

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung.....	1
I. Vertragliche Lösungsklauseln im Kontext des Insolvenzrechts	1
II. Vertragsbeendigung bei grenzüberschreitenden Insolvenzen	8
III. Forschungsstand und Methodik	9
IV. Gang der Darstellung	12
V. Abgrenzungen	13
VI. Begriffsbestimmungen	15
1. Gesamtvollstreckungsverfahren und Insolvenzrecht	15
a) Konkurs und Insolvenz	15
b) Insolvenzrecht und Insolvenzverfahren.....	16
c) Masseverbindlichkeiten und Insolvenzforderungen.....	18
2. Lösungsklauseln.....	18
Kapitel 1: Länderberichte	21
§ 1 Insolvenzsysteme im Überblick	21
A. Deutschland	21
B. Schweiz	24
C. Österreich	28
D. Frankreich.....	30
I. Präventive Verfahren.....	32
II. Ordentliche Insolvenzverfahren.....	33
E. Rechtskreis des <i>common law</i>	33
I. Gegenüberstellung des US-amerikanischen und englischen Rechts.....	33
II. USA	36
III. England und Wales.....	39
1. <i>Liquidation</i>	40

2. Administration.....	40
3. Receivership.....	42
4. Company voluntary arrangement.....	42
5. Scheme of arrangement.....	42
§ 2 Behandlung schwebender Verträge im Rechtsvergleich.....	42
A. Auswirkungen eines Insolvenzverfahrens auf die Vertragsbeziehung.....	43
B. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters.....	46
I. Allgemeines Prinzip des Verwalterwahlrechts.....	46
II. Deutschland.....	47
1. Grundlegendes.....	47
2. Wahlrecht: Erfüllungswahl.....	49
3. Wahlrecht: Ablehnungsentscheidung.....	50
4. Ausübungsfrist und Aufforderung zur Erfüllungswahl.....	50
5. Gesetzliche Vertragsbeendigung.....	51
III. Schweiz.....	51
1. Grundlegendes.....	51
2. Wahlrecht: Erfüllungswahl.....	52
3. Wahlrecht: Ablehnungsentscheidung.....	54
4. Ausübungsfrist und Aufforderung zur Erfüllungswahl.....	55
5. Gesetzliche Beendigungsrechte.....	56
IV. Österreich.....	57
1. Grundlegendes.....	57
2. Wahlrecht: Erfüllungswahl.....	57
3. Wahlrecht: Ablehnungsentscheidung.....	57
4. Ausübungsfrist und Aufforderung zur Erfüllungswahl.....	58
V. Frankreich.....	58
1. Grundlegendes.....	58
2. Wahlrecht: Erfüllungswahl.....	59
3. Wahlrecht: Ablehnungsentscheidung.....	60
4. Ausübungsfrist und Aufforderung zur Erfüllungswahl.....	61
VI. USA.....	62
1. Grundlegendes.....	62
2. Wahlrecht: Erfüllungswahl.....	64
3. Wahlrecht: Ablehnungsentscheidung.....	65
4. Ausübungsfrist und Aufforderung zur Erfüllungswahl sowie gerichtliche Kontrolle.....	66
VII. England und Wales.....	67
1. Grundlegendes.....	67
2. Wahlrecht im Liquidationsverfahren.....	67
3. Wahlrecht im Administrationsverfahren.....	69

C. Weiterführende rechtsvergleichende Bemerkungen.....	70
I. Erfüllungsstadium des Vertragsverhältnisses – schwebende Verträge	70
II. Ausgenommene Vertragstypen.....	70
III. Aufforderung zur Ausübung des Wahlrechts	71
IV. Entscheidungsautonomie des Verwalters.....	71
V. Rechtsfolgen der Erfüllungswahl.....	72
VI. Rechtsfolgen der Wahl der Nichterfüllung	72
D. Zwischenergebnis	74
§ 3 Vertragliche Lösungsklauseln im Rechtsvergleich	75
A. Deutschland.....	75
I. Umstrittene Rechtslage vor dem Jahr 2012.....	75
1. Historischer Streitstand unter den Konkursordnungen	75
2. Neuere Literaturansichten.....	77
II. Kehrtwende durch den Bundesgerichtshof im Jahr 2012	80
1. Entscheidungssachverhalt.....	80
2. Begründung des Bundesgerichtshofs	81
3. <i>Obiter dicta</i>	82
III. Diskurs nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs im Jahr 2012.....	83
1. Ausdehnung der Entscheidung auf weitere Vertragstypen	83
2. Verhältnis der Entscheidung zur Vertragsfreiheit	84
3. Verhältnis zu gesetzlichen Vertragsbeendigungsklauseln	85
4. Verhältnis zur bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung.....	86
5. Verhältnis zu insolvenzunabhängigen Lösungsklauseln.....	86
6. Erste wirtschaftliche Betrachtung bei Ergielieferungsverträgen	87
IV. Konkretisierung durch den Bundesgerichtshof im Jahr 2016.....	88
1. Entscheidungssachverhalt.....	88
2. Begründung des Bundesgerichtshofs	88
3. Literaturansichten nach der Entscheidung	89
V. Würdigung	90
B. Schweiz	92
I. Verfahrensrechtlicher Charakter des Verwalterwahlrechts	93
II. Systematische und teleologische Erwägungen der Lehre	96
1. Materielle rechtliche Grenzen der Vertragsfreiheit.....	96
2. Verstoß gegen die Gläubigergleichbehandlung.....	96
3. Ungewissheit in der Insolvenz	97
4. Vergleich mit gesetzlichen Lösungsrechten.....	97
III. Anfechtungsmöglichkeit.....	98

IV. Abweichende Ansichten	98
1. Generelle Unwirksamkeit von insolvenzbezogenen Lösungsklauseln	98
2. Einschränkung im Einzelfall bei Ausübung der Lösungsklauseln nach Konkurseröffnung oder entgegenstehenden Insolvenzzwecken.....	98
V. Würdigung	99
1. Verfahrensrechtliche Einordnung des Verwalterwahlrechts	99
2. Einschränkende Literaturansichten	100
3. Unzureichende gesetzliche Regelung des Wahlrechts.....	100
C. Österreich	101
I. Historische Entwicklung	102
II. Reform von 2010: Einschränkungen insolvenzbezogener Vertragsklauseln.....	107
1. Funktionsweise und Telos der §§ 25a, b IO.....	108
a) § 25a IO.....	109
aa) Regelungsinhalt	109
bb) Sachlicher Anwendungsbereich.....	111
cc) Zeitlicher Anwendungsbereich.....	112
dd) Offene Diskussionen	113
b) § 25b IO.....	114
aa) Regelungsinhalt	114
bb) Sachlicher Anwendungsbereich.....	114
cc) § 25b IO: Zeitlicher Anwendungsbereich.....	115
dd) § 25b IO: Auf den Insolvenzfall auflösend bedingter Forderungsverzicht	115
2. Zusammenspiel mit der Erklärungsfrist nach § 21 IO	116
III. Würdigung	117
D. Frankreich.....	119
I. Verbotsregelung des L. 622-13 C.com.	120
II. Historie und gesetzliche Systematik	120
III. Zeitlicher und sachlicher Anwendungsbereich des Verbots	122
IV. Extensive Auslegung des Lösungsverbots	123
V. Würdigung	123
E. Rechtskreis des <i>common law</i>	125
I. USA	125
1. Zusammenspiel verschiedener Normen zum Schutz des Insolvenzverfahrens	126
a) 11 U.S.C. §§ 541, 363, 366	127
b) <i>Automatic stay</i> in 11 U.S.C. § 362	127
c) Zentralnorm zum Schutz des Verwalterwahlrechts 11 U.S.C. § 365 (e).....	129

2. Sachlicher Anwendungsbereich.....	131
3. Reichweite des Verbots: <i>non-executory contracts</i> und insolvenzunabhängige Lösungsklauseln	132
4. Zeitlicher Anwendungsbereich	133
5. Ausübungsfrist des Verwalterwahlrechts: eine Abwägung der Interessen von Gläubiger und Schuldner	134
6. Schranken der Vertragsfreiheit	135
7. Sonderregelung für Versorgungsverträge	136
8. Würdigung	137
a) Verbotsregelung.....	137
b) Versorgungsverträge.....	138
c) Rechtsentwicklung und Rezeption	139
II. England	140
1. <i>Common law</i> -Rechtslage	141
a) <i>Pari passu principle</i>	141
b) <i>Anti-deprivation rule</i>	141
2. Weg zur Gesetzesreform im Jahr 2015	145
3. Reform von 2015: Einschränkungen insolvenzbezogener Vertragsklauseln	147
4. Würdigung	151
F. Im Überblick: Tour d'horizon weiterer Rechtsordnungen.....	153
I. Australien.....	153
II. Dänemark.....	154
III. Griechenland.....	154
IV. Italien.....	156
V. Kanada.....	157
VI. Neuseeland.....	158
VII. Niederlande.....	160
VIII. Polen.....	161
IX. Rumänien	162
X. Schweden.....	163
XI. Spanien	164
XII. Südkorea	166
G. Fazit.....	166
§ 4 Sonderregelungen für bestimmte Vertragstypen.....	167
A. Finanzprodukte/Derivate/Close-Out-Netting.....	167
I. Deutschland	172
1. Fixgeschäfte (§ 104 Abs. 1 Satz 1 InsO).....	172
2. Verträge über Finanzleistungen (§ 104 Abs. 1 Satz 2 InsO).....	173
3. Exkurs: Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz.....	174
4. Zwischenergebnis.....	176

II. Österreich.....	176
III. Schweiz.....	176
IV. Frankreich.....	178
V. USA.....	178
VI. England.....	179
VII. Fazit.....	179
B. Mietverträge.....	180
I. Deutschland.....	180
II. Österreich.....	181
III. Schweiz.....	181
IV. Frankreich.....	182
V. USA.....	182
VI. Fazit.....	183
§ 5 Rechtsvergleichende Systematisierung.....	183
A. Wertende Gegenüberstellung.....	184
I. Gruppe 1: liberaler Ansatz zu Lösungsklauseln.....	184
II. Gruppe 2: vermittelnde Lösung.....	184
III. Gruppe 3: restriktiver Ansatz zu Lösungsklauseln.....	185
B. Ausgewählte Einzelmerkmale.....	185
I. Anknüpfungsmomente.....	185
II. Vertragstypen: Einschränkungen und Ausnahmen.....	187
III. Rechtsfolge des Verbots und dessen Auslösungszeitpunkt.....	187
IV. Gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Beendigungsmöglichkeiten.....	189
V. Ungewissheiten: Ausübungsfristen für das Wahlrecht – Kompensation des solventen Vertragspartners.....	189
C. Beispiel: Energielieferungsverträge.....	190
Kapitel 2: Rechtsvergleichende Analyse.....	191
§ 6 Vertragsfreiheit und gesetzliches Verbot von Lösungsklauseln – juristische Kernargumente.....	191
A. Vertragsfreiheit als <i>pars pro toto</i> der Privatautonomie.....	192
B. Allgemeine Einschränkungen der Vertragsfreiheit.....	193
I. Gewährleistung der überindividuellen Funktionen der Vertragsfreiheit.....	194
II. Epochale Begrenzung der Vertragsfreiheit.....	194
III. Funktionsdefizite: Fremdbestimmung.....	195
1. Ausgleich struktureller Ungleichgewichte.....	196
2. Fremdbestimmung durch insolvenzbezogene Lösungsklauseln?.....	196
IV. Zwischenergebnis.....	198

C. Besondere (insolvenzrechtliche) Einschränkungen der Vertragsfreiheit.....	198
I. Gläubigergleichbehandlung.....	198
II. Insolvenzzweckwidrigkeit.....	200
1. Sanierungsziel.....	200
2. Topos der Insolvenzzweckwidrigkeit.....	202
III. Einschränkung des Verwalterwahlrechts.....	203
IV. Vergleich mit Absonderungsrechten.....	206
V. Umkehrschluss zu gesetzlichen Beendigungsrechten.....	207
D. Ergebnis.....	208
§ 7 <i>Vertragsfreiheit und gesetzliches Verbot von Lösungsklauseln – ökonomische Analyse</i>	209
A. Einführung.....	209
B. Einschränkungen des Effizienzprinzips.....	211
C. Ökonomische Analyse.....	212
I. Empirische Studie zur Effizienz von Insolvenzsystemen.....	212
II. Theoretische Studie zu Lösungsklauseln.....	214
III. Synthese.....	218
1. (Rationale) Entscheidungsmöglichkeiten.....	218
2. <i>Ex post</i> -Auswirkungen.....	220
a) Neuverhandlung und der Grundsatz <i>pacta sunt servanda</i>	221
b) Neuverhandlung und Externalitäten.....	222
3. <i>Ex ante</i> -Auswirkungen.....	225
a) Preisauswirkungen.....	225
b) Investitionsanreize.....	227
c) Verhandelbarkeit.....	228
d) Umgehungskosten.....	229
4. Pro Lösungsklauseln: die Ungewissheit in der Insolvenz?.....	230
a) Wirtschaftliche Interessen für Vertragsbeendigung in der Insolvenz.....	231
b) <i>Ambiguity aversion</i>	233
c) <i>(Cumulative) Prospect Theory</i>	234
IV. Zwischenergebnis.....	236
D. Stellungnahme und Fazit.....	237
§ 8 <i>Rechtspolitische Erwägungen</i>	239
A. Funktionswandel des Insolvenzrechts.....	240
I. Entwicklung in Europa.....	240
1. Ausgangspunkt: reine Schuldbetreibung durch Gesamtvollstreckung.....	240
2. Funktionswandel: Kultur der Reorganisation.....	244

II. Reichweite des anerkannten Sanierungszwecks	248
III. Schlussfolgerungen für Lösungsklauseln	251
B. Entwicklungen auf Ebene der Europäischen Union	253
C. CRI-Standard	256
I. Principles for Effective Creditor Rights and Insolvency Systems	256
II. <i>Legislative Guide on Insolvency Law</i>	257
D. Ergebnis	259
§ 9 <i>Rechtsvergleichende Bewertung</i>	260
A. Verbreitung von Lösungsklauseln als normative Kraft?	260
B. Kernbefunde der Untersuchung	261
I. Internationaler Trend:	
Verbote als moderne Insolvenzgesetzgebung	261
II. Wechsel der internationalen Rechtslage: Sanierungszweck	262
III. Vertragsfreiheit und wirtschaftliche Knappheit:	
eine Frage der Legitimität	263
1. Wirtschaftliche Knappheit und fremdbestimmende Elemente	263
2. Gesetzliches Leitbild: das Verwalterwahlrecht	264
3. Insolvenzbezug und Disponibilität	265
C. Fazit	267
Kapitel 3: Nationale Umsetzung von Klauselverboten	268
§ 10 <i>Leitlinien eines Verbots</i>	268
A. Zeitgemäßes Ergebnis – fragwürdige Begründung des IX. Senats des Bundesgerichtshofs (2012)	269
B. Fundierte Begründung – fragwürdiges Ergebnis des VII. Senats des Bundesgerichtshofs (2016)	273
C. Abgrenzungsentscheidung des IX. Senats des Bundesgerichtshofs (2017) –	
Die Insolvenz als wichtiger Grund	275
D. Allgemeines Verbot oder Abwägung im Einzelfall	279
E. Sinn und Zweck der Insolvenzbezogenheit	280
F. Überwindung der Trennung zwischen insolvenzabhängigen und insolvenzunabhängigen Lösungsklauseln – Ausübungssperren von Kündigungsrechten	281
§ 11 <i>Konkretisierung des deutschen Diskurses</i>	282
A. Erfasste Vertragstypen und Grenzen	283
I. Grundregel	283

II. Einschränkungen im Einzelfall: Gestaltungsinteresse	283
1. Ausgangspunkt	283
2. Abzulehnende Ansichten	284
3. Lösungsvorschlag auf Basis des Rechtsvergleichs	285
4. Fazit	287
III. Beispiele wichtiger Vertragstypen	287
1. Werkverträge, insbesondere Bauverträge	287
2. Energielieferungsverträge	292
3. Mietverträge	292
4. Grundstücksübertragung	293
5. Lizenzverträge / Franchiseverträge	293
6. Handelsvertreterverträge	294
7. IT-Verträge	295
IV. Bereichsausnahmen	295
B. Erfasste Anknüpfungsmomente und Rechtsfolgen	296
I. Insolvenzverfahrenseröffnung	296
II. Insolvenzeröffnungsverfahren	296
1. Vorwirkung des § 119 InsO:	
Liquiditäts- und Umgehungsschutz	297
a) Kritik am Ansatz des Bundesgerichtshofs	297
b) Wirtschaftliche Notwendigkeit der Verbotswirkungen im Eröffnungsverfahren und Anreize zur frühen Antragstellung	300
2. Insolvenzantragstellung	301
3. Zahlungseinstellung oder Überschuldung (materielle Insolvenzgründe) – Entwicklung einer Ausübungssperre für Kündigungsrechte	303
a) Aktuelle Rechtslage	303
b) Fehlende Legitimation der Nichtigkeitsfolge	304
c) Rechtsvergleichende Impulse	305
d) Ausübungssperre und Anreize zur rechtzeitigen Antragstellung	305
e) Dogmatische Legitimation der Ausübungssperre bei materiellen Insolvenzgründen	307
4. Insolvenzunabhängige Klauseln:	
ein neuer funktionaler Ansatz	308
a) Zulässigkeit insolvenzunabhängiger Klauseln:	
aktuelle Rechtslage	308
b) Einschränkung insolvenzunabhängiger Klauseln in der Insolvenz	309
c) Lösungsvorschlag: Ausübungssperre insolvenzunabhängiger Klauseln	310

d) Dogmatische Legitimation der Ausübungssperre bei insolvenzunabhängigen Lösungsklauseln.....	311
e) Nachinsolvenzliche Pflichtverletzungen.....	312
f) Umgehungsmöglichkeiten	312
III. Ordentliche Kündigungsrechte	314
IV. Gesetzliche Kündigungsrechte und das „Entsprechen“ vertraglicher Lösungsrechte	315
a) Wirksamkeit von gesetzlichen Lösungsmöglichkeiten	315
b) Regelmäßig fehlende tatbestandliche Voraussetzungen in der Insolvenz	316
c) „Entsprechen“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	318
V. Zwischenergebnis: Kombination der Nichtigkeitsfolge mit einer Ausübungssperre	319
C. Insolvenzanfechtung	320
I. Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung	320
1. Rechtshandlung: Vereinbarung der Lösungsklauseln.....	320
2. Rechtshandlung: Ausübung der Lösungsklausel	322
II. Kritik an diesem Lösungsansatz	322
III. Relevanz der Insolvenzanfechtung	323
D. Zusammenhang mit Ausübungsfrist des Wahlrechts – Interessenabwägung.....	324
E. Sonstige Einschränkungen der Vertragsbeendigung	325
F. Ergebnis	326
§ 12 Konkretisierung des schweizerischen Diskurses	327
A. Neubewertung des Eintrittsrechts.....	327
B. Korrektur der Bestimmungen zum Wahlrecht <i>de lege ferenda</i>	331
§ 13 Formulierung eines Gesetzesvorschlags	332
Kapitel 4: Internationales Privatrecht	334
§ 14 Internationales Insolvenzrecht im Kontext schwebender Verträge	334
A. Einführung.....	334
B. Aktuelle Rechtsprechung zum Konflikt zwischen Vertragsstatut und Insolvenzstatut	336
C. Exkurs: Entwicklung des Internationalen Insolvenzrechts.....	339
§ 15 Anwendbares Recht auf schwebende Verträge: Lösungsklauseln.....	342
A. Europäisches Kollisionsrecht	342
I. Wirkungsmechanismus der EuInsVO	342
II. Qualifikation von Lösungsverboten.....	344

III. Stellungnahme.....	347
B. Deutsches Kollisionsrecht.....	349
I. Wirkungsmechanismus der §§ 335 ff. InsO.....	349
II. Qualifikation von Lösungsverboten.....	350
III. Stellungnahme.....	351
C. Schweizerisches Kollisionsrecht.....	352
I. Grundlegendes zum schweizerischen internationalen Insolvenzrecht.....	352
II. Wirkungsmechanismus der Art. 166 ff. IPRG.....	353
III. Reformbestrebungen von 2016/2017.....	356
IV. Qualifikation von Lösungsrechten: Unterscheidung zwischen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Wirkungen eines ausländischen Insolvenzverfahrens.....	357
V. Qualifikation der insolvenzrechtlichen Auswirkungen auf laufende Verträge.....	360
VI. Schlussfolgerungen der Qualifikation für ausländische Insolvenzverfahren.....	361
VII. Stellungnahme.....	362
D. Exkurs: CISG.....	365
E. Würdigung.....	366
I. Ausgangspunkt des Lösungsansatzes.....	366
II. Konkretisierung des Lösungsvorschlags.....	369
1. Fallgestaltung 1: <i>lex fori concursus</i> verbietet insolvenzbezogene Lösungsklauseln.....	370
a) Lösungsklauseln: Anknüpfung an das Insolvenzverfahren.....	370
b) Lösungsklauseln: vorinsolvenzliche Anknüpfungen.....	370
c) Lösungsklauseln: Schicksal nach Verfahrensende.....	372
2. Fallgestaltung 2: <i>lex contractus</i> verbietet insolvenzbezogene Lösungsklauseln.....	373
§ 16 Belegenheit eines schwebenden Vertrags: insbesondere Abgrenzung zwischen parallelen Insolvenzverfahren.....	373
A. Europäisches Kollisionsrecht.....	374
I. Voraussetzungen eines Sekundärverfahrens.....	374
II. Zuordnung des Vertragsverhältnisses zu einem Insolvenzverfahren.....	375
B. Schweizerisches Kollisionsrecht.....	377
C. Würdigung.....	378
I. Ausgangspunkt des Lösungsansatzes nach der EuInsVO.....	378
II. Die zwei problematischen Sachverhaltskategorien.....	379
III. Kritik zum Niederlassungsbezug.....	380
IV. Kritik zur externen Mehrfachzuständigkeit der Verwalter.....	381

V. Lösungsansatz: interne Mehrfachzuständigkeit der Verwalter	382
VI. Lösungsansatz nach dem schweizerischen Kollisionsrecht	384
VII. Zeitliche Abgrenzung der Verfahren	384
Schlussfolgerungen in Thesen	386
Anhang: Gesetzesmaterialien.....	389
<i>England und Wales</i>	389
<i>Frankreich</i>	392
<i>Österreich</i>	396
<i>Schweiz</i>	399
<i>USA</i>	401
Literaturverzeichnis.....	411
Sachregister	433