DeutscherAnwaltVerein

Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Zivilrecht

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

Stellungnahme Nr.: 19/2018 Berlin, im Mai 2018

Mitglieder des Ausschusses Zivilrecht

- Rechtsanwalt Dr. Dr. h.c. Georg Maier-Reimer, Köln (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Markus Beaumart, Köln (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Rupert Bellinghausen, Frankfurt
- Rechtsanwalt Dr. Christian Bereska, Celle (Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Tobias Heinrich Boecken, Berlin
- Rechtsanwältin Dr. Gräfin Friederike von Brühl, Berlin
- Rechtsanwalt Dr. Axel Funk, Stuttgart
- Rechtsanwältin Petra Heinicke, München
- Rechtsanwältin Dr. Sylvia Kaufhold, Dresden (Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Jörn H. Linnertz, Bremen
- Rechtsanwältin Dr. Barbara Mayer, Freiburg
- Rechtsanwalt (BGH) Dr. Michael Schultz, Karlsruhe
- Rechtsanwältin Jutta Wittler, Köln

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwältin Christine Martin, DAV Berlin

Ansprechpartnerin im Büro Brüssel

- Rechtsanwältin Eva Schriever, LL.M.

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Verteiler

Deutschland

- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Bundesrates
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
- Arbeitsgruppen Recht und Verbraucherschutz der im Deutschen Bundestag
- vertretenden Parteien
- Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe, Berlin
- Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
- Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesnotarkammer
- Deutscher Notarverein e.V.
- Deutscher Richterbund e.V.
- Deutscher Steuerberaterverband e.V.
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins, Berlin und Brüssel
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft im DAV
- Zivilrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins e.V.
- Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins
- Redaktion Anwaltsblatt / AnwBl
- Redaktion Juristenzeitung / JZ
- Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR
- Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW

Europa

- Europäische Kommission
  - Generaldirektion Justiz und Verbraucher
- Europäisches Parlament
  - Ausschuss Recht (JURI)
  - Ausschuss für Wirtschaft und Währung (ECON)
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Vertreter der freien Berufe in Brüssel
- BDI Brüssel
- DIHK Brüssel

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 64.500 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der DAV begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission, die Kollisionsnorm für das auf die Drittwirksamkeit (Voraussetzungen und Wirkungen) von Forderungsübertragungen anzuwendende Recht EU-einheitlich zu regeln. Die vorgeschlagene Anknüpfung an das Sitzrecht des Zedenten erscheint auch als prinzipiell gangbarer Weg, sofern die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen (Geschäftsfähigkeit, wirksame Vertretung, regulatorische Anforderungen etc.) sowie die Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners nach dem jeweils anwendbaren Recht (gesonderte Anknüpfung) ebenfalls erfüllt sind. Die Art des gewählten Instruments (eigene Verordnung) erhöht jedoch die Komplexität des Rechts und gefährdet dadurch seine Akzeptanz, weil zusammenhängende Themen ohne sachlichen Grund getrennt geregelt werden. Vorzugswürdig wäre eine Regelung durch eine Änderung von Art. 14 der Verordnung (EG) 593/2008 (Rom I).

Der DAV rät davon ab, die Frage im Wege einer weiteren eigenständigen und zudem übermäßig detaillierten Verordnung zu regeln sowie für bestimmte Bereiche (Barsicherheiten auf Bankkonten, Forderungen aus Finanzinstrumenten) oder durch Rechtswahlmöglichkeiten für Forderungsübertragungen „zu Verbriefungszwecken“ sachlich nicht gerechtfertigte Ausnahmen von der Grundsatzanknüpfung zuzulassen. Zur Schaffung von Rechtssicherheit und Transparenz erforderlich und ausreichend ist vielmehr eine einheitliche Anknüpfung der (Dritt-)Wirksamkeit der Forderungsabtretung im Rahmen von Art. 14 der Rom I-Verordnung. Zudem könnten bei dieser Gelegenheit noch einige andere Unklarheiten des europäischen Zessionskollisionsrechts beseitigt werden.

Bleibt es bei dem Plan, die Materie durch eine eigene Verordnung zu regeln, so sollte der Vorschlag in mehrfacher Hinsicht geändert werden:

A.

Eigene Verordnung oder Änderung der Rom I-Verordnung

Hintergrund der Initiative der EU-Kommission ist die bislang in der Rom I-VO ungeregelte Frage, welches Recht auf die Drittwirksamkeit der Forderungsübertragung (gegenüber anderen Personen als dem Zessionar und dem Schuldner) Anwendung findet. Ursprünglich hatte die Kommission in ihrem Entwurf zur Rom I-VO vom 15.12.2005 (KOM(2005) 650 endg.) hierzu folgende Regelung (Art. 13 Abs. 3) vorgesehen:

> *„Für die Frage, ob die Übertragung der Forderung Dritten entgegengehalten werden kann, ist das Recht des Staates maßgebend, in dem der Zedent zum Zeitpunkt der Übertragung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.“*

Aus dem DAV unbekannten Gründen fand dieser Vorschlag im Rat keine Mehrheit, weshalb die Regelung im Ergebnis weggelassen wurde. Folgender Text fand schließlich Eingang in die Rom I-VO v. 17.06.2008:

> *„Artikel 14 Übertragung der Forderung*
>
> *(1) Das Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar aus der Übertragung einer Forderung gegen eine andere Person („Schuldner”) unterliegt dem Recht* [des Staates], *das nach dieser Verordnung auf den Vertrag zwischen Zedent und Zessionar anzuwenden ist.*
>
> *(2) Das Recht, dem die übertragene Forderung unterliegt, bestimmt ihre Übertragbarkeit, das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner, die Voraussetzungen, unter denen die Übertragung dem Schuldner entgegengehalten werden kann, und die befreiende Wirkung einer Leistung durch den Schuldner.*
>
> *(3) Der Begriff „Übertragung” in diesem Artikel umfasst die vollkommene Übertragung von Forderungen, die Übertragung von Forderungen zu Sicherungszwecken sowie von Pfandrechten oder anderen Sicherungsrechten an Forderungen.“*

Mit dem vorliegenden Entwurf greift die Kommission nach eingehender Überprüfung und ausführlichem Bericht (vgl. Art. 27 Abs. 2 Rom I) ihren ursprünglichen Vorschlag wieder auf, wobei zur Begründung vor allem auf die entsprechende Kollisionsnorm der (bislang nicht in Kraft getretenen) UN-Abtretungskonvention (Art. 22) und den

angestrebten Gleichlauf mit dem Insolvenzstatut des Zedenten verwiesen wird. Die Notwendigkeit einer grundlegenden Differenzierung zwischen dem Zessionsstatut (schuldrechtliches *und* dingliches Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, Art. 14 Abs. 1 iVm Erwägungsgrund 38 Rom I – *inter partes*), dem Forderungsstatut (Verhältnis zum Schuldner) und der – nach deutschem Verständnis – eigentlich nur einheitlich regelbaren „Vollwirksamkeit“ der Abtretung als gegenüber jedermann wirkendes, dingliches Rechtsgeschäft (*erga omnes*) leuchtet nicht unmittelbar ein. Sie soll hier jedoch nicht weiter in Frage gestellt werden.

Tatsächlich ist der aktuelle Rechtszustand äußerst unbefriedigend, denn die eigentlich praxisrelevanten Fragen insbesondere der Forderungsinhaberschaft bzw. Priorität im Falle von Mehrfach- und Kettenabtretungen, einschließlich eines gutgläubigen Erwerbs bzw. der richtigen Anknüpfung von Publizitätserfordernissen (Registrierung, Mitteilung an den Schuldner etc.) können derzeit nicht zuverlässig und einheitlich unter Heranziehung nur einer Rechtsordnung geklärt werden. Die Praxis behilft sich daher, worauf auch die Kommission hinweist (Begründung S. 17), damit, die Frage der Abtretung nach allen in Betracht kommenden Rechten, insbesondere auch dem Forderungsstatut, zu überprüfen und *alle* relevanten Formalitäten einzuhalten. Diese Praxis sollte auch Leitlinie einer europäischen Kollisionsregel sein, wonach die formellen und materiellen Schutzvorschriften zugunsten des Schuldners im Hinblick auf die Drittwirksamkeit als Mindestvoraussetzung zu gelten haben und somit im praktischen Ergebnis *zusätzlich* zu entsprechenden Anforderungen am Sitz des Zedenten erfüllt sein müssen. Im (schuldrechtlichen und dinglichen) Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar mag es daneben sachgerecht sein, eine Sonderanknüpfung einschließlich Rechtswahlmöglichkeit (Art. 14 Abs. 1 Rom I) zuzulassen. Ein solches Bedürfnis besteht jedoch nicht für die Frage der Drittwirksamkeit der in Art. 4 Nr. 2 und 3 geregelten Sachverhalte (Übertragung von Barsicherheiten und Finanzinstrumenten bzw. Forderungsübertragungen zu Verbriefungszwecken).

Das Ziel des vorliegenden Entwurfs, bei der grenzüberschreitenden Forderungsabtretung Rechtssicherheit in Europa zu schaffen, wird durch die stark detaillierte, in ihren Differenzierungen aber nicht immer sachgerechte und insbesondere aus ihrem eigentlichen Regelungszusammenhang gerissene Sonderverordnung nicht erreicht werden. Rechtssicherheit lässt sich nach Ansicht des DAV nur durch eine Regelung innerhalb der Rom I-VO erreichen; viele Wiederholungen bzw.

Neuregelungen allgemeiner Bestimmungen (Anwendungsbereich, Definitionen, universelle Anwendung, Eingriffsnormen, ordre public, renvoi etc.) könnten entfallen. Die Regelung könnte auf ihren Kerngehalt zurückgeführt werden und würde damit kürzer und klarer.

Sofern die ursprüngliche Formulierung aus dem Entwurf von 2005 nicht erneut vorgeschlagen werden soll, könnte man Art. 14 Abs. 1 Rom I etwa um folgenden Satz ergänzen:

> *„Formelle und materielle Voraussetzungen sowie Folgen des Rechts des Zessionars einer gemäß Absatz 2 gegenüber dem Schuldner wirksamen Abtretung, diese den Gläubigern des Zedenten und anderen Dritten entgegenzuhalten (Drittwirkung), bestimmen sich nach dem Recht des Staates, in dem der Zedent zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gemäß Satz 1 seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.“*

Diese Formulierung übernimmt die wesentlichen Teile der Definition der Drittwirkung in Artikel 2 und der Bestimmung des maßgebenden Rechts in Artikel 4 des Verordnungsentwurfs.

Im Ergebnis käme es damit zu einer kumulativen Anwendung von Forderungsstatut und Sitzrecht des Zedenten auf die Drittwirksamkeit, was sachgerecht ist und geltender Praxis entspricht. Es wäre insgesamt klar geregelt, dass eine im Innenverhältnis zwischen Zedent und Zessionar wirksame Abtretung nur dann auch dingliche Wirkung gegenüber *allen* Dritten im weiten Sinne (also unter Einschluss des Schuldners wie auch weiteren Zessionaren und Gläubigern des Zedenten) entfalten kann, wenn sie den formellen und materiellen Voraussetzungen *beider* Rechte entspricht.

B.

Einzelanmerkungen zum Entwurf

Wenn der Vorschlag, die Regelung der Drittwirksamkeit in Artikel 14 der Rom I-Verordnung zu integrieren, nicht aufgenommen wird, sondern es bei dem Vorhaben einer eigenen Verordnung verbleibt, schlägt der DAV Änderungen in materieller Hinsicht und auch in sprachlicher Hinsicht vor:

1. Materielle Änderungsvorschläge

Die mit dem Vorschlag verbundene Differenzierung des anwendbaren Rechts für das Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner (Art. 14 Abs. 2 Rom I) einerseits und für die „Drittwirkung“ andererseits erscheint nicht unbedingt naheliegend, denn das Verhältnis zwischen Schuldner und Zessionar (und natürlich das in Art. 14 Rom I nicht eigens angesprochene Verhältnis zwischen Zedent und Schuldner) bestimmt, wer Partei dieses Rechtsverhältnisses ist. Die Vorstellung, für die „Drittwirkung“ könnte ein anderes Recht maßgeblich sein, unterstellt die Möglichkeit relativer Gläubigerstellungen: Im Verhältnis zum Schuldner gelte die eine Partei, im Verhältnis zu Dritten die andere als Gläubiger. Das ist qualitativ verschieden von einer Regelung, die, wie etwa im deutschen Recht die §§ 406 bis 410 BGB, den Schuldner in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der ursprünglichen Gläubigerstellung oder die Wirksamkeit ihm angezeigter Abtretungen schützt oder ihm Aufrechnungsmöglichkeiten trotz wirksamer Abtretung erhält. Ob das aber so ist oder nicht, kann sinnvollerweise wiederum nur das Forderungsstatut bestimmen, das ja auch gemäß Art. 14 Abs. 2 Rom I für die Übertragbarkeit maßgeblich ist. Insgesamt sollte die Drittwirkung daher voraussetzen, dass die Übertragung zumindest im Verhältnis zum Schuldner wirksam ist.

1.1 Drei Abtretungsstatute: Abgrenzungs- und Zweifelsfragen

Nach dem Entwurf können auf eine Abtretung insgesamt drei verschiedene Rechtsordnungen anwendbar sein:

- zum Teil das Zessionsstatut (Art. 14 Abs. 1 Rom I)
- zum Teil das Forderungsstatut (Art. 14 Abs. 2 Rom I)
- und zum Teil das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Zedenten (Art. 4 des Entwurfs).

Darauf, welches dieser drei verschiedenen Abtretungsstatute für das jeweilige Rechtsverhältnis (zwischen Zedent und Zessionar/zwischen Zessionar und Schuldner/zwischen Zedent oder Zessionar und Dritten) anwendbar ist, kommt es nur an, wenn nach den in Betracht kommenden Rechten unterschiedliche Anforderungen oder Wirkungen bestehen und deshalb eine Zession nach dem

einen Recht (dritt-)wirksam ist, nach dem anderen nicht. Was dann gilt, kann sehr zweifelhaft sein, insbesondere, wenn für die Drittwirkung ein Recht anwendbar sein soll, das nicht ohnehin als Zessionsstatut oder Forderungsstatut einschlägig ist. Dabei stellen sich die verschiedenen Abgrenzungsfragen nicht immer in derselben Weise:

(a) Wenn die Abtretung im Verhältnis zum Schuldner wirksam ist, gegenüber Dritten jedoch nicht, geht es vor allem um die Frage, ob der Zessionar, an den der Schuldner mit für ihn befreiender Wirkung gezahlt hat, die Leistung behalten darf, oder ob er sie an den Zedenten oder (insbes. im Falle seiner Insolvenz) an dessen Gläubiger herausgeben muss, und welche Gegenrechte (die er in diesem Fall gegen den Zedenten haben wird) er auch gegenüber dessen Gläubigern geltend machen kann.

(b) Ist dagegen die Zession gegenüber dem Schuldner nicht wirksam, wohl aber im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar oder im Verhältnis zu Dritten, so wird es umgekehrt darum gehen, ob der Zedent, der gegenüber dem Schuldner weiterhin Gläubiger ist und die Leistung daher allein vom Schuldner verlangen kann und an den der Schuldner allein leisten darf, die erhaltene Leistung behalten darf.

(c) Die Frage der Wirksamkeit der Abtretung im Verhältnis zwischen Zessionar und Schuldner hat insbesondere auch Auswirkungen auf die Frage, ob der Schuldner mit Gegenforderungen gegen den Zessionar aufrechnen kann. Die Aufrechnungsmöglichkeit richtet sich grundsätzlich nach dem Forderungsstatut der Forderung, gegen die aufgerechnet wird (Art. 17 Rom I). Das betrifft im Zessionszusammenhang dann auch die Frage, ob und inwieweit der Schuldner auch (noch) mit Gegenforderungen gegen den Zedenten aufrechnen kann, wie das nach deutschem Recht unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehen ist. Wenn nun die Zession im Verhältnis zu Dritten nicht anerkannt wird, ist unklar, was dies für den Fall bedeutet, dass der Schuldner sich durch Aufrechnung gegenüber dem Zessionar von seiner Schuld befreit hat. Der Zessionar hat dann durch die Aufrechnung Befreiung von seiner eigenen Schuld mit Mitteln (der zedierten Forderung) erlangt, die im Verhältnis zu Dritten noch als Vermögen des Zedenten gelten. Wird umgekehrt (nach einem anderen Recht als dem Forderungsstatut) die Abtretung im Verhältnis zu Dritten

anerkannt, nicht aber nach dem Forderungsstatut, so stellt sich die Frage, welche Auswirkungen eine vom Schuldner erklärte Aufrechnung der Forderung gegen den Zedenten für das Verhältnis zwischen dem Zedenten und seinem Gläubiger haben soll.

Der Verordnungsentwurf regelt die vorgenannten Fragen nicht. Bei der Detailtiefe seiner Regelungen sollten aber auch diese Fragen geregelt werden – wenn und soweit sie sich nicht dadurch erledigen, dass für die Drittwirkung der Abtretung die Anforderungen des Rechts am Sitz des Zedenten *zusätzlich* zu den nach dem Forderungsstatut geltenden Anforderungen erfüllt sein müssen, wie vom DAV vorgeschlagen.

1.2 Zu Art. 2 Abs. (e) – Drittwirkung und Novation

Hier ist die Drittwirkung in einer Weise definiert, die die Wirkung gegenüber „Begünstigten derselben oder einer funktional gleichwertigen Forderung“ einschließt. Das steht offenbar im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. (e) betreffend einen Schuldumwandlungsvertrag. Wenn es sich nicht um die Abtretung einer (in ihrer Identität unveränderten) Forderung, sondern um die Begründung einer „funktional gleichwertigen [nicht einmal: funktional identischen] Forderung“ handelt, kann es aber nicht allein auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Zedenten ankommen – eine Zession findet dann ja auch gar nicht statt, sodass die Begriffsbestimmung „Zedent“ für diesen Fall ins Leere geht. Vielmehr muss es dann primär auf das Recht der durch Schuldumwandlung novierten Forderung ankommen.

Die Forderungsübertragung mittels Novation ist eine in der angelsächsischen Praxis häufig verwendete Technik. Gerade bei ihr wird deutlich, dass die Drittwirkung die Wirksamkeit der Abtretung im Verhältnis zum Schuldner nach dem Forderungsstatut als notwendige Voraussetzung hat. Ist die übertragende Novation nach dem Recht am Sitz des Zedenten wirksam, nach dem Forderungsstatut aber nicht, so könnte sich der „Zessionar“ auf die Abtretung einer Forderung berufen, die es gar nicht gibt. Im umgekehrten Fall (Wirksamkeit nach dem Forderungsstatut aber nicht nach dem Recht am Sitz des Zedenten) bliebe im Verhältnis zu Dritten der Zedent Inhaber der Forderung – die es aber gegenüber dem Schuldner gar nicht mehr gibt. Nach welchem Recht der

Fortbestand – akzessorischer oder auch nicht akzessorischer – Sicherheiten im Fall einer übertragenden Novation zu beurteilen wäre, ist vollends unklar.

Allerdings wird die Schuldumwandlung (Novation) in aller Regel ohnehin die Zustimmung des Schuldners erfordern. Nur: Wenn diese Zustimmung im Voraus in dem Schuldinstrument erklärt ist, wird sich nach dem Forderungsstatut die Frage stellen, ob eine solche antizipierte Zustimmung wirksam ist. Insoweit bleibt es dabei, dass jedenfalls die Anforderungen des Forderungsstatuts auch für die übertragende Novation erfüllt sein müssen.

1.3 Zu. Art. 4 Nr. 1 – Statutenwechsel

Mit der Anknüpfung der Drittwirkung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten „zum maßgebenden Zeitpunkt“, ohne jedoch diesen Zeitpunkt insbesondere bei gestreckten Tatbeständen zu benennen, wird ein grundsätzlich wandelbares Statut vorgegeben. Wäre dagegen auch für die Drittwirkung das Forderungsstatut maßgeblich, so wäre das insoweit anwendbare Recht grundsätzlich unwandelbar. Zwar ist nicht davon auszugehen, dass ein Zedent gerade zu dem Zweck, eine nach dem Recht seines bisherigen gewöhnlichen Aufenthalts gegenüber Dritten nicht wirksame Zession wirksam zu machen, seinen gewöhnlichen Aufenthalt verlegt. Dennoch ergeben sich aus der Möglichkeit des Statutenwechsels bzw. dem nicht klar definierten Anknüpfungszeitpunkt gravierende Probleme. Diese können beispielhaft illustriert werden:

(a) Wenn nach dem ursprünglichen Sitzrecht des Zedenten die Abtretung eine Anzeige an den Schuldner erfordert, nach seinem neuen Sitzrecht jedoch nicht: Soll dann eine ohne Anzeige an den Schuldner erfolgte Abtretung durch den Ansässigkeitswechsel wirksam werden? Und wie soll es im umgekehrten Fall sein, dass nach dem ursprünglichen Sitzrecht des Zedenten eine Abtretungsanzeige nicht erforderlich ist, der Zedent Forderungen abgetreten hat und er danach seinen gewöhnlichen Aufenthalt in ein Land verlegt, nach dessen Recht die Abtretungsanzeige erforderlich ist. Der Entwurf regelt diese Fragen in Art. 4 Nr. 1 Abs. 2 für den „Vorrang“ verschiedener Zessionare derselben Forderung. Wie aber ist es im Verhältnis zu den Gläubigern des Zedenten? Soll die Abtretung in

diesem Fall ihre Wirkung verlieren und die Forderung wieder dem Zugriff der Gläubiger des Zedenten unterliegen?

(b) Ähnliche Fragen stellen sich, wenn die Abtretung nach altem oder neuem Sitzrecht der Schriftform oder notariellen Beglaubigung bedarf und man diese Formfragen nicht nach Art. 11 Rom I anknüpft, sondern dem Abtretungsstatut unterstellt, was nach Ansicht des DAV sachgerecht ist (s. unten 1.10). Unklarheiten dieser Art bestehen weiterhin im Zusammenhang mit gesetzlichen Abtretungsverboten und mit Gesetzesbestimmungen (wie etwa § 354a des deutschen HGB), die ein solches Abtretungsverbot unter bestimmten Voraussetzungen für unwirksam erklären, zum Schutz des Schuldners jedoch bestimmen, dass er weiterhin befreiend an den bisherigen Gläubiger (Zedenten) leisten kann, was bedeutet, dass er auch mit neuen Gegenforderungen gegen den Zedenten aufrechnen kann.

Auch die Regelung in Art. 4 Nr. 1 Abs. 2 des Entwurfs ist zumindest in der deutschen Sprachfassung unklar (s. unter Nr. 2.3). Die Regelung will im Fall der Mehrfachabtretung in zeitlichem Zusammenhang mit einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Zedenten im Ergebnis das Recht des Landes zur Anwendung bringen, in dem der Zedent zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens derjenigen Abtretung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, die als erste wirksam wird. Diese Regelung ist nicht nur sehr kompliziert, sondern auch sachlich nicht unproblematisch, da sie nicht danach differenziert, aus welchen Gründen eine Abtretung noch nicht wirksam geworden ist. Ist etwa eine Abtretung unter einer aufschiebenden Bedingung erfolgt, so ist sie bis zum Bedingungseintritt noch nicht wirksam. Nach deutschem Recht ist der (aufschiebend bedingte) Zessionar aber gegen spätere Zessionen geschützt (§ 161 BGB). Diesen Schutz würde der Zessionar nach der Vorschrift verlieren, wenn der Zedent seinen Aufenthalt in ein anderes Land verlegt, nach dessen Recht aufschiebend bedingte Zessionen nicht zulässig sind oder dessen Prioritätsgrundsatz bei aufschiebend bedingten Zessionen nicht an die Vollendung des rechtsgeschäftlichen Tatbestands (Abtretungsvertrag), sondern an die Erfüllung der letzten Wirksamkeitsvoraussetzung anknüpft. Der – aufschiebend bedingte – Zessionar müsste damit rechnen, seine Position nach einem Ansässigkeitswechsel des Zedenten zu verlieren. Die Verordnung würde damit auch in diesem Punkt nicht zur Rechtssicherheit, sondern – subjektiv für den Zessionar – zu

Rechtsunsicherheit beitragen. Anders gewendet: Nach dieser Vorschrift könnte der Zedent durch einen Wechsel seiner Ansässigkeit die Verfügungsmacht über Forderungen wiedergewinnen, die er im Land seiner bisherigen Ansässigkeit durch Abtretung bereits verloren hatte.

Das mit dieser Vorschrift etablierte kollisionsrechtliche Prioritätsprinzip wirft aber noch in anderer Hinsicht Probleme auf. Wenn – wie in Deutschland üblich – künftige Forderungen insbesondere auch global abgetreten werden können, stellt sich die Frage, womit die Abtretung wirksam wird: Erst mit der Entstehung der Forderung oder bereits mit dem Abschluss des Abtretungstatbestandes? Um solche globalen Abtretungen künftiger Forderungen geht es wohl im Regelfall bei den im Entwurf einer Sonderregelung unterliegenden Abtretungen zu Verbriefungszwecken.

1.4 Zu Art. 4 Nr. 2 – Barsicherheiten und Finanzinstrumente

Mit dieser Vorschrift wird von dem Grundsatz abgewichen, dass für die Drittwirkung einer Übertragung das Recht des Staates maßgeblich sein soll, in dem der Zedent seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Nach Art. 4 Nr. 2 des Entwurfs soll für die Abtretung einer „Barsicherheit, die auf einem Konto bei einem Kreditinstitut gutgeschrieben ist“ und von „Forderungen aus einem Finanzinstrument“ das Forderungsstatut maßgeblich sein. Die dafür genannten Gründe leuchten durchaus ein. Es leuchtet jedoch nicht ein, warum dieselben Gründe nicht ebenso für alle anderen Abtretungen gelten sollen. Auch vor diesem Hintergrund empfiehlt sich die vom DAV favorisierte kumulative Anwendung des Forderungsstatuts neben dem Sitzrecht des Zedenten als einheitliches Abtretungs- bzw. Drittwirkungsstatut.

1.5 Zu Art. 4 Nr. 3 – Verbriefungszwecke

Ebenfalls abweichend von der Grundnorm des Art. 4 Nr. 1 soll bei der Abtretung zu Verbriefungszwecken das Forderungsstatut als Drittwirkungsstatut gewählt werden können. Damit soll nicht etwa dem Kapitalmarkt Sicherheit gegeben werden. Der Zweck besteht vielmehr darin, die Erzeugung kapitalmarktfähiger Instrumente (verbriefte Forderungen, asset backed securities) zu erleichtern. Wenn gute Gründe dafür sprechen, dass für die Drittwirkung von Forderungsübertragungen grundsätzlich das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts

des Zedenten maßgeblich sein soll, ist nicht ersichtlich, warum bei Übertragungen zu diesen bestimmten Zwecken ein anderes Recht sollte gewählt werden können. Es kann davon ausgegangen werden, dass Verbriefungen in aller Regel nur Forderungen ein und desselben Zedenten (Originator) zum Gegenstand haben. Die Wahl des Forderungsstatuts bedeutet deshalb eine Flucht aus dem Recht des Landes seines gewöhnlichen Aufenthalts. Die Verwalter der Zweckgesellschaft, an welche die Übertragung erfolgt, müssen ohnehin den Bestand der regelmäßig revolvierenden abgetretenen Forderungen und der Zahlungen auf sie kontrollieren. Wenn es sich dabei um Forderungen gegen Schuldner in verschiedenen Ländern, die möglicherweise verschiedenen Rechten unterliegen, handelt, sollten sie (oder die Banken die die Transaktion vorbereitet haben) die Anforderungen, die die in Betracht kommenden Rechte an die Übertragung und ihre Drittwirkung stellen, auch prüfen müssen. Der Zweck, die Schaffung kapitalmarktfähiger Instrumente zu erleichtern, rechtfertigt keine Abweichung von dem sonst gebotenen zwingenden Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Zedenten *und* des Forderungsstatuts für Fragen der Drittwirksamkeit. Wenn dagegen nur eine einzelne Forderung verbrieft wird, rechtfertigt dies erst Recht keine Abweichung von dem sonst gebotenen zwingenden Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Zedenten und des Forderungsstatuts für Fragen der Drittwirksamkeit.

1.6 Zu Art. 5 – Umfang des Drittwirkungsstatuts

Artikel 5 legt den Regelungsbereich des gemäß Artikel 4 maßgeblichen nationalen Rechts fest und bestimmt damit den Umfang des Drittwirkungsstatuts. Er ergänzt die gegenständliche Abgrenzung des Anwendungsbereichs gemäß Artikel 1 in qualitativer Hinsicht. Problematisch ist die Regelungsart. Es handelt sich um die Aufführung von Aspekten, die dem nach Art. 4 anwendbaren nationalen Recht unterliegen sollen. Die Auflistung ist jedoch nicht erschöpfend („insbesondere“; Erwägungsgrund 30: Einheitliche Anwendung des einschlägigen nationalen Rechts; S. 23 der Begründung). Es ist somit unklar, welche weiteren Aspekte gemeint sein könnten. Dies schafft Rechtsunsicherheit.

Außerdem ist nicht sicher, ob das jeweils anzuwendende Recht auch Regeln für die genannten Aspekte vorhält. Artikel 5 setzt dies voraus. In der Begründung (S. 23) heißt es hierzu:

> *„Das anzuwendende Recht **sollte** insbesondere zwei Kernfragen regeln…“* (Hervorhebung nur hier).

Wie die nationalen Gesetzgeber damit umgehen sollten, ist nicht geregelt.

Allerdings enthält Art. 5 a) in Verbindung mit der Definition der Drittwirkung in Art. 2 e) die maßgebliche Kernaussage: Es geht um „die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Übertragung gegenüber anderen Dritten als dem Schuldner, wie Eintragungs- und Publikationsformalitäten“. Die weiteren unter b) bis e) genannten Aspekte lassen sich als mögliche Prioritätskonflikte zwischen mehreren Beteiligten sämtlich als Unterkategorien bzw. Regelfallbeispiele der unter a) an sich übergeordnet regegelten Wirksamkeitsfrage auffassen. Der DAV regt daher an, die Formulierung von Art. 5 entsprechend anzupassen.

Hingegen kann entgegen dem in Erwägungsgrund 30 ausgedrückten Wunsch das gemäß Artikel 4 maßgebliche Recht nicht für die dingliche Wirkung der Abtretung insgesamt maßgeblich sein. Selbst wenn – entgegen dem Vorschlag des DAV und der bisher gängigen Praxis – die Drittwirkung unabhängig von der Wirksamkeit im Verhältnis zum Schuldner sein soll, müssen die für Zedent und Zessionar maßgeblichen rechtsgeschäftlichen und regulatorischen Voraussetzungen der Wirksamkeit (Geschäftsfähigkeit, wirksame Vertretung, regulatorische Anforderungen etc.) erfüllt sein. Dies sollte deshalb klargestellt werden.

1.7 Zu Art. 5 Abs. (b) – Mehrfach- und Globalabtretungen

Gemäß Art. 5 Abs. (b) regelt das Drittwirksamkeitsstatut insbesondere den Vorrang der Rechte des Zessionars vor den Rechten eines anderen Zessionars derselben Forderung. Ob jedoch das am Sitz des Zedenten geltende Recht das angemessene Recht zur Regelung aller Kollisionen zwischen mehreren Zessionen derselben Forderung ist, sollte noch einmal überprüft werden. Wenig Zweifel gibt es insoweit für individuelle Abtretungen derselben Forderung durch denselben Zedenten. Hier ist die Priorität maßgeblich, d.h. die erste Abtretung ist

wirksam – wie der Entwurf ja auch ein kollisionsrechtliches Prioritätsprinzip festlegt. Solche Fälle werden jedoch ziemlich selten sein. Viel häufiger ist die Kollision antizipierter Globalabtretungen künftiger Forderungen. In Deutschland etwa ist die Kollision zwischen dem sogenannten verlängerten Eigentumsvorbehalt und der Globalzession an Banken bekannt.

- Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt behält sich der Verkäufer das Eigentum an der verkauften Ware bis zu deren Bezahlung vor, ermächtigt aber den (unternehmerischen) Käufer, die Ware im normalen Geschäftsgang weiterzuverkaufen, wobei allerdings gleichzeitig (oft auch als ausdrücklich oder implizit vereinbarte Voraussetzung für die Ermächtigung zum Weiterverkauf) vereinbart wird, dass der Käufer seine sämtlichen Kaufpreisforderungen aus dem Weiterverkauf an den ursprünglichen Verkäufer als Sicherheit für dessen Kaufpreisforderung abtritt.
- Außerdem ist es nicht unüblich, dass ein Unternehmen zur Besicherung von Bankkrediten seine künftigen Kaufpreisforderungen gegen Kunden sicherheitshalber an die Bank abtritt. Hier kommt es zum Konflikt, wenn das Unternehmen vor oder nach der Globalzession verlängerte Eigentumsvorbehalte mit seinen Lieferanten vereinbart (hatte).

Die rein zeitliche Priorität der jeweiligen Abtretungsvereinbarung ist offensichtlich kein geeignetes Kriterium zur Lösung dieses Konfliktes. In Deutschland ist der Konflikt dahin entschieden, dass die Abtretung an den Lieferanten grundsätzlich Vorrang hat, weil der Käufer die ihm nicht gehörende Ware nur wegen der im Voraus erfolgten Abtretung seiner aus dem Weiterverkauf resultierenden Kaufpreisforderungen weiter veräußern darf.

Ob das Recht am Sitz des Zedenten die angemessene Rechtsordnung auch zur Lösung solcher Konflikte ist, bedarf der Überprüfung. Es kommt dann darauf an, wie dieses Recht darauf reagiert, dass der Käufer, der ohne wirksame Vorausabtretung der resultierenden Kaufpreisforderungen die ihm nicht gehörende Ware weiterverkauft, dies ohne wirksame Ermächtigung tut und damit im Grundsatz eine Untreue oder Unterschlagung begeht. Wenn sich – wie nach deutschem Recht – der Vorrang der Zession an den Warenlieferanten aus dem Eigentumsvorbehalt ergibt, ist überdies zweifelhaft, ob die Anknüpfung an den

gewöhnlichen Aufenthalt des Zedenten in dem Fall sachgerecht ist, dass die Vorbehaltsware in ein Land verbracht wird, in dem schon der einfache Eigentumsvorbehalt nicht anerkannt wird. Innerhalb der EU hat sich das Problem allerdings entschärft, seitdem aufgrund der ersten Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35/EG der ausdrücklich vereinbarte einfache Eigentumsvorbehalt EU-weit auch im Konkurs des Käufers anzuerkennen ist.

1.8 Zu Art. 5 Abs. (d) – Vertragsübertragung

Nach dieser Bestimmung soll das gemäß Artikel 4 anwendbare Recht maßgeblich „*für den Vorrang der Rechte des Zessionars vor den Rechten des Begünstigten einer Vertragsübertragung in Bezug auf dieselbe Forderung*“ sein.

Diese Regelung unterstellt, dass mit der Vertragsübertragung auch Forderungen übertragen werden (sollen), die bereits Gegenstand einer vorangegangenen Zession waren. Ob das der Fall ist, hängt primär von der Auslegung der Vertragsübertragungsvereinbarung ab. Ob das Vertragsverhältnis insgesamt durch die eine Partei (mit oder ohne Zustimmung der anderen Vertragspartei) übertragen werden kann, ist zunächst eine Frage, die ausschließlich das Vertragsstatut regelt. Dieses Vertragsstatut bestimmt dann (möglicherweise auch durch Auslegungsregeln), ob eine solche Vertragsübertragung bereits entstandene Forderungen mitumfasst oder nicht. Wenn der Vertragsübergang (beispielsweise im Zusammenhang mit einem Unternehmensverkauf im Wege des sogenannten Asset Deal) auch bereits entstandene Forderungen mit übertragen soll, ist das bezüglich der bereits entstandenen Forderungen eine Zession, für die keine besonderen Regeln zu gelten brauchen. Insoweit ist der Absatz (d) überflüssig. Nach einer Vertragsübertragung entstehende Forderungen entstehen nicht mehr in der Person der ursprünglichen Vertragspartei, sondern in der Person des Vertragsübernehmers. Insofern findet keine Zession statt.

Beispiel: Der Lieferant eines Sukzessivlieferungsvertrages hat seine künftigen Kaufpreisforderungen aus diesem Vertrag an einen Gläubiger abgetreten. Sodann überträgt er das gesamte Vertragsverhältnis an eine andere Partei, die in die Position des Lieferanten eintritt. Die bis zur Vertragsübertragung entstandenen Forderungen sind, jedenfalls nach deutschem Rechtsverständnis,

Gegenstand der vorangegangenen Abtretung an die Bank. Nach der Vertragsübertragung durch neue Lieferungen des Vertragsübernehmers entstehende Forderungen haben dem ursprünglichen Lieferanten nie zugestanden und können von ihm nicht zediert worden sein. Es ist daher insgesamt nicht ersichtlich, was der Regelungsgegenstand des Absatzes (d) sein soll, wenn man hier nicht lediglich ein Regelfallbeispiel für die übergeordnet zu definierende Drittwirksamkeit annimmt. Die Problematik entschärft sich allerdings, wenn entsprechend dem obigen Vorschlag festgelegt wird, dass die Drittwirkung einer Zession immer voraussetzt, dass die Zession auch im Verhältnis zum Schuldner (also nach dem Forderungsstatut) wirksam ist.

1.9 Weitere regelungsbedürftige Fragen

Der Entwurf sieht keine Bestimmung darüber vor, welches Recht das Verhältnis zwischen dem Zessionar (der die Leistung des Schuldners nach im Verhältnis zum Schuldner wirksamer Zession erhalten hat) und dem Zedenten/den Gläubigern des Zedenten bestimmt, wenn die Voraussetzungen der Drittwirkung der Abtretung nicht erfüllt sind. In der Sache geht es dann darum, ob der Zessionar die Leistung, die er vom Schuldner erhalten hat, behalten darf. Dieses Rechtsverhältnis sollte sich nach dem auch sonst zwischen Zedent und Zessionar maßgebenden Recht (Art. 14 Abs. 1 Rom I) richten. Eine Klarstellung, ggfs. auch nur in den Erwägungsgründen, erscheint sinnvoll.

1.10 Formfragen

Aus Anlass der geplanten Verordnung (gleich ob sie als Änderung der Rom-I-Verordnung oder als eigene selbständige Verordnung verabschiedet wird) sollte das Verhältnis zu Artikel 11 der Rom-I-Verordnung geregelt werden. Nach dieser Vorschrift genügt für die Formwirksamkeit die Erfüllung der Formanforderungen des Geschäftsstatuts oder des Rechts an dem Ort der Vornahme des Rechtsgeschäfts („Ortsform“). Diese Regelung in Artikel 11 der Rom-I-Verordnung unterstellt, dass das einzelne Rechtsgeschäft, um dessen Formwirksamkeit es geht, Rechtswirkungen nur zwischen den Beteiligten des Geschäfts bewirkt. Eine Zession hat aber immer auch Einfluss auf den Rechtskreis Dritter, insbesondere des Schuldners. Unabhängig davon, welche Anforderungen nach einem der in Frage kommenden Rechte an die Abtretung

einer Forderung gestellt werden und wie solche Anforderungen zu qualifizieren sind (als Formvorschriften oder als sachliche Wirksamkeitsvoraussetzungen), sollte bestimmt werden, dass für die Wirksamkeit einer Abtretung in dem jeweiligen Verhältnis jedenfalls die Formerfordernisse des für dieses Verhältnis maßgebenden Rechts erfüllt sein müssen. Damit wird die Qualifikation bestimmter Anforderungen als Formerfordernis oder sachliche Wirksamkeitsvoraussetzung entbehrlich. Weiterhin lässt dies Raum für die Entscheidung, ob bestimmte Anforderungen als solche für die Anerkennung der Abtretung im Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar, im Verhältnis zum Schuldner oder im Verhältnis zu Dritten anzusehen sind. Während etwa (gesetzliche) Formerfordernisse für Abtretungsanzeigen an den Schuldner klar dem Forderungsstatut gem. Art. 14 Abs. 2 Rom I und Registrierungserfordernisse klar dem Drittwirkungsstatut unterfallen dürften, ist die richtige Qualifikation eines herkömmlichen Formerfordernisses für die Abtretungsvereinbarung als solche alles andere als eindeutig. In der Regel wird damit neben dem Übereilungsschutz des Zedenten auch der Schuldnerschutz und der Verkehrsschutz (Beweiserleichterung) beabsichtigt sein. Wenn jedoch entsprechend dem hier unterbreiteten Vorschlag die Drittwirkung der Forderungsabtretung kumulativ die Erfüllung der Anforderungen des Forderungsstatus und derjenigen nach dem Recht am Sitz des Zedenten voraussetzt, erübrigt sich weitgehend auch die Entscheidung, ob ein bestimmtes Erfordernis das Verhältnis zum Schuldner oder dasjenige zu Dritten betrifft.

1.11 Sicherheiten

Schließlich sollte geregelt werden, dass die für die abgetretene Forderung bestellten Sicherungsrechte wie Hypotheken, (Grund-)Pfandrechte und Bürgschaften nicht dem Abtretungsstatut unterliegen, sondern – auch bei akzessorischer Ausgestaltung – gesondert anzuknüpfen sind. Andernfalls könnte der Rechtsanwender von einer Regelung zum Schicksal solcher Rechte im Recht der Forderungsabtretung (so § 401 BGB) darauf schließen, dass die Frage einem der drei Abtretungsstatute unterfallen müsse.

2. Sprachliche Änderungsvorschläge

Die Sprachfassung des Vorschlags gibt Anlass für weitere Zweifelsfragen, insbesondere:

2.1 Zu Art. 2 Abs. 2 (c) – Definition der Übertragung

Die „Übertragung“ ist in Art. 2 Abs. (c) definiert. Die Definition weicht von der Definition der Übertragung in Art. 14 Abs. 3 der Rom I-Verordnung in mehrfacher Hinsicht ab:

- Sie nennt an erster Stelle die „rechtsgeschäftliche Übertragung“. Das Wort „rechtsgeschäftlich“ fehlt in der Rom I-Verordnung.
- Bei der wohl beispielhaft gemeinten Ausfüllung des Begriffs heißt es in dem Vorschlag „Vollrechtsübertragung“, wo es in der Rom I-Verordnung „vollkommene Übertragung“ heißt.
- Schließlich ist ein weiteres Beispiel aufgenommen mit dem „vertraglichen Forderungsübergang“. Entsprechendes fehlt in der Rom I-Verordnung.

Es ist auch zweifelhaft, ob die Definition in der deutschen Fassung derjenigen der englischen und französischen Fassung entspricht, insbesondere in folgenden Punkten:

- Wo es in der deutschen Fassung „rechtsgeschäftliche Übertragung“ heißt, heißt es in der englischen Fassung „voluntary transfer“ und in der französischen Fassung „transfert volontaire“. Beide Formulierungen legen die Freiwilligkeit nahe. Damit wäre eine Abtretung aufgrund vorausgegangener Verpflichtung möglicherweise nicht mehr erfasst. Die deutsche Fassung scheint sachgerecht.
- Wo es in der deutschen Fassung „vertraglicher Forderungsübergang“ heißt, heißt es in der englischen und französischen Fassung „contractual subrogation“ und „subrogation conventionnelle“. Was damit gemeint ist, ist unklar. Es sollte geklärt werden, ob der englische und französische Terminus einen Fall des gesetzlichen Forderungsübergangs meint, der an sich in Art. 15 Rom I geregelt ist.

– Die deutsche Fassung bezieht sich (wie schon Art. 14 Abs. 3 Rom I) auf die *Übertragung* „von Pfandrechten und anderen Sicherungsrechten an Forderungen“. Richtig muss es dagegen in dieser Verordnung, aber auch in Art. 14 Abs. 3 Rom I-VO (entsprechend dem englischen und dem französischen Text) „die *Begründung* von Pfandrechten und anderen Sicherungsrechten an Forderungen“ heißen.

2.2 Zu Art. 2 Abs. (h) – Barsicherheit

Die Definition der „Barsicherheit“ als ein „in beliebiger Währung auf einem Konto bei einem Kreditinstitut gutgeschriebener Betrag“ ist sprachlich irreführend und im Hinblick auf die Regelung in Art. 4 Nr. 2 a) teilweise redundant. Es geht um die Forderung gegen ein Kreditinstitut aufgrund eines Barguthabens, das auf dem Konto geführt wird. Das ist auch kein Bargeld (so die englische Fassung „cash“ oder die französische Fassung „espèces“). Gegenüber den englischen und französischen Fassungen enthält der deutsche Text zusätzlich noch das Element der „Sicherheit“, was frei von Sinn ist. Offenbar steht dahinter der Gedanke, dass die Forderung gegen das Kreditinstitut an einen anderen als Sicherheit abgetreten wird – wobei dahinstehen mag, wie realistisch dieser Fall ist, zumal in aller Regel das kontoführende Kreditinstitut ein Pfandrecht an solchen Guthaben zur Besicherung aller Forderungen des Instituts gegen den Kunden hat.

2.3 Zu Art. 4 Nr. 1 Abs. 2 – Statutenwechsel

Nach Art. 4 Nr. 1 Abs. 2 kommt es bei einem Ansässigkeitswechsel des Zedenten auf den Zeitpunkt an, „zu dem die *erste Übertragung* (nach dem auf sie anwendbaren Recht) wirksam wurde“. Das ist unklar. Entsprechend der englischen und französischen Fassung müsste formuliert werden

> *„dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Zedenten zum Zeitpunkt derjenigen Übertragung, die als erste nach dem auf sie zur Anwendung berufenen Recht gemäß Unterabsatz (a) Dritten gegenüber wirksam wurde“.*

Mit dieser Regelung wird das bereits oben angesprochene kollisionsrechtliche Prioritätsprinzip aufgestellt. Dabei ist aber immer noch unklar, welcher Zeitpunkt als Zeitpunkt der Übertragung und somit als der im Sinne von Absatz 1

„maßgebende Zeitpunkt“ gilt. Richtigerweise sollte der Zeitpunkt maßgeblich sein, zu dem der Zedent die Übertragungshandlung vornimmt, nicht derjenige, zu dem die Übertragung tatsächlich drittwirksam wird. Denn der Eintritt der Drittwirksamkeit hängt gerade von dem zur Anwendung kommenden Recht ab. Insoweit würde die Kollisionsnorm sonst die Voraussetzungen für ihre eigene Rechtsfolge, also ihren eigenen Tatbestand schaffen. Um dies zu vermeiden, könnte wie folgt formuliert werden:

„dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Zedenten zu dem Zeitpunkt, zu dem er die seinerseits erforderlichen Maßnahmen für diejenige Übertragung trifft, die als erste nach dem Recht des Landes seiner Ansässigkeit zu diesem Zeitpunkt Dritten gegenüber wirksam wurde.“

Zu einem ähnlichen Ergebnis bei Vermeidung der konstruktiven und redaktionellen Schwierigkeiten käme man, wenn man hier nicht auf den Übertragungsakt des Drittwirksamkeitsstatuts, sondern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwischen Zedent und Zessionar bzw. die Wirksamkeit der Abtretung inter partes nach dem Zessionsstatut gem. Art. 14 Abs. 1 Rom I abstellt.

2.4 Zu Art. 4 Nr. 4 – Mehrfachübertragung bei unterschiedlichen Statuten

Nach dem deutschen Text ist diese Regelung unverständlich. Danach würde sich der Vorrang nach dem Recht der Forderungsübertragung richten, „die als erste nach dem Recht der übertragenen Forderungen Dritten gegenüber wirksam wurde“ – obwohl das Recht der übertragenen Forderungen eben möglicherweise gar nicht anwendbar ist, sondern das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Zedenten. Auch hier liegt vermutlich ein Übersetzungsfehler vor. Nach dem englischen und nach dem französischen Text ist das auf die Drittwirkung derjenigen Forderungsübertragung anwendbare Recht maßgeblich, die nach dem für sie anwendbaren Recht als erste wirksam wurde. Immerhin erklärt die Regelung bei Mehrfachabtretungen, die aufgrund der Sonderregelung in Art. 4 Nr. 2 unterschiedlichen Rechten unterliegen, im Zweifel das Forderungsstatut gegenüber dem Recht am Sitz des Zedenten für ausschlaggebend. Auch dies spricht für eine kumulative Anwendung beider Rechte auf die Wirksamkeitsfrage.

2.5 Zu Art. 5 Abs. (a)

Die Formulierung „gegenüber anderen Dritten als dem Schuldner“ impliziert, dass auch der Schuldner ein Dritter sei, was dem allgemeinen bisherigen Sprachgebrauch nicht entspricht.