

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
<b>Teil 1: Einleitung</b> .....	1
A. Überblick über den Diskussionsstand .....	1
B. Gang der Darstellung .....	2
<b>Teil 2: Einführung in die Problemstellung</b> .....	5
A. Gefahren für den Vertragsgläubiger bei fortbestehender Bindung an den mit dem Gemeinschuldner geschlossenen Vertrag .....	5
I. Gefährdung der Durchsetzbarkeit der Ansprüche des Vertragspartners gegen den Insolvenzschuldner .....	5
1. Gefährdung der Primärleistungspflichten für den Fall der Erfüllungswahl .....	6
a) Verpflichtung des Insolvenzschuldners zur Geldzahlung .....	6
b) Andere Primärleistungspflichten des Insolvenzschuldners als Geldzahlung .....	6
aa) Fehlende Fachkompetenz des Insolvenzverwalters .....	7
bb) Geringere Zuverlässigkeit bzw. Abwanderung des ausführenden Personals .....	8
cc) Fehlende Motivation zu ordnungsgemäßer Leistungserbringung .....	8
dd) Fehlende Sicherheit bei langfristigen Verpflichtungen .....	8
2. Gefährdung der Sekundärpflichten für den Fall der Erfüllungswahl .....	9
3. Unterschiedliche Gefährdung der Ansprüche des Vertragsgläubigers je nach Fortgang des Insolvenzverfahrens .....	9
a) Möglichkeiten der Verwertung des Schuldnervermögens .....	9
b) Entscheidung zugunsten der Liquidation .....	10
aa) Der Unternehmensträger ist keine natürliche Person .....	10
bb) Der Unternehmensträger ist eine natürliche Person .....	11
c) Entscheidung zugunsten einer Sanierung .....	11
aa) Gefährdung der Durchsetzbarkeit nicht fälliger Ansprüche .....	12
bb) Gefährdung der Durchsetzbarkeit von Gewährleistungsansprüchen .....	12

cc) Differenzierung nach der Art der Sanierung und nach der Person des Unternehmensträgers .....	12
d) Grad der Gefährdung der Vertragsgläubiger .....	13
II. Zwischenergebnis.....	14
B. Entwicklung von Lösungsklauseln .....	15
I. Ausübung eines vereinbarten Rücktrittsrechts .....	16
II. Ausübung eines Kündigungsrechts.....	17
III. Zwischenergebnis.....	18
IV. Folgen.....	19
1. Vorenthaltung des Vertragswertes .....	19
2. Herabsetzung der Sanierungschancen und gesamtwirtschaftlicher Schaden .....	19
C. Formen von Lösungsklauseln und Eingrenzung der Betrachtung.....	21
I. Unterschiedliche Ausgestaltung von Lösungsklauseln .....	21
II. Eingrenzung der Betrachtung .....	22
1. Beschränkung auf die Betrachtung der ersten Stufe .....	22
2. Beschränkung auf den Anknüpfungspunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	23
3. Beschränkung auf Lösungsklauseln mit Gestaltungsmöglichkeit.....	24
D. Zwischenergebnis.....	25
<b>Teil 3: Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur .....</b>	<b>26</b>
A. Die Auffassung der Rechtsprechung .....	26
B. Die Auffassungen in der Literatur .....	26
I. Umgehung des Verwalterwahlrechts .....	27
II. Begründung für die Beeinträchtigung des Verwalterwahlrechts.....	27
<b>Teil 4: Grundlagen für die Problemlösung.....</b>	<b>29</b>
A. Darstellung der Grundpositionen der widerstreitenden Meinungen.....	29
I. Befürworter der Lösungsklauseln .....	29
II. Gegner der Lösungsklauseln.....	30
B. Lösungsansatz .....	30
I. Einschränkung der Privatautonomie durch die Regelungen des Insolvenzrechts.....	30
1. Privatautonomie des Schuldners .....	31
2. Stellung der Gläubiger.....	31
3. Konsequenz hinsichtlich der Vereinbarung von Lösungsklauseln .....	32

II.	Formulierung und Präzisierung der Fragestellung .....	32
1.	"Zulässigkeit" im Sinne zivilrechtlicher Wirksamkeit.....	32
2.	Begründungslast hinsichtlich der Wirksamkeit bzw. Anfechtbarkeit .....	33
III.	Verfassungsrechtliche Vorgaben .....	34
1.	Vereinbarung von Lösungsklauseln als Ausübung der Vertragsfreiheit.....	34
2.	Schranken des Art. 2 I GG .....	36
C.	Zwischenergebnis.....	36
<b>Teil 5:</b>	<b>Analyse der Gesetzgebungsverfahren .....</b>	<b>38</b>
A.	Wortlaut der §§ 103, 119 InsO.....	39
I.	Wortlaut des § 119 InsO .....	39
II.	Wortlaut des § 103 InsO .....	40
B.	Analyse der Entstehungsgeschichte der Konkursordnung.....	41
I.	Relevanz der Entstehungsgeschichte der Konkursordnung.....	41
II.	Die Behandlung gegenseitiger Verträge unter der Geltung der Konkursordnung .....	41
1.	Regelungsinhalt des Entwurfs bzgl. gegenseitiger Verträge.....	42
2.	Keine Aufhebung der vertraglichen Bindungswirkung durch die Eröffnung des Konkursverfahrens .....	42
3.	Möglichkeit der Vertragsdurchführung trotz Eröffnung des Konkursverfahrens .....	43
a)	Zweifel über die Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens.....	43
b)	Zweifel über die Stellung des Konkursverwalters.....	44
4.	Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens auf die geschlossenen gegenseitigen Verträge .....	46
5.	Eröffnung des Konkursverfahrens als Rücktrittsgrund.....	47
a)	Erfüllbarkeit des Vertrages trotz Beteiligung des Konkursverwalters .....	47
b)	Konkurseröffnung lediglich kein gesetzlicher Grund zum Rücktritt .....	48
c)	Kein allgemeines Rücktrittsrecht für den Gläubiger .....	48
d)	Stellungnahmen der Verfasser zu vertraglichen Rücktrittsrechten .....	51
aa)	Lösung vom Mietvertrag durch Verkauf der Mietsache.....	51
bb)	Anerkennung bestimmter Wirkungen der Rücktrittsrechte.....	53

## XII

(1) Kein allgemeines Rückforderungsrecht des Gläubigers bei Wahl der Nichterfüllung durch den Verwalter .....	54
(2) Anerkennung eines Rückforderungsrechts bei vertraglicher Abrede.....	54
6. Funktion des Wahlrechts nach den Motiven .....	56
a) Eröffnung der Möglichkeit der Vertragsdurchführung.....	56
b) Ausschluss einer absoluten Bindung an den Vertrag.....	56
aa) Beachtung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung.....	56
bb) Durchführbarkeit des Konkursverfahrens .....	57
c) Entstehung des Wahlrechts .....	57
7. Zwischenergebnis .....	58
III. Einwände gegen die Wirksamkeit von Lösungsklauseln, die aus der Konkursordnung bzw. Insolvenzordnung hergeleitet werden .....	58
1. Der Einwand Bergers .....	58
2. Die Argumentation Schwörers .....	59
a) Die Wirkung der Eröffnung des Verfahrens auf die Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen .....	60
b) Der Schutzzweck des § 103 InsO .....	60
aa) Schutz des Vertragspartners des Gemeinschuldners .....	61
bb) Schutz vor Erfüllungszwang.....	62
cc) Schutzzweck Masseanreicherung .....	62
c) Stellungnahme.....	63
IV. Zwischenergebnis.....	64
C. Analyse der Entstehungsgeschichte der Insolvenzordnung.....	65
I. Entstehung der Insolvenzordnung.....	66
1. Erster Bericht der Kommission .....	66
2. Diskussionsentwurf von 1988 und Referentenentwurf von 1989 .....	66
3. Regierungsentwurf von 1991 .....	67
4. Verfahren vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags.....	68
II. Analyse der Entstehung der Insolvenzordnung .....	68
1. Verbot von Lösungsklauseln nach dem Willen des Gesetzgebers .....	69
2. Zwischenergebnis .....	70
3. Anerkennung von Lösungsrechten durch den Gesetzgeber .....	71
a) Bedeutung der Materialien für die Ermittlung des Willens des Gesetzgebers .....	72
aa) Die Auffassung von Larenz.....	72

bb) Stellungnahme .....	72
(1) Stellung und Funktion des Rechtsausschusses .....	73
(2) Grundsatz der parlamentarischen Demokratie.....	74
cc) Zwischenergebnis .....	75
b) Argumente gegen die Relevanz des Berichtes des Rechtsausschusses im konkreten Fall .....	75
c) Zwischenergebnis.....	76
d) Bedeutung des subjektiven Willens des Gesetzgebers .....	76
4. Zwischenergebnis .....	78

## **Teil 6: Rechtsprechungsanalyse..... 80**

A. Analyse der zur Wirksamkeit von Lösungsklauseln ergangenen Entscheidungen .....	80
I. Für die Problematik nicht verwertbare Entscheidungen.....	80
II. BGH WM 1963, S. 964; WM 1971, S. 1474; WM 1977, S. 849 .....	81
III. LG Aachen, BauR 1979, S. 150; OLG Düsseldorf, ZIP 1981, S. 886.....	81
IV. OLG Celle ZIP 1985, S. 1013; BGHZ 96, S. 34 .....	82
V. BGH ZIP 1994, S. 40 .....	84
1. Sachverhaltsdarstellung.....	85
2. Entscheidung des BGH.....	85
3. Analyse .....	87
a) Vorliegen eines obiter dictum? .....	87
aa) Verurteilung gemäß Hauptantrag nur bei Wirksamkeit der Lösungsklausel.....	87
bb) Grundsatz der Anfechtung der gesamten Rechtshandlung.....	88
cc) Ausnahme: Beschränkung der Wirkungen der Anfechtung .....	88
dd) Konsequenzen.....	88
b) Bejahung der Wirksamkeit von Lösungsklauseln .....	89
VI. Zwischenergebnis.....	91
B. Bedeutung der Änderung in der Rechtsprechung zur Wirkung der Eröffnung des Verfahrens.....	91
I. Wirkung der Eröffnung des Konkursverfahrens auf gegenseitige Verträge .....	91
1. Bedeutung der Wirkung für das Problem.....	92
2. Widersprüchliche Stellen in den Motiven.....	93
3. Divergierende Entscheidungen des Reichsgerichts.....	93
4. Wandel in der Rechtsprechung des BGH.....	94
5. Konsequenz für die Wirksamkeit von Lösungsklauseln .....	95

6. Modifizierung der Rechtsprechung in BGH ZIP 2002, S. 1093 .....	96
7. Stellungnahme zur Auffassung des BGH.....	97
a) Begründung des BGH und zustimmende Stellungnahmen der Literatur .....	97
b) Kritik in der Literatur.....	98
aa) Abtretung .....	99
bb) Aufrechnung .....	99
II. Zwischenergebnis.....	100
<b>Teil 7: Einwände gegen Lösungsklauseln .....</b>	<b>102</b>
A. Verbot von Lösungsklauseln aufgrund des Prinzips der „Vollwertigkeit der Vermögenshaftung“ .....	102
I. Entwicklung des Prinzips der "Vollwertigkeit der Vermögenshaftung" .....	102
II. Stellungnahme.....	103
1. Herleitung des Prinzips der „Vollwertigkeit der Vermögenshaftung“ aus § 161 I S. 2 BGB? .....	103
2. § 17 KO/§ 103 InsO als Bestätigung des Prinzips der "Vollwertigkeit der Vermögenshaftung"? .....	104
3. Keine interessengerechten Ergebnisse .....	105
4. Wertung des § 346 I BGB .....	106
III. Zwischenergebnis.....	107
B. Ausschluss von Lösungsklauseln wegen § 851 II ZPO .....	107
I. Die Argumentation Marotzkes.....	107
II. Stellungnahme.....	108
1. Verbot von auflösenden Bedingungen für den Fall der Einzelzwangsvollstreckung.....	108
2. § 851 II ZPO als Lösungsklauselverbot .....	109
C. Identische Folgen bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens und bei Ausübung von Lösungsrechten.....	109
I. Die Argumentation von Bruns.....	110
II. Stellungnahme.....	112
1. "Zulässigkeit" von Lösungsklauseln? .....	112
2. Wandel in der Rechtsprechung des BGH.....	112
3. Keine Vergleichbarkeit der Wirkung der Eröffnung des Verfahrens mit der Wirkung von Lösungsklauseln .....	113
4. Keine interessengerechten Ergebnisse .....	114
5. Außerachtlassung der entscheidenden Gesichtspunkte.....	114
6. Zwischenergebnis.....	115

D. Verbot von Lösungsklauseln zur Sicherung der Sanierungsmöglichkeit von Unternehmen.....	115
I. Stärkung der Sanierungsmöglichkeit von Unternehmen im Insolvenzrecht.....	116
1. Rechtslage nach der alten Konkursordnung.....	116
2. Reformziele .....	116
3. Der Erhaltung der Sanierungsmöglichkeit dienende Vorschriften in der InsO .....	117
II. Konsequenzen für die Wirksamkeit von Lösungsklauseln.....	118
1. Sanierung als Ziel des Insolvenzverfahrens .....	118
a) Verstoß gegen § 103 InsO.....	118
b) Sanierung als Ziel zur Erhaltung des Unternehmens des Schuldners .....	119
2. Einzelne die Betriebsfortführung sichernde Normen der Insolvenzordnung .....	120
a) Kündigungssperre gemäß § 112 InsO.....	121
aa) Anwendungsbereich des § 112 InsO .....	121
(1) Differenzierung nach der Lösungstechnik? .....	121
(2) Differenzierung nach dem gewählten Anknüpfungspunkt für das Lösungsrecht? .....	122
bb) Zwischenergebnis .....	123
cc) Allgemeiner Ausschluss von Lösungsklauseln durch § 112 InsO?.....	123
dd) Stellungnahme .....	124
(1) Zum Vorverständnis der §§ 103 ff. InsO.....	124
(2) § 112 InsO als Ausnahmevorschrift wegen besonderer Interessenlage.....	125
(3) Grundsätzlich keine Anwendung des § 112 InsO auf andere Vertragstypen .....	126
b) Übrige Vorschriften, die der Sicherung der Betriebsfortführung dienen .....	129
aa) Teilbare Leistungen gemäß § 105 InsO.....	129
(1) Regelungszweck.....	129
(2) Lösungsklauselverbot durch § 105 S. 2 InsO? .....	129
bb) Eigentumsvorbehalt, § 107 InsO .....	130
III. Zwischenergebnis.....	130
E. Ausschluss von Lösungsklauseln aufgrund einer Auslegung der Normen des Insolvenzrechts nach dem Effizienzprinzip .....	131
I. Ausschluss von Lösungsklauseln aufgrund des Effizienzprinzips.....	131
II. Stellungnahme.....	132

1. Ökonomische Analyse von Lösungsklauseln.....	132
2. Tragfähigkeit der durch die ökonomische Analyse von Lösungsklauseln gewonnenen Argumente.....	133
a) Orientierung des Gesetzgebers an den Wertungen der ökonomischen Analyse des Rechts? .....	134
aa) Hinweise in den Gesetzesmaterialien.....	134
(1) Stellung von Gläubigern mit Absonderungsrechten unter der Geltung der Konkursordnung .....	134
(2) Stellung von Gläubigern mit Absonderungsrechten unter der Geltung der Insolvenzordnung .....	135
bb) Stellungnahme .....	136
(1) Keine vollständige Orientierung an den Wertungen der ökonomischen Analyse des Rechts.....	136
(a) Verbesserung der Effizienz als Ziel der Insolvenzrechtsreform .....	136
(b) Restschuldbefreiung als mit der Effizienz nicht in Einklang stehendes Ziel.....	137
(c) Zwischenergebnis .....	137
(2) Analyse der Bezugnahmen in den Gesetzesmaterialien auf die ökonomische Analyse des Rechts.....	137
cc) Zwischenergebnis .....	139
b) Pflicht zur Beachtung des Effizienzprinzips durch den Rechtsanwender .....	139
3. Zusammenfassung und Zwischenergebnis.....	140
F. Verbot von Lösungsklauseln aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes .....	141
I. Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes.....	141
1. Herkömmliche (zweiseitige) Interpretation des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung.....	142
2. Insolvenzrecht als allseitiges Haftungsrecht .....	143
II. Anwendung des Gedankens der Gläubigergleichbehandlung auf das Problem der Wirksamkeit von Lösungsklauseln.....	144
III. Unwirksamkeit der Lösungsklauseln bei Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz? .....	145
1. Rechtsfolgen der Anfechtung nach der Insolvenzordnung .....	146
2. Argumente aus der Literatur.....	147
IV. Zwischenergebnis.....	148
<b>Teil 8: Zwischenergebnis und andere sachliche Anknüpfungspunkte .....</b>	<b>150</b>
A. Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse .....	150



B. Übrige Lösungsklauseln.....	150
I. Rücktrittsklauseln, auflösend bedingte Verträge.....	150
II. Andere sachliche Anknüpfungspunkte .....	151

## **Teil 9: Anfechtbarkeit von Lösungsklauseln ..... 152**

A. Einzelne Anfechtungstatbestände .....	152
I. Anfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO .....	152
II. Anfechtung gemäß § 134 InsO .....	153
III. Anfechtung gemäß § 133 I InsO.....	153
1. Anfechtbare Rechtshandlungen.....	153
2. Gläubigerbenachteiligung.....	154
a) Vereinbarung der Lösungsklausel.....	154
b) Gläubigerbenachteiligung durch die Ausübung der Lösungsklausel.....	155
aa) Der Insolvenzverwalter will die Durchführung des Vertrages.....	155
(1) Folgen der Ausübung der Lösungsklausel.....	155
(2) Folgen der Durchführung des Vertrages.....	156
(a) Gläubigerbenachteiligung aufgrund des Verhältnisses der Werte von Leistung und Gegenleistung .....	156
(b) Gläubigerbenachteiligung aufgrund sonstiger positiver Auswirkungen der Vertragserfüllung.....	157
bb) Der Insolvenzverwalter will eine Abwicklung des Vertrages nach § 103 II S. 1 InsO .....	157
(1) § 103 II S. 1 InsO als Schadensersatzanspruch .....	158
(2) § 103 II S. 1 InsO als Surrogat des Hauptleistungsanspruchs.....	158
(3) Stellungnahme.....	158
(a) Gleichbehandlung mit den übrigen Insolvenzgläubigern.....	159
(b) Hinweise aus den Motiven zur Konkursordnung .....	159
3. Benachteiligungsvorsatz beim Gemeinschuldner .....	160
a) Anknüpfung an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	161
b) Anknüpfung an den Eröffnungsantrag sowie das Vorliegen materieller Insolvenztatbestände.....	161
c) Anknüpfung an sonstige Anzeichen einer wirtschaftlichen Krise .....	162
aa) Wechsel- und Scheckprotest.....	162
bb) Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen.....	163
cc) Vermögensverschlechterung.....	163

## XVIII

4. Kenntnis des Vertragsgläubigers vom Vorsatz des Gemeinschuldners .....	163
5. Beweislast .....	164
6. Zehnjahresfrist .....	164
7. Folgen der Insolvenzanfechtung durch den Verwalter .....	164
a) Konkretisierung des Gegenstandes der Anfechtung .....	164
b) Rückgewähr gemäß § 143 I S. 1 InsO .....	165
c) Bereits erfolgte Lösung vom Vertrag vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens .....	166
B. Zwischenergebnis .....	167
C. Ausschluss der Anfechtung aufgrund des Willens des historischen Gesetzgebers .....	167
D. Sittenwidrigkeit gemäß § 138 I BGB .....	169
I. Diskussionsstand zum Konkurrenzverhältnis von Insolvenzanfechtung und § 138 I BGB .....	169
II. Das Konkurrenzverhältnis hinsichtlich Lösungsklauseln .....	171
III. Eingreifen des § 138 I BGB im Verhältnis zum Gemeinschuldner .....	171
E. Zwischenergebnis .....	173
<b>Teil 10: Vertraglich vereinbarte Abwicklungsregelungen .....</b>	<b>174</b>
A. Tatsächliche Ausgestaltung und Begrenzung der Untersuchung .....	174
B. Interessenlage der Beteiligten .....	175
I. Der Vertragsgläubiger .....	175
II. Der Gemeinschuldner .....	175
III. Die Insolvenzgläubiger .....	175
1. Verringerung der Insolvenzmasse .....	176
2. Vergrößerung der Schuldenmasse .....	176
3. Zwischenergebnis .....	177
C. Zivilrechtliche Wirksamkeit der Abwicklungsregelungen .....	177
I. Verbot von nachteiligen Abwicklungsregelungen nach dem Willen des Gesetzgebers .....	177
1. Die Entstehung der Konkursordnung .....	177
a) Abwicklungsregelung in der Konkursordnung .....	177
b) Konsequenzen für die Wirksamkeit privatautonom vereinbarter Abwicklungsregelungen .....	178
c) Zwischenergebnis .....	180
2. Die Entstehungsgeschichte der Insolvenzordnung .....	180
a) Äußerungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten .....	180

## XIX

b) Ausschluss durch § 103 II InsO .....	181
c) Ausschluss durch § 119 InsO .....	182
3. Zwischenergebnis .....	182
II. Einwände aus der Literatur gegen die Wirksamkeit von Abwicklungsregelungen.....	182
1. Das Prinzip der "Vollwertigkeit der Vermögenshaftung" .....	183
2. Gleiche Rechtsfolgen bei Ausübung von Lösungsklauseln und Eröffnung des Verfahrens .....	183
3. Abwicklungsregelungen und § 119 InsO .....	184
a) Unabdingbarkeit gesetzlicher Abwicklungsregelungen wegen §§ 103 ff. InsO.....	184
b) Stellungnahme.....	185
III. Zwischenergebnis.....	185
D. Anfechtbarkeit der Abwicklungsregelungen .....	185
I. Anfechtung gemäß § 133 I S. 1 InsO.....	186
1. Ziel des Verwalters bei Anfechtung der Abwicklungsregelung ....	186
2. Gläubigerbenachteiligung.....	186
3. Benachteiligungsvorsatz beim Gemeinschuldner sowie Kenntnis des Vertragsgläubigers .....	187
4. Rechtsfolgen.....	187
II. Möglichkeit der isolierten Anfechtung von Lösungsklausel bzw. Abwicklungsregelung.....	187
III. Zwischenergebnis.....	188
<b>Teil 11: Ergebnis.....</b>	<b>189</b>
<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>190</b>