

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Helge Hoch, Erich Kodek, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

MRK-Entscheidungen Wolf Okresek, Susanne Pfanner

November 2008

22

871 – 914

Aktuelles

Interview mit dem Präsidenten des VwGH

Clemens Jabloner ➔ III

Beiträge

**Inländische Gerichtsbarkeit
und Immunität** Martin Spitzer ➔ 871

§ 188 FinStrG verfassungswidrig?

Karl Werner Fellner ➔ 884

StPO-NEU

Opferrechte

Marianne Hilf und Philipp Anzenberger ➔ 886

Evidenzblatt

**Ersichtlichmachung des Verwalters
im Grundbuch –
Änderung der Judikatur** ➔ 906

Der verletzte Arbeitskollege ➔ 896

Gerichtliche Anordnungen gegenüber StA als Leiterin
des Ermittlungsverfahrens ➔ 904

MRK

Grenzen anwaltlicher Meinungsäußerungsfreiheit ➔ 909

Inländische Gerichtsbarkeit und Immunität^{*)}

Ein Beitrag anlässlich 2 Ob 258/05 p¹⁾

Der Autor nimmt einen realen Fall – der Beklagte wurde nach jahrelangem Rechtsstreit tschechischer Außenminister – zum Anlass für die Auseinandersetzung mit grundsätzlichen Fragen der Immunität und ihrer zivilprozessualen Bewältigung.

Von Martin Spitzer

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Völkerrechtliche Immunitäten
 - 1. Staatenimmunität
 - 2. Immunität des Staatsoberhauptes
 - a) Historische Wurzeln
 - b) Aktuelle Entwicklungen
 - c) Grundrechtliche Anforderungen an die Immunität?
 - d) Positivierte Rechtsschutzgedanken in der WDK
 - e) Zwischenergebnis
 - 3. Regierungsmitglieder und sonstige Staatsorgane
 - 4. Inländische Gerichtsbarkeit im vorliegenden Fall
- C. Prozessuale Konsequenzen bei Immunität
 - 1. Nachträgliche Immunität
 - a) Völkerrechtliche Anforderungen an den Schutz
 - b) Zivilprozessualer Gestaltungsspielraum
 - c) Ergebnis
 - 2. Immunität bei Verfahrenseinleitung
 - a) Völkerrechtliche Anforderungen an den Schutz
 - b) Zivilprozessualer Gestaltungsspielraum
 - c) Ergebnis
- D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

A. Einleitung

Im Anlassfall wirft die Klägerin dem Beklagten, ihrem Adoptivbruder, vor, sein Erbe verwirkt zu haben. Sie begehrt die Herausgabe des Familienvermögens, das – die Streitparteien sind Angehörige eines bekannten österreichisch-tschechischen Fürstenhauses – beträchtlich ist.²⁾ Eine Entscheidung in der Sache selbst wurde nach sieben Jahren Rechtsstreit dadurch gefährdet, dass der Beklagte während des Revisionsverfahrens vor dem OGH zum Außenminister der Tschechischen Republik ernannt wurde.

Prozessvoraussetzung für ein Verfahren vor einem österr Gericht ist aber die inländische Gerichtsbarkeit. Der OGH hegte an deren Vorliegen solche Zweifel, dass er einerseits eine Stellungnahme des Völkerrechtsbüros des BMeiA über die Immunität von Außenministern einholte (Art IX Abs 3 EGJN) und andererseits – ein zi-

vilprozessuales rarissimum – eine mündliche Revisionsverhandlung anberaumte.

Im Ausgangsfall war die Immunität letzten Endes doch nicht entscheidungsrelevant: Während der mündlichen Revisionsverhandlung hat die Tschechische Republik, vertreten durch den Regierungschef, auf die Immunität des Beklagten Verzicht geleistet. Auch der Beklagte selbst hat sich nicht auf eine Immunität berufen, sondern stets die Fortsetzung des Verfahrens begehrt.³⁾

Der vorliegende Beitrag nimmt diesen Erbschaftsstreit dennoch zum Anlass, sich einerseits kritisch mit der Immunität von Staaten, Staatsoberhäuptern und Regierungsmitgliedern (B) und andererseits mit der zivilprozessualen Behandlung von Immunitäten überhaupt (C) auseinanderzusetzen.

B. Völkerrechtliche Immunitäten

Ausfluss staatlicher Souveränität ist das Recht, imperium (hier in der Form von Gerichtsbarkeit) auszuüben. Der Jurisdiktion einzelner Staaten sind durch das Völkerrecht aber zwei Grenzen gesetzt: Räumlich ist sie auf das eigene Staatsgebiet beschränkt,⁴⁾ personell werden bestimmte Personen von der Gerichtsbarkeit ausgenommen (Gerichtsfreie: zB Staaten, internationale Organisationen, Diplomaten).⁵⁾

Die Befugnis österr Gerichte, in einem konkreten Fall zu entscheiden, wird als inländische Gerichtsbar-

*) Der Verfasser möchte sich bei Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Hafner*, dem Vorsitzenden des Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and their Properties der Vereinten Nationen, Herrn Univ.-Prof. Dr. *Andreas Konecny*, Vorstand des Instituts für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien, und Herrn Botschafter Dr. *Helmut Tichy*, stellvertretender Leiter des Völkerrechtsbüros des BMeiA, herzlich für ihr Interesse und ihre Diskussionsbereitschaft bedanken. Herr Botschafter *Tichy* hat es auch ermöglicht, die Stellungnahme des Völkerrechtsbüros im Ausgangsfall für diesen Beitrag zu verarbeiten.

1) Veröffentlicht in iFamZ 2007, 328 (*Fucik*) und (auszugsweise) in ZfRv 2007/33.

2) Zu den erbrechtlichen Fragen dieses Falls s *Spitzer*, Ein Bruderzwist im Fürstenhaus, ÖJZ 2009.

3) Damit hat die völkerrechtlich interessante Frage, wer zum Verzicht berufen ist, im konkreten Fall keine Bedeutung erlangt. Art IX EGJN geht davon aus, dass der Immunitätsträger selbst verzichten könnte, im Völkerrecht dürfte jedoch die Auffassung vorherrschen, dass dies nur der jeweilige Staat tun kann (vgl Art 32 WDK). Zum Meinungsstand vgl *Mayr*, Die Reform des internationalen Zivilprozessrechts in Österreich, JBl 2001, 150.

4) Sie kann aber selbstverständlich auch Auslandsverhältnisse oder Personen oder Sachen betreffen, die sich im Ausland befinden (*Matscher* in *Fasching* I² Vor Art IX EGJN Rz 1).

5) Vgl nur *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶ (2004) § 19 Rz 1; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ (2003) Rz 62.

ÖJZ 2008/92

Art IX EGJN;
§ 29 JN;
§ 42 JN;
§§ 155 ff ZPO

2 Ob 258/05 p;
7 Ob 316/00 x

Zuständigkeit;
inländische
Gerichtsbarkeit;
Immunität;
Justizgewährung

keit bezeichnet.⁶⁾ Art IX EGJN regelt – wenig glücklich formuliert – deren Voraussetzungen und erstreckt sie auf Personen, die nach Völkerrecht Immunität genießen, wenn sie sich den inländischen Gerichten entweder freiwillig unterwerfen oder die Rechtssache ihre im Inland gelegenen unbeweglichen Güter oder ihre dinglichen Rechte an inländischen Liegenschaften anderer Personen zum Gegenstand hat.⁷⁾ Im Umkehrschluss ist Jurisdiktion also nicht gegeben, wo die Immunität des Beklagten ihr entgegensteht.⁸⁾ Art IX EGJN knüpft dabei an völkerrechtliche Normen an, die Immunität verleihen.

Zu großen Teilen ergeben sich solche Immunitäten nur aus dem Völkergewohnheitsrecht,⁹⁾ wo der Grundsatz der Staatensouveränität, zurückgehend auf *Bartolus* gern griffig wiedergegeben als „par in parem non habet imperium“, waltet.

Ausgehend von diesem Grundsatz wurde früher sowohl Staaten als auch Staatsoberhäuptern und deren Repräsentanten (Botschafter¹⁰⁾) Immunität zugestanden. Der gewährte Schutz war absolut, die Koppelung der Rechtsstellung von Staat und Staatsoberhaupt der monarchischen Verfasstheit der damaligen Völkerrechtssubjekte zu danken.¹¹⁾ Die Unterwerfung eines Staates und damit seines Staatsoberhauptes („L'État c'est moi“)¹²⁾ unter fremde Gerichtsgewalt wäre mit der Unterwerfung unter ein fremdes Staatsoberhaupt gleichzusetzen gewesen.¹³⁾ Nach damaligem Verständnis hätte so bei einem in Deutschland geführten Prozess gegen Österreich Kaiser Wilhelm über Kaiser Franz Joseph zu Gericht gesessen.

Sich diese historischen Wurzeln der Immunität ins Gedächtnis zu rufen, erleichtert das Verständnis mancher heute noch aktueller Probleme. Besonders ist dabei aber zu beachten, dass die österr Prozessrechtsgesetze aus dieser Zeit eines klassischen Immunitätsverständnisses datieren und daher vor ihrem spezifischen historischen Hintergrund verstanden werden müssen.

Allerdings haben sich sowohl die Vorstellungen von Staatensouveränität als auch jene von Gerichtsbarkeit und der Rechtsstellung (oberster) Staatsorgane geändert. Dadurch wurde ein völkerrechtlicher Diskurs in Gang gesetzt, der Fragen der Immunität nicht nur punktuell überdenkt, sondern teilweise ihre Legitimität an sich in Frage stellt.¹⁴⁾

Dabei steht die sachliche, nicht die historische Rechtfertigung von Immunitäten ganz im Vordergrund. Ein Aspekt, der dabei nicht übersehen werden darf, ist, dass jede Gewährung von Immunität spiegelbildlich den Kläger belastet und ihm den Zugang zu Gericht erschwert oder sogar ganz verweigert. Diese grundrechtlich-rechtsstaatliche Überlegung kann einen wichtigen, in der Diskussion allerdings relativ neuen Entscheidungsmaßstab bilden.

Die Analyse einzelner Immunitätstatbestände wird offenbaren, wie unscharf die Konturen sind. Während die Immunität von Staaten noch recht klare Aussagen zulässt, steht man bei den Immunitäten von Staatsoberhäuptern und insb sonstigen Staatsorganen rasch vor dem Problem mangelnden Normenmaterials und einschlägiger völkerrechtlicher Praxis.

1. Staatenimmunität

Ausfluss der Staatensouveränität war die Gewährung absoluter Immunität, also umfassender Schutz eines Staates vor Gerichtsbarkeit eines anderen Staates.¹⁵⁾ Seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts¹⁶⁾ ist die Staatenimmunität allerdings „in einem Prozess der Schrumpfung begriffen“.¹⁷⁾ Dieser Prozess wird im angloamerikanischen Raum durch gesetzliche Positivierungen,¹⁸⁾ in Kontinentaleuropa vor allem durch die Judikatur der Höchstgerichte illustriert.¹⁹⁾

Im Mittelpunkt steht eine Beschränkung der Staatenimmunität auf Hoheitsakte und damit einhergehend die Unterscheidung zwischen geschützten „acta iure imperii“ und nicht geschützten, bloß geschäftlichen „acta iure gestionis“.²⁰⁾ Diese Unterscheidung wurde vom deutschen Bundesverfassungsgericht schon früh als Völkergewohnheitsrecht anerkannt:

„Die Zunahme staatlicher Tätigkeit auf wirtschaftlichem Gebiet, insb die Ausdehnung des Staatshandels, ließ es geboten erscheinen, acta iure gestionis von der Staatenimmunität auszunehmen, [... um] dem Einzelnen nicht nur gegenüber seinem eigenen Staat, sondern auch gegenüber ausländischen Staaten in größerem Umfang als bisher Rechtsschutz durch Gerichte zu gewähren.“²¹⁾ Bemerkenswert ist dabei die Berufung des

- 6) Zur Terminologie und zur Abgrenzung der „inländischen Gerichtsbarkeit“ von der „internationalen Zuständigkeit“ *Matscher in Fasching* I² Vor Art IX EGJN Rz 78–89; *Ballon in Fasching* I² § 42 JN Rz 2; *Mayr*, JBl 2001, 150.
- 7) Zur Begründung inländischer Gerichtsbarkeit durch Völkerrecht *Matscher in Fasching* I² Art IX EGJN Rz 2, 49 ff.
- 8) Ebenso *Matscher in Fasching* I² Art IX EGJN Rz 2.
- 9) Vgl aber die ausdrücklichen völkervertraglichen Regeln für Diplomaten (Art 31 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen BGBl 1966/66) und Mitglieder von Spezialmissionen (Art 31 Übereinkommen über Spezialmissionen BGBl 1985/380).
- 10) Auch der mittlerweile völkervertragsrechtlich positivierte Schutz der Diplomaten ist also auf den Schutz der Souveränität des Monarchen zurückzuführen, dessen Vertreter sie waren.
- 11) *Watts*, The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers, RdC 1994 III 35.
- 12) Vgl *Watts*, RdC 1994 III 35 („issues of sovereign immunity were mainly concerned with protecting the position of the Head of State, just as diplomatic immunity were a matter of protecting his envoy“).
- 13) Vgl *Schaumann*, Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht und deutschem Zivilprozessrecht, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 8 (1968) 11 f.
- 14) Vgl als Extrembeispiel die grundlegende Arbeit von *Lauterpacht*, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, British Yearbook of International Law 1951/28, 220, der die Immunität als Ganzes verneint.
- 15) Vgl RGZ 62, 165; 103, 274.
- 16) Zu den früheren Anfängen in Italien und Belgien s *Damian*, Staatenimmunität und Gerichtszwang (1985) 6 f mwN.
- 17) *Dahm*, Völkerrechtliche Grenzen der inländischen Gerichtsbarkeit gegenüber ausländischen Staaten, FS Arthur Nikisch (1958) 153 ff; *Knieper*, Einige Probleme des Internationalen Zivilprozessrechts, WiRO 2007, 139; vgl auch v. *Schönfeld*, Die Immunität ausländischer Staaten vor deutschen Gerichten, NJW 1986, 2980 f.
- 18) Vgl den Tate-Letter des State Department (1952; abgedruckt zB in der Entscheidung des US Supreme Court, *Alfred Dunhill of London, Inc. vs Republic of Cuba*, 425 U. S. 682), den *Foreign Sovereign Immunities Act* der USA (1976) und den *State Immunity Act* Großbritanniens (1978). Zur Rechtslage in den USA und England siehe v. *Schönfeld*, Die Staatenimmunität im amerikanischen und englischen Recht (1983); vgl weiters die Hinweise bei *Schreuer*, Die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen ausländische Staaten, ÖJZ 1991, 41 und *dens*, State Immunity: Some Recent Developments (1988) 3.
- 19) Vgl BvFG in NJW 1963, 435 (*Wengler*) BvFGE 16, 27 = NJW 1963, 1732; BvFGE 46, 342 = NJW 1978, 485. Für Österreich: SZ 23/143 = SpR 28. Vgl aber auch das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität (1972 BGBl 1976/432).
- 20) Zum Begriff *Schaumann*, Immunität 79 ff.
- 21) Vgl BvFGE 16, 27 = NJW 1963, 1732; zum Aspekt des Rechtsschutzes in diesem Zusammenhang *Schaumann*, Immunität 60 f.

BVfG auf die *Hoffmann gg Dralle*-E des österr OGH, der schon in SZ 23/143 davon ausging, es könne heute nicht mehr gesagt werden, „daß nach anerkanntem Völkerrecht die sogenannten acta gestionis von der inländischen Gerichtsbarkeit ausgenommen sind“.²²⁾

Wenngleich die Regelung für acta iure gestionis im Hinblick auf die früher absolut gewährte Immunität gern als „Abbauprozess“ oder „Erosion des Immunitätsschutzes“ bezeichnet wird, erscheint ein anderes Erklärungsmuster überzeugender, das *Schaumann*²³⁾ – unter Berufung auf *Miehsler* und *Seidl-Hohenveldern* – und zuletzt auch *Damian* vertreten. Sie gehen nicht von einer Schrumpfung der Immunität und damit einer Absenkung früherer Schutzniveaus aus, sondern verstehen die Herausbildung der Unterscheidung zwischen acta iure imperii und solchen iure gestionis als Reaktion auf die Entstehung neuer Problemfelder. Die Lehre von einer umfassenden, absoluten Immunität habe sich zu einer Zeit entwickelt, in der der Staat nur als Träger von Hoheitsrechten aufgetreten sei und privatrechtliche Geschäfte aufs Engste mit der hoheitlichen Tätigkeit verbunden waren (zB Waffenkäufe). Erst die Entstehung nennenswerter privatwirtschaftlicher Tätigkeit habe die Kategorie der acta iure gestionis geschaffen und für diese auch eine eigenständige Regelung erforderlich gemacht.

Beide Auffassungen werden freilich von einem kritischen Souveränitätsverständnis und einem Grundanliegen getragen: dem Schutz des Rechtsunterworfenen vor einer nicht sachgerechten Beschneidung seiner Rechte durch die Immunität: Wer wie ein Privater auftritt, soll sich auch als solcher behandeln lassen.

Als Endpunkt dieser Entwicklung kann das UN-Übereinkommen über Staatenimmunität gesehen werden, in dem ausgehend von einem Regel-Ausnahmesystem von der Regel der Staatenimmunität in den Art 10 bis 17 jene Ausnahmefälle aufgezählt werden, in denen keine Immunität besteht. Dabei wird zwar nicht unmittelbar das zweipolige Konzept der Unterscheidung in hoheitliche und geschäftliche Akte verwendet, die Breite dieser Ausnahmetatbestände (zB commercial transactions, contracts of employment, personal injuries usw) weist freilich eindeutig in eine vergleichbare Richtung.

Nach hA ist daher nur für acta iure imperii umfassender Schutz eines Staates vor fremder Gerichtsbarkeit gegeben, für acta iure gestionis²⁴⁾ ist das nicht mehr der Fall.

2. Immunität des Staatsoberhauptes

a) Historische Wurzeln

Mit der Immunität von Staaten gegenüber der Gerichtsbarkeit anderer, gleichrangiger Staaten („pares“) hat es – wie schon angedeutet – noch nicht sein Bewenden. Gerichtsfreiheit wird traditionell auch dem Staatsoberhaupt gewährt,²⁵⁾ das seinen Schutz historisch der Schwierigkeit verdankt, zwischen Staat und Staatsoberhaupt als Träger der Souveränität zu unterscheiden.

Solche Schwierigkeiten werden heute meist nicht mehr in demselben Umfang bestehen. An der Rechtsstellung des Staatsoberhauptes hat sich dadurch freilich wenig geändert. Es genießt nach gängiger Auffassung

nach Völkergewohnheitsrecht²⁶⁾ nach wie vor absolute Immunität, also Schutz vor jeglicher ausländischer Gerichtsbarkeit.²⁷⁾ Zwischen privaten und hoheitlichen Akten wird dabei meist nur insofern unterschieden, als bei privatem Handeln jedenfalls nach dem Ende der Amtszeit keine Immunität (mehr) besteht,²⁸⁾ wie der bekannte Prozess von *Christian Dior* gegen König *Farouk* von Ägypten wegen unbezahlter Kleiderrechnungen anschaulich zeigt.²⁹⁾

Ein Vergleich der Rechtsstellung des Staatsoberhauptes mit jener seines Staates zeigt daher, dass das Staatsoberhaupt „immuner“ sein soll als der Staat selbst.³⁰⁾ Während der Staat nämlich wegen acta iure gestionis sehr wohl belangt werden kann, soll das Staatsoberhaupt (zumindest während seiner Amtszeit) völlig ausgenommen sein. Das leuchtet nach dem bisher Gesagten nicht ohne Weiteres ein:

Wenn die Staatenimmunität acta iure gestionis nie erfasst haben sollte, stellt sich nämlich die Frage, wieso die Immunität des Staatsoberhauptes dies tun soll.

Sieht man hingegen bei der Staatenimmunität einen Abbauprozess zum Schutz der Rechtsunterworfenen, fragt man sich, wieso das Staatsoberhaupt davon verschont geblieben ist.

Dies erstaunt auch aus konstruktiver Perspektive, weil die Immunität des Staatsoberhauptes vom Staat abgeleitet, also ein Reflex des innerstaatlichen Ernennungsaktes ist.³¹⁾ „It is necessary to bear in mind that in almost all respects his position is derived from international rights and duties belonging to his State, and not from those vested in him personally by international law“.³²⁾

Dies wird durch die Ausführungen des BVfG anschaulich,³³⁾ das zu dem Schluss kam, dass Ausnahmen von der Immunität für Staatsoberhäupter nicht ohne Weiteres auch auf Diplomaten angewendet werden könnten, weil beide Immunitäten verschieden seien.³⁴⁾

22) SZ 23/143 = SpR 28.

23) Immunität 22; vgl auch *Damian*, Gerichtszwang 9 f.

24) Ausführlich *Damian*, Gerichtszwang 98 ff; *Schreuer*, State Immunity 10 ff.

25) *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht¹¹ (2005) Rz 714; *Mayr in Rechberger*³ Art 9 EGJN Rz 15.

26) Auch das Europäische Übereinkommen über Staatenimmunität aus 1972 nimmt darauf nicht Bezug. Vgl auch Art 21 Abs 1 der Konvention über Sondermissionen.

27) *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Österreichisches Handbuch des Völkerrechts³ Rz 1642 ff; *Lafontant v Aristide* 844 Fed. Supp. 123 (Eastern Dist. N.Y. 1994); vgl aber die differenzierten Ausführungen von *Watts*, RdC 1994 III 52 ff, 58 ff.

28) *Watts*, RdC 1994 III 88. Zur Immunität für hoheitliche Akte nach dem Ende der Amtszeit vgl etwa *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht¹¹ Rz 726.

29) *Ex-King Farouk of Egypt vs Christian Dior*, 84 Clunet 717, 24 ILR. 228, 229.

30) Das ist auch bei Diplomaten auf Grund der WDK der Fall. Zu einer möglichen Rechtfertigung für ein höheres Schutzniveau s FN 33.

31) Vgl *Lüke*, Die Immunität staatlicher Funktionsträger (2000) 198 f, 192 f; *Geimer*, Internationales Zivilprozessrecht⁵ (2005) Rz 766 FN 608; *Matscher in Fasching I*² Art IX EGJN Rz 19: „An der Immunität des Staates partizipieren auch die für diesen hoheitlich handelnden Organe.“ Ein Unterschied kann freilich insofern gesehen werden, als bei Staatsoberhäuptern häufig mit einem Ende der Funktionsperiode zu rechnen ist, sodass die Verfolgung der Ansprüche nicht aufgehoben, sondern nur aufgeschoben ist. Absolute Immunität des Staates selbst würde demgegenüber nie enden.

32) *Watts*, RdC 1994 III 36 f.

33) BVfG 96, 98 NJW 1998, 50.

34) Konkret ging es um Art 7 der Charta des Internationalen Militärgerichtshofs in Nürnberg, Art 6 II des Status des IGH für Ruanda und Art 7 II des Status des IGH für Jugoslawien.

Die Immunität staatlicher Organe fließe unmittelbar aus der Staatenimmunität, die diplomatische Immunität sei demgegenüber mehr als ein bloßer Reflex der Immunität des Entsendestaates,³⁵⁾ sie gründe nämlich zusätzlich auf dem Agrément des Empfangsstaates, während jene der Staatsorgane allein aus einem innerstaatlichen Kurationsakt folge.³⁶⁾ Folgt man dieser Auffassung, würde dies die Stellung von Staatsoberhäuptern qualitativ sogar zu einem minus, jedenfalls aber zu einem aliud gegenüber der diplomatischen Immunität machen.³⁷⁾

b) Aktuelle Entwicklungen

Dass die Immunität des Staatsoberhauptes die Entwicklung der Staatenimmunität nicht mitgemacht hat, sondern bei absoluter Immunität stehen geblieben ist,³⁸⁾ ist wohl nicht als bewusste Entscheidung der Völkerrechtsgemeinschaft zu begreifen, sondern vor allem auf den Mangel an Gelegenheit zur Meinungsbildung zurückzuführen. Prozesse gegen Staaten sind eben häufiger als solche gegen Staatsoberhäupter. Angesichts der geringen Zahl von Gerichtsverfahren ist gesichertes Völkergewohnheitsrecht bei Staatsoberhäuptern kaum auszumachen. So ist für manche daher durchaus zweifelhaft, ob absolute Immunität eines Staatsoberhauptes wirklich zu Völkergewohnheitsrecht erstarkt ist.³⁹⁾

Als gesichert kann die Immunität für Amtsgeschäfte angesehen werden. Ob umfassender Schutz racione personae besteht, also für alle – auch private – Akte des Staatsoberhauptes, ist hingegen zweifelhaft. Eine solche absolute Immunität lässt sich jedenfalls nicht aus der Staatenimmunität ableiten, sondern bedürfte eines eigenen Geltungsgrundes.

Zuletzt wurde im UN-Übereinkommen über die Staatenimmunität die Immunität racione personae des Staatsoberhauptes explizit vom Anwendungsbereich des Übereinkommens ausgenommen (Art 3 Z 2),⁴⁰⁾ woraus man folgern könnte, dass vom Bestehen von Immunität racione personae ausgegangen wurde.

Von den Beratungen der International Law Commission berichtet *Sir Arthur Watts* allerdings: „The present draft articles do not prejudice the extent of immunities granted by States to foreign sovereigns or other heads of States“. Er schließt daraus: „Thus no real help is to be gained from the Commission’s draft Articles as to what extent of those immunities might be as a matter of customary international law“ und konzidiert: „state practice is uneven“.⁴¹⁾

Zwar lassen sich für eine Immunität racione personae durchaus sachliche Rechtfertigungen finden, insb ist dabei an den Schutz der Unabhängigkeit und der Funktionsfähigkeit des Staates⁴²⁾ zu denken, dessen Organe ihre Energien auf das Regieren statt auf das Führen von Prozessen verwenden sollten.⁴³⁾ Allerdings ist eine kritische Betrachtung gerade beim Staatsoberhaupt besonders dringend geboten, weil das Bedürfnis nach einer Einschränkung der Immunität auf acta iure imperii bei natürlichen Personen besonders groß ist. Ein Staatsoberhaupt handelt nämlich – anders als ein Staat – nicht nur entweder hoheitlich oder privatwirtschaftlich, sondern hat auch noch eine genuin persönliche Sphäre (zu denken ist dabei etwa an das Familienrecht und Erbrecht). Eine Ausklammerung gerade dieser

Sphäre aus der gerichtlichen Kontrolle wäre rechtsstaatlich besonders brisant, weil sie dort ein gravierendes Rechtsschutzdefizit bewirkte, wo nicht eine Zuständigkeit des Heimatstaates Abhilfe schafft.

Die Gefahr solcher Rechtsschutzdefizite ist ein Grund, wieso die Auffassung von der unbeschränkten Immunität der Staatsoberhäupter in der letzten Zeit merkliche Kritik erfahren hat. „Simple certainties gave way to more complex considerations, leading to the emergence of a body of rules which is in many respects still unsettled“.⁴⁴⁾

Hauptkritikpunkt in dieser Diskussion ist der durch absolute Immunität gewährte Schutz vor Verfolgung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Da solche Taten schwerlich zu den Amtsgeschäften eines Staatsoberhauptes gezählt werden können, wird eine Beschränkung der Immunität auf acta iure imperii vielfach gefordert, um die Verfolgung solcher Verbrechen durch nationale Gerichte zu erleichtern. Die Beispiele der letzten Jahre sind prominent, zu denken ist insb an die Rechtssache *Pinochet*⁴⁵⁾ und die Erlassung eines Haftbefehls gegen den kongolesischen Außenminister durch ein belgisches Gericht.⁴⁶⁾

Wer aber um der Strafrechtspflege willen eine Beschränkung der Immunität auf acta iure imperii fordert, bereitet gleichzeitig dem Zivilverfahren den Weg. Dementsprechend findet sich vermehrt die Auffassung, die Immunität befände sich auch hier „auf dem Rückzug“⁴⁷⁾, weil sie im Bereich des geschäftlichen und persönlichen Privatlebens eines Staatsoberhauptes unangebracht und nicht mehr zeitgemäß sei.⁴⁸⁾ Die Formulierungen erinnern an das Ende der absoluten Staatenimmunität.

35) NJW 1998, 53. Vgl auch *Wirth*, Immunities, Related Problems, And Article 98 of the Rome Statute, Criminal Law Forum 2001/4, 431; vgl aber *Geimer*, IZPR⁵ Rz 478, 488.
 36) Demgegenüber spricht *Watts*, RdC 1994 III 40, von einem „a fortiori case“ für das Staatsoberhaupt und hält die Auffassung, dass das Schutzniveau des Botschafters auch einem Staatschef zustehe, für gewichtig. *Watts* gesteht freilich auch zu, dass die Analogie unsicher sei und einige fundamentale Unterschiede bestünden. Ähnlich auch *Damian*, Gerichtszwang 77.
 37) Vgl aber den Versuch einer Reduktion völkerrechtlicher Immunitäten auf ein einheitliches Erklärungsmuster bei *Lüke*, Immunität 217 und die dortigen Nachw.
 38) Vgl aber den britischen State Immunities Act, nach dem der Staatsbegriff den „sovereign or other head of that State in his public capacity“ umfasst (section 14) und die Rechtsstellung so koppelt.
 39) *Damian*, Gerichtszwang 77.
 40) „The present Convention is without prejudice to privileges and immunities accorded under international law to heads of State racione personae.“
 41) *Watts*, RdC 1994 III 63 f mit reichhaltigen Nachw aus der Rsp.
 42) *Lüke*, Immunität 198 f.
 43) Freilich ist darauf hinzuweisen, dass die Auslastung eines Beklagten im Zivilprozess – zumindest in rechtlicher Hinsicht – wesentlich weniger intensiv sein wird als jene des Angeklagten im Strafprozess. Das Zivilprozessrecht macht insb die Anwesenheit des Beklagten nicht grundsätzlich notwendig (vgl aber zB § 258 Abs 2 ZPO für die vorbereitende Tagsatzung).
 44) *Watts*, RdC 1994 III 52.
 45) Vgl statt vieler *Paulus*, Triumph und Tragik des Völkerstrafrechts, NJW 1999, 2644; *Dolzer*, Nationale Konzepte oder Internationales Verfahren? NJW 2000, 1700.
 46) Zu diesem „Arrest-Warrant-Fall“ s noch unten; vgl auch OLG Köln, NSZ 2001, 665 (*Saddam Hussein*).
 47) *Martiny*, Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts III/1 Rz 559.
 48) Anders kürzlich aber *Knieper*, Einige Probleme des Internationalen Zivilprozessrechts, WiRO 2007, 139.

c) Grundrechtliche Anforderungen an die Immunität?

Eine völlige Versagung von Rechtsschutz gegen Handlungen von Staatsoberhäuptern wäre insb unter grundrechtlichen Aspekten problematisch. Für die österr Perspektive hat Art 6 MRK doppelte Bedeutung, einerseits als Bestandteil des nationalen Grundrechtskatalogs, andererseits als völkerrechtliche Verpflichtung Österreichs.⁴⁹ Der Befund *Damians*, dass die MRK in diesem Fall gar nicht einschlägig sei, weil weder Wortlaut noch Zielrichtung Anlass zur Annahme geben, dass sie den Umfang nationaler Gerichtsbarkeit über fremde Staaten festlegen sollte,⁵⁰ scheint zu zurückhaltend. Tatsächlich hat der EGMR mittlerweile Art 6 MRK auch in Immunitätsfällen angewendet.

Teil des normativen Gehalts des Art 6 MRK ist nämlich auch ein „right to a court“, of which the right of access, that is, the right to institute proceedings before a court in civil matters, constitutes one aspect⁵¹, sodass man wohl „heute von einem prinzipiellen Anspruch auf gerichtlichen Rechtsschutz in Zivilsachen ausgehen“⁵² darf.

Daraus folgt nicht etwa die Abschaffung der Immunität als menschenrechtswidrig. Wer aus Immunitätsgründen Rechtsschutz einschränkt, muss sich aber bewusst sein, dass er sich in einem doppelten Spannungsverhältnis, einerseits zum Völkervertragsrecht der MRK, andererseits zur höchsten nationalen Rechtschicht in Österreich, nämlich dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten subjektiven Recht auf ein faires Verfahren befindet.⁵³ Dieses Spannungsverhältnis ist kein Spezifikum Österreichs, es betrifft auch nicht nur Mitgliedstaaten der MRK, sondern ist wohl Charakteristikum jedes Rechtsstaats.

In Deutschland wird das Recht auf Zugang zu Gericht als „Justizgewährungsanspruch“ dementsprechend auch nicht allein auf Art 6 MRK zurückgeführt,⁵⁴ vielmehr wird darin ein der Verfassung immanentes Rechtsstaatsprinzip gesehen.⁵⁵ Ein Rechtsstaat ist eben auch Rechtsschutzstaat, nicht nur im Verhältnis des Bürgers gegenüber dem Staat: „Aus dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes ist auch für bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten im materiellen Sinn die Gewährleistung eines wirkungsvollen Rechtsschutzes abzuleiten.“⁵⁶

Dieser Anspruch auf Schutz ist konsequent: Das Verbot der Selbsthilfe als „Rechtsdurchsetzung im Alleingang“ basiert schließlich auf dem Zugang zu staatlicher Rechtsdurchsetzung.⁵⁷ Denn ein grundsätzlicher Anspruch auf Zugang zu Gericht ist die notwendige Kehrseite des staatlichen Gewaltmonopols. Es ist daher eine systemimmanente Selbstverständlichkeit, die Staatsgewalt zu Hilfe rufen zu können, organisierter Rechtsschutz charakterisiert die staatliche Gemeinschaft geradezu. Gibt es – wie *John Locke* formuliert – „no appeal but to heaven“, verfehlt der Staat seine Aufgabe.⁵⁸

Daher werden Ausnahmen von der inländischen Gerichtsbarkeit in letzter Zeit zunehmend (nur noch) dann akzeptiert, wenn es adäquaten Ersatz – also einen anderen Gerichtsstand – gibt.⁵⁹ Dementsprechend ist auch in der Rsp des EGMR ein „material factor“ für die Zulässigkeit der Gewährung von Immunität an eine internationale Organisation, „whether the applicants

had available to them reasonable alternative means to protect effectively their rights under the Convention. [...] It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired.”⁶⁰

Sympathie des OGH für diese Ansicht kann man aus einer jüngeren E zu 7 Ob 316/00 x ableiten.⁶¹ Für den OGH war eine Tendenz der Einschränkung der Immunität bereits „verspürbar“. „Nur wenn eine derartige (Vaterschaftsfeststellungs-)Klage im Heimatland des Staatsoberhauptes dem (außerehelichen) Kind – etwa aus verfahrensrechtlichen Gründen – versperrt und abgeschnitten wäre, würden [...] die grundrechtlichen Aspekte⁶² jene des Völkerrechtes überlagern und damit eine Exemption kraft Immunität allenfalls verdrängen (können)“⁶³

Da dies nicht der Fall war, wurde die Klage zurückgewiesen. Der Umkehrschluss ist jedoch von großer Tragweite: Der OGH hätte offenbar nicht ohne Weiteres akzeptiert, dass Immunitätsregeln dem Rechtsunterworfenen sein Recht gänzlich nehmen. Wo diese Gefahr besteht, kann aus menschenrechtlichen Aspekten ein Anspruch auf eine gerichtliche Entscheidung resultieren (Justizgewährungsanspruch), hinter dem die Immunität zurückzutreten hätte.⁶⁴ Irgendein Forum soll dem Kläger erhalten bleiben.

d) Positivierte Rechtsschutzgedanken in der WDK

Diese Gesichtspunkte sind auch dem immunitätsbezogenen Völkerrecht nicht fremd, die dahinterstehende ratio hat sogar schon im Völkervertragsrecht Nieder-

49) Vgl nur *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 1436.

50) *Damian*, Gerichtszwang 17.

51) EGMR in der Rs *Stubbings* gg Vereinigtes Königreich.

52) *Leipold*, Immunität versus Rechtsschutzgarantie, in FS Lücke (1997) 363.

53) Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von *Schaumann*, Immunität 60 f zur *acta iure gestionis*: „Die Vermeidung von Konflikten zwischen den Staaten durch Gewährung der Immunität geht letztlich zu Lasten des potentiellen Prozessgegners, der damit oft überhaupt seinen Rechtsschutz verliert.“

54) Vgl für Deutschland zB Art 101 Abs 1, 103 Abs 1 GG; vgl *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶ § 3 Rz 4; v. *Schönfeld*, NJW 1986, 2981.

55) Vgl für Deutschland *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶ § 3 Rz 4; *Bethge*, Die verfassungsrechtliche Problematik einer Zulassungsberufung im Zivilprozess, NJW 1991, 2393 f; *Musieliak*, Kommentar zur Zivilprozessordnung⁵ (2007) Einleitung Rz 6.

56) BvIGE 54, 277, 292 = NJW 1981, 39.

57) *Musieliak*, Zivilprozessordnung⁵ Einleitung Rz 6; *Bethge*, NJW 1991, 2393; vgl im selben Zusammenhang wie hier *Leipold*, in FS Lücke 356.

58) Vgl illustrativ *Locke*, Two Treatises on Government. Of Civil Government, Book Two (1689) § 21; vgl auch §§ 89, 129.

59) *Matscher* in *Fasching* I² Art IX EGJN Rz 188 mwN.

60) *Waite und Kennedy* gg Deutschland.

61) Der Fürst von Liechtenstein wurde – als Rechtsnachfolger seines Vaters – auf Feststellung der Vaterschaft zur Klägerin geklagt.

62) Hier: des Rechts auf Familie und des Rechts auf Zugang zu Gericht (Art 6, 8 MRK). Vgl auch *Matscher*, Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen, ZÖR 31 (1980) 20.

63) 7 Ob 316/00 x.

64) Vor diesem Hintergrund lässt sich auch die Forderung mancher Literaturstimmen verstehen, dass der Heimatstaat (bei Diplomaten) verpflichtet sei, eine Zuständigkeit zu schaffen. Vgl § 15 dZPO: „Deutsche, die das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Ausland beschäftigten deutschen Angehörigen des öffentlichen Dienstes behalten den Gerichtsstand ihres letzten inländischen Wohnsitzes. Wenn sie einen solchen Wohnsitz nicht hatten, haben sie ihren allgemeinen Gerichtsstand beim Amtsgericht Schöneberg in Berlin.“

schlag gefunden. Nach Art 31 WDK genießen Diplomaten zwar Immunität vor den Zivilgerichten des Empfangsstaates, davon ausgenommen sind aber unter anderem „dingliche Klagen in Bezug auf privates, im Hoheitsgebiet des Empfangsstaates gelegenes, unbewegliches Vermögen“ (Art 31 Abs 1 lit a WDK) und „Klagen in Nachlasssachen, in denen der Diplomat als Testamentsvollstrecker, Verwalter, Erbe oder Vermächtnisnehmer in privater Eigenschaft“ beteiligt ist (Art 31 Abs 1 lit b WDK).

Die Bejahung inländischer Gerichtsbarkeit bei dinglichen Klagen findet ihre Rechtfertigung darin, dass für solche Klagen andere Gerichtsstände als jene des Belegenheitsortes – insb im Heimatstaat des Gerichtsfreien – kaum in Betracht kommen. „Allzu offensichtlich würde also hier die Bejahung der Immunität auf eine Totalverweigerung des gerichtlichen Rechtsschutzes hinauslaufen.“⁶⁵⁾

Dieser Befund wird durch die in Art 31 Abs 1 lit b WDK positivierte Ausnahme für Erbrechtssachen weiter bestätigt. Diese Ausnahme von der Immunität war zur Zeit der Verabschiedung der WDK nämlich nicht geltendes Völkergewohnheitsrecht und entsprach auch nicht früheren Kodifikationen.⁶⁶⁾ Dennoch wurde sie als „justified on grounds of principle“⁶⁷⁾ in die WDK aufgenommen. Die Besonderheit erbrechtlicher Verfahren liegt in der häufigen Notwendigkeit eines Mehrparteienverfahrens „and in a case where several persons were involved there would be no alternative forum, since it would be unlikely that the courts of the diplomat’s sending State could assume jurisdiction.“⁶⁸⁾

Ziel beider Ausnahmebestimmungen ist, „to prevent a situation wherein a plaintiff is deprived by diplomatic immunity of any possible forum“.⁶⁹⁾ Dieselbe ratio findet sich in der Entscheidung des EGMR über Immunität bei internationalen Organisationen und in der Entscheidung des OGH in 7 Ob 316/00 x.⁷⁰⁾

Vor diesem Hintergrund erscheinen die Ausnahmetatbestände des Art 31 WDK daher geradezu als positiviert Ausprägungen eines allgemeinen Rechtsschutzgedankens, der mit fortschreitendem grundrechtlichen Bewusstsein nur klarer hervortritt.

Aus diesem Grund ist eine analoge Anwendung der Ausnahmeregeln des Art 31 WDK auf Staatsoberhäupter zu befürworten.⁷¹⁾ Deren Rechtsstellung ist im Hinblick auf Nachlasssachen und dingliche Klagen mE gleich zu beurteilen. In beiden Fällen bestünde sonst auf Grund der Materie das Risiko, den Klägern jegliches Forum zu nehmen.⁷²⁾

e) Zwischenergebnis

Nach heute hA genießen Staaten Immunität nur für acta iure imperii, für acta iure gestionis kommt ihnen kein Schutz zu.

Insoweit die Rechtsstellung des Staatsoberhauptes nur von jener seines Staates abgeleitet ist, kann absolute Immunität nicht bestehen, weil der Staat selbst darüber nicht verfügt. Ob die Annahme absoluter Immunität Völkergewohnheitsrecht darstellt, ist umstritten, jedenfalls bedürfte es einer besonderen sachlichen Rechtfertigung, um Staatsoberhäuptern mehr an Immunität zuzubilligen als deren Staaten.

Immunität vor österr Zivilgerichtsbarkeit sollte für private Akte jedenfalls dann nicht gewährt werden, wenn dem Kläger dadurch jeglicher Gerichtsstand genommen würde. Diese Ausnahme folgt aus dem verfassungsrechtlich wie völkerrechtlich abgesicherten Justizgewährungsanspruch.

Die Ausschlusstatbestände der diplomatischen Immunität nach Art 31 WDK können als Ausprägung dieses Prinzips verstanden werden und kommen daher sinngemäß auch bei Staatsoberhäuptern zur Anwendung.

3. Regierungsmitglieder und sonstige Staatsorgane

Die Immunitätsfrage kann sich bei anderen Staatsorganen als Staatsoberhäuptern stellen: Die Anzahl von Fällen, in denen Angehörige ausländischer Geheimdienste wegen strafbarer Handlungen belangt werden sollten, reicht von *Lockerbie*⁷³⁾ bis *Mykonos*.⁷⁴⁾

Eine völkerrechtliche Regel, nach der Staatsorgane grundsätzlich Immunität genießen, gibt es nicht. Bei der Verfolgung von Straftaten dürften die nationalen Gerichte sogar eher von ihrer Jurisdiktion ausgehen.⁷⁵⁾

Von besonderem Interesse im Zusammenhang mit Immunitäten sonstiger Staatsorgane ist eine Entscheidung des BGH über einen Unterlassungsanspruch gegen den Leiter von Scotland Yard. Die Klägerin – eine religiöse Organisation – fühlte sich durch einen Bericht von Scotland Yard an deutsche Behörden in ihrer Ehre verletzt und begehrte Unterlassung. Der BGH wies die Klage ab: „Scotland Yard und damit dessen Leiter [handelte] als ausdrücklich bestelltes Organ des britischen Staates. [...] Solche Organhandlungen stellen sich als unmittelbares staatliches Handeln dar und können den jeweils zum Handeln Berufenen nicht als private Tätigkeit zugerechnet werden. Es bedeutete eine Aushöhung der uneingeschränkten Immunität souveräner Staaten im Bereich hoheitlicher Betätigung, wollte man staatliches Handeln durch Zugriff auf das handelnde ausländische Organ der deutschen Gerichtsbarkeit unterwerfen.“

Die Überlegungen des BGH überzeugen: Organhandeln ist nicht primär Eigenhandeln des Organs selbst, sondern Handeln des dahinter stehenden Staates. Dass nicht der Einzelne für Handlungen in Anspruch genommen werden soll, für die der Staat die Verantwortung trägt, leuchtet ein. Nichts anderes sieht das österr

65) *Leipold* in FS Lücke 358.
 66) Vgl die Nachw bei *Denza*, *Diplomatic Law. A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*² (1998) 246. Ebenso die Stellungnahme des Völkerrechtsbüros.
 67) *Denza*, *Diplomatic Law*², 246.
 68) *Denza*, *Diplomatic Law*², 246.
 69) *Denza*, *Diplomatic Law*², 246.
 70) Siehe FN 60 und 61.
 71) *Matscher* in *Fasching* I² Art IX EGJN Rz 242; *Geimer*, IZPR⁵ Rz 760; aA die Stellungnahme des Völkerrechtsbüros, eine Übertragung sei „schwer zu argumentieren“.
 72) Teilt man die in der Entscheidung des BVfG zum Ausdruck kommende Auffassung, die Immunität von Staatsoberhäuptern sei ohnehin ein bloßer Reflex der Staatenimmunität und als solcher ein Minus zur diplomatischen Immunität, wäre diese Analogie eigentlich ein Größenschluss a maiori.
 73) Attentat auf ein Flugzeug der PanAm am 21. 12. 1988.
 74) Sprengstoffanschlag auf ein Berliner Lokal am 12. 9. 1992.
 75) Vgl die Übersicht bei *Lücke*, Immunität 136 ff.

AHG vor. Wo man aber fremde Staaten privilegiert und ihr Handeln von der Gerichtsbarkeit ausnimmt, muss dieselbe Privilegierung einzelnen Organen zukommen, weil die Staatenimmunität sonst als Ganzes in ihrer Funktionsfähigkeit bedroht wäre. Einzelnen Organen steht Immunität daher grundsätzlich nicht als Person zu, wie dies beim Staatsoberhaupt vertreten wird, sondern als Ausfluss der Staatenimmunität für *acta iure imperii*, wozu geheimdienstliche Terrorrechte natürlich nicht zählen.

Im Ausgangsfall ging es allerdings nicht (nur) um die Immunität eines einfachen Staatsorgans, sondern um die Rechtsstellung eines Regierungsmitglieds, nämlich des Außenministers. Es bleibt die Frage, ob die Rechtsstellung des Außenministers eher nach den überwiegend vertretenen Regeln des Staatsoberhauptes⁷⁶⁾ oder nach den Regeln für sonstige Staatsorgane beurteilt werden soll.⁷⁷⁾

Aufschlussreich könnte dabei eine „historische Interpretation“ des UN-Übk über die Staatenimmunität sein. In der Resolution⁷⁸⁾, mit der das Übk beschlossen wurde, bezieht sich die Generalversammlung ausdrücklich auf die Stellungnahme des Vorsitzenden des Ad Hoc Committee, der erklärt hat, „the express mention of heads of State in article 3 should not be read as suggesting that the immunity *ratione personae* of other state officials was affected by the Convention.“⁷⁹⁾

Darin mag man ein Indiz für die Auffassung sehen, dass Immunitäten *ratione personae* bestehen, man steht freilich vor demselben Problem wie bei der Immunität von Staatsoberhäuptern.⁸⁰⁾ Wie beim Staatsoberhaupt⁸¹⁾ lässt sich nämlich auch hier nicht viel mehr sagen, als dass das Übk Immunitäten nicht beschränken soll, sofern sie bestehen. Ob sie bestehen, wird dadurch aber nicht geklärt.

Gegen die Gewährung von Immunität wie beim Staatsoberhaupt spricht, dass Regierungsmitglieder einen Staat nicht in derselben Weise symbolisieren wie ein Staatsoberhaupt.⁸²⁾ Aus diesen Gründen geht *Matscher* von nur funktioneller Immunität für Regierungsmitglieder aus,⁸³⁾ auch *Sir Arthur Watts* sieht als Grund für die Gewährung von Immunität nur „functional considerations“.⁸⁴⁾

Lüke zweifelt sogar für einen völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsschutz von Regierungschefs an ausreichenden Nachweisgrundlagen.⁸⁵⁾ Ebenso meint *Fasching* in der 1. Aufl seines Kommentars, dass der Regierungschef und die einzelnen Minister der Rechtsordnung des fremden Staates unterworfen sind.⁸⁶⁾ „Nur dort, wo das Staatsoberhaupt ausdrücklich seinen Stellvertreter in offizieller Mission an Stelle seiner Person ins Ausland entsendet, spricht die Völkerrechtsgewohnheit auch diesem die Immunität zu.“⁸⁷⁾

Aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang auch die Beratungsprotokolle der International Law Commission (ILC) über die Erstellung des Übk über Sondermissionen: „Although there were rules concerning a Head of State, international law did not contain any rules governing the case where the Head of the Government or the Minister for Foreign Affairs headed a special mission.“⁸⁸⁾

So erklärt sich die überaus vorsichtige Auffassung von *Lüke*, dass trotz des Mangels eigener Regeln „Re-

gierungsmitglieder, insbesondere Außenminister und Regierungschefs, *möglicherweise für besondere, typische Situationen*, in denen sie im Ausland tätig werden, über die Rechtsregeln für Sonderemissäre [...] oder aber das Recht der Staatenimmunität in ausreichendem Maß geschützt werden, ohne dass es der Formulierung von Rechtsregeln bedarf, die eine namentliche Privilegierung für beide Personengruppen vorsehen.“⁸⁹⁾

Eine Stärkung der Rechtsstellung von Regierungschefs und Außenministern sieht die im Ausgangsfall erstattete Stellungnahme des Völkerrechtsbüros in der Arrest-Warrant-Entscheidung des IGH.⁹⁰⁾ Belgien hatte gegen den damals amtierenden kongolesischen Außenminister einen internationalen Haftbefehl wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit erlassen. Der IGH gab der Beschwerde des Kongo statt: „In international law it is firmly established that [...] certain holders of high-ranking office in a State, such as the Head of State, Head of Government and Minister for Foreign Affairs, enjoy immunities from jurisdiction in other States, both civil and criminal.“⁹¹⁾ Der IGH kam zu dem Schluss, dass zur Gewährleistung der Ausübung der Funktionen eines Außenministers „full immunity from criminal justice“ notwendig sei. „No distinction can be drawn between acts performed in an ‚official‘ capacity, and those claimed to have been performed in a ‚private‘ capacity.“⁹²⁾

Die Bedeutung dieser Entscheidung für die Immunität in Zivilsachen sollte mE nicht überschätzt werden. Nicht einmal der Wortlaut legt absolute Immunität in bürgerlichen Rechtssachen nahe,⁹³⁾ es wird nur vor der Erörterung des eigentlichen Problems des belgischen Haftbefehls, auf das sich der IGH ausdrücklich

76) Vgl etwa *Mayr* in *Rechberger*³, Art IX EGJN Rz 15 („absolute Immunität genießen ferner der Regierungschef, der Außenminister und die sonstigen Ressortminister“).

77) Vgl *Matscher* in *Fasching* I² Art IX EGJN Rz 245.

78) Resolution 59/38.

79) Stellungnahme von Prof. *Gerhard Hafner* als Chairman des Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and their Properties, A/C.6/59/SR.13, Punkt 37.

80) Siehe schon oben FN 41.

81) *Watts*, RdC 1994 III 63 f mit reichhaltigen Nachw aus der Rsp.

82) *Watts*, RdC 1994 III 102.

83) *Matscher* in *Fasching* I² Art IX EGJN Rz 245; vgl auch *Neuhöld/Hummer/Schreuer* Rz 1642 (zwar absolute Immunität für Staatsoberhaupt, Regierungschef, Außenminister und sonstige Ressortminister), die aber von „genau umrissenen Fällen“ der Durchbrechung ausgehen, in denen kein Zusammenhang mit der offiziellen Tätigkeit des Staatenvertreters besteht.

84) *Watts*, RdC 1994 III 103. Damit ist freilich noch nichts über den Umfang ausgesagt.

85) *Lüke*, Immunität 104 f.

86) Vgl zum Begriff der Unterwerfung unter die Rechtsordnung *Matscher* in *Fasching* I² Art IX EGJN Rz 117. *Fasching* meint aber die Ausnahme von der Gerichtsbarkeit.

87) *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I¹ (1959) 23.

88) Sonderberichterstatter *Bartos*, YBILC 1967 I 165 (<http://untreaty.un.org/ilc>); vgl dazu auch *Watts*, RdC 1994 III 107.

89) *Lüke*, Immunität 108.

90) Democratic Republic of the Congo gg Belgium.

91) P 51. Vgl aber *Wirth*, Criminal Law Forum 2001/4, 432.

92) P 54 f.

93) Die Wortlautinterpretation scheint wenig zielführend, spricht aber zumindest nicht für identische Schutzniveaus. Die Verwendung des Plurals könnte vielmehr vorsichtig so verstanden werden, dass es um verschiedene Immunitäten geht (vgl den Foreign Sovereign Immunities Act, der auch nicht nur eine Immunität, sondern mehrere regelt: § 1604. Immunity of a foreign state from jurisdiction; § 1609. Immunity from attachment and execution of property of a foreign state).

beschränkt,⁹⁴⁾ obiter und formelhaft das „enjoyment of immunities both civil and criminal“ festgestellt. Wie die zivilrechtliche Immunität ausgestaltet sein soll, wird nicht einmal erwähnt. Auch mit den vorher referierten Zweifeln – insb der ILC – beschäftigt sich der IGH mit keinem Wort und geht in der Folge auch nur auf die strafrechtliche Immunität ein.⁹⁵⁾ Eine absolute zivilrechtliche Immunität würde auf die Begründung auch nicht recht passen. „If a Minister for Foreign Affairs is arrested in another state on a criminal charge, he or she is clearly thereby prevented from exercising the functions of his or her office“.⁹⁶⁾ Es geht daher vor allem um die „inviolability“⁹⁷⁾ des Außenministers, dessen Inhaftierung die Ausübung seiner Amtsgeschäfte zweifellos gehindert hätte.

Zusammenfassend erweist sich die Immunität sonstiger Staatsorgane als Ausfluss der Staatenimmunität für *acta iure imperii* als konsequent und notwendig. Für darüber hinausgehende Immunitäten fehlt es bei Regierungsmitgliedern an Nachweisgrundlagen. Keinesfalls ist eine Immunität vertretbar, die über jene von Staatsoberhäuptern hinausgeht. Die rechtsstaatlichen Überlegungen über das Recht des Klägers auf Zugang zu Gericht, die für das Staatsoberhaupt gelten, haben daher auch hier Geltung. Dem Kläger darf, wo keine Zuständigkeit des Heimatstaates besteht, nicht jeglicher Gerichtsstand genommen werden. Als Ausnahme von der Immunität kommen außerdem die Tatbestände des Art 31 WDK sinngemäß zur Anwendung.

4. Inländische Gerichtsbarkeit im vorliegenden Fall

Daraus folgt für unseren Fall:

Als Außenminister stand dem Beklagten im vorliegenden Fall keine Immunität zu.

Eine Immunität in privaten Angelegenheiten ist nämlich schon beim Staatsoberhaupt kritisch zu sehen, beim Außenminister sind die völkergewohnheitsrechtlichen Nachweise nicht hinreichend.

Selbst wenn man dem Außenminister aber Immunität auch für seine privaten Angelegenheiten zugestehen wollte, wäre wie bei Staatsoberhäuptern zu beachten, dass die Ausnahme von der inländischen Gerichtsbarkeit nicht dazu führen dürfte, dass dem Kläger gar kein Gerichtsstand zur Verfügung stünde.

Darüber hinaus wäre aber auch die in Art 31 WDK positivierte Ausnahme für Erbrechtssachen einschlägig gewesen. Die analoge Anwendung der Ausnahmetatbestände der WDK auf Staatsoberhäupter muss umso mehr bei Regierungsmitgliedern gelten, die den Staat nicht in derselben Weise repräsentieren wie Staatsoberhäupter und daher jedenfalls keinen höheren Schutz genießen als diese.

C. Prozessuale Konsequenzen bei Immunität

Immunität ist Gerichtsfreiheit, dem Staat wird sein imperium über bestimmte Personen entzogen. Genießt jemand Freiheit vom imperium österr Gerichte, darf gegen ihn kein Verfahren geführt werden. Es fehlt dann an der absoluten Prozessvoraussetzung der inländischen Gerichtsbarkeit. Ihr Fehlen ist nach hA in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen durch Zurück-

weisung der Klage wahrzunehmen.⁹⁸⁾ Dies betrifft alle möglichen Formen der Immunität, inkludiert also insb neben Regierungsmitgliedern und Staatsoberhäuptern (soweit dort jeweils Immunität besteht) auch die diplomatische Immunität.

Die hA unterscheidet nicht danach, wann das Hindernis der Immunität aufgetreten ist. Anfängliche Immunität im Zeitpunkt der Klageeinbringung und nachträgliche Immunität während laufenden Verfahrens sollen zum selben Ergebnis führen. Hier sollen die beiden Konstellationen jedoch getrennt untersucht werden. Die Interessenlage ist nicht notwendig gleich. Aus Gründen der Vereinfachung soll mit der Darstellung der Probleme nachträglicher Immunität begonnen werden.

Zwar verlieren manche der nun erörterten zivilprozessualen Probleme an Brisanz, wenn man – wie hier – ein enges, primär auf Hoheitsakte beschränktes Immunitätsverständnis hat. Da aber – wie die völkerrechtlichen Überlegungen gezeigt haben – die Immunitätstatbestände teilweise nicht so konturiert sind, dass von gesichertem Völkergewohnheitsrecht gesprochen werden kann, sei in Erinnerung gerufen, dass sowohl bei Staatsoberhäuptern als auch bei Regierungsmitgliedern vielfach von absoluter Immunität ausgegangen wird. Unter Zugrundelegung eines solchen Immunitätsverständnisses gewinnen die zivilprozessualen Probleme stark an Bedeutung. Damit tritt freilich auch die Zielrichtung dieses Beitrags deutlich hervor: Nach modernem Grundrechtsverständnis als sachwidrig empfundene Einschränkungen sollen verhindert werden. Dazu kann man entweder bei der Ursache, also im Völkerrecht, ansetzen oder aber die zivilprozessualen Symptome mildern.

1. Nachträgliche Immunität

Die amtswegige Wahrnehmung der inländischen Gerichtsbarkeit in jeder Lage des Verfahrens folgt die hA aus Art IX EGJN sowie §§ 29 und 42 JN.⁹⁹⁾ Verwirklicht sich – wie hier – der Immunitätstatbestand erst während laufenden Verfahrens,¹⁰⁰⁾ fallen die Voraussetzungen für die inländische Gerichtsbarkeit nachträglich weg. Nach hA ist in solchen Fällen das gesamte bisherige Verfahren für nichtig zu erklären und die Klage zurückzuweisen (§ 42 JN).¹⁰¹⁾ Als Beispiel nennen *Rechberger/Simotta* explizit die Ernennung eines Beklagten zum Botschafter während des Prozesses.¹⁰²⁾

Legt man nun zur Illustration die hA auf unseren Fall der Ernennung des Beklagten zum tschechischen Außenminister während des Revisionsverfahrens um

94) Im konkreten Fall interessierte freilich „only the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability“ (P 51).

95) Vgl auch *Wirth*, Criminal Law Forum 2001, Heft 4, 432.

96) P 54.

97) Vgl zu Umfang und Bedeutung *Watts*, RdC 1994 III 51.

98) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 63/1, 2.

99) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 363, 372.

100) Da die Klage schon vor Immunität begonnen wurde, muss es um *acta iure gestionis* gehen. Wer eine Immunität dafür bei Staatsoberhäuptern und Regierungsmitgliedern nicht anerkennt, kommt zwanglos zur Fortführung des Verfahrens.

101) Selbst eine bereits rechtskräftige Entscheidung hat der OGH aufzuheben, das Verfahren für nichtig zu erklären und die Klage zurückzuweisen (§ 42 Abs 2 JN); vgl *Matscher*, Zur Abgrenzung der inländischen Gerichtsbarkeit, JBl 1983, 507.

102) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 63.

und unterstellt – anders als hier vertreten – Immunität, wäre die Klage in letzter Instanz zurückzuweisen und das gesamte Verfahren für nichtig zu erklären gewesen! Damit wäre der Verfahrensaufwand von 7 Jahren, in denen der Beklagte keinerlei Immunität genossen hatte, vernichtet, die erzielten Ergebnisse nicht verwertbar,¹⁰³ die angefallenen Kosten müsste wohl jede Partei selbst tragen, für eine Kostenentscheidung fehlte es schließlich nicht nur mangels Sachentscheidung an einer Basis, sondern – einmal mehr – an der inländischen Gerichtsbarkeit.¹⁰⁴ Rechtsfolgen von unzumutbarer Härte, zumal die Begründung von Immunität während eines laufenden Verfahrens iAR ein nur vorübergehendes Hindernis darstellen wird.

Es gibt nämlich – vom Papst¹⁰⁵ und gekrönten Staatsoberhäuptern abgesehen – niemanden, der statisch immerwährende Immunität genießt.¹⁰⁶ Staatshäupter und Regierungsmitglieder republikanisch geprägter Staaten treten zurück oder werden abgewählt, Diplomaten von ihrem Heimatstaat abberufen, sie alle haben daher nur einen Schutz mit Ablaufdatum.

Die sachliche Rechtfertigung derart weitreichender Rechtsfolgen fällt daher schwer. Wieso soll ein Umstand, der sich vorübergehend auf Seiten des Beklagten materialisiert, dazu führen, dass ein bisher mangelfreies Verfahren zu Lasten des Klägers vernichtet wird?

Selbst nach hA wirkt sich das Vorliegen eines Immunitätstatbestands nicht zwangsläufig auf ein Verfahren aus. So kommt etwa die Heilung einer wegen Immunität gesetzes- und völkerrechtswidrigen Zustellung in Betracht, „wenn die beklagte Partei auf ihre Immunität verzichtet“¹⁰⁷, dasselbe wird auch für die Erledigung der Immunität durch Amtsverlust gelten.¹⁰⁸

Obwohl Prozessvoraussetzungen in jeder Lage des Verfahrens gegeben sein müssen, schadet ihr früheres Fehlen daher nicht, wenn sie später doch vorliegen:¹⁰⁹ eine rückwirkende Schaffung von Jurisdiktion, durch die ursprünglich nichtige Verfahrensakte geheilt werden.¹¹⁰ Die Motivation dafür ist klar und sinnvoll:¹¹¹ Wenn irgend möglich, sollen bereits durchgeführte Verfahrensschritte erhalten werden.

Überspitzt gesagt, macht man damit aber eigentlich nicht die Immunität zum Problem – man nimmt ja sogar immunitätsbelastete Verfahren in Kauf –, sondern die flüchtige Momentaufnahme der Immunität im Zeitpunkt der Entscheidung. Eine solche Momentaufnahme führte aber nur bei statischen Zuständen zu befriedigenden Ergebnissen.

Wird auf den späteren Verlust befristeter Immunität in einer solchen Momentaufnahme nicht Rücksicht genommen, erhält der Prozess für den Kläger ein fast aleatorisches Element. Die Begründung von Immunität einen Tag vor der Entscheidung hätte die Vernichtung des ganzen bisherigen, zulässigen Verfahrens zur Folge, einen Tag nach dem Urteil wäre sie bedeutungslos.¹¹² Ebenso würde der Wegfall einer bestehenden Immunität einen Tag vor der Entscheidung das gesamte nichtige Verfahren retten, einen Tag danach wäre es zu spät. Auch der rechtzeitige Tod des Beklagten käme dem Kläger zupass. Da der Nachlass wohl keine Immunität genießt, könnte der Prozess fortgeführt werden, das selbe gilt auch gegen Erben.

Das eindrucksvollste Beispiel für die Schwierigkeiten, die mit der hA bei nachträglich eintretender Immunität verbunden sind, bietet freilich der vorliegende Fall selbst: Wäre der Immunitätsverzicht nicht während der Revisionsverhandlung per Fax eingegangen, sondern hätte sich die tschechische Regierung der Zustellung per Post oder auf diplomatischem Weg bedient, wäre die Klage wohl zurückgewiesen worden.¹¹³

Der vorliegende Fall gibt daher die Gelegenheit, die Ergebnisse der hA kritisch auf ihre sachliche Rechtfertigung zu überprüfen. Durch das – systemkonforme – Abstellen auf das Vorliegen von Immunität im Zeitpunkt der Entscheidung wird man dem Problem nicht gerecht und macht die Immunität zum Glücksspiel für den Kläger. Dies und die Intensität der Rechtsfolgen wecken massive rechtsstaatliche Bedenken. Es besteht daher mE ein ganz evidentes Bedürfnis, auf eine nachträglich eingetretene Immunität nicht mit Nichtigerklärung und Klagszurückweisung zu reagieren, wenn die Möglichkeit besteht, dass das Hindernis wieder wegfällt. Auch hier befindet man sich nämlich in einem evidenten Spannungsverhältnis zu grundrechtlichen Verfahrensgarantien. Das Recht auf ein faires Verfahren und auf Zugang zu Gericht verlangt wohl nicht nur, dass Zugang zu Gericht einmal gewährt wird, sondern ebenso, dass er nicht willkürlich rückwirkend wieder entzogen wird.

Abhilfe wäre leicht zu schaffen: Wenn der Eintritt eines Hindernisses weitere Verfahrensschritte unzulässig macht, könnte abgewartet werden, bis dieses Hindernis beseitigt ist.¹¹⁴ Ein Konzept, das – freilich unter anderen Vorzeichen – fast allen Unterbrechungstatbeständen der ZPO zugrunde liegt. Dass das Hindernis wieder wegfällt, ist in den Fällen nachträglicher Immunität gewiss,¹¹⁵ es handelt sich daher stets nur um eine „befristete“ Unzulässigkeit. →

103) Soweit ersichtlich, wird eine Anwendung von § 281 a ZPO nicht vertreten.

104) Vgl aber den für den Kläger bei anfänglicher Immunität potenziell gefährlichen § 51 ZPO.

105) Der ein beliebter Beklagter sein dürfte, vgl nur den amerikanischen Fall *O'Hair gg Wojtyla*, No. 79 – 2463.

106) Vgl nur *Watts*, RdC 1994 III 88 ff, 112 f.

107) 10 Ob 53/04 y; *Matscher in Fasching* I² Art IX EGJN Rz 151. Auf derselben Grundlage wurde auch der vorliegende Fall entschieden.

108) Vgl *Matscher in Fasching* I² Art IX EGJN Rz 118, da die Sachlage zum Zeitpunkt der Entscheidung maßgebend ist.

109) Vgl *Ballon in Fasching* I² § 29 JN Rz 2; SZ 47/97.

110) Dies gilt sogar bei einer schon anfänglich vorliegenden Immunität, so wird die Zurückweisung einer ursprünglich unzulässigen Klage ihrerseits unzulässig, wenn der Immunitätstatbestand wegfällt (SZ 47/97).

111) Diese Auffassung führt jedoch dazu, dass völkerrechtlich rechtswidrige Verfahrensakte innerstaatlich saniert werden.

112) Dies wäre natürlich auch kein Fall des § 42 Abs 2 JN. Die Immunität könnte nur in der Zwangsvollstreckung hinderlich sein.

113) Die Problematik, ob der Verzicht des Beklagten gereicht hätte (s FN 3), muss hier dahinstehen.

114) Dieses Vorgehen würde auch materiellrechtlich manches erleichtern. Die hA hat nämlich Reflexwirkungen im materiellen Recht. So ist das Verjährungsrecht des ABGB für solche Fälle nicht gemacht. Nach § 1497 ABGB wird die Verjährung durch eine Klage nämlich nur unterbrochen, wenn sie gehörig fortgesetzt wird. Wird aber die Klage für unstatthaft erklärt, ist die Verjährung für ununterbrochen zu halten. Dieses materiellrechtliche Problem lässt sich mit kreativer Auslegung zwar wohl bewältigen, indem man beim Lauf der Verjährung die Möglichkeit der Geltendmachung eines Anspruchs berücksichtigt. Das materielle Recht muss dann sanieren, was das Prozessrecht vorgibt.

115) Da die Klage schon vor Immunität begonnen wurde, kann es nicht um (auch nach Amtsverlust fortwirkende) Immunität für staatliche

Eine Unterbrechung des Verfahrens vermag mE rechtsstaatlich zu überzeugen, mit ihr ist auch kein nennenswerter Mehraufwand für die Gerichte verbunden, die den Akt nur ablegen und warten müssen. Tatsächlich wäre diese Vorgangsweise auch ökonomisch, weil sie eine spätere Neudurchführung von Verfahren ersparen kann. Freilich ist einerseits zu beachten, ob dieses Modell den Vorgaben des Völkerrechts genügt, andererseits, welchen Spielraum das österr Prozessrecht lässt.

a) Völkerrechtliche Anforderungen an den Schutz

Die Auslotung der völkerrechtlichen Grenzen fällt schwer, weil die Teleologie des jahrhundertealten völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätskonzepts mit unklarer Kontur unsicher und daher kein sehr festes Fundament für die Auslegung ist.

Soweit besteht freilich Einigkeit: Dem Staat soll jedenfalls durch das Institut der Immunität seine Hoheitsgewalt über bestimmte Personen genommen werden. Dabei spielt der Gedanke der Staatensouveränität ebenso eine Rolle wie die Garantie der möglichst reibungslosen Wahrnehmung der Amtsgeschäfte durch bestimmte Staatsorgane.¹¹⁶⁾

Zwanglos einsichtig ist daher, dass ein Verfahren ab dem Zeitpunkt, in dem sich ein Immunitätsstatbestand verwirklicht, gegen die immune Partei nicht einfach (fort-)geführt und insb auch nicht entschieden werden kann. Die Annahme einer *perpetuatio iurisdictionis* im Sinn der *perpetuatio fori* – also der Weiterführung des Verfahrens auch nach Wegfall der zuständigkeitsbegründenden Elemente – wäre völkerrechtlich unvertretbar.

Wer Immunität genießt, darf im Umfang seiner Immunität ja gerade keiner fremden Staatsgewalt unterworfen werden. Diese grundsätzliche Gerichtsfreiheit kann nicht davon abhängig gemacht werden, ob sie schon einen Tag vor oder erst einen Tag nach Gerichtsanhängigkeit begründet wird. Soweit die Immunität Schutz gewährt, tut sie das ab dem Zeitpunkt, ab dem sie besteht. Der rechtzeitige Beginn eines Verfahrens ist dabei ohne Bedeutung. Sucht man den Vergleich zum Strafrecht, wird die dahinterstehende Wertung plastisch: die Inhaftierung eines Botschafters wird nicht dadurch völkerrechtlich besser, dass das zuständige Kommissariat die Anzeige einen Tag vor seiner Ernennung entgegengenommen hat. Jede denkbare Begründung für die Ausnahme von der Gerichtsbarkeit greift daher auch hier und gebietet Schutz vor hoheitlichen Akten. Sonst erlangte die Immunität – diesmal freilich zum Nachteil des Immunitätsträgers – ein aleatorisches Element, bei dem es zu einem seltsamen Wettlauf zwischen nationalem Recht und Immunität käme.

Daraus kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass die plötzliche Verwirklichung eines Immunitätsstatbestands aus völkerrechtlichen Gründen auf mangelfreie frühere Verfahrensschritte ausstrahlen müsste.

Allen Beteiligten wäre gedient, wenn mit dem Verfahren innegehalten würde, solange die Immunität die Weiterführung hindert. Die Amtsgeschäfte des Immunitätsträgers würden dadurch nicht behindert, sein Ansehen oder die Würde seines Staates nicht beeinträchtigt,

die Staatensouveränität gewahrt, gleichzeitig aber auch dem legitimen und auch völkerrechtlich relevanten Rechtsschutzbedürfnis des Prozessgegners Rechnung getragen. ME besteht daher keine völkerrechtliche Notwendigkeit, Immunität prozessvernichtend aufzufassen. Soweit ersichtlich, wird ein solcher Standpunkt auch in der völkerrechtlichen Literatur nicht vertreten. Es bleibt somit die Frage, inwieweit eine rechtsschutz- und damit grundrechtsfreundliche Interpretation der zivilprozessualen *lex lata* möglich ist.

b) Zivilprozessualer Gestaltungsspielraum

Dazu sind zuerst die Bestimmungen zu untersuchen, die als Begründung für die verfahrenszerstörende Wirkung nachträglicher Immunität angeführt werden, also §§ 29 und 42 JN. Sie müssen darauf geprüft werden, ob die Zurückweisung durch sie zwingend vorgegeben ist. Ist das nicht der Fall, ist zu überlegen, ob sich eine Basis für das hier befürwortete „Zuwarten“ finden lässt.

§ 29 JN normiert an sich den Grundsatz der „*perpetuatio fori*“, nach dem jedes Gericht in Rechtssachen, die bei ihm rechtmäßig anhängig gemacht wurden, auch dann zuständig bleibt, wenn die die Zuständigkeit begründenden Umstände später wegfallen.¹¹⁷⁾ „Dies gilt jedoch nicht von solchen Änderungen, auf Grund derer Personen Immunität genießen“ (§ 29 Satz 2 JN). Diese Ausnahme von der *perpetuatio fori* (hier wohl präziser: *perpetuatio iurisdictionis*) ist bei der Immunität konsequent und notwendig, sie sagt aber noch nichts über Auswirkungen auf das vorangegangene Verfahren aus.

Eine Interpretation, dass nur eine Weiterführung des Verfahrens trotz Immunität unzulässig ist, entspricht dem systematischen Zusammenhang (Regel-Ausnahme) und lässt der Norm einen wichtigen – weil völkerrechtlich vorgegebenen – Gehalt: keine Verfahren gegen Gerichtsfreie, selbst wenn die Immunität nicht von Anfang an vorlag. Für eine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung besteht kein Grund. Einer rechtsschutz- und damit grundrechtsfreundlichen Auslegung ist der Vorzug zu geben.

Eine weitere Hürde könnte § 42 JN bilden, nach dem das Gericht, wenn die anhängig gewordene Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen ist, in jeder Lage des Verfahrens seine Unzuständigkeit und die Nichtigkeit des vorangegangenen Verfahrens auszusprechen hat. Das Gleiche gilt für Gerichte höherer Instanz, wenn der Mangel erst hier offenbar wird (§ 42 Satz 2 JN).

Die hA will § 42 JN unterschiedslos auf alle Immunitätsprobleme, also auch die nachträgliche Immunität anwenden. Gedacht war die Norm freilich wohl vor allem dazu, die Probleme von Verfahrensschritten gegen einen tatsächlich immunen Beklagten zu bewältigen.

Hoheitsakte gehen, es handelt sich also per definitionem um *acta iure gestionis*. Nur in Fällen, wo die Immunität wirklich immer währt, zu denken ist insb an vererbliche Positionen als Staatsoberhaupt (zB die Königin von England), steht die Unzulässigkeit fest. In solchen Fällen kommt man um die Zurückweisung nicht umhin.

116) Vgl den aus dem Diplomatentrecht stammenden Grundsatz des „*ne impediatur legatio*“ und die Ausführungen zur Arrest-Warrant-Entscheidung oben bei FN 90. Vgl außerdem Lücke, Immunität 190 ff. Auch Watts, RdC 1994 III 103 meint, dass „*functional considerations*“ nunmehr als der wirkliche Grund für Immunitätsprivilegien akzeptiert werden.

117) *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 517.

Wird die völkerrechtliche Rechtslage vom (Unter-)Gericht verkannt und werden gegen einen Immunität genießenden Beklagten Verfahrensakte gesetzt, verletzt der Staat nämlich seine völkerrechtlichen Pflichten. Die in § 42 JN vorgesehene Aufhebung hat daher primär die Funktion, völkerrechtliches Unrecht ungeschehen zu machen.¹¹⁸⁾

§ 42 JN kann vor diesem Hintergrund widerspruchsfrei so verstanden werden, dass er den Regelfall der (fälschlichen Beurteilung der) Immunität bei Verfahrenseinleitung vor Augen hat und die jederzeitige Wahrnehmbarkeit einer von Anfang an fehlenden Prozessvoraussetzung normiert.

Dieser teleologische Hintergrund wird durch die Wortlautinterpretation gestützt: Einerseits wird im ersten Satz als Tatbestand formuliert, dass die Rechtssache „der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch den ordentlichen Gerichten entzogen ist“, der Gesetzgeber bedient sich also des Präsens und bezeichnet damit eher einen statischen Zustand als ein später eintretendes Ereignis. Vor allem spricht für die hier vertretene Auslegung aber die Formulierung des zweiten Satzes, der das Offenbarwerden des Mangels in höherer Instanz regelt. Sprachlich passt die Wendung vom Offenbarwerden nur schlecht auf den nachträglichen Eintritt des Prozesshindernisses in höherer Instanz. Wird – um beim Beispiel von *Rechberger/Simotta* zu bleiben – der Beklagte während des Prozesses zum Botschafter ernannt, ist es nicht so, dass das Prozesshindernis dann offenbar wird, es entsteht vielmehr erst. Offenbaren kann sich demgegenüber nur, was schon da, aber bisher unerkannt geblieben ist. Eine entscheidende Stütze dieses Begriffsverständnisses liefert § 42 Abs 2 JN, nach dem auf Antrag der obersten Verwaltungsbehörde eine Entscheidung aufzuheben ist, wenn der Mangel der inländischen Gerichtsbarkeit „erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens offenbar“ wird. Hier liegt – bei derselben Formulierung – nicht nur sprachlich nahe, dass es um die Aufdeckung eines schon vorhandenen Prozesshindernisses geht, es ist auch rechtlich zwingend. Wurde die Immunität erst nach Rechtskraft begründet, bleibt die Entscheidung selbstverständlich unangetastet.

§ 42 JN hat also primär andere Fälle als jene nachträglicher Immunität vor Augen und versucht, völkerrechtliches Unrecht zu sanieren, das bei nachträglicher Immunität in Anbetracht des bisher mangelfreien Verfahrens gar nicht vorhanden ist. Auch aus § 42 JN folgt daher keine prozessrechtliche Notwendigkeit der Zurückweisung der Klage und Nichtigerklärung des gesamten Verfahrens.

Hier wurde als immunitäts- und rechtsstaatswahrende Ideallösung eine Unterbrechung des Verfahrens befürwortet. Ein eigener Unterbrechungstatbestand lässt sich der ZPO nicht entnehmen.

Vielmehr regelt die ZPO in den §§ 155 bis 167 prinzipiell Fälle, in denen eine Partei nicht oder nicht rechtzeitig einschreiten kann und deshalb durch Unterbrechung vor einer nahtlosen Weiterführung des Verfahrens und damit für sie einhergehenden Risiken (fehlendes rechtliches Gehör) geschützt wird.¹¹⁹⁾ Demgegenüber ist in unserer Konstellation nicht die Weiterführung, sondern gerade die drohende Beendigung des

Verfahrens das Problem. Dies spricht freilich nicht gegen die Annahme einer Unterbrechung, sondern sogar dafür. Gefährdet ist nämlich die andere Verfahrenspartei. Wenn die ZPO aber sogar denjenigen schützt, in dessen Sphäre der Hinderungsgrund liegt, bedarf der Prozessgegner doch umso mehr des Schutzes. Niemandem würde etwa einfallen, das Nichterscheinen des Beklagten wegen Verhinderung (§ 162 ZPO) zur Zurückweisung der Klage führen zu lassen. Der Schutz des Gegners wird von den Unterbrechungsgründen daher selbstverständlich vorausgesetzt, nur bei der Immunität wurde er bislang nicht gewährt.

Die dadurch entstehende Lücke kann jedoch durch Analogie geschlossen werden. Dass die Prozessrechtspraxis und -doktrin der Erweiterung der gesetzlich normierten Unterbrechungstatbestände nicht abgeneigt ist, zeigen vielfältige Beispiele.¹²⁰⁾ Dabei soll jedoch nicht verhehlt werden, dass die Befürwortung der analogen Anwendung eines Unterbrechungstatbestands sich in diesem Fall nicht von den starken rechtsstaatlichen Bedenken trennen lässt, die eine Zurückweisung weckte.

Die Suche nach der passendsten Analogiebasis könnte hier daher zwar dahinstehen, weil wertungsmäßig alle Tatbestände zur Lückenschließung taugen würden, allerdings soll darauf hingewiesen werden, dass nicht recht einsichtig wäre, warum das Verfahren nur dann unterbrochen werden soll, wenn der Beklagte durch eine obrigkeitliche Anordnung „vom Verkehre mit dem Gericht abgeschnitten ist“ (§ 162 ZPO), nicht aber, wenn er durch obrigkeitliche Ernennung zum Minister der Gerichtsbarkeit entzogen wird.

Eine Unterbrechung des Verfahrens bei nachträglicher Immunität ist daher aus Rechtsschutzüberlegungen wünschenswert und in analoger Anwendung der Unterbrechungstatbestände der §§ 155 ff ZPO (§ 162 ZPO) begründbar. Dem stehen §§ 29, 42 JN nicht entgegen. Die Unterbrechung dauert an, bis das Immunitätshindernis wieder wegfällt.

c) Ergebnis

Verwirklicht sich während laufenden Verfahrens ein Immunitätstatbestand, sind die Nichtigerklärung des bisherigen Verfahrens und Zurückweisung der Klage aus völkerrechtlicher Sicht nicht geboten.

Bei nachträglicher Immunität ist das Verfahren bis zum Wegfall der Immunität zu unterbrechen. Diese Lö-

118) *Matscher in Fasching* I² Art IX EGJN Rz 119.

119) *Fink in Fasching/Konecny* I/2, Vor §§ 155 – 167 ZPO Rz 15. Als Unterbrechungsgründe kraft Gesetzes nennt die ZPO den Tod einer Partei (§§ 155 – 157 ZPO), den Verlust der Prozessfähigkeit und den Wegfall gesetzlicher Vertretung (§ 158 ZPO), die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei (§ 159 ZPO), Wechsel in der Person des Rechtsanwalts (§ 160 ZPO), die Einstellung der Amtstätigkeit des Gerichts (§ 161 ZPO). Eine Aussetzung durch richterliche Anordnung ist ua bei zufälliger Verhinderung einer Partei (§ 162 ZPO) möglich.

120) § 155 ZPO wird etwa sinngemäß auf den Untergang juristischer Personen angewendet (*Fink in Fasching/Konecny* I/2 § 155 ZPO Rz 7 ff); § 190 ZPO wird herangezogen, wenn sich während eines Verfahrens die Notwendigkeit einer Sachwalterbestellung ergibt (*Fink in Fasching/Konecny* I/2 § 158 ZPO Rz 2 mwN); § 158 ZPO wird analog angewendet, wenn die Vertretungsbefugnis eines Abwesenheitskurators erlischt (*Fink in Fasching/Konecny* I/2 § 158 ZPO Rz 20); § 159 wird analog angewendet, wenn der Konkurs aufgehoben wird und der Masseverwalter in einem Prozess mit Anwaltspflicht selbst eingeschritten ist (*Fink in Fasching/Konecny* I/2 § 158 ZPO Rz 20).

sung ist mit den einschlägigen §§ 29 und 42 JN zwanglos vereinbar und trägt in hinreichendem Maß dem als Menschenrecht geschützten Recht auf ein faires Verfahren und auf Zugang zu Gericht Rechnung.

2. Immunität bei Verfahrenseinleitung

Liegt das Hindernis der Immunität schon bei der Einleitung des Verfahrens vor, wird eine amtswegige Zurückweisung a limine für zulässig gehalten.¹²¹⁾ Dies ergebe sich aus § 42 JN, der die Wahrnehmung der Unzuständigkeit in „jeder Lage des Verfahrens“ (§ 42 Abs 1 Satz 1 JN), also auch ganz am Beginn, gestatte.

Das herrschende Verständnis dieser Norm gewährt dem Beklagten somit größtmöglichen Schutz, das Gericht kann schon die Einleitung eines Verfahrens verweigern und eine Klage bei (notorischer) Immunität ohne Weiteres sofort zurückweisen.

Dies ist weniger problematisch, wo eine Zuständigkeit des Heimatstaates besteht; der Kläger soll eben dort klagen. Allerdings sind Immunitäten häufig unklar, es ist nicht zwangsläufig evident, ob der Beklagte Schutz genießt oder nicht. Selbst wenn ein Immunitätstatbestand vorliegt, ist jedoch stets zu bedenken, dass der Beklagte auf seinen Schutz verzichten kann. Es ist daher zu überlegen, ob das Gericht nicht grundsätzlich das beehrte Verfahren einleiten muss.

a) Völkerrechtliche Anforderungen an den Schutz

Die Notwendigkeit einer a-limine-Zurückweisung besteht völkerrechtlich nicht.¹²²⁾ Sie ist insb keine logische Konsequenz des Instituts der Immunität an sich, sondern datiert aus einer Zeit, in der einfachere und vergleichsweise statische Immunitätsregeln gegolten haben (absolute Immunität für den Staat und seinen Souverän) und Immunitätsverzicht nicht vorkamen, weil sie eine Unterwerfung unter ein fremdes Staatsoberhaupt bedeutet hätten. Die Umstände haben sich mittlerweile geändert. Einerseits sind die Grenzen der Immunität keineswegs überall klar, andererseits besteht stets die Möglichkeit eines Immunitätsverzichts, der selbst bei evidenter Immunität zur Beseitigung des Verfahrenshindernisses führen und die Durchführung des Verfahrens zulässig machen würde.¹²³⁾

Ein entscheidendes Argument gegen die Befürwortung einer Zurückweisung a limine findet sich in § 1608 des amerikanischen Foreign Sovereign Immunities Act,¹²⁴⁾ in section 12 des britischen State Immunities Act¹²⁵⁾ und in Art 16 des Europäischen Übereinkommens über die Staatenimmunität, die alle die Zustellung der verfahrenseinleitenden Schriftsätze vorsehen.¹²⁶⁾

Gegen die auch in Deutschland verbreitete – allerdings wohl auf dem Rückzug befindliche – Auffassung, schon die Zustellung der Klage sei unzulässig,¹²⁷⁾ wendet sich auch Geimer, der nicht nur die Zustellung, sondern auch die Ladung völkerrechtlich für durchaus zulässig hält.¹²⁸⁾ Das Vorliegen von Immunität hätte in der Folge der beklagte Staat einzuwenden, sei aber auch von Amts wegen zu prüfen. Schließlich sei gegen den fremden Staat auch ein Versäumnisurteil zulässig, wenn er bei der anberaumten Tagsatzung nicht vertreten war und das Gericht auf Grund seiner eigenen Prüfung nicht zum Ergebnis gekommen ist, dass im konkreten

Fall Immunität vorliege.¹²⁹⁾ Ähnlich wollen auch Rosenberg/Schwab/Gottwald eine Klage „soweit erforderlich“ zustellen und über die Immunität streitig entscheiden.¹³⁰⁾

Diese Auffassung hat bereits vor 20 Jahren Niederschlag in einer viel beachteten E des LG Hamburg gefunden. Es könne „im Interesse der für die Rechtsfindung erforderlichen Aufklärung sowie wegen der komplexen Voraussetzungen [der Immunität auf die Zustellung der Klage und die Anberaumung eines Termins] nicht verzichtet werden. Erst die Klagszustellung gibt der möglichen gerichtsfreien Person Kenntnis von der Klage und damit die Möglichkeit, auf die Befreiung uU zu verzichten. Die Terminsanberaumung, über die die mögliche gerichtsfreie Person mit der Anempfehlung des Erscheinens zu informieren ist, gibt den Parteien die weitere Möglichkeit, in der einen oder anderen Richtung bezüglich der Gerichtsfreiheit vorzutragen und Beweise anzutreten. [...] Auch belastet das eingeschlagene Verfahren die Souveränität des Entsendestaates nicht¹³¹⁾.“

Völkerrechtlich ist daher nur so viel geboten: Steht die Immunität fest, dürfen gegen den Gerichtsfreien keine weiteren Verfahrensschritte mehr gesetzt werden.

b) Zivilprozessualer Gestaltungsspielraum

Das Völkerrecht lässt daher einigen Spielraum, wie mit Immunitäten bei Verfahrenseinleitung umgegangen wird. Aus dem Bestehen dieses Gestaltungsspielraums kann freilich noch kein Rückschluss auf die tatsächliche Ausnützung gezogen werden. Diese obliegt den nationalen Prozessrechten, ein Staat kann sich entscheiden, mehr an Schutz zu gewähren, als er muss.¹³²⁾ Dabei darf jedoch nicht verkannt werden, dass der (einfache) Gesetzgeber bei seinen Entscheidungen darüber nicht völlig frei ist, sondern durch die Verfassung und durch das Völkerrecht, insb durch die MRK, gebunden wird.

Im Lichte dessen entpuppt sich die Befürwortung der Zulässigkeit einer a-limine-Zurückweisung aber

121) Vgl *Ballon* in *Fasching* I² § 43 JN Rz 1; vgl dazu jüngst auch *Hintersteiner*, Anm zu OGH in JBI 2002, 57.
 122) Vgl auch *Matscher* in *Fasching* I² Vor Art IX EGJN Rz 82; Art IX EGJN Rz 123.
 123) Dazu gleich unten b.
 124) „Service in the courts of the United States and of the States shall be made upon a foreign state or political subdivision of a foreign state: (1) by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with any special arrangement for service between the plaintiff and the foreign state or political subdivision; or (2) if no special arrangement exists, by delivery of a copy of the summons and complaint in accordance with an applicable international convention on service of judicial documents“.
 125) „Any writ or other document required to be served for instituting proceedings against a State shall be served by being transmitted through the Foreign and Commonwealth Office to the Ministry of Foreign Affairs of the State and service shall be deemed to have been effected when the writ or document is received at the Ministry.“
 126) „Die zuständigen Behörden des Gerichtsstaats übermitteln die Urschrift oder eine Abschrift des das Verfahren einleitenden Schriftstücks [...] auf diplomatischem Weg dem Außenministerium des beklagten Staates zur etwaigen Weiterleitung an die zuständige Behörde.“
 127) *Wolf* in *MüKo* ZPO III (1992) Vor §§ 18 – 20 GVG Rz 4; *Schreiber* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO V (1995) § 18 GVG Rz 5.
 128) *Geimer*, IZPR⁵ Rz 480.
 129) *Geimer*, IZPR⁵ Rz 480 ff.
 130) *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁶ § 19 Rz 14.
 131) LG Hamburg in NJW 1986, 3034.
 132) *Geimer*, IZPR⁵ Rz 484.

nicht nur als Übererfüllung völkerrechtlicher Anforderungen, sondern zugleich als rechtsstaatlich überaus bedenkliche Beschneidung des Rechts des Klägers auf Zugang zu Gericht, also seines Justizgewährungsanspruchs. Die Rechnung für eine so großzügige Handhabung der Immunität wird schließlich vom Kläger bezahlt, dem (auf Verdacht) die Geltendmachung seines Rechts verwehrt wird und dessen Prozesskosten frustriert verfallen. Das Spannungsverhältnis zum Recht auf Justizgewährung ist evident.

Es ist daher nicht nur völkerrechtlich nicht erforderlich, die Klage a limine zurückzuweisen,¹³³⁾ sondern aus nationalen wie völkerrechtlichen grundrechtlichen Überlegungen sogar geboten, sie (einfach) zuzustellen.¹³⁴⁾ Auch gegen die Anberaumung eines Verhandlungstermins spricht nichts.¹³⁵⁾ Es besteht kein Grund für das österr. Gericht, Immunität anzunehmen, wo sie vielleicht durch Verzicht beseitigt wird,¹³⁶⁾ und so Schutz zu gewähren, der gar nicht gewünscht wird.

Ein solches Ergebnis ist zweifellos mit der zivilprozessualen *lex lata* vereinbar. Es lässt sich in zweierlei Hinsicht an § 42 JN ansetzen: Einerseits kann schon auf Ebene der Wortlautinterpretation gesagt werden, dass so lange die berechtigte Hoffnung auf einen Verzicht besteht, die anhängige Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit noch nicht (sicher) entzogen ist. Es bedarf eben eines entsprechenden Substrats, um eine Ausnahme von der Gerichtsbarkeit zu bejahen, das vor der zumindest versuchten Anhörung des Beklagten nicht vorhanden ist.

Andererseits sprechen für die hier vertretene Auffassung auch teleologische Gründe (Wem nützt die a-limine-Zurückweisung? Wem würde die Zustellung schaden?). Schließlich kann man diese Ansicht auch dadurch rechtfertigen, dass § 42 JN rechtsschutzfreundlich und damit verfassungskonform auszulegen ist.¹³⁷⁾

Eine solche Auslegung wäre auch systemkonform. Zu denken ist an die gesetzlich vorgesehenen Heilungsversuche beim Fehlen anderer Prozessvoraussetzungen. So ist zB nach § 6 ZPO zu versuchen, das Fehlen der persönlichen Prozessvoraussetzungen der Prozessfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung zu heilen,¹³⁸⁾ auch bei fehlender Zuständigkeit ist (in der Verhandlung) ein Heilungsversuch zu unternehmen (§ 182 ZPO).¹³⁹⁾ Bei der Immunität sollte nichts anderes gelten.

Im Ergebnis spricht daher nichts für die Zulässigkeit einer a-limine-Zurückweisung. Das Gericht hat vielmehr das Verfahren einzuleiten. Dies gilt für alle Arten von Immunitäten, daher insb. auch für die Staatenimmunität und die diplomatische Immunität.

Erst wenn sicher feststeht, dass die Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit entzogen ist, ist eine Zurückweisung zulässig.

Schwierigkeiten könnten in diesem Zusammenhang freilich wieder jene Immunitäten bereiten, die – anders als die Staatenimmunität – endlich sind. Sie waren schon Anlass, beim nachträglich eintretenden Prozesshindernis der Immunität eine von der hA abweichende Lösung zu entwickeln, die von einer Unterbrechung ausgeht. Es stellt sich die Frage, ob die Interessenlage eine gleiche Behandlung verlangt, ob also auch bei anfänglicher Immunität bis zum Wegfall des Hindernisses statt einer Zurückweisung zugewartet werden sollte.

Die diesbezüglich zur nachträglichen Immunität angestellten Überlegungen können nicht nahtlos auf diese Fallvariante umgelegt werden. Dort ging es um die böse Überraschung eines Klägers, der richtigerweise eine nicht gerichtsfreie Person geklagt und nur das Pech gehabt hat, dass sein Prozessgegner während laufenden Verfahrens immun würde. Gegen solche Unglücksfälle kann keine Vorsorge getroffen werden, auch der sorgfältigste Kläger kann sich ihnen nicht entziehen. Bei Fällen anfänglicher Immunität könnte man demgegenüber sagen, wer einen von Anfang an gerichtsfreien klagt, sei selbst schuld. Unzweifelhaft entspricht das Schutzbedürfnis des Klägers in Fällen anfänglicher Immunität nicht jenem bei nachträglicher Immunität.

Dabei soll allerdings nicht vergessen werden, dass der Kläger sich häufig einem wenig trennscharf abgegrenzten Immunitätsrecht gegenüber sieht. Das inkludiert nicht nur die oben skizzierten Unsicherheiten bei der Frage der Immunität und ihres Umfangs bei Staatsoberhäuptern und Regierungsmitgliedern, sondern setzt sich nahtlos bei der hier idealtypisch vorausgesetzten Abgrenzung zwischen *acta iure imperii* und solchen *iure gestionis* fort, die in der Praxis vielfältige Schwierigkeiten bereitet.¹⁴⁰⁾

Dem Kläger wird also die Entscheidung zu klagen oder zuzuwarten nicht leicht gemacht. Klagt er nicht, obwohl die Klage doch zulässig gewesen wäre, droht die Verjährung; klagt er und stellt sich die Immunität heraus, der Verlust der Kosten.¹⁴¹⁾

ME wäre daher auch in diesem Fall ein Zuzuwarten mit dem Verfahren denkbar. Das Völkerrecht verlangt nicht mehr, das nationale Recht könnte den Kläger daher schützen.

c) Ergebnis

Die a-limine-Zurückweisung einer Klage wegen Immunität ist grundsätzlich unzulässig.

Das Völkerrecht gebietet eine solche Behandlung der Immunität nicht, grundrechtliche Überlegungen verbieten sie aber als sachlich nicht gerechtfertigte Einschränkung des Rechts auf Zugang zu Gericht (Justizgewährungsanspruch).

Es ist daher die Klage zuzustellen. Erst wenn sicher feststeht, dass die Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterliegt und kein Verzicht des Beklagten erfolgt ist, ist eine Zurückweisung zulässig.

Überlegenswert erscheint, mit dem Verfahren statt einer Zurückweisung nur innezuhalten, wenn zwar Immunität besteht und auf diese nicht verzichtet wird, diese aber aus anderen Gründen als einem Verzicht in Hinkunft (wieder) erlöschen wird. →

133) So auch Geimer, IZPR⁵ Rz 479.

134) Vgl. zu den praktischen Schwierigkeiten OGH in JBl 2002, 57 (Hintersteiner) und Schreuer, ÖJZ 1991, 41.

135) Matscher in Fasching¹² Art IX EGJN Rz 123, 201; Geimer, IZPR⁵ Rz 479 ff., 525; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht¹⁶ § 19 Rz 14 ff.

136) Ausführlich Damian, Gerichtszwang 89 f; Geimer, IZPR⁵, Rz 480 ff.

137) Im Lichte der teleologischen und verfassungsrechtlichen Argumente wäre mE auch eine Reduktion unproblematisch.

138) Schubert in Fasching/Konecny² II/1 § 6 ZPO Rz 6–8.

139) Vgl. Schragel in Fasching/Konecny² II/2 § 182 ZPO Rz 19.

140) Vgl. nur Schaumann, Immunität 75 ff; Watts, RdC 1994 III 52 ff.

141) Zur Verjährung bei Zurückweisung wegen Immunität s. FN 114.

D. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

- Im Bereich der Staatenimmunität ist heute unbestritten, dass Immunität nur für *acta iure imperii* zusteht.
- Bei Staatsoberhäuptern ist der Immunitätsumfang unsicher. Jedenfalls besteht Immunität für *acta iure imperii*. Ob darüber hinaus absolute Immunität *ratione personae* besteht, ist umstritten.
- Regierungsmitglieder und sonstige Staatsorgane genießen in Zivilsachen nicht absolute, sondern nur funktionale Immunität (als Ausfluß der Staatenimmunität).
- Selbst bei Bejahung von absoluter Immunität bei Staatsoberhäuptern und Regierungsmitgliedern auch für andere Akte als solche *iure imperii*, darf durch die Immunität dem Kläger nicht jegliches Forum genommen werden. Dies gebieten nationale wie internationale menschenrechtliche Garantien. Art 31 Abs 1 lit a und b WDK sind als Positivierun-

gen eines allgemeinen Rechtsschutzgedankens zu verstehen und daher auch außerhalb der diplomatischen Immunität anzuwenden.

- Bei nachträglich eintretender Immunität *ratione personae* während eines laufenden Zivilverfahrens ist es unzulässig, das Verfahren für nichtig zu erklären und die Klage zurückzuweisen. In sinngemäßer Anwendung der Unterbrechungstatbestände der ZPO ist das Verfahren zu unterbrechen, bis die Immunität wieder wegfällt.
- Bei anfänglicher Immunität im Zeitpunkt der Gerichtsanhängigkeit ist die Klage zuzustellen und eine Tagsatzung anzuberaumen. Eine *a-limine*-Zurückweisung wegen Immunität ist unzulässig. Erst wenn sicher feststeht, dass die Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterliegt und kein Verzicht des Beklagten erfolgt ist, ist eine Zurückweisung zulässig. Wird die Immunität aus anderen Gründen als einem Verzicht in Hinkunft (wieder) erlöschen, ist mit dem Verfahren innezuhalten.

→ In Kürze

Wer genießt wofür Immunität und wie wirkt sie sich aus? Der Beitrag untersucht die Immunität von Staaten und Staatsorganen im Lichte neuer grundrechtlicher Aspekte. Zum Umgang mit Immunitäten im Zivilprozess vertritt der Autor eine zurückhaltende Berücksichtigung, die völkerrechtlichen und grundrechtlichen Anforderungen gleichermaßen entspricht.



→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Martin Spitzer ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht in Wien. Kontakt: Schottenbastei 10 – 16, 1010 Wien; E-Mail: martin.spitzer@univie.ac.at

Vom selben Autor erschienen:

Perner/Spitzer, Bürgerliches Recht (2007); *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004).

Literatur:

Leipold, Immunität versus Rechtsschutzgarantie, in FS Lücke (1997) 363; *Matscher* in *Fasching I*, Kommentierung zu Art IX EGJN; *Sir Arthur Watts*, *Recueil de Cours* 1994 III 19.