

Vertrag noch von weiteren Parteien unterzeichnet wurde. Mithin war es wichtig, festzulegen, welche der Parteien die Voraussetzungen der gemeinsamen Zweckverfolgung erfüllen. Aus einleuchtenden Gründen war dies für den Geschäftsführer nicht der Fall, weshalb zwischen ihm und der GmbH sowie dem Grundstückseigentümer keine einfache Gesellschaft und daher auch keine notwendige Streitgenossenschaft bestand.

Bei nicht nur reinen Austauschverhältnissen mit Willensäußerungen zur gemeinsamen Zweckverfolgung sind die Prozessparteien gut beraten, sorgfältig zu prüfen, ob nicht die Voraussetzungen einer einfachen Gesellschaft erfüllt sind. Dies sollte u.E. auch getan werden für den Fall einer ablehnenden Qualifikation aus eigener Warte. Dies, um zu verhindern, dass eine – allenfalls spätere – gerichtliche Instanz zu einer Qualifikation gelangt, welche die Parteien im Verfahren gar nicht erwähnten. Wie der vorliegende Fall anschaulich darlegt, verändert die notwendige Streitgenossenschaft für die Prozessparteien vieles, welches kaum korrigiert werden kann und nicht nur Geld, sondern auch viel Zeit kostet. Geht der Kläger dagegen davon aus, es liege eine einfache Gesellschaft vor und klagt er mithin eine Vielzahl von Parteien ein, so sind nicht unwesentliche Parteientschädigungen geschuldet, sollte das Gericht zu einem gegenteiligen (Qualifikations-)Schluss gelangen.

Kommt die Qualifikation einer einfachen Gesellschaft in Frage, ist zu prüfen, ob es sich um eine Forderung eines Dritten gegen die Gesellschaft, jene eines Gesellschafters auf die Ablieferung des Gewinnes an die Gesellschaft (*actio pro socio*; BGE 143 III 480 E. 4.3) oder um eine Forderung eines Gesellschafters über seinen Gewinnanteil handelt. Im letzteren Fall müsste der klagende Gesellschafter aufgrund der notwendigen Streitgenossenschaft gegen die Gesamtheit der bzw. alle übrigen Gesellschafter klagen (vgl. E. 5.5). Im Rahmen einer notwendigen Streitgenossenschaft kann bei einer Klage auf Gewinnbeteiligung immer nur ein Urteil ergehen, welches Rechtswirkungen gegenüber allen Streitgenossen und mithin Gesellschaftern entfaltet.

Das Prozessrecht ist stets dienendes Recht. Trotzdem kann es aufgrund der klaren Rechtsfolge bei notwendigen Streitgenossen grosse Auswirkungen auf den Ausgang eines Verfahrens haben. Die sorgfältige Einstufung eines Vertragsverhältnisses ist daher Pflicht.

6. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht/ Organisation judiciaire et procédure

6.6. Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht/ Exécution forcée et faillite

Erforderliche Binnenbeziehung beim Staatenarrest auf Basis eines ICSID-Schiedsspruchs

Besprechung von BGer, 5A_406/2022, 17.3.2023

Bundesgericht, II. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 5A_406/2022 vom 17. März 2023, A-AG gegen Staat B, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Arrestbefehl



JULIUS SCHUMANN*

Das Bundesgericht setzte sich erstmalig mit einem Arrest gemäss Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gestützt auf einen ICSID-Schiedsspruch auseinander. Es führte auch im Anwendungsbereich des ICSID-Übereinkommens seine Rechtsprechung fort, wonach es lediglich einer Prüfung der Glaubhaftmachung der Anerkennung und Vollstreckbarkeit bei einem ausländischen Schiedsspruch bedarf. Zugleich hielt es erstmalig fest, dass die Voraussetzung der Binnenbeziehung zur Vollstreckung eines ICSID-Schiedsspruches nicht willkürlich sei. Der Autor erläutert in seiner Entscheidbesprechung die rechtlichen Grundlagen der Vollstreckung im Anwendungsbereich des ICSID-Übereinkommens und stellt sich gegen das Erfordernis der Binnenbeziehung bei einem solchen Staatenarrest.

I. Sachverhalt

Ausgangspunkt des zu besprechenden Entscheides ist ein Arrestgesuch der A-AG gegen den Staat B beim Regionalgericht Bern-Mittelland. Die A-AG mit Sitz in Zug legte einen Schiedsspruch des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) als definitiven Rechtsöffnungstitel i.S.d. Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG vor, um verschiedene Vermögenswerte des Staates B in der Schweiz arrestieren zu lassen.

Das Regionalgericht trat auf das Gesuch jedoch nicht ein und auch eine Beschwerde an das Obergericht blieb erfolg-

* JULIUS SCHUMANN, Dr. iur., Universitätsassistent am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien. Der Autor dankt Frau Prof. Dr. Tanja Domej und Patrick Honegger-Müntener, MLaw, Rechtsanwalt, für wertvolle Anregungen bei der Entstehung des Beitrages.

los. Die A-AG wandte sich deshalb an das Bundesgericht, um den Entscheid des Obergerichts aufheben zu lassen und eine Gutheissung ihres Gesuchs zu erhalten. Das Bundesgericht wies die Beschwerde ohne Schriftenwechsel ab.

II. Erwägungen des Bundesgerichts

Im Kern hatte sich das Bundesgericht mit zwei Fragen auseinanderzusetzen: 1. Inwieweit hat ein Arrestgericht bei Vorlage eines ICSID-Schiedsspruches diesen als definitiven Rechtsöffnungstitel zu prüfen? 2. Kann das schweizerische Recht im Anwendungsbereich des Übereinkommens vom 18. März 1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten (ICSID-Übereinkommen; SR 0.975.2) den Binnenbezug als Voraussetzung für den Arrest im Inland fordern?

Das Bundesgericht hielt eingangs im Einklang mit seiner bisherigen Rechtsprechung fest, dass es sich bei einem Arrest um eine vorsorgliche Massnahme i.S.d. Art. 98 BGG handle. Die Beschwerdeführerin blieb daher auf die Geltendmachung von Verletzungen verfassungsmässiger Rechte beschränkt. Das Bundesgericht beschränkte sich auf eine Prüfung auf Willkür (E. 2).

Die Vorinstanz, das Obergericht des Kantons Bern, hatte die Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid des Regionalgerichts mit zwei (Eventual-)Begründungen unter Bezugnahme auf dessen Begründung abgewiesen (E. 3.1.3). Einerseits nahm es an, dass die A-AG eine Vollstreckbarerklärung für den ICSID-Schiedsspruch hätte erwirken müssen (E. 3.1.1). Diese hätte sie entweder in einem separaten Verfahren anstrengen oder im Arrestgesuch vorfrageweise beantragen können, was sie jedoch nicht tat. Andererseits sah es den Erfüllungsort für die erhobene Schadenersatzforderung im Staat B und nicht in der Schweiz belegen, weshalb es einen Binnenbezug verneinte. Ein solcher könne auch im Anwendungsbereich des ICSID-Übereinkommens verlangt werden (E. 3.1.2).

Das Bundesgericht sah im Erfordernis, sich um eine förmliche Vollstreckbarerklärung bemühen zu müssen, eine offensichtlich unrichtige und damit willkürliche Rechtsanwendung i.S.v. Art. 9 BV (E. 3.2). Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG setze gerade nicht voraus, dass der Gläubiger einen definitiven Entscheid über die Anerkennung und Vollstreckbarkeit verlange. Es genüge, wenn dieser glaubhaftmachen könne, dass der ausländische Schiedsspruch anerkannt werde. Der Entscheid über die Vollstreckbarkeit sei bei ausländischen Schiedssprüchen – im Unterschied zu Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen nach dem LugÜ (vgl. Art. 271 Abs. 3 SchKG) – erst im Verfahren der Arrestprosequierung nach Art. 279 SchKG zu treffen. Die Glaubhaftmachung habe das Gericht allein nach Art. 54

ICSID-Übereinkommen zu prüfen, da das ICSID-Übereinkommen aufgrund der Öffnungsklausel in Art. VII Abs. 1 New Yorker Übereinkommen (Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, NYÜ; SR 0.277.12) diesem vorgehe. Damit beschränke sich die (inzidente) Prüfung auf die Echtheit des Schiedsspruchs, die mit einer vom ICSID-Generalsekretär beglaubigten Abschrift desselben glaubhaft gemacht werden könne. Zweifel an dieser Glaubhaftmachung durch die Beschwerdeführerin gingen aus dem angefochtenen Entscheid nicht hervor (E. 3.2.2).

Im Unterschied zur Frage der Vollstreckbarerklärung erkannte das Bundesgericht keine Willkür in der Annahme eines erforderlichen Binnenbezuges für die Vollstreckung eines ICSID-Schiedsspruchs durch die Vorinstanz. Das Bundesgericht wiederholte hierzu seine bereits bestehende Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckungsmassnahme gegen einen Staat. So muss der Staat als Träger von privaten Rechten aufgetreten sein («iure gestionis»), es bedarf einer hinreichenden Binnenbeziehung und die vom Vollstreckungsverfahren betroffenen Vermögenswerte dürfen nicht hoheitlichen Zwecken dienen. Die Binnenbeziehung ordnete es zudem als Prozessvoraussetzung ein, wobei es erneut offen liess, ob diese im Rahmen der Gerichtsbarkeit oder der internationalen Zuständigkeit zu prüfen sei (E. 3.3.2). Die Notwendigkeit einer Binnenbeziehung setzte das Bundesgericht anschliessend auch im Rahmen des ICSID-Übereinkommens voraus. Das Bundesgericht sah darin weder einen Verstoss gegen Art. 54 noch einen solchen gegen Art. 55 ICSID-Übereinkommen. Mit der Voraussetzung der Binnenbeziehung werde zunächst keine formelle oder materielle Kontrolle des Schiedsspruchs vorgenommen. Zudem sei das Erfordernis Teil des Verfahrensrechts des Vollstreckungsstaates, auf das nach Art. 54 Abs. 3 ICSID-Übereinkommen zurückgegriffen werden könne. Schliesslich sei es nicht willkürlich, die Binnenbeziehung als Teil der Vollstreckungsimmunität anzusehen, die Art. 55 ICSID-Übereinkommen vorbehalten. Nach dem Bundesgericht ändere am Erfordernis der Binnenbeziehung auch die Anwendbarkeit des Vertrages über die Energiecharta (Vertrag vom 17. Dezember 1994 über die Energiecharta, VEC; SR 0.730.0), der nach dem Vorbringen der Beschwerdeführerin gemeinsam mit dem ICSID-Übereinkommen die Grundlage des Schiedsspruchs gebildet habe, nichts. Auch Art. 26 Abs. 8 VEC verschaffe der Beschwerdeführerin keine über das ICSID-Übereinkommen hinausgehenden Möglichkeiten der Vollstreckung. Aus dem Abschluss einer Schiedsabrede könne zudem auch kein Verzicht auf die Immunität im Vollstreckungsverfahren gefolgert werden (E. 3.3.3).

Aufgrund eines Eventualvorbringens zur Binnenbeziehung durch die A-AG hatte sich das Bundesgericht auch mit deren Bestimmung im konkreten Sachverhalt auseinandersetzen. Es hob unter Rückgriff auf seine bisherige Rechtsprechung hervor, dass ein Binnenbezug jedenfalls dann gegeben sei, wenn das Schuldverhältnis, aus dem die Arrestforderung behauptet werde, in der Schweiz begründet wurde oder wenn es hier zu erfüllen sei oder wenn der fremde Staat in der Schweiz zumindest Handlungen vorgenommen habe, mit denen er in der Schweiz einen Erfüllungsort begründete. Dass bloss der Belegenheitsort der Vermögenswerte in der Schweiz sei, genüge hingegen nicht (E. 3.4.2). Den Versuch der Beschwerdeführerin, einen Erfüllungsort in der Schweiz auf Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR zu stützen, lehnte das Bundesgericht allerdings ab. Hierzu verwies es auf die Bestimmung des anwendbaren Sachrechts nach den von der Beschwerdeführerin selbst vorgebrachten multilateralen Verträgen in Art. 42 Abs. 1 Satz 1 ICSID-Übereinkommen und Art. 26 Abs. 6 des VEC (E. 3.4.3).

Obwohl also die Ansicht der Vorinstanzen hinsichtlich des Erfordernisses einer eigenständigen Vollstreckbarerklärung verneint wurde, wies das Bundesgericht mangels erforderlicher Binnenbeziehung bereits aus diesem Grund die Beschwerde in der Sache ab (E. 3.5).

III. Anmerkungen

Es handelt sich vorliegend um den erst zweiten Entscheid des Bundesgerichts, der sich mit einem Arrest gestützt auf einen ICSID-Schiedsspruch befasste.¹ Zugleich ist es der erste Entscheid, in dem das Bundesgericht in diesem Kontext zur Voraussetzung des Binnenbezuges unter dem Arrestgrund des Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG konkret Stellung beziehen musste. Nur wenige Jahre zuvor hatte das Bundesgericht bereits – ebenso unter blosser Willkürkognition – angenommen, dass das Erfordernis der Binnenbeziehung auch im Anwendungsbereich des NYÜ gelte. Im Unterschied zum damaligen Entscheid betonte es jedoch dieses Mal nicht, dass es bei voller Kognition möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gekommen wäre.²

Die Voraussetzung einer Binnenbeziehung war in der bisherigen Literatur zum ICSID-Übereinkommen unter Verweis auf die Rechtsprechung bereits erwartet worden,³ wengleich sich in den letzten Jahren wieder zunehmend Stimmen mit guten Argumenten gegen das Erfordernis der Binnenbeziehung als Teil der Vollstreckungsimmunität aussprachen.⁴ Dass wiederum die Vollstreckungsimmunität

217 ff., jedoch nur mit geringer Hoffnung auf eine abweichende Beurteilung (230).

³ CATHERINE AMIRFAR, Art. 55 N 4.1374, in: Julia Fouret/Rémy Gerbay/Gloria M. Alvarez (Hrsg.), *The ICSID Convention, Regulations and Rules, A Practical Commentary*, Cheltenham 2019 (zit. Pract.-Comm.-Verfasser); SANDRINE GIROUD, *Enforcement against State Assets and Execution of ICSID Awards in Switzerland: How Swiss Courts Deal with Immunity Defences*, ASA Bulletin 2012, 758 ff., 761; TARKAN GÖKSU, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Zürich/St. Gallen 2014, 724; NORADÈLE RADJAI/Franz Xaver Stirnimann Fuentes, Chapter 7: *Investment Arbitration in Switzerland*, in: Manuel Arroyo (Hrsg.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2. A., Alphen aan den Rijn 2018, N 1 ff., N 144 ff.; MICHAEL E. SCHNEIDER/JOACHIM KNOLL, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards against Sovereigns – Switzerland*, in: R. Doak Bishop (Hrsg.), *Enforcement of Arbitral Awards Against Sovereigns*, New York 2009, 311 ff., 344 f.; ALBERT JAN VAN DEN BERG, *Recent Enforcement Problems under the New York and ICSID Convention*, *Arbitration International* 1989, 2 ff., 14; wengleich mit der Ansicht, dass dieses Erfordernis durch das Übereinkommen selbst erfüllt sei: AUGUST REINISCH, Art. 55 N 27 f., in: Stephan W. Schill et. al. (Hrsg.), *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention*, 3. A., Cambridge 2022 (zit. ICSID-Comm.-Verfasser).

⁴ DENISE WEINGART, *Arrestabwehr – Die Stellung des Schuldners und des Dritten im Arrestverfahren*, Diss. Bern 2015, N 60 ff.; DANIEL STAEHELIN/LUKAS BOPP, *Wider das Erfordernis der Binnenbeziehung beim Staatenarrest*, in: Peter Breitschmid/Ingrid Jent-Sørensen/Hans Schmid/Miguel Sogo (Hrsg.), *Tatsachen – Verfahren – Vollstreckung*, Festschrift für Isaak Meier, Zürich 2015, 723 ff.; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren*, Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018 (zit. KREN KOSTKIEWICZ, *Schiedsklausel*), 209 ff., 219 f.; SEBASTIAN BERTOLINI, *Die Durchsetzung von ISDS-Entscheidungen in Deutschland*, Berlin 2019, 129 ff.; ALEXANDER R. MARKUS, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2. A., Bern 2020, § 3 N 157; BSK SchKG II-STOFFEL, Art. 271 N 88, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs II*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021 (zit. BSK SchKG II-Verfasser); PIERRE-YVES MARRO, *Immunität von Völkerrechtssubjekten in der Schweiz*, ZSR 2022, 243 ff., 256 ff.; MARKUS MÜLLER-CHEN, *International-zivilprozessualer Überblick über die Staatenimmunität im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren*, SRIEL 2022, 197 ff., 212 ff.; STACHER (FN 2); grundlegend bereits JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht*, Bern 1998 (zit. KREN KOSTKIEWICZ, *Staatenimmunität*), 462 ff. und 528 ff.; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, «Binnenbeziehung» und Staatenimmunität: Ein Phänomen der schweizerischen Rechtsprechung, in: Rolf Dörig et. al. (Hrsg.), *Versicherungsbranche im Wandel*, Liber amicorum für Moritz W. Kuhn zum 65. Geburtstag, Bern 2009 (zit. KREN KOSTKIEWICZ, *Binnenbeziehung*), 287 ff., 298 ff., und zum Titelarrest im Speziellen 303.

¹ Zuvor: BGer, 5A_681/2011, 23.11.2011; bei dem im Entscheid (E. 3.3.2) ebenfalls zitierten BGer, P 415/85, 4.12.1985, in: ICSID Reports 1997, 35 ff., 39 f., ging es um die Vollstreckung eines American Arbitration Association Award während zugleich laufendem ICSID-Schiedsverfahren.

² BGE 144 III 411 E. 6.4.4; zu diesem Entscheid etwa ALEXANDER LAUTE/ANDREAS R. ZIEGLER, *Vereinbarkeit des Merkmals der hinreichenden Binnenbeziehung mit dem UNÜ in der Schweiz*, Zugleich Besprechung BGer Urt. v. 7.9.2018 – 5A_942/2017, *SchiedsVZ* 2020, 286 ff.; MARCO STACHER, *Zum Erfordernis des Binnenbezugs beim Staatenarrest, insbesondere beim Titelarrest i.S.v. Art. 271 Ziff. 6 SchKG bei ausländischen Schiedssprüchen*, SRIEL 2022,

erneut im Hinblick auf einen Arrest zu diskutieren ist, überrascht nicht, weil in der Regel erst mit diesem ein Betreibungsort nach Art. 52 SchKG gegen den fremden Staat eröffnet werden kann.⁵

A. Binnenbeziehung

Das Erfordernis der Binnenbeziehung für den Staatenarrest hat in der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine zeitlich weit über das ICSID hinausreichende Tradition.⁶ Bereits 1918 im Entscheid «k. k. Oesterreich. Finanzministerium gegen Dreyfus» lässt sich die implizite Prüfung eines solchen Kriteriums finden.⁷ Es handelt sich allerdings bis heute um reines Richterrecht zur Staatenimmunität im Vollstreckungsverfahren.⁸ Das gilt auch im vorliegenden Fall des titulierten Arrests. Der Gesetzgeber hat zwar im Zuge der SchKG-Revision 1994 die Rechtsprechung in Bezug auf die Ausnahme von zu hoheitlichen Zwecken verwendeten Vermögenswerten in Art. 92 Abs. 1 Ziff. 11 SchKG kodifiziert, aber das Erfordernis der Binnenbeziehung nur in den sog. «Ausländerarrest» in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG einfließen lassen.⁹ Dieser sieht heute, bis auf die Verschiebung des definitiven Rechtsöffnungstitels in die Ziff. 6 unverändert, bei Schuldnern, die nicht in der Schweiz wohnhaft sind, die Voraussetzung eines «genügenden Bezug[s]» der Forderung zur Schweiz für den Arrest vor, sofern keine Schuldanerkennung oder kein anderer Arrestgrund vorliegt. Die nunmehrige Ziff. 6, auf die sich die Beschwerdeführerin hier berufen hatte, kennt aber lediglich einen definitiven Rechtsöffnungstitel als Voraussetzung. Trotzdem sieht das Bundesgericht das Erfordernis der Binnenbeziehung für den Staatenarrest auch bei einem definitiven Rechtsöffnungstitel als «Ausdruck schweizerischen Landesrechts»

an.¹⁰ Es handelt sich also nicht um Völkerrecht,¹¹ das eigentlich als Rechtsgrundlage der Vollstreckungsimmunität und damit der Beschränkung der Gerichtsbarkeit heranzuziehen ist.¹²

Auch im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht jedoch auf die zuletzt von ihm offengelassene Einordnung der Binnenbeziehung als Aspekt der Immunität fremder Staaten vor der schweizerischen Gerichtsbarkeit oder als Frage der internationalen Zuständigkeit hingewiesen (E. 3.3.2). Die Rechtsprechung begrenzt sich hier auf die blosser Festlegung, dass es sich bei der Binnenbeziehung um eine Prozessvoraussetzung handle, deren Fehlen zu einem Nichteintretensentscheid führe.¹³ Diese Änderung in der Begründung des Erfordernisses hat gerade ihren Ursprung in der Kritik, dass keine ausreichende völkerrechtliche Grundlage für eine Einordnung als Aspekt der Staatenimmunität benannt werden kann.¹⁴ Es ist wohl primär den Bemühungen geschuldet, die Binnenbeziehung unter Art. 55 ICSID-Übereinkommen zu subsumieren (siehe dazu unten III.B), dass das Bundesgericht dennoch das Erfordernis wieder deutlicher in den Zusammenhang mit der Immunität bringt (vgl. E. 3.3.3). Zwar in Konsequenz dieser Einordnung, aber in Abkehr von seiner früheren Auffassung,¹⁵ prüfte das Bundesgericht daher auch einen behaupteten Immunitätsverzicht, obwohl es an der Binnenbeziehung gemangelt habe (E. 3.3.3).¹⁶

⁵ Im Entscheid explizit in E. 3.2.1; KREN KOSTKIEWICZ, Binnenbeziehung (FN 4), 301; vgl. zum im Ausland lebenden Schuldner BSK SchKG I-SCHMID, Art. 52 N 1, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer/Franco Lorandi (Hrsg.), Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2021.

⁶ Siehe etwa die historischen Aufarbeitungen der Rechtsprechung bei SCHNEIDER/KNOLL (FN 3), 339 ff.; LAUTE/ZIEGLER (FN 2), 286 ff.

⁷ BGE 44 I 49 E. 4; ebenso STACHER (FN 2), 221, Fn 18.

⁸ MARRO (FN 4), 259; STAEHELIN/BOPP (FN 4), 727 f.; einschränkend jedoch STACHER (FN 2), 230 f.

⁹ Botschaft vom 8. Mai 1991 über die Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), BBl 1991 III 1, 80 f. und 163 f.; DANIEL STAEHELIN, Die internationale Zuständigkeit der Schweiz im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, AJP 1995, 259 ff., 269; KREN KOSTKIEWICZ, Binnenbeziehung (FN 4), 302 f.; JÉRÔME CANDRIAN, L'immunité des Etats face aux Droits de l'Homme et à la protection des Biens culturels, Diss. Fribourg, Zürich/Basel/Genf 2005, N 73 f.; BSK SchKG II-STOFFEL (FN 4), Art. 271 N 88.

¹⁰ E. 3.3.3; erstmals in BGE 106 Ia 142 E. 3b.

¹¹ BGE 106 Ia 142 E. 3b; ANJA HÖFELMEIER, Die Vollstreckungsimmunität der Staaten im Wandel des Völkerrechts, Heidelberg 2018, 75; GERHARD WALTER/TANJA DOMEJ, Internationales Zivilprozessrecht, 5. A., Bern/Stuttgart/Wien 2012, 79, Fn 56; siehe gerade hingegen Art. 19 lit. c in dem von der Schweiz unterzeichneten Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit, BBl 2009 1761, das mangels Inkrafttretens derzeit nur als Völkergewohnheitsrecht berücksichtigt werden kann; dazu auch BERTOLINI (FN 4), 113 ff.; STACHER (FN 2), 223.

¹² MARCUS BSAISOU, Vollstreckungsimmunität von Zentralbanken, Tübingen 2020, 95 ff.; HÖFELMEIER (FN 11), 30 ff.

¹³ BGE 144 III 411 E. 6.3.3; BGer, 5A_469/2022, 21.3.2023, E. 3.3; das Kriterium als Frage der internationalen Zuständigkeit im Erkenntnisverfahren einordnend: BGer, 4C.379/2006, 22.5.2017, E. 4.

¹⁴ In BGE 144 III 411 E. 6.3.3 explizit herangezogen: KREN KOSTKIEWICZ, Staatenimmunität (FN 4), 462 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, Binnenbeziehung (FN 4), 296 f.

¹⁵ BGE 106 Ia 142 E. 3b; krit. dazu etwa EGON BUCHER, Vollstreckbarkeit schweizerischer Schiedssprüche und Staatenimmunität im Vollstreckungsverfahren, IPRax 1982, 161 ff., 163; KREN KOSTKIEWICZ, Staatenimmunität (FN 4), 465 f.

¹⁶ Unter Verweis auf MEES BRENNINKMEIER/FABIEN GÉLINAS, The Problem of Execution Immunities and the ICSID Convention, Journal of World Investment & Trade 2021, 429 ff., 443, wurde jedoch ein Verzicht auf die Vollstreckungsimmunität durch die Schiedsabrede im Anwendungsbereich des ICSID-Übereinkommens überzeugenderweise verneint; auch BERTOLINI (FN 4), 279 ff.; siehe aber KREN KOSTKIEWICZ, Schiedsklausel (FN 4), 214.

Der Bezug zur Schweiz unterliegt beim Staatenarrest hohen Anforderungen.¹⁷ Das Bundesgericht führt regelmässig an, dass das Kriterium dann erfüllt wäre, «wenn das Schuldverhältnis, aus dem die streitigen Arrestforderungen hergeleitet werden, in der Schweiz begründet wurde oder wenn es hier zu erfüllen ist oder wenn der fremde Staat in der Schweiz zumindest Handlungen vorgenommen hat, mit denen er in der Schweiz einen Erfüllungsort begründete».¹⁸ Ebenso unter Willkürkognition wandte sich kürzlich das Bundesgericht auch nicht dagegen, dass die Binnenbeziehung durch eine nach dem Schiedsspruch getroffene Vereinbarung mit einem Staat, gewisse Vermögensgegenstände bei Nichtzahlung arrestieren zu lassen, hergestellt werden könne.¹⁹ Nicht ausreichend ist hingegen der blosse Belegenheitsort eines Vermögenswerts oder der Sitz des Schiedsgerichts in der Schweiz. Im Entscheid nicht explizit angesprochen wird, dass offenbar auch der Sitz des Investors in Investitionsstreitigkeiten, der in casu in der Schweiz lag (E. 3.4.1), keine ausreichende Binnenbeziehung herstellen konnte.

Das Kriterium selbst dient im Wesentlichen einer rein politischen Begrenzung der Vollstreckung gegen fremde Staaten, wie auch das Bundesgericht bereits angemerkt hat.²⁰ Als Argument werden etwa diplomatische Bedenken, die auch zu wirtschaftlichen Nachteilen für die Schweiz führen könnten, angeführt.²¹ Dem steht allerdings in Investitionsstreitigkeiten ein berechtigtes Interesse des Investors gegenüber, einen durch ein von Staaten unabhängiges ICSID-Schiedsgericht erlassenen Entscheid in einem Vertragsstaat zu vollstrecken. Die Vollstreckung mag aus Gründen erheblicher Reputationsverluste für die die Leistung verweigernden Staaten zwar nicht der Regelfall sein,

doch beobachten einzelne Autoren in der Praxis gewisse Staaten, die sich zunehmend der Vollstreckung zu entziehen versuchen.²²

B. Die «Achillesferse» des ICSID-Übereinkommens

Damit zeigt sich, wie bereits vielfach festgehalten, auch an diesem Entscheid, dass die «Achillesferse» des ICSID-Übereinkommens in der Vollstreckung liegt.²³ Auch wenn der Kläger einer Investitionsstreitigkeit einen von Staaten unabhängigen Schiedsspruch erlangt hat, bleibt er für die Vollstreckung auf das nationale Recht der Vertragsstaaten angewiesen. Im ICSID-Übereinkommen liegen gewissermassen Stärke und Schwäche eines ICSID-Schiedsspruches nur wenige Absätze bzw. einen Artikel auseinander.

Wie auch das Bundesgericht betont hat (E. 3.2.2), sind die 158 Vertragsstaaten²⁴ nach Massgabe des Art. 54 Abs. 1 zunächst dazu verpflichtet, einen Schiedsspruch auf Geldleistung anzuerkennen und zu vollstrecken, «als handle es sich um ein rechtskräftiges Urteil eines [...] [ihrer] innerstaatlichen Gerichte». Das führt zu einer – in anderen Vertragswerken regelmässig unbekanntem²⁵ – umfassenden Beschränkung der Überprüfungsmöglichkeit des ausländischen Schiedsspruches.²⁶ Das nationale Gericht kann lediglich die Authentizität des Schiedsspruches prüfen, wofür in Art. 54 Abs. 2 ICSID-Übereinkommen auch die Ausstellung einer vom Generalsekretär beglaubigten Abschrift vorgesehen ist.²⁷ Als Ausgleich dafür ist eine separate und von Staaten unabhängige Überprüfungsmöglichkeit durch einen Ad-hoc-Ausschuss vorgesehen, der nach Massgabe des Art. 52 ICSID-Übereinkommen im Einzelfall durch den Vorsitzenden des Verwaltungsrats (Art. 5 ICSID-Überein-

¹⁷ Zur unterschiedlichen Auslegung des «genügenden Bezug[s] zur Schweiz» in Art. 271 Abs. 1 Ziff. 4 SchKG bereits OGer ZH, 22.3.2000, in: ZR 2000, 299 ff.; CANDRIAN (FN 9), N 73; WALTER/DOMEJ (FN 11), 79 f. und Fn 56.

¹⁸ BGE 56 I 237 E. 3; BGE 134 III 122 E. 5.2.2; BGE 144 III 411 E. 6.3.2; BGer, 5A_406/2022, 17.3.2022, E. 3.4.2.

¹⁹ BGer, 5A_469/2022, 21.3.2023, E. 3.

²⁰ BGE 106 Ia 142 E. 3b: «Es müssen [...] 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; im Gegenteil könnten dadurch leicht politische und andere Schwierigkeiten entstehen.»; zum Entscheid krit. etwa GEORGES R. DELAUME, Enforcement of State Contract Awards: Jurisdictional Pitfalls and Remedies, ICSID Review 1993, 29 ff., 39 f.; siehe etwa die Argumentation des Bundesgerichts zuletzt wiederholend KGer SZ, BEK 2017 41, 27.10.2017, E. 2a.cc.

²¹ WALTER/DOMEJ (FN 11), 82; MARRO (FN 4), 244 f., wengleich krit. (258) ebenso wie STAEHELIN/BOPP (FN 4), 736 f.

²² STEFAN KRÖLL, Enforcement of Awards, in: Marc Bungenberg et al. (Hrsg.), International Investment Law, Baden-Baden 2015, 1482 ff., N 2 f.; STEPHAN VON MARSCHALL, Vollstreckbarerklärung und Vollstreckung von ICSID-Schiedssprüchen in Deutschland, RIW 2021, 785 ff.; Pract.-Comm.-MOOLAN QC/BASTIN (FN 3), Art. 54 N 4.1337.

²³ ICSID-Comm.-REINISCH (FN 3), Art. 55 N 9; ebenso etwa STACHER (FN 2), 224; PAOLO MICHELE PATOCCHI/XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration (II), SZIER 2013, 541 ff., 559; siehe auch Pract.-Comm.-AMIRFAR (FN 3), Art. 55 N 4.1399, VON MARSCHALL (FN 22), 792, und das Vorbringen der Beschwerdeführerin wiedergegeben in E. 3.3.2.

²⁴ Database of ICSID Member States, Internet: <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> (Abruf 15.6.2023).

²⁵ THORSTEN LÖRCHER, ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, 11 ff., 20.

²⁶ VON MARSCHALL (FN 22), 786; BERTOLINI (FN 4), 144 f.

²⁷ HELENE BUBROWSKI, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, Tübingen 2013, 287; BSK IPRG-PATOCCHI/JERMINI, Art. 194 N 53, in: Pascal Grolimund/Leander D. Loacker/Anton K. Schnyder (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2021.

kommen) ernannt wird.²⁸ Im Hinblick auf die Gleichstellung mit Entscheidungen nationaler Gerichte hat der nicht eindeutige Wortlaut in Art. 54 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen in der dt. Literatur zu der Frage geführt, ob ein Exequaturverfahren trotzdem zulässig ist.²⁹ Das Bundesgericht schloss sich im vorliegenden Entscheid (E. 3.2.2) der Botschaft zum ICSID-Übereinkommen des Bundesrates an, die jegliche – zum damaligen Zeitpunkt kantonale – Exequaturverfahren als unanwendbar ansah.³⁰ Damit führt das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu einer Beschränkung der Prüfung ausländischer Schiedssprüche beim Arrest auf eine Glaubhaftmachung, dass einer Anerkennung und Vollstreckung dem ersten Anschein nach nichts entgegensteht, auch für ICSID-Schiedssprüche fort.³¹ Dies ist jedenfalls im Hinblick auf das Ziel, möglichst zügig eine Arrestmassnahme zu erwirken, zu begrüssen.

Im Unterschied zu dieser anerkennungsfreundlichen Regelung, die insb. auch die Prüfung einer Jurisdiktionsimmunität von Staaten im Exequaturverfahren unterbindet,³² gibt das ICSID-Übereinkommen mit Art. 54 Abs. 3³³ und Art. 55³⁴ den Vertragsstaaten doch Kontrolle über das Vollstreckungsverfahren. So sind das Verfahren und die rechtliche Ausgestaltung einer Vollstreckungsimmunität den Staaten überlassen.³⁵ Der umfassende Verweis ist vor dem historischen Hintergrund zu betrachten, dass bei der Ausarbeitung des Übereinkommens kaum Ausnahmen von der Vollstreckungsimmunität unter den Staaten angenommen

wurden.³⁶ Aufgrund dieses Verweises besteht aber in der Literatur – im Unterschied zum NYÜ³⁷ – die überwiegende Meinung, dass die Aufstellung eines Erfordernisses der Binnenbeziehung mit dem ICSID-Übereinkommen im Einklang steht.³⁸ Das Bundesgericht wies darauf hin, dass der Bundesrat in der Botschaft zum ICSID-Übereinkommen die Möglichkeit der Fortführung dieser Rechtsprechung angenommen hatte (E. 3.3).³⁹ Es sah auch keinen Grund, auf Basis der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Ansicht REINISCHS einen Binnenbezug durch das ICSID-Übereinkommen selbst anzunehmen⁴⁰ und deshalb von dieser Rechtsprechung im Anwendungsbereich des Übereinkommens (unter Willkürkognition) abzuweichen (E. 3.3).

M.E. müsste allerdings bereits der sich im Entscheid erneut andeutende Rechtsprechungswandel, der das Erfordernis der Binnenbeziehung nicht mehr definitiv als Aspekt der Vollstreckungsimmunität einordnet, zu einer Nichtberücksichtigung desselben bei der Vollstreckung eines ICSID-Schiedsspruches führen. Im Unterschied zu Art. 55 ist in Art. 54 Abs. 3 ICSID-Übereinkommen keine Ausnahme von der grundsätzlichen Verpflichtung der Vertragsstaaten nach Art. 54 Abs. 1 ICSID-Übereinkommen angelegt, Schiedssprüche wie innerstaatliche Entscheide zu vollstrecken.⁴¹

Den Versuch der Beschwerdeführerin allerdings, die beschriebene Schwäche des ICSID-Übereinkommens in der Vollstreckung über den ihrer Ansicht nach zugleich anwendbaren Art. 26 Abs. 8 VEC zu überbrücken, liess das Bundesgericht nicht zu. Das ist allerdings insoweit überzeugend, als dieser zwar die Vertragsstaaten anhält, eine «wirksame Vollstreckung der Schiedssprüche in ihrem Gebiet» zu sichern, die Vollstreckung des ICSID-Schiedsspruchs aber wohl trotzdem nach dem ICSID-Übereinkommen zu erfolgen hat.⁴²

²⁸ BURKHARD SCHÖBENER/LARS MARKERT, Das International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ZVglRWiss 105 (2006), 65 ff., 107.

²⁹ So etwa BUBROWSKI (FN 27), 286; a.M. BERTOLINI (FN 4), 145 und 216 f., auch unter Diskussion im Hinblick auf Art. 54 Abs. 3 ICSID-Übereinkommen; CHRISTIAN DUVE/PHILIP WIMALASENA, «Echte» Transnationalisierung des Exequaturverfahrens für Schiedssprüche durch Schaffung eines Internationalen Vollstreckungsgerichts?, in: Werner F. Ebke/Dirk Olzen/Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing, Frankfurt am Main 2015, 73 ff., 89, Fn 57.

³⁰ Botschaft vom 15. Dezember 1967 betreffend die Genehmigung des Übereinkommens zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten, BBl 1967 II 1442 (zit. Botschaft ICSID), 1445.

³¹ BGE 139 III 135 E. 4.5.2; 144 III 411 E. 6.3.1; siehe auch FELIX C. MEIER-DIETERLE, Ausländische «nicht LugÜ-Entscheide» als Arrestgrund?, Jusletter 18. Juli 2011, N 22 ff.

³² BERTOLINI (FN 4), 98 ff.

³³ «Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.» (Die authentischen Sprachfassungen sind in Englisch, Französisch und Spanisch, siehe die «Final Clause» des ICSID-Übereinkommens.)

³⁴ «Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.»

³⁵ BUBROWSKI (FN 27), 288 ff.; DANIEL GIRSBERGER/NATHALIE VOSER, International Arbitration, 4. A., Zürich 2021, N 1872 f.; LÖRCHER (FN 25), 20; SCHÖBENER/MARKERT (FN 28), 107; VON MARSCHALL (FN 22), 786.

³⁶ ICSID-Comm.-REINISCH (FN 3), Art. 55 N 18.

³⁷ LAUTE/ZIEGLER (FN 2), 289 ff.; zugleich vergleichend mit dem ICSID-Übereinkommen SCHNEIDER/KNOLL (FN 3), 344 f.; STACHER (FN 2), 224.

³⁸ Siehe bereits die Nachweise in FN 3; a.M. OLGA GERLICH, State Immunity from Execution in the Collection of Awards Rendered in International Investment Arbitration: The Achilles' Heel of the Investor-State Arbitration System?, American Review of International Arbitration 2015, 47 ff., 78 f.

³⁹ Botschaft ICSID (FN 30), 1457.

⁴⁰ ICSID-Comm.-REINISCH (FN 3), Art. 55 N 27 f.

⁴¹ Vgl. ICSID-Comm.-REINISCH (FN 3), Art. 54 N 152.

⁴² BERTOLINI (FN 4), 85; CLAAS FRIEDRICH GERMELMANN, 12. Internationaler Investitionsschutz im Energierecht, Energiecharta-Prozess und Energiecharta-Vertrag, in: Christian Theobald/Jürgen Kühling (Hrsg.), Energierecht, 119. EL., München 2023, N 1 ff., N 115; THOMAS W. WÄLDE, Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation, Arbitration International 1996, 429 ff., 458 f., wengleich sich bei einer Verweigerung der Durchsetzung auch ein Vertragsbruch des VEC ergibt (459).

C. Notwendige Abkehr vom Erfordernis der Binnenbeziehung

Trotz der seit der Gründung des ICSID zunehmenden Relativierung der Vollstreckungsimmunität⁴³ erweist sich die Vollstreckung in der Praxis, wenn auch in reduziertem Mass, als «letzte Bastion der Staatenimmunität».⁴⁴ Das Bundesgericht sieht in seiner Rechtsprechung die Immunität im Vollstreckungsverfahren als blosser Folge der Immunität im Erkenntnisverfahren an.⁴⁵ Dieser Grundsatz ist zwar heute abzulehnen.⁴⁶ Jedoch liegt diesem historisch gesehen eine liberale Ansicht zur Immunität im Vollstreckungsverfahren zugrunde.⁴⁷ Im Kern folgt die Gleichsetzung aus der Erkenntnis, wie das Bundesgericht 1956 selbst festhielt, dass der Entscheid ohne Vollstreckung zu «un simple avis de droit» reduziert werden würde.⁴⁸ Vor demselben Problem steht nun jedoch der Investor bei der Vollstreckung des ICSID-Schiedsspruches, wie der Entscheid deutlich zeigt. Es erweist sich daher im gleichen Masse als stossend, dass zwar im Rahmen von ICSID-Schiedsverfahren ohne Verletzung der Immunität Schiedssprüche ergehen, deren Durchsetzung aber an den zur völkerrechtlichen Vollstreckungsimmunität durch einzelne Staaten zusätzlich aufgestellten Erfordernissen scheitert. Zumal es für den Investor im Fall der notwendigen Binnenbeziehung bei den vom Bundesgericht aufgestellten Erfordernissen (III.A.) oftmals kaum möglich sein wird, dieses Kriterium zu erfüllen.

Die Prüfung einer Vollstreckungsimmunität sollte sich daher bei Vorliegen eines Titels wie eines ICSID-Schiedsspruchs auf die Vollstreckungshandlung bzw. den Arrest selbst beziehen.⁴⁹ Dazu gehört die Frage, ob die Vermögenswerte, in die (zukünftig) vollstreckt werden soll, hoheitlichen Zwecken dienen.⁵⁰ Die Voraussetzung der Binnen-

beziehung knüpft hingegen in der derzeitigen Auslegung, wie im Übrigen auch die Voraussetzung von «acta iure gestionis»,⁵¹ regelmässig an den dem Erkenntnisverfahren zugrundeliegenden Sachverhalt an und verlangt damit, auf Basis dessen erneut, wenngleich nun im Stadium der Vollstreckung, die Immunität zu beurteilen.⁵² Es überrascht daher auch aus diesem Grund nicht, dass die Einordnung des Erfordernisses zwischen Gerichtsbarkeit und internationaler Zuständigkeit nur schwer gelingt. Statt dieses Erfordernis jedoch zwischen Immunität und internationaler Zuständigkeit hin- und herzuschieben,⁵³ wäre es m.E. vorzugswürdiger, vom Erfordernis des Binnenbezuges bei einem Staatenarrest nach Art. 271 Abs. 1 Ziff. 6 SchKG gänzlich Abstand zu nehmen.

Es ist zudem anzumerken, dass Art. 54 Abs. 3 und Art. 55 ICSID-Übereinkommen nicht der alleinige Massstab für den Staat in der Ausgestaltung einer Vollstreckungsimmunität auf nationaler Ebene sind. Das Nichteintreten auf das Arrestgesuch und damit die Verweigerung einer Durchsetzung des Anspruchs ausschliesslich aufgrund einer mangelnden Binnenbeziehung kann die verfassungsmässigen Rechte des Arrestgläubigers verletzen. Das gilt insb. für die Rechtsweggarantie, wie in der Literatur zuletzt umfassend dargelegt wurde.⁵⁴ Eine über die Willkürkognition hinausgehende Prüfung des Erfordernisses unter dem Lichte anderer verfassungsmässiger Rechte durch das Bundesgericht wäre daher in Zukunft wünschenswert.

⁴³ ICSID-Comm.-REINISCH (FN 3), Art. 55 N 18 f.

⁴⁴ Übersetzt aus INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Draft articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, with commentaries, 56, Internet: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/4_1_1991.pdf (Abruf 15.6.2023); auch auf das Zitat hinweisend PAOLO MICHELE PATOCCHI/XAVIER FAVRE-BULLE, Case Notes on International Arbitration (II), SZIER 2013, 541 ff., 559.

⁴⁵ BGE 130 III 136 E. 2.1; 124 III 382 E. 4a; siehe auch STAEHELIN/BOPP (FN 4), 725.

⁴⁶ BSAISOU (FN 12), 137; HÖFELMEIER (FN 11), 74 ff.; KREN KOSTKIEWICZ, Schiedsklausel (FN 4), 218; STAEHELIN/BOPP (FN 4), 727 f.

⁴⁷ Siehe BSAISOU (FN 12), 222; BUCHER (FN 15), 162; CANDRIAN (FN 9), N 212; zur langsameren Entwicklung einer relativen Vollstreckungsimmunität auch BSAISOU (FN 12), 103 f.; HÖFELMEIER (FN 11), 48 ff.

⁴⁸ BGE 82 I 75 E. 10; auf diese Passage hinweisend auch STAEHELIN/BOPP (FN 4), 727.

⁴⁹ HÖFELMEIER (FN 11), 77.

⁵⁰ Für eine Einschränkung auf dieses Kriterium bereits KREN KOSTKIEWICZ, Staatenimmunität (FN 4), 465; KREN KOSTKIEWICZ, Binnenbeziehung (FN 4), 299 und 303; STACHER (FN 2), 230 ff.; siehe auch

STAEHELIN/BOPP (FN 4), 734 f.; zur völkerrechtlichen Grundlage HÖFELMEIER (FN 11), 143 ff.

⁵¹ Das ICSID-Schiedsverfahren muss gerade nicht dieser Beschränkung unterliegen, siehe ICSID-Comm.-SCHILL/SCHREUER/SINCLAIR (FN 3), Art. 25 N 96 ff.; ICSID-Comm.-REINISCH (FN 3), Art. 55 N 21; vgl. auch E. 3.5.2, in der die Beschwerdeführerin diese Überprüfung thematisiert.

⁵² Krit. deshalb auch MARRO (FN 4), 257.

⁵³ Zur grundsätzlichen Herausforderung, aber notwendigen Trennung der beiden Ebenen HÖFELMEIER (FN 11), 88 ff.; siehe auch den Grund im Arrestverfahren erkennend KREN KOSTKIEWICZ, Binnenbeziehung (FN 4), 301 bzw. die Kritik in KREN KOSTKIEWICZ, Staatenimmunität (FN 4), 465 f.

⁵⁴ Siehe etwa KREN KOSTKIEWICZ, Schiedsklausel (FN 4), 220 f.; MARRO (FN 4), 258 ff.; STACHER (FN 2), 228 f.; STAEHELIN/BOPP (FN 4), 729 ff.; eine umfassende Untersuchung für das Erkenntnisverfahren bot zuletzt etwa ANNE GABSUS, Staatenimmunität im Konflikt mit dem Rechtsschutzanspruch des Einzelnen aus Art. 6 I EMRK, Tübingen 2019.