



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

III ZB 40/12

vom

30. Januar 2013

in dem Verfahren

auf Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruchs

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

ZPO § 1061 Abs. 1; GVG § 20 Abs. 2; GG Art. 25; KapAnISchVtr THA Art. 8 bis 10

- a) 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.
- b) Nach den gemäß § 20 Abs. 2 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.
- c) 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.
- d) Sind die Entscheidungen des Schiedsgerichts nach dem Inhalt eines solchen Vertrags "bindend", gilt dies grundsätzlich nur im Rahmen der vereinbarten Schiedsklausel, sodass 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.

BGH, Beschluss vom 30. Januar 2013 - III ZB 40/12 - KG Berlin

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 30. Januar 2013 durch den Vizepräsidenten Schlick sowie die Richter Wöstmann, Seitzers, Tombrink und Dr. Remmert

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Kammergerichts vom 26. März 2012 - 20 Sch 10/11 - aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerderechtszugs, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Wert des Beschwerdegegenstands: 29.210.000 €

Gründe:

I.

1 Der Antragsteller ist Insolvenzverwalter der W. AG, die am 16. August 2001 mit der D. AG fusionierte. Durch die Fusion erlangte die W. AG Anteile an der D. M. T. Co. Ltd. (im Folgenden: DMT), einer Gesellschaft nach thailändischem Recht, die zur Fortentwicklung der öffentlichen Infrastruktur im Königreich Thailand in den 80iger Jahren gegründet worden war.

2 Der Antragsgegner hatte der DMT unter dem 21. August 1989 - "T. Concession Agreement" mit Änderungen und Ergänzungen vom 27. April 1995 und 29. November 1996 - eine Konzession über den Bau und Betrieb einer Au-

tobahn von B. zum damaligen internationalen D. M. Flughafen erteilt. Als einzige Einnahmequelle der DMT waren Mautgebühren für die Nutzung der Straße über die Konzessionsdauer von 25 Jahren vorgesehen. Diese sollten zu bestimmten Anlässen erhöht werden, wobei diese Erhöhungen vom Antragsgegner genehmigt und umgesetzt werden mussten.

- 3 Am 24. Juni 2002 schlossen die Bundesrepublik Deutschland und das Königreich Thailand einen Vertrag über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (im Folgenden: Investitionsschutzvertrag = ISV 2002; BGBl. 2004 II S. 48). Dieser trat am 20. Oktober 2004 in Kraft (BGBl. 2004 II S. 1520). Gleichzeitig trat der Vertrag vom 13. Dezember 1961 über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (im Folgenden: Investitionsschutzvertrag = ISV 1961, BGBl. 1964 II S. 687, 1965 II S. 368) außer Kraft. Während der ISV 1961 nur eine Schiedsklausel zwischen den beteiligten Staaten vorgesehen hatte, enthielt der ISV 2002 in Artikel 10 eine Schiedsklausel auch für "Streitigkeiten in Bezug auf Kapitalanlagen zwischen einer der Vertragsparteien und einem Investor der anderen Vertragspartei". Artikel 8 ISV 2002 bestimmte zum Geltungsbereich des Vertrags, dass dieser auch Anwendung finde auf "genehmigte Kapitalanlagen, die Investoren der einen Vertragspartei in Übereinstimmung mit den Gesetzen und sonstigen Vorschriften der anderen Vertragspartei in deren Hoheitsgebiet schon vor dem Inkrafttreten dieses Vertrags vorgenommen haben". Nach Art. 2 Abs. 3 ISV 2002 verpflichtete sich jede Vertragspartei, "in ihrem Hoheitsgebiet solche Kapitalanlagen von Investoren der anderen Vertragspartei und deren Erträge in jedem Fall gerecht und billig zu behandeln und ihnen vollen Schutz zu gewähren".

- 4 Im April 2005 wurde über das Vermögen der W. AG das Insolvenzverfahren eröffnet. Im September 2005 erhob die W. AG in G.

Schiedsklage gegen den Antragsgegner wegen Verletzung (Entwertung) ihrer Gesellschafterrechte an der DMT. Mit Teilschiedsspruch vom 5. Oktober 2007 erklärte sich das Schiedsgericht für zuständig. Mit Schiedsspruch vom 1. Juni 2009 verurteilte das Schiedsgericht den Antragsgegner zur Zahlung von 29.210.000 € Schadensersatz nebst Zinsen und Kosten wegen Verletzung der dem Antragsgegner gegenüber der W. AG als geschützten Investor obliegenden Pflichten (Art. 2 Abs. 3 ISV 2002) durch Verweigerung der Anhebung sowie zeitweilige Senkung der Mautgebühren, Bau und Ausbau mautfreier Alternativrouten und die zeitweilige Schließung des D. M. Flughafens.

- 5 Der Antragsteller hat die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs beantragt. Dem hat das Kammergericht durch Beschluss vom 26. März 2012 entsprochen. Gegen diese Entscheidung wendet sich der Antragsgegner mit seiner Rechtsbeschwerde.

## II.

- 6 Die von Gesetzes wegen statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 1025 Abs. 4, § 1065 Abs. 1 Satz 1, § 1062 Abs. 1 Nr. 4 Fall 2 ZPO) und auch im Übrigen zulässige (§ 574 Abs. 2 ZPO) Rechtsbeschwerde führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht.

- 7 1. Das Kammergericht hat den Antrag auf Vollstreckbarerklärung für zulässig und begründet erachtet. Zur Zulässigkeit hat es dabei unter anderem folgendes ausgeführt:

8            Der Antragsgegner sei nicht von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit. Nach den von § 20 Abs. 2 GVG in Bezug genommenen allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 25 GG) sei ein Gerichtsstaat nicht schlechthin gehindert, aufgrund eines gegen einen fremden Staat gerichteten Titels Zwangsmaßnahmen in dessen im Gerichtsstaat befindliche Vermögensgegenstände zu betreiben. Es bestehe lediglich eine allgemeine Regel des Völkerrechts, dass ohne Zustimmung des fremden Staates eine Zwangsvollstreckung unzulässig sei, wenn die Vermögensgegenstände im Zeitpunkt des Beginns der Vollstreckungsmaßnahme hoheitlichen Zwecken des fremden Staates dienen. Eine generelle Vollstreckungsimmunität bestehe für den Antragsgegner daher nicht. Verfahrensgegenstand sei auch kein Eingriff in hoheitliche Rechte des Antragsgegners, sondern ein Schiedsspruch auf Zahlung eines Geldbetrags wegen eines Schadensersatzanspruchs des Antragstellers. Hinzu komme, dass sich der Antragsgegner auf der Grundlage des Investitionsschutzabkommens einer Schiedsvereinbarung unterworfen und in diesem Umfang auf seine Staatenimmunität verzichtet habe. Im Abkommen sei ausdrücklich vereinbart, dass die Entscheidungen des Schiedsgerichts für den Antragsgegner bindend und nach innerstaatlichem Recht zu vollstrecken seien. Es würde die Grundsätze des Völkerrechts missachten, wenn der Antragsgegner an dieser von ihm bewusst eingegangenen Bindung nicht festgehalten werden könnte.

9            2.        Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10           a) Das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs ist kein Verfahren der Zwangsvollstreckung, sondern ein Erkenntnisverfahren eigener Art (vgl. nur Senat, Beschluss vom 27. März 2002 - III ZB 43/00, NJW-RR 2002, 933; OLG München, SchiedsVZ 2007, 164, 165; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 26 Rn. 3, Kap. 27 Rn. 1; Zöller/Geimer,

ZPO, 29. Aufl., § 1060 Rn. 3). Auf das Verfahren sind deshalb die Grundsätze über die Immunität ausländischer Staaten im Erkenntnisverfahren anzuwenden (vgl. nur Zöller/Geimer, aaO § 722 Rn. 63; Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., Rn. 544).

11 Nach den gemäß § 20 Abs. 2 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; 46, 343, 364; BVerfG NJW 2007, 2605 Rn. 34 ff; BGH, Urteil vom 26. September 1978 - VI ZR 267/76, NJW 1979, 1101; BAG, Urteil vom 1. Juli 2010 - 2 AZR 270/09, juris Rn. 11; Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 13. Aufl., § 41 Rn. 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 beziehungsweise die Natur der zu beurteilenden staatlichen Handlung oder des streitigen Rechtsverhältnisses (vgl. nur BVerfGE 16, 27, 61 f; BGH, Urteil vom 26. September 1978, aaO; BAG, aaO Rn. 12) und damit die Frage, ob der ausländische Staat in Ausübung ihm zustehender Hoheitsgewalt oder wie ein Privatmann tätig geworden ist.

12 b) Die mit dem Schiedsspruch vom 1. Juli 2009 entschiedene Klage betrifft die hoheitliche Tätigkeit des Antragsgegners. Im Schiedsspruch wird die Verurteilung zum Schadensersatz auf eine Verletzung von Art. 2 Abs. 3 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 Antragsteller nicht in Frage gestellt worden ist - um Unterlassungen beziehungsweise Handlungen des Antragsgegners, 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.

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

14           aa) Entgegen der Auffassung des Antragsgegners schadet es insoweit nicht, dass im Zusammenhang mit der Schiedsvereinbarung im ISV 2002 das Verfahren auf Anerkennung und Vollstreckung des Schiedsspruchs (§ 1061 ZPO in Verbindung mit dem Übereinkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, BGBl. 1961 II S. 121) nicht ausdrücklich erwähnt worden ist. Nach Art. 10 ISV 2002 hat sich der Antragsgegner bezüglich der Beilegung von Streitigkeiten mit einem 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 Staates oder von einem entsprechenden Immunitätsverzicht im Erkenntnisverfahren lässt sich nicht auf einen Verzicht für das Zwangsvollstreckungsverfahren schließen (vgl. nur BVerfG NJW 2007, 2605 Rn. 37; BGH, Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 8/05, NJW-RR 2006, 425 Rn. 22 mwN). 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, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Rn. 2748; Schwab/Walter, aaO Kap. 4 Rn. 12; verneinend etwa Nagel/Gottwald, Internationales Zivilprozessrecht, 6. Aufl., § 2 Rn. 23, § 16 Rn. 34; Geimer, aaO Rn. 544, 3929), bedarf keiner grundsätzlichen Entscheidung. Denn der Antragsgegner hat sich im ISV 2002 nicht nur allgemein einem Schiedsverfahren unterworfen. Vielmehr bestimmt Art. 10 Abs. 2 Satz 3 ISV 2002, dass "der Schiedsspruch nach innerstaatlichem Recht vollstreckt wird." Damit hat sich der Antragsgegner 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 Antragsgegner 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 Staates grundsätzlich zulässig ist, also keiner Einwilligung oder eines Immunitätsverzichts bedarf (vgl. nur BVerfG NJW 2007, 2605 Rn. 39 mwN).

- 15           bb) Diese Unterwerfung geht allerdings entgegen der Auffassung des Kammergerichts und des Antragstellers nicht so weit, dass sie auch Sachverhalte erfasst, die nicht unter das ISV 2002 fallen. Zwar sind nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2, Art. 9 Abs. 5 Satz 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, Beschluss vom 4. Oktober 2005 - VII ZB 8/05, NJW-RR 2006, 425 Rn. 23 mwN). 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.

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

17 Diese Prüfung ist nicht deshalb entbehrlich, weil das Kammergericht in anderem Zusammenhang bei der Begründetheit des Antrags die Auffassung vertreten hat, der Antragsgegner sei mit dem Einwand der fehlenden Schiedsabrede (Art. V Abs. 1 lit. a, c UNÜ) präkludiert. Abgesehen davon, dass das vom Kammergericht insoweit maßgeblich angesprochene Europäische Übereinkommen vom 21. April 1961 über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (BGBl. 1964 II 425, 1965 II 107) auf den Antragsgegner, der kein Vertragsstaat ist, nicht angewendet werden kann, sind die vom Kammergericht angestellten Überlegungen jedenfalls nicht geeignet, die in jedem Verfahrensstadium von Amts wegen zu prüfende Prozessvoraussetzung der deutschen Gerichtsbarkeit und damit der Immunität des Antragsgegners zu präkludieren.

18 aa) Der Umstand, dass der Antragsgegner gegen den Teilschiedsspruch des Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit vom 5. Oktober 2007 keine Be-

schwerde zum Schweizer Bundesgericht nach Art. 186 Abs. 3, Art. 190 Abs. 3, Abs. 2b des Schweizer Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht, Art. 77 Abs. 1, Art. 100 Abs. 1 des Schweizer Bundesgerichtsgesetzes eingelegt hat, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Nach der Senatsrechtsprechung (vgl. Urteil vom 9. Juli 2009 - III ZR 46/08, BGHZ 182, 10 Rn. 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.

- 19           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, Urteil vom 9. Juli 2009, aaO Rn. 37 f). An die Annahme eines Verzichts sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine so weitgehende Selbstentäußerung des ausländischen Staates ist im Zweifel nicht zu vermuten (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1978, aaO S. 1102). Deshalb bedarf der Verzicht regelmäßig einer ausdrücklichen Erklärung (Senat, aaO Rn. 38). Ein konkludenter Immunitätsverzicht kommt von vorneherein nur bei Verhaltensweisen in Betracht, aus denen sich der Unterwerfungswille eindeutig ergibt (vgl. nur Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, 2. Aufl., Bd. I/1 S. 470; Geimer, aaO Rn. 506), wobei dieser sich im Zweifel auch nur auf den konkreten Prozess bezieht (Geimer, aaO Rn. 646). Vor diesem Hintergrund kann dem vom Kammergericht erörterten Verhalten des Antragsgegners im Schiedsverfahren keine immunitätsausschließende Wir-

kung für das Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs beige-  
messen werden.

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

Schlick

Wöstmann

Seiters

Tombrink

Remmert

Vorinstanz:

KG Berlin, Entscheidung vom 04.06.2012 - 20 Sch 10/11 -