

Zeitschrift
für das gesamte
Insolvenzrecht

ZInsO

In dieser Ausgabe:

ZInsO-Kompakt

ZInsO-Aufsätze

Der sog. Lastschriftwiderspruch in der Insolvenz
aus Verwaltersicht (S. 1)

von Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter Jens-Sören Schröder,
Hamburg

Die Anfechtbarkeit von Vollstreckungsmaßnahmen wegen
Benachteiligung konkurrierender Gläubiger (S. 7)

von Professor Dr. Wolfgang Marotzke, Universität Tübingen

Schiedsgerichtsvereinbarungen und Schiedsabreden im
Insolvenzverfahren (S. 11)

von Professorin Dr. Marlene Kück, Berlin

ZInsO-Praxis

Die Befreiung des Insolvenzverwalters von § 181 BGB (S. 17)

von Wirtschaftsjurist Andreas Kögel und Ass. iur. Marko Loose,
Universität Bayreuth

Anfechtbarkeit von Banksicherheiten in der Insolvenz des
Kreditnehmers (S. 23)

von Syndikusanwalt Michael W. Molitor, Frankfurt/M.

ZInsO-Vergütungsecke

Rückzahlung der Vergütung, Entnahmerecht (S. 27)

BGH, Urt. v. 17. 11. 2005 – IX ZR 179/04

Berechnungsgrundlage bei vorzeitiger Beendigung (S. 29)

BGH, Beschl. v. 10. 11. 2005 – IX ZB 168/04

Vergütung eines im Insolvenzverfahren isoliert beauftragten
Sachverständigen (S. 31)

OLG Koblenz, Beschl. v. 27. 12. 2005 – 14 W 815/05

Vergütung des RA/Sonderinsolvenzverwalters (S. 32)

LG Krefeld, Beschl. v. 30. 11. 2005 – 6 T 253/05

ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

ZInsO-Rechtsprechungsreport

Mit Beilage
Jahresverzeichnis
2005

1

15. Januar 2006
9. Jahrgang

(S. 1 bis 56)

Herausgeber:

Hans-Peter Kirchhof,
Richter am BGH a.D.,
Karlsruhe

Dr. Gerhart Kreft,
Vors. Richter am BGH a.D.,
Karlsruhe

Ernst-Dieter Berscheid,
Vors. Richter am LAG, Hamm

Dr. Gerhard Pape,
Richter am OLG, Celle

Professor
Dr. Heribert Hirte,
LL.M. (Berkeley), Hamburg

Professor
Dr. Michael Huber,
Präsident des LG, Passau

Professor
Dr. Wolfgang Marotzke,
Tübingen

Professor Udo Hintzen,
Berlin

Rechtsanwalt
Dr. Manfred Obermüller,
Frankfurt/M.

Rechtsanwalt
Wolfgang Wutzke,
Fachanwalt für Insolvenzrecht,
Bremen

Rechtsanwalt
Dr. Karsten Förster,
Fachanwalt für Insolvenzrecht,
Oldenburg

Schriftleiter:

Professor Dr. Hans Haarmeyer,
Bonn

Schiedsgerichtsvereinbarungen und Schiedsabreden im Insolvenzverfahren

von Professorin Dr. Marlene Küick, Berlin

Mit der Neueinführung der InsO am 1.1.1999 stellte sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter an eine von der Insolvenzschuldnerin vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossene Schiedsgerichtsvereinbarung und an eine Schiedsklausel noch gebunden sei oder ob der Insolvenzverwalter diese Vereinbarung oder für diese Klausel sein Wahlrecht nach §§ 103, 115 InsO geltend machen und eine Erfüllung der Vereinbarung bzw. der Klausel, sofern das Schiedsgerichtsverfahren noch nicht anhängig ist, ablehnen könnte. Falls eine Anwendung der §§ 103, 115 InsO scheitern würde, gab es noch die zusätzliche Auffassung, die Schiedsgerichtsvereinbarung oder die Schiedsklausel sei nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen; bei ihr würde es sich materiell um einen Gesellschaftervertrag handeln, der dann gem. § 728 BGB im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung aufgelöst würde.

Diese – z.T. – sehr unterschiedlichen Positionen waren in den vergangenen Jahren im Insolvenzverwaltungsbereich vertreten und insofern von den Verwaltern mit der Einführung der InsO von ihnen eine Änderung der Rechtslage im Vergleich zur alten KO reklamiert. Nach der alten Rechtslage war in der Rechtsprechung und in der Literatur – ohne Ausnahme – anerkannt, dass von dem Schuldner vor Eröffnung des Verfahrens abgeschlossene Schiedsgerichtsvereinbarungen und Schiedsklauseln weiter bestehen und der Insolvenzverwalter die Rechtslage so übernehmen muss, wie sie bei Insolvenzeröffnung vorgefunden wird.

Der BGH hat nun in einer Entscheidung v. 20.11.2003¹ klar gestellt, dass sich an der bisherigen Rechtslage nichts geändert hat und die alten Grundsätze fortbestehen. Vorausgegangen war eine gleich lautende Entscheidung des KG v. 31.3.2003.²

Die BGH-Entscheidung soll nachfolgend diskutiert werden, indem auf den Charakter von Schiedsgerichtsvereinbarungen und Schiedsklauseln, ihre Bindungswirkung gegenüber dem Insolvenzverwalter, auf die Reichweite der Vereinbarungen und Klauseln, auf die Möglichkeit, diese Vereinbarungen/Klauseln insolvenzrechtlich anzufechten und auf Aspekte, die sich auf ein „Nebeneinander“ von schiedsgerichtlichen Verfahren und Insolvenzanfechtungsverfahren vor den staatlichen Gerichten beziehen, eingegangen wird. Das Ergebnis fällt dabei einigermaßen verblüffend aus: Unter prozessökonomischen Gesichtspunkten könnte es für die Parteien angezeigt sein, entweder auf die Schiedsvereinbarungen und Schiedseinreden zu verzichten oder aber den Insolvenzanfechtungsanspruch, der vom Insolvenzverwalter als Partei geltend gemacht werden kann, durch eine nachträgliche Übereinkunft zwischen den Parteien in die jeweiligen Schiedsvereinbarungen/ Schiedsklauseln mit aufzunehmen.

I. Zum Charakter von Schiedsgerichtsvereinbarungen und Schiedsklauseln

Schiedsgerichtsvereinbarungen und Schiedsklauseln unterscheiden sich nur dadurch, dass einmal eine selbstständige Vereinbarung (Schiedsgerichtsvereinbarungen bzw. Schiedsabreden) getroffen wurde und zum anderen die Vereinbarung im Rahmen eines anderen Vertrages erfolgte (Schiedsklauseln). In beiden Fällen vereinbaren die Vertragspartner damit, dass ein Rechtsstreit nicht vor den staatlichen Gerichten, sondern vor einem Schiedsgericht ausgetragen werden und die Entscheidung darüber bei den Schiedsrichtern liegen soll.

Der Charakter der Schiedsgerichtsvereinbarungen und der Schiedsklauseln wird von dem verfolgten Ziel her, nämlich Ausschalten der ordentlichen Gerichte und Herbeiführung einer Entscheidung durch private Schiedsgerichte, und nicht, wie beim gegenseitigen Vertrag, durch dem Austausch von Leistungen und Gegenleistungen, geprägt.

Dabei kann nun offen bleiben, ob die Schiedsvereinbarungen als „materiellrechtliche Vereinbarungen“ über prozessuale Beziehungen angesehen werden können, oder „als reine Prozessvereinbarung zu qualifizieren“ sind.³

Auf jeden Fall dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass die Schiedsvereinbarungen kein Austauschverhältnis zwischen den Parteien begründen, sondern nur einen außerhalb der ordentlichen Gerichte liegenden Rechtsweg beschreiben. Hierin liegt ihr eigentlicher Charakter oder wie Flöther treffend formuliert: „Die Schiedsvereinbarung stellt daher kein Synallagma dar.“⁴

Dieser Charakter der Schiedsvereinbarung macht deutlich, dass dem Insolvenzverwalter das für gegenseitige Verträge vorgesehene Wahlrecht nach § 103 InsO nicht zusteht. Genauso wenig kann sich der Verwalter auf ein Erlöschen nach § 115 InsO berufen. Die Schiedsvereinbarung begründet kein Auftragsverhältnis. Der 3. Senat des BGH formuliert unmissverständlich:

„Die Schiedsabrede ist weder ein gegenseitiger Vertrag i.S.d. § 103 InsO (früher: § 17 KO), noch ein Auftrag im Sinne des § 115 InsO (früher: § 23 KO); dementsprechend kann der Insolvenzverwalter weder die Erfüllung ablehnen (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) noch erlischt der Schiedsvertrag gemäß § 115 Abs. 1 InsO durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens.“⁵

Diese Entscheidung deckt sich vollständig mit einem Urteil des 7. Senats des BGH v. 28.2.1957 und lässt schon durch Bezugnahme auf die alte KO deutlich werden, dass sich durch Einführung der neuen InsO nichts an der Rechtslage geändert hat:

„Der Konkursverwalter muss grundsätzlich die Rechtslage übernehmen, die bei Eröffnung des Verfahrens besteht. Die Schiedsabrede ist weder ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 17 KO noch ein Auftrag im Sinne des § 23 KO.“⁶

Diese BGH – Entscheidung hat ihre tieferen Wurzeln in der Rechtsprechung des RG, worauf i.Ü. explizit in der Urteilsbegründung verwiesen wird. Dieses hatte in einer Entscheidung am 11.7.1932 festgestellt, dass

„der Rechtswirksamkeit eines vor dem Konkurs geschlossenen Schiedsvertrages über den Bestand eines Rechts jener Art rechtlich nichts entgegen, da nach § 1025 ZPO ein Schiedsvertrag über alle Streitigkeiten rechtswirksam geschlossen werden kann, die den Gegenstand eines Vergleiches bilden können. Diese Rechtswirksamkeit wird auch durch die Konkurseröffnung nicht berührt, sondern sie erstreckt sich auf den Konkursverwalter.“ Und weiter: „Der Verwalter (muss) grundsätzlich die Rechtslage hinnehmen (...), die bei Eröffnung des Verfahrens besteht.“⁷

Das RG schränkt die Schiedsfähigkeit eines Rechtsstreites auf seine Vergleichsfähigkeit ein. Dies ergab sich aus der alten Regelung des § 1025 Abs. 1 ZPO, die allerdings nach der Reform der ZPO durch § 1030 ZPO ersetzt wurde. Die objektive Schiedsfähigkeit eines Streitgegenstandes ist jetzt auch ohne Vergleichsfähigkeit gegeben; sie setzt dies als Bedingung nicht mehr voraus.

Die Einordnung der Schiedsvereinbarung als Vertrag, der Ähnlichkeiten mit dem Gesellschaftervertrag aufweist, scheidet schon daran, dass dieses Vertragsverhältnis keinen *gemeinsamen Gesellschafterzweck* ausweist und damit die Voraussetzungen gem. § 705 BGB nicht erfüllt sind. Der gemeinsame Gesellschafterzweck ist auf die Erreichung gemeinsamer wirtschaftlicher Vorteile gerichtet. Bei der Schiedsvereinbarung geht es um einen solchen gemeinsamen Zweck nicht.

1 III ZB 24/03.

2 23 SCH 5/03.

3 S. Schlosser, in: Stein/Jonas, ZPO, § 1029 Rn. 1, entspricht der Position des BGH, s. BGHZ 99, 143.

4 S. Flöther, Auswirkungen des inländischen Insolvenzverfahrens auf Schiedsverfahren und Schiedsabrede, 2001, S. 72.

5 S. BGHZ 24, 18.

6 S. BGHZ 24, 18.

7 S. RGZ 137, 111.

Hier wird nur vereinbart, dass für eine zwischen den Parteien streitige Frage nicht die staatliche Gerichtsbarkeit zuständig sein soll, sondern die Sache von einem privaten Schiedsgericht zu entscheiden ist. Hierin liegt dann auch die einzige und damit kleinste Gemeinsamkeit der Parteien. Diese rechtfertigt noch lange nicht, ein „gemeinschaftliches Interesse“ entsprechend des § 705 BGB anzunehmen, zumal sich dieses gemeinsame Interesse i.d.R. in der Zahlung der „vereinbarten Beiträge“ (Einlagen) ausdrückt. Derartiges ist bei einer Schiedsvereinbarung in keiner Form vorgesehen; sie regelt, wenn überhaupt, nur die Vergütung der Schiedsrichter.

Es versteht sich jetzt von selbst, dass die Schiedsvereinbarung mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens, eben weil sie keine Ähnlichkeiten zum Gesellschaftsvertrag aufweist, auch nicht gem. § 728 Abs. 2 BGB aufgelöst wird.

II. Zur Bindungswirkung der Schiedsvereinbarungen

Es wurde schon klargestellt, dass der Insolvenzverwalter an eine vom Gemeinschuldner vereinbarte Schiedsvereinbarung gebunden ist. Er muss die Rechtslage eben so übernehmen, wie sie zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestand. Diese Position findet sich ausnahmslos im gesamten Rechtsprechungsbereich, soweit die relevanten Entscheidungen nach 1945 berücksichtigt werden.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur sind dagegen einige Autoren zu finden, die anders lautende Auffassungen vertreten. Vor allen *Häsemeyer* hat sich weitgehend gegen eine Bindung des Insolvenzverwalters an Schiedsvereinbarungen, die vom Schuldner geschlossen wurden, gewandt und diese damit begründet, dass

*„der Verwalter weder gesetzlicher Vertreter noch Rechtsnachfolger des Schuldners (ist). Er nimmt dessen massezugehörige Rechtsverhältnisse wahr. Dadurch werden sie sämtlich (haftungsrechtlich) verändert. Diese Veränderung wirkt zwar nicht zurück, sodass vor Verfahrenseröffnung begründete Prozesslagen bestehen bleiben (vgl. §§ 85 Abs. 1, 86 Abs. 1, 180 Abs. 2 InsO). Aber mittels für die Zukunft getroffener Strebbedingungen können der (spätere) Schuldner und Dritte dem Insolvenzverwalter nicht prozessual die Hände binden.“*⁸

Häsemeyer sieht also die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes auf Grund einer zuvor geschlossenen Schiedsvereinbarung nur in seinem *sehr engen* Bereich, nämlich dann, wenn vor Insolvenzzöffnung das Schiedsgericht bereits angerufen wurde.

Die Begründung von *Häsemeyer* für die überwiegende Ablehnung der Bindungswirkung der Schiedsvereinbarungen im Insolvenzverfahren mit Hinweis auf die Veränderung der Haftungsverhältnisse erscheint allerdings problematisch. Der Verwalter muss die Rechtsverhältnisse so übernehmen, wie sie auf den Gemeinschuldner zurückzuführen sind. Sie werden durch ihn nicht verändert, vielmehr befindet er sich, was *Häsemeyer* ablehnt, in der Situation eines Rechtsnachfolgers oder eines Vertreters des Schuldners.

Der Insolvenzverwalter kann die Haftungsverhältnisse nur über die vom Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeiten, insbesondere über die Insolvenzanfechtung, ändern und damit einzelne Rechtsverhältnisse eliminieren.

Ansonsten wird die Bindungswirkung der Schiedsvereinbarungen ausnahmslos anerkannt und zwar sowohl von den *ZPO-Kommentatoren*⁹ als auch den Kommentaren aus dem Bereich der *InsO*.¹⁰ Das Schrifttum zur *Schiedsgerichtsbarkeit* nimmt, wohl nahe liegend, ebenfalls keine abweichenden Positionen ein.¹¹

III. Insolvenzanfechtung

Eine Rechtsstreit, der sich auf die Insolvenzanfechtung und damit auf den Anspruch des Insolvenzverwalters auf Rückgewähr von Vermögensgütern zur Masse bezieht, kann nach der bereits zitierten Entscheidung des BGH v. 20.11.2003 nicht einer Schiedsvereinbarung unterworfen werden:

*„Ansprüche aus Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO; früher: KO) werden allerdings von einer vom Schuldner getroffenen Schiedsvereinbarung nicht erfasst.“*¹²

Der BGH begründet diese Auffassung damit,

*„dass sich der Rückgewähranspruch aus Insolvenzanfechtung (§ 143 InsO; früher: § 37 KO) nicht aus dem anfechtbar geschlossenen Vertrag ergibt, sondern aus einem selbstständigen, der Verfügungsgewalt des Schuldners entzogenen Recht des Insolvenzverwalters.“*¹³

In der Literatur befindet sich dazu, soweit dies von hier aus übersehen werden kann, keine einzige abweichende Auffassung.

Was gilt nun aber, wenn es um die Insolvenzanfechtung der Schiedsvereinbarung selber geht? Kann Sie nach den Vorgaben des §§ 129 ff. angefochten werden? Diese Frage ist eindeutig zu bejahen. Die Vereinbarung kann – jedenfalls theoretisch – von den Parteien mit der Absicht abgeschlossen worden sein, die Gläubiger zu benachteiligen. Der BGH lässt deshalb eine insolvenzrechtliche Anfechtung der Schiedsvereinbarung explizit zu.¹⁴

Voraussetzung für die Anfechtung ist nun, dass gem. § 129 InsO eine „objektive“ Gläubigerbenachteiligung gegeben ist, die dadurch entstand, dass durch die einschlägige Schiedsvereinbarung die Haftungsmasse vermindert wurde und als Folge daraus die Schuldenbestän-

8 S. *Häsemeyer*, L., *Insolvenzrecht*, 3. Aufl. 2003, Rn. 13.28.

9 Vgl. *Schlosser* (Fn. 3), § 1029 Rn. 1 ff.; *Albers*, in: *Baumbach, ZPO*, 63. Aufl. 2005, §§ 1029, 1030 Rn. 26 ff.; *MünchKomm-ZPO/Liike/Wax*, 2. Aufl. 2001, § 1029 Rn. 22; *Voir*, in: *Musielak, ZPO*, 4. Aufl. 2005, § 1029 Rn. 8; *Gemeiner*, in: *Zöllner, ZPO*, 25. Aufl. 2005, § 1029 Rn. 62; *Reichold*, in: *Thomas/Putzo, ZPO*, 26. Aufl. 2004, § 1029 Rn. 15.

10 Vgl. *Kübler/Pritting*, *InsO*, 2005, § 85 Rn. 33; *Uhlenbruck*, *InsO*, 12. Aufl. 2003, § 85 Rn. 27; *FK-InsO/Wegener*, 3. Aufl. 2002, § 103 Rn. 33a; *Smid*, *InsO*, 2. Aufl. 2001, § 80 Rn. 71; *MünchKomm-InsO/Schumacher*, 2001, vor §§ 85 – 87 Rn. 54; *Schmidt*, *Insolvenzgesetz, KO/VgIO/GesO*, 17. Aufl. 1997, § 6 KO, Anm. 7b; *Flöther* (Fn. 4), S. 59 ff.

11 Vgl. *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl. 2005, Kap. 7, Rn. 33; *Laehmann*, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl. 2002, Rn. 215.

12 S. *Beschl. v. 20.11.2004, a.a.O.*, S. 4.

13 S. ebenda, S. 4; gleichlautend: *BGH, Urt. v. 17.10.1956 – IV ZR 137/56 – NJW 1956 1920, 1921; Urt. v. 28.2.1957, BGHZ 24, 18; RG, Urt. v. 11.7.1932, RGZ 137, 111.*

14 S. *Beschl. v. 20.11.2004, a.a.O.*, S. 4.

de anwachsen. Man kann diesen Sachverhalt auch bilanziell ausdrücken, indem die Gläubigerbenachteiligung als Verminderung der Aktiva und Vermehrung der Passiva aufgefasst wird.

Sind solche Vorgänge durch Schiedsvereinbarungen tatsächlich möglich? Wohl kaum. Schiedsgerichte sind, wenn alles glatt läuft, im Vergleich zu staatlichen Gerichten erst einmal kostengünstiger.¹⁵ Dies hängt schon allein damit zusammen, dass die Schiedsgerichtsbarkeit ein Ein-Instanzen-Verfahren darstellt. Berufungs- und Revisionsmöglichkeiten entfallen (§ 1056 ZPO). Damit werden auch die Aufwendungen für die weiteren Instanzen vermieden.

Wenn also das schiedsgerichtliche Verfahren kostengünstiger ist als das Verfahren vor staatlichen Gerichten, entfällt jede Form der Minderung der Haftungsmasse; es gibt keine objektive Gläubigerbenachteiligung und diese ließe sich vom Insolvenzverwalter – da er die Darlehens- und Beweislast trägt¹⁶ – auch nicht belegen. Insofern existiert also kein Raum für eine wirksame Insolvenzanfechtung der Schiedsvereinbarung.

Gleichwohl handelt es sich hierbei um eine absolut idealtypische Betrachtung. Es finden sich in der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit durchaus Konstellationen, die dazu führen, dass dieses Verfahren – obwohl einstufig – mit vielmehr Zeitaufwand und höheren objektiven Kosten als das staatliche Verfahren verbunden ist (s. Punkt IV und V).

Die höheren Kosten ließen eine Anfechtung durchaus denkbar erscheinen. Jedoch müssten noch weitere Voraussetzungen hinzutreten, um diesen Anfechtungsstatbestand zu untermauern. Dazu gehört, dass die andere Partei bei Abschluss der Vereinbarung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte (§ 132 Abs. 1 InsO) oder dass sie Kenntnis von den subjektiven Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners hatte (§ 133 Abs. 1 InsO).

Jedoch würde sich die gegnerische Partei in einem Verfahren zur Feststellung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens, das vor dem OLG gem. § 1032 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 1062 Abs. 1 ZPO zu führen wäre, vermutlich mit den Hinweis verteidigen, dass die Kostennachteile des schiedsgerichtlichen Verfahrens a priori nicht belegbar seien. Dieses Argument ist auch zutreffend. Höhere Kosten entstehen nicht von Anfang an, sondern erst während des Verfahrens, wenn die Parteien durch zahlreiche Anträge (zur Befangenheit von Schiedsrichtern, zur Zuständigkeit des Schiedsgerichtes usw.) den Rechtsstreit belasten. Eine solche Situation ist bei Abschluss der Vereinbarung von keiner der beiden Parteien voraussehbar. Insofern dürfte „es dem Verwalter aus tatsächlicher oder rechtlicher Sicht versagt bleib(en), sich über die §§ 129 ff. InsO von der Schiedsvereinbarung zu lösen“.¹⁷

Wenn der Insolvenzverwalter sich dennoch von einer vom Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossenen Schiedsvereinbarung „entbinden“ will, dann käme als Alternative nur die außerordentliche Kündigung der Vereinbarung in Betracht. Diese Kündi-

gung könnte er in Anlehnung an § 242 BGB damit begründen, dass ihm als „arme Partei“ die entsprechenden Gelder zur Durchführung des Verfahrens, insbesondere zur Leistung der Kostenvorschüsse, nicht zur Verfügung stehen würden. Gleichwohl könnte die gegnerische Partei diese Kündigungserklärung wiederum damit beantworten, dass sie sich bereit erklärt, nicht nur die eigenen Kosten, sondern auch die Kosten für den Verwalter mit zu übernehmen. Dann hätte dieser sein Kündigungsrecht verwirkt und das Verfahren könnte vor dem Schiedsgericht geführt werden.¹⁸ Ein Berufen des Insolvenzverwalters auf Armut erscheint jedoch nur bei Masseunzulänglichkeit denkbar, verbunden mit dem Hinweis, dass er in einer solchen Situation bei Erhebung einer Klage vor einem staatlichen Gericht die Möglichkeit zur Beantragung von PKH erhalten würde.

IV. Kosten- und zeitintensive Blockaden im schiedsgerichtlichen Verfahren

Für einen Verwalter gibt es also insgesamt kaum eine Möglichkeit, eine schiedsgerichtliche Vereinbarung ohne Zustimmung der anderen Partei zu annullieren. Dies könnte ihn dazu bewegen, das Verfahren selber mit Hilfe zahlreicher Anträge zu blockieren, um so die gegnerische Partei zu einer Aufhebung der Vereinbarung zu veranlassen. Die typischen Blockadeinstrumente beziehen sich zunächst auf einen Antrag auf *Unzuständigkeit* gegenüber dem Schiedsgericht gem. § 1040 Abs. 1 ZPO. Wird dieser vom Schiedsgericht abgewiesen, erfolgt ein Folgeantrag beim OLG gem. § 1062 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Nach dieser Entscheidung ist die Zuständigkeit aber noch nicht geklärt – der unterliegenden Partei steht die Rechtsbeschwerde gem. § 1065 ZPO beim BGH offen. Dies kann zur Konsequenz haben, dass auf Grund der üblichen Bearbeitungsdauer bei staatlichen Gerichten die Zuständigkeitsfrage erst 1 bis 1 ½ Jahre nach Anrufung des Schiedsgerichtes, abschließend geklärt wird.

Zwar ist es in der Zwischenzeit dem Schiedsgericht erlaubt, das Verfahren während dieser Phase fortzusetzen und sogar einen Schiedsspruch zu erlassen (§ 1040 Abs. 3 ZPO), jedoch zeigt die Praxis, dass die jeweiligen Schiedsgerichte ihre Tätigkeit vorübergehend aussetzen, um dem Risiko einer gegen die Wirksamkeit gerichteten Entscheidung der staatlichen Gerichte zu begegnen.

Neben der Zuständigkeit bietet die *Zusammensetzung* des Schiedsgerichtes ein weites Feld für Konflikte der Parteien. Diese können sich einmal auf sog. Übergewichtsanträge und zum anderen auf Befangenheitsanträge beziehen.

Gibt eine Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichtes ein *Übergewicht* und führt dies zur Benachteiligung des Streitgegners (§ 1034 Abs. 2 ZPO), so kann dagegen mit Hilfe eines

¹⁵ Vgl. Lachmann (Fn. 11), Rn. 701 – 714.

¹⁶ Vgl. BGH, ZIP 1995, 1021 ff., 1024 m.w.N.

¹⁷ S. Flöther (Fn. 4), S. 76.

¹⁸ Vgl. Lachmann (Fn. 11), Rn. 403, 412.

Übergewichtsanzuges vorgegangen und beim zuständigen OLG nach § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO beantragt werden, den jeweiligen (übergewichtigen) Schiedsrichter abweichend von der Ernennung durch die gegnerische Partei oder abweichend von der ggf. schon in der Schiedsvereinbarung vorgenommenen Ernennung zu bestellen. Dieses Antragsrecht besteht nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis der Zusammensetzung des Schiedsgerichtes. Wird nicht innerhalb dieses Zeitraums die Antragstellung vorgenommen, tritt Präklusion ein und die jeweilige Partei verliert ihr Rügerecht gem. § 1027 Abs. 1 ZPO.

Selbstverständlich kann unabhängig von einem Übergewichtsanzug das Schiedsverfahren, wie bei der Zuständigkeitsprüfung, fortgesetzt werden. Wirklich ratsam erscheint dies nicht. Sollte sich nämlich im Nachhinein eine fehlerhafte Besetzung des Gerichtes herausstellen, so kann dies vom Gegner als Aufhebungsgrund im Aufhebungsverfahren für einen mittlerweile ergangenen Schiedsspruch gem. § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d ZPO verwendet werden.

Genau dieser Sachverhalt ist dann auch die Ursache dafür, dass in der Schiedsgerichtspraxis sowohl auf Grund des Verhaltens des Gerichtes (keine Fristsetzungen, keine Terminierung) als auch der Parteien selber (keine Vorlage von Schriftsätzen) das Verfahren faktisch ruht, ohne dass dabei das Gericht eine Aussetzung wegen Vorgehlichkeit verfügt hätte. Natürlich steht dem Schiedsgericht daneben der Weg offen, mit Zwischenentscheid die Aussetzung selber zu verfügen.

Außerhalb dieses Instrumentariums kann die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes durch die Einbringung von *Befangenheitsanträgen* gegen einzelne Schiedsrichter nach den §§ 1036 ff. ZPO beeinflusst werden. Tritt infolge dieser Anträge der jeweils angegriffene Schiedsrichter nicht zurück und sieht auch das Schiedsgericht selber keine Befangenheitsgründe und weist den entsprechenden Antrag zurück, kommt es auf (weiteren) Antrag der den Schiedsrichter ablehnenden Partei zu einer Entscheidung des OLG gem. § 1037 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 1062 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

Zwar ist es in der Zwischenzeit dem Schiedsgericht wiederum erlaubt, das Verfahren fortzusetzen und einen Schiedsspruch zu erlassen (§ 1037 Abs. 3 Satz 2 ZPO), allerdings zeigt auch hier die Praxis, wie auch in allen anderen Fällen, dass die jeweiligen Schiedsgerichte ihre Tätigkeit vorübergehend aussetzen, um Risiken eines befangenen Verhaltens zu vermeiden, die in einem (möglichen) späteren Aufhebungsverfahren von der unterliegenden Partei als Grund für die Annullierung des Schiedsspruches (§ 1059) verwendet werden könnten.

Nach Abschluss des schiedsgerichtlichen Verfahrens wird die unterlegene Partei häufig geneigt sein, Möglichkeiten für einen *Aufhebungsanzug* zu prüfen. Dieser verspricht zwar nur dann Erfolg, wenn es, wie schon erwähnt, zu einer fehlerhaften Besetzung des Schiedsgerichtes gekommen ist oder aber gravierende Verfahrensfehlern vorliegen (§ 1059 Abs. 2 ZPO Nr. 1

Buchst. b ZPO). Beides wird nach aller Erfahrung nicht häufig der Fall sein. Genauso wenig ist mit einem weiteren Aufhebungsgrund zu rechnen, der sich daraus ergibt, dass der Schiedsspruch ein Ergebnis beinhaltet, das mit den Rechtsgrundsätzen (*ordre public*) nicht vereinbar erscheint (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b ZPO). Hierin liegt i.Ü. ein Aufhebungsgrund, der im Rahmen des Vollstreckbarkeitsverfahrens, wie auch das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit (§ 1059 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a ZPO), schon von Amts wegen zu prüfen wäre.

Gegen die Entscheidung des OLG im Aufhebungsverfahren ist die Rechtsbeschwerde (§ 1065 Abs. 1 ZPO) beim BGH zulässig, was zu einer tendenziellen Verlängerung des gesamten Verfahrens führt.

Nach Beendigung des Aufhebungsverfahrens oder nach Ablauf der dreimonatigen Frist zur Einreichung des Aufhebungsanzuges nach Zustellung des Schiedsspruches (§ 1059 Abs. 3 ZPO) wird die obsiegende Partei einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches beim OLG stellen (§ 1060 ZPO). Sofern keine Aufhebungsgründe vorliegen, kommt es zur Vollstreckbarerklärung. Dieser Beschluss des OLG kann nochmals mit einem Rechtsbehelf nach § 1065 ZPO beim BGH angegriffen werden.

Insgesamt ist das Blockadeinstrumentarium des Gegners, vor allem zu Beginn des Verfahrens, gewaltig. Es wird nachfolgend nochmals in tabellarischer Form unter Angabe der hierfür benötigten Zeiträume dargestellt.

Tabelle 1: Antragsmöglichkeiten im Schiedsgerichtsverfahren sowie Dauer des Verfahrens

Antragsgegenstand	Zeitraumen
Antrag auf Unzuständigkeit	
– beim Schiedsgericht	1 – 2 Monate
– beim OLG	2 – 3 Monate
– beim BGH	3 – 6 Monate
Übergewichtsanzug	2 – 3 Monate
Befangenheitsanzug	
– beim Schiedsgericht	1 – 2 Monate
– beim OLG	2 – 3 Monate
Aufhebungsanzug	
– beim OLG	2 – 3 Monate
– beim BGH	3 – 6 Monate
Vollstreckbarerklärung	
– beim OLG	2 – 3 Monate
– beim BGH*	3 – 6 Monate
Schiedsverfahren (Hauptsache)	9 – 12 Monate
Summe:	30 – 49 Monate

* Die Antragsmöglichkeit entfällt für den Antragsgegner de facto, wenn bereits sein Aufhebungsanzug abgelehnt wurde.

Der Zeitbedarf bis zur Erwirkung eines vollstreckbaren Schiedsurteils ist also mit 30 – 49 Monate nicht zu unterschätzen. Der angegebene Zeitraum für das Hauptsacheverfahren ist dabei vergleichsweise gering;¹⁹ der Zeitverbrauch entsteht primär durch die Ausschöpfung aller

19 Zur Angemessenheit der Zeitangabe vgl. *Lachmann* (Fn. 11), Rn. 123.

Antragsmöglichkeiten zur Zuständigkeit, zum Ungleichgewicht, usw. Hierin liegt ein deutliches Handicap des schiedsgerichtlichen Verfahrens.²⁰

Allerdings: In der Praxis werden i.d.R. nicht *alle* Antragsmöglichkeiten ausgeschöpft, sodass die Daten der Tabelle 1 den zeitlichen *Maximalumfang* wiedergeben. Gleichzeitig enthält der angegebene Maximalumfang die implizite Annahme, dass während der einzelnen Antragsverfahren das schiedsgerichtliche Hauptverfahren „ruht“ (also ausgesetzt ist).

Parallel zum Zeitbedarf des Verfahrens entwickeln sich nun die Kosten. Diese sind zwar i.d.R. – hierauf wurde schon hingewiesen (Punkt III) – geringer als beim Verfahren vor den staatlichen Gerichten. Allerdings nur, wenn die Parteien nicht ihre umfangreichen Antragsmöglichkeiten in Anspruch nehmen.

Diese haben enorme Kostenwirkungen, da die Anträge – primär gegenüber dem OLG und dem BGH – nicht ohne anwaltliche Vertretung (= Anwaltszwang) gestellt werden können.

Im Ergebnis bleibt daher festzuhalten, dass das schiedsgerichtliche Verfahren i.d.R. als kostenintensiver als ein Verfahren vor staatlichen Gerichten (= Zwei-Instanzen-Verfahren) beurteilt werden muss. Eine günstigere Situation ergibt sich nur, wenn das schiedsgerichtliche Verfahren – was ja durchaus möglich ist – ohne anwaltliche Vertretung durchgeführt wird und es nicht zur Wahrnehmung der zahlreichen Antragsmöglichkeiten der Parteien kommt.

Ansonsten aber bleibt es dabei: Der staatliche Prozess hat gegenüber dem Schiedsgericht klare Kostenvorteile.²¹

Diese Situation lässt es für die Parteien sinnvoll erscheinen, auf Schiedsvereinbarungen – nicht nur im Insolvenzverfahren – zu verzichten und keine entsprechenden Schiedseinreden zu erheben.

V. Insolvenzanfechtungsprozess und Schiedsgerichtsverfahren

Als zwangsläufig kann der Verzicht auf eine Schiedseinrede dann angezeigt sein, wenn der Insolvenzverwalter im Prozess auch die Insolvenzanfechtung erklärt und einen Rückgewähranspruch aus dem jeweiligen Vertragsverhältnis durchsetzen will. Bei einer derartigen Prozesslage erscheint es *nicht* ratsam, den Anfechtungsrechtsstreit und den (reinen) Zivilrechtsstreit zu trennen, indem ersterer – weil von einer Schiedsvereinbarung nicht erfasst (s. Punkt III) – vor dem staatlichen Gericht (weiter-)geführt werden muss und letzterer beim Schiedsgericht zur Entscheidung einzubringen ist.

Die Einbringung hätte zum Ergebnis, dass vermutlich das Schiedsgericht wegen Vorgeflichkeit (§ 149 ZPO) das Verfahren ohnehin aussetzt und eine Fortsetzung erst dann vornimmt, wenn der Rückgewähranspruch des Verwalters vom staatlichen Gericht zurückgewiesen wurde. Sollte es nicht zur Abweisung kommen, hat sich das schiedsgerichtliche Verfahren a priori erledigt; die jewei-

lige Schiedsklage muss von der unterliegenden Partei zurückgezogen werden.

Eine andere Lösung könnte gleichwohl darin bestehen, dass mit dem Verwalter eine Erweiterung der Schiedsvereinbarung – vorprozessual oder während des Prozesses – in der Weise vereinbart wird, dass nunmehr auch die Insolvenzanfechtung der privaten Gerichtsbarkeit unterworfen werden soll. Eine solche Erweiterung – mit Einverständnis des Verwalters – ist zulässig und stößt an keinerlei rechtliche Grenzen.

Sie würde zur notwendigen Vereinheitlichung des Verfahrens führen, indem nun die Alleinzuständigkeit des Schiedsgerichtes gegeben ist. Allerdings ist nicht zu erwarten, dass der Verwalter, wenn er ohnehin Bedenken gegen das schiedsgerichtliche Verfahren hatte, einer solchen Erweiterung zustimmt. Mithin wird die gegnerische Partei schon aus Zeit- und Kostengründen gezwungen sein, auf die Schiedseinrede zu verzichten. Nur so kann sie gewährleisten, dass es zu der erwähnten Vereinheitlichung des Verfahrens kommt und nicht zwei zeit- und kostenintensive parallele Prozesse geführt werden müssen.

Lässt sich aber aus der spezifischen Situation heraus diese Parallelität nicht mehr vermeiden, indem z.B. das schiedsgerichtliche Verfahren schon unmittelbar nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens von einer Partei begonnen wurde, ggf. um ein Absonderungs- oder Aussonderungsrecht durchzusetzen, und erklärt der Insolvenzverwalter auf Grund der ihm zustehenden zweijährigen Anfechtungsfrist (§ 146 InsO) die Insolvenzanfechtung erst später, ist die paradoxe Situation der beiden Verfahren unvermeidbar geworden – außer es kommt zu der wenig wahrscheinlichen Erweiterung der Schiedsvereinbarung und damit zu einer Zusammenlegung der Verfahren in Richtung des Schiedsgerichtes.

Erheblich praxisrelevanter scheint aber folgender Vorgang zu sein: Im schiedsgerichtlichen Verfahren setzt die jeweilige Partei einen Aus- oder Absonderungsanspruch durch und das Schiedsgericht verkündet einen entsprechenden Schiedsspruch. Hier könnte nun der Verwalter nach einem Ausweg in der Weise suchen, indem er Insolvenzanfechtungsansprüche nicht nur prüft, sondern auch die entsprechende Anfechtungsklage erhebt.

Die Klage wäre u.U. geeignet, der Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches mit einem Antrag des Verwalters nach § 148 ZPO im Rahmen des Vollstreckbarerklärungsverfahrens zu begegnen. Der Verwalter wäre also in der Lage, den status quo zunächst zu erhalten.

Für die an das Schiedsgerichtsverfahren interessierte Partei ist es aus prozessökonomischen Gesichtspunkten von großer Bedeutung, alles zu unternehmen, um die Parallelität der Verfahren zu vermeiden. Hierbei muss sie bereit sein, einen Verzicht auf das schiedsgerichtliche Verfahren und die Schiedseinrede in Kauf zu nehmen.

20 So auch *Lachmann* (Fn. 11), Rn. 120.

21 Die Position wird von *Lachmann* unterstützt; *ders.* (Fn. 11), Rn. 2214 – 2255.

VI. Zusammenfassung

Der Insolvenzverwalter ist an eine von den Parteien vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossene Schiedsvereinbarung gebunden; es steht ihm für diese Vereinbarung kein Wahlrecht nach den §§ 103, 115 InsO zu. Auch ist die Schiedsvereinbarung nicht als gesellschaftsrechtlich ähnlicher Vertrag zu charakterisieren, der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst wird.

Indes kann sich eine Schiedsvereinbarung nicht auf einen Rechtsstreit beziehen, der die Insolvenzanfechtung und damit den Rückgewähranspruch des Insolvenzverwalters zum Gegenstand hat. Dies resultiert daraus, dass sich der Rückgewähranspruch nicht aus dem Vertrag selber, sondern aus einem gläubigerbenachteiligenden Handeln, ergibt. D.h., es geht um Ansprüche, die nicht mehr im unmittelbaren Zusammenhang mit dem jeweiligen Vertragsverhältnis stehen.

Die Insolvenzanfechtung der Schiedsvereinbarung selber ist generell möglich, dazu muss jedoch der Nachweis vom Verwalter geführt werden, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses den Parteien bekannt war, dass das schiedsgerichtliche Verfahren auf jeden Fall kostenintensiver ausfallen würde als das Verfahren vor dem staatlichen Gericht. Dieser Nachweis der objektiven Gläubi-

gerbenachteiligung wird kaum möglich sein, da allgemein schiedsgerichtliche Verfahren als kostengünstiger im Vergleich zu staatlichen Verfahren gelten.

Die schiedsgerichtliche Praxis zeigt jedoch, dass die Verfahren durch zahlreiche Antragsmöglichkeiten blockiert werden können. Die Folge ist, dass sich die Verfahren nicht nur über Gebühr in die Länge ziehen, sondern auch sehr kostenintensiv ausfallen. Sie werden dadurch i.d.R. „teurer“ als die Verfahren vor dem staatlichen Gericht.

Eine besondere Ausuferung in zeitlicher und kostenmäßiger Hinsicht ist dann festzustellen, wenn zu einem schiedsgerichtlichen Verfahren ein Insolvenzanfechtungsverfahren vor dem staatlichen Gericht hinzutritt. Die dadurch entstandene Parallelität kann nur noch durch ein Verzicht auf das schiedsgerichtliche Verfahren und auf die Schiedseinrede vermieden werden.

Denkbar erscheint auch, mit dem Insolvenzverwalter eine Vereinbarung zur Erweiterung der Schiedsvereinbarung zu treffen, in der eine Zuständigkeit für insolvenzrechtliche Fragen festgeschrieben wird. Allerdings sind Fallkonstellationen möglich, in denen die erwähnten Anpassungsmöglichkeiten nicht mehr greifen und von daher die Parteien mit der Parallelität der Verfahren „leben müssen“.