

## Abschrift

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

**Aktenzeichen: 4 Sa 62/13**

5 Ca 316 c/12 ArbG Kiel

(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 30.05.2013

gez...

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

**Im Namen des Volkes**

In dem Rechtsstreit

**pp.**

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 30.05.2013 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtliche Richterin ... als Beisitzerin und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 08.01.2013 – 5 Ca 316 c/12 – abgeändert und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits (beide Instanzen).

Die Revision wird für die Klägerin zugelassen.

---

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionsschrift bei dem Bundesarbeitsgericht in 99084 Erfurt, Hugo-Preuß-Platz 1, Telefax: (0361) 26 36 - 20 00 Revision eingelegt werden.

Die Revisionsschrift muss

**binnen einer Notfrist von einem Monat**

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionsschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

**zwei Monate.**

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigelegt werden.

Die Revision und die Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

(Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind in siebenfacher - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere - Ausfertigung einzureichen.)

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments genügt, wenn es für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist. Schriftsätze können dazu über eine gesicherte Verbindung in den elektronischen Gerichtsbriefkasten des Bundesarbeitsgerichts eingelegt werden. Die erforderliche Zugangs- und Übertragungssoftware kann lizenzkostenfrei über die Internetseite des Bundesarbeitsgerichts ([www.bundesarbeitsgericht.de](http://www.bundesarbeitsgericht.de)) heruntergeladen werden. Das Dokument ist mit einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen. Nähere Informationen finden sich auf der Internetseite des Bundesarbeitsgerichts (s.o.) sowie unter [www.egvp.de](http://www.egvp.de).

.....

**Tatbestand:**

Die Klägerin begehrt von der Beklagten Entschädigung und Schadensersatz wegen behaupteter Diskriminierung im Hinblick auf ihre Behinderung.

Die 1990 geborene Klägerin, die am 30. Januar 2012 eine 3-jährige Ausbildung zur Fachangestellten für Bäderbetriebe erfolgreich absolvierte, bewarb sich mit Schreiben vom 27. Oktober 2011 bei der Beklagten auf die dort ausgeschriebene Stelle als Fachangestellte für Bäderbetriebe. Diese Tätigkeit umfasst unter anderem die Beaufsichtigung und das Kontrollieren des Badebetriebes, das Betreuen der Badegäste und die Erteilung des Schwimmunterrichtes. Ferner bietet die Beklagte ihren Kunden ein besonders umfangreiches Angebot an Aquafitnesskursen an, welches eine entsprechende Leistungsfähigkeit der Beschäftigten bedingt.

Am 07. November 2011 wiesen Vertreter der Beklagten im Rahmen des Vorstellungsgesprächs die Klägerin darauf hin, dass eine entsprechende körperliche Fitness erforderlich für die Ausübung der Tätigkeit sei. Die Klägerin bejahte die an sie gerichtete Frage, ob sie sich körperlich in der Lage sehe, den Anforderungen gerecht zu werden.

Mit E-Mail vom 07. November 2011 bot die Beklagte der Klägerin einen Arbeitsvertrag als Elternzeitvertretung an, und zwar für die Zeit ab Abschluss ihrer Ausbildung bis längstens 15. Mai 2013. Die Beklagte wies in dieser Mail darauf hin, Voraussetzung für die Einstellung sei neben der erfolgreichen Abschlussprüfung die Vorlage des aktuellen Rettungsscheins „Silber“ und eines aktuellen Erste-Hilfe-Scheins. Die Klägerin reichte die geforderten Unterlagen nach.

Der der Klägerin überlassene Musterarbeitsvertrag sah ein Arbeitsentgelt in Höhe von € 1.755,00 brutto monatlich vor.

Die Klägerin fuhr am 16. Dezember 2011 in Abstimmung mit der Beklagten nach Kiel-Schilksee, um sich dort ihren zukünftigen Arbeitsplatz anzusehen. Im Anschluss daran teilte sie der stellvertretenden Geschäftsführerin der Beklagten mit, sie sei mit einem GdB von 50 wegen einer Erkrankung an Multiple Sklerose schwerbehindert. Auf Nachfrage gab sie an, ihren letzten Schub im April 2011 gehabt zu haben.

Die Erkrankung der Klägerin wurde im Januar 2011 diagnostiziert. Seit dem 03. Mai 2011 verfügt sie über einen Schwerbehindertenausweis, der gültig ist seit 01. März 2011.

Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 23. Dezember 2011 mit, sie müsse ihr in Abstimmung mit ihrem Betriebsarzt leider mitteilen, ihr keinen Arbeitsvertrag anbieten zu können. Das damalige Arbeitsangebot sei in Unkenntnis der Schwerbehinderung erfolgt und damit rechtlich unwirksam. Dieses Schreiben ging der Klägerin am 28. Dezember 2011 zu.

Ohne vorherige außergerichtliche Geltendmachung hat die Klägerin Klage auf angemessene Entschädigung, die bis zu € 5.265,00 betragen solle, und Schadenersatz in Höhe von € 90,40 (Fahrtkosten zu den Gesprächen) geltend gemacht, wobei die Klage am 20. Februar 2012 beim Arbeitsgericht einging. Die Zustellung der Klage erfolgte bei der Beklagten am 29. Februar 2012.

Wegen des weiteren unstreitigen Sachverhalts und des streitigen Vorbringens in erster Instanz und der dort gestellten Anträge wird Bezug genommen auf den Inhalt des angefochtenen Urteils.

Das Arbeitsgericht hat mit Beschluss vom 07. Juni 2012 Beweis erhoben über die Behauptung der Beklagten, die Klägerin sei aufgrund ihrer Erkrankung an Multiple Sklerose nicht geeignet, den Arbeitsplatz als Fachangestellte für Bäderbetriebe auszuüben, durch Einholung eines neurologischen Sachverständigengutachtens. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf den Inhalt des Gutachtens vom 17. September 2012 (Bl. 72 bis 75 d. A.).

Das Arbeitsgericht hat die Beklagte verurteilt, an die Klägerin eine Entschädigung in Höhe von € 4.500,00 und Schadenersatz in Höhe von € 90,40 zu zahlen und dazu ausgeführt, die Beklagte könne sich nicht auf § 8 AGG berufen. Unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen stehe zur Überzeugung der Kammer fest, dass die Klägerin für die vorgesehene Tätigkeit uneingeschränkt arbeitsfähig sei.

Die Erkrankung selbst führe nicht dazu, dass sie plötzlich Schwächeanfälle erleide oder in einer akuten Notsituation nicht in der Lage sei, einen Badegast zu retten. Wegen der weiteren Begründung wird Bezug genommen auf den Inhalt der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 31. Januar 2013 zugestellte Urteil am 28. Februar 2013 Berufung eingelegt und diese am 28. März 2013 begründet.

Die Beklagte beruft sich auf § 8 AGG. Sie meint, das Gericht habe verkannt, dass es nicht darum gehe, ob eine eingeleitete Therapie zukünftig eine Verschlechterung der Erkrankung möglicherweise vermeiden könne. Es gehe vielmehr darum, ob die Klägerin im Herbst 2011 uneingeschränkt in der Lage gewesen sei, die Anstrengungen des Rettungsdienstes und der sonstigen Tätigkeiten auszuüben. Dazu äußere sich das Gericht nicht. Die Aufgabe einer Angestellten für Bäderbetriebe erfordere es, dass die Mitarbeiterin an diesem Arbeitsplatz uneingeschränkt und ausnahmslos in der Lage sei, in Notfällen sofort helfen zu können. Schon ein durchschnittlich gesunder Bewerber bringe die hohen körperlichen Anforderungen nicht immer mit. Die Klägerin habe aktuelle Schübe ihrer Erkrankung gehabt. Daraus sei die Konsequenz zu ziehen, dass die körperliche Belastbarkeit der Klägerin nicht gegeben sei. Weiter sei zu beachten, dass die Tätigkeit im warmen Umfeld zu erbringen sei. Dies könne zu einer Verstärkung von neurologischen Symptomen führen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Kiel vom 08. Januar 2013 – 5 Ca 316 c/12 – abzuändern und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Klägerin verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung. Sie meint zudem, § 167 ZPO sei auf § 15 Abs. 4 AGG anwendbar.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufungsinstanz wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie auch Erfolg. Denn sowohl der geltend gemachte Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG als auch der Schadenersatzanspruch gemäß § 15 Abs. 1 AGG sind von der Klägerin nicht rechtzeitig gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG geltend gemacht. Dazu im Einzelnen:

1. Gemäß § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG muss ein Anspruch nach § 15 Abs. 1 und Abs. 2 AGG innerhalb einer Frist von zwei Monaten schriftlich geltend gemacht werden. Bei dieser Frist handelt es sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, deren Einhaltung – wie bei tarifvertraglichen Ausschlussfristen – von Amts wegen zu beachten ist. (BAG, Urteil vom 21.06.2012 – 8 AZR 188/11 – zitiert nach jur.). Sie findet Anwendung sowohl auf Ansprüche des § 15 Abs. 1 als auch des § 15 Abs. 2 AGG. (Linck in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 14. Auflage, § 36 Rdnr. 102; Erfk-Schlachter, 12. Auflage, § 16 Rdnr. 17).

2. Für den Beginn der Frist nach § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG gilt § 187 Abs. 1 BGB. Ist für den Anfang einer Frist ein Ereignis oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt. Für das Fristende wiederum gilt § 188 Abs. 2 BGB. Danach endet eine Frist, die nach Monaten bestimmt ist, im Falle des § 187 Abs. 1 BGB mit dem Ablauf desjenigen Tages des letzten Monats, welcher durch seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt.

a. Der Klägerin wurde das Ablehnungsschreiben am 28. Dezember 2011 zugestellt. Die Klägerin hat in ihrem Schriftsatz vom 28. Mai 2013 klargestellt, dass der Brief vom 23. Dezember 2011 mit den Bewerbungsunterlagen bereits am 28. Dezember 2011 durch die Post zugestellt wurde.

Die Klägerin hatte auch mit Zugang des Ablehnungsschreibens am 28. Dezember 2011 Kenntnis von der vermeintlichen Benachteiligung. Die Frist des § 15 Abs. 4 Satz 2 AGG beginnt bei unionsrechtskonformer Auslegung im Falle der Bewerbung grundsätzlich zu dem Zeitpunkt, in dem der oder die Beschäftigte durch den Arbeitgeber von der Benachteiligung Kenntnis erlangt.

Mit dem Schreiben vom 23. Dezember 2011 wies die Beklagte die Klägerin darauf hin, das Arbeitsangebot sei in Unkenntnis der Schwerbehinderung erfolgt und deshalb rechtlich unwirksam. Damit erlangte die Klägerin Kenntnis von der vermeintlichen Benachteiligung, weshalb mit Zugang dieses Schreibens unter Berücksichtigung von § 187 Abs. 1 BGB die Frist begann.

b. Die Frist endete gemäß § 188 Abs. 2 BGB folglich am 28. Februar 2012.

Die Klägerin hat vor Erhebung der Klage außergerichtlich ihre vermeintlichen Ansprüche nicht geltend gemacht. Vielmehr hat sie sofort Klage erhoben. Zwar wird die von § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG geforderte Schriftform auch durch eine gerichtliche Klage gewahrt, allerdings setzt dies voraus, dass die Klage rechtzeitig zugestellt wird (BAG, Urteil vom 21.06.2012 – 8 AZR 188/11 –, zitiert nach juris).

Die Klage wurde der Beklagten nicht innerhalb der Frist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG zugestellt, sondern erst am 29. Februar 2012, also einen Tag zu spät.

3. Entgegen der Auffassung der Klägerin findet § 167 ZPO auf die Frist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG keine Anwendung. Dies hat der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts mit Urteil vom 21.06.2012 (8 AZR 188/11, zitiert nach juris) deutlich entschieden. In der dortigen Entscheidung heißt es unter I. 3. c., § 167 ZPO findet keine Anwendung.



Der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts geht daher unter Anknüpfung an die Entscheidung des 5. Senats vom 08.03.1976 (5 AZR 361/75) und in Übereinstimmung mit Linck in Schaub, a.a.O., (§ 36 Rdnr. 106) und Koch im Erfurter Kommentar, 12. Auflage, (§ 61 b. ArbGG Rdnr. 3) unproblematisch von der Nichtanwendung des § 167 ZPO auf die gesetzlichen Ausschlussfrist des § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG aus. Bedenken hinsichtlich der Nichtanwendung des § 167 ZPO scheint der 8. Senat des Bundesarbeitsgerichts daher ausweislich des Urteils vom 21.06.2012 auch trotz der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. Juli 2008 (I. ZR 109/05) nicht zu haben.

4. Die Berufungskammer war bei der Urteilsverkündung noch davon ausgegangen, dass die Frage der Anwendbarkeit des § 167 ZPO auf § 15 Abs. 4 Satz 1 AGG im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Diskussion in Literatur und Rechtsprechung noch offen sein könnte. Deshalb erfolgte die Zulassung der Revision. Im Hinblick auf das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 21.06.2012 kann diese Frage wohl nicht mehr als noch nicht geklärt angesehen werden. Dies mag die Klägerin berücksichtigen bei ihrer Entscheidung, ob sie dennoch Revision einlegt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 46 Abs. 2 ArbGG, § 91 Abs. 1 ZPO. Die Zulassung der Revision geschah – möglicherweise überflüssig – wegen grundsätzlicher Bedeutung.

gez...

gez...

gez...