

Volume 36, No. 4, 2018

ASA Bulletin

Founder: Prof. Pierre Lalive
Editor in Chief: Matthias Scherer



Association Suisse de l'Arbitrage
Schweiz. Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit
Associazione Svizzera per l'Arbitrato
Swiss Arbitration Association

ASA BULLETIN

Founder: Professor Pierre LALIVE

Editor in Chief: Matthias SCHERER

Published by:

Kluwer Law International

PO Box 316

2400 AH Alphen aan den Rijn

The Netherlands

e-mail: irs-sales@wolterskluwer.com

Aims & Scope

Switzerland is generally regarded as one of the World's leading place for arbitration proceedings. The membership of the Swiss Arbitration Association (ASA) is graced by many of the world's best-known arbitration practitioners. The Statistical Report of the International Chamber of Commerce (ICC) has repeatedly ranked Switzerland first for place of arbitration, origin of arbitrators and applicable law.

The ASA Bulletin is the official quarterly journal of this prestigious association. Since its inception in 1983 the Bulletin has carved a unique niche with its focus on arbitration case law and practice worldwide as well as its judicious selection of scholarly and practical writing in the field. Its regular contents include:

- Articles
- Leading cases of the Swiss Federal Supreme Court
- Leading cases of other Swiss Courts
- Selected landmark cases from foreign jurisdictions worldwide
- Arbitral awards and orders under various auspices including ICC, ICSID and the Swiss Chambers of Commerce (“Swiss Rules”)
- Notices of publications and reviews

Each case and article is usually published in its original language with a comprehensive head note in English, French and German.

Books and journals for Review

Books related to the topics discussed in the Bulletin may be sent for review to the Editor (Matthias Scherer, LALIVE, P.O. Box 6569, 1211 Geneva 6, Switzerland).

ASA Board

Association Suisse de l'Arbitrage/Schweizerische Vereinigung für Schiedsgerichtsbarkeit/Associazione Svizzera per l'Arbitrato/Swiss Arbitration Association

EXECUTIVE COMMITTEE

Elliott GEISINGER, President, Geneva
Dr Bernhard BERGER, Vice President, Bern
Dr Bernhard F. MEYER, Vice President, Zurich
Felix DASSER, Member, Zurich
Christoph MÜLLER, Member, Neuchâtel

MEMBERS OF THE ASA BOARD

Domitille Baizeau, Geneva – Sébastien BESSON, Geneva –
Harold FREY, Zurich – Michael HWANG, Singapore –
Nadja JAISLI KULL, Zurich – François KAISER, Lausanne –
Pierre MAYER, Paris – Andrea MEIER, Zurich –
Andrea MENAKER, New York – Gabrielle NATER-BASS, Zurich –
Christian OETIKER, Basel – Yoshimi OHARA, Tokyo –
Paolo Michele PATOCCHI, Geneva – Henry PETER, Lugano –
Wolfgang PETER, Geneva – Franz T. SCHWARZ, London –
Anke SESSLER, Frankfurt – Frank SPOORENBERG, Geneva –
Nathalie VOSER, Zurich

HONORARY PRESIDENTS

Dr Marc BLESSING, Zurich – Dr Pierre A. KARRER, Zurich –
Prof. Dr Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, Geneva –
Michael E. SCHNEIDER, Geneva – Dr Markus WIRTH, Zurich

HONORARY VICE-PRESIDENT

Prof. François KNOEPFLER, Cortaillod

EXECUTIVE DIRECTOR

Alexander MCLIN, Geneva

ASA Secretariat

4, Boulevard du Théâtre, P.O.Box 5429, CH-1204 Geneva,
Tel.: +41 22 310 74 30, Fax: +41 22 310 37 31;
info@arbitration-ch.org, www.arbitration-ch.org

FOUNDER OF THE ASA BULLETIN

Prof. Pierre LALIVE

ADVISORY BOARD

Prof. Piero BERNARDINI – Dr Matthieu DE BOISSESON –
Prof. Dr Franz KELLERHALS – Prof. François KNOEPFLER –
Prof. François PERRET – Prof. Pierre TERCIER – V.V. VEEDER QC. –
Dr Werner WENGER

EDITORIAL BOARD

Editor in Chief

Matthias SCHERER

Editors

Dr Philipp HABEGGER – Dr Cesare JERMINI –
Dr Bernhard BERGER – Catherine A. KUNZ –
Dr Johannes LANDBRECHT

EDITORIAL COORDINATOR

Angelika KOLB-FICHTLER
akolb-fichtler@lalive.law

CORRESPONDENCE

ASA Bulletin

Matthias SCHERER

Rue de la Mairie 35, CP 6569, CH-1211 Genève 6

Tel: +41 58 105 2000 – Fax: +41 58 105 2060

mscherer@lalive.law

(For address changes please contact
info@arbitration-ch.org/tel +41 22 310 74 30)

Published by Kluwer Law International
P.O. Box 316
2400 AH Alphen aan den Rijn
The Netherlands

Sold and distributed in North, Central
and South America by Aspen
Publishers, Inc.
7201 McKinney Circle
Frederick, MD 21704
United States of America

Sold and distributed in all other countries
by Air Business Subscriptions
Rockwood House
Haywards Heath
West Sussex
RH16 3DH
United Kingdom
Email: international-customerservice@wolterskluwer.com

ISSN 1010-9153

© 2018, Association Suisse de l'Arbitrage
(in co-operation with Kluwer Law International, The Netherlands)

This journal should be cited as ASA Bull. 4/2018

The ASA Bulletin is published four times per year.

Subscription prices for 2019 [Volume 37, Numbers 1 through 4] including postage
and handling: 2019 Print Subscription Price Starting at EUR 370/ USD 492/ GBP 272.

This journal is also available online at www.kluwerlawonline.com.
Sample copies and other information are available at Irus.wolterskluwer.com

For further information please contact our sales department
at +31 (0) 172 641562 or at international-sales@wolterskluwer.com.

For Marketing Opportunities please contact international-marketing@wolterskluwer.com

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval
system, or transmitted in any form or by any means, mechanical, photocopying,
recording or otherwise, without prior written permission of the publishers.

Permission to use this content must be obtained from the copyright owner.
More information can be found at:
Irus.wolterskluwer.com/policies/permissions-reprints-and-licensing.

Printed on acid-free paper

Berücksichtigung ausländischer Schiedsurteile in der Insolvenz – Lehren aus den Bundesgerichtsentscheiden in Sachen Swissair

KARIN GRAF, BRIGITTE UMBACH-SPAHN*

1. Einleitung

Der nachfolgende Beitrag geht der Frage nach, unter welchen Voraussetzungen ausländische Schiedsurteile in einem Schweizer Insolvenzverfahren berücksichtigt werden. Hierzu wird in einem ersten Schritt die Rechtsprechung des Bundesgerichts in diversen im Umfeld der Swissair-Liquidation ergangenen Entscheiden betreffend Kollokation dargestellt. Dabei wird der Frage nachgegangen, ob und unter welchen Umständen Urteile ausländischer staatlicher Gerichte im Schweizer Insolvenzverfahren Bedeutung beanspruchen können. Daran anknüpfend wird geprüft, welche Lehren sich diesen Entscheiden für die Schiedsgerichtsbarkeit entnehmen lassen. Es wird ausschliesslich die Konstellation der Passivprozesse diskutiert, d.h. der Fall, in welchem sich die Beklagte in der Insolvenz befindet und gegen sie ein Anspruch vollstreckt werden soll.

Für die nachfolgende Analyse ist vor Augen zu halten, was Gegenstand einer Kollokationsstreitigkeit ist: Es soll festgelegt werden, wer in welchem Umfang am Vollstreckungsergebnis im Schweizer Insolvenzverfahren teilnimmt. Der zivilrechtliche Bestand der Forderung ist nicht Gegenstand des Schweizer Kollokationsprozesses, sondern vom Kollokationsrichter lediglich vorfrageweise zu prüfen¹.

* Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Referat, das BRIGITTE UMBACH-SPAHN am 25. April 2018 an der DIS-Frühjahrstagung 2018 in Zürich («Herausforderungen und Perspektiven für die Schiedsgerichtsbarkeit im Umfeld von Insolvenzen») gehalten hat und das massgeblich auf ihrer praktischen Erfahrung als Insolvenzverwalterin beruht. KARIN GRAF war ihrerseits als prozessführende Anwältin massgeblich an den zwei Gerichtsverfahren beteiligt, die im nachstehenden Artikel zusammengefasst und besprochen werden. Beide Autorinnen sind Partnerinnen von WENGER PLATTNER und am Standort Zürich tätig.

¹ BGE 140 III 320, E. 8.2.

2. Die Berücksichtigung ausländischer Verfahren in der Schweizer Generalexekution

2.1 Zum Sachverhalt

Das Bundesgericht hatte im Kontext der Swissair-Liquidation wiederholt Gelegenheit, sich mit der Bedeutung eines ausländischen Zivilverfahrens in der Schweizer Generalexekution zu befassen. Den diversen Verfahren liegt im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde²:

Im Jahre 1995 erwarb die (damalige) Swissair eine strategische Beteiligung an der belgischen Luftfahrtgesellschaft Sabena. Die Zusammenarbeit der Parteien wurde in verschiedenen Verträgen geregelt und umgesetzt, bis sich die Swissair-Gruppe im Jahre 2001 zum Rückzug aus dem Engagement bei Sabena entschied. Der Staat Belgien³ initiierte im Juli 2001 eine Klage wegen Vertragsverletzung. Am 2. August 2001 kam es zum Abschluss eines Vergleichsvertrages mit dem Staat Belgien und Sabena, der die Auflösung der Verträge und hohe Ausstiegswahlungen durch SAirGroup und SAirLines regelte. Der in Belgien hängige Prozess wurde zunächst sistiert und im November 2001 durch den Staat Belgien wieder aufgenommen. Am 5. Oktober 2001 wurde über SAirGroup und SAirLines die provisorische Nachlassstundung eröffnet. Die wenige Tage zuvor fällig gewordenen Vergleichszahlungen waren nicht mehr erfüllt worden. Am 7. November 2001 folgte die Konkursöffnung über Sabena. In der Folge klagten sowohl Sabena als auch der Belgische Staat in Belgien vor Zivilgericht und in der Schweiz im Rahmen der Kollokation auf Erfüllung des Vergleichsvertrages und Schadenersatz als Folge des Konkurses der Sabena.

Bemerkenswert ist, dass sich in den Verfahren in der Schweiz und in Belgien dieselben Parteien gegenüberstanden und die in den parallelen Verfahren zu beurteilenden materiell-rechtlichen Fragen in wesentlichen Belangen identisch waren. Die zeitliche Abfolge der in- und ausländischen Prozesse ist für das Verständnis der nachfolgend skizzierten Rechtsprechung wichtig, weshalb sie bei der Besprechung der Bundesgerichtsurteile auf einer Zeitachse dargestellt wird⁴.

² Sabena SA bzw. die Konkursmasse Masse en faillite ancillaire de Sabena SA werden nachfolgend einheitlich als «Sabena» bezeichnet. SAirLines AG bzw. SAirLines AG in Nachlassliquidation als «SAirLines», SAirGroup AG bzw. SAirGroup AG in Nachlassliquidation als «SAirGroup».

³ Sowie weitere staatsnahe Beteiligte.

⁴ Siehe dazu auch die Übersichten unter II.2.b sowie II.2.c.; «B» = Belgien; «CH» = Schweiz.

2.2 Ausschliessliche Zuständigkeit des Liquidators und der schweizerischen Gerichte hinsichtlich der Kollokation

a) Überblick über die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht hatte bereits im Vorfeld der in diesem Artikel diskutierten Rechtsprechung einige grundlegende Entscheide zur Bedeutung eines im Ausland geführten Prozesses für das schweizerische Zwangsvollstreckungsverfahren zu fällen.

Im Urteil BGE 130 III 769 entschied das Bundesgericht, dass sich Art. 207 SchKG und der darauf beruhende Art. 63 KOV nur auf Prozesse im Inland beziehe⁵. Es sei daher keine gesetzliche Grundlage vorhanden, um «die hoheitliche Kompetenz der schweizerischen Konkursverwaltung (Art. 245 SchKG) zu beschneiden und ihre Kollokationsverfügung der Anfechtung durch Klage gemäss Art. 250 SchKG zu entziehen»⁶. Entsprechend hat ein Schweizer Liquidator über die Anerkennung einer angemeldeten Forderung zu entscheiden, auch wenn dieselbe Forderung bereits Gegenstand eines im Ausland anhängigen Prozesses ist⁷.

Im Entscheid BGE 133 III 386 befand das Bundesgericht, dass die Vormerkung streitiger Forderungen im Kollokationsplan gemäss Art. 63 KOV bei einem Prozess in Belgien ausser Betracht falle, weil aufgrund der verfahrensrechtlichen Natur der Auseinandersetzung das Territorialitätsprinzip gelte und die schweizerischen Gerichte für das Kollokationsverfahren international zuständig seien⁸.

Im Entscheid BGE 135 III 127 hob das Bundesgericht die kantonale gewährte Sistierung des Kollokationsprozesses (gegen die SAirLines) auf und erwog, dass der belgische Richter nicht für den schweizerischen Kollokationsrichter verbindlich über den Bestand der geltend gemachten Forderung entscheiden könne. Mangels einer gesetzlichen Grundlage sei das in Belgien ergehende Urteil «hinsichtlich der Konkursforderungen in materieller Hinsicht für den schweizerischen Kollokationsrichter nicht verbindlich»⁹.

⁵ Art. 207 SchKG sieht vor, dass Zivilprozesse bei denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren, eingestellt und frühestens nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden. Der daran anknüpfende Art. 63 KOV sieht vor, dass in der zweiten Gläubigerversammlung über die Anerkennung der im Streit liegenden Forderung oder die Fortführung des Prozesses entschieden wird.

⁶ BGE 130 III 769, E. 3.2.3.

⁷ BGE 130 III 769, E. 3.3.

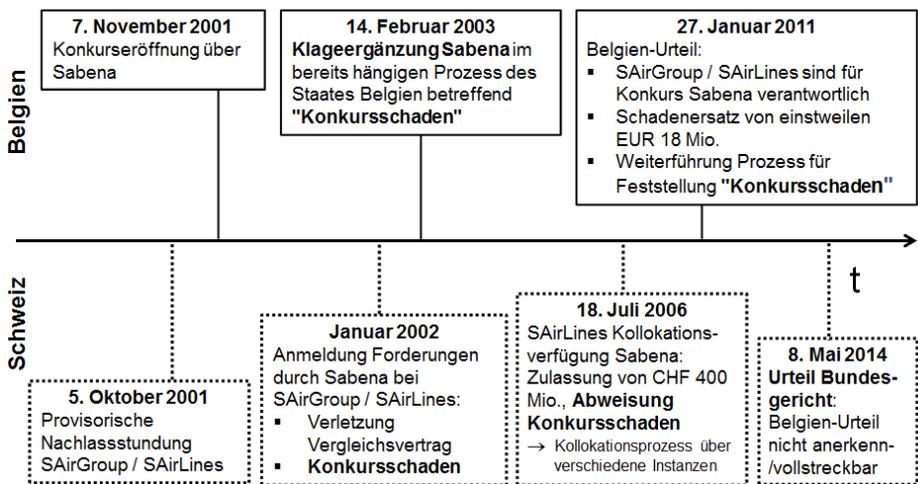
⁸ BGE 133 III 386, E. 4.

⁹ BGE 135 III 127, E. 3.3.4; vgl. auch BGE 140 III 320, E 7.1.

Auf diese Entscheide hin folgten die zwei Urteile zum eingangs beschriebenen Sachverhalt betreffend die Verbindlichkeit von ausländischen Gerichtsurteilen in der Schweizer Zwangsvollstreckung. Diese werden in einem ersten Schritt zusammengefasst, bevor geprüft wird, welche möglichen Rückschlüsse sich aus ihnen für die Bedeutung im Schweizer Insolvenzverfahren ergeben können.

b) Sabena gegen SAirLines (BGE 140 III 320; Exequaturverfahren)

Dem Sabena-Entscheid liegt folgender vereinfachte Zeitablauf zugrunde:



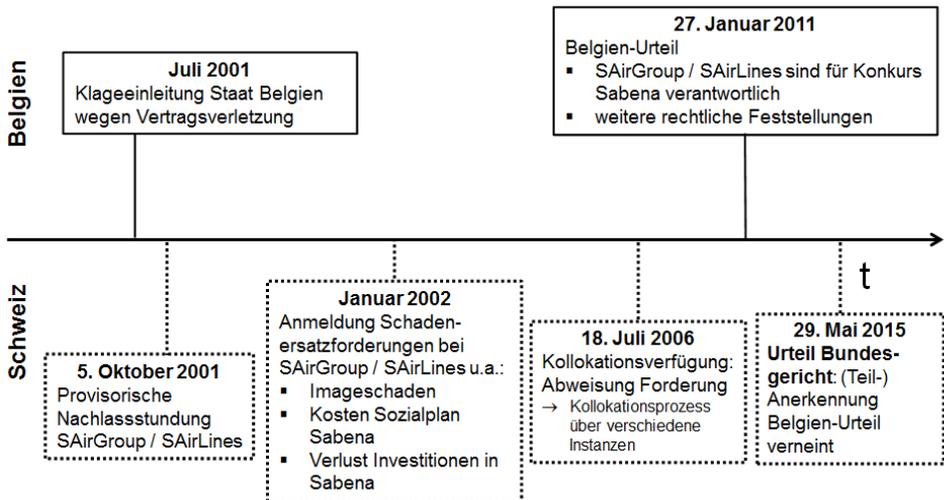
Die belgische Luftfahrtgesellschaft Sabena war einem gegen die SAirLines in Belgien geführten Zivilverfahren beigetreten, nachdem sie die Gegenstand dieses belgischen Prozesses bildende Forderung bereits zu einem früheren Zeitpunkt, im Januar 2002, im Schweizer Nachlassverfahren angemeldet hatte. Das obere Zivilgericht in Brüssel hiess die Klage teilweise gut und stellte eine Schadenersatzpflicht im Umfang von einstweilen EUR 18 Millionen fest. Das Bezirksgericht Zürich sowie das Obergericht Zürich gewährten die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des belgischen Urteils gestützt auf das Lugano Übereinkommen. Das Bundesgericht hob diesen Entscheid auf.

Das Bundesgericht befand, dass das belgische Zivilverfahren ein insolvenzrechtliches Verfahren im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und des Bundesgerichts darstelle und daher nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens fälle (Art. 1 Abs. 2 lit.

b LugÜ). Es stellte fest, dass zwischen dem belgischen Zivilprozess und dem schweizerischen Nachlassverfahren ein Zusammenhang bestehe und bereits im Zeitpunkt der Klageeinleitung in Belgien offensichtlich gewesen sei, dass das belgische Urteil nur noch im Nachlassverfahren würde Geltung beanspruchen können¹⁰. Sabena habe beabsichtigt, die Frage des zivilrechtlichen Bestandes der Forderung dem schweizerischen Vollstreckungsrichter zu entziehen¹¹. Gestützt auf diese Erwägungen bejahte das Bundesgericht die insolvenzrechtliche Natur der in Belgien nach Eröffnung des Nachlassverfahrens eingeleiteten Zivilklage¹². In einem *obiter dictum* wies das Bundesgericht darauf hin, dass mit dieser Entscheidung nicht jedem hängigen Zivilprozess mit Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über die Beklagte die zuständigkeitsrechtliche Grundlage entzogen wird¹³.

c) *Staat Belgien et al gegen SAirLines und SAirGroup (BGE 141 III 382; Kollokation)*

Dem Staat Belgien-Entscheid liegt folgender vereinfachte Zeitablauf zugrunde:



Der Staat Belgien (sowie ihm nahestehende Gesellschaften) hatten im Nachlassverfahren von SAirGroup und SAirLines Forderungen im Umfang

¹⁰ BGE 140 III 320, E. 9.3.

¹¹ BGE 140 III 320, E. 9.3.

¹² BGE 140 III 320, E. 9.4.

¹³ BGE 140 III 320, E. 9.4.

von mehreren Milliarden Franken angemeldet. Die Forderungen wurden im Kollokationsplan abgewiesen. In der Beschwerde gegen die Kollokationsverfügung machte der Staat Belgien geltend, bereits im Juli 2001, d.h. zeitlich vor der Bewilligung der Nachlassstundung, einen Zivilprozess über denselben Gegenstand gegen die SAirLines anhängig gemacht zu haben. Das zwischenzeitlich in Belgien ergangene Zivilurteil legte der Staat Belgien daraufhin im Berufungsverfahren vor Obergericht Zürich vor und verlangte dessen inzidente Anerkennung gestützt auf das Lugano Übereinkommen.

Streitpunkt war im Wesentlichen, ob das belgische Urteil gestützt auf das Lugano Übereinkommen im schweizerischen Kollokationsverfahren verbindlich ist oder ob es als Insolvenzverfahren nicht unter das LugÜ fällt (Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ). Das Obergericht Zürich wie auch das Bundesgericht versagten die Anerkennung des belgischen Urteils.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass die zur Anerkennung gebrachte ausländische Forderungsstreitigkeit nicht direkt aus dem Insolvenzrecht entstanden sei, da sie bereits vor der Insolvenzeröffnung geltend gemacht worden sei. Nichtsdestotrotz könne auch ein solches Zivilverfahren unter den LugÜ-Ausschluss fallen, «wenn Ziel und Funktion des ausländischen Verfahrens insolvenzrechtlich sind»¹⁴. Entscheidend sei die «Enge des Zusammenhangs» und die Frage, ob es «absehbar bzw. klar» sein musste, dass die Auseinandersetzung über die Forderung im Schweizer Kollokationsprozess stattfinden werde¹⁵. Das Bundesgericht verwies auf die *vis attractiva concursus* und bestätigte, dass die Hängigkeit eines ausländischen Prozesses weder die hoheitliche Kompetenz der schweizerischen Konkursverwaltung (Art. 245 SchKG) zu beschneiden, noch deren Kollokationsverfügung der Anfechtung vor dem schweizerischen Kollokationsrichter zu entziehen vermag¹⁶. Alle im Zwangsvollstreckungsverfahren auftauchenden und mit ihm zusammenhängenden Rechtsfragen sind im Streitfall ausschliesslich von den in der Schweiz örtlich zuständigen Behörden zu beurteilen¹⁷.

Das Bundesgericht nahm sodann das *obiter dictum* des vorstehend beschriebenen Exequaturverfahrens auf und stellte in den Raum, es sei denkbar, dass ein ausländisches Gericht in Anwendung von Art. 207 SchKG und dem darauf beruhenden Art. 63 KOV (aber ohne daran gebunden zu

¹⁴ BGE 141 III 382, E. 5.2.

¹⁵ BGE 141 III 382, E. 5.2.

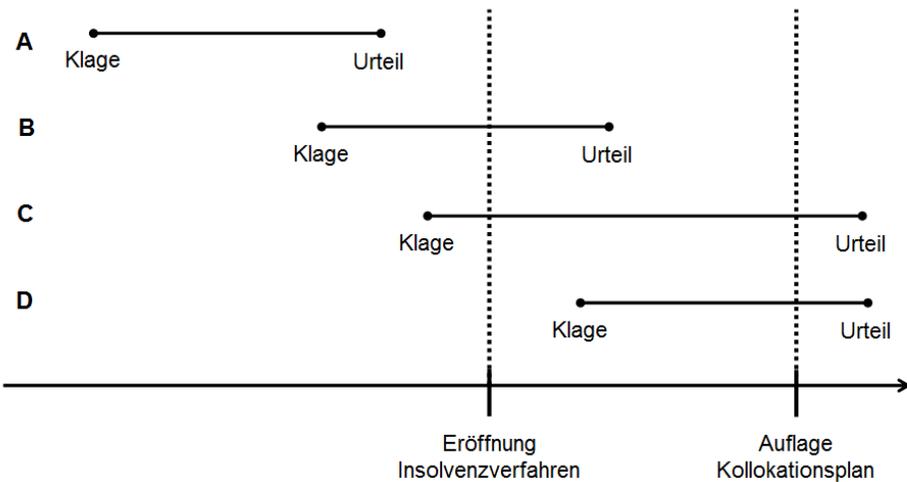
¹⁶ BGE 141 III 382, E. 5.4.

¹⁷ BGE 141 III 382, E. 5.4 sowie E. 5.5.1.

sein) sein Verfahren vorläufig sistiere, bevor über dessen Fortsetzung entschieden werde, was vorliegend aber nicht der Fall gewesen sei¹⁸.

3. Zwischenfazit für die Berücksichtigung von ausländischen Gerichtsurteilen in der Schweizer Insolvenz

Gestützt auf die vorstehend zusammengefasste Rechtsprechung unterscheiden wir folgende Konstellationen:



Konstellation C: BGE 141 III 382 (Staat Belgien)
Konstellation D: BGE 140 III 320 (Sabena)

Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung kommen wir für die vorstehenden Konstellationen zu folgender Einschätzung:

Konstellation A	Ausländisches Urteil ist im Schweizer Kollokationsverfahren grundsätzlich verbindlich, unter Vorbehalt konkursrechtlicher Aspekte (z.B. Pauliana)
------------------------	---

¹⁸ BGE 141 III 382, E. 5.6.1; Art. 207 SchKG sieht vor, dass Zivilprozesse bei denen der Schuldner Partei ist und die den Bestand der Konkursmasse berühren eingestellt werden und frühestens nach der zweiten Gläubigerversammlung wieder aufgenommen werden. Der daran anknüpfende Art. 63 KOV sieht vor, dass in der zweiten Gläubigerversammlung über die Anerkennung der im Streit liegenden Forderung oder die Fortführung des Prozesses entschieden wird.

Konstellation B	<ul style="list-style-type: none">– Art. 207 SchKG ist für den ausländischen Richter nicht verbindlich (BGE 130 III 769)– Art. 63 KOV ist bei einem im Ausland hängigen Prozess nicht anwendbar (BGE 133 III 386)– Ob ausländisches Urteil für Schweizer Kollokationsverfahren beachtlich ist, wurde noch nicht entschieden. Unseres Erachtens ist in Konstellation B ein ausländisches Urteil im Kollokationsverfahren beachtlich (unter Vorbehalt von konkursrechtlichen Aspekten)
Konstellation C	<ul style="list-style-type: none">– Liquidationsorgane müssen trotz dem im Ausland hängigen Prozess im Kollokationsplan über die angemeldete Forderung entscheiden– Schweizer Richter ist international für das Kollokationsverfahren zuständig (BGE 133 III 386)– Keine Sistierung des Schweizer Kollokationsprozesses (BGE 135 III 127)– Verbindlichkeit des ausländischen Urteils wurde im Fall Staat Belgien verneint (BGE 141 III 382), hängt jedoch vom Einzelfall ab
Konstellation D	<p>Ausländisches Urteil ist im Schweizer Kollokationsprozess nicht verbindlich (BGE 140 III 320, so auch Entscheid Zürcher Obergericht vom 11. August 2016, NE160001-0/U). Gründe:</p> <ul style="list-style-type: none">– Ausländisches Urteil für Kläger erkennbar nur noch im Schweizer Insolvenzverfahren vollstreckbar– ausländischer Prozess wird aus Schweizer Sicht funktional ein insolvenzrechtliches Verfahren– ausländischer Prozess ist deshalb kein Zivilverfahren und fällt nicht unter LugÜ (Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ)– ausländisches Urteil kann in Schweiz nicht anerkannt und vollstreckt werden

4. Überlegungen zur Berücksichtigung ausländischer Schiedsurteile in der Schweizer Insolvenz

4.1 Schiedsfähigkeit von insolvenznahen Streitigkeiten

Die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsentscheides in der Schweiz richtet sich nach dem Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (NYÜ). Neben weiteren, vorliegend nicht interessierenden Gründen darf die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsurteils versagt werden, wenn die zuständige Behörde feststellt, dass der Gegenstand des Streites nach dem Recht des Staates, in welchem um Vollstreckung ersucht wird, nicht auf schiedsrichterlichem Weg geregelt werden kann¹⁹ oder wenn die Vollstreckung des Schiedsspruches der öffentlichen Ordnung des Vollstreckungsstaates widersprechen würde²⁰.

In der NYÜ wird für die objektive Schiedsfähigkeit explizit das Recht des Staates genannt, in welchem das Schiedsurteil vollstreckt werden soll. Dies bedeutet, dass sich die Frage nach der Anerkennung eines ausländischen Schiedsurteils in der Schweizer Insolvenz nach schweizerischem Recht richtet²¹. Das schweizerische Recht regelt die Schiedsfähigkeit im internationalen Verhältnis in Art. 177 IPRG, wobei nach dieser Bestimmung alle «vermögensrechtlichen Streitigkeiten» schiedsfähig sind. Das Bundesgericht geht von einem sehr weit gefassten Begriff aus²².

Umstritten ist die Frage, ob und in welchem Umfang insolvenznahe Streitigkeiten schiedsfähig sind. Während rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten (Rechtsöffnung, Konkursöffnung, Arreste) dem staatlichen Richter vorbehalten und nicht schiedsfähig sind²³, werden materiellrechtliche Streitigkeiten als schiedsfähig betrachtet²⁴. Umstritten ist die Schiedsfähigkeit bei Streitigkeiten mit Reflexwirkung auf das materielle

¹⁹ Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ (objektive Schiedsfähigkeit).

²⁰ Art. V Abs. 2 lit. b NYÜ (ordre public).

²¹ Vgl. MICHAEL GÜNTNER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihren Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft LBR/Band Nr. 61, Schulthess 2011, N 214.

²² BSK IPRG-MABILLARD/BRINER, Art. 177, N 10.

²³ BSK IPRG-MABILLARD/BRINER, Art. 177, N 14b; mit Hinweis auf BGE 136 III 566, wonach ein überwiegend vollstreckungsrechtlicher Streitgegenstand nicht als schiedsfähig beurteilt werden kann.

²⁴ BGE 143 III 578, E. 3.2.1.

Recht. Das Bundesgericht hat jedoch klargestellt, dass gerade etwa die Kollokationsklage ein Rechtsbehelf ist, der eng mit der Struktur des Konkursrechts und seinen Besonderheiten verbunden und deshalb nicht schiedsfähig ist²⁵.

4.2 Vollstreckung von insolvenznahen Schiedsurteilen

Die Ausgangsfrage, ob ein ausländischer Schiedsentscheid im Schweizer Insolvenzverfahren berücksichtigt werden kann, hängt also – dies als Zwischenfazit – davon ab, ob das Schiedsurteil eine materiell-rechtliche oder eine in einem engen Zusammenhang mit dem Insolvenzrecht stehende Fragestellung betrifft. Im letzteren Fall besteht die Gefahr, dass die Streitsache von der Schweizer Konkursverwaltung als nicht schiedsfähig betrachtet wird und sie unter den Vollstreckungsvorbehalt von Art. V Abs. 2 lit. a des NYÜ fällt.

Für die Beurteilung der Enge des Zusammenhangs kann nun unseres Erachtens auf die vom Bundesgericht in den Swissair-Entscheiden entwickelten und vorstehend dargestellten Grundsätze abgestellt werden. Allerdings ist daran zu erinnern, dass diesen Entscheiden ein in vielen Aspekten aussergewöhnlicher Sachverhalt (identische Parteien und identische Ansprüche in zwei verschiedenen Staaten; zivilrechtliche Klageeinleitung in Belgien zeitlich der Insolvenzeröffnung nur knapp vorangehend oder, im Falle von Sabena, gar erst darauf folgend) zugrunde lag.

Konstellation A: Ein vor Insolvenzeröffnung ergangenes Schiedsurteil ist für den Schweizer Konkursverwalter verbindlich und wird, unter Vorbehalt von rein konkursrechtlichen Aspekten (z.B. Pauliana), anerkannt.

Konstellation B: Wird ein ausländisches Schiedsverfahren eingeleitet, ohne dass die Insolvenz des schweizerischen Schuldners absehbar wäre, ist nicht erkennbar, dass ein Schiedsurteil nur noch im Rahmen eines Insolvenzverfahrens vollstreckt werden kann. Der Kläger verfolgt die Durchsetzung eines rein vermögensrechtlichen Anspruchs und bezweckt nicht primär eine vollstreckungsrechtliche Wirkung. Ein solches Schiedsurteil ist im Schweizer Insolvenzverfahren unserer Beurteilung nach zu beachten. Gemäss herrschender Lehre besteht keine Pflicht, ein Schiedsverfahren nach Art. 207 SchKG zu sistieren²⁶.

²⁵ BGE 135 III 127, E. 3.3.3; zum Ganzen: MICHAEL GÜNTER, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, Zur Berücksichtigung von Insolvenzverfahren und ihren Auswirkungen vor internationalen Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft LBR/Band Nr. 61, Schulthess 2011, N 248 ff.

²⁶ KUKO ZPO-DASSER, Art. 357, N 14; BK ZPO-PFISTERER, Art. 357, N 51.

Konstellation C: Wird eine Schiedsklage unmittelbar vor Eröffnung des Schweizer Insolvenzverfahrens eingereicht, wird die Schweizer Insolvenzverwaltung bei ihrem Kollokationsentscheid den Vollstreckungsvorbehalt des NYÜ prüfen müssen. Sie wird diese Prüfung unter Rückgriff auf die Erwägungen des Bundesgerichts im Fall Staat Belgien vornehmen²⁷. Ergibt sich bei Prüfung der konkreten Fallkonstellation, dass das ausländische Schiedsverfahren einzig eingeleitet wurde, um ein Urteil zu erwirken, das in der Schweiz nur noch im Rahmen des Insolvenzverfahrens gegen den Gemeinschuldner vollstreckt werden kann und war für die Gläubigerin absehbar, dass die Auseinandersetzung über die Forderung im Schweizer Kollokationsprozess stattfinden wird, dann besteht die Gefahr, dass ein zu enger Zusammenhang zwischen dem Schiedsverfahren und dem Kollokationsprozess bejaht wird. Diesfalls wird das im Schiedsverfahren ergangene Urteil als funktional insolvenzrechtlich betrachtet und ihm entsprechend die Anerkennung und Vollstreckung versagt.

Konstellation D: Wird eine Schiedsklage nach Eröffnung des Schweizer Insolvenzverfahrens eingeleitet, wird die Schweizer Insolvenzverwaltung ihren Kollokationsentscheid unter Rückgriff auf die Erwägungen des Bundesgerichts im Fall Sabena vornehmen müssen²⁸. Die Erwägungen des Bundesgerichts legen nahe, dass in dieser Konstellation der Vollstreckungsvorbehalt von Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ zur Anwendung gelangt und das ausländische Schiedsurteil mangels objektiver Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes in der Schweizer Kollokation keine Bedeutung beanspruchen kann.

5. Fazit und Schlussbetrachtung

Die Überlegungen des Bundesgerichts zur Anerkennung eines in einem Zivilverfahren ergangenen ausländischen Entscheides in der Schweizer Insolvenz dürften auch für die Schiedsgerichtsbarkeit Bedeutung haben. Dies allerdings unter anderem Vorzeichen. Während die aus Schweizer Sicht insolvenzrechtliche Natur der vor dem ausländischen staatlichen Gericht geführten Auseinandersetzung dazu führt, dass das LugÜ nicht zur Anwendung gelangt, ist die Fragestellung im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit unter den Bestimmungen des NYÜ zu prüfen. Dort stellt sich die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit von insolvenznahen Auseinandersetzungen.

²⁷ BGE 141 III 382 und vorstehend II.2.c).

²⁸ BGE 140 III 320 und vorstehend II.2.b).

Der in beiden Fällen anzuwendende Standard dürfte derselbe sein. Überwiegt die insolvenzrechtliche Natur der Auseinandersetzung in Folge eines engen zeitlichen und funktionellen Zusammenhangs zum Schweizer Insolvenzverfahren in deutlichem Masse, so wird eine Schweizer Insolvenzverwaltung oder ein mit der Anerkennung befasstes Gericht dem ausländischen Schiedsurteil die Anerkennung gestützt auf den Vollstreckungsvorbehalt von Art. V Abs. 2 lit a NYÜ verweigern. Denkbar ist weiter, dass der ordre public (Gläubigergleichbehandlung, Einheit der Generalexekution) als Versagensgrund gegen eine Vollstreckung angerufen wird. Das Bundesgericht hatte diese Argumente jedoch in den vorstehend erwähnten Entscheiden nicht aufgenommen, obwohl sie von Seiten der SAirLines und SAirGroup eventualiter (d.h. bei einer Anwendung des LugÜ) als Vollstreckungshindernisse angerufen worden waren.

Karin GRAF, Brigitte UMBACH-SPAHN, *Berücksichtigung ausländischer Schiedsurteile in der Insolvenz – Lehren aus den Bundesgerichtsentscheiden in Sachen Swissair [Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Swiss Insolvency Proceedings – lessons learnt from the decisions of the Swiss Federal Supreme Court in the Swissair case]*

Summary

When can a foreign arbitral award be enforced in Swiss insolvency proceedings against the insolvent defendant? This question arises because according to the provisions of the NYC, enforcement may be refused if the subject matter of the dispute is non-arbitrable. The arbitrability of insolvency-related claims is contentious under Swiss law and actions to contest a schedule of claims are portrayed as being non-arbitrable. In the Swissair case, the Supreme Court has now rendered various decisions dealing with the significance of foreign civil judgements for the assessment of claims and related schedules of claims proceedings in Swiss insolvency proceedings. The principles thereby developed can be applied to arbitration and lead to the identification of four different scenarios. These scenarios are discussed in the article.

Submission of Manuscripts

Manuscripts and related correspondence should be sent to the Editor. At the time the manuscript is submitted, written assurance must be given that the article has not been published, submitted, or accepted elsewhere. The author will be notified of acceptance, rejection or need for revision within eight to twelve weeks. Manuscripts may be drafted in German, French, Italian or English. They should be submitted by e-mail to the Editor (**mscherer@lalive.ch**) and may range from 3,000 to 8,000 words, together with a summary of the contents in English language (max. ½ page). The author should submit biographical data, including his or her current affiliation.

Aims & Scope

Switzerland is generally regarded as one of the World's leading place for arbitration proceedings. The membership of the Swiss Arbitration Association (ASA) is graced by many of the world's best-known arbitration practitioners. The Statistical Report of the International Chamber of Commerce (ICC) has repeatedly ranked Switzerland first for place of arbitration, origin of arbitrators and applicable law.

The ASA Bulletin is the official quarterly journal of this prestigious association. Since its inception in 1983 the Bulletin has carved a unique niche with its focus on arbitration case law and practice worldwide as well as its judicious selection of scholarly and practical writing in the field. Its regular contents include:

- Articles
- Leading cases of the Swiss Federal Supreme Court
- Leading cases of other Swiss Courts
- Selected landmark cases from foreign jurisdictions worldwide
- Arbitral awards and orders under various auspices including the ICC and the Swiss Chambers of Commerce ("Swiss Rules")
- Notices of publications and reviews

Each case and article is usually published in its original language with a comprehensive head note in English, French and German.

Books and Journals for Review

Books related to the topics discussed in the Bulletin may be sent for review to the Editor in Chief (**Matthias SCHERER, LALIVE, P.O.Box 6569, 1211 Geneva 6, Switzerland**).