

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](http://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
<b>Kapitel 1: Länderberichte .....</b>	<b>21</b>
§ 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
<b>Kapitel 2: Rechtsvergleichende Analyse .....</b>	<b>191</b>
§ 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
<b>Kapitel 3: Nationale Umsetzung von Klauselverboten .....</b>	<b>268</b>
§ 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 <i>Insolvenzsysteme im Überblick</i> .....	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
<b>Kapitel 4: Internationales Privatrecht .....</b>	<b>334</b>
§ 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.“<sup>1</sup>

## *I. Vertragliche Lösungsklauseln im Kontext des Insolvenzrechts*

Klassischerweise symbolisierte die Insolvenz die Kraft der schöpferischen Zerstörung: Unprofitable Firmen werden aussortiert und liquidiert.<sup>2</sup> Damit werden Ressourcen für neue Entwicklungen frei und tragen zu neuem Wirtschaftswachstum bei.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Sie sind internationaler Standard bei der Vertragsgestaltung. Lösungsklauseln kommen in den ver-

---

<sup>1</sup> *Constantinesco*, Rechtsvergleichung, Bd. II, Die rechtsvergleichende Methode, S. 336.

<sup>2</sup> *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.

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

<sup>4</sup> Vgl. *Suchak*, International Corporate Rescue (LJI) 2011, 131, 132.