Wolters Kluwer

gespeichert: 08.10.2019, 11:46 Uhr

Quelle: https://research.wolterskluwer-online.de/document/85ed7375-2847-3bc9-a130-9d09598c0437

Zeitschrift	KTS - Zeitschrift für Insolvenzrecht
Autor	Prof. Dr. Michael Heese
Rubrik	Abhandlungen
Referenz	KTS 2017, 167 - 187 (Heft 2)
Verlag	Carl Heymanns Verlag

Heese, KTS 2017, 167
Insolvenzverfahren und Verfahrensautonomie

Rechtsvergleichende Überlegungen zur Fortwirkung von Schiedsvereinbarungen und zur Durchschlagskraft insolvenzrechtlicher Wertungen

Professor Dr. Michael Heese, LL.M. (Yale), Regensburg[*]

Inhaltsübersicht

I. Einführung
- 1. Insolvenz- und Schiedsverfahren im Konflikt
- 2. Überblick über den Stand der Diskussion

II. Ausgangsthese: Vorrang des Insolvenzrechts

III. Bindung an vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarungen
- 1. Bindung und abgeleitete Rechtsstellung
- 2. Bindung und originäre Rechtsstellung

IV. Feststellung streitiger Insolvenzforderungen im Schiedsverfahren?
- 1. Kanalisierte Rechtsdurchsetzung und kollektive Rechtserkenntnis
- 2. Bindung des Insolvenzverwalters und widersprechender Insolvenzgläubiger
- 3. Anreizarchitektur des Feststellungsstreits als Konfliktlage
- 4. Vorrang des Insolvenzrechts und New Yorker Übereinkommen

V. Zusammenfassung

1 I. Einführung

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

1.1 1. Insolvenz- und Schiedsverfahren im Konflikt

Das Insolvenzverfahren dient dem Ausgleich eines mehrseitigen Interessengegensatzes und es erhebt angesichts einer insuffizienten Verteilungsmasse den Anspruch, für Verteilungsgerechtigkeit zu sorgen. Unter dem Primat der gemeinschaftlichen Gläubigerbefriedigung beanspruchen vielseitige individuelle und öffentliche Interessen Geltung. Vor diesem Hintergrund versteht es sich, dass Anerkennung und Durchsetzung individueller Rechtsstellungen nicht ohne Konzessionen an die Interessen andere Beteiligter und an öffentliche Belange einhergehen. So wird die auf anteilige Befriedigung hinauslaufende Durchsetzung von Insolvenzforderungen etwa einem kollektiven Verfahren

unterstellt, das auch den konkurrierenden Gläubigern die effektive Beteiligung an der Rechtserkenntnis eröffnet[1]. Demgegenüber wird die Rechtsdurchsetzung im Wege des Schiedsverfahrens weitgehend vom Grundsatz der Parteiautonomie beherrscht[2]. Die Parteien vereinbaren die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts unter Ausschluss des ordentlichen Rechtswegs. Sie entscheiden insbesondere über dessen Besetzung, über die von diesem anzuwendende Verfahrensordnung und – in den Grenzen der allgemeinen Rechtswahlfreiheit[3] – über das von diesem anzuwendende Recht[4]. Das Schiedsverfahren als Verfahren im zweiseitigen Parteiinteresse erhebt konsequent das Interesse nur dieser Parteien zum entscheidenden Maßstab[5].

Insolvenzverfahren und Schiedsverfahren stehen offensichtlich miteinander im Konflikt[6]. Das erklärt vielleicht auch ein Stück weit die gegensätzlichen Perspektiven, die von einigen der im jeweiligen Rechtsgebiet tätigen Akteure eingenommen werden. Insolvenzverwalter begegnen dem Anspruch an die Fortgeltung von Schiedsvereinbarungen und an die Fortsetzung anhängiger Schiedsverfahren nicht selten mit Argwohn[7]. Aus der Perspektive der Insolvenzrechtswissenschaft scheint es bisweilen so, als stellte die Schiedsgerichtsbarkeit das Wertungsgefüge des Insolvenzrechts geradezu auf den Kopf[8]. Die Vertreter der Schiedsgerichtsbarkeit ihrerseits betrachten schon die materielle Insolvenz einer Partei aufgrund der möglichen Folgen für die Finanzierung eines anstehenden Verfahrens[9] als Störfaktor[10]. Das gilt erst recht für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, die den Eintritt eines Insolvenzverwalters in eine Schiedsvereinbarung und in ein laufendes Schiedsverfahren erzwingt[11]. Vor allem internationale Schiedsgerichte tun sich häufig schwer damit, dem Geltungsanspruch zwingenden nationalen Insolvenzrechts angemessen Rechnung zu tragen[12], wenn nicht andernfalls die Aufhebung des Schiedsspruchs im Inland oder doch wenigstens die Versagung der Anerkennung im gewünschten Vollstreckungsstaat droht[13]. Eine gewisse Ignoranz der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber dem Geltungsanspruch des Insolvenzrechts wird dann auch darin deutlich, dass die standardisierten Verfahrensregeln sowohl in der nationalen wie in der internationalen institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit – ungeachtet

der stetig zunehmenden praktischen Bedeutung der Konfliktlage – bis heute keine insolvenzspezifischen Regelungen enthalten[14].

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

1.2 2. Überblick über den Stand der Diskussion

Der Konflikt zwischen Insolvenz- und Schiedsverfahren wird im deutschen Recht traditionell mit zwei Fragen in Zusammenhang gebracht: mit derjenigen nach der Bindung des Insolvenzverwalters an vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarungen und mit derjenigen nach den Konsequenzen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für bereits anhängige Schiedsverfahren. Schon das *Reichsgericht* erklärte den Konkursverwalter an eine vom Gemeinschuldner vorinsolvenzlich geschlossene Schiedsvereinbarungen gebunden[15]. In der Entscheidung aus dem Jahr 1932 hatte der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung Streitigkeiten über den Bestand eines Rechts, das seinen Inhaber im späteren Konkursverfahren zur abgesonderten Befriedigung berechtigen würde, zum Gegenstand eines Schiedsvertrags gemacht. Der BGH hat sich dieser Grundlinie unter der Konkursordnung angeschlossen[16] und sie unter dem reformierten Insolvenzrecht mit Zustimmung der Literatur[17] fortgeführt[18]. Mit der Gegenansicht allein blieb *Häsemeyer*, der eine solche Bindung als im Widerspruch zur Verwirklichung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung rigoros ablehnt[19].

Eine vergleichbare Einigkeit wie bei der Bindungsfrage herrscht in der Diskussion um die Konsequenzen der Verfahrenseröffnung für ein bereits anhängiges Schiedsverfahren. Eine amtswegig zu beachtende Unterbrechung sieht das geltende Recht in § 240 ZPO ausdrücklich nur für ordentliche Zivilprozesse vor[20]. Während die Regelung ohne weiteres auch im schiedsrechtlichen Aufhebungs- und Exequaturverfahren (§§ 1059, 1060 ff. ZPO) Geltung beanspruchen soll[21], haben Reichsgericht[22] und BGH[23] die entsprechende Anwendung der Norm auf das Schiedsverfahren abgelehnt und dem Schiedsgericht im Grundsatz lediglich den Parteieintritt des Insolvenzverwalters, die

Gewährung rechtlichen Gehörs und damit eine zeitlich überschaubare faktische Verfahrensunterbrechung geboten[24]. In der Literatur wird auch diese Weichenstellung nur vereinzelt in Frage gestellt[25], obwohl gerade diejenigen ausländischen Rechtsordnungen, die zu den wesentlichen internationalen Schiedsplätzen zählen, traditionell den gegenteiligen Weg gehen: In Frankreich gehört das Schiedsverfahren im weiteren Sinne zu den gerichtlichen Klagen (*action de justice*), die mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochen werden[26]. In den USA werden anhängige Schiedsverfahren von der umfassenden Wirkung des *automatic stay* erfasst (11 U.S.C. § 362)[27]. Entsprechendes gilt unter dem Insolvenzrecht des Vereinigten Königreichs[28]. Während gewöhnliche Zivilverfahren über Aussonderungs-, Absonderungs- und Masseforderungen in Deutschland also mit der Verfahrenseröffnung unterbrochen werden, ändert sich für inhaltsgleiche Schiedsverfahren hierzulande im Grunde nichts, sieht man von dem unumgänglichen Parteiwechsel einmal ab. Eine gewisse Trendwende könnte allerdings darin liegen, dass der BGH für das Schiedsverfahren neuerdings berücksichtigt wissen will, dass das Insolvenzrecht die Durchsetzung von Insolvenzforderungen weitergehend kanalisiert und der gewöhnliche Zivilprozess durch ein vereinfachtes kollektives Feststellungsverfahren verdrängt wird. Aus diesem Grund soll ein Schiedsverfahren über eine Insolvenzforderung nunmehr doch zu unterbrechen sein. Auf diese Entwicklung ist zurückzukommen[29].

Die Fragen nach der Bindung des Verwalters an eine mit dem Schuldner geschlossene Schiedsvereinbarung und nach deren Reichweite stehen im Zentrum, denn beides ist die Grundlage für ein Nebeneinander von Schieds- und Insolvenzverfahren. Die Tragweite der von der Rechtsprechung angenommenen Bindungswirkung wird dabei erst vollends sichtbar, wenn man sich klarmacht, dass die objektive Schiedsfähigkeit auch im Insolvenzfall traditionell nach der Grundregel des § 1030 Abs. 1 ZPO beurteilt wird[30]. Schiedsfähig sind hiernach

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

alle vermögensrechtlichen Ansprüche[31], mithin gerade solche, um die sich das Insolvenzverfahren dreht (vgl. § 38 InsO). Überlegungen dahin, die Schiedsfähigkeit infolge konkreter Konfliktlagen zwischen

Regelungen der Insolvenzordnung und der Verfahrensautonomie zu beschränken, sind international verbreitet, werden hierzulande aber wiederum kaum angestellt.

2 II. Ausgangsthese: Vorrang des Insolvenzrechts

Der Argwohn, der der Schiedsgerichtsbarkeit im Anwendungsbereich des Insolvenzrechts bisweilen entgegenschlägt, ist sicherlich auch einer viel beschriebenen *hostility towards arbitration* geschuldet[32]. Dieser teils auf diffusen Vorbehalten gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit beruhenden Grundhaltung sind das Modellgesetz der Vereinten Nationen[33] und die modernen nationalen Kodifikationen bekanntlich mit einer betont liberalen Haltung entgegengetreten[34]. Von einer allgemeinen Unvereinbarkeit von Insolvenz- und Schiedsverfahren kann dann tatsächlich auch keine Rede sein. Umgekehrt ist in allen modernen Rechtsordnungen anerkannt, dass dem Insolvenzrecht in konkreten Konfliktfällen tendenziell der Vorrang vor der Parteiautonomie des Schiedsverfahrens gebührt[35].

Vorrang des Insolvenzrechts bedeutet zunächst, dass die im Wege einer Schiedsvereinbarung begründete Rechtsstellung im Insolvenzverfahren keine Privilegien genießt. Das Insolvenzrecht stellt zur Durchsetzung der von ihm geschützten Interessen einige allgemeine Instrumente bereit, mittels dessen eine vorinsolvenzlich begründete Rechtsstellung beseitigt oder verändert werden kann. Das Schiedsverfahrensrecht ist von den Wirkungen dieser Instrumente dementsprechend nicht befreit. Schiedsvereinbarungen unterliegen daher etwa der Insolvenzanfechtung[36] und wohl auch der bisher wenig beachteten Möglichkeit der Aufhebung im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens[37]. Besonders hinzuweisen ist auf das Recht zur Kündigung der Schiedsvereinbarung aus wichtigem Grund analog § 314 BGB, das nach verbreiteter Ansicht der Partei einer Schiedsvereinbarung zusteht, die den Kostenvorschuss an das Schiedsgericht

nicht aufzubringen im Stande ist[38]. Hierbei handelt es sich zwar nicht um ein *genuin* insolvenzrechtliches Lösungsrecht. Es hat aber naturgemäß im Insolvenzfall seine wesentliche praktische Bedeutung.

Vorrang des Insolvenzrechts bedeutet weiter, dass *spezifische* Konfliktlagen, die sich aus dem Aufeinandertreffen beider Verfahren ergeben, im Zweifel im Sinne der insolvenzrechtlich geschützten vielseitigen Interessen aufzulösen sind. Für diese Auflösung stehen die allgemeinen Instrumente zur Verfügung, mit deren Hilfe der Geltungsanspruch zwingenden (nationalen) Rechts in der Schiedsgerichtsbarkeit verwirklicht wird: der Ausschluss der Schiedsfähigkeit und die Kontrolle der Beachtung zwingenden Rechts im Wege des *ordre public*-Vorbehalts[39]. Das geltende U.S.-amerikanische Recht geht in den Fällen spezifischer Konfliktlagen wohl am weitesten. Im Lichte des *Federal Arbitration Act* zählen die USA zwar zu den besonders schlichtungsfreundlichen Rechtsordnungen[40]. Gleichwohl versagen U.S.-Gerichte vorinsolvenzlichen Schiedsvereinbarungen in nicht unerheblichem Umfang ihre Wirksamkeit. Das ist auch dem Konflikt mit der im

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht geltenden Zuständigkeitskonzentration beim Insolvenzgericht geschuldet[41]. Das deutsche Insolvenzrecht selbst verwirklicht die *vis attractiva concursus* freilich nicht[42]. Der Vollzug vorinsolvenzlicher Schiedsvereinbarungen wird in den USA allerdings auch dort verweigert, wo diese den allseitigen Interessenausgleich zu torpedieren drohen, den spezifisches Insolvenzrecht ermöglichen will. So wurde etwa die Durchsetzung einer Schiedsklausel zwischen dem Insolvenzschuldner und dessen Haftpflichtversicherung verweigert, um den Zweck eines spezifischen Planverfahrens zur Bewältigung der Haftung der Asbest-Industrie zu sichern[43]. Besonders weit ging der *Court of Appeals for the 4th Circuit*, der die Weigerung des Vollzugs einer Schiedsvereinbarung durch die Vorinstanz mit der Begründung akzeptierte, dass die Durchführung des Schiedsverfahrens in London im konkreten Fall die Sanierungsbemühungen des Schuldners ernsthaft gefährden würde, unter anderem weil Investoren abgeschreckt, das Vertrauen der Gläubiger untergraben und die Insolvenzmasse mit zusätzlichen Kosten belastet würde[44]. Auch für das deutsche Recht liegt es entgegen der hierzulande vorherrschenden Auffassung nahe, in spezifischen Konfliktlagen den Vorrang des Insolvenz-

rechts gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit zu behaupten. Ungeachtet dessen bedarf der Konflikt zwischen Insolvenz- und Schiedsverfahren einer differenzierten Auflösung.

Im ersten Schritt soll daher die Bindungswirkung vorinsolvenzlicher Schiedsvereinbarungen näher betrachtet werden (III). Tatsächlich ist die deutsche Rechtslage schon insoweit nicht so schiedsfreundlich, wie es den Anschein haben mag. Denn die Bindung des Verwalters endet dort, wo es um seine originär im Insolvenzverfahren entstehende Rechtstellung geht. Zu diesen Fällen zählt die jüngere Rechtsprechung neben der Insolvenzanfechtung auch das Verwalterwahlrecht im Zusammenhang mit bei Verfahrenseröffnung schwebenden Verträgen, was grundsätzliche Kritik herausfordert. Im zweiten Schritt soll mit der Frage nach der Feststellung bestrittener Insolvenzforderungen im Wege des Schiedsverfahrens exemplarisch eine spezifische Konfliktlage herausgegriffen werden (IV). Rechtsprechung und Literatur halten das Schiedsverfahren in diesen Fällen für zulässig. Die besseren Gründe sprechen aber gerade für eine einschränkende Auslegung von § 1030 Abs. 1 ZPO.

Bei alledem ist es angezeigt, den schon begonnenen Blick über den Tellerrand der deutschen Rechtsordnung auszuweiten. Das bietet sich nicht nur an, weil sowohl der grundsätzliche Konflikt zwischen Insolvenz- und Schiedsverfahren als auch zahlreiche spezifische Konfliktlagen in allen westlichen Rechtsordnungen begegnen. Entscheidend ist, dass sich der Vorrang des Insolvenzrechts gegenüber der *internationalen* Schiedsgerichtsbarkeit auch praktisch besser verwirklichen lässt, wenn die *nationalen* Rechtsordnungen den Konflikt beider Rechtsgebiete im Wesentlichen einheitlich auflösen. Nationale Alleingänge erscheinen vor diesem Hintergrund durchaus problematisch. Ein anschauliches Beispiel hierfür lieferte die Insolvenz des polnischen Unternehmens *Elektrim*, die die Bedeutung der Wahl des Schiedsorts in Erinnerung gerufen und letztlich zu einer erneuten Liberalisierung nationaler Rechtsordnungen beigetragen hat[45].

3 III. Bindung an vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarungen

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

3.1 1. Bindung und abgeleitete Rechtsstellung

3.1.1 a) Dogmatik des deutschen Insolvenzrechts

Die Rechtsprechung geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass der Insolvenzverwalter an eine vorinsolvenzlich getroffene Schiedsvereinbarung gebunden ist, weil dieser – in den Worten des Reichsgerichts – »grundsätzlich die Rechtslage hinnehmen muß, die bei Eröffnung des Verfahrens besteht«[46]. Dementsprechend macht es zunächst einmal keinen Unterschied, ob die der Schiedsvereinbarung zugrunde liegende Rechtsstellung im Fall der Verfahrenseröffnung als Insolvenzforderung[47], als

Absonderungsrecht[48] oder als Aussonderungsrecht[49] zu qualifizieren ist oder ob es umgekehrt um eine Forderung des Insolvenzschuldners geht, die der Insolvenzverwalter nunmehr zur Insolvenzmasse einzuziehen hat[50]. Im Ausgangspunkt stellt sich die Rechtslage daher nicht anders dar als in den Fällen der Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge, in denen die Bindung des Rechtsnachfolgers an die zwischen den ursprünglichen Parteien geschlossene Schiedsvereinbarung im Ergebnis anerkannt ist[51]. Der Umfang der Bindung des Insolvenzverwalters geht freilich nicht über die bisherige Bindung des Insolvenzschuldners hinaus. Es bedarf daher keiner weiteren Ausführung, dass der Auslegung der Schiedsvereinbarung auch hier entscheidende Bedeutung zukommt[52].

Freilich ist der Insolvenzverwalter nicht Rechtsnachfolger des Insolvenzschuldners[53]. Die Begründung für die grundsätzliche Bindungserstreckung kommt dennoch ohne den Rückgriff auf die sogenannten Insolvenzverwaltertheorien aus, die grundlegender zur Beschreibung der Rechtsstellung des Verwalters angeboten werden[54]. Hinreichende Klarheit verschafft schon das Gesetz. Die Insolvenzordnung sieht wegen des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens den Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter vor (§ 80 Abs. 1 InsO). Dies ist zugleich die Grundlage für eine Bindung des Verwalters an die vom Schuldner geschlossenen Verträge und zwar unabhängig davon, ob sich die vertragliche Disposition gegenständlich in der Insolvenzmasse niedergeschlagen hat. Das muss betont werden, wird dieser Grundsatz doch in der jüngeren deutschen Literatur im Hinblick auf Prozessverträge in Zweifel gezogen[55].

Die Bindung an Verträge des Schuldners wird allgemein und letztlich auch im Hinblick auf Prozessverträge stillschweigend vorausgesetzt und lediglich bereichsspezifisch in den §§ 103 ff., 129 ff. InsO korrigiert. Dies geschieht teilweise kraft Gesetzes, wie im Hinblick auf Aufträge und Geschäftsbesorgungsverträge, die mit der Verfah-

renseröffnung ohne weiteres ihre Wirksamkeit verlieren (§§ 115, 116 InsO). Andere Korrekturen erfolgen durch in das pflichtgemäße Ermessen des Verwalters gestellte Rechte, wie die Anfechtung nachteiliger Rechtshandlungen und das Wahlrecht im Zusammenhang mit der Erfüllung bestimmter Rechtsgeschäfte (§ 103 InsO). Dieses Verwalterwahlrecht, mit dem sich die Bindung an die Schiedsvereinbarung leichter Hand beseitigen ließe, findet auf vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarungen nach heute[56] allgemeiner Ansicht aber

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

gerade keine (unmittelbare) Anwendung, denn es ist seiner historischen Genese nach auf materiell-rechtliche Rechtsgeschäfte zugeschnitten, die einen Leistungsaustausch zum Gegenstand haben[57].

3.1.2 b) Gleichlauf in ausländischen Rechtsordnungen

Die beschriebene deutsche Systematik findet sich ganz vergleichbar in ausländischen Insolvenzrechtsordnungen[58]. Zur Vermeidung einer grundsätzlichen Bindung des Insolvenzverwalters bedürfte es daher hier wie dort einer besonderen Regelung, die vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarungen infolge der Verfahrenseröffnung und jedenfalls für die Dauer des Insolvenzverfahrens für wirkungslos erklärt[59]. Eine solche kannten das frühere Insolvenzrecht Spaniens[60] und Polens[61], wobei der rigorose Umgang mit Schiedsklauseln im polnischen Insolvenzrecht im Zuge der Insolvenz des Unternehmens *Elektrim* europaweit für einiges Aufsehen gesorgt hat[62]: *Elektrim* war eine Aktiengesellschaft polnischen Rechts, die sowohl in Genf wie auch in London in zwei voneinander unabhängige Schiedsverfahren verstrickt war, als über ihr Vermögen in Polen ein Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Art. 142 des früheren polnischen Insolvenzgesetzes bestimmte, dass Schiedsvereinbarungen mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ihre Wirksamkeit verlieren und anhängige Schiedsverfahren zu beenden sind. Im Zuge der Kontrolle der in den jeweiligen Schiedsverfahren ergangenen Entscheidungen durch die jeweilige staatliche Gerichtsbarkeit kam der englische *High Court* – unter der anwendbaren EuInsVO – zu dem Ergebnis, dass das Schicksal des Schiedsverfahrens nicht vom polnischen Recht bestimmt wird. Die aus der Perspektive der Schiedsgerichtsbarkeit fatale Regelung des Art. 142 stellte den Schiedsspruch daher

nicht in Frage[63]. Demgegenüber befand das *Schweizer Bundesgericht* auf der Grundlage des autonomen Kollisionsrechts der Schweiz im Ergebnis gegenteilig[64].

Die vielerorts besprochenen internationalen Anknüpfungen im Konflikt zwischen Insolvenzrecht und Schiedsverfahren im Allgemein oder für den Insolvenzfall *Elektrim* im Besonderen sollen nicht erneut ausgebreitet werden[65]. Entscheidend ist vielmehr, dass sich an diesem internationalen Insolvenzfall gezeigt hat, dass ein grundsätzlich unterschiedlicher Umgang mit dem Konflikt zwischen zwingendem Insolvenzrecht und Schiedsverfahren das Vertrauen im internationalen Handelsverkehr erheblich strapaziert. Die im Insolvenzfall *Elektrim* zu Tage getretene Konfliktlage gehört inzwischen glücklicherweise zur Rechtsgeschichte, denn sowohl die Insolvenzgesetze in Spanien wie auch in Polen erkennen die Bindung des Insolvenzverwalters an vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarungen nach grundlegenden Reformen nunmehr an[66]. Im kontinentaleuropäischen und im angloamerikanischen Rechtskreis besteht heute in dieser Grundfrage damit *cum grano salis*[67] Einigkeit[68].

3.2 2. Bindung und originäre Rechtsstellung

3.2.1 a) Insolvenzanfechtung

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Die Bindung des Verwalters steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass der spätere Insolvenzschuldner über die im Schiedsverfahren betroffene Rechtsstellung selbst seiner Zeit wirksam disponieren konnte. Vor dem Hintergrund der erforderlichen Abschlusskompetenz als Grundbedingung einer gegenständlich wirksamen Schiedsvereinbarung[69] entfaltet eine vorinsolvenzliche Vereinbarung von vorne herein keine Wirkungen, soweit es um die Rechtsstellung geht, die der Insolvenzverwalter erst originär aufgrund der Insolvenzordnung erwirbt[70]. Das gilt

nach nahezu[71] unbestrittener Ansicht für die Rechtsstellung aufgrund Insolvenzanfechtung. Der an eine Schiedsvereinbarung gebundene Insolvenzverwalter muss sich in Ansehung des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs (§ 143 InsO) daher nicht an die Schiedsgerichtsbarkeit verweisen lassen[72]. Die fehlende Kompetenz der Schiedsgerichtsbarkeit für Ansprüche aus Insolvenzanfechtung schließt es umgekehrt auch aus, dass sich der Insolvenzverwalter in einem Schiedsverfahren, das etwa zur Durchsetzung eines Absonderungsrechts geführt wird, im Wege der Schiedswiderklage oder schlicht einredeweise auf einen anfechtbaren Rechtserwerb berufen kann[73]. Haben die Parteien die originäre Rechtsstellung des Insolvenzverwalters nicht – ggf. mit Zustimmung des Gläubigerausschusses bzw. der Gläubigerversammlung (§ 160 Abs. 3 Nr. 3 InsO)[74] – zum Gegenstand einer nachinsolvenzlichen Schiedsvereinbarung gemacht, bleibt dem Verwalter daher nur der ordentliche Rechtsweg[75]. Auch diese grundlegende Weichenstellung wird in anderen Rechtsordnungen geteilt[76]. Unter dem U.S.-amerikanischen Recht besteht etwa lediglich die Besonderheit, dass das Anfechtungsrecht nicht in allen Fällen originär in der Person des Insolvenzverwalters entsteht, sondern dass es sich auch um eine Rechtsstellung der ungesicherten Gläubiger handeln kann, die aus einzelstaatlichen *Fraudulent Conveyances Acts* folgt und die im Insolvenzverfahren kraft Bundesrechts vom Insolvenzverwalter ausgeübt wird, 11 U.S.C. § 544(b)[77].

3.2.2 b) Verwalterwahlrecht?

Neben der Insolvenzanfechtung ordnet der BGH neuerdings auch das Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters als ein nicht von einer vorinsolvenzlichen Schiedsverein-

barung erfasstes originäres Verfahrensrecht ein. Nach § 103 InsO ist der Verwalter berechtigt, sich für oder gegen die weitere Abwicklung bestimmter gegenseitiger Verträge zu entscheiden, die zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens weder vom Schuldner noch vom anderen Teil vollständig erfüllt worden sind. Welche gegenseitigen Verträge in den Anwendungsbereich der Regelung fallen, ist nicht immer frei von Zweifeln. So lag es auch im Fall des BGH. Die der Entscheidung zugrunde liegende Schiedsklage war gerichtet auf Feststellung, dass die mit dem Insolvenzschuldner in einem Lizenzvertrag vorinsolvenzlich ausbedungenen Nutzungsrechte ungeachtet der erklärten Erfüllungsablehnung durch den Verwalter fortbestehen. Der BGH erklärte in diesem Zusammenhang, dass ein Schiedsverfahren auf der Grundlage einer vorinsolvenzlichen Schiedsvereinbarung immer dann unzulässig ist, wenn die »im Schiedsverfahren geltend gemachten Feststellungs- und Verpflichtungsanträge unmittelbar oder als entscheidungserhebliche Vorfrage das Recht des Antragsstellers nach § 103 InsO betreffen«[78].

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Die Entscheidung, die in der Literatur durchweg auf Zustimmung gestoßen ist[79], ist tatsächlich fragwürdig. Denn wenn man den BGH beim Wort nimmt[80], wären Rechtsstreitigkeiten um die Abwicklung schwebender Rechtsgeschäfte praktisch umfassend der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen. Denn hiernach wäre das Schiedsgericht nicht nur unzuständig, wenn die Parteien, wie im Fall des BGH, über den Anwendungsbereich des § 103 InsO streiten, weil nur eine der Parteien meint, der jeweilige Vertrag unterfalle dem Verwalterwahlrecht[81]. Das Schiedsgericht wäre auf der Grundlage der weiten Formel des BGH überdies unzuständig für sämtliche Ansprüche infolge der Erfüllungswahl und zwar sowohl für Ansprüche nach gewählter Erfüllung wie auch nach Erfüllungsablehnung, denn das Erfüllungswahlrecht ist in beiden Fällen technisch gesehen »entscheidungserhebliche Vorfrage«. Die Erfüllungsablehnung des Insolvenzverwalters *beseitigt* den Erfüllungsanspruch und *begründet* in der Person des Gläubigers typischerweise einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wobei der Gläubiger mit diesem Anspruch nur Insolvenzgläubiger ist (§ 103 Abs. 2 InsO) und insoweit lediglich eine feststellende Verurteilung in Betracht kommt[82]. Die Erfüllungswahl dagegen *beseitigt* das mit Verfahrenseröffnung bestehende Durchsetzungshindernis und *qualifiziert* den Erfüllungsanspruch des Gläubigers zur Masseforderung (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Nur dann kommt auch eine Verurteilung zur Leistung in Betracht[83].

Das *obiter dictum* des BGH lässt sich schlecht damit vereinbaren, dass Hauptvertrag und Schiedsvereinbarung im Allgemeinen voneinander unabhängig sind[84] und dementsprechend auch die Ablehnung der Erfüllung eines gegenseitigen Vertrags die zu diesem Vertrag gehörende Schiedsvereinbarung in ihrer Wirksamkeit unberührt lässt. Das entspricht auch dem verbreiteten Verständnis in ausländischen Insolvenzrechtsordnungen[85]. U.S.-amerikanische Gerichte stellten etwa mehrfach die Fortgeltung von Schiedsvereinbarungen nach Erfüllungsablehnung ausdrücklich fest[86]. In einer Entscheidung des *United States Bankruptcy Court for the District of Delaware* wird das besonders anschaulich, wenn das Gericht ausführt, dass der gegenteilige Schluss den Insolvenzverwalter geradezu herausfordern würde, sich der Bindung an eine Schiedsvereinbarung durch Erfüllungsablehnung des zugehörigen Vertrags zu entziehen[87]. Auf dieser Grundlage ist folgerichtig noch kein U.S.-amerikanisches Gericht auf die Idee gekommen, das Schiedsverfahren im zweiten Atemzug doch noch in Frage zu stellen, weil sich das Schiedsgericht dann inzidenter mit der Erfüllungsablehnung als originäres Verwalterrecht zu befassen hätte. Aus internationaler Perspektive fällt das so verstandene *dictum* des BGH damit gleichsam aus dem Rahmen[88].

Der vom BGH gezogene Vergleich mit der Rechtslage bei der Insolvenzanfechtung ist tatsächlich allenfalls auf den ersten Blick überzeugend[89]. Bei dieser handelt es sich um eine Rechtsstellung, der ein originärer *Anspruch* entspringt, der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch. Das Verwalterwahlrecht aus § 103 InsO ist demgegenüber ein insolvenzspezifisches Recht, dass lediglich die Umgestaltung und Umqualifizierung der vom Schuldner *abgeleiteten* Rechtstellung erlaubt. Für die Annahme einer *insgesamt* originären Rechtsstellung des Verwalters, auf diesem Standpunkt stehen offenbar auch U.S.-amerikanische Gerichte[90], müsste das nicht zwingend ausreichen[91].

In Wahrheit dürfte die Entscheidung des BGH von einem gehörigen Misstrauen gegenüber der Schiedsgerichtsbarkeit getragen sein[92]. Sie steht in klarem Widerspruch zu dem Grundsatz, dass die Anwendung zwingenden Wirtschaftsrechts auf einen Streitfall allein nicht zum Anlass genommen werden kann, ihn der Schiedsgerichtsbarkeit zu entziehen[93]. Der III. Senat konnte die gesetzmäßige Anwendung des gem. § 119 InsO nicht dispositiven Verwalterwahlrechts durch die Schiedsgerichtsbarkeit auf dieser Grundlage

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

nicht gewährleisten, da er selbst bereits ausgesprochen hatte, dass die Regelung nicht zum *ordre public* zu rechnen ist[94]. Vor diesem Hintergrund wirkt die vom BGH postulierte Einschränkung der Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung geradezu künstlich und systemwidrig. Freilich ist nicht auszuschließen, dass der BGH die Konsequenzen seiner weiten Formel nicht voll zu Ende gedacht hat und diese bei nächster Gelegenheit dahin zurücknimmt, dass jedenfalls Ansprüche nach Erfüllungs*wahl* doch der vom Schuldner abgeleiteten Rechtsstellung zuzurechnen sind[95]. Wenn es dem BGH im Kern darum geht, das Verwalterwahlrecht als einen zentralen Mechanismus der Masseanreicherung vor Eingriffen durch die Schiedsgerichtsbarkeit zu schützen, dann ist eine schiedsfeindliche Grundhaltung jedenfalls in dieser Konstellation nicht unbedingt angezeigt.

Das geltende Recht des Vereinigten Königreichs zeigt im Übrigen einen interessanten Weg auf, über den sich die dargestellte Härte der BGH-Rechtsprechung in gleicher Weise vermeiden ließe, ohne das Verwalterwahlrecht vollends der unkontrollierten Anwendung durch Schiedsgerichte preis zu geben. Auch dort gilt im Allgemeinen, dass die Schiedsvereinbarung und der zugrundeliegende Vertrag voneinander unabhängig sind (s. 7 Arbitration Act 1996). In Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen wird aber im Hinblick auf das Verwalterwahlrecht davon eine Ausnahme gemacht. Lehnt der Verwalter die Erfüllung des zugehörigen Vertrags ab[96], ist die vorinsolvenzliche Schiedsklausel nicht mehr durchsetzbar, es sei denn, der Insolvenzverwalter (mit Zustimmung des Gläubigerausschusses) oder die jeweils andere Partei der Schiedsvereinbarung beantragen die Verweisung der konkreten Streitsache an die Schiedsgerichtsbarkeit (s. 349A(3) Insolvency Act 1986). Die Entscheidung liegt dann im Ermessen des Insolvenzgerichts, wobei die ermessensleitenden Erwägungen offenbar noch der Konkretisierung durch die Rechtsprechung harren.

Das Recht des Vereinigten Königreichs ist allerdings erkennbar nicht von der Sorge getragen, dass das Verwalterwahlrecht als originäres Verfahrensrecht in die Entscheidungszuständigkeit des Schiedsgerichts fallen könnte, denn im Falle der Erfüllungswahl bleibt die Schiedsklausel ohne weiteres durchsetzbar (s. 349A(2) Insolvency Act 1986)[97]. Der Verwalter soll offenbar den Nutzen des Vertrags für die Insolvenzmasse insgesamt, d.h. unter Einschluss der sich aus der Schiedsklausel ergebenden Konsequenzen, beurteilen können. Der deutsche Gesetzgeber könnte diese wertungsmäßig vernünftige Regelung im Wesentlichen übernehmen. Sie entspricht vollauf der *ratio* des § 103 InsO, die

nach heute überwiegendem Verständnis im Kern den Schutz der Insolvenzmasse vor wirtschaftlich nachteiligen schwebenden Rechtsgeschäften bezweckt[98]. Auch die empfehlenswerte Hinwendung des deutschen Gesetzgebers zur Rechtslage im Vereinigten Königreich hätte daher zur Folge, dass das Schiedsgericht auf der Grundlage einer vorinsolvenzlichen Schiedsvereinbarung für Ansprüche nach Erfüllungswahl zuständig bleibt.

4 IV. Feststellung streitiger Insolvenzforderungen im Schiedsverfahren?

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

4.1 1. Kanalisierte Rechtsdurchsetzung und kollektive Rechtserkenntnis

Ungeachtet der Bindung des Verwalters an eine vorinsolvenzlich geschlossene Schiedsvereinbarung stellt sich allerdings die Frage, ob ein Schiedsverfahren über eine Forderung, die im Insolvenzverfahren als Insolvenzforderung zu qualifizieren ist, überhaupt in Betracht kommt. Bekanntlich wird die Durchsetzung von Insolvenzforderungen zur Gewährleistung von Gläubigergleichbehandlung im Zuge der Verfahrenseröffnung kanalisiert. Diese Kanalisierung findet grundlegenden Ausdruck in der Beschränkung der Rechtsdurchsetzung auf das Insolvenzverfahren (§ 87 InsO) und im Einzelnen im Erfordernis der Anmeldung zur Aufnahme in die Insolvenztabelle (§ 174 InsO), in der kollektiven Rechtserkenntnis im Rahmen des Prüfungstermins (§ 176 InsO) und schließlich in der Verteilung vorhandener Barmittel nach Maßgabe der quotalen Berechtigung (§§ 187 ff. InsO). Der Prüfungstermin dient der vereinfachten Klärung der materiellen Rechtslage. Insolvenzforderungen, die nach Grund und Betrag unbestritten bleiben, gelten hiernach ohne Erkenntnisverfahren als rechtskräftig festgestellt (§ 178 Abs. 2 InsO). Diese vereinfachte Rechtserkenntnis zieht ihre innere Berechtigung aus dem Umstand, dass auch jeder konkurrierende Gläubiger beteiligt wird und der Feststellung widersprechen und auf diesem Wege die gerichtliche Rechtserkenntnis doch noch erzwingen kann (§ 179 Abs. 1 InsO)[99].

Schon auf den ersten Blick ist fragwürdig, wie sich die Zulassung eines Schiedsverfahrens mit dieser Kanalisierung der Rechtsdurchsetzung vertragen könnte. Daher mag verblüffen, dass der BGH[100] und die überwiegende Lehrmeinung[101] auf der Grundlage der allgemeinen Bindungswirkung ohne Weiteres davon ausgehen, dass auch Insolvenzforderungen Grundlage eines Schiedsverfahrens sein können. Allerdings hat der BGH diesen Standpunkt vor wenigen Jahren bedeutsam eingeschränkt. Ein über eine Insolvenzforderung anhängiges Schiedsverfahren müsse unterbrochen und dürfe erst weiter

betrieben werden, nachdem die Forderung im Insolvenzverfahren angemeldet *und* das insolvenzrechtliche Prüfungsverfahren durchgeführt wurde[102]. Grundlage dieser Unterbrechung sei nicht § 240 ZPO analog, sondern die in den beschriebenen Regelungen zum Ausdruck kommende Gläubigergleichbehandlung. Ein Schiedsgericht dürfte diese Maßgabe kaum bewusst übergehen[103], denn ein Schiedsspruch, der ohne vorherige Anmeldung der Forderung zur Insolvenztabelle und vor Durchführung des kollektiven Feststellungsverfahrens ergeht, verletzt nach Ansicht des BGH den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, wie er in der Insolvenzordnung Ausdruck gefunden hat, und widerspricht jedenfalls dem nationalen *ordre public*[104].

Dieser Rechtsprechung ist schon deshalb zu folgen, weil ein Schiedsverfahren aus Gründen der Verfahrensökonomie keinen Sinn mehr macht, wenn es im Insolvenzverfahren zur vereinfachten Feststellung kommt[105]. Dennoch berücksichtigt der BGH den Vorrang des Insolvenzrechts damit noch längst nicht ausreichend. Denn hiernach bleibt ein Rechtsstreit um die Feststellung einer im Prüfungstermin streitig gebliebenen Insolvenzforderung im Grundsatz schiedsfähig. Der Insolvenzgläubiger kann die Feststellung des Bestehens der angemeldeten Forderung nach Abschluss des Prüfungstermins im Schiedsverfahren mithin erzwingen; ein bereits anhängiges und unterbrochenes Schiedsverfahren wird fortgeführt.

In ausländischen Rechtsordnungen wird die Frage, ob der insolvenzrechtliche Feststellungsstreit vor einem Schiedsgericht geführt werden kann, nicht einheitlich beurteilt[106]. Die Ablehnung der Schiedsfähigkeit dient typischerweise der Sicherung der in Deutschland gerade nicht angeordneten Verfahrensattraktion[107]. Gleichwohl sprechen aber auch unter dem deutschen Insolvenzrecht nicht weniger gewichtige Gründe dafür, die

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Entscheidung über Insolvenzforderungen der Schiedsgerichtsbarkeit insgesamt zu entziehen.

4.2 2. Bindung des Insolvenzverwalters und widersprechender Insolvenzgläubiger

In der deutschen Literatur werden Bedenken gegenüber der Feststellung von Insolvenzforderungen im Wege des Schiedsverfahrens durchaus erhoben. Soweit das der Fall ist, wird allerdings schon die umfassend alle potenziellen Beteiligten des Feststellungsstreits treffende Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung bestritten. Wie

ausgeführt ist nicht nur der an die Schiedsvereinbarung gebundene Verwalter zum Widerspruch gegenüber einer angemeldeten Forderung berechtigt, sondern auch jeder konkurrierende Insolvenzgläubiger (§ 178 Abs. 1 InsO). Der Feststellungsstreit ist sodann mit dem Widersprechenden zu führen, der, wenn es sich um einen anderen Insolvenzgläubiger handelt, nach verbreiteter Ansicht nicht Partei der Schiedsvereinbarung ist und damit an diese auch nicht gebunden sei[108]. Dabei wird allerdings übersehen, dass auch die Rechtsstellung des Insolvenzgläubigers eine vom Schuldner *abgeleitete* Rechtsstellung ist. Als gewissermaßen prozessualer Sonderrechtsnachfolger im Feststellungsverfahren muss auch ein Mitgläubiger die Rechtslage so hinnehmen, wie er sie beim Insolvenzschuldner vorfindet. Er ist daher an die Schiedsvereinbarung in gleicher Weise gebunden, wie der widersprechende Insolvenzverwalter[109].

Diese Erkenntnis hat weitreichende Konsequenzen: Eine gerichtliche Entscheidung im Feststellungsprozess wirkt Rechtskraft gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern (§§ 322 Abs. 1 ZPO, 183 Abs. 1 InsO). Wenn man davon ausgeht, dass die Schiedsvereinbarung auch die widersprechenden Insolvenzgläubiger bindet, dann kann die Schiedsfähigkeit des Feststellungsstreits folgerichtig auch nicht mehr im Hinblick auf diese Rechtskrafterstreckung in Frage gestellt werden[110]. In der Literatur wird dagegen bisweilen der Vergleich zur Rechtslage bei aktienrechtlichen Beschlussmängelklagen gezogen, wo die gerichtliche Entscheidung ebenfalls Rechtskraft gegenüber nicht klagenden Mitaktionären wirkt (§ 248 Abs. 1 Satz 1 AktG). Nach aktueller Ansicht des BGH steht diese Rechtskrafterstreckung als solche der Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelklagen aber nicht (mehr) entgegen[111]. Es gelten lediglich erhöhte Anforderungen an die Ausgestaltung der satzungsmäßigen Schiedsklausel, namentlich Schutzkautelen zur Information über Möglichkeiten der Beteiligung am Verfahren bis hin zu Mitwirkungsrechten bei der Besetzung des Schiedsgerichts[112]. Diese Schutzkautelen mag man dann sinngemäß auch für den insolvenzrechtlichen Feststellungsstreit heranziehen[113]. Die Schiedsfähigkeit des Feststellungsstreits selbst kann dann allerdings nicht mehr in Zweifel gezogen werden[114].

4.3 3. Anreizarchitektur des Feststellungsstreits als Konfliktlage

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

»Das eigentliche Problem des Feststellungsprozesses ist nicht die Bindungswirkung der Schiedsvereinbarung, sondern die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes«[115]. Mit diesen Worten trifft *Wagner* das Problem zwar an der entscheidenden Stelle, er kommt allerdings zu dem wenig überzeugenden Ergebnis, dass durchgreifende Gründe gegen die Annahme der Schiedsfähigkeit nicht bestehen[116]. Dem mag man folgen, soweit es *isoliert* um die Regelung der ausschließlichen Zuständigkeit geht. Feststellungsklagen sind zwingend bei dem Amtsgericht zu erheben, bei dem das Insolvenzverfahren anhängig ist bzw. bei dem Landgericht, zu dessen Bezirk das Insolvenzgericht gehört (§ 180 Abs. 1 InsO). Diese Regelung betrifft nur die *ordentliche* Gerichtsbarkeit[117]. Sie ist für sich gesehen so wenig Ausdruck einer die Schiedsgerichtsbarkeit verdrängenden Zuständigkeitskonzentration[118], wie das im Kontext anderer Regelungsbereiche für ausschließliche gerichtliche Zuständigkeiten der Fall ist[119].

Entscheidend ist vielmehr die bisher nicht ausreichend gewürdigte besondere Anreizarchitektur, die das Gesetz für den Feststellungsstreit *insgesamt* vorhält und die durch die Annahme der Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes aus den Angel gehoben würde. Ausgehend von der Berechtigung des einzelnen Insolvenzgläubigers, der Forderungsfeststellung konkurrierender Gläubiger zu widersprechen, schafft das Gesetz Rahmenbedingungen, die die Erhebung und Verfolgung dieses Widerspruchs erleichtern und die Beteiligung der Gläubiger an der kollektiven Rechtserkenntnis damit praktisch überhaupt erst sinnvoll und möglich machen. Hierzu gehört durchaus die Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeit. Bedeutsamer erscheint aber noch die Regelung zur Höhe des Streitwerts des Feststellungsprozesses, der sich nicht nach dem Nominalbetrag der Forderung richtet[120], sondern zwingend lediglich nach dem in der Verteilung zu erwartenden Bruchteilsbetrag (§ 182 InsO). Aus dieser Streitwertregelung folgt praktisch eine Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts, die wiederum zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen soll[121]. Entscheidend aber ist, dass die Regelung, wie der BGH selbst einst zutreffend feststellte, »im wohlverstandenen Interesse aller Konkursgläubiger eine Aufzehrung der Masse durch Prozeßkosten verhindern und den Gläubigern bei geringer Konkursquote eine zuverlässige Beurteilung des Prozeßkostenrisikos« ermöglichen soll[122].

Schiedsverfahren mögen manchen Vorteil gegenüber der gewöhnlichen Rechtsverfolgung bieten. Sie sind aber tendenziell weitaus kostspieliger[123] und kostenmäßig überhaupt schwerer vorhersehbar. Es bedarf daher keiner weiteren Ausführung, dass die mit der Regelung bewirkte Vorhersehbarkeit des Ausfallrisikos ebenso wie die durch sie gewährleistete Wirtschaftlichkeit der Rechtsverfolgung[124] im Fall der Eröffnung der schiedsgerichtlichen Entscheidungsgewalt verloren wäre[125]. Diese Erkenntnis teilen etwa auch U.S.-amerikanische Gerichte[126]. Im Übrigen muss man klar sehen, dass Insolvenzgläubiger ohnehin schon schwer zu einer Beteiligung an der gerichtlichen Feststellung zu motivieren sind[127]. Wer diese Gläubiger dann auch noch gegen ihren Willen in die Schiedsgerichtsbarkeit zwingen will, der zerstört ein wenigstens für den Gesetzgeber wesentliches Instrument der Gläubigerbeteiligung im Insolvenzverfahren. Entgegen der Ansicht des BGH scheidet ein Schiedsverfahren daher auch über das Prüfungsverfahren hinaus aus. Forderungen, die mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Insolvenzforderungen zu qualifizieren sind, sind für die Dauer des Verfahrens objektiv nicht schiedsfähig; § 1030 Abs. 1 ZPO ist im Lichte des beschriebenen Konflikts mit spezifischen Regelungszielen der Insolvenzordnung einzuschränken[128].

4.4 4. Vorrang des Insolvenzrechts und New Yorker Übereinkommen

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Der im Wege der Auslegung behauptete Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit von Insolvenzforderungen ist, darauf sei abschließend hingewiesen, mit den Verpflichtungen Deutschlands aus internationalen Verträgen, namentlich mit denen aus dem New Yorker Übereinkommen[129], vereinbar. Das Übereinkommen verpflichtet die Vertragsstaaten zwar zur Anerkennung internationaler Schiedsvereinbarungen. Allerdings steht der Anerkennungszwang ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass der Streitgegenstand objektiv schiedsfähig ist (Art. II Abs. 1 UNÜ), was sich nach überwiegendem Verständnis nach dem Recht des mit der Anerkennungsfrage befassten Gerichts beurteilt[130]. Die Anerkennung einer Schiedsvereinbarung über eine Insolvenzforderung

wäre daher zu versagen, wenn deutsches Insolvenzrecht für deren Durchsetzung international zur Anwendung kommt. Darin läge längst kein nationaler Alleingang. Ganz im Gegenteil sehen etwa auch die U.S.-Gerichte den aus dem *U.S.-Bankruptcy Code* aus verschiedenen Gründen hergeleiteten Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit unter dem New Yorker Übereinkommen für unbedenklich[131]. Eine Grenze wird man erst dort ziehen können, wo eine nationale Rechtsordnung die objektive Schiedsfähigkeit weitaus umfassender und geradezu beliebig ausschließt, weil andernfalls der auf Liberalisierung der nationalen Rechtsordnungen ausgerichtete Geist des Abkommens als solcher in Frage stünde[132].

5 V. Zusammenfassung

1. In der Fortwirkung vorinsolvenzlicher Schiedsvereinbarungen kommt die allgemeine Vereinbarkeit von Insolvenz- und Schiedsverfahren zum Ausdruck. Die Bindungsgrenzen solcher Schiedsvereinbarungen, die Lösungsmöglichkeiten für den Insolvenzverwalter und die Diskussion um die Ablehnung der objektiven Schiedsfähigkeit im Einzelfall stehen dagegen sinnbildlich für die zwischen beiden Verfahren schwelenden Konflikte.

2. Der Insolvenzverwalter ist an vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarungen gebunden. Diese Bindung erstreckt sich nicht auf seine originär entstehende Rechtsstellung. Das ist nach inzwischen allgemeiner Ansicht im Hinblick auf die Insolvenzanfechtung der Fall. Dagegen ist die vom BGH *obiter* postulierte umfassende Einordnung des Erfüllungswahlrechts aus § 103 InsO als originäre Rechtstellung im vorgenannten Sinne abzulehnen.

a) Der Vergleich mit der Rechtslage bei der Insolvenzanfechtung überzeugt nicht und die weitreichenden Konsequenzen dieser Rechtsprechung stehen quer zur Behandlung zwingenden Wirtschaftsrechts im Schiedsverfahren und zum Grundsatz der Unabhängigkeit von Hauptvertrag und Schiedsabrede. Wohl auch deshalb bleibt diese Rechtsprechung international ohne Gefolgschaft.

b) Stattdessen könnte der deutsche Gesetzgeber das Schicksal der Schiedsabrede, vergleichbar der reformierten Rechtslage im Vereinigten Königreich, mit der Entscheidung über die Erfüllung des Hauptvertrags verbinden. Diese Regelung ist als solche wertungsmäßig überzeugend und hat (nur) für Ansprüche nach Erfüllungswahl die Bindung des Verwalters an eine mit dem Insolvenzschuldner vorinsolvenzlich geschlossene Schiedsvereinbarung zur Folge.

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

3. In spezifischen Konfliktlagen zwischen Insolvenz- und Schiedsverfahrensrecht gebührt dem Insolvenzrecht nach international verbreitetem Verständnis im Regelfall

der Vorrang. Auf dieser Grundlage scheidet die Durchsetzung von Insolvenzforderungen im Wege des Schiedsverfahrens ungeachtet der Bindung des Insolvenzverwalters und konkurrierender Gläubiger an eine vorinsolvenzliche Schiedsvereinbarung entgegen der überwiegenden Auffassung aus.

a) Schon auf der Grundlage der geltenden BGH-Rechtsprechung darf ein solches Schiedsverfahren erst nach Forderungsanmeldung und Durchführung des Prüfungstermins betrieben werden; ein bereits anhängiges Verfahren ist zunächst zu unterbrechen.

b) Nach der hier vertretenen Auffassung ist bereits die objektive Schiedsfähigkeit von Insolvenzforderungen abzulehnen, denn die Anreizarchitektur des Feststellungsstreits unter der deutschen Insolvenzordnung lässt sich mit dem Grundsatz der Verfahrensautonomie des Schiedsverfahrensrechts nicht vereinbaren.

c) Der im Wege der Auslegung begründete Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit von Insolvenzforderungen ist im Ergebnis international verbreitet und mit der Pflicht zur Anerkennung internationaler Schiedsvereinbarungen unter dem New Yorker Übereinkommen vereinbar.

---

[*] Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Insolvenzrecht und Zivilverfahrensrecht an der Universität Regensburg. Bei dem Beitrag handelt es sich um die mit Nachweisen ergänzte Fassung eines an der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen gehaltenen Vortrags.

[1] Hierzu noch eingehender unten IV 1.

[2] Vgl. nur MünchKomm-ZPO/Münch, ZPO, 4. Aufl. (2013) § 1042 Rn. 6; s.a. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, 23. Aufl. (2014) § 1042 Rn. 13.

[3] Vgl. nur MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1051 Rn. 18 ff.

[4] Vgl. §§ 1029, 1034, 1036 Abs. 2, 1042 Abs. 3, 1051 ZPO.

[5] Vgl. Kröll in: Mistelis/Lew, Pervasive Problems in International Arbitration (2006) S. 357, 374.

[6] Hierzu auch Kröll (Fn. 5) S. 357 ff.; s.a. Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2479.

[7] Vgl. Schulte-Frohlinde/Wilts, ZInsO 2006, 196, 199; s.a. Kück, ZInsO 2006, 11.

[8] Deutlich etwa bei Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. (2007) Rn. 13.28; s.a. Jaeger/Windel, InsO (2007) § 80 Rn. 249.

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[9] Hierzu unten II.

[10] Anschaulich hierzu Mantilla-Serrano, 11 Arbitration International, 51, 55 (1995).

[11] Mantilla-Serrano, 11 Arbitration International, 51, 56 f., 64 ff. (1995).

[12] *Pars pro toto* der ICC im Verfahren 6057 (1991), vgl. JDI 1993, 1016 ff. mit tw. krit. Anm. Y.D.; s.a. Kröll (Fn. 5) S. 357, 362.

[13] Kröll (Fn. 5) S. 357, 374; s.a. Mantilla-Serrano, 11 Arbitration International, 51, 74 (1995) und Flecke-Giammarco/Keller, NZI 2012, 529, 534 mit Hinweis auf Art. 41 SchiedsO ICC (abrufbar unter http://www.iccwbo.org).

[14] Vgl. schon Eberl, InVo 2002, 393; Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2479.

[15] RGZ 137, 109, 110 f.; s.a. bereits RG, Urt. v. 17.04.1906 (VII 463/05), abgedruckt bei Schubert/Glöckner, Nachschlagewerke des Reichsgerichts – Gesetzgebung des Deutschen Reichs, Bd. 9 (2015) Nr. 26 zu § 274 ZPO.

[16] Vgl. BGHZ 24, 15, 18; s.a. bereits BGH WM 1956, 1406, 1407.

[17] MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1029 Rn. 50; Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 86; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 6. Aufl. (2016) Rn. 262, 862 f.; Wagner KTS 2010, 39, 41 f.; Jestaedt, Schiedsverfahren und Konkurs (1985) S. 65 f.

[18] BGH NZI 2013, 934, 935 [BGH 25.04.2013 - IX ZR 49/12]; SchiedsVZ 2011, 281, 283 [BGH 30.06.2011 - III ZB 59/10]; NJW 2009, 1747, 1748 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07]; SchiedsVZ 2008, 148, 150 [BGH 17.01.2008 - III ZB 11/07]; DZWIR 2004, 161.

[19] Vgl. Häsemeyer (Fn. 8) Rn. 13.28; s. weiter Jaeger/Windel (Fn. 8) § 80 Rn. 249: einerseits Ablehnung der Bindung des Insolvenzverwalters, andererseits Befürwortung eines Wahlrechts entsprechend § 103 InsO – widersprüchlich!

[20] Zur Anwendung auch auf die Vollstreckungsabwehrklage BGH NJW-RR 2009, 60, 61 [BGH 14.08.2008 - VII ZB 3/08].

[21] BGH WM 1967, 56, 57; vgl. auch OLG Dresden SchiedsVZ 2005, 159, 160; zust. Wagner KTS 2010, 39, 62; a.A. Eberl, InVO 2002, 393, 394.

[22] RGZ 62, 24, 25.

[23] BGH NJW 2009, 1747, 1749 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07]; WM 1967, 56, 57; s.a. OLG Hamm IPrax 1985, 218, 219; OLG Dresden SchiedsVZ 2005, 159, 160.

[24] Vgl. OLG Hamm IPrax 1985, 218, 219; s.a. Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 86.

[25] Für eine entsprechende Anwendung des § 240 ZPO Wagner, KTS 2010, 39, 57; Lenzen, NZBau 2003, 428, 429 f.; s.a. Jestaedt (Fn. 17) S. 38 ff.; a.A. die h.L., vgl. Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 86; Schütze (Fn. 17) Rn. 867; Flöther, Auswirkungen des inländischen Insolvenzverfahrens auf Schiedsverfahren und Schiedsabrede (2001) S. 41 ff., 44.

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[26] Art. L. 6222-21 Abs. 1 Code de commerce; vgl. zur früheren insofern identischen Rechtslage Cour de cassation, Entscheidung vom 02.06.2004, Bull civil 2004, n° 1, 115 f.; s.a. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 9. Aufl. (2014) Rn. 680.

[27] Vgl. statt vieler in re Thorpe Insulation Co., 671 F.3d 1011, 1016 (9th Cir., 2012).

[28] Vgl. § 43 sowie Schedule B1 § 43 VI Insolvency Act 1986; hierzu nur Court of Appeal London IILR 2010, 39, 45; s.a. Bristol Airport Plc. v. Powdrill [1990] Ch. 744, 765.

[29] Unten IV 1.

[30] Vgl. BGH SchiedsVZ 2011, 281, 183 [BGH 30.06.2011 - III ZB 59/10]; s.a. Flöther, DZWIR 2001, 89, 92 f.; deutlich bereits RGZ 137, 109, 111 zu § 1025 Abs. 1 ZPO a.F., der noch auf die Vergleichsfähigkeit abstellte; hierzu MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1030 Rn. 5.

[31] Vgl. zum weiten Begriffsverständnis statt vieler MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1030 Rn. 13: aus Vermögensrechten abgeleitet oder wenigstens auf eine vermögenswerte Leistung abzielend.

[32] Vgl. deutlich der *U.S.-Supreme Court* in Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614, 638 (1985); aus der Perspektive des früheren spanischen Insolvenzrechts anschaulich Ortiz, 8 International Arbitration Law Review, N22–23 (2005): »arbitration agreements and proceedings … as a potential vehicle to defraud creditors and escape from the strict rules of insolvency proceedings«.

[33] UNCITRAL Modellgesetz über internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.06.1985, abrufbar unter http://www.uncitral.org.

[34] Vgl. BT-Drucks. 13/5274, S. 22, 26; s.a. den Überblick über die weltweite Vereinheitlichung des nationalen Schiedsrechts auf der Grundlage des UNCITRAL Modellgesetzes bei Schütze (Fn. 17) Rn. 27 f.

[35] Kröll (Fn. 5) S. 357, 360; s.a. Fouchard, Rev. Arb 1998, 471, 474 ff.

[36] BGH ZInsO 2004, 88; angedeutet schon bei RGZ 137, 109, 111; s.a. Jestaedt (Fn. 17) S. 70 ff.; MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1029 Rn. 50; grds. eine Gläubigerbenachteiligung ablehnend Berger, ZInsO 2009, 1033, 1036; dem folgend Flecke-Giammarco/Keller, NZI 2012, 529, 531.

[37] Mit Blick auf die unstreitig i.R.d. Insolvenzplanverfahrens mögliche Forderungskürzung (vgl. § 224 InsO) dürfte ein Eingriff in die verfahrensrechtliche Rechtsstellung erst recht zulässig sein. Denkbar wäre es auch, die erzwungene Aufhebung einer Schiedsvereinbarung als Regelung der »Verfahrensabwicklung« i.S.v. § 217 Satz 1 InsO n.F. zu begreifen.

[38] BGH NJW 2000, 3720, 3721 [BGH 14.09.2000 - III ZR 33/00]; s. weitergehend OLG Köln ZIP 2013, 2024: Wegfall *ex lege*; aus der Lit. MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1029 Rn. 131 ff.; Wagner, KTS 2010, 39, 42 f.; eingehender Dirix 3 NIBLeJ 93 ff. (2015).

[39] Vgl. Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) Anhang zu § 1061 Rn. 345 zum *ordre public*-Vorbehalt und Rn. 75 zum Ausschluss der objektiven Schiedsfähigkeit im Insolvenzfall.

[40] Vgl. *pars pro toto* Shearson/Am. Express v. McMahon 482 U.S. 220, 226 (1987).

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

41 Vgl. In re Larocque 283 B.R. 640, 642 (Bankr. D. R.I., 2002); In re Brown 354 B.R. 591, 594 ff. (D.R.I., 2006); In re Day 208 B.R. 358, 369 f. (Bankr. E.D. Pa., 1997); s.a. In re Payton Const. Corp., 399 B.R. 352, 363 (Bankr. D. Mass., 2009); eingehender zur Entwicklung der Rechtslage in den USA Resnick, 15 American Bankruptcy Institute Law Review 183, 189 ff. (2007); s. noch Berger, ZInsO 2009, 1033, 1034 mit gleichsinnigem Hinweis auf den romanischen Rechtskreis.

42 Vgl. Jaeger/Gerhardt, InsO (2004) § 2 Rn. 34 f.; MünchKomm-InsO/Ganter/Lohmann, 3. Aufl. (2013) § 2 Rn. 7; s. noch Baur/Stürner, Insolvenzrecht, 12. Aufl. (1990) Rn. 3.30.

43 Vgl. 11 U.S.C. § 524(g); hierzu eingehend In re Thorpe Insulation Co. 671 F.3d 1011, 1020 ff. (9th Cir., 2012).

44 In re White Mountain Mining Co., L.L.C. 403 F.3d 164, 170 (4th Cir., 2005).

45 Unten III 1b).

46 RGZ 137, 109, 111; dem folgend BGHZ 24, 15, 18; s. weiter MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1029 Rn. 50.

47 BGH NZI 2013, 934, 935 [BGH 25.04.2013 - IX ZR 49/12]; NJW 2009, 1747, 1748 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07]; a.A. Prütting in: FS Görg (2010) S. 371, 374, der allerdings für Feststellungsklagen von Insolvenzgläubigern eine allgemeinen Konflikt mit § 103 InsO behauptet, von dem tatsächliche keine Rede sein kann; vgl. vielmehr die unten III, IV vorgenommenen Einschränkungen.

48 BGH SchiedsVZ 2008, 148, 150 [BGH 17.01.2008 - III ZB 11/07]; DZWIR 2004, 161, 162; s. bereits RGZ 137, 109, 111.

49 BGH DZWIR 2004, 161, 162; s. bereits *obiter* RGZ 137, 109, 111.; s. weiter Kröll (Fn. 5) S. 357, 371.

50 Vgl. hierzu BGHZ 24, 15, 16; s. noch BGH NJW 2000, 2346 [BGH 03.05.2000 - XII ZR 42/98]; hierzu auch Wagner, KTS 2010, 39, 43.

51 Zur Bindung des Einzelrechtsnachfolgers an vom Rechtsvorgänger begründete Schiedsvereinbarungen gem. § 404 BGB s. nur BGH NJW 1978, 1585, 1586; NJW 1998, 371 [BGH 02.10.1997 - III ZR 2/96]; zu einer interessanten Verquickung der Bindung nach § 80 InsO mit der Bindung des Einzelrechtsnachfolgers aus § 404 BGB s. BGH NZI 2013, 934, 935 [BGH 25.04.2013 - IX ZR 49/12].

52 Vgl. zur Auslegung allgemein Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 35 ff.; zur Erstreckung auf Deliktsansprüche im Kontext der Bindung des Insolvenzverwalters noch engherzig BGH WM 1956, 1406, 1408.

53 Es fehlt an dem für die Rechtsnachfolge typischen Wechsel in der Rechtsinhaberschaft; im Ergebnis auch Flöther, DZWIR 2004, 162, 163; s. noch Häsemeyer (Fn. 8) Rn. 13.28; s. weiter Wagner, KTS 2010, 39, 42: »gleicht … einem Gesamtrechtsnachfolger«; a.A. Jestaedt (Fn. 17) S. 65 f.; s. noch BGH WM 1962, 685: »Sonderrechtsnachfolger«; für den Testamentsvollstrecker gleichsinnig BGH NJW 1979, 2567 [BGH 28.05.1979 - III ZR 18/77].

54 Zutreffend Berger, ZInsO 2009, 1033, 1034; vgl. dagegen noch Jestaedt (Fn. 17) S. 65 f.; zu den Theorien um die Rechtsstellung des Insolvenzverwalters s. den instruktiven Überblick bei Häsemeyer (Fn. 8) Rn. 15.03 ff.

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

55 Jaeger/Windel (Fn. 8) § 80 Rn. 249; s.a. Brinkmann, NZI 2012, 735, 737.

56 A.A. noch Richter, KuT 1928, 53: unmittelbare Anwendung von § 17 KO.

57 BGH NJW 2017, 488,489 [BGH 09.08.2016 - I ZB 1/15]; NZI 2013, 934, 935 [BGH 25.04.2013 - IX ZR 49/12]; ZInsO 2004, 88; BGHZ 24, 15, 18; s. bereits RGZ 137, 109, 111; aus der Lit. statt vieler Berger, ZInsO 2009, 1033, 1035; aus vergleichender Perspektive Dirix, 3 NIBLeJ 93, 98 (2015).

58 Vgl. nur zum U.S.-amerikanischen Recht statt vieler Hays & Co. v. Merill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 885 F.2d 1149, 1153 (3rd Cir., 1989): »trustee-plaintiff stands in the shoes of the debtor for purposes of the arbitration clause«.

59 Für Prozessverträge einschließlich Schiedsvereinbarungen gegenteilig Jaeger/Windel (Fn. 8) § 80 Rn. 249; im Ergebnis ablehnend statt vieler Prütting in: FS Görg (2010) S. 371, 373.

60 Vgl. Art. 52 Abs. 1 Ley Concursal i.d.F. vom 10.07.2003 (in Kraft bis zum 09.06.2011); hierzu Ortiz, 8 International Arbitration Law Review, N22–23 (2005).

61 Vgl. Art. 142 polnisches Konkurs- und Sanierungsgesetz (Prawo upadÅ‚oÅ›ciowe i naprawcze) i.d.F. vom 28.02.2003; vgl. hierzu die Textdokumentation in dt. Sprache bei Paintner, WIRO 2004, 9, 13.

62 Vgl. SchwBG ZIP 2010, 2530 sowie Court of Appeal London IILR 2010, 39 (Elektrim) und eingehender Flecke-Giammarco/Keller, NZI 2012, 529; s.a. Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 87.

63 Court of Appeal London IILR 2010, 39, 40 (Elektrim).

64 SchwBG ZIP 2010, 2530, 2532 (Elektrim).

65 Vgl. den Überblick bei Wagner, KTS 2010, 39, 50 ff.; s.a. Mankowski, ZIP 2010, 2478 ff.; Flecke-Giammarco/Keller, NZI 2012, 529, 532 ff.; Schmitz, Schiedsverfahren und Insolvenz (2016) S. 145 ff.

66 Vgl. Art. 52 Abs. 1 Ley Concursal i.d.F. vom 21.05.2011 sowie nach Aufhebung von Art. 142 a.F. nunmehr Art. 147 InsO-Polen in der seit dem 01.01.2016 geltenden Fassung; s. allerdings noch die vergleichsweise großzügige Kündigungsrecht in Art. 147a InsO-Polen: »wenn die Geltendmachung der Forderungen vor dem Schiedsgericht die Liquidation der Insolvenzmasse erschwert, insbesondere wenn der Stand der Insolvenzmasse nicht die Deckung der Kosten der Aufnahme und Durchführung eines Schiedsgerichtsverfahrens ermöglicht«; vgl. zum neuen Recht die Textdokumentation in dt. Sprache bei DeVries, WIRO 2016, 144 und Fortsetzungen.

67 Der früheren Rechtslage in Spanien und Polen entspricht heute offenbar nur noch die Rechtslage in Portugal, vgl. Art. 87 Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas i.d.F. vom 06.02.2015.

68 Vgl. für die USA nur Hays & Co. v. Merill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 885 F.2d 1149, 1154 (3rd Cir., 1989): »Trustee is bound to arbitrate all of its claims that are derived from the rights of the debtor under section 541«.

69 Vgl. nur MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1029 Rn. 18, 44; s.a. Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 70.

70 Aus der Perspektive der Schiedsgerichtsbarkeit allg. Mantilla-Serrano, 11 Arbitration International, 51, 69 (1995), der diese

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Frage allerdings i.R.d. Schiedsfähigkeit diskutiert.

71 A.A. lediglich Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. (2010) § 143 Rn. 66, der allerdings mit dem Hinweis auf § 1030 Abs. 1 ZPO die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit mit der nach der Abschlusskompetenz vermengt; s. noch Paulus, ZInsO 1999, 242, 244 f.

72 BGH SchiedsVZ 2008, 148, 150 [BGH 17.01.2008 - III ZB 11/07]; ZInsO 2004, 88; s. bereits BGH WM 1956, 1406, 1407; BGHZ 24, 15, 18 sowie auch RGZ 137, 109, 110 f.; aus der Lit. statt vieler Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 86; Wagner, KTS 2010, 39, 48 ff.; eingehender auch Heidbrink, SchiedsVZ 2009, 258 ff.; instruktiv auch schon Hanisch, Rechtszuständigkeit der Konkursmasse (1973) S. 20 f.

73 BGH SchiedsVZ 2008, 148, 150 [BGH 17.01.2008 - III ZB 11/07]; vgl. auch Jestaedt (Fn. 17) S. 79 f. mit zutreffendem Hinweis auf die Rechtslage bei der Aufrechnung mit einer nicht schiedsbefangenen Gegenforderung.

74 Die Zustimmung ist hiernach immer erforderlich, wenn der Gegenstand der Schiedsvereinbarung einen »erheblichen Streitwert« hat, vgl. nur Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 14. Aufl. (2015) § 160 Rn. 27; zur insoweit liberalisierten österreichischen Rechtslage, die selbst ein bloßes Mitteilungserfordernis aufgegeben hat, s. Kodek in: Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Bd. 4, 4. Aufl. (2006) § 116 Rn. 7; Rechberger in: Smid, Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts (2007) S. 71, 78.

75 Die Erhebung der Einrede bietet sich dann bereits im Vollstreckbarerklärungsverfahren an, vgl. BGH SchiedsVZ 2008, 148, 150 [BGH 17.01.2008 - III ZB 11/07].

76 Vgl. zur Rechtslage in Österreich Rechberger in: Smid, Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts, (2007) S. 71, 80; Fremuth, ÖJZ 1998, 848, 849 [BVerfG 27.01.1998 - 1 BvL 15/87]; für paulianische Anfechtungsklagen nach Schweizer Recht eingängig Staehelin in: Staehelin/Bauer/Staehelin, Basler Kommentar zum SchKG, 2. Aufl. (2010) Art. 289 Rn. 15a.

77 Instruktiv hierzu Hays & Co. v. Merill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 885 F.2d 1149, 1155 (3rd Cir., 1989).

78 BGH SchiedsVZ 2011, 281, 284 [BGH 30.06.2011 - III ZB 59/10]; s. bereits die Andeutung zu § 17 KO bei RGZ 137, 109, 110 f.

79 Vgl. Haas, ZZP 126 (2013), 115, 118 ff.; MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1029 Rn. 50; Schütze (Fn. 17) Rn. 864; Brinkmann, NZI 2012, 735, 737; Dahl/Thomas, GWR 2011, 368; Heim, GRUR 2012, 95, 97 f.; Hausmann in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. (2015) Rn. 8.406; s. zuvor schon Prütting in: FS Görg (2010) S. 371, 374 f., 378 f.; Heydn, SchiedsVZ 2010, 182, 186; vgl. auch MünchKomm-InsO/Kreft (Fn. 42) § 103 Rn. 94 mit Hinweis auf § 119 InsO.

80 Freilich ist schon die Formulierung des BGH insoweit unpräzise, als dass überhaupt nur das Recht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO entscheidungserhebliche Vorfrage des geltend gemachten Begehrens sein kann, und nicht umgekehrt.

81 Vgl. nachfolgend zum BGH die Entscheidung KG NZI 2012, 759, 761.

82 BGH NJW 2009, 1747, [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07] dort auch zur Auslegung eines dennoch auf Leistung gerichteten Schiedsspruchs.

83

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

— Vgl. nur MünchKomm-InsO/Kreft (Fn. 42) § 103 Rn. 39.

84 Schütze in: Wieczork/Schütze, ZPO, 3. Aufl. (1995) § 1025 Rn. 51 ff.; Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1040 Rn. 5 ff., Anhang zu § 1061 Rn. 60; aus vergleichender Perspektive Dirix, 3 NIBLeJ 93, 98 (2015); deutlich unlängst BGH NJW 2017, 488, 490 [BGH 09.08.2016 - I ZB 1/15].

85 Vgl. Dirix, 3 NIBLeJ 93, 98 (2015).

86 In Re Fleming Companies, Inc., 325 B.R. 687, 693 (Bkrtcy. D. Del., 2005); Southeastern Pa. Trans. Auth. v. AWS Remediation, Inc., 2003 WL 21994811 (E.D. Pa., 2003); In Re Monge Oil Corporation, 83 B.R. 305, 308 (Bkrtcy. E.D. Pa. 1988); Societe Nationale Algerienne v. Distrigas Corp., 80 B.R. 606, 609 (D. Mass., 1987).

87 In Re Fleming Companies, Inc., 325 B.R. 687, 693 f. (Bkrtcy. D. Del., 2005).

88 Vgl. auch Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) Anhang zu § 1061 Rn. 60; anders nun offenbar BGH NJW 2017, 488, 490 [BGH 09.08.2016 - I ZB 1/15].

89 A.A. Haas, ZZP 126 (2013), 115, 119 f., der in der Wortwahl des BGH – vielleicht etwas gewagt – zudem eine Anspielung auf die Kernpunktheorie des EuGH sieht, a.a.O. Fn. 30.

90 Vgl. anschaulich In Re Gandy 299 F.3d 489, 495 (5th Cir., 2002).

91 Im Ergebnis wie hier die Vorinstanz bei BGH SchiedsVZ 2011, 281, 282 [BGH 30.06.2011 - III ZB 59/10].

92 Ebenso Haas, ZZP 126 (2013), 115, 119.

93 Vgl. instruktiv Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) Anhang zu § 1061 Rn. 345.

94 BGH NJW 2009, 1215, 1216 [BGH 30.10.2008 - III ZB 17/08]; vgl. auch OLG Karlsruhe SchiedsVZ 2012, 101, 105; a.A. Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork, InsO (Stand November 2016) § 103 Rn. 137.

95 So im Ergebnis schon zuvor Prütting in: FS Görg (2010) S. 371, 374 f., 378 f.; auf der Grundlage der besprochenen BGH-Entscheidung auch Dahl/Thomas, NZI 2012, 534, 536; s.a. Dahl, NJW-Spezial 2014, 21, 22.

96 Die Regelung wird bisweilen missverstanden, wenn behauptet wird, die Norm regele ein unmittelbar auf die Schiedsklausel bezogenes Verwalterwahlrecht, vgl. in dieser Richtung Liebscher in: Mistelis/Brekoulakis, Arbitrability: International & Comparative Perspectives (2009) S. 165, 170 f., offenbar im Anschluss an die etwas unglückliche Formulierung bei Burn/Grubb, 8 International Arbitration Law Review 124, 126 f. (2005), die aber a.a.O. S. 126 den Bezug zum allgemeinen Verwalterwahlrecht (vgl. s. 315(2) Insolvency Act 1986) klarstellen.

97 Vgl. auch Berger, ZInsO 2009, 1033, 1034.

98 Vgl. zum Masseschutz als Ausgangspunkt schon BGH NJW 1990, 1665 [BGH 21.12.1989 - IX ZR 66/89]: Wahlfreiheit nach § 17 KO ausschließlich im Interesse der Masse eingeräumt; s.a. BGH NZI 2002, 380, 382 [BGH 07.03.2002 - IX ZR 457/99]; aus der Lit. MünchKomm-InsO/Kreft (Fn. 42) § 103 Rn. 2; Uhlenbruck/Wegener (Fn. 74) § 103 Rn. 1 f.

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

99 Vgl. auch BGH NJW 2009, 1747, 1749 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07] sowie deutlich bereits die Begründung des Entwurfs der Konkursordnung, vgl. Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 4, Nachdruck (1983) S. 47, 71, 325.

100 BGH NJW 2009, 1747, 1748 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07].

101 Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 86; Schütze (Fn. 17) Rn. 863; Heidbrink/von der Gröben, ZIP 2006, 265, 269; Flöther (Fn. 25) S. 63, 108; Jestaedt (Fn. 17) S. 123, 126.

102 BGH NJW 2009, 1747, 1749 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07]; s. bereits OLG Köln SchiedsVZ 2008, 152, 154.

103 Anders offenbar noch der ICC im Verfahren 6057 (1991), vgl. JDI 1993, 1016 ff.: Verpflichtung zum Erlass eines Schiedsspruchs unabhängig vom Verfahrensstand des Insolvenzverfahrens.

104 BGH NJW 2009, 1747, 1749 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07]; ebenso Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) Anhang zu § 1061 Rn. 347; s. noch OLG Karlsruhe SchiedsVZ 2012, 101, 104 f., das eine Verletzung des *internationalen* ordre public verneint (abzulehnen!).

105 Vgl. auch Lazic, 3.3 Electronic Journal of Comparative Law (1999) sub 4.3.1.

106 Zur Ablehnung in den Niederlanden s. Lazic, 3.3 Electronic Journal of Comparative Law (1999) sub 4.3.2.2.1; gegenteilig aber die Schweiz, vgl. hierzu Levy, 8 International Arbitration Law Review, 23, 29 (2005); s.a. den Überblick bei Jestaedt (Fn. 17) S. 114 ff.; ebenso Frankreich, vgl. Jacquemont/Vabres, Droit des entreprises en difficulté, 9. Aufl. (2015) Rn. 596 ff.; s.a. Lazic, a.a.O.

107 Vgl. In re Day 208 B.R. 358, 369 f. (Bankr. E.D. Pa., 1997); s.a. Berger, ZInsO 2009, 1033, 1037; zur Begründung der Ablehnung in Österreich s. noch unten IV 2.

108 Ehricke, ZIP 2006, 1847, 1854; Longrée/Gantenbrink, SchiedsVZ 2014, 21, 23 f.; Uhlenbruck/Sinz (Fn. 74) § 180 Rn. 16; Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) § 1029 Rn. 86; für die insoweit vergleichbare Rechtslage in Österreich Rechberger in: Smid, Fragen des deutschen und internationalen Insolvenzrechts (2007) S. 71, 81; s.a. Feil, InsO, 8. Aufl. (2014) § 110 Rn. 10.

109 Jestaedt (Fn. 17) S. 128 f.; dem folgend Wagner, KTS 2010, 39, 45; s.a. Berger, ZInsO 2009, 1033, 1038; für Österreich zustimmend Kodek in: Buchegger (Fn. 74) § 110 Rn. 7.

110 Zu der in Österreich noch verbreiteten a.A. vgl. Petschek/Reimer/Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) S. 583; Wegan, Österreichisches Insolvenzrecht (1973) S. 140.

111 BGH NJW 2009, 1962, 1963 [BGH 06.04.2009 - II ZR 255/08]; *anders* noch BGH NJW 1996, 1753, 1755 f. [BGH 29.03.1996 - II ZR 124/95]; kritisch Münch, ZZP 123 (2010), 3, 19 ff.

112 Vgl. BGH NJW 2009, 1962, 1964 f. [BGH 06.04.2009 - II ZR 255/08]

113 MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1029 Rn. 81; ablehnend Wagner, KTS 2010, 39, 47.

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

[114] Für den aktienrechtlichen Beschlussmängelstreit fordert der BGH freilich schon die privatautonome Schiedsbindung der Mitaktionäre und damit die (selbstverständliche) Freiwilligkeit des Verzichts auf den ordentlichen Rechtsweg. Allerdings geht es dort gerade um eine *eigene* Rechtsstellung der Mitaktionäre. Wer dagegen wie der Insolvenzgläubiger lediglich als prozessualer Sonderrechtsnachfolger an eine Schiedsvereinbarung gebunden ist, der ist auch unbesehen einer im Schiedsverfahren zur Anwendung kommenden subjektiven Erstreckung der Rechtskraft unterworfen.

[115] Wagner, KTS 2010, 39, 45.

[116] Wagner, KTS 2010, 39, 45 ff.

[117] OLG Karlsruhe SchiedsVZ 2012, 101, 104; a.A. OLG Hamm NJW-RRR 1987, 1319 f.

[118] Wagner, KTS 2010, 39, 45; gleichsinnig für die Rechtslage in der Schweiz Levy, 8 International Arbitration Law Review, 23, 29 (2005).

[119] Vgl. zum Grundsatz statt vieler MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1030 Rn. 32.

[120] Anders noch das preußische Konkursrecht, vgl. hierzu die Regierungsbegründung zur KO, abgedruckt bei Hahn/Mugdan (Fn. 99) S. 330.

[121] BGH LM KO § 148 Nr. 1; NJW 1964, 1229 [BGH 19.02.1964 - Ib ZR 155/62]; ZIP 1993, 50, 51 [BGH 12.11.1992 - VII ZB 13/92]; aus der Lit. s. MünchKomm-InsO/Schumacher (Fn. 42) § 182 Rn. 1; vgl. schon die Regierungsbegründung zur KO, abgedruckt bei Hahn/Mugdan (Fn. 99) S. 331.

[122] BGH ZIP 1993, 50, 51 [BGH 12.11.1992 - VII ZB 13/92].

[123] Vgl. nur Schütze (Fn. 17) Rn. 43; s.a. MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) Vor §§ 1025 ff. Rn. 67: jedenfalls bei »niedrigeren« Streitwerten.

[124] Vgl. MünchKomm-InsO/Schumacher (Fn. 42) § 182 Rn. 1.

[125] Vgl. schon für die frühere Berechnung des Streitwerts nach dem Nominalwert der Forderung MünchKomm-InsO/Schumacher (Fn. 42) § 182 Rn. 1.

[126] Vgl. In re White Mountain Mining Co., L.L.C. 403 F.3d 164, 170 (4th Cir., 2005): »allowing the adversary proceeding to go forward would allow all creditors […] to participate at a minimum of cost«.

[127] Vgl. auch BGH NJW 2009, 1747, 1749 [BGH 29.01.2009 - III ZB 88/07].

[128] Zu diesem methodischen Vorgehen auch MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1030 Rn. 31 f., der insoweit im Allgemeinen freilich Zurückhaltung anmahnt; für den Insolvenzfall ausdrücklich im Kontext der Anerkennungsfrage befürwortend

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) Anhang zu § 1061 Rn. 75.

129 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958, abgedruckt bei Bredow in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Bd. 5 (Stand 52. Erg.Lfg. 2016).

130 Vgl. MünchKomm-ZPO/Münch (Fn. 2) § 1061 Anh. 1 UNÜ, Art. II Rn. 11; Bredow in: Geimer/Schütze (Fn. 129) Art. II UNÜ sub 4.

131 In Re U.S. Lines Inc., 197 F.3d 631, 639 (2nd Cir., 1999); Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. 723 F.2d 155, 165 ff. (1st Cir., 1983); insoweit offen gelassen vom *U.S.-Supreme Court*, vgl. 473 U.S. 614, 683 Fn. 21 (1985); hierzu auch Kröll (Fn. 5) S. 364, 366 f.

132 Stein/Jonas/Schlosser (Fn. 2) Anhang zu § 1061 Rn. 75; Bredow in: Geimer/Schütze (Fn. 129) Art. II UNÜ sub 4; s.a. Kröll (Fn. 5) S. 363.

© 2019 Wolters Kluwer Deutschland GmbH