



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT  
HEIDELBERG  
ZUKUNFT  
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Aufrechnung im Europäischen Kollisions- und  
Verfahrensrecht unter besonderer Berücksichtigung der  
Nettingvereinbarungen“**

Dissertation vorgelegt von Eleftherotria-Georgia Koutsoukou

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Burkard Hess

Zweitgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Die Untersuchung befasst sich mit der Aufrechnung im Europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik von Nettingvereinbarungen.

## TEIL 1

Der erste Teil geht auf die Grundlegung des Aufrechnungsinstituts ein.

Vorangestellt wird der historisch-dogmatische Hintergrund der Aufrechnung. Die Untersuchung ergab, dass die Aufrechnung durch seine rechtsvergleichend zu ermittelnden Funktionen legitimieren lässt, vor allem ihre Transaktionsvereinfachungsfunktion und ihre Sicherungsfunktion. Billigkeits- bzw. Vertrauensschutzgedanken sind für die dogmatische Grundlegung der Aufrechnung wenig überzeugend.

Zudem befasst sich der erste Teil mit der rechtsvergleichenden Betrachtung des Aufrechnungsinstituts in den wichtigsten EU-Rechtskreisen (angelsächsischer, romanischer und germanischer Rechtskreis). Die Analyse der außerinsolvenzrechtlichen Aufrechnung zeigt Unterschiede zwischen der englischen, der französischen und der deutschen Rechtsordnung im Hinblick auf die Aufrechnungsvoraussetzungen und den Aufrechnungsvollzug. Trotz aller Unterschiede lässt sich jedoch eine gewisse Konvergenz des Aufrechnungsregimes in den untersuchten Rechtsordnungen erkennen. Anders gilt für die Insolvenzaufrechnung. Dabei unterscheiden sich die untersuchten Rechtsordnungen stark. In England wird sowohl von den Voraussetzungen sowie von dem Vollzug der Aufrechnung nach dem allgemeinen Recht abgekehrt, so dass das *insolvency set-off* sich als eigenständiges, von der Aufrechnung des allgemeinen Rechts losgelöstes Rechtsinstitut darstellt. In Frankreich setzt die Insolvenzaufrechnung die Konnexität der gegenüberstehenden Forderungen voraus; die Erfüllung sonstiger Voraussetzungen des allgemeinen Rechts ist nicht erforderlich. Das deutsche Insolvenzrecht stellt hingegen grundsätzlich auf die Insolvenzfestigkeit der im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehenden Aufrechnungslage ab.

## TEIL 2

Der zweite Teil beschäftigt sich mit der kollisionsrechtlichen Behandlung der Aufrechnung im EU-Justizraum, vor allem mit den aufrechnungsrelevanten Vorschriften der Rom I und II-VO. Gesondert wird das Statut der Aufrechnungs- und Nettingvereinbarungen außerhalb der Insolvenz behandelt.

Vor allem wird die Kollisionsnorm des Art. 17 Rom I-VO analysiert, die die „Aufrechnung“ an das Hauptforderungsstatut anknüpft. Der „Aufrechnungsbegriff“ ist autonom zu ermitteln. Er ist weit zu fassen: Hierunter fallen alle Vorgänge, mit denen der Schuldner seine eigene Forderung der Forderung des Gläubigers zum Zwecke des Erlöschens beider Forderungen entgegensetzt. Die einvernehmliche Aufrechnung ist vom Anwendungsbereich des Art. 17 Rom I-VO ausgeschlossen. Ebenso gilt für die Widerklage und die Anrechnungsvorgänge. Darüber hinaus wird das Aufrechnungsstatut von der *lex fori* abgegrenzt. Letzterer ist restriktiv zu handhaben: Er umfasst verfahrensrechtliche Aspekte, die die Grundlage einer ordentlichen Rechtspflege oder der prozessualen Waffengleichheit schaffen. Der Bestand der gegenüberstehenden Forderungen ist eine kollisionsrechtliche Vorfrage, die selbstständig anzuknüpfen ist.

Für die Aufrechnung außervertraglicher Forderungen (Rom II-VO) enthält die Rom II-VO keine Regelung. Diese systeminterne Regelungslücke ist im Wege einer teleologischen Extension des Art. 17 Rom I-VO zu schließen. Bei der Aufrechnung zwischen vertraglichen (Rom I-VO) und außervertraglichen (Rom II-VO) Forderungen legt die Abwägung der gegenteiligen Interessen nahe, Art. 15 lit h) Rom II-VO teleologisch zu erweitern (Anwendbarkeit des Rechts der außervertraglichen Forderung). Hängen sich die aufrechenbar gegenüberstehenden vertraglichen und außervertraglichen Forderungen zusammen, ist die Ausweichklausel des Art. 4 III Rom II-VO in Betracht zu ziehen: Sie erlaubt die Anwendung des Rechts des Staates, zu dem die außervertragliche Forderung die engere Beziehung aufweist, etwa beim Bestehen eines Vertrags.

Die Arbeit setzt sich mit dem in Art. 17 Rom I-VO gewählten Aufrechnungsstatut kritisch auseinander. Vor allem schafft es keine Rechtssicherheit über das anwendbare Recht. Denn die Festlegung des Hauptforderungsstatuts ist oft von Zufälligkeiten abhängig. Zudem birgt es ein Manipulationspotenzial: Durch geschicktes Taktieren können die betreffenden Parteien das anwendbare Recht bestimmen. Schließlich ist die kollisionsrechtliche Schutzwürdigkeit des Aufrechnungsgegners zweifelhaft. Vorzuziehen ist stattdessen eine kollisionsrechtliche Erleichterung des Aufrechnungsvollzugs im EU-Justizraum. Denn Transaktionen werden damit vereinfacht und die betreffenden Parteien gegen das Zahlungsausfallrisiko des Vertragspartners gesichert. Zu einer aufrechnungsfreundlichen Lösung würde – trotz aller Nachteile – die alternative Anknüpfung (Günstigkeitsprinzip) führen.

Die einvernehmliche Aufrechnung (isolierte Aufrechnungsverträge i.e.S. und Verrechnungsklauseln) unterliegt den allgemeinen Kollisionsregeln der Rom I-VO (Art. 3 Rom I-VO). Die Anknüpfung des Aufrechnungsvertrags ist bei ausdrücklicher Rechtswahl eher unproblematisch (Art. 3 Rom I-VO). Fehlt es an einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Rechtswahl, unterliegt der isolierte Aufrechnungsvertrag i.e.S. dem Recht des Staates, zu dem er die engste Verbindung aufweist (Art. 4 IV Rom I-VO). Dabei sind sämtliche Umstände des Einzelfalles in Betracht zu ziehen. Bereitet die Festlegung der engsten Verbindung Schwierigkeiten, sind beide Forderungsstatute kumulativ anzuwenden. Bei Verrechnungsvereinbarungen in einem Vertrag ist die Auslegung der Rechtswahlklausel maßgeblich, d.h. ob die Rechtswahlklausel auch die Verrechnungsvereinbarung erfasst. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Fehlt es an einer Rechtswahl, unterliegt die Verrechnungsklausel als Erlöschensgrund (Art. 12 lit. d) Rom I-VO) dem anwendbaren Vertragsstatut.

Die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Nettingvereinbarungen unterliegen dem von den Parteien gewählten Recht nach Art. 3 ff. Rom I-Verordnungen – vorbehaltlich der Art. 3 III und IV Rom I-VO. Nettingvorgänge in Systemen i.S.v. Finalitäts-RL unterliegen dem für das System gewählten Recht (Art. 2 lit. a) Finalitäts-RL). Bei fehlender Rechtswahl kommt bei zentralisierten Systemen das Recht am Sitz des Systembetreibers bzw. der Zentralstelle (Art. 4 II Rom I-VO) zur Anwendung. In sonstigen Konstellationen ist die engste Verbindung – unter Berücksichtigung sämtlicher Einzelfallumstände – zu ermitteln.

### TEIL 3

Im dritten Teil wird die Aufrechnung im Europäischen Insolvenzrecht untersucht. Vor allem werden die Aufrechnung sowie die Aufrechnungs- und Nettingvereinbarungen in der Europäischen Insolvenzverordnung analysiert. Zudem wird den europäischen insolvenzrechtlichen Regeln über die Nettingvereinbarungen Rechnung getragen (EMIR, CSDR, FCD, SFD, BRRD und WUD).

Die Arbeit geht vor allem die komplizierte Regelung der Aufrechnung unter der EuInsVO ein. Nach Art. 7 II lit. d) EuInsVO unterliegen „die Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Aufrechnung“ dem Recht des Eröffnungsstaates (*lex fori concursus*). Die Debatte, ob die *lex fori concursus* (Art. 7 II lit. d) EuInsVO) nur die insolvenzrechtliche Zulässigkeit der Aufrechnung umfasst oder auch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Aufrechnungsvollzugs, ist verfehlt. Denn Art. 7 II lit. d) EuInsVO knüpft an die insolvenzrechtlichen Aufrechnungsvorschriften der *lex fori concursus* an. Letztere sollen darüber entscheiden, ob die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Aufrechnung Voraussetzung für ihre insolvenzrechtliche Beständigkeit ist oder nicht. Daran anschließend ist die Ausgestaltung des Aufrechnungsinstituts nach der jeweiligen *lex fori concursus* für die hier besprechende Problematik maßgeblich. Zudem lässt Art. 9 I EuInsVO die Befugnis eines Gläubigers, mit seiner Forderung gegen eine Forderung des Schuldners aufzurechnen, von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unberührt, wenn diese Aufrechnung nach dem für die Forderung des insolventen Schuldners maßgeblichen Recht zulässig ist. Diese Vorschrift kommt erst zur Anwendung, wenn die Aufrechnung nach der *lex fori concursus* unzulässig ist. Erfasst ist nur die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits entstandene Aufrechnungsbefugnis (inkl. der einvernehmlichen Aufrechnung und des *settlement/payment netting*) eines Insolvenzgläubigers (nicht des Insolvenzverwalters). *Novation netting* sowie *close-out netting* sind vom Anwendungsbereich des Art. 9 EuInsVO ausgenommen. Die Zulässigkeit „nach dem für die Forderung des insolventen Schuldners maßgeblichen Recht“ gilt als Verweis auf die materiell-rechtlichen Vorschriften des Hauptforderungsstatuts – unter Ausschluss der insolvenzrechtlichen Vorschriften. Insgesamt gesehen ist die Privilegierung des Aufrechnungsbefugten nach Art. 9 EuInsVO weder aus rechtsdogmatischer noch aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt.

Außerhalb der EuInsVO räumen zahlreiche europäische Rechtsakte Nettingvorgängen eine umfangreiche insolvenzrechtliche Beständigkeit ein. Diese Durchbrechung des Grundsatzes *par conditio creditorum* ist dogmatisch bedenklich. Unter Umständen lässt sie jedoch aus ökonomischen Gesichtspunkten legitimieren. Dies gilt vor allem, wenn sonstige Gläubiger die tatsächliche Wirtschaftslage des Schuldners – also die Brutto- und Nettopositionen – richtig einschätzen können. Dies trifft jedoch nicht immer zu.

#### TEIL 4

Der vierte Teil befasst sich mit prozessrechtlichen Fragen der gerichtlichen Geltendmachung des Aufrechnungseinwands im EU-Justizraum.

Untersucht wird vornehmlich die Problematik der internationalen Zuständigkeit für die Aufrechnung, wenn die internationale Zuständigkeit für Haupt- und Gegenforderung auseinanderfällt. Im Lichte der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung ist im EU-Justizraum kein Erfordernis der internationalen Zuständigkeit für die zur Aufrechnung gestellte Forderung aufzustellen. Gegen das Zuständigkeitserfordernis plädiert das Ordnungsinteresse an einer funktionsfähigen Rechtspflege, vor allem an einer prozessökonomischen Erledigung der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsstreitigkeiten; ein solches Ergebnis ist aber keinesfalls garantiert. Die Parteiinteressen sprechen ebenso gegen das Zuständigkeitserfordernis: Dem Kläger ist die Einlassung auf die Gegenforderung ohnehin zuzumuten. Hingegen würden bei Aufstellung eines Zuständigkeitserfordernisses die Verteidigungsrechte des Beklagten beeinträchtigt. Zudem könnte ein Gleichlauf zwischen *forum* und *ius* über die zur Aufrechnung gestellte Forderung hergestellt werden, wenn keine Rechtswahl über die Gegenforderung getroffen wird. Insgesamt gesehen enthält die EuGVO eine abschließende

Regelung der Zuständigkeit für Verteidigungsmittel. Die einschlägige EuGH-Rechtsprechung scheint einen autonomen Begriff des selbstständigen Verteidigungsmittels unter der EuGVO zu schaffen. Demnach besteht ein Zuständigkeitserfordernis nur in Konstellationen, in denen die mit der Einwendung erhobene Behauptung auch im Wege einer selbstständigen Klage geltend gemacht werden könnte.

Ferner wird die Problematik der klage- und einredeweisen Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Forderung in Parallelverfahren nach Maßgabe der Koordinationsregeln der EuGVO besprochen. In allen möglichen prozessrechtlichen Konstellationen findet die Koordinationsregel des Art. 30 I EuGVO Anwendung. Die Rechtshängigkeitssperre des Art. 29 I EuGVO greift nicht ein. Die Anwendung des Art. 30 I EuGVO zeigt, dass die geltenden Koordinationsregeln unzulänglich sind. Vor allem ermöglicht die fakultative Aussetzung des Zweitverfahrens nach Art. 30 I EuGVO im Sinne eines strengen Prioritätsprinzips nicht ohne weiteres die prozessökonomische Erledigung der zwischen den Parteien bestehenden Streitigkeiten.

Analysiert wird ferner die Zulässigkeit des Aufrechnungseinwands vor den Gerichten des Staates, in dem ein auf Grundlage der EuGVO, EuMahnVO, EuVTVO, EuGFVO oder EAPO-VO erlassenes Urteil vollstreckt wird. Unter der EuGVO ist zweifelhaft, ob ein nachträglicher Aufrechnungseinwand im Rahmen eines Antrags auf Versagung der Vollstreckbarkeit nach Art. 46 EuGVO zuzulassen ist. Die reformierte EuGVO lässt den EU-Mitgliedsstaaten einen gewissen Spielraum bei der Ausgestaltung des Verfahrens im Vollstreckungsmitgliedstaat. Es muss zwischen verschiedenen Konstellationen unterschieden werden. Ist nach der *lex loci executionis* der Antrag auf Versagung der Vollstreckung als selbstständiger Rechtsbehelf ausgestaltet liegt es nahe, die *Prism Investments*-Formel des EuGH zu übertragen. Dies schießt die Erhebung eines Aufrechnungseinwands im Vollstreckungsmitgliedstaat aus. Denn der Vollstreckungsstaat schafft ein zweistufiges Verfahren nach dem Vorbild der EuGVO a.F. Anders zu beurteilen ist der Fall, in dem der Vollstreckungsstaat auf einen selbstständigen Rechtsbehelf verzichtet. In solchen Konstellationen kann der Vollstreckungsgegner im Kontext der Rechtsbehelfe der *lex fori executionis* sowohl die Versagungsgründe des Art. 45 EuGVO als auch die nach innerstaatlichem Recht gegebenen Versagungsgründe, inkl. der materiell-rechtlichen Einwendungen (etwa Aufrechnungseinwand), geltend machen. Unter der EuVTVO darf der Schuldner keinen Aufrechnungseinwand im Wege der Rechtsbehelfe nach der jeweiligen *lex fori executionis* erheben, wie es aus der inneren Systematik der EuVTVO ergibt. Dies kann jedoch auf eine Verletzung des Rechts auf faires Verfahren i.S.v. Art. 47 EuGrCh hinauslaufen, wenn die Aufrechnung im Ursprungsstaat nicht geltend gemacht werden kann. Unter der EuMahnVO ist ein nachträglicher Aufrechnungseinwand im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage oder sonstiger Rechtsbehelfe im Vollstreckungsmitgliedstaat nicht zuzulassen, da er im Wege eines Überprüfungsantrags im Erlassmitgliedstaat zulässig ist (Art. 20 II EuMahnVO). Die EuGFVO erlaubt hingegen einen nachträglichen Aufrechnungseinwand im Vollstreckungsmitgliedstaat nach der jeweiligen *lex fori executionis*, es sei denn, der Aufrechnungseinwand könnte (nach der jeweiligen innerstaatlichen Ausgestaltung dieses Verfahrens) im Erlassmitgliedstaat erhoben werden. Nach der EAPO-VO kann die Bank die Drittschuldnererklärung nach Anhang III, Ziff. 5.5. unter Vorbehalt ihrer Aufrechnungsbefugnisse abgeben. Als Dritter ist sie zudem befugt, den Beschluss nach den Rechtsvorschriften der *lex fori executionis* oder des Ursprungsmitgliedstaates anzufechten, Art. 39 EAPO-VO.

## TEIL 5

Der fünfte Teil beschäftigt sich mit der Synthese eines Lösungsansatzes zur Beseitigung der konstitutionellen Unsicherheit über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der Aufrechnung und Nettingvereinbarungen im EU-Justizraum.

Im Hinblick auf die Aufrechnung kommen zwei Lösungsansätze in Betracht: die Reform der einschlägigen Kollisions- und Verfahrensnormen zur Aufrechnung oder die materiell-rechtliche Vereinheitlichung der Aufrechnungsregeln auf EU-Ebene. Letztere wäre nicht unproblematisch. Ein optionales Vereinheitlichungsinstrument, etwa der DCFR, könnte die konstitutionelle Unsicherheit nicht beseitigen, nicht zuletzt wegen mangelnder gemeinsamer Auslegungsleitlinien und koordinierter richterlicher Ausbildung auf EU-Ebene. Eine umfassende Vereinheitlichung der materiell-rechtlichen Aufrechnungsvorschriften auf EU-Ebene – unter Ablösung der nationalen Rechtsordnungen könnte zwar – unter Umständen – Rechtssicherheit über den Bestand und die Durchsetzbarkeit einer Aufrechnungslage verbessern, sie wäre jedoch nicht ausreichend. Erforderlich wäre zudem eine umfassende Vereinheitlichung der nationalen Prozess- und Insolvenzrechte, die nur auf die „Abrundungsermächtigung“ des Art. 352 AEUV gestützt werden könnte. Dies liegt nach dem heutigen Integrationsstand fern. Neben den kompetenziellen Bedenken wäre auch die Gefahr einer Kompromisslösung nicht zu vernachlässigen. Vor diesem Hintergrund schlägt diese Arbeit eine Reform des geltenden Aufrechnungsregimes. Aus kollisionsrechtlicher Sicht wäre in Art. 17 Rom I-VO eine alternative Anknüpfung (Günstigkeitsprinzip) vorzuziehen. Eine Ausweichklausel könnte die Einzelfallgerechtigkeit wahren. Zudem wäre die Einführung einer wörtlich gleichlautenden Kollisionsnorm in der Rom II-VO zu erwägen. Im EU-Insolvenzrecht wäre es angemessen, Art. 9 EuInsVO abzuschaffen. Die Aufrechnung in der Insolvenz ist nur der jeweiligen *lex fori concursus* zu unterstellen (Art. 7 II lit. d) EuInsVO), die umfassende Privilegierung des Aufrechnungsbefugten nach dem geltenden Regime ist nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus ist die Unsicherheit über die prozessuale Durchsetzbarkeit der Aufrechnung im Wege einer Reform der einschlägigen prozessrechtlichen Vorschriften zu verringern. Vor allem könnte eine Definition des Klagebegriffs für die Zwecke der Zuständigkeitsnormen der EuGVO die Rechtsunklarheit über die zuständigkeitsrechtliche Relevanz des Aufrechnungseinwands vermindern. Nämlich wäre es angemessen, in Art. 4 EuGVO einen neuen Absatz einzuführen: Der Klagebegriff soll jeden Rechtsbehelf oder jedes Verteidigungsmittel umfassen, mit dem ein selbständiger Antrag oder eine selbständige Behauptung in Prozess eingebracht wird. Ferner zeigt die Geltendmachung der Gegenforderung in Parallelverfahren die Schwachstellen des geltenden Koordinationsregimes der EuGVO. In diesem Kontext wäre eine Reform der Koordinationsregeln der EuGVO, vor allem eine Abkehr vom strengen Prioritätsprinzip des Art. 30 I EuGVO sinnvoll: Dem zuerst angerufenen Gericht (auf Antrag einer der Parteien oder von Amts wegen) ist zuzulassen, das Verfahren auszusetzen und das später angerufene Gericht zu ersuchen, über die zusammenhängenden Fälle zu urteilen, vorausgesetzt dass dieses Gericht die zusammenhängenden Fälle besser beurteilen kann und für sie zuständig ist. Diese Geignetheits- bzw. Effizienzprüfung ist durch Regeln über die Zusammenarbeit der involvierten Gerichte zu ergänzen, vorausgesetzt dass diese Zusammenarbeit mit der *lex fori* der involvierten Gerichte vereinbar ist. Ferner muss klargestellt werden, ob der Aufrechnungseinwand (und sonstige materiell-rechtliche Einwendungen) im Vollstreckungsmitgliedstaat nach der EuGVO, EuVTVO, EuMahnVO und der EuGFVO geltend gemacht werden kann. Nachträgliche materiell-rechtliche Einwendungen – inkl. des Aufrechnungseinwands – sind jedoch aus rechtspolitischer Sicht nur im Ursprungsstaat zuzulassen. Zudem ist unter der EAPO-VO die Rechtsunsicherheit über die Befugnis der Bank, ihre Aufrechnungsbefugnis im Erlassmitgliedstaat geltend zu machen, zu beseitigen.

Im Hinblick auf die Nettingvereinbarungen stellt diese Arbeit darauf ab, dass das geltende

Regime reformbedürftig ist. Zu erwägen wäre *inter alia* eine Reform der *close-out*-Nettingvorschriften der Finanzsicherheiten-RL. Vor allem ist der persönliche Anwendungsbereich der Finanzsicherheiten-RL auf finanzielle Gegenparteien i.S.v. Art. 1 II lit. a)-d) Finanzsicherheiten-RL zu beschränken. Insoweit die insolvenzrechtliche Privilegierung der *close-out*-Nettingvereinbarungen gerechtfertigt ist, ist die verbesserte Durchsetzbarkeit solcher Vereinbarungen sicherzustellen – nicht zuletzt wegen der Berücksichtigung der Netto-positionen bei der Kalkulierung der Eigenkapitalanforderungen unter CRR/CRD IV für Kreditinstitute. Trotz aller Nachteile der geltenden Regeln ist jedoch m.E. kein neuer EU-Rechtsakt nach dem Vorbild der UNIDROIT-Prinzipien über *close-out*-Nettingvereinbarungen erforderlich; eine gezielte Reform ist völlig ausreichend.