

# Lösungsskizze IZPR/Schiedsgerichtsbarkeit

## Klausur vom 16. Januar 2015

### 1. Frage: Internationale Zuständigkeit für die Kollokationsklage

#### a) Sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ

##### aa) Zivil- und Handelssache

In sachlicher Hinsicht regelt das LugÜ die internationale Zuständigkeit der vertragsstaatlichen Gerichte in Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 1 LugÜ). Was darunter genau zu verstehen ist, ergibt sich nicht nach den Auslegungskriterien des jeweiligen nationalen Rechts, sondern nach der vertragsautonomen Auslegung. Auf die nationale Auffassung zu einem bestimmten Rechtsbegriff darf also grds. nur zurückgegriffen werden, wenn das LugÜ dies ausdrücklich vorsieht. Nach vertragsautonomer Auslegung werden vom LugÜ alle Streitigkeiten erfasst, deren Rechtsnatur nach materiell-rechtlichen Kriterien zivilrechtlicher Natur sind (WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012, S. 179 f.). Vorliegend handelt es sich um eine konkursrechtliche Streitigkeit und folglich um eine Zivilrechtsangelegenheit. Der Umstand, dass es sich nach schweizerischem Recht bei SchKG-Angelegenheiten um solche des öffentlichen Rechts handelt, ist daher unbeachtlich. Der sachliche Anwendungsbereich ist folglich eröffnet.

##### bb) Vom Anwendungsbereich ausgenommene Rechtsgebiete gemäss Art. 1 Abs. 2 LugÜ

Art. 1 Abs. 2 LugÜ schliesst einige Sachgebiete explizit vom Anwendungsbereich des Übereinkommens aus, obwohl sie grundsätzlich unter den Begriff der Zivil- und Handelssachen fallen. Der Grund dafür ist, dass in diesen Bereichen entweder ein anderes Abkommen ausgearbeitet wurde oder grosse Unterschiede im materiellen Recht der verschiedenen Staaten vorliegen (WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012, S. 183). Die Anwendung des LugÜ ist jedoch nur dann ausgeschlossen, wenn der Streitgegenstand unmittelbar einem der in Art. 1 Abs. 2 LugÜ genannten Gebiete entstammt, nicht aber dann, wenn über eine einschlägige Frage nur als Vorfrage im Rahmen eines anderen Prozesses inzident zu entscheiden ist (BGE 135 III 185).

Problematisch erscheint hier vor allem Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ – *Konkurse, Vergleich und ähnliche Verfahren*. Die Begriffe *Konkurse, Vergleich und ähnliche Verfahren* sind wiederum vertragsautonom auszulegen.

(1) Die Kollokationsklage wird nicht vom Begriff „*Konkurs*“ erfasst. Unter den Begriff des Konkursverfahrens fallen Verfahren, die nach den verschiedenen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten auf der Zahlungseinstellung, der Zahlungsunfähigkeit oder der Erschütterung des Kredits des Schuldners beruhen und ein Eingreifen der Gerichte beinhalten, das in eine zwangsweise kollektive Liquidation der Vermögenswerte des Schuldners oder zumindest in eine Kontrolle durch die Gerichte mündet (EuGH, Entscheid vom 22.2.1979, Rs. 133/78, *Gourdain c. Nadler*, Slg 1979, S. 733 ff.).

(2) Unter Umständen handelt es sich aber bei der Kollokationsklage um ein „*ähnliches Verfahren*“. Hierunter fallen auch so genannte insolvenzrechtliche Annexverfahren. Nach der Rspr. des EuGH liegt ein Annexverfahren i. S. des Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ nach Gourdain/Nadler vor, wenn das Verfahren unmittelbar aus dem Insolvenzverfahren hervorgeht und sich eng innerhalb des Rahmens eines Konkurs- oder Vergleichsverfahrens in dem vorgenannten Sinne hält (EuGH, Entscheid vom 22.2.1979, Rs. 133/78, Gourdain c. Nadler, Slg 1979, S. 733 ff.).

Im Einzelnen verlangt dies folgendes:

- Verfahren muss insolvenzspezifische Rechte zum Gegenstand haben (ob „*der Konkursverwalter ... ein Vorrecht ausübt ..., das er eigens Bestimmungen des nationalen Rechts entnimmt, die für diese Art des Verfahrens gelten.*“);
- Das Verfahren muss unmittelbar aus dem Konkursverfahren hervorgehen, d. h. die Befugnisse müssen von einem Insolvenzorgan, nicht aber von einem Dritten geltend gemacht werden;
- Die besonderen insolvenzrechtlichen Befugnisse müssen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden, sie müssen also Haupt- und nicht lediglich Vorfrage sein.

Wendet man die vorliegenden Kriterien auf die Kollokationsklage an, dann liegt wohl eine insolvenzrechtliche Annexklage vor. So sieht es zumindest das schw. Bundesgericht BGE 133 III 368 E. 4.3.2 und E. 4.3.3. Dies hat wie folgt ausgeführt:

- E. 4.3.2: „Zweck des Kollokationsverfahrens im Konkurs ... ist die Feststellung der Passivmasse, d. h. der Forderungen, die am Konkursergebnis nach Bestand, Höhe, Rang und allfälligen Vorzugsrechten am Vermögen des Schuldners teilzunehmen haben. Sie dient ausschliesslich der Bereinigung des Kollokationsplanes und hat so wenig wie dieser irgendeine Rechtskraftwirkung über das Konkursverfahren hinaus. Das Schuldverhältnis als solches - zwischen Schuldner und Gläubiger - wird dadurch nicht rechtskräftig festgelegt. Im Kollokationsprozess kann der Bestand einer Forderung wohl Gegenstand gerichtlicher Prüfung, nicht aber Gegenstand rechtskräftiger Beurteilung sein. Vielmehr ist Gegenstand des Kollokationsurteils nur die Feststellung, inwieweit die streitigen Gläubigeransprüche bei der Liquidationsmasse zu berücksichtigen sind. Diese in BGE 65 III 28 (E. 1 S. 30) festgelegten Grundsätze entsprechen konstanter Rechtsprechung ... und werden von der Lehre bestätigt, welche die Kollokationsklage (Art. 250 SchKG) daher als konkursrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht bezeichnet.“
- E. 4.3.3: „Wohl kann - wie die Beschwerdeführer zu Recht festhalten - ein strittiges Rechtsverhältnis, wie es in einem positiven Kollokationsprozess (Art. 250 Abs. 1 SchKG) als materielle Vorfrage zu beurteilen ist, Gegenstand eines vor Konkurseröffnung und insoweit unabhängig vom Konkurs erhobenen Prozesses sein. Der enge Zusammenhang mit dem Konkursverfahren ist aber dennoch gegeben ..., weil der betreffende Prozess zu einem Kollokationsurteil führt (E. 4.1), dessen Wirkungen nicht über das Konkursverfahren hinausgehen. Die schweizerische Kollokationsklage unterscheidet sich insoweit nicht von der schweizerischen Anfechtungsklage, welche als konkursrechtliche Klage mit Reflexwirkung auf das materielle Recht vom LugÜ ausgenommen ist (BGE 131 III 227 E. 3.3). Auch die Kollokationsklage ist ein Rechtsbehelf, der eng mit der Struktur des Konkursrechts

und seinen Besonderheiten verbunden ist und einen integrierenden Bestandteil der Konkursliquidation bildet.“

- Schliesslich ist zu beachten, dass der Prozess gegen die Konkursverwaltung (und nicht gegen den Schuldner) zu führen ist und die konkursrechtliche Frage (Teilnahme an der Verteilung der Masse oder nicht) die Hauptfrage des Streits (und nicht lediglich die Vorfrage) bildet.

### *b) Zusammenfassung und Ergebnis*

Folglich ist die Kollokationsklage vom Anwendungsbereich des LugÜ gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ ausgenommen. Somit ist das LugÜ nicht anwendbar. Es besteht keine internationale Zuständigkeit nach dem LugÜ in München.

## **2. Frage: Internationale Zuständigkeit für die Schadenersatzklage**

### *a) sachlicher Anwendungsbereich des LugÜ*

Schadenersatzklagen haben ihre rechtliche Grundlage im Zivilrecht. Folglich handelt es sich um eine Zivil- und Handelssache. Fraglich ist auch hier, ob der Ausschlussstatbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ eröffnet ist. Die Begriffe Konkurs, Vergleich und ähnliche Verfahren sind wiederum vertragsautonom auszulegen (vgl. obige Ausführungen). Der Ausschlussstatbestand des Art. 1 Nr. 2 lit. b LugÜ umfasst somit nur Verfahren auf Generalexekution, d. h. Konkurs- und Nachlassverfahren, sowie die damit eng zusammenhängenden Annexverfahren. Verfahren auf Spezialexekution, wie Pfändung und Pfandverwertung, sind vom LugÜ nicht ausgeschlossen (DASSER/OBERHAMMER, Lugano-Übereinkommen, 2. Auflage, Bern 2011, Art. 1, Rn. 81ff.).

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine Schadenersatzklage des K gegen A. Ein Annexverfahren liegt hier nicht vor, da es im vorliegenden Fall nicht um insolvenzrechtliche Sonderrechte geht. Vielmehr findet dieser Prozess völlig unabhängig von dem Konkursverfahren statt. Der Ausschlussstatbestand des Art. 1 Abs. 2 lit. b LugÜ greift somit nicht ein.

### *b) räumlich-persönlicher Anwendungsbereich des LugÜ*

Während der sachliche Anwendungsbereich des LugÜ für alle Belange einheitlich festgelegt wird, muss für die räumlich-persönliche Anwendbarkeit des LugÜ differenziert werden: Die Zuständigkeitsvorschriften des LugÜ kommen grundsätzlich nur dann zur Anwendung, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat hat; hiervon gelten jedoch diverse Ausnahmen (vgl. Art. 22 ff. LugÜ). Einen Bezug des konkreten Sachverhalts zum Vertragsstaat ist nicht erforderlich (DASSER/OBERHAMMER, Lugano-Übereinkommen, 2. Auflage, Bern 2011, Art. 2, Rn. 10). Das LugÜ ist jedoch auf reine Binnensachverhalte nicht anwendbar. Das nötige Mass an Internationalität ist bereits erreicht, wenn der Kläger- und der Beklagtenwohnsitz auseinander fallen. Der Beklagte A hat seinen Wohnsitz in einem Vertragsstaat des LugÜ (Zürich, Schweiz). Darüber hinaus ist auch das (ungeschriebene) Element der Internationalität erfüllt, weil der Wohnsitz des Klägers (München, Deutschland) und des Beklagten (Zürich, Schweiz) auseinanderfallen. Folglich ist der räumlich-persönliche Anwendungsbereich des LugÜ eröffnet.

Da laut Sachverhalt nach der internationalen Zuständigkeit in München gefragt ist, gilt es nicht den allgemeinen Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten (Schweiz) nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ zu prüfen, sondern die besonderen Gerichtsstände nach Art. 5 LugÜ.

c) *Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 LugÜ (Sonderzuständigen)*

aa) Für die Schadensersatzklage des A könnte sich die internationale Zuständigkeit des Gerichts in München aus Art. 5 Nr. 3 LugÜ ergeben.

- (1) Die Vorschrift setzt eine „unerlaubte Handlung“ voraus. Dabei handelt es sich um eine so genannte doppelrelevante Tatsache. Das Gericht hat also das Vorliegen einer solchen nicht im Detail zu prüfen. Vielmehr reicht es aus, wenn der Kläger die erforderlichen Tatsachen für eine im Inland begangene unerlaubte Handlung schlüssig behauptet. Für den schlüssigen Vortrag kommt es dabei auf einen autonomen Begriff der „unerlaubten Handlung“ an (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1998 - C-51/97, Slg.1998 I 6511 Rn. 22 f. - Reunion Europeenne u.a).
- (2) Die autonom auszulegenden Begriffe „unerlaubte Handlung“ und „Handlung, die einer unerlaubten Handlung gleichgestellt ist“ in Art. 5 Nr. 3 LugÜ beziehen sich auf jede Klage, mit der eine Schadenshaftung geltend gemacht wird, die nicht an einen Vertrag im Sinne des Art. 5 Nr. 1 LugÜ anknüpft (EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 - C -147/12, RIW 2013, - ÖFAB). Ausserdem muss zwischen dem geltend gemachten Schaden und dem ihm zugrunde liegenden Ereignis ein ursächlicher Zusammenhang feststellbar sein (EuGH, Urteile vom 18. Juli 2013 - C-147/12, a. a. O. Rn. 34; 16. Juli 2009 - C-189/08, Slg. 2009 I-EUGH-SLG Jahr 2009 I 6917 Rn. 28 - Zuid-Chemie; jeweils m. w. N.).

bb) Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt:

- (1) Der Kläger macht eine solche unerlaubte Handlung geltend. Er nimmt den A mit der Begründung in Anspruch, dieser hätte selbst als Organ seiner Vertragspartnerin - der M. AG - verbotene Finanzdienstleistungsgeschäfte betrieben, weil er das zielgerichtete, auf einen rechtswidrigen Kundenfang unter Einsatz von Call-Centern und Kundenberatern in Deutschland ausgerichtete Geschäftsmodell der Gesellschaft als verantwortliches Geschäftsführungsorgan bewusst mitverantwortet und forciert, jedenfalls aber in Kauf genommen hätte oder insoweit zumindest (grob) fahrlässig gehandelt und damit letztlich den K geschädigt hätte.
- (2) Zwar hat die Rspr. in der Vergangenheit Schadensersatzansprüche gegen den Vertragspartner, d. h. den Finanzdienstleister selbst (unabhängig davon, ob diese auf Deliktsrecht oder Vertragsrecht gestützt waren) als Ansprüche aus einem Vertrag im Sinne des Art. 5 Nr. 1 LugÜ qualifiziert. Für die Begründung des Verbraucher- bzw. Vertragsgerichtsstands ist nämlich nicht die Geltendmachung eines vertraglichen Anspruchs im engeren Sinn erforderlich. Vielmehr genügt es, dass sich die Klage allgemein auf einen Vertrag bezieht und eine so enge Verbindung zu diesem Vertrag aufweist, dass sie von ihm nicht getrennt werden kann. Die erforderliche enge Verbindung ist in diesen Fällen gegeben, weil der Kläger geltend machte, ihm sei ein Vermögensschaden durch das Handeln seines Vertragspartners, gegen den sich damals die Klage richtete, entstanden, da dieser den Vertrag aufgrund eines gesetzlichen Verbots nicht habe abschliessen dürfen.

Bei der vorliegenden Fallgestaltung fehlt es an einer engen Verbindung der Klage gegen A zu dem von der M-AG mit dem K geschlossenen Vertrag. Denn der A ist nicht Vertragspartner des K. Werden gegen das Organ der Vertragspartnerin (M-AG) Ansprüche aus unerlaubter Handlung geltend gemacht, so bildet den Gegenstand des Verfahrens nicht ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag im Sinne des Art. 5 Nr. 1 LugÜ. Nach der Rechtsprechung des

EuGH zum Art. 5 Nr. 1 (EuGH, Urteil vom 14. März 2013 C-419/11, Rn. 46 f. - Česká sporitelna) kann der Begriff „Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“ nicht so verstanden werden, dass er eine Situation erfasst, in der es an einer von einer Partei gegenüber einer anderen freiwillig eingegangenen Verpflichtung fehlt. An einer „freiwillig eingegangene Verpflichtung“ fehlt es aber, bei einer Klage gegen ein Organ einer Gesellschaft, mit der dieses Organ für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftbar gemacht wird. Daher liegt bei einer auf ein Fehlverhalten von Organmitgliedern gestützten Klage die erforderliche enge Verbindung i. S. des Art. 5 Nr. 1 LugÜ nicht vor mit der Folge, dass keine Streitigkeit aus Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag vorliegen, sondern eine unerlaubte Handlung.

#### cc) Lokalisierung des Handlung- / Erfolgsortes

- Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH beruht die besondere Zuständigkeit am Ort der unerlaubten Handlung darauf, dass zwischen der Streitigkeit und anderen Gerichten als jenen des Staates, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat, eine besonders enge Beziehung besteht, die aus Gründen der Nähe zum Streitgegenstand und der leichteren Beweisaufnahme eine Zuständigkeit dieser Gerichte rechtfertigt. Dabei ist der Begriff „Ort, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“ so zu verstehen, dass er sowohl den Ort des ursächlichen Geschehens (Handlungsort) als auch den Ort der Verwirklichung des Schadenserfolgs (Erfolgsort) meint. Beide Orte können demnach unter dem Aspekt der gerichtlichen Zuständigkeit eine signifikante Verknüpfung begründen, da jeder von beiden je nach Lage des Falles für die Beweiserhebung und für die Gestaltung des Prozesses einen besonders sachgerechten Anhaltspunkt liefern kann (EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009 – C-189/08, a. a. O. Rn. 23 f. m. w. N).
- Im vorliegenden Fall kann offenbleiben, ob der Handlungsort in Deutschland liegt, da jedenfalls der Erfolgsort in Deutschland belegen ist.
  - Erfolgsort ist nach der Rechtsprechung des EuGH der Ort, an dem aus einem Ereignis, das für die Auslösung einer Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlung oder wegen einer gleichgestellten Handlung in Betracht kommt, ein Schaden entstanden ist. Gemeint ist damit der Ort, an dem das auslösende Ereignis seine schädigende Wirkung entfaltet, d. h. der Ort, an dem sich der durch das Ereignis verursachte Schaden konkret zeigt (EuGH, Urteil vom 16. Juli 2009 – C.189/08 , a. a. O. Rn. 27 mwN). Die Bestimmung des Erfolgsortes hat dabei losgelöst von nationalen Vorschriften über die ausservertragliche zivilrechtliche Haftung zu erfolgen (so EuGH, Urteil vom 19. September 1995 – C-364/93, <https://beck-online.beck.de/default.aspx?typ=reference&y=200&d=1995-09-19&az=C36493&ge=EUGH, Slg. 1995, I-2719 Rn. 18 f. – Marinari>).
  - Der Begriff des Erfolgsortes wird aufgrund des Ausnahmecharakters der Vorschrift restriktiv ausgelegt. Der Schadenserfolg ist in diesem Zusammenhang an dem Ort verwirklicht, an dem das haftungsauslösende Ereignis den unmittelbar Betroffenen direkt schädigt. (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Januar 1990 – C-220/88, Slg. 1990, I-49 Rn. 20 f. - Dumez France und Tracoba). Die bloße Belegenheit des Vermögens des Geschädigten zum Zeitpunkt der Entstehung der Schadensersatzpflicht kann nach dieser Rechtsprechung für die Ermittlung des Erfolgsorts nicht massgeblich sein, da es hier an einer Beziehung zu dem dem Rechtsstreit zugrundeliegenden Sachverhalt und damit an der erforderlichen Sachnähe fehlen kann (EuGH, Urteil vom 19.

September 1995 – C-364/93, a. a. O. Rn. 20). Auch bei Kapitalanlagendelikten kann der Erfolgsort demgemäss nicht schon deshalb am Klägerwohnsitz liegen, weil dort der Mittelpunkt von dessen Vermögen liegt, da dies dem Ziel der Rechtssicherheit für die Parteien hinsichtlich des Gerichtsstandes und der grundsätzlichen Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuwiderliefe (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Juni 2004 – C-168/02, a. a. O. Rn. 20 f. – Kronhofer).

- Der vorstehenden Entscheidung kann aber auch entnommen werden, dass unter anderen Umständen der Erfolgsort durchaus im Wohnsitzstaat des Klägers gelegen sein kann. So ist etwa bei einem Geschäftsmodell, das von vornherein bewusst darauf abzielt, uninformierte, leichtgläubige Menschen unter sittenwidriger Ausnutzung ihres Gewinnstrebens und ihres Leichtsinns als Geschäftspartner zu gewinnen und sich auf deren Kosten zu bereichern, und das auf Seiten des Anlegers einen Kenntnistrückstand voraussetzt, ohne den ein vernünftig denkender Anleger sich auf die Geldanlage nicht eingelassen hätte, bereits die durch den Anleger veranlasste Überweisung des Anlagekapitals als Deliktserfolg anzusehen sein, so dass der den Gerichtsstand begründende Erfolgsort dann der Ort der Minderung des Kontoguthabens ist.
- Bei reinen Vermögensdelikten ist in Anknüpfung an die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Primärschaden mangels einer primären Rechtsgutsverletzung der Ort des ersten unmittelbar verletzten Interesses massgeblich (vgl. WAGNER in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., Art. 5 EuGVVO, Rn. 161). Ist schon die Herbeiführung oder Anbahnung eines Rechtsgeschäfts rechtswidrig, so stellt der Ort den Erfolgsort dar, an dem dieses Fehlverhalten des Schädigers die erste Wirkung entfaltet hat. Dieser Ort liegt aber in Deutschland.

#### *d) zeitlicher Anwendungsbereich des LugÜ*

Das LugÜ ist anwendbar, wenn die Klage nach Inkrafttreten des Staatsvertrages anhängig gemacht wurde. Für die Schweiz ist das LugÜ seit dem 1. Januar 2011 in Kraft. K erhebt seine Klage, nachdem er in der Süddeutschen Zeitung von der M-AG gelesen hatte, also nach dem 1.3.2013. Der zeitliche Anwendungsbereich ist somit gegeben.

#### *e) Fazit:*

Damit ist eine internationale Zuständigkeit des Gerichts in München gegeben.

### **3. Frage: Schiedsvereinbarung und Kollokationsklage**

#### **Teilfrage 1:**

##### *a) Anwendbarkeit des IPRG*

Nach Art. 176 Abs. 1 IPRG ist das Kapitel 12 des IPRG über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit anwendbar, wenn sich der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz befindet und beim Abschluss der Schiedsvereinbarung wenigstens eine Partei ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in der Schweiz hatte. Im vorliegenden Fall soll ein Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz vereinbart werden und K hat seinen Wohnsitz nicht in der Schweiz (sondern in Deutschland). Des Weiteren darf kein sog. Opt-Out i. S. v. Art. 176 Abs. 2 IPRG vorliegen, d. h. die Parteien dürfen nicht

von ihrer Möglichkeit Gebrauch machen, anstelle der Anwendbarkeit des 12. Kapitels des IPRG die Regelungen der ZPO zu vereinbaren (WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012, S. 584). Da dies im vorliegenden Fall nicht gemacht wurde, finden die Vorschriften des Art. 176 ff. PRG folglich Anwendung.

#### *b) Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung*

- (1) Anwendbares Recht: Zuerst gilt es zu bestimmen, nach welchem Recht das wirksame Zustandekommen einer Schiedsvereinbarung geprüft werden muss. Nach Art. 178 Abs. 2 IPRG ist die Schiedsvereinbarung gültig, wenn sie entweder dem von den Parteien gewählten Recht, dem auf die Streitsache (insb. Hauptvertrag) anwendbaren Recht oder dem schweizerischen Recht entspricht. Da sich aus dem Sachverhalt nichts anderes ergibt, richtet sich das Zustandekommen der Schiedsvereinbarung u. a. auch nach schweizerischem Recht.
- (2) Abschlusstatbestand: Da für die Beurteilung des wirksamen Zustandekommens der Schiedsvereinbarung schweizerisches Recht anwendbar ist, muss der Vertragsschluss (Abschlusstatbestand) den Anforderungen nach Art. 1 ff. OR genügen (Angebot und Annahme). Des Weiteren erfordert der Vertragsabschluss eine Einigung der Parteien in Bezug auf die Schiedsklausel. Diese Erfordernisse sind i. c. unbestritten.
- (3) Form: Für die auf Schiedsvereinbarungen anzuwendende Form gilt Art. 178 Abs. 1 IPRG. Dieses Erfordernis bereitet im vorliegenden Fall keine Schwierigkeiten.
- (4) Subjektive Schiedsfähigkeit: Nach Schweizer Recht können sowohl natürliche als auch juristische Personen eine Schiedsvereinbarung abschliessen (WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012, S. 586). Des Weiteren müssen beide Parteien partei- und prozessfähig sein. I. c. gilt es also gesondert zu prüfen, ob und inwieweit die Konkursverwaltung befugt ist, für die Insolvenzmasse zu handeln (Handlungs-/Vertretungsbefugnis). Bezüglich der Parteifähigkeit in einem Schiedsverfahren enthält das IPRG lediglich für staatlich beherrschte bzw. organisierte Rechtsträger eine ausdrückliche Regelung (Art. 177 Abs. 2 IPRG). Über die subjektive Schiedsfähigkeit nichtstaatlicher Parteien schweigt das IPRG (Botschaft zum Bundesgesetz über das Internationale vom 10. November 1982, BBl 1983 I 263 ff., S. 459 Ziff. 2101.22). Es gilt daher der allgemeine prozessuale Grundsatz, wonach die Parteifähigkeit von der materiellrechtlichen Vorfrage der Rechtsfähigkeit abhängt (BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 326, 340). Diese wird durch das Personal- bzw. Gesellschaftsstatut, also das gemäss Art. 33 f. IPRG (für natürliche Personen) bzw. Art. 154, 155 lit. c IPRG (für juristische Personen) anwendbare Recht bestimmt (BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 328; BGer (31.3.2009) 4A\_428/2008). Da sich die Konkursverwaltung i. c. in der Schweiz befindet und folglich nach schweizerischem Recht organisiert ist, beurteilt sich die Handlungs-/Vertretungsbefugnis nach schweizerischem Recht. Nach Art. 240 SchKG ist die Konkursverwaltung zu „Vertretung“ der Konkursmasse befugt.
- (5) Objektive Schiedsfähigkeit: Die objektive Schiedsfähigkeit richtet sich nach Art. 177 Abs. 1 IPRG. Danach sind alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten schiedsfähig. Von vermögensrechtlicher Natur ist jeder Anspruch, der für eine Partei Geldwert hat. Massgebend für die vermögensrechtliche Natur ist also, ob mit der Klage ein wirtschaftlicher

Zweck verfolgt wird (WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012, S. 585; BGE 118 II 353). Grundsätzlich sind SchKG-Sachen vermögensrechtlicher Natur (BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 223). Ob die objektive Schiedsfähigkeit für konkursrechtliche Streitigkeiten über Art. 177 Abs. 1 IPRG hinaus Einschränkungen erfährt, ist allerdings umstritten. Die wohl h. M. schränkt die Schiedsfähigkeit bei SchKG-Angelegenheiten weiter ein. So führte das Bundesgericht in BG (2.11.2010) 5A\_225/2010, E. 2.1 aus: *«Selon la jurisprudence constante, l'arbitre ne peut pas prononcer la mainlevée définitive ou provisoire de l'opposition ... Contrairement à ce que pense la recourante ... la réponse est la même sous l'angle de l'art 177 LDIP. Certes, cette disposition prévoit expressément que toute 'cause patrimoniale' peut faire l'objet d'un arbitrage (al. 1 ). Toutefois, l'arbitrabilité peut se trouver exclue par des règles de compétence qui réservent impérativement à une autorité étatique la connaissance de certains différends ...»* In dieser Entscheidung stellte das Bundesgericht also klar, dass ein Schiedsgericht zwar über eine Anerkennungsklage entscheiden, jedoch keine Rechtsöffnung erteilen kann. Auch in der Literatur wird diese Ansicht vorwiegend geteilt. Danach sind gewisse Streitigkeiten so eng mit der eigentlichen Durchführung des Konkursverfahrens verbunden, dass sie nicht der Schiedsgerichtsbarkeit überlassen werden können (BERNET, Schiedsgericht und Konkurs einer Partei, in: Festschrift für Franz Kellerhals zum 65. Geburtstag, 2005, S. 3, 10 f.; WALTER/DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Auflage, Bern 2012, S. 585).

I. c. stellt sich die Frage, ob die Kollokationsklage schiedsfähig ist oder aufgrund ihres engen Zusammenhangs mit der eigentlichen Durchführung des Konkursverfahrens den staatlichen Gerichten überlassen werden muss. Dies ist in der Lehre umstritten (siehe zum Ganzen PERRET, BullASA 2007, No. 1, S. 36, 38 ff.; vgl. auch BSK-IPRG/MABILLARD/BRINER, Art. 177, Rz. 14b). Die wohl überwiegende Ansicht geht davon aus, dass eine solche enge Verbindung aufgrund öffentlich-rechtlicher Interessen sowie Drittinteressen (vgl. dazu RÜEDE/HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, 1993, S. 51) besteht, siehe:

- BGE 33 II 648, 654 f. : *«L'exception d'incompétence doit, en outre, être écartée, parce que son admission entraînerait une violation de l'art. 250, qui dispose que l'opposant a l'état de collocation doit intenter son action devant le juge de la faillite dans les dix jours de la publication du dépôt. Cette disposition qui a été dictée non par des considérations tirées de l'intérêt particulier des parties en cause, mais par des motifs d'intérêt public, - for unique de la faillite, protection des intérêts des autres créanciers, etc. - revêt le caractère d'une règle de droit impératif à laquelle il n'est pas loisible de déroger par convention. Toute exception d'incompétence tirée d'un compromis doit donc être écartée d'emblée lorsqu'il s'agit d'une contestation concernant l'état de collocation.»*
- BSK-SchKG/Hierholzer, Art. 250 N 46: *«Durch die Zusammenfassung der Kollokationsprozesse in der Hand des Richters am Konkursort wird nicht nur die Vereinigung der Streitigkeiten betreffend den gleichen Anspruch ermöglicht, sondern auch der Gefahr widersprechender Entscheidungen vorgebeugt.»*
- offen gelassen in BGE 136 III 107, E. 2.5: *«Das Bundesgericht hat die Gültigkeit der Schiedsklausel für die Konkursmasse im Zusammenhang mit einer Kollokationsklage in*

einem älteren Entscheid verneint. Auf die Tragweite dieses Entscheids braucht jedoch nicht näher eingegangen zu werden ...»

Die besseren Gründe sprechen dafür, einen solchen engen Zusammenhang anzunehmen (a. A. BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 226). Das gilt schon mit Blick auf das LugÜ; denn wenn für dieses ein zwingender Zusammenhang zwischen Konkursverfahren und Annexverfahren (Kollokationsklage) angenommen wird, dann kann dieser Zusammenhang auch nicht durch eine Schiedsvereinbarung getrennt werden.

### *c) Zusammenfassung*

Die Kollokationsklage ist nach der wohl h. M. nicht schiedsfähig. Aus diesem Grund können die Konkursverwaltung und K die Kollokationsklage nicht durch eine Schiedsvereinbarung einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz zuweisen.

### **Teilfrage 2:**

#### *a) Reichweite/Auslegung der Schiedsvereinbarung*

I. c. stellt sich die Frage, ob die Streitigkeit (Kollokationsklage) von der objektiven Reichweite der Schiedsvereinbarung überhaupt umfasst ist. Die Beurteilung der Reichweite der Schiedsvereinbarung erfolgt nach Art. 178 Abs. 2 IPRG, i. c. also nach schweizerischem Recht. Die h. M. der schweizerischen Literatur wendet dafür – ungeachtet des verfahrensrechtlichen Charakters der Schiedsvereinbarung – Art. 18 OR analog an (BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 415; BGE 130 III 66 E. 3.2; MÜLLER, International Arbitration, 2004, S. 36; KAUFMANN-KOHLER/RIGOZZI, Arbitrage International, 2010, No. 245 ff.) Die Auslegung einer Schiedsvereinbarung folgt nach Bundesgericht den für die Auslegung privater Willenserklärung allgemein geltenden Grundsätzen. Massgebend ist primär der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien (BERGER/KELLERHALS, Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 2006, Rz. 415; BGE 130 III 66 E. 3.2). Kann ein solcher tatsächlicher Parteiwille nicht festgestellt werden, ist die Schiedsvereinbarung laut Bundesgericht objektiviert auszulegen, d. h. der mutmassliche Parteiwille ist so zu ermitteln, wie er vom jeweiligen Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben verstanden werden durfte und musste (BGE 130 III 66 E. 3.2).

Legt man die Schiedsvereinbarung aus, dann sind in jedem Fall alle Streitigkeiten erfasst, die im „Vertrag“ wurzeln. Nicht erfasst sind hingegen solche Streitigkeiten, die keinen Bezug zum Vertrag haben, d. h. also solche Streitigkeiten, die allein im Konkursrecht verankert sind. Auf Letztere bezieht sich die im Anlagevertrag enthaltene Schiedsklausel nicht. Fraglich ist daher, ob die Kollokationsklage allein im Konkursrecht oder auch im Anlagevertrag wurzelt. Letzteres ist – auf den ersten Blick – deshalb fraglich, weil sich die Kollokationsklage auch mit materiell-rechtlichen Fragestellungen (zumindest vorfrageweise) auseinandersetzt, also mit Fragestellungen aus dem Vertrag. Für die Qualifikation aber, ob die Streitigkeit im Vertrag wurzelt oder nicht, ist – richtiger Ansicht nach – auf den Zweck der Klage und insbesondere auf den Gegenstand derselben abzustellen (und nicht auf die Vorfragen). Hier geht es allein um die konkursrechtliche Frage, ob der Gläubiger mit seinem Anspruch an der Verteilung der Masse teilnimmt oder nicht. Vorliegend handelt es sich also um keine Klage, die im Vertrag wurzelt. Die Schiedsvereinbarung ist zusammenfassend dahingehend auszulegen, dass sie die Kollokationsklage nicht umfasst.

#### *b) Verfügungsbefugnis der M-AG über den Anspruch zu disponieren*

Vertritt man demgegenüber die Ansicht, dass die Kollokationsklage im Vertrag wurzelt, stellt sich die Frage, ob die M-AG überhaupt befugt war, zu Lasten der Konkursverwaltung/Konkursmasse über den Streit zu disponieren. Wie oben gezeigt, handelt es sich bei der Kollokation (und den hieraus entstehenden Streitigkeiten) um konkursrechtliche Sonderrechte der Konkursverwaltung, die - herrschender Meinung zur Folge - zu keinem Zeitpunkt (vor Konkurseröffnung) dem Schuldner (hier der M-AG) zustehen. Die Konkursmasse hat sich nicht gegenüber dem Vertragspartner gebunden und der Schuldner konnte – mangels Rechtszuständigkeit – die Masse insoweit ebenso wenig binden wie er über den (künftigen) Anspruch verfügen kann (für den gleichgelagerten Fall der Anfechtungsklage: BSK-SchKG/STAEHELIN, Art. 289 N 15a; HGer ZH., ZR 2007, 136 E. 2.2; a. A. KAUFMANN-KOHLER/LÉVY, *Insolvency and international arbitration*, in: Peter/Jeandin/Kilborn (Hrsg), 2006, S. 257, 265). Die Vertragspartner können folglich nicht darauf vertrauen, dass eine von einem – insoweit nicht aktivlegitimierten – Schuldner geschlossene Schiedsvereinbarung auch diese konkursrechtlichen Streitigkeiten erfasst.

### *c) Zusammenfassung*

Die Auslegung der Schiedsvereinbarung nach Art. 18 OR ergibt, dass die Kollokationsklage nicht im Vertrag wurzelt und folglich nicht Gegenstand der Schiedsvereinbarung ist. Auch wenn die gegenüberstehende Ansicht, wonach die Kollokationsklage von der Schiedsvereinbarung erfasst ist, vertreten wird, ist das Schiedsgericht aufgrund mangelnder Verfügungsbefugnis der M-AG für die Kollokationsklage nicht zuständig.