

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXI
Teil 1: Einleitung	1
A. Überblick über den Diskussionsstand	1
B. Gang der Darstellung	2
Teil 2: Einführung in die Problemstellung	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. Vorenthalterung 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
Teil 3: Auffassungen in Rechtsprechung und Literatur	26
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
Teil 4: Grundlagen für die Problemlösung.....	29
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
Teil 5: Analyse der Gesetzgebungsverfahren		38
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

(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
cc) 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 Erfüllungzwang.....	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
Teil 7: Einwände gegen Lösungsklauseln	102
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 Ausnahmeverordnung 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
Teil 8: Zwischenergebnis und andere sachliche Anknüpfungspunkte	150
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 Insolvenzstatbestände.....	161
c) Anknüpfung an sonstige Anzeichen einer wirtschaftlichen Krise	162
aa) Wechsel- und Scheckprotest.....	162
bb) Einleitung von Vollstreckungsmaßnahmen.....	163
cc) Vermögensverschlechterung.....	163

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
Teil 10: Vertraglich vereinbarte Abwicklungsregelungen	174
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. Civilrechtliche 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

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
Teil 11: Ergebnis.....	189
Literaturverzeichnis.....	190