

Verfahrensgang

KG, Beschl. vom 04.06.2012 – 20 Sch 10/11, [IPRspr 2013-277a](#)

BGH, Beschl. vom 30.01.2013 – III ZB 40/12, [IPRspr 2013-277b](#)

Rechtsgebiete

Schiedsgerichtsbarkeit

Zuständigkeit → Gerichtsbarkeit

Rechtsnormen

BGG (Schweiz) **Art. 77**; BGG (Schweiz) **Art. 100**

GG **Art. 25**

GVG **§ 20**

InvestitionsschutzVertr D-Thailand **Art. 2**; InvestitionsschutzVertr D-Thailand **Art. 8**;

InvestitionsschutzVertr D-Thailand **Art. 9 f.**; InvestitionsschutzVertr D-Thailand **Art. 10**

IPRG (Schweiz) **Art. 186**; IPRG (Schweiz) **Art. 190**

UNÜ **Art. V**

ZPO **§ 1061**

Fundstellen

nur Leitsatz

EWiR, 2013, 435, mit Anm. *Zarth*

MDR, 2013, 676

ZIP, 2013, 1096

LS und Gründe

NJW, 2013, 3184

RIW, 2013, 307

SchiedsVZ, 2013, 110

WM, 2013, 1903

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2013-277b>

Lizenz

Copyright (c) 2024 [Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht](#)



Dieses Werk steht unter der [Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz](#).

Im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur Regelung von Unterhalt ist gemäß § 57 Satz 1 FamFG ein Rechtsmittel nicht eröffnet, da die Regelung von Unterhalt nicht zu den in § 57 Satz 2 FamFG aufgeführten Verfahrensgegenständen gehört. Dieser Ausschluss eines Rechtsmittels erfasst auch die Beschwerde gegen die im Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ergangene Kostenentscheidung, unabhängig davon, ob die Kostenentscheidung als Teil der unanfechtbaren Endentscheidung ergangen ist (Zöller-Feskorn, ZPO, 29. Aufl., § 57 FamFG Rz 3 m.w.N. aus der Rspr.) oder – wie hier – isoliert nach Erledigung des Verfahrensgegenstands (KG, FamRZ 2011, 577; Zöller-Feskorn aaO) ...

Auch die vom AGg. weiter erhobenen Bedenken greifen nicht durch. Die isolierte Kostenentscheidung im Verfahren der einstweiligen Anordnung muss hier nicht schon deshalb anfechtbar sein, weil über die Regelung des Trennungsunterhalts im Hauptverfahren spanische Gerichte nach spanischem Recht zu entscheiden hätten. Spanien ist als Mitgliedstaat der EU durch das Haager Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 (ABl. Nr. L 331/2009) gebunden, Unterhaltsurteile spanischer Gerichte werden in Deutschland nach Art. 17 I EuUnthVO anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf. Dass sich die Regelung nach § 56 FamFG (Außerkräfttreten der einstweiligen Anordnung bei Wirksamwerden einer anderweitigen Regelung) nur auf Entscheidungen deutscher Gerichte bezieht, ist dem Wortlaut dieser Norm nicht zu entnehmen, eine solch einschränkende Auslegung würde auch dem Ziel der EuUnthVO zuwiderlaufen, innerhalb der EU einen gemeinsamen Rechtsraum zu schaffen. Eine spätere Überprüfung der Kostenentscheidung nach § 54 FamFG durch das AG bei Außerkräfttreten der einstweiligen Anordnung (vgl. hierzu Ehinger-Rasch, Unterhaltsrecht, 6. Aufl., Rz. 926) wäre damit nicht aufgrund des Auslandsbezugs von vornherein ausgeschlossen.“

16. Schiedsgerichtsbarkeit

277. *Das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs (§ 1061 ZPO) ist kein Verfahren der Zwangsvollstreckung, sondern ein Erkenntnisverfahren eigener Art, auf das die Grundsätze über die Immunität ausländischer Staaten im Erkenntnisverfahren anzuwenden sind.*

Nach den gemäß § 20 II GVG, Art. 25 GG als Bundesrecht geltenden Regeln des allgemeinen Völkerrechts sind Staaten im Erkenntnisverfahren der Gerichtsbarkeit anderer Staaten nicht unterworfen, soweit ihre hoheitliche Tätigkeit und nicht lediglich ihr kommerzielles Handeln betroffen ist.

Enthält ein Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und einem ausländischen Staat eine Regelung, wonach im Rahmen einer Schiedsabrede der Schiedsspruch nach innerstaatlichem Recht vollstreckt wird, unterwirft sich der ausländische Staat damit grundsätzlich auch dem Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs (§ 1061 ZPO), das in Deutschland als Vorstufe einer späteren Zwangsvollstreckung notwendig ist.

Sind die Entscheidungen des Schiedsgerichts nach dem Inhalt eines solchen Vertrags „bindend“, gilt dies grundsätzlich nur im Rahmen der vereinbarten Schieds-

klausel, so dass der Schiedsspruch, soweit das Schiedsgericht den Anwendungsbereich des Vertrags verkennt und sich irrtümlich für zuständig erachtet, nicht bindet und im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs die Berufung auf die Immunität nicht hindert. Dies gilt auch, soweit eine die Zuständigkeit bejahende Zwischenentscheidung des Schiedsgerichts unangefochten geblieben ist. Dass eine Partei kein Rechtsmittel gegen die Zwischenentscheidung eingelegt und sich im weiteren Verfahren auf die Klage eingelassen hat, kann regelmäßig nicht als Verzicht auf die Immunität gewertet werden. [LS der Redaktion]

a) KG, Beschl. vom 4.6.2012 – 20 Sch 10/11: SchiedsVZ 2013, 112.

b) BGH, Beschl. vom 30.1.2013 – III ZB 40/12: NJW 2013, 3184; RIW 2013, 307; WM 2013, 1903; SchiedsVZ 2013, 110. Leitsatz in: MDR 2013, 676; ZIP 2013, 1096; EWiR 2013, 435 mit Anm. Zarth.

Der ASt. ist Insolvenzverwalter der W. AG, die mit der D. AG fusionierte und so Anteile an einer Gesellschaft nach thailändischem Recht (DTM) erlangte, die zur Fortentwicklung der öffentlichen Infrastruktur im Königreich Thailand in den 80er Jahren gegründet worden war. Der AGg. hatte der DMT vertraglich eine Konzession über den Bau und Betrieb einer Autobahn von B. zum damaligen internationalen D. M. Flughafen erteilt. Am 24.6.2002 wurde der Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Königreich Thailand über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (BGBl. 2004 II 48; nachfolgend: ISV 2002) geschlossen, der Ende 2004 in Kraft trat und eine Schiedsklausel für Streitigkeiten zwischen einer der Vertragsparteien und einem Investor der anderen Vertragspartei enthielt. Der Anwendungsbereich des ISV 2002 umfasste auch genehmigte Kapitalanlagen, die schon vor dessen Inkrafttreten vorgenommen wurden. Nachdem 2005 über das Vermögen der W. AG das Insolvenzverfahren eröffnet worden war, erhob die W. AG in G. Schiedsklage gegen den AGg. wegen Verletzung (Entwertung) ihrer Gesellschafterrechte an der DMT. Das Schiedsgericht erklärte sich mit einem Teilschiedsspruch für zuständig und verurteilte den AGg. zur Zahlung von Schadensersatz.

Der ASt. hat die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs beantragt. Dem hat das KG durch Beschluss entsprochen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der AGg. mit seiner Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

a) KG 4.6.2012 – 20 Sch 10/11:

„II. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung ist nach den §§ 1061 I, 1062 II ZPO i.V.m. dem UNÜ sowie dem IVS 2002 zulässig und begründet.

1. Zulässigkeit

a) Das KG ist für die Entscheidung über den Vollstreckbarkeitsantrag zuständig, weil den Gründen des Beschlusses des OLG München über die fehlende dortige Zuständigkeit letztlich zu folgen ist und wegen der dort nicht ‚verfestigten Belegenheit‘ des kurzfristig auf dem Flughafen von München befindlichen Flugzeugs die Auffangzuständigkeit nach § 1062 II letzte Alt. ZPO greift.

b) Der AGg. ist nicht von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit. Inwiefern ein anderer Staat der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt, bestimmt sich mangels konkreter Rechtsvorschriften oder völkerrechtlicher Vereinbarungen nach den gemäß Art. 25 GG als Bundesrecht geltenden allgemeinen Regeln des Völkerrechts (§ 20 II GVG). Danach ist der Gerichtsstaat, wie das BVerfG festgestellt hat, völkerrechtlich nicht schlechthin gehindert, aufgrund eines gegen einen fremden Staat gerichteten Titels Zwangsmaßnahmen in dessen im Gerichtsstaat befindliche oder belegene Vermögensgegenstände zu betreiben (BVerfGE 46, 342, 388 f, 392¹; 64, 1, 23, 40²).

¹ IPRspr. 1977 Nr. 117.

² IPRspr. 1983 Nr. 127.

Es besteht lediglich die allgemeine Regel des Völkerrechts, dass die Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsstaat aus einem Vollstreckungstitel gegen einen fremden Staat in Gegenstände dieses Staats, die sich im Hoheitsbereich des Gerichtsstaats befinden oder dort belegen sind, ohne Zustimmung des fremden Staats unzulässig ist, sofern sie im Zeitpunkt des Beginns der Vollstreckungsmaßnahme hoheitlichen Zwecken des fremden Staats dienen (BVerfGE 46 aaO 346, 364; 64 aaO 40). Eine generelle Vollstreckungsimmunität besteht für den AGg. daher nicht. Verfahrensgegenstand ist auch kein Eingriff in hoheitliche Rechte des AGg., sondern ein Schiedsspruch auf Zahlung eines Geldbetrags wegen eines Schadensersatzanspruchs des ASt. Dabei kommt hinzu, dass sich der AGg. auf der Grundlage des ISV 2002 einer Schiedsvereinbarung unterworfen hat und in diesem Umfang auf seine Staatenimmunität verzichtet hat. So ist im ISV 2002 ausdrücklich vereinbart, dass die Entscheidungen des Schiedsgerichts für den AGg. bindend sind und nach innerstaatlichem Recht vollstreckt werden (Art. 9 V; 10 II). Es würde den Grundsätzen des Völkerrechts nicht entsprechen, sondern diese im Gegenteil missachten, wenn der AGg. an dieser von ihm bewusst eingegangenen Bindung durch die innerstaatlichen Gerichte des anderen Vertragsstaats nicht festgehalten werden könnte ...

d) Schließlich fehlt es dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung auch nicht am Rechtsschutzbedürfnis, denn der AGg. kann sich nicht auf das Recht berufen, von dem ASt. die Rücknahme der Schiedsklage bzw., darauf beruhend, die Rücknahme des Antrags auf Vollstreckbarerklärung verlangen zu können. Es fehlt hier an der notwendigen Voraussetzung, dass es sich bei dem zwischen dem ASt. und den Nebenintervenienten geschlossenen Vertrag vom 3.12.2006/12.7.2007 um einen echten Vertrag zugunsten Dritter handelt. Gemäß Nr. 16 der Vereinbarung vom 3.12.2006/12.7.2007 ist auf den Vertrag Schweizer Recht anzuwenden ...

Ob der AGg. gemäß Art. 112 II Schweiz. OR berechtigt ist, selbständig die Erfüllung des Vertrags vom 3.12.2006/12.7.2007 zu fordern, hängt danach von dem übereinstimmenden Willen der Vertragsschließenden ab. Dieser ist nach dem Rechtsgutachten der Privatsachverständigen Prof. Dr. I. S. vom 17.11.2001, dem der AGg. insoweit nicht widersprochen hat, anhand des Wortlauts der Vereinbarung zu ermitteln; daneben sind immer die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen; dazu gehören die Vorverhandlungen der Parteien, ihr Verhalten nach Vertragsschluss, die Interessenlage im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der jeweilige Vertragszweck ...

Aber selbst wenn bzgl. der Vereinbarung vom 3.12.2006/12.7.2007 von einem echten Vertrag zugunsten Dritter auszugehen wäre, kann sich der AGg. nicht auf ein Recht zur Rücknahme der Schiedsklage bzw. des Vollstreckbarerklärungsantrags berufen, weil die Nebenintervenienten von dieser Vereinbarung mit Schriftsatz vom 23.4.2010 gegenüber dem ASt. zurückgetreten sind und auf die nachträgliche Erfüllung verzichtet haben. Auf dieser Grundlage haben die Nebenintervenienten in dem ICC-Schiedsverfahren dann nicht mehr die Verurteilung des ASt. zur Erfüllung der Verpflichtung zur Rücknahme der Schiedsklage in dem BIT-Schiedsverfahren verlangt, sondern die Rückzahlung des Betrags, den sie angeblich für dieses Recht bezahlt haben. Soweit der AGg. entgegen der Auffassung des ASt. meint, der (Teil-) Rücktritt sei unwirksam gewesen und dies sei auch von dem ICC-Schiedsgericht so festgestellt worden, hat er dafür keinen Beweis angeboten. Aus der „Summa-

ry of Findings‘ des Schiedsspruchs vom 18.4.2011 (S. 40) ergibt sich solche Feststellung jedenfalls nicht. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Frage der Unwirksamkeit des Teilrücktritts und die Fortgeltung des Klagerücknahmerechts dem ICC-Schiedsgericht zur Entscheidung gestellt worden wäre.

Im Übrigen unterliegt die Entscheidung über Ansprüche aus dem Vertrag vom 3.12.2006/12.7.2007 der Schiedsklausel in Nr. 16, wonach alle Streitigkeiten aus dem Vertrag den Schiedsgerichtsregelungen der ICC am Sitz des Schiedsgerichts in Singapore unterliegen. Insofern hat sich der ASt. zu Recht auf die Schiedseinrede berufen und darauf hingewiesen, dass über diese Ansprüche das ICC-Schiedsgericht abschließend zu befinden hätte und diese nicht Gegenstand des Vollstreckbarerklärungsverfahrens sein könnten. Der Anspruch gegen den ASt. auf Rücknahme der Schiedsklage aus dem Vertrag vom 3.12.2006/12.7.2007 existiert hier von Anfang an nur mit der ‚Einschränkung‘, dass er nicht vor staatlichen Gerichten, sondern nur vor dem Schiedsgericht einklagbar ist. Die Schiedsabrede enthält zugleich das Verbot, sich im Prozess vor den staatlichen Gerichten auf den Anspruch auf Klagerücknahme zu berufen, über den nach dem Willen der Beteiligten ein Schiedsgericht entscheiden soll. Dem Anspruchsinhalt ist die Schiedsklausel inhärent, so dass auch der Dritte im Rahmen eines Vertrags zugunsten Dritter hieran gebunden ist (*Zöller-Geimer*, ZPO, 29. Aufl., § 1031 Rz. 19; vgl. auch BGH, Urt. vom 2.10.1997 – III ZR 2/96, zit. n. juris, zum formfreien Übergang). Dem steht auch nicht entgegen, dass der AGg. selbst keine Schiedsvereinbarung nach Art. II UNÜ unterschrieben hat. Denn die Meistbegünstigungsklausel aus Art. VII Abs. 1 UNÜ wirkt sich auch im Anwendungs- und Prüfungsbereich des Art. II UNÜ aus. Art. VII Abs. 1 UNÜ sieht gerade vor, dass die Bestimmungen des Übereinkommens keiner Partei das Recht nehmen, sich (zugunsten der Wirksamkeit) auf einen Schiedsspruch nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts oder der Verträge des Lands, in dem er geltend gemacht wird, zu berufen. Ist danach aber die Schiedsvereinbarung nach Maßgabe des nationalen Prozessrechts des Exequaturstaats formfrei gegenüber dem Dritten wirksam, bedarf es keiner Prüfung im Rahmen des Art. V Abs. 1 lit. a Alt. 2 UNÜ mehr, ob dies ebenfalls der Rechtslage des Lands, in dem der Schiedsspruch ergangen ist, entspricht (vgl. auch BGH, Beschl. vom 30.9.2010 – III ZB 69/09³, zit. n. juris).

Damit ist die Beurteilung der Ansprüche aus dem Vertrag vom 3.12.2006/12.7.2007 den staatlichen Gerichte entzogen und kann im Vollstreckbarerklärungsverfahren von dem AGg. nicht – auch nicht im Wege einer ‚Ermächtigung zur Prozessführung‘ – geltend gemacht werden.

e) Die weiteren formalen Antragsvoraussetzungen sind erfüllt, insbes. liegt eine beglaubigte Abschrift des Schiedsspruchs gemäß § 1064 I, III ZPO vor. Die Existenz und Authentizität des Schiedsspruchs sind im Übrigen unstrittig.

2. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs ist auch begründet.

Der Schiedsspruch ist bindend im Sinne des Art. V I lit. e UNÜ. Mit dem BGH ist der Senat der Ansicht, dass ein Schiedsspruch für die Parteien dann verbindlich geworden ist, wenn er weder bei einer höheren schiedsrichterlichen Instanz noch mit einem Rechtsmittel angegriffen werden kann (BGH, Urt. vom 14.4.1988 – III ZR 12/87⁴, zit. n. juris). Dies trifft auf den streitgegenständlichen Schiedsspruch zu.

³ IPRspr. 2010 Nr. 306.

⁴ IPRspr. 1988 Nr. 216.

Eine Überprüfung des Schiedsspruchs durch eine höhere schiedsrichterliche Instanz haben die Parteien nicht vereinbart. Das von dem AGg. betriebene Revisionsverfahren vor dem BGer hindert die Vollstreckbarerklärung nicht, da es lediglich die Möglichkeit bietet, den Schiedsspruch nachträglich zu beseitigen und dies der Verbindlichkeit nicht entgegensteht.

Gründe, die der Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs nach Art. V UNÜ entgegenstehen, sind nicht erkennbar.

a) Soweit der AGg. geltend macht, dass zwischen den Parteien keine (wirksame) Schiedsabrede bestehe bzw. der Schiedsspruch eine Streitigkeit betreffe, die nicht unter die Bestimmungen der im ISV 2002 enthaltenen Schiedsklausel falle (Art. V I litt. a und c UNÜ), weil die Investitionen des ASt. nicht mit einer Zulassungsurkunde – ‚Certificate of Admission‘ oder ‚Certificate of Approval‘ – des thailändischen Außenministeriums genehmigt worden seien, ist er mit diesen Einwendungen ausgeschlossen.

aa) Zwar kann sich der AGg. nach § 1061 I 1 BGB, Art. V Abs. 1 lit. a UNÜ (i.V.m. Art. II UNÜ) im Verfahren auf Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs darauf berufen, dass dem Schiedsspruch keine (wirksame) Schiedsvereinbarung zugrunde liegt. Einen Vorbehalt der Geltendmachung ausländischer Rechtsbehelfe gegen den Schiedsspruch enthalten weder § 1061 ZPO noch Art. V UNÜ. Im Rahmen des durch das nationale Recht in Bezug genommenen UN-Übereinkommens kann deshalb dieser Einwand nicht unter Hinweis auf eine unterlassene Geltendmachung befristeter Rechtsbehelfe im Ausland zurückgewiesen werden (BGH, Beschl. vom 16.12.2010 – III ZB 100/09⁵, zit. n. juris).

Allerdings bestimmt § 1061 I 1 BGB, Art. VII Abs. 1 UNÜ, dass die Bestimmungen des Übereinkommens keiner beteiligten Partei das Recht nehmen, sich auf einen Schiedsspruch nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts oder der Verträge des Lands, in dem er geltend gemacht wird, zu berufen (sog. Meistbegünstigungsklausel). Dort enthaltene Präklusionsbestimmungen können deshalb die Verteidigungsmöglichkeiten eines AGg. im inländischen Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren beschränken.

Art. V Abs. 1 Satz 1 des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961 (BGBl. 1964 II 425; nachfolgend EuÜ) sieht insoweit vor, dass eine Partei, will sie die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts mit der Begründung erheben, eine Schiedsvereinbarung bestehe nicht oder sei unwirksam, dies spätestens gleichzeitig mit ihrer Einlassung zur Hauptsache im schiedsrichterlichen Verfahren geltend zu machen hat. Anderenfalls ist sie mit dieser Rüge nach Maßgabe des Art. V Abs. 2 EuÜ auch in späteren Verfahren vor einem staatlichen Gericht ausgeschlossen (BGH aaO). Das EuÜ überlagert insoweit Art. V Abs. 1 UNÜ (vgl. auch MünchKommZPO-Adolphsen, 3. Aufl., Bd. 3, § 1061 Anh. 2 EuÜ Rz. 10).

Zwar mag sich der AGg. zu Beginn des Schiedsverfahrens auf eine fehlende Schiedsvereinbarung berufen haben, er hat jedoch nach den Feststellungen des Hauptschiedsspruchs unter Nr. 9.3 den Teilschiedsspruch des Schiedsgerichts über seine sachliche Zuständigkeit vom 5.10.2007 akzeptiert ... Das hat wohl auch das Schiedsgericht so gesehen, indem es im Schiedsspruch feststellte, dass der AGg. die

⁵ IPRspr. 2010 Nr. 310.

sachliche Zuständigkeit akzeptiert habe. Mit der Akzeptanz der sachlichen und zeitlichen Zuständigkeit des Schiedsgerichts in der Verhandlung zur Hauptsache und seiner im Weiteren rügelosen Einlassung zur Sache hat der AGg. vielmehr wirksam auf die zunächst erhobene Zuständigkeitsrüge verzichtet und ist nach Art. V Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 EuÜ damit auch im Vollstreckbarerklärungsverfahren ausgeschlossen.

bb) Der AGg. ist mit seiner Zuständigkeitsrüge auch wegen widersprüchlichen Verhaltens ausgeschlossen. Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist ein (auch) dem UNÜ innewohnendes Rechtsprinzip, das im Rahmen der Art. II und V UNÜ zu beachten ist (OLG Schleswig, Beschl. vom 30.3.2000 – 16 SCHH 5/99⁶, zit. n. juris). Es widerspricht dem im vorliegenden Verfahren vor einem deutschen Gericht geltenden Gebot redlicher Prozessführung, das als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Prozessrecht gilt (*Zöller-Vollkommer* aaO Einl. Rz. 56), wenn der AGg. einerseits seine Beteiligungsmöglichkeiten bei der Zuständigkeitsprüfung im Schiedsverfahren ausschöpft, die ihm nachteilige Entscheidung nicht durch die zuständige staatliche Gerichtsbarkeit überprüfen lässt und sich weiter am Schiedsverfahren in der Hauptsache unter Bestätigung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts beteiligt, dann aber im Stadium der Vollstreckbarerklärung wieder zum Einwand fehlender Schiedsklausel zurückkehrt (vgl. auch KG, Beschl. vom 10.8.2006 – 20 SCH 7/04⁷; OLG Hamm, Beschl. vom 27.9.2005 – 29 Sch 1/05, SchiedsVZ 2006, 107).

b) Dem Schiedsspruch ist auch nicht wegen Verstoßes gegen den *ordre public* gemäß Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ die Anerkennung und Vollstreckung zu versagen.

aa) Der Aufhebungsgrund des Verstoßes gegen den *ordre public* wird durch die §§ 580 ff. ZPO konkretisiert, soweit sich im Schiedsverfahren Dinge ereignet haben, die einen Restitutionsgrund darstellen (*Zöller-Geimer* aaO § 1061 Rz. 32, § 1059 Rz. 67). Ein solcher in § 580 ZPO gesetzlich umschriebener Aufhebungsgrund liegt hier nicht vor.

Der AGg. hat einen Sachverhalt behauptet, wonach der ASt. den Schiedsspruch durch einen Prozessbetrug erwirkt habe ...

Wäre der Schiedsspruch nach dem Vortrag des AGg. durch einen Verfahrensbetrug des ASt. erwirkt worden, dann wäre der Restitutionsgrund des § 580 Nr. 4 ZPO und damit ein Versagungsgrund im Sinne des Art. V Abs. 2 lit. b UNÜ an sich gegeben. Dieser unterläge aber wie die Geltendmachung von Restitutionsgründen in Bezug auf Verfahren vor dem staatlichen Gericht den Einschränkungen der §§ 581 f. ZPO. Sie führen hier dazu, dass die im Restitutionsgrund des § 580 Nr. 4 ZPO liegende *Ordre-public-Widrigkeit* dem Schiedsspruch nicht entgegengesetzt werden kann. Wegen des behaupteten Verfahrensbetrugs ist weder eine rechtskräftige Verurteilung ergangen noch festgestellt, dass die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen als wegen Mangels an Beweisen nicht erfolgen konnte, § 581 I ZPO (vgl. BGH, Beschl. vom 2.11.2000 – III ZB 55/99).

bb) Dem Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs ist auch nicht der Erfolg zu versagen, weil zugunsten des AGg. der Einwand der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung (§ 826 BGB) greift. Das wäre nur in den Fällen zulässig, in welchen auch die Urteilserschleichung oder das Gebrauchmachen von dem rechts-

⁶ IPRspr. 2000 Nr. 185.

⁷ IPRspr. 2006 Nr. 214 (LS).

kräftigen Urteil eines staatlichen Gerichts als sittenwidrige Schädigung des Gegners im Sinne des § 826 BGB gewertet würde ...

Diese Voraussetzungen liegen hier aber offensichtlich nicht vor ... Nach der Rspr. des BGH kann ein objektiv unrichtiges Urteil dann nicht über § 826 BGB korrigiert werden, wenn es auf nachlässige Prozessführung des Betroffenen zurückzuführen ist (BGH, Urt. vom 25.2.1988 – III ZR 272/85, zit. n. juris). Dies betrifft auch das Unterlassen der Einlegung möglicher Rechtsbehelfe (*Palandt-Sprau*, BGB, 71. Aufl., § 826 Rz. 52), wie im vorliegenden Fall der von dem AGg. unterlassenen Einlegung der Schiedsbeschwerde nach Art. 190 II IPRG ...

cc) Der Verstoß gegen die Verpflichtung zur Rücknahme der Schiedsklage stellt keinen Verstoß gegen den *ordre public* dar, weil dem AGg. mangels festgestellten Vertrags zugunsten Dritter kein eigenes Recht zustand, die Rücknahme der Schiedsklage zu verlangen. Die bloße Vertragsverletzung gegenüber einem Dritten führt nicht dazu, dass der darauf angeblich beruhende Schiedsspruch gegenüber dem AGg. mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist; d.h. eine Norm verletzt, die die Grundlagen des staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens regelt oder zu deutschen Gerechtigkeitsvorstellungen in einem untragbaren Widerspruch steht.

dd) Der ASt. handelte auch nicht rechtsmissbräuchlich, indem er trotz Verkaufs seiner Anteile an der DMT das Schiedsverfahren weiterbetrieb ...

3. Aussetzungsantrag

Der Aussetzungsantrag des AGg. gemäß Art. VI UNÜ ist zurückzuweisen.

Art. VI UNÜ räumt dem Gericht einen weiten Ermessensspielraum ein, wobei Kriterien für die Ausübung des Ermessens nicht genannt werden. Das Ziel des UNÜ, die Anerkennung von Schiedssprüchen zu erleichtern, muss allerdings gewahrt bleiben. Daher muss der Vollstreckungsgegner darlegen, dass die von ihm geltend gemachten Aufhebungsgründe tatsächlich erfolversprechend sind (Münch-KommZPO-*Adolphsen* aaO). Nach dem Rechtsgutachten der Schweizer Rechtsanwälte Prof. Dr. F. K. und Dr. B. B. vom 18.11.2011, dem der AGg. insoweit nicht entgegengetreten ist, lässt das BGer gegen einen Schiedsspruch nur die folgenden im Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz – BGG) vom 17.6.2005 (AS 2006, 1205) genannten Revisionsgründe zu:

„wenn auf dem Wege des Strafverfahrens erwiesen wird, dass durch ein Verbrechen oder Vergehen zum Nachteil des Gesuchstellers auf den Entscheid eingewirkt wurde“ (Art. 123 I BGG);

„wenn die ersuchende Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte, unter Ausschluss der Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid entstanden sind“ (Art. 123 II lit. a BGG) ...“

Dem AGg. steht auch im Fall einer zu seinen Gunsten ausfallenden Entscheidung des BGer gemäß § 1061 III ZPO die Möglichkeit der Aufhebung der Vollstreckbarerklärung zur Verfügung.“

b) BGH 30.1.2013 – III ZB 40/12:

„II. ... 2. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs ist kein Verfahren der Zwangsvollstreckung, sondern ein Erkenntnisverfahren eigener Art (vgl. nur Senat, Beschl. vom 27.3.2002 – III ZB 43/00¹, NJW-RR 2002, 933; OLG München, SchiedsVZ 2007, 164, 165; *Schwab-Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 26 Rz. 3, Kap. 27 Rz. 1; *Zöller-Geimer*, ZPO, 29. Aufl., § 1060 Rz. 3). Auf das Verfahren sind deshalb die Grundsätze über die Immunität ausländischer Staaten im Erkenntnisverfahren anzuwenden (vgl. nur *Zöller-Geimer* aaO § 722 Rz. 63; *Geimer*, IZPR, 6. Aufl., Rz. 544).

Nach den gemäß § 20 II GVG, Art. 25 GG als Bundesrecht geltenden Regeln des allgemeinen Völkerrechts sind Staaten im Erkenntnisverfahren der Gerichtsbarkeit anderer Staaten nicht unterworfen, soweit ihre hoheitliche Tätigkeit (*acta iure imperii*) und nicht lediglich ihr kommerzielles Handeln (*acta iure gestionis*) betroffen ist (vgl. nur BVerfGE 16, 27, 33 ff., 61 f.²; 46, 343, 364³; BVerfG, NJW 2007, 2605 Rz. 34 ff.⁴; BGH, Urt. vom 26.9.1978 – VI ZR 267/76⁵, NJW 1979, 1101; BAG, Urt. vom 1.7.2010 – 2 AZR 270/09⁶, juris Rz. 11; *Stein-v. Buttlar*, Völkerrecht, 13. Aufl., § 41 Rz. 717 ff.). Hierbei richtet sich die – regelmäßig nach dem Recht des entscheidenden Gerichts vorzunehmende – Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit nicht nach deren Motiv oder Zweck; maßgebend ist vielmehr die Art bzw. die Natur der zu beurteilenden staatlichen Handlung oder des streitigen Rechtsverhältnisses (vgl. nur BVerfGE 16 aaO; BGH, 26.9.1978 aaO; BAG aaO Rz. 12) und damit die Frage, ob der ausländische Staat in Ausübung ihm zustehender Hoheitsgewalt oder wie ein Privatmann tätig geworden ist.

b) Die mit dem Schiedsspruch vom 1.7.2009 entschiedene Klage betrifft die hoheitliche Tätigkeit des AGg. Im Schiedsspruch wird die Verurteilung zum Schadensersatz auf eine Verletzung von Art. 2 III ISV 2002 und insoweit auf die Verweigerung der Anhebung sowie zeitweilige Senkung der Mautgebühren, den Bau und Ausbau mautfreier Alternativrouten und die zeitweilige Schließung des D. M. Flughafens gestützt. Hierbei handelt es sich – was auch vom ASt. nicht in Frage gestellt worden ist – um Unterlassungen bzw. Handlungen des AGg., bei denen dieser nicht wie ein Privater im Rechtsverkehr tätig geworden ist, sondern die dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen sind. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass es vorliegend um die Vollstreckbarkeit einer Geldforderung geht, da nicht dies, sondern der Bezug zu hoheitlichem oder kommerziellem Handeln für die Frage der Immunität entscheidungserheblich ist.

c) Die Zulässigkeit des Antrags auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs hängt damit davon ab, ob der AGg. sich der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen hat.

aa) Entgegen der Auffassung des AGg. schadet es insoweit nicht, dass im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung im ISV 2002 das Verfahren auf Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs (§ 1061 ZPO i.V.m. dem Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958 (BGBl. 1961 II 121)) nicht ausdrücklich erwähnt worden ist. Nach Art. 10 ISV 2002 hat sich der AGg. bzgl. der Beilegung von Streitigkeiten mit ei-

¹ IPRspr. 2002 Nr. 219.

² IPRspr. 1962–1963 Nr. 171.

³ IPRspr. 1977 Nr. 117.

⁴ IPRspr. 2006 Nr. 106.

⁵ IPRspr. 1978 Nr. 133.

⁶ IPRspr. 2010 Nr. 179b.

nem nach Maßgabe der übrigen Bestimmungen des Vertrags geschützten Investor einem Schiedsverfahren unterworfen. Zwar beinhaltet der Abschluss einer Schiedsvereinbarung keinen Verzicht auf die Immunität in einem Vollstreckungsverfahren. Immunität im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren sind getrennt zu prüfen; allein von der Unterwerfung unter die Jurisdiktion eines Staats oder von einem entspr. Immunitätsverzicht im Erkenntnisverfahren lässt sich nicht auf einen Verzicht für das Zwangsvollstreckungsverfahren schließen (vgl. nur BVerfG, NJW 2007 aaO Rz. 37; BGH, Beschl. vom 4.10.2005 – VII ZB 8/05⁷, NJW-RR 2006, 425 Rz. 22 m.w.N.). Ob aus dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung zumindest ein Verzicht auf die Immunität im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs (als eines Erkenntnisverfahrens besonderer Art) abgeleitet werden kann (bejahend etwa *Berger*, RIW 1989, 956, 957; *Lachmann*, Hdb. für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Rz. 2748; *Schwab-Walter* aaO Kap. 4 Rz. 12; verneinend etwa *Nagel-Gottwald*, IZPR, 6. Aufl., § 2 Rz. 23, § 16 Rz. 34; *Geimer* aaO), bedarf keiner grundsätzlichen Entscheidung. Denn der AGg. hat sich im ISV 2002 nicht nur allgemein einem Schiedsverfahren unterworfen. Vielmehr bestimmt Art. 10 II 3 ISV 2002, dass ‚der Schiedsspruch nach innerstaatlichem Recht vollstreckt wird‘. Damit hat sich der AGg. auch dem Verfahren unterworfen, das in Deutschland als Vorstufe einer späteren Zwangsvollstreckung notwendig ist. Bedarf es zur Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs in Deutschland eines Verfahrens der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung, widerspräche es dem Sinn und Zweck des Übereinkommens, wenn man die vertraglichen Regelungen dahingehend auslegen würde, dass sich der AGg. im insoweit notwendigen Zwischenverfahren auf seine Immunität berufen und damit eine Zwangsvollstreckung von vorneherein vereiteln könnte, obwohl z.B. die Zwangsvollstreckung in nicht hoheitlich genutzte Gegenstände eines fremden Staats grundsätzlich zulässig ist, also keiner Einwilligung oder eines Immunitätsverzichts bedarf (vgl. nur BVerfG NJW 2007 aaO Rz. 39 m.w.N.).

bb) Diese Unterwerfung geht allerdings entgegen der Auffassung des KG und des ASt. nicht so weit, dass sie auch Sachverhalte erfasst, die nicht unter den ISV 2002 fallen. Zwar sind nach Art. 10 II 2, Art. 9 V 2 ISV 2002 die Entscheidungen des Schiedsgerichts ‚bindend‘. Dies gilt aber nur im Rahmen der vertraglich vereinbarten Schiedsklausel. Völkerrechtliche Verträge sind grundsätzlich so auszulegen, dass die Vertragspartner einerseits das von ihnen gemeinsam erstrebte Ziel durch den Vertrag erreichen können, andererseits nicht über das gewollte Maß hinaus als gebunden angesehen werden dürfen (vgl. nur BGH, Beschl. vom 4.10.2005 aaO Rz. 23 m.w.N.). Verkennt ein Schiedsgericht den Anwendungsbereich des Abkommens, bindet dies die Vertragsparteien nicht und hindert auch nicht den Einwand der Immunität. Das Abkommen kann insoweit nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Vertragsparteien auf ihre Immunität auch für den Fall verzichten, dass das Abkommen gar nicht einschlägig ist.

d) Vor diesem Hintergrund hätte das KG zunächst die zwischen den Parteien umstrittene Frage klären müssen, ob die Streitgegenständliche Investition unter Art. 8 ISV 2002 fällt.

Diese Prüfung ist nicht deshalb entbehrlich, weil das KG in anderem Zusammenhang bei der Begründetheit des Antrags die Auffassung vertreten hat, der AGg. sei

⁷ IPRspr. 2005 Nr. 91.

mit dem Einwand der fehlenden Schiedsabrede (Art. V Abs. 1 litt. a und c UNÜ) präkludiert. Abgesehen davon, dass das vom KG insoweit maßgeblich angesprochene Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21.4.1961 (BGBl. 1964 II 425) auf den AGg., der kein Vertragsstaat ist, nicht angewendet werden kann, sind die vom KG angestellten Überlegungen jedenfalls nicht geeignet, die in jedem Verfahrensstadium von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung der deutschen Gerichtsbarkeit und damit der Immunität des AGg. zu präkludieren.

aa) Der Umstand, dass der AGg. gegen den Teilschiedsspruch des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit vom 5.10.2007 keine Beschwerde zum BGer nach Art. 186 III, 190 III II lit. b schweiz. IPRG, Art. 77 I, 100 I schweiz. BGG eingelegt hat, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Nach der Senatsrechtsprechung (vgl. Urt. vom 9.7.2009 – III ZR 46/08⁸, BGHZ 182, 10 Rz. 17 ff.) steht ein die Immunität einer Partei verneinendes Zwischenurteil der Prüfung im weiteren Verfahren, ob die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben ist, nicht entgegen, auch wenn es unangefochten geblieben ist. Ein die Immunität zu Unrecht verneinendes Zwischenurteil entfaltet keine Bindungswirkung. Dies muss dann erst recht im vorliegenden Fall gelten, in dem es nicht um eine Zuständigkeitszwischenentscheidung innerhalb eines Instanzenzugs, sondern um eine Zwischenentscheidung in einem vorangegangenen anderen Erkenntnisverfahren geht.

bb) Dass eine Partei kein Rechtsmittel gegen die Zwischenentscheidung eingelegt und sich im weiteren Verfahren auf die Klage eingelassen hat, kann auch nicht als Verzicht auf die Immunität gewertet werden (vgl. Senat, Urt. vom 9.7.2009 aaO Rz. 37 f.). An die Annahme eines Verzichts sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine so weitgehende Selbstentäußerung des ausländischen Staats ist im Zweifel nicht zu vermuten (vgl. BGH, Urt. vom 26.9.1978 aaO 1102). Deshalb bedarf der Verzicht regelmäßig einer ausdrücklichen Erklärung (Senat aaO Rz. 38). Ein konkludenter Immunitätsverzicht kommt von vornherein nur bei Verhaltensweisen in Betracht, aus denen sich der Unterwerfungswille eindeutig ergibt (vgl. nur *Dahm-Delbrück-Wolfrum*, Völkerrecht, 2. Aufl., Bd. I/1 470; *Geimer* aaO Rz. 506), wobei dieser sich im Zweifel auch nur auf den konkreten Prozess bezieht (*Geimer* aaO Rz. 646). Vor diesem Hintergrund kann dem vom KG erörterten Verhalten des AGg. im Schiedsverfahren keine immunitätsausschließende Wirkung für das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs beigemessen werden.

3. Der angefochtene Beschluss war daher aufzuheben und das Verfahren an das KG zur Prüfung zurückzuverweisen, ob der AGg. nach Maßgabe von Art. 8 ISV 2002 in den Schutzbereich dieses Abkommens fällt.“

278. *Die Anwendbarkeit des Versagungsgrunds des Art. V Abs. 1 lit. e UNÜ setzt nicht voraus, dass für das den Schiedsspruch aufhebende Urteil die Gegenseitigkeit nach § 328 I Nr. 5 ZPO verbürgt ist. [LS der Redaktion]*

- a) OLG München, Beschl. vom 30.7.2012 – 34 Sch 18/10: SchiedsVZ 2012, 339.
- b) BGH, Beschl. vom 23.4.2013 – III ZB 59/12: SchiedsVZ 2013, 229.

⁸ IPRspr. 2009 Nr. 160.