

Von Prof. Dr. Andreas R. Ziegler, Lausanne und Mag. Alexander Laute, Hamburg*

Vereinbarkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung mit dem UNÜ in der Schweiz

– Zugleich Besprechung des Urteils des Bundesgerichts v. 7.9.2018 – 5A_942/2017

Die Vollstreckung internationaler Schiedssprüche kann schwierig sein auch in der Schweiz. Das Land ist zwar Vertragspartei des New Yorker Übereinkommens von 1958, doch verlangt das Schweizer Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung eine „hinreichende Binnenbeziehung“ wenn sich der Anspruch gegen einen fremden Staat richtet. Hierbei vermischen sich Aspekte der zivilrechtlichen Vollstreckung und der Staatenimmunität. Zwar gewährt auch das Schweizer Bundesgericht seit vielen Jahren keine absolute Staatenimmunität, wenn das zugrundeliegende Rechtsverhältnis aus einer wirtschaftlichen Tätigkeit (*acta iure gestionis*) herrührt, aber aus dem innerstaatlichen Recht wird die Notwendigkeit der hinreichenden Binnenbeziehung abgeleitet. Von einem Großteil der Lehre wird seit jeher kritisiert, dass eine solche Einschränkung zu einer Verletzung des New Yorker Übereinkommens führen kann. In der hier analysierten Entscheidung, wird in einem *obiter dictum* durch das schweizerische Bundesgericht erstmals angetönt, dass eine solche Rüge in der Zukunft auch vor dem schweizerischen Bundesgericht erfolgsversprechend sein könnte.

The enforcement of international arbitral awards can be difficult, also in Switzerland. Although the country is a Signatory State to the New York Convention of 1958, the Swiss Federal Supreme Court has consistently held that a “sufficient internal link” is required if the claim is directed against a foreign State. This mixes aspects of civil enforcement and state immunity. Although also the Swiss Federal Supreme Court has only granted limited state immunity for many years if the underlying legal relationship results from an economic activity (*acta iure gestionis*), the necessity of a sufficient internal link is derived from national law. A large part of the doctrine has always criticised that such a restriction can lead to a violation of the New York Convention. In the decision analysed here, an *obiter dictum* by the Swiss Federal Supreme Court for the first time suggests that such a rebuke could be promising in the future also before the Swiss Federal Supreme Court.

I. Einführung

Die Rechtsprechung des Schweizer Bundesgerichts zur Vollstreckung in das Eigentum eines fremden Staates sowie die Verhängung des den Anspruch sichernden

* Prof. Dr. Andreas Ziegler, LL.M., ist Professeur ordinaire der Université de Lausanne, Schweiz. Mag. iur. Alexander Laute, ist Doktorand an der Université de Lausanne und Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg.

Arrestes und die sich dabei stellende Frage der Staatenimmunität blickt auf eine lange Tradition zurück. Zentrales Element in diesem Zusammenhang ist für das Bundesgericht das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung. Wie dieses Merkmal zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz aus dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (UNÜ) steht, ist Gegenstand des Urteils des Bundesgerichts vom 7.9.2018 – 5A_942/2017,¹ in welchem das Bundesgericht sich dieser Frage zum ersten Mal stellen musste.² In diesem Beitrag wird zuerst das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung historisch aufgearbeitet (II.) und dann die Lösung des Bundesgerichts dargestellt (III.), danach wird die Fragestellung durch eine Auslegung des Art. III UNÜ ausführlich analysiert (IV.) und abschließend erfolgt eine Einordnung und Bewertung des Urteils (V.).

II. Die historische Entwicklung der Gerichtspraxis des Bundesgerichts

Das erste Urteil (*Dreyfus*) zu dieser Frage entschied das Bundesgericht bereits am 13.3.1918, über einen Arrestbefehl zur Rückzahlung von österreichischen Staatsschatz-Anweisungen aus dem Jahre 1914.³ Schon hier entschied das Bundesgericht nach Auswertung der internationalen Gerichtspraxis gegen die Lehre der absoluten Staatenimmunität (entgegen der damaligen deutschen, österreichischen, französischen, nordamerikanischen und englischen Gerichtspraxis), dass die Staatenimmunität einer Gerichtsbarkeit nur entgegensteht, soweit der betroffene Staat in Ausübung seiner Hoheitsgewalt (*jure imperii*) handelt und nicht, wenn er als Subjekt in einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis auftritt (*jure gestionis*).⁴

Das Bundesgericht stellte fest, dass

„[...] der Staat [k.u.k. Österreich] diese Anweisungen **direkt in der Schweiz ausgeben lassen und sich ausdrücklich verpflichtet [hat], die betreffenden Stücke [...] auch in der Schweiz und in dortiger Währung zurückzubezahlen. Bezüglich solcher Stücke ist somit in der Tat die Abwicklung des ganzen Geschäfts in der Schweiz vorgesehen und deshalb für die Belangung des Staates, mit Einschluss hierauf abzielender Sicherungsmaßnahmen wie ein Arrestschlag, die schweizerische Gerichtsbarkeit – elektiv neben der österreichischen – jedenfalls nach dem forum contractus [...] gegeben.**“⁵ [Hervh. d. Verf.]

Somit stellte das Bundesgericht schon 1918, wenn auch nicht explizit, fest, dass für eine Gerichtsbarkeit der schweizerischen Gerichte im Rahmen eines Arrestbefehls gegen einen ausländischen Staat eine Beziehung zur Schweiz bestehen muss.

Im Jahre 1930 erhielt das Bundesgericht im Rahmen der Entscheidung *Walder*⁶ die nächste Gelegenheit zur Fortführung der Rechtsprechung. Unter Bezugnahme

1) BGE 144 III 411.

2) Trotz der über 100-jährigen Tradition des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung sowie des über fünfzigjährigen Bestehens des New Yorker Übereinkommens nahm das Bundesgericht zum Verhältnis des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung und des Übereinkommens noch keine Stellung. Kantonsgericht Schwyz Beschl. v. 27.10.2017 – BEK 2017, 41, 7.

3) BGer Urt. v. 13.3.1918, BGE 44 I 49 ff. – *Dreyfus*.

4) BGer Urt. v. 13.3.1918, BGE 44 I 49 (54).

5) BGer Urt. v. 13.3.1918, BGE 44 I 49 (55).

6) BGer Urt. v. 28.3.1930, BGE 56 I 237 ff. – *Walder*.

auf die Entscheidung *Dreyfus* qualifizierte das Bundesgericht das in Frage stehende Rechtsverhältnis als privatrechtlich⁷ und stellte fest, dass der Sachverhalt der Zwangsvollstreckung gegen einen Staat nicht von Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG aF erfasst ist.⁸ Da eine entsprechende gesetzliche Regelung fehlte, stellte das Bundesgericht seine eigene Kompetenz zur Rechtsfortentwicklung fest.⁹ Nach Auswertung der internationalen Gerichtspraxis führte das Bundesgericht seine Rechtsprechung *Dreyfus* bezüglich der Trennung von hoheitlichem Handeln und privatrechtlichem Handeln des Staates weiter, ergänzte die Entscheidung aber dahingehend, dass die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nur dann gerechtfertigt sei, wenn das zugrundeliegende Schuldverhältnis mit der Schweiz verbunden ist.¹⁰ Damit das Schuldverhältnis

*„[als] dem schweizerischen Gebiet angehörend zu betrachten [sei], müsste es aber entweder vom Schuldner hier begründet, eingegangen und durchzuführen gewesen sein oder es müssten doch zum mindesten Handlungen des Schuldners vorliegen, wodurch er dafür in der Schweiz einen Erfüllungsort begründet hätte.“*¹¹ [Hervh. d. Verf.]

Somit präziserte das Bundesgericht die Vorgaben, welche ein Schuldverhältnis erfüllen müsste, um als Grundlage für eine Zwangsvollstreckung zu dienen.

Diese Rechtsprechung wurde im Jahre 1956 ausdrücklich fortgeführt,¹² indem das Bundesgericht auf seine vorherige Rechtsprechung verwies und eine Verbindung zwischen dem Recht des Rechtsstreits und dem schweizerischen Territorium (*„lien de rattachement entre le rapport de droit litigieux et le territoire suisse“*¹³) voraussetzte. Auch bezog das Bundesgericht ausführlich Stellung zu der Frage, ob seine Rechtsprechung gegen internationales Recht verstieße.¹⁴ Der Ansicht, wonach im Rahmen der Staatenimmunität zwischen der Gerichtsbarkeit und der Vollstreckung unterschieden werden müsse und den Staaten immerhin eine absolute Immunität vor der Vollstreckung zustehe, erteilte das Bundesgericht eine Absage.¹⁵ Bei einer absoluten Vollstreckungsimmunität würde das Urteil auf eine reine Rechtsansicht reduziert werden (*„Il [le jugement] est serait réduit à n'être qu'un simple avis de droit“*¹⁶).

Im Jahre 1960 legte das Bundesgericht die Kriterien fest, wie ermittelt werden könne, ob ein Akt hoheitlicher Gewalt vorliege (*acta jure imperii*). Dabei sei nicht nur auf das Ziel des Aktes abzustellen, sondern auch auf dessen Natur, dh ob dieser ein Ausdruck öffentlicher Gewalt ist:

*„Pour distinguer les actes de gestion des actes de gouvernement, le juge doit se fonder non sur leur but, mais sur leur nature, et examiner si, à cet égard, l'acte relève de la puissance publique ou s'il est semblable à celui que tout particulier pourrait accomplir.“*¹⁷ [Hervh. d. Verf.]

7) BGer Urt. v. 28.3.1930, BGE 56 I 237 (242 f.).

8) BGer Urt. v. 28.3.1930, BGE 56 I 237 (245).

9) BGer Urt. v. 28.3.1930, BGE 56 I 237 (246 f.).

10) BGer Urt. v. 28.3.1930, BGE 56 I 237 (247 ff.).

11) BGer Urt. v. 28.3.1930, BGE 56 I 237 (251).

12) BGer Urt. v. 6.6.1956, BGE 82 I 75.

13) BGer Urt. v. 6.6.1956, BGE 82 I 75 Ew. 7.

14) BGer Urt. v. 6.6.1956, BGE 82 I 75 Ew. 7-10.

15) BGer Urt. v. 6.6.1956, BGE 82 I 75 Ew. 10.

16) BGer Urt. v. 6.6.1956, BGE 82 I 75 Ew. 10.

17) BGer Urt. v. 10.2.1960, BGE 86 I 23 Ew. 2.

In der Entscheidung *Banque Centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'investissement S.A.*¹⁸ aus dem Jahre 1978 wurde zum ersten Mal das Kriterium „dem schweizerischen Gebiet angehöre[nd]“¹⁹ mit dem *terminus technicus* der Binnenbeziehung verwendet.²⁰

Dieses Kriterium wurde in der nachfolgenden Entscheidung²¹ unter Berufung auf die gesamte vorherige Rechtsprechung, weiter ausgeführt:

„Es müssen daher – selbst wenn der Rechtsstreit auf nicht-hoheitliches Handeln des fremden Staates zurückzuführen ist – Umstände vorliegen, die das Rechtsverhältnis so sehr an die Schweiz binden, dass es sich rechtfertigt, einen fremden Staat vor schweizerischen Behörden zur Verantwortung zu ziehen, denn es besteht kein Anlass und ist auch von der Sache her nicht sinnvoll, die Rechtsverfolgung gegen fremde Staaten zuzulassen, wenn eine einigermaßen intensive Binnenbeziehung fehlt. Die Interessen der Schweiz erfordern ein solches Vorgehen nicht [...]“²²
[Hervh. d. Verf.]

Das Bundesgericht stellte weiterhin klar, dass das Erfordernis der hinreichenden Binnenbeziehung im nationalen schweizerischen Recht wurzelt und dass „[k] ein Staat von Völkerrechts wegen verpflichtet [sei], das Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren gegen fremde Staaten für nichthoheitliche Belange zuzulassen“.²³

Vielmehr stehe es jedem Staat zu, sich im Rahmen des innerstaatlichen Rechts gewisse Beschränkungen aufzuerlegen, indem er die Grenzen der örtlichen Zuständigkeit seiner Gerichte festlegt, in denen eine Zuständigkeit für das nichthoheitliche Handeln fremder Staaten besteht. Das Erfordernis der hinreichenden Binnenbeziehung sei, mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, Ausdruck des schweizerischen Landesrechts.²⁴

Nicht ausreichend für eine hinreichende Binnenbeziehung ist es, wenn die in die zu vollstreckenden Güter in der Schweiz belegen sind oder der zu vollstreckende Schiedsspruch von einem Schiedsgericht mit Sitz in der Schweiz erlassen wurde.²⁵

In den folgenden Verfahren äußerte das Bundesgericht sich zu der Frage des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rahmen der Staatenimmunität²⁶ und erkannte eine zwangsweise, wenn auch in privatwirtschaftlicher Form erfolgte, Abtretung des Grundstücks als einen hoheitlichen Akt an.²⁷

In einem zu entscheidenden Fall aus dem Jahre 1994 war der Kläger ein Staatsangehöriger des Königreiches Saudi-Arabien und forderte seinen Lohn für eine Beschäftigung als Chauffeur der saudi-arabischen Botschaft in Genf.²⁸ Bei der Klassifizierung des Beschäftigungsverhältnisses eines Chauffeurs für eine Botschaft stellte das Bundesgericht darauf ab, dass dieser keine hoheitliche Tätigkeit ausübe, es sich somit um ein privatrechtliches Handeln des Staates handle (*jure gestio-*

18) BGer Urt. v. 15.11.1978, BGE 104 IA 367 ff.

19) BGer Urt. v. 13.3.1918, BGE 44 I 49 (55).

20) BGer Urt. v. 15.11.1978, BGE 104 IA 367 Ew. 2.

21) BGer Urt. v. 19.6.1980, BGE 106 IA 142 ff.

22) BGer Urt. v. 19.6.1980, BGE 106 IA 142 Ew. 3 b.

23) BGer Urt. v. 19.6.1980, BGE 106 IA 142 Ew. 3 b.

24) BGer Urt. v. 19.6.1980, BGE 106 IA 142 Ew. 3 b.

25) BGer Urt. v. 19.6.1980, BGE 106 IA 142 Ew. 5.

26) BGer Urt. v. 6.2.1985, BGE 111 IA 52.

27) BGer Urt. v. 19.1.1987, BGE 113 IA 172.

28) BGer Urt. v. 16.11.1994, BGE 120 II 400 ff.

nis).²⁹ Auch die diplomatische Immunität, welche grundsätzlich Schutz vor Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren bietet, ist nicht absolut, sondern findet nur Anwendung, soweit in hoheitlicher Tätigkeit gehandelt wird.³⁰

Bei der Betrachtung ob eine hinreichende Binnenbeziehung vorliegt, erkannte das Bundesgericht, dass es nicht ausschließlich auf die Staatsangehörigkeit ankommen dürfe, sondern wo das konkrete Rechtsverhältnis begründet und durchgeführt wurde. Damit eine hinreichende Binnenbeziehung zur Schweiz besteht, müsse das Rechtsverhältnis in der Schweiz entstanden sein, erfüllt werden oder zumindest müsse der Schuldner bestimmte Handlungen vorgenommen haben, um einen Erfüllungsort zu begründen:

*„Encore faut-il que le rapport de droit en cause ait certains liens avec le territoire suisse (.Binnenbeziehung'), c'est-à-dire qu'il y soit né ou doive y être exécuté ou, tout au moins, que le débiteur ait accompli certains actes de nature à y créer un lieu d'exécution“.*³¹

Obgleich der Kläger dieselbe Staatsangehörigkeit wie der beklagte Staat hatte, bejahte das Bundesgericht die hinreichende Binnenbeziehung zur Schweiz aufgrund des in der Schweiz geschlossenen Arbeitsvertrages und dessen Erfüllung in der Schweiz.³²

Eine Immunität besteht allerdings für Liegenschaften, welche einem hoheitlichen Zweck dienen, wobei das Betreiben eines Versammlungszentrums für fremde Staatsangehörige, welches dazu dienen soll, diesen bei der Rückkehr die Wiedereingliederung in die Heimat zu ermöglichen, einem hoheitlichen, mindestens vergleichbaren Zweck dient und deshalb von der Arrestierung ausgenommen ist.³³

Ausreichend für eine hinreichende Binnenbeziehung ist es allerdings, wenn der zu beurteilende Vertrag, aus welchem der Anspruch erwächst, in der Schweiz geschlossen und unterschrieben wurde, wo der Gläubiger seinen Sitz hat: *„En l'espèce, le Protocol d'accord a été conclu et signé où le créancier a son siège. [...] La condition du lien suffisant avec la Suisse est ainsi également remplie“.*³⁴

Das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung hat auch in der weiteren Rechtsprechung seine Wichtigkeit nicht eingebüßt.³⁵

Zusammenfassend blickt das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung auf eine über 100-jährige Geschichte zurück, es setzt voraus, dass das Rechtsverhältnis, aus welchem vollstreckt werden soll, vom Schuldner in der Schweiz begründet, eingegangen und durchzuführen gewesen sein muss oder aber Handlungen des Schuldners vorliegen, aus welchen hervorgeht, dass der Erfüllungsort in der Schweiz liegt.

III. Urteil des Bundesgerichtshofes

1. Der Sachverhalt

Das Bundesgericht musste sich mit dem Antrag einer *limited company* registriert in Guernsey (die Beschwer-

29) BGer Urt. v. 16.11.1994, BGE 120 II 400 Ew. 4 Rz. 23-23.

30) BGer Urt. v. 16.11.1994, BGE 120 II 400 Ew. 4 Rz. 21.

31) BGer Urt. v. 16.11.1994, BGE 120 II 400 Ew. 4 Rz. 25.

32) BGer Urt. v. 16.11.1994, BGE 120 II 400 Ew. 4 Rz. 25-26.

33) BGer Urt. v. 30.4.1986, BGE 112 IA 148.

34) BGer Urt. v. 15.8.2007, BGE 134 III 122 Ew. 5.2.2

35) BGer Urt. v. 1.9.2009 – 5A_261/2009, BGE 135 III 608 Ew. 4.4.

deführerin) auf Arrestbelegung eines Grundstücks der Republik Usbekistan, belegen in der Schweiz, befassen. Der Arrest sollte der Sicherung der Vollstreckung eines Schiedsspruches aus abgetretenem Recht, ergangen am 17.12.2015 in Paris nach den Regeln der UNCITRAL, dienen.

Die Voraussetzungen zur Erlassung eines Arrests bestimmen sich nach Art. 271 ff. SchKG. Der Arrest wird bewilligt, wenn der Gläubiger glaubhaft macht, dass seine Forderung besteht (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG), ein Arrestgrund vorliegt (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 2 SchKG) und Vermögensgegenstände vorhanden sind, die dem Schuldner gehören (Art. 272 Abs. 1 Ziff. 3 SchKG). Nach Art. 278 Abs. 1 SchKG kann der vom Arrest Betroffene innerhalb von 10 Tagen Einsprache beim Arrestgericht erheben, der Einspracheentscheid kann nach Art. 278 Abs. 3 SchKG mit der Beschwerde angegriffen werden.

Das Bezirksgericht March (Kanton Schwyz) entsprach am 29.8.2016 dem Begehren und arrestierte das Grundstück. Auf Einsprache der Republik Usbekistan hob das Bezirksgericht March den Arrestbefehl aber wieder auf. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin wurde vom Kantonsgericht Schwyz abgewiesen.³⁶

Der zentrale Streitpunkt des Falles umfasste die Frage, ob die Anwendung des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, welche ihr aus dem New Yorker Übereinkommen erwachsen, vereinbar ist.

2. Rechtsansicht des Kantonsgericht Schwyz

Das Kantonsgericht Schwyz stellte zwischen dem Merkmal des genügenden Bezugs zur Schweiz des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG und dem Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung, abgeleitet aus dem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz der Staatenimmunität, einen Vergleich auf.

Das Merkmal des genügenden Bezugs zur Schweiz gemäß Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG geht auf das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung aus der Staatenimmunität zurück.³⁷ Das Merkmal des genügenden Bezugs zur Schweiz impliziert eine Güterabwägung zwischen dem Interesse des Gläubigers an einer Rechtsverfolgung am Arrestort durch das Anknüpfungselement des Anspruches mit der Schweiz und dem Interesse des Schuldners am ungestörten Besitz.³⁸

Das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung, abgeleitet aus dem Prinzip der Staatenimmunität, ermögliche es dem „*Gericht, die 'Interessen der Schweiz' in die Abwägung mit einzubeziehen*“.³⁹

Bezüglich des Verhältnisses zwischen dem Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung und des New Yorker Übereinkommens stellte das Kantonsgericht fest, dass

„[...] die Praxis des Binnenbezugs und das NYÜ, welches für die Schweiz am 30. August 1965 in Kraft trat, bereits seit einem halben Jahrhundert [koexistieren]. Neue ernsthafte und sachliche Gründe, welche im Bereich des NYÜ im heutigen Zeitpunkt eine Abkehr vom Grundsatz des Binnenbezugs aufdrängen würden, sind in casu nicht ersichtlich.“⁴⁰

36) BGer Urt. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411.

37) Stoffel in BSK SchKG/II, 2. Aufl. 2010, Art. 271 Rn. 88.

38) Stoffel in BSK SchKG/II, 2. Aufl. 2010, Art. 271 Rn. 89.

39) BGer Urt. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 3.

Mangels hinreichender Binnenbeziehung wies das Kantonsgericht Schwyz die Beschwerde ab.⁴¹

Die Ansicht, dass das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung den Gerichten die Möglichkeit zur Abwägung mit den Interessen der Schweiz eröffne, scheint in die Richtung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu gehen.⁴²

3. Rechtsansicht des Bundesgerichts

Das Bundesgericht kam zu dem Ergebnis, dass die Frage der hinreichenden Binnenbeziehung zwar als Frage der Immunität thematisiert wird, aber auch eine Prozessvoraussetzung (schweizerische Zivilgerichtsbarkeit oder die Frage der internationalen Zuständigkeit, offen gelassen) darstellt.⁴³

„Fehlt es an dieser Prozessvoraussetzung, so entfällt die schweizerische Gerichtsbarkeit. Die Klage oder das Gesuch ist unzulässig und der Prozess mit einem Nichteintretensentscheid abzuweisen. [...] Die Art der Prozessverleugung hat zur Folge, dass das angerufene Gericht in der Sache gar kein Urteil fällt, das materiell in Rechtskraft erwachsen könnte.“⁴⁴ [Hervh. d. Verf.]

Das New Yorker Übereinkommen würde nach Art. III das Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung dem nationalen Verfahrensrecht unterstellen.⁴⁵ Eine Prüfung der Versagungsgründe nach Art. V UNÜ bzw. der materiellen Voraussetzungen des Übereinkommens bestimmt sich danach, ob das Gerichtsverfahren, in welchem die möglichen Versagungsgründe Anwendung finden könnten, zulässig ist.⁴⁶

Somit komme es zu keinem Konflikt zwischen dem Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung und dem New Yorker Übereinkommen, da eine materielle Prüfung des New Yorker Übereinkommens nicht stattfindet, die Versagungsgründe nach Art. V UNÜ folglich nicht zu prüfen seien.⁴⁷

IV. Verpflichtungen aus dem New Yorker Übereinkommen

Die Antragstellerin machte geltend, dass Art. V UNÜ kein Versagungsgrund aufgrund mangelnder hinreichender Binnenbeziehung vorsehe und dass dies Erfordernis gegen Art. III UNÜ verstoße.⁴⁸

Somit ist zu ermitteln, ob Art. III NYÜ der Anwendung des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung bei der Vollstreckung eines Schiedsspruches gegen einen Staat entgegensteht, die Anwendung des Merkmals folglich völkerrechtlich unzulässig ist.

Dazu bietet sich eine Auslegung des Art. III UNÜ an. In Betracht kommt einerseits eine Auslegung nach dem klassischen juristischen Auslegungskanon *Savignys*

40) Kantonsgericht Schwyz Beschl. v. 27.10.2017 – BEK 2017, 41, 7 (8).

41) BGer Urte. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 3.

42) Vgl. BGer Urte. v. 19.6.1980, BGE 106 IA 142 Ew. 3 b.

43) BGer Urte. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.3.3.

44) BGer Urte. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.3.3.

45) Vgl. BGer Urte. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.3.4.

46) Vgl. BGer Urte. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.3.4.

47) Vgl. BGer Urte. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.3.4, 6.4.2.

48) Vgl. BGer Urte. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.1.

nach Wortlaut, Systematik, Historie und Telos,⁴⁹ welche grundsätzlich auch die Auslegung nach dem Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1963 (Wiener Vertragsrechtskonvention) charakterisiert.⁵⁰

1. Auslegung nach den Grundsätzen der Wiener Vertragsrechtskonvention

Die Wiener Vertragsrechtskonvention ist nach Genehmigung der Bundesversammlung am 6.6.1990 in der Schweiz in Kraft getreten.

Allerdings findet die Wiener Vertragsrechtskonvention keine Anwendung auf völkerrechtliche Verträge, welche vor dem Abschluss der Wiener Vertragsrechtskonvention oder dem Beitritt des entsprechenden Vertragsstaates abgeschlossen wurden (Art. 4 Wiener Vertragsrechtskonvention). Das New Yorker Übereinkommen trat bereits am 30.8.1965 für die Schweiz in Kraft. Somit ist die Wiener Vertragsrechtskonvention nicht direkt auf das New Yorker Übereinkommen anwendbar.

Da die Wiener Vertragsrechtskonvention allerdings (zumindest in diesem Bereich) internationales Völkergewohnheitsrecht kodifizieren wollte und internationales Völkergewohnheitsrecht auf Verträge vor Abschluss der Wiener Vertragsrechtskonvention Anwendung findet,⁵¹ bietet sich zumindest eine Orientierung an den Regelungen der Wiener Vertragsrechtskonvention an. Die Auslegungsregeln finden sich in Art. 31 bis Art. 33 Wiener Vertragsrechtskonvention.

a) Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention

Art. 31 Abs. 1 (*General rule of interpretation*)⁵² Wiener Vertragsrechtskonvention lautet: *“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose”*.⁵³ [Hervh. d. Verf.].

Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention basiert auf einer wörtlichen Auslegung (*textual approach*) und enthält drei getrennte Prinzipien, welche zu einer Interpretationsregel kombiniert werden, nämlich (i) das Prinzip von Treu und Glauben (*good faith*), welches direkt aus dem Prinzip *pacta sunt servanda* abgeleitet wird, (ii) das Prinzip, dass jede Interpretation auf dem gewöhnlichen Verständnis der Norm beruhen soll (*ordinary meaning*), und (iii) dass der Artikel im Kontext des Vertrages und im Lichte des Sinns und Zwecks (*object and purpose*) ausgelegt werden soll.⁵⁴ Das Prinzip von Treu und Glauben soll das Merkmal der Effektivität (*rule of effectiveness*) enthalten.⁵⁵ Außerdem soll es im Rahmen der gesamten Interpretation Anwendung

49) Kramer, Juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2010, 56.

50) Emmenegger/Tschentscher in BK ZGB/I/1, 2012, Art. 1/II. Internationale und rechtsvergleichende Bezüge Rn. 84.

51) Schmalenbach in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 1.; Maurer, The Public Policy Exception under the New York Convention, 2012, 6.

52) Die Art. 31 Abs. 2 bis 4 Wiener Vertragsrechtskonvention sind hier mangels Anhaltspunkte nicht einschlägig.

53) Nicht verbindliche deutsche Fassung: *„Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“*

54) Dörr in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 38.

55) Sorel/Boré Eveno in Corten/Klein, The Vienna Conventions on the Law of the Treaties, 2011, Art. 31 Rn. 29.

finden, und kann grundsätzlich als Prinzip der Verhältnismäßigkeit/Angemessenheit (*fundamental requirement of reasonableness*) verstanden werden, es sollen absurde oder unverhältnismäßige Auslegungsergebnisse vermieden werden.⁵⁶

aa) *Auslegung des Wortlautes des Art. III UNÜ*

Art. III UNÜ lautet:

*„Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.“*⁵⁷ [Hervh. d. Verf.]

Der Wortlaut des Art. III UNÜ enthält die völkerrechtliche Pflicht, jeden ausländischen Schiedsspruch anzuerkennen und zu vollstrecken, soweit die Voraussetzungen der folgenden Artikel des New Yorker Übereinkommens erfüllt sind.⁵⁸ Allerdings enthält Art. III UNÜ keine eigenen Verfahrensvorschriften bzgl. der Anerkennung von ausländischen Schiedssprüchen, dies wird dem *lex fori* überlassen.⁵⁹

Entscheidend ist hier die Stellung des Tatbestandsmerkmals der Voraussetzungen (*conditions*) zu dem Tatbestandsmerkmal der Verfahrensvorschriften (*rules of procedure*) in Art. III UNÜ.

Art. III UNÜ differenziert zwischen den Voraussetzungen und den Verfahrensvorschriften. Die Voraussetzungen regeln das „ob“, dh unter welchen Bedingungen ein Schiedsspruch anzuerkennen und zu vollstrecken ist, die Verfahrensvorschriften regeln nur das „wie“, dh das Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung. Die Verfahrensvorschriften setzen selber keine eigenen Voraussetzungen.⁶⁰

Dieses Verständnis wird dadurch unterstützt, dass in Art. III S. 2 UNÜ auch von Voraussetzungen die Rede ist, welche für ausländische Schiedssprüche nicht wesentlich schwerer als für inländische Schiedssprüche sein dürfen.

Die Auslegung ergibt sich allerdings ausschließlich aus der verbindlichen englischen Fassung, da die deutsche Fassung in S. 2 das Wort „Verfahrensvorschrif-

56) Dörr in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 59 f.

57) Deutsche nichtamtliche Fassung: *„Jeder Vertragsstaat erkennt Schiedssprüche als wirksam an und läßt sie nach den Verfahrensvorschriften des Hoheitsgebietes, in dem der Schiedsspruch geltend gemacht wird, zur Vollstreckung zu, sofern die in den folgenden Artikeln festgelegten Voraussetzungen gegeben sind. Die Anerkennung oder Vollstreckung von Schiedssprüchen, auf die dieses Übereinkommen anzuwenden ist, darf weder wesentlich strengeren Verfahrensvorschriften noch wesentlich höheren Kosten unterliegen als die Anerkennung oder Vollstreckung inländischer Schiedssprüche.“*

58) Adolphsen in MüKoZPO, 5. Aufl. 2017, Anhang zu § 1061, Art. III R. 1.

59) Czernich, New Yorker Schiedsübereinkommen, 2008, Art. III Rn. 3.

60) So die Auslegung der italienischen Corte di Cassazione: *„The former [rules of procedure] are the rules [...] only insofar as these articles provide for rules of procedure in the strict sense (e. g. jurisdiction of the Court of Appeal, request to be filed by summons etc.) and not insofar as they set 'conditions'.“* Privilegiata Fabbrica Maraschino Excelsior Girolame Luxardo Sp.A v. Agrarcommerz, 15.1.1992 = YCA 1993 XVIII, 427 (429), zitiert nach Börner in Kronke/Nacimiento/Otto/Port, Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention, 2010, Art. III, 117.

ten“ anstatt „Voraussetzungen“ enthält. Der Wortlaut mit der Differenzierung zwischen Voraussetzungen und Verfahrensvorschriften spricht deshalb dafür, dass die Verfahrensvorschriften ausschließlich das Verfahren der Anerkennung im engeren Sinne regeln und nicht eigene Voraussetzungen wie das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung fordern dürfen.

bb) Auslegung des Art. III UNÜ im Kontext

Der betreffende Artikel muss in seinem Kontext ausgelegt werden. Dazu gehören die Präambel, der Titel, ggf. Annexe und auch die systematische Stellung des Artikels innerhalb des Vertrages.⁶¹

Art. III UNÜ postuliert die völkerrechtliche Pflicht der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, soweit der Schiedsspruch den in den nachfolgenden Artikeln definierten Voraussetzungen genügt. Art. III UNÜ muss also im Kontext der weiteren Artikel gesehen werden. Entscheidend ist hier aus systematischer Sicht Art. V UNÜ, welcher die Versagungsgründe einer Anerkennung oder Vollstreckung regelt. Ausdrücklich betont Art. III UNÜ, dass der Vertragsstaat die Anerkennung und Vollstreckung „nach den Verfahrensvorschriften des Hoheitsgebietes [zulässt][...] sofern die in den folgenden Artikeln festgelegten Voraussetzungen gegeben sind.“ [Hervh. d. Verf.]

Für die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung sind explizit nur die folgenden Artikel maßgeblich. Der Art. V UNÜ regelt somit abschließend die Versagungsgründe.

Insoweit wäre es widersprüchlich, wenn Art. III UNÜ ein nationales Verfahrensrecht erlauben würde, welches die Anerkennung und Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruches versagen könnte. Die systematische Stellung des Art. III UNÜ als Grundsatz der Anerkennung und Vollstreckung jedes ausländischen Schiedsspruches vor dem Art. V UNÜ als Ausnahme der Anerkennung und Vollstreckung, spricht folglich gegen die Zulässigkeit der Anwendung des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung.

cc) Auslegung des Art. III UNÜ nach dem Sinn und Zweck

Das Merkmal des Sinns und Zwecks (*object and purpose*) eröffnet eine teleologische Auslegung.⁶² Der Artikel eines Vertrages soll so interpretiert werden, dass er das Ziel des Vertrages fördert (*rule of effectiveness*): „*treaty provisions are to be interpreted so as to give them their fullest weight and effect*“.⁶³

Die teleologische Auslegung ist beschränkt durch den Wortlaut des Artikels.⁶⁴

Die betroffenen Rechtsinteressen sind hier die (möglichst) umfassende und einheitliche Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen⁶⁵

61) Dörr in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 43 ff.

62) Dörr in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 52 ff.; so auch Sorel/Boré Eveno in Corten/Klein, The Vienna Conventions on the Law of the Treaties, 2011, Art. 31 Rn. 51.

63) Fitzmaurice in Sir H. Waldock 3Report on the Law of the Treaties, [1964-II], YB Intl. L. Com. 5-65, zitiert nach Dörr in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 34.

64) Dörr in Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 31 Rn. 57.

und dem Interesse der Vertragsstaaten, ihre nationalen Verfahrensrechte zur Anwendung zu bringen.

Um dem Sinn und Zweck des Art. III UNÜ, nämlich die Gewährung einer (möglichst) umfassenden und einheitlichen Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Schiedssprüchen in allen Vertragsstaaten bestmöglich zur Geltung zu bringen, sprechen eine Vielzahl von Argumenten gegen die Zulässigkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung.

Auch wenn das New Yorker Übereinkommen die Befugnis von Staaten fremden Staaten Immunität gegenüber Vollstreckungsmaßnahmen zu gewähren, nicht einschränken wollte, so vertritt *Bucher*,

„*dass es einem Vertragsstaat nicht erlaubt ist, die staatsvertragliche Regelung gestützt auf seine Praxis über die Staatenimmunität in ihrer Wirkung einzuschränken und mit zusätzlichen Voraussetzungen zu ergänzen, deren Grundlage ausschließlich auf dem nationalen Recht beruht*“.⁶⁶ [Hervh. d. Verf.]

Dazu hatte das Bundesgericht entschieden, dass das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung ausdrücklich eine rein nationale Regelung ist.⁶⁷ *Bucher* sieht einen Konflikt zwischen der nationalen Regelung der hinreichenden Binnenbeziehung und der völkerrechtlichen Verpflichtung aus Art. III UNÜ und begründet die Unzulässigkeit des Erfordernis der hinreichenden Binnenbeziehung mit dem Vorrang völkerrechtlicher Verträge vor nationalen Regelungen nach Art. 1 Abs.2 IPRG.⁶⁸

Diese Ansicht wird dadurch unterstützt, dass auch die Bundesverfassung in Art. 5 Abs. 4 BV feststellt: „*Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.*“

Auch wenn diese Regelung nicht als Kollisionsnorm gedacht ist, sondern die Gleichrangigkeit von Bundesgesetz und völkerrechtlicher Verpflichtung postulieren soll,⁶⁹ so hat selbst das Bundesgericht festgestellt, das einschlägiges Bundesrecht staatsvertragskonform auszulegen ist.⁷⁰

Auch *Berger/Kellerhals* stellen ausdrücklich fest, dass das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung, wie schon vom Bundesgericht entschieden, eine reine nationale Regelung ist und nicht zum *ius commune* des internationalen öffentlichen Rechts gehört. Denn das *ius commune* des internationalen öffentlichen Rechts wäre vom *ordre-public*-Vorbehalt des Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ erfasst:

„*The latter [the sufficient connection with Switzerland – Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung] does not constitute jus commune of public international law – which is included in the reservation of public policy under NYC, Art. V (2)(b) [...] but simply emanates from domestic Swiss law.*“⁷¹ [Hervh. d. Verf.]

Daraus folgern *Berger/Kellerhals*, dass das Merkmal der mangelnden hinreichenden Binnenbeziehung nicht

65) *Adolphsen* in MüKoZPO, 5. Aufl. 2017, Anhang zu § 1061, Art. III R. 1.

66) *Bucher*, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1989, 168.

67) BGer Urt. v. 19.6.1980, BGE 106 IA 142 Ew. 3 b.

68) *Bucher*, Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, 1989, 168.

69) *Häfelin/Haller* in Schweiz. Bundesstaatsrecht, 5. Aufl. 2001, Rn. 162-167.

70) BGer Urt. v. 26.6.1999, BGE 125 II 417 (424).

71) *Berger/Kellerhals*, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, § 29 Rn. 2043.

ausschlaggebend sein sollte, wenn es sich um die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruches auf der Grundlage des New Yorker Übereinkommens handelt. Das New Yorker Übereinkommen verbiete es den Vertragsstaaten nationales Recht in Anwendung zu bringen, welches die Anerkennung und Vollstreckung nach dem New Yorker Übereinkommen limitieren würde, unabhängig davon, ob es sich um einen Schiedsspruch zwischen Privatpersonen oder unter Involvierung eines Staates handelt.⁷²

So ähnlich sehen es auch *Schneider/Knoll* und schlagen vor, im Vergleich zur ICSID-Konvention, nach welcher nationale Regelungen zur Staatenimmunität Anwendung finden sollen, eine Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches nach dem New Yorker Übereinkommen anzustreben, da nach dem Übereinkommen wohl die Anwendung von gemeindlichem Recht (*municipal law*), wie das Merkmal der hinreichenden Binnenbeziehung, vermeidbar wäre.⁷³

Auch *Siebr* hält die Möglichkeit des Berufens auf das Fehlen einer hinreichenden Binnenbeziehung bei der Ablehnung der Anerkennung und Vollstreckung eines Schiedsspruches auf Grundlage des New Yorker Übereinkommens für nicht gegeben. Das New Yorker Übereinkommen bestimme alleine die Anerkennungsvoraussetzung, es sei denn es würde zwingenden völkerrechtlichen Regelungen entgegenstehen. Da allerdings bei privatwirtschaftlichem staatlichem Handeln *iure gestionis* nach heutigem Verständnis keine Staatenimmunität bestehe, dürfe eine Versagung der Anerkennung und Vollstreckung nicht mit Berufung auf eine fehlende hinreichende Binnenbeziehung erfolgen.⁷⁴

Kostkiewicz merkt an, dass die legitime Frage der Staatenimmunität eines fremden Staates vor nationalen Gerichten eine zu grundsätzliche sei, als dass sie vom Kriterium der hinreichenden Binnenbeziehung abhängig gemacht werden könne. Das Kriterium würde nur hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit relevant sein, die Frage der Staatenimmunität könne nicht vom zufälligen Vorliegen einer hinreichenden Binnenbeziehung abhängen.⁷⁵

Im Übrigen sei der Staat des Gerichtsstandes nur verpflichtet einem ausländischen Staat Immunität zu gewähren, soweit diese notwendig ist, damit der ausländische Staat funktionsfähig bleibt. Die Einführung eines weiteren Elements zu Bestimmung des Umfangs der Staatenimmunität in Form des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung würde der Entwicklung zuwiderlaufen, wonach die Staatenimmunität restriktiv auf die Fälle anzuwenden ist, in welchen der Staat hoheitlich tätig wird.⁷⁶

72) *Berger/Kellerhals*, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 3. Aufl. 2015, § 29 Rn. 2043 (“[T]he plea of an insufficient connection with Switzerland should be inadmissible when the recognition and enforcement of a foreign award against a foreign Sovereign is sought before a Swiss court. [...] Moreover, the Convention does not allow the Contracting States to avoid or restrict its effects by enacting domestic law, either in relation to private individuals or vis-à-vis other Sovereigns“).

73) *Schneider/Knoll* in Bishop, Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns, 2009, 345 f.

74) *Siebr* in ZK IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 194 Rn. 17.

75) *Kostkiewicz*, Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, 1998, 463 f.

76) *Kostkiewicz*, Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, 1998, 464.

Nach der teleologischen Auslegung des Art. III UNÜ wird offensichtlich, dass das primäre Regelungsziel des New Yorker Übereinkommens die Vereinfachung und Vereinheitlichung der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen ist, das nationale Verfahrensrecht dient nur zur Durchführung dieses Zieles.

Bei der Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie des Grundsatzes *pacta sunt servanda* bietet auch Art. 27 Wiener Vertragsrechtskonvention, wonach sich ein Vertragsstaat nicht auf nationales Recht berufen kann, um seine Verpflichtung aus einem internationalen Vertrag nicht einzuhalten, ein starkes Argument für dieses Auslegungsergebnis.

Dem Interesse eines Vertragsstaates durch das nationale Verfahrensrecht die Anerkennung und Vollstreckung weiter zu beschränken, begegnen in der Literatur starke Bedenken. Unter Berücksichtigung des klaren Ziels des Art. III UNÜ kann nur zu dem Schluss gelangt werden, dass eine nationale Regelung, welche die Anerkennung und Vollstreckung weiteren Kriterien unterwirft, Art. III NYÜ entgegensteht und nicht angewandt werden darf.

dd) Ergebnis

Die Auslegung des Wortlautes, der eine Differenzierung zwischen dem „ob“ der Anerkennung und Vollstreckung und dem „wie“ der Anerkennung und Vollstreckung postuliert, sowie dem systematischen Argument, wonach die Versagungsgründe der Anerkennung und Vollstreckung abschließend in Art. V UNÜ geregelt sind, spreche gegen die Zulässigkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung, welches die Anerkennung und Vollstreckung beschränkt. Auch im Rahmen der teleologischen Auslegung und Berücksichtigung des Grundsatzes der Effektivität kann nur zu dem Ergebnis gekommen werden, dass Art. III UNÜ der Anwendung des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung entgegensteht.

b) Art. 32 Wiener Vertragsrechtskonvention

Art. 32 Wiener Vertragsrechtskonvention bietet die Berücksichtigung von zusätzlichen Auslegungsmitteln (*Supplementary means of interpretation*).⁷⁷

Art. 32 (*Supplementary means of interpretation*) Wiener Vertragsrechtskonvention lautet:

„Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure;

or

(b) leads to a result which manifestly absurd or unreasonable.“⁷⁸

Art. 32 Wiener Vertragsrechtskonvention scheint eine Kodifizierung der Praxis der internationalen Gerichtshöfe zu sein, welche das Prinzip der Nutzung von

⁷⁷) *Le Bouthillier* in Corten/Klein, The Vienna Conventions on the Law of the Treaties, 2011, Art. 32 Rn. 1.

⁷⁸) Nichtamtliche deutsche Fassung: „Ergänzende Auslegungsmittel, insbesondere die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsabschlusses, können herangezogen werden, um die sich unter Anwendung des Artikels 31 ergebende Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Artikel 31 a) die Bedeutung mehrdeutig oder dunkel läßt oder b) zu einem offensichtlich sinnwidrigen oder unvernünftigen Ergebnis führt.“

ergänzenden Auslegungsmitteln angewandt haben, und es scheint sich auch um internationales Gewohnheitsrecht zu handeln.⁷⁹

Da bereits ein Auslegungsergebnis erzielt wurde, welches nicht mehrdeutig oder sinnwidrig iSd Art. 32 lit. a oder b Wiener Vertragsrechtskonvention ist, kann anhand der vorbereitenden Materialien und Verhandlungsprotokolle geprüft werden, ob sich das Auslegungsergebnis bestätigt.

Der historische Wille der Vertragsstaaten ergibt sich aus den Protokollen zur Beratung des New Yorker Übereinkommens (*travaux préparatoires*). Der Wortlaut des Art. III S. 1 UNÜ soll auf den Wortlaut des vorherigen Art. I S. 1 der Genfer Konvention von 1927 zurückgehen.⁸⁰ Art. I Abs. 1 Genfer Konvention besagte: „*an arbitral award [...] shall be recognized as binding and shall be enforced in accordance with the rules of the procedure of the territory where the award is relied upon*“.

Das New Yorker Übereinkommen sollte einen Fortschritt und eine Verbesserung bei der Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen darstellen.⁸¹

Der Abgesandte der internationalen Handelskammer (ICC) betonte, dass es ua entscheidend sei, die Gründe für eine Aufhebung eines Schiedsspruches auf wesentliche Verfahrensfehler, Verstöße gegen den nationalen *ordre public* oder auf die nachgewiesene Annullierung des Schiedsspruches zu beschränken.⁸² Es bestand die Befürchtung, dass nationale prozessuale Regelungen die Anerkennung und Vollstreckung verhindern könnten.⁸³ Dieser Gedanke fand Ausdruck in den Anträgen des Vereinigten Königreichs und Israels, wonach ein ausländischer Schiedsspruch nach prozessualen Vorschriften vollstreckt werden sollte, die nicht komplizierter sein sollten als die prozessualen Vorschriften, nach welchen ein inländischer Schiedsspruch vollstreckt wird; das Gleiche sollte für die Kosten gelten.⁸⁴

Diese Idee wurde in Art. III S. 2 UNÜ inhaltlich aufgenommen. Die historische Auslegung basierend auf den *travaux préparatoires* zur Verhandlung des New Yorker Übereinkommens ergibt somit zwei Erkenntnisse: Erstens, dass eine Vereinfachung der Anerken-

79) *Le Bouthillier* in Corten/Klein, The Vienna Conventions on the Law of the Treaties, 2011, Art. 32 Rn. 4 ff.

80) Santoro ASA Bull. 2003, 713 (723 f.).

81) Bspw. die japanische Delegation: „*considered that the draft [...] was a progressive document and substantial improvement over the Geneva Convention*“, E/CONF.26/SR.3, 12.9.1958; schweizerische Delegation: „*He was pleased to note that the preceding speakers had all stated that they were in favour of new international instrument which should be an improvement on the 1927 Geneva Convention*“, E/CONF.26/SR.4, 12.9.1958.

82) „*[L]imit the grounds on which the enforcement of such an award could be refuse to serious procedural irregularities, incompatibility with the public policy of the country of enforcement, or proof that the award had been annulled*“, E/CONF.26/SR.3, 12.9.1958; So auch die bulgarische Delegation: „*The grounds on which the recognition and enforcement of arbitral awards could be refused should be stated precisely and the list given should be exhaustive*“, E/CONF.26/SR.6, 12.9.1958.

83) So schon Santoro ASA Bull. 2003, 713 (723 f.) spezifisch zu der US-Doktrin des *forum non convenies*.

84) „*[A]n arbitral award shall be recognized as binding and shall be enforced in accordance with rules of procedure not more complicated than those used for the enforcement of any award of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles, and in no case shall the scale of fees and charges demandable be excessive nor greater than those demandable in respect of the enforcement of any other award*“, E/CONF.26/L.11, 23.5.1958; der vergleichbare israelische Vorschlag s. E/CONF.26/L.26, 27.5.1958.

nung und Vollstreckung im Vergleich zur Genfer Konvention von 1927 angestrebt wurde und zweitens, dass das Problem, dass nationale Verfahrensvorschriften die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen behindern, wenn nicht verhindern könnten, gesehen und durch Änderungsanträge verhindert werden sollte.

Dieses Auslegungsergebnis widerspricht der Annahme des Bundesgerichtes, dass nationale Regelungen, die die Vollstreckbarkeit durch weitere Vorgaben einschränken, zulässig sein sollen. Das Ergebnis bestätigt somit die Auslegung des Art. III UNÜ anhand des Art. 31 Wiener Vertragsrechtskonvention.

2. Ergebnis

Art. III UNÜ ist so zu verstehen, dass er einer Anwendung des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung, durch welche die Anerkennung und Vollstreckung von einem ausländischen Schiedsspruch gegen einen Staat beschränkt wird, entgegensteht.

V. Bewertung des Urteils des Bundesgerichts

Trotz der festgestellten Unzulässigkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung auf Grund des Art. III UNÜ scheidet die Beschwerde, allerdings aus formalen Gründen. Das Bundesgericht kam zu dem Schluss, dass die Rüge des Verstoßes gegen Art. III UNÜ präkludiert sei und im Übrigen auch nicht substantiiert vorgetragen wurde.

Zuerst ist zu beachten, dass die Beschwerdeführerin sich im hier besprochenen Verfahren nur auf die Verletzung ihrer verfassungsmässigen Rechte berufen konnte, wobei bei der Anwendung von Bundesrecht nur geprüft wird, ob Willkür vorliegt.⁸⁵ Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung vertretbar oder zutreffender erscheint, sondern erst dann, *“wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist“*.⁸⁶

Des Weiteren unterliegt die Beschwerdeführerin dem strengen Rügeprinzip, dh sie muss jede Verletzung ihrer verfassungsmässigen Rechte durch den kantonalen Entscheid genau benennen und begründen.⁸⁷

In diesem konkreten Fall entschied das Bundesgericht, dass die vorgebrachten Argumente der Beschwerdeführerin gegen das Erfordernis der hinreichenden Binnenbeziehung auf Grund eingetretener Präklusion nicht zu hören sind, da sie erst in der Replik vorgebracht wurden.⁸⁸ Die Replik diene dazu, sich zu der gegnerischen Stellungnahme zu äussern und nicht die eigene Beschwerde zu ergänzen.⁸⁹ In der Beschwerde rügte die Beschwerdeführerin ausschließlich eine auf die Verletzung von Art. V UNÜ gestützte Rechtsverletzung des Art. 9 BV; erst in der Replik wurde ein Verstoß gegen Art. III UNÜ behauptet.⁹⁰ Somit wurde nicht verwertbar vorgebracht, dass nach Art. III UNÜ nur Verfahrensvorschriften zulässig sind, welche die Anerkennung und Vollstreckung nicht beschränken.⁹¹

85) BGer Ur. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 2.

86) BGer Ur. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 4.

87) BGer Ur. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 2.

88) BGer Ur. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.4.1.

89) BGer Ur. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.4.1.

90) BGer Ur. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.4.2.

„Was es damit [der Frage, ob Art. III UNÜ einem Verfahrensrecht entgegensteht, welches die Anerkennung und Vollstreckung beschränkt] auf sich hat, **muss hier offenbleiben**. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend bemerkt, **bezieht sich die in der Beschwerde erhobene Rüge der Verletzung von Art. 9 BV ausschliesslich auf Art. V NYÜ**. In ihrer Replik beklagt sich die Beschwerdeführerin nun auch noch darüber, dass es gegen Art. III NYÜ verstiesse, die Möglichkeit eines ‚Titelarrests‘ (Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG) gegen einen fremden Staat durch das Erfordernis einer Binnenbeziehung zu beschränken. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht geltend macht, dass der angefochtene Entscheid ihre verfassungsmässigen Rechte verletzt (E. 2), ist auch nicht ersichtlich, weshalb sie eine entsprechende Rüge nicht schon vor Ablauf der Beschwerdefrist hätte erheben können. Allein die Möglichkeit, sich nach Eingang der gegnerischen Vernehmlassungen im Rahmen einer Replik zum gegnerischen Standpunkt zu äussern, entbindet die Beschwerde führende Partei nicht davon, dem Bundesgericht (schon) in der Beschwerde alle Rügen zu unterbreiten, mit denen sie den angefochtenen Entscheid zu Fall zu bringen gedenkt.“⁹² [Hervh. d. Verf.]

Auch habe die Beschwerdeführerin ihre Argumentation nicht ausreichend präzise dargelegt:

„Im Übrigen begnügt sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift damit, **Lehrmeinungen zu reproduzieren**, gemäss denen das Völkerrecht die Ausgestaltung der völkerrechtlichen Immunität nicht jedem Einzelstaat anheimstelle [...] bzw. das Erfordernis der genügenden Binnenbeziehung keine allgemeine Regel des Völkerrechts sei [...] **Allein mit der Abschrift von Literaturstellen vermag sie die bundesgerichtliche Erkenntnis**, wonach sich ein Staat mit Blick auf die Zulassung von Prozessen gegen fremde Staaten in Angelegenheiten ‚iure gestionis‘ nach seinem innerstaatlichen Recht eine gewisse Selbstbeschränkung auferlegen darf (BGE 106 Ia 142 E. 3 b S. 148), jedoch nicht in Zweifel zu ziehen.“⁹³ [Hervh. d. Verf.]

Es erscheint daher empfehlenswert in der Praxis schon in der Beschwerde eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte durch eine Verletzung des Art. III NYÜ zu rügen und diese substantiiert vorzutragen. Auf Grund der festgestellten Unzulässigkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung und der Tatsache, dass das Bundesgericht in diesem Verfahren die Frage (aus formalen Gründen) unbeantwortet gelassen hat, könnte eine ordnungsgemäß begründete Beschwerde in der Zukunft Erfolg haben.

VI. Fazit

Es erscheint daher empfehlenswert in der Praxis schon in der Beschwerde eine Verletzung verfassungsmässiger Rechte durch eine Verletzung des Art. III NYÜ zu rügen und diese substantiiert vorzutragen. Auf Grund der festgestellten Unzulässigkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung und der Tatsache, dass das Bundesgericht in diesem Verfahren die Frage (aus formalen Gründen) unbeantwortet gelassen hat, könnte eine ordnungsgemäß begründete Beschwerde in der Zukunft Erfolg haben.

91) BGer Urt. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.4.2.

92) BGer Urt. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.4.2.

93) BGer Urt. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, BGE 144 III 411 Ew. 6.4.1.