

Georgia Koutsoukou

Die Aufrechnung im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht

Unter besonderer Berücksichtigung von
Nettingvereinbarungen



Nomos

Successful Dispute Resolution

edited by

Professor Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess,
Max Planck Institute Luxembourg for International,
European and Regulatory Procedural Law, Luxembourg

em. Prof. Dr. Dr. h.c. Professor Rüdiger Wolfrum,
Max Planck Foundation for International Peace and the
Rule of Law, Heidelberg

Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer, Institute for
Comparative Law, Conflict of Laws and International
Business Law, Heidelberg University

Volume 8

Georgia Koutsoukou

Die Aufrechnung im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht

Unter besonderer Berücksichtigung von
Nettingvereinbarungen



Nomos

© **Coverbild:**

links: Max Planck Institut Heidelberg, © Carola Nerbel, Architekturfotografie in Heidelberg

mitte: Institut für internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, © Jens Benninghofen

rechts: Max Planck Institut Luxemburg, © Christian Aschman

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5069-6 (Print)

ISBN 978-3-8452-9274-8 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Στη μητέρα μου
Meiner Mutter*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/18 von der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Sie entstand größtenteils während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess im Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht in Heidelberg sowie während meiner Zeit als wissenschaftliche Referentin im Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law. Rechtsprechung und Literatur sind bis Februar 2018 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt vor allem meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess, der meine Dissertation angeregt hat. Er begleitete mein Promotionsvorhaben mit viel Begeisterung und gab zahlreiche wertvolle Ratschläge. Die lehrreiche Zeit im Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law wird mir stets in Erinnerung bleiben. Herrn Prof. Dr. Marc-Philippe Weller danke ich ganz herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Zudem danke ich meinen griechischen Zivilprozesslehrern, vor allem Herrn Prof. Dr. Nikolaos Klamaris, Herrn Prof. Dr. Stelios Kousoulis[†], Herrn Prof. Dr. Georgios Orphanidis, Herrn Prof. Dr. Stephanos Pantazopoulos sowie Herrn Prof. Dr. Dimitrios Tsirikas, die bei mir das Interesse für das Zivilprozessrecht während meines Hauptstudiums an der Universität Athen geweckt haben.

Der International Max Planck Research School on Successful Dispute Resolution in International Law (Heidelberg/Luxemburg) danke ich für die Gewährung eines Promotionsstipendiums in den Jahren 2011 und 2012 sowie für die großzügige Übernahme der Druckkosten. Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess, Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Rüdiger Wolfrum sowie Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer danke ich herzlich für die Aufnahme der Arbeit in der Schriftenreihe Successful Dispute Resolution von Nomos Verlag. Schließlich bedanke ich mich bei dem Nomos Verlag und vor allem bei Herrn Dr. Matthias Knopik für die exzellente Betreuung sowie Frau Eva Lang für die sorgsame Formatierung des Manuskripts und den Satz.

Diese Arbeit bescherte mir nicht nur Glück, sondern auch schwierige Momente. Umso mehr gebührt Dank den Menschen, die mich auf diesem

Vorwort

Weg liebevoll unterstützt haben. Zu nennen sind vor allem meine Eltern, Marialena und Nikolaos, die mir zeit meines Lebens zur Seite standen und jede erdenkliche Unterstützung zukommen lassen haben. Mein besonderer Dank gilt auch meinem Mann Nikolaos Askotiris: Ohne seinen vorbehaltlosen Beistand und Geduld könnte diese Arbeit in dieser Form nie entstehen. Die Arbeit ist meiner Mutter gewidmet.

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	37
§ 1 Einleitung	45
A. Aufrechnung und Nettingvereinbarungen im heutigen Geschäftsverkehr	45
B. Gegenstand und Ziel der Arbeit	49
C. Gang der Darstellung	51
D. Begriffliche Vorklärungen	52
Teil 1 Grundlegung der Aufrechnung	57
§ 2 Historisch-dogmatischer Hintergrund des Instituts der Aufrechnung	57
A. Historische Wurzel der Aufrechnung	57
B. Dogmatische Legitimierung der Aufrechnung	62
§ 3 Rechtsvergleichende Untersuchung des Instituts der Aufrechnung sowie der Nettingvereinbarungen	67
A. Allgemeines	67
B. Die Aufrechnung im nationalen Recht	69
C. Schlussfolgerungen aus der Rechtsvergleichung	149
Teil 2 Aufrechnung und Netting im europäischen Kollisionsrecht	163
§ 4 Das Aufrechnungsstatut unter dem EVÜ	163
A. Das Aufrechnungsstatut unter dem EVÜ: Meinungsstand vor dem Inkrafttreten der Rom I-VO	164

B. Neuorientierung des Aufrechnungsstatuts unter dem EVÜ?	167
§ 5 Die kollisionsrechtliche Behandlung der außerinsolvenzrechtlichen Aufrechnung in der Rom I und II-VO	168
A. Die Kollisionsnorm des Art. 17 Rom I-VO	169
B. Die Aufrechnung außerhalb der Rom I-VO	227
§ 6 Das Statut der Aufrechnungs- und Nettingvereinbarungen außerhalb der Insolvenz	237
A. Das Statut der vertraglichen Aufrechnung	237
B. Das Statut von Nettingvereinbarungen	253
Teil 3 Aufrechnung und Netting im europäischen Insolvenzrecht	263
§ 7 Aufrechnung und Netting in der europäischen Insolvenzverordnung	263
A. Die Aufrechnung im System der EuInsVO	263
B. Geltungsanspruch der lex fori concursus	266
C. Die Sondernorm von Art. 9 I EuInsVO	284
D. Aufrechnung und Netting in Zahlungssystemen und Finanzmärkten (Art. 12 EuInsVO)	310
E. Verfahrens- und prozessrechtliche Aspekte	313
F. Kritische Beurteilung des geltenden Rechts	317
§ 8 Die europäischen insolvenzrechtlichen Regeln für Nettingvereinbarungen	333
A. Das europäische Regime über die Nettingvereinbarungen	333
B. Kritische Beurteilung der europäischen Regeln für Nettingvereinbarungen	343

Teil 4 Die Aufrechnung im europäischen Zivilprozessrecht	353
§ 9 Internationale Zuständigkeit	353
A. Das Zuständigkeitserfordernis in der EuGH-Rechtsprechung unter dem EuGVÜ	354
B. Die Rezeption des Urteils <i>Danværn Production</i> ./. Schuhfabriken Otterbeck	360
C. Umsetzung der Meeth ./. Glacetal-Formel: Gerichtsstandsvereinbarung über die Gegenforderung und Aufrechnungseinwand	385
§ 10 Klageweise und einredeweise Geltendmachung der Gegenforderung in Parallelverfahren	391
A. Geltendmachung der Gegenforderung in Parallelverfahren: Das Unvereinbarkeitspotenzial des Art. 45 I lit. c) EuGVO	392
B. Der Aufrechnungseinwand zwischen Verfahrenskoordination und Justizgewährungsanspruch	399
C. Die Unzulänglichkeit des geltenden Koordinationsregimes am Beispiel der Prozessaufrechnung	426
§ 11 Vollstreckungsrechtliche Aspekte des Aufrechnungseinwands im europäischen Zivilprozessrecht	429
A. Der Aufrechnungseinwand im Vollstreckungsrecht der EuGVO	430
B. Der Aufrechnungseinwand in sonstigen Rechtsakten des europäischen Zivilprozessrechts	444

Inhaltsübersicht

Teil 5 Ausblick und Schlussfolgerungen	467
§ 12 Lösungsansatz zur Beseitigung der konstitutionellen Unsicherheit über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der Aufrechnung und Nettingvereinbarungen im europäischen Binnenmarkt	467
A. Aufrechnung	467
B. Nettingvereinbarungen	495
§ 13 Schlussfolgerungen	504
Summary	521
Literaturverzeichnis	535
Sachregister	569

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	37
§ 1 Einleitung	45
A. Aufrechnung und Nettingvereinbarungen im heutigen Geschäftsverkehr	45
I. Die praktische Relevanz des Instituts der Aufrechnung	45
II. Die Verbreitung von Nettingvereinbarungen	47
B. Gegenstand und Ziel der Arbeit	49
C. Gang der Darstellung	51
D. Begriffliche Vorklärungen	52
Teil 1 Grundlegung der Aufrechnung	57
§ 2 Historisch-dogmatischer Hintergrund des Instituts der Aufrechnung	57
A. Historische Wurzel der Aufrechnung	57
I. Die compensatio im römischen Recht	57
II. Die Aufnahme des römischen Rechts von den Glossatoren und das heutige Aufrechnungsrecht	62
B. Dogmatische Legitimierung der Aufrechnung	62
I. Arglist und guter Glaube	62
II. Billigkeitsgedanken	63
III. Vertrauensschutzerwägungen	65
IV. Ergebnis	66

§ 3	Rechtsvergleichende Untersuchung des Instituts der Aufrechnung sowie der Nettingvereinbarungen	67
A.	Allgemeines	67
I.	Ziele	67
II.	Methodische Vorgaben und Auswahl der Rechtsordnungen	68
III.	Gang der Darstellung	69
B.	Die Aufrechnung im nationalen Recht	69
I.	England	69
1.	Aufrechnung außerhalb der Insolvenz	69
a)	Statutory set-off	69
aa)	Voraussetzungen	70
bb)	Aufrechnungshindernisse	74
cc)	Rechtsnatur, Vollzug und Wirkung	75
dd)	Funktion	76
b)	Equitable set-off	77
aa)	Voraussetzungen	77
bb)	Aufrechnungshindernisse	79
cc)	Vollzug und Wirkungen	80
dd)	Rechtsnatur	81
c)	Contractual set-off	82
d)	Current account set-off	82
e)	Abgrenzung zu abatement und retainer set-off	83
2.	Aufrechnung in der Insolvenz	84
a)	Insolvenzaufrechnung in compulsory winding- up, administration und bankruptcy	86
aa)	Zulässigkeitsvoraussetzungen	86
bb)	Vollzug und temporale Wirkung	90
b)	Insolvenzaufrechnung in receivership und voluntary arrangements	91
c)	Insolvenzaufrechnung in der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen	92
3.	Nettingvereinbarungen in der Insolvenz	93
a)	Historischer Hintergrund: Das British Eagle- Urteil	93

b)	Financial Markets and Insolvency (Settlement Finality) Regulation (1999)	94
c)	Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations 2003 (FCAR)	95
d)	Nettingvereinbarungen in der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen	96
e)	Sonstige Nettingvereinbarungen	96
4.	Abgrenzung zwischen defence of set-off und counterclaim	97
II.	Frankreich	98
1.	Aufrechnung außerhalb der Insolvenz	98
a)	Compensation légale (Legalaufrechnung – Art. 1347 ff. C.C.)	99
aa)	Positive Voraussetzungen	99
bb)	Aufrechnungshindernisse	104
cc)	Vollzug	105
dd)	Wirkung	107
ee)	Rechtsnatur	108
ff)	Funktion	108
b)	Compensation judiciaire (gerichtliche Aufrechnung – Art. 1348 C.C.)	110
aa)	Voraussetzungen und Aufrechnungsvollzug	110
bb)	Rechtsnatur	112
cc)	Wirkungen	113
dd)	Funktion	114
c)	Compensation conventionelle (Aufrechnungsvertrag – Art. 1348-2 C.C.)	114
d)	Compensation facultative (freiwillige Aufrechnung)	115
2.	Die Aufrechnung in der Insolvenz	115
a)	Zulässigkeitsvoraussetzungen	116
b)	Verfahren	118
3.	Nettingvereinbarungen in der Insolvenz	118
a)	Art. L330-1 III Code monétaire et financier	118
b)	Art. L211-36 f. Code monétaire et financier	119
c)	Art. L613-31-16 Code monétaire et financier: Insolvenz von Kreditinstituten	121

d) Sonstige Nettingvereinbarungen	122
4. Abgrenzung zwischen exception de compensation und demande reconventionnelle	122
III. Deutschland	123
1. Aufrechnung außerhalb der Insolvenz	123
a) Die Aufrechnung gemäß §§ 387 ff. BGB	123
aa) Voraussetzungen	123
bb) Aufrechnungshindernisse	127
cc) Vollzug	128
dd) Wirkungen	129
ee) Rechtsnatur	130
ff) Funktion	132
b) Die Aufrechnung im Prozess	136
c) Aufrechnungsvertrag	137
2. Aufrechnung in der Insolvenz	138
a) Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters	138
b) Insolvenzaufrechnung gemäß §§ 94 ff. InsO	138
aa) Voraussetzungen	138
bb) Verfahren	140
3. Nettingvereinbarungen in der Insolvenz	140
a) § 96 II InsO	140
b) § 104 II und III InsO	141
c) Das Restrukturierungsgesetz und das Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten	145
d) Sonstige Nettingvereinbarungen	146
4. Abgrenzung zu Widerklage	147
C. Schlussfolgerungen aus der Rechtsvergleichung	149
I. Allgemeine Bemerkungen	149
II. Aufrechnungsarten	149
III. Die Aufrechnung im allgemeinen Zivilrecht im Vergleich	149
1. Aufrechnungsvoraussetzungen	149
a) Gegenseitigkeit	150
b) Gleichartigkeit	151
c) Liquidität	151
d) Konnexität	152
e) Reifegrad der gegenüberstehenden Forderungen	152

f) Aufrechnungsverbote	153
2. Vollzug	153
3. Wirkung	154
4. Rechtsnatur	154
5. Erfüllung in Unkenntnis der Aufrechnung	154
IV. Die einvernehmliche Aufrechnung	155
V. Die Insolvenzaufrechnung	155
1. Aufrechnungsvollzug vor der Insolvenzeröffnung	155
2. Aufrechnungsvollzug nach der Insolvenzeröffnung	155
a) Voraussetzungen	155
b) Vollzug und Verfahren	156
3. Insolvenzfestigkeit der Aufrechnungsverträge bzw. Verrechnungsvereinbarungen	157
4. Abtretung und Insolvenzaufrechnung	157
5. Überblick	157
VI. Nettingvereinbarungen in der Insolvenz	158
VII. Aufrechnungseinwand und Widerklage	159
1. Grundsätzliche Unterscheidung zwischen Aufrechnungseinwand und Widerklage	159
2. Die compensation judiciaire als hybrides Instrument	160
VIII. Konvergenz der Aufrechnungsregeln in den zu vergleichenden Rechtsordnungen	160
Teil 2 Aufrechnung und Netting im europäischen Kollisionsrecht	163
§ 4 Das Aufrechnungsstatut unter dem EVÜ	163
A. Das Aufrechnungsstatut unter dem EVÜ: Meinungsstand vor dem Inkrafttreten der Rom I-VO	164
B. Neuorientierung des Aufrechnungsstatuts unter dem EVÜ?	167
§ 5 Die kollisionsrechtliche Behandlung der außerinsolvenzrechtlichen Aufrechnung in der Rom I und II-VO	168
A. Die Kollisionsnorm des Art. 17 Rom I-VO	169
I. Entstehungsgeschichte	169

II. Anwendungsbereich des Art. 17 Rom I-VO	170
1. Anwendbarkeit nur auf vertragliche Forderungen?	170
2. CISG-Forderungen	170
III. Auslegung des Systembegriffs „Aufrechnung“	173
1. Autonome Begriffsbildung	174
a) Auslegung der Systembegriffe der Rom I-VO	174
b) Die Autonomie des Systembegriffs „Aufrechnung“	175
2. Auslegungskriterien	176
3. Der Vorbehalt des Art. 17 Rom I-VO: Negative Abgrenzung des Aufrechnungsbegriffs	179
4. Positive Bestimmung des Aufrechnungsbegriffs	181
a) Konkordanzgebot mit der DCFR?	181
b) Wortlaut und historischer Hintergrund	182
c) Teleologische Erwägungen	183
d) Wortsinnermittlung durch wertende Rechtsvergleichen	184
aa) Abgrenzung von Widerklage und Anrechnungsvorgängen	184
bb) Einfließen von rechtsvergleichenden Erwägungen	185
IV. Materiell-rechtliche „Qualifikation“ der Aufrechnung	187
V. Anknüpfungsmethode	188
1. Objektive Anknüpfung an das Statut der Hauptforderung	190
a) Das Anknüpfungsmoment	190
b) Die Begründung der Kommission	191
c) Festlegung des Anknüpfungsmoments „Hauptforderung“	192
2. Vorrang der subjektiven Anknüpfung (Art. 17 i.V.m. Art. 3 Rom I-VO)	193
VI. Kritische Beurteilung des gewählten Aufrechnungsstatuts	194
1. Abkehr von der Neutralität des klassischen IPR	194
2. Beachtung allgemeiner Ziele des europäischen Kollisionsrechts	196
a) Keine Vorhersehbarkeit bzw. Rechtssicherheit des Aufrechnungsstatuts	196
b) Manipulationsanfälligkeit	197

c) Race to the courts	198
3. Beachtlichkeit der aufrechnungsspezifischen Anknüpfungsprinzipien	198
a) Privilegierung des Aufrechnungsgegners?	198
b) Kollisionsrechtliche Privilegierung durch Anknüpfung an das Hauptforderungsstatut?	199
c) Förderung der Aufrechnungsfreundlichkeit	200
4. Praktikabilitätsabwägungen	201
5. Ökonomische Effizienz des gewählten Aufrechnungsstatuts	201
6. Gewährleistung der systematischen Kohärenz des europäischen Kollisionsrechts?	202
7. Zwischenergebnis	202
VII. Weitere Lösungsansätze zum geeigneten Aufrechnungsstatut	202
1. Lex fori	203
2. Kumulative Anknüpfung	205
3. Alternative Anknüpfung	208
4. Recht am Ort des Wohn- bzw. Geschäftssitzes des Aufrechnenden	211
5. Zeitliche Reihenfolge der gegenüberstehenden Forderungen	212
6. Stellungnahme	213
VIII. Reichweite des Aufrechnungsstatuts	214
1. Abgrenzung zwischen lex fori und lex causae	214
2. Geltungsanspruch der lex fori	216
3. Geltungsanspruch der lex causae	217
4. Das Wechselspiel von lex fori und lex causae bei der compensation judiciaire bzw. compensazione giudiziale	218
IX. Umfang der Verweisung	218
X. Grenzen der Verweisung	218
1. Aufrechnungsausschlussgründe als Eingriffsnormen gemäß Art. 9 Rom I-VO?	219
a) Eingriffsnormen gemäß Art. 9 Rom I-VO	219
b) Aufrechnungsrelevante Eingriffsnormen nach der EuGH-Rechtsprechung	222
2. Ordre public-Vorbehalt	223

XI. Sonstige Probleme	224
1. Prozessuale Ausgestaltung der Aufrechnung nach dem anwendbaren Statut	224
2. Aufrechnungsinstitut unbekannt nach dem anwendbaren Statut	225
XII. Vorfrageproblematik: Das Bestehen der gegenüberstehenden Forderungen	225
B. Die Aufrechnung außerhalb der Rom I-VO	227
I. Die Aufrechnung zwischen deliktischen Forderungen (Rom II-VO)	228
1. Fehlen einer ausdrücklichen Regelung des Aufrechnungsstatuts in der Rom II-VO: Geltungsanspruch des Art. 15 lit. h) Rom II-VO?	228
2. Lacuna interna oder lacuna externa über das Aufrechnungsstatut?	229
3. Systeminterne Lösung im europäischen Kollisionsrecht	230
a) Art. 17 Rom I-VO als Bestandteil einer Rom 0-VO?	230
b) Teleologische Extension des Art. 17 Rom I-VO	231
II. Die Aufrechnung zwischen vertraglichen und außervertraglichen Forderungen	232
1. Problemlage	232
2. Kein Rückgriff auf die nationalen Kollisionsregeln	232
3. Ansätze zur Lückenschließung	233
a) Hauptforderung als charakterbestimmendes Element?	233
b) Kumulation der Forderungsstatute	233
c) Teleologische Extension des Art. 17 Rom I-VO oder des Art. 15 lit. h) Rom II-VO?	233
4. Sonderfall: Aufrechnung zusammenhängender vertraglicher und außervertraglicher Forderungen	235
III. Die Aufrechnung zwischen der Rom I oder II-VO und dem nationalen IPR unterliegenden Forderungen	235

§ 6	Das Statut der Aufrechnungs- und Nettingvereinbarungen außerhalb der Insolvenz	237
	A. Das Statut der vertraglichen Aufrechnung	237
	I. Darstellung der Problematik: Isolierter Aufrechnungsvertrag i.e.S. versus Aufrechnungsklausel	237
	II. Die Anknüpfung von vertraglichen Verrechnungs- bzw. Aufrechnungsklauseln	238
	1. Subjektive Anknüpfung	238
	a) Vertrag mit Rechtswahl	238
	b) Subjektive dépeçage	239
	c) Problemkonstellation: Zusammenkommen mehrerer Aufrechnungsklauseln zwischen denselben Parteien	239
	2. Objektive Anknüpfung	240
	a) Aufrechnung als Erlöschensgrund	240
	b) Objektive dépeçage	241
	III. Kollisionsrechtliche Behandlung des isolierten Aufrechnungsvertrags i.e.S.	242
	1. Vorrang der Rechtswahl	242
	a) Ausdrückliche Rechtswahl	242
	b) Stillschweigende Rechtswahl	243
	2. Objektive Anknüpfung (Art. 4 Rom I-VO)	244
	a) Die Katalogtechnik des Art. 4 I Rom I-VO	245
	b) Die vertragscharakteristische Leistung nach Art. 4 II Rom I-VO	245
	c) Das Prinzip der engsten Verbindung nach Art. 4 IV Rom I-VO	247
	aa) Erfüllungsort der Saldoforderung	247
	bb) Kumulation der Forderungsstatute	248
	cc) Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls	248
	(i) Gewichtung der relevanten Indizien	248
	(ii) Engste Verbindung zum „Hauptforderungsstatut“?	250
	dd) Keine engste Verbindung zu einer Rechtsordnung	251

d) Akzessorische Anknüpfung des Aufrechnungsvertrags?	251
B. Das Statut von Nettingvereinbarungen	253
I. Settlement oder payment netting	253
1. Settlement netting mit Vermittlung einer Zentralstelle	253
2. Dezentralisiertes settlement netting	255
a) Dezentralisierte „Systeme“	256
b) Bilaterales payment netting	257
II. Novation netting	258
III. Close-out-Nettingvereinbarungen	259
1. Anknüpfung nach dem allgemeinen IPR	259
2. Einheitliche Anknüpfung der close-out- Nettingvereinbarungen	260
3. Rechtswahl	260
4. Objektive Anknüpfung	261
Teil 3 Aufrechnung und Netting im europäischen Insolvenzrecht	263
§ 7 Aufrechnung und Netting in der europäischen Insolvenzverordnung	263
A. Die Aufrechnung im System der EuInsVO	263
B. Geltungsanspruch der lex fori concursus	266
I. Die Grundregel des Art. 7 I EuInsVO	266
1. Aufrechnung	267
2. Nettingvereinbarungen	268
II. Die „Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Aufrechnung“ in Art. 7 II lit. d) EuInsVO	268
1. Verweis auf die insolvenzrechtlichen Vorschriften der lex fori concursus	268
a) Wortlaut	270
b) Systematischer Kontext	271
c) Teleologische Erwägungen	272
d) Historischer Hintergrund	273
e) Wortsinnermittlung durch wertende Rechtsvergleichung	274

f) Zwischenergebnis	275
2. Konkretisierung des insolvenzrechtlichen Eingriffs nach der lex fori concursus	276
a) Insolvenzaufrechnung als eigenständiges Institut	276
b) Modifizierung der allgemeinrechtlichen Aufrechnungsbefugnis	276
c) Erhaltung einer bereits im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestehenden Aufrechnungslage	277
aa) Materiell-rechtliche Wirksamkeit der Aufrechnung als Vorfrage	277
bb) Unselbstständige Anknüpfung: Zweckmäßigkeit eines Statutenwechsels?	278
(i) Praktikabilitätsabwägungen	278
(ii) Wahrung des Grundsatzes par conditio creditorum?	278
(iii) Vermeidung von Normwidersprüchen?	278
cc) Selbstständige Anknüpfung	280
(i) Privilegierung des Aufrechnenden?	280
(ii) Systematik und Teleologie der EuInsVO	280
(iii) Unselbstständige Anknüpfung als verdecktes Diskriminierungsverbot	281
dd) Ergebnis	281
III. Wirksamkeit der Aufrechnung nach der lex causae als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 7 II lit. d) EuInsVO?	281
IV. Beschränkung des Art. 7 II lit. d) EuInsVO auf nach der Insolvenzeröffnung erworbene Aufrechnungsrechte?	282
1. Anwendbarkeit des Art. 9 EuInsVO nur auf im Zeitpunkt der Eröffnung bereits erworbene Aufrechnungsbefugnis	282
2. Keine Komplementarität des Art. 9 EuInsVO und Art. 7 II lit. d) EuInsVO	283
C. Die Sondernorm von Art. 9 I EuInsVO	284
I. Rationale des Art. 9 EuInsVO	284

II. Verhältnis zu Art. 7 II lit. d) EuInsVO	284
III. Anwendungsbereich <i>ratione personae</i>	286
IV. Umriss des Aufrechnungsbegriffs	286
1. Systematische Auslegung im Kontext des europäischen Kollisionsrechts	287
2. Gesetzliche und vertragliche Aufrechnung	287
3. Ausschluss von <i>close-out-Nettingvereinbarungen</i> vom Anwendungsbereich des Art. 9 I EuInsVO	288
a) Die Unterscheidung zwischen Aufrechnungsverträgen und <i>close-out-Nettingvereinbarungen</i>	288
b) Systematischer Kontext	289
aa) Finanzsicherheiten-RL	289
bb) Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten	290
cc) Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen	291
dd) Zwischenergebnis	291
c) Teleologische Erwägungen	291
d) Historischer Hintergrund	292
aa) Konsultation über die Zukunft des europäischen Insolvenzrechts	292
bb) Der 2012 Kommissionsvorschlag	292
cc) Erste Lesung des Europäischen Parlaments	293
dd) Die Streichung des Art. 6a des Kommissionsvorschlags durch den Rat	294
ee) Ergebnis	294
V. Art. 9 I EuInsVO und Rechtswahl über das Aufrechnungsstatut?	295
1. Teleologische Reduktion des Art. 9 I EuInsVO?	295
2. Rechtswahlshranken und Eingriffsnormenproblematik	296
3. Ergebnis	297
VI. Zulässigkeit „nach dem für die Forderung des insolventen Schuldners maßgeblichen Recht“	298
1. Wortlaut	298
2. Systematischer Kontext	299
3. Teleologische Erwägungen	300
a) Vertrauensschutz	300

b) Forum shopping und Verfahrenseffizienz	301
c) Vermeidung der übermäßigen Privilegierung des aufrechnungsbefugten Gläubigers?	302
4. Historischer Hintergrund	302
5. Ergebnis	303
VII. Verweis auf das Recht eines Mitgliedsstaates?	303
1. Recht eines Mitgliedsstaates als Hauptforderungsstatut	303
2. Mitgliedsstaatliche Befugnis zum Erlass aufrechnungsrelevanter Sondernormen?	307
VIII. Art. 9 I EuInsVO: Kollisionsrechtliche oder materiell- rechtliche Regel?	308
IX. Anfechtbarkeit der Aufrechnung (Art. 9 II und 16 EuInsVO)	309
D. Aufrechnung und Netting in Zahlungssystemen und Finanzmärkten (Art. 12 EuInsVO)	310
E. Verfahrens- und prozessrechtliche Aspekte	313
I. Welcher Insolvenzmasse gehört die Aufrechnung?	313
II. Internationale Zuständigkeit	314
1. Klage des Insolvenzverwalters nach Maßgabe des Art. 2 ff. EuGVO	314
2. Klage des Insolvenzverwalters nach Art. 6 EuInsVO	315
III. Beweislastverteilung	315
F. Kritische Beurteilung des geltenden Rechts	317
I. Rechtfertigung der Insolvenzbeständigkeit des Aufrechnungsbefugten bzw. der Erhaltung einer Aufrechnungsbefugnis?	317
1. Dogmatische Legitimierung der Insolvenzaufrechnung	318
a) Billigkeit	318
b) Vertrauensschutzgedanken	319
c) Aufrechnung als Absonderungsrecht	320
d) Sonstige Erwägungen	321
e) Ergebnis	321
2. Ökonomische Effizienz der Insolvenzaufrechnung	321
a) Aufrechnung und Insolvenzantragstellung	322
b) Eingriff in die Verwertung der Insolvenzmasse	325

c) Eingriff in die Verteilung der Insolvenzmasse	326
II. Stellungnahme	330
1. Keine kollisionsrechtliche Privilegierung der Aufrechnungsbefugnis im Insolvenzfall	331
2. Beständigkeit von close-out- Nettingvereinbarungen im Anwendungsbereich der EuInsVO?	331
§ 8 Die europäischen insolvenzrechtlichen Regeln für Nettingvereinbarungen	333
A. Das europäische Regime über die Nettingvereinbarungen	333
I. Nettingvorgänge unter der Finalitäts-RL	334
II. Close-out-Nettingvereinbarungen unter der Finanzsicherheiten-RL	337
III. Nettingvorgänge in der Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten	339
IV. Nettingvereinbarungen in der Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen	341
V. Insolvenzzrechtliche Beständigkeit der standardisierten Nettingklauseln als Teil einer „modernen“ lex mercatoria?	342
B. Kritische Beurteilung der europäischen Regeln für Nettingvereinbarungen	343
I. Ist die Privilegierung von Nettingvereinbarungen aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt?	343
1. Nettingvorgänge in Zahlungs- und Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen	344
2. Novation netting und multilateral netting durch CCPs im Derivatemarkt	346
3. Close-out-Nettingvereinbarungen	347
II. Rechtsunsicherheit über den Bestand und Durchsetzbarkeit von close-out- Nettingvereinbarungen unter der Finanzsicherheiten- RL	350

Teil 4 Die Aufrechnung im europäischen Zivilprozessrecht	353
§ 9 Internationale Zuständigkeit	353
A. Das Zuständigkeitserfordernis in der EuGH-Rechtsprechung unter dem EuGVÜ	354
I. Meeth ./ Glacetal: Gerichtsstandsvereinbarung als Aufrechnungsverbot?	355
II. Spitzley ./ Sommer Exploitation: Rügelose Einlassung auf den Aufrechnungseinwand	356
III. AS-Autoteile Service ./ Malhé: Aufrechnungseinwand mit einer Vollstreckungsabwehrklage	357
IV. Danværn Production ./ Schuhfabriken Otterbeck: Art. 6 Nr. 3 EuGVÜ und Aufrechnung	358
V. Die Inkohärenz der EuGH-Rechtsprechung bezüglich der Zuständigkeit für die Gegenforderung	359
B. Die Rezeption des Urteils Danværn Production ./ Schuhfabriken Otterbeck	360
I. Aufrechnungseinwand nicht als Widerklage i.S.v. Art. 8 Nr. 3 EuGVO	360
II. Die theoretische Debatte über den Verweis auf das innerstaatliche Recht	363
1. Meinungsstand	363
a) Freibrief für die autonomen mitgliedsstaatlichen Zuständigkeitsregeln	363
b) Zuständigkeitsrechtliche Irrelevanz des Aufrechnungseinwands	364
2. Stellungnahme	364
a) Unvereinbarkeit des Zuständigkeitserfordernisses nach der jeweiligen lex fori mit dem System der EuGVO	365
aa) Abschließende Regelung der internationalen Zuständigkeit in der EuGVO	365
(i) Geltungsanspruch der Zuständigkeitsnormen der EuGVO	365

(ii)	Grundgedanke der Entscheidungen GAT und Danværn Production ./. Schuhfabriken Otterbeck	366
(iii)	Aufrechnungseinwand unter der EuGVO	367
bb)	Zersplitterung des Zuständigkeitsregimes	367
b)	Abwägung der kollidierenden Interessen	368
aa)	Ordnungsinteressen	368
(i)	Entscheidungsbefugnis über die Vorfrage des Bestands der Gegenforderung im Interesse einer funktionsfähigen Rechtspflege	369
(ii)	Prozessökonomische Aspekte	369
(iii)	Aufrechnung und Prozessverschleppung	370
(iv)	Gleichlauf von forum und ius am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten bei fehlender Rechtswahl über die Gegenforderung nach Art. 3 Rom I-VO	370
(v)	Sach- und Beweisnähe	371
(vi)	Entscheidungsharmonie	371
(vii)	Zwischenergebnis	371
bb)	Abwägung der Parteiinteressen	372
c)	Ergebnis	373
3.	Le juge de l'action est le juge de l'exception bei ausschließlicher Zuständigkeit eines anderen Gerichts über die Gegenforderung?	374
III.	Das Zuständigkeitserfordernis im deutschen Recht infolge des EuGH-Urteils in Danværn Production ./. Schuhfabriken Otterbeck	374
1.	Das Erfordernis der internationalen Zuständigkeit in der deutschen Literatur	375
a)	Begründung des Zuständigkeitserfordernisses	375
b)	Analogie zu den Zuständigkeitsregeln der EuGVO oder des deutschen nationalen Rechts?	377
c)	Ausnahmen vom Zuständigkeitserfordernis	378
d)	Rechtsfolgen der Unzuständigkeit über die Gegenforderung.	378

2. Zuständigkeitserfordernis in der deutschen Rechtsprechung	379
3. Kritik am Zuständigkeitserfordernis nach dem deutschen internationalen Zivilprozessrecht	379
a) Unzulänglichkeit der Begründung des Zuständigkeitserfordernisses im deutschen Recht	379
aa) Funktionelle Parallelität zur Widerklage	379
bb) Schutzwürdigkeit der Interessen des Aufrechnungsgegners	380
cc) Rechtskraft über die zur Aufrechnung gestellten Forderung	380
b) Benachteiligung des einheimischen Beklagten	382
c) Illiquide Gegenforderungen: Zuständigkeitserfordernis als Mittel gegen die Prozessverschleppung?	382
d) Kritische Betrachtung des Aussetzungsmodells nach §§ 148, 302 ZPO	383
e) Ergebnis	384
C. Umsetzung der Meeth ./ Glacetal-Formel: Gerichtsstandsvereinbarung über die Gegenforderung und Aufrechnungseinwand	385
I. Die Praxis nationaler Gerichte	385
1. England	385
2. Griechenland	385
3. Deutschland	386
II. Konkretisierung der Meeth ./ Glacetal-Formel	387
1. Gerichtsstandsvereinbarung als materiell-rechtliches Aufrechnungsverbot?	387
2. Unproblematische Konstellationen	388
a) Klarer Wortlaut und Sinn der Gerichtsstandsvereinbarung	388
b) Rügelose Einlassung auf den Aufrechnungseinwand	388
3. Vorgehensweise im Zweifelsfall	388

§ 10	Klageweise und einredeweise Geltendmachung der Gegenforderung in Parallelverfahren	391
A.	Geltendmachung der Gegenforderung in Parallelverfahren: Das Unvereinbarkeitspotenzial des Art. 45 I lit. c) EuGVO	392
	I. Zielsetzung der Art. 29 und 30 EuGVO: Verfahrenskoordination und Vermeidung von unvereinbaren Urteilen i.S.v. Art. 45 I lit. c) EuGVO	392
	II. Der Unvereinbarkeitsbegriff i.S.v. Art. 45 I lit. c) EuGVO	394
	III. Aufrechnung und Unvereinbarkeitspotenzial	398
B.	Der Aufrechnungseinwand zwischen Verfahrenskoordination und Justizgewährungsanspruch	399
	I. Klageweise Geltendmachung der Gegenforderung vor der Erhebung eines Aufrechnungseinwands	400
	1. Einschlägige Rechtsprechung	400
	a) Das EuGH-Urteil Gantner Electronics	400
	b) Gegenwind aus England: Wie weit reicht das Gantner Electronics-Urteil?	402
	2. Analyse des Koordinationspotenzials unter der EuGVO	403
	a) Aussetzung des zweiten Verfahrens und Unzuständigkeitserklärung nach Art. 29 I EuGVO	403
	aa) Klagen	404
	bb) Wegen desselben Anspruchs	405
	cc) Funktionelle Parallelität zur Widerklage?	407
	dd) Verfahrenskonzentration und Justizgewährungsanspruch (Art. 19 IV GG, Art. 47 EuGrCh) des Zweitklägers	408
	ee) Zwischenergebnis	410
	b) Teilaussetzung des zweiten Verfahrens nach Art. 29 I EuGVO	410
	c) Fakultative Aussetzung des Zweitverfahrens kraft Art. 30 I EuGVO	412
	aa) Koordination kraft Art. 30 EuGVO	412
	(i) „Verfahren“	413
	(ii) Konnexität	413

bb) Teilaussetzung oder Aussetzung des gesamten Zweitverfahrens?	414
cc) Pflichtgemäße Ermessensausübung	415
(i) Allgemeine Kriterien	416
(ii) Ermessensausübung bei klageweiser und nachträglicher aufrechnungsweiser Geltendmachung der Gegenforderung	417
d) Unzuständigkeitserklärung nach Art. 30 II EuGVO	418
II. Der Aufrechnungseinwand vor der klageweisen Geltendmachung der Gegenforderung	420
1. Klage über die Gegenforderung in voller Höhe	420
a) Aussetzung kraft Art. 29 I EuGVO	421
b) Aussetzung kraft Art. 30 I EuGVO	422
2. Spätere Klage über den Restbetrag	422
III. Die Aufrechnung mit derselben Forderung in Parallelverfahren	423
1. Rechtshängigkeitssperre oder Teilaussetzung des Zweitverfahrens nach Art. 29 I EuGVO?	423
2. Fakultative Aussetzung nach Art. 30 I EuGVO	424
IV. Klageweise und eiredeweise Geltendmachung der Haupt- und Gegenforderung in Parallelverfahren	425
1. Aussetzungspflicht kraft Art. 29 I EuGVO	425
2. Aussetzung kraft Konnexität nach Art. 30 I EuGVO	425
C. Die Unzulänglichkeit des geltenden Koordinationsregimes am Beispiel der Prozessaufrechnung	426
I. Die Handhabung des gerichtlichen Ermessensspielraums nach Art. 30 I EuGVO	427
II. Prozessökonomische Erwägungen de lege ferenda	427

§ 11	Vollstreckungsrechtliche Aspekte des Aufrechnungseinwands im europäischen Zivilprozessrecht	429
A.	Der Aufrechnungseinwand im Vollstreckungsrecht der EuGVO	430
I.	Materiell-rechtliche Einwendungen im Exequaturverfahren unter der EuGVO a.F.	430
1.	Exequatur unter der EuGVO a.F.	430
2.	Die Debatte über § 12 AVAG	431
3.	Die einschlägige EuGH-Rechtsprechung unter der EuGVO a.F.	432
a)	Das Urteil Prism Investments	432
b)	Kritische Betrachtung	434
aa)	Teleologie und innere Systematik der EuGVO a.F.	434
bb)	Prozessökonomie und Schuldnerschutz als gesetzliche Vorgaben?	434
II.	Aufrechnungseinwand bei Versagung der Vollstreckbarkeit nach Art. 46 EuGVO	435
III.	Der Aufrechnungseinwand vor dem Vollstreckungsgericht	437
1.	Die Statthaftigkeit sonstiger nationaler Rechtsbehelfe gegen den ausländischen Titel	437
2.	Zuständigkeit der Gerichte im Vollstreckungsmitgliedstaat für Vollstreckungsabwehrklagen	439
3.	Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts über die zur Aufrechnung gestellte Forderung	440
a)	Das Urteil in AS-Autoteile Service ./ Malhé	441
b)	Ist AS-Autoteile Service ./ Malhé overruled?	441
c)	Rücksichtnahme auf die Interessenlage	443
d)	Ergebnis	444
B.	Der Aufrechnungseinwand in sonstigen Rechtsakten des europäischen Zivilprozessrechts	444
I.	EuVTVO	444
1.	Das System der EuVTVO	444

2. Aufrechnungseinwand im Vollstreckungsmitgliedersstaat im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage	445
a) Meinungsstand	445
b) Stellungnahme	447
aa) Unzulänglichkeit der grammatikalischen Auslegung	447
bb) Zweck der EuVTVO im Lichte des damaligen Entwicklungsstands des europäischen Prozessrechts	448
cc) Die innere Systematik der EuVTVO	450
dd) Ergebnis	450
c) Kritische Beurteilung des geltenden Regimes	450
d) Rechtspolitische Erwägungen	452
II. EuMahnVO	454
1. Grundzüge der EuMahnVO	454
2. Geltendmachung eines nach dem Erlass des europäischen Zahlungsbefehls entstandenen Aufrechnungseinwands	455
a) Allgemeines	455
b) Aufrechnungseinwand im Ursprungsmitgliedersstaat nach Art. 20 II EuMahnVO	455
c) Aufrechnungseinwand im Vollstreckungsmitgliedersstaat	457
aa) Vollstreckungsverweigerung nach Art. 22 II EuMahnVO	457
bb) Aufrechnung im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage i.S.v. § 1096 II 2 i.V.m. § 767 ZPO?	458
(i) Staathaftigkeit einer Vollstreckungsabwehrklage i.S.v. § 1096 II 2 i.V.m. § 767 ZPO?	458
(ii) Präklusion des Aufrechnungseinwands	460
III. EuGFVO	460
1. Das System der EuGFVO	460

2. Der Aufrechnungseinwand im Vollstreckungsmitgliedstaat	461
a) Statthaftigkeit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 1009 i.V.m. § 767 ZPO	461
b) Präklusion des Aufrechnungseinwands	462
IV. EAPO-VO	463
1. Grundzüge der EAPO-VO	463
2. Durchsetzung von Aufrechnungsrechten des betroffenen Kreditinstituts	464
Teil 5 Ausblick und Schlussfolgerungen	467
§ 12 Lösungsansatz zur Beseitigung der konstitutionellen Unsicherheit über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der Aufrechnung und Nettingvereinbarungen im europäischen Binnenmarkt	467
A. Aufrechnung	467
I. Die Vereinheitlichung des IPR zur Aufrechnung	467
II. Die Unzulänglichkeit des geltenden Regimes	469
III. Lösungsansätze zur Aufhebung der „konstitutionellen Unsicherheit“ über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der Aufrechnung im Binnenmarkt	472
1. Reform des geltenden Kollisions- und Verfahrensrechts	472
a) Kollisionsrecht der Aufrechnung	473
b) Prozessrechtliche Aspekte des Aufrechnungseinwands	474
aa) Zuständigkeitsrechtliche Problematik	474
bb) Klageweise und einredeweise Geltendmachung der Gegenforderung in Parallelverfahren	475
cc) Aufrechnungseinwand im Vollstreckungsmitgliedstaat	476
c) Insolvenzrechtliche Behandlung der Aufrechnungsbefugnis	477

2. Materiell-rechtliche Vereinheitlichung der Aufrechnungsregeln	478
a) Die Aufrechnung in den Privatkodifikationen des europäischen Vertragsrechts	478
aa) Principles of European Contract Law („Lando-Principles“)	479
bb) Avant-projet eines Code Européen des Contrats („Codice Gandolfi“)	480
cc) Kritische Beurteilung der aufrechnungsrelevanten Vorschriften in den Privatkodifikationen des europäischen Vertragsrechts	481
b) Aufrechnungsrelevante Vorschriften eines künftigen allgemeinen europäischen Privatrechtsgesetzbuches	485
aa) Die Entwicklungen auf europäischer Ebene	485
bb) Die Aufrechnung im DCFR und CESL	487
c) Kritische Beurteilung der Gesetzgebungsinitiativen auf europäischer Ebene	487
aa) Die Ausgestaltung des Aufrechnungsinstituts im DCFR	487
bb) Die Unzulänglichkeit eines optionalen Instruments	488
cc) Ergebnis	489
3. Umfassende Vereinheitlichung des Aufrechnungsrechts auf europäischer Ebene?	490
a) Argumente für die Vereinheitlichung des Aufrechnungsrechts	490
aa) Rechtssicherheit	490
bb) Kooperationsföderalismus oder Wettbewerbsföderalismus?	491
b) Gegenargumente	491
aa) Kompetenzielle Bedenken und Integrationsstand	491
(i) „Abrundungsermächtigung“ nach Art. 352 AEUV	491
(ii) Verhältnismäßigkeitsprinzip	492
bb) Mögliche „Versteinerung“ des Rechts	493

cc) Gefahr einer Kompromisslösung	493
dd) Die Unzulänglichkeit der materiell- rechtlichen Vereinheitlichung der Aufrechnungsvorschriften	493
4. Stellungnahme	494
B. Nettingvereinbarungen	495
I. Nettingvorgänge in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen	496
II. Close-out-Nettingvereinbarungen	496
1. Bedarf es eines Rechtsakts über close-out- Nettingvereinbarungen auf europäischer Ebene?	497
a) Umsetzung der UNIDROIT-Prinzipien über close-out-Nettingvereinbarungen (2013)	497
b) Richtlinie als „Model Netting Act“?	499
2. Reform der Finanzsicherheiten-RL	499
a) Einschränkung des persönlichen Schutzbereichs	500
b) Verbessertes Schutz vor insolvenzrechtlichen Eingriffen	501
aa) Insolvenzzrechtliche Anfechtbarkeit von close-out-Nettingvereinbarungen	501
bb) Zusammenspiel von close-out- Nettingvereinbarungen und Insolvenzaufrechnung	502
c) Kollisionsregel über close-out- Nettingvereinbarungen	502
§ 13 Schlussfolgerungen	504
Summary	521
Literaturverzeichnis	535
Sachregister	569

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
A.C.	Law Reports, Appeal Cases (Third Series)
a.F.	alte Fassung
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abl.	Amtsblatt
AbR	Archiv für bürgerliches Recht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AktG	Aktiengesetz
All. E.R.	The All England Reports
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Aufl.	Auflage
AVAG	Gesetz zur Ausführung zwischenstaatlicher Verträge und zur Durchführung von Abkommen der Europäischen Union auf dem Gebiet der Anerkennung und Vollstreckung in Zivil- und Handelssachen (Deutschland)
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
B.C.C.	British Company Law Cases
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BoE	Bank of England
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bus LR	Business Law Report
bzw.	beziehungsweise
C. Séc. Soc.	Code de la sécurité sociale (Frankreich)
C. Trav.	Code du travail (Frankreich)
C.C.	Code civil (Frankreich)
C.Cass.	Cour de cassation (Frankreich)
C.Com.	Code de commerce (Frankreich)
C.J.Q.	Civil Justice Quarterly
C.L.C.	Company Law Cases (Cth)

Abkürzungsverzeichnis

C.mon.fin.	Code monétaire et financier
C.P.C.	Code de procédure civile (Frankreich)
CA	Cour d'appel
CISG	Wiener Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf vom 11.4.1980, BGBl. 1989 II, S. 586
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	Commonwealth Law Reports
Cod.Civ.	Codice civile (Italien)
Col. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
CRR	Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, Abl. L 176, 27.06.2013, S. 1
CSDR	Verordnung (EU) Nr. 909/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 zur Verbesserung der Wertpapierlieferungen und -abrechnungen in der Europäischen Union und über Zentralverwahrer sowie zur Änderung der Richtlinien 98/26/EG und 2014/65/EU und der Verordnung (EU) Nr. 236/2012, Abl. L 257, 28.08.2014, S. 1
D.	Dalloz
d.h.	das heißt
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
Dir. Com. Int.	Diritto del Commercio internazionale
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
ECFR	European Company and Financial Law Review
EMIR	Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, Abl. L 201, 27.07.2012, S. 1
ERPL	European Review of Private Law
Erw.	Erwägungsgrund
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, Abl. L 201, 27.07.2012, S. 107

EuGFVO	Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, Abl. L 199, 31.07.2007, S. 1
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGrCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
EuGVO	Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl. L 351, 20.12.2012, S. 1
EuGVO a.F.	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl. L 12, 16.01.2001, S. 1
EuGVÜ	Brüsseler-EWG Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl. C 27, 26.01.1998, S. 1
EuInsVO	Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren (Neufassung), Abl. L 141, 05.06.2015, S. 19
EuInsVO a.F.	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren, Abl. L 160, 30.6.2000, S. 1
EuMahnVO	Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, Abl. L 399, 27.06.2014, S. 1
Eur. dir. Priv.	Europa e Diritto Privato
Eur. J. L. & Econ.	European Journal of Law and Economics
EUV	Vertrag über die Europäische Union, Abl. C 326, 26.10.2012, S. 13
EuVTVO	Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, Abl. L 143, 30.04.2004, S. 15
EuZPR	Europäisches Zivilprozessrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen von Rom über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980, Abl. C 27, 26.01.1998, S. 34

Abkürzungsverzeichnis

EWHC	High Court of England and Wales
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgend(e)
FCAR	Financial Collateral Arrangements (No. 2) Regulations 2003
ff.	(fort)folgend(e)
Finalitäts-RL	Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen, Abl. L 166, 11.06.1998, S. 45
Finanzsicherheiten-RL	Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten, Abl. L 168, 27.06.2002, S. 43
Fn.	Fußnote
Foro it.	Foro italiano
FS	Festschrift
GCM	Giustizia Civile – Massimario
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GMRA	Global Master Repurchase Agreement
GMSLA	Global Master Securities Lending Agreement
GS	Gedächtnisschrift
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Harv. L. Rev	Harvard Law Review
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
I.L.Pr.	International Litigation Procedure
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m	in Verbindung mit
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IFLR	International Financial Law Review
IIR	International Insolvency Review
InsO	Insolvenzordnung (Deutschland)
INSOL	International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht

J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J.B.L.	Journal of Business Law
J.Cl.civ.	Juris-Classeur Civil
J.I.B.L.	Journal of International Business and Law
J.P.I.L.	Journal of Private International Law
JCP	Juris-Classeur Périodique
JCP G	La Semaine Juridique – Edition générale
JDI	Journal du droit international (Clunet)
Jherings Jb.	Jherings Jahrbuch
JIBFL	Journal of International Banking and Financial Law
JIBLR	Journal of International Banking Law and Regulation
JICLT	Journal of International Commercial Law and Technology
JORF	Journal officiel de la République française
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KredReorgG	Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten, BGBl. 2010 I, S. 1900
KTS	Konkurs, Treuhand, Sanierung – Zeitschrift für Insolvenzrecht
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
L.J.O.S.K.B.	Law Journal, Old Series, King’s Bench
Lloyd’s Rep.	Lloyd’s Law Reports
LQR	Law Quarterly Review
LugÜ	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen 2007, BGBl. 2008 I, 2399
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift des deutschen Rechts
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MiFID II	Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, Abl. L 173, 12.06.2014, S. 349
MLR	Modern Law Review
MTF	Multilateral Trading Facility
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechung-Report-Zivilrecht

Abkürzungsverzeichnis

NLCC	Le nuove leggi civili commentate
n°	numéro
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZLR	New Zealand Law Reports
O.J.L.S.	Oxford Journal of Legal Studies
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
PECL	Principles of European Contract Law
Q.B.	Queen Bench Official Reports
RabelsZ	Rabels Zeitschrift
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RD Public	Revue du droit public
RdC	Académie de droit international – Recueil des Cours
RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom I“), Abl. L 177, 04.07.2008, S. 6
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), Abl. L 199, 31.07.2007, S. 40
Rom III-VO	Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20. Dezember 2010 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Abl. L 343, 29.12.2010, S. 10
Rs.	Rechtssache
RStruktG	Restrukturierungsgesetz, BGBl. 2010 I, S. 1900
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.	siehe

S.	Seite
SLT	Scots Law Times
Texas Int'l L. J.	Texas International Law Journal
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
u.a.	unter anderen
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
W.L.R.	Weekly Law Reports
W.R.	Weekly Reporter
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WP	Working Paper
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WUD	Richtlinie 2001/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. April 2001 über die Sanierung und Liquidation von Kreditinstituten, AbI. L 125, 05.05.2001, S. 15
WVK	Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, BGBl. 1985 II, S. 926
Y.P.I.L.	Yearbook of Private International Law
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Zivilgesetzbuch (Schweiz)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung (Deutschland)
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

§ 1 Einleitung

A. Aufrechnung und Nettingvereinbarungen im heutigen Geschäftsverkehr

I. Die praktische Relevanz des Instituts der Aufrechnung

Der strikten Logik gemäß kennt daher das Recht auf einer älteren Stufe keinerlei Zwang für den Gläubiger sich ohne, ja gegen seinen Willen mit einer Aufrechnung abfinden zu lassen. Aber Erwägungen der Utilität sprechen gegen die Pflicht gegenseitigen Hin- und Hertragens gleichartiger Schuldobjekte. Es lässt sich nicht verkennen, dass die Endzwecke beider Theile zusammen genommen durch Aufrechnung einfacher und sicherer erreicht werden, als durch Bestehen auf doppelter Zahlung.

Heinrich Dernburg, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Rechte, Heidelberg (1868)

Die Aufrechnung ist heute ein unabdingbares Rechtsinstitut bei nationalen und grenzüberschreitenden Rechtsgeschäften. Wie würde andernfalls der kaufmännische Verkehr ohne das Aufrechnungsinstitut aussehen? Dann müssten die Inhaber zweier gegenüberstehender Forderungen die geschuldeten Geldsummen überweisen und die entsprechenden Transaktionskosten tragen. Daneben wären beide der Gefahr der Nichterfüllung wegen Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit des Geschäftspartners ausgesetzt. Es könnte nämlich eine der Parteien die geschuldete Leistung erbringen und die andere nicht. Die Partei, die Befriedigung erlangt, ohne ihre eigene Verpflichtung zu erfüllen, hätte zumindest kurzfristig einen Liquiditätsvorteil.¹ Dagegen müsste die Partei, die ihre geschuldete Leistung erfüllt hat, ihre eigene Forderung kostspielig gerichtlich verfolgen. Dies führt zu erheblichen Kosten und Zeitverzögerungen. Zudem wäre diese Partei dem Insolvenzrisiko ihres Schuldners ausgesetzt. Daraus ergibt sich ein erheblicher Spielraum für strategisches Verhalten. Daher sähen sich selbst zahlungsfähige und -willige Parteien dem Dilemma ausgesetzt, entweder zu bezahlen und das Risiko der Nichterfüllung des anderen Vertragspartners

1 Vgl. die ökonomische Analyse von *Pluta*, Insolvenzaufrechnung und der Grundsatz der par conditio creditorum (2009), S. 18.

zu tragen oder zu warten, bis die andere Vertragspartei erfüllt und entsprechende Verzugszinsen leisten zu müssen. Da regelmäßig die Kosten des Zahlungsausfalls des Gegners die Kosten der Zahlungsverweigerung übersteigen, würden ggf. beide Parteien unter Abwägung der Risiken den Weg der gerichtlichen Durchsetzung wählen. Dies ist aus ökonomischen bzw. prozessökonomischen Gesichtspunkten zu vermeiden. Das Institut der Aufrechnung ist gerade dazu bestimmt, solche Nachteile beiseite zu legen.

Die Aufrechnung ist im modernen Wirtschaftsleben weit verbreitet, da sie die Abwicklung von Rechtsgeschäften vereinfacht und ein untechnisches Sicherungsrecht darstellt. Diese Sicherungsfunktion ist besonders relevant bei Insolvenz der Gegenpartei. Bei den Geschäftsbeziehungen eines Konzernunternehmens werden oft Konzernverrechnungsklauseln eingesetzt;² dies ist wichtig vor allem im Falle der Zahlungsunfähigkeit³ eines konzerngebundenen Unternehmens oder dessen Vertragspartners.⁴ Darüber hinaus wird die Verrechnungsvereinbarung häufig im allgemeinen Vertragsrecht verwendet, etwa beim Kürzungsrecht des Arbeitsgebers oder der Verrechnung von Mietzinsen und Baukostenzuschüssen.⁵ Im Bankverkehr⁶ sind Kontokorrent und Skontration von besonderer Bedeutung. Letztere stellt sogar die Grundlage des Inter-Banken-Verkehrs dar.⁷

2 *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), S. 175; *Gursky*, in: Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 94; *Dullinger*, Handbuch der Aufrechnung (1995), S. 263.

3 *Gursky*, in: Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 95.

4 In Betracht kommt sowohl die Aufrechnungsbefugnis eines konzernangehörigen Unternehmens mit Forderungen anderer konzernverbundenen Unternehmen gegen die Forderung des Geschäftspartners als auch die Befugnis des Geschäftspartners, mit seiner Forderung gegen eine Forderung eines anderen konzernangehörigen Unternehmens aufzurechnen, dazu *Pfeiffer*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), BGB, § 387 Rn. 6; *Stürner*, in: Jauernig-BGB, § 387 Rn. 15; *Schlüter*, in: MünchKomm BGB, § 387 Rn. 51.

5 Ausführlich dazu mit weiteren Beispielen *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), S. 7 ff.

6 Dazu *Zimmermann*, Aufrechnung, in: Basedow/Hopt/ders. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Privatrechts, Bd. I (2009), S. 112.

7 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, 8. Aufl. (2005), S. 298; *Schlüter*, in: MünchKomm BGB, § 387 Rn. 51. Dadurch wird die schnelle und sichere Abrechnung zwischen den Beteiligten gewährleistet und der cash-flow verringert, dazu *Olivieri*, Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento (2002), S. 15; vgl. auch die ausführliche Erläuterung von *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), §§ 28 f., *passim* und *Cranston*, Principles of Banking Law, 3. Aufl. (2018), S. 242 ff.; ferner *Wood*, English and International Set-off (1989), Rn. 5-121 ff.

Der Aufrechnung wird zudem oft ein prozessökonomisches Potenzial zuerkannt: Die Parteien können sich im Wege der Aufrechnung bzw. Aufrechnungsvereinbarung ein langwieriges und kostspieliges Prozessieren über den Bestand ihrer gegenüberstehenden Forderungen ersparen. Dieses prozessökonomische Potenzial bewahrheitet sich jedoch nicht immer. Denn unter Umständen hat eine oder beide Parteien Interesse daran, den Bestand der gegenüberstehenden Forderung oder die Erfüllung der Aufrechnungsvoraussetzungen zu bestreiten. Es ist somit nicht auszuschließen, dass ein Kläger gegen einen aufrechnungsbefugten Beklagten gerichtlich vorgeht. Zudem ist es durchaus vorstellbar, dass sich der Beklagte in einem bereits eingeleiteten Prozess auf eine (unbegründete) Gegenforderung beruft, die er zur Aufrechnung stellt.

II. Die Verbreitung von Nettingvereinbarungen

Im gängigen Bankenverkehr sind die sog. Nettingvereinbarungen, die u.a. auf dem traditionellen Institut der Aufrechnung beruhen, besonders relevant. Die Verbreitung von Nettingvereinbarungen ist auf die Internationalisierung der Finanzmärkte zurückzuführen.⁸ Maßgeblich dafür war vor allem die massive Erweiterung des Derivatemarktes in den 1980er Jahren, der sehr anfällig für Schwankungen ist. Zum Ausgleich des damit einhergehenden Ausfallrisikos der Gegenseite sind *close-out*-Nettingvereinbarungen in OTC-Derivatekontrakten zur Regel geworden; damit wird eine Einschätzung des eingegangenen *exposure risk* ermöglicht. Das jüngste ISDA *Swaps and Derivatives Master Agreement* aus dem Jahr 2002, das regelmäßig im Derivatemarkt verwendet wird,⁹ enthält eine standardisierte *close-out*-Nettingklausel. Das gleiche gilt für den deutschen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte.¹⁰ *Close-out*-Nettingvereinbarungen sind auch bei der obligatorischen Einschaltung von zentralen Gegenparteien beim *clearing* von OTC-Derivaten nach Art. 4 Verordnung (EU)

8 Bliss/Kaufman, Derivatives and Systemic risk: Netting, Collateral and Close-out, *Journal of Financial Stability* 2 (2006), 55, 56.

9 Dalhuisen, *Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Bd. III, 6. Aufl. (2017), S. 363 f.

10 Abruflbar unter: https://bankenverband.de/media/contracts/RV-FTG-44015_1201_Muster.Pdf.

Nr. 648/2012 (EMIR)¹¹ bedeutsam. Sie werden zwischen den beteiligten Parteien eines CCP (zentrale Gegenpartei) abgeschlossen. Nach den Regeln des jeweiligen CCP sind die beteiligten Parteien oft befugt, bei Insolvenz der CCP alle offenen Positionen zu beenden (*close-out*); dem CCP steht auch bei Insolvenz einer der beteiligten Parteien eine *close-out*-Befugnis zu. *Close-out*-Nettingvereinbarungen sind zudem üblich in der standardisierten Dokumentation für Wertpapierfinanzierungsgeschäfte, etwa Pensionsgeschäfte¹² und Wertpapierleihgeschäfte.¹³

Bei einigen Derivatetransaktionen, etwa *swaps* und FX Derivate, sind *close-out*-Nettingvereinbarungen mit einem *bilateral novation netting*¹⁴ kombiniert; das *close-out netting* folgt dem *novation netting*.¹⁵ Damit wird erstrebt, die sog. „cherry-picking“ Befugnisse des Insolvenzverwalters einzuschränken.¹⁶ *Multilateral novation netting* wird von den CCP im Kontext des obligatorischen *clearing* von OTC-Derivaten nach Art. 4 EMIR betrieben.

Maßgeblich beruht der Intrabankenverkehr – vor allem der Nachhandel – auf Nettingvereinbarungen. Namentlich ist das *settlement netting* bei Zahlungs-, Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen für die Abwendung von systemischen Risiken von besonderer Bedeutung. Solche Nettingvereinbarungen sind nur für Nettosysteme (net settlement systems) relevant, in Bruttoabwicklungssysteme (RTGS – Real Time Gross Settlement Systems) finden keine Nettingvorgänge statt.¹⁷

Schließlich legt die Basel III-Vereinbarung¹⁸ zum Zwecke der Erhöhung der Liquidität im Intra-Bankenverkehr die Nettingvereinbarungen bei der Kalkulierung der Eigenkapitalanforderungen von Kreditinstituten

11 Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, Abl. L. 201, 27.7.2012, S. 1.

12 Etwa das von der ISLA erarbeitete Global Master Repurchase Agreement – GMRA.

13 Etwa das von der ISLA erarbeitete Global Master Securities Lending Agreement – GMSLA.

14 Dazu *Huang*, *The Law and Regulation of Central Counterparties* (2010), S. 11.

15 *Dalhuisen*, *Transnational Comparative, Commercial, Financial and Trade Law*, Bd. III, 6. Aufl. (2017), S. 362.

16 *Goode*, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4. Aufl. (2011), Rn. 9-10.

17 Vgl. Bank for International Settlements, *Real-Time Gross Settlement Systems*, Basle 1997.

18 Basle Committee on Banking Supervision, *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*, Basle 2010 (rev. June 2011).

zugrunde. Daran anschließend setzt Art. 111 i.V.m. Art. 195 Verordnung (EU) Nr. 575/2013 (CRR)¹⁹ bei der Einschätzung der Kapitalbedürfnisse von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen auf Nettobeträge.

B. Gegenstand und Ziel der Arbeit

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit sämtlichen kollisions- und verfahrensrechtlichen Aspekten der Aufrechnung im EU-Recht. Die europäischen Regeln über Nettingvereinbarungen werden ebenso berücksichtigt. In der Tat wurden in der Literatur monographisch wesentliche Teilaspekte der internationalprivatrechtlichen Problematik der Aufrechnung beleuchtet.²⁰ Dagegen fehlt eine umfassende Analyse von aufrechnungsrelevanten Problemen²¹ im Europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht nach dem Amsterdamer Vertrag.²²

Die kollisionsrechtliche Untersuchung beschäftigt sich vor allem mit der Auslegung des Art. 17 Rom I-VO. Dabei stellen sich eine Reihe von Fragen: Was ist unter „Aufrechnung“ zu verstehen? Wird das gewählte Aufrechnungsstatut den Anforderungen des EU-Kollisionsrechts gerecht? Wie sind Aufrechnungsverträge bzw. Nettingvereinbarungen anzuknüpfen?

19 Verordnung (EU) Nr. 575/2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, Abl. L 176, 27.6.2013, S. 1.

20 Im deutschen IPR *Ahlt*, Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (1977); *Badelt*, Aufrechnung und internationale Zuständigkeit unter besonderer Berücksichtigung des deutsch-spanischen Rechtsverkehrs (2005); *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996); *Eickhoff*, Inländische Gerichtsbarkeit und internationale Zuständigkeit für Aufrechnung und Widerklage (1985); *Eujen*, Die Aufrechnung im internationalen Verkehr zwischen Deutschland, Frankreich und England (1975); *Gäbel*, Neuere Probleme zur Aufrechnung im internationalen Privatrecht (1983); *Wolf*, Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht (1989).

21 Vor dem Amsterdamer Vertrag s. die Monographie von *Kannengießer*, Die Aufrechnung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (1998), der sich mit der allgemeinen kollisionsrechtlichen und zuständigkeitsrechtlicher Problematik befasst.

22 Vgl. *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung (2005); *Gruschinske*, Das europäische Kollisionsrecht der Aufrechnung unter besonderer Beachtung des Insolvenzfallges (2007). Beide Monographien behandeln vornehmlich die Insolvenzaufrechnung unter der EuInsVO a.F.

Darüber hinaus behandelt die Arbeit die Aufrechnung im Europäischen Insolvenzrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Problematik der Nettingvereinbarungen. Dabei ist Folgendes zu klären: Welche Lösung hält die EuInsVO (Art. 7 II lit. d) und 9 I) bereit? Fallen Nettingvereinbarungen unter den Schutzbereich des Art. 9 EuInsVO? Ist die Privilegierung des aufrechnungsbefugten Insolvenzgläubigers nach der EuInsVO gerechtfertigt? Wie werden Nettingvereinbarungen in der Insolvenz behandelt? Inwieweit sind Nettingvereinbarungen insolvenzrechtlich zu immunisieren?

Zudem behandelt diese Arbeit wichtige prozessrechtliche Fragen der Aufrechnung, wozu der EuGH unter dem EuGVÜ teilweise Stellung genommen hat: die internationale Zuständigkeit des mit der Hauptforderung befassten Gerichts über die aufrechnungsweise geltend gemachte Gegenforderung sowie die Geltendmachung der Gegenforderung in Parallelverfahren. Unter der EuGVO a.F. hat sich der EuGH mit vollstreckungsrechtlichen Aspekten, etwa die Geltendmachung des Aufrechnungseinwands im Vollstreckungsmitgliedstaat, auseinandergesetzt. Die EuGH-Rechtsprechung hat jedoch viele Fragen offen gelassen. Somit ist im Kontext der neugefassten EuGVO auf folgenden ungeklärten prozessrechtlichen Fragen einzugehen: Ist die Aufrechnungseinrede vor dem mit der Hauptforderung befassten Gericht unzulässig, wenn es für die klageweise Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Forderung unzuständig wäre? Ist eine Gerichtsstandsvereinbarung gem. Art. 25 EuGVO oder eine ausschließliche internationale Zuständigkeit über die Gegenforderung als (materiell-rechtliches bzw. prozessuales) Aufrechnungsverbot zu verstehen? Wie ist nach der EuGVO mit der klageweisen und einredeweisen Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Forderung in Parallelverfahren zu verfahren? Was gilt für die Erhebung eines Aufrechnungseinwands mit derselben Forderung in mehreren Parallelverfahren zwischen denselben Parteien? Ist die Aufrechnung in Vollstreckungsverfahren auf Grundlage der EuGVO, EuMahnVO, EuVTVO, EuGFVO und EAPO-VO noch zulässig?

Ziel dieser Arbeit ist es, einen Beitrag zur systematischen Darstellung des Instituts der Aufrechnung im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht – mit Rücksicht auf die Problematik von Nettingvereinbarungen – zu leisten. Neben dem geänderten systematischen Zusammenhang wird insbesondere die wechselseitige Verzahnung des europäischen Kollisions-

und Verfahrensrechts berücksichtigt,²³ die sich in den Erwägungsgründen der Rom I und II-VO niederschlägt. Hauptanliegen ist, interessengerechte rechtspolitische Lösungsansätze zur Behandlung der angesprochenen europarechtlichen Fragestellungen zu entwickeln.

Die Auseinandersetzung mit der Aufrechnung im Europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht setzt ihre rechtsvergleichende Untersuchung in unterschiedlichen Rechtskreisen voraus. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse werden zur Lösung der bereits geschilderten Probleme herangezogen.

C. Gang der Darstellung

Nach dieser kurzen Einführung in die Problematik (§ 1) wird im ersten Teil der historisch-dogmatische Hintergrund des Instituts der Aufrechnung dargestellt (§ 2). Dann folgt die rechtsvergleichende Betrachtung des Instituts der Aufrechnung sowohl innerhalb als auch außerhalb der Insolvenz in den verschiedenen Rechtskreisen (§ 3).

Der zweite Teil dieser Arbeit beschäftigt sich mit der kollisionsrechtlichen Behandlung der Aufrechnung im EU-Justizraum. Nach einer kurzen Untersuchung des Aufrechnungsstatuts unter der EVÜ (§ 4) wird den aufrechnungsrelevanten Vorschriften der Rom I und II-VO nachgegangen (§ 5). Gesondert wird das Statut der Aufrechnungs- und Nettingvereinbarungen außerhalb der Insolvenz behandelt (§ 6).

Im dritten Teil liegt der Schwerpunkt der Untersuchung auf der Regelung der Aufrechnung im Europäischen Insolvenzrecht. Vor allem werden die Aufrechnung sowie die Aufrechnungs- und Nettingvereinbarungen in der Europäischen Insolvenzverordnung untersucht (§ 7). Rechnung getragen wird ebenso den europäischen insolvenzrechtlichen Regeln für Nettingvereinbarungen (§ 8).

Der vierte Teil beleuchtet prozessrechtliche Aspekte 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 (§ 9). Ferner wird die Problematik

23 Näheres dazu *Bitter*, Auslegungszusammenhang zwischen der Brüssel I-Verordnung und der künftigen Rom I-Verordnung, IPRax 2008, 96 ff.

der klage- und einredeweisen Geltendmachung der zur Aufrechnung gestellten Forderung in Parallelverfahren behandelt; dabei werden die Koordinationsregeln der EuGVO in Betracht gezogen (§ 10). Eingegangen wird daneben auf 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 (§ 11).

Der fünfte Teil beschäftigt sich mit der Synthese eines Lösungsansatzes zur Beseitigung der konstitutionellen Unsicherheit über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der Aufrechnung im EU-Binnenmarkt. Ferner wird eine Lösung zur verbesserten Durchsetzbarkeit von Nettingvereinbarungen im EU-Binnenmarkt erarbeitet (§ 12).

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse (§ 13).

D. Begriffliche Vorklärungen

In der deutschsprachigen Literatur herrscht im Aufrechnungsrecht terminologische Unklarheit. Die Begriffe Aufrechnung, Anrechnung und Verrechnung werden oft abwechselnd verwendet. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Begriff „Aufrechnung“ nicht nur das entsprechende rechtliche Institut, sondern auch den Vorgang der Verrechnung zweier Forderungen umfasst.²⁴ Es ist nicht notwendig, dieses Thema zu vertiefen, es reicht aus, die verwendete Fachterminologie für diese Arbeit festzulegen.

Für die Zwecke dieser Arbeit wird die Aufrechnung als gegenseitige Tilgung zweier gegenüberstehender Forderungen definiert, wie im rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit erläutert wird (§ 3). Als Gegenforderung wird die Forderung bezeichnet, mit der aufgerechnet wird. Hauptforderung ist die Forderung, gegen die aufgerechnet wird.²⁵

Die Aufrechnung unterscheidet sich von der „Anrechnung“ darin, dass Letztere auf die Berücksichtigung gegenüberstehender Abzugsposten zur Bestimmung der Höhe eines einheitlichen Anspruchs hindeutet;²⁶ die Aufrechnung setzt hingegen zwei gegenüberstehende, selbstständige Forde-

24 *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), S. 12 ff.

25 *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. (1994), § 12 I 1; *Wagner*, in: Erman BGB, Vor § 387 Rn. 2.

26 Dazu *Grüneberg*, in: Palandt BGB, § 387 Rn. 2; *Wagner*, in: Erman BGB, Vor § 387 Rn. 6; *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. (1994), § 12 I

rungen voraus.²⁷ Klassisches Beispiel für eine Anrechnung ist die Saldotheorie in der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung (§ 818 III BGB) und die Festlegung der Schadensersatzansprüche.²⁸

Zudem ist die Aufrechnung von der Verrechnung abzugrenzen. In der Rechtspraxis wird der Begriff der Verrechnung oft untechnisch verwendet, im Sinne der Tilgung der Forderung einer Partei durch erbrachte Leistung der anderen. Rechtstechnisch wird jedoch der Verrechnungsbegriff mit der konsensualen Aufrechnung assoziiert. Gerade bei diesen konsensualen, privatautonomen Aufrechnungsformen herrscht große terminologische Verwirrung: Der Begriff des Aufrechnungsvertrags und der Verrechnung wird ohne inhaltliche Differenzierung ausgetauscht. *Berger* fasst in seiner Habilitationsschrift den Begriff des Aufrechnungsvertrags²⁹ weit, d.h. als Oberbegriff für jede Form vertraglicher Aufrechnung. Hingegen sei der Begriff „Verrechnungsvereinbarung“ auf die antizipierte vertragliche Aufrechnung beschränkt. Somit differenziert der Autor zwischen „Verrechnungsvereinbarung“ im obigen Sinne und Aufrechnungsvertrag i.e.S. für die übrigen Fälle der konsensualen Aufrechnung. Dieser terminologischen Abgrenzung schließt sich diese Arbeit an.

Die terminologischen Unklarheiten bei der konsensualen Aufrechnung werden durch die umfassende Anglisierung der verwendeten Begriffe noch verschärft. Der weit verbreitete Begriff „netting“ stammt aus dem bankrechtlichen Wirtschaftsverkehr und steht für jede Form der Minimierung des Ausfallsrisikos gegenüber dem Vertragspartner unter Rückgriff auf „Verrechnungsmethoden“. Darunter ist sowohl das Verrechnungsverfahren als auch das Ergebnis dieser Verrechnung zu verstehen. Die Wirtschaftsfachsprache hat aber keinen Einfluss auf die rechtliche Terminologie. Die Hauptformen von Nettingvereinbarungen sind: *settlement netting* oder *payment netting*, *novation netting* und *close-out-netting*. Als *settlement netting* oder *payment netting* gilt eine Vereinbarung der Parteien, Forderungen in bestimmten Zeitabständen zu saldieren; solche Nettingver-

2; *Pfeiffer*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), BGB, § 387 Rn. 3; *Gursky*, in: Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 97.

27 *Wagner*, in: Erman BGB, Vor § 387 Rn. 2.

28 *Flessner*, Wegfall der Bereicherung: Rechtsvergleichung und Kritik (1970), S. 151.

29 Dazu *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), S. 17 ff.

einbarungen sind vertraglichen Aufrechnungsvereinbarungen ähnlich.³⁰ *Novation netting* ist eine Vereinbarung, nach der an einem bestimmten Datum beide Forderungen untergehen und durch neue ersetzt werden, die dem Saldo beider entsprechen. Dabei besteht keine funktionelle Ähnlichkeit zur vertraglichen Aufrechnung. Es handelt sich vielmehr um einen neuen Vertrag über den Nettobetrag, der die bestehenden Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien ersetzt.³¹ Als *close-out netting* bezeichnet die Vereinbarung der Parteien, nach der unter bestimmten Umständen – etwa Insolvenz, Liquiditätsprobleme – die noch nicht fälligen Forderungen als fällig erachtet und verrechnet werden.³² Es handelt sich um eine mehrstufige Vereinbarung, die u.a. die Beendigung aller offenen Geschäftsbeziehungen sowie eine echte Verrechnungsvereinbarung umfasst.³³

Schließlich sind die zwei weitverbreitetsten konsensualen Aufrechnungsformen zu definieren: das Kontokorrent und die Skontration. Das Kontokorrentverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass die sich aus der Geschäftsbeziehung ergebenden Forderungen nicht selbstständig geltend gemacht werden können, sondern in einem bestimmten Abrechnungszeitpunkt verrechnet werden.³⁴ Die Skontration ist die Grundlage des Interbanken-Verkehrs:³⁵ Bei einem Skontrationssystem geht es um eine multilaterale Verrechnungsvereinbarung. Das System besteht aus mindestens

30 *Wood*, Conflict of Laws and International Finance (2007), S. 225, Rn. 13-005; *ders.*, Set-off and Netting, Derivatives, Clearing Systems, 2. Aufl. (2007), Rn. 1-006, S. 4; *Goode*, Principles of Corporate Insolvency Law, 4. Aufl. (2011), Rn. 9-11. Hierbei geht es um eine antizipierte Verrechnungsvereinbarung, die als echter Aufrechnungsvertrag einzuordnen ist, dazu *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), S. 29.

31 *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), S. 30 ff.; *Goode*, Principles of Corporate Insolvency Law, 4. Aufl. (2011), Rn. 9-10.

32 *Goode*, Principles of Corporate Insolvency Law, 4. Aufl. (2011), Rn. 9-12; *Crans-ton*, Principles of Banking Law, 3. Aufl. (2018), S. 350 f. Die Verbreitung von close-out-Nettingvereinbarungen hat im Derivatemarkt zur Verringerung der credit exposure um 85% geführt, dazu *Mengle*, The Importance of Close-Out Netting, ISDA Research Notes, Number 1, 2010, S. 1.

33 Dazu *Berger*, Der Aufrechnungsvertrag (1996), S. 34.

34 Dazu *Gursky*, in: Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 96; *Pfeiffer*, in: Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.), BGB, § 387 Rn. 7; *Weber*, BGB-RGRK, Vor § 387 Rn. 33.

35 *Esser/Schmidt*, Schuldrecht, 8. Aufl. (2005), S. 298; *Schülter*, in: MünchKomm BGB, § 387 Rn. 51. Dadurch wird die schnelle und sichere Abrechnung zwischen den Beteiligten gewährleistet und der „cash-flow“ wird verringert, dazu *Olivieri*, Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento (2002), S. 15; vgl. auch die ausführliche Erläuterung von *Berger*, Der Aufrechnungsver-

drei Teilnehmern; jeder Teilnehmer ist Gläubiger eines anderen und Schuldner eines weiteren, dritten Teilnehmers.³⁶ Kraft ausdrücklicher Vereinbarung werden alle gegenüberstehenden Forderungen der beteiligten Personen in einem bestimmten Zeitpunkt verrechnet.³⁷

trag (1996), § 28, *passim*; Wood, English and International Set-off (1989), Rn. 5-121 ff.

36 Gursky, in: Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 93.

37 Zur Funktion dieser multilateralen Verrechnungssysteme Cranston, Principles of Banking Law, 3. Aufl. (2018), S. 348 f.

Teil 1 Grundlegung der Aufrechnung

Die Definition des Aufrechnungsbegriffs in dem einleitenden Teil – und somit die Absteckung des Untersuchungsgegenstands – gewinnt an Schärfe, wenn man den historisch-dogmatischen Hintergrund (§ 2) sowie die heutige Ausgestaltung der Aufrechnung in verschiedenen Rechtskreisen (§ 3) genauer analysiert.

§ 2 Historisch-dogmatischer Hintergrund des Instituts der Aufrechnung

A. Historische Wurzel der Aufrechnung

I. Die *compensatio* im römischen Recht

Die Aufrechnung war im alten Griechenland unbekannt und geht auf die *compensatio* des römischen Rechts zurück. Die *compensatio* wird etymologisch von *cum* und *pendo* abgeleitet, deutet also ein bekanntes Bild an, in dem zwei Gegenstände auf die Schalen einer Waage gestellt und gewogen bzw. einander entkräftet werden.³⁸

Im altrömischen Recht war die *compensatio* unbekannt. Grund dafür war der strenge einseitige Charakter der Forderungen und das stark formalisierte und fest strukturierte Legisaktionenverfahren (*lege agere*). Immerhin verweisen einige Autoren auf das Bestehen eines sog. Kompensationsvertrags im 6./5. Jh. v. Chr. wegen der Entwicklung des Rechtsverkehrs.

Aufgrund der Verdrängung der *legis actiones* durch den Formularprozess (*agere cum formula*) und der damit einhergehenden prozessualen Lockerung des Verfahrens entwickelte sich im klassischen römischen Recht

³⁸ *Dernburg*, Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuem Recht (1868), S. 10; *Pichonnaz*, La compensation (2001), S. 11.

die *compensatio* als zivilprozessrechtliches Instrument.³⁹ Bei den *iudicia bonae fidei*, dessen *intentio* in „dare facere oportere ex fide bona“ lag, verfügte der Richter über einen bedeutenden Ermessensspielraum (*potestas*) im Hinblick auf die Kompensationseinrede: Er konnte den Beklagten zur Zahlung des Geschuldeten verurteilen ohne Rücksicht auf die Gegenforderung,⁴⁰ aus der späteren Gesetzgebung Justinians ergibt sich,⁴¹ dass die mangelnde Liquidität der Gegenforderung ein Grund für eine Verhandlung der Gegenforderung *ad separatim* war. Die Berücksichtigung der Gegenforderung bei den *bonae fidei iudiciis* setzte – neben der Gegenseitigkeit⁴² – nach h.M. voraus, dass Forderung und Gegenforderung *ex eadem causa* erwachsen.⁴³ Als Begründung dafür wurde insbesondere die Natur des Formularprozesses angeführt, wobei sich die Kognitionsbefugnis des Richters sowie die *bona fides* durch die *intentio* abstecken ließen, etwa den Kaufvertrag; der Richter dürfte nicht über die in der *intentio* festgeleg-

39 Maßgeblich für die Ausgestaltung der Aufrechnung ist die gerichtlich geltend gemachte formula, dazu R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition* (2006), S. 761.

40 *Gaius*, *Institutiones* IV § 63: „Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae aperte formulae verbis praecepitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur“; vgl. auch Mayer-Maly, *Römisches Recht*, 2. Aufl. (1999), S. 184. Die getrennte Verhandlung über die Gegenforderung implizierte keine Amtsverletzung, vgl. auch Hausmanninger/Selb, *Römisches Privatrecht*, 9. Aufl. (2005), S. 318.

41 *Justinianus*, *Codex*, IV 31, 14, 1: „[...] Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoriiis ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes [...]“; dazu auch Pichonnaz, *La compensation* (2001), S. 49 ff.; Hausmanninger/Selb, *Römisches Privatrecht*, 9. Aufl. (2005), S. 318.

42 Pichonnaz, *La compensation* (2001), S. 45 ff.

43 Dazu *Gaius*, *Institutiones* IV § 61: „[...] continetur ut habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare“; vgl. Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 20. Aufl. (2014), § 53 Rn. 27; Hausmanninger/Selb, *Römisches Privatrecht*, 9. Aufl. (2005), S. 318; Pichonnaz, *La compensation* (2001), S. 38; Liebs, *Römisches Recht*, 6. Aufl. (2014), S. 297; a.A. Dernburg, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischem und neuerem Recht* (1868), S. 95, der die *compensatio ex dispari causa* als zulässig erachtet.