

Anzeige der Überschuldung beim Konkursrichter genügt die Revisionsstelle ihrer gesetzlichen Pflicht. Dabei handelt es sich um eine so genannte Ersatzvornahme, d.h. die Revisionsstelle ist zur Benachrichtigung des Konkursrichters nur verpflichtet, wenn der Verwaltungsrat die Anzeige unterlässt. Versäumt die Revisionsstelle die Anzeige trotz offensichtlicher Überschuldung, kann sie für den entstandenen Schaden verantwortlich gemacht werden. Die Revisionsstelle hat also lediglich die Pflicht, eine offensichtliche Überschuldung anzuzeigen, wenn der zuständige Verwaltungsrat dies versäumt. Mit der erfolgten Benachrichtigung des Konkursrichters hat sie dieser Pflicht aber Genüge getan. Es liegt fortan im Verantwortungsbereich des Konkursrichters, ob er den Konkurs eröffnet oder ihn allenfalls aufschiebt oder gar mangels Voraussetzungen, namentlich mangels Überschuldung der Gesellschaft im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR definitiv nicht eröffnet. Damit ist aber klar gestellt, dass der Revisionsstelle ab diesem Zeitpunkt kein eigenes Rechtsschutzinteresse mehr zukommt. Dieses ist aber Voraussetzung zur Ergreifung eines Rechtsmittels. Mangelt es mithin der Beschwerdeführerin an der Parteistellung bzw. an einem Rechtsschutzinteresse, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 9. März 2006

*Art. 285 ff. SchKG – Die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG ist nicht schiedsfähig.*

*Aus dem Sachverhalt:*

Nachdem der Nachlassrichter des im Kanton Zürich gelegenen Bezirks A. der X. AG vorerst die provisorische Nachlassstundung bewilligt und anschliessend den von der X. AG vorgeschlagenen Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bestätigt hatte, reichte die X. AG in Nachlassliquidation (nachfolgend «Klägerin») beim Kantonsgericht Zug gegen die Y. AG mit Sitz in Zug (nachfolgend «Beklagte») eine Anfechtungsklage gemäss Art. 288 SchKG ein. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, die Beklagte sei eine Lieferantin der X. AG gewesen. Diese habe unmittelbar vor der Bewilligung der provisorischen Nachlassstundung noch Zahlungen an die Beklagte geleistet, mit denen offene Rechnungen für die bis dahin erfolgten Lieferungen beglichen worden seien. Damit habe die X. AG die Beklagte begünstigt und ihre anderen Gläubiger entsprechend geschädigt.

In der Klageantwort bestritt die Beklagte die Zuständigkeit des Kantonsgerichts Zug. Zur Begründung dieser Einrede führte sie im Wesentlichen aus, die X. AG und die Y. International Ltd. mit Sitz in England [Mutterge-

sellschaft der Beklagten] sowie die Beklagte hätten bereits im Jahr 1986 einen Belieferungsvertrag abgeschlossen (nachfolgend «Beliieferungsvertrag»). Vertragliche Grundlage der Belieferung der X. AG durch die beiden Y.-Gesellschaften sei immer der Belieferungsvertrag gewesen. Gemäss Art. 12 dieses Vertrages sei für Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit diesem ausschliesslich ein Schiedsgericht in England zuständig. Dies führe zur Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts, zumal die Vereinbarung eines Schiedsgerichts auch bei Anfechtungsklagen gemäss Art. 288 SchKG zulässig und beachtlich sei. Mangels Zuständigkeit sei daher auf die Klage nicht einzutreten.

*Aus den Erwägungen:*

1. Die Klägerin stützt die vorliegende Klage auf Art. 288 SchKG (Absichtsanfechtung). Gemäss Art. 289 SchKG ist die Anfechtungsklage beim Richter am Wohnsitz des Beklagten einzureichen. Hat der Beklagte keinen Wohnsitz in der Schweiz, so kann die Klage beim Richter am Ort der Pfändung oder des Konkurses eingereicht werden. Diese Bestimmungen gelten nach Art. 331 Abs. 1 SchKG unbestrittenermassen auch für den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung («Liquidationsvergleich»; vgl. Winkelmann und weitere Autoren, in: SchKG III, Basel/Genf/München 1998, N 3 zu Art. 331 SchKG). Strittig ist hingegen, ob Art. 289 SchKG im vorliegenden Fall überhaupt anwendbar oder ob ein internationales Verhältnis zu beurteilen ist und dementsprechend die völkerrechtlichen Verträge und die Bestimmungen des IPRG zu beachten sind (Art. 30a SchKG).

2. Die Beklagte bringt in erster Linie vor, das vereinbarte Schiedsgericht habe Sitz in England. Obwohl ein internationaler Sachverhalt vorliege, fänden die Art. 176 ff. IPRG keine unmittelbare Anwendung, weil das Schiedsgericht keinen Sitz in der Schweiz habe. Anwendbar sei dagegen das am 10. Juni 1958 in New York abgeschlossene Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (SR 0.277.12; nachfolgend «NYÜ»), welches weder einen internationalen Sachverhalt noch unterschiedliche Nationalitäten der Parteien verlange. Es genüge, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in einem anderen Land habe. Das NYÜ sei ein völkerrechtlicher Vertrag, dem die Schweiz und Grossbritannien angehörten und der Art. 289 SchKG vorgehe. Anders als das am 16. September 1988 in Lugano abgeschlossene Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11; nachfolgend «LugÜ») wirke das NYÜ erga omnes und sei auf alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten anwendbar.

Die Klägerin bestreitet demgegenüber, dass ein internationaler Sachverhalt vorliege. Der Rechtsstreit betreffe vielmehr einen vollkommen inländischen Sachverhalt ohne Auslandsberührung. Eingebettet in ein schweizerisches Nachlassverfahren habe die gegen die Beklagte eingeleitete paulianische An-

fechtungsklage ihre Rechtsgrundlage in den Regeln des schweizerischen Rechts. Beide Verfahrensparteien hätten ihren Sitz in der Schweiz, was bereits auch im Zeitpunkt des Abschlusses des Belieferungsvertrages so gewesen sei. Der Umstand, dass am Abschluss des genannten Rahmenvertrages neben den Verfahrensparteien eine Dritte mit ausländischem Sitz beteiligt gewesen sei, bewirke keine «Internationalisierung» des vorliegend zu beurteilenden Sachverhalts. Einerseits sei diese Dritte nicht Partei im vorliegenden Verfahren. Andererseits betreffe der vorliegende Rechtsstreit keine vertraglichen Ansprüche, sondern Anfechtungsansprüche, die ihre Grundlage im Schweizer Schuldbeitreibungs- und Konkursrecht hätten. Mithin liege ein reiner Binnensachverhalt vor, der nicht zu einer Kollision zwischen staatlichen Rechtsordnungen führe.

2.1 Laut dem Einleitungssatz von Art. 1 Abs. 1 IPRG sollen die Bestimmungen des IPRG nur im internationalen Verhältnis zur Anwendung kommen, d.h. sie sind nur für Sachverhalte anwendbar, die in ihrem Tatbestand ein über den schweizerischen Rechtsraum hinausreichendes Element aufweisen. Welcher Art und Intensität das Element sein muss, wird in Art. 1 IPRG nicht gesagt. Dies ist indessen weder nötig noch möglich, weil zum einen jede IPR-Norm – wenn auch mit unterschiedlicher Deutlichkeit – grundsätzlich selber Auskunft über Art und Intensität des geforderten Auslandselementes gibt und zum anderen bei der Abgrenzung zwischen Inlands- und Auslandssachverhalten nach Ort, Zeit und Gegenstand zu differenzieren ist. Deswegen müsste stets richtiger gefragt werden, ob eine Frage (nicht ein Sachverhalt) Auslandsberührung hat (Volken, Zürcher Kommentar, 2. A., Zürich 2004, N 17 zu Art. 1 IPRG; Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich 2002, S. 5 f.).

2.2 Im vorliegenden Fall beruft sich die Beklagte auf Ziffer 12 des Belieferungsvertrages, den die Y. International Ltd. mit Sitz in England und die Beklagte sowie die X. AG im Jahr 1986 abgeschlossen haben. Ziffer 12 lit. b dieses Vertrages sieht vor, dass «any dispute among the parties touching the construction, meaning or effect of this Agreement, or the rights or liabilities of the parties hereunder, or any matter arising out of the same or connected herewith, shall, unless otherwise specifically provided herein, be referred to the arbitration in England...». Ziffer 15 des Belieferungsvertrags bestimmt sodann, dass «the construction, validity and performance of this Agreement shall be governed by English Law». Der vorliegende Sachverhalt hat mithin gleich mehrere relevante Bezüge zum Ausland, indem eine der Vertragsparteien in ihren Sitz in England hat und im Belieferungsvertrag vereinbart wird, dass Streitigkeiten aus dem Vertrag einem Schiedsgericht mit Sitz in England zu unterbreiten sind und englisches Recht anwendbar ist. Daher fragt sich, ob das Kantonsgericht Zug oder ein Schiedsgericht in England für die Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig und allenfalls schweizerisches oder englisches Recht anwendbar ist. Es handelt sich demnach offenkundig um ein internationales Verhältnis im Sinne von Art. 1 IPRG. Das IPRG ist im vorlie-

genden Fall allerdings gerade nicht anwendbar, weil die Beklagte ein Schiedsgericht mit Sitz in England als zuständig erachtet, die Bestimmungen des 12. Kapitels des IPRG betreffend die internationale Schiedsgerichtsbarkeit jedoch nur für Schiedsgerichte mit Sitz in der Schweiz gelten (Art. 176 Abs. 1 IPRG); für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche gilt das NYÜ (Art. 194 IPRG). Zu prüfen ist somit, ob völkerrechtliche Verträge, namentlich das LugÜ und das NYÜ, zu beachten sind.

2.3 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zählt die Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu den konkursähnlichen Verfahren, welche vom Anwendungsbereich des LugÜ ausgeschlossen sind (BGE 131 III 227 E. 3.2 und 3.3, S. 231 ff. = Pra 2006 Nr. 57, S. 413 f.; s. auch hinten Erwägung 2.4.4). Dies gilt zweifellos auch mit Bezug auf den Liquidationsvergleich, weshalb das LugÜ im vorliegenden Fall nicht anwendbar ist.

2.4 Gemäss Art. II Abs. 1 NYÜ erkennt jeder Vertragsstaat eine schriftliche Vereinbarung an, durch die sich die Parteien verpflichten, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis, sei es vertraglicher oder nichtvertraglicher Art, bereits entstanden sind oder etwa künftig entstehen, einem schiedsrichterlichen Verfahren zu unterwerfen, sofern der Gegenstand des Streites auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann. Stellt die zuständige Behörde des Landes, in dem die Anerkennung oder Vollstreckung nachgesucht wird, fest, dass der Gegenstand des Streites nach dem Recht des Landes nicht auf schiedsrichterlichem Wege geregelt werden kann, darf die Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches versagt werden (Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ). Wird ein Gericht eines Vertragsstaates wegen eines Streitgegenstandes angerufen, hinsichtlich dessen die Parteien eine Schiedsvereinbarung getroffen haben, so hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien sie auf das schiedsrichterliche Verfahren zu verweisen, sofern es nicht feststellt, dass die Vereinbarung hinfällig, unwirksam oder nicht erfüllbar ist (Art. II Abs. 3 NYÜ). Im Geltungsbereich des NYÜ führt demnach der Umstand, dass eine Partei vor einem ordentlichen Gericht die Schiedseinrede erhebt, unter den Voraussetzungen von Art. II Abs. 3 NYÜ dazu, dass die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts zur Beurteilung der Streitsache derogiert wird, und zwar unabhängig davon, ob das schiedsgerichtliche Verfahren bereits eingeleitet wurde oder nicht (BGE 124 III 83 E. 5b, S. 87, mit weiteren Hinweisen).

2.4.1 Nach Auffassung der Beklagten ist für die Beurteilung der vorliegenden Klage ein Schiedsgericht mit Sitz in England zuständig. Da ein ausländischer Schiedsspruch im Sinne des NYÜ immer dann vorliegt, wenn ein Schiedsgericht mit Sitz im Ausland einen Streit durch Schiedsentscheid entschieden hat (oder allenfalls noch zu entscheiden hat; Siehr, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 5 f. zu Art. 194 IPRG) und sowohl England wie auch die Schweiz zu den Vertragsstaaten des NYÜ gehören, ist dieses Übereinkommen vorliegend zu beachten. Dabei ist in erster Linie zu prüfen, ob der Ge-

genstand der vorliegenden Klage objektiv schiedsfähig ist, d.h. im Sinne von Art. V Abs. 2 lit. a NYÜ auf schiedsrichterlichem Weg geregelt werden kann. Die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit ist allein nach der *lex fori* zu beurteilen. Demnach hat der schweizerische Richter, der im Geltungsbereich des NYÜ mit einem ausländischen Schiedsspruch bzw. der Zuständigkeit eines ausländischen Schiedsgerichts befasst ist, nach schweizerischer Rechtsauffassung zu prüfen, ob der Streitgegenstand schiedsfähig ist (Josi, Die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche in der Schweiz, Diss. Bern 2005, S. 90 f.; Volken, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 33 zu Art. 7 IPRG).

2.4.2 Nach Meinung der Beklagten ist die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu bejahen. Für die Frage der Schiedsfähigkeit sei auf Art. 177 IPRG abzustellen. Gemäss dieser Bestimmung seien alle vermögensrechtlichen Ansprüche schiedsfähig. Vermögensrechtlich sei ein Anspruch, wenn er für mindestens eine der Parteien ein in Geld bestimmbares Interesse darstelle bzw. sich auf der Aktiv- oder Passivseite wenigstens einer der Parteien niederschlage. Der gestützt auf Art. 288 SchKG geltend gemachte Anspruch schlage sich bei beiden Parteien in den Büchern nieder und sei daher ein vermögensrechtlicher Anspruch. Zudem sei dem berufenen Schiedsgericht in London, einem der führenden Schiedsgerichtsstandorte, zuzugestehen, dass es sich rechtmässig verhalten werde. Soweit Schweizer Recht zwingend angewendet sein wolle, habe auch ein Schiedsgericht die entsprechenden Regeln zu beachten. Eine antizipierte Misstrauenskundgebung gegen ein englisches Schiedsgericht wäre mit dem schweizerischen Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit, mit dem NYÜ und mit Art. 7 IPRG nicht vereinbar. Diese Überlegungen träfen gleichermassen für den prozessualen *Ordre public* zu. Es sei nicht ersichtlich, welche grundlegenden Verfahrensrechte der Klägerin entzogen wären, wenn sie ihr Anliegen vor einem Schiedsgericht vorzutragen hätte. Mit Blick auf den prozessualen *Ordre public* sei auch von Bedeutung, dass die paulianische Anfechtungsklage nach Schweizer Recht im ordentlichen Zivilverfahren vorzubringen sei, wobei sie in der Schweiz gemäss kantonalem Verfahrensrecht geltend zu machen sei und somit den unterschiedlichen kantonalen Zivilprozessordnungen zu folgen habe. Unter diesen Umständen frage es sich schon, wieso die Parteidisposition hinsichtlich der verfahrensmässigen Abwicklung – des Prozessrechtes also – eingeschränkt werden solle. Gründe dafür seien nicht ersichtlich. Insbesondere sei der Gerichtsstand von Art. 289 SchKG nicht zwingend und die Prorogation gestattet. Dementsprechend bestehe kein essentieller Grundsatz des Schweizer Rechts, der es den Parteien einer Pauliana verbiete, vom kantonal vorgegebenen Verfahren abzuweichen. Vor diesem Hintergrund werde der Streitgegenstand der paulianischen Anfechtungsklage in der Literatur überwiegend als schiedsfähig bezeichnet. Stehe fest, dass der Streitgegenstand objektiv schiedsfähig sei, bleibe kein Raum für eine Beschränkung aufgrund des Entstehungszeitpunktes der Forderung oder aufgrund ihrer Rechtsnatur (Art. II Abs. 3 NYÜ). Entscheidend sei vielmehr,

dass die vorliegende Anfechtungsklage zumindest verfahrensrechtlich als Zivilsache zu behandeln sei. Daran ändere auch die (umstrittene) Qualifikation der Anfechtungsklage als betreibungsrechtliche Klage nichts, da auch im Rahmen einer solchen Klage materiell-rechtliche Fragen zu entscheiden seien und sich das Urteil auf die materielle Rechtslage auswirke. Werde zudem wie im vorliegenden Fall eine Geldzahlung verlangt, so liege ein Zivilurteil vor, gegen das Berufung an das Bundesgericht erhoben werden könne und das gleich wie jedes andere Zivilurteil vollstreckt werden müsse. Unter diesem Aspekt sei aber nicht zu verstehen, weshalb sich aus einer Einschränkung der Wirkung des Urteils ergeben solle, dass die Sache nicht von einem Schiedsgericht entschieden werden könne.

Die Klägerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, Anfechtungsklagen seien keine Zivilsachen, sondern vollstreckungsrechtlicher Natur. Sie dienten nicht der Geltendmachung von materiellrechtlichen Ansprüchen. Ihre Funktion sei die Wiederherstellung der Exekutionsrechte von geschädigten Gläubigern. Gewährleistet sei die Durchsetzung dieser Ansprüche freilich nur dann, wenn das angerufene Gericht schweizerisches Recht anwende und das Urteil in der Schweiz vollstreckt werden könne. Die Gerichtsstandsnorm von Art. 289 SchKG solle sicherstellen, dass eine Anfechtungsklage immer bei einem Schweizer Gericht eingereicht werden könne. Wäre der in Art. 289 SchKG statuierte schweizerische Gerichtsstand derogierbar, so könnte der Zweck der Norm, nämlich der Einbezug der anfechtbar veräusserten Vermögenswerte in das schweizerische Konkursverfahren, vereitelt werden. Es würde die Gefahr heraufbeschworen, dass der Gläubiger dort, wo er sein Recht erhalten würde, keinen Gerichtsstand mehr habe, und dort wo er einen Gerichtsstand hätte, kein Recht finde. Bereits diese Überlegungen sprächen gegen die Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung vor Konkurseröffnung zugunsten eines ausländischen Schiedsgerichts. Eine vom Gemeinschuldner abgeschlossene Schiedsklausel über künftige Anfechtungsansprüche sei aus der Sicht des schweizerischen Insolvenzrechts mangels Schiedsfähigkeit nicht gültig.

2.4.3 Die Frage nach der objektiven Schiedsfähigkeit ist – wie bereits erwähnt – allein nach der *lex fori* zu beurteilen (s. vorne Erwägung 2.4.1). Die Schwierigkeit liegt darin, dass eine einheitliche schweizerische Definition der objektiven Schiedsfähigkeit nicht existiert. Während gemäss Art. 177 Abs. 1 IPRG jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand eines Schiedsverfahrens sein kann, ist nach Art. 5 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit (KSG) jeder Anspruch schiedsfähig, welcher der freien Verfügung der Parteien unterliegt, sofern nicht ein staatliches Gericht nach einer zwingenden Gesetzesbestimmung in der Sache ausschliesslich zuständig ist. Ob vorliegend auf Art. 177 IPRG abzustellen ist oder alternativ auch Art. 5 KSG zur Anwendung kommt (Josi, a.a.O., S. 90 f.), kann indessen offen bleiben, da die Schiedsfähigkeit in jedem Fall durch den schweizerischen *Ordre public* beschränkt ist. Dieser ist namentlich auch im Bereich des Schuldbetreibungs- und Konkurs-



rechts zu beachten, in welchem bestimmte Verfahren und Klagen derart eng mit der schuldbetreibungsrechtlichen Vollstreckung verbunden sind, dass sie dem staatlichen Richter vorbehalten sind und eine schiedsgerichtliche Entscheidung ausgeschlossen erscheint. Dazu gehören nach einhelliger Meinung Rechtsöffnung und Konkurseröffnung, die Widerspruchsklage sowie der Arrest (Volken, Zürcher Kommentar, a.a.O., N 20 zu Art. 177 IPRG; Briner, Basler Kommentar, Basel und Frankfurt am Main 1996, N 14 zu Art. 177 IPRG; Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Basel und Frankfurt am Main 1989, N 89; Walter/Bosch/Brönnimann, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Bern 1991, S. 59 f.). Die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG ist hingegen umstritten.

2.4.4 In einem neuesten Entscheid hat sich das Bundesgericht zur Anfechtungsklage wie folgt geäußert: «L'action révocatoire des art. 285 ss LP ne peut être ouverte que par le porteur d'un acte de défaut de biens provisoire ou définitif après saisie (art. 285 al. 2 ch. 1 LP), par l'administration de la faillite ou par un cessionnaire des droits de la masse (art. 285 al. 2 ch. 2 LP); elle tend à obliger le défendeur à tolérer la réalisation, au profit des créanciers demandeurs, des biens soustraits à l'exécution forcée par des actes révocables (...). Elle est fondée sur une obligation ex lege établie par le droit public de la poursuite pour dettes et de la faillite. Selon la jurisprudence, elle est ainsi par nature une action de droit des poursuites avec effet réflexe sur le droit matériel. L'obligation révocatoire et l'action qui arme cette obligation légale sont donc étroitement imbriquées dans la procédure d'exécution forcée, qui les conditionne entièrement. L'effet du jugement révocatoire est du reste limité à la poursuite en cours. Lorsqu'elle est exercée après la faillite, l'action révocatoire trouve donc son fondement dans la faillite, avec laquelle elle est en étroite connexité. Elle ne pourrait être intentée sans la faillite, dans la liquidation de laquelle elle est d'ailleurs insérée» (BGE 131 III 227 E. 3.3, S. 232 f., mit zahlreichen Hinweisen). Im Lichte dieser Erwägungen ist die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu verneinen. Sie ist eine vollstreckungsrechtliche Klage, die ihre Grundlage im öffentlichrechtlichen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht hat. Sie knüpft immer an ein vorbestehendes Betreibungs- oder Konkurs- bzw. Nachlassverfahren mit Vermögensabtretung an und dient nach schweizerischer Auffassung dazu, der Vollstreckung entzogene Vermögenswerte dieser zuzuführen (Art. 285 Abs. 1 SchKG). Sie beseitigt aber nicht etwa die zivilrechtlichen Wirkungen der angefochtenen Handlungen, sondern macht diese nur insoweit betreibungsrechtlich unbeachtlich, als die Gläubiger einen Verlust erlitten haben oder sehr wahrscheinlich noch erleiden werden. Ein Anfechtungsurteil hat denn auch ausschliesslich vollstreckungsrechtliche Wirkung, d.h. der Richter entscheidet einzig darüber, ob und inwieweit ein Vermögenswert den Gläubigern durch eine anfechtbare Handlung entzogen worden ist und deshalb wieder zur Vollstreckung herangezogen werden kann. Das Urteil im Anfechtungsprozess hat somit nie materiellrechtliche

Wirkungen. Es hat jedoch insofern Reflexwirkung auf das materielle Recht des beklagten Dritten, als dieser die Beschlagnahme und Verwertung dulden muss und dadurch faktisch und wertmässig sein Recht verliert. Wegen dieser Reflexwirkung ist ein letztinstanzliches Urteil (bei gegebenem Streitwert) berufungsfähig, was an der vollstreckungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage aber nichts ändert (Walther, Paulianische Ansprüche im internationalen Verhältnis – ausgewählte Probleme, in: Spühler [Hrsg.], Internationales Zivil- und Verfahrensrecht V, Zürich 2005, S. 90 ff. und 107, mit zahlreichen weiteren Hinweisen; A. Staehelin, SchKG III, a.a.O., N 8 ff. zu Art. 285 SchKG). Aufgrund dieser Nähe zur schuldbetreibungsrechtlichen Vollstreckung muss der Entscheid im Anfechtungsprozess dem staatlichen schweizerischen Richter vorbehalten bleiben (Engler, SchKG I, a.a.O., N 18 zu Art. 23 SchKG). Dies ergibt sich indirekt auch aus den allgemeinen Bestimmungen von Art. 25 ff. IPRG, wonach nur ausländische Entscheidungen in Zivilsachen anerkannt werden können. Da nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anfechtungsklagen nicht darunter fallen, ist das Urteil eines ausländischen Gerichts über die paulianische Anfechtung nicht Objekt der Anerkennung im Sinne von Art. 25 ff. IPRG. Dies gilt auch im Anwendungsbereich bilateraler Abkommen, und zwar selbst dann, wenn der Anfechtungsbeklagte eine Geldschuld zu begleichen hat (BGE 129 III 683 E. 4 und 5, S. 686 ff.; a.M. D. Staehelin, SchKG III, a.a.O., der die Auffassung vertritt, dass ein Entscheid, mit dem der Anfechtungsbeklagte zur Zahlung einer Geldforderung verurteilt wird, «wohl als vollstreckbares Leistungsurteil mit voller materieller Rechtskraft qualifiziert werden» muss [N 24 und 27 zu Art. 289 SchKG]). Würde demgegenüber im Geltungsbereich des NYÜ die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage bejaht, hätte dies zur Folge, dass ein von einem ausländischen Schiedsgericht in einem Anfechtungsprozess erlassenes Urteil anerkannt werden müsste bzw. das angerufene schweizerische Gericht seine sachliche Zuständigkeit aufgrund einer entsprechenden Schiedsabrede von vornherein zu verneinen hätte. Damit würde eine Unterscheidung getroffen, die angesichts der vollstreckungsrechtlichen Natur der Anfechtungsklage nicht haltbar wäre. Abgesehen davon ist zumindest ungewiss, ob ein ausländisches (Schieds)gericht gemäss dem von ihm anzuwendenden ausländischen Recht überhaupt auf die Klage eintreten oder ob es die Prozessführungsbefugnis des Schweizer Liquidators anerkennen und zudem das schweizerische Anfechtungsrecht als Bestandteil des schweizerischen Konkursrechts anwenden würde. Bei einer entsprechenden Derogation bestünde daher die Gefahr, dass der Zweck von Art. 289 SchKG, nämlich der Einbezug der anfechtbaren Vermögenswerte in das schweizerische Zwangsvollstreckungsverfahren, vereitelt wird. Vom Gemeinschuldner vereinbarte Vertragsklauseln, durch welche Vermögenswerte dem Zugriff der Zwangsvollstreckungsorgane entzogen werden sollen, sind jedoch ungültig (D. Staehelin, Vertragsklauseln für den Insolvenzfall, in: AJP 2004, S. 380). Auch diese Überlegungen sprechen grundsätzlich gegen die Zulässigkeit ei-



ner Schiedsabrede zugunsten eines ausländischen Schiedsgerichts (vgl. Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 22. Dezember 2005 [Geschäfts-Nr. HG050253/Z04], E. 3.1, S. 7 f.; M. Staehelin, SchKG I, a.a.O., N 25 zu Art. 30a SchKG).

Anzumerken bleibt, dass zwar verschiedene Autoren die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG bejahen. Entweder versäumen sie es aber, diese Auffassung näher zu begründen (Berti, Basler Kommentar, a.a.O., N 7 zu Art. 171 IPRG; Peter, in: Dallèves/Foëx/Jeandin [Hrsg.], Commentaire romand, Poursuite et faillite, Basel/Genf/München 2005, N 19 zu Art. 289 SchKG; Schüpbach, Droit et action révocatoires, Basel und Frankfurt am Main 1997, N 104 zu Art. 289 SchKG; D. Staehelin, SchKG III, a.a.O., N 15 zu Art. 289 SchKG; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 14. Kap., N 32), oder sie stellen sich auf den Standpunkt, dass es sich bei der Anfechtungsklage in erster Linie um eine materiellrechtliche Klage handle (Brown-Berset/Lévy, Faillite et Arbitrage, in: Bulletin ASA 1998, S. 672 f.; Poudret/Besson, Droit comparé de l'arbitrage, Zürich/Basel/Genf 2002, N 360 ff.), was aus den dargelegten Gründen jedoch abzulehnen ist. Es erübrigt sich daher, weiter auf diese Lehrmeinungen einzugehen.

2.5 Ist die Schiedsfähigkeit der Anfechtungsklage gemäss Art. 285 ff. SchKG zu verneinen, ist die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator im Nachlass mit Vermögensabtretung auch nicht an eine entsprechende Schiedsklausel gebunden. Hinzu kommt Folgendes:

Die vorliegend umstrittene Schiedsabrede ist Teil des Belieferungsvertrages, den die Y. International Ltd. mit Sitz in England und die Beklagte sowie die X. AG im Jahr 1986 abgeschlossen haben. Die vertragliche Derogation der staatlichen Gerichte erfolgte demnach lange bevor der zuständige Nachlassrichter den von der X. AG vorgeschlagene Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung bewilligte.

Gemäss Art. 204 Abs. 1 SchKG sind Rechtshandlungen, die der Schuldner nach Konkurseröffnung in Bezug auf Vermögensstücke, die zur Konkursmasse gehören, vornimmt, den Konkursgläubigern gegenüber ungültig. Daraus folgt, dass eine vom Gemeinschuldner eingegangene Schieds- oder Prorogationsabrede bezüglich eines Anfechtungsanspruches *nach* Konkurseröffnung ungültig ist; eine solche Vereinbarung könnte zu diesem Zeitpunkt nur von der Konkursverwaltung getroffen werden. Trifft der Gemeinschuldner eine solche Abrede *vor* der Konkurseröffnung, so verfügt er damit über einen Anspruch, der überhaupt erst durch die Eröffnung des Konkurses bzw. mit der Bestätigung des Nachlassvertrages entsteht (BGE 129 III 683 E. 3.2, S. 685). Zwar ist es grundsätzlich möglich, künftige Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterstellen. Vorliegend steht der Anfechtungsanspruch jedoch nicht dem Schuldner, sondern der Gesamtheit der Gläubiger zu, wobei

das Anfechtungsrecht in erster Linie von der Konkursverwaltung bzw. vom Liquidator ausgeübt wird. Die Anfechtungsberechtigung ist sodann nicht Prozessvoraussetzung, sondern ein materiellrechtliches Erfordernis für die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches und somit der Aktivlegitimation als Erscheinungsform der Sachlegitimation gleichzusetzen (D. Staehelin, SchKG III, a.a.O., N 29 und 32 f. zu Art. 289 SchKG; Winkelmann und weitere Autoren, SchKG III, a.a.O., N 5 zu Art. 331 SchKG; Amonn/Walther, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 7. A., Bern 2003, § 52 N 31 f.). Steht dem Gemeinschuldner das Anfechtungsrecht jedoch nie zu, so kann er auch nicht im Rahmen einer Schiedsklausel darüber verfügen. Auch daraus ist – entgegen der Auffassung der Beklagten – zu schliessen, dass die Konkursverwaltung bzw. der Liquidator bei der Anhebung der Anfechtungsklage nicht an eine vom Gemeinschuldner mit einem Dritten abgeschlossene Schiedsklausel gebunden ist (vgl. Beschluss des Handelsgerichts Zürich vom 22. Dezember 2005 [Geschäfts-Nr. HG050253/Z04], E. 3.2, S. 8 f., u.a. unter Hinweis auf ZR 23/1924 Nr. 96, S. 164; s. zum Ganzen auch BGE 33 II 648 ff. und ZR 90/1991 Nr. 65, S. 216, sowie Poudret/Besson, die darauf hinweisen, dass die Bindung der Konkursverwaltung an eine Schiedsklausel die objektive Schiedsfähigkeit betrifft und bei rein vollstreckungsrechtlichen Klagen verneint wird oder zumindest umstritten ist [a.a.O., N 290 a.E.]).

2.6 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die in Ziffer 12 lit. b des Belieferungsvertrages vorgesehene Schiedsklausel im vorliegenden Fall unbeachtlich ist. Dementsprechend ist die von der Beklagten erhobene Einrede der Schiedsabrede abzuweisen, und es kann offen bleiben, ob der vorliegende Streit von der Schiedsabrede überhaupt erfasst würde.

Kantonsgericht, 16. August 2006

*Art. 9 Abs. 2 VZG; Art. 1 Abs. 2 GebV SchKG. – Ein Begehren um neue Schätzung durch Sachverständige wird gegenstandslos, wenn über die Grundpfandschuldnerin der Konkurs eröffnet wird (Erw. 1). Ergibt die neue Schätzung durch den Sachverständigen nur eine geringfügige Abweichung, kann von vornherein keine Aussage darüber gemacht werden, welche von beiden Schätzungen den höheren Anspruch auf Richtigkeit hat (Erw. 2). Kostenpflicht (Erw. 3).*

*Aus den Erwägungen:*

1. Es stellt sich zunächst die Frage, ob das vorliegende Verfahren nicht ge-