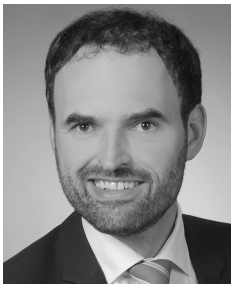
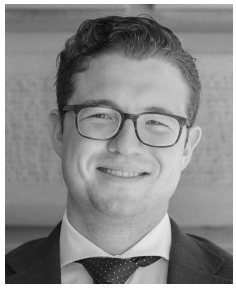
Florian Eichel | Alexander R. Markus | Loïc Stucki

Schiedsfähigkeit bei Konkurs im hängigen Verfahren

BGer 5A_910/2019 vom 1. März 2021





I. Sachverhalt

Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens war die Frage, wie sich die schweizerische Konkurseröffnung über eine schiedsbeklagte Partei mit Sitz in der Schweiz auf ein im Ausland durchgeführtes Schiedsverfahren auswirkt. In dem Londoner Schiedsverfahren wurde darüber prozessiert, ob die Schiedsbeklagte aus einem Prozessfinanzierungsvertrag dazu verpflichtet sei, an den Schiedskläger und Prozessfinanzierer 50 % der Summe zu zahlen, die ihr aus einem Rechtsstreit gegen eine dritte Partei womöglich zugesprochen wird. Während diesem Schiedsverfahren wurde über die Schiedsbeklagte der Konkurs eröffnet. Anschliessend wurde dem Konkursgläubiger A. das Bestreitungsrecht i.S.v. Art. 260 SchKG abgetreten. Dieser unterlag im Schiedsverfahren. Im Schiedsspruch wurde die genannte bedingte Zahlungsverpflichtung der Schiedsbeklagten festgestellt. Zudem wurde der Konkursgläubiger A. dazu verurteilt, die konkret bezifferten Kosten des Schiedsverfahrens an den Schiedskläger zu zahlen. Als Folge dieser Zahlungsforderung hat der Schiedskläger die Betreibung gegen A. eingeleitet. Innerhalb des definitiven Rechtsöffnungsverfahrens hat dieser eingewandt, dass der Schiedsspruch gemäss Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ[1] nicht anerkennungsfähig sei, da sich das Schiedsverfahren durch die Konkurseröffnung in eine objektiv schiedsunfähige Rechtsstreitigkeit gewandelt habe. Es sei seiner Funktion nach zu einer schweizerischen Kollokationsklage geworden, welche nicht schiedsfähig sei.[2]

II. Erwägungen

Die Erwägungen des Bundesgerichts sind teilweise den besonderen Argumenten des Beschwerdeführers gezollt.[3] Dieser ist bei der Abwehr einer Vollstreckung aus dem Schiedsspruch eingeschränkt, da es nur sehr enge Gründe gibt, um ausländischen Schiedssprüchen die Anerkennung zu versagen (Art. V NYÜ, vgl. Art. 194 IPRG). Einer dieser Gründe ist Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ, wonach ein Schiedsspruch nicht anerkannt wird, wenn der Gegenstand des Streites nach dem Recht des Vollstreckungsstaates nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann (fehlende objektive Schiedsfähigkeit).[4] Dazu gehören die hoheitlichen Streitgegenstände der Zwangsvollstreckung, die so eng mit der eigentlichen Durchführung eines Insolvenzverfahrens verbunden sind, dass sie nicht der Schiedsgerichtsbarkeit überlassen werden können.[5] Dies war der rechtliche Aufhänger, um im vorliegenden Kontext das Verhältnis von Schiedsgerichtsbarkeit und Konkursrecht zu vermessen.

Dazu bekräftigte das Bundesgericht im Ausgangspunkt,[6] dass eine Kollokationsklage i.S.v. Art. 250 SchKG nicht schiedsfähig ist und bezog sich dabei auch auf eine Entscheidung des EuGH.[7] Ausserdem bestätigte es, dass es sich bei der Hauptfrage des vorliegenden Schiedsverfahrens – der Gewinnbeteiligung aus Prozessfinanzierung – um eine «bedingte Insolvenzforderung» i.S.v. Art. 210 SchKG handelt.[8] Schliesslich erinnerte es daran, dass gem. Art. 207 SchKG und Art. 63 KOV ein Insolvenzverfahren nicht zur Folge hat, dass eine in einem schweizerischen Zi-

1 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12).

2 BGer, 5A_910/2019, E. 2.3.

3 BGer, 5A_910/2019, E. 3.7.

4 BGer, 5A_910/2019, E. 3.5.

5 BGer, 5A_910/2019, E. 3.6.

6 Vgl. insofern bereits BGE 71 III 192 E. 2.

7 BGer, 5A_910/2019, E. 3.8 m.H. auf EuGH, Skarb Pánstwa Rzeczpospolitej Polskiej – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad ./. Riel, Rs. C-47/18, 18.9.2019.

8 BGer, 5A_910/2019, E. 3.9.

Florian Eichel, Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Bern.

Alexander R. Markus, Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Bern.

Loïc Stucki, MLaw, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität Bern.

vilprozess hängige Forderung kolloziert werde, sondern dass der Zivilprozess nach Aussetzung weitergeführt und die hängige Forderung in der Kollokation *pro memoria* vorgemerkt werde.[9]

Ausgehend von diesen Grundlagen hat das Bundesgericht für den konkreten Fall angeführt, dass ein ausländisches Schiedsverfahren ebenfalls gem. Art. 63 Abs. 1 KOV *pro memoria* vorgemerkt werde. Eine Streitsache ändere ihre rechtliche Natur jeweils mit der Konkurseröffnung, eine zivile Forderung werde zu einer Insolvenzforderung.[10] Was das Verhältnis zwischen dem Konkursverfahren und der Rechtshängigkeit der Schiedssache angeht, so erachtet es den Zeitpunkt der Schiedsklage als ausschlaggebend. Erfolgt die Schiedsklage erst nach der Insolvenzeröffnung über eine Partei, so fordere die insolvenzrechtliche Natur unbedingte Beachtung, weshalb ein daraus hervorgehendes Schiedsurteil nicht anzuerkennen sei. Die Konzentration insolvenzrechtlicher Einzelverfahren am Konkursort (*vis attractiva concursus*) gehe allerdings nicht so weit, dass jedem bereits hängigen Zivilprozess mit Eröffnung des Konkursverfahrens die zuständigkeitsrechtliche Grundlage entzogen werde.[11] Ausländische Prozesse, die eine Konkursforderung zum Gegenstand haben, könnten unter Umständen auch im schweizerischen Konkursverfahren Wirkungen entfalten. Für den vorliegenden Fall zieht das Bundesgericht eine Parallele zu staatsgerichtlichen Verfahren und Urteilen unter dem LugÜ.[12] Voraussetzung dafür sei, dass sich das ausländische Gericht Art. 207 SchKG unterzieht, namentlich indem es den gegen den Schuldner laufenden Forderungsprozess im Ausland sistiert und die Koordination von hängigem Verfahren und Kollokation im Sinne dieser Bestimmung vornimmt. Damit können ausländische Schiedssprüche, die aus im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits hängigen Verfahren hervorgehen und eine Insolvenzforderung zum Gegenstand haben, in der Schweiz anerkannt werden, unter Umständen mit Verbindlichkeit für den Kollokationsplan.[13] Die nach Auffassung des Bundesgerichts in der Lehre umstrittene und in sich problematische Anwendbarkeit von Art. 207 SchKG auf das ausländische Schiedsverfahren hat das Bundesgericht explizit offen gelassen.[14] Abschliessend wurde daran erinnert, dass die Kostentragungspflicht dessen, der über Art. 260 SchKG das Bestreitungsrecht erworben hat, der schon früher geäusserten Auffassung des Bundesgerichts entspreche.[15]

III. Besprechung

Das vorliegende Urteil ist nicht das Erste, welches die Einflüsse des Konkurses auf die Schiedsgerichtsbarkeit diskutiert. Bereits im umstrittenen Entscheid in Sachen *Vivendi* musste das Bundesgericht die Auswirkungen eines ausländischen Konkurses auf die Parteifähigkeit im Hinblick auf Schiedsvereinbarungen beurteilen (*subjektive Schiedsfähigkeit*).[16] Teile dieser Rechtsprechung wurden später konkretisiert bzw. verworfen.[17] Im nun ergangenen Entscheid steckt das Bundesgericht das Verhältnis des konkursrechtlichen Erwahrungsverfahrens (Art. 244–251 SchKG) zum Schiedsverfahren ab und knüpft damit an Entscheidungen an, die dies bereits für ausländische Zivilprozesse vor staatlichen Gerichten thematisiert haben.[18] In der Linie dieser Rechtsprechung ist der Ausgangspunkt für die Erwägungen des Bundesgerichts die *vis attractiva concursus*, welche insolvenzrechtliche Einzelverfahren am Konkursort konzentriert.[19] Die vorliegende Entscheidung hat die *objektive Schiedsfähigkeit* zum Vehikel gewählt, um diesen Grundsatz ins Spiel zu bringen. Hier trifft das Grundprinzip der Verfahrensbündelung am Konkursort auf den generell schiedsfreundlichen Ansatz der privaten Streitbeilegung.[20]

A. Keine Erwahrung von Konkursforderungen durch Schiedsverfahren

Als Gesamtvollstreckungsverfahren muss der Konkurs alle Gläubiger einbeziehen. Wer zum Kreis der Gläubiger gehört und mit welchem Rang, wird gemäss den Regeln über die Erwahrung und Kollokation der Konkursforderungen festgestellt (Art. 244–251 SchKG). Dabei prüft die Konkurs-

9 BGer, 5A_910/2019, E. 3.10.
10 BGer, 5A_910/2019, E. 3.9.
11 Auch zum Folgenden BGer, 5A_910/2019, E. 3.12.
12 BGer, 5A_910/2019, E. 3.12.
13 BGer, 5A_910/2019, E. 3.13.
14 BGer, 5A_910/2019, E. 3.10.
15 BGer, 5A_910/2019, E. 3.14 m.H. auf BGE 105 III 135 E. 4.
16 BGer, 4A_428/2008, E. 3.
17 BGE 138 III 714 E 3.4, in welcher Entscheidung der konkursiten Partei nicht die Rechtsfähigkeit, sondern die Prozessfähigkeit abgesprochen wurde. Dazu Daniel Girsberger/Nathalie Voser, International Arbitration, 4. A., Zürich/Basel/Genf/Baden-Baden 2021, N 1334 ff.
18 BGE 141 III 382 E. 5.4; 140 III 320; 135 III 127 E. 3.3.3; 133 III 386. Zu diesen Urteilen s. Alexander R. Markus, Turbulenzen zwischen Brüssel und Lugano, Schweizerische Insolvenz und ausländischer Zivilprozess in der Praxis des Bundesgerichts, AJP 2017, 287 ff.
19 Vgl. dazu auch BGer, 5A_491/2013, E. 4; Rodrigo Rodriguez, Zuständigkeiten im internationalen Insolvenzrecht, Bern 2016, N 604 ff. Noch in BGE 35 II 314 E. 2 wurde die *vis attractiva concursus* aber gar *«comme étant de droit impératif, ou d'ordre public»* bezeichnet.
20 Vgl. auch David Quinke, in: Reinmar Wolff (Hrsg.), New York Convention, Article-by-Article Commentary, 2. A., München/Oxford 2019 (zit. Wolff NYC-Quinke), Art. V N 468.

verwaltung unter Anhörung des Schuldners die eingegebenen Forderungen (Art. 244 f. SchKG). Im Fall ihrer Anerkennung nimmt sie diese in den Kollokationsplan auf (Art. 247 SchKG), andernfalls weist sie sie ab (Art. 248 SchKG). Rechtsschutz gegen diese Feststellungen bietet die Kollokationsklage, die, was die Zuständigkeit, die Klagelegitimation, die Klagefrist und das Klageziel angeht, ein spezieller Rechtsbehelf ist, der sich eng an der Ausgestaltung des schweizerischen Konkursrechts orientiert.[21] Diese Spezifika von Verfahren und Rechtsschutz begründen eine besondere Nähe der Art. 244–251 SchKG zum Konkursverfahren. Das schafft ein Reibungsverhältnis mit den allgemeinen Verfahren zur Feststellung von Forderungen, sprich mit dem Zivilprozess oder dem Schiedsverfahren bzw. – international gedacht – mit dem ausländischen Zivilprozess oder dem ausländischen Schiedsverfahren.

> Ein erst nach Konkurseröffnung eingeleitetes Schiedsverfahren wäre für das schweizerische Konkursverfahren nicht verbindlich. Die Frage bleibt, wie diese Sperrwirkung methodisch zu begründen ist.

Im rein inländischen Kontext liegt es auf der Hand, dass ein Gläubiger, der nach Konkurseröffnung den Schuldner im staatsgerichtlichen Erkenntnisverfahren verklagt, anstatt seine Forderung anzumelden,[22] in Konflikt mit den Art. 244 ff. SchKG geraten und die Erwahrung der Forderungen, für die 60 Tage veranschlagt sind (Art. 247 SchKG), bedeutend aufhalten würde. Vor diesem Hintergrund ist es im Binnenkontext nachvollziehbar, dass das Bundesgericht schon bisher keine Möglichkeit gesehen hat, dass der Schuldner erst *nach Konkurseröffnung* einen Zivilprozess gegen den Schuldner einleitet.[23] In der hier besprochenen Entscheidung hat das Bundesgericht diese Rechtsprechung *obiter* auf das Schiedsverfahren ausgedehnt: *Ein erst nach Konkurseröffnung eingeleitetes Schiedsverfahren wäre für das schweizerische Konkursverfahren nicht verbindlich.*[24] Die Frage bleibt, wie diese Sperrwirkung methodisch zu begründen ist. Gegenüber einem *inländischen* staatlichen Zivilprozess lässt sich das mit dem *lex-specialis*-Grundsatz der Art. 244 ff. SchKG oder der Annahme einer ausschliesslichen Zuständigkeit der Konkursverwaltung begründen. Gegenüber einem *ausländischen* staatlichen Zivilprozess muss man eine ausschliessliche Zuständigkeit für Verfahren reklamieren, die unmittelbar mit dem Konkursverfahren verbunden sind. Für das Schiedsverfahren stehen solche Vehikel indes nicht zur Verfügung, da ein Schiedsgericht nicht an die (internationale) Zuständigkeitsordnung gebunden ist. Die Schiedsvereinbarung wird durch den Konkurseintritt keineswegs «hinfällig» i.S.v. Art. 7 lit. b IPRG.[25] Zugleich sind die Gründe für die Ablehnung der Anerkennung eines Schiedsspruchs beschränkt, so dass dem Recht quasi nur die objektive Schiedsfähigkeit (Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ) oder der *ordre-public*-Vorbehalt (Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ) verbleiben, um sicherzustellen, dass die Erwahrung der Konkursforderungen nach Massgabe von Art. 244 ff. SchKG innerhalb des Konkursverfahrens abläuft. Insoweit hat sich das Bundesgericht für die Mobilisierung des Einwands der objektiven Schiedsunfähigkeit ausgesprochen.[26]

B. Verhältnis der Insolvenz zum bereits hängigen inländischen Zivilprozess

Wie steht es mit Zivilprozessen gegen den Insolvenzschuldner, die zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits hängig, aber noch nicht abgeschlossen sind? Auch sie betreffen die Feststellung der Passivmasse und treten daher in Konflikt mit Art. 244 ff. SchKG. Allerdings hat der Gesetzgeber diese Konkurrenz (wenigstens partiell) ausdrücklich geregelt. Nach Art. 207 SchKG werden Zivilprozesse, in denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt (mit Ausnahme dringlicher Fälle und solcher nach Abs. 4). Im ordentlichen Konkursverfahren können sie frühestens zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden, im summarischen Konkursverfahren frühestens 20 Tage nach der Auflegung des Kollokationsplans (Art. 207 Abs. 1 Satz 2 SchKG). Da im ordentlichen Konkursverfahren die zweite Gläubigerversammlung erst nach der Auflage des Kollokationsplans erfolgt (Art. 252 SchKG), wird deutlich, dass Art. 207 SchKG jedenfalls während des Verfahrens nach Art. 244–251 SchKG konkurrierende Zivilprozesse sistieren

21 KURT AMONN/FRIDOLIN WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. A., Bern 2013, § 46 N 45 ff.

22 Zu Form und Inhalt der Anmeldung einer Konkursforderung THOMAS SPRECHER, in: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2. A., Basel 2014 (zit. KUKO SchKG-BEARBEITER/IN), Art. 244 N 10.

23 BGE 118 III 40 E. 4; vgl. BGE 130 III 769 E. 3.2.3.

24 BGer, 5A_910/2019, E. 3.8 *in fine*.

25 MICHAEL GÜNTER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Luzern 2011, N 349 ff.; CHRISTOPH LIEBSCHER, Insolvency and Arbitrability, in: Loukas A. Mistelis/Stavros Brekoulakis (Hrsg.), Arbitrability: International and Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn 2009, 165 ff., N 9-49.

26 BGer, 5A_910/2019, E. 3.8 *in fine*: «Dies bedeutet, dass sich die klagende Partei des Vollstreckungsversagungsgrunds der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit zu gewärtigen hat, […].»

will und damit einen Vorrang des Verfahrens auf Erwahrung und Kollokation etabliert.

Den Sinn der Sistierung nach Art. 207 SchKG sieht das Bundesgericht darin, der Gläubigerversammlung bzw. einzelnen Gläubigern die nötige Zeit für die Überlegung zu verschaffen, ob sie den hängigen Prozess und damit dessen Risiko auf Kosten der Masse übernehmen wollen oder nicht oder ob sie allenfalls das Prozessführungsrecht nach Art. 260 SchKG an einzelne Gläubiger übertragen.[27] Für das Bundesgericht ist Art. 207 SchKG eine Gläubigerschutzbestimmung, die deren Recht bewahren soll, das Schicksal des Verfahrens mitzubestimmen.[28] Auch aus dieser Zweckrichtung ergibt sich ein weiterer Rückschluss zum Verhältnis von hängigem Zivilprozess und Erwahrung. Der Zivilprozess wird nicht (wie in der obigen Fallgruppe) gestoppt und ersetzt, sondern nur einstweilen ausgesetzt. Der Zivilprozess kann also fortgesetzt werden, ggf. nach Art. 260 SchKG im Namen und auf Rechnung des prozessführungsberechtigten Konkursgläubigers. Das Konkursverfahren ist in der Konstellation des hängigen Zivilprozesses also nicht «ausschliesslich zuständig». Die verbleibende Frage ist, wie die Kollokation abläuft, wenn die Information, ob es in der Passivmasse einen weiteren Posten gibt, erst in diesem Zivilprozess geklärt wird. Hier kommt Art. 63 KOV ins Spiel: Streitige Forderungen, welche im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits Gegenstand eines Prozesses bilden, sind im Kollokationsplan zunächst ohne Verfügung der Konkursverwaltung lediglich *pro memoria* vorzumerken. Sie werden folglich wie bedingte Forderungen behandelt, deren Eintritt noch ungewiss ist: Falls sie «entstehen», verbleiben sie im Kollokationsplan, andernfalls sind sie bei der Verteilung nicht mehr zu berücksichtigen.[29]

C. Verhältnis der Insolvenz zum bereits hängigen ausländischen Zivilprozess oder zum Schiedsverfahren

Im Gegensatz zum inländischen Zivilprozess (oben III.B.), für den Art. 207 SchKG eine recht klare Lösung vorsieht, stellen sich für den ausländischen Zivilprozess oder das Schiedsverfahren mehrere Fragen in Bezug auf das Verhältnis zum schweizerischen Konkurs. Einerseits ist unklar, wie dieses Verfahren im Hinblick auf seine Nähe zur Insolvenz zu qualifizieren ist und ob es sich mit der *vis attractiva concursus* in Einklang bringen lässt. Andererseits ist die Rolle, die Art. 207 SchKG im internationalen Verhältnis spielen soll, nicht eindeutig.

1. Schiedsfähigkeit von Klagen auf Beurteilung einer Insolvenzforderung

a) Qualifikation insolvenzrechtlicher Einzelverfahren

Die Schiedsfähigkeit von Vollstreckungsangelegenheiten kann im internationalen Verhältnis ausgeschlossen sein. Hintergrund dafür ist das Vollstreckungsmonopol des Staates.[30] Allein die zwingende Natur eines Zwangsvollstreckungs-Gerichtsstands wie z.B. Art. 22 Ziff. 5 LugÜ/aEuGVVO kann jedoch der Schiedsfähigkeit nicht entgegenstehen.[31] Der Ausschluss ist jedenfalls restriktiv zu interpretieren.[32] Die Einordnung eines Streitgegenstands als Zwangsvollstreckungsverfahren bedeutet somit nicht ohne Weiteres eine entsprechende Einordnung nach Schiedsverfahrensrecht, wie die differenzierte Einordnung des Bundesgerichts der provisorischen Rechtsöffnung zeigt.[33] Diese tendenziell schiedsfreundliche Haltung ist sachlich zutreffend, zumal die unmittelbare Nähe zu staatlichem Zwang sowohl bei der provisorischen Rechtsöffnung wie auch bei einer Reihe von weiteren Instrumenten des SchKG nicht gegeben ist. Eine gerichtliche Anordnung, die Grundlage einer Zwangsvollstreckung sein kann, ist für sich alleine noch nicht zwingend als unmittelbar vollstreckungsnah zu qualifizieren.

Im Ausgangspunkt ist für die Schiedsfähigkeit somit die Frage relevant, ob das Schiedsverfahren (oder der ausländische Zivilprozess) infolge der Konkurseröffnung als «insolvenznahes Verfahren» einzuordnen ist.[34] Wäre es funktional als Kollokationsverfahren zu beurteilen, so hiesse das nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Schiedsfähigkeit ausgeschlossen ist.[35] Obwohl diese Ar-

27 BGer, 5A_910/2019, E. 3.10.

28 BGer, 5A_910/2019, E. 3.12 *in fine*.

29 KUKO SchKG-Stöckli/Possa (FN 22), Art. 219 N 7.

30 Bernhard Berger/Franz Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. A., Bern 2015, N 239.

31 Statt vieler: Tarkan Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 2014, N 386.

32 BSK IPRG-Mabillard/Briner, Art. 177 N 10, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021 (zit. BSK IPRG-Bearbeiter/in); Göksu (FN 31), N 380; Girsberger/Voser (FN 17), N 428; BGE 118 II 353 E. 3a.

33 BGE 136 III 583 betreffend provisorische Rechtsöffnung.

34 BGer, 5A_910/2019, E. 3.6; BGE 136 III 583 E. 2; 140 III 320 E. 10; vgl. auch BGE 136 III 583 E. 2.1 für die provisorische Rechtsöffnung. Martin Bernet, Schiedsgericht und Konkurs einer Partei, in: Monique Jametti Greiner/Bernhard Berger/Andreas Güngerich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, Bern 2005, 1ff., 10.

35 BGer, 5A_910/2019, E. 3.8 m.w.H. Ein grosser Teil der Lehre bejaht jedoch die Schiedsfähigkeit der Kollokationsklage: Berger/Kellerhals (FN 30), N 241; Göksu (FN 31), N 362; Christian Oetiker, Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK-Oetiker), Art. 177 IPRG N 33.

gumentation u.E. nicht zwingend ist,[36] folgt das Bundesgericht hier der Sicht des internationalen Zivilprozessrechts, welches das Kollokationsverfahren mehrheitlich ebenfalls als «insolvenznahes Verfahren» einstuft.[37]

Diese Einordnung trifft nach Bundesgericht jedoch nur auf Schiedsklagen zu, die *nach* der schweizerischen Insolvenzeröffnung eingereicht wurden.[38] Wie ein bereits hängiges Verfahren zu qualifizieren ist, dessen Streitobjekt von einer gewöhnlichen privatrechtlichen Forderung zu einer Insolvenzforderung wird, geht aus den bundesgerichtlichen Erwägungen allerdings nicht klar hervor. Sollte das Bundesgericht der Auffassung sein, es liege Insolvenznähe vor,[39] so müsste als Konsequenz die Schiedsfähigkeit entfallen und damit auch eine Anerkennung. Für diese Lesart spricht das Petitum des Bundesgerichts, dass sich das Schiedsverfahren Art. 207 SchKG zu «unterziehen» habe und dass diese Vorschrift gemäss Bundesgericht zum «schweizerischen Konkursrecht» zähle.[40]

Weil das Bundesgericht jedoch zu Gunsten einer Anerkennung entscheidet, ist davon auszugehen, dass es sich in seinen Augen nicht um ein insolvenznahes Verfahren handelt und dass es die Schiedsfähigkeit des bereits hängigen Verfahrens trotz nachträglicher Konkurseröffnung bejaht.[41] Auf diese Ansicht deutet hin, dass eine Abgrenzung der zivilrechtlichen (Schieds-)Klage auf eine Insolvenzforderung zur eigentlichen Kollokationsklage angestellt wird, wobei Letztere eben gerade nicht vorliegen soll.[42] Diesfalls hätte das Bundesgericht aber klarstellen müssen, dass (und warum) ein Verfahren, welches sich an Art. 207 SchKG oder entsprechenden Grundsätzen ausrichtet, gerade *nicht* als insolvenznah zu beurteilen ist. Einer solchen Klarstellung hätte es insbesondere deshalb bedurft, da das Bundesgericht vor wenigen Jahren noch festhielt, dass ein «im Zeitpunkt der Konkurseröffnung hängiger Prozess über Kollokationsforderungen [...] im Fall, dass der Prozess fortgeführt wird (Art. 63 Abs. 3 KOV), zum Kollokationsprozess gemäss Art. 250 SchKG» werde.[43] Vor dem Hintergrund dieser früheren Aussage erweist sich die vorliegende Entscheidung als Kehrtwende, da das Bundesgericht die Kollokationsklage gerade nicht als objektiv schiedsfähig ansieht (oben III.A.).

Unklar ist, wie Art. 207 SchKG für ein ausländisches Gericht Beachtung finden soll. Das schweizerische Konkursrecht kann ausländischen Gerichten nicht vorschreiben, dass sie ihren Zivilprozess einzustellen haben.

b) Begründungslinien der Schiedsfähigkeit

Trotz nicht unmittelbar einsichtiger Begründung lassen die vom Bundesgericht angeschnittenen Argumente zumindest einen Rückschluss auf zwei mögliche Begründungslinien zu, die letztlich ineinanderfliessen.

Eine *erste Begründungslinie* basiert unmittelbar auf dem Konzept der Schiedsfähigkeit. Die Schiedsfähigkeit wird teils als Ausdruck eines zuständigkeitsrechtlichen *ordre public* angesehen.[44] Wird diesem Konzept gefolgt, so müsste konsequenterweise – wie es das Bundesgericht zu tun scheint[45] – nach Normen gesucht werden, welche als Ausdruck eines zuständigkeitsrechtlichen *ordre public* zu verstehen sind. Solche Bestimmungen normieren eine *qualifiziert zwingende Zuständigkeit* staatlicher Gerichte und lösen Schiedsunfähigkeit von Streitgegenständen aus, welche diesen Zuständigkeiten unterfallen würden. Die Folge ist die Nichtanerkennung von Entscheidungen, welche solche Zuständigkeiten nicht beachten (Art. V Abs. 2 lit a NYÜ).

Die *zweite Begründungslinie* liegt in der vorstehend diskutierten Prüfung der Insolvenznähe.[46] Damit wäre der

36 Die Sichtweisen des internationalen Zivilprozessrechts und der Schiedsgerichtsbarkeit können nämlich auseinandergehen. Auch sog. «Reflexklagen», wie sie die Kollokationsklage darstellt, werden als z.T. schiedsfähig betrachtet: Gabrielle Kaufmann-Kohler/Laurent Lévy, Insolvency and International Arbitration, in: Henry Peter/Nicolas Jeandin/Jason Kilborn (Hrsg.), The challenges of insolvency law reform in the 21st century: facilitating investment and recovery to enhance economic growth, Zürich 2005, 257 ff., 262 f.; ZK-Oetiker (FN 35), Art. 177 IPRG N 33, N 34 betr. Pauliana; aus internationalzivilprozessualer Sicht ebenfalls die Pauliana (Art. 285 ff. SchKG; EuGH, Feniks ./. Azteca Products & Services SL, Rs. C-337/17, 4.10.2018; EuGH, Reichert ./. Dresdner Bank AG., Rs. C-261/90, 26.3.1992).

37 EuGH, Rs. C-47/18, Autostrad, 18.9.2019 (FN 7); BGer, 5A_910/2019, E. 3.8 m.w.H. Zur funktionalen Qualifikation als insolvenznahe Kollokationsklage Alexander R. Markus/Melanie Huber-Lehmann, Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen 2019, SRIEL 2020, 30 ff.

38 BGer, 5A_910/2019, E. 3.9 i.i.

39 Darauf deuten die Ausführungen in BGer, 5A_910/2019, E. 3.9, wonach nach Konkurseröffnung die Rechtsnatur der Streitsache aus vollstreckungsrechtlicher Sicht verändert sei.

40 BGE 141 III 382 E. 5.6.1. Vgl. auch Markus (FN 18), AJP 2017, 292 und 294 f.

41 BGer, 5A_910/2019, E. 3. Dies entspricht der h.L.: Gary B. Born, International Commercial Arbitration, 2. A., Alphen aan den Rijn 2021, 1086; Günter (FN 25), N 514, vgl. auch N 250; Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht: nach Konkordat und IPRG, 2. A., Zürich 1993, 81; weitergehend Liebscher (FN 25), N 9–49.

42 BGer, 5A_910/2019, E. 3.8.

43 BGE 135 III 127 E. 3.3.1.

44 Vgl. Pierre-Yves Tschanz, in: Andreas Bucher (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Basel 2011, Art. 177 IPRG N 2; ferner Born (FN 41), 1045.

45 BGer, 5A_910/2019, E. 3.8 ff. (*passim*).

46 BGer, 5A_910/2019, E. 3.6.

bundesgerichtliche Vergleich mit der Kollokationsklage zu erklären: Die Kollokationsklage stehe in deutlich engerem Zusammenhang mit dem eigentlichen Insolvenzverfahren als eine Klage auf Beurteilung einer Konkursforderung, welche bei Konkurseröffnung bereits anhängig ist.[47] Auch das bundesgerichtliche Argument der Vormerkung *pro memoria*[48] reiht sich in diese Begründung ein. Einerseits wird aufgezeigt, dass das Schiedsverfahren nicht unmittelbar mit dem Insolvenzverfahren zusammenhängt. Andererseits wird dadurch auch demonstriert, dass keine «absolut durchgreifenden Bedenken gegen die Berücksichtigung von gegen den Schuldner laufenden Schiedsverfahren»[49] bestehen. Letzteres würde sich wiederum in die Begründungslinie über den zuständigkeitsrechtlichen *ordre public* einordnen lassen.

Letztlich laufen die beiden Begründungslinien ineinander. Die Insolvenznähe ist die innere Begründung dafür, dass in vollstreckungsrechtlichen Angelegenheiten eine zwingende Zuständigkeit staatlicher Gerichte vorliegt. Wegen der Nähe zum staatlichen Konkursverfahren, welches als Einheit durchzuführen ist, erreichen diese zwingenden Zuständigkeiten – in der Lesart des Bundesgerichts[50] – möglicherweise *ordre public*-Qualität, was eine Herausnahme dieser Streitgegenstände aus dem Schiedsdispositiv rechtfertigen würde.[51] Wie erwähnt, ist dieses *carve-out* jedoch restriktiv zu handhaben (wie das Instrument des *ordre public* schlechthin).[52] Für die bereits bei Konkurseröffnung hängigen Schiedsklagen ist diese Schwelle mangels ausreichender Insolvenznähe nicht erreicht.

Soweit aus der Begründung des Bundesgerichts erkennbar, basiert seine Entscheidung durchaus auf den genannten Überlegungen. Schiedsfähig ist ein vermögensrechtlicher Anspruch i.S.v. Art. 177 Abs. 1 IPRG, wobei die Schiedsfähigkeit mit einer qualifiziert zwingenden Zuständigkeitsordnung der Schweiz vereinbar sein muss.[53] Ob letzteres Erfordernis eine Vereinbarkeit mit der gesamten zwingenden Zuständigkeitsordnung[54] oder nur im Sinne eines zuständigkeitsrechtlichen *ordre public*[55] meint, lässt das Bundesgericht offen. Für die Binnenschiedsgerichtsbarkeit hat sich der Gesetzgeber zumindest explizit dafür entschieden, dass die zwingende Natur eines Gerichtsstands allein keinen Ausschluss der Schiedsfähigkeit begründen soll.[56]

2. Rolle von Art. 207 SchKG

Neben den Aspekten der «Insolvenznähe» wirft die Entscheidung des Bundesgerichts die Frage auf, ob und wie man der Bestimmung des Art. 207 SchKG im internationalen Verhältnis Achtung verleihen will bzw. kann.

a) Anwendbarkeit im internationalen Verhältnis

Die Frage nach dem «Ob» hat das Bundesgericht u.E. zumindest im Ansatz bejahend beantwortet. Es erachtet Art. 207 SchKG als Gläubigerschutzbestimmung als derart wichtig, dass es die Beachtlichkeit ausländischer Prozesse für das Konkursverfahren von der Einhaltung der Ziele des Art. 207 SchKG abhängig machen will: «*Voraussetzung dafür sei, dass sich das ausländische Gericht Art. 207 SchKG unterzieht, namentlich indem es den gegen den Schuldner laufenden Forderungsprozess im Ausland sistiert und die Koordination von hängigem Verfahren und Kollokation im Sinne dieser Bestimmung sowie Art. 63 KOV vornimmt. Mithin muss der Schutz der Gläubiger im Konkurs einer beklagten Partei gewährleistet bleiben.*»[57] Unklar ist allerdings, wie Art. 207 SchKG für ein (ausländisches) Schiedsgericht oder ein ausländisches staatliches Gericht Beachtung finden soll. Das schweizerische Konkursrecht kann ausländischen Gerichten nicht vorschreiben, dass sie ihren Zivilprozess einzustellen haben.[58] Die Wortwahl des Bundesgerichts, dass sich das ausländische Gericht Art. 207 SchKG «unterzieht»,[59] ist somit nicht treffend. Immerhin können ausländische Prozessordnun-

47 Zustimmend Rüede/Hadenfeldt (FN 41), 51.

48 BGer, 5A_910/2019, E. 3.10.

49 BGer, 5A_910/2019, E. 3.10.

50 Vgl. oben FN 19.

51 Zu zuständigkeitsrechtlichen Überlegungen der Schiedsfähigkeit vgl. Nigel Blackaby/Constantine Partasides/Alan Redfern/Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6. A., Oxford 2015, N 2.126 f.; Wolff NYC-Quinke (FN 20), Art. V N 431.

52 Göksu (FN 31), N 382.

53 Ähnlich Göksu (FN 31), N 378 ff.; Roman Richers/Melissa Magliana, International Arbitration in Switzerland, in: Stephan Balthasar (Hrsg.), International Commercial Arbitration, 2. A., München 2021, 727 ff., N 40; vgl. auch Mariella Orelli, in: Manuel Arroyo (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2. A., Alphen aan den Rijn 2018, Chapter 12 PILS Art. 177 N 5. Andere Autoren lassen das Erfordernis des Einklangs mit der Zuständigkeitsordnung aus: BSK IPRG-Mabillard/Briner (FN 32), Art. 177 N 7; Jolanta Kren Kostkiewicz, IPRG/LugÜ: Kommentar über das Internationale Privatrecht, Lugano-Übereinkommen und weitere Erlasse (OFK), 2. A., Zürich 2019, Art. 177 IPRG N 2 und 5 f. Gar explizit gegen die Beachtung der Zuständigkeitsordnung: ZK-Oetiker (FN 35), Art. 177 IPRG N 54 ff.

54 Rüede/Hadenfeldt (FN 41), 56, erachten immerhin Art. 97, Art. 114 Abs. 2 und Art. 151 Abs. 3 IPRG als Einschränkung der Schiedsfähigkeit.

55 So Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Irma Ambauen, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. A., Zürich 2016, Art. 176–178 IPRG N 10; Göksu (FN 31), N 382; Orelli (FN 53), Chapter 12 PILS Art. 177 N 19 f.

56 Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221 ff., 7394; vgl. Göksu (FN 31), N 385 f.

57 BGer, 5A_910/2019, E. 3.12.

58 BGE 141 III 382 E. 5.6.1.

59 BGer, 5A_910/2019, E. 3.12.

gen (wie z.B. § 240 deutsche ZPO[60]) ihrerseits ermöglichen, durch eine Verfahrensunterbrechung auf die spezifischen Anforderungen des Konkursverfahrensstatuts Rücksicht zu nehmen.[61] Noch schwieriger ist die Lage gegenüber Schiedsgerichten, seien sie in- oder ausländische. Der Einfluss zwingender Bestimmungen auf die Entscheidungsfindung in Schiedsverfahren ist noch ein Feld mit vielen Unbekannten. Zwingende Verfahrensbestimmungen, die nicht einmal der *lex arbitri* entstammen, drängen sich dem Schiedsgericht in keiner Weise auf. Es wundert daher nicht, dass das Bundesgericht die Frage nach der direkten Anwendbarkeit von Art. 207 SchKG auf anhängige nationale oder internationale Schiedsverfahren mit Schiedsort in der Schweiz ausdrücklich offengelassen hat.[62] Angesichts der Bemerkungen des Bundesgerichts zum Stellenwert von Art. 207 SchKG und der Referenz auf BGE 141 III 382 erscheint es jedoch so, als wolle das Bundesgericht die Verbindlichkeit des ausländischen Schiedsspruchs davon abhängig machen, ob das Schiedsgericht den Gläubigern des Konkursverfahrens Gelegenheit gegeben hat, den Rechtsstreit zu beurteilen und ggf. zu übernehmen, und zwar in einer mit Art. 207 SchKG vergleichbaren Weise. Zwar hat es keine konkreten Ausführungen dazu gemacht, ob sich das Schiedsgericht *in casu* Art. 207 SchKG überhaupt «unterzogen» hatte. Zumindest gewissen Folgen des schweizerischen Konkursrechts hat das Schiedsgericht aber augenscheinlich Rechnung getragen, hat es doch dem Konkursgläubiger Parteistellung zugestanden und ihn somit infolge des Konkurses als Prozessstandschafter i.S.v. Art. 260 SchKG anerkannt. Ob und wie das Bundesgericht einen «Anwendungszwang» hinsichtlich Art. 207 SchKG sieht, bleibt insofern nicht restlos geklärt.

b) Anwendung des Art. 207 SchKG als Anerkennungsvoraussetzung?

Den genannten Kriterien zur Insolvenznähe scheint das Bundesgericht damit eine zusätzliche Anerkennungsvoraussetzung hinzuzufügen. Der vorliegende Entscheid könnte so gelesen werden, dass die Schiedsfähigkeit nach der Konkurseröffnung nur dann (weiter-)besteht, wenn sich das Schiedsgericht (zumindest sinngemäss) an Art. 207 SchKG hält. Das Bundesgericht bezieht sich explizit auf zwei frühere Entscheidungen im Bereich der staatlichen Gerichtsbarkeit, wonach ausländische Gerichtsurteile über Insolvenzforderungen Wirkungen für ein schweizerisches Konkursverfahren zeitigen können, wenn sich «das ausländische Gericht Art. 207 SchKG unterzieht».[63] Es geht konkret um zwei Entscheidungen aus der Swissair-Rechtsprechung des Bundesgerichts,[64] welche die Anerkennung von belgischen Urteilen verweigerten, die Forderungen gegen die in der Schweiz insolvente SAir gutgeheissen hatten. Die belgischen Urteile hatten der schweizerischen Insolvenz keine Beachtung geschenkt und insbesondere keine Vorkehren i.S.v. Art. 207 SchKG vorgenommen (was nicht weiter erstaunt, zumal diese Insolvenz in Belgien auch nicht zur Anerkennung gebracht worden war). Das Bundesgericht hatte trotzdem in beiden Fällen die Urteilsanerkennung verweigert, weil es sich um insolvenznahe Verfahren handle, welche ausserhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des LugÜ fallen. Die Nähe zur Insolvenz leitete es allein daraus ab, dass sich die Urteile gegen eine in der Schweiz insolvente Schuldnerin richteten. Im Ergebnis machte das Bundesgericht keinen Unterschied zwischen den Konstellationen, in welchen die Klage vor oder nach der Schweizer Insolvenzeröffnung eingereicht worden war.[65] Es wies jedoch *obiter* darauf hin, dass eine Anerkennung allenfalls möglich gewesen wäre, falls sich das belgische Gericht Art. 207 SchKG unterzogen hätte.[66] Dass dadurch allerdings die Qualifikation als «insolvenznahes Verfahren» stärker betont werden könnte (s. oben III.C.1.a.), wurde nicht bedacht. Ebenso wurde vom Bundesgericht nicht bedacht, dass für die Anerkennung ausländischer insolvenznaher Ver-

Die Entscheidung setzt einen positiven Kontrapunkt zur Swissair-Rechtsprechung, die wegen der verweigerten Anerkennung ausländischer Urteile zu kritisieren ist.

60 § 240 Satz 1 dZPO lautet: «Im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Insolvenzmasse betrifft, unterbrochen, bis es nach den für das Insolvenzverfahren geltenden Vorschriften aufgenommen oder das Insolvenzverfahren beendet wird» (in der Fassung vom 21.10.2005). Nach h.L. jedoch auf hängige Schiedsverfahren unanwendbar: Astrid Stadler, in: Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit (Hrsg.), ZPO, 18. A., München 2021, § 240 dZPO N 6 m.w.H.; Günter (FN 25), N 523.

61 Zur Rechtslage im US-amerikanischen und französischen Zivilprozessrecht Simon Vorburger, International Arbitration and Cross-Border Insolvency: Comparative Perspectives, Alphen aan den Rijn 2014, N 577 f. Eine entsprechende Regelung in institutionellen Schiedsordnungen ist indes nicht bekannt.

62 BGer, 5A_910/2019, E. 3.10. In früheren Entscheidungen hat das Bundesgericht zu Recht erwähnt, dass der schweizerische Art. 207 SchKG auf schweizerische Verfahren begrenzt ist: BGE 135 III 327 E. 3.3.1; 130 III 769 E. 3.2.3; vgl. auch KUKO SchKG-Stöckli/Possa (FN 22), Art. 207 N 10 f.

63 BGer, 5A_910/2019, E. 3.12.

64 BGE 140 III 320 und 141 III 382. Zu diesen Entscheidungen s. Markus (FN 18), AJP 2017, 287 ff.

65 Zu den beiden Entscheidungen s. Markus (FN 18), AJP 2017, 289 ff.

66 BGE 141 III 382 E. 5.6. Vielmehr hätten die belgischen Urteile nach LugÜ ohne Weiteres anerkannt werden müssen, da die zugrundeliegenden Verfahren eben *nicht* als insolvenznah zu beurteilen waren. Hierzu Markus (FN 18), AJP 2017, 296 ff.

fahren keinerlei gesetzliche Grundlage besteht, weder im LugÜ noch im (vormaligen und revidierten) IPRG.[67] Soweit also das Bundesgericht vorliegend dieses *obiter dictum* als Nachweis dafür heranzieht, dass ausländische Schiedssprüche auch nach Konkurseröffnung in der Schweiz anerkannt werden können,[68] ist die Argumentationsbasis schwach.

Für einen «Zwang» zur Anwendung des Art. 207 SchKG durch ausländische Schiedsgerichte besteht denn auch aus den oben bereits angesprochenen Gründen kein Raum (III.C.2.a.). Art. 207 SchKG müsste wohl dem (positiven) verfahrensrechtlichen *ordre public* angehören, um somit – allenfalls – unmittelbare Berücksichtigung im ausländischen Verfahren zu finden. Das wird in der Literatur jedoch bislang verneint.[69] Sollte es darum gehen, dass gewisse fundamentale Interessen gewahrt werden, welche in Art. 207 SchKG zum Ausdruck kommen, hat das Bundesgericht verpasst, diese konkret zu nennen. Immerhin betont es, dass «der Schutz der Gläubiger im Konkurs einer beklagten Partei gewährleistet bleiben» muss.[70] Zugleich sprechen Aspekte des rechtlichen Gehörs bzw. der Gleichbehandlung[71] sowie gegebenenfalls die Sicherstellung der Prozesskosten durchaus für eine Sistierung. Würde das Bundesgericht künftig darauf bestehen, dass ein Entscheid, der im vorliegenden Insolvenz-Dispositiv ergangen ist, nur dann anerkannt werden kann, wenn sich ein ausländisches (Schieds-)Gericht Art. 207 SchKG unterzieht,[72] so ginge das jedenfalls zu weit.[73] Eine solche Ansicht wäre mit der Begründung des vorliegenden Entscheids nur schwer kompatibel.

Es ist zu raten, in ausländischen Schiedsverfahren bei Konkurseintritt einer schweizerischen Partei die Sistierung in Erwägung zu ziehen.

Fraglich ist schliesslich auch, wie die Verweigerung der Anerkennung methodisch zu bewältigen wäre, falls das ausländische (Schieds-)Gericht Art. 207 SchKG *nicht* in entsprechender Weise Achtung geschenkt hat. Das kann ausserhalb des EU-Raums (welcher im Zeichen der Europäischen Insolvenzverordnung[74] steht) häufig vorkommen, zumal eine solche Rücksichtnahme des Prozessstaats auf das ausländische Konkursverfahrensstatut nur unter der Voraussetzung erfolgt, dass er die ausländische Insolvenz anerkennt. Jedenfalls ist nicht unmittelbar ersichtlich, wo im NYÜ ein solches Hindernis für die Anerkennung eines ausländischen Schiedsurteils seine Grundlage haben sollte. Welchem Anerkennungsversagungsgrund wäre die Nichtbeachtung der Schweizer Insolvenz zu subsumieren: Art. V Abs. 1 lit. b oder lit. c, Art. V Abs. 2 lit. a oder gar dem *ordre public*-Einwand aus Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ? Das staatsgerichtliche Anerkennungsrecht nach LugÜ und EuGVVO fordert eine einheitliche instrumentsautonome Qualifikation des Verfahrens als «insolvenznah» über die Staatsgrenzen hinaus. Im Gegensatz dazu lässt das NYÜ in Art. V Abs. 2 Raum für unterschiedliche Perspektiven des Sitzstaats und des Anerkennungsstaats. Die Einwände der objektiven Schiedsunfähigkeit oder des *ordre public* nach dieser Bestimmung fallen somit zumindest in Betracht, sogar wenn der Sitzstaat das Schiedsverfahren als insolvenzfern qualifizieren würde. Deren Anwendung im Fall, dass die Insolvenz erst *nach* Schiedshängigkeit eintritt, bliebe aber fragwürdig.

D. Fazit

Das Ergebnis der vorliegenden Entscheidung ist in den Augen der Autoren korrekt. Es setzt zudem einen positiven Kontrapunkt zur Swissair-Rechtsprechung, die wegen der verweigerten Anerkennung ausländischer Urteile zu kritisieren ist. Das ausländische Schiedsverfahren wird nicht dadurch zum insolvenznahen Verfahren, dass über den Beklagten während laufendem Verfahren der Konkurs eröffnet wird, sondern die objektive Schiedsfähigkeit bleibt bestehen. *Obiter* hat das

67 Markus (FN 18), AJP 2017, 295. Die grenzüberschreitende Anerkennung insolvenznaher Einzelurteile wäre heute nur möglich, wenn das IPRG entsprechend angepasst worden wäre (Alexander R. Markus, Revision des 11. Kapitels IPRG: Ausländische Zivilprozesse und Schweizer Insolvenz, in: Florence Guillaume/Ilaria Pretelli [Hrsg.], Les nouveautés en faillite transfrontalière et les banques et les assurance face aux tiers, Zürich 2016, 23 ff., 44 f.); vgl. dazu Rodrigo Rodriguez, Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, 295 ff., 312. Es zeigt sich im Übrigen ein weiteres Mal, dass es bedauerlich ist, dass die Schweiz nach wie vor nicht in das europäische Insolvenzsystem eingebunden ist.

68 BGer, 5A_910/2019, E. 3.13.

69 Bernet (FN 34), 19; Kaufmann-Kohler/Lévy (FN 36), 270; Sebastiano Nessi, Insolvency and Arbitration, in: Manuel Arroyo (Hrsg.), Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide, 2. A., Alphen aan den Rijn 2018, 2687 ff., N 71; Vorburger (FN 62), N 571 f. Differenzierend Günter (FN 25), N 528 und 538.

70 BGer, 5A_910/2019, E. 3.12.

71 Der nun prozessierenden Konkursverwaltung bzw. dem Abtretungsgläubiger nach Art. 260 SchKG muss hinreichend rechtliches Gehör gewährt werden; näher Günter (FN 25), N 538 und Vorburger (FN 61), N 578. Zurückhaltender Nessi (FN 69), N 73 f. («*[…] a stay of the proceedings should rather be the exception, i.e. it should be granted in exceptional circumstances only*»).

72 BGer, 5A_910/2019, E. 3.12.

73 Gl.M. Berger/Kellerhals (FN 30), N 1188; Bernet (FN 34), 19; Günter (FN 25), N 528; Vorburger (FN 61), N 573 und 577.

74 Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren.

Bundesgericht zudem festgestellt, dass ein erst nach Konkurseröffnung eingeleitetes Schiedsverfahren für das schweizerische Konkursverfahren nicht verbindlich wäre.

Zu kritisieren ist, dass das Bundesgericht im Fall des bereits hängigen Schiedsverfahrens im Unklaren gelassen hat, wie die von ihm eingeforderte (sinngemässe) Beachtung von Art. 207 SchKG durch das ausländische Schiedsgericht rechtsgenügend erfolgen soll und auf welcher Grundlage dies im Anerkennungsrecht zu berücksichtigen wäre. Als praktische Konsequenz ist zu raten, in ausländischen Schiedsverfahren bei Konkurseintritt einer schweizerischen Partei die Sistierung in Erwägung zu ziehen bzw. Stellungnahmen der Parteien einzuholen und die Rechtslage zu klären.

Anzeige

Christian Moser

Abwehrbeschlüsse der Generalversammlung

Über welche Kompetenzen verfügt die Generalversammlung der Zielgesellschaft im Übernahmekontext? Inwieweit kann sie das Zustandekommen öffentlicher Übernahmeangebote und das Gesellschaftsinteresse beeinflussen? Diese Dissertation liefert Antworten zu diversen aktien- und übernahmerechtlichen Fragen.

2021, 549 Seiten, broschiert
ISBN 978-3-03891-378-8
CHF 104.–

DIKE

www.dike.ch/3788