

# Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit und Insolvenzverfahren: Die Bestimmung des maßgeblichen Rechts

*Diederich Eckardt*

## I. Einführung

### 1. „When worlds collide“ – Schiedsverfahrens- vs. Insolvenzrecht

Der seit langem festzustellende Trend weg von der staatlichen Gerichtsbarkeit und hin zur privat determinierten Konfliktlösung findet seinen besonderen Ausdruck nach wie vor in der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit.<sup>1</sup> Das Schiedsgerichtsverfahren eröffnet den Akteuren des internationalen Handels die Möglichkeit, eine Institution zur Entscheidungsfindung zu wählen, die ihnen, auch unter Berücksichtigung von Kompetenz-, Geschwindigkeits- und Kostenvorteilen, hierfür besser geeignet erscheint als die staatliche Gerichtsbarkeit, und gewissermaßen „à la carte“ die Modalitäten der Entscheidungsfindung privatautonom an die individuellen Gegebenheiten und Bedürfnisse anzupassen.<sup>2</sup>

In scharfem Kontrast zum in jeder Hinsicht von der Privatautonomie geprägten Schiedsverfahren steht das Insolvenzverfahren. Nicht, dass hier nicht auch der Gedanke der Privatautonomie an Boden gewinne, den scharfen Interessengegensätzen zum Trotz, die die besondere Problematik der „Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen“<sup>3</sup> mit sich bringt – allseits werden die Vorzüge vor- und außerinsolvenzlicher konsensualer Sanierung gepriesen, und auch im eröffneten Insolvenzverfahren erhält die Dispositionsfreiheit der Beteiligten zunehmend Raum,<sup>4</sup> vom gerade wieder im Ausbau begriffenen Insolvenzplanverfahren bis hin z.B. zu den Kooperationsvereinbarungen von Verwaltern in Konzerninsolvenzen. Aber dort geht es um die innerhalb des Insolvenzverfahrens sich vollziehende konsensuale Disposition der Insolvenzbeteiligten über die Abgrenzung und Ausübung ihrer insolvenzspezifischen Rechtspositionen, über die Weichenstellungen bei der Verfahrensabwicklung etc. Für das Verhältnis des Insolvenzrechts zu den „vorgefundenen“, d.h.

1 Zu deren Funktion im internationalen Handel s. bereits *von Hoffmann*, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit: Die Bestimmung des maßgeblichen Rechts, 1970, S. 13 ff.; umfangreiche empirische Angaben jüngst bei *H. Hoffmann*, SchiedsVZ 2010, 96 ff.; s. auch *Markert/Wilske*, SchiedsVZ 2010, 62 ff.; *dies.*, SchiedsVZ 2011, 57 ff.

2 Vgl. schon *von Hoffmann* (Fn. 1), S. 14 ff., 21 ff., 66 ff.

3 *Eidenmüller*, Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz, 1999, S. 18.

4 Vgl. dazu *Eidenmüller* (Fn. 3), S. 124 ff., 235 ff., 246 ff., 309 ff. und passim; *dens.*, ZZP 121 (2008), 273 ff.; zuletzt etwa *Heuser*, Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation im Insolvenzverfahren, 2011, S. 19 ff., 107 ff. und passim; *Rösch*, Verhandlung und Mediation in der Insolvenz, 2009, S. 185 ff., 224 ff. und passim; *Schön*, Konsensuale Konfliktbewältigung in Krise und Insolvenz, 2007, S. 59 ff., 191 ff. und passim.

vor Verfahrenseröffnung im Konsens mit dem Schuldner privatautonom geschaffenen Rechtslagen bleibt dagegen nach wie vor richtig, dass die Bindung an diese Rechtslagen, das „*pacta sunt servanda*“, in der Insolvenzsituation in einem ansonsten beispiellosen Ausmaß zurücktreten muss, dass also die Privatautonomie massive Eingriffe erleidet und erleiden muss im Interesse einer die Gläubigergleichbehandlung achtenden und insgesamt zweckmäßigen Haftungsrealisierung.<sup>5</sup> Ein auf den Insolvenzschuldner zurückgehendes Schiedsverfahren – Schiedsverfahren aufgrund entsprechender, im Insolvenzverfahren getroffener Abreden mit dem Insolvenzverwalter sind weit weniger problematisch und jedenfalls nicht Gegenstand dieses Beitrags – ist hiervon im Ansatz ebenso betroffen wie andere Regelungsbereiche (wenngleich, worauf noch einzugehen sein wird, in international durchaus unterschiedlichem Ausmaß und unterschiedlicher Ausgestaltung). Treffen Schiedsverfahren und Insolvenz zusammen, kann man deshalb mit gutem Grund von einer Kollision verschiedener Welten sprechen,<sup>6</sup> die normativ wie dogmatisch spannende Rechtsfragen aufwirft.

Noch spannender, vor allem – nicht zuletzt im Hinblick auf das weltweite Phänomen des vollständigen Fehlens expliziter kollisionsrechtlicher Regelungen – weitaus verzwickter wird es, wenn der Konflikt mit dem (*de facto* und *de iure* universell sich auswirkenden) Insolvenzverfahren in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit auftritt, stehen in diesem Fall doch erst einmal die hierfür charakteristischen Lokalisierungs-, Qualifikations- und Bindungsprobleme im Vordergrund der Betrachtung und verschieben den eigentlichen, auf der Ebene des Sachrechts sich abspielenden Konflikt in die zweite, jedoch immer im Blickfeld zu behaltende Reihe. So nimmt es wunder, dass erst jetzt, als Folge der jüngsten, vermehrt auch international tätige Großunternehmen in die Insolvenz stürzenden Finanz- und Wirtschaftskrise das Verhältnis der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit zum Insolvenzrecht größere Aufmerksamkeit erfährt. Auch wenn dieser Fragenkreis schon früher vereinzelt behandelt wurde,<sup>7</sup> bedurfte es offenbar eines spektakulären Konflikts, um ihm die gebührende Beachtung zu verschaffen. Einen solchen hat uns die Insolvenz des polnischen Telekommunikationsunternehmens *Elektrim S.A.* aus dem Jahr 2007 nunmehr beschert (s. sub II.); er gibt auch Anlass zu der vorliegenden kurzen Betrachtung.

5 Vgl. nur Häsemeyer, FS 50 Jahre BGH, 2000, S. 725 ff.; Paulus, FS Uhlenbruck, 2000, S. 33 ff.; ders., FS Medicus, 2009, S. 281 ff.; Thole, KTS 2010, 383 ff.

6 Die Abschnittsüberschrift zitiert Salzberg/Zinkgraf, When Worlds Collide: The Enforceability of Arbitration Agreements in Bankruptcy, 27 Franchise L.J. 37 (2007); vgl. auch das in der amerikanischen Rechtsprechung und Literatur vielzitierte Diktum, wonach das Verhältnis von *bankruptcy policy* und *arbitration policy* „presents a conflict of near polar extremes“, so zuerst *Societe Nationale Algerienne Pour La Recherche, La Production, Le Transport, La Transformation et La Commercialisation des Hydrocarbures v. Distrigas Corp.*, 80 B.R. 606, 610 (D. Mass. 1987); ferner z.B. *Foucharde/Gaillard/Goldman*, International Arbitration, 1999, S. 345, 355 f.; *Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Arbitration, 2003, S. 206 ff.

7 Vgl. aber insbes. *Trunk*, Internationales Insolvenzrecht, 1998, S. 125 ff., 148 ff., 290 f., 383 f.; ders., IPRax 1995, 133; international z.B. *Mantilla-Serrano*, 11 Arb. Int. 51 (1995); *Westbrook*, 67 Minn. L.Rev. 595 (1983). Ausführlich jetzt *Philipp K. Wagner*, Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit, 2008.

## 2. Sachrechtlicher Befund

Die Positionierung einer Rechtsordnung in dem beschriebenen Spannungsverhältnis von Schiedsverfahren und Insolvenzverfahren wird zumindest de facto wesentlich davon geprägt, ob die betreffende Rechtsordnung sich zur Durchsetzung der insolvenzrechtlichen *policies*, aber auch aus allgemeinen Zweckmäßigkeitserwägungen einer *vis attractiva concursus* bedient, d.h. einer Konzentration der massebezogenen Rechtsstreitigkeiten beim Insolvenzgericht.<sup>8</sup> Ist dies der Fall, so liegt es nahe, diese Konzentrationswirkung auch die bisher vor einem Schiedsgericht geführten Verfahren ergreifen zu lassen, womit das Kind aus Sicht des Schiedsverfahrensrechtlers schon halb in den Brunnen gefallen ist.

Das deutsche Insolvenzrecht kennt eine *vis attractiva concursus* indessen traditionell nicht, und so nimmt das deutsche (Insolvenz-)Sachrecht, jedenfalls in der Interpretation der h.M., von jeher eine sehr schiedsfreundliche Position ein: Anders als das staatliche Gerichtsverfahren (§ 240 S. 1 ZPO), das durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens automatisch unterbrochen wird, um eine geordnete Übernahme der Parteistellung auf den nunmehr allein verfahrensbefugten Insolvenzverwalter sicherzustellen, wird das Schiedsverfahren durch die Verfahrenseröffnung an sich nicht berührt.<sup>9</sup> Vor allem aber steht für die h.M. die grundsätzliche Fortdauer der Bindung an die – unanfechtbar getroffene<sup>10</sup> – Schiedsabrede auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und damit eben auch die Fortsetzung des zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits anhängigen Schiedsverfahrens ebenso wie die Geltung der Schiedseinrede für den Fall eines nach Verfahrenseröffnung anhängig gemachten staatlichen Prozesses außer Frage.<sup>11</sup> Spezifische Einschränkungen zum Schutz der Insolvenzmasse implementiert das deutsche Recht über den *ordre public interne*,<sup>12</sup>

8 Dazu rechtsvergleichend *Lazić*, *Insolvency Proceedings and Commercial Arbitration*, 1998, S. 35 ff.

9 So jedenfalls die ganz h.M., vgl. nur BGH KTS 1966, 246; BGH ZIP 2009, 627, 628; *Ehrlicke*, ZIP 2006, 1847, 1850; *Flöther*, Auswirkungen des inländischen Insolvenzverfahrens auf Schiedsverfahren und Schiedsabrede, 2001, S. 12 ff.; *ders.*, DZWIR 2001, 89, 92; *Heuser* (Fn. 4), S. 74 ff.; *Heidbrinck/von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 269; *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs, 1985, S. 21 ff., 44 f.; *Poelzig*, ZZPInt 14 (2009), 393, 406; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl. 2005, Kap. 16 Rn. 49; a.A. *Lenzen*, NZBau 2003, 428, 430; *G. Wagner*, KTS 2010, 39, 57.

10 Auch die Schiedsvereinbarung als solche kann nach richtiger Ansicht der Insolvenzanfechtung unterliegen, vgl. RGZ 137, 109, 111; BGH ZInsO 2004, 88 = BeckRS 2003, 10371; *Flöther* (Fn. 9), S. 73 f., 90 f.; *Jestaedt* (Fn. 4), S. 70 ff.; *Heuser* (Fn. 4), S. 41 ff.; a.A. *Berger*, ZInsO 2009, 1033, 1035 f.

11 RGZ 137, 109, 111; BGHZ 24, 15, 18; BGH ZInsO 2004, 88 = BeckRS 2003, 10371; BGHZ 160, 127 = NJW 2004, 2898, 2899; BGH ZIP 2008, 478 = SchiedsVZ 2008, 148 [Tz. 17]; BGHZ 179, 304 = ZIP 2009, 627 = SchiedsVZ 2009, 176 [Tz. 11]; *Berger*, ZInsO 2009, 1033, 1034; *Ehrlicke*, ZIP 2006, 1847, 1849; *Flöther* (Fn. 9), S. 71 f.; *Heidbrinck*, SchiedsVZ 2009, 258, 261; *Heidbrinck/Gräfin von der Groeben*, ZIP 2006, 265 ff.; *Heuser* (Fn. 4), S. 24 ff.; *Jaeger/Henckel*, InsO, § 35 Rn. 93; *Jestaedt* (Fn. 9), S. 65 ff.; *Kück*, ZInsO 2006, 11 ff.; *Poelzig*, ZZPInt 14 (2009), 393, 404 f.; *Nacimiento/Bähy*, NJOZ 2009, 4752 ff.; *Schwab/Walter* (Fn. 9), Kap. 7 Rdnr. 33; *G. Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 309; *ders.*, KTS 2010, 39, 41; einschränkend (nur für Aktivprozesse des Verwalters) aber offenbar BGHZ 155, 371 = ZIP 2003, 1550, 1552; a.A. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 13.27 f.; *Jaeger/Windel*, InsO, 2007, § 80 Rn. 249; *Schulte-Frohlinde/Wilts*, ZInsO 2006, 196, 199.

12 Hiernach soll insbesondere die Beachtung zentraler insolvenzrechtlicher Prinzipien wie insbesondere der *par condicio creditorum* zu gewährleisten sein, vgl. *Ehrlicke*, ZIP 2006, 1847, 1850 ff.; *Flöther*, (Fn. 9), S. 109 ff.; *Heidbrinck/von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 270; *Jestaedt* (Fn. 9), S. 141 ff.; *Nacimiento/Biner*, NJOZ 2009, 4752, 4755 f.; *Poelzig*, ZZPInt 14 (2009), 393, 407 ff.; vgl. auch BGHZ 179, 304 = ZIP 2009, 627 = SchiedsVZ 2009, 176 [Tz. 28] zur Forderungsfeststellung.

über den Einwand der Undurchführbarkeit<sup>13</sup> und durch Statuierung von Ausnahmebeständen, etwa für Prozesse um insolvenzspezifische Befugnisse wie insbesondere Ansprüche aus Insolvenzanfechtung, die überwiegend von der Bindung an eine Schiedsabrede ausgenommen werden.<sup>14</sup> Dass diese Einschränkungen erst im Nachhinein geltend gemacht werden können und unter Umständen einem aufwändigen Schiedsverfahren nachträglich den Boden entziehen, macht freilich einen nicht ganz unbedeutenden Pferdefuß aus. Sehr ähnlich in Ansatz und Ergebnis ist die Rechtslage in der Schweiz.<sup>15</sup>

Für einen gänzlich anderen Ansatz, wenngleich nicht für wesentlich andere Ergebnisse mag das US-amerikanische Bundesinsolvenzrecht stehen, das, ausgehend von einer *vis attractiva concursus*, das Schiedsverfahren gleich allen anderen Einzelschiedsverfahren nach einem *automatic stay* erst einmal auf den *Bankruptcy Court* überleitet, allerdings versehen mit der Möglichkeit, diese Verfahren nach pflichtgemäßem Ermessen – je nach der Intensität des Bezugs zu den wesentlichen insolvenzrechtlich geschützten Interessen im Einzelfall – wieder „freizugeben“.<sup>16</sup> Hieran wird vielfach die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung im Umgang mit der „Freigabemöglichkeit“ und die damit verbundene Einbuße an Rechtssicherheit beklagt;<sup>17</sup> ein nicht zu leugnender Vorteil besteht indessen immerhin darin, dass die Beteiligten nicht erst im Nachhinein erfahren, ob überhaupt und, wenn ja, wie ein Schiedsverfahren trotz der Insolvenz durchzuführen war.

Dass aber über die Konstruktionsdivergenzen hinaus auch das den Verfahrensrechten der meisten wichtigen Wirtschaftsnationen und Schiedsplätze gemeinsame tendenziell „schiedsfreundliche“ Ergebnis<sup>18</sup> nicht selbstverständlich ist, zeigt das

- 13 Undurchführbar i.S.v. § 1032 Abs. 1 a.E. ZPO ist die Schiedsabrede u.a. dann, wenn eine der Schiedsparteien den ihr obliegenden (i.d.R. hälftigen) Vorschuss auf die Kosten des Schiedsverfahrens nicht aufbringen kann und auch der Gegner diesen Kostenanteil nicht übernehmen will, s. allgemein BGHZ 145, 116, 119 f. = NJW 2000, 3720, und speziell im Insolvenzzusammenhang *Flöther* (Fn. 9), S. 79; *ders.*, DZWIR 2001, 89, 94 f.; *Heidbrink/von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 266; *G. Wagner*, SchiedsVZ 2003, 206, 207; *ders.*, KTS 2010, 39, 42.
- 14 Vgl. BGH ZInsO 2004, 88 = BeckRS 2003, 10371; BGH ZIP 2008, 478 = SchiedsVZ 2008, 148 [Tz. 17]; *Berger*, ZInsO 2009, 1033, 1036 f.; *Heidbrink*, SchiedsVZ 2009, 258 ff.; *Heidbrink/Gräfin von der Groeben*, ZIP 2006, 265, 266; *Heuser* (Fn. 4), S. 38 ff.; *Kück*, ZInsO 2006, 11, 13 ff., 17; *Nacimiento/Bähr*, NJOZ 2009, 4752, 4753; *Heydn*, SchiedsVZ 2010, 182 ff.; a.A. *Paulus*, ZInsO 1999, 242, 244 f.
- 15 Vgl. *Baizeau*, in: Müller/Rigozzi (Hrsg.), *New Developments in International Commercial Arbitration* 2009, 2009, S. 97, 102; *Bernet*, FS Kellerhals (2005), S. 3 ff.; *Lévy*, (2005) Int. A.L.R. 23 ff.: ebenfalls keine automatische Unterbrechung und Bindung an die Schiedsvereinbarung, lediglich Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf das Insolvenzverfahren.
- 16 Vgl. zum *automatic stay* nach B.C. § 362 (a) etwa *Association of St. Croix Condominium Owners v. St. Croix Hotel Corp.*, 682 F.2d 446, 448 (3rd Cir. 1982); *In re Cavanaugh*, 271 B.R. 414, 424 (Bankr. D. Mass. 2001); ferner zur *vis attractiva concursus* einerseits, der Freigabe des Verfahrens bei „non-core“ proceedings sowie ggf. auch bei „core“ proceedings durch den *Bankruptcy Court* andererseits etwa *In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d 631, 640 (2d Cir. 1999); *In re Gandy*, 299 F.3d 489, 495 (5th Cir. 2002); *MBNA America Bank v. Hill*, 436 F.3d 104, 108 (2d Cir. 2006); *In re Bethlehem Steel Corp. v. Moran Towing Co.*, 390 B.R. 784 (Bankr. S.D.N.Y. 2008); aus der Lit. z.B. *Resnick*, 15 A.B.I. L. Rev. 183 ff., 194, 213 (2007); *Rosell/Prager*, 18 J. Int. Arb., 417, 420 (2001); *Salzberg/Zinkgraf*, 27 Franchise L. J. 37 (2007); *Sentner*, (2006) BLI 12; *Westbrook*, 67 Minn.L.Rev. 595 (1983).
- 17 *Resnick*, 15 A.B.I. L. Rev. 183, 186 (2007).
- 18 Vgl. noch zu England *Burn/Grubb*, (2005) Int. A.L.R. 124; zu Frankreich Cour d'Appel Paris, Rev. Arb. 1970, 2 u. Rev. Arb. 1989, 711; *Foucharde*, Rev. Arb. 1998, 471; *Mourre*, Rev. Trim. LexisNexis Januar-März 2005, S. 101, 108; rechtsvergleichender Gesamtüberblick bei *Born*, International Commercial Arbitration, 2009, S. 809 ff.; *Robertson*, Cross-Border Insolvency and International Commercial Arbitration, 2009, S. 7 ff.; *Lazić* (Fn. 8), passim.

Beispiel des polnischen Rechts, wonach mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens jegliche Schiedsvereinbarung ihre Wirkung verliert und jedes anhängige Schiedsverfahren unwiderruflich eingestellt werden muss;<sup>19</sup> ähnlich verfahren offenbar andere Staaten wie etwa Spanien, die Niederlande, Lettland und Bulgarien.<sup>20</sup> Als systemwidrig wird man diese „schiedsunfreundliche“ rechtspolitische Entscheidung kaum bezeichnen können, bildet doch gerade umgekehrt die Insolvenzfestigkeit der Schiedsabrede einen Fremdkörper im Insolvenzrechtssystem, das eben nicht pauschal mit der „Rechtsnachfolge“ des Verwalters in die vom Schuldner geschaffene, der Masse jetzt gewissermaßen „anhaftende“ Rechtslage erklärt werden kann, sondern im Gegenteil ganz bewusst der privatautonom durch den Schuldner geschaffenen Rechtslage Grenzen setzt. Bloß vertragliche Abreden des Schuldners sind deshalb im Prinzip gerade nicht „insolvenzfest“, so dass die ausnahmsweise Bindung des Verwalters hier wohl einer besseren haftungsrechtlichen Legitimation bedürfte als sie bisher auf dem Tisch liegt.<sup>21</sup>

### 3. Bedeutung der kollisionsrechtlichen Fragestellung

Für die Zwecke der vorliegenden kurzen Betrachtung genügt aber die Feststellung beträchtlicher sachrechtlicher Divergenzen in der Behandlung des Verhältnisses von Schiedsverfahren und Insolvenz, da sie die große praktische Bedeutung der Frage des hierauf anwendbaren Rechts verdeutlicht: Sofern es sich hierbei um eine Frage handelt, auf die das Insolvenzstatut (die *lex concursus*) Anwendung findet, so ist in der Regel einheitlich für alle internationalen Schiedsverfahren die Grundentscheidung des Heimatrechts der insolventen Schiedspartei maßgeblich: Insolvenzstatut ist das Recht des Eröffnungsstaats (s. für den Geltungsbereich der EuInsVO deren Art. 4 Abs. 1), und dieser wiederum richtet sich nach dem „Interessenmittelpunkt“ (*center of main interest*, s. Art. 3 Abs. 1 EuInsVO).<sup>22</sup> Damit ist die Akzeptanz des Schiedspruchs zumindest in diesem Staat, in dem in der Regel auch der Großteil der Insolvenzmasse belegen ist, gesichert.

Ist dagegen das Schiedsverfahrensstatut (die *lex arbitri*) maßgeblich, so kann ein und dieselbe Frage je nach dem anwendbaren Schiedsverfahrensstatut u.U. unterschiedlich beantwortet werden, so dass regelmäßig schon der Auswahl des jeweiligen Schiedsorts große Bedeutung zukommt: Als *lex arbitri* fungiert in der Regel das Sachrecht desjenigen Staates, in dem das Schiedsgericht domiziliert (*lex loci arbitri*),<sup>23</sup>

19 Art. 142 des polnischen Konkurs- und Sanierungsgesetzes v. 28.2.2003 (Prawo upadłościowe i naprawcze [pKŚG], Originaltext s. <http://www.abc.com.pl/serwis/du/2009/1361.htm> [Stand 1.4.2011]), Übersetzung nach übereinstimmender Ansicht der Parteien in den Elektrim-Verfahren: „Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued“.

20 Vgl. für Spanien Art. 52 Abs. 1 Konkursgesetz (Ley 22/2003) und dazu Lopez Ortiz, (2005) Int. A.L.R. N-22; i.Ü. vgl. Born, (Fn. 18), S. 810; Robertson (Fn. 18), S. 9.

21 Vgl. etwa Häsemeyer, Windel aaO. (Fn. 11), aber auch Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2483 sub III. 2.1.

22 Vgl. dazu EuGH Slg. I 2006, 3854 = NJW 2006, 2682 (Rs. C-341/04 „Eurofood/Parmalat“), und zuletzt etwa Paulus, NZI 2008, 1 ff.; Rotstege, ZIP 2008, 955 ff.; Wessels, IILR 2010, 57 ff.; zur Maßgeblichkeit des Antragszeitpunkts s. EuGH Slg. I 2006, 719 = ZIP 2006, 188 (Rs. C-1/04 „Susanne Staubitz-Schreiber“).

23 Zur Ortsanknüpfung des Schiedsverfahrensstatuts s. für das deutsche Recht § 1025 Abs. 1 i.V.m. § 1043 Abs. 1 ZPO; dazu umfassend und krit. Solomon, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, S. 400 ff.; zur früheren Rechtslage bereits von Hoffmann, S. 63 f. Zum Begriff des „Schiedsorts“/„Schiedssitzes“ s. Steinbrück, Die Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte, 2009, S. 27 ff.; Solomon, aaO., S. 424 ff.

bzw., soweit die *lex fori* des später damit befassten staatlichen Gerichts dies akzeptiert,<sup>24</sup> das von den Schiedsparteien gewählte Recht.<sup>25</sup> Eine nach Maßgabe der *lex arbitri* ggf. zulässigerweise gewählte Schiedsordnung<sup>26</sup> wird dagegen nur selten weiterhelfen; denn jedenfalls die Schiedsordnungen der institutionellen Schiedsgerichte wie ICC, DIS und LCIA enthalten keine Regelungen zum Einfluss der Insolvenz auf das Schiedsverfahren.<sup>27</sup>

Ein Vorteil der Heranziehung der *lex arbitri* liegt demgegenüber nicht allein darin, dass sie in der Regel auch dem Heimatrecht der Schiedsrichter entspricht und dem Schiedsgericht daher zumindest die Arbeit erleichtert. Vor allem kann die Heranziehung des Schiedsverfahrensstatuts ggf. auch verhindern, dass ein Schiedsverfahren nach der Insolvenzeröffnung in einem Staat mit „schiedsunfreundlichem“ Insolvenzrecht abgebrochen werden muss; da die *lex arbitri* anders als das Insolvenzstatut – das am *center of main interest* hängt und insofern einem gewissen *forum shopping* unterliegt – zudem feststeht (bzw. nur mit Zustimmung beider Schiedsparteien geändert werden könnte), ist auf die Modalitäten einer Durchführung des Schiedsverfahrens im Insolvenzfall jedenfalls Verlass, was im Hinblick auf die mit der Schiedsabrede nicht zuletzt bezweckte Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung ist. Zwar stellt sich in diesem Fall stets die Frage, ob Insolvenzverwalter und Gerichte in einem Staat mit restriktiver Regelung der Schiedsverfahren in der Insolvenz den Schiedsspruch auch akzeptieren werden; mit einem gewissen Restrisiko der Handhabung des *Ordre-public*-Vorbehalts sollte das aber auch durch die Abkommen zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gewährleistet sein.<sup>28</sup>

## II. Die „Elektrim v. Vivendi“-Verfahren

Die gegenüber anhängigen Schiedsverfahren denkbar restriktive Regelung des polnischen Insolvenzrechts gab in den letzten Jahren Anlass zu mehreren Entscheidungen von Schiedsgerichten wie von staatlichen Gerichten verschiedenster europäischer Länder. Ursache war jeweils, dass über das Vermögen der polnischen Telekommunikationsfirma *Elektrim S.A.*, die an verschiedensten Schiedsorten in zahlreichen bereits eingeleiteten Schiedsverfahren mit der französischen *Vivendi S.A.* um die Folgen aus einer gescheiterten Übernahme stritt, in Polen ein (Haupt-)Insolvenzverfahren eröffnet und *Jozef Syska* zum Insolvenzverwalter ernannt worden war.<sup>29</sup>

24 Nach Art. V Abs.1 lit. d des New Yorker UN-Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 (UNÜ) ist primär auf das von den Parteien vereinbarte Verfahrensrecht unmittelbar zurückzugreifen und nur subsidiär auf das Recht des Schiedsorts, s. dazu MünchKomm-ZPO/Adolphsen, 2. Aufl. 2007, Art. V UNÜ Rn. 46 f.; Solomon (Fn. 23), S. 58 ff.; Schwab/Walter (Fn. 9), Kap. 57 Rn. 13, Kap. 50 Rn. 2 ff.; von Hoffmann (Fn. 1), S. 66 ff.; R. Münzberg, Die Schranken der Parteivereinbarungen in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 1970, S. 101 ff.

25 Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2482.

26 Zu dieser Möglichkeit vgl. Eyber, ZInsO 2009, 1225, 1229; Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2482; MünchKomm-InsO/Reinhart, 2. Aufl. 2008, Art. 15 EuInsVO Rn. 4.

27 Vgl. Ph. Wagner, 3 Disp. Res. Int. 56, 60 (2009).

28 So ist es mit den englischen Schiedssprüchen, die in den *Elektrim*-Verfahren unter Nichtberücksichtigung des § 142 pKSG ergangen waren, in Polen – vorbehaltlich der bis dato noch ausstehenden Bestätigung durch den Obersten Gerichtshof – auch geschehen (s. Kröll in: Ferrari/Kröll [Hrsg.], Conflict of Laws in International Arbitration, 2010, S. 228 Fn. 50), allerdings nicht in Frankreich (vgl. Cass. Civ. 1ère, 6 mai 2009, Pourvoi n° 08-10.281).

29 Deshalb firmieren die Entscheidungen teils unter „*Elektrim v. Vivendi*“, teils unter „*Syska v. Vivendi*“.

In einem englischen LCIA-Schiedsverfahren über eine Schadensersatzforderung von *Vivendi* i.H.v. 1,9 Mrd. EUR stellte sich das Schiedsgericht auf den Standpunkt, das restriktive polnische Insolvenzstatut sei nicht anzuwenden; vielmehr sei das Schiedsverfahren, dem anzuwendenden englischen Schiedsverfahrensstatut gemäß, von der Verfahrenseröffnung in Polen unberührt geblieben. Der High Court<sup>30</sup> und später der Court of Appeals<sup>31</sup> billigten dies. Das Schiedsgericht und mit ihm übereinstimmend die Gerichte subsumierten zunächst das Schiedsverfahren unter Art. 15 EuInsVO, mit der Folge, dass die Wirkung der Insolvenzeröffnung auf ein bereits anhängiges Schiedsverfahren dem (englischen) Schiedsverfahrensstatut unterliege.<sup>32</sup> Die Gerichte folgten ebenfalls der Argumentation des Schiedsgerichts in Bezug auf die Auswirkung der Eröffnung des Schiedsverfahrens auf die Schiedsvereinbarung: Da die Aufhebung der Schiedsvereinbarung automatisch die Beendigung des Schiedsverfahrens zur Folge haben würde, könne die Auswirkung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Schiedsvereinbarung nur nach demselben Recht beurteilt werden, das auch die Auswirkungen auf das anhängige Schiedsverfahren regelt.<sup>33</sup>

Die englischen Gerichte setzten sich dabei nicht mit dem völlig abweichenden Prüfungsansatz und Ergebnis auseinander, das die im Wesentlichen gleiche Frage zwischen denselben Parteien kurz zuvor am Schiedsplatz Schweiz erfahren hatte: Ein ebenfalls bereits vor der polnischen Verfahrenseröffnung eingeleitetes ICC-Schiedsverfahren in Genf wurde durch das Schiedsgericht im Hinblick auf die polnische Insolvenzeröffnung über die *Elektrim S.A.* eingestellt; dem stimmte das Schweizerische Bundesgericht zu.<sup>34</sup> Das Schiedsgericht und mehrheitlich<sup>35</sup> auch das Bundesgericht qualifizierte die Bestimmung des § 142 pKSG entgegen ihrem Wortlaut nicht als Regelung der (fortdauernden) Wirksamkeit der Schiedsabrede, sondern als Regelung der Schiedsverfahrensparteifähigkeit (subjektiven Schiedsfähigkeit); die Bestimmung sei auch anwendbar, denn die Schiedsverfahrensparteifähigkeit bestimme sich in Ermangelung einschlägiger Sonderregelungen nach der (materiellrechtlichen) Rechtsfähigkeit<sup>36</sup> und diese wiederum nach dem Gesellschaftsstatut, hier also dem polnischen Recht.<sup>37</sup> Darauf, ob das Schiedsverfahren zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bereits eingeleitet war, kommt es nach dieser Deduktion nicht an; die EuInsVO war hier aber auch nicht anwendbar.

30 Entscheidung vom 2.10.2008, *Jozef Syska Acting as the Administrator of Elektrim S.A. (In Bankruptcy) and Elektrim S.A. (In Bankruptcy) v. Vivendi Universal S.A., Vivendi Telecom International S.A., Elektrim Telekomunikacja Sp z o.o., Carcom Warszawa Sp z o.o.*, [2008] EWHC 2155 (Comm), [2008] 2 Lloyd's Rep. 636 (Q.B.D., per Clarke J.) = SchiedsVZ 2008, 316 (Auszug, Volltext in <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/2155.html>).

31 Entscheidung vom 9.7.2009, *Jozef Syska etc.* (s. Fn. zuvor), [2009] EWCA Civ 677 (C.A.), [2009] 2 All E.R. (Comm) 891 = ILLR 2010, 39 = ZIP 2010, 2528 (per Longmore, Patten L.J.).

32 High Court (Fn. 30), Tz. 43 ff. (per Clarke J.); C.A. (Fn. 31), Tz. 16 (per Longmore L.J.).

33 High Court (Fn. 31), Tz. 94 ff. (per Clarke J.); C.A. (Fn. 31), Tz. 18 f. (per Longmore L.J.), 30 (per Patten L.J.).

34 Entscheid vom 31.3.2009 – T 1/2 4A\_428/2008, ZIP 2010, 2530.

35 Nach der (in der mündlichen Verhandlung mitgeteilten) Auffassung von zwei der fünf Bundesrichter war dies dagegen eine Frage des Fortbestehens einer wirksamen Schiedsabrede, s. eingehend *Naegeli*, Die Auswirkungen der Konkurerklärung auf ein hängiges Schiedsverfahren, in: Jusletter 31.8.2009, Rn. 13 ff.

36 Schweizerisches BG ZIP 2010, 2530, sub 3.2 der Erwägungsgründe.

37 Schweizerisches BG ZIP 2010, 2530, sub 3.3 der Erwägungsgründe.

Für wenigstens zwei wichtige Schiedsplätze ist damit eine divergierende Auffassung sowohl der Schiedsgerichte als auch der jeweils zuständigen staatlichen Gerichte über die Auswirkungen eines „schiedsunfreundlichen“ Insolvenzstatuts offenbar geworden, und zwar nicht nur, was das kollisionsrechtliche Ergebnis angeht, sondern schon hinsichtlich der Vorfrage der Qualifikation, bei der das Problem hier zweifellos primär anzusiedeln ist.<sup>38</sup> Berichtet wird, dass dies nicht nur erregte Diskussionen in der internationalen Schieds- und Insolvenzszene,<sup>39</sup> sondern sogar schon die Erwartung von Ausweichreaktionen zur Vermeidung des Schiedsplatzes Schweiz hervorgerufen habe.<sup>40</sup>

### III. Insolvenz und Binnenmarkt-Schiedsverfahren

Besondere Beachtung verdient aus deutscher Sicht naturgemäß die Frage, welcher Rechtsordnung ein Schiedsgericht mit Sitz im Geltungsbereich der EuInsVO – also der Europäischen Union mit Ausnahme Dänemarks – die Rechtsfolgen des im Geltungsbereich der EuInsVO eröffneten Insolvenzverfahrens<sup>41</sup> über das Vermögen einer Schiedspartei zu entnehmen hat.

38 Die Bedeutung der Qualifikationsfrage betonend auch *Baizeau* (Fn. 15), S. 97, 113 f.; *Kröll* (Fn. 28), S. 241 f., 243 ff.; *Mankowski*, ZIP 2010, 2478, 2479; *Robertson*, (2009) Int. A.L.R. 125, 127 f.; *Ph. Wagner*, GWR 2010, 129, 131.

39 Zum literarischen Niederschlag dieser Diskussionen vgl., jew. m.w.N., z.B. *Aebi/Frey*, ASA Bulletin 1/2010, 113; *Baizeau* (Fn. 15), S. 97; *Byrne*, Court of Appeal determines effect of party's insolvency in one EU jurisdiction on arbitral proceedings in another (zitiert nach <http://arbitration.practical-law.com/1-386-8988>, Stand: 1.4.2011); *Dundas*, 75 Arbitration 551 (2009); *Foy*, Des effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'égard du défendeur à une procédure arbitrale au regard du droit communautaire dans les arrêts anglais Syska c/ Vivendi (zitiert nach <http://m2bde.u-paris10.fr/content/des-effets-de-louverture-dune-proc%C3%A9dure-dinsolvabilit%C3%A9-%C3%A0-l%C3%A9gard-du-d%C3%A9fendeur-%C3%A0-une-proc%C3%A9dure>; Stand 1.4.2011); *Hargrove/Liborio*, 75 Arbitration 1 (2009); *Karrer*, ASA Bulletin 1/2010, 111; *Kasolowsky/Steup*, IPRax 2010, 180; *Kröll* (Fn. 28), S. 211; *Lazić*, Cross-border Insolvency: Effects of Insolvency Proceedings on Arbitration (zitiert nach [www.docstoc.com/docs/51041318/Professor-Vesna-Lazik---Cross-border-Insolvency-Effects-of-Insolvency-Proceedings-on-Arbitration](http://www.docstoc.com/docs/51041318/Professor-Vesna-Lazik---Cross-border-Insolvency-Effects-of-Insolvency-Proceedings-on-Arbitration), Stand 1.4.2011); *Mankowski*, ZIP 2010, 2478; *Nacimiento/Bähr*, NJOZ 2009, 4752, 4759 f.; *Naegeli* (Fn. 35), Rn. 1; *ders.*, (2010) Austrian Yearb. Int. Arb. 193; *Poelzig*, ZZPInt 14 (2009), 393, 428 ff.; *Robertson* (2009) Int. A.L.R. 125; *ders.* (Fn. 18); *Spoorenberg/Feltrath*, Switzerland: The Uneasy Relationship Between Arbitration And Bankruptcy (zitiert nach [www.mondaq.com/article.asp?articleid=83270](http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=83270), Stand 1.4.2011); *Sutcliffe/Rogers*, 76 Arbitration 277 (2010); *Voser/Rihar*, Ongoing international arbitration discontinued vis-avis insolvent co-respondent (zitiert nach <http://arbitration.practicallaw.com/0-387-4923>; Stand 1.4.2011); *Ph. Wagner*, 3 Disp. Res. Int. 56 (2009); *ders.*, GWR 2010, 129; *G. Wagner*, KTS 2010, 39, 59 ff.; *Weininger*, Effect of Party's Insolvency in One EU Jurisdiction on Arbitral Proceedings in Another (zitiert nach [www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=b903853b-3561-4a9c-a26a-80fa66af3b3f](http://www.internationallawoffice.com/Newsletters/Detail.aspx?g=b903853b-3561-4a9c-a26a-80fa66af3b3f), Stand 1.4.2011); *Westbrook*, International Arbitration and Multinational Insolvency, Conference Paper, International Academy of Commercial and Consumer Law, Toronto, July 21, 2010 (zitiert nach [www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/IACCL10-Westbrook.pdf](http://www.law.utoronto.ca/documents/conferences2/IACCL10-Westbrook.pdf), Stand 1.4.2011).

40 *Karrer*, ASA Bulletin 1/2010, 111, 112; *Mankowski*, ZIP 2010, 2478, 2879; *Naegeli* (Fn. 35), Rn. 47; vgl. auch *Kasolowsky/Steup*, IPRax 2010, 180, 184; *Spoorenberg/Feltrath* (Fn. zuvor).

41 Zu den „Insolvenzverfahren“ i.S. der EuInsVO gehören unter gewissen Umständen auch Vorverfahren wie das deutsche Insolvenzeröffnungsverfahren (s. EuGH Slg. I 2006, 3854 = NJW 2006, 2682 [Rs. C-341/04 „Eurofood/Parmalat“], und dazu etwa *Reinhardt*, NZI 2009, 201 ff.); auf die damit im vorliegenden Zusammenhang verbundenen zusätzlichen Fragen kann im Rahmen dieser kurzen Abhandlung aber nicht eingegangen werden.

## 1. Zur Anerkennung der Insolvenzeröffnung

Für das Schiedsgericht mag zunächst die Versuchung naheliegen, das eigene, durch die privatautonome prozessuale Disposition der Parteien legitimierte Verfahren dadurch vor den Auswirkungen der Insolvenzeröffnung zu schützen, dass es die Insolvenzeröffnung ignoriert, ihr also die Anerkennung als rechtlich relevanten Tatbestand verweigert. Diese Option besteht indessen unstreitig nicht,<sup>42</sup> wengleich die Begründung hier angesichts der lediglich losen territorialen Zuordnung des Schiedsgerichts nicht völlig auf der Hand liegt. Richtigerweise sollte man wohl argumentieren, dass eine Bindung des Schiedsgerichts an eine *lex loci arbitri*, die der strikten Bindung des staatlichen Gerichts an die *lex fori* äquivalent ist, zwar nicht existiert, dass das Schiedsgericht aber andererseits zwangsläufig die spätere Akzeptanz seiner Entscheidung bei staatlichen Gerichten im Auge behalten muss und deshalb – insofern die künftige Durchsetzung des Schiedsspruchs antizipierend – die Anerkennung vom Standpunkt derjenigen *lex fori* aus zu beurteilen hat, die für das später mit der Sache zu befassende Gericht maßgeblich ist. Für den Geltungsbereich der EuInsVO ergibt sich hieraus eine Art mittelbare Geltung des Grundsatzes der Universalität des Insolvenzverfahrens, konkretisiert in der automatischen Anerkennung und Wirkungserstreckung eines in einem Mitgliedstaat eröffneten Insolvenzverfahrens (Artt. 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 EuInsVO); denn bei Nichtbeachtung dieses Grundsatzes wäre der Schiedsspruch in keinem Mitgliedstaat vollstreckbar und unterläge der Aufhebung (vgl. für das deutsche Recht § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO).<sup>43</sup>

## 2. Zur Anwendbarkeit von Art. 15 EuInsVO

Dass die englischen Gerichte das Schiedsverfahren danach unter Art. 15 EuInsVO subsumierten, ist keine Überraschung; dies entspricht der herrschenden Meinung<sup>44</sup>, die damit zugleich in einer der Rechtssicherheit zweifellos förderlichen Art und Weise gefestigt wird. Der Wortlaut der Bestimmung („*lawsuit*“ [engl.] bzw. „*instance*“ [frz.], „*Rechtsstreit*“ [dt.], „*procedimenti*“ [it.], „*procedimentos*“ [span.]) ist hierfür in der Tat offen,<sup>45</sup> und eine Ausschlussnorm wie Art. 1 Abs. 2 lit. d. EuGVVO gibt es in der EuInsVO nicht.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Vgl. aber Kröll (Fn. 28), S. 211, 240, der dies offenbar im Interesse der Privatautonomie in das Ermessen des Schiedsgerichts stellen möchte.

<sup>43</sup> Vgl. Baizeau (Fn. 15), S. 97, 105; Nacimiento/Biner, NJOZ 2009, 4752, 4758 f.; im Ergebnis übereinstimmend, aber mit einer unmittelbaren Bindung von Schiedsgerichten an das Internationale Insolvenzrecht der *lex (loci) arbitri* als „Ersatz-*lex fori*“ und damit ggf. an die EuInsVO argumentierend dagegen Kröll (Fn. 28), S. 211, 219 f., 234 ff.; Poelzig, ZZPInt. 14 (2009), 393, 421 f.; Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2480, 2481; Robertson, (2009) Int. A.L.R. 125, 126; Virgós/Garcimartín, The European Insolvency Regulation: Law and Practice, 2004, Nr. 261; Ph. Wagner (Fn. 7), S. 113 ff.; ders., 3 Disp. Res. Int. 56, 61 (2009).

<sup>44</sup> Baizeau (Fn. 15), S. 97, 108 f.; Huber, ZZP 114 (2001), 133, 166; Kröll (Fn. 28), S. 211, 249; Nacimiento/Biner, NJOZ 2009, 4752, 4760; Poelzig, ZZPInt. 14 (2009), 393, 424 ff.; Virgós/Garcimartín, (Fn. zuvor), Nr. 261; G. Wagner, KTS 2010, 39, 57 ff.; Ph. Wagner (Fn. 7), S. 156 ff.; ders., 3 Disp. Res. Int. 56, 63 (2009); modifizierend Paulus, EuInsVO, 3. Aufl. 2010, Art. 15 Rn. 3; nur nach Maßgabe des Prozessrechts des betreffenden Mitgliedstaats; a.A. Pannen/Dammann, EuInsVO, 2007, Art. 15 Rn. 8; wohl auch Gruber, in: Haß/Gruber/Huber/Heiderhoff, EuInsVO, 2. Aufl. 2010, Art. 15 Rn. 5 f.

<sup>45</sup> Zutr. Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2480 m.w.N. zu anderen Sprachen; s. dazu bereits die Entscheidung des englischen Court of Appeal aaO. (Fn. 31) [Tz. 16].

<sup>46</sup> Hiermit argumentiert schon der englische High Court aaO. (Fn. 30) [Tz. 55]; s. auch Poelzig, ZZPInt. 14 (2009), 393, 425.

Die Teleologie des Art. 15 EuInsVO wird man gleichwohl genauer zu betrachten haben. Jedenfalls zu kurz greift die verbreitete Argumentation mit der Ratio von Unterbrechungstatbeständen,<sup>47</sup> denn es handelt sich doch gerade um die kollisionsrechtliche Frage, welche Rechtsordnung ihre Auffassung vom Ob und Wie einer Unterbrechung durchsetzt – die *lex fori* des anhängigen Rechtsstreits (hier in Gestalt der *lex arbitri*) oder die *lex concursus*. Auch die Gleichbehandlung staatlicher und privater Konfliktlösungsverfahren trägt als entscheidendes Argument zur Auslegung speziell des Art. 15 EuInsVO insofern nicht; sie ist als rechtspolitisches Endziel zweifellos wünschenswert, ein Ziel speziell der internationalen Insolvenzkollisionsrechtsvereinheitlichung war und ist dies jedoch kaum. Vielmehr geht es in Art. 15 EuInsVO doch recht deutlich um den Schutz der einzelstaatlichen Souveränität, der in besonderem Maße betroffen ist, wenn es um das gerichtliche Verfahren und seine Beeinflussung durch die Insolvenz einer Partei geht;<sup>48</sup> für Schiedsverfahren kommt dieser Aspekt gerade nicht zum Tragen.

Es versteht sich danach keineswegs von selbst, dass die Teleologie des Art. 15 EuInsVO auch das Schiedsverfahren ergreift: Dass dieses nach *Raapes* bekanntem Diktum irgendwo „geerdet“ sein muss, ist zunächst einmal ein Gebot der Praktikabilität und bedeutet nicht, dass der Sitzstaat ein äquivalentes Interesse daran hat, die Folgen der Insolvenz einer Partei selbst zu regeln. Auch wenn deshalb im Rahmen der anstehenden Überarbeitung der EuInsVO eine Klarstellung des Art. 15 EuInsVO wünschenswert erschiene, dürfte jedoch letztlich auch die Unterstützungsfunktion der staatlichen Gerichte<sup>49</sup> einen hinreichenden Bezug des Schiedsverfahrens zur staatlichen Gerichtsbarkeit darstellen, um nach der Zweckbestimmung des Art. 15 EuInsVO die Anwendung der *lex (loci) arbitri* zu rechtfertigen. Insofern ist es eben doch die „natürlichste“ und den Erwartungen der Parteien am ehesten entsprechende Lösung,<sup>50</sup> wenn sich die Auswirkungen der Insolvenz einer Partei in anhängigen Verfahren aller Art nach der für das Verfahren geltenden, in der Regel vom Verfahrensort determinierten Rechtsordnung bestimmen (s. sogleich sub 3.); dies wird besonders deutlich, wenn mehrere an ein und demselben Verfahren beteiligte Parteien mit unterschiedlichem Insolvenzstatut insolvent werden (wie es auch bei verschiedenen konzernzugehörigen Gesellschaften der Fall sein kann, wenn es keinen einheitlichen *center of main interests* gibt oder wenn Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet werden).

### 3. Zur Reichweite der Verweisung des Art. 15 EuInsVO

a) Ist Art. 15 EuInsVO auf das Schiedsverfahren anwendbar, so gilt – als Ausnahme von der allgemeinen Bestimmung des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 lit. f EuInsVO<sup>51</sup> – für die Wirkungen des Insolvenzverfahrens auf den anhängigen Rechtsstreit das Schieds-

47 Etwa bei *Mankowski*, ZIP 2010, 2478, 2480.

48 Vgl. *Moss/Smith*, in: *Moss/Fletcher/Isaacs*, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, 2<sup>nd</sup> ed. 2009, Rn. 8.252.

49 Vgl. *Steinbrück* (Fn. 23), S. 21 ff.; allgemein zur Unterstützungsfunktion ebd. S. 7 ff., 41 ff.

50 C.A. (Fn. 31), Tz. 16 (per Longmore L.J.).

51 Zur Eigenschaft des Schiedsverfahrens als „Rechtsverfolgungsmaßnahme“ s. EuGH Slg. 2005, I-2175 = BeckRS 2005, 70210 (Rs. C-294/02, „AMI Semiconductor“) [Tz. 69].

verfahrensstatut<sup>52</sup> und damit in der Regel das Sachrecht desjenigen Staates, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat (*lex loci arbitri*).<sup>53</sup>

Nach einer verbreitet vertretenen engen Auffassung bezieht sich Art. 15 EuInsVO jedoch nur auf die unmittelbaren Folgen der Insolvenzeröffnung für den anhängigen Rechtsstreit, also Aussetzung und Unterbrechung sowie die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen und Konsequenzen einer Wiederaufnahme und Fortführung des Rechtsstreits durch den Verwalter.<sup>54</sup> Nicht erfasst werde insbesondere das Entfallen der „subjektiven Schiedsfähigkeit“ oder „Schiedsverfahrens(partei)fähigkeit“;<sup>55</sup> hierfür sei vielmehr das Personalstatut des Schuldners – ggf. also das Gesellschaftsstatut – bzw., dieses verdrängend (wenngleich mit diesem in der Regel ohnehin übereinstimmend<sup>56</sup>), das Insolvenzstatut maßgeblich.<sup>57</sup> Wäre dem zu folgen, so hätten die englischen Gerichte – die sich hiermit überhaupt nicht explizit befasst haben – mithin falsch entschieden; dies erklärt die erhebliche Bedeutung dieser speziellen Frage und den hierüber entstandenen Wirbel.

b) Indessen kommt es hierauf nur an, wenn die polnischen (und ähnliche) Regelungen wirklich – wie dies das Genfer ICC-Schiedsgericht und später das Schweizerische Bundesgericht angenommen haben (oben II.) – als solche der subjektiven Schiedsfähigkeit zu qualifizieren wären. Diese Annahme kann indessen schon vom Verständnis der sachrechtlichen Regelung kaum überzeugen:<sup>58</sup> Wäre wirklich eine Beschränkung der subjektiven Schiedsfähigkeit als Rechtsfolgeanordnung gewollt, so müsste dem Verwalter einer hiervon betroffenen Konkursgesellschaft auch die Befugnis abzusprechen sein, im Rahmen neu abgeschlossener oder durch Eintritt fortgeführter Vertragsbeziehung selbst Schiedsvereinbarungen abzuschließen. Dies würde aber eine insolvenzrechtlich nicht zu rechtfertigende Beschränkung der Handlungsoptionen eines Insolvenzverwalters bedeuten, die auch das polnische Recht – unabhängig davon, ob der Verwalter dort wie im deutschen Recht als im eigenen Namen agierender Amtstreuhandler, als Vertreter oder Organ der Schuldnergesellschaft oder als Organ der mit Rechtssubjektivität ausgestatteten Insolvenzmasse verstanden wird – kaum gewollt haben kann.

Eher schon könnte – wengleich wohl kaum unter der Prämisse fortbestehender Rechts-, Partei- und Prozessfähigkeit des Schuldners<sup>59</sup> – ein Verlust der subjektiven Schiedsfähigkeit des *Schuldners* gewollt sein (sofern man auch einem korporierten Schuldner eine Fortexistenz im Insolvenzverfahren zuerkennt). Indessen könnte es

52 Vgl. nur Poelzig, ZZPInt. 14 (2009), 393, 427; G. Wagner, KTS 2010, 39, 59; Ph. Wagner (Fn. 7), S. 156.

53 Siehe bereits oben bei und in Fn. 36.

54 Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2481; MünchKomm-InsO/Reinhart, Art. 15 EuInsVO Rn. 4.

55 Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2484; abl. aber Naegeli, (2010) Austrian Yearb. Int. Arb. 193, 201; G. Wagner, KTS 2010, 39, 60.

56 Vgl. dazu etwa Eidenmüller, RabelsZ 2006, 474 ff.

57 Aebi/Frey, ASA Bulletin 1/2010, 113, 117 f.; Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2484; Ph. Wagner (Fn. 7), S. 142; so auch das Schweizerische BG ZIP 2010, 2530, sub 3.2 der Erwägungsgründe (das – für Fälle außerhalb des Anwendungsbereichs der EuInsVO – zusätzlich das IPR der *lex fori* des später befassten staatlichen Gerichts heranzieht).

58 So auch Naegeli (Fn. 35), Rn. 23; ders., (2010) Austrian Yearb. Int. Arb. 193, 201; Lazić (Fn. 39), S. 8.

59 Nach Naegeli (Fn. 35), Rn. 23 (m. Fn. 7); ders., (2010) Austrian Yearb. Int. Arb. 193, 201, gilt diese allgemeine Prämisse auch für das polnische Insolvenzrecht (Art. 185 Abs. 2 pKSG lautet in der von den Schiedsparteien akzeptierten Übersetzung: „The declaration of bankruptcy shall not affect the bankrupt's legal capacity or his capacity to perform legal acts.“).

hierauf nur für dessen verfahrensfreie Existenz ankommen, während hinsichtlich der Insolvenzmasse allein die subjektive Schiedsfähigkeit der Insolvenzmasse bzw. des für diese handelnden Insolvenzverwalters von Belang sein kann.

Als einzig sinnvolle Interpretation des polnischen Rechtszustands, wonach „*any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect*“<sup>60</sup>, dürfte deshalb vielmehr anzunehmen sein, dass dem polnischen Recht die Aussage vorschwebte, eine vom Schuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung sei *der Insolvenzmasse gegenüber* unwirksam oder wirkungslos.<sup>61</sup> Richtigerweise sollte deshalb die Frage des auf die subjektive Schiedsfähigkeit anwendbaren Rechts im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen können; denn als eine solche Regelung können § 142 pKSG und vergleichbare Bestimmungen nicht qualifiziert werden.

c) Stattdessen fragt es sich aber, ob eine Bestimmung des nationalen Insolvenzverfahrensrechts, wonach eine vom Schuldner abgeschlossene Schiedsvereinbarung der Insolvenzmasse gegenüber unwirksam oder wirkungslos ist (mit der Folge, dass das Schiedsverfahren, soweit es nicht gegen den Schuldner persönlich fortgeführt werden kann und soll, einzustellen ist), noch dem Anwendungsbereich des Art. 15 EuInsVO und damit dem Schiedsverfahrensstatut unterfällt.<sup>62</sup> Nach verbreiteter Auffassung geht es hier um die Auswirkung der Insolvenz auf die Schiedsabrede als solche, auf die – unter Verdrängung des regulären, primär auf die Parteivereinbarung und hilfsweise auf die *lex loci arbitri* abhebenden Schiedsvereinbarungsstatuts<sup>63</sup> – nach der allgemeinen Bestimmung des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 lit. e EuInsVO das Insolvenzstatut anzuwenden sei.<sup>64</sup>

Auch wenn man bezweifeln mag, dass es sich hierbei wirklich um eine Frage des Schiedsvereinbarungsstatuts handelt – es geht doch nicht eigentlich um die Wirksamkeit der durch den Schuldner abgeschlossenen und allein auf Wirkungen für und gegen den Schuldner abzielenden Schiedsabrede, sondern darum, ob sie den Insolvenzverwalter als die für die Insolvenzmasse verfügungs- und verfahrensbefugte Instanz in subjektiver Hinsicht überhaupt erfasst und erfassen darf, was eine genuin insolvenzrechtliche Frage darstellt –, so ist gegen das Ergebnis, also die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Insolvenzstatuts für die Wirkungen der Verfahrenseröffnung, an sich nichts einzuwenden. Durchgreifende Bedenken erweckt dieses Ergebnis aber im Hinblick darauf, dass es die in Art. 15 EuInsVO statuierte Rechtsfolge zu unterlaufen geeignet ist. Art. 15 EuInsVO bezweckt, die Konsequenzen aus der Aufhebung oder Einschränkung der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Schuldners für ein anhängiges Verfahren einheitlich durch die für das Verfahren maßgebliche

60 S.o. Fn. 19.

61 So jedenfalls i.E. offenbar auch G. Wagner, KTS 2010, 39, 60.

62 Hierfür G. Wagner, KTS 2010, 39, 59.

63 Vgl. allgemein zum Schiedsvereinbarungsstatut („Schiedsvertragsstatut“/„Geschäftsstatut“) § 1029 Abs. 1 i.V.m. § 1059 Abs. 2 Nr. 1a, 2a ZPO bzw. Art. V Abs. 1 lit. a, Alt. 2 UNÜ: Rechtswahl, hilfsweise (deutsches) Schiedsortsrecht, s. dazu Epping, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr, 1999, passim; G. Wagner, Prozeßverträge, 1998, S. 346 ff.; Koussoulis, FS Schlosser, 2005, S. 415, 417 f.; Mallmann, SchiedsVZ 2004, 152 ff.

64 So Mankowski, ZIP 2010, 2478, 2481 ff.; MünchKomm-InsO/Reinhart, Art. 15 EuInsVO Rn. 4; Poelzig, ZZPInt. 14 (2009), 393, 430 f.; Robertson, (2009) Int. A.L.R. 125, 127 f.; ebenso im Ansatz auch der englische High Court (Fn. 30), Tz. 76, 104 (per Clarke J.) sowie die unterlegene Senatsminderheit beim Schweizerischen BG ZIP 2010, 2530 (s. Naegeli [Fn. 35], Rn. 13 ff.).

Rechtsordnung entscheiden zu lassen,<sup>65</sup> bei einem anhängigen Schiedsverfahren also die *lex arbitri*. Wenn dem aber so ist, so darf man dieses Ergebnis nicht dadurch aushebeln, dass man die Eignung der Schiedsabrede, Wirkungen gegen die Insolvenzmasse bzw. den Insolvenzverwalter herbeizuführen, dem womöglich strengeren Insolvenzstatut unterstellt. Wie schon die beiden englischen Gerichte entschieden haben, sollte deshalb – wenn man die Bestimmung schon auf Schiedsverfahren anwendet – über eine extensive Auslegung des Art. 15 EuInsVO sichergestellt werden, dass auch die Beurteilung der Wirkungen der Schiedsabrede gegenüber der Insolvenzmasse insoweit der *lex arbitri* unterstellt werden, wie es um die unmittelbar von Art. 15 EuInsVO erfassten Wirkungen auf ein bereits anhängiges Schiedsverfahren geht.<sup>66</sup>

Diese Interpretation erscheint auch gegenüber der Alternative vorzugswürdig, das erwünschte Endresultat einer Fortführung des Schiedsverfahrens trotz zwischenzeitlicher Insolvenzeröffnung durch die Annahme einer *perpetuatio arbitralis* herzustellen, also – sofern das Schiedsverfahrensstatut dies hergibt – für die Voraussetzungen des Schiedsverfahrens nur auf den Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung abzustellen und spätere Veränderungen außer Betracht zu lassen.<sup>67</sup> Angesichts der umfangreichen Modifikationen und Rücksichtnahmepflichten, die eine Fortsetzung des Schiedsverfahrens in der Insolvenz eines Beteiligten jedenfalls erheischt, wäre der Perpetuierungsansatz nur bei einem willkürlich anmutenden *cherry picking* akzeptabel. Dem Gedanken, dass die von Art. 15 EuInsVO gewünschte Rechtsfolge hinsichtlich der Fortsetzung des anhängigen Schiedsverfahrens als solchen nicht durch Rückgriff auf die Schiedsvereinbarung ausgehebelt werden darf, wohnt dagegen die notwendige Begrenzung schon inne.

d) Allerdings gilt Art. 15 EuInsVO nur für bereits „anhängige“ Rechtsstreite<sup>68</sup> und folgeweise auch für Schiedsverfahren nur nach Eintritt der Schiedshängigkeit.<sup>69</sup> Für die Frage, ob nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens auch mit Wirkung für zukünftige Verfahren noch eine Bindung an die Schiedsabrede besteht, ist deshalb nach der Grundregel des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 lit. e EuInsVO in jedem Fall das Insolvenzstatut maßgeblich.<sup>70</sup>

#### IV. Insolvenz und Drittstaaten-Schiedsverfahren

Abschließend soll noch kurz auf die Fälle eingegangen werden, in denen die EuInsVO nicht anwendbar ist, weil das Insolvenzverfahren nicht in einem EU-Mitgliedstaat (ohne Dänemark) eröffnet wurde. Im autonomen deutschen internationalen Insol-

65 Der erläuternde Bericht von *Virgós/Schmit* (Nr. 15 zu Art. 15) formuliert: „Nach dem Verfahrensrecht dieses Staates wird über die Aussetzung oder Fortführung der Rechtsstreitigkeit, über die Form ihrer etwaigen Fortführung und über die prozessualen Änderungen entschieden, die angezeigt sein könnten, um die Aufhebung oder Einschränkung der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Schuldners und das Tätigwerden des Verwalters anstelle des Schuldners zu berücksichtigen.“

66 S. insbes. C.A. (Fn. 31), Tz. 18 (per Longmore L.J.), Tz. 33 (per Patten L.J.).

67 Hierfür namentlich *Mankowski*, ZIP 2010, 2478, 2485; s. ferner *Aebi/Frey*, ASA Bulletin 1/2010, 113, 121 f.; *Kröll* (Fn. 28), S. 248 (für *perpetuatio fori*).

68 Vgl. EuGH Slg. 2005, I-2175 = BeckRS 2005, 70210 (Rs. C-294/02, „AMI Semiconductor“) [Tz. 69].

69 *Ph. Wagner* (Fn. 7), S. 157 f. (dort auch m.w.N. zur Frage, ob sich der Eintritt der Rechts- bzw. Schiedshängigkeit nach der *lex fori* bzw. *lex arbitri* oder nach dem Insolvenzstatut richtet).

70 High Court (Fn. 30), Tz. 104 (per Clarke J.); C.A. (Fn. 31), Tz. 16 (per Longmore, L.J.); so auch *G. Wagner*, KTS 2010, 39, 66 f.; *Ph. Wagner* (Fn. 7), S. 158 f.

venzrecht findet sich hierzu nur die Bestimmung des § 352 Abs. 1 S. 1 InsO, die als prozessuale Sachnorm<sup>71</sup> unmittelbar die Unterbrechung und Aufnahme inländischer Rechtsstreite im Falle eines Auslandsinsolvenzverfahrens regelt, und zwar inhaltlich weitgehend analog zum internen deutschen Recht. Geht man mit der h.M. davon aus, dass im internen deutschen Recht eine Unterbrechung des Schiedsverfahrens durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß oder analog § 240 ZPO nicht eintritt,<sup>72</sup> so erscheint es folgerichtig, auch § 352 InsO hierauf jedenfalls nicht (entsprechend) anzuwenden.<sup>73</sup> Jedoch sollte der Bestimmung dann aber auch für das inländisch domizilierte Schiedsverfahren positiv der Rechtsgedanke entnommen werden können, im Sinne einer prozessualen Sachnorm die Geltung der inländischen Grundsätze für das Verhältnis von Schieds- und Insolvenzverfahren anzuordnen.<sup>74</sup> Danach würde – unter Gewährleistung des gebotenen Schutzes der Masseinteressen durch Statuierung entsprechender verfahrensrechtlicher Pflichten des Schiedsgerichts<sup>75</sup> – vor allem das anhängige Schiedsverfahren als solches von der Verfahrenseröffnung unberührt bleiben.<sup>76</sup> Hinsichtlich der grundsätzlichen Bindung des Insolvenzverwalters an die vom Schuldner getroffenen Schiedsabreden stellt sich die Frage letztlich ebenso wie nach Art. 15 EufnsVO;<sup>77</sup> im Hinblick darauf, dass § 352 Abs. 1 Satz 2 InsO schon für die Bedingungen der Verfahrensaufnahme auf das Insolvenzstatut verweist, spricht eher noch mehr für eine enge Interpretation der Bestimmung, so dass die Bindung des Verwalters hier erst recht nach der *lex concursus* beantwortet werden muss.

## V. Resümee

Die Frage nach der Bestimmung des für die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit maßgeblichen Rechts ist heute, mehr als 40 Jahre nach den Grundlegungen *Bernd von Hoffmanns*, in manch wichtigem Detail noch immer bemerkenswert offen, so auch, wie dieser kurze Beitrag freilich nur anzureißen vermochte, im Hinblick auf die Auswirkungen der Insolvenz einer Schiedspartei. Dass es solche Auswirkungen gibt, versteht sich im Fall des Zusammentreffens eines wesensmäßig auf der Privatautonomie basierenden Verfahrens wie dem Schiedsgerichtsverfahren mit dem Insolvenzverfahren, dessen Wesen es entspricht, privatautonom geschaffene Rechtslagen grundsätzlich auf den Prüfstand der Insolvenzzwecke zu stellen, zwar nahezu von selbst. Angesichts der international nach Art und Umfang doch sehr unterschiedlichen Ausgestaltung des Eingriffs in die Privatautonomie kommt der Er-

71 *Lièrsch*, NZI 2003, 302, 308; MünchKomm-InsO/*Reinhart*, 2. Aufl. 2008, § 352 Rn. 1, 16; MünchKomm-BGB/*Kindler*, Bd. IX, 5. Aufl. 2010, § 352 InsO Rn. 1; *Poelzig*, ZZPInt. 14 (2009), 393, 433; *Uhlenbruck/Lièr*, InsO, 13. Aufl. 2010, § 352 Rn. 1; *G. Wagner*, KTS 2010, 39, 61.

72 Siehe oben bei und in Fn. 9.

73 MünchKomm-InsO/*Reinhart*, § 352 Rn. 16; *Poelzig*, ZZPInt. 14 (2009), 393, 433; als folgerichtig bezeichnet dies auch *G. Wagner*, KTS 2010, 39, 61.

74 Vgl. *Poelzig*, ZZPInt. 14 (2009), 393, 434; *Ph. Wagner* (Fn. 7), S. 161.

75 Die Fortführung des Schiedsverfahrens ganz ohne Berücksichtigung der Auslandsinsolvenz verstößt dann gegen den *ordre public*, zutr. *Poelzig*, ZZPInt. 14 (2009), 393, 434; a.A. MünchKomm-InsO/*Reinhart*, § 352 Rn. 15; *Nacimiento/Biner*, NJOZ 2009, 4752, 4761, unter Berufung auf OLG Hamm, KTS 1985, 375, 376; das nach der damaligen Rechtslage indessen schon die Anerkennungsfähigkeit der Auslandsinsolvenz verneint hatte.

76 Vgl. i.E. auch MünchKomm-InsO/*Reinhart*, § 352 Rn. 16; MünchKomm-BGB/*Kindler*, Bd. IX, § 352 InsO Rn. 5; *Trunk* (Fn. 7), S. 148 ff.; *G. Wagner*, KTS 2010, 39, 61.

77 Insofern folgerichtig diese Frage dem Insolvenzstatut zuweisend MünchKomm-InsO/*Reinhart*, § 352 Rn. 16; *Nacimiento/Biner*, NJOZ 2009, 4752, 4761.

mittlung des anwendbaren Rechts hier aber doch eine eminente Bedeutung zu. Wünschenswert, gerade aufgrund der großen und immer noch zunehmenden praktischen Bedeutung der Internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit einerseits, der omnipräsenten Insolvenzgefahr andererseits, wären hierzu zweifellos vereinheitlichte Kollisions- oder besser noch Sachnormen, für deren Schaffung durch die gerade erst richtig in Gang gekommene Diskussion in der Fachöffentlichkeit allerdings erst noch die Grundlagen geschaffen werden müssen.<sup>78</sup> Mit der doch recht einheitlich positiven Rezeption der Entscheidung des englischen Court of Appeal im *Elektrim*-Verfahren scheint immerhin für die nahe Zukunft und den Anwendungsbereich der EuInsVO eine gewisse Klärung dahin erreicht, dass bei einem rechtzeitig eingeleiteten, d.h. zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bereits anhängigen Schiedsverfahren nur die Maßgaben der *lex arbitri* gelten – dies ist auch, um mit Lord Justice Longmore vom Court of Appeal zu sprechen, in der Tat für alle Arten von anhängigen Verfahren die natürlichste und dem hier so wichtigen Rechtssicherheitsaspekt am besten Rechnung tragende Lösung. Inwieweit das maßgebliche Sachrecht dem Schiedsverfahren dann ohne Rücksicht auf die eingetretene Insolvenz einer Schiedspartei seinen Lauf lassen sollte, ist freilich eine ganz andere Frage; hier sollte nach Ansicht des Verfassers mit der gegenwärtig meist sehr schiedsfreundlichen Handhabung das letzte Wort in der langfristigen rechtspolitischen Diskussion noch nicht gesprochen sein.

<sup>78</sup> Die derzeitige Diskussion über eine Reform der EuInsVO, die nach bisheriger Planung Mitte 2012 in einen Kommissionsvorschlag einmünden soll, bezieht die Wirkungen der Insolvenzeröffnung auf internationale Schiedsverfahren, sei es durch Schaffung von Einheitssachnormen, sei es durch eine eigene Kollisionsnorm, jedenfalls bislang nicht ein, vgl. *McCormack*, [2010] *Legal Studies* 126 ff.; *ders.*, IILR 2011, 121 ff.