

Close-out Bestimmungen und das Eintrittsrecht der Konkursverwaltung

Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz,
Deutschland und Österreich

DISSERTATION

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jean-Claude Dubacher

von

Gurtellen UR

genehmigt auf Antrag von
Prof. Dr. Dieter Zobl

O

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XV
Materialien.....	XXV
Abkürzungsverzeichnis.....	XXVII

1. TEIL: EINLEITUNG.....1

A. VORBEMERKUNG.....	1
B. ZIELSETZUNG.....	2
C. VORGEHEN.....	3

2. TEIL: CLOSE-OUT-BESTIMMUNGEN.....5

A. GRUNDSÄTZLICHES ZUM NETTING.....	5
1. Begriff.....	5
1.1. Allgemeines.....	5
1.2. Wortbedeutung.....	5
1.3. Definition.....	6
1.3.1. Funktioneller Ansatz.....	6
1.3.2. Institutioneller Ansatz.....	7
2. Historischer Rückblick.....	7
2.1. Entstehungsgeschichte.....	7
2.2. Berichte der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich.....	9
3. Institutionelle Formen.....	11
3.1. Payment Netting.....	11
3.2. Netting by Novation.....	12
3.3. Close-out-Netting.....	14
3.4. Kombinationen institutioneller Nettingformen.....	17
4. Andere Unterscheidungsebenen.....	17
4.1. Bilaterales und multilaterales Netting.....	17
4.2. Multi-Branch-Netting.....	19
4.3. Cross-Border-Netting.....	19
4.4. Multi- und Single-Product-Netting.....	20
5. Vertragliche Grundlagen.....	20
5.1. Allgemeines.....	20
5.2. Master Agreements.....	22
5.2.1. FXNET Agreement.....	22
5.2.2. 1992 ISDA Master Agreement.....	23
5.2.3. MULTINET.....	25
5.2.4. ECHO.....	26
5.2.5. Andere vertraglich geregelte Systeme.....	26
6. Wirtschaftliche Relevanz.....	27
6.1. Allgemeines.....	27
6.2. Einzelne Motive.....	28
6.2.1. Reduktion von Risiken.....	28
6.2.2. Reduktion von Kosten.....	29
6.2.3. Reduktion der Eigenmittelerfordernisse.....	30
7. Rechtliche Problematik.....	31
8. Zusammenfassung.....	32

B.	CLOSE-OUT-BESTIMMUNGEN IM SPEZIELLEN.....	34
1.	Begriff.....	34
,	1.1. Definition.....	34
	1.2. Arten von Close-out-Bestimmungen.....	35
2.	Rechtliche Problematik.....	38
3.	Fazit.....	39
C.	ZUSAMMENFASSUNG UND RECHTSFRAGE DER STUDIE.....	39
1.	Zusammenfassung.....	39
2.	Rechtsfrage der Studie.....	40
3.	TEIL: EINTRITTSRECHT DER KONKURSVERWALTUNG.....	43
A.	REGELUNG IN DER SCHWEIZ.....	43
1.	Eintrittsrecht der Konkursverwaltung.....	43
1.1.	Allgemeines.....	43
1.2.	Regelung vor der SchKG-Revision.....	44
1.2.1.	Allgemeines.....	44
1.2.2.	Gesetzliche Grundlagen.....	44
1.2.3.	Art. 211 Abs. 2 aSchKG.....	46
1.2.3.1.	Anwendungsbereich.....	46
1.2.3.2.	Derogierbarkeit von Art. 211 Abs. 2 aSchKG.....	51
1.2.3.2.1.	Vorbemerkung.....	51
1.2.3.2.2.	Klassische Auslegungselemente.....	52
1.2.3.2.2.1.	Allgemeines.....	52
1.2.3.2.2.2.	Grammatikalische Auslegung.....	52
1.2.3.2.2.3.	Systematische Auslegung.....	53
1.2.3.2.2.4.	Historische Auslegung.....	55
1.2.3.2.2.5.	Teleologische Auslegung.....	56
1.2.3.2.2.6.	Fazit.....	58
1.2.3.2.3.	Element der Folgenerwägungen.....	58
1.2.3.2.4.	Judikatur.....	60
1.2.3.2.5.	Doktrin.....	61
1.2.3.2.5.1.	Herrschende Lehre.....	61
1.2.3.2.5.2.	Gegenargumente.....	64
1.2.3.3.	Fazit.....	65
1.2.4.	Zulässigkeit von Close-out-Bestimmungen.....	66
1.3.	Regelung nach der SchKG-Revision.....	66
1.3.1.	Allgemeines.....	66
1.3.2.	Art. 211 Abs. 2 SchKG.....	67
1.3.2.1.	Vorbemerkung.....	67
1.3.2.2.	Änderungen in bezug auf die alte Regelung.....	68
1.3.2.3.	Fazit.....	69
1.3.3.	Art. 211 Abs. 2bis SchKG.....	70
1.3.3.1.	Allgemeines.....	70
1.3.3.2.	Entstehungsgeschichte.....	70
1.3.3.3.	Zweck der Regelung.....	71
1.3.3.4.	Anwendungsbereich.....	72
1.3.3.4.1.	Allgemeines.....	72
1.3.3.4.2.	Fixgeschäfte.....	74

1.3.3.4.3. Finanztermin-, Swap- und Optionsgeschäfte.....	76
1.3.3.4.3.1. Allgemeines.....	76
1.3.3.4.3.2. Finanztermingeschäfte.....	78
1.3.3.4.3.3. Swapgeschäfte.....	82
1.3.3.4.3.4. Optionsgeschäfte.....	86
1.3.3.4.3.5. Andere Finanzmarktprodukte.....	90
1.3.3.4.3.5.1. Allgemeines.....	90
1.3.3.4.3.5.2. Securities Lending and Borrowing.....	92
1.3.3.4.3.5.3. Repurchase Agreement.....	94
1.3.3.4.3.5.4. Credit Derivatives.....	95
1.3.3.4.4. Markt- und Börsenpreis.....	98
1.3.3.4.5. Rahmenverträge.....	100
1.3.3.4.6. Fazit.....	101
1.3.3.5. Derogierbarkeit von Art. 211 Abs. 2bis SchKG.....	103
1.3.3.5.1. Allgemeines.....	103
1.3.3.5.2. Rechtsnatur von Satz 1.....	103
1.3.3.5.2.1. Vorbemerkung.....	103
1.3.3.5.2.2. Argumente in der Doktrin.....	104
1.3.3.5.2.3. Auslegung.....	106
1.3.3.5.2.4. Fazit.....	107
1.3.3.5.3. Rechtsnatur von Satz 2.....	108
1.3.4. Zulässigkeit von Close-out-Bestimmungen.....	110
2. Zusammenfassung.....	111
2.1. Mängel der aktuellen Gesetzgebung.....	111
2.1.1. Allgemeines.....	111
2.1.2. Prioritäre Revisionsbedürfnisse.....	111
2.1.3. Fazit.....	113
2.2. Revisionsvorschlag.....	114
B. REGELUNG IN DEUTSCHLAND.....	115
1. Wahlrecht der Konkursverwaltung.....	115
1.1. Allgemeines.....	115
1.2. Regelung nach alter Konkursordnung.....	115
1.2.1. Allgemeines.....	115
1.2.2. Gesetzliche Grundlagen.....	116
1.2.3. § 17 KO.....	117
1.2.3.1. Anwendungsbereich.....	117
1.2.3.2. Derogierbarkeit von § 17 KO.....	122
1.2.3.2.1. Allgemeines.....	122
1.2.3.2.2. Judikatur.....	122
1.2.3.2.3. Doktrin.....	124
1.2.3.2.4. Fazit.....	128
1.2.3.3. Fazit.....	128
1.2.4. § 18 KO.....	129
1.2.4.1. Allgemeines.....	129
1.2.4.2. Anwendungsbereich.....	131
1.2.4.2.1. Zweiseitige Verträge.....	131
1.2.4.2.2. Ware.....	131
1.2.4.2.3. Fixgeschäft.....	133
1.2.4.2.4. Markt- oder Börsenpreis.....	135
1.2.4.2.5. Fazit.....	136

2.	Zusammenfassung.....	171
2.1.	Mängel der gegenwärtigen Gesetzgebung.....	171
2.1.1.	Allgemeines.....	171
2.1.2.	Prioritäre Revisionsbedürfnisse.....	172
2.1.3.	Fazit.....	174
2.2.	Revisionsvorschlag.....	174
C.	REGELUNG IN ÖSTERREICH.....	175
1.	Wahlrecht des Masseverwalters.....	175
1.1.	Allgemeines.....	175
1.2.	Regelung gemäss Konkursordnung.....	175
1.2.1.	Allgemeines.....	175
1.2.2.	Gesetzliche Grundlagen..... /	176
1.2.3.	§ 21 ÖKO.....	178
1.2.3.1.	Allgemeines.....	178
1.2.3.2.	Anwendungsbereich.....	178
1.2.3.3.	Derogierbarkeit von § 21 öKO.....	183
1.2.3.3.1.	Allgemeines.....	183
1.2.3.3.2.	§ 25a öKO.....	183
1.2.3.3.3.	Judikatur.....	184
1.2.3.3.4.	Doktrin.....	185
1.2.3.3.5.	Fazit.....	187
1.2.3.4.	Fazit.....	188
1.2.4.	§ 22öKO.....	188
1.2.4.1.	Allgemeines.....	188
1.2.4.2.	Anwendungsbereich.....	190
1.2.4.2.1.	Zweiseitige Verträge.....	190
1.2.4.2.2.	Ware.....	192
1.2.4.2.3.	Fixgeschäft.....	193
1.2.4.2.4.	Markt-oder Börsenpreis.....	197
1.2.4.2.5.	Fazit.....	198
1.2.4.3.	Derogierbarkeit von § 22 öKO.....	199
1.2.4.3.1.	Allgemeines.....	199
1.2.4.3.2.	Rechtsnatur von Abs. 1.....	200
1.2.4.3.3.	Rechtsnatur von Abs. 2.....	201
1.2.4.4.	Fazit.....	202
1.2.5.	§ 20 Abs. 4 ÖKO.....	203
1.2.5.1.	Vorbemerkung.....	203
1.2.5.2.	Auswirkungen auf das Wahlrecht des Masseverwalters.....	204
1.2.5.3.	Fazit.....	205
1.2.6.	Zulässigkeit von Close-out Bestimmungen.....	206
2.	Zusammenfassung.....	207
2.1.	Mängel der aktuellen Gesetzgebung.....	207
2.1.1.	Allgemeines.....	207
2.1.2.	Prioritäre Revisionsbedürfnisse.....	207
2.1.3.	Fazit.....	209
2.2.	Revisionsvorschlag.....	210

4. TEIL: FAZIT DES GESETZGEBUNGSSTANDS.....	211
A. VORBEMERKUNG.....	211
B. VERGLEICH DER GESETZGEBERISCHEN LÖSUNGEN IN DEN DREI STAATEN.....	212
1. Gesetzgeberische Lösungen.....	212
1.1. Schweiz.....	212
1.2. Deutschland.....	213
1.3. Österreich.....	215
2. Fazit.....	217
2.1. Gemeinsamkeiten.....	217
2.2. Unterschiede.....	218
C. VERGLEICH DER MÄNGEL IN DER GESETZGEBUNG DER DREI STAATEN.....	220
1. Vorbemerkung.....	220
2. Mängel in der Gesetzgebung.....	220
2.1. Schweiz.....	220
2.2. Deutschland.....	222
2.3. Österreich.....	222
3. Fazit.....	223
3.1. Vorbemerkung.....	223
3.2. Mängelvergleich.....	223
D. RANKING.....	225
1. Vorbemerkung.....	225
2. Ranking.....	225
E. AUSBLICK.....	226
5. TEIL: ZUSAMMENFASSUNGEN.....	227
A. ZUSAMMENFASSUNG.....	227
B. SUMMARY.....	230
Stichwortverzeichnis.....	235