

VIZ.LAW

MAKING RESEARCH BEAUTIFUL

bverfg-2015-06-25-1-bvr-43914

Gründe

I.

1

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob das Landesarbeitsgericht nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet sein kann, den Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen, wenn es die Revision nicht zulässt.

2

Der Beschwerdeführer war als Leiharbeitnehmer von 2008 bis 2013 ununterbrochen an dieselbe Entleiherin überlassen. Im Ausgangsverfahren machte er unter Berufung auf § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG geltend, wegen der nicht nur vorübergehenden Überlassung sei ein Arbeitsverhältnis mit der Entleiherin begründet worden. Seine Klage hatte beim Arbeitsgericht und beim Landesarbeitsgericht keinen Erfolg. Das Landesarbeitsgericht führte zur Begründung aus, die vom Beschwerdeführer angestrebte Rechtsfolge ergebe sich nicht aus den Bestimmungen des

Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Dies widerspreche auch nicht der Leiharbeitsrichtlinie 2008/104/EG, denn diese sehe keine bestimmte Sanktion bei einem nicht nur vorübergehenden Einsatz vor. Die Revision ließ das Landesarbeitsgericht nicht zu.

3

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG wegen Nichtvorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union. Es handele sich um eine ungeklärte Frage der Auslegung der Leiharbeitsrichtlinie. Der Rechtsweg sei mit dem Urteil des Landesarbeitsgerichts erschöpft, weil die Revision im Urteil nicht zugelassen worden sei.

II.

4

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen (§ 93a Abs. 2 BVerfGG), weil sie unzulässig und offensichtlich unbegründet ist.

5

1. Die Verfassungsbeschwerde ist mangels Rechtswegerschöpfung nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG unzulässig. Der Beschwerdeführer hat keine Nichtzulassungsbeschwerde zur Eröffnung der Revision eingelegt und die Voraussetzungen dafür, dies hier für unzumutbar zu halten, liegen nicht vor.

6

Die Nichtzulassungsbeschwerde gehört zum Rechtsweg, der vor der Erhebung der Verfassungsbeschwerde erschöpft werden muss (vgl. BVerfGE 91, 93 <106>). Ihre Einlegung ist nur in eng begrenzten Ausnahmefällen nicht zumutbar, etwa wenn im Hinblick auf eine gefestigte jüngere und einheitliche Rechtsprechung ein von dieser Rechtsprechung abweichendes Ergebnis offensichtlich ausgeschlossen erscheint (vgl. BVerfGE 68, 376 <380 f.>).

7

Die Nichtzulassungsbeschwerde kann auch auf die grundsätzliche Bedeutung einer Rechtsfrage des Unionsrechts gestützt werden (vgl. BVerfGE 82, 159 <196>). Sie war nicht deswegen offensichtlich aussichtslos, weil das Bundesarbeitsgericht zeitlich ganz unmittelbar vor der angegriffenen Entscheidung des Landesarbeitsgerichts die Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit der Entleiherseite im Wege richtlinienkonformer Auslegung abgelehnt hatte (vgl. BAG, Urteil vom 10. Dezember 2013 - 9 AZR 51/13 -, juris, Rn. 32 ff.). Es handelte sich mit dieser kurzfristig vorliegenden, ersten höchstrichterlichen Entscheidung einer in Literatur und Instanzrechtsprechung umstrittenen Rechtsfrage somit nicht um gefestigte und einheitliche Rechtsprechung, die weitere Revisionsverfahren offensichtlich aussichtslos werden ließe. Zudem hat sich das Bundesarbeitsgericht in dieser Entscheidung nicht

zur Frage einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union nach Art. 267 AEUV verhalten. Folglich konnte der Beschwerdeführer nicht davon ausgehen, dass eine Nichtzulassungsbeschwerde in seinem Fall offensichtlich aussichtslos sein würde.

8

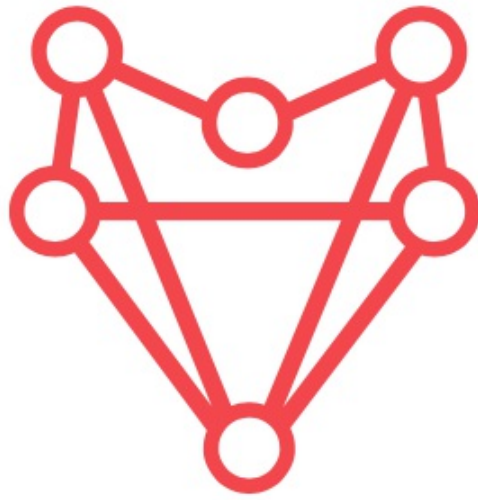
2. Die Verfassungsbeschwerde ist im Übrigen offensichtlich unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat den Anspruch des Beschwerdeführers auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht verletzt.

9

Ein nationales Gericht ist zwar unter den Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV von Amts wegen gehalten, den Gerichtshof der Europäischen Union anzurufen (vgl. BVerfGE 135, 155 <230 f., Rn. 177>). Jedoch ist das Landesarbeitsgericht kein zur Vorlage verpflichtetes letztinstanzliches Gericht im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV, denn sein Urteil hätte mit dem Rechtsmittel der Nichtzulassungsbeschwerde angegriffen werden können. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat klargestellt, dass Entscheidungen dann nicht von einem letztinstanzlichen Gericht im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV stammen, wenn sie bei einem obersten Gericht angefochten werden können, selbst wenn eine solche Anfechtung der vorherigen Zulassung durch das oberste Gericht bedarf (vgl. EuGH, Urteil vom 4. Juni 2002, Lyckeskog, C-99/00, Slg. 2002, I-4839, Rn. 16). Dies ist auch für die Nichtzulassungsbeschwerde gegen Urteile des Landesarbeitsgerichts anerkannt (vgl. BAG, Beschluss vom 8. Dezember 2011 - 6 AZN 1371/11 -, juris, Rn. 14).

10

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.



VIZ.LAW

MAKING RESEARCH BEAUTIFUL

lagrlp-2013-02-08-9-sa-34012

Tenor

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen am Rhein vom 09.05.2012, Az.: 7 Ca 36/12, wird zurückgewiesen.
2. Im Wege des Schlussurteils wird die Beklagte verurteilt, den Kläger zu unveränderten Arbeitsbedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in ihrer Filiale, XY-Straße in S. weiter zu beschäftigen als Assistant-Manager.
3. Die erstinstanzlichen Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte zu 86 % und der Kläger zu 14 %. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Beklagte.
4. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1

Die Parteien streiten im Berufungsverfahren über die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 21.12.2011 sowie über einen

2

Der 1978 geborene, verheiratete und 4 Kindern zum Unterhalt verpflichtete Kläger ist seit 1997 bei der Beklagten zuletzt in der Funktion des Assistant-Managers in der Filiale der Beklagten in S. beschäftigt. In dieser Filiale werden ständig mehr als 10 Arbeitnehmer beschäftigt. Der Kläger ist Vorsitzender des in der Filiale errichteten dreiköpfigen Betriebsrats. Weitere Betriebsratsmitglieder sind Frau K. als stellvertretende Vorsitzende und Frau C. als ordentliches Mitglied. Ersatzmitglieder sind in dieser Reihenfolge Frau M., Frau Ak. und Frau A..

3

Unter dem 14.12.2011 hörte die Beklagte den in der Filiale S. bestehenden Betriebsrat zu einer beabsichtigten außerordentlichen fristlosen Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers an. Sie benutzte hierzu ein Formular "Anhörung des Betriebsrats zu einer Kündigung nach § 102 BetrVG". Wegen der Einzelheiten dieses Anhörungsschreibens wird auf Bl. 103 - 105 d. A. Bezug genommen.

4

Mit Datum vom 15.12.2011 gelangte auf dem gleichen Formular eine Stellungnahme des Betriebsrats zur Beklagten. In dieser Stellungnahme ist als Reaktion des Betriebsrats die Rubrik "Zustimmung" angekreuzt. Die Rückäußerung des Betriebsrats trägt als Unterschrift jeweils unter Voranstellung des Kürzels "i.A." die Unterschriften von Frau C. und Frau M.. Unter dem 20.12.2011 hörte die Beklagte den Betriebsrat diesmal unter Verwendung eines Formulars "Anhörung des Betriebsrates zu Kündigungen nach § 103 BetrVG" erneut an. Diesbezüglich wird Bezug genommen auf Bl. 108 - 110 d. A. Erneut gelangte als Stellungnahme des Betriebsrats ebenfalls am 20.12.2011 das Formular unter Ankreuzung der Rubrik "Zustimmung" in Rücklauf, welches von Frau C., Frau M. und Frau A. unterschrieben war.

5

Die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende, Frau K., befand sich zum Zeitpunkt beider Anhörungen und der Rückäußerungen des Betriebsrats in Urlaub. Die weiteren Einzelheiten des Ablaufs der Willensbildung des Betriebsrats sind zwischen den Parteien streitig.

6

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des unstreitigen Sachverhalts sowie des streitigen Vorbringens der Parteien I. Instanz wird gem. § 69 Abs. 2 ArbGG Bezug genommen auf das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen am Rhein vom 09.05.2012, Az.: 7 Ca 36/12 (Bl. 162 ff. d. A.). Soweit für das Berufungsverfahren von Interesse, hat das Arbeitsgericht durch das genannte Teil-Urteil festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der außerordentlichen Kündigung der Beklagten vom 21.12.2011, zugegangen am 21.12.2011, zum 21.12.2011 aufgelöst

worden ist. Über den Antrag des Klägers, die Beklagte zu verurteilen, ihn zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Filiale der Beklagten in S., hilfsweise in einer anderen Filiale in Rheinland-Pfalz oder Baden Württemberg weiterzubeschäftigen, hat das Arbeitsgericht durch das genannte Teil-Urteil nicht entschieden.

7

Zur Begründung hat das Arbeitsgericht -zusammengefasst- ausgeführt:

8

Die streitgegenständliche Kündigung sei mangels ordnungsgemäßer Beteiligung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG rechtsunwirksam. Die unter dem 14.12.2011 erfolgte Einbindung des Betriebsrats stelle keine wirksame Beteiligung nach § 103 BetrVG dar, da ausweislich der vorgelegten Unterlagen nicht ein Verfahren nach § 103 BetrVG, sondern ein solches nach § 102 BetrVG eingeleitet worden sei. Die durch die Betriebsratsmitglieder C. und M. erteilte Zustimmung könne eine Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG nicht ersetzen. Es könne auch nicht unterstellt werden, dass der Betriebsrat in Kenntnis des Sonderkündigungsschutzes des Klägers von sich aus eine Zustimmung nach § 103 BetrVG habe erteilen wollen, da sich die Zustimmung gemäß der Überschrift nur auf eine Kündigung nach § 102 BetrVG bezogen habe. Bei der Behauptung der Beklagten, die Mitglieder des Betriebsratsgremiums hätten in Kenntnis des Sonderkündigungsschutzes des Klägers gehandelt, handele es sich um eine Aussage "ins Blaue hinein". Auch das am 20.12.2011 eingeleitete Zustimmungsverfahren genüge den Anforderungen des § 103 BetrVG nicht. Die Beklagte habe auch unter Berücksichtigung der Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes nicht darauf vertrauen können, dass der zustimmenden Mitteilung des Betriebsrats ein wirksamer Betriebsratsbeschluss zugrunde gelegen habe.

9

Das genannte Teil-Urteil ist der Beklagten am 04.07.2012 zugestellt worden. Sie hat hiergegen mit einem am 25.07.2012 beim Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese innerhalb der durch Beschluss vom 29.08.2012 bis zum 04.10.2012 verlängerten Berufungsbegründungsfrist mit Schriftsatz vom 04.10.2012, beim Landesarbeitsgericht am gleichen Tag eingegangen, begründet.

10

Zur Begründung ihres Rechtsmittels macht die Beklagte nach Maßgabe des genannten Schriftsatzes sowie des weiteren Schriftsatzes vom 07.11.2012, auf die jeweils ergänzend Bezug genommen wird (Bl. 262 ff., 284 f. d. A.), im Wesentlichen geltend:

11

Der Erlass eines Teil-Urteils sei prozessual unzulässig. Das Arbeitsgericht habe die Entscheidung über den Weiterbeschäftigungsantrag nicht einem Schluss-Urteil

vorbehalten können, da dieser rechtlich von der Frage der Wirksamkeit der Kündigung abhängig sei.

12

Unzutreffend sei das Arbeitsgericht auch davon ausgegangen, dass es an einer wirksamen Beteiligung des Betriebsrats fehle. Hinsichtlich der vom Betriebsrat im Rahmen der Anhörung vom 14.11.2011 erfolgten Zustimmung habe die Beklagte ungeachtet der Tatsache, dass eine Anhörung im Rahmen eines Verfahrens nach § 102 BetrVG erfolgt sei, die erteilte Zustimmung als solche nach § 103 BetrVG auffassen können. Für den Betriebsrat sei erkennbar gewesen, dass ein Verfahren nach § 103 BetrVG habe eingeleitet werden sollen. Der Betriebsrat und seine Mitglieder hätten um den Sonderkündigungsschutz des Klägers und der Notwendigkeit einer Zustimmung des Betriebsrats gewusst und hätten auch tatsächlich das Schreiben vom 14.12.2011 als Anhörung i. S. des § 103 BetrVG aufgefasst. Der Betriebsrat habe auch in Kenntnis des Vorliegens der Voraussetzungen des Sonderkündigungsschutzes eine Zustimmung erteilt, so dass das Fehlen eines Antrags nach § 103 BetrVG unschädlich sei. Die ordnungsgemäße Beteiligung des Betriebsrats scheitere auch nicht daran, dass dem Betriebsrat nicht im Formular mitgeteilt worden sei, dass der Kläger vier Kindern zum Unterhalt verpflichtet sei. Die Unterhaltspflichten seien dem Betriebsrat bekannt gewesen. Ferner sei die Mitteilung von Unterhaltspflichten dann, wenn wie hier die Kündigung auf gegen den Arbeitgeber gerichtete Vermögensdelikte gestützt werden solle, entbehrlich. Zwar sei auch der Kündigungssachverhalt im Anhörungsformular nur knapp umrissen, was aber unschädlich sei, weil die Mitarbeiterin C. als einziges seinerzeit nicht verhindertes reguläres Betriebsratsmitglied den gesamten Kündigungssachverhalt selbst mitbekommen habe und von daher den Kündigungssachverhalt vollständig gekannt habe. Unter dem Gesichtspunkt der sogenannten subjektiven Determination sei es auch unschädlich, dass die Anhörung keine Angaben zum bisherigen Verlauf des Arbeitsverhältnisses enthalte. Ebenso unschädlich sei, dass die Zustimmungserklärung mit dem Zusatz "i.A." unterzeichnet worden sei. Schließlich sei die Behauptung des Klägers unrichtig, der Restaurantleiter habe die Mitarbeiterinnen C. und M. nacheinander aufgesucht und zur sofortigen Unterschriftsleistung aufgefordert.

13

Jedenfalls sei das unter dem 20.12.2011 eingeleitete Beteiligungsverfahren nicht zu beanstanden. Die Beklagte habe unter Vertrauensschutzgesichtspunkten auf die Wirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses des Betriebsrats vertrauen dürfen. Mangels eigener Wahrnehmung zum Zustandekommen des Beschlusses habe sie von einem ordnungsgemäßen internen Verfahren des Betriebsrats ausgehen können. Selbst wenn der Beschluss unter den drei Betriebsratsmitgliedern C., M. und Auer im Rahmen einer Telefonkonferenz gefasst worden sein sollte, führe dies nicht zur Unwirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses. Sie habe auch insoweit auf die Wirksamkeit des Beschlusses vertrauen können, da sie keinen Umstand gekannt habe, der die Unwirksamkeit des Beschlusses nach sich ziehe. Sie habe nur gewusst, dass einer ihrer Mitarbeiter gebeten worden war, das Schreiben bei der Mitarbeiterin A. vorbeizufahren, um auch dieser die Unterschrift zu ermöglichen. Die Zeugin A. wollte und sollte vorsorglich unterschreiben, um zu dokumentieren, dass sie den Beschluss

ihrer Betriebsratskollegen mittrage. Auch die Formalien der Beschlüsse seien in Ordnung gewesen. Jedenfalls lägen keine gegenteiligen Informationen vor. Schließlich sei auch ein wichtiger Grund, der zum Ausspruch der außerordentlichen Kündigung berechtige, gegeben.

14

Die Beklagte beantragt,

15

das Teil-Urteil des Arbeitsgerichts Ludwigshafen am Rhein vom 09.05.2012 abzuändern und die Klage abzuweisen und den gestellten Weiterbeschäftigungsantrag ebenfalls abzuweisen.

16

Der Kläger beantragt,

17

die Berufung zurückzuweisen und dem Weiterbeschäftigungsantrag zu entsprechen.

18

Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil nach Maßgabe seines Berufungserwiderungsschriftsatzes vom 29.10.2012 und des weiteren Schriftsatzes vom 12.11.2012, auf die Bezug genommen wird (Bl. 274 ff., 281 f. d. A.), als zutreffend.

Entscheidungsgründe

I.

19

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Das Rechtsmittel ist an sich statthaft. Die Berufung wurde auch form- und fristgerecht eingelegt und -auch inhaltlich ausreichend- begründet.

II.

20

In der Sache hat das Rechtsmittel jedoch keinen Erfolg.

21

1. Die Berufung ist nicht bereits deshalb mit der Folge einer Aufhebung des angefochtenen Teil-Urteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht begründet, weil es sich um ein unzulässiges Teil-Urteil handelte.

22

a) Gem. § 301 ZPO kann ein Teil-Urteil u.a. erlassen werden, wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine zur Entscheidung reif ist. Ein Teil-Urteil darf nicht erlassen werden, wenn die Gefahr der Widersprüchlichkeit von Teil- und Schlussurteil besteht, was u.a. in Fällen sog. Präjudiziabilität anzunehmen ist. Diese ist gegeben, wenn die Entscheidung des Rest-Streits eine Vorfrage für den erledigten Teilstreit erfasst (vgl. etwa: GK-ArbGG/Vossen, § 68 ArbGG, Rz. 17 a; Zöller, ZPO, 28. Aufl., § 301 ZPO Rz. 7; BAG 29.1.1981 -2 AZR 1055/78- EzA § 9 KSchG nF Nr. 10).

23

Ob dem Kläger ein Weiterbeschäftigungsanspruch bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zusteht, ist u.a. von der Vorfrage abhängig, ob nach gerichtlicher Feststellung die streitgegenständliche Kündigung rechtsunwirksam ist.

24

b) Ob entgegen § 68 ArbGG im Falle eines unzulässigen Teil-Urteils eine Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Arbeitsgericht erfolgen kann, wird unterschiedlich beurteilt (bejahend etwa GK-ArbGG/Vossen, aaO., Rz. 17 mwN; offen gelassen in BAG 4.5.2006 -8 AZR 311/05-, juris).

25

Die Berufungskammer ist im Hinblick auf den in Bestandsschutzstreitigkeiten in besonderer Weise geltenden Beschleunigungsgrundsatz der Auffassung, dass der unzulässig geteilte Streitgegenstand in der Rechtsmittelinstanz zusammengeführt werden und das Berufungsgericht dann den beim Arbeitsgericht anhängig gebliebenen Teil an sich ziehen kann (vgl. BAG 24.11.2004 -10 AZR 169/04- EzA § 61 ArbGG 1979 Nr. 19; BAG 12.8.1993 -6 AZR 553/92- EzA § 301 ZPO Nr. 3; ebenso etwa BGH 12.1.1999 –VI ZR 77/98, NJW 1999, 734; offen gelassen in BAG 4.5.2006 -8 AZR 311/05, juris). Demnach war vorliegend im Berufungsverfahren auch über den gestellten Weiterbeschäftigungsantrag zu entscheiden (dazu unten 3.).

26

2. Die Berufung bleibt ohne Erfolg, soweit sie sich gegen die Feststellung der Unwirksamkeit der außerordentlichen Kündigung vom 21.12.2011 richtet. Das Arbeitsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass diese Kündigung bereits mangels der nach § 103 BetrVG erforderlichen Zustimmung des Betriebsrats rechtsunwirksam ist.

27

a) Der Kläger ist Vorsitzender des Betriebs der Beklagten in S.. Gem. § 15 Abs. 1 KSchG kann sein Arbeitsverhältnis nur noch außerordentlich aus wichtigem Grund gekündigt werden und nur dann, wenn hierfür vorher die nach § 103 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats vorliegt. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine wirksame Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG vorlag, trägt im Kündigungsschutzprozess der Arbeitgeber.

28

b) Ein Betriebsratsbeschluss ist nichtig, wenn er entweder einen gesetzeswidrigen Inhalt hat oder nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist, wobei jedoch nur grobe Verstöße gegen Verfahrensvorschriften, die für das Zustandekommen als wesentlich anzusehen sind, die Folge der Nichtigkeit des Beschlusses nach sich ziehen (vgl. etwa BAG 23.8.1984 -2 AZR 391/83- EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 30).

29

Der Betriebsrat fasst seine Entscheidungen durch Beschlüsse, die in einer Sitzung nach rechtzeitiger, unter Mitteilung der Tagesordnung erfolgenden Einladung zu fassen sind, § 29 Abs. 2 BetrVG. Zu diesen Sitzungen sind die Betriebsratsmitglieder und im Falle der Verhinderung eines Betriebsratsmitglieds ein Ersatzmitglied (§ 25 Abs. 1 Satz 2 BetrVG) zu laden. Die Ladung von Ersatzmitgliedern hat dabei in bestimmter Reihenfolge zu erfolgen, § 25 Abs. 2 BetrVG. Hierbei handelt es sich jeweils um wesentliche Verfahrensvorschriften, deren Nichtbeachtung zur Nichtigkeit des Beschlusses führt (vgl. nur DLW/Wildschütz, Kap. 13, Rz. 648 ff. mwN.).

30

c) Vorliegend bestand der 3-köpfige Betriebsrat neben dem Kläger als Vorsitzendem aus den weiter gewählten Mitgliedern Frau K. als stellvertretende Vorsitzende und Frau C. Ersatzmitglieder waren nach Reigenfolge aufgezählt Frau M, Frau Ak. und Frau A..

31

aa) Verhindert an einer Beratung und Beschlussfassung teilzunehmen war aufgrund eigener Betroffenheit der Kläger. Ebenso war die stellvertretende Vorsitzende Frau K. infolge Urlaubs verhindert.

32

Der Betriebsrat bestand damit an den Tagen der Beschlussfassung über die Anträge der Beklagten vom 14. und 20.12.2011 aus dem ordentlichen Mitglied Frau C. und den Ersatzmitgliedern Frau M. und Frau Ak..

33

bb) An der Beschlussfassung hinsichtlich der Zustimmung unter dem 20.12.2011 beteiligt war in welcher Weise auch immer nach Darstellung der Beklagten aber Frau

A. und damit ein Ersatzmitglied, welches in Anwendung des § 25 Abs. 2 BetrVG nicht infolge der Verhinderung des Klägers und der stellvertretenden Vorsitzenden vorübergehend nachrückte. Für eine Verhinderung auch des Ersatzmitglieds Frau Ak. ist nichts ersichtlich. Soweit die Beklagte erstinstanzlich hinsichtlich der Beschlussfassung über ihren Antrag vom 20.12.2011 pauschal behauptet hat, sie gehe davon aus, dass Frau C. die formalen Voraussetzungen für einen wirksamen Beschluss geschaffen habe, aber offenbar die beiden Ersatzmitglieder nicht erreicht habe oder diese seien wohl an einer Teilnahme verhindert gewesen, ändert dies nichts an der rechtlichen Beurteilung. Die Ladung zu einer Betriebsratssitzung hat rechtzeitig zu erfolgen, § 29 Abs. 2 Satz 3 BetrVG. Sie muss so erfolgen, dass die Teilnehmer sich für die Sitzung frei machen und sich angemessen vorbereiten können (vgl. GK-BetrVG /Raab, 10. Aufl., § 29 Rz. 35; BAG 24.5.2006 -7 AZR 201/05- EzA § 29 BetrVG 2001 Nr. 1). Welche Einladungsfrist angemessen ist, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Da dem Betriebsrat in entsprechender Anwendung des § 102 Abs. 2 Satz 2 BetrVG auch im Falle des § 103 BetrVG eine Äußerungsfrist von 3 Tagen verbleibt, konnte Frau C. nicht davon ausgehen, dass bei nicht sofortiger Erreichbarkeit der berufenen Ersatzmitglieder diese verhindert waren. Eine sofortige Entscheidung war weder geboten, noch unter Berücksichtigung des Zwecks der rechtzeitigen Einladung zulässig.

34

cc) Hinsichtlich der Beschlussfassungen vom 14. und 20.12.2011 ist ferner Folgendes festzuhalten:

35

Infolge der Verhinderung des Klägers und auch seiner Stellvertreterin war der Betriebsrat ohne Vorsitzenden, dem die rechtzeitige Einladung unter Mitteilung einer Tagesordnung nach § 29 Abs. 2 Satz 1 BetrVG und im Rahmen der gefassten Beschlüsse die Vertretung des Betriebsrats nach Außen obliegt, § 26 Abs. 2 BetrVG.

36

Sind sowohl der Vorsitzende als auch der stellvertretende Vorsitzende verhindert, nehmen die verbleibenden Mitglieder bzw. die nachrückenden Mitglieder nicht ohne weiteres die Aufgaben des Vorsitzenden wahr. Besteht -wofür vorliegend nichts ersichtlich ist- keine generelle Regelung für diesen Fall, ist die Vertretung ggfs. ad hoc durch Beschluss zu regeln (vgl. GK-BetrVG/Raab, 9. Aufl., § 26 Rz. 67 mwN.). Auch hierzu bedarf es einer Sitzung unter Beteiligung der Betriebsratsmitglieder und der nach den gesetzlichen Regelungen heranzuziehenden Ersatzmitglieder. Dass eine solche Regelung durch vorherigen ad-hoc-Beschluss wirksam gefasst worden wäre, ist nicht ersichtlich.

37

d) Wie das Arbeitsgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG 23.8.1984 -2 AZR 391/83- EzA § 103 BetrVG 1972 Nr. 30) ausgeführt hat, gelten die Grundsätze der sog. Sphärentheorie, die im Rahmen des

§ 102 BetrVG entwickelt wurden, für im Verantwortungsbereich des Betriebsrats liegende Fehler im Rahmen des Verfahrens nach § 103 BetrVG nicht. In Betracht kommt bei einem nichtigen Zustimmungsbeschluss nur die Anwendung der Grundsätze des Vertrauensschutzes zugunsten des Arbeitgebers (BAG 23.8.1984 aaO.), was allerdings voraussetzt, dass der für die Außenvertretung zuständige (§ 26 Abs. 2 BetrVG) Betriebsratsvorsitzende bzw. sein Stellvertreter dem Arbeitgeber mitteilt, die Zustimmung sei erteilt.

38

Bereits hieran fehlt es vorliegend. Die Mitteilung der Zustimmung erfolgte weder bei dem unter dem 14.12. noch unter dem unter dem 20.12.2011 eingeleiteten Anhörungs- bzw. Zustimmungsverfahren durch die stellvertretende Betriebsratsvorsitzende. Die Rückäußerung des Betriebsrats vom 15.12.2011 erfolgte mit dem Zusatz „i.A.“ durch Frau C. und durch Frau M., diejenige vom 20.12.2011 durch Frau C., Frau M. und Frau A.. Schon mangels einer Mitteilung durch den Vorsitzenden bzw. eines Stellvertreters scheidet ein Vertrauensschutz aus.

39

Unabhängig hiervon musste die Beklagte aber auch deshalb Zweifel an einem ordnungsgemäßen Beschluss haben, weil ihr bekannt war, dass der Kläger aus Rechtsgründen und die stellvertretende Vorsitzende wegen Urlaubs an einer Sitzungsteilnahme und Beschlussfassung gehindert waren. Wenn sodann die Rückäußerungen des Betriebsrats nicht von allen heranzuziehenden Mitgliedern unterschrieben und zudem die Stellungnahme des Betriebsrats vom 20.12.2011 am gleichen Tag der Anhörung zurückgereicht wurde, konnte sie nicht von einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung durch das Gremium unter Wahrung einer rechtzeitigen Einladung ausgehen. Hinsichtlich der unter dem 15.12.2011 mitgeteilten Zustimmung scheidet ein Vertrauensschutz zudem bereits deshalb aus, weil die Beklagte auf der Grundlage dieser Betriebsratsbeteiligung noch nicht die streitgegenständliche Kündigung ausgesprochen und somit noch kein Vertrauen betätigt hatte. Sie hat vielmehr vor Ausspruch der Kündigung den in ihrem Bereich liegenden Fehler bemerkt und sodann eine erneute Beteiligung des Betriebsrats veranlasst.

40

3. Wie bereits eingangs ausgeführt (oben II. 1.) hatte die Berufungskammer auch über den erstinstanzlich noch nicht beschiedenen Antrag auf tatsächliche Weiterbeschäftigung bis zum Rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Kündigungsschutzrechtsstreits zu entscheiden.

41

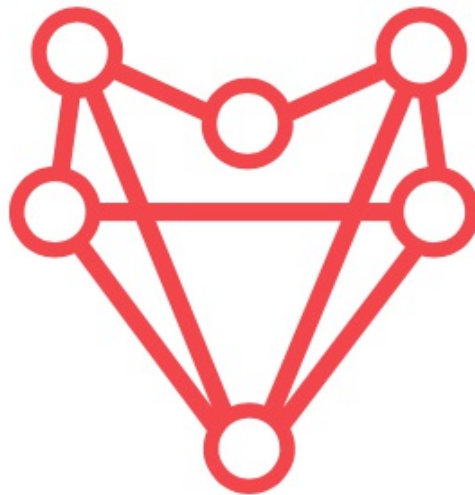
Die Klage ist auch mit diesem Antrag begründet. Sowohl erst-, als auch zweitinstanzlich ist festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht aufgrund der Kündigung der Beklagten vom 21.12.2011 aufgelöst worden ist. Nach Maßgabe der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 27.2.1985 (EzA §

611 BGB Beschäftigungspflicht Nr. 9) überwiegt damit das Interesse des Klägers an einer tatsächlichen Beschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Rechtsstreits. Überwiegende entgegenstehende Interessen der Beklagten sind nicht gegeben.

III.

42

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91, 97 ZPO. Ein Revisionszulassungsgrund besteht nicht.



VIZ.LAW

MAKING RESEARCH BEAUTIFUL

bgh-2017-09-12-x-zr-10616

Tenor

Auf die Revision der Kläger wird das am 28. Oktober 2016 verkündete Urteil der 22. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Auf die Berufung der Kläger wird das am 17. Februar 2016 verkündete Urteil des Amtsgerichts Düsseldorf abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, an die Kläger jeweils 400 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab

dem 4. Dezember 2014 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1

Die Kläger verlangen von dem beklagten Luftfahrtunternehmen wegen einer Flugverspätung Ausgleichsleistungen entsprechend Art. 5 Abs. 1 Buchst. c und Art. 7 Abs. 1 Satz 1 Buchst. b der Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 296/91 (Fluggastrechteverordnung oder FluggastrechteVO).

2

Die Kläger buchten bei der Beklagten je einen Platz für den Flug mit deren Flugnummer A. am 25. Juli 2014 von Düsseldorf nach Nador (Marokko). Der Flug wurde unter dem IATA-Code der Beklagten, jedoch mit einem Flugzeug durchgeführt, das die Beklagte bei dem spanischen Luftfahrtunternehmen S. aufgrund einer "Wet-Lease-Vereinbarung" angemietet hatte, nach der S. auch die Besatzung zu stellen hatte. In der Buchungsbestätigung ist allein die Beklagte als Luftfahrtunternehmen ausgewiesen. Der Flug erreichte Nador mit einer Verspätung von mehr als sieben Stunden.

3

Das Amtsgericht hat die auf Zahlung von jeweils 400 € gerichtete Klage abgewiesen. Das Landgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger die in den Vorinstanzen gestellten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe

4

Die zulässige Revision hat Erfolg. Da die Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht vertreten war, ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht aber nicht auf der Säumnis, sondern auf einer umfassenden Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.; Versäumnisurteil vom 20. Mai 2014 - X ZR 134/13, NJW 2014, 2955 Rn. 4).

5
I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Beklagte nicht passivlegitimiert sei. Es liege ein "Wet-Lease" vor, bei dem eine Fluggesellschaft zur Durchführung von Linienflügen das im Eigentum einer anderen Fluggesellschaft stehende Fluggerät samt Personal über einen längeren Zeitraum anmiete. Bei solchen Vereinbarungen bleibe die technische bzw. operationelle Verantwortung (d. h. Treibstoff, Landegebühren, Versicherung, Wartung) beim Vermieter. Lediglich die wirtschaftliche Verantwortung (d. h. die Kapazitätsauslastung) werde von dem Mieter übernommen. Der Vermieter mit seinem Personal vor Ort am Flughafen sei am besten in der Lage, den Verpflichtungen nach Art. 8 und 9 FluggastrechteVO nachzukommen und deshalb allein als ausführendes Luftfahrtunternehmen anzusehen.

6
II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Beklagte ist passivlegitimiert.

7
1. Die Fluggastrechteverordnung gilt für den betroffenen Flug unabhängig von dem auf den Beförderungsvertrag anwendbaren Recht. Die Verordnung enthält eine eigenständige Regelung ihres räumlichen Anwendungsbereichs (Art. 3 Abs. 1 FluggastrechteVO). Diese Regelung setzt die Verordnung, soweit deren Anwendungsbereich reicht, auch gegenüber einem durch die Rom-I-VO berufenen Vertragsstatut eines Drittstaates durch (Mankowski, Rechtswahlklauseln in Luftbeförderungs-AGB auf dem Prüfstand, RRA 2014, 118 (123) mwN; Magnus in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2016, Art. 5 Rom-I-VO Rn. 17 f.).

8
2. Schuldnerin des Ausgleichsanspruchs ist nach Art. 5 Abs. 1 Buchst. c FluggastrechteVO das ausführende Luftfahrtunternehmen. Das ist nach der Legaldefinition in Art. 2 Buchst. b FluggastrechteVO das Luftfahrtunternehmen, das im Rahmen eines Vertrages mit dem Fluggast oder im Namen einer anderen - juristischen oder natürlichen - Person, die mit dem betreffenden Fluggast in einer Vertragsbeziehung steht, einen Flug durchführt oder durchzuführen beabsichtigt.

9
3. Im Sinne dieser Begriffsbestimmung wird ein Flug, wenn das eingesetzte Flugzeug nebst Besatzung von einem Dritten (Vermieter) vertraglich überlassen worden ist ("Wet-Lease"), grundsätzlich nicht vom Vermieter, sondern vom Mieter durchgeführt.

10
a) Das für die Definition des ausführenden Luftfahrtunternehmens wesentliche Merkmal "einen Flug durchführen" ist nach der Systematik der Fluggastrechteverordnung im Lichte der Erwägungsgründe auszulegen.

Nach Erwägungsgrund 7 FluggastrechteVO sollten im Sinne einer wirksamen Anwendung der Verordnung die durch diese geschaffenen Verpflichtungen dem ausführenden Luftfahrtunternehmen obliegen, das einen Flug durchführt (...), "und zwar unabhängig davon, ob der Flug mit einem eigenen Luftfahrzeug oder mit einem mit oder ohne Besatzung gemieteten Luftfahrzeug oder in sonstiger Form durchgeführt wird". In der dänischen, englischen, französischen, portugiesischen und finnischen Fassung der Verordnung wird dabei für den Fall eines mit Besatzung gemieteten Luftfahrzeugs ausdrücklich der Begriff "wet lease" verwendet.

Der Erwägungsgrund greift dabei das Merkmal "einen Flug durchführen" aus der Definition in Art. 2 Buchst. b FluggastrechteVO auf, ohne es umfassend zu erläutern. Er offenbart jedoch im Rahmen der angeführten Beispiele, dass nach den der Verordnung zugrunde liegenden Vorstellungen ein Luftfahrtunternehmen einen Flug durchführen kann, ohne ein eigenes Flugzeug oder eigenes Flugpersonal einzusetzen, sich beides vielmehr auf Grund einer "Wet-Lease-Vereinbarung" beschaffen und gleichwohl selbst als ausführendes Luftfahrtunternehmen den Pflichten nach der Fluggastrechteverordnung unterliegen kann.

b) Dieses Verständnis entspricht dem mit der Verpflichtung gerade des ausführenden Luftfahrtunternehmens erklärtermaßen verfolgten Zweck einer wirksamen Anwendung der Verordnung.

Die Entstehungsgeschichte der Verordnung verdeutlicht, wie dieser Effektivitätsgedanke zu verstehen ist. Nach dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission vom 21. Dezember 2001 (ABl. EG Nr. C 103 E vom 30. April 2002, S. 225) sollte die Verordnung unmittelbar nur für das mit einem Fluggast vertraglich verbundene Luftfahrt- und Reiseunternehmen gelten (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 des Vorschlags). Nachdem das Parlament vorgeschlagen hatte, die Pflichten nach der Verordnung in bestimmten Fällen auch auf ein von diesem Unternehmen beauftragtes Betriebsunternehmen auszudehnen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 gemäß Standpunkt des Europäischen Parlaments vom 24. Oktober 2002, ABl. EU Nr. C 300 E vom 11. Dezember 2003, S. 557, 560), verwies die Kommission auf die mit einer geteilten Zuständigkeit einhergehenden Ungewissheiten (Geänderter Vorschlag der Kommission vom 4. Dezember 2002, ABl. EU Nr. C 71 E vom 25. März 2003, S. 188, 191). Die Regelung, die sämtliche Verpflichtungen gegenüber den Fluggästen allein dem ausführenden Luftfahrtunternehmen auferlegt, wurde vom Rat vorgeschlagen, weil dieses aufgrund seiner Präsenz auf den Flughäfen in der Regel am besten in der Lage sei, die Verpflichtungen zu erfüllen (Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 27/2003 vom 18. März 2003, ABl. EU Nr. C 125 E vom 27. Mai 2003, S. 63, 70). Die geltende Regelung beruht demnach auf der Vorstellung, dass die Durchführung eines Fluges in der Regel mit einer tatsächlichen Anwesenheit vor Ort

verbunden ist, die es dem ausführenden Luftfahrtunternehmen ermöglicht, den Fluggast entsprechend den Vorgaben der Fluggastrechteverordnung zu unterstützen.

15

Mit einer solchen Anwesenheit vor Ort ist die Stellung des Vermieters im Rahmen einer "Wet-Lease-Vereinbarung" nicht verbunden. Die vom Berufungsgericht angenommene und als technische bzw. operationelle Verantwortung bezeichnete Zuständigkeit des Vermieters für Treibstoff, Landegebühren, Versicherung und Wartung des vermieteten Flugzeugs verschafft diesem weder einen direkten Kontakt zu den Fluggästen noch die tatsächliche Möglichkeit, die in der Fluggastrechteverordnung vorgesehenen Leistungen zu erbringen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die in Art. 8 Abs. 1 FluggastrechteVO genannten Unterstützungsleistungen (wahlweise Erstattung der Flugscheinkosten und Rückflug zum ersten Abflugsort zum frühestmöglichen Zeitpunkt oder anderweitige Beförderung zum Endziel unter vergleichbaren Reisebedingungen zum frühestmöglichen Zeitpunkt oder zu einem späteren Zeitpunkt nach Wunsch des Fluggastes) und die in Art. 9 Abs. 1 und 2 FluggastrechteVO genannten Betreuungsleistungen (Mahlzeiten und Erfrischungen in angemessenem Verhältnis zur Wartezeit, Hotelunterbringung und Beförderung zwischen dem Flughafen und dem Ort der Unterbringung; Angebot, unentgeltlich Telefonate führen oder Telexe oder Telefaxe oder Emails versenden zu können).

16

Umgekehrt erfordert die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dem Mieter obliegende Kapazitätsauslastung, die nicht nur die Vermarktung, sondern auch die Organisation des Fluges im Verhältnis zu den Fluggästen umfasst, regelmäßig eine Präsenz auf dem Flughafen, die den Mieter in die Lage versetzt, die vorgesehenen Unterstützungsleistungen zu erbringen.

17

Dass gleichwohl der Vermieter im Regelfall am besten in der Lage sein soll, den Verpflichtungen nach Art. 8 und 9 FluggastrechteVO adäquat nachzukommen, kann nicht mit dem Hinweis darauf begründet werden, dass der Vermieter mit seinem Personal vor Ort am Flughafen sei. Eine etwaige Präsenz des Vermieters am Flughafen wäre nach der vom Berufungsgericht selbst angenommenen Rollenverteilung keine notwendige Folge der im Rahmen der "Wet-Lease-Vereinbarung" übernommenen Aufgaben.

18

Insgesamt erscheint es daher gerade unter dem Gesichtspunkt einer wirksamen Anwendung der Verordnung folgerichtig, dass Erwägungsgrund 7 FluggastrechteVO annimmt, dass ein Luftfahrtunternehmen auch dann die tatsächliche Beförderungsleistung erbringt und damit als ausführendes Luftfahrtunternehmen anzusehen ist, wenn es dafür ein Luftfahrzeug und eine Besatzung einsetzt, die ihm ein anderes Luftfahrtunternehmen aufgrund einer "Wet-Lease-Vereinbarung" zur

19

c) Die in diesem Sinne nach Systematik, Entstehungsgeschichte und Zweck der Fluggastrechteverordnung eindeutige Auslegung der Definition des ausführenden Luftfahrtunternehmens in Art. 2 Buchst. b FluggastrechteVO wird durch die Verordnung (EG) Nr. 2111/2005 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 14. Dezember 2005 über die Erstellung einer gemeinschaftlichen Liste der Luftfahrtunternehmen, gegen die in der Gemeinschaft eine Betriebsuntersagung ergangen ist, sowie über die Unterrichtung von Fluggästen über die Identität des ausführenden Luftfahrtunternehmens und zur Aufhebung des Artikels 9 der Richtlinie 2004/36/EG (VO 2111/2005) nicht in Frage gestellt.

20

Erwägungsgrund 13 dieser Verordnung verweist auf eine selbst im Linienflugverkehr bestehende "Branchenpraxis, etwa im Falle des Wet-Lease oder Code-Sharing, dass das Luftfahrtunternehmen, das den Flug unter seinem Namen verkauft hat, diesen nicht tatsächlich durchführt". Vor diesem Hintergrund verpflichtet Art. 11 VO 2111/2005 den Vertragspartner für die Beförderung im Luftverkehr, die Fluggäste unabhängig vom genutzten Buchungsweg bei der Buchung über die Identität des ausführenden Luftfahrtunternehmens zu unterrichten.

21

Der Begriff des ausführenden Luftfahrtunternehmens ist in Art. 2 Buchst. e VO 2111/2005 ebenso definiert wie in Art. 2 Buchst. b FluggastrechteVO. Aus dem übereinstimmenden Wortlaut der Definitionen folgt nicht, dass der Begriff des ausführenden Luftfahrtunternehmens in den beiden Verordnungen in jeder Hinsicht deckungsgleich verwendet wird. Die beiden Definitionen stehen im Gesamtzusammenhang der jeweiligen Verordnung und sind wie alle unionsrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung des Zusammenhanges und des Ziels der jeweiligen Regelung auszulegen (EuGH, Urteil vom 19. November 2009 - C-402/07, RRa 2009, 282 Rn. 41 - Sturgeon). Während Art. 2 Buchst. b FluggastrechteVO im Lichte von Erwägungsgrund 7 FluggastrechteVO und des darin genannten Ziels einer wirksamen Anwendung der Fluggastrechte zu lesen ist, kann Art. 2 Buchst. e VO 2111/2005 nur vor dem Hintergrund des vorrangigen Zwecks dieser Verordnung, einen hohen Schutz der Fluggäste vor Sicherheitsrisiken zu gewährleisten (Erwägungsgrund 1 VO 2111/2005), verstanden werden. Dies kann dazu führen, dass die beiden Definitionen trotz des gleichlautenden Wortlauts in Teilbereichen voneinander abweichen.

22

So verhält es sich bei der Bestimmung des ausführenden Luftfahrtunternehmens in den Fällen des "Wet-Lease", in denen nicht der Wortlaut der Definition in Art. 2

Buchst. e VO 2111/2005, sondern der nur für diese Verordnung vorrangige Gesichtspunkt der Flugsicherheit es nahelegt, den insbesondere auch für die Wartung verantwortlichen Vermieter als ausführendes Luftfahrtunternehmen im Sinne der Verordnung 2111/2005 anzusehen. Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, dass Erwägungsgrund 13 dieser Verordnung das "Wet-Lease" als einen Fall betrachtet, in dem der das eingesetzte Flugzeug nebst Besatzung anmietende Vertragspartner des Fluggastes den Flug nicht selbst durchführt. Da diese Betrachtungsweise entscheidend auf der sicherheitsbezogenen Zielsetzung der Verordnung 2111/2005 beruht, stellt sie die abweichende Bestimmung des ausführenden Luftfahrtunternehmens durch die Fluggastrechteverordnung, für die eine effektive Erfüllung der den Fluggästen eingeräumten Ansprüche im Vordergrund steht, nicht in Frage.

23

Die danach in Fällen des "Wet-Lease" unterschiedliche Bestimmung des ausführenden Luftfahrtunternehmens hat allerdings zur Folge, dass die in Art. 11 VO 2111/2005 vorgesehene Unterrichtung des Fluggastes über die Identität des ausführenden Luftfahrtunternehmens (anders als in den Fällen des Code-Sharing, vgl. dazu BGH, Urteil vom 26. November 2009 - Xa ZR 132/08, NJW 2010, 1522 Rn. 11 aE) diesem nicht die Wahrnehmung seiner Fluggastrechte ermöglicht. Vielmehr kann die nach Art. 11 VO 2111/2005 gebotene Mitteilung des Namens des Vermieters als "ausführendes Luftfahrtunternehmen" den Fluggast dazu verleiten, den Vermieter nach der Fluggastrechteverordnung in Anspruch zu nehmen, obwohl dieser insoweit nicht passivlegitimiert ist. Dies ist nach den Vorgaben der Verordnung 2111/2005 hinzunehmen, weil sie dem Schutz vor Sicherheitsrisiken den Vorrang vor allgemeinen Erfordernissen des Verbraucherschutzes einräumt (Erwägungsgrund 1).

24

In derartigen Fällen ist jedoch der Mieter des eingesetzten Flugzeugs in seiner Eigenschaft als ausführendes Luftfahrtunternehmen im Sinne der Fluggastrechteverordnung verpflichtet, den Fluggast im Rahmen des schriftlichen Hinweises gemäß Art. 14 Abs. 2 FluggastrechteVO, der dem Fluggast die wirksame Wahrnehmung seiner Rechte ermöglichen soll (Erwägungsgrund 20 FluggastrechteVO) konkret darüber zu belehren, dass er selbst Schuldner etwaiger Ansprüche nach der Fluggastrechteverordnung ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - X ZR 35/15, RRA 2017, 183, 186 Rn. 22). Wenn dem Fluggast bereits eine - im Hinblick auf die Fluggastrechte möglicherweise irreführende - Information nach Art. 11 VO 2111/2005 erteilt worden ist, muss dieser Hinweis nach Art. 14 Abs. 2 FluggastrechteVO durch das Luftfahrtunternehmen, das den Flug auf der Grundlage einer "Wet-Lease-Vereinbarung" mit einem gemieteten Luftfahrzeug durchgeführt hat, im Falle einer Nichtbeförderung, Annullierung oder erheblichen Verspätung (EuGH, Urteil vom 19. November 2009 - C-402/07, RRA 2009, 282 Rn. 69 - Sturgeon) unaufgefordert gegenüber dem Fluggast erteilt werden, damit er seinen Zweck erfüllen kann.

25

d) Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union ist

nicht veranlasst. Unter Berücksichtigung anderer Sprachfassungen, des Zwecks und der Entstehungsgeschichte der Fluggastrechteverordnung bestehen keine Zweifel an deren Auslegung im vorgenannten Sinne (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81, NJW 1983, 1257, 1258 - C.I.L.F.I.T.).

26

III. Der Senat kann gemäß § 563 Abs. 3 BGB in der Sache selbst entscheiden, weil der im Berufungsurteil tatbestandlich festgestellte Sachverhalt eine verwertbare tatsächliche Grundlage für eine rechtliche Beurteilung bietet und ein anderes Ergebnis auch bei einer Zurückverweisung der Sache nicht möglich erscheint (BGH, Urteil vom 12. November 2009 - Xa ZR 76/07, NJW 2010, 1070, Rn. 8).

27

1. Die Kläger haben gegen die Beklagte entsprechend Art. 5 Abs. 1 Buchst. c FluggastrechteVO Anspruch auf Ausgleichsleistungen.

28

a) Die Kläger verfügten über bestätigte Buchungen für den von der Beklagten durchgeführten Flug.

29

b) Einer Annullierung im Sinne von Art. 5 FluggastrechteVO steht es gleich, wenn Fluggäste infolge einer Verspätung ihr Endziel nicht früher als drei Stunden nach der geplanten Ankunftszeit erreichen (EuGH, Urteil vom 19. November 2009 - C-402/07, RRa 2009, 282 Rn. 69 - Sturgeon/Condor). Im Streitfall erreichten die Kläger ihr Endziel Nador mit einer Verspätung von mehr als sieben Stunden.

30

c) Nach Art. 7 Abs. 1 Buchst. b FluggastrechteVO steht auf Grund der hier vorliegenden Flugentfernung von mehr als 1.500 km jedem Kläger ein Ausgleich von 400 € zu.

31

2. Der Zinsanspruch folgt aus Art. 255, 259 marokkanisches Obligations- und Vertragsgesetz.

32

a) Der Beförderungsvertrag zwischen den Parteien unterliegt nach Art. 5 Abs. 2 Satz 2 Rom-I-VO marokkanischem Recht.

33

(1) Eine Rechtswahl haben die Parteien nicht vorgetragen.

34

(2) Einer Anwendung des Rechts der Niederlande, in denen die Kläger ausweislich der Buchungsbestätigung bereits bei Vertragsschluss (Art. 19 Abs. 3 Rom-I-VO) ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 Rom-I-VO steht entgegen, dass dort weder Abgangs- noch Bestimmungsort des gebuchten Fluges lagen.

35

(3) Damit ist gemäß Art. 5 Abs. 2 Satz 2, 19 Abs. 1 Rom-I-VO das Recht Marokkos maßgeblich. Dort hat die Beklagte ausweislich der Klageschrift ihre Hauptverwaltung. Auf etwaige Agenturen (Art. 19 Abs. 2 Rom-I-VO) in Deutschland oder den Niederlanden kommt es nicht an, weil die Kläger nicht dargelegt haben, dass solche Agenturen am Vertragsabschluss beteiligt oder für die Vertragserfüllung verantwortlich waren.

36

b) Nach Art. 259 marokkanisches Obligations- und Vertragsgesetz hat der Gläubiger im Verzugsfall Anspruch auf Schadensersatz. Aus Art. 255 marokkanisches Obligations- und Vertragsgesetz ergibt sich, dass die Verzugszinsen ab dem Tag laufen, an welchem dem Schuldner eine schriftliche Mahnung zugeht (Cass. Civ. vom 10. Februar 1959, Gaz. Trib. Maroc vom 10. Juni 1959, S. 61, zitiert nach der am 12. September 2017 auf der Internetseite des marokkanischen Schatzamtes (www.tgr.gov.ma) verfügbaren kommentierten französischen Fassung des Obligations- und Vertragsgesetzbuchs). Der gesetzliche Zinssatz nach marokkanischem Recht beträgt 6 % (Art. 1 der Verordnung über die gesetzlichen Zinssätze in Zivil- und Handelssachen und die Höchstgrenze für vereinbarte Zinssätze vom 9. Oktober 1913 in der Fassung der Verordnung vom 16. Juni 1950, ABl. vom 14. Juli 1950, S. 931, Generalsekretariat der Regierung, www.sg.gov.ma).

37

Die Beklagte ist durch die vorgerichtliche Zahlungsaufforderung vom 19. November 2014 in Verzug geraten. Die Verurteilung ist gemäß § 308 Abs. 1 ZPO auf die beantragte Verzinsung in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach § 247 BGB ab dem 4. Dezember 2014 zu begrenzen. Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob sich die Rechtshängigkeitszinsen ebenfalls nach marokkanischem Recht oder nach deutschem Recht als *lex fori* richten (für Anwendung der *lex fori* OLG Köln, Urteil vom 15. Oktober 2013 - 3 U 209/12, juris Rn. 27; Prell, Der Anspruch auf Prozesszinsen nach deutschem Recht bei Vorliegen eines ausländischen Vertragsstatuts, JR 2012, 179; für Anwendung des Vertragsstatuts OLG München, Urteil vom 25. März 2013 - 15 U 458/14, juris Rn. 87 f.).

38

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Versäumnisurteil steht der säumigen Partei der Einspruch zu. Dieser ist beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe von einem an diesem Gericht zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab der Zustellung des Versäumnisurteils durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.

Meier-Beck

Grabinski

Bacher

Kober-Dehm

Marx