

David Borer / Thomas Müller*

Vertragsauflösung in der Insolvenz

Besprechung des Urteils Az. IX ZR 169/11 des deutschen Bundesgerichtshofes (BGH) vom 15. November 2012

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen und Entscheid
 1. Erwägungen
 2. Entscheid
- III. Erläuterungen
- IV. Bedeutung für die Praxis in der Schweiz
 1. Auflösungs- und Nettingklauseln
 2. Gültigkeit von Auflösungsklauseln
 3. Gültigkeit von Nettingklauseln
 4. Keine Übertragung des BGH-Urteils auf die Schweiz

Kernsätze

1. Die in der deutschen Lehre bisher stark umstrittene Frage, ob vertraglich vereinbarte insolvenzabhängige Vertragsbeendigungs- oder Auflösungsklauseln¹ unwirksam sind, wurde mit vorliegendem Urteil in Deutschland erstmals höchstrichterlich geklärt.
2. Der BGH beurteilt Auflösungsklauseln für den Insolvenzfall als unwirksam, weil sie das Wahl- bzw. Eintrittsrecht des Insolvenzverwalters im Voraus ausschliessen würden. Der BGH stellt zudem klar, dass auch solche Auflösungsklauseln unwirksam sind, die nicht nur an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anknüpfen, und jene, die eine Vertragsbeendigung bereits für den Fall eines Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorsehen.
3. In der Schweiz liegt bislang kein höchstrichterliches Urteil über die Gültigkeit von Auflösungs- und Nettingklauseln in der Insolvenz vor. Die Lehre ist richtigerweise der einhelligen Ansicht, dass solche Klauseln auch konkursrechtlich Gültigkeit haben. Anders als unter dem deutschen Recht zeitigt das schweizerische Konkursrecht grundsätzlich keine Vorwirkung, weshalb die Vertragsparteien die Auflösung auf den Konkurs hin gültig vereinbaren können.

I. Sachverhalt²

Ein Energieunternehmen (**Energieförderer**) hatte am 17./20. Februar 2004 mit der A. GmbH einen Vertrag über die Lieferung elektrischer Energie geschlossen (**Energiefördervertrag**). Der Energiefördervertrag sollte zunächst für ein Jahr bis zum 28. Februar 2005 laufen und sich jeweils um weitere zwölf Monate verlängern, wenn er nicht drei Monate vor Vertragsablauf schriftlich gekündigt wird. Zudem wurde von den Parteien die folgende Auflösungsklausel vereinbart: *«Der Vertrag endet auch ohne Kündigung automatisch, wenn der Kunde einen Insolvenzantrag stellt oder aufgrund eines Gläubigerantrages das vorläufige Insolvenzverfahren eingeleitet oder eröffnet wird.»*

Nachdem ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A. GmbH gestellt wurde, entstand zwischen den Parteien Streit über den Bestand bzw. die automatische Beendigung des Energiefördervertrages. Während der Energieförderer gestützt auf die vertragliche Vereinbarung die Auffassung vertrat, der (ursprüngliche) Energiefördervertrag sei aufgrund der Insolvenz der A. GmbH automatisch beendet worden, war der vorläufige Insolvenzverwalter der A. GmbH (**Insolvenzverwalter**) der Ansicht, die entsprechende Auflösungsklausel sei unwirksam und der Energiefördervertrag habe weiterhin Bestand.

Zur Sicherstellung weiterer Stromlieferungen unterzeichnete der Insolvenzverwalter in der Folge gleichwohl einen neuen Vertrag, der im Verhältnis zum Energiefördervertrag jedoch höhere Preise vorsah. Als der Energieförderer vom Insolvenzverwalter bzw. der insolventen A. GmbH die Zahlung für Stromlieferungen aus dem neuen Vertrag verlangte, wandte der Insolvenzverwalter wiederum ein, die Auflösungsklausel sei ungültig, weshalb weiterhin die tieferen Preise gemäss dem ursprünglichen Energiefördervertrag zu bezahlen seien.

In der Folge klagte der Energieförderer vor dem Landgericht Hannover erfolgreich auf Bezahlung der Preise aus dem neuen Vertrag. Das Landgericht Hannover beurteilte

* RA David Borer, MLaw, und RA Thomas Müller, Dr. iur., LL.M., sind Rechtsanwälte bei Walder Wyss AG in Zürich und Bern.

¹ In der deutschen Terminologie wird hierfür jeweils der Begriff «Lösungsklausel» verwendet.

² BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 1.

die insolvenzbedingte Auflösungsklausel als wirksam und den neuen Vertrag damit für gültig. Dieses Urteil wurde auch in zweiter Instanz vom Oberlandesgericht Celle bestätigt.

Mit Urteil vom 15. November 2012 hob der Bundesgerichtshof (BGH) die vorinstanzlichen Urteile auf und wies die Klage des Energielieferanten ab. Der BGH stellte fest, dass Auflösungsklauseln in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung einer Vertragspartei anknüpfen, unter deutschem Recht unwirksam sind.

II. Erwägungen und Entscheid

Vornweg ist darauf hinzuweisen, dass der Insolvenzverwalter im deutschen Insolvenzrecht (§ 103 Abs. 1 Insolvenzordnung [InsO])³ ähnlich dem schweizerischen Recht die Möglichkeit hat, zweiseitige Verträge, die zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch nicht vollständig erfüllt sind, anstelle des Schuldners zu erfüllen und von der Gegenpartei ihrerseits die Erfüllung des Vertrages zu verlangen. Vertragliche Vereinbarungen, die im Voraus die Anwendung der §§ 103 bis 118 (und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters) ausschliessen oder beschränken, sind nach deutschem Insolvenzrecht unwirksam (§ 119 InsO).⁴

Die in der deutschen Lehre bisher stark umstrittene Frage,⁵ ob vertraglich vereinbarte insolvenzabhängige Lösungsklauseln aufgrund von § 119 InsO unwirksam sind, wurde im vorliegenden Urteil in Deutschland erstmals höchstrichterlich geklärt.⁶

1. Erwägungen

Der BGH setzt sich zunächst mit denjenigen in der Lehre vertretenen Meinungen auseinander, die sich für eine Wirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln aussprechen.⁷ Nach einer in weiten Teilen der Literatur sowie den Vorinstanzen vertretenen Auffassung, steht § 119 InsO insolvenzabhängigen Lösungsklauseln grundsätzlich nicht entgegen. Dies wird damit begründet, dass Lösungsklauseln von § 119 InsO nicht erfasst würden, weil die Bestimmungen den Bestand des Vertrages betreffen, nicht aber dessen Abwicklung im Sinne der Bestimmungen der §§ 103 ff. InsO. Zudem wird argumentiert, auch

die Entstehungsgeschichte spreche für die Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln. Der im Regierungsentwurf der Insolvenzverordnung (InsO-RegE)⁸ ursprünglich vorgesehene § 137 Abs. 2 InsO-RegE⁹ – welcher die Unwirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln noch ausdrücklich vorsah – sei vom Gesetzgeber bewusst gestrichen worden. Durch die entsprechende Streichung habe der Gesetzgeber seine Absicht zum Ausdruck gebracht, entsprechende Vereinbarungen zuzulassen. Zudem wird vorgebracht, eine Unwirksamkeit habe sanierungsfeindliche Wirkung und könne zu Nachteilen im internationalen Geschäftsverkehr führen.

In vorliegendem Urteil verwirft der BGH diese Argumentation und schliesst sich der Gegenauffassung an.¹⁰ Danach sind insolvenzabhängige Lösungsklauseln jedenfalls immer dann unwirksam, wenn sie nicht spezialgesetzlich vorgesehen sind.¹¹ Der Streichung des § 137 Abs. 2 Inso-Reg-E hingegen sei keine weitergehende Bedeutung zuzumessen, da die Vorstellungen des Gesetzgebers keinen Eingang ins Gesetz gefunden hätten. Der Zweck des Erfüllungswahlrechts des Insolvenzverwalters sei es, die Masse zu schützen und im Interesse einer gleichmässigen Gläubigerbefriedigung zu mehren. Dieser Zweck könne vereitelt werden, wenn sich der Vertragspartner des Schuldners allein wegen der Insolvenz von einem für die Masse günstigen Vertrag lösen und damit das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO unterlaufen kann. Zudem lehnt der BGH auch das Argument einer sanierungsfeindlichen Wirkung der einseitigen Lösungsmöglichkeit für den Schuldner ab. Sofern das Schuldverhältnis auf eine fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie gerichtet sei, zeige sich, dass eine einseitige Lösungsmöglichkeit durch den Gläubiger nicht die im Gesetzgebungsverfahren befürchtete sanierungsfeindliche Wirkung habe. Dem Insolvenzverwalter werde vielmehr ermöglicht, Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie im Insolvenzverfahren zu den gleichen Bedingungen fortzusetzen. Zudem werde dadurch auch der Gläubiger nicht unzumutbar belastet, weil er bei einer Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters die vereinbarte Gegenleistung aus der Masse erhalte.

Der BGH stellt zudem unter Festlegung einer ausdrücklichen Vorwirkung von § 119 InsO klar, dass die Bestimmung nicht erst mit der formellen Eröffnung des Insol-

³ § 103 Abs. 1 InsO: «Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen.»

⁴ MARK A. REUTTER, Urhebervertragsrecht, Zürich 2006, 437.

⁵ HILMAR RAESCHKE-KESSLER/JOACHIM CHRISTOPPEIT, Zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln, WM 2013, 1592.

⁶ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 10.

⁷ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 11.

⁸ Verfügbar unter: <<http://www.insolvenzrecht.jurion.de/meine-inhalte/sonstiges/materialien/rege-inso-1992/>> (besucht am 17.1.2014).

⁹ § 137 Abs. 2 InsO-RegE: «Vereinbarungen, die für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Auflösung eines gegenseitigen Vertrags vorsehen oder der anderen Partei das Recht geben, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, sind unwirksam. Ist in einem gegenseitigen Vertrag vereinbart, dass bei einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse einer Vertragspartei die andere das Recht hat, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, so kann dieses Recht nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr ausgeübt werden.»

¹⁰ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 12 ff.

¹¹ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 13.

venzverfahrens Wirkung entfaltet.¹² Nach Auffassung des BGH gilt die Sperrwirkung von § 119 InsO bereits ab dem Zeitpunkt, in dem wegen eines zulässigen Insolvenzantrages mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ernsthaft zu rechnen ist. Daher sind auch solche Lösungsklauseln unwirksam, die nicht nur an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anknüpfen, sondern auch jene, die eine Vertragsbeendigung für den Fall eines Eigenantrags oder eines zulässigen Gläubigerantrags vorsehen.¹³ Als Begründung führt der BGH an, dass das Wahlrecht des Insolvenzverwalters und der damit bezweckte Schutz der Masse leicht unterlaufen werden könne, falls sich der Vertragspartner des Gemeinschuldners ein Kündigungsrecht oder eine automatische Vertragsauflösung für den Fall eines Insolvenzantrages oder eines Insolvenzeröffnungsverfahrens ausbedingen dürfe.¹⁴ Der einem Insolvenzverfahren zwingend vorausgehende Antrag auf Eröffnung unterscheide sich dabei massgeblich von anderen, einem Insolvenzverfahren vorgelagerten Ereignissen, etwa dem Zeitpunkt einer Vermögensverschlechterung des Schuldners, weshalb eine Vorwirkung des § 119 InsO zum Schutz vor nachteiligen Vermögensveränderungen notwendig sei.¹⁵ Damit widerspricht der BGH denjenigen Teilen der deutschen Lehre, die hinsichtlich der Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln zwischen Zahlungseinstellung und Eröffnungsantrag einerseits und Verfahrenseröffnung andererseits unterscheiden.¹⁶

2. Entscheid

Der BGH kommt zum Schluss, dass der Energieliefervertrag infolge der Insolvenz der A. GmbH nicht aufgelöst wurde. Die im Energieliefervertrag vereinbarte Auflösungsklausel für den Insolvenzfall erweist sich im Sinne von § 119 InsO als unwirksam, weil sie das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO im Voraus ausschliessen würde.¹⁷

III. Erläuterungen

In der deutschen Lehre wird das vorliegende Urteil teilweise begrüsst, weil die Entscheidung des BGH die Diskussion um die generelle Wirksamkeit von insolvenzabhängigen Lösungsklauseln beendet (zumindest in Bezug auf Verträge über fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie) und damit zunehmende Rechtssicherheit geschaffen wird.¹⁸ Zudem sei die Wirksamkeit von Lö-

sungsklauseln, die nicht an eine Insolvenz anknüpfen, ausdrücklich bestätigt worden.¹⁹

Während Lösungsklauseln, die an einen früheren Zeitpunkt als die Eröffnung des Insolvenzverfahrens anknüpfen bisher grundsätzlich als zulässig angesehen wurden, dürften diese mit vorliegendem Urteil unter deutschem Recht in Energielieferungsverträgen, die sich auf die Insolvenzantragstellung oder einen Zeitraum zwischen Antragstellung und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beziehen, als unwirksam anzusehen sein.²⁰

Zudem wird die Frage aufgeworfen, wie weit die Vorwirkung des § 119 InsO reichen soll. Gemäss deutschen Kommentatoren geht der BGH mit der angenommenen Vorwirkung des § 119 InsO deutlich weiter als ein Teil der Lehre, der im Übrigen einer Unwirksamkeit von insolvenzbedingten Lösungsklauseln grundsätzlich zustimmt.²¹ Es scheint unklar, ob das hier besprochene Urteil auch zur Unwirksamkeit von Lösungsklauseln führen kann, welche bereits an die «Insolvenzreife» des Schuldners, wie beispielsweise die Zahlungseinstellung oder die Verschlechterung des Vermögens des Schuldners, anknüpfen.²²

IV. Bedeutung für die Praxis in der Schweiz

1. Auflösungs- und Nettingklauseln

Nicht nur bei Energielieferungsverträgen, sondern im allgemeinen Rechtsverkehr spielen Lösungsklauseln auf den Konkurs hin eine wichtige Rolle. Im Konkursfall will sich die solvente Partei so schnell und so verlustarm wie möglich von der konkursiten Gegenpartei lösen.²³ Solche Auflösungsklauseln werden oft mit Verrechnungsbestimmungen (Nettingklauseln) verbunden. Die Parteien vereinbaren dabei im Voraus, dass die gegenseitig offenen Positionen im Konkurs einer Partei verrechnet werden und die bestehende Vertragsbeziehung liquidiert wird. Einzig der Saldobetrag soll entweder als Konkursforderung eingegeben werden oder, bei einer Gegenforderung des Konkursiten, Teil der Konkursmasse bilden.

¹² BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 15.

¹³ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 17.

¹⁴ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 18.

¹⁵ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 21.

¹⁶ RASCHKE-KESSLER/CHRISTOPEIT (FN 5), 1595.

¹⁷ BGH, Urteil vom 15.11.2012 – IX ZR 169/11, BB 2013, 321, Rn. 8.

¹⁸ INES MOANA LÖFFLER, Insolvenzhängige Lösungsklauseln ade? – Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung auf Energielieferungs-Rahmenverträge, BB 2013, 1283.

¹⁹ RASCHKE-KESSLER/CHRISTOPEIT (FN 5), 1593.

²⁰ LÖFFLER (FN 14), 1289.

²¹ RASCHKE-KESSLER/CHRISTOPEIT (FN 5), 1595.

²² LÖFFLER (FN 14), 1283; RASCHKE-KESSLER/CHRISTOPEIT (FN 5), 1595.

²³ Entsprechend sehen etliche Dauerschuldverhältnisse vor, dass der Vertrag im Konkursfall einer Partei eo ipso aufgelöst wird. Bestimmte Verträge werden in Konkursfall einer Partei gar von Gesetzes wegen aufgehoben. Entsprechende Regelungen finden sich für Pachtvertrag (Art. 297a des Obligationenrechts [OR]), den Auftrag (Art. 405 Abs. 1 OR), den Agenturvertrag (Art. 418s Abs. 1 OR), die Leibrente (Art. 518 Abs. 3 OR) und die einfache Gesellschaft (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR).

Bei standardisierten Rahmenverträgen zwischen Finanzinstituten sind Auflösungs- und Nettingklauseln (Close-out Netting) Marktstandard.²⁴ Typischerweise wird dabei vereinbart, dass der Rahmenvertrag im Falle des Eintritts eines vertraglich definierten Insolvenzereignisses (meist die Eröffnung des Konkurses, ein Stundungs-, ein Sanierungsverfahren oder ein anderer Akt des Insolvenzrechts mit vergleichbarer Wirkung) automatisch als zu dem Zeitpunkt beendet gilt, der dem betreffenden Insolvenzereignis unmittelbar vorausgeht.²⁵ Auf diesen Zeitpunkt hin werden sämtliche Verpflichtungen der Vertragsparteien fällig und gegeneinander verrechnet.

2. Gültigkeit von Auflösungsklauseln

Anders als nun in Deutschland liegt in der Schweiz bislang kein höchstrichterlicher Entscheid über die Gültigkeit von Auflösungs- und Nettingklauseln in der Insolvenz vor. Die Lehre ist der einhelligen Ansicht, dass solche Klauseln auch konkursrechtlich Gültigkeit haben.²⁶ Zwar sieht das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) ähnlich der deutschen InsO ein Eintrittsrecht der Konkursverwaltung in zweiseitige Verträge vor, die zur Zeit der Konkurseröffnung nicht oder nur teilweise erfüllt sind (Art. 211 Abs. 2 SchKG). Allgemein wird jedoch vorgebracht, dass es sich bei dieser Bestimmung bloss um eine verfahrensrechtliche Vorschrift handle, welche die Parteiautonomie (und damit den Abschluss von Auflösungsklauseln) nicht einschränken könne.²⁷

Obwohl im Ergebnis richtig, ist diese Argumentation nach unserer Auffassung nicht überzeugend. Aus der Qualifikation von Abs. 2 von Art. 211 SchKG als verfahrensrechtliche Bestimmung lässt sich nicht schliessen, dass diese Bestimmung keine Auswirkungen auf die (materiellen) Rechte der betroffenen Parteien zeitigen würde. Vielmehr ist die Bestimmung gerade unter Abschnitt II des sechsten Titels des SchKG angeordnet, welcher sich mit den Wirkungen des Konkurses auf die Rechte der Gläubiger befasst. Unter demselben Abschnitt befindet sich beispielsweise auch die Regel von Art. 208 Art. 1 SchKG, nach welcher der Zinsenlauf für unbesicherte Forderungen mit Konkurseröffnung endet. Art. 211 Abs. 1 SchKG wandelt Realforderungen mit dem Kurseintritt in Geldforderungen von entsprechendem Wert um. Beide Bestimmun-

gen lassen sich durch Parteivereinbarung nicht derogieren. Es ist nicht einzusehen, weshalb für das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung von Art. 211 Abs. 2 SchKG etwas anderes gelten soll. Die Rechte (und Pflichten) der Konkursverwaltung lassen sich mittels Parteiabreden nicht beschränken.

Das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung ist als Ausnahme von Art. 211 Abs. 1 SchKG zu verstehen. Es räumt der Konkursverwaltung ein Wahlrecht ein, von der Umwandlung der Forderung nach Abs. 1 der Bestimmung abzusehen und die vereinbarte Erfüllung des bestehenden Vertrages zwischen dem Konkursiten und der Gegenpartei zu verlangen. Richtigerweise müsste damit nicht von einem Eintrittsrecht, sondern von einem Wahlrecht der Konkursverwaltung gesprochen werden. Ein Parteiwechsel findet nicht statt.²⁸ Die Ausübung des Wahlrechts geht mit Leistung einer Sicherheit zugunsten des Gläubigers einher. Leistet die Konkursverwaltung keine Sicherheit, kann der Gläubiger seine Leistung zurückbehalten und, nach Ablauf einer angemessenen Frist, nach Art. 83 OR vom Vertrag zurücktreten. Das Recht des Gläubigers, nach Art. 211 Abs. 2 SchKG Sicherheit zu verlangen, ist daher wohl eher eine Pflicht der Konkursverwaltung, will sie das Wahlrecht ausüben.

Die Begründung, weshalb Auflösungsklauseln im Konkurs des Schuldners trotz des Wahlrechts der Konkursverwaltung Gültigkeit haben, findet sich nicht in der Qualifikation der Bestimmung, sondern vielmehr in der fehlenden Vorwirkung des Konkursrechts. Die schweizerische Rechtsauffassung liegt hier fundamental anders als die im besprochenen Urteil vertretene. Art. 211 SchKG regelt (wie die übrigen Bestimmungen von Art. 197 ff. SchKG) die Auswirkungen des Kurseintritts auf die Rechte des Schuldners und der Gläubiger. Haben die Parteien vor Konkurseröffnung vereinbart, dass mit Kurseintritt ein bestehendes Dauerschuldverhältnis aufgelöst wird, ist die Ausübung des Wahlrechts durch die Konkursverwaltung nicht mehr möglich.²⁹ Im Rahmen der Schranken des Obligationenrechts steht den Parteien die Ausgestaltung der gegenseitigen Rechten und Pflichten frei. Mit Konkurseröffnung werden die Rechte und Pflichten den Bestimmungen des SchKG unterworfen. Vertragliche Auflösungsklauseln, die ihre Wirkung vor bzw. bis spätestens im Zeitpunkt der Konkurseröffnung entfalten, unterliegen jedoch nicht dem Konkursrecht.

Einzig in den folgenden zwei Fällen ist die Auflösungsklausel konkursrechtlich (nicht materiellrechtlich) unbeachtlich.³⁰ Erstens, falls sie einer Anfechtungsklage nach

²⁴ Art. 61 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken lässt vertragliche (und gesetzliche) Verrechnung als risikomindernde Massnahme bei der Berechnung der Kreditrisiken einer Bank zu. Daraus erwächst das Interesse der Banken am Abschluss von Nettingvereinbarungen mit der Gegenpartei.

²⁵ Siehe bspw. Ziff. 6.1(n), 7.2 und 8 des Schweizer Rahmenvertrages für OTC-Derivate; MARTIN PLENIO, «Netting» und «Automatic Termination» – Segen oder Fluch?, SZW 2011, 135.

²⁶ U.a. BSK SchKG II-SCHWOB, Art. 211 N 13, m.w.Verw.

²⁷ Jüngst wohl URS PULVER, Securities Lending unter dem Global Master Securities Lending Agreement – Ausgewählte Fragen, in: Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.): Kapitalmarkttransaktionen VI, Europa Institut an der Universität Zürich (EIZ), Zürich/Basel/Genf 2011, 253, mit zahlreichen Verweisen.

²⁸ ROLAND FISCHER, Lizenzverträge im Konkurs, Diss. Bern 2008, 153 f.

²⁹ MARTIN PLENIO, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs, Diss. St. Gallen/Bern/Stuttgart/Wien 2003, 117.

³⁰ Umgekehrt ist zu fragen, ob bei Fixgeschäften sowie bei Finanztermin-, Swap- und Optionsgeschäften, die Vertragsauflösung auf den

Art. 285 ff. SchKG nicht standhalten kann;³¹ zweitens wenn der vertraglich vereinbarte Auflösungszeitpunkt nach der Konkurseröffnung zu liegen käme. Nach Konkurseröffnung ist das Vertragsverhältnis der Disposition von Schuldner und Gläubiger entzogen. Die Verfügungsbeschränkung des Konkursiten ergibt sich aus Art. 204 Abs. 1 SchKG. Für den Gläubiger gelten dabei die Schranken von Art. 208 ff. SchKG.

An der konkursrechtlichen Gültigkeit von Auflösungsklauseln ändern auch die am 1. Januar 2014 im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts neu eingeführten Bestimmungen nichts. Art. 211a SchKG sieht für Dauerschuldverhältnisse neu vor, dass Forderungen des Gläubigers, die nach Konkurseröffnung entstanden sind, als Masseverbindlichkeiten gelten sollen, sofern die Konkursmasse die Leistung aus dem Dauerschuldverhältnis in Anspruch genommen hat. Die Bestimmung richtet sich damit systemkonform ebenfalls auf die Abwicklungsregelung nach Konkurseröffnung und zeitigt keine Vorwirkung.³²

3. Gültigkeit von Nettingklauseln

Für die konkursrechtliche Beachtung von Nettingklauseln gelten die gleichen Überlegungen wie jene vorne zur Auflösungsklausel. Vereinbaren die Parteien die Vertragsliquidation durch Verrechnung der gegenseitigen Forderungen auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung (oder auf einen früheren Zeitpunkt), werden sie durch die Bestimmungen des Konkursrechts nicht eingeschränkt. Eine allfällige paulianische Anfechtung bleibt selbstredend vorbehalten. Nicht beachtlich ist in einem solchen Fall die Liquidationsbestimmung nach Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG. Diese Bestimmung stellt bei bestimmten Verträgen eine Gegenausnahme zum Wahlrecht der Konkursverwaltung nach Abs. 2 der Bestimmung dar.³³

Konkurs zwingend erfolgt und in jedem Fall die Liquidationsbestimmungen nach Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG zur Anwendung finden sollen. Siehe dazu ausführlich PULVER (FN 29), 256.

³¹ Ebenso MARTIN PLENIO (FN 25), 138. Die Vertragsauflösung alleine wird wohl kaum Gegenstand einer Anfechtungsklage sein, sondern vielmehr die vertraglich vereinbarten Folgen der Vertragsauflösung. Die sich daraus ergebende Gläubigerbevorzugung kann Gegenstand einer paulianischen Anfechtung bilden.

³² Die Bestimmung von Art. 211a SchKG wirft einige Fragen auf. Falls Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen ab Konkurseröffnung bis zum nächsten möglichen Kündigungstermin geltend gemacht werden können, liesse sich daraus eine Zinsforderung aus einem Darlehensverhältnis über den Konkurs hinaus ableiten. Dies würde jedoch Art. 208 Abs. 1 SchKG zuwiderlaufen. Weiter wird konkretisiert werden müssen, was mit der Formulierung «in Anspruch nehmen» nach Abs. 2 gemeint ist. Die Gefahr besteht, dass Untätigkeit der Konkursverwaltung inskünftig generell als Ausübung des Wahlrechts nach Art. 211 Abs. 2 SchKG interpretiert werden kann. Gibt die Konkursverwaltung beispielsweise eine Mietsache nicht unverzüglich zurück, wird die Weiterbenutzung als «Eintritt in den Mietvertrag» und der Mietzins nach Konkurseröffnung als Massenschuld zu qualifizieren sein. Der Vermieter wird den anderen Konkursgläubigern gegenüber damit privilegiert. Siehe Urteil 4A_630/2010 des Bundesgerichts vom 27.1.2011.

³³ BSK SchKG II-SCHWOB, Art. 211, N 29.

Vorausgesetzt die vertraglich geregelte Vertragsabwicklung (welche sich in den meisten Fällen nicht wesentlich von Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG unterscheidet) tritt spätestens mit Konkurseröffnung ein, ist sie für die Konkursverwaltung bindend. Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG bezieht sich wiederum nur auf den Zeitpunkt nach Konkurseröffnung und setzt den Bestand eines Vertrages zwischen dem Gläubiger und dem Konkursiten voraus. Dieser besteht aber nicht mehr, wenn die Parteien eine Auflösung auf den Konkurs hin vereinbart haben.

Vereinbaren die Parteien zwar die Auflösung des Vertrages auf den Konkurs hin, jedoch nicht den Auflösungsmechanismus, kommen die Bestimmungen des SchKG zur Anwendung. Allfällige Realforderungen werden auf den Zeitpunkt des Konkurses hin in Geldforderungen umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG). Bestehen gegenseitige Forderungen, sind sie verrechenbar (Art. 213 Abs. 1 SchKG).

Fehlt eine Auflösungs- und eine Nettingvereinbarung, handelt es sich jedoch um ein Fixgeschäft oder um ein Finanztermin-, Swap- oder Optionsgeschäft (wobei der Wert der vertraglichen Leistungen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung aufgrund von Markt- oder Börsenpreisen bestimmbar sein muss),³⁴ kommen die Liquidationsbestimmungen nach Art. 211 Abs. 2^{bis} SchKG zur Anwendung. Der Eintritt der Konkursverwaltung in solche Verträge ist ausgeschlossen.

4. Keine Übertragung des BGH-Urteils auf die Schweiz

Nach den vorliegenden Ausführungen lässt sich das besprochene Urteil des BGH nicht auf die Schweiz übertragen. Der BGH begründet die Ungültigkeit der Auflösungsklausel ausdrücklich mit der Vorwirkung der konkursrechtlichen Bestimmung über das Eintrittsrechts der Konkursverwaltung in bestehende Verträge des Konkursiten. Anders als unter dem deutschen Recht zeitigt das schweizerische Konkursrecht ausserhalb der paulianischen Anfechtung gerade keine Vorwirkung.

Solange die Parteien die automatische Vertragsauflösung auf den Zeitpunkt des Konkurses oder davor legen, ist die entsprechende Auflösungsklausel gültig und für die Konkursverwaltung verbindlich. Die Konkursverwaltung kann ihr Wahlrecht nach Art. 211 Abs. 2 SchKG nicht mehr ausüben. Auch in Anbetracht des vorliegend besprochenen BGH-Urteils sind keine Gründe ersichtlich, den Grundsatz der fehlenden Vorwirkung des Konkursrechts in der Schweiz zu überdenken und die konkursrechtliche Gültigkeit von Auflösungs- und Nettingklauseln anzuzweifeln.

³⁴ Vgl. zu den Begriffen ausführlich BSK SchKG II-SCHWOB, Art. 211, N 35 ff.