

Bundesarbeitsgericht  
Zweiter Senat

Urteil vom 14. Dezember 2017  
- 2 AZR 216/17 -  
ECLI:DE:BAG:2017:141217.U.2AZR216.17.0

I. Arbeitsgericht Düsseldorf

Zwischenurteil vom 2. April 2015  
- 7 Ca 6508/14 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 25. Januar 2017  
- 7 Sa 585/15 -

---

Entscheidungsstichworte:

Internationale Gerichtsbarkeit - Staatenimmunität - Verzicht

Leitsatz:

Ein ausländischer Staat unterliegt in Bezug auf eine Kündigungsschutzklage nicht der deutschen Gerichtsbarkeit, wenn dem Arbeitnehmer nach dem Vertragsinhalt auch konsularische Tätigkeiten obliegen haben. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, wie häufig oder in welchem zeitlichen Umfang der Arbeitnehmer solche Tätigkeiten tatsächlich ausgeübt hat.

# BUNDESARBEITSGERICHT



2 AZR 216/17  
7 Sa 585/15  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
14. Dezember 2017

## URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

beklagtes, berufungsklagendes und revisionsklagendes Königreich,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. Dezember 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Koch, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Rachor,

den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Niemann sowie die ehrenamtlichen Richter Claes und Gans für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des beklagten Königreichs wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 25. Januar 2017 - 7 Sa 585/15 - aufgehoben.
2. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

Die Parteien streiten darüber, ob das beklagte Königreich hinsichtlich der vorliegenden Klage der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegt. 1

Die Klägerin ist spanische Staatsangehörige und war seit April 2008 bei einem Generalkonsulat des beklagten Königreichs als „Verwaltungshilfsangestellte“ beschäftigt. Im Arbeitsvertrag der Parteien vom 1. April 2008 heißt es ua.: 2

„Siebtens: Auf die Arbeitnehmerin finden die arbeitsrechtlichen Vorschriften der deutschen Gesetzgebung Anwendung, sowie den Beschluß vom 31. Januar 2008 des Generalsekretariats für die öffentliche Verwaltung zur Veröffentlichung der Entscheidung vom 25.01.2008, die die Vereinbarung vom 03.12.2007 des Verhandlungstisches der Staatsverwaltung über Arbeitsbedingungen des im Ausland angestellten Personals bewilligt, sowie die Vorschriften, die das spanische Außenministerium über die internen Arbeitsabläufe der mit seiner Tätigkeit zusammenhängenden Vertretungen erlässt.

...

Zehntens: Um Konflikte beizulegen, die sich aus der Auslegung dieses Vertrages ergeben könnten, vereinbaren beide Parteien in gegenseitigem

Einverständnis, dass sie sich der Gerichtsbarkeit in D unterwerfen.“

Zum Aufgabengebiet der Klägerin gehörten nach der Stellenbeschreibung die PC-Bedienung, die Ausstellung von Allgemeindokumenten, die für einen kaufmännischen Gehilfen typischen Tätigkeiten, Sekretariatsaufgaben, Postein- und -ausgang, Erledigung von Korrespondenz, telefonische Beratung sowie Aufgaben, die ihr vom Leiter der konsularischen Vertretung anvertraut werden. Die Klägerin nahm mehrmals an dem Besuch von in deutschen Justizvollzugsanstalten inhaftierten spanischen Staatsangehörigen teil, sie führte die Korrespondenz für einen spanischen Staatsangehörigen und besuchte diesen im Zusammenhang mit seiner Betreuung und Unterbringung in Deutschland. Weiter war die Klägerin in die Organisation der Feierlichkeiten zur Benennung des „P-Platzes“ in K eingebunden und leistete Beiträge zur Anbahnung und Pflege von Gesprächskontakten betreffend die Rekrutierung spanischer Ingenieure und Techniker. 3

Ende Februar/Anfang März 2014 erhielt die Klägerin die Anweisung, die Abteilung Standesamt und Gerichtliche Angelegenheiten sowie die Visaabteilung des Generalkonsulats zu unterstützen. Die Klägerin verweigerte die Übernahme dieser Tätigkeiten. In einem daraufhin vom beklagten Königreich gegen die Klägerin eingeleiteten Disziplinarverfahren wurde entschieden, diese mit sofortiger Wirkung aus dem Dienst zu entlassen. Das beklagte Königreich unterrichtete die Klägerin darüber mit einem Schreiben des Außenministeriums vom 14. Oktober 2014. Zuvor hatte die Klägerin dem Generalkonsulat am 30. Juli 2014 mitgeteilt, dass bei ihr am Vortag eine Schwangerschaft festgestellt worden war. 4

Die Klägerin hat gegen das Schreiben vom 14. Oktober 2014 erfolglos Widerspruch eingelegt. Ein gerichtliches Verfahren in Spanien ist dagegen nicht durchgeführt worden. 5

Mit ihrer am 29. Oktober 2014 beim Arbeitsgericht eingegangenen Klage hat sich die Klägerin gegen eine ihres Erachtens mit dem Schreiben vom 14. Oktober 2014 erklärte Kündigung gewandt. Sie hat behauptet, für das be- 6

klagte Königreich nur weisungsgebunden mit untergeordneten Hilfstätigkeiten befasst gewesen und damit nicht hoheitlich tätig geworden zu sein. Ihre Hauptaufgabe habe darin bestanden, Sekretariatsaufgaben auszuführen.

Die Klägerin hat beantragt

7

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung vom 14. Oktober 2014 nicht aufgelöst ist,
2. das beklagte Königreich zu verurteilen, sie bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens als Verwaltungsangestellte im spanischen Generalkonsulat D weiterzubeschäftigen.

Das beklagte Königreich hat beantragt, die Klage abzuweisen. Es hat gemeint, die deutsche Gerichtsbarkeit sei nicht eröffnet, da es für den vorliegenden Rechtsstreit Staatenimmunität genieße. Die Klägerin habe konsularische Aufgaben wahrgenommen und sei damit hoheitlich für das Generalkonsulat tätig geworden.

8

Das Arbeitsgericht hat die Klage nach Anordnung der abgesonderten Verhandlung für zulässig erachtet. Das Landesarbeitsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung des beklagten Königreichs zurückgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt dieses seinen Klageabweisungsantrag weiter.

9

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision ist begründet. Das Landesarbeitsgericht hat zwar zutreffend angenommen, die Klägerin habe konsularische Aufgaben für das beklagte Königreich wahrgenommen. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht aber nicht annehmen, das beklagte Königreich habe darauf verzichtet, sich auf Staatenimmunität zu berufen. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landesarbeitsgericht (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

10

- I. Die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, das beklagte Königreich sei im vorliegenden Rechtsstreit grundsätzlich nicht der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfen, sondern genieße - sollte es darauf nicht verzichtet haben - Staatenimmunität, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. 11
1. Nach § 20 Abs. 2 GVG in Verbindung mit dem Allgemeinen Völkerge-wohnheitsrecht als Bestandteil des Bundesrechts (*Art. 25 GG*) sind Staaten und die für sie handelnden Organe der Gerichtsbarkeit anderer Staaten nicht unterworfen, soweit ihre hoheitliche Tätigkeit betroffen ist. Es ist mit dem Prinzip der souveränen Gleichheit von Staaten und dem daraus abgeleiteten Rechtsprinzip, dass Staaten nicht übereinander zu Gericht sitzen (*EuGH 19. Juli 2012 - C-154/11 - [Mahamdia] Rn. 54*), nicht zu vereinbaren, dass ein deutsches Gericht hoheitliches Handeln eines anderen Staates rechtlich überprüft (*BVerfG 17. März 2014 - 2 BvR 736/13 - Rn. 20*). Demgegenüber besteht keine allgemeine Regel des Völkerrechts, die die inländische Gerichtsbarkeit für Klagen gegen einen ausländischen Staat ausschliesse, in denen seine nicht-hoheitliche Betätigung zur Beurteilung steht (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 759/16 - Rn. 11; 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 16*). 12
- a) Die Abgrenzung zwischen hoheitlicher und nicht-hoheitlicher Staatstätigkeit richtet sich nach dem rechtlichen Charakter der umstrittenen staatlichen Handlung oder des streitigen Rechtsverhältnisses. Es kommt darauf an, ob der ausländische Staat in Ausübung der ihm zustehenden Hoheitsgewalt oder wie eine Privatperson tätig geworden ist (*BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 17; 10. April 2014 - 2 AZR 741/13 - Rn. 18*). In Ermangelung völkerrechtlicher Unterscheidungsmerkmale ist diese Abgrenzung grundsätzlich nach dem Recht am Sitz des entscheidenden Gerichts vorzunehmen (*BVerfG 17. März 2014 - 2 BvR 736/13 - Rn. 21; BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - aaO; 10. April 2014 - 2 AZR 741/13 - Rn. 19; BGH 30. Januar 2013 - III ZB 40/12 - Rn. 11*). Stets hoheitlich ist lediglich das staatliche Handeln, das dem Kernbereich der Staatsgewalt zuzurechnen ist. Zu ihm gehören die Betätigung der auswärtigen und militärischen Gewalt, die Gesetzgebung, 13

die Ausübung der Polizeigewalt und die Rechtspflege (*BVerfG 17. März 2014 - 2 BvR 736/13 - aaO; BAG 10. April 2013 - 5 AZR 78/12 - Rn. 15*).

b) Für die Einordnung arbeitsrechtlicher Streitigkeiten zwischen dem beklagten Königreich und dem in seinen Auslandsvertretungen beschäftigten Personal fehlt es an spezifischen, im Verhältnis zu Deutschland geltenden völkerrechtlichen Regeln. 14

aa) Das beklagte Königreich Spanien hat das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972 (*BGBI. 1990 II S. 34*) bislang weder unterzeichnet noch ratifiziert. Im Übrigen berührt das Übereinkommen nach seinem Art. 32 nicht die Vorrechte und Immunitäten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgaben der diplomatischen Missionen und der konsularischen Vertretungen sowie der diesen angehörenden Personen. Zu letzteren zählen auch Arbeitnehmer, sofern sie originär konsularische Aufgaben wahrnehmen (*vgl. BAG 25. Oktober 2001 - 2 AZR 501/00 - zu II 3 der Gründe; aA wohl Majer NZA 2010, 1395, 1398*). 15

bb) Das UN-Übereinkommen zur Staatenimmunität vom 2. Dezember 2004 - Resolution 59/38 - (UN-Übereinkommen) ist bislang nicht in Kraft getreten. Es gilt in Deutschland auch nicht als Völkergewohnheitsrecht. Einer darauf bezogenen Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 Abs. 2 GG bedarf es nicht. Es kann daher dahinstehen, inwiefern gem. Art. 3 Nr. 1 Buchst. b UN-Übereinkommen die von einem Staat aufgrund des Völkerrechts genossenen Vorrechte und Immunitäten im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der Aufgaben ua. der seinen konsularischen Vertretungen angehörenden Personen ohnehin unberührt blieben. So sind nach Art. 1 Abs. 1 Buchst. g des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen vom 24. April 1963 (*BGBI. 1969 II S. 1587 - Wiener Übereinkommen*) Mitglieder der konsularischen Vertretung ua. auch alle Bediensteten des Verwaltungspersonals. 16

(1) Eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 2 GG ist dann geboten, wenn das erkennende Gericht bei der Prüfung der Frage, ob und mit welcher Tragweite eine allgemeine Regel des Völkerrechts gilt, auf 17

ernst zu nehmende Zweifel stößt, also nicht nur dann, wenn das Gericht selbst Zweifel hat (*BVerfG 12. Oktober 2011 - 2 BvR 2984/09, 2 BvR 3057/09, 2 BvR 1842/10 - Rn. 27, BVerfGK 19, 122; 14. Mai 1968 - 2 BvR 544/63 - zu C IV 1 b der Gründe, BVerfGE 23, 288*). Ernst zu nehmende Zweifel, ob und ggf. mit welcher Tragweite eine allgemeine Regel des Völkerrechts gilt, bestehen dann, wenn das Gericht abweichen würde von der Meinung eines Verfassungsorgans oder von den Entscheidungen hoher deutscher, ausländischer oder internationaler Gerichte oder von den Lehren anerkannter Autoren der Völkerrechtswissenschaft (*BVerfG 12. Oktober 2011 - 2 BvR 2984/09, 2 BvR 3057/09, 2 BvR 1842/10 - aaO; 14. Mai 1968 - 2 BvR 544/63 - zu C IV 1 c der Gründe, aaO*). Bei den allgemeinen Regeln des Völkerrechts iSd. Art. 25 GG handelt es sich in erster Linie um universell geltendes Völkergewohnheitsrecht, ergänzt durch anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze. Völkergewohnheitsrecht ist der Brauch, hinter dem die Überzeugung rechtlicher Verpflichtung steht. Seine Entstehung ist an zwei Voraussetzungen geknüpft, erstens an das zeitlich andauernde und möglichst einheitliche Verhalten unter weit gestreuter und repräsentativer Beteiligung von Staaten und anderen, rechtssetzungsbefugten Völkerrechtssubjekten, zweitens an die hinter dieser Übung stehende Auffassung, im Rahmen des völkerrechtlich Gebotenen und Erlaubten oder Notwendigen zu handeln („*opinio iuris sive necessitatis*“, *BVerfG 12. Oktober 2011 - 2 BvR 2984/09, 2 BvR 3057/09, 2 BvR 1842/10 - Rn. 34, aaO*).

(2) Ernst zu nehmende Zweifel in diesem Sinne, ob und ggf. mit welcher Tragweite das UN-Übereinkommen in Deutschland als allgemeine Regel des Völkerrechts gilt, bestehen nicht. 18

(a) Eine Geltung als Völkervertragsrecht scheidet aus, da das UN-Übereinkommen weder von Deutschland noch von - wie für sein Inkrafttreten erforderlich - mindestens 30 Staaten ratifiziert ist. 19

(b) Das in Form einer UN-Resolution verabschiedete UN-Übereinkommen stellt als sog. soft law für sich genommen keine eigene Völkerrechtsquelle dar (*vgl. Herdegen in Maunz/Dürig GG Stand September 2017 Art. 25 Rn. 34 mwN*). 20



(c) Eine Geltung als Völkergewohnheitsrecht ist, ohne dass diesbezüglich ernst zu nehmende Zweifel bestünden, ebenso wenig feststellbar. Zwar hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einer Frankreich betreffenden Entscheidung angenommen, das UN-Übereinkommen sei als Völkergewohnheitsrecht auch auf Staaten anwendbar, die ihm nicht widersprochen haben (*EGMR 29. Juni 2011 - 34869/05 - Rn. 54*). Er hat allerdings nicht festgestellt, dass das Übereinkommen oder Teile davon Ausdruck eines bereits bestehenden Völkergewohnheitsrechts wären. Ebenso wenig hat er eine entsprechende repräsentative, als rechtlich verbindlich erachtete Staatenpraxis festgestellt (*zu diesem Erfordernis vgl. IGH 3. Februar 2012 General List No. 143 Rn. 55, 66*). An einer solchen einheitlichen Staatenpraxis fehlt es jedenfalls in Bezug auf Art. 11 UN-Übereinkommen in den Unterzeichnerstaaten des Europäischen Übereinkommens über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972 (*BGBI. 1990 II S. 35; UNTS, Bd. 1495, S. 182*), das in seinem Art. 5 ebenfalls Regelungen für Verfahren betreffend Arbeitsverträge vorsieht, die indes von Art. 11 UN-Übereinkommen abweichen. Deutschland ist - anders als Frankreich - Unterzeichnerstaat des vorgenannten Europäischen Übereinkommens. Im Übrigen hatte Frankreich das UN-Übereinkommen am 17. Januar 2007 und damit zum Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR vom 29. Juni 2011 (- 34869/05 -) bereits unterzeichnet. Dies legt es nahe, dass der EGMR das UN-Übereinkommen nur unter den für Frankreich bestehenden Voraussetzungen als Völkergewohnheitsrecht ansehen wollte. Auch das Bundesverfassungsgericht hat das UN-Übereinkommen in einer im Jahr 2014 ergangenen Entscheidung nicht für in Deutschland anwendbares Völkergewohnheitsrecht gehalten. Vielmehr grenzt es hoheitliche von nicht-hoheitlicher Tätigkeit eines Staates mangels einer Kategorisierung im allgemeinen Völkerrecht weiterhin nach nationalem Recht ab (*vgl. BVerfG 17. März 2014 - 2 BvR 736/13 - Rn. 20 f.*). Dies schließt ernst zu nehmende Zweifel an dem maßgeblichen Rechtszustand aus.

21

c) Danach sind für die Einordnung der vorliegenden arbeitsrechtlichen Streitigkeit die der Klägerin übertragenen Aufgaben maßgeblich. Ob diese hoheitlich waren, richtet sich nicht nach der Form der Rechtsbeziehung als entwe-

22

der privatrechtlicher Vertrag oder öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis. Es kommt vielmehr auf den Inhalt der übertragenen Tätigkeit und einem funktionalen Zusammenhang mit diplomatischen oder konsularischen Aufgaben an (BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 759/16 - Rn. 11; 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 18).

aa) Ein solcher funktionaler Zusammenhang mit diplomatischen oder konsularischen Aufgaben besteht bei einem von einem ausländischen Staat eingegangenen Arbeitsverhältnis nur dann, wenn dem Arbeitnehmer nach den getroffenen Abreden Tätigkeiten in Wahrnehmung entsprechender hoheitlicher Aufgaben obliegen. 23

(1) Dies ist ohne Weiteres dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsverhältnisses im funktionalen Zusammenhang mit diplomatischen oder konsularischen Aufgaben des auswärtigen Staates stehende Tätigkeiten tatsächlich ausübt. 24

(2) Ein funktionaler Zusammenhang des Arbeitsverhältnisses mit der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben des staatlichen Arbeitgebers kann aber auch dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer nach dem Vertragsinhalt zu entsprechenden Tätigkeiten zumindest verpflichtet ist (vgl. zum - fiktiv rückblickenden - Beurteilungsmaßstab bei einer Befristungskontrollklage BAG 21. März 2017 - 7 AZR 207/15 - Rn. 41, BAGE 158, 266). Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie bei einer Kündigungsschutzklage - Streit über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses insgesamt besteht. Die Betroffenheit des staatlichen Arbeitgebers in seiner hoheitlichen Tätigkeit kann in einem solchen Fall nur einheitlich für das gesamte Vertragsverhältnis beurteilt werden. Allein ein solches Verständnis trägt zudem dem Zweck der völkergewohnheitsrechtlichen Staatenimmunität Rechnung, wonach Staaten gerade auch in der Organisation ihrer hoheitlichen Tätigkeit frei und insofern der Gerichtsbarkeit anderer Staaten nicht unterworfen sind. Der Staatenimmunität im Erkenntnisverfahren liegt das Prinzip der Nichteinmischung in die Ausübung hoheitlicher Befugnisse des ausländischen Staates zugrunde (BAG 3. Juli 1996 - 2 AZR 513/95 - zu II 1 der Gründe, BAGE 83, 262; Schack Internationales Zivilverfahrensrecht 5. Aufl. Rn. 175). Die diploma- 25

tischen bzw. konsularischen Beziehungen dürfen nicht behindert werden („*ne impediatur legatio*“, vgl. *BVerfG* 13. Dezember 1977 - 2 BvM 1/76 - zu C II 3 der Gründe, *BVerfGE* 46, 342; *Seidl-Hohenveldern ZfRV* 1990, 300, 302 f.; *ders. RIW* 1993, 237, 239). Diese Gefahr besteht jedoch, wenn der auswärtige Staat verpflichtet würde, einen Arbeitsvertrag fortzuführen, der Grundlage für die Mitwirkung eines Arbeitnehmers an der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben des Staates ist oder sein kann.

bb) Umfasst demnach die arbeitsvertragliche Verpflichtung des Arbeitnehmers jedenfalls auch im funktionalen Zusammenhang mit diplomatischen oder konsularischen Aufgaben stehende Tätigkeiten, ist eine Betroffenheit der hoheitlichen Tätigkeit des staatlichen Arbeitgebers allenfalls dann zu verneinen, wenn dem Arbeitnehmer entsprechende Tätigkeiten weder in der Vergangenheit tatsächlich zugewiesen wurden noch dieses für die Zukunft geplant ist. Hat der Arbeitnehmer dagegen entsprechend seiner vertraglichen Verpflichtung (auch) solche Tätigkeiten bereits tatsächlich ausgeübt, kommt es grundsätzlich nicht darauf an, wie häufig oder in welchem zeitlichen Umfang dies im Vergleich zu seinen übrigen Tätigkeiten der Fall war. Soweit der die Senatsentscheidung vom 10. April 2014 (- 2 AZR 741/13 - Rn. 22) nicht tragende Aspekt, der Kläger des dortigen Falles habe die schon nicht im Zusammenhang mit konsularischen Aufgaben stehenden Dolmetschertätigkeiten zudem nicht in einem nennenswerten, über vereinzelte Gelegenheiten hinausgehenden Umfang wahrgenommen, in eine andere Richtung weisen könnte (vgl. auch *BAG* 1. Juli 2010 - 2 AZR 270/09 - Rn. 16), wird daran nicht festgehalten. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn eine hoheitliche Tätigkeit nur in weit zurückliegender Vergangenheit einmal ausgeübt wurde und mit einer Beeinträchtigung der konsularischen Tätigkeit zukünftig nicht mehr zu rechnen ist, oder wenn eine vertragliche Vereinbarung über die Möglichkeit einer Übertragung hoheitlicher Tätigkeiten ersichtlich nur vorgeschoben ist, bedarf hier keiner Entscheidung.

26

cc) Ein funktionaler Zusammenhang mit diplomatischen oder konsularischen Aufgaben des ausländischen Staates erfordert weder Weisungs- noch Entscheidungsfreiheit, noch einen nennenswerten eigenen Handlungsspielraum

27

des Arbeitnehmers bei der Ausübung der Tätigkeit. Relevant ist allein, ob dieser bei der Erfüllung der hoheitlichen Tätigkeit in einer solchen Weise mitwirkt, dass die diesbezügliche Organisationsfreiheit des Staates durch eine Entscheidung der Gerichtsbarkeit eines anderen Staates über die das Arbeitsverhältnis betreffende Streitigkeit beeinträchtigt wäre.

d) Der Senat hat über die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die Eröffnung der bzw. die Befreiung von der deutschen Gerichtsbarkeit noch nicht abschließend entschieden. 28

aa) Das Bundesarbeitsgericht hat ursprünglich angenommen, die klagende Partei sei im Erkenntnisverfahren nach den allgemeinen Regeln für die Eröffnung der deutschen Gerichtsbarkeit darlegungs- und beweispflichtig (*vgl. BAG 3. Juli 1996 - 2 AZR 513/95 - zu II 1 der Gründe, BAGE 83, 262*), während das Bundesverfassungsgericht die Frage bisher unbeantwortet gelassen hat (*so ausdrücklich BVerfG 13. Dezember 1977 - 2 BvM 1/76 - zu C II 4 d der Gründe, BVerfGE 46, 342*). Der Bundesgerichtshof geht für Fälle, in denen sich der ausländische Staat auf Vollstreckungsimmunität beruft, von einer diesen treffenden Darlegungs- und Beweislast aus, billigt ihm aber Darlegungserleichterungen zu (*BGH 1. Oktober 2009 - VII ZB 37/08 - Rn. 28 f.*). 29

bb) Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, der sich auf seine Immunität berufende Staat sei für deren Voraussetzungen darlegungs- und beweispflichtig, während die Gegenmeinung auf die ihm günstige Ausgangsposition des ausländischen Staates verweist, der sich auf ein Verfahren, in dem er Immunität genieße, grundsätzlich nicht einzulassen brauche (*vgl. dazu die Nachw. in BAG 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 24*). 30

cc) In seinen zuletzt ergangenen Entscheidungen hat der Senat den sich auf das Vorrecht aus § 20 Abs. 2 GVG berufenden ausländischen Staat im Rahmen der Darlegungsanforderungen jedenfalls nicht für verpflichtet gehalten, Einzelheiten der behaupteten - hoheitlichen - Tätigkeit preiszugeben. Vielmehr hat die klagende Partei im Rahmen einer sekundären Darlegungslast ihre Tätigkeiten zumindest der Art und dem groben Inhalt nach umfassend darzustellen. 31

len, um dem Gericht eine Beurteilung ihres hoheitlichen oder nicht-hoheitlichen Charakters zu ermöglichen (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 759/16 - Rn. 15 f.; 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 26*).

2. Unter Anwendung dieser Grundsätze standen die Tätigkeiten der Klägerin, die ihr nach den den Senat bindenden Feststellungen des Landesarbeitsgerichts vertragsgemäß übertragen waren, im funktionalen Zusammenhang mit konsularischen Aufgaben des beklagten Königreichs. Beachtliche Verfahrens(gegen)rügen hat die Klägerin insoweit nicht erhoben. 32

a) Das Landesarbeitsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass bereits die der Klägerin nach der Stellenbeschreibung übertragenen Tätigkeiten eine enge Verbindung zu konsularischen Aufgaben des beklagten Königreichs iSd. Art. 5 des Wiener Übereinkommens aufweisen. Die Klägerin war als „Verwaltungshilfsangestellte“ im Generalkonsulat des beklagten Königreichs beschäftigt. Es ist weder vorgetragen noch objektiv ersichtlich, auf welche anderen als die vom Generalkonsulat wahrzunehmenden konsularischen Aufgaben sich die von ihr auszuübenden Tätigkeiten in den Bereichen Ausstellung von Allgemeindokumenten, Sekretariatsaufgaben, Postein- und -ausgang, Erledigung von Korrespondenz sowie telefonische Beratung bezogen hätten. In welchem Ausmaß die Klägerin dabei weisungsgebunden war, ist ohne Belang. 33

b) Das gilt umso mehr, als das Berufungsgericht überdies mehrere konkrete, in der Vergangenheit von der Klägerin ausgeführte Tätigkeiten ohne Rechtsfehler als Bestätigung des funktionalen Zusammenhangs der geschuldeten Tätigkeiten mit den konsularischen Aufgaben des beklagten Königreichs nach Art. 5 des Wiener Übereinkommens angesehen hat, wie zB die Teilnahme der Klägerin an Besuchen spanischer Staatsangehöriger in deutschen Justizvollzugsanstalten und die Korrespondenz für einen sowie den Besuch bei einem spanischen Staatsangehörigen im Zusammenhang mit seiner Betreuung und Unterbringung in Deutschland. Die Klägerin sei dabei unmittelbar für Beamte und offizielle Vertreter des beklagten Königreichs tätig geworden. 34

- c) Das Landesarbeitsgericht hat des Weiteren rechtsfehlerfrei angenommen, auch die der Klägerin am 28. Februar 2014 und 4. März 2014 übertragenen Tätigkeiten hätten im Zusammenhang mit den konsularischen Aufgaben des beklagten Königreichs iSd. Art. 5 des Wiener Übereinkommens gestanden. Dies betrifft sowohl die angeordneten Tätigkeiten in der Abteilung Standesamt und Gerichtliche Angelegenheiten als auch diejenigen für die Visaabteilung. Die Weigerung der Klägerin, diese Tätigkeiten auszuführen, hat das Landesarbeitsgericht zu Recht als unerheblich angesehen. Die Zuweisungen seien nicht verträglich gewesen. 35
- d) Die in der Revisionserwiderung erhobenen Verfahrens(gegen)rügen der Klägerin hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet (§ 564 ZPO). 36
- II. Die weitere Annahme des Landesarbeitsgerichts, das beklagte Königreich habe in Punkt „Siebtens“ des Arbeitsvertrags der Parteien auf seine Staatenimmunität verzichtet, hält indes einer Rechtskontrolle nicht stand. 37
1. Es ist allgemein anerkannt, dass ein Staat darauf verzichten kann, sich auf Immunität zu berufen. Die Annahme eines Immunitätsverzichts unterliegt allerdings strengen Anforderungen. Da eine so weitgehende Selbstentäußerung des ausländischen Staates im Zweifel nicht zu vermuten ist (*BGH 30. Januar 2013 - III ZB 40/12 - Rn. 19*), dürfen die Umstände des Falles hinsichtlich des Vorliegens und der Reichweite eines Verzichts keinen Zweifel lassen (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 759/16 - Rn. 20*). Wenn die Parteien für ihr Arbeitsverhältnis die Anwendung deutschen Rechts vereinbart haben, bedeutet dies für sich genommen keinen Verzicht auf die Staatenimmunität. Demgegenüber ist es denkbar, ihn in einer Regelung „miterklärt“ zu sehen, die zunächst nur die internationale Zuständigkeit der Gerichte des Beschäftigungsstaates bestimmt (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 759/16 - aaO; 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 41 ff.; Geimer Internationales Zivilprozessrecht 7. Aufl. Rn. 521*). 38
2. Danach liegt entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht bereits in der Rechtswahl der Parteien gem. Punkt „Siebtens“ des Arbeitsver- 39

trags ein Immunitätsverzicht des beklagten Königreichs für den vorliegenden Rechtsstreit.

- a) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, mit der in Punkt „Siebtens“ des Arbeitsvertrags vereinbarten Anwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Vorschriften der deutschen Gesetzgebung sei auch § 4 KSchG vereinbart und mit hin das Erfordernis einer fristgerechten Klageerhebung vor einem deutschen Gericht. Darin liege notwendig zugleich ein Immunitätsverzicht. Es handele sich nicht um eine reine Rechtswahlklausel in dem Sinne, dass danach ein spanisches Gericht ggf. deutsches Recht anzuwenden habe. Vielmehr sei mit Blick darauf, dass nach der Klausel auch spanische Regelungen auf das Arbeitsverhältnis Anwendung fänden, der Schluss zu ziehen, dass deutsche Gerichte ggf. diese zu berücksichtigen hätten. 40
- b) Dies hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. 41
- aa) Die Vereinbarung der Anwendbarkeit deutschen Rechts auf ein Arbeitsverhältnis bedeutet für sich genommen gerade (noch) keinen Verzicht auf die Staatenimmunität (*BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 759/16 - Rn. 20; 18. Dezember 2014 - 2 AZR 1004/13 - Rn. 41 ff.*). Dies gilt vorliegend auch deshalb, weil die Parteien zugleich die Anwendbarkeit näher genannter spanischer Beschlüsse und Vorschriften vereinbart haben. 42
- bb) Der Hinweis des Landesarbeitsgerichts, es sei mit der Anwendbarkeit deutschen Arbeitsrechts auch die Geltung von § 4 KSchG vereinbart, führt, selbst wenn dies zuträfe, nicht zu einem anderen Ergebnis. § 4 KSchG - als prozessuale Klagefrist mit gem. § 7 KSchG materieller Wirkung - würde auch dann keine Klage vor einem deutschen Arbeitsgericht verlangen können, um den Eintritt der Wirksamkeitsfiktion gem. § 7 KSchG zu verhindern, wenn zwar deutsches Arbeitsrecht vereinbart, aber ausdrücklich nicht auf Staatenimmunität verzichtet wurde oder international kein deutsches Gericht zuständig ist. Das Gericht der zuständigen Gerichtsbarkeit außerhalb Deutschlands hätte vielmehr zu prüfen, ob und mit welchem Regelungsinhalt die Bestimmungen der §§ 4, 7 KSchG insofern überhaupt als vereinbart angesehen werden könnten (*zum* 43

*Charakter von § 4 Satz 1 KSchG im Übrigen als Norm des „formellen Rechts“, also der lex fori, vgl. BAG 22. Oktober 2015 - 2 AZR 720/14 - Rn. 36, BAGE 153, 138).*

cc) Die Rechtswahlklausel in Punkt „Siebtens“ des Arbeitsvertrags würde überdies mit Blick auf die hier streitige Entlassung der Klägerin vom Landesarbeitsgericht bislang nicht behandelte Auslegungsfragen zur Reichweite der vereinbarten Anwendbarkeit deutschen Arbeitsrechts im Verhältnis zu den ebenfalls als anwendbar bezeichneten Beschlüssen und Vorschriften der spanischen Behörden auf. 44

(1) Sie bestimmt ihrem Wortlaut nach zunächst nicht etwa die Anwendbarkeit deutschen Arbeitsrechts „auf das Vertragsverhältnis“, sondern „auf die Arbeitnehmerin“. Die vom Landesarbeitsgericht gegebene Begründung geht auf diese, in ihrer Bedeutung nicht ohne Weiteres erkennbare Besonderheit nicht ein. 45

(2) Die Arbeitsbedingungen, die im Anhang zu dem als anwendbar bezeichneten spanischen Beschluss vom 31. Januar 2008 aufgeführt sind, sehen in Nr. 15 vor, dass die betroffenen Angestellten „unbeschadet der in jedem Land gültigen Ordnungsvorschriften den im Folgenden festgelegten Disziplinarmaßnahmen“ unterstehen. Disziplinarverstöße können demnach geahndet werden ua. durch eine sog. Disziplinentlassung. Das Landesarbeitsgericht begründet nicht, in welchem Verhältnis dies zum ggf. ebenfalls vereinbarten deutschen Kündigungsschutzrecht steht. Das wäre aber von Bedeutung gerade auch für den vorliegenden Rechtsstreit. Die Klägerin wendet sich mit einem Kündigungsschutzantrag nach § 4 Satz 1 KSchG gegen eine vermeintliche Kündigung des beklagten Königreichs mit Schreiben vom 14. Oktober 2014. Mit diesem Schreiben wurde ihr indes mitgeteilt, es sei im Rahmen eines gegen sie eingeleiteten Disziplinarverfahrens beschlossen worden, sie aus dem Dienst zu entlassen. Es ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass und weshalb diese Maßnahme mit einer Kündigung iSd. Kündigungsschutzgesetzes gleichzusetzen ist. 46



3. Das Landesarbeitsgericht ist auf die im Arbeitsvertrag unter „Zehntens“ getroffene Vereinbarung inhaltlich nicht eingegangen. Es hat - allerdings ohne nachvollziehbare Begründung - sein Verständnis, in Punkt „Siebtens“ des Arbeitsvertrags liege zugleich ein Verzicht auf Staatenimmunität, lediglich zusätzlich auf eine den Punkt „Zehntens“ umfassende „Gesamtschau“ gestützt. 47

III. Die angefochtene Entscheidung erweist sich auf der Basis der bisherigen Feststellungen nicht aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig. 48

1. Einen ausdrücklichen Immunitätsverzicht hat das beklagte Königreich nicht erklärt. Ein konkludenter Verzicht müsste eindeutig sein und den vorliegenden Rechtsstreit erfassen. Dies wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn das beklagte Königreich den Immunitätsverzicht für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem zwischen den Parteien begründeten Arbeitsverhältnis dadurch „miterklärt“ hätte, dass es mit der Klägerin in Punkt „Zehntens“ des Arbeitsvertrags eine Gerichtsstandsvereinbarung über die örtliche und damit auch internationale Zuständigkeit „der Gerichtsbarkeit in D“ getroffen hat (*zur Möglichkeit eines in einer Gerichtsstandsvereinbarung miterklärten Immunitätsverzichts: vgl. auch Schack Internationales Zivilverfahrensrecht 5. Aufl. Rn. 191; Schütze DIZPR 2. Aufl. Rn. 95; v. Schönfeld NJW 1986, 2980, 2983*). Das setzte voraus, dass die Gerichtsstandsvereinbarung leerliefe, wenn mit ihr nicht zugleich ein Immunitätsverzicht, und zwar insbesondere auch bezogen auf die vorliegende Beendigungsstreitigkeit, verbunden wäre (*vgl. BAG 29. Juni 2017 - 2 AZR 759/16 - Rn. 25*). 49

2. Der Senat kann über das Vorliegen eines konkludent und zweifelsfrei erklärten Immunitätsverzichts nicht selbst befinden. Bedenken ergeben sich insbesondere daraus, dass sich die Gerichtsstandsvereinbarung in Punkt „Zehntens“ des Arbeitsvertrags der Parteien nur auf Konflikte bezieht, „die sich aus der Auslegung dieses Vertrages ergeben könnten“. Dies muss nicht notwendig Streitigkeiten über seine Beendigung oder die Wirksamkeit einer Disziplinarmaßnahme umfassen. Wie weit ein Immunitätsverzicht ggf. reichen soll, bestimmt der Wille des sich Unterwerfenden (*Schack Internationales Zivilverfahrensrecht 5. Aufl. Rn. 190*). Das Landesarbeitsgericht hat eine hierauf bezo- 50

gene Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung bisher nicht vorgenommen. Es wäre ggf. auch von Amts wegen positiv festzustellen, dass der Verzicht wirksam für das beklagte Königreich erklärt wurde. Ist allerdings ein Verzicht in ein größeres Vertragswerk eingebettet, ist dem Staat regelmäßig der Einwand abgeschnitten, der für ihn Handelnde sei nur zum Abschluss der Sachregelungen des Vertrags, nicht jedoch zu einem Immunitätsverzicht bevollmächtigt gewesen (*v. Schönfeld NJW 1986, 2980, 2984; ebenso sec. 2 (7) des britischen State Immunity Act 1978*).

Koch

Niemann

Rachor

A. Claes

Th. Gans