

PATRICK KEINERT

Vertragsbeendigung in der Insolvenz

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

406

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:
Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Patrick Keinert

Vertragsbeendigung in der Insolvenz

Insolvenzbezogene Lösungsklauseln
im Rechtsvergleich

Mohr Siebeck

Patrick Keinert, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg; wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europäisches Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Université de Genève, Schweiz; 2017 Promotion an der Université de Genève; seit 2017 Rechtsreferendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe.
orcid.org/0000-0002-1121-5651



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Gedruckt mit Unterstützung der Juristischen Fakultät der Universität Genf.

ISBN 978-3-16-156194-8 / eISBN 978-3-16-156195-5

DOI 10.1628/978-3-16-156195-5

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Für Lara und Liam.

Vorwort

Diese Arbeit wurde in den Jahren 2014 bis 2016 erstellt und im Dezember 2017 von der Juristischen Fakultät der Universität Genf als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich im Wesentlichen auf dem Stand Frühjahr 2017. Für die Drucklegung sind bis Januar 2018 erschienene Publikationen und Rechtsprechung lediglich ergänzend und insbesondere für die deutsche Rechtsordnung berücksichtigt worden.

Mein höchster Dank gilt meinem Doktorvater Professor *Thomas Kadner Graziano* für die Betreuung meiner Dissertation und die interessanten Jahre am Lehrstuhl für Europäisches und Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Genf. Aus dieser Zeit entstand eine Vielzahl an Projekten und Kontakten, die auch zukünftig eine spannende Zeit versprechen.

Ebenso möchte ich mich bei meinem Zweitgutachter Professor *Gian Paolo Romano* für seine stetige Diskussionsbereitschaft bedanken. Er ermöglichte mir auch, den IPR-Teil dieser Arbeit an der „Journée de droit international privé“ bei Professor *Andrea Bonomi* in Lausanne vorzustellen.

Schließlich danke ich herzlich den weiteren Mitgliedern der Prüfungskommission, Dekan Professor *Bénédict Foëx*, Professor *Stefan Reinhart* und Professor *Rodrigo Rodriguez*, für die intensive Disputation. Ebenso möchte ich mich bei der Juristischen Fakultät der Universität Genf für den gewährten Druckkostenzuschuss bedanken.

Meiner Frau *Vanessa* danke ich für die immerwährende Unterstützung und aufbauenden Worte sowie das Korrekturlesen dieses Werks. Auch ist der Beitrag meiner Eltern und meines Onkels für meinen akademischen Weg nicht hoch genug hervorzuheben.

Ferner möchte ich mich bei meinen Kollegen *Johannes Landbrecht*, *Moritz Oppelt*, *Christoph Kling*, *Felix Aden*, *Hannes Meyle*, *Azadi Öztürk*, *Michel Reymond* und *Felix Kernbichler* für unzählige juristische Diskussionen bedanken. Insbesondere Gespräche mit Praktikern ermöglichten es, Kernargumente besser herauszuarbeiten – hervorzuheben sind vor allem *Olaf Benning*, *Thomas Trettnak* und *Andreas Hendriock*. Für Ideen zur Themenfindung danke ich Professor *Christoph Kern*; für methodische Unterstützung Professor *Rob van Gestel*.

Dankbar bin ich *Adeline Michoud*, *Agnieszka Szczegola*, *Luminita Gheorghe* und *Loukas Panetsos* für Unterstützung bei der rechtsvergleichenden Recherche; ferner *Sadri Saieb*, der die Recherche am ISDC Lausanne erheblich erleichterte. Last but not least, gilt mein Dank für Inspirationen zu den wirtschaftlichen Fragestellungen Professor *Stefan Trautmann*, *Alexander Kübler* und *Markus Plewa*.

Neckargemünd, im Mai 2018

Patrick Keinert

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Einleitung.....	1
Kapitel 1: Länderberichte	21
§ 1 <i>Insolvenzsysteme im Überblick</i>	21
§ 2 <i>Behandlung schwebender Verträge im Rechtsvergleich</i>	42
§ 3 <i>Vertragliche Lösungsklauseln im Rechtsvergleich</i>	75
§ 4 <i>Sonderregelungen für bestimmte Vertragstypen</i>	167
§ 5 <i>Rechtsvergleichende Systematisierung</i>	183
Kapitel 2: Rechtsvergleichende Analyse	191
§ 6 <i>Vertragsfreiheit und gesetzliches Verbot von Lösungsklauseln – juristische Kernargumente</i>	191
§ 7 <i>Vertragsfreiheit und gesetzliches Verbot von Lösungsklauseln – ökonomische Analyse</i>	209
§ 8 <i>Rechtspolitische Erwägungen</i>	239
§ 9 <i>Rechtsvergleichende Bewertung</i>	260
Kapitel 3: Nationale Umsetzung von Klauselverböten	268
§ 10 <i>Leitlinien eines Verbots</i>	268
§ 11 <i>Konkretisierung des deutschen Diskurses</i>	282
§ 12 <i>Konkretisierung des schweizerischen Diskurses</i>	327
§ 13 <i>Formulierung eines Gesetzesvorschlags</i>	332

Kapitel 4: Internationales Privatrecht	334
§ 14 Internationales Insolvenzrecht im Kontext schwebender Verträge	334
§ 15 Anwendbares Recht auf schwebende Verträge: Lösungsklauseln	342
§ 16 Belegenheit eines schwebenden Vertrags: insbesondere Abgrenzung zwischen parallelen Insolvenzverfahren	373
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

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. Materiellrechtliche 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. Einschränkung der 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

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
A.B.A.J.	American Bar Association Journal
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.D.	New York's Appellate Division Reports
Adv.	Adversary in law
a.F.	alte Fassung
AGB-Banken	Muster der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der privaten Banken zwischen Kunde und Bank
Akron L. Rev.	Akron Law Review
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
ALR	Allgemeines Preußisches Landrecht
Am. Bankr. Inst. J.	American Bankruptcy Institute Journal
Am. Psychol.	American Psychologist
Am. Soc'y Int'l L. Proc.	American Society of International Law Proceedings
AnwZert HaGesR	Anwaltszertifikat online Handels- und Gesellschaftsrecht
AngG	Angestelltengesetz
AO	Ausgleichsordnung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
AUDJ	Acta Universitatis Danubius
Aufl.	Auflage
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BB	Betriebs-Berater
BBl.	Bundesblatt
BCLC	Butterworths Company Law Cases
B.C.L. Rev.	Boston College Law Review
Beschl.	Beschluss
BG	Bundesgericht
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIA	Bankruptcy and Insolvency Act
BIV-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern
Bkrcty	Bankruptcy
Bkrcty S.D.N.Y.	Bankruptcy Court for the Southern District of New York
BISchKG	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
BR	Baurecht
B.R.	Bankruptcy Reporter

BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
Brook. J. Int'l L.	Brooklyn Journal of International Law
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C.A.	Court of Appeal
Cal.	California
Cass. com.	Cour de cassation, chambre civile, section commerciale
CBIR	Cross-Border Insolvency Regulations 2006
CCAA	Companies' Creditors Arrangement Act
C.com.	Code de commerce
C.D.	Central District
CESifo DICE Report	Center for Economic Studies, Institut für Wirtschaftsforschung, Database for Institutional Compari- sons in Europe Report
Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Ch.	Chancery
Colo.	Colorado
COM	European Commission
COMI	Center of main interest
CRI	Corporate Rescue and Insolvency Journal
CuR	Contracting und Recht
DB	Der Betrieb
D.	District Court
Del.	Delaware
d.h.	das heißt
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
DRBL	Debtor Rehabilitation and Bankruptcy Law
DStR	Deutsches Steuerrecht
Duke L.J.	Duke Law Journal
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
E.D.	Eastern District
EFET	European Federation of Energy Traders
EL	Ergänzungslieferung
Eq.	Equity Court or Division
ER	English Reports
EMiR	European Markets Infrastructure Regulation
EnWG	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
etc.	et cetera
EU	Europäische Union

EuGVVO	Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuInsVO	Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWHC	High Court of England and Wales
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs Conseils
F.2d (F.3d)	Federal Reporter, Second Series (Third Series)
FD-InsR	Fachdienst Insolvenzrecht
Fla.	Florida
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Gonz. L. Rev.	Gonzaga Law Review
GP	Gesetzgebungsperiode (des Nationalrates)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HdB.	Handbuch
H.R.	House of Representatives
Hrsg.	Herausgeber
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
IA	Insolvency Act
IBR	Immobilien- und Baurecht
idF	in der Fassung
IILR	International Insolvency Law Review
insb.	insbesondere
Insolv. L.J.	Insolvency Law Journal
InsO	Insolvenzordnung
InsO-E	Insolvenzordnung-Entwurf
Insolv. Intel.	Insolvency Intelligence
Int. Insolv. Rev.	International Insolvency Review
IO	Insolvenzordnung
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
IR	Infrastrukturecht
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Behav. Decis. Mak.	Journal of Behaviour Decision Making
JBl	Juristische Blätter
J. Finance	Journal of Finance
J. I. B. L. R.	Journal of International Banking Law & Regulation
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics, & Organization
J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
J. Risk Uncertain.	Journal of Risk and Uncertainty
JURA	Juristische Ausbildung

jurisPR-BGHZivilR	juris PraxisReport BGH-Zivilrecht
jurisPR-InsR	juris PraxisReport Insolvenzrecht
jurisPR-PrivBauR	juris PraxisReport Privates Baurecht
jurisPR-VergR	juris PraxisReport Vergaberecht
JZ	Juristenzeitung
KG	Konkursgesetz
KO	Konkursordnung
KOV	Verordnung über die Geschäftsführung der Konkursämter
K&R	Kommunikation & Recht
KredReorgG	Gesetz zur Reorganisation von Kreditinstituten
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KSI	Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung
KSV	Kreditschutzverband
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
L.	Loi
La.	Louisiana
LC	ley concursal
LF	legge fallimentare
LJ	Lord Justice
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhning
Low.	Lowell District Court
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R.	Law Reports
McGill L.J.	McGill Law Journal
Md.	Maryland
M.D.	Middle District
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. J. Int'l L.	Michigan Journal of International Law
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mo.	Missouri
mp	mietrechtspraxis
MRG	Mietrechtsgesetz
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N.D.	Northern District
Neb.	Nebraska
n.F.	neue Fassung
NJ	Neue Justiz
N.J.	New Jersey
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.M. L. Rev.	New Mexico Law Review
Norton J. Bankr. L. & Prac.	Norton Journal of Bankruptcy Law and Practice
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
N.Y.	New York
N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L.	New York Law School Journal of International and Comparative Law

NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
Pa.	Pennsylvania
Penn St. Int'l L. Rev.	Penn State International Law Review
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OR	Obligationenrecht
OTC	over the counter
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
R.	Partie réglementaire
r.	rules
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RDAl/IBLW	Revue de Droit des Affaires Internationales/ International Business Law Journal
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
r+s	recht und schaden
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
S. Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.	Southern District
Sect.	Section
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
So. 2d	Southern Reporter, Second Series
SR	Systematische Rechtssammlung
Stan. J. Int'l L.	Stanford Journal of International Law
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
SZW/RSDA	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht / Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
SZIER/RSDIE	Swiss Review of International and European Law
Tenn.	Tennessee
Tex.	Texas
Theoretical Inq. L.	Theoretical Inquiries in Law
u.a.	unter anderem
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
UGB	Unternehmensgesetzbuch
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
UNCITRAL	U.N. Commission on International Trade Law

U. Notre Dame Austl. L. Rev.	The University of Notre Dame Australia Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pa. J. Bus. L.	University of Pennsylvania Journal of Business Law
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
Urt.	Urteil
U.S.C.	United States Code
Utah L. Rev.	Utah Law Review
U. Toronto L. J.	University of Toronto Law Journal
v.	von
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VerglO	Vergleichsordnung
VersorgW	Versorgungswirtschaft
vgl.	vergleiche
VOB/B	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
W.D.	Western District
Wis.	Wisconsin
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Wobl	Wohnrechtliche Blätter
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
Yale L.J.	Yale Law Journal
YbPIL	Yearbook of Private International Law
z.B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht & Kreditschutz
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZK-IPRG	Zürcher Kommentar zum IPRG
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Germanistische Abteilung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZVertriebsR	Zeitschrift Vertriebsrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZZ	Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht

Einleitung

„Die Rechtsvergleichung kann etwa offen legen, daß bestimmte für nationale Rechtsinstitute charakteristische Elemente tatsächlich eine viel beschränktere Bedeutung haben, als die nationalen Juristen zugestehen; daß ein Rechtsinstitut, von dem man annimmt, es sei zur Abhilfe für bestimmte Missstände konzipiert worden, tatsächlich nur mehr oder weniger ein Zufallsergebnis ist.“¹

I. Vertragliche Lösungsklauseln im Kontext des Insolvenzrechts

Klassischerweise symbolisierte die Insolvenz die Kraft der schöpferischen Zerstörung: Unprofitable Firmen werden aussortiert und liquidiert.² Damit werden Ressourcen für neue Entwicklungen frei und tragen zu neuem Wirtschaftswachstum bei.³ Wenngleich die Erhaltung des schuldnerischen Unternehmens in historischen Phasen zeitweise Beachtung fand, diente das Insolvenzrecht in weiten Teilen eindimensional der Liquidation und Abwicklung von Unternehmen. Im Laufe des 20. Jahrhunderts verstärkte sich der Trend, Unternehmen zu retten, und kulminiert aktuell in einer Hochphase der Sanierungskultur. Heute bietet das Insolvenzrecht neben der planmäßigen Abwicklung von Firmen in finanzieller Notlage besondere Möglichkeiten für Sanierungen und Restrukturierungen von Unternehmensträgern.

Damit rücken die für eine Sanierung notwendigen Betriebsmittel stärker in den Fokus des Insolvenzrechts. Hierzu gehören auch die laufenden Vertragsverhältnisse. Im Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und zwingenden insolvenzrechtlichen Normen liegt konsequenterweise die Frage, ob die Vertragsparteien im Insolvenzfall ihre Verträge noch beenden können – oder vertraglich gebunden bleiben.

In der Praxis sind insolvenzbezogene vertragliche Lösungsklauseln von erheblicher Bedeutung und weltweit verbreitet.⁴ Sie sind internationaler Standard bei der Vertragsgestaltung. Lösungsklauseln kommen in den ver-

¹ *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, Die rechtsvergleichende Methode, S. 336.

² *Savigny*, System des Heutigen Römischen Rechts, Bd. 8, S. 283, sieht als Zweck des Konkurses schlicht die Liquidation: Das Vermögen ist zu sammeln, durch Verkauf in bares Geld zu verwandeln und dann unter den Gläubigern zu verteilen.

³ *Kammel*, in: International Insolvency Law – Themes and Perspectives (Hrsg. Omar), Chapter 3 – The Law and Economics of Corporate Insolvency – Some Thoughts, S. 61.

⁴ Vgl. *Suchak*, International Corporate Rescue (LJI) 2011, 131, 132.

schiedensten Rechtsbereichen vor. Das Spektrum reicht von Bauverträgen über Finanztermingeschäfte bis hin zu Mietverträgen.⁵ Im Sportbereich ist es beispielsweise typisch, dass ein Sportverein aus der Sportliga ausgeschlossen wird, wenn er in die Insolvenz fällt.⁶ In vielen Verträgen sind Formulierungen wie die folgenden zu finden:

“This Agreement shall terminate, without notice, (i) upon the institution by or against either party of insolvency, receivership or bankruptcy proceedings or any other proceedings for the settlement of either party’s debts, (ii) upon either party making an assignment for the benefit of creditors, or (iii) upon either party’s dissolution or ceasing to do business.”

„Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt, von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren (§§ 14 und 15 InsO) beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist, ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.“⁷

In den insolvenzbezogenen Lösungsklauseln spiegeln sich verschiedene Interessen und Ängste wider: Oftmals steht hinter den Klauseln der Wille, sich in der Insolvenz schnell von dem Insolvenzschuldner zu lösen und Ungewissheiten in der Insolvenz zu vermeiden.⁸ Die solventen Vertragspartner wollen das Schicksal des Vertrags klären und nicht auf eine möglicherweise ungewisse Leistungserbringung angewiesen sein.

Eigentlich scheint es eine überschaubare Thematik zu sein, ob durch Vertragsgestaltung sichergestellt werden kann, dem solventen Vertragspartner im Fall einer Insolvenz Beendigungsrechte zu gewähren. Da allerdings das Grundprinzip der Vertragsfreiheit mit zwingenden insolvenzrechtlichen Normen kollidiert, hat sich das Thema in all seinen Verästelungen zu einem der *meist diskutierten Problemen des Insolvenzrechts* entwickelt.⁹

⁵ Mit weiteren Beispielen Einl., VI., 2.; auch *Hoening*, RdW 2013, 515, 515; vgl. zu Finanzverträgen *Bismuth/Carreau*, in: *Exchange Rate Risk in International Contracts* (Hrsg. Chamber of Commerce), Survey and Synthesis, S. 57 ff.

⁶ Vgl. *Korff*, Insolvenz- und Lösungsklauseln im professionellen Mannschaftssport, insb. S. 93 ff.; *Walker*, KTS 2003, 169; zum Fall von Alemannia Aachen *Weber*, NZI 2013, 476, passim; zur Insolvenz eines Basketballclubs: BGH, Urt. v. 23.3.2001 – IX ZR 373/98, ZIP 2001, 889. Bspw. sieht § 3 der Satzung des Deutschen Eishockey-Bundes e.V. (DEB) vom 19.7.2014 vor, dass die Mitgliedschaft erlischt, sobald ein Eröffnungsantrag im Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Mitglieds mangels Masse abgewiesen wurde.

⁷ Nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 der deutschen VOB/B (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B).

⁸ *Borer/Müller*, GesKR 2014, 77, 79; *Huber*, in: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung* (Hrsg. Kirchhof/Eidenmüller/Stürner), § 119 InsO, Rn. 18.

⁹ Vor allem für Deutschland: *Mathies*, jurisPR-PrivBauR 7/2012, Anm. 3; *Kliebisch/Linsenbarth*, DZWIR 2013, 449, 449; *Huber*, NZBau 2005, 177, 181 („Die Meinungen dazu sind sehr gespalten, das Schrifttum kaum noch überschaubar.“); *Gerhardt*, AcP 200 (2000), 426, 439 („jeder Insolvenzrechtler hat sich irgendwie zu die-

Die folgenden drei Beispiele illustrieren die Relevanz des Themas:

1. Beispiel: Ein Start-Up-Unternehmen, das eine internetbasierte Web-Applikation betreibt, wird zahlungsunfähig und muss ein Insolvenzverfahren beantragen. Der Energielieferant und der Telekommunikationsanbieter berufen sich auf insolvenzbezogene Lösungsklauseln und möchten den Vertrag sofort kündigen. Gleichzeitig bieten sie an, neue Verträge zu höheren Preisen abzuschließen. Der Verwalter sieht sehr gute Sanierungschancen für das Unternehmen. Die Sanierung ist der erfolversprechendste Weg zur Gläubigerbefriedigung, da kaum liquidierbare Vermögenswerte zur Verfügung stehen. Im Falle der Wirksamkeit der vertraglichen Lösungsklausel ist der Insolvenzverwalter gezwungen, die neuen nachteiligeren Verträge abzuschließen, da er die Grundversorgung des Unternehmens sicherstellen muss – auch wenn sich die Sanierungschancen dadurch zum Nachteil der Gläubigersamtheit verschlechtern. Wie ist mit Lösungsklauseln umzugehen, die zum Zweck der Neuverhandlung eingesetzt werden und zu Sondervorteilen einzelner Gläubiger führen?¹⁰

2. Beispiel: Ein Bauunternehmen beantragt ein Insolvenzverfahren. Die Zahlungsschwierigkeiten sind auf Zahlungsausfälle verschiedener Auftraggeber und keine eigenen organisatorischen Probleme zurückzuführen. Daher gibt der Insolvenzverwalter eine positive Fortführungsprognose ab und stellt den anderen Vertragspartnern in Aussicht, die zukünftigen Bauleistungen als Masseverbindlichkeiten zu erbringen. Die Sanierung hängt maßgeblich davon ab, dass der Verwalter die laufenden Lieferungen und Aufträge erhalten kann.

a) Ein Kunde des Bauunternehmens kündigt den Bauvertrag unter Berufung auf eine insolvenzbezogene Lösungsklausel. Er trägt vor, dass die Ungewissheiten des Insolvenzverfahrens zu groß seien und es daher nicht zumutbar sei, die endgültige Entscheidung des Insolvenzverwalters über das Schicksal des schwebenden Vertragsverhältnisses abzuwarten. Rechtfertigt die Ungewissheit eines Insolvenzverfahrens die Vertragsbeendigung?

b) Ein Baustofflieferant des Bauunternehmens kündigt aufgrund einer insolvenzbezogenen Lösungsklausel die laufende Geschäftsbeziehung bereits in dem Zeitpunkt, als er nur von der Zahlungsunfähigkeit seines Geschäftspartners gehört hat. Die Sanierung wird damit erheblich erschwert. Müssen Verbote von Lösungsklauseln eine Vorwirkung entfalten, um effizient zu sein?

c) Ist das Szenario anders zu beurteilen, wenn die Verzögerungen des Insolvenzverfahrens wegen der aktuellen wirtschaftlichen Lage selbst eine unmittelbar existenzgefährdende Krise für den Lieferanten bedeuten würden?

3. Beispiel: Über das Vermögen eines IT-Unternehmens wird ein Insolvenzverfahren beantragt. Die Sanierungschancen sind noch unklar.

a) Die Vermieterin der Geschäftsräume nimmt die Insolvenzantragstellung zum Anlass, den Vertrag zu kündigen. Infolgedessen stehen dem Unternehmen keine Geschäftsräume

sem Problem geäußert“); *Grasser*, Unwirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, S. 2 („insolvenzrechtlicher Klassiker“); vgl. *Pohle*, K&R 2013, 297, 298; aus österreichischer Perspektive *Fichtinger/Foglar-Deinhardstein*, ÖBA 2010, 818, 820 („höchst umstritten und nur noch schwer zu überschauen“).

Vgl. für das Wahlrecht an sich: *Hahn*, 13 U. Pa. J. Bus. L. 723 (2011), 724; *Che/Schwartz*, J.L. Econ. & Org. 441 (1999), 442 f. zu 11 U.S.C. § 365.

¹⁰ Vgl. *Wood*, Principles of International Insolvency, S. 418, Rn. 16-001.

mehr zur Verfügung. Sollte der Insolvenzverwalter die Möglichkeiten einer Sanierung eruieren können, bevor die Gläubiger faktisch die Liquidation einleiten?

b) Das insolvente IT-Unternehmen hat die Buchhaltung für einen Finanzdienstleister übernommen. Der Vertrag sieht bei Insolvenz des IT-Unternehmens die automatische Auflösung des Vertrags vor. Anderenfalls könnte die lückenlose Buchhaltung des Finanzdienstleisters in Gefahr geraten. Welches Gestaltungsinteresse kann zu validen Lösungsklauseln führen?

Obwohl diese Beispiele typisch sind und diese Art von Vertragsklauseln standardisiert verwendet werden, sind die Grenzen der zulässigen Vertragsgestaltung strittig. Allein in Deutschland gibt es viele Lösungsansätze, die von der generellen Unzulässigkeit von Lösungsklauseln über Fragen der Zumutbarkeit nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) bis zu einer generellen Zulässigkeit von Lösungsklauseln reichen. Die Debatte dauert auch nach einer richtungsweisenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs (IX ZR 169/11) aus dem Jahr 2012 an.¹¹ Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass Klauseln in Energie- und Warenlieferungsverträgen, welche einer Partei ein Lösungsrecht für den Fall der Insolvenz einräumen, unwirksam seien. Gegenteilig urteilte der Bundesgerichtshof (VII ZR 56/15) im Jahr 2016: Eine Lösungsklausel in einem Bauvertrag sei wirksam.¹² Es ist offen, ob der Bundesgerichtshof Lösungsklauseln grundsätzlich oder nur in konkreten Fallkonstellationen für unzulässig hält. Die genaue Ausgestaltung und die Reichweite eines Verbots sind bislang höchstrichterlich nicht geklärt. Dies trägt nicht zu einer rechtssicheren Lösung bei, die zu erlassen der deutsche Gesetzgeber bislang versäumte.

Seit der Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs im Jahr 1994 wird auch in der Schweiz die Problematik verstärkt diskutiert. Die Ansichten in der Literatur tendieren zur Wirksamkeit von Lösungsklauseln. In der Schweiz überwiegt das Prinzip der Vertragsfreiheit.¹³

Die Arbeit zeigt anhand der Entwicklung in verschiedenen Rechtsordnungen auf, dass Lösungsklauseln bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts regelmäßig zulässig waren. Auch noch im Jahr 2007 waren Lösungsklauseln zumindest in mehr Ländern erlaubt als verboten.¹⁴ Allmählich ist das Pendel in die Gegenrichtung ausgeschlagen: In immer mehr Rechtsordnungen werden vertragliche Lösungsrechte eingeschränkt. In den USA existieren gesetzliche Verbote seit 1978, in Frankreich seit 1985. In Österreich wurde durch die Insolvenzrechtsreform von 2010 ein Verbot für alle Insolvenzverfahren anerkannt, nachdem erste Ideen eines Lösungsverbotes bereits 1997 für Sanierungsverfahren aufgekommen waren.

¹¹ BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BGHZ 195, 348; ausführlich § 3, A., I.

¹² BGH, Urt. v. 7.4.2016 – VII ZR 56/15, BGHZ 210, 1.

¹³ Vgl. insgesamt *Robert-Tissot*, IILR 2012, 234.

¹⁴ *Wood*, Principles of International Insolvency, S. 431, Rn. 16-030.

Für die Kehrtwende hin zum Verbot von Lösungsrechten sind zwei Dimensionen zu erkennen: *Erstens* steht die aussichtsreiche Befriedigung der Gläubigersamtheit zur Debatte. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters soll nicht vertraglich unterlaufen werden können, sodass die Vertragsvorteile zum Wohl der Gläubigersamtheit zur Masse gezogen werden können.¹⁵ Diese beabsichtigte Massemehrung ist lange das Hauptargument gegen die Wirksamkeit von Lösungsklauseln gewesen.

Zweitens trat in den letzten Jahren und Jahrzehnten die Entwicklung in den Vordergrund, die Insolvenzverfahren immer sanierungsfreundlicher auszugestalten. Damit erlangte die Frage nach den Lösungsklauseln eine umfassende Bedeutung. Eine Vielzahl von Vertragsverhältnissen ist für die Unternehmensfortführung essenziell. Das erklärte Ziel der Sanierung und Unternehmensrettung erfordert Mechanismen, um Verträge des Schuldners zu erhalten und zu schützen.

Der zweite Argumentationsstrang wird untermauert durch Bestrebungen auf *europäischer Ebene*, Sanierungsmöglichkeiten im Insolvenzrecht zu verstärken. Die Europäische Union hat im November 2016 einen neuen Richtlinienentwurf über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren¹⁶ vorgelegt. Sie identifiziert das Insolvenzrecht als einen wichtigen Bestandteil des europäischen Binnenmarkts. Es ist beabsichtigt, einen wirksamen Rahmen für präventive Restrukturierungen sowie Verbesserungen der Insolvenzverfahren zu erreichen, um unter anderem Sanierungen zu erleichtern und Arbeitsplätze zu retten. Der Entwurf sieht eine konkrete Regelung insolvenzbezogener Lösungsrechte vor:

„Artikel 7. Folgen der Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen

[...] (4) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Gläubiger, für die die Aussetzung gilt, während der Aussetzung in Bezug auf vor der Aussetzung entstandene Schulden weder Leistungen aus noch zu erfüllenden Verträgen verweigern noch diese Verträge kündigen, vorzeitig fällig stellen oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners ändern dürfen. Die Mitgliedstaaten können die Anwendung dieser Bestimmung auf wesentliche Verträge beschränken, die für die Fortsetzung des täglichen Betriebs des Unternehmens erforderlich sind.

(5) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Gläubiger aufgrund einer Vertragsklausel, die entsprechende Maßnahmen vorsieht, nicht allein wegen der Aufnahme von Restrukturierungsverhandlungen durch den Schuldner, eines Antrags auf Aussetzung einzelner Durchsetzungsmaßnahmen, der Anordnung der Aussetzung als solcher oder eines ähnlichen Ereignisses im Zusammenhang mit der Aussetzung Leistungen aus noch zu erfüllen-

¹⁵ Vgl. bereits *Wilhelm*, RdW 1986, 363, 364.

¹⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über präventive Restrukturierungsrahmen, die zweite Chance und Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie 2012/30/EU vom 22.11.2016, COM(2016) 723 final.

den Verträgen verweigern oder diese Verträge kündigen, vorzeitig fällig stellen oder in sonstiger Weise zum Nachteil des Schuldners ändern dürfen. [...]“

Der europäische Gesetzgeber sieht heute Einschränkungen insolvenzbezogener Lösungsrechte als einen zentralen Baustein eines erfolgreichen Sanierungsverfahrens. Es ist fraglich, wie sich die Richtlinie in den momentanen Rechtsrahmen der Mitgliedstaaten einfügt. Insbesondere könnte eine richtlinienkonforme Auslegung die aktuelle Interpretation von Insolvenznormen verändern, sodass die Zulässigkeit von Lösungsklauseln neu zu bewerten ist.

Ein Blick auf die Gesetzesgeschichte zur deutschen Insolvenzordnung lässt allerdings die Sanierungsfreundlichkeit eines Verbots von Lösungsklauseln hinterfragen. Der Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung von 1992 sah in § 137 Abs. 2 InsO-E (entspräche heute § 119 Abs. 2 InsO) noch ein Verbot von insolvenzbezogenen Lösungsklauseln vor.¹⁷ Dieser Absatz ist explizit vom Rechtsausschuss des Bundestages gestrichen worden, sodass ein Verbot – anders als in den USA oder Frankreich – nicht gesetzlich umgesetzt wurde. An der entsprechenden Stelle in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses heißt es:

„Die Änderung [die Streichung des Abs. 2] wird dem in der Anhörung des Rechtsausschusses am 28. April 1993 nachdrücklich vertretenen Anliegen der Wirtschaftsverbände¹⁸ gerecht, die auf die sanierungsfeindliche Wirkung der Vorschrift des Regierungsentwurfs hingewiesen haben: Die Unwirksamkeit von Auflösungsklauseln für den Fall der Insolvenz erhöht die Insolvenzgefahr für Unternehmen, die in der kritischen Phase Sanierungsversuche unternehmen; denn potentielle Vertragspartner werden das Risiko der Bindung an den Vertragspartnern im Falle der drohenden Insolvenz nicht eingehen. Auch im internationalen Geschäftsverkehr wird Wert darauf gelegt, dass bei Insolvenz des Vertragspartners die Vertragsauflösung möglich bleibt.“¹⁹

Mit dieser Argumentation ging der Rechtsausschuss von einer sanierungsfeindlichen Wirkung eines Verbots von Lösungsrechten aus. Die vom Rechtsausschuss behauptete Bedarf im internationalen Geschäftsverkehr gilt es im Rechtsvergleich zu überprüfen.

Lösungsrechte sind also teils verboten und teils erlaubt. Die Diskussionen sind zahlreich und es werden gegensätzliche Behauptungen aufgestellt, die Lösungsverbote einerseits als sanierungsfreundlich und andererseits als sanierungsfeindlich darstellen. Kann sich eine Ansicht rechtsvergleichend durchsetzen und tatsächlich gravierende Systemunterschiede im Sanierungsrecht untermauern – oder sind die Diskussionen um Lösungsrechte frei nach Shakespeare nur „viel Lärm um nichts“ und haben keine Auswirkungen auf die Sanierungschancen eines Insolvenzverfahrens?

¹⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 152.

¹⁸ Vgl. zur Einflussnahme der Bankenverbände gegen Beschränkungen von Lösungsrechten in der Schweiz, § 3, B.

¹⁹ BT-Drs. 12/7302, S. 170.

Das Beispiel der insolvenzbezogenen Lösungsklauseln zeigt den Zustand des europäischen Insolvenzrechts wie in einem Brennglas. Es hilft den Standort des Insolvenzrechts näher zu bestimmen, inwieweit es als Sanierungs- oder Liquidationsrecht ausgestaltet ist. Dabei wird der Forschungsfrage nachgegangen:

In welchem Umfang und warum verbieten die Vergleichsrechtsordnungen den Einsatz insolvenzbezogener Lösungsklauseln?

Der Rahmen, in dem diese Frage zu untersuchen ist, liegt im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und zwingendem Insolvenzrecht (*conditio creditorum*, Masseschutz, effektive Durchführung des Insolvenzverfahrens, Sanierungszweck).²⁰ Wie weit darf die Privatautonomie gehen? Warum billigt die Insolvenzordnung privatautonom vereinbarte Absonderungsrechte, aber die Zulässigkeit der Vertragsbeendigung bleibt umstritten? Welche wirtschaftlichen Auswirkungen haben Lösungsklauseln? In welchen Situationen werden Lösungsrechte verboten? Welche Regelungskonzepte gibt es? Sind die Klauseln nichtig oder nur während des Insolvenzverfahrens außer Kraft? Ist es legitim, allein in der Insolvenz eine Ungewissheit zu erkennen, die eine Vertragsbeendigung rechtfertigt?

Sind Lösungsklauseln unwirksam, kann der Verwalter sein Wahlrecht ausüben. Kann dies aber dazu führen, dass die Kautelarpraxis einfach früher an Vermögensverschlechterungen des Vertragspartners anknüpft? Dadurch könnte die Insolvenzmasse noch schlechter gestellt werden, als wenn die ursprüngliche Lösungsklausel wirksam gewesen wäre. So weisen Anwaltssozietäten frei nach *Friedrich Schiller* bereits darauf hin:

„Darum kündige rechtzeitig, wer sich nicht ewig binden will!“²¹

Die Anwälte raten, rechtzeitig Zahlungsschwierigkeiten des Vertragspartners zu erkennen sowie Lösungsklauseln entsprechend weit und unabhängig von der Insolvenz zu formulieren. Kann diese Vertragsgestaltung die Insolvenz sogar noch beschleunigen? Ist die Lösungsklausel wirksam, hätte neben dem Verwalter zusätzlich der Vertragspartner das Recht, sich vom Vertrag zu lösen. Ist dies unbillig?

Die Arbeit dient der Suche nach der *best practice* im Umgang mit Beendigungsrechten. Maßstab für diese „beste Lösung“ wird sein, wie die richtigen

²⁰ Thole, in: Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität: Zürcher Tagung 3.-6. September 2008 – Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008 (Hrsg. Domej), Privatautonomie und Insolvenzrecht – Eine Analyse zum Spannungsverhältnis von privatautonomer Gestaltung und insolvenzrechtlichen Strukturprinzipien am Beispiel sog. Lösungsklauseln, S. 273.

²¹ GSK Update, 11.11.2013, <http://www.gsk.de/uploads/media/GSK_Update_BGH_zu_119_InsO.pdf>, zuletzt abgefragt: 30.1.2018.

wirtschaftlichen Anreize gesetzt werden und dabei die maximale Vertragsfreiheit gewährt werden kann, ohne die Zwecke des Insolvenzverfahrens zu vereiteln. Gleichzeitig muss es Ziel sein, Rechtsunsicherheiten zu vermeiden. Die Arbeit analysiert und bewertet die verschiedenen Ansätze der Vergleichsordnungen bei Lösungsklauseln. Dabei werden die neueren Entwicklungen im deutschen Recht nachgezeichnet und in den internationalen Kontext eingeordnet.

II. Vertragsbeendigung bei grenzüberschreitenden Insolvenzen

Wie sind insolvenzbezogene Lösungsklauseln in internationalen Verträgen zu behandeln? Können Lösungsklauseln kollisionsrechtlich wirksam vereinbart werden? In Deutschland gab es zu der internationalen Dimension erst ein obergerichtliches Urteil aus dem Jahr 2012²²:

Dem OLG Karlsruhe lag ein Fall einer grenzüberschreitenden Insolvenz vor. Hierbei war ein französisches Unternehmen, welches mit einem deutschen Unternehmen Vertragsbeziehungen unterhielt, in die Insolvenz gefallen. Dieser Vertrag enthielt eine insolvenzbezogene Lösungsklausel nach VOB/B.²³ In Frankreich wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Sowohl nach nationalem Kollisionsrecht als auch nach der europäischen Insolvenzverordnung wird das auf die Insolvenz anwendbare Recht durch die *lex fori concursus* bestimmt. Art. 7 Abs. 2 lit. e. EuInsVO sieht vor, dass die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf laufende Verträge des Schuldners von der *lex fori concursus* (hier: französisches Recht) bestimmt werden. Nach französischem Recht wäre die Klausel unwirksam. Das OLG Karlsruhe hingegen hat für die Bewertung, ob die Lösungsklausel wirksam war, nicht das Insolvenzstatut herangezogen. Vielmehr knüpft das OLG an das Vertragsstatut an, in diesem Fall deutsches Recht. Nach der damaligen (und heutigen) BGH-Rechtsprechung zu VOB-Klauseln war die Klausel als wirksam zu betrachten, sodass das OLG Karlsruhe auch im internationalen Vertrag die Klausel aufrechterhielt.

Dabei ist die Abgrenzung zwischen Vertragsstatut und Insolvenzstatut vor allem deshalb besonders interessant, weil im Vertragsstatut grundsätzlich eine vertragliche Rechtswahl zulässig ist. Kann damit durch Rechtswahl der gegenseitige Vertrag einer Rechtsordnung unterstellt werden, die Lösungsklauseln je nach Fallgestaltung für wirksam bzw. unwirksam hält? Kann eine solche Rechtswahl dann im Rahmen einer Insolvenz vor dem Hintergrund der EuInsVO Bestand haben? Zu bewerten ist auch, inwiefern sich mehrere In-

²² OLG Karlsruhe, Urt. v. 15.2.2012 – 13 U 150/10, NZI 2012, 526.

²³ Die VOB ist ein von der Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss ausgearbeitetes allgemeines Vertragswerk für den Bausektor, vgl. *Hinger*, Die Bauunternehmerinsolvenz – Die Sicherungs- und Vertragslösungsrechte zum Schutz der Vermögensinteressen des privaten Auftraggebers im Kontext von § 103 InsO, S. 50.

solvenzverfahren (bspw. inländische Primärverfahren mit ausländischen Sekundärverfahren und umgekehrt) hinsichtlich schwebender Vertragsverhältnisse koordinieren lassen und welche Auswirkungen unterschiedliche Insolvenzgesetze auf ein einheitliches Vertragsverhältnis haben.

III. Forschungsstand und Methodik

Obwohl das Problem in jeder Rechtsordnung sehr ausführlich diskutiert wird und es eine internationale Bedeutung aufweist, wird die Fragestellung oft nur aus nationaler Perspektive analysiert. Dabei sehen sich alle Rechtsordnungen mit dem gleichen Problem konfrontiert. Interessanterweise kommen immer wieder ähnliche Argumente auf und dennoch gehen die Lösungsansätze diametral auseinander.

Die rein nationale Diskussion um Lösungsklauseln wird in Deutschland seit Jahrzehnten geführt. Es wurden verschiedene Dissertationen zu der Frage nach der Zulässigkeit von Lösungsklauseln in der Insolvenz verfasst.²⁴ Eine Klärung durch den Gesetzgeber fehlt. Bisher wurde das bestehende Recht mit dem klassischen juristischen Handwerkszeug, der Auslegung nach Wortlaut, Systematik, Telos und Historie analysiert. Allerdings fehlt bislang eine umfassende rechtsvergleichende Untersuchung zu diesem Themenbereich, die über vergleichende Hinweise²⁵ hinausging. Jüngst erschienen nach Fertigstellung dieser Arbeit zwei weitere rechtsvergleichende Beiträge.²⁶ Die vorliegende Arbeit ist indes umfangreicher in Bezug auf die Vergleichsordnungen. Sie berücksichtigt psychologische sowie ökonomische Erklärungsansätze und bezieht europäische bzw. internationale Entwicklungen ein. Außerdem wird insbesondere auf die Legitimität von Verboten insolvenzbezogener Lösungsrechte im Hinblick auf die Einschränkung der Privatautonomie eingegangen.

Das Schicksal internationaler Verträge wird in der insolvenzrechtlichen Literatur meist nur lückenhaft und rudimentär behandelt – dies gilt vor allem für die Diskussion über Lösungsklauseln in internationalen Verträgen.²⁷ Be-

²⁴ *Tintelnot*, Vereinbarungen für den Konkursfall – Vollwertigkeit der Vermögenshaftung und Bedingung des Konkurses (1991), passim; *Schwörer*, Lösungsklauseln für den Insolvenzfall (2000), passim; *Wortberg*, Lösungsklauseln und Insolvenz (2003), passim; *Socher*, Die Vereinbarkeit insolvenzbedingter Lösungsklauseln mit dem Wahlrecht des Insolvenzverwalters (2003), passim; *Wöllner*, Die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln im Insolvenzfall (2009), passim.

²⁵ Hinweise bei *Thole*, ZNER 2013, 465, 466; *Wöllner*, Die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln im Insolvenzfall, S. 294; *Wilmowsky*, ZIP 2007, 553, 555; tiefgreifender *Robert-Tissot*, IILR 2012, 234, passim.

²⁶ *Grasser*, Unwirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln für den Insolvenzfall (2017), passim; *Piekenbrock*, ZIP 2018, 1, passim.

²⁷ Vgl. *Dammann/Lehmkuhl*, NJW 2012, 3069 („zum ersten Mal mit der Problematik der Auswirkungen des Insolvenzverfahrens auf laufende Verträge beschäftigt“). Bereits

stehende Arbeiten befassen sich primär mit der Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren und der Zuständigkeit für internationale Insolvenzverfahren, nicht aber mit den materiellen Auswirkungen auf schwebende Verträge.²⁸ *Schollmeyer* und *Garašić* haben sich bereits rechtsvergleichend und kollisionsrechtlich mit schwebenden Verträgen in internationalen Insolvenzen auseinandergesetzt.²⁹ Allerdings entwickelte sich das Insolvenzrecht in den letzten Jahren höchst dynamisch, nachdem in vielen europäischen Ländern grundlegende Reformen durchgeführt wurden. Eine Überarbeitung und Neubewertung drängt sich damit auf.³⁰ Die noch offenen Fragen zu Lösungsklauseln und zur Koordination des Verwalterwahlrechts bei parallelen Verfahren rücken in den Fokus.

Die vorliegende Arbeit soll in einem europäischen und internationalen Kontext neue Impulse und Ideen zu Lösungsklauseln liefern und die Ansichten in der Schweiz und in Deutschland verfeinern, aber auch Alternativen aufzeigen. Schließlich erleichtert die Arbeit die Umsetzung der oben angesprochenen EU-Richtlinie in nationales Recht. *Günter Hirsch* sagt in dem Vorwort des Werks „Rechtsvergleichung in Theorie und Praxis“:

„Der Rohstoff ‚ausländisches Recht‘ muss daher durch den rechtsvergleichenden Wissenschaftler derart benutzerfreundlich ‚bearbeitet‘ bzw. aufbereitet werden, dass das Interesse der potentiellen Konsumenten in der Rechtspraxis, also der Richter und Rechtsanwälte, geweckt wird, dieses Produkt zur Lösung ihrer Rechtsprobleme heranzuziehen. Denn die Rechtsvergleichung schärft das Bewusstsein dafür, dass die Rechtsinstitute und Methoden des eigenen Rechts nicht die einzig möglichen Lösungen für soziale Probleme sind. Sie ist

Raitz v. Frentz/Marrder, ZUM 2001, 761, 763 ff. liefern erste Ansätze zur IPR-rechtlichen Behandlung.

²⁸ Beispielsweise *Rodriguez*, Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht – Der 11. Titel des IPRG im Rechtsvergleich mit der europäischen Insolvenzverordnung und dem UNCITRAL-Modellgesetz, passim; *Graf*, Die Anerkennung ausländischer Insolvenzentscheidungen, passim; *Bloching*, Pluralität und Partikularinsolvenz – Eine Untersuchung zum deutschen internationalen Insolvenzrecht, passim; *Trunk*, Internationales Insolvenzrecht – Systematische Darstellung des deutschen Rechts mit rechtsvergleichenden Bezügen, passim; *Fehrenbach*, Haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren – Zur sachgerechten Verfahrenskoordination bei grenzüberschreitenden Unternehmensinsolvenzen, passim.

²⁹ *Schollmeyer*, Gegenseitige Verträge im internationalen Insolvenzrecht, passim. *Garašić*, Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren: ein Vergleich des kroatischen, des deutschen und des schweizerischen Rechts sowie der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren, des Istanbuler Übereinkommens und des UNCITRAL-Modellgesetzes, Teil 2, S. 293 ff.

³⁰ Jüngst *Pfeiffer*, in: *Ars aequi et boni in mundo* – Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag (Hrsg. Geimer/Kaissis/Thümmel), Die Unwirksamkeit insolvenzbedingter Lösungsklauseln im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, passim und *Grasser*, Unwirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln für den Insolvenzfall, S. 307 ff.

Sachregister

- Absonderungsrecht 7, 206
ambiguity aversion 233
anti-deprivation rule 141 ff., 151, 157, 279
Auflösungssperre, Ausübungssperre 188, 281
– Australien 154
– England 148
– Europäische Union 5, 255 ff.
– Österreich 108 ff.
– USA 127 f., 129 ff.
– Vorschlag 303 ff., 314, 319
automatic stay, *siehe* Auflösungssperre
- Bauvertrag, *siehe* Werkvertrag
Belegenheit, Forderung 374 ff.
- CISG 366
Close-Out-Netting 167 ff., 334
common law 33 ff., 125 ff., 157, 192
CRI-Standard 256
- Durchsetzungsmaßnahme, *siehe* Auflösungssperre
- Effizienzprinzip 211
Energiefieferungsvertrag, *siehe* Versorgungsvertrag
Erwartungsnutzenmodell 234
Europäisches Recht
– IPR 343 ff., 375 ff.
– Richtlinie zur Sanierung 5, 253
Externalitäten 222, 265
- Finanzvertrag 167 ff., 295
Franchisevertrag 293 f.
Fremdbestimmung 195 ff., 263 ff.
Funktionswandel des Insolvenzrechts 240 ff.
- Gesellschaftsvertrag 56, 59, 295, 316
gesetzgeberische Grundentscheidung 264 f., 280
Gestaltungsinteresse 285 ff., 334
Gestaltungsvorschlag 332 ff.
Gläubigergleichbehandlung, *conditio par creditorium* 96, 140 f., 198 f., 369
- Handelsvertretervertrag 294
- Insolvenz, Insolvenzrecht 15 ff.
Insolvenzanfechtung 373
– Deutschland 320 ff.
– Schweiz 96, 98
Insolvenzbezogenheit der Verbote 187 ff., 265, 280 f., 305, 307
Insolvenzforderung 18
Insolvenzzweckwidrigkeit 200 ff.
Insolvenzstatut, *lex fori concursus* 367 ff.
- Internationales Privatrecht 335 ff.
Ipsso-Facto-Klausel, *siehe* Lösungsklausel
IT-Vertrag 295
- Kollisionsrecht, *siehe* Internationales Privatrecht
Konkurs 15
Kündigungsrechte
– gesetzlich 85, 110, 189, 276, 315 ff.
– ordentlich 109, 314 f.
- Legislative Guide 257 ff.
Legitimität eines Verbots 251, 263
Liquiditäts- und Umgehungsschutz 169, 297
Lizenzvertrag 14, 293

- Lösungsklausel
- Begriff 18 ff.
 - insolvenzabhängig 186, 281, 296 ff.
 - insolvenzunabhängig 86, 132, 281, 308 ff.
- Masseverbindlichkeiten 18
- Mehrfachzuständigkeit des Verwalters 377, 382 ff.
- Mietvertrag 180 ff., 292 f.
- ökonomische Analyse 212 ff.
- *ex ante*-Auswirkungen 225 ff.
 - *ex post*-Auswirkungen 220 ff.
- pari passu*-Prinzip 140
- Privatautonomie, *siehe* Vertragsfreiheit
- prospect theory* 234 ff.
- Sanierung
- Kultur der Reorganisation 39, 244, 254
 - Ziel, Zweck 200 ff.
 - Zweite Chance 5, 21, 150, 254
- schwebende Verträge 42 ff.
- Umgehungskosten 229 f.
- UNCITRAL 256 ff., 261
- Ungewissheit 189, 230 ff., 284, 289
- Österreich 104 f.
 - Schweiz 97
- Versorgungsverträge 160, 162, 184, 187, 190
- Deutschland 80 f., 87, 269, 292
 - England 147 ff.
 - USA 127, 136, 138
- Vertragsfreiheit
- England 144
 - Grundsätze 192 f.
 - Österreich 102
 - Schranken 193 ff., 263 ff.
 - Schweiz 96
 - USA 135
- Vertragsstatut, *lex contractus* 337 ff., 374
- Verwalterwahlrecht 42 ff.
- Vorwirkung 297 ff., 371 ff.
- Wahlrecht, *siehe* Verwalterwahlrecht
- Werkvertrag 3, 88, 273, 275, 278, 287, 337
- wirtschaftliche Knappheit 225, 263 ff.