SWISSLEX User-ID: jennifer.meier@walderwyss.com, 03.09.2025 14:40:04

Dokument	**SRIEL 2022 S. 217**
Autor	**Marco Stacher**
Titel	**Zum Erfordernis des Binnenbezugs beim Staatenarrest, insbesondere beim Titelarrest i.S.v. Art. 271 Ziff. 6 SchKG bei ausländischen Schiedssprüchen**
Seiten	**217-232**
Publikation	**Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht**
Herausgeber	**Die Schweizerische Vereinigung für Internationales Recht (SVIR)**
ISSN	**1019-0406**
Verlag	**Schulthess Juristische Medien AG**

Zum Erfordernis des Binnenbezugs beim Staatenarrest, insbesondere beim Titelarrest i.S.v. Art. 271 Ziff. 6 SchKG bei ausländischen Schiedssprüchen

Marco Stacher*

The Swiss Federal Supreme Court for the first time assessed the relation between the New York Convention and a foreign state's sovereign immunity. The court held that a foreign arbitral award could only be enforced against Swiss assets of a foreign state if, amongst other conditions, the claim referred to arbitration had no relevant connection to Switzerland. The «connection» criterion had been developed by the court in the first half of the last century in the ambit of enforcement efforts against foreign states that did not relate to arbitral awards. This note submits that the court's reliance on the «connection» criterion is at odds with the New York Convention, which promotes the enforcement of foreign arbitral awards. It also submits that the «connection» criterion is outdated and that it is debatable whether it serves a meaningful purpose.

Keywords: Enforcement – Investment Arbitration – Sovereign Immunity – New York Convention

Schlagwörter: Vollstreckung – Investitionsschiedsgerichtsbarkeit – Vollstreckungsimmunität – New Yorker Übereinkommen.

* PD Dr. iur., Walder Wyss AG, Zürich.

I. Erster Entscheid des Bundesgerichts zum Verhältnis zwischen New Yorker Übereinkommen und staatlicher Vollstreckungsimmunität

BGE 144 III 411 ist der erste Entscheid des Bundesgerichts, der sich zum Zusammenspiel zwischen New Yorker Übereinkommen («NYÜ») und der Vollstreckungsimmunität äussert.[1] Es wird indes nicht das letzte Mal sein, dass sich die Frage stellt. Es wird weitere Fälle geben, in denen der Kläger ein *ad-hoc*[2] -Investitionsschutzverfahren gewinnt, der Staat den Schiedsspruch nicht erfüllt, Vermögenswerte des Staates in der Schweiz existieren und der obsiegende Investor deshalb gestützt auf das NYÜ einen Staatenarrest begehrt.

II. Der Widerspruch zwischen dem innerstaatlichen richterrechtlichen Kriterium des Binnenbezugs und dem New Yorker Übereinkommen

A. Ausgangslage

Um eines vorwegzunehmen: Es geht nicht darum, ob ein Staatenarrest ausscheidet, wenn Vermögenswerte mit Beschlag belegt werden sollen, die einen hoheitlichen Zweck erfüllen. Der Staat als Schuldner geniesst für solche Vermögenswerte Vollstreckungsimmunität.[3] Es geht darum, ob im Fall von Vermögenswerten, die *nicht* hoheitlichen Zwecken dienen, Vollstreckungsimmunität bestehen kann. Gemäss Bundesgericht ist dies der Fall, wenn das Handeln keinen Bezug zur Schweiz aufweist; dies, auch wenn sich die Forderung des Gläubigers aus privatwirtschaftlichem Handeln des Staates ergibt.

Der Staatenarrest scheiterte in BGE 144 III 411 genau daran. Die Umstände, die zum Schiedsspruch gegen Usbekistan führten, hatten keinen ausreichenden Binnenbezug. Die relevanten Umstände spielten sich in Usbekistan ab. Oxus Gold («Oxus») investierte dort in verschiedene Minen und sah sich durch Massnahmen Usbekistans

SRIEL 2022 S. 217, 219

obstruiert.[4] Oxus erhob deshalb in Paris Schiedsklage. Sie begehrte eine Entschädigung von ca. USD 1,2 Mrd.; zugesprochen wurden ihr ca. USD 10 Mio. zzgl. Zinsen,[5] da Usbekistan gegen die *fair-and-equitable-treatment*-Klausel im anwendbaren Investitionsschutzabkommen verstossen hätte.

Im Erkenntnisverfahren in Paris stellten sich betreffend Staatenimmunität keine Fragen. Das Investitionsschutzabkommen[6] zwischen Usbekistan und Grossbritannien sieht vor, dass eine Investorin aus Guernsey, wie Oxus, zur Verfolgung ihrer Ansprüche u.a. ein *ad hoc*-Schiedsverfahren unter den UNCITRAL-Regeln einleiten kann.[7] Oxus tat das, und sämtliche Versionen der UNCITRAL-Regeln, die intertemporal relevant sein können, sehen vor, dass «the parties undertake to carry out the award without delay».[8] Usbekistan stimmte so nicht nur einem Schiedsverfahren zu; sie erklärte auch über den Verweis auf

---

1 Vgl. BGE 144 III 411 E. 6.4.4, wo das Bundesgericht bestätigte, dass es die Rechtsprechung, die einen Binnenbezug erfordert, vorab noch nicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem New Yorker Übereinkommen überprüft hatte. Daraus folgt nicht, dass das Übereinkommen und die Rechtsprechung bis jetzt friedlich koexistierten, wie das Bundesgericht impliziert (E. 6.4.4), sondern nur, dass die Frage noch nie beschwerdeweise aufgebracht worden war.

2 Zu ICSID-Schiedsverfahren vgl. infra II.E.

3 Anja Höfelmeier, Die Vollstreckungsimmunität der Staaten im Wandel des Völkerrechts, Freiburg i.Br. 2017, 180; Jolanta Kren Kostkiewicz, «‹Binnenbezug› und Staatenimmunität: Ein Phänomen der schweizerischen Rechtsprechung», in: R. Dörig et al. (Hg.)., Versicherungsbranche im Wandel, Liber amicorum für Moritz W. Kuhn zum 65. Geburtstag, Bern 2009, 287 ff., 291.

4 Vgl. die Notice of Arbitration von Oxus Gold vom 31. August 2011 (erhältlich auf <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0589.pdf>).

5 Schiedsspruch vom 17. Dezember 2015 (erhältlich auf <www.italaw.com/sites/default/files/case-docu ments/italaw7238_2.pdf>).

6 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Promotion and Protection of Investments of 24 November 1993 (erhältlich auf <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/-treaty-files/3543/download>) zzgl. Exchange of Notes, welche das BIT u.a. auf Guernsey erstreckt (erhältlich auf <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/-2373/download>).

7 Art. 8 Abs. 2 Bst. c des Investitionsschutzübereinkommens (vgl. supra Fn. 1).

8 Art. 34 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules (1976); Art. 34 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010);

die UNCITRAL-Regeln, einen allfälligen Schiedsspruch zu erfüllen. Usbekistan weigerte sich indes, dies zu tun.

B. Schwyzer Entscheid und das Hauptargument der Gegenseite

Oxus resp. die Prozessfinanziererin Gretton, an die Oxus ihre Ansprüche abgetreten hatte, versuchte, den Schiedsspruch zwangsweise durchzusetzen. Dies auch in der Schweiz, da Usbekistan im Kanton Schwyz eine Liegenschaft besass. Zunächst war der Versuch erfolgreich. Der Einzelrichter am Bezirksgericht March sprach gestützt auf den Pariser Schiedsspruch einen Titelarrest i.S.v. Art. 271 Ziff. 6 SchKG aus. Usbekistan erhob indes erfolgreich Arresteinsprache.

Die Arresteinsprache war erfolgreich, da das Kantonsgericht Schwyz verneinte, dass der Pariser Schiedsspruch ein definitiver Rechtsöffnungstitel i.S.v. Art. 271 Ziff. 6 SchKG sei.[9] In der Regel trifft dies für ausländische Schiedssprüche zu.[10] Gemäss Kantonsgericht Schwyz aber nicht in diesem Fall. Die Investition in Minen in Usbekistan betreffe zwar nicht hoheitliches Handeln. Auch bei nicht hoheitlichem

Handeln greife indes die Vollstreckungsimmunität,[11] wenn kein ausreichender Binnenbezug des Anspruchs zur Schweiz bestehe.[12]

Es wäre erforderlich, dass das Schuldverhältnis in der Schweiz begründet oder zu erfüllen gewesen wäre oder dass der ausländische Staat hier einen Erfüllungsort begründet.[13] Das war nicht der Fall. Alle relevanten Handlungen erfolgten in Usbekistan. Es gab keinen ausreichenden Binnenbezug i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, *ergo,* mangels Binnenbezug Vollstreckungsimmunität. Deshalb sei der Schiedsspruch nicht vollstreckbar und könne der Schiedsspruch kein definitiver Rechtsöffnungstitel sein.

C. Zivilbeschwerde beim Bundesgericht und Gretchenfrage

Gretton erhob Zivilbeschwerde beim Bundesgericht und hatte einen Trumpf, nämlich, dass sich die Vollstreckung des ausländischen Schiedsspruchs und somit die Frage, ob ein definitiver Rechtsöffnungstitel vorliegt, i.c.[14] nach dem NYÜ beurteilte. Dieser Staatsvertrag sieht vor, dass ein ausländischer Schiedsspruch in der Schweiz vollstreckt werden muss, wenn nicht einer der abschliessend[15] aufgelisteten Verweigerungsgründe von Art. V NYÜ erfüllt ist.[16]

Das Fehlen eines Binnenbezugs zur Schweiz ist in Art. V NYÜ nicht als Verweigerungsgrund aufgeführt, sodass das NYÜ keine Grundlage bot, die Vollstreckung zu verweigern und das Vorliegen eines Titels i.S.v. Art. 271 Ziff. 6 SchKG zu verneinen. Der Trumpf des Beschwerdeführers war somit das Argument, dass Staatsvertragsrecht wie das NYÜ innerstaatlichem Recht vorgehe und dass deshalb das Kriterium des

---

Art. 32 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules (as adopted in 2013).

9 Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz, BEK 2017 41, vom 27. Oktober 2017, E. 2a.

10 BGer 5A_877/2014 E. 4.1.1.

11 Vgl. u.a. BGE 135 III 608 E. 4.2; 135 III 608 E. 4.5; 134 III 122 E. 5.2.2; 124 III 382 E. 4a; 120 II 400 E. 4; 113 Ia 172 E. 2; 106 Ia 142 E. 3b; 104 Ia 367 E. 2c; 86 I 23 E. 4; 82 I 75 E. 7.

12 Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz, BEK 2017 41, vom 27. Oktober 2017, E. 2a.

13 BGE 144 III 411 E. 6.3.2; 135 III 608 E. 4.5 unterscheidet dabei den «genügende[n] Bezug» zur Schweiz i.S.v. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG vom Binnenbezug der Rechtsprechung zur Staatenimmunität.

14 Der Schiedsspruch war kein ICSID-Schiedsspruch. Seine Vollstreckung richtete sich deshalb nicht nach der ICSID-Konvention, sondern nach dem New Yorker Übereinkommen.

15 BGE 144 III 411 E. 6.3.4.

16 Art. V NYÜ führt die Vollstreckungsimmunität nicht als Verweigerungsgrund auf (Michael E. Schneider & Joachim Knoll, «Domestic Rules on Sovereign Immunity – The Requirement of a Swiss Connection (‹Binnenbeziehung›)», in: R. Doak Bishop (Hg.), Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns, New York 2009, 338 ff., 344).

Binnenbezugs nicht relevant sein könne; denn es ergibt sich nicht aus dem Völkerrecht, sondern aus dem innerstaatlichen Recht der Schweiz.[17] Das Kriterium

müsste somit dem vorgehenden Staatsvertragsrecht, dem NYÜ, weichen, das die Vollstreckung fordert.

D. Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht wies die Beschwerde ab. Es nahm dabei im Wesentlichen auf seine langjährige[18] Rechtsprechung Rückgriff. Aus ihr folge, dass Usbekistan erfolgreich Vollstreckungsimmunität geltend machen könne. Es stünde zwar kein hoheitliches Handeln Usbekistans zur Debatte und die Liegenschaft im Kanton Schwyz diente nicht hoheitlichen Zwecken, d.h., eine völkerrechtliche Immunität schied aus. Indes fehle es an dem gemäss schweizerischem Landesrecht erforderlichen Binnenbezug.

Dieser Standpunkt widerspricht dem NYÜ,[19] da es den fehlenden Binnenbezug i.S. der Rechtsprechung nicht als Verweigerungsgrund aufführt. Der Pariser Schiedsspruch ist deshalb wie andere ausländische Schiedssprüche ein definitiver Rechtsöffnungstitel. Das Bundesgericht umschiffte diese Klippe, indem es erwog, dass die Staatenimmunität eine Frage der Gerichtsbarkeit sei. Die Staatenimmunität, resp. deren Fehlen, sei deshalb eine Prozessvoraussetzung.[20] Wenn diese Prozessvoraussetzung in der Schweiz mangels Binnenbezugs nicht erfüllt sei, d.h., wenn der Beklagte Immunität geniesse, sei auf das Arrestbegehren nicht einzutreten. In welchem Umfang das New Yorker Übereinkommen in der Sache die Vollstreckung fordere, sei dann irrelevant.[21] Die Vollstreckung sei aus prozessualen Gründen – mangels Gerichtsbarkeit zufolge Immunität – zu verweigern; der Schiedsspruch sei deshalb nicht vollstreckbar und könne kein definitiver Rechtsöffnungstitel sein.

Das Bundesgericht erwog, dass Art. III NYÜ seinen Schluss bestätigt. Die Bestimmung sieht vor, dass sich das Vollstreckungsverfahren nach den prozessualen Regeln des Vollstreckungsstaates richtet.[22] Das innerstaatlich entwickelte Kriterium des Binnenbezugs sei eine Prozessvoraussetzung, *ergo* eine *rule of procedure,* und kollidiere deshalb nicht mit dem NYÜ, da dieses innerstaatliche prozessuale Regeln vorbehalte.

Alexander Laute und Andreas Ziegler haben einlässlich erklärt, dass dieses Argument nicht verfängt.[23] Art. III NYÜ ermächtigt die Vertragsstaaten zu regeln, wie das Verfahren abläuft – wo ein Gesuch einzureichen ist, welche Fristen gelten etc. Art. III NYÜ erlaubt aber nicht, durch die Hintertür zusätzliche prozessual zu qualifizierende Verweigerungsgründe einzuführen.[24]

---

17 BGE 144 III 411 E. 6.3.2; 135 III 608 E. 4.2; 106 Ia 142 E. 3b; 82 I 75 E. 7; vgl. Höfelmeier, supra Fn. 3, 75; vgl. auch BGE 106 Ia 142 E. 3a, wonach die Souveränität nach Völkerrecht auf hoheitliche Akte beschränkt ist. Dementsprechend nimmt Art. 1 Abs. 1 EuGVVO nur *acta iure imperii* vom Anwendungsbereich der Verordnung aus; vgl. auch Eugen Bucher, «Vollstreckbarkeit schweizerischer Schiedssprüche und Staatenimmunität im Vollstreckungsverfahren», Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (1982), 161–164, 162 («Dieser Gesichtspunkt ist der völkerrechtlichen Literatur und Praxis an sich fremd»). Das Völkerrecht gewährt anders als das Bundesgericht keine Vollstreckungsimmunität, wenn die Streitigkeit privatrechtliches Handeln betrifft, das keinen Binnenbezug aufweist (Höfelmeier, supra Fn. 3, 180.).

18 Die Rechtsprechung geht letztlich auf BGE 56 I 237 (1930), resp. sogar BGE 44 I 49 (1918) zurück.

19 Vgl. auch supra II.C.

20 BGE 144 III 411 E. 6.3.3; vgl. bereits BGE 44 I 49 E. 4.

21 BGE 144 III 411 E. 6.3.3, 6.4.2.

22 BGE 144 III 411 E. 6.3.4.

23 Alexander Laute & Andreas Ziegler, «Vereinbarkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung mit dem UNÜ in der Schweiz – Zugleich Besprechung BGer URt. V. 7.9.2018 – 5A_942/ 2017», 18 Zeitschrift für Schiedsverfahren (2020), 286–293, 289 ff.; vgl. auch Albert Jan van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, Den Haag 1981, 239 («It should be emphasized that the rules of procedure of the forum for the enforcement of a Convention award as mentioned in Article III are not concerned with the conditions for enforcement. The rules of procedure within the meaning of Article III are confined to questions such the form of the request and the competent authority […] the procedural law governing the enforcement of Convention awards may not derogate from the principles embodied by Articles IV–VI»); vgl. indes Ivo Schwander, «Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht», 29 Swiss Rev. Int'l & Eur. L. (2019), 497–514, 512 f.

24 Laute & Ziegler, supra Fn. 23, 290.

25 Laute & Ziegler, supra Fn. 23, 289 ff.

Dies folgt aus dem Wortlaut, dem Kontext und dem Zweck des New Yorker Übereinkommens,[25] nämlich die Vollstreckung von Schiedssprüchen zu fördern und die Vollstreckung zu vereinheitlichen.[26] Damit ist nicht vereinbar, dass ein Vertragsstaat zusätzliche prozessuale Vollstreckungshürden einführt, bspw. eben indem er die Prozessvoraussetzung einführt, dass ein Binnenbezug i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung besteht.

Zusätzlich zu Art. III NYÜ stützte sich das Bundesgericht auf Art. V(2)(b) NYÜ, um zu begründen, weshalb das NYÜ selbst einer Vollstreckung des Pariser Schiedsspruchs im Wege stehen könne.[27] Gemäss dieser Bestimmung kann die Vollstreckung verweigert werden, wenn sie dem *ordre public* widerspricht, und Gretton hätte nicht aufgezeigt, dass das Kriterium des Binnenbezugs *nicht* als Teil des Schweizer *ordre public* betrachtet werden könne.

Freilich läge es nicht am Gläubiger, darzulegen, dass der Binnenbezug *nicht* Teil des *ordre public* ist, sondern am Schuldner oder Bundesgericht, darzulegen, dass die Vollstreckung mangels Binnenbezugs gegen den *ordre public* i.S.v. Art. V(2)(b) NYÜ verstösst. Das dürfte nicht gelingen; die Bestimmung befasst sich mit Fällen, in denen der Schiedsspruch oder das Schiedsverfahren dem *ordre public* widerspricht.[28] Eine

SRIEL 2022 S. 217, 223

allfällige Vollstreckungsimmunität, die erst nach Erlass des Schiedsspruchs ins Spiel käme, ist nicht von Art. V(2)(b) NYÜ erfasst.[29]

Auch wenn man diese Meinung ablehnt, ist schwer nachvollziehbar, weshalb die Voraussetzung des Binnenbezugs zum *ordre public* zählen soll. Die Schweiz ratifizierte das UN-Übereinkommen über die Staatenimmunität von 2004.[30] Das Übereinkommen ist mangels einer ausreichenden Anzahl Ratifizierungen noch nicht in Kraft getreten; trotzdem zeigt es, wozu aus Sicht der Schweiz zugestimmt werden kann, nämlich u.a. dazu, dass im Bereich privatrechtlichen staatlichen Handelns Vollstreckungsmassnahmen gegen einen ausländischen Staat auch ohne einen Binnenbezug vorgenommen werden dürfen.[31] Wieso etwas, das gemäss einem Staatsvertrag, den die Schweiz ratifiziert hat, zulässig ist, gegen den Schweizer *ordre public* verstossen soll, erschliesst sich nicht.

Es bleibt somit dabei, dass das innerstaatliche Erfordernis des Binnenbezugs im Konflikt zum New Yorker Übereinkommen steht.[32] Analoges gilt für das Lugano Übereinkommen, das ebenfalls einen *numerus clausus* von Verweigerungsgründen vorsieht.[33] Das zeigt sich auch an Art. 1 EuGVVO, der hoheitliches Handeln explizit vom Anwendungsbereich der Verordnung ausnimmt, was verdeutlicht, was schon früher galt.[34] Daraus folgt im Umkehrschluss, dass privatwirtschaftliches staatliches Handeln vom Anwendungsbereich des LugÜ erfasst ist. Für die Vollstreckung solcher Urteile kommt deshalb der *numerus clausus* der Verweigerungsgründe im LugÜ zur Anwendung. Die Vollstreckung von Urteilen von Vertragsstaatengerichten darf deshalb im Anwendungsbereich des LugÜ nicht von zusätzlichen, im LugÜ nicht vorgesehenen innerstaatlichen Verweigerungsgründen wie dem Binnenbezug abhängig gemacht werden.[35]

---

26 Jolanta Kren Kostkiewicz, «Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnisverfahren», in: Grolimund et al. (Hg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 209 ff., 210, 219 f.

27 BGE 144 III 411 E. 6.4.2.

28 Bernhard Berger & Franz Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 4. Aufl., Bern 2021, Rz. 2097; Paolo M. Patocchi & Cesare Jermini, Art. 194 IPRG, in: P. Grolimund, L. D. Loacker & A. K. Schnyder (Hg)., Internationales Privatrecht. Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2021, N 276.

29 Vgl. indes infra IV. Im dort beschriebenen Umfang ist der *ordre public* im Rahmen von Art. V Abs. 2 Bst. b NYÜ zu beachten.

30 BBl 2009, 1761 ff.; vgl. dazu auch David P. Stewart, «The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property», 99 The American Journal of International Law (2005), 194–211.

31 UN-Übereinkommen über die Staatenimmunität vom 2. Dezember 2004, Art. 19 Bst. c, Art. 21 (BBl 2009, 1761 ff.); vgl. auch das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972, Art. 26 (SR 0.273.1).

32 Vgl. Berger & Kellerhals, supra Fn. 28, Rz. 2043; Andreas Bucher, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz, Basel/Frankfurt a.M. 1989, Rz. 168; vgl. aber Tarkan Göksu, Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 2379.

33 Kren Kostkiewicz, supra Fn. 3, 300.

34 Peter Mankowski, Art. 1 Brüssel Ia-VO, in: T. Rauscher (Hg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl., Köln 2016, N 9.

35 Vgl. Laute & Ziegler, supra Fn. 23, 289 ff.; Schneider & Knoll, supra Fn. 16, 344. Die Auffassung in BGE 106 IA 142 E. 3b, wonach kein Staat von Völkerrechts wegen verpflichtet sei, das Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren

E. Art. 55 ICSID-Übereinkommen – die Achillesferse?

Dem Pariser Schiedsspruch, der letztlich zu BGE 144 III 411 führte, ging ein Ad-hoc-Schiedsverfahren nach den UNCITRAL-Regeln voraus. Solche Schiedssprüche sind nach dem New Yorker Übereinkommen zu vollstrecken. Für ICSID-Schiedsverfahren schaffen Art. 53 ff. ICSID-Konvention demgegenüber einen vom NYÜ unabhängigen Mechanismus zur Anerkennung und Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen. Solche Schiedssprüche sind mit ihrem Erlass verbindlich, und die Vollstreckung der Schiedssprüche richtet sich gleich wie gemäss Art. III NYÜ nach den prozessualen Regeln des Vollstreckungsstaates.[36]

Die ICSID-Konvention sieht anders als das NYÜ (gar) keine Verweigerungsgründe vor. Art. 55 ICSID-Konvention behält aber das «law in force in any Contracting State relating to immunity» vor. Die Vollstreckung eines ICSID-Schiedsspruchs kann somit am internen Recht des Vollstreckungsstaates zur Staatenimmunität scheitern,[37] und dazu zählt in der Schweiz gemäss Bundesgericht das Kriterium des Binnenbezugs. Anders als beim NYÜ lässt sich somit nicht argumentieren, dass Staatsvertragsrecht dem Kriterium des Binnenbezugs entgegenstehe. Es fragt sich deshalb, ob das Kriterium unabhängig von einem Verstoss gegen das NYÜ zu verwerfen ist. Wenn dem so wäre, könnte es auch die Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen in der Schweiz nicht aushebeln.

III. Rechtslage, falls es keinen Widerspruch zwischen Staatsvertragsrecht (NYÜ) und der Voraussetzung des Binnenbezugs gäbe

A. Systematik und Verzicht

Der Konflikt zwischen dem Kriterium des Binnenbezugs und dem NYÜ ist nicht der einzige Grund, der an BGE 144 III 411 zweifeln lässt. Zunächst ist fraglich, ob es systematisch korrekt ist, einen Binnenbezug zu verlangen.[38] Beim Titelarrest, um den es in BGE 144 III 411 ging, ist der Arrestgrund erst nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens gegeben. Erst dann kann ein definitiver Rechtsöffnungstitel vorliegen. Der Arrestgrund kommt erst im Vollstreckungsstadium zum Tragen; es stellt sich vorab die Frage der Vollstreckungsimmunität. Die Fälle, in denen das Bundesgericht das Kriterium des Binnenbezugs entwickelte, waren anders gelagert. Es ging um Aus-

länderarreste, die noch zu prosequieren gewesen wären, d.h., das Erkenntnisverfahren hätte erst *nach* dem Arrestbefehl stattgefunden.[39]

Fälle, bei denen ein Titelarrest begehrt wird, sind anders gelagert. Das Arrestverfahren findet nicht vor, sondern nach dem Erkenntnisverfahren statt. Es überzeugt deshalb nicht, die für die andere Fallkategorie entwickelten Voraussetzungen ohne Weiteres auf den Titelarrest zu übertragen.[40] Wenn man am Binnenbezug festhalten wollte, stellte sich – anders als bei noch folgenden Erkenntnisverfahren – nicht vorab die Frage, ob ein ausreichender Bezug zum Vollstreckungsstaat besteht, sondern ob ein ausreichender

---

gegen fremde Staaten für nichthoheitliche Belange zuzulassen, verfängt somit zumindest insoweit nicht, als Staatsvertragsrecht einen *numerus clausus* von Gründen für die Verweigerung der Vollstreckung ausländischer Entscheide vorsieht.

36 Art. 53 f. ICSID-Konvention (SR 0.975.2).

37 Daniel Girsberger & Nathalie Voser, International Arbitration, 4. Aufl., Zürich 2021, Rz. 1872. Diese Problematik wird als Achillesferse der ICSID-Konvention betrachtet (Christoph Scheurer et al., The ICSID Convention, 2. Aufl., Cambridge 2009, Art. 55 N 8).

38 Vgl. Kren Kostkiewicz, supra Fn. 26, 210, 218; Bucher, supra Fn. 17, 162.

39 Bspw. hing BGE 56 I 237 mit Anleihen zusammen, die eine osmanische Eisenbahngesellschaft zum Bau und Betrieb einer Strecke herausgegeben hatte. Aufgrund der Wirrungen des ersten Weltkriegs lag die Strecke nicht mehr auf osmanischem, sondern mehrheitlich auf griechischem Gebiet, und der griechische Staat sicherte die Rückzahlung zu, was aber nicht erfolgte. Ein Schweizer Gläubiger wollte deshalb, ohne dass ein Urteil existierte, in der Schweiz Vermögenswerte verarrestieren lassen. Er scheiterte am fehlenden Binnenbezug der Forderung.

40 So aber BGE 106 Ia 142.

Bezug zum Gerichtsstaat bestand. Diese Frage wird indes bereits durch die regulären Bestimmungen zur indirekten internationalen Zuständigkeit beantwortet.[41]

Zudem implizieren Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen für das Erkenntnisverfahren einen Immunitätsverzicht.[42] Man stelle sich diesbezüglich folgenden imaginären Gedankengang eines Staates vor: «Wenn es Streit mit dem Investor gibt, führen wir ein Schiedsverfahren durch. Wenn wir gewinnen, ist alles gut. Wenn wir verlieren hoffentlich auch – wir berufen uns dann, so weit wir können, auf unsere Vollstreckungsimmunität.» Das kann nach Treu und Glauben nicht gemeint sein. Von einem Marktteilnehmer darf ein konsistentes Verhalten erwartet werden, und das vereinbarte für den Kläger kostspielige Verfahren würde zur Farçe, wenn das Urteil nicht vollstreckt werden könnte.[43] Es wäre ein blosses Rechtsgutachten.[44]

SRIEL 2022 S. 217, 226

Der Abschluss einer Schieds- oder Gerichtsstandsvereinbarung kann somit nach Treu und Glauben einen Verzicht auf die Vollstreckungsimmunität implizieren;[45] dies jedenfalls, insoweit der Entscheid gegen Vermögen vollstreckt werden soll, das nicht hoheitlichen Zwecken dient.[46] Ein Verzicht auf die Vollstreckungsimmunität liegt dabei umso näher, wenn – wie i.c. – die gewählten Schiedsregeln die Vorgabe enthalten, den Schiedsspruch zu erfüllen.[47] «The parties undertake to carry out the award without delay.»[48]

B. Sinnfrage

Falls der Widerspruch zum Staatsvertragsrecht (NYÜ) ausser Acht gelassen würde, stellte sich auch die Frage, ob es einen guten Grund für das Kriterium gibt. Falls es einen guten Grund gäbe, wäre die Folgefrage, ob an ihm festgehalten werden dürfte, d.h., ob es in die Rechtsordnung passt.

Das Kriterium geht auf BGE 56 I 237 und BGE 44 I 49 zurück. Damals war auf internationaler Ebene strittig, ob bei privatwirtschaftlichem staatlichem Handeln *überhaupt* Ausnahmen von der Staatenimmunität existieren. Die Entscheide von 1918 und 1930 bejahten dies, falls ein genügender Binnenbezug vorliegt. Anno dazumal war die Binnenbezugs-Rechtsprechung somit fortschrittlich.[49] Das Bundesgericht gewährte keine absolute Immunität, sondern ging so weit, wie es angesichts der internationalen Rechtslage gehen konnte.

BGE 56 I 237 erklärt bspw., dass die Staatenimmunität in Nordamerika nicht nur bei hoheitlichem, sondern auch bei privatwirtschaftlichem Handeln voll greife. Die Rechtsprechung war somit in den 1930ern liberaler als u.a. in den USA. Das änderte sich. Der U.S. Foreign Sovereign Immunities Act fordert u.a. für die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, anders als das Bundesgericht, keinen Binnenbezug.[50] Zurzeit wird denn auch versucht, den Schiedsspruch gegen Usbekistan in den USA zu vollstrecken. Dass dies nicht an der Vollstreckungsimmunität scheitert, ist bereits entschieden.[51]

---

41 Bspw. Art. 26 IPRG, resp. stellt das NYÜ diesbezüglich keine Voraussetzung auf; vgl. dazu Kren Kostkiewicz, supra Fn. 3, 299. *Mutatis mutandis* stellt sich die Frage, ob ein ausreichender Binnenbezug zum Gerichtsstaat besteht, im Erkenntnisverfahren unter dem Titel der direkten internationalen Zuständigkeit; es bleibt kein Platz dafür, sie auch unter dem Titel der Gerichtsbarkeit resp. Immunität zu prüfen (vgl. Kren Kostkiewicz supra Fn. 3, 295 f.).

42 Kren Kostkiewicz, supra Fn. 26, 212 f.; differenzierend: Bucher, supra Fn. 17, 164; die Erwägung des Bundesgerichts, die Immunität könne im Rahmen des New Yorker Übereinkommens geprüft werden, da es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt, überzeugt bei dieser Betrachtungsweise nicht. Wenn der ausländische Staat auf die Immunität verzichtet, kann er sich nicht erfolgreich darauf berufen, dass es an dieser Prozessvoraussetzung fehle.

43 Kren Kostkiewicz, supra Fn. 26, 214; Matthias Scherer, «Der Ausländerarrest nach revidiertem SchKG – Ausreichende Binnenbeziehung durch Wahl eines schweizerischen Schiedsortes oder des Schweizer Rechts?», 15 ASA Bulletin (1997), 13–36, 23.

44 BGE 82 I 75 E. 10 betreffend ein vorgehendes Erkenntnisverfahren in der Schweiz («avis de droit»); vgl. auch BGE 86 I 23 E. 4, der ebenfalls die Vollstreckungsimmunität mit der Immunität im Erkenntnisverfahren verknüpft.

45 Vgl. auch UN-Übereinkommen über die Staatenimmunität vom 2. Dezember 2004, Art. 19 Bst. a(ii), wonach der Abschluss einer Schiedsvereinbarung eine Zustimmung des Staates zu Zwangsvollstreckungsmassnahmen und somit einen Verzicht auf die Vollstreckungsimmunität bedeutet (BBl 2009, 1761 ff.).

46 Vgl. Kren Kostkiewicz, supra Fn. 3, 299.

47 Vgl. bei Fn. 8.

48 Art. 34 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules (1976); Art. 34 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010); Art. 32 Abs. 2 UNCITRAL Arbitration Rules (as adopted in 2013).

49 Vgl. Bucher, supra Fn. 17, 162.

50 28 U.S.C. § 1608(a)(6); vgl. zur Entwicklung in den USA auch BGE 82 I 75 E. 10 a.E.

51 Memorandum Opinion of the U.S. District Court for the District of Columbia, Civil Action No. 18-1755 (JEB), 30. Juli 2019, S. 3 f. (erhältlich auf <www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10702.pdf>).

SRIEL 2022 S. 217, 227

Der amerikanische Standpunkt steht im Einklang mit dem gegenwärtigen Verständnis des Völkergewohnheitsrechts.[52] Die Zeit hat die Rechtsprechung von 1930 somit überholt. Damals konnte das Bundesgericht nicht weiter gehen. «Bei dieser Sachlage […] rechtfertigt es sich […] für die schweizerische Praxis heute einstweilen nicht weiter zu gehen.» Mittlerweile könnte das Bundesgericht weiter gehen und den Staatenarrest liberaler handhaben, wenn es das Völkergewohnheitsrecht als alleinigen Massstab heranzöge, d.h. sich vorab fragte, ob die zu beschlagnahmenden Vermögenswerte hoheitlichem Handeln dienen.[53]

Auch der andere in BGE 56 I 237 für den Binnenbezug angeführte Grund verfängt nicht mehr. Die damalige Bestimmung zum Ausländerarrest setzte nicht voraus, dass ein Bezug zur Schweiz besteht. Es genügte, dass es Vermögenswerte in der Schweiz gab. Das Bundesgericht führte aus, dass dies angemessen sei, wenn der Schuldner eine Privatperson sei. Indes sei nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber einen Staatenarrest und die Zuständigkeit für die Arrestprosequierungsklage allein schon deshalb hätte zulassen wollen, weil Vermögenswerte in der Schweiz existieren.[54] Man müsse deshalb beim Staatenarrest die Voraussetzung des Binnenbezugs in Art. 271 Ziff. 4 aSchKG «hineinlesen».

Auch dieses Argument verfängt insbesondere für den Titelarrest nicht mehr. Art. 271 Ziff. 4 SchKG sieht seit einer Revision in den 90er-Jahren[55] vor, dass für den regulären Ausländerarrest ein genügender[56] Bezug zur Schweiz erforderlich ist.[57] Diese Voraussetzung wurde «durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen fremde Staaten entwickelt».[58] Beim Titelarrest, der durch die Revision damals noch in Ziff. 4 eingefügt wurde, war (und ist) der Binnenbezug hingegen nicht als Voraussetzung vorgesehen.[59] Das ist bedeutsam. Denn weil die Rechtsprechung zum Binnenbezug bei der Revision von Ziff. 4 berücksichtigt und dort beim Titelarrest *nicht* übernommen wurde, ist schwer verständlich, weshalb das Kriterium beim Titelarrest trotzdem gelten soll, wenn der Schuldner ein ausländischer Staat ist.

SRIEL 2022 S. 217, 228

Die ursprünglich für das Kriterium angeführten Gründe legen nicht – oder nicht mehr – nahe, dass es einen guten Grund für das Kriterium gibt. Das Kantonsgericht Schwyz hält dem quasi unter dem Titel «Sinnfrage» entgegen, trotzdem einen Binnenbezug zu verlangen, ermögliche, das Interesse der Schweiz zu berücksichtigen, politische und andere Schwierigkeiten zu vermeiden.[60]

---

52 Vgl. Kren Kostkiewicz, supra Fn. 26, 210 ff.

53 Höfelmeier, supra Fn. 3, 180; Kren Kostkiewicz, supra Fn. 3, 291.

54 BGE 56 I 237 E. 1.

55 AS 1995 1227, in Kraft ab 1. Januar 1997; die aktuelle Fassung ist seit 1. Januar 2011 in Kraft (AS 2010 5601) und sieht beim Titelarrest, der nunmehr nicht mehr in Ziff. 4, sondern in Ziff. 6 geregelt ist, die Voraussetzung des Binnenbezugs weiterhin nicht vor.

56 Der Entwurf forderte noch einen «engen» Bezug zur Schweiz. Ob mit der Änderung vom «engen» zum «genügenden» Bezug eine inhaltliche Änderung beabsichtigt war, ist angesichts dessen unklar, dass beides unbestimmte Begriffe sind.

57 Der geforderte Binnenbezug existiert bspw., wenn der Gläubiger seinen Wohnsitz in der Schweiz hat oder die Forderung schweizerischem Recht untersteht (Walter A. Stoffel, Art. 271 SchKG, in: P. Grolimund, L. D. Loacker & A. K. Schnyder (Hg)., Internationales Privatrecht. Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2021, N 91 f.).

58 BBl. 1991 III 163.

59 Vgl. BBl 1991 III 162 ff.

60 BGE 106 Ia 142 E. 3b; in den Worten des Kantonsgerichts Schwyz ermöglicht der Binnenbezug somit, «die Interessen der Schweiz in die Abwägung miteinzubeziehen» (Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz, BEK 2017 41, vom 27. Oktober 2017, E. 2a.dd). Es erscheint, wenn dieser Standpunkt zuträfe, inkonsequent, dass das Kriterium nicht geprüft wird, wenn der Staat Arrestgläubiger ist (vgl. BGE 107 IA 171); auch in einem solchen Fall können sich politische Verwicklungen ergeben; bspw. wenn der Arrest auf Einsprache hin aufgehoben wird (Daniel Staehelin & Lukas Bopp, «Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest», in: P. Breitschmid, I. Jen-Sørensen, M. Sogo & H. Schmid (Hg.), Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, 723 ff., 729).

Abgesehen davon, dass fraglich ist, ob es die Aufgabe der Gerichte ist, den zumindest teilweise politischen Entscheid zu treffen, was im Interesse der Schweiz ist,[61] ist unklar, ob das Kriterium des Binnenbezugs der Königsweg ist, um diplomatische Verstimmungen zu vermeiden. Es wird immer mehr ausländische Kläger geben, die obsiegen und die bei der Vollstreckung in der Schweiz daran scheitern, dass es an einem Binnenbezug fehlt. Ob es langfristig im Interesse der Schweiz ist, in diesem Sinne ein sicherer Hafen für Vermögenswerte ausländischer Staaten zu sein und ggf. die Domizilstaaten der Kläger vor den Kopf zu stossen, ist fraglich.[62] Es wäre betreffend Interessensabwägung angebrachter, ausländisches Vermögen in der Schweiz willkommen zu heissen und im Gegenzug die Verarrestierung ohne weitergehenden Binnenbezug zuzulassen.[63]

C. Rechtsweggarantie

Fraglich ist zuletzt, ob das Kriterium des Binnenbezugs der Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 29a BV standhält. Gemäss diesen Bestimmungen hat jede Person ein Recht darauf, dass Streitigkeiten zu zivilrechtlichen Ansprüchen von einem Gericht in einem fairen Verfahren beurteilt werden. Die Vollstreckung

des Urteils gilt dabei als Teil des Verfahrens; denn ohne Vollstreckung wäre das Recht auf Beurteilung letztlich nutzlos.[64] Die Rechtsweggarantie ist deshalb auf SchKG-Verfahren anwendbar.[65]

Ein Arrest ist ein SchKG-Verfahren und gilt als Teil des Vollstreckungsverfahrens.[66] Dies gilt insbesondere für Titelarreste. Der definitive Rechtsöffnungstitel, die Grundlage des Titelarrests, existiert erst nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens. Die EMRK resp. Art. 29a BV gelangen somit zur Anwendung und verlangen, dass ein Gericht in der Sache prüft, ob ein Arrest zu gewähren ist. Es besteht kein Anspruch auf einen richtigen Entscheid, aber auf eine Prüfung in der Sache.

Die Rechtsweggarantie ist nicht schrankenlos. Art. 6 Abs. 1 EMRK kann eingeschränkt werden, insoweit das Völkerrecht anderen Staaten Immunität verleiht.[67] Art. 29a und 36 BV sehen zudem vor,[68] dass eine Einschränkung bei einer formell-gesetzlichen Grundlage möglich ist – man denke an die Prozessvoraussetzungen in der ZPO.[69] Art. 184 Abs. 3 BV sieht unter dem Titel «Beziehungen zum Ausland» zudem vor, dass der Bundesrat Verordnungen und Verfügungen erlassen kann,[70] insoweit dies im Interesse des Landes ist.

---

61 Das UN-Übereinkommen zur Staatenimmunität von 2004 wurde denn auch nicht vom Bundesgericht verhandelt, und in den USA wurde die Frage auf dem Weg der Gesetzgebung geregelt. Der U.S. Foreign Sovereign Immunities Act von 1976 legt im Detail dar, wann sich ein Staat auf seine Immunität berufen kann; vgl. immerhin Mathias Kraft, «Arrest auf Vermögen fremder Staaten», in: Schriftenreihe SAV, Band 4, Zürich 1989, Der Arrest im SchKG, 65 ff., 67 f., 77.

62 Staehelin & Bopp, supra Fn. 60, 733. Es kommt hinzu, dass denkbar ist, dass dereinst ausländische Entscheide in der Schweiz vollstreckt werden sollen, die den Drittstaat zufolge entschädigungsloser Enteignung dazu verurteilen, eine Entschädigung zu bezahlen, und das Verbot entschädigungsloser Enteignung zählt zum schweizerischen *ordre public*. Das Interesse, Situationen zu vermeiden, die dem *ordre public* widersprechen, spräche somit für die Vollstreckung. Die Rechtsprechung führt aber gerade zum gegenteiligen Resultat.

63 Staehelin & Bopp, supra Fn. 60, 735

64 Jens Meyer-Ladewig, Stefan Harrendorf & Stefan König, Art. 6 EMRK, in: J. Meyer-Ladewig, M. Nettesheim & S. von Raumer (Hg.), Handkommentar Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, N 50.

65 BGE 136 III 379 E. 4.5.1; Kren Kostkiewicz, supra Fn. 26, 221.

66 Vgl. BGE 56 I 237 E. 1, wo der Arrest als «erster einleitender Schritt der Zwangsvollstreckung» bezeichnet wird.

67 Meyer-Ladewig, Harrendorf & König, supra Fn. 64, Art. 6 EMRK N 52.

68 Vgl. auch Bernhard Waldmann, Art. 29a BV, in: B. Waldmann, E. M. Belser & A. Epiney (Hg.), Bundesverfassung (BV), Basler Kommentar, Basel 2015, N 29; vgl. zur Rechtsweggarantie auch Marcel Boller, Rechtsstaat und Rechtsweggarantie, Zürich 2016, 302 ff.

69 Zudem müsste die Beschränkung der Rechtsweggarantie ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismässig sein (BGE 136 III 379 E. 4.5.2), was zweifelhaft ist (vgl. Rz. 33 ff).

70 Die Information Nr. 16 des EJPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden in SchKG-Sachen vom 1. Dezember 2016, die den Binnenbezug als Voraussetzung allgemeine Voraussetzung für den Staatenarrest vorsieht (Rz. 12), stammt nicht vom Gesamtbundesrat und ist deshalb keine Verordnung und Verfügung i.S.v. Art. 184 Abs. 3 BV.

Dass ein Urteil nur vollstreckt werden kann, wenn ein ausreichender Binnenbezug besteht, ist *prima facie* nichts davon – kein Völkerrecht, keine Bestimmung in einem formellen Gesetz oder in einer Verordnung des Bundesrats, sondern innerstaatliches Richterrecht.[71] Es wäre dann nicht zulässig, die Prüfung, ob ein Arrest zu erlassen sei, zu

verweigern, weil kein Binnenbezug besteht.[72] Zuzugeben ist, dass die Frage schwierig zu beantworten ist, ob die Voraussetzung durch Richterrecht kreiert wurde oder ob sie beim Titelarrest aus einer Gesetzauslegung folgt, obwohl sie der Wortlaut nicht vorsieht. Auch wenn das Kriterium mit Art. 29a BV vereinbar wäre, verstiesse es freilich gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK.

IV. Ergebnis: Beschränkte Vollstreckungsimmunität

Das Bundesgericht hielt in BGE 144 III 411 am Binnenbezug fest. Etwas Hoffnung folgt einerseits daraus, dass das Bundesgericht in Fünferbesetzung entschied. Zudem erwog es, dass offenbleiben müsse, wie der Entscheid ausgefallen wäre, wenn es den Beschluss des Kantonsgerichts Schwyz nicht nur auf Willkür[73] hätte prüfen können. Andererseits hätte zum Abweisen der Beschwerde – da der Entscheid nur auf Willkür geprüft werden konnte – gereicht, dass das Bundesgericht in Kürze ausführt, dass der Schwyzer Entscheid das Recht nicht offensichtlich verletzt. Das Bundesgericht tat weit mehr als das. Es verteidigte seine Rechtsprechung,[74] die in der Lehre kritisiert wird,[75] vehement. Es ist deshalb zu befürchten, dass es in nächster Zeit am Kriterium festhält.

Was sollte stattdessen gelten? In jedem Fall besteht Immunität, insoweit Vermögenswerte mit Beschlag belegt werden sollen, die hoheitlichem Handeln dienen.[76] Falls dem Staatenarrest kein Erkenntnisverfahren vorausging, ist zudem sachgerecht, dem Staat die Einrede zu erlauben, dass der Sachverhalt hoheitliches Handeln betreffe und somit Erkenntnisimmunität bestehe.

Fraglich ist, ob dies auch beim Titelarrest gelten soll, dem ein Erkenntnisverfahren vorausging. Der Staat hatte im Erkenntnisverfahren bereits die Möglichkeit, die Erkenntnisimmunität geltend zu machen.[77] Diese Einrede war im Erkenntnisverfahren nicht erfolgreich; sei es, dass sie verworfen oder gar nicht beurteilt wurde; sonst wäre es nicht zum Entscheid gegen den Staat gekommen. Trotzdem mag sich in

beiden Fällen eine Tür für den Staat öffnen, bspw. wenn man es als Frage des *ordre public* betrachtete, dass eine entsprechende Einrede behandelt wird.

Was aber, wenn der Entscheid der Erkenntnisinstanz bloss falsch war? Wenn es zu Unrecht den hoheitlichen Charakter der Streitigkeit verneinte? Ist eine nochmalige Prüfung erlässlich, weil bereits im Erkenntnisverfahren eine Prüfung erfolgte?[78] Das ist eigentlich zu bejahen; insbesondere, falls das Erkenntnisverfahren in der Schweiz erfolgte. Der Standpunkt impliziert freilich, dass im Erkenntnisverfahren

---

71 BGE 144 III 411 E. 6.3.2; BGE 135 III 608 E. 4.2; BGE 106 Ia 142 E. 3b; BGE 82 I 75 E. 7; vgl. Höfelmeier, supra Fn. 3, 75; Bucher, supra Fn. 30, 162. «Richterliches Recht stellen diejenigen Rechtsnormen dar, die aus der gleichartigen Erledigung einer Vielzahl konkreter Fälle durch Organe der Rechtsanwendung entstehen. Es handelt sich dabei nicht um Präjudizien, bei denen nur Entscheidungen einzelner Fälle vorliegen, sondern um generell-abstrakte Regeln, die sich in einer längeren, gefestigten Gerichts- oder Behördenpraxis herausgebildet haben» (Ulrich Häfelin, Georg Müller & Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, § 2, Rz. 161).

72 Dies gilt nicht nur in Fällen, in denen ein Staatsvertrag die Vollstreckung gebietet, sondern ganz generell, d.h., auch wenn die Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils aus Art. 25 ff. IPRG folgt (vgl. BGE 144 III 411 E. 6.3.1) und auch für Schiedssprüche von Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz.

73 Dies, da dessen Entscheid zur Arresteinsprache als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 98 BGG qualifiziert.

74 Vgl. u.a. BGE 135 III 608 E. 4.2; 135 III 608 E. 4.5; 134 III 122 E. 5.2.2; 124 III 382 E. 4a; 120 II 400 E. 4; 113 Ia 172 E. 2; 106 Ia 142 E. 3b; 104 Ia 367 E. 2c; 86 I 23 E. 4; 82 I 75 E. 7.

75 Vgl. bspw. Kren Kostkiewicz, supra Fn. 26, 210, 219 f.; Jolanta Kren Kostkiewicz, Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, Bern 1998, 465; Alexander Markus, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 3 N 157; Staehelin & Bopp, supra Fn. 60, 723 ff.; Schneider & Knoll, supra Fn. 16, 344.

76 Kren Kostkiewicz, supra Fn. 26, 210 ff.

77 Vgl. supra III.B. dazu, dass das Unterlassen der Einrede einen impliziten Verzicht darstellt. Dies immerhin insoweit nicht als Vermögenswerte zur Debatte stehen, die zur Funktionsfähigkeit des Staates erforderlich sind.

78 So Scherer, supra Fn. 43, 25.

nach Treu und Glauben versucht wird, korrekt zu entscheiden. Indes sind – wenn man *advocatus diaboli* sein will – Fälle denkbar, in denen der Gerichtsstaat und der beklagte Staat im Streit stehen und der Gerichtsstaat die Einrede deshalb zu Unrecht abweist. Es ist sachgerecht, solche Entscheide nicht zu vollstrecken,[79] und dazu sind je nach Konstellation Möglichkeiten vorhanden.

Insbesondere behält Art. 1 Abs. 2 IPRG Staatsverträge vor. Davon ist auch das Völkergewohnheitsrecht erfasst.[80] Dies erlaubt es, im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung gemäss Art. 25 ff. IPRG zu prüfen, ob dem ausländischen Staat die Erkenntnisimmunität zu Unrecht verwehrt wurde.[81] Dies gilt auch für Urteile aus LugÜ-Vertragsstaaten, da dieses nur auf Zivil- und Handelssachen anwendbar ist. Urteile von LugÜ-Vertragsstaaten zu Streitigkeiten betreffend hoheitliches Handeln sind deshalb nicht unter diesem Übereinkommen, sondern ebenfalls nach Art. 25 ff. IPRG zu vollstrecken.

Bei Schiedssprüchen ist im Bereich des NYÜ eine Einschränkung zu machen, da das NYÜ die Vollstreckung grundsätzlich fordert.[82] In Fällen, in denen das Schiedsgericht die Immunitätseinrede zu Unrecht abwies, lässt sich immerhin argumentieren, dass der Entscheid eines Schiedsgerichts, der gegen Völkergewohnheitsrecht

SRIEL 2022 S. 217, 232

verstösst, fundamentale Wertgrundsätze verletzt sowie allgemein anerkannte Verfahrensgrundsätze missachtet und dass er somit den *ordre public* i.S.v. Art. V(2)(b) NYÜ verletzt.[83] Es könnte dann gestützt auf das NYÜ[84] die Vollstreckung verweigert werden.[85]

Die Prüfung der Gerichtsbarkeit des Urteilsstaates kann somit als eine «stillschweigende Anerkennungsvoraussetzung qualifiziert werden».[86] Im Unterschied dazu ist nichts ersichtlich, das das Kriterium des Binnenbezugs rechtfertigt. Es wäre an der Zeit, dieses Kriterium «heute»[87] aufzugeben. Will heissen: Immunität besteht, wenn die Vermögenswerte hoheitlichem Handeln dienen. Zusätzlich dazu mag es sachgerecht sein, nachzuprüfen, ob die Staatenimmunität im Erkenntnisverfahren zu Recht verwehrt wurde. Das Kriterium des Binnenbezugs ist demgegenüber nicht sachgerecht.

---

79 Vgl. auch Bucher, supra Fn. 17, 162 («Wo Jurisdiktions-Immunität, gewiss auch Exekutions-Immunität»).

80 Markus Müller-Chen, Art. 1 IPRG, in: M. Müller-Chen & C. Widmer Lüchinger (Hg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 3. Aufl., Zürich 2018, N 42; Ivo Schwander, Einführung in das internationale Privatrecht, 2. Aufl., St. Gallen 1990, Rz. 594; Kren Kostkiewicz, supra Fn. 75, 527; BBl 1983 I 297 f.

81 Kren Kostkiewicz, supra Fn. 75, 527; vgl. Höfelmeier, supra Fn. 3, 78, 90 f.

82 In Ausnahmesituationen, bspw. wenn das Urteil gegen den ausländischen Staat klar politisch motiviert ist, kann auch die Figur des nichtigen Urteils einen Ausweg bieten. Nach der Evidenztheorie trifft dies für Entscheide zu, die an einem schweren, offensichtlichen Mangel leiden und wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dasjenige an der Rechtssicherheit überwiegt (vgl. bspw. BGer 5A_11/2016 E. 4.1, 4.1.3; 1B_11/2016 E.3; 5A_998/2014; vgl. zu nichtigen Entscheiden auch Jens Droese, Res iudicata ius facit, Bern 2015, 110 ff., und zu nichtigen Schiedssprüchen Marco Stacher, «Nicht- und Scheinschiedssprüche sowie nichtige Schiedssprüche», 11 Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (2016), 321–344, 328 ff.). Der Mangel ist schwer und in der geschilderten Konstellation offensichtlich (vgl. Höfelmeier, supra Fn. 3, 90); zudem existiert der Entscheid mangels Anerkennung und Vollstreckung noch nicht in der Schweiz, sodass das Bedürfnis nach Rechtssicherheit hier nicht gegen die Nichtigkeitsfolge spricht. Dieser Standpunkt ist freilich nicht unbestritten (vgl. Droese, 115 f.).

83 Vgl. Kren Kostkiewicz, supra Fn. 75, 527.

84 Bei ICSID-Schiedssprüchen wendet der Vollstreckungsstaat sein Recht zur Immunität an. Die völkerrechtliche Erkenntnisimmunität lässt sich so über Art. 55 ICSID-Konvention nachprüfen, da sie Teil des im Vollstreckungssaat geltenden Rechts bildet.

85 So schlösse sich der Kreis zu BGE 144 II 411, in dem das Bundesgericht dem Beschwerdeführer vorwarf, er hätte nicht dargelegt, weshalb das Erfordernis des Binnenbezugs nicht Teil des *ordre public* sei. Es geht indes anders als in BGE 144 III 411 nicht um die Vollstreckungsimmunität als allfälligen Teilgehalt des *ordre public,* sondern um die Erkenntnisimmunität.

86 Kren Kostkiewicz, supra Fn. 75, 527; vgl. Höfelmeier, supra Fn. 3, 78, 90 f.

87 BGE 56 I 237 E. 4 («Bei dieser Sachlage […] rechtfertigt es sich aber auch für die schweizerische Praxis heute einstweilen nicht, weiter zu gehen»).