

SZIER

Schweizerische Zeitschrift
für internationales
und europäisches Recht

RSDIE

Revue suisse
de droit international
et européen

21. Jahrgang

3/2011

21^e année

SZIER/RSDIE

Steuerrecht: Bundesgericht vs. EuGH?

CHRISTA TOBLER

Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie

ANNE PETERS

Note sur un problème particulier de « ratification imparfait »

ROBERT KOLB

La divergence d'interprétation d'une convention de droit international privé constitue-t-elle une violation d'un traité?

ANNE-SOPHIE PAPEIL

Praxisberichte / Chroniques

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2010 (HOTTELLIER/MARTENET),
Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvoll-
streckungsrecht (SCHWANDER), Chronique de droit pénal suisse / Schweizerische
Praxis zum Strafrecht (CASSANI/GLESS/POPP), Wiener Kaufrecht (BUNDESAMT FÜR JUSTIZ)

Swiss Review
of International
and European Law

Schulthess §

Rivista svizzera
di diritto internazionale
e europeo

3/2011

SZIER – Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht

RSDIE – Revue suisse de droit international et européen

RSDIE – Rivista svizzera di diritto internazionale e europeo

SRIEL – Swiss Review of International and European Law

www.szier.ch/www.rsdi.ch

Herausgegeben von / Édité par:

Schweizerische Vereinigung für internationales Recht (SVIR)

Website/Kontakt: www.svir-ssdi.ch

Société suisse de droit international (SSDI)

site/contact: www.svir-ssdi.ch

Publiziert mit Unterstützung der Schweizerischen Akademie für Geisteswissenschaften

Publié avec le soutien de l'Académie suisse des sciences humaines et sociales

Redaktionskomitee / Comité de rédaction:

Prof. Dr. Daniel Girsberger, Universität Luzern

(Vorsitz/Président; Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Andreas Furrer, Universität Luzern (Internationales Privatrecht/Droit international privé)

Prof. Dr. Christine Kaddous, Université de Genève (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Robert Kolb, Universités de Neuchâtel, de Berne et de Genève

(Völkerrecht/Droit international public)

Prof. Dr. Christa Tobler, Universität Basel (Europarecht/Droit européen)

Prof. Dr. Ursula Cassani, Université de Genève (Strafrecht/Droit pénal)

Prof. Dr. Oliver Diggelmann, Universität Zürich (Völkerrecht/Droit international public)

Managing Editor:

Lic. iur. et phil. Lorenz Langer, M.Phil.

Regelmässige Beiträge von / Collaborateurs:

Dr. Jürg Borer, Prof. Dr. Andreas Bucher, Prof. Dr. Lucius Cafilisch, Prof. Dr. Ursula Cassani

Prof. Dr. Christian Dominicé, Prof. Dr. Sabine Gless, Prof. Dr. Michel Hottelier

Prof. Dr. Christine Kaddous, Dr. Laurent Killias, Prof. Dr. François Knoepfler, Prof. Dr. Robert Kolb

Prof. Dr. Vincent Martenet, Dr. Thomas Mayer, Prof. Dr. Peter Popp, Prof. Dr. Robert Roth

Prof. Dr. Ivo Schwander, Dr. Philippe Schweizer, Prof. Dr. Christa Tobler, Dr. Matthias Oesch

Adresse der Redaktion / Adresse de la rédaction:

Lorenz Langer

Kirchweg 41, CH-8966 Oberwil-Lieli, Switzerland

Tel.: +41 (0)56 534 48 46

Lorenz.Langer@szier.ch

Manuskripte bitte an oben stehende Adresse senden oder per Mail übermitteln. Die Richtlinien für Autorinnen und Autoren sind unter www.szier.ch abrufbar.

Les manuscrits doivent être envoyés à l'adresse ci-dessus par courrier ou par mail. Les directives à l'intention des auteurs sont disponibles à l'adresse www.rsdi.ch.

Verlag und Abonnementsverwaltung /

Edition et administration

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2

Postfach, 8022 Zürich, Telefon: 044 200 29 19

Fax: 044 200 29 08

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Internet: <http://www.schulthess.com>

Erscheint 4mal jährlich/Paraît 4 fois par an

Abonnementspreis/Prix de l'abonnement

CHF 250.–/EUR 179.–

Einzelnummer/Prix du numéro

CHF 71.–/EUR 50.70

ISSN 1019-0406

Inhaltsübersicht/ Table des matières

Aktuell/Actualité

CHRISTA TOBLER

Der Genfer Quellensteuerentscheid des Bundesgerichts – im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH zum Freizügigkeitsabkommen..... 389

Artikel/Article

ANNE PETERS

Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie..... 397

ROBERT KOLB

Note sur un problème particulier de «ratification imparfaite» (article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traites de 1969)..... 429

ANNE-SOPHIE PAPEIL

La divergence d'interprétation d'une convention de droit international privé constitue-t-elle une violation d'un traité? Le cas particulier de la Convention de Lugano..... 439

Praxis/Chronique

MICHEL HOTTELIER & VINCENT MARTENET

La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2010..... 455

IVO SCHWANDER

Rechtsprechung zum internationalen Schuld-, Gesellschafts- und Zwangsvollstreckungsrecht..... 495

URSULA CASSANI, SABINE GLESS & PETER POPP

Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2010) Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2010)... 513

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ

Rechtsprechung zum Wiener Kaufrecht in der Schweiz..... 539

Bibliographie

SIMON OTHENIN-GIRARD

Publications suisses en matière de droit international privé 2010 Schweizerische Publikationen zum internationalen Privatrecht 2010 569

Die funktionale Immunität internationaler Organisationen und die Rechtsweggarantie

Zugleich Anmerkung zur Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts zur Immunität der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), vom 12. Juli 2010 (BGE 136 III 379, 5A_360/2010)

von Anne Peters¹

Inhaltsverzeichnis

- I. Einleitung
- II. Sachverhalt und Urteil
- III. Die einschlägigen Rechtsvorschriften
- IV. Rechtsnatur, Aufgaben und Mitgliedschaft der BIZ
- V. Die Erwägungen des Bundesgerichts
- VI. Quelle und Ratio der Immunität internationaler Organisationen
 - A. Pflicht zur Respektierung aus dem Sitzabkommen
 - B. Funktionale Immunität
 - C. Keine «absolute» Immunität
 - D. Nähere Bestimmung der funktionalen Immunität im konkreten Fall
 - E. Wer entscheidet über das Eingreifen der Immunität?
- VII. Vergleich mit der staatlichen Immunität
 - A. Die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis*
 - B. Notwendigkeit einer weitergehenden Organisationsimmunität?
 - C. Gleichlauf der Immunitäten
- VIII. Zur funktionalen Immunität der BIZ
- IX. Das Spannungsverhältnis zum Recht auf Zugang zu Gericht aus Art. 6 EMRK
 - A. Notwendigkeit der Güterabwägung
 - B. Immunität als zulässige Einschränkungen des Grundrechts
 - C. Schwerpunkt Verhältnismässigkeitsprüfung
 - D. Insbesondere die vernünftige Alternative zum Gerichtsschutz
 - E. Rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Immunität?
 - F. Zwischenfazit zu Art. 6 EMRK
- X. Fazit und Ausblick

¹ Prof. Dr. iur., Ordinaria für Völker- und Staatsrecht, Universität Basel, LL.M. (Harvard). Die Verfasserin dankt lic. iur. Nina Blum, LL.M. (NYU) für ausgezeichnete Recherchen und für konstruktive Kritik an einer Vorversion dieses Beitrags.

I. Einleitung

Zwei ziemlich spezielle *global players*, nämlich auf den Kaimaninseln gelegene Investmentfonds und eine eigenartige internationale Organisation, die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), haben im Zusammenwirken mit einem Provinzdarsteller, dem Betriebsamt Basel-Stadt, dem völkerrechtlich interessierten Publikum ein schönes Schauspiel geboten. Das schweizerische Bundesgericht hat hierzu eine im Ergebnis richtige, aber zweifelhaft begründete Entscheidung gefällt. Dies dürfte nicht der letzte Akt im grossen Drama zur Rechenschaftspflichtigkeit (*accountability*) internationaler Organisationen gewesen sein.

Hintergrund des Rechtsstreits ist die argentinische Wirtschaftskrise der 1990er-Jahre, die in einen Kollaps des argentinischen Finanzsystems 2001/02 mündete. Zahlreiche ausländische Investoren und private Gläubiger, auch aus der Schweiz, hatten Gerichtsverfahren gegen Argentinien vor europäischen Gerichten und vor internationalen Schiedsgerichten angestrengt und versucht, ihre finanziellen Ansprüche zu befriedigen. In diesem Kontext wurden spektakuläre Entscheidungen unter anderem von ICSID-Tribunalen² und dem deutschen Bundesverfassungsgericht gefällt,³ die zentrale völkerrechtliche Fragen, etwa zum Staatsnotstand als Haftungsausschlussgrund sowie zur Staatenimmunität, aufwarfen.⁴ Die BIZ-Entscheidung des Bundesgerichts fügt diesem Komplex eine neue Dimension hinzu.

II. Sachverhalt und Urteil

Auf Antrag der NML Capital Ltd. und der EM Limited erliess der Arrestrichter Basel-Stadt zwei Arrestbefehle, gestützt auf in den USA gerichtlich festgestellte Ansprüche der Beschwerdeführerinnen gegenüber der Republik Argentinien, zusammen in Höhe von ca. 1 Milliarde CHF. Als Arrestgegenstände wurden die auf den Namen der Republik Argentinien bzw. der argentinischen Zentralbank lautenden Guthaben bei der BIZ aufgeführt.

Die BIZ berief sich, unterstützt vom Eidgenössischen Departement des Äusseren, auf ihre Immunität. Demgegenüber argumentierten die Beschwerdeführer, dass die Berufung auf die Immunität missbräuchlich sei, weil die Republik

² ICSID-Schiedsgericht, *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, No. ARB/02/1, 3. Oktober 2006; *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, No. ARB/01/8, Annulment Proceeding, 25. September 2007.

³ BVerfGE 118, 124 (2007).

⁴ CHRISTIAN TIETJE, *Die Argentinien-Krise aus rechtlicher Sicht: Staatsanleihen und Staateninsolvenz*, in: *id./Gerhard Kraft/Rolf Sethe* (Hrsg.), *Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 37, Halle 2005.

Argentinien nach der Einstellung ihrer Zahlungen mit Hilfe der argentinischen Zentralbank Gelder in Milliardenhöhe bei der BIZ deponiert habe, um das Staatsvermögen dem Zugriff von Gläubigern von Staatsanleihen zu entziehen.⁵

In der Folge stellte die kantonale Aufsichtsbehörde über das Betreibungs- und Konkursamt Basel-Stadt die Nichtigkeit der beiden Arrestbefehle aufgrund der Immunität der BIZ fest. Die NML Capital Ltd. und EM Limited erhoben hiergegen Beschwerde in Zivilsachen.

Das Bundesgericht (BGer) wies die Beschwerde ab. Die Begründung des BGer lautete, dass die der BIZ anvertrauten Vermögensobjekte wegen der im Sitzabkommen zwischen der BIZ und der Schweiz verankerten «absoluten» Immunität der Organisation «keine tauglichen Vollstreckungsobjekte» darstellen, sodass die Arrestbefehle und der Arrestvollzug nichtig seien.⁶

III. Die einschlägigen Rechtsvorschriften

Auf der Ebene des schweizerischen Rechts angesiedelt ist die Frage, ob der Arrestbefehl gegen die BIZ gültig war. Nach Art. 22 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) sind Verfügungen, die gegen Vorschriften «im öffentlichen Interesse» verstossen, nichtig.⁷ Es bestand kein Streit darüber, dass die völkerrechtlichen Vorschriften über die Immunität internationaler Organisationen im öffentlichen Interesse liegende Vorschriften im Sinne des SchKG sind, zumal nach Art. 30a SchKG völkerrechtliche Verträge vorbehalten bleiben.

Die für die BIZ einschlägige spezielle Immunitätsregel ist im Sitzabkommen von 1987 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der BIZ normiert. Nach dessen Artikel 4 «geniesst die Bank Befreiung von jeglicher Gerichtsbarkeit» (Abs. 1). Auch können «der Bank anvertraute Werte ohne ausdrückliche vorherige Zustimmung der Bank nicht mit Vollstreckungsmassnahmen belegt werden ... insbesondere nicht mit Arrest im Sinne des schweizerischen Rechts belegt werden» (Abs. 4).⁸

⁵ BGE 136 III 379, Sachverhalt, Teil B.c.

⁶ *Ibid.*, E 4.7 u 4.3.1.

⁷ Art. 22 SchKG (Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, SR 281.1): «Verstossen Verfügungen gegen Vorschriften, die im öffentlichen Interesse oder im Interesse von am Verfahren nicht beteiligten Personen erlassen worden sind, so sind sie nichtig. (...)»

⁸ Art. 4 des Abkommens zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der BIZ zur Regelung der rechtlichen Stellung der Bank in der Schweiz vom 10. Februar 1987 (SR 0.192.122.971.3): «Befreiung von der Gerichtsbarkeit und von Massnahmen der Vollstreckung, 1. Die Bank geniesst Befreiung von jeglicher Gerichtsbarkeit, ausgenommen: a) insoweit diese Befreiung vom Präsidenten, vom Generaldirektor oder von ihren gehörig ermächtigten Stellvertretern für bestimmte Fälle formell aufgehoben worden ist; b) im Falle von Klagen in Zivil- und Handelssachen, die von Vertragspartnern der Bank im Zusammenhang mit Bank- und Finanzgeschäften erhoben werden; vorbehal-

Die Immunität der BIZ ist ebenfalls in Art. X Abs. 2 des Haager Abkommens mit Deutschland,⁹ in der Gründungscharta der BIZ,¹⁰ im Brüsseler Protokoll über die Immunitäten der BIZ von 1936¹¹ und in ihren Statuten¹² normiert.

ten bleiben die Fälle, die durch Schiedsvereinbarungen gedeckt sind oder gedeckt werden; c) im Falle von Haftpflichtklagen, die gegen die Bank wegen eines Schadens erhoben werden, den ein der Bank gehörendes oder für sie betriebenes Fahrzeug verursacht hat. [Abs 2 und 3] 4. Der Bank anvertraute Werte ebenso wie Ansprüche jeder Art gegen die Bank und von der Bank ausgegebene Aktien, gleichgültig wo und in wessen Händen sie sich befinden, können ohne ausdrückliche vorherige Zustimmung der Bank nicht mit Vollstreckungsmassnahmen belegt werden (namentlich können sie nicht gepfändet, mit Arrest belegt, gesperrt oder mit anderen Zwangsvollstreckungs- oder Sicherungsmassnahmen, insbesondere nicht mit Arrest im Sinne des schweizerischen Rechts belegt werden).»

⁹ Hague Agreement Regarding the Complete and Final Settlement of the Question of Reparations, with Annexes and Protocol Concerning the Approval in Principle of the Report of the Experts, 20. Januar 1930, 104 L.N.T.S. 243 (1930). Dieses Abkommen datiert vom selben Tag wie das Garantie-Abkommen zur BIZ (*infra* Fn. 20). Das «Settlements»-Abkommen wurde zwischen Deutschland und seinen 16 Hauptgläubigerstaaten geschlossen. Art. X Abs. 2 lautet: «*The bank, its property and assets, and also the deposits or other funds entrusted to it, on the territory of, or dependent on the administration of, the parties shall be immune from any disabilities and from any restrictive measures such as censorship, requisition, seizure or confiscation, in time of peace or war, reprisals, prohibition or restriction of export of gold or currency and other similar interferences, restrictions, or prohibitions.*»

¹⁰ Die Gründungscharta (engl. *constituent charter*) wurde am selben Tag wie die Haager Abkommen, am 20. Jan. 1930, angenommen und bildete einen Annex zum Garantie-Abkommen (*infra* Fn. 20). Diese Gründungscharta inkorporiert die Bank. In der deutschen Übersetzung des Protokolls von 1936 (*infra* Fn. 11) wird *constituent charter* mit «Grundgesetz» übersetzt. Art. 10 der Gründungscharta lautet: «*The Bank, its property and assets and all deposits and other funds entrusted to it shall be immune in time of peace and in time of war from any measure such as expropriation, requisition, seizure, confiscation, prohibition or restriction of gold or currency export or import, and any other similar measures.*» Siehe im Einzelnen zu den Rechtsgrundlagen der BIZ unten Abschnitt IV.

¹¹ Protokoll über die Immunitäten der BIZ (*Protocol regarding the immunities of the BIS*) vom 30. Juli 1936 (197 UNTS, 31; SR 0.192.122.971.1). Artikel 1: «Die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, ihre Vermögenswerte und Guthaben sowie alle Vermögenswerte und Guthaben, die ihr anvertraut sind oder werden, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Bargeld oder sonstige vertretbare Sachen, Gold-, Silber- oder sonstige Metallbarren, Wertgegenstände, Wertpapiere oder sonstige Gegenstände handelt, deren Hinterlegung nach bankmässigen Gepflogenheiten zulässig ist, sind von den Bestimmungen oder Massnahmen, die in Artikel X Absatz 2 der Vereinbarung mit Deutschland und in Artikel X des auf Grund des Abkommens mit der Schweiz vom 20. Januar 1930 erlassenen Grundgesetzes genannt sind, befreit. Vermögenswerte und Guthaben Dritter, die irgendeine Institution oder Person auf Weisung, im Namen oder für Rechnung der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich in Gewahrsam hat, gelten als der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich anvertraut und geniessen die in den obenerwähnten Artikeln vorgesehenen Immunitäten in gleicher Weise wie die Vermögenswerte und Guthaben, welche die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich für fremde Rechnung in den von ihr, ihren Zweigstellen oder Agenturen hierzu bestimmten Gebäuden in Gewahrsam hat.» Siehe zu Art. X Abs. 2 des Abkommens mit Deutschland *supra* Fn. 9.

¹² Art. 55 der Statuten der BIZ vom 20. Januar 1930 i.d.F. vom 27. Juni 2005 (*infra* Fn. 23). Art. 55 Abs. 2 regelt die Vollstreckungsimmunität des *eigenen* Vermögens der Bank, das im vom BGER entschiedenen Fall nicht betroffen war. Art. 55 Abs. 3 regelt die Vollstreckungsimmunität der Einlagen von Kunden der BIZ: «Der Bank anvertraute Werte ebenso wie Ansprüche jeder Art gegen die

Allerdings ist nach dem Sitzabkommen die Befreiung von jeglicher Gerichtsbarkeit nicht gewährt bei «Klagen in Zivil- und Handelssachen, die von *Vertragspartnern* der Bank im Zusammenhang mit Bank- und Finanzgeschäften erhoben werden», ausser wenn der Fall durch eine Schiedsvereinbarung gedeckt ist (Art. 4 Abs. 1 lit. b) des Sitzabkommens).¹³ Dasselbe wird in Art. 55 der Statuten geregelt. Letztere Vorschrift stellt auch klar, dass die *Vollstreckungsimmunität* nicht greift, wenn sie aufgrund eines rechtskräftigen Urteils erfolgt, das von der Immunitätsausnahme der zivil- oder handelsrechtlichen Streitigkeiten gedeckt ist (Art. 55 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 lit. b) der Statuten). Schliesslich enthält das Sitzabkommen in Art. 22 ein Verbot des Missbrauchs der Immunität.¹⁴

Für die Gesamtbeurteilung kommt es schliesslich auf die Existenz alternativer Rechtsschutzmöglichkeiten an.¹⁵ Deshalb sind folgende Vorschriften des Sitzabkommens relevant: Art. 23 verlangt, unter der Überschrift «Privatrechtliche Streitigkeiten»: «Die Bank wird zweckdienliche Massnahmen im Hinblick auf eine zufrieden stellende Beilegung von Streitigkeiten treffen, a) die sich aus Verträgen ergeben, in denen die Bank Vertragspartei ist, sowie im Hinblick auf sonstige privatrechtliche Streitigkeiten, soweit die Bank gemäss dem vorstehenden Artikel 4, *Absatz 1 von der Gerichtsbarkeit befreit ist (...)*»¹⁶ Für die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien (also zwischen der BIZ und der Schweiz) über die Auslegung und Anwendung des Abkommens ist im Wesentlichen ein Schiedsgericht vorgesehen (Art. 27 des Sitzabkommens).¹⁷

Bank und von der Bank ausgegebene Aktien, gleichgültig wo und in wessen Händen sie sich befinden, können ohne ausdrückliche vorherige Zustimmung der Bank nicht mit Vollstreckungsmassnahmen belegt werden (insbesondere können sie nicht gepfändet, mit Arrest belegt, gesperrt oder mit anderen Zwangsvollstreckungs- oder Sicherungsmassnahmen belegt werden.)»

¹³ Hervorhebung der Verfasserin. Im vom BGer entschiedenen Fall klagten nicht Vertragspartner der BIZ.

¹⁴ *Supra* Fn. 8 Art. 22 Sitzabkommen (*Supra* Fn. 8), Verhinderung von Missbrauch: «Die Bank und die schweizerischen Behörden werden stets zusammenarbeiten, um eine gute Handhabung der Rechtspflege zu erleichtern, die Einhaltung der Polizeivorschriften zu gewährleisten und jeden Missbrauch der in diesem Abkommen vorgesehenen Vorrechte und Immunitäten, Erleichterungen sowie Befreiungen zu verhindern.»

¹⁵ Siehe unten Abschnitt IX.D.

¹⁶ Im vom BGer entschiedenen Fall ging es nicht um die Befreiung von der Gerichtsbarkeit nach Art. 4 Abs. 1 des Sitzabkommens, sondern um die Vollstreckungsimmunität nach Art. 4 Abs. 4.

¹⁷ Art. 27 (*infra* Fn. 23), Streitbeilegung: «1. Jede Meinungsverschiedenheit über Anwendung oder Auslegung dieses Abkommens, die nicht durch direkte Verhandlungen zwischen den Parteien geregelt werden konnte, kann von der einen oder der anderen Partei dem durch das Haager Abkommen vom 20. Januar 1930 vorgesehenen und in Ziffer 11 des Grundgesetzes der Bank erwähnten Schiedsgericht unterbreitet werden. 2. Die Parteien können indessen vereinbaren, ein aus drei Mitgliedern bestehendes *Ad-hoc*-Schiedsgericht anzurufen. In diesem Fall werden der Schweizerische Bundesrat und die Bank je ein Mitglied des Gerichts bezeichnen, und die so bestimmten Mitglieder wählen ihren Präsidenten. Im Falle der Uneinigkeit der Mitglieder des Gerichts bezüglich der Person des Präsidenten wird dieser auf Begehren der Mitglieder des Gerichts durch den Präsidenten des Internationalen Gerichtshofs oder, wenn dieser verhindert ist, seinen Auftrag auszuführen, durch den

IV. Rechtsnatur, Aufgaben und Mitgliedschaft der BIZ

Eine völkerrechtliche Immunität der BIZ setzt voraus, dass diese eine internationale Organisation ist. Hieran könnten wegen zahlreicher Anomalien Zweifel bestehen. Die BIZ wurde nicht mittels eines normalen zwischenstaatlichen Gründungsvertrages errichtet, ihre Mitglieder sind nicht Staaten, sondern Zentralbanken, und ihre Rechtsform ist die einer Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht. Dennoch qualifizierte ein Schiedsspruch von 2002 die BIZ als internationale Organisation.¹⁸

Die Rechtsgrundlagen der BIZ sind, den damaligen Umständen und dem Entwicklungsstand des Völkerrechts entsprechend, kompliziert. Ausgangspunkt der Gründung der Bank war der sogenannte Young-Plan von 1929 zur Regelung der Frage der Reparationen Deutschlands für den ersten Weltkrieg. Ein Abkommen zwischen Deutschland und seinen 16 Hauptgläubigerstaaten von 1930 sah vor, dass die BIZ gegründet werden sollte, um den Young-Plan umzusetzen.¹⁹ Am selben Tag (am 20. Januar 1930) und am selben Ort (in Den Haag) wie das Abkommen zwischen Deutschland und seinen Gläubigern wurde das Abkommen über die BIZ zwischen sechs Staaten (Belgien, Deutschland, Frankreich, Italien, Japan und das Vereinigte Königreich) einerseits und der Schweiz andererseits geschlossen.²⁰ Dieses soll im Folgenden als Garantie-Abkommen bezeichnet werden. In diesem Haager Garantie-Abkommen verpflichtete sich die Schweiz, die Gründung der BIZ rechtlich abzusichern.²¹ Am selben Tag wurde die BIZ mittels einer Gründungscharta errichtet («inkorporiert»), und zwar durch die Zentralbanken der sechs genannten Staaten sowie einer US-amerika-

Vizepräsidenten oder, bei dessen Verhinderung, durch das dienstälteste Mitglied des Gerichtshofs bezeichnet. Das *Ad-hoc*-Schiedsgericht legt sein eigenes Verfahren fest.»

¹⁸ Siehe zur Rechtsnatur und zum völkerrechtlichen Status der BIZ die Teilentscheidungen eines Schiedsgerichts: Partial Award on the lawfulness of the recall of the privately held shares on 8 January 2001 and the applicable standards for the valuation of the shares, Schiedsspruch vom 22. November 2002, Kapitel IV.A. («*First Preliminary Issue: The Character and Status of the Bank*»), Rn. 104–118, veröff. in: PERMANENT COURT OF ARBITRATION (PCA) (Hrsg.), *Bank for International Settlement Arbitration Awards*, The Hague 2003, S. 1 ff. Das Schiedsgericht war nach Art. XV des Haager Reparationsabkommens (Agreement Regarding the Complete and Final Settlement of the Question of Reparations, vom 20. Januar 1930, *supra* Fn. 9), einberufen worden.

¹⁹ Hague Agreement Regarding the Complete and Final Settlement (*supra* Fn. 9), Art. VI und weitere Vorschriften.

²⁰ Abkommen über die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich vom 20. Januar 1930 (Convention Respecting the Bank for International Settlements), 104 L.N.T.S. 441 (1930); SR 0.192.122.971.

²¹ *Ibid.* (Garantie-Abkommen, Art. 1: «*to grant the Bank for International Settlements, without delay, the following Constituent Charter having the force of law ...*»).

nischen Finanzinstitution.²² Art. 1 der Gründungscharta lautet: «The Bank for International Settlements ... is hereby incorporated.» Die Gründungscharta verweist wiederum auf die Statuten²³ der Bank, welche deren Verfassung, die Operationen und Aktivitäten regeln.²⁴ Die genannte Gründungscharta und die Statuten der BIZ wurden somit durch ein zwischenstaatliches Abkommen (das genannte Garantie-Abkommen mit der Schweiz) determiniert und bilden einen integralen Bestandteil bzw. einen Anhang jenes Abkommens.

Aus der Reihenfolge der Schritte ergibt sich, dass nach dem Willen der Vertragsstaaten die Gründungscharta der Bank, ein Anhang zu dem zwischenstaatlichen Vertrag, obwohl ein Akt des Schweizerischen Rechts, das neugegründete Finanzunternehmen nicht dem Schweizer Recht unterwerfen sollte.²⁵ Die Bank ist als Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht konstituiert und als «internationale Organisation mit eigenem Rechtsstatus» im Handelsregister des Kantons Basel-Stadt Hauptregister eingetragen.²⁶ Der Ursprung der Gründung der Bank ist jedoch ein internationaler Vertrag, und die «Garantie» durch die Schweiz unterstellte die Bank nicht Schweizer Recht.²⁷ Die BIZ ist eine «*sui generis* creation which is an international organisation», so der Schiedsspruch.²⁸

Nachdem sich die Frage der deutschen Reparationen erledigt hat, erfüllt die BIZ allgemeine Aufgaben. Die BIZ ist eine «Bank für Zentralbanken».²⁹ Nach Art. 3 ihrer Statuten sind die Aufgaben der BIZ «to promote the co-operation of central banks and to provide additional facilities for international financial operations; and to act as a trustee or agent in regard to international financial settlements entrusted to it under agreements with the parties concerned».³⁰

Die Funktionen der BIZ sind «*quintessentially public international in character*», so das Schiedsgericht.³¹ Die BIZ dient einem globalen öffentlichen Interesse, nämlich der Währungs- und Finanzstabilität. Dieses Ziel soll durch die Förderung der Zusammenarbeit zwischen Zentralbanken, Finanzaufsichtsbe-

²² Art. 1 der Constituent Charter of the Bank for International Settlements vom 20. Januar 1930, integraler Bestandteil des Garantie-Abkommens vom 20. Januar 1930, *supra* Fn. 20, S. 445–447 (Gründungscharta).

²³ Statutes of the Bank for International Settlements, vom 20. Januar 1930, in der Fassung vom 27. Juni 2005 (Annex zum Garantie-Abkommen vom 20. Januar 1930, *supra* Fn. 20). Die Statuten waren zwischenzeitlich mehrfach geändert worden.

²⁴ So Art. 2 der Gründungscharta, *supra* Fn. 22.

²⁵ Schiedsspruch vom 22. November 2002, *supra* Fn. 18, Rn. 106.

²⁶ *Ibid.*, Rn. 108.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*, Rn. 118.

²⁹ DANIEL LEFORT, *Bank for International Settlements (BIS), Basel, Switzerland*, in: Roger Blanpain/Michele Colucci (Hrsg.), *International Encyclopaedia of Laws: Intergovernmental Organizations – Suppl. 36*, Alphen aan den Rijn 2009, Rn. 44.

³⁰ Statuten vom 20. Januar 1930, *supra* Fn. 23.

³¹ Schiedsspruch vom 22. November 2002, *supra* Fn. 18, Rn. 113.

hörden und internationalen Finanzorganisationen, durch die Erledigung von Bankgeschäften und durch die Unterstützung von Zentralbanken (sowohl solcher Zentralbanken, die Mitglied der BIZ sind, als auch der Nichtmitglieder) gefördert werden.

Die Tätigkeit der BIZ ist also teilweise geschäftlicher Natur. Das Ziel ist aber nicht der Profit, sondern die Wahrung der Währungs- und Finanzstabilität, die im gemeinsamen Interesse der Mitglieder liegt.³² Die Mitgliedschaft bei der BIZ ist allein Zentralbanken vorbehalten; eine Mitgliedschaft von Staaten ist nicht möglich. Diese Regelung soll die Unabhängigkeit von den Regierungen gewährleisten.³³

V. Die Erwägungen des Bundesgerichts

Das Bundesgericht stellt völkerrechtlich relevante Erwägungen in drei Schritten an. Erstens (E.4.3) geniessen nach Auffassung des BGER internationale Organisationen für alle ihre Handlungen «grundsätzlich *absolute Immunität*».³⁴ Diese erkläre sich daraus, dass «infolge des funktionellen Charakters der Rechtspersönlichkeit einer internationalen Organisation alle ihre Handlungen eng mit ihrem Organisationszweck in Verbindung stehen müssen.»³⁵

Zweitens (E.4.4) streift das BGER den Einwand des Rechtsmissbrauchs und lehnt gleichzeitig eine *Entscheidungskompetenz staatlicher Behörden* über das Eingreifen der Immunität in einem konkreten Streitfall ab. Die Beschwerdeführerinnen hatten vorgebracht, die «massiven Vermögensverschiebungen eines Schuldnerstaates auf Konten der BIZ» habe der Verschleierung der tatsächlichen Vermögenslage Argentiniens gedient, und darin habe ein «Rechtsmissbrauch der Republik Argentinien» (und somit auch eine missbräuchliche Ausnutzung der Immunität der BIZ) gelegen.³⁶ Das BGER wirft zunächst die Frage auf, wer überhaupt dazu berechtigt ist, zu entscheiden, ob die Einräumung der Immunität funktional notwendig oder im Gegenteil rechtsmissbräuchlich sei.³⁷ Nach Ansicht des BGER würde eine Entscheidung durch nationale Gerichte die «Unabhängigkeit und die Unparteilichkeit» der betroffenen Organisation in Frage stellen. Deshalb solle, so das BGER, «die Ansicht der internationalen Organisation für den nationalen Richter massgeblich» sein.³⁸

³² LEFORT, *supra* Fn. 29, Rn. 45.

³³ *Ibid.*, Rn. 46.

³⁴ BGE 136 III 379, E. 4.3.1 (Hervorhebung der Verf.).

³⁵ *Ibid.*, E.4.3.1.

³⁶ *Ibid.*, E.4.4.

³⁷ *Ibid.*, E.4.4.2.

³⁸ *Ibid.*, E.4.4.2.

Nach dem Sitzabkommen müssen die BIZ und die schweizerischen Behörden zusammenarbeiten, um jeden Missbrauch der Immunität zu verhindern (Art. 22). Im Fall von Meinungsverschiedenheiten kann die Streitigkeit, nach erfolglosen direkten Verhandlungen, einem Schiedsgericht unterbreitet werden (Art. 27). Auch wenn die Bank ihren Verpflichtungen zur Bereitstellung zweckdienlicher Streitbeilegungsmassnahmen aus Art. 23 des Sitzabkommens³⁹ nicht nachkommen sollte, seien nationale Behörden, also auch das BGer selbst, nicht befugt, die Meinungsverschiedenheit zwischen den Fonds und der BIZ über die Immunität selbst zu entscheiden.⁴⁰

Drittens (E.4.5) verneint das BGer die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachte *Verletzung der Rechtsweggarantie* (Art. 6 EMRK/Art. 29a BV). Eine solche Verletzung liegt nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen in der Verweigerung einer materiellen Überprüfung der Immunitätsbehauptung der BIZ durch staatliche Gerichte. Das BGer erwidert unter Verweis auf die gefestigte Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 EMRK. Demnach muss eine Einschränkung des Menschenrechts auf Zugang zu Gericht ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismässig sein.⁴¹

Das durch die Einräumung der Immunität zu sichernde legitime Ziel ist die Gewährleistung des ordnungsgemässen Funktionierens internationaler Organisationen unabhängig von einseitigen Eingriffen einzelner Staaten.⁴² Für die Frage der Verhältnismässigkeit ist nach der Rechtsprechung des EGMR entscheidend, ob eine vernünftige Alternative für den Rechtsschutz zur Verfügung steht.⁴³ Vorliegend besteht für die Beschwerdeführerinnen *kein direkter Zugang* zu einer Instanz, welche die Immunität der BIZ inhaltlich überprüft. Sie haben nur die Möglichkeit, sich an die schweizerischen Behörden zu wenden, damit die Schweiz als Partei des Sitzabkommens die Ansicht der Beschwerdegegnerin in Frage stellt.⁴⁴ Dennoch sieht das BGer die Verhältnismässigkeit gewahrt. Denn die Verhältnismässigkeitsprüfung «kann ... [!] nicht dazu führen, eine internationale Organisation der staatlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen», so das BGer. Ein solches Verständnis würde das ordnungsgemässe Funktionieren der Organisation behindern und dem Ziel der Stärkung der internationalen Zusammenarbeit zuwiderlaufen. Wenn schweizerische Gerichte und Zwangsvollstreckungsorgane inhaltlich prüfen würden, ob eine Zentralbankeneinlage währungspolitisch gerechtfertigt sei, wäre die BIZ «in ihrer statuarisch vorgesehenen

³⁹ Siehe den Wortlaut der Vorschrift des Art. 23 oben in Abschnitt III im Text vor Fn. 16.

⁴⁰ BGE 136 III 379, E.4.4.3.

⁴¹ Siehe im Einzelnen unten Abschnitt IX.

⁴² BGE 136 III 379, E.4.5.2.

⁴³ Siehe im Einzelnen unten Abschnitt IX.C.

⁴⁴ BGE 136 III 379, E.4.5.2.

Funktion als internationale Zahlungsdrehscheibe für die Zentralbanken in entscheidender Weise behindert.»⁴⁵

Somit ist laut BGER die völkervertragliche Einräumung der Immunität und deren Nichtüberprüfung durch staatliche Organe eine notwendige und verhältnismässige Einschränkung zur Wahrung des Ziels der Sicherung der Funktionsfähigkeit der Organisation. Die Rechtsweggarantie durfte auf diese Weise zulässig eingeschränkt werden und ist nicht verletzt.

VI. Quelle und Ratio der Immunität internationaler Organisationen

Streitig war nicht die Existenz einer Gerichts- und Vollstreckungsimmunität der BIZ, sondern ihre Reichweite. Diese wird zum einen durch ihre Ratio und zum zweiten durch das Gewicht der im konkreten Fall gegenläufigen Rechtsgüter bestimmt. Quelle der Immunität internationaler Organisationen ist anerkanntermassen das Völkerrecht, nicht staatliches Recht. Fraglich ist lediglich, ob die Immunität völkergewohnheitsrechtlichen Charakter hat oder ob sie jeweils vertraglich eingeräumt werden muss. Richtigerweise ist die Immunität als Konsequenz der Völkerrechtspersönlichkeit der internationalen Organisationen aufzufassen, wobei hier nicht diskutiert werden soll, ob diese Rechtssubjektivität aus dem Völkergewohnheitsrecht fliesst oder nur aus dem Gründungsvertrag abzuleiten ist.⁴⁶

A. Pflicht zur Respektierung aus dem Sitzabkommen

Die Mitgliedstaaten einer Organisation sind aus dem Gründungsvertrag verpflichtet, die Immunität der Organisation zu beachten. Den Sitzstaat trifft dieselbe Pflicht aus dem Sitzabkommen. Denn sobald ein Staat einer internationalen Organisation erlaubt, ihren Sitz auf seinem Territorium zu errichten, ist er aus Treu und Glauben verpflichtet, der Organisation die zur Erfüllung ihrer Funktion notwendigen Immunitäten und Privilegien zu gewähren. Die Schweizer Behörden und Gerichte sind also aus der bereits genannten Vorschrift des Art. 4 des Sitzabkommens⁴⁷ zur Beachtung der Immunität der BIZ verpflichtet.

⁴⁵ *Ibid.*, E.4.5.3.

⁴⁶ Hierzu ANNE PETERS, *Völkerrecht: Allgemeiner Teil*, Zürich 2008, S. 228–230.

⁴⁷ *Supra* Fn. 8.

B. Funktionale Immunität

Die Ratio der Immunität internationaler Organisationen ist primär die Sicherung ihrer Funktionalität.⁴⁸ Das heisst, internationale Organisationen sollen nur Immunität geniessen, wenn und soweit dies zur Erfüllung ihrer spezifischen Aufgaben notwendig ist.⁴⁹ Per definitionem stellt der funktionale Ansatz auf den *Zweck* der Organisation und nicht auf ihre *Mittel* ab. Hierauf komme ich noch zurück.

Die Immunitätsvorschrift für die Vereinten Nationen (UN) spiegelt die funktionale Erwägung deutlich wider. Art. 105 Abs. 1 der UN Charta lautet: «Die Organisation geniesst im Hoheitsgebiet jedes Mitgliedstaates die Vorrechte und Immunitäten, *die zur Verwirklichung ihrer Ziele erforderlich sind.*»⁵⁰ In ähnlichen Formulierungen, immer mit Bezug auf die Notwendigkeit für die Aufgabenerfüllung, definieren auch die WHO-Verfassung,⁵¹ das Statut des Europarats⁵² und das WTO-Übereinkommen⁵³ die Immunität der jeweiligen Organisationen.

⁴⁸ Siehe MANFRED WENCKSTERN, *Die Immunität internationaler Organisationen*, in: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht (Hrsg.), *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Band II/1, Tübingen 1994, S. 9–31, Rn. 44 und 68; AUGUST REINISCH, *International Organizations Before National Courts*, Cambridge 2000, S. 233; INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA), *Accountability of International Organisations*, Final Report (2004), S. 41; PHILIPPE SANDS/PIERRE KLEIN, *Bowett's Law of International Institutions*, London 2009, Rn. 15-034; MATTHIAS RUFFERT/CHRISTIAN WALTER, *Institutionalisiertes Völkerrecht*, München 2009, Rn. 183. Ausführlich MICHAEL SINGER, *Jurisdictional Immunity of International Organizations: Human Rights and Functional Necessity Concerns*, 36 *Virginia Journal of International Law* (1995), S. 53–165, insb. S. 128 und 133; Aus der Praxis der Organisationen selbst: EUROPARAT (Hrsg.), Bericht «Privileges and Immunities of International Organisations» des European Committee on Legal Cooperation vom 9. Juli 1969, S. 4 und S. 64, angenommen vom Ministerkomitee des Europarates in der Resolution (69) 29 vom 26. September 1969; ebenso: Parlamentarische Versammlung Recommendation 482 (1967), Ziff. 3.

⁴⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement, Third, Foreign Relations Law of the United States*, Washington 1986, § 467 Subsection 1: «*Under international law, an international organization generally enjoys such privileges and immunities from the jurisdiction of a member state as are necessary for the fulfilment of the purposes of the organization, including immunity from legal process, and from financial controls, taxes, and duties.*» (Hervorhebung der Verf.).

⁵⁰ Hervorhebung der Verf.

⁵¹ Art. 67(a) Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22. Juli 1946: «Die Organisation geniesst auf dem Gebiete jedes Mitgliedstaates die *für die Erreichung ihres Zieles und die Durchführung ihrer Aufgaben notwendigen Privilegien und Immunitäten.*» (SR 0.810.1, 14 U.N.T.S. 185).

⁵² Art. 40(a) Satzung des Europarates vom 5. Mai 1949: «Dem Europarat, den Vertretern der Mitglieder und dem Sekretariat stehen im Gebiete der Mitglieder die Immunitäten und Vorrechte zu, die *für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich sind.* (...)». (SR 0.192.030, Hervorhebung der Verf.).

⁵³ Art. VIII Abs. 2 Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 lautet: «Der WTO werden von jedem ihrer Mitglieder die *zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben gegebenenfalls erforderlichen Vorrechte und Immunitäten eingeräumt.*» (SR 0.632.20, 1867 U.N.T.S. 3, Hervorhebung der Verf.).

Der funktionale Ansatz wird teilweise mit dem Hinweis kritisiert, dass er an einem eingebauten «bias» zugunsten der Organisationen leide und beinahe definitorisch die Organisationsinteressen übergewichte.⁵⁴ Diese Befürchtung ist meiner Ansicht nach nicht begründet. Im Gegenteil scheint mir die funktionale Betrachtungsweise von vornherein zu implizieren, dass die Immunität *begrenzt* ist.

Schliesslich passt die funktionale Begründung der Immunität der internationalen Organisationen gut zur anerkannten funktionalen Begrenzung der Immunität ihrer Bediensteten und Beauftragten. Bedienstete geniessen nur Immunität für ihre Handlungen im Dienst der Organisation.⁵⁵ Sie können sich beispielsweise nicht auf ihre Immunität berufen, wenn ein Anteil ihrer Dienstlöhne zur Realisierung von Unterhaltsforderungen gepfändet wird.

C. Keine «absolute» Immunität

Die vom Bundesgericht bemühte Sichtweise, dass internationale Organisationen eine «absolute» Immunität genössen, ist überholt. Sie ist sachlich auch nicht gerechtfertigt.

Zwar sind die Formulierungen einiger spezieller Immunitäts- oder Sitzabkommen zu verschiedenen internationalen Organisationen weit formuliert.⁵⁶ So geniessen etwa die Vereinten Nationen laut Art. II der UN-Immunitätskonvention von 1946 Immunität vor jeglichem Rechtsverfahren («*from every form of legal process*»).⁵⁷ Diese Vorschrift konkretisiert jedoch lediglich die Grundregel der UN-Charta. Sie ist *lex specialis* zu Art. 105 der Charta, kann aber jene Vorschrift nicht abändern oder erweitern, sondern nur ausfüllen. Es kann kaum plausibel argumentiert werden, dass die Gerichtsimmunität als solche immer «erforderlich» zur Aufgabenerfüllung im Sinne von Art. 105 UN-Charta sei. Der Begriff der Erforderlichkeit impliziert eine konkrete, nicht pauschale Betrachtungsweise. Mit «jeglichen Verfahren» sind somit von vornherein nur sol-

⁵⁴ RUFFERT/WALTER, *supra* Fn. 48, Rn. 183; JAN KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, 2. Aufl., Cambridge 2009, S. 136.

⁵⁵ Siehe zur Immunität eines Sonderberichterstatters der Vereinten Nationen: IGH, *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, S. 62 ff., Rn. 47–56.

⁵⁶ Siehe beispielsweise Art. 8 Abkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Welthandelsorganisation vom 2. Juni 1995: «Die Organisation geniessst Befreiung von der Gerichtsbarkeit» (SR 192.122.632).

⁵⁷ Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations vom 13. Februar 1946, 1 U.N.T.S. 15: «*Article II: Property, funds and assets Section 2. The United Nations, its property and assets wherever located and by whomsoever held, shall enjoy immunity from every form of legal process except insofar as in any particular case it has expressly waived its immunity. It is, however, understood that no waiver of immunity shall extend to any measure of execution.*» (Hervorhebung der Verf.).

che gemeint, die sich auf Aktivitäten im Rahmen der Aufgabenerfüllung beziehen.⁵⁸

Teilweise wird argumentiert, dass absolute Immunität und funktionale Immunität einer internationalen Organisation ohnehin zusammenfielen. Das Argument ist, dass «infolge des funktionellen Charakters der Rechtspersönlichkeit jeder internationalen Organisation alle ihre Handlungen eng mit ihrem Organisationszweck in Verbindung stehen» müssen.⁵⁹ Jenem Argument schloss sich das Bundesgericht an.⁶⁰

Diese Dialektik vermag nicht zu überzeugen. Erstens bauscht die Gleichsetzung von funktionaler und absoluter Immunität der Organisationen den Statusunterschied zwischen Staaten und internationalen Organisationen auf (dazu unten Abschnitt VII.). Zweitens verfährt sie nach dem Motto, dass nicht sein kann, was nicht sein darf. Zwar *darf* eine Organisation nur in den Grenzen der ihr im Gründungsdokument zuerkannten Aufgaben, also funktional begrenzt, handeln. Wenn sie diese Kompetenzen jedoch überschreitet, wäre es pervers, ihr für solche *Ultra-vires*-Aktivitäten Immunität einzuräumen.

D. Nähere Bestimmung der funktionalen Immunität im konkreten Fall

Zur Beurteilung der funktionalen Immunität einer Organisation müssen folgende Fragen gestellt werden: Welche Ziele sollen mit der Handlung der Organisation, die den Rechtsstreit auslöste, erreicht werden? Stehen diese Ziele in unmittelbarem Zusammenhang mit den institutionellen Zielen der Organisation?⁶¹

Hier zeigt sich, dass ein Nachteil des funktionalen Ansatzes die mit der Offenheit des Konzepts verbundene relative Rechtsunsicherheit ist.⁶² Anders als die «absolute» Immunität, die klar und eindeutig ist, bestehen Beurteilungsspielräume. Die Aufgaben bzw. Ziele der Organisationen sind in der Regel weit

⁵⁸ Dieses Verständnis ergibt sich aus einem IGH-Gutachten, in dem der IGH es zwar «primär» dem UN-Generalsekretär überliess, die Organisationsinteressen zu schützen (und damit die Reichweite der Immunität zu definieren), dann aber nachprüfte, ob das im Streitfall relevante Verhalten eines Sonderberichterstatters im Rahmen seiner Funktionen erfolgt war oder nicht. IGH, *Difference Relating to Immunity*, *supra* Fn. 55, Rn. 51 f. Ein massgeblicher UN-Kommentar spricht dennoch von «absoluter Immunität» (MICHAEL GERSTER/DIRK ROTENBERG, *Article 105*, in: Bruno Simma *et al.* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2. Aufl., Bd. II/2, Oxford 2002, Art. 105, Rn. 13).

⁵⁹ IGNAZ SEIDL-HOHENVELDERN/GERHARD LOIBL, *Das Recht der internationalen Organisationen einschliesslich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7. Aufl., Köln 2000, Rn. 1908.

⁶⁰ BGE 136 III 379, E.4.3.1.

⁶¹ REINISCH, *supra* Fn. 48, S. 213.

⁶² KLABBERS, *supra* Fn. 54, S. 134.

und vage beschrieben. Es ist vielfach nicht eindeutig, ob eine konkrete Massnahme der Organisation darunter fällt. Ferner sind unterschiedliche Bestimmungen der Relation zwischen Funktionen/Aufgaben und Immunität möglich.

In der Literatur wird überwiegend, meines Erachtens zu Recht, ein strikter Begriff des funktionell Notwendigen eingesetzt.⁶³ Klagen, die nicht mit den normalen Aktivitäten der Organisation in Beziehung stünden («*not related with the [ordinary] functional activity*») und Klagen, die nur anlässlich von mandatsmässigen Organisationsaktivitäten entstehen («*claims that arise incidentally from ordinary [functional] activities*») sollen demnach keine Immunität geniessen.⁶⁴ Eine andere Formulierung lautet, dass einer Organisation Immunität nur gewährt werden solle für Handlungen, welche «*inherent or essential for its institutional purposes*» sind.⁶⁵ Die Organisation soll nur für Handlungen, welche unbedingt notwendig («*strictly necessary*») sind, um den Zweck der Organisation zu erfüllen, nicht aber für nicht essentielle Handlungen, Immunität geniessen.⁶⁶

Dieses in der Literatur propagierte enge Verständnis wird vom Sinn und Zweck der Einräumung der Immunität gestützt. Schliesslich dient die Immunität prinzipiell nur dazu, eine *ungebührliche Einflussnahme* auf die Organisation zu verhindern.⁶⁷ Unter Anlegung dieses Massstabes sind *arbeitsrechtliche Klagen* und *Mietklagen* gegen internationale Organisationen⁶⁸ ebenso wenig von der funktionalen Immunität gedeckt wie entsprechende Rechtsstreitigkeiten mit Staaten.⁶⁹

Im Fall der *Mütter von Srebrenica gegen die Vereinten Nationen* liegt eine noch nicht rechtskräftige Entscheidung des Appellationsgerichts von Den Haag vor.⁷⁰ Hier setzte das Appellationsgericht die Immunität der Vereinten Nationen nicht als absoluten Wert, sondern fragte, ob die Anrufung der Immunität «not-

⁶³ REINISCH, *supra* Fn. 48, S. 332 ff.

⁶⁴ KIBROM TESFAGABIR, *The State of Functional Immunity of International Organizations and Their Officials and Why it Should be Streamlined*, 10 Chinese Journal of International Law (2011), S. 97–128, S. 127.

⁶⁵ ILA, *supra* Fn. 48, S. 41.

⁶⁶ PIETER H.F. BEKKER, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations*, Dordrecht/Boston/London 1994, S. 165.

⁶⁷ EMANUEL GAILLARD/ISABELLE PINGEL-LENUZZA, *International Organisations and Immunity from Jurisdiction: To Restrict or To Bypass*, 51 International and Comparative Law Quarterly (2002), S. 1–15, S. 5; WENCKSTERN, *supra* Fn. 48, Rn. 68.

⁶⁸ Hierzu unten die Fälle *Siedler* und *Lutchmaya* (Fn. 121 und 122).

⁶⁹ Siehe für eine Lohnklage aus einem Dolmetschervertrag mit der ständigen Vertretung des Iraks in Genf: BGE 120 II 408 (1994); Lohnklage eines Chauffeurs der ständigen diplomatischen Vertretung von Ägypten: BGE 120 II 400 (1994).

⁷⁰ Appeal Court The Hague, Urteil vom 30. März 2010, Fall-Nr. 200.022.151/01. Die Beschwerde ist zur Zeit beim Obersten Gerichtshof der Niederlande hängig.

wendig für die Verfolgung der Ziele der UN» sei.⁷¹ Das Gericht stellte die Kompetenzfülle, die Befugnis der Nationen zur Verhängung von Zwangsmassnahmen und die Involvierung der Organisation in bewaffnete Konflikte heraus. In solchen heiklen Konflikten bestehe die reale Gefahr, dass die UN nur deshalb vor die staatlichen Gerichte gezogen würden, um die Zwangsmassnahmen des Sicherheitsrates zu stören oder zu verhindern. Die Immunität der Vereinten Nationen ist deshalb «eng verbunden mit dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung von Frieden und Sicherheit in der Welt.»⁷² Aus diesem Grund sei es besonders wichtig, dass die UN die breitestmögliche Immunität geniessen, die so wenig Spielraum für Diskussion lässt wie möglich. Nur «zwingende Gründe» sollten zur Absprechung der Immunität der UN führen, so das Haager Gericht.

Im Vergleich zu den Vereinten Nationen ist der Umfang der Kompetenzen der BIZ viel geringer. Ihre Aufgaben sind auf den Währungs- und Finanzbereich beschränkt. Dieser ist allerdings ebenfalls von höchster globaler Bedeutung. Die funktionale Immunität der BIZ muss deshalb im konkreten Fall anders bestimmt werden als die der UN. Bevor dies näher analysiert wird (Abschnitt VIII), soll diskutiert werden, wem diese Bestimmung obliegt.

E. Wer entscheidet über das Eingreifen der Immunität?

Wenn die Immunität als absolut aufgefasst wird, bleibt den mit einer Klage befassten staatlichen Gerichten ohnehin kein Spielraum, und dann ist die Frage der Entscheidungskompetenz hinfällig. Wenn die Immunität als absolut angesehen wird, entstehen keine Zweifelsfragen. Auf dieser Linie hatte das Bundesgericht die Immunitätsbehauptung der BIZ ohne materielle Nachprüfung hingenommen.

Wenn die Immunität funktional begründet wird, ist demgegenüber die Frage der Beurteilungskompetenz relevant. Wer darf die Aufgaben und den Bezug der streitbefangenen Massnahme der Organisation zu diesen Aufgaben ultimativ beurteilen: die Organisation selbst, das nationale Gericht oder eventuell die nationale Exekutive? Weil die Immunität eine Rechtsfrage ist, die im Rahmen eines Gerichtsverfahrens nach nationalem Recht aufkommt, wird in jedem Fall zunächst ein staatliches Gericht mit der Frage konfrontiert.

Wegen der Schwierigkeit der Grenzziehung zwischen Massnahmen innerhalb und ausserhalb des Organisationszwecks könnte aber eine solche Befugnis staatlicher Gerichte problematisch sein. Erstens können Zweifel bestehen an der Sachkunde der staatlichen Gerichte für die Beurteilung der Organisationszwecke und der Frage, ob eine Massnahme davon gedeckt ist oder nicht.

⁷¹ *Ibid.*, Rn. 4.5 und 5.7.

⁷² *Ibid.*, Rn. 5.7.

Ausserdem entscheiden verschiedene staatliche Gerichte möglicherweise in uneinheitlicher Weise über dieselben Rechtsfragen. Dies könnte zu Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit führen.

Genau dasselbe Problem entsteht allerdings in Bezug auf die staatliche Immunität. Hier wird akzeptiert, dass die Beurteilung den entscheidenden Gerichten anhand der internationalen Vorgaben obliegt. Dieses Schema entspricht dem Grundprinzip der dezentralen Anwendung des Völkerrechts. In Ermangelung einer zentralen völkerrechtlichen Rechtsanwendungsbehörde werden zahlreiche internationale Normen, beginnend mit denen über die Staatsqualität eines politischen Akteurs über die Regeln für die Auslegung internationaler Verträge bis hin zur Bestimmung der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, von nationalen Gerichten und anderen staatlichen Stellen angewendet.

Genauso verhält es sich mit der Organisationsimmunität. Diese bestimmt sich nicht nach staatlichem Recht, sondern nach dem Völkerrecht.⁷³ Die internationalen Vorgaben werden jedoch dezentral angewendet. Die nationalen Gerichte fungieren im Wege der «*dédoulement fonctionnel*» als Vollstrecker des Völkerrechts. In einem dezentralen System ohne Höchstgericht ist die komplett einheitliche Rechtsanwendung nie garantiert.⁷⁴

Die mit der dezentralen Bestimmung der Reichweite der Organisationsimmunität verbundene Rechtsunsicherheit kann reduziert werden, indem die Zwecke der Organisationen im Gründungsvertrag möglichst präzise umschrieben werden und wenn dort auch die Reichweite der Immunität näher umschrieben wird. Diese Festlegungen obliegen in erster Linie den vertragsschliessenden staatlichen Exekutiven. Schliesslich wirkt der globale Dialog der Gerichte auf eine konkordante Rechtsanwendung der Immunitätsregeln hin.

⁷³ HENRY G. SCHERMERS/NIELS BLOKKER, *International Institutional Law*, 5. Aufl., Boston 2003, § 1610.

⁷⁴ Dies ist in einem Bundesstaat prinzipiell nicht anders. Die gliedstaatlichen Behörden und Gerichte wenden Bundesrecht dezentral an. Jedoch führt wohl in den meisten Bundesstaaten der Rechtsweg zu einem Höchstgericht des Bundes, das die Rechtseinheitlichkeit sichert. Dieselbe Funktion erfüllt in der EU, deren Recht von den Mitgliedstaaten dezentral angewendet wird, das Vorabentscheidungsverfahren, in dem der EuGH EU-Recht verbindlich auslegt und zur Anwendung an die staatlichen Instanzen zurückverweist.

VII. Vergleich mit der staatlichen Immunität

A. Die Unterscheidung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis*

Staaten geniessen nach Völkergewohnheitsrecht und nach Art. 10 des (noch nicht in Kraft stehenden) UN-Immunitätsabkommens⁷⁵ nur eine relative, keine absolute Immunität. Diese gilt nur für *acta iure imperii*, nicht für *acta iure gestionis* («commercial transactions»). Die Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* erfolgt nach der *lex fori*. Das heisst, die Gerichte verschiedener Staaten dürfen ihr nationales Recht anwenden, dieses muss sich aber an internationalen Vorgaben orientieren. *Acta iure imperii* sind Hoheitsakte, also Akte, welche die öffentliche Gewalt betreffen. *Acta iure gestionis* sind Akte, die nicht nur ein Staat, sondern auch eine Privatperson vornehmen kann. Nach Art. 2 Abs. 2 der UN-Immunitätskonvention muss die Abgrenzung in erster Linie auf die «Natur» des Aktes abstellen. Die Konvention erlaubt es aber den Staaten, auch den «Zweck» des Aktes zu berücksichtigen.

Die Unterscheidung *acta iure imperii* und *acta iure gestionis* wurde von der älteren US-amerikanischen Rechtsprechung auf internationale Organisationen angewendet.⁷⁶ Die Ausnahme der «commercial or financial activities of the organisation» wurde auch vom Europarat angenommen.⁷⁷ In der aktuellen Literatur wird demgegenüber die Unterscheidung zwischen Hoheitsakten und wirtschaftlichen Transaktionen zur Bestimmung der Immunität internationaler Organisationen vielfach abgelehnt. Das Hauptargument ist, dass die Unterscheidung zwischen hoheitlichen und wirtschaftlichen Massnahmen für internationale Organisationen nicht passe. Die Akte der Organisationen seien, so die Gegner der Parallele, einerseits nicht «hoheitlich» in einem traditionellen Sinne, und andererseits können auch wirtschaftliche Aktivitäten vom Organisationszweck gedeckt sein.⁷⁸

Die funktionale Betrachtung kommt der klassischen Unterscheidung dennoch nahe, wenn diese anhand der *Zwecke* vorgenommen wird (was die UN-Konvention von 2004 nicht verbietet). In diesem Sinne entschied beispielsweise das italienische Kassationsgericht, dass die FAO keine Immunität in einem

⁷⁵ Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 2. Dezember 2004 (UN-Doc. A/59/508), noch nicht in Kraft (zwölf Ratifikationen, 30 sind erforderlich).

⁷⁶ US District Court for the District of Columbia, *Dupree Associates Inc. v. OAS*, Urteil vom 31. Mai 1977, ILR 63 (1982), 92–95. Siehe zur US-amerikanischen Gesetzgebung, die diese Parallele vorsieht, *infra* Fn. 83.

⁷⁷ EUROPARAT (Hrsg.), *supra* Fn. 48, Rn. 33 (S. 16).

⁷⁸ BEKKER, *supra* Fn. 66, S. 158; RUFFERT/WALTER, *supra* Fn. 48, Rn. 183; siehe ferner die Stimmen in Fn. 87.

Mietrechtsstreit genösse, weil sie sich diesbezüglich am Rechtsverkehr auf einer Stufe mit Privatpersonen beteiligen würde und die Anmietung des Gebäudes «nicht unmittelbar mit dem Organisationszweck in Verbindung» stehe.⁷⁹

In Bezug auf die BIZ gilt, dass nach Art. 4 des Sitzabkommens «*Klagen in Zivil- und Handelssachen, die von Vertragspartnern der Bank im Zusammenhang mit Bank- und Finanzgeschäften* erhoben werden» von der Befreiung von der Gerichtsbarkeit ausgenommen sind. Diese Ausnahme scheint ein Pendant zur Immunitätsausnahme für Staaten bei «privatwirtschaftlichen Rechtsgeschäften» («commercial transactions» nach Art. 10 der UN-Konvention von 2004) zu bilden. Sie scheint die Unterscheidung zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii* zu spiegeln. Fraglich ist aber, wie im Fall der BIZ diese nicht-immunen zivilrechtlichen Klagen in «Bank- und Finanzgeschäften» von den sonstigen Klagen, für welche die BIZ Immunität genießt, abzugrenzen sind. Denn die finanziellen Transaktionen der BIZ ähneln weitgehend den kommerziellen Aktivitäten von Privatbanken. Dementsprechend würde eine analoge Anwendung der in Bezug auf Staaten im UN-Abkommen von 2004 vorrangig vorgesehenen Abgrenzung zwischen *acta iure gestionis* und *acta iure imperii* anhand der «Natur» der Massnahmen (im Gegensatz zu ihrem Zweck⁸⁰) zum Ergebnis führen, dass die Bank keine Immunität genösse. Dieses Ergebnis wäre jedoch fehlerhaft. Der Umfang der funktionalen Immunität der BIZ sollte nicht an der Art und Weise ihrer Tätigkeit ausgerichtet werden. Die Funktionalität richtet sich vielmehr nach dem Zweck ihrer Tätigkeiten, und dieser ist ein öffentlicher.⁸¹

B. Notwendigkeit einer weitergehenden Organisationsimmunität?

Die Ablehnung der Beschränkung der Organisationsimmunität auf *acta iure imperii* führt auf den ersten Blick zur Befürwortung einer weitergehenden Immunität von Organisationen als von Staaten. Zur Stützung dieses Ergebnisses wird argumentiert, dass die Organisationen mehr noch als Staaten auf die Immunität angewiesen seien. Internationale Organisationen verfügen im Gegensatz zu Staaten über kein eigenes Territorium. Sie sind also zwingend auf einen Sitzstaat angewiesen, in dem sie agieren, und müssen folglich insbesondere vor

⁷⁹ Italienisches Oberstes Kassationsgericht, *Istituto Nazionale di Previdenze per i Dirigenti die Aziende Industriali v. FAO*, Urteil No. 5399 vom 18. Oktober 1982 (Klage eines Liegenschaftsvermieters gegen die Food and Agricultural Organisation), abgedr. in UNJYB (1982), S. 234–236. Siehe aber ital. Kassationsgericht, *FAO v. Colagrossi*, Urteil Nr. 5942 vom 10. Mai 1992, auszugsweise engl. Übersetzung in ILR 101 (1995), S. 386–394, das die Immunität der FAO bejaht.

⁸⁰ Art. 2 Abs. 2 UN-Abkommen 2004, *supra* Fn. 75.

⁸¹ *Vgl.* LEFORT, *supra* Fn. 29, Rn. 66.

einer unangemessenen Einmischung durch diesen Staat geschützt sein.⁸² Die Organisationsimmunität ist dringlicher als die diplomatische Immunität, weil in den diplomatischen Beziehungen jeder Staat gleichzeitig Empfangs- und Entsendestaat ist, sodass der Reziprozitätsgedanke einen starken Anreiz für die Einhaltung der völkerrechtlichen Regeln durch die diplomatischen Missionen bietet. Die internationalen Organisationen können selbst keinen vergleichbaren Druck auf ihren Gaststaat ausüben.

Darüber hinaus sind alle Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation grundsätzlich und langfristig an deren Tätigkeit interessiert, sonst hätten sie sie nicht gegründet. Die Mitgliedstaaten sind dementsprechend auch an der genuine Unabhängigkeit der Organisation vor ungebührlichem Einfluss interessiert. Nur dann werden die Mitgliedstaaten auch unliebsame Organisationsentscheidungen mittragen und umsetzen. Es ist somit unabdingbar, dass keiner der Mitgliedstaaten über unzulässige, d.h. nicht in der Satzung vorgesehene, Druckmittel verfügt, weil ansonsten das Vertrauen in die Ordnungsgemässheit der Tätigkeit der Organisation und die daraus resultierende *compliance* der Mitgliedstaaten unterminiert würde.

C. Gleichlauf der Immunitäten

Trotz der eben vorgetragenen Erwägungen sprechen letztlich die besseren Argumente für einen prinzipiellen Gleichlauf der Immunität von Staaten und internationalen Organisationen. Das Spannungsfeld zwischen «accountability» und Rechtsschutz ist in Bezug auf das Handeln von Staaten und internationalen Organisationen ähnlich, und deshalb sollte ihre jeweilige Immunität parallel beurteilt werden.

Dies ist tatsächlich die Sichtweise des US-amerikanischen Gesetzes über die Immunität internationaler Organisationen von 1945. Nach diesem sollten internationale Organisationen dieselben Immunitäten geniessen wie fremde Staaten.⁸³ Allgemein ist «kaum einleuchtend, dass internationale Organisatio-

⁸² Aus diesem Grund sollte die Immunität von Organisationen, die selber ein Territorium verwalten, staatsanalog und tendenziell restriktiver gehandhabt werden. Diese müssen einerseits nicht vor der Einflussnahme eines Sitzstaats geschützt werden und übernehmen andererseits selbst staatsähnliche Aufgaben.

⁸³ International Organizations Immunities Act (IOIA) vom 29. Dezember 1945, chapter 652, title I, sec. 2(b): «*International organizations, their property and their assets, wherever located, and by whomsoever held, shall enjoy the same immunity from suit and every form of judicial process as is enjoyed by foreign governments, except to the extent that such organizations may expressly waive their immunity for the purpose of any proceedings or by the terms of any contract.*» (59 Statutes 669; 22 United States Code (USC) Sec. 288a). Allerdings stammt dieses Gesetz aus dem Jahr 1945, also aus einer Zeit, in der die USA Staaten noch umfassende Immunität einräumten. Es ist aber anzunehmen, dass der Verweis auf die Immunität von Staaten «dynamisch» ist, weil er einen Gleichlauf der

nen unter funktionalen Gesichtspunkten weiterreichende Immunität geniessen sollen als deren Mitgliedstaaten, auf welche die Organisationen ihren Funktionskreis zurückführen.»⁸⁴

Je umfassender die Kompetenzen der internationalen Organisationen werden, desto eingriffintensiver ist ihre Tätigkeit und desto grösser ist die Gefahr, dass sie Rechte verletzen. Unter der internationalen *rule of law* sollten sie hierfür zur Rechenschaft gezogen werden können.

Die Unterscheidung zwischen öffentlicher («hoheitlicher») und kommerzieller Aktivität ist für Organisationen nicht einfacher oder schwieriger als für Staaten. Im Zeitalter der Privatisierung sind beide Gruppen von Akteuren immer stärker mit dem Privatsektor verquickt. Sie bilden *Public Private Partnerships* und nehmen wirtschaftliche Tätigkeiten auf, um ihre öffentlichen Aufgaben zu erfüllen.⁸⁵ So haben die Vereinten Nationen unter der Führung des damaligen Generalsekretärs Kofi Annan eine grossangelegte Kooperation mit dem Privatsektor begonnen. Ein kontroverser Fall ist die aktuell anlaufende Privatisierung der Weltgesundheitsorganisation (WHO) durch die Schaffung eines «multi-stakeholder World Health Forum», das aus Staaten, NGOs und privaten Stiftungen und Unternehmen zusammengesetzt sein soll.⁸⁶ Diese Tendenzen der internationalen Organisationen sind vergleichbar mit der Aufnahme wirtschaftlicher Tätigkeit von Staaten, die in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts begonnen und zur Entwicklung der restriktiven Immunität von Staaten geführt hatte. Es ist genauso wenig wie in Bezug auf Staaten gerechtfertigt, den Organisationen im Bereich ihrer ökonomischen Aktivitäten Immunität zu gewähren.

Der vermeintlich kategoriale Gegensatz zwischen Staaten und internationalen Organisationen sollte nicht aufgebauscht werden.⁸⁷ Nach herkömmlicher Völkerrechtsdogmatik sind Staaten die einzigen *originären* Völkerrechtssub-

Immunitäten bezweckte. Somit sollte die nach US-amerikanischer Rechtspraxis für Staaten ab den 1950er-Jahren angenommene Einschränkung der Immunität in paralleler Weise auch für Organisationen gelten. Die Frage wurde jedoch bisher nicht autoritativ entschieden. Siehe REINISCH, *supra* Fn. 48, S. 198.

⁸⁴ MATTHIAS HERDEGEN, *Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen*, 47 ZaöRV (1987), S. 537–558, S. 545.

⁸⁵ UN-General Assembly 2005, *Enhanced Cooperation Between the United Nations and All Relevant Partners, in Particular the Private Sector*. Report of the Secretary General (UN Doc. A/60/214).

⁸⁶ Siehe den WHO Director-General's report: *The future of financing for WHO: World Health Organization reforms for a healthy future*, WHO Doc. A64/4 vom 5. Mai 2011, Rn. 86 f.

⁸⁷ Siehe aber für eine Markierung dieser Differenz noch ROSALYN HIGGINS, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford 1994, S. 93 («*But how can an organization act in sovereign authority? To suggest that this distinction has any relevance to organizations is to assimilate them to states, which is not correct. Their basis of immunity is different.*»); CHITTARAJAN F. AMERASINGHE, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge 2005, S. 322 («*to assume that the distinction [zwischen acta iure imperii und acta iure gestionis] has relevance to organizations is to assimilate them with states which is inappropriate*»).

jekte, sie allein sind *souverän*, und sie sind prinzipiell *allzuständig*. Im Gegensatz dazu gelten internationale Organisationen als *abgeleitete* Völkerrechtssubjekte. Sie sind zu einem gewissen Grad von den Mitgliedstaaten autonom, aber *nicht souverän*. Ihre Zuständigkeiten sind von vornherein begrenzt, nämlich auf die im Gründungsvertrag explizit festgeschriebenen sowie nach der *Implied-powers*-Doktrin ableitbaren, für die Zweckerreichung notwendigen Kompetenzen (*Prinzip der Spezialität*⁸⁸ im Gegensatz zum Prinzip der Allzuständigkeit). Nur unter Zugrundelegung dieser Differenz kann behauptet werden, dass die «absolute» Immunität der Organisationen ohnehin eine funktionale sei⁸⁹ – ein wenig plausibles Argument, das sich das Bundesgericht zu eigen gemacht hat.⁹⁰

Jedoch sind im Zeitalter der Globalisierung, der *global governance* und des Mehrebenenregierens sowohl Staaten als auch internationale Organisationen Träger öffentlicher Gewalt.⁹¹ Staaten haben in neuerer Zeit immer mehr Kompetenzen («Hoheitsbefugnisse») auf internationale Organisationen übertragen. Beide Gruppen von Akteuren besitzen politische, öffentliche Autorität und üben Hoheitsbefugnisse in einem modernen Sinne aus. Beide müssen im öffentlichen Interesse, letztlich im Interesse von Menschen, handeln. Auch die herkömmlich als Hoheitsgewalt bezeichnete Autorität der Staaten und ihre Ausübung sind in diesem Sinne funktional rechtfertigungsbedürftig und -fähig.

Das Verständnis der staatlichen Immunität als Korrelat der staatlichen Souveränität ändert hieran nichts. Der Staat (mit seinem spezifisches Attribut der Souveränität) ist kein Selbstzweck. Auch die staatliche Souveränität ist zweckgebunden. Sie impliziert die Verantwortung des Staates für das Wohlergehen der seiner Hoheitsgewalt unterworfenen Personen (*«responsibility to protect»*). So gesehen, geht es immer (bei Staaten wie bei internationalen Organisationen) um die Immunität politischer Akteure *im Rahmen ihrer legitimen Aufgaben*. Die Tätigkeit der Organisationen und der Staaten ist somit in legitimatorischer und in funktionaler Hinsicht vergleichbar. Die ihnen eingeräumten Immunitäten sollten es dementsprechend prinzipiell auch sein.

Die funktionale Begrenzung der Immunität der Organisationen sollte als Äquivalent zur begrenzten Immunität von Staaten verstanden, und die Immunitätsvorschriften sollten dementsprechend interpretiert werden. Eine Einschränkung der Organisationsimmunität würde dem historischen Trend in Bezug auf die Staatenimmunität nachfolgen. Sie wäre ein «Weckruf» an internationale

⁸⁸ IGH, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, S. 66, Rn. 25.

⁸⁹ Siehe oben Text mit Fn. 59.

⁹⁰ BGE 136 III 379, E. 4.3.1.

⁹¹ ARMIN VON BOGDANDY *et al.* (Hrsg.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions*, Heidelberg 2010.

Organisationen,⁹² mit dem diese aufgefordert würden, alte Gewohnheiten aufzugeben und sich als verlässliche Mitglieder der internationalen Gemeinschaft einzubringen.

VIII. Zur funktionalen Immunität der BIZ

Die Beschwerdeführerinnen hatten vorgebracht, dass die im Sitzabkommen gewährte Immunität der BIZ *auf die Funktion* der Organisation bezogen sei; diese Voraussetzung für die Immunität sei in Bezug auf die Einlagerung der Vermögenswerte Argentiniens nicht erfüllt.⁹³ Die Aufgaben der BIZ als Bank der Zentralbanken wurden bereits geschildert (Abschnitt IV). Um diese Aufgaben zu erfüllen, darf die BIZ insbesondere «deposits from central banks on current or deposit account» annehmen (Art. 21 lit. j) der Statuten).⁹⁴ Die Entgegennahme von Vermögenswerten von Zentralbanken liegt also im Funktionsbereich der BIZ. Die BIZ wäre, so das Bundesgericht zu Recht, durch die Arrestierung der ihr anvertrauten Vermögenswerte einer Zentralbank «bei der Erfüllung ihrer Aufgabe im Kern betroffen.»⁹⁵

Richtigerweise sollten nach den oben dargelegten Grundsätzen die Aufgaben der BIZ den Ausgangspunkt der Bestimmung der Reichweite ihrer Immunität bilden. Nichts anderes ergibt sich, wenn man für die Beurteilung ihrer Immunität sinngemäss die Grundprinzipien zur Staatenimmunität anwendete. Demnach wäre – wie bereits dargelegt – vorrangig die «Natur» der Tätigkeit und nachrangig ihr «Zweck» zu berücksichtigen (siehe oben Abschnitt VII.A). Weil der Zweck der BIZ-Tätigkeit nicht kommerziell ist, sondern in der Förderung des öffentlichen Interesses an Währungs- und Finanzstabilität liegt, könnte auch unter Zugrundlegung der Prinzipien zur Staatenimmunität eine Vollstreckungsimmunität der BIZ in Bezug auf ihre finanziellen Einlagen bejaht werden.

Einige Argumente sprechen für eine restriktive Fassung ihrer Immunität. Bei internationalen Organisationen, deren Aufgabe es ist, sich am internationalen Wirtschaftsleben zu beteiligen, erfordert gerade die sachgerechte Erfüllung dieser Aufgabe eine gewisse Einschränkung der Immunität. Denn nur indem private Klagen zugelassen werden, sodass finanzielle Forderungen gegen die Organisation gegebenenfalls durchsetzbar sind, erscheinen diese Organisationen ihren Geschäftspartnern voll kreditwürdig und erfüllen, allgemein ge-

⁹² TESFAGABIR, *supra* Fn. 64, S. 128.

⁹³ BGE 136 III 379, E.4.3.

⁹⁴ Statuten vom 20. Januar 1930, *supra* Fn. 23.

⁹⁵ BGE 136 III 379, E.4.3.3.

sprochen, die gesellschaftlichen Erwartungen an sie.⁹⁶ Nur dadurch wird die Bereitschaft privater Anbieter, mit ihr in Geschäftsbeziehungen zu treten, gewährleistet. Aus der Unterwerfung unter die staatliche Gerichtsbarkeit resultiert also ein wirtschaftlicher Vorteil, und dadurch wird die Funktionsweise solcher Organisationen, deren satzungsgemässe Aufgaben auch kommerzielle Tätigkeiten beinhalten, sogar verbessert. Dementsprechend ist die Weltbank prinzipiell der Zwangsvollstreckung unterworfen,⁹⁷ und ebenso die Europäische Investitionsbank.⁹⁸ Genau diese Erwägungen gelten auch für die BIZ.

Die BIZ verfolgt das globale öffentliche Interesse an Finanzstabilität mit wirtschaftlichen Mitteln. Eine solche Zweck-Mittel-Relation ist nicht ungewöhnlich. Alle Handelsembargos folgen dieser Logik. Vergleichbar ist auch der internationale Zinnrat, der in den 1980er-Jahren Konkurs ging. Er war ebenfalls eine internationale Organisation, die ein «hoheitliches Ziel», nämlich die Verhinderung des Ausschlagens des Zinnpreises mit wirtschaftlichen Mitteln verfolgen sollte. Ein Standardlehrbuch zu internationalen Organisationen hielt die Berufung des Zinnrates auf seine Immunität gegenüber den Forderungen seiner Lieferanten für «unbillig.»⁹⁹

Dennoch sprechen wohl die besseren, funktionalen Gründe für eine eher grosszügige Einräumung der Immunität an die BIZ. Für die Erfüllung ihrer Aufgabe der Sicherung der Währungs- und Finanzstabilität ist die Unabhängigkeit der Bank von politischer Einflussnahme durch die Regierungen besonders wichtig.¹⁰⁰ So wie nach marktwirtschaftlicher Auffassung eine Zentralbank un-

⁹⁶ SEIDL-HOHENVELDERN/LOIBL, *supra* Fn. 59, Rn. 1909; WENCKSTERN, *supra* Fn. 48, Rn. 49; TESFAGABIR, *supra* Fn. 64, S. 126.

⁹⁷ Art. VII Abs. 3 der Satzung der Weltbank: «*Actions may be brought against the Bank only in a court of competent jurisdiction in the territories of a member in which the Bank has an office, has appointed an agent for the purpose of accepting service or notice of process, or has issued or guaranteed securities. No actions shall, however, be brought by members or persons acting for or deriving claims from members. The property and assets of the Bank shall, wheresoever located and by whomsoever held, be immune from all forms of seizure, attachment or execution before the delivery of final judgment against the Bank.*» (Articles of Agreement of the International Bank for Reconstruction and Development, 27. Dezember 1945, 2 U.N.T.S. 134 (1947)). Die Zwangsvollstreckung ist also nach einem rechtskräftigen Urteil möglich. Keine Gerichtsverfahren können jedoch von Mitgliedern oder für Mitglieder bzw. für deren Forderungen erhoben werden.

⁹⁸ «Über Rechtsstreitigkeiten zwischen der Bank einerseits und ihren Gläubigern, Kreditnehmern oder dritten Personen andererseits entscheiden die zuständigen Gerichte der einzelnen Staaten vorbehaltlich der Zuständigkeiten, die dem Gerichtshof der Europäischen Union zuerkannt sind. Die Bank kann in einem Vertrag ein Schiedsverfahren vorsehen. Die Bank begründet in jedem Mitgliedstaat einen Gerichtsstand der Niederlassung. Sie kann in Verträgen einen besonderen Gerichtsstand bestimmen. Das Vermögen und die Guthaben der Bank können nur auf gerichtliche Anordnung beschlagnahmt oder der Zwangsvollstreckung unterworfen werden.» Art. 27 des Protokolls über die Satzung der Europäischen Investitionsbank (ABl. 2010 C 83/251).

⁹⁹ SEIDL-HOHENVELDERN/LOIBL, *supra* Fn. 59, Rn. 1909.

¹⁰⁰ LEFORT, *supra* Fn. 29, Rn. 46.

abhängig von der Regierung sein muss,¹⁰¹ sollte erst recht die «Bank der Zentralbanken» unabhängig sein.

Die BIZ bedarf einer weitreichenden Immunität, weil ihre finanziellen Transaktionen in punkto Vielfalt, Volumen und geografischer Reichweite viel bedeutsamer sind als die ihrer meisten Kunden. Aus diesem Grund ist die BIZ besonders der Gefahr von Rechtsstreitigkeiten ausgesetzt. Die in den einschlägigen Gründungsdokumenten ausgestalteten spezifischen Immunitäten der BIZ sollen jene vor diesem *erhöhten Klagerisiko* schützen.¹⁰² Schliesslich dient die Immunität der BIZ nicht nur der Organisation selbst, sondern vor allem ihren Kunden, das heisst den Zentralbanken, internationalen Organisationen und anderen öffentlichen Institutionen, letztlich der «internationalen Finanzgemeinschaft» insgesamt.¹⁰³

IX. Das Spannungsverhältnis zum Recht auf Zugang zu Gericht aus Art. 6 EMRK

A. Notwendigkeit der Güterabwägung

Jede Befreiung von der staatlichen Gerichtsbarkeit steht in einem Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip und insbesondere zur Rechtsweggarantie. Gewährt der Staat einer internationalen Organisation Immunität vor seinen Gerichten, verletzt er unter Umständen das verfassungs- und konventionsrechtlich geschützte Recht des Individuums auf Zugang zu einem Gericht.

Diesem Spannungsverhältnis trägt der Grundgedanke der (nur) funktionalen Immunität Rechnung. Denn sein Ausgangspunkt ist, dass auch die Organisationen *selbst* als Völkerrechtssubjekte an das allgemeine Völkerrecht und damit zumindest an die gewohnheitsrechtlichen Menschenrechte, gebunden sind.¹⁰⁴ Das heisst, dass die funktionalen Bedürfnisse der Organisation von vornherein nur im Rahmen ihrer Respektierung der Menschenrechte Anerkennung finden können.¹⁰⁵

Das der funktionellen Immunität zugrundeliegende Gut, nämlich der Schutz des unabhängigen Funktionierens der Organisation, muss im Einzelfall gegen die Interessen Betroffener an der gerichtlichen Durchsetzung ihrer Rechtsansprüche gegen die Organisation und gegen das Menschenrecht auf Zugang zu

¹⁰¹ In Bezug auf die Europäische Zentralbank ist dieses Erfordernis in Art. 130 AEUV normiert.

¹⁰² LEFORT, *supra* Fn. 29, Rn. 67.

¹⁰³ *Ibid.*, Rn. 67.

¹⁰⁴ JAN WOUTERS/EVA BREMS/STEFAN SMITS/PIERRE SCHMITT (Hrsg.), *Accountability for Human Rights Violations by International Organisations*, Antwerpen 2010.

¹⁰⁵ KAREL WELLENS, *Remedies Against International Organisations*, Cambridge 2002, S. 15.

Gericht abgewogen werden.¹⁰⁶ Dogmatisch ist dieses Menschenrecht in erster Linie *gegen den Forumstaat* gerichtet. Jedoch sollte dieses Rechtsverhältnis auch von der Rechtstatsache mitbestimmt werden, dass die Organisation selbst ihrerseits ebenfalls an Menschenrechte gebunden ist.

Unter diesem Blickwinkel erscheint die von neueren Autoren propagierte Vermutung zugunsten des Rechtsschutzes und gegen die Immunität einer internationalen Organisation plausibel. Unter der Geltung einer solchen Vermutung könnten nur besonders überzeugende Gründe es rechtfertigen, die Immunität über das Recht auf Zugang zu einem Gericht zu stellen.¹⁰⁷

B. Immunität als zulässige Einschränkungen des Grundrechts

Unter dem Blickwinkel einer möglichen Verletzung von Art. 6 EMRK ist die eben genannte Güterabwägung systematisch als Frage der Zulässigkeit der Einschränkung des betroffenen Grundrechts, insbesondere im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen. Denn das Grundrecht auf Zugang zu Gericht gilt nicht absolut. Es kann (1) zur Erreichung eines legitimen Ziels, (2) unter Einhaltung der Verhältnismässigkeit eingeschränkt werden. Die Einschränkung darf allerdings nicht dazu führen, dass das (3) Recht seines Gehalts entleert wird.¹⁰⁸ Anhand dieses dreistufigen Tests muss also das Nichteintreten eines Gerichts aufgrund der Zuerkennung von Immunität daraufhin überprüft werden, ob die dadurch bewirkte Verschliessung des Rechtswegs Art. 6 EMRK verletzt oder nicht.¹⁰⁹

Die erste Voraussetzung ist unproblematisch. Der EGMR erkennt in ständiger Rechtsprechung den Schutz einer internationalen Organisation vor Beeinflussung durch den Forum-Staat und damit die Stärkung der internationalen Zusammenarbeit als legitimes Ziel an.¹¹⁰ Somit kommt alles auf die Verhältnismässigkeit an, die im folgenden Abschnitt erörtert wird.

¹⁰⁶ REINISCH, *supra* Fn. 48, S. 324 ff.

¹⁰⁷ GAILLARD/PINGEL-LENUZZA, *supra* Fn. 67, S. 5.

¹⁰⁸ Allgemein zur Einschränkung des Rechts auf Zugang zu Gericht EGMR, *Golder gegen Vereinigtes Königreich*, Urteil vom 21. Februar 1975, Beschw.-Nr. 4451/70.

¹⁰⁹ Zur Einschränkung durch die Gewähr von Immunität an internationale Organisationen: EGMR, *Spaans gegen Niederlande*, 12. Dezember 1988, Beschw.-Nr. 12516/86; EGMR, *Waite and Kennedy gegen Deutschland*, 18. Februar 1999, Beschw.-Nr. 26083/94; *Beer and Regan gegen Deutschland*, 18. Februar 1999, Beschw.-Nr. 28934/95; *A.L. gegen Italien*, 11. Mai 2000, Beschw.-Nr. 41387/98.

¹¹⁰ EGMR, *Waite and Kennedy*, *supra* Fn. 109, Rn. 61 und 63.

C. Schwerpunkt Verhältnismässigkeitsprüfung

Das Bundesgericht hat es sich zu einfach gemacht, indem es ausführte, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung nicht dazu führen dürfe, «eine internationale Organisation der Gerichtsbarkeit zu unterwerfen».¹¹¹ Es verweist für seine Aussage auf den EGMR. Dieser hat im vom BGer zitierten Urteil *Waite und Kennedy* jedoch nur gesagt, die Verhältnismässigkeitsprüfung dürfe nicht dazu führen, die Organisation zu zwingen, nationales Arbeitsrecht anzuwenden.¹¹² Die Aussage des BGer ist also nicht von der EGMR-Rechtsprechung gedeckt. Sie ist auch irreführend. Wenn das Verdikt der Unverhältnismässigkeit im Kontext der Immunität nie zu deren Aufhebung führen könnte (sondern nur zur Auslösung der Staatenverantwortung) wäre die Verhältnismässigkeitsprüfung praktisch funktionslos. Im Übrigen müsste bei Feststellung der Unverhältnismässigkeit und dadurch bedingten Verletzung von Art. 6 EMRK der Verletzterstaat die Menschenrechtsverletzung prinzipiell wieder gut machen (soweit das möglich ist). Diese Restitutionspflicht kann einem Staat Systemänderungen abverlangen, also auch die tatsächliche Gewähr von Gerichtsschutz (durch Aufhebung der Immunität).

In der einer Verhältnismässigkeitsprüfung zugrundeliegenden Gewichtung der Interessen muss differenziert werden nach Art und Interessen der Kläger. Klagen von Angestellten der Organisation sind von Klagen von Aussenstehenden und schliesslich von Klagen von Mitgliedern zu unterscheiden. Es erscheint fair und zweckmässig, die Klagen von Angestellten eher einem internen Mechanismus der Organisation vorzubehalten und staatliche Gerichte hiermit nicht zu betrauen, weil es sich letztlich um interne und dienstrechtliche Streitigkeiten handelt. Die meisten Organisationen besitzen hierauf spezialisierte Verwaltungsgerichte.

In unserem Fall ging es um eine Klage externer Geschädigter, nicht um Klagen von Angestellten der Organisation und auch nicht um die Klage eines Mitglieds der BIZ. Weder Fairness noch die Respektierung der internen Personalangelegenheiten, noch Probleme der Sachkunde gebieten es in gleicher Weise wie im Fall der Klagen der Angestellten, auch Aussenstehenden den Zugang zu einem nationalen Gericht zu versperren.¹¹³

Schliesslich sollten bei der Gewichtung der Interessen die der Klage gegen die Organisation zugrundeliegenden *materiellen Rechte* berücksichtigt werden. Wenn es um behauptete Menschenrechtsverletzungen durch eine Organisation geht, ist das Interesse an gerichtlichem Schutz höher zu bewerten als im Fall der Beeinträchtigung ökonomischer Interessen. Im vom Bundesgericht entschiede-

¹¹¹ BGE 136 III 379, E.4.5.3.

¹¹² EGMR, *Waite and Kennedy*, *supra* Fn. 109, Rn. 72.

¹¹³ REINISCH, *supra* Fn. 48, S. 326 f.

nen Fall waren die Beschwerdeführerinnen keine natürlichen Personen. Es waren Finanzunternehmen, die Wertpapiere maroder Staaten oder Unternehmen zu günstigen Preisen aufkaufen und weiterverkaufen, um an den «Überresten» der Emittenten zu verdienen, und die deshalb abfällig «Vulture Funds» (also Geier-Fonds) genannt werden. Ihr Standort, die Kaimaninseln, ist ein globaler Finanzplatz und eine Steueroase. Es geht um hohe Geldforderungen, die aber möglicherweise auch aus anderen (nicht bei der BIZ lagernden) Vermögenswerten Argentiniens gedeckt werden könnten, sodass der Zugriff auf das BIZ-Depot nicht essenziell erscheint. Andererseits ist denkbar, dass nicht nur ökonomische Interessen, sondern tatsächlich wirtschaftliche Grundrechte dieser Fonds betroffen sind, etwa das Recht auf Eigentum. Dennoch sind diese Rechte tendenziell weniger gewichtig als die zentralen Menschenrechte des Schutzes auf Leben und Freiheit von Folter.

D. Insbesondere die vernünftige Alternative zum Gerichtsschutz

Bei der Prüfung, ob die völkerrechtliche Immunität eine verhältnismässige Einschränkung des Menschenrechts auf Zugang zu Gericht darstellt, ist für den EGMR massgebend (als «material factor»), ob den Betroffenen «reasonable alternative means to protect effectively their rights»¹¹⁴ zur Verfügung stehen. Der alternative Rechtsweg muss erstens dem Betroffenen zumutbar sein¹¹⁵ und zweitens objektiven Anforderungen bezüglich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit genügen.

Interne Rechtsschutzmechanismen können ausreichen. Insbesondere zur Beilegung von arbeitsrechtlichen Streitigkeiten richten internationale Organisationen regelmässig Verwaltungsgerichte ein. Beispiele sind das zweistufige *UN Dispute Tribunal* mit dem *UN Appeals Tribunal*¹¹⁶ und das *ILO Administrative Tribunal*.¹¹⁷ Für haftpflichtrechtliche Forderungen im Zusammenhang mit Peacekeeping-Missionen werden regelmässig «internal local claims review boards» errichtet. Diese bestehen aus Mitarbeitern der Organisation. Deshalb ist ihre Unabhängigkeit und Objektivität fraglich.¹¹⁸

¹¹⁴ EGMR, *Waite and Kennedy*, *supra* Fn. 109, Rn. 68.

¹¹⁵ WENCKSTERN, *supra* Fn. 48, Rn. 68.

¹¹⁶ Errichtet mit A/Res./62/228 vom 2. Dezember 2007. Das zuvor bestehende UN Administrative Tribunal wurde aufgelöst.

¹¹⁷ Das ILO-Tribunal ist auch für Arbeitnehmerstreitigkeiten anderer Organisationen zuständig (Art. II(5) Statute of the Administrative Tribunal of the ILO). Seine Zuständigkeit kann auf nicht-arbeitsrechtliche Streitigkeiten erweitert werden (*ibid.*, Art. II(4)).

¹¹⁸ ILA, *supra* Fn. 48, S. 39.

Ein alternativer Rechtsweg kann durch *externe* Mechanismen zur Verfügung gestellt werden, wie (Ad-hoc)-Schiedsgerichte. Verträge zwischen internationalen Organisationen und Dritten enthalten regelmässig Schiedsklauseln. Schiedsgerichte gelten als *reasonable alternative* zum Zugang zu einem Gericht, wenn ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit garantiert sind.¹¹⁹

In neueren Entscheidungen wurde wegen des Fehlens alternativer Rechtsbehelfe die Immunität beklagter Organisationen verneint, allerdings immer in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten. So verweigerte der französische Kassationshof der Afrikanischen Entwicklungsbank in einem Kündigungsrechtsstreit mit einem Bediensteten die Immunität mit der Begründung, dass die Organisation kein eigenes Verwaltungstribunal für derartige Rechtsstreitigkeiten besitze. Eine Verweigerung des Zugangs zu französischen Gerichten unter Verweis auf die Immunität würde deshalb das Recht des Betroffenen auf Zugang zu Gericht verletzen.¹²⁰ Ebenso entschieden belgische Arbeitsgerichte in Bezug auf die Klagen von Arbeitnehmern der Westeuropäischen Union gegen die Organisation¹²¹ und gegen den Generalsekretär der Afrikanischen, Karibischen und Pazifischen Staatengruppe.¹²² Im Kontext der *Staatenimmunität* bejahte eine neue Entscheidung der Grossen Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine Verletzung von Art. 6 EMRK durch litauische Gerichte, welche die Berufung Polens auf Immunität in einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit einer Telefonistin gegen die polnische Botschaft geschützt hatten.¹²³

Die BIZ ist nicht nur aus diesen allgemeinen Grundsätzen heraus, sondern auch nach Art. 23 des Sitzabkommens¹²⁴ verpflichtet, für «privatrechtliche Streitigkeiten», soweit die Bank nach Art. 4 Abs. 1 des Abkommens von der Gerichtsbarkeit befreit ist, «zweckdienliche Massnahmen im Hinblick auf eine zufriedenstellende Beilegung von Streitigkeiten zu treffen». Das Bundesgericht hat in seinem Urteil diese Pflicht erwähnt.¹²⁵ Die Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die Verfahrensimmunität (Art. 4 Abs. 1), nicht auf die im Streitfall einschlägige Vollstreckungsimmunität (Art. 4 Abs. 4 des Sitzabkommens).

¹¹⁹ AUGUST REINISCH, *Waite and Kennedy v. Germany*, case note, 93 AJIL (1999), S. 933–938, S. 936.

¹²⁰ Cour de Cassation, chambre sociale, N° de pourvoi: 04-41012, Banque Africaine de développement, Urteil vom 25. Januar 2005, Anm. NICOLAS HAUPRIS, RGDIP 110 (2006), S. 217–231.

¹²¹ Fall *Siedler*: S. M. c. Union de l'Europe occidentale, Cour du Travail Bruxelles, 17 September 2003, App No. 42790 (<http://jure.juridat.just.fgov.be/> (Stand: 19. August 2011)).

¹²² Fall *Lutchmaya*: L. M.-A. c. Secrétariat général du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique, Cour d'Appel Bruxelles, 4 March 2003, App No. 1999, AR 2283 (<http://jure.juridat.just.fgov.be/> (Stand: 19. August 2011)). Die Entscheidung wurde vom Kassationshof gestützt. Secrétariat général du Groupe des Etats d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique c. L. M.-A., Cour de Cassation de Belgique, 21 December 2009, App No. C.03.0328.F/1 (<http://jure.juridat.just.fgov.be/> (Stand: 19. August 2011)).

¹²³ EGMR (GK), *Cudak v. Litauen*, 23. März 2010, Nr. 15869/02, Rn. 54–75.

¹²⁴ *Supra* Fn. 8.

¹²⁵ BGE 136 III 379, E. 4.4.3.

Art. 27 des Sitzabkommen regelt nur die Streitbeilegung zwischen der BIZ und der Schweiz. Die Beschwerdeführer könnten versuchen, die Schweiz zur Aufnahme von Verhandlungen mit der BIZ über die Reichweite der Immunität zu bewegen und auf ein zwischenstaatliches Schiedsgericht hinzuwirken. Dies ist jedoch nur eine *politische*, keine rechtsförmige Alternative. Sie erscheint überdies aussichtslos, da die Schweiz in diesem Fall die Auffassung der BIZ zu teilen scheint.

Den Beschwerdeführern stehen also keine vernünftigen alternativen Rechtsschutzmechanismen zur Verfügung. Dies ist zwar ein schwerwiegender Faktor, der aber nach der EGMR-Rechtsprechung nicht zwingend zum Verdikt der Unverhältnismässigkeit der Einschränkung des Zugangs zum staatlichen Gericht führen muss.¹²⁶

E. Rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Immunität?

Eine letzte Frage, die im Rahmen der gesamthaften Interessenabwägung zu beantworten wäre, ist die des Rechtsmissbrauchs. Systematisch könnte dies entweder im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung oder als eigenständiger Prüfungspunkt geschehen.

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist in zahlreichen nationalen Rechtsordnungen anerkannt und deshalb auch ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Völkerrechts im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c) IGH-Statut. Als internationale Organisation und Völkerrechtssubjekt ist die BIZ an diesen Rechtsgrundsatz gebunden.

Rechtsmissbrauch bedeutet, dass eine einem Völkerrechtssubjekt eingeräumte völkerrechtliche Befugnis oder ein Recht zu einem anderen Zweck als vorgesehen oder auf eine unfaire Art und Weise ausgeübt wird.¹²⁷ Ein Vorsatz oder eine Schädigungsabsicht von Seiten des Rechtsinhabers ist nicht erforderlich.¹²⁸

Nach Angaben des Rechtsvertreters der Beschwerdeführerinnen hatte Argentinien 99 Prozent seiner liquiden Devisenreserven, 53 Milliarden Dollar, bei der BIZ deponiert. Die meisten Staaten hätten demgegenüber nur zehn bis 15 Prozent ihrer Devisenreserven eingelagert.¹²⁹ Es ist nicht völlig auszuschlies-

¹²⁶ EGMR, *Waite and Kennedy*, *supra* Fn. 109, bezeichnet das Erfordernis der alternativen Abhilfe als einen *material factor*, nicht als unabdingbar.

¹²⁷ ALEXANDRE KISS, *Abuse of Rights*, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, Oxford University Press online 2009, insb. Rn. 3 und 32 (<http://www.mpepil.com> [Stand: 19. August 2011]); siehe auch MICHAEL BYERS, *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*, 47 *McGill Law Journal* (2002), S. 389–431.

¹²⁸ KISS, *supra* Fn. 127, Rn. 6 und 32; GEORG DAHM/JOST DELBRÜCK/RÜDIGER WOLFRUM, *Völkerrecht*, 2. Aufl., Bd. I/3, Berlin 2002, S. 850.

¹²⁹ *Investoren wollen Immunität der BIZ aufheben*, Tagesanzeiger, 14. Juli 2011.

sen, dass die völkerrechtliche Immunität im vorliegenden Fall in diesem Sinne zulasten der Gläubiger Argentiniens missbraucht wurde. Dieser Aspekt hätte eingehender Prüfung bedurft, und hier hätte das BGer auch überlegen müssen, ob der Missbrauchseinwand auch von *privaten* Gläubigern erhoben werden kann.¹³⁰

F. Zwischenfazit zu Art. 6 EMRK

Unter Berücksichtigung aller bisher öffentlichen oder gerichtsbekanntem Tatsachen, die als Abwägungsfaktoren einfließen, erscheint eine Verletzung von Art. 6 EMRK durch die Schweiz, begangen durch die bundesgerichtliche Zuerkennung der Immunität, eher unwahrscheinlich. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine Aufdeckung der näheren Umstände der Einlagerung des argentinischen Vermögens, ein besseres Verständnis der Üblichkeit oder Unüblichkeit dieses Vorgangs im Rahmen der Aufgabenerfüllung der BIZ und – darauf basierend – eine inhaltliche Beantwortung der Frage, ob hier ein Missbrauch der BIZ vorlag oder nicht, zu einer anderen Beurteilung führen kann.

X. Fazit und Ausblick

Das Bundesgericht entschied im Spannungsverhältnis zwischen der Funktions-sicherung der internationalen Organisation und dem menschenrechtlichen Anspruch auf Zugang zu Rechtsschutz zugunsten des ersteren Belangs. Das Ergebnis halte ich, mit dem oben gemachten Vorbehalt zur näheren tatsächlichen Aufklärung der Umstände der Vermögenseinlage, für plausibel. Es wurde aber nicht aufgrund einer differenzierten Abwägung gefunden, sondern als scheinbar unausweichliche Folge einer als «absolut» aufgefassten Immunität der BIZ dargestellt.

Das BGer hätte die Immunität, in Einklang mit der Rechtsprechung anderer Staaten und der Lehre, funktional und nicht «absolut» begründen sollen. Dementsprechend hätte das BGer die Kompetenz beanspruchen sollen, die Immunitätsbehauptung der Organisation materiell mit Blick auf die in den Gründungsdokumenten der BIZ umschriebenen Funktionen nachzuprüfen.

Falls es eine Rolle spielt, ob der zugrunde liegende Rechtsstreit zwischen den Fonds und Argentinien eine «privatrechtliche Streitigkeit» ist, hätten Bemühungen der Bank die Streitigkeit auf anderem Wege beizulegen (eventuell

¹³⁰ Verneinend für die sozusagen umgekehrte Konstellation, dass der Staat Argentinien die Einrede des Staatsnotstandes seinen privaten Gläubigern entgegenhalten wollte BVerfGE 118, 124 (2007). Es ist im Kontext des völkerrechtlichen Rechtsmissbrauchsverbots umstritten, ob der Tatbestand eine Schädigung eines anderen *Völkerrechtssubjekts* voraussetzt (Kiss, *supra* Fn. 127, Rn. 31).

sinngemäss nach Art. 23 des Sitzabkommens), inhaltlich gewürdigt werden können. Schliesslich hätte sich das BGer mit dem Missbrauchsargument ernsthaft auseinandersetzen müssen, zumal ein Missbrauchsverbot explizit im Sitzabkommen (Art. 22) normiert ist.

Sicher muss die *Kontrolldichte* bei einer derartigen inhaltlichen Überprüfung nur gering sein. Niemand verlangt, wie das BGer es suggeriert, dass die Zwangsvollstreckungsorgane oder das BGer die «währungspolitische Rechtfertigung» einer Zentralbankeneinlage nachprüfen sollen.¹³¹ Staatliche Gerichte können und sollen nicht währungspolitische Entscheidungen der Zentralbanken und der Bank der Zentralbanken im Einzelnen analysieren und bewerten. Aber eine überschlägige materielle Überprüfung dahingehend, ob hier vollkommen unübliche Vorgänge stattfanden, ist möglich und geboten. Die vollkommene Ablehnung jeglicher inhaltlicher Prüfung durch das BGer genügt nicht rechtstaatlichen Standards. Eine – selbst lockere – Prüfung könnte möglicherweise zum Ergebnis führen, dass in der Zuerkennung der Immunität in diesem konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände eine unverhältnismässige Einschränkung des Rechts auf Zugang zu Gericht aus Art. 6 EMRK lag.

Zwar betrifft die Gerichtsimmunität «nur» die Durchsetzbarkeit von Rechtsforderungen. Immunität vor einem staatlichen Gericht bedeutet nicht, dass die Organisation materiell von einer eventuellen völkerrechtlichen Verantwortung frei wäre. Diese bleibt jedoch weitgehend virtuell, wenn kein alternativer Rechtsschutz existiert. Wenn also internationale Organisationen nicht der staatlichen Gerichtsbarkeit unterworfen werden sollen, was – unabhängig von der Gefahr unzulässiger externer Einflussnahme – zwangsläufig eine Rechtsuneinheitlichkeit mit sich bringt, müssen die Organisationen alternative Abhilfemöglichkeiten zur Verfügung stellen, die rechtsstaatlichen Mindeststandards genügen. Politische Verhandlungsmechanismen dürften nicht ausreichen.

Im vom Bundesgericht entschiedenen Fall ging es allerdings nicht um die Verfahrensimmunität, sondern um die *Vollstreckungsimmunität* in Bezug auf einen Rechtsstreit zwischen Dritten. Anders als in den typischen Verfahren gegen internationale Organisationen wurden hier nicht ursprünglich gegen die Organisation selbst gerichtete Ansprüche geltend gemacht, sondern nur die Realisierung von Ansprüchen gegen Argentinien gesucht. Eine eventuelle materielle Verantwortung der BIZ gegenüber den Fonds könnte sich nur sekundär aus der Vereitelung der Realisierung dieser Ansprüche, entweder bereits durch die Deponierung der Vermögenswerte oder aus der Verweigerung der Herausgabe, ergeben.

Dennoch berührt auch dieser Fall grundsätzlich die Rechtsstellung internationaler Organisationen in Zeiten der Globalisierung, Privatisierung und Finanzkrisen. Die gestiegene politische und teilweise ökonomische Macht der

¹³¹ BGE 136 III 379, vgl. E.4.5.3.

internationalen Organisationen sollte mit der Übernahme der entsprechenden Verantwortung einhergehen. Ein Paralleltrend zur Immunität von Staaten, die eine Entwicklung von einer absoluten hin zu einer eingeschränkten Immunität durchlaufen hat, wäre unter der Prämisse einer globalen *rule of law* vollkommen folgerichtig. Dementsprechend ist die Verbesserung des Rechtsschutzes gegen internationale Organisationen sowie deren Rechenschaftspflichtigkeit¹³² eine Kernforderung des globalen Konstitutionalismus.¹³³ Als Sitz zahlreicher internationaler Organisationen hat die Schweiz ein vitales Interesse daran, eine klare und faire Rechtsprechung in dieser Frage zu entwickeln.¹³⁴

Konkret geht es in diesem Fall aber auch um sehr viel Geld. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die vor dem Bundesgericht unterlegenen Fonds nicht nur Beschwerde in Strassburg einlegten, sondern ausserdem Strafanzeige gegen Argentinien bei der Schweizer Staatsanwaltschaft erhoben haben.¹³⁵ *The show goes on.*

¹³² Hierzu grundlegend ILA, *supra* Fn. 48.

¹³³ ANNE PETERS, *The Constitutionalization of International Organizations*, in: Neil Walker/Jo Shaw/Stephen Tierney (Hrsg.), *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford 2011, S. 253–285.

¹³⁴ Siehe für frühere Entscheidungen zur Immunität internationaler Organisationen «*CERN I*»: BGE 118 Ib 562 (21. Dezember 1992); «*CERN II*»: BGE 130 I 312 (2. Juli 2004); «*CERN III*»: EGMR, *Eiffage S.A. v. Suisse*, 15. September 2009, Beschw.-Nr. 1742/05.

¹³⁵ Investoren wollen Immunität der BIZ aufheben, Tagesanzeiger, 14. Juli 2011.