwäche der Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt ist die Wandelbarkeit des Anknüpfungskriteriums. Es können sog. *conflicts mobile*¹⁴⁹ entstehen. Durch die Veränderung des Anknüpfungspunkts ändert sich das anwendbare Recht, so dass die materiell-rechtliche Rechtslage sich ebenfalls verändern kann. Zur Lösung der Kollision im Kollisionsrecht bedarf

¹⁴⁴ Bericht über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf die Drittwirkung von Forderungsübertragungen anzuwendende Recht, COM(2018)096 – C8-0109/2018 – 2018/0044(COD), 16.

¹⁴⁵ Lehmann (2018) BJIBFL 370 (372).

¹⁴⁶ Mankowski RIW 2018, 488 (494).

¹⁴⁷ Axel Flessner, Privatautonomie und Interessen im internationalen Privatrecht am Beispiel der Forderungsabtretung, FS Canaris II, 2007, 545 (557).

¹⁴⁸ Siehe D. II 2.

¹⁴⁹ Lehmann (2018) BJIBFL 370 (372); vgl. grundlegend Dominique Bureau/Horatia Muir Watt, Droit International Privé, Tome I – Partie générale, 4. Aufl. 2017, Rn. 418 ff.

es Metakollisionsnormen, die auch in dem Drittw-VO-E vorgesehen sind.¹⁵⁰ In der Sache geht es um die Ermittlung des für die Anknüpfung maßgeblichen Zeitpunkts.

Ihre Anwendung soll anhand eines Beispiels¹⁵¹ illustriert werden. Der in England wohnende Zedent tritt seine Forderung zunächst an eine englische Bank nach englischem Recht ab, ohne den Schuldner zu informieren. Er verlegt dann seinen Wohnsitz nach Deutschland und tritt anschließend dieselbe Forderung nochmals an eine deutsche Bank nach deutschem Recht ab. Damit ist die Frage aufgeworfen, welche Abtretung Vorrang genießt.

Theoretisch denkbar wäre es, dass das Kollisionsrecht das Recht des ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthaltes zum maßgeblichen Recht bestimmt. Alternativ könnte auch das Recht am „neuen“ gewöhnlichen Aufenthalt zur Lösung des Prioritätskonflikts bestimmt werden. Jedoch wählt der Drittw-VO-E einen anderen Weg. Er sieht eine sog Metakollisionsnorm in Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 Drittw-VO-E vor.¹⁵² Danach bestimmt das Recht am ursprünglichen gewöhnlichen Aufenthalt den Zeitpunkt der Drittwirksamkeit der ersten Abtretung, während das Recht am neuen gewöhnlichen Aufenthalt den Zeitpunkt der Drittwirksamkeit der zweiten Abtretung festlegt. Die somit ermittelte zeitlich erste Abtretung genießt den Vorrang.¹⁵³ Entscheidender Zeitpunkt für die Bestimmung der Drittwirksamkeit ist der Zeitpunkt des Forderungsübergangs und nicht derjenige des Vorrangkonflikts.¹⁵⁴

Besteht also ein Prioritätskonflikt zwischen zwei „stillen“ Zessionen (dh die Zession ist dem Schuldner nicht mitgeteilt worden), und unterliegt die eine Zession deutschem Recht, die andere Zession aber englischem Recht, so wird sich die deutsche Zession durchsetzen. Denn sie ist bereits mit der Abtretung wirksam, während nach englischem Recht die Abtretung Priorität genießt, die zuerst beim Schuldner angezeigt wurde.¹⁵⁵ In diesen Fällen erweist sich also die Abtretung nach dem Recht, das – wie das deutsche Recht – keine Anzeige verlangt, als die schnellere. Insofern könnte sich die Regelung als ein Vorteil für die Anwendung des deutschen Rechts auf die Drittwirkungen der Abtretung erweisen.¹⁵⁶ Auch in diesem Kontext zeigt sich die Bedeutung der Verzahnung von Kollisions- und Sachrecht. Im Ergebnis wird

¹⁵⁰ *Dickinson* IPRax 2018, 337 (343) „‘super conflict’ rule“; *Müller* EuZW 2018, 522 (528).

¹⁵¹ Beispiel nach *Lehmann* (2018) BJIBFL 370 (372).

¹⁵² Hat der Zedent dieselbe Forderung zweimal auf verschiedene Zessionare übertragen und in dieser Zeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt, bestimmt sich der Vorrang des Rechts eines Zessionars vor dem Recht eines anderen Zessionars nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Zedenten zu dem Zeitpunkt, zu dem die erste Übertragung nach dem zur Anwendung berufenen Recht gemäß Unterabsatz 1 Dritten gegenüber wirksam wurde.

¹⁵³ *Lehmann* (2018) BJIBFL 370 (372).

¹⁵⁴ *Müller* EuZW 2018, 522 (528).

¹⁵⁵ *Dearle v Hall* (1828) 3 Russ 1.

¹⁵⁶ *Lehmann* (2018) BJIBFL 370 (372).

damit der Nachteil der Instabilität des Anknüpfungskriteriums zumindest abgemildert.

IV. Klärungsbedarf für den Anknüpfungspunkt der Drittwirkungen

Die Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten inklusive seiner sektorbedingten Sonderanknüpfungen an das Recht der Forderung sowie die komplexe Regelung einer Metakollisionsnorm überzeugt. Damit wird das Recht der Drittwirkungen der Abtretung harmonisiert; als Reflex werden ferner Lücken in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen geschlossen. Allerdings ist es unbedingt erforderlich, dass der maßgebende Zeitpunkt durch den Zeitpunkt des Abschlusses des Übertragungsvertrags ersetzt wird. Die Nichtregelung der Abtretungskette ist ein Nachteil des festgelegten Anknüpfungspunktes.

E. Abschließende Bewertung und Kontextualisierung des Dritt-VO-E

In dem folgenden Schlussteil wird zunächst der Frage nachgegangen, ob nicht eine Ergänzung der Rom I-VO besser gewesen wäre (unter I.). Anschließend wird nochmals die Verbesserung der Rechtslage durch den Dritt-VO-E unter II. gewürdigt und schließlich der Entwurf in den europäischen Entwicklungszusammenhang eingeordnet (unter III.).

I. Warum keine Ergänzung der Rom I-VO?

Die EU-Kommission hat sich gegen eine auch denkbare Ergänzung der Rom I-VO entschieden, da sie in dieser nur vertragliche Aspekte geregelt sieht.¹⁵⁷ Die Entscheidung hat Kritik erfahren; das IPR würde „implodieren“, wenn jedes einzelne Thema in einer Verordnung geklärt würde.¹⁵⁸ Aus ästhetischen Gründen kritisieren daher einige Autoren, ob nicht eine Lösung in der Rom I-VO sinnvoller gewesen wäre.¹⁵⁹ Es sei nicht ratsam, eine ganze Verordnung den Drittwirkungen zu widmen.¹⁶⁰ Vielmehr läge die Lösung in einem Allgemeinen Teil des Europäischen IPR. Allerdings ist einer solchen Vorstellung zu widersprechen. Ein Allgemeiner Teil des europäischen IPR mag ein – aus deutscher Sicht – erstrebenswertes Ziel sein. Jedoch demonstriert die Entwicklung des europäischen Privatrechts, dass eine kontinuierli-

¹⁵⁷ COM(2018) 96 final, 14.

¹⁵⁸ *Mankowski* RIW 2018, 488 (501).

¹⁵⁹ *Mankowski* RIW 2018, 488 (501).

¹⁶⁰ *Hemler* GPR 2018, 185 (191); *Mankowski* RIW 2018, 488 (501).

che Weiterentwicklung statt einer großen Lösung ebenfalls den Weg zu einer Harmonisierung bereitet. Nur eine kontinuierliche Fortentwicklung des IPR schafft Platz für solche Regelungen, die sich in den Gemeinsamen Vorschriften der IPR-Verordnungen wiederfinden, und konkretisiert einen künftigen Allgemeinen Teil des IPR immer weiter. Das Vorgehen ist also ein notwendiger Zwischenschritt auf dem Weg zu einer harmonisierten europäischen IPR-Gesamtrechtsordnung.

II. Verbesserung der bisherigen Rechtslage

Das Inkrafttreten des Drittw-VO-E würde ein höheres Maß an Rechtssicherheit im Fall von Prioritätskonflikten bei Mehrfachabtretungen und in der Insolvenz mit sich bringen. Mit einer entsprechenden Regelung würde nicht nur klargestellt, dass die Rom I-VO nicht auf die Drittwirkungen Anwendung findet, sondern es würden vor allem die bisherigen erheblichen Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Kollisionsrechten beseitigt. Damit würde in einem größeren Umfang Rechtssicherheit geschaffen. Als Reflex würde sich auch eine Lösung für die Mitgliedstaaten wie Deutschland und Frankreich¹⁶¹ ergeben, in denen das nationale Kollisionsrecht keine Regelung bereithält. Offen bleibt noch, inwiefern Wirksamkeitserfordernisse für die Drittwirkungen der Abtretung als Eingriffsnormen eingeordnet werden können.¹⁶²

Die Verbesserung der Rechtssicherheit zeigt sich auch bei einer Anwendung auf die beiden oben angesprochenen Beispielsfälle des OLG Saarbrücken und des norwegischen Gerichtshofs. Im Fall des OLG Saarbrücken wäre mangels vorrangiger Anknüpfung gemäß Art. 4 Abs. 2 Drittw-VO-E das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten auf die Drittwirkungen der Abtretung und damit auf den Prioritätskonflikt anwendbar. Da deutsches Recht die Voraussetzungen für die Übertragung der Forderung gegen die luxemburgische Arbeitgeberin an die luxemburgische Bank regeln würde, wäre die Abtretung bereits mit Abschluss des Abtretungsvertrags zwischen der Zedentin und der luxemburgischen Bank wirksam; bei der Anwendung luxemburgischen Rechts hätte es hingegen einer Anzeige bei der Schuldnerin (Arbeitgeberin) für die Drittwirkung bedurft. Damit ist die Abtretung an die Beklagte als erstes wirksam geworden. Die Klage gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB wäre abzuweisen, da der Beklagten ein vorrangiges Recht an dem hinterlegten Betrag zusteht. Die Entscheidung des norwegischen Gerichtshofs würde genauso ausgefallen, da Art. 4 Abs. 1 Drittw-VO-E die gleiche Lösung wie der norwegische Gerichtshof wählt. Der Prioritätskonflikt richtet sich nach norwegischem Recht, da die insolvente Zedentin ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Norwegen hatte.

¹⁶¹ Siehe D. II. 2. d).

¹⁶² *d'Avout* D 2017, 457 (462).

III. Einordnung des Drittw-VO-E in den europäischen Entwicklungszusammenhang

Aus der Sicht des europäischen Gesetzgebers schließt der Drittw-VO-E nicht nur eine große Lücke im europäischen Kollisionsrecht. Er ist auch ein Baustein für die Europäische Kapitalmarktunion.¹⁶³ Der Entwurf hat somit eine Hybridfunktion zwischen IPR und Kapitalmarktrecht. Dies mag auch erklären, warum eine gesonderte Regelung in einer eigenständigen Verordnung notwendig war, anstatt die bestehenden Normen der Rom I-VO zu ergänzen.¹⁶⁴ Die Gestaltung der Anknüpfungspunkte ist ein Beleg, dass die EU-Kommission bei ihrer Rechtssetzung sektoriell¹⁶⁵ denkt und nicht nur von der Idee zur kohärenten Lückenschließung im IPR beseelt ist. Ob eine sektorielle Harmonisierung im IPR als neues Muster der Harmonisierung funktioniert, erscheint mehr als fraglich. Die bisherigen IPR-Rechtsakte wie die Rom I-VO folgen eher der klassischen IPR Dogmatik. Die sektorielle Lösung für Bankguthaben und Verbriefungen dürfte sich vielmehr aus dem Kompromisscharakter des Vorschlags ergeben. Dass damit die Einheitlichkeit des Drittwirkungsstatuts, das selbst ein Teil des Abtretungsstatuts ist, unterlaufen wird, führt in jedem Fall zu einer zunehmenden Komplexität.

Der Drittw-VO-E belegt auch, dass Kompromisse nach langen Diskussionen zur Lückenschließung und damit zu einer weiteren Harmonisierung im Kollisionsrecht führen können. In den Teilbereichen des Sachenrechts, Gesellschaftsrechts, Personenrechts und Teilen des Familienrechts und den zivilprozessualen Beziehungen zu Drittstaaten ist (noch) nationales Kollisionsrecht anwendbar.¹⁶⁶ Allerdings ist zu beachten, dass der Drittw-VO-E bereits dingliche Aspekte erfasst, so dass man von einem weiteren „Fragment“ eines europäischen Internationalen Sachenrechts sprechen kann.¹⁶⁷ Ein anderes Beispiel wäre das Internationale Gesellschaftsrecht.¹⁶⁸ Zwar hat die EU-Kommission im Company Law Package das Kollisionsrecht im Wesentlichen ausgeklammert, aber es bleibt die Hoffnung, dass auch in diesem Bereich weitere Projekte angestoßen werden. Mit dem GEDIP-Entwurf liegt ein entsprechender Regelungsvorschlag auf dem Tisch.¹⁶⁹ Wie schon angedeutet ist eine schrittweise Erweiterung des *Acquis* eine sinnvolle Lösung, um ein vollständi-

¹⁶³ COM(2015) 468 final, 26.

¹⁶⁴ Siehe E. I.

¹⁶⁵ Thomas Ackermann, Sektorielles EU-Recht und allgemeine Privatrechtssystematik, ZEuP 2018, 741 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Jürgen Basedow, Hundert Jahre Rechtsvergleichung – Von wissenschaftlicher Erkenntnisquelle zur obligatorischen Methode der Rechtsanwendung, JZ 2016, 269 (277).

¹⁶⁷ Vgl. Heinz-Peter Mansel, Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2017, EGBGB Art. 43 Rn. 211 ff.

¹⁶⁸ GEDIP, Draft rules on the law applicable to companies and other bodies, ZEuP 2017, 500 ff.; Jan v. Hein, Der Vorschlag der GEDIP für eine EU-Verordnung zum Internationalen Gesellschaftsrecht, in Liber Amicorum C. Kohler, 2018, 551 ff.; Hübner ZGR 2018, 149 ff.

¹⁶⁹ Jan von Hein, Der Vorschlag der GEDIP für eine EU-Verordnung zum Internationalen Gesellschaftsrecht, in Liber amicorum C. Kohler, 2018, 551 ff.; Hübner ZGR 2018, 149.

ges gemeineuropäisches IPR zu schaffen. Eine wachsende Kodifikation scheint daher erfolgversprechender als eine Gesamtkodifikation „auf einen Schlag“,¹⁷⁰ auch wenn ein *European Code of Private International Law*¹⁷¹ zwecks Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten und Dogmatik ein lohnenswertes Endziel sein mag.

Für die Harmonisierung ist allerdings ein kleiner Wermutstropfen hinzunehmen. Denn das Vereinigte Königreich hat sich zu einem vorzeitigen *Small Brexit*¹⁷² im Hinblick auf den Drittw-VO-E entschieden. Anfang Juli 2018 hat es von seiner opt out-Option gemäß Protokoll Nr. 21 Gebrauch gemacht, da die Lösung des Drittw-VO-E nicht im Einklang mit der Marktpolitik stünde.¹⁷³ Dies ist bedauerlich, da die bisherigen Diskussionen ua dazu dienten, die Interessen der (primär britischen) Finanzwirtschaft zu berücksichtigen. Den Kompromisscharakter des Drittw-VO-E offenbaren die Sonderranknütungen zugunsten der Bankguthaben, Forderungen aus Finanzinstrumenten und der beschränkten Rechtswahl.¹⁷⁴ Gerade die Vertreter aus dem Bereich der *securitization* haben sich für das Forderungsstatut – wie jetzt in dem Drittw-VO-E vorgesehen – ausgesprochen.¹⁷⁵ Absurd wird diese Situation, wenn man sich vergegenwärtigt, dass bereits das Scheitern der Verhandlungen zur Rom I-VO auf den Widerstand des UK zurückzuführen war. Die Idee eines *acquis réduit* wird damit hier schon zur Realität.¹⁷⁶

Eine sachrechtliche Harmonisierung der Drittwirkungen der Abtretung oder des gesamten Abtretungsrechts würde ein noch größeres Maß an Rechtssicherheit mit sich bringen.¹⁷⁷ Allerdings ist nicht nur eine Kompetenz der EU zur Regulierung des Sachrechts deutlich schwieriger begründen; auch die Verhältnismäßigkeit einer Sachrechtsharmonisierung erscheint zweifelhaft.¹⁷⁸ Jedoch lässt sich die Rechtssicherheit auch durch die Schaffung harmonisierter Kollisionsregeln verbessern, ohne in die mitgliedstaatlichen Sachrechte eingreifen zu müssen.¹⁷⁹

¹⁷⁰ Hübner ZGR 2018, 149 (183 f.).

¹⁷¹ Jan v. Hein/Giesela Rühl, Towards a European Code on Private International Law?, *RabelsZ* 79 (2015), 701 ff.

¹⁷² Vgl. zu den Konsequenzen des Brexit für IPR und IZVR Marc-Philippe Weller/Chris Thomale/Susanne Zwirlein, Brexit: Statutenwechsel und Acquis communautaire, *ZEuP* 2018, 892 ff.; Michael Sonnentag, Die Konsequenzen des Brexits für das Internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2017.

¹⁷³ JHA opt in decision – law applicable to the third-party effects of assignment of claims: Written statement – HCWS836, abrufbar unter <https://www.parliament.uk/business/publications/written-questions-answers-statements/written-statement/Commons/2018-07-09/HCWS836/>; zuletzt abgerufen am 20.9.2018.

¹⁷⁴ Müller *EuZW* 2018, 522 (529).

¹⁷⁵ Zu den Gründen Perkins (2008) 2 L. & Fin. Mkts. Rev. 238 (241 f.).

¹⁷⁶ Vgl. Weller/Thomale/Zwirlein *ZEuP* 2018, 892 (913 f.).

¹⁷⁷ Brinkmann, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, 348; *BIICL Report*, 2011, 401; vgl. für eine Mischung aus Forderungsregistrierung bei gleichzeitiger Gewährung von Partiautonomie Basedow (Fn. 1) Rn. 286 ff.

¹⁷⁸ Vgl. COM(2018) 96 final, 14.

¹⁷⁹ COM(2018) 96 final, 14; vgl. zur Rechtssicherheit als „idée directrice“ des Europäischen Kollisionsrechts Marc-Philippe Weller, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?, *IPRax* 2011, 429 (434 f.).

Positiv stimmt aber, dass das Europäische Parlament im Grundsatz mit dem Dritt-VO-E einverstanden ist.¹⁸⁰ Der Dritt-VO-E bedeutet einen großen Schritt nach vorn im grenzüberschreitenden Forderungshandel in der EU. Er schließt eine große Lücke im Europäischen Recht sowie teilweise in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Auch wenn die EU-Kommission die unrealistische Frist zur Überprüfung in Art. 27 Abs. 2 Rom I-VO nicht eingehalten hat, haben die Diskussionen diesen wesentlichen Fortschritt möglich gemacht und die Fähigkeit der Europäischen Union zur Schließung von Kompromissen nachgewiesen. Obwohl der Dritt-VO-E viele Probleme löst, wirft er aber auch neue auf. Für die Kollisionsrechtler ist das eine gute Nachricht. Ihnen geht also der Stoff nicht aus. Dennoch bleibt festzuhalten, dass mit dem Inkrafttreten „eine der meistdiskutierten Fragen des Internationalen Vertragsrechts“ zumindest weitestgehend beantwortet wäre.

F. Zusammenfassung in Thesen

1. Sowohl die rechtsvergleichenden Überlegungen als auch die beiden aktuellen Entscheidungen des OLG Saarbrücken und des norwegischen Gerichtshofs haben aufgezeigt, dass im Hinblick auf die Anknüpfung der Drittwirkungen ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit in der EU und in manchen Mitgliedstaaten besteht. Die Drittwirkungen der Abtretung im Kollisionsrecht bedürfen der Harmonisierung.

2. Der Dritt-VO-E bringt eine Verbesserung der Rechtslage. Mit der Festlegung auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten in Kombination mit den Ausnahmen für Bankkonten und Forderungen aus Instrumenten sowie Verbriefungen würde zum einen klargestellt, dass die Rom I-VO nicht auf die Drittwirkungen Anwendung findet. Zum anderen würden vor allem die bisherigen erheblichen Unterschiede in den mitgliedstaatlichen Kollisionsrechten beseitigt und dadurch in einem größeren Umfang Rechtssicherheit geschaffen. Als Reflex schließt der Dritt-VO-E auch Lücken in den nationalen Kollisionsrechten, die entweder über keine kollisionsrechtliche Regelung der Drittwirkungen der Abtretung verfügen (Deutschland) oder in denen infolge von Änderungen im Sachrecht Unklarheit über die kollisionsrechtliche Behandlung besteht (Frankreich). Die Fälle des OLG Saarbrücken und des norwegischen Gerichtshofs belegen die Sinnhaftigkeit der Koordination mit der Anknüpfung nach der EuInsVO.

3. Der Dritt-VO-E bietet eine nachvollziehbare Lösung, die erkennbar die Züge eines gemeineuropäischen Kompromisses trägt. Mit der generellen Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt und den Ausnahmen

¹⁸⁰ Committee on Legal Affairs, Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to the third party effects of assignments of claims, COM(2018)0096 – C8-0109/2018 – 2018/0044(COD), 13.

für Bankguthaben, Forderungen aus Finanzinstrumenten und für Verbriefungen zeigt sich eine sektorielle Harmonisierung im IPR. Dies entspricht auch der hybriden Funktion der Drittw-VO: Schließung der Lücken im Kollisionsrecht und Ausbau der Kapitalmarktunion.

4. Betreffend den Anknüpfungsgegenstand sollten noch einige, wenige Ergänzungen vorgenommen werden. Zunächst sollte das Wort „insbesondere“ in Art. 5 Drittw-VO-E gestrichen werden. Ferner sollte der Erwägungsgrund 15 Drittw-VO-E neu formuliert werden. Zudem sollte der Begriff der Verbriefungen in Art. 4 Abs. 3 Drittw-VO-E in Übereinstimmung mit der Terminologie in Art. 2 Nr. 1 der Verordnung (EU) 2017/2402 definiert werden.

5. Die Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten inklusive seiner sektorbedingten Sonderanknüpfungen an das Recht der Forderung sowie die komplexe Regelung einer Metakollisionsnorm überzeugt. Damit wird das Recht der Drittwirkungen der Abtretung harmonisiert; als Reflex werden ferner Lücken in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen geschlossen. Allerdings ist es unbedingt erforderlich, dass der „maßgebende Zeitpunkt“ in Art. 4 Abs. 1 Drittw-VO-E durch den „Zeitpunkt des Abschlusses des Übertragungsvertrags“ ersetzt wird. Die Nichtregelung der Abtreungskette ist ein Nachteil des festgelegten Anknüpfungspunktes.