

Verfahrensgang

LAG Berlin-Brandenburg, Urt. vom 14.01.2009 – 17 Sa 1719/08, [IPRspr 2010-179a](#)

BAG, Urt. vom 01.07.2010 – 2 AZR 270/09, [IPRspr 2010-179b](#)

Rechtsgebiete

Zuständigkeit → Gerichtsbarkeit

Arbeitsrecht → Arbeitsrecht gesamt bis 2019

Rechtsnormen

AEUV **Art. 267**

EGBGB **Art. 27**; EGBGB **Art. 30**; EGBGB **Art. 34**

EUGVVO 44/2001 **Art. 18**; EUGVVO 44/2001 **Art. 18 f.**; EUGVVO 44/2001 **Art. 18 ff.**

GG **Art. 25**

GVG **§ 20**

KSchG **§§ 1 ff.**

Rom I-VO 593/2008 **Art. 9**

StaatenimmunÜ-EU **Art. 5**

WÜD **Art. 3**

ZPO **§ 38**; ZPO **§ 139**

Fundstellen

nur Leitsatz

BB, 2011, 179

Europ. Leg. Forum, 2011, 40

JR, 2011, 229

LS und Gründe

RIW, 2011, 167

Permalink

<https://iprspr.mpipriv.de/2010-179b>

Lizenz

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



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

Trustee ist daher am ehesten mit derjenigen in der Vollrechtstreuhand – wobei er ggf. auch in die Nähe einer Partei kraft Amtes gerückt werden kann – zu vergleichen, allerdings mit dem Unterschied, dass nicht eigens eine Übertragung der Rechte im Einzelfall zu erfolgen hat. Nach außen hat der Trustee die volle Rechtsinhaberschaft. Insbesondere ist der Trustee nach angloamerikanischem Recht allein für alle Rechtsstreitigkeiten, die das Trust-Gut betreffen, aktiv- und passivlegitimiert (*Czermak*, Der express trust im internationalen Privatrecht, 1986, 48 f.). Für Klagen im Außenverhältnis des Trusts gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln, d.h. im Rechtsverkehr mit Personen, die nicht Begünstigte oder Gründer des Trust sind, tritt der Trustee wie ein gewöhnlicher Rechtsinhaber auf (MünchKommZPO-*Gottwald*, 3. Aufl., Art. 6 EuGVO Rz. 88). Zumindest für Klagen im Innenverhältnis zwischen Begründer, Trustee oder Begünstigtem ist aus Art. 5 Nr. 6 EuGVO zudem auf eine Anerkennung des Rechtsinstituts als solchem zu schließen. Im Hinblick auf einen Nachlass-Trust hat der BFH mit Urteil vom 20.12.1957 (III 250/56, BStBl 1958 III, 79, 81) entschieden, dass der Trustee (dort eine in London ansässige Limited) im Prozess aktiv- und passivlegitimiert sei. Ohne Belang ist dagegen, dass es einen internationalen Vertrag über die Anerkennung von Trusts gibt (das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung vom 1.7.1985), den Deutschland nicht ratifiziert hat (vgl. dazu *Schack*, Internationales Zivilverfahren, 4. Aufl., Rz. 551; vgl. auch *Coing* aaO 88).

Wollte man der Kl. die Prozessführungsbefugnis absprechen, würde man ihr bzw. dem hinter ihr stehenden nicht rechtsfähigen S. im Ergebnis den Zugang zu den deutschen Gerichten versagen. Denn S. wäre es mangels Rechtsfähigkeit unmöglich, der Kl. die vom LG vermisste Ermächtigung zur Prozessführung zu erteilen.

Auf die vom LG als maßgeblich erachteten Gesichtspunkte, der Bekl. sei bei Abschluss des Wertpapiergeschäfts nicht transparent gemacht worden und die Kl. habe auch nicht dargelegt, wer der wahre Rechtsträger sei bzw. wer Vertragspartner habe werden sollen oder wer Eigentümer der Wertpapiere gewesen sei, kommt es jedenfalls im Zusammenhang mit der Frage der Prozessführungsbefugnis nicht an.

Ebenso unerheblich ist, ob der erstinstanzliche Prozessvortrag der Kl. insoweit zumindest missverständlich ist, als stets von Handlungen und Ansprüchen des S. die Rede ist.

d) Auf die vom LG in den Vordergrund der Erwägungen gestellte Frage der gewillkürten Prozessstandschaft kommt es folglich nicht mehr an.“

2. Gerichtsbarkeit

Siehe auch Nr. 74

179. *Die Tätigkeit eines Fahrers, der nicht in den diplomatischen Funktionszusammenhang eingebunden ist, stellt keine hoheitliche Tätigkeit dar. Ein Rechtsstreit über einen derartigen Arbeitsvertrag unterliegt nicht staatlicher Immunität. Wurde der Arbeitnehmer nicht nur als Chauffeur, sondern auch als Dolmetscher tätig, indem er zur Pflege politischer, kultureller, wirtschaftlicher und wissenschaftlicher Beziehungen in nennenswertem Umfang beitrug, so kann dies zu der Beur-*

teilung führen, dass seine Tätigkeit in einem funktionellen Zusammenhang mit den diplomatischen Zielen der Botschaft stand.

Die Anforderungen an die Substanziierungslast im Prozess dürfen nicht dazu führen, dass der Staat, der sich auf Immunität beruft, auf prozessrechtlichem Wege zur Aufgabe des ihm eingeräumten Vorrechts gezwungen wird, indem er nun Einzelheiten über die vom Arbeitnehmer möglicherweise entfaltete Dolmetschertätigkeit, etwa Namen von Personen und Gesprächsinhalte, preisgeben müsste.

Die Voraussetzungen einer stillschweigenden (konkludenten) Rechtswahl bestimmen sich nicht nach dem gewählten Recht. Vielmehr bestimmt Art. 27 I EGBGB selbst, unter welchen Voraussetzungen von einer stillschweigenden Rechtswahl auszugehen ist. Die Indizien sprechen für die stillschweigende Rechtswahl ausländischen (hier: algerischen) Rechts, wenn in dem Arbeitsvertrag eines Botschaftsangeestellten die Zuständigkeit eines ausländischen (hier: algerischen) Gerichts vereinbart, eine ausländische Vertragssprache gewählt und der Angestellte im Dienst der (hier: algerischen) Botschaft tätig wurde. Nicht ins Gewicht fällt die Tatsache, dass der Arbeitnehmer in Euro bezahlt wurde und der deutschen Sozialversicherung unterlag.

Die Vorschriften der §§1 bis 14 KSchG stellen keine „Eingriffsnormen“ im Sinne des Art. 34 EGBGB dar. [LS der Redaktion]

a) LAG Berlin, Urt. vom 14.1.2009 – 17 Sa 1719/08: Unveröffentlicht.

b) BAG, Urt. vom 1.7.2010 – 2 AZR 270/09; RIW 2011, 167. Leitsatz in: BB 2011, 179; Europ. Leg. Forum 2011, 40; JR 2011, 229.

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie über Vergütungsansprüche. Der Kl. ist algerischer Herkunft. Er besitzt die algerische und die deutsche Staatsangehörigkeit, beherrscht die arabische und französische Sprache und wohnt in Berlin. Die Bekl. beschäftigte den Kl. auf der Grundlage eines in französischer Sprache verfassten Arbeitsvertrags (*contrat d'engagement*) seit dem 1.9.2002. Die Parteien vereinbarten, dass der Kl. der deutschen Sozialversicherung unterliegen solle; sie legten unter VI. des Vertrags fest, dass bei Meinungsverschiedenheiten und Streitigkeiten, die sich aus dem Arbeitsvertrag ergeben, allein die algerischen Gerichte zuständig sein sollen. Die Bekl. beschäftigt in ihrer Botschaft in Berlin regelmäßig mehr als 10 Arbeitnehmer (ausschl. der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten). Der Kl. war als einer von drei Fahrern der Botschaft tätig; die Bekl. beschäftigte darüber hinaus einen Fahrer, der ausschließlich den Botschafter zu befördern hatte. Dem Kl. oblag es, Gäste und Mitarbeiter – vertretungsweise auch den Botschafter – zu fahren. Er hatte ferner Post der Botschaft zu deutschen Stellen oder zur Post zu befördern. Diplomatenpost wurde dabei von einem weiteren Mitarbeiter der Botschaft entgegengenommen bzw. weitergeleitet, der seinerseits u.a. vom Kl. gefahren wurde.

Mit seiner Klage hat der Kl. die Bekl. auf Zahlung einer Vergütung für angeblich in den Jahren 2005 bis 2007 geleistete Überstunden in Anspruch genommen. Die Bekl. kündigte das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 29.8.2007 zum 30.9.2007. Der Kl. hat daraufhin seine Klage mit einem am 6.9.2007 beim ArbG eingegangenen Schriftsatz um eine Kündigungsschutzklage, eine allgemeine Feststellungsklage und eine Klage auf vorläufige Weiterbeschäftigung erweitert. Das ArbG hat die Klage durch ein am 2.7.2008 verkündetes Urteil abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung des Kl. Auf die Berufung des Kl. hat das LAG das Urteil des ArbG teilweise abgeändert und im Wesentlichen nach den Klageanträgen erkannt. Mit der vom LAG nur für sie zugelassenen Revision erstrebt die Bekl. die Wiederherstellung des arbeitsgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

a) LAG Berlin 14.1.2009 – 17 Sa 1719/08:

„Die Berufung ist zum Teil begründet. Es war unter teilweiser Änderung des angefochtenen Urteils festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis durch die Kündigung vom 29.8.2007 nicht aufgelöst worden ist; ferner war die Bekl. zur vorläufigen Weiterbeschäftigung und zur Zahlung einer Annahmeverzugsvergütung zu verurteilen ...

I. Die Klage ist zulässig.

1. Die Demokratische Volksrepublik Algerien genießt in dem vorliegenden Rechtsstreit entgegen der Auffassung des ArbG keine Staatsimmunität, sondern unterfällt insoweit der deutschen Gerichtsbarkeit.

a) Die deutsche Gerichtsbarkeit erstreckt sich gemäß § 20 GVG nicht auf Personen, die gemäß den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen oder sonstiger Rechtsvorschriften von ihr befreit sind. Dabei entspricht es allgemeinem Völkergewohnheitsrecht, dass Staaten hinsichtlich ihrer hoheitlichen Tätigkeit nicht der Gerichtsbarkeit anderer Staaten unterworfen sind. Ihre diplomatischen und konsularischen Beziehungen dürfen nicht behindert werden. Dagegen untersagt keine Regel des Völkerrechts der inländischen Gerichtsbarkeit, in Angelegenheiten zu entscheiden, die die nichthoheitliche Tätigkeit des ausländischen Staats betreffen. Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Staatstätigkeit richtet sich nach der Natur der umstrittenen staatlichen Handlung oder des streitigen Rechtsverhältnisses; welches Motiv oder welchen Zweck die Staatstätigkeit hat, ist demgegenüber ohne Belang. Dabei ist mangels völkerrechtlicher Abgrenzungsmerkmale grundsätzlich nach dem Recht des entscheidenden Gerichts zu beurteilen, ob eine hoheitliche oder nichthoheitliche Staatstätigkeit in dem genannten Sinn vorliegt (BAG, Urt. vom 15.2.2005 – 9 AZR 116/04, AP Nr. 15 zu § 612a BGB m.w.N.¹).

b) Die Frage, ob das Arbeitsverhältnis des Kl. durch die Kündigung vom 29.8.2007 aufgelöst worden ist und die Bekl. zur vorläufigen Weiterbeschäftigung sowie zur Zahlung einer Überstunden- und Annahmeverzugsvergütung verpflichtet ist, betrifft nicht das hoheitliche Handeln der Bekl. Der Kl. wurde als Kraftfahrer der Botschaft nicht hoheitlich tätig. Er hatte lediglich Personen und Post zu befördern und war mit der eigentlichen diplomatischen Tätigkeit der Botschaft nicht befasst. Dass der Kl. auch diplomatisches Personal zu befördern hatte und die zugestellte bzw. abholte Post auch das hoheitliche Handeln der Bekl. betraf, führt nicht dazu, die Tätigkeit des Kl. selbst ebenfalls der hoheitlichen Staatstätigkeit der Bekl. zuzuordnen. Es handelte sich vielmehr um – wenn auch unverzichtbare – Hilfstätigkeiten nichthoheitlicher Natur, deren Beurteilung durch die deutschen Gerichte die Staatenimmunität der Bekl. nicht berührt. Soweit das ArbG die deutsche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen hat, weil der Kl. in einer ‚institutionellen Intim- und Vertrauenssphäre‘ der Botschaft der Bekl. tätig gewesen sei, folgt die Berufungskammer dieser Auffassung nicht. Es trifft zwar zu, dass der Kl. eine Vertrauensstellung bekleidete. Der Kl. hatte aufgrund seiner Tätigkeit Kenntnis von botschaftsinternen Vorgängen. Ihm war bekannt, wer die Botschaft besuchte, und [er] konnte aufgrund seiner Sprachkenntnisse auch die in seinem Dienstfahrzeug geführten Gespräche verfolgen. Die Bekl. musste sich daher darauf verlassen können, dass der Kl. diese Kenntnisse nicht gegen sie verwenden, sondern insoweit Stillschweigen bewahren würde. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Tätigkeit des Kl. dem hoheitlichen Handeln der Bekl. zuzurechnen ist. Ob der hoheitliche Bereich der Bekl. berührt und damit die deutsche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen ist, bestimmt sich – wie ausgeführt – nach der Natur der umstrittenen staatlichen Handlung bzw. des streitigen Rechtsverhältnisses und nicht danach, ob die Bekl. zu einem beschäftigten Mitarbeiter besonderes

¹ IPRspr. 2005 Nr. 90b.

Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Verschwiegenheit haben muss. Dass eine Tätigkeit das genannte Vertrauen voraussetzt, führt mit anderen Worten nicht zu einem hoheitlichen Handeln des ausländischen Staats. Ansonsten müsste auch die Tätigkeit einer Reinigungskraft oder eines Hausmeisters der Botschaft dem hoheitlichen Bereich zugeordnet werden, denn auch diese Personen erhalten durch ihre Tätigkeit Kenntnisse von botschaftsinternen Vorgängen, an deren Geheimhaltung der ausländische Staat ein berechtigtes Interesse haben kann.

2. Die deutschen Gerichte für Arbeitssachen sind für den vorliegenden Rechtsstreit international zuständig.

a) Nach Art. 19 EuGVO kann ein Arbeitgeber, der seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, vor den Gerichten des Mitgliedstaats verklagt werden, in dem er seinen Wohnsitz hat; für juristische Personen kommt es gemäß Art. 60 EuGVO auf den Ort des satzungsmäßigen Sitzes, der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung an. Hat ein Arbeitgeber, der mit einem Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, in dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats keinen Wohnsitz in dem genannten Sinne, unterhält er jedoch in einem Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung, wird er gemäß Art. 18 II EuGVO für Streitigkeiten aus deren Betrieb so behandelt, als hätte er seinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats.

Die Bekl. unterhält mit ihrer Botschaft in Berlin eine sonstige Niederlassung im Sinne des Art. 18 II EuGVO; sie kann daher vor den deutschen Gerichten für Arbeitssachen verklagt werden. Zwar wird unter einer Niederlassung v.a. ein Ort der geschäftlichen Tätigkeit verstanden, der auf Dauer als Außenstelle eines Stammhauses hervortritt und über eine eigene Geschäftsführung verfügt, die auch im Zusammenhang mit Verträgen selbst Ansprechpartner ist [BAG, Urt. vom 13.11.2007 – 9 AZR 134/07², AP Nr. 8 zu Art 27 EGBGB n.F. unter A. II. 2. g) aa)], während die Botschaft der Bekl. in Berlin nicht einer geschäftlichen Tätigkeit, sondern der diplomatischen Vertretung der Bekl. in der Bundesrepublik Deutschland dient. Dies hindert es jedoch nicht, Art. 18 II EuGVO auf die Botschaft der Bekl., die mit ihrem Botschafter eine eigene Führung besitzt und eigenständig Verträge – wie z.B. mit dem Kl. – abschließt, anzuwenden. Die Bestimmungen der EuGVO sind gemäß Art. 1 I in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, zu denen – wie die Bestimmungen in Art. 18 ff. EuGVO zeigen – auch Streitigkeiten aus individuellen Arbeitsverträgen gehören. Sie enthalten keine Regelungen darüber, dass diplomatische Vertretungen ausländischer Staaten von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind. Für welche Angelegenheiten die EuGVO nicht gelten soll, wurde vielmehr in Art. 1 I 2, II EuGVO festgelegt. Danach kommt es darauf an, ob die Angelegenheit eines der dort genannten Rechtsgebiete zuzuordnen ist und nicht darauf, ob es sich bei einer der Parteien des Rechtsstreits um einen ausländischen Staat handelt und welchen Zweck eine Einrichtung dieses Staats in einem Mitgliedstaat hat. Für eine Anwendung des Art. 18 II EuGVO genügt es daher, dass der Arbeitgeber, der in einem Mitgliedstaat keinen Wohnsitz hat, dort eine Außenstelle mit einer eigenen Führung betreibt und von dort aus am Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen teilnimmt. Diese Voraussetzungen sind im Falle der Botschaft der Bekl. in Berlin gegeben.

² IPRspr. 2007 Nr. 50.

b) Soweit die Parteien unter VI. ihres Arbeitsvertrags die Zuständigkeit algerischer Gerichte vereinbart haben, steht dies der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte für Arbeitssachen nicht entgegen. Nach Art. 21 EuGVO kann von den Vorschriften der Art. 18 ff. EuGVO im Wege der Vereinbarung nur abgewichen werden, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen wurde oder wenn sie dem Arbeitnehmer die – zusätzliche – Befugnis einräumt, andere als die in Art. 18 ff. EuGVO genannten Gerichte anzurufen (*Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge*, ArbGG, 6. Aufl., § 1 Rz. 27). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die arbeitsvertragliche Gerichtsstandsvereinbarung wurde vor Beginn der vorliegenden Streitigkeit getroffen. Sie verweist den Kl. ausschließlich an die algerischen Gerichte und räumt ihm nicht eine zusätzliche Klagemöglichkeit in Algerien ein.

II. Die Klage ist teilweise begründet.

1. Die Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Arbeitsverhältnis bestimmen sich nach deutschem Arbeitsrecht.

a) Nach Art. 27 I EGBGB unterliegt der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich mit hinreichender Sicherheit aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben. Haben die Parteien das anzuwendende Recht nicht ausdrücklich festgelegt, ist aus Gerichtsstandsklauseln, Schiedsklauseln, vertraglichen Bezugnahmen auf ein Recht sowie aus der Vereinbarung eines für beide Parteien gemeinsamen Erfüllungsorts, der Anwendbarkeit von Tarifverträgen und sonstiger Regelungen am Sitz des Arbeitgebers zu schließen, ob und ggf. welche konkludente Rechtswahl die Parteien getroffen haben [BAG aaO unter A. II. 2. bb) (3)].

Wurde eine Rechtswahl nicht getroffen, unterliegen Arbeitsverträge und Arbeitsverhältnisse gemäß Art. 30 II Nr. 1 EGBGB dem Recht des Staats, in dem der Arbeitnehmer in Erfüllung des Vertrags gewöhnlich seine Arbeit verrichtet, es sei denn, aus der Gesamtheit der Umstände ergibt sich, dass der Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis engere Verbindungen zu einem anderen Staat aufweist; in diesem Fall ist das Recht dieses anderen Staats anzuwenden.

b) Im vorliegenden Fall haben die Parteien keine ausdrückliche Rechtswahl getroffen. Die Bestimmung in VI. des Arbeitsvertrags bezieht sich ausschließlich auf die Zuständigkeit algerischer Gerichte; ihr kann nicht entnommen werden, dass sich die arbeitsvertraglichen Rechtsbeziehungen der Parteien ausschließlich nach algerischem Recht richten sollten.

Die Bestimmungen des Vertrags und die Umstände des Falls rechtfertigen auch nicht mit hinreichender Sicherheit, dass die Parteien die Anwendbarkeit des deutschen oder des algerischen Arbeitsrechts vereinbart haben. Zwar sprechen die genannte Gerichtsstandsvereinbarung, die gewählte Vertragssprache, die alg. Herkunft des Kl. und seine Tätigkeit im öffentlichen Dienst der Bkl. dafür, dass sich die Rechtsbeziehungen nach algerischem Recht richten sollten. Demgegenüber waren die beiderseitigen arbeitsvertraglichen Pflichten ausschl. in Deutschland zu erfüllen, wurde der Kl. in Euro bezahlt und dem deutschen Sozialversicherungsrecht unterworfen und war vorgesehen, dass der Kl. seine Einkünfte in Deutschland zu versteuern habe; dies spricht für die Anwendbarkeit deutschen Rechts. Die o.g. Umstände rechtfertigen nicht den Schluss auf eine konkludent getroffene Rechtswahl.

Der Arbeitsvertrag bzw. das Arbeitsverhältnis der Parteien weisen auch keine engeren Verbindungen zu Algerien als zu der Bundesrepublik Deutschland auf. Der Arbeitsvertrag wurde in Deutschland abgeschlossen, der Kl. hatte hier bereits bei Vertragsschluss seinen Wohnsitz. Ferner hatte der Kl. seine Arbeitsleistung ausschließlich in Deutschland zu verrichten; er wurde in hiesiger Währung vergütet und dem deutschen Sozialversicherungsrecht unterstellt. Dass er in einer diplomatischen Vertretung der Bekl. tätig war und die algerische Staatsangehörigkeit besitzt, verstärkt zwar neben den sonstigen Anknüpfungspunkten des Vertrags an den algerischen Rechtskreis die Verbindung zu der Bekl., sie wiegen jedoch insgesamt nicht schwerer als die Verbindungen des Arbeitsvertrags bzw. des Arbeitsverhältnisses an die Bundesrepublik Deutschland, zumal der Kl. lediglich einfachere Hilfstätigkeiten zu verrichten hatte. Damit findet gemäß Art. 30 II Nr. 1 EGBGB deutsches Recht auf das Arbeitsverhältnis Anwendung.“

b) BAG 1.7.2010 – 2 AZR 270/09:

„Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das LAG. Ob die Bekl. Staatenimmunität genießt, steht noch nicht fest (I.). Ggf. wird das LAG auch die Fragen der internationalen Zuständigkeit und der Anwendbarkeit deutschen oder algerischen Rechts neu zu würdigen haben (II.).

I. Ob die Bekl. der deutschen Gerichtsbarkeit unterfällt, kann der Senat nicht abschließend beurteilen.

1. Nach § 20 II GVG erstreckt sich die deutsche Gerichtsbarkeit nicht auf Personen, die gemäß den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen oder sonstiger Rechtsvorschriften von ihr befreit sind. Nach dem als Bundesrecht im Sinne von Art. 25 GG geltenden allgemeinen Völkergewohnheitsrecht sind Staaten der Gerichtsbarkeit anderer Staaten nicht unterworfen, soweit ihre hoheitliche Tätigkeit von einem Rechtsstreit betroffen ist. Ihre diplomatischen und konsularischen Beziehungen dürfen nicht behindert werden [vgl. zur nach wie vor hohen Bedeutung der Staatenimmunität: BVerfG, Urt. vom 6.12.2006 – 2 BvM 9/03, BVerfGE 117, 141¹; BAG, Urt. vom 15.2.2005 – 9 AZR 116/04², A. I. 2. a) der Gründe m.w.N., BAGE 113, 327, 331; Urt. vom 23.11.2000 – 2 AZR 490/99³, II. 3. b) der Gründe, AP GVG § 20 Nr. 2 = EzA GVG § 20 Nr. 3]. Andernfalls könnte die rechtliche Prüfung durch die Gerichte eine Beurteilung des hoheitlichen Handelns erfordern mit der Folge, dass die ungehinderte Erfüllung der Aufgaben der Botschaft bzw. des Konsulats beeinträchtigt wäre (Senat, Urt. vom 16.5.2002 – 2 AZR 688/00⁴, II. 1. der Gründe, AP GVG § 20 Nr. 3; *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 5. Aufl., Rz. 172 ff.).

a) Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Staatstätigkeit richtet sich nicht nach deren Motiv oder Zweck. Maßgebend ist die Art der umstrittenen staatlichen Handlung oder des streitigen Rechtsverhältnisses (BVerfG, Beschl.

¹ IPRspr. 2006 Nr. 106.

² IPRspr. 2005 Nr. 90b.

³ IPRspr. 2000 Nr. 110.

⁴ IPRspr. 2002 Nr. 128.

vom 30.4.1963 – 2 BvM 1/62⁵ [C. II. 2], BVerfGE 16, 27, 61 f.; BAG, Urt. vom 15.2.2005 aaO). Mangels völkerrechtlicher Unterscheidungsmerkmale ist die Abgrenzung grundsätzlich nach dem Recht des entscheidenden Gerichts zu beurteilen (BVerfG aaO C. II. 3; BAG aaO und Urt. vom 23.11.2000 aaO [II. 3. c cc]; *Schack* aaO Rz. 176).

b) Gesetzliche Regeln für die Einordnung als hoheitliches oder nichthoheitliches Handeln bestehen im Hinblick auf den Gegenstand arbeitsrechtlicher Streitigkeiten zwischen außereuropäischen Botschaften und ihrem Personal nicht (vgl. Art. 11 des noch nicht in Kraft getretenen Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit vom 2.12.2004 [UN-Staatenimmunitätskonvention; Resolution 59/38]; vgl. auch Art. 5 des hier nicht anwendbaren Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität vom 16.5.1972 [BGBl. II 1990, 34]). Nach der Rspr. des Senats unterliegen arbeitsrechtliche Bestandsstreitigkeiten zwischen Botschaftsangestellten und dem betreffendem Staat der deutschen Gerichtsbarkeit nicht, wenn der Arbeitnehmer für den anderen Staat hoheitlich tätig war (23.11.2000 aaO). Es kommt dabei nicht auf die rechtliche Form der Rechtsbeziehung (privatrechtlicher Vertrag oder öffentlich-rechtliches Verhältnis), sondern auf den Inhalt der ausgeübten Tätigkeit an. So ist etwa die Tätigkeit eines Aufzugsmonteurs (Senat, Urt. vom 20.11.1997 – 2 AZR 631/96⁶ [II. 1], BAGE 87, 144, 149) oder Haustechnikers (BAG, Urt. vom 15.2.2005 aaO [A. I. 2]) nicht hoheitlich. Betrifft die geschuldete Leistung dagegen eine originär hoheitliche Aufgabe, ist Immunität gegeben (Senat, Urt. vom 16.5.2002 – 2 AZR 688/00⁴ [II. 2. c], AP GVG § 20 Nr. 3), z.B. bei Angestellten zur Visa-Bearbeitung (Senat, Urt. vom 16.5.2002 aaO [II. 2. a) aa]) oder bei einem Pressereferenten (Senat, Urt. vom 23.11.2000 aaO [II. 3. c]). Entscheidend ist der funktionale Zusammenhang zwischen den diplomatischen Aufgaben und der zu beurteilenden Tätigkeit (vgl. *Kissel-Mayer*, GVG, 5. Aufl., § 20 Rz. 5).

2. Diesen Grundsätzen trägt die Würdigung des LAG, der Kl. habe keine hoheitliche Tätigkeit ausgeübt und deshalb genieße die Bekl. im Streitfall keine Immunität, nicht ausreichend Rechnung. Das LAG hat erheblichen Tatsachenvortrag der Bekl. außer Acht gelassen. Sein Urteil war deshalb aufzuheben.

a) Im Ansatz zutreffend nimmt das LAG an, dass die Tätigkeit eines Fahrers, der nicht in den diplomatischen Funktionszusammenhang eingebunden ist, keine hoheitliche Tätigkeit darstellt (vgl. BAG, Beschl. vom 30.10.2007 – 3 AZB 17/07⁷, Rz. 22).

b) Indes hat das LAG den unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag der Bekl., der Kl. sei nicht nur als Fahrer, sondern auch als Dolmetscher eingesetzt worden, zu Unrecht außer Acht gelassen. Trifft die entsprechende Behauptung in einem nennenswerten Umfang zu, so kann der Tätigkeit des Kl. eine andere Funktionalität zukommen als die einer reinen Hilfstätigkeit nichthoheitlicher Prägung.

c) Die Aufgaben einer diplomatischen Mission umfassen nach Art. 3 des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen vom 18.4.1961 (BGBl. 1964 II 957) die vielfältige Pflege politischer, kultureller, wirtschaftlicher und wissenschaftlicher Beziehungen. Dass hierbei ebenso offizielle wie auch informelle Gespräche

⁵ IPRspr. 1962–1963 Nr. 171.

⁶ IPRspr. 1997 Nr. 58.

⁷ IPRspr. 2007 Nr. 180c.

die wichtigste Rolle spielen, liegt auf der Hand. Wenn dem Kl. aufgrund seiner Herkunft und seiner Sprachkenntnisse aufgegeben war, seine Tätigkeit als Chauffeur mit der des Dolmetschers zu verbinden, indem er zur Anbahnung und Pflege derartiger Gesprächskontakte in nennenswertem Umfang beitrug, so kann dies zu der Beurteilung führen, dass seine Tätigkeit in einem funktionellen Zusammenhang mit den diplomatischen Zielen der Botschaft stand. Auch die Beförderung von vertraulicher Post und der gelegentliche Einsatz als Fahrer des Botschafters könnten dann in einem anderen Licht erscheinen.

d) Der Beweisantritt der Bekl. durfte nicht als Ausforschungsbeweis unbeachtet bleiben.

aa) Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen (vgl. BVerfG, Beschl. vom 10.2.2009 – 1 BvR 1232/07, Rz. 26, NJW 2009, 1585; BGH, Urt. vom 25.4.1995 – VI ZR 178/94, AP ZPO § 286 Nr. 23 und vom 4.3.1991 – II ZR 90/90, EzA GG Art. 9 Nr. 51 m.w.N.). Unerheblich ist dabei, wie wahrscheinlich die Darstellung ist und ob sie auf eigenem Wissen oder einer Schlussfolgerung aus Indizien beruht (BGH, Beschl. vom 9.2.2009 – II ZR 77/08, Rz. 4 m.w.N., NJW 2009, 2137). Es ist dann Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei ggf. Zeugen nach weiteren Einzelheiten zu befragen (BGH, Beschl. vom 21.5.2007 – II ZR 266/04, Rz. 8, NJW-RR 2007, 1409; Urt. vom 2.4.2009 – I ZR 16/07, TranspR 2009, 410).

bb) Legt man diesen Maßstab zugrunde, hätte der Beweisantritt der Bekl. nur dann unbeachtet bleiben dürfen, wenn ihre Behauptung als gänzlich substanzlos, willkürlich, aus der Luft gegriffen oder ins Blaue hinein aufgestellt erschiene. Davon kann nicht die Rede sein. Es trifft zwar zu, dass die Bekl. ihrer Behauptung, der Kl. sei als Dolmetscher eingesetzt worden, weder zeitlich noch räumlich genauere Konturen verliehen hat. Indes hätte das LAG der Bekl., wenn ihm deren Vortrag nicht hinreichend konkret erschien, einen Hinweis nach § 139 ZPO erteilen müssen. Dabei hätte es beachten müssen, dass die Staatenimmunität nicht auf prozessrechtlichem Wege eine Entwertung erfahren darf: Der Schutz der Staatenimmunität soll verhindern, dass ein Staat über den anderen im Kernbereich der staatlichen Souveränität zu Gericht sitzt (*par in parem non habet imperium*). Die Anforderungen an die Substanziierungslast im Prozess dürfen nicht dazu führen, dass der Staat, der sich auf Immunität beruft, auf prozessrechtlichem Weg zur Aufgabe des ihm eingeräumten Vorrechts gezwungen wird, indem er nun Einzelheiten über die vom Kl. möglicherweise entfaltete Dolmetschertätigkeit, z.B. Namen von Personen, Gesprächsinhalte usw. preisgeben müsste.

II. Sollte das LAG nach einer Beweisaufnahme zu dem Ergebnis kommen, die Bekl. sei nach den Grundsätzen der Staatenimmunität nicht von der deutschen Gerichtsbarkeit ausgenommen, wird es auch die Frage der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte und, falls es diese bejaht, die Anwendbarkeit deutschen oder algerischen Rechts erneut prüfen müssen.

1. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte kann, wovon auch das LAG ausgegangen ist, nach Art. 19 Nr. 1, 18 II EuGVO begründet sein.

a) Die EuGVO ist seit ihrem Inkrafttreten am 1.3.2002 in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat der EU. Die Verordnung

geht nationalem Recht im Rang vor. Soweit ihr nationale Bestimmungen widersprechen, werden sie durch die EuGVO verdrängt (BAG, Urt. vom 24.9.2009 – 8 AZR 306/08⁸, AP EuGVVO Art. 18 Nr. 1 = EzA EG-Vertrag 1999 VO 44/2001 Nr. 4 m.w.N.; vgl. *Schack* aaO Rz. 218, 326).

b) Sind – wofür vieles sprechen wird – die Vorschriften der Art. 18 ff. EuGVO anwendbar, so wird zu beachten sein, dass nach Art. 18 II EuGVO ein Arbeitgeber, mit dem der Arbeitnehmer einen individuellen Arbeitsvertrag geschlossen hat und der im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats keinen Wohnsitz hat (Arbeitgeber mit Wohnsitz in einem Drittstaat), so behandelt wird, als habe er einen Wohnsitz, vorausgesetzt, er unterhält in einem Mitgliedstaat eine Zweigniederlassung, Agentur oder sonstige Niederlassung.

c) Die vom LAG bejahte Frage, ob als sonstige Niederlassung im Sinne des Art. 18 II EuGVO auch die Botschaft eines Drittstaats angesehen werden kann, ist bisher von dem zur Auslegung der EuGVO vorrangig zuständigen EuGH nicht entschieden. Ob den Entscheidungen des EuGH in anderen Zusammenhängen ohne weiteres mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnommen werden kann, die Botschaft der Bekl. sei als ‚sonstige Niederlassung‘ anzusehen, erscheint zweifelhaft. Dagegen mag immerhin Art. 7 der UN-Staatenimmunitätskonvention sprechen. Die Norm sieht vor, dass eine ‚andere Niederlassung‘ die Staatenimmunität nur dann aufhebt, wenn der betreffende Staat von dieser anderen Niederlassung aus ‚auf die gleiche Weise wie eine Privatperson eine gewerbliche, kaufmännische oder finanzielle Tätigkeit ausübt‘. Jedenfalls ist, soweit es die Auslegung von Art. 18 EuGVO betrifft, Art. 267 AEUV zu beachten.

2. Außerhalb des Geltungsbereichs der EuGVO richtet sich die internationale Zuständigkeit nach den Regeln über die örtliche Zuständigkeit. Da die Bekl. keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, kann die im Arbeitsvertrag getroffene Vereinbarung der Zuständigkeit der algerischen Gerichte nach § 38 II ZPO wirksam sein.

3. Sollte es auf die Frage ankommen, ob auf den Streitfall deutsches oder algerisches Recht anzuwenden ist, wird das LAG die folgenden Erwägungen beachten müssen.

a) Nach Art. 27 I 1 EGBGB unterliegt ein Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl muss nicht ausdrücklich erfolgen. Sie kann sich aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falls ergeben. Die Voraussetzungen einer stillschweigenden (konkludenten) Rechtswahl bestimmen sich nicht nach dem gewählten Recht. Vielmehr bestimmt Art. 27 I EGBGB selbst, unter welchen Voraussetzungen von einer stillschweigenden Rechtswahl auszugehen ist (BAG, Urt. vom 13.11.2007 – 9 AZR 134/07⁹, BAGE 125, 24 m.w.N.). Obgleich es keinen abschließenden Katalog einschlägiger Indizien gibt, sind bei Schuldverträgen aus Gerichtsstandsklauseln, Schiedsklauseln, vertraglichen Bezugnahmen auf ein bestimmtes Recht sowie aus der Vereinbarung eines für beide Parteien gemeinsamen Erfüllungsorts typische Hinweise auf eine stillschweigende Rechtswahl zu entnehmen. Bei Arbeitsverträgen stellt die Bezugnahme auf Tarifverträge und sonstige Regelungen am Sitz des Arbeitgebers ein gewichtiges Indiz für eine stillschweigende Rechtswahl dar (vgl. BAG, Urt. vom 13.11.2007 aaO; Urt. vom 12.12.2001

⁸ IPRspr. 2009 Nr. 184.

⁹ IPRspr. 2007 Nr. 50.

– 5 AZR 255/00¹⁰ [B. I. 1], BAGE 100, 130; Urt. vom 26.7.1995 – 5 AZR 216/94¹¹ [II. 1], AP BGB § 157 Nr. 7 = EzA BGB § 133 Nr. 19).

b) Das LAG hat zutreffend angenommen, dass die Parteien keine ausdrückliche Rechtswahl getroffen haben. Bei seiner weiteren Würdigung, es liege auch keine stillschweigende Wahl algerischen Rechts vor, hat es jedoch nicht alle wesentlichen Umstände ausreichend in Betracht gezogen. Unter VI des Arbeitsvertrags haben die Parteien die Zuständigkeit der algerischen Gerichtsbarkeit vereinbart. Dies kann ein gewichtiger Hinweis darauf sein, dass auch das materielle Recht Algeriens angewendet werden sollte. Im Allgemeinen dürfte dem Willen der Vertragsparteien eine Rechtswahl fernliegen, nach der ein ausländisches Gericht materielles deutsches Recht anwenden soll. Das materielle Recht und das Prozessrecht stehen regelmäßig in einer engen Wechselwirkung, was im Fall des deutschen Arbeitsrechts ganz besonders greifbar ist. Außerdem dürfte die Sicherheit in der Anwendung des materiellen Rechts eines ausländischen Staats bei den Gerichten geringer sein als bei der Anwendung des jeweiligen eigenen, innerstaatlichen Rechts. Nimmt man im Streitfall die Vertragssprache, die Herkunft des Kl. und dessen Tätigkeit im öffentlichen Dienst der Bekl. hinzu, so sprechen gewichtige Anhaltspunkte für eine stillschweigend getroffene Wahl algerischen Rechts. Ggf. muss das LAG darauf hinwirken, dass die Parteien zur Vertragspraxis Vortrag halten. Dass die Erfüllung der beiderseitigen Vertragspflichten nur in Deutschland möglich war und die Bezahlung in Euro erfolgte, liegt in der Natur der Sache und dürfte wenig Aussagekraft für die Rechtswahl haben. Der Umstand, dass der Kl. der deutschen Sozialversicherung unterlag und die Steuerschuld in Deutschland anfiel, betrifft nicht den arbeitsrechtlichen Kern des vertraglichen Pflichtengefüges.

c) Haben die Parteien algerisches Recht vereinbart, so ist noch zu prüfen, ob diese Rechtswahl den in Art. 30 EGBGB niedergelegten Anforderungen entspricht. Hier wird ggfs. in Betracht zu ziehen sein, ob das Arbeitsverhältnis des Kl. nicht engere Verbindungen zum algerischen Staat als zu Deutschland aufweist (Art. 30 II EGBGB).

d) Die Anwendung deutschen Kündigungsrechts ergibt sich jedenfalls nicht aus Art. 34 EGBGB. Die Vorschriften der §§ 1 bis 14 KSchG stellen keine ‚Eingriffsnormen‘ im Sinne des Art. 34 EGBGB dar. Nach Art. 9 I Rom-I-VO, die zwar auf den Streitfall noch nicht anwendbar ist, aber zur Orientierung insoweit herangezogen werden kann, sind ‚Eingriffsnormen‘ zwingende Vorschriften, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbes. seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation angesehen wird, dass sie auf alle in Betracht kommenden Sachverhalte angewendet werden müssen. Hierher gehören im Arbeitsrecht etwa die Beschäftigungsverbote für werdende Mütter, die Vorschriften der Arbeitsstättenverordnung und Ähnliches. Es muss sich um Regelungen handeln, die nicht nur zwingendes Recht darstellen, sondern darüber hinaus in besonderer Weise das allgemeine Wohl betreffen; häufig werden es Regeln sein, über deren Einhaltung staatliche Stellen wachen. Diese Voraussetzungen liegen bei den Vorschriften des allgemeinen Kündigungsschutzes nicht vor. Sie dienen nach dem individualrechtlichen Konzept des deutschen Kündigungsschutzrechts in erster Linie dem Ausgleich eines Konflikts zwischen Privatleuten und nur mittelbar sozial-

¹⁰ IPRspr. 2001 Nr. 52.

¹¹ IPRspr. 1995 Nr. 59.

politischen Zwecksetzungen (Senat, Urt. vom 24.8.1989 – 2 AZR 3/89¹², BAGE 63, 17; ErfK-Schlachter, 10. Aufl., Art. 27–34 EGBGB Rz. 16; Palandt-Thorn, BGB, 68. Aufl., Art. 34 EGBGB Rz. 3b; Junker in juris PraxisKommentar BGB, 4. Aufl., Art. 34 EGBGB Rz. 35; Henssler-Willemsen-Kalb-Tillmanns, Arbeitsrecht, 4. Aufl. Art. 3, 8, 9 ROM-I-VO Rz. 33 ff.; Deinert, RdA 2009, 144).“

180. *Auch Kulturgüter eines fremden Staats könnten unter die allgemeine Staatenimmunität fallen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie im Staatseigentum des fremden Staats stehen und über eine staatliche Untergliederung (hier: Nationalmuseum in Damaskus/Syrien) einem bundesdeutschen Landesmuseum zu Ausstellungszwecken zur Verfügung gestellt werden.*

Einer besonderen Darlegung des ausländischen Staats, dass er die Kunstgegenstände zu hoheitlichen und nicht zu privaten Zwecken zur Verfügung gestellt hat (vergleiche hierzu BGH, MDR 2010, 109 = IPRspr. 2009 Nr. 164), bedarf es ausnahmsweise dann nicht, wenn ausländisches Staatseigentum über ein Nationalmuseum einer von einem deutschen Bundesland organisierten Ausstellung übergeben wird, weil der verfolgte Zweck – die Verbreitung des Kulturguts des ausländischen Staats – auf der Hand liegt.

Die Frage, ob ausländische Kulturgüter nach Völkergewohnheitsrecht Immunitätsschutz genießen, muss nach der vorgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht mehr dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 II GG zur Entscheidung vorgelegt werden, weil die Frage für die Bundesrepublik Deutschland entschieden ist und ernst zu nehmende Zweifel ausländischer oder internationaler Gerichte oder Autoren daran bisher nicht geltend gemacht werden.

a) LG Berlin, Beschl. vom 4.2.2010 – 13 O 48/10: Unveröffentlicht.

b) KG, Beschl. vom 5.3.2010 – 18 W 2/10: IPRax 2011, 594, 574 Aufsatz M. Weller.

Der ASt. gehört zu den Opfern des terroristischen Anschlags vom 27.8.1983 auf das damalige französische Kulturzentrum „Maison de France“ in Berlin-Charlottenburg. Er beantragt, einen Schmerzensgeldteilsanspruch gegen die AGg. durch einen dinglichen Arrest zu sichern, der durch Pfändung zweier im Landesmuseum Baden-Württemberg in Stuttgart ausgestellter Kunstgegenstände, die im Staatseigentum der AGg. stehen, vollzogen werden soll.

Das LG hat mit der angefochtenen Entscheidung den Antrag auf Erlass eines dinglichen Arrests zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des ASt., der das LG nicht abgeholfen hat. Im Beschwerdeverfahren verfolgt der ASt. sein erstinstanzliches Begehren weiter und beantragt zusätzlich, die Frage, ob Kulturgüter nach Völkergewohnheitsrecht Immunitätsschutz genießen, im Wege des Normenverifikationsverfahrens nach Art. 100 II GG dem BVerfG vorzulegen.

Aus den Gründen:

a) *LG Berlin 4.2.2010 – 13 O 48/10:*

„Es besteht kein durchsetzbarer Arrestanspruch, da ein möglicher Anspruch des ASt. zumindest verjährt wäre und davon auszugehen ist, dass die AGg. die Einrede bei Gewährung rechtlichen Gehörs auch erheben würde ...“

Zudem besteht kein Arrestgrund, denn der ASt. hat nicht ausreichend glaubhaft gemacht, dass der AGg. keine Vermögenswerte in Deutschland oder im europäischen Ausland gehören, die für eine Urteilsvollstreckung zur Verfügung stehen.

¹² IPRspr. 1989 Nr. 72.