Urteilskopf

111 Ia 52

12. Auszug aus dem Urteil der I. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 6. Februar 1985 i.S. Staat Italien gegen X. und Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt (staatsrechtliche Beschwerde)
Regeste (de):
Völkerrechtliche Immunität; Zivilprozess gegen einen fremden Staat.

Art. 84 Abs. 1 lit. c und d OG. Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde eines fremden Staates betreffend die Immunität nicht nur im Zwangsvollstreckungs-, sondern auch im Erkenntnisverfahren (E. 2).

Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Zivilprozesses gegen einen fremden Staat.

1. Grundsatz der begrenzten Immunität; Natur des fremdstaatlichen Anspruchs als Abgrenzungskriterium (E. 4a). Beizug, nicht aber Anwendung ausländischen öffentlichen Rechts zur Ermittlung der Natur dieses Anspruchs (E. 4b).

2. Treu und Glauben als Schranke der Berufung auf völkerrechtliche Immunität. Verneinung des Verstosses gegen eine staatsvertragliche Pflicht zur Rückgabe des Prozessgegenstandes (E. 5a, b und c); Folgen (E. 5d).

Regeste (fr):
Immunité en droit international public; procès civil contre un Etat étranger.

Art. 84 al. 1 let. c et d OJ. Admissibilité du recours de droit public formé par un Etat étranger en ce qui concerne non seulement l'immunité d'exécution mais aussi l'immunité de juridiction (consid. 2).

Conditions de recevabilité d'un procès civil contre un Etat étranger.

1. Principe de l'immunité restreinte; nature de la réclamation de l'Etat étranger en tant que critère de distinction (consid. 4a). Prise en considération - mais non pas application - du droit public étranger pour déterminer la nature de cette réclamation (consid. 4b).

2. Restriction au droit d'invoquer l'immunité de droit international public résultant du principe de la bonne foi. Pas de violation, en l'espèce, d'une obligation prévue par un traité international de restituer l'objet litigieux (consid. 5a, b et c); conséquences (consid. 5d).

Regesto (it):
Immunità fondata sul diritto internazionale pubblico; processo civile contro uno Stato estero.

Art. 84 cpv. 1 lett. c, d OG. Ammissibilità del ricorso di diritto pubblico proposto da uno Stato estero non solo per quanto concerne l'immunità dall'esecuzione, ma anche l'immunità dalla giurisdizione (consid. 2).

Condizioni di ammissibilità di un processo civile contro uno Stato estero.

1. Principio dell'immunità limitata; natura della pretesa dello Stato estero quale criterio distintivo (consid. 4a). Presa in considerazione, ma non applicazione, del diritto pubblico estero per determinare la natura di tale pretesa (consid. 4b).

2. Restrizione, sgorgante dal principio della buona fede, del diritto d'invocare l'immunità fondata sul diritto internazionale. Negata nella fattispecie la violazione di un obbligo previsto da un trattato internazionale di re-

stituire l'oggetto litigioso (consid. 5a, b, c); conseguenze (consid. 5d).

Sachverhalt ab Seite 53

BGE 111 Ia 52 S. 53

X. verlangt unter Berufung auf ihr Eigentumsrecht vom Staat Italien die Herausgabe historischer Grabplatten, welche dieser als Beweismittel in einem Strafverfahren von der Schweiz auf dem Rechtshilfeweg erlangt hatte. Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt trat auf die Klage nicht ein. Es erachtete die Berufung des Staates Italien auf seine völkerrechtliche Immunität als begründet, weshalb es seine Zuständigkeit zur Behandlung des Rechtsstreits verneinte. X. zog dieses Urteil an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt weiter, welches das Verfahren auf die Zuständigkeitsfrage beschränkte. Mit Urteil vom 11. Mai 1984 hob das Appellationsgericht den vorinstanzlichen Entscheid auf und wies die Sache zur materiellen Beurteilung an das Zivilgericht zurück. Der Staat Italien führt mit Eingabe vom 29. Juni 1984 staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Er rügt eine Verletzung der völkerrechtlichen Immunität und der Zuständigkeit und beantragt, das angefochtene Urteil aufzuheben. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:
I. Formelle Fragen

2. ...
a) Der Staat Italien rügt mit der staatsrechtlichen Beschwerde eine Verletzung seiner völkerrechtlichen Immunität sowie "der Zuständigkeit". Einem als Völkerrechtssubjekt auftretenden fremden Staat steht die staatsrechtliche Beschwerde grundsätzlich nicht offen. Vielmehr ergibt sich aus Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV, der die verfassungsmässige Grundlage für Art. 84 OG bildet, dass das Bundesgericht nur über "Beschwerden betreffend verfassungsmässige Rechte der Bürger sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen" zu urteilen hat. Der fremde Staat, der die Verletzung der Vorschriften eines Staatsvertrags oder der Regeln des Völkerrechts rügen will, kann das nur mit einer Aufsichtsbeschwerde im Sinne von Art. 71 VwVG an den Bundesrat tun, der gegebenenfalls gestützt auf

BGE 111 Ia 52 S. 54

Art. 102 Ziff. 8 BV einschreiten könnte (BGE 106 Ia 144 /145 E. 2a; BGE 101 Ia 163 ff.; VPB 40/1976 Nr. 88 E. 2a und b). b) Anders verhält es sich, wenn in der Schweiz liegende Vermögensgegenstände eines fremden Staates mit Arrest belegt werden sollen. In diesem Fall ist der fremde Staat - selbst wenn er als Völkerrechtssubjekt auftritt - betroffen wie ein Privater. Das Bundesgericht hat denn auch seit Jahrzehnten staatsrechtliche Beschwerden fremder Staaten gegen solche Zwangsvollstreckungsmassnahmen zugelassen (BGE 106 Ia 142 ff.; BGE 104 Ia 367 ff. und in diesen Urteilen zitierte ältere Entscheide bis zurück zu BGE 44 I 49 ff.). Soweit ersichtlich, ist denn auch die Legitimation fremder Staaten zur staatsrechtlichen Beschwerde in diesem Umfang in der Literatur der letzten Jahrzehnte nie mehr in Frage gestellt worden. Im vorliegenden Fall geht es aller-

dings nicht um eine Arrestnahme. Auch steht keine Zwangsvollstreckungsmassnahme des kantonalen Rechts in Frage, die für das Gebiet des Sachenrechts wohl als einem Arrest gleichwertig betrachtet werden müsste; eine solche Zwangsvollstreckung käme indessen erst dann in Frage, wenn ein Sachurteil zugunsten der Beschwerdegegnerin vorläge und sich zudem die vom Urteilsdispositiv erfassten Sachen im örtlichen Zugriffsbereich der schweizerischen Behörden befänden. Zu prüfen ist somit, ob die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der völkerrechtlichen Immunität eines fremden Staates auch dann zulässig ist, wenn dieser lediglich veranlasst werden soll, sich auf eine Zivilklage einzulassen, Zwangsmassnahmen jedoch noch nicht in Aussicht stehen. c) Sämtliche veröffentlichten Urteile des Bundesgerichts zur Frage der völkerrechtlichen Immunität fremder Staaten hängen mit Arrestverfahren nach dem Schuldbetreibungs- und Konkursrecht zusammen. Daraus lässt sich indessen nicht schliessen, die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Immunität sei ausschliesslich in diesem Fall zulässig. Sieht man vom Bereich des Familienrechts ab, so geht es bei der überwiegenden Zahl der Zivilprozesse um Geldforderungen. Für Prozesse dieser Art gegen einen ausländischen Staat wird aber in der Regel kein schweizerischer Gerichtsstand gegeben sein, es sei denn, die klagende Partei begründe ihn durch Arrestierung von Vermögenswerten. Es dürfte weitgehend an diesem äusseren Umstand liegen, dass die veröffentlichten Urteile des Bundesgerichts zur Frage der Staatenimmunität durchwegs mit einem solchen Arrest zusammenhängen.

BGE 111 Ia 52 S. 55

Der Staat Italien beruft sich für die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde gegen seinen Einbezug in ein gerichtliches Erkenntnisverfahren auf ein Urteil vom 19. Juni 1980 (BGE 106 Ia 142 ff.). Dort wird an drei Stellen von der Immunität fremder Staaten "im Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren" gesprochen, ohne dass zwischen diesen beiden Formen der Immunität unterschieden würde; der hier zu erörternden Frage kam keine praktische Bedeutung zu. Dagegen hat das Bundesgericht in zwei früheren Urteilen zwischen der Immunität im Erkenntnisverfahren ("immunité de juridiction") und jener im Vollstreckungsverfahren ("immunité d'exécution") unterschieden (BGE 86 I 23 ff.; BGE 82 I 75 ff.). Das Bundesgericht kam in beiden Urteilen zum Schluss, es sei nicht gerechtfertigt, die beiden Immunitätsansprüche eines fremden Staates verschieden zu behandeln. Im erstgenannten Fall verneinte es zunächst die Immunität der Vereinigten Arabischen Republik im Erkenntnisverfahren (BGE 86 I 29 /30 E. 3). Anschliessend führte es aus, das Vollstreckungsrecht folge aus der Rechtsprechungshoheit, weshalb auch keine Vollstreckungsimmunität gegeben sei (BGE 86 I 30 /31 E. 4). Einlässlicher wurden diese Fragen im zweitgenannten Urteil erörtert. In jener Sache hatte das Königreich Griechenland u.a. den Standpunkt eingenommen, den fremden Staaten sollte im Vollstreckungsverfahren absolute Immunität zuerkannt werden, im Gegensatz zum Erkenntnisverfahren, wo unterschieden wird, ob der ausländische Staat in Ausübung seiner Hoheitsgewalt (iure imperii) oder als Subjekt von Privatrechtsverhältnissen (iure gestionis) gehandelt hat. Nach einlässlicher Auseinandersetzung mit Literatur und Praxis gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass kein Anlass zur Änderung der Rechtsprechung bestehe, wonach der Immunitätsschutz für fremde Staaten im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren in gleicher Weise gilt (BGE 82 I 88 ff., namentlich 90, E. 10).
Verhält es sich so, ist nicht ersichtlich, weshalb ein fremder Staat zum Schutz seiner Immunität das Bundesgericht im Erkenntnisverfahren nicht ebenso mit staatsrechtlicher Beschwerde anrufen können sollte wie im Vollstreckungsverfahren. Es hätte wenig praktischen Sinn, den ausländischen Staat zu verpflichten, als Partei in einem Erkenntnisverfahren bis zum rechtskräftigen Urteil mitzuwirken, bevor feststeht, ob er sich nicht im späteren Vollstreckungsverfahren auf seine Immunität berufen könne. Wenn das Bundesgericht im genannten Entscheid ausgeführt hat, das Urteil liefe in einem solchen Fall auf ein blosses Rechtsgutachten

BGE 111 Ia 52 S. 56

hinaus (BGE 82 I 89 E. 10), so mag das vielleicht etwas absolut ausgedrückt sein; so wäre es denkbar, dass sich der fremde Staat im Hinblick auf die Wahrung guter Beziehungen zum Urteilsstaat freiwillig einem rechtskräftigen Urteil unterwirft. Indessen bleibt der Grundgedanke richtig, wonach es jedenfalls ein Gebot der Zweckmässigkeit ist, dass der fremde Staat, der seine Immunität geltend machen will, dazu bereits im Erkenntnisverfahren ermächtigt sein soll. d) Seit die beiden erwähnten Urteile ergingen, sind zwei Rechtsänderungen von Bedeutung eingetreten. In materieller Hinsicht ist zu beachten, dass die Schweiz mit Wirkung ab 7. Oktober 1982 dem Europäischen Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972 beigetreten ist. In formeller Hinsicht ist auf die am 1. Oktober 1969 in Kraft getretene Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege zu verweisen. Was das Übereinkommen betrifft, so geht dieses zwar in der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Immunität der Vertragsstaaten im Vollstreckungsverfahren anzuerkennen sei, weiter als die schweizerische Praxis, wie sie in der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Ausdruck kommt (vgl. Art. 23 des Übereinkommens und Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1981, BBl 1981 II 990/991). Die erweiterte Vollstreckungsimmunität unter den Mitgliedstaaten bildet jedoch kein entscheidendes Argument dagegen, dass die staatsrechtliche Beschwerde wie bisher bereits im Erkenntnisverfahren zugelassen wird. Allerdings müssen dabei im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten nunmehr materiell andere Gesichtspunkte wegleitend sein als für den Entscheid über die Vollstreckungsimmunität. Die Änderung des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege hat für das Gebiet der staatsrechtlichen Beschwerde keine unmittelbaren Neuerungen gebracht und generell die Zuständigkeit des Bundesgerichts jedenfalls nicht eingeschränkt (BGE 99 Ia 84 E. 1c). Die staatsrechtliche Beschwerde könnte auf einem Gebiet, wo sie vorher zulässig war, durch die Revision nur ausgeschlossen worden sein, wenn ein anderes Verfahren zur Verfügung gestellt worden wäre, in dem die nämlichen Rügen erhoben werden können (Art. 84 Abs. 2 OG). Das trifft im vorliegenden Fall nicht zu; namentlich kann der fremde Staat nicht mit Beschwerde gemäss Art. 73 VwVG an den Bundesrat gelangen (BGE 101 Ia 166 E. 3; die hier vorbehaltene

Aufsichtsbeschwerde an den Bundesrat ist kein Rechtsmittel im Sinne von Art. 84 Abs. 2 OG; vgl. auch BGE 90 I 230 E. 2). e) Der Staat Italien stützt seine Beschwerde auf Art. 84 Abs. 1 lit. c und d OG. Staatsrechtliche Beschwerden dieser Art setzen die Erschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht voraus, sondern können unmittelbar im Anschluss an den Hoheitsakt erhoben werden, der Anlass zur Beschwerdeführung gibt (Art. 86 Abs. 3 OG; BGE 106 Ia 145 /146 E. 2b mit Hinweisen). Die vorliegende, im Anschluss an einen Rückweisungsentscheid erhobene Beschwerde erweist sich somit auch unter diesem Gesichtswinkel als zulässig.
f) Auf die staatsrechtliche Beschwerde ist demnach einzutreten, soweit mit ihr eine Verletzung der völkerrechtlichen Immunität des Staates Italien gerügt wird. Nicht völlig klar ist, ob der daneben erhobenen Rüge der Verletzung von Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit selbständige Bedeutung zukommt. Soweit das zutreffen sollte, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. E. 2a). Die Rüge ist jedoch in jedem Fall zulässig, soweit sie sich unmittelbar aus der Anrufung der völkerrechtlichen Immunität ergibt (BGE 107 Ia 174 E. 4 mit Hinweis). II. Materielle Fragen

3. Zwischen der Schweiz und Italien besteht kein Staatsvertrag, der sich auf die Frage der gegenseitigen Immunität der beiden Staaten bezöge. Wie erwähnt, ist die Schweiz zwar dem Europäischen Übereinkommen über Staatenimmunität beigetreten; doch gehört Italien dem Übereinkommen bis heute nicht an. In der Beschwerde wird denn auch nicht geltend gemacht, das angefochtene Urteil verletze eine staatsvertragliche Bestimmung. Der Rechtsstreit ist daher aufgrund der ungeschriebenen Regeln des Völkerrechts zu entscheiden, die sich in Lehre und Rechtsprechung - für die Schweiz namentlich in jener des Bundesgerichts - widerspiegeln. Die im Übereinkommen enthaltenen Grundsätze können immerhin als Ausdruck der Entwicklungstendenz des modernen Völkerrechts betrachtet und in diesem Sinne mit herangezogen werden (BGE 104 Ia 368 /369 E. 2a).

4. a) Es kann heute als unbestritten gelten, dass im Erkenntnisverfahren dem ausländischen Staat jedenfalls dann Immunität zukommt, wenn sich der Rechtsstreit auf seine hoheitliche Tätigkeit (ius imperii) bezieht. Ist er dagegen als Träger von Privatrechten

BGE 111 Ia 52 S. 58

aufgetreten, hat er mithin iure gestionis gehandelt, so lässt die bundesgerichtliche Rechtsprechung die Klage gegen ihn zu, sofern das zu beurteilende Rechtsverhältnis eine genügende Binnenbeziehung zur Schweiz aufweist (BGE 106 Ia 147 /148 E. 3a; BGE 104 Ia 369 ff. E. 2, mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und ältere Urteile). Beim Entscheid darüber, ob der Streit auf "ius imperii" oder auf "ius gestionis" beruhe, kann nur die Natur des Anspruchs massgebend sein, auf den sich der fremde Staat beruft. Auf der Seite der klagenden Privatperson ergäbe diese Unterscheidung keinen Sinn (vgl. WILFRIED SCHAUMANN, Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht, in: Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 8, Karlsruhe 1968, S. 107). Im vorliegenden Fall stützt der Staat Italien seinen Eigentumsanspruch nicht auf rechtsgeschäftliches Handeln (ius gestionis); er leitet ihn vielmehr aus seiner öffentlichrechtlichen Gesetzgebung über den Schutz von Gegenständen von historischem und archäologischem Wert ab (Art. 826 Abs. 2 des italienischen codice civile). Das war nie ernsthaft bestritten und liegt auf der Hand (vgl. BGE 101 Ia 165 E. 1 i.V.m. VPB 40/1976 Nr. 88). Geht es aber um einen Anspruch an einer beweglichen Sache, den der Staat Italien als Hoheitsträger (iure imperii) geltend macht, so kann er sich grundsätzlich auf seine völkerrechtliche Immunität berufen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob dieser Anspruch sich im Prozess auch als begründet erwiese. Über die Immunität ist vorfrageweise zu entscheiden. Dieses Institut verlöre seinen Sinn, wenn nicht auf die Natur des Anspruchs abgestellt würde, sondern wenn der Staat die Berechtigung dieses Anspruchs zunächst im Prozess unter Beweis stellen müsste. b) Nicht geteilt werden kann die Auffassung des Appellationsgerichts, wonach die Zuerkennung der Immunität an den Staat Italien unter den hier gegebenen Voraussetzungen auf die Anerkennung ausländischen öffentlichen Rechts hinauslaufen würde, was nicht zulässig sei. Das Gericht folgt dabei dem von der Beschwerdegegnerin im kantonalen Verfahren eingeholten Privatgutachten von Professor Pierre Lalive. Der Gutachter stützt seine Auffassung auf einen Entscheid des Bundesgerichts aus dem Jahre 1956 (BGE 82 I 196 ff.). In jenem Urteil ging es um die Frage, ob ein ausländischer Enteignungsakt in der Schweiz anzuerkennen sei. Das Bundesgericht führte dazu aus, ausländisches öffentliches Recht könne in der Schweiz weder angewendet noch vollzogen werden, es sei denn, die schweizerische Rechtsordnung verlange

BGE 111 Ia 52 S. 59

dies. Hieran wäre unter vergleichbaren Verhältnissen festzuhalten. Indessen war damals nicht darüber zu befinden, ob einem ausländischen Staat kraft völkerrechtlichen Gewohnheitsrechts gerichtliche Immunität zustehe. In einem Verfahren dieser Art muss notwendigerweise zum Entscheid über die Frage der Immunität ausländisches öffentliches Recht berücksichtigt werden. Gerade die von der Schweiz stets vertretene Auffassung, wonach zwischen Handlungen "iure imperii" und "iure gestionis" zu unterscheiden ist, liesse sich nicht durchsetzen, wenn das ausländische öffentliche Recht unbeachtet bleiben müsste. Das Bundesgericht hat denn auch in früheren Urteilen über die Immunität fremder Staaten auf ausländisches öffentliches Recht Bezug genommen (BGE 104 Ia 375 E. 4b; nicht veröffentlichte E. 3b und c des Urteils BGE 110 Ia 43). Auch in Auslieferungs- und Rechtshilfesachen könnten die zuständigen schweizerischen Behörden ihre Aufgabe ohne Mitberücksichtigung des ausländischen öffentlichen Rechts oft nicht erfüllen. Allerdings ist das ausländische öffentliche Recht nicht materiell anzuwenden; es ist nicht darüber zu entscheiden, ob der Anspruch begründet ist, sondern nur, welcher Natur er ist. Zwischen der im genannten Urteil geäusserten Auffassung (BGE 82 I 197 /198 E. 1) und

der hier vertretenen besteht somit kein unüberbrückbarer Widerspruch.

5. a) Das Appellationsgericht verneinte die Immunität des Beschwerdeführers allerdings im wesentlichen aus einem andern Grund. Es stellte fest, die umstrittenen Grabplatten seien einzig zur Beweissicherung in einer Strafuntersuchung nach Italien verbracht worden. Die italienischen Behörden wären nach Art. 6 Ziff. 2 des Europäischen Übereinkommens über Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 (EÜR) verpflichtet gewesen, die Platten nach der Untersuchung sofort wieder in die Schweiz zurückzubringen. Es bezeichnet das Verhalten des Staates Italien als "unkorrekt". Aus einem solchen Verhalten dürfe er keinen Vorteil ziehen; er könne sich deshalb nicht auf seine völkerrechtliche Immunität berufen. Der Beschwerdeführer hält dem in tatsächlicher Hinsicht entgegen, es lägen keine Akten dafür vor, dass er durch die in Rechtshilfesachen zuständigen schweizerischen Behörden aufgefordert worden sei, die Platten in die Schweiz zurückzubringen. Die Feststellung des Appellationsgerichts, er habe konventionswidrig gehandelt, beruhe deshalb auf einer unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung. In rechtlicher Hinsicht macht der Beschwerdeführer geltend, das Appellationsgericht habe seine

Zuständigkeit überschritten; zur Feststellung einer Verletzung des Europäischen Rechtshilfeübereinkommens wären die in Rechtshilfesachen kompetenten Verwaltungsbehörden und nicht ein Zivilgericht zuständig gewesen. b) Der Standpunkt des Appellationsgerichts läuft im Ergebnis auf eine Übernahme der im Privatgutachten Lalive vertretenen These hinaus, das italienische Rechtshilfebegehren bilde Teil eines raffinierten Gesamtplans ("manoeuvre astucieuse"), mit dem sich der Staat Italien aus der Rolle eines Klägers in jene eines Beklagten manövriert habe. Ein solches Verhalten verstosse gegen Treu und Glauben und müsse daher unbeachtet bleiben. Dem Beschwerdeführer könne deshalb die Immunität so wenig zuerkannt werden, wie wenn er im Zivilprozess in Basel als Kläger aufgetreten wäre. Diese Erwägung erweckt Bedenken. Das Appellationsgericht hat nicht dargelegt, auf welche tatsächlichen Umstände es seine Auffassung stützt, wonach das Rechtshilfebegehren Teil eines derartigen Manövers gebildet habe und daher zweckwidrig verwendet worden sei. Dem angefochtenen Urteil lässt sich einzig entnehmen, dass die Grabplatten im August 1980 zu Beweiszwecken nach Italien verbracht wurden und dass sie seither noch nicht in die Schweiz zurückgeführt worden sind. Indessen ist zunächst festzustellen, dass der Staat Italien sich den Besitz an den Platten nicht eigenmächtig verschafft hat; diese wurden ihm vielmehr nach Durchführung eines Rechtshilfeverfahrens von den zuständigen schweizerischen Behörden ordnungsgemäss zur Verfügung gestellt. Ob diese Behörden die ihnen in solchen Fällen zustehende Prüfungsbefugnis richtig ausgeübt haben, war nicht vom Appellationsgericht zu beurteilen. Jedenfalls kann die Stellung eines Rechtshilfebegehrens an sich nicht als unlautere Handlung betrachtet werden, weil den zuständigen Behörden des ersuchten Staates eine weitgehende Prüfungsbefugnis zusteht. Das Appellationsgericht legt denn auch das Hauptgewicht weniger darauf, dass sich der Staat Italien die Verfügungsgewalt über die Grabplatten überhaupt verschafft habe; es stützt sich vor allem darauf, dass er diese Platten seither nicht zurückerstattet habe. Es trifft zu, dass auf dem Rechtshilfeweg übergebene Beweismittel dem ersuchenden Staat "so bald wie möglich" zurückzugeben sind, sofern dieser nicht darauf verzichtet (Art. 6 Ziff. 2 EÜR). Der Begriff "so bald wie möglich" ist unbestimmt; er ist im Einzelfall zu konkretisieren. Wie die Bedingung hier im Zeitpunkt der Rechtshilfe gegenüber dem Staat Italien formuliert wurde, geht

aus den Akten nicht hervor. Jedenfalls besteht die Rückgabepflicht so lange nicht, als das Strafverfahren nicht

abgeschlossen ist, für das die Beweismittel angefordert worden sind. Hierüber geben die Akten keinerlei Aufschluss. Zwar ist eine antizipierte Beweiswürdigung nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht durchwegs unzulässig (BGE 103 IV 301 E. 1a; BGE 97 I 219 /220 E. 4; BGE 73 I 199 E. 1). Indessen setzt der Verzicht auf Beweiserhebungen bzw. auf weitere Beweiserhebungen immer voraus, dass bereits hinlänglich schlüssige Tatsachen vorliegen, aus denen sich die Richtigkeit des massgeblichen Sachverhalts ergibt. Gerade hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Das Appellationsgericht hat nicht abgeklärt, ob das Strafverfahren inzwischen abgeschlossen worden ist, für das der Beschwerdeführer die Grabplatten als Beweismittel angefordert hat. Mit Recht hat es nicht auf die bei den Akten befindlichen Zeitungsnotizen abgestellt, die beschreiben, wo die Platten heute aufbewahrt werden. Selbst wenn sie sich gegenwärtig in einem Museum befinden sollten, würde das keinen zwingenden Schluss auf fehlenden Willen zur Rückgabe zulassen. Schon aus diesen Gründen war die Annahme des Appellationsgerichts sachlich nicht vertretbar, der Staat Italien habe seine staatsvertragliche Rückgabepflicht verletzt. c) Hinzu kommt, dass der Zeitpunkt für die Rückgabe nach Art. 6 Ziff. 2 EÜR unbestimmt ist (”so bald wie möglich”); dieser Umstand lässt die Annahme nicht zu, der ersuchende Staat gerate nach Ablauf einer bestimmten Frist automatisch in Verzug. Im Gegenteil ist anzunehmen, der ersuchte Staat habe nach angemessener Zeit zu mahnen und die Rückerstattung zu verlangen. Erst wenn der ersuchende Staat einem solchen Begehren innert Frist nicht entspricht, kann von einer Verletzung des Völkerrechts gesprochen werden. Diese Folgerung drängt sich um so mehr auf, als übergebene Gegenstände, Akten oder Schriftstücke nicht notwendigerweise in jedem Fall zurückzuerstatten sind; Art. 6 Ziff. 2 EÜR sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, dass der ersuchte Staat auf eine Rückerstattung verzichtet. Reagiert der ersuchende Staat auf ein Rückerstattungsbegehren zulässigerweise mit einem Gesuch um Verzicht im Sinne dieser Bestimmung, kann solange, als die zuständige Behörde des ersuchten Staates ihren Entscheid nicht gefällt hat, ebenfalls noch nicht von einer Rechtsverletzung gesprochen werden (vgl. VPB 40/1976 Nr. 88). Im vorliegenden Fall ist indessen nicht dargetan worden, dass die italienischen Behörden zur Rückerstattung der Platten aufgefordert worden seien.

BGE 111 Ia 52 S. 62

Soweit ersichtlich, hat die Beschwerdegegnerin nicht einmal behauptet, sie habe die Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt oder das Bundesamt für Polizeiwesen um die Einleitung des Rückerstattungsverfahrens ersucht. Aus allen diesen Gründen war es unzulässig, eine Verletzung völkerrechtlicher Bestimmungen durch den Beschwerdeführer als erwiesen zu betrachten. Demzufolge durfte auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich der Staat Italien im vorliegenden Prozess in einer wider Treu und Glauben verstossenden Weise die Rolle des Beklagten verschafft habe. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet; sie ist gutzuheissen, und das angefochtene Urteil ist aufzuheben. d) Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen 4a und 5c ergibt, hat dieser Entscheid nicht den Sinn, dass nunmehr Beweise zu erheben wären; vielmehr ist die Immunität des Beschwerdeführers zu bejahen. Das kantonale Verfahren wird daher durch Prozessurteil zu erledigen sein. Das hat zur Folge, dass der Rechtsstreit nicht materiell rechtskräftig entschieden ist. Er kann nach Erfüllung der in Art. 6 Ziff. 2 EÜR enthaltenen Rückgabepflicht durch den Beschwerdeführer von diesem als Kläger in der Schweiz wieder angehoben werden; auch könnte einer Klage der Beschwerdegegnerin in Italien die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegengehalten werden.