

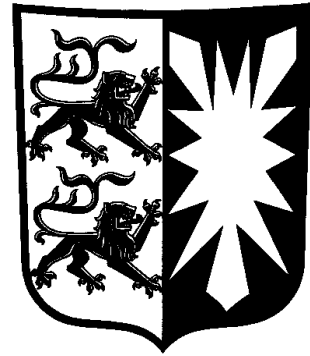
## Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

### Aktenzeichen: 1 Sa 129/08

2 Ca 2976/07 ArbG Lübeck  
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 26.06.2008

gez. ...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



## Urteil

### Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

**.pp.**

hat die 1. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 26.06.2008 durch den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts ... als Vorsitzenden und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 13.03.2008 – 2 Ca 2976/07 – wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird auf § 72 a ArbGG verwiesen.

### **Tatbestand**

Der Kläger verlangt von der Beklagten die Zahlung einer Entschädigung wegen behaupteter Benachteiligung bei einer Bewerbung.

Der Kläger, der schwarzer Hautfarbe ist, war bei der R. D. GmbH & Co. KG (im Folgenden kurz: Fa. R.) beschäftigt. Im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses führte der Kläger als Leiharbeiter eine Beschäftigung in dem Zeitraum von März 2005 bis September 2007 ausschließlich bei der Beklagten aus. Die Beklagte hat in dem Zeitraum vom 01.04.2007 bis 01.06.2007 insgesamt 35 Mitarbeiter eingestellt, davon zwei unbefristet und 33 befristet, hierunter 21 bei der Fa. R. beschäftigte und bei der Beklagten eingesetzte Mitarbeiter.

Der Kläger hatte seine Tätigkeit zunächst in der Produktionsabteilung für dynamische Dichtungen begonnen. In der 7. Kalenderwoche 2007 wurde der Kläger in die Produktionsabteilung für statische Dichtungen versetzt. Am 05.09.2007 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie keine Möglichkeit sehe, ihm eine Arbeitsstelle anzubieten. Sie hat dies damit begründet, dass die Arbeitsleistung des Klägers relativ starke Schwankungen aufgewiesen habe. Es sei während der gesamten Einsatzzeit immer wieder zu deutlichen Leistungstiefs gekommen. Auch habe der Kläger den Test nach der Schulung zur „Initiative Qualität“ nicht bestanden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Schreibens wird auf Blatt 29/30 d.A. verwiesen.

Der Kläger hat vorgetragen:

Es liege ein Indiz für eine Diskriminierung vor, da er als einziger Mitarbeiter mit „schwarzer“ Hautfarbe der R.-Mitarbeiter von der Beklagten nicht übernommen worden sei. Alle anderen bei ihr eingesetzten 21 Mitarbeiter der Fa. R. habe die Beklagte übernommen.

Der Kläger hat für sein Vorbringen, dass er als einziger der R.-Mitarbeiter nicht übernommen worden sei, Beweis angetreten durch Benennung von acht Arbeitnehmern als Zeugen zum Beweis dafür, dass diese im Frühjahr 2007 von der Beklagten übernommen worden seien (Bl. 3 d. A.) sowie „durch Urkundsvorlage in Form der Arbeitsverträge oder sonstiger Nachweise durch die Beklagte der vom 01.04.07 bis 01.06.2007 übernommenen R. GmbH & Co. KG Mitarbeiter“ sowie „Urkundsvorlage durch die R. GmbH & Co. KG in Form von Personalunterlagen, welche Mitarbeiter bis zum 01.06.2007 bei der Beklagten tätig waren“ (Bl. 25 d. A.)

Mit Nichtwissen bestritten hat der Kläger, dass seine späteren Beurteilungen schlechter ausgefallen seien. Es sei zu keinen Leistungsabfällen gekommen. Der Kläger bestreitet weiter mit Nichtwissen, dass die 21 übernommenen Mitarbeiter bessere Beurteilungen erhalten oder Leistungen erbracht hätten. Er hat hierfür Beweis angetreten durch „Vorlage der Personalakten der 21 Mitarbeiter und der des Klägers, Zeugnis des Betriebsrats, Vergleich der Schichtprotokolle der 21 Mitarbeiter mit dem des Klägers, SV-Gutachten“ (Bl. 27 d.A.).

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger EUR 25.200,00  
nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem  
Basiszinssatz der EZB ab dem 16.11.2007 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vorgetragen:

Der Umstand allein, dass der Kläger nicht „weißer“ Hautfarbe sei, habe keine Indizwirkung. Es sei auch nicht zutreffend, dass der Kläger als einziger Beschäftigter nicht übernommen worden sei. Von der Fa. R. seien zwischen 40 und 70 Mitarbeiter eingesetzt worden, von denen insgesamt nur 21 eingestellt worden seien. Es seien daher diverse andere Beschäftigte ebenfalls – wie der Kläger – nicht eingestellt worden. Die Beklagte hat in der Kammerverhandlung am 13.03.2008 die einzelnen Einsatzlisten vorgelegt.

Der Kläger sei ausschließlich wegen seiner immer schlechter werdenden Leistungen und aufgrund aufgetretener erheblicher Fehlleistungen nicht eingestellt worden. Wegen der Ergebnisse des Tests zur „Basisschulung Maschinen-/Anlagenbediener“ hat sich die Beklagte auf Bl. 37 ff. d. A. bezogen. Die Leistungen des Klägers seien zu Beginn seiner Tätigkeit im Unternehmen der Beklagten nicht zu beanstanden gewesen. Erst später sei es zu Leistungsabfällen, insbesondere ab Februar 2007, gekommen. Wegen der Schichtprotokolle hat sie auf Bl. 41 ff. d. A. verwiesen. Unter den im Zeitraum 01.04.2007 bis 01.06.2007 befristet eingestellten Mitarbeitern befänden sich ein Libanese, ein Vietnameser, drei Türken, ein Niederländer und zwölf Russland-Deutsche. Unbefristet sei zum 01.05.2007 ein Kubaner eingestellt worden. Seit dem 01.11.1978 sei ein Mitarbeiter aus Ghana bei der Beklagten beschäftigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und das wie folgt begründet:

Der Kläger habe die Voraussetzungen für einen Entschädigungsanspruch gemäß § 15 Abs. 2 des AGG weder schlüssig dargelegt noch unter Beweis gestellt. Er habe Indizien, die eine unzulässige Benachteiligung vermuten ließen, weder schlüssig vorgetragen noch unter Beweis gestellt (§ 22 AGG). Er habe damit die ihm obliegende Darlegungs- und Beweislast nicht erfüllt.

Allein der Vortrag des Klägers, dass er wegen seiner „schwarzen“ Hautfarbe nicht eingestellt worden sei, reiche hierfür nicht aus. Denn es gebe keinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass Bewerber mit „dunkler“ Hautfarbe nur wegen ihrer „dunklen“ Hautfarbe nicht eingestellt würden.

Die Behauptung des Klägers, dass alle Mitarbeiter, die bei R. tätig gewesen waren, außer ihm, bei der Beklagten eingestellt worden seien, sei von der Beklagten substantiiert bestritten worden. Der Kläger habe hierauf bereits nicht ausreichend entgegnet. Ferner habe der Kläger auch für seine Behauptung keinen ordnungsgemäßen Beweis angetreten. Es könne daher offen bleiben, ob der von dem Kläger behauptete Umstand überhaupt eine Vermutung für eine unzulässige Benachteiligung begründen könnte. Zumindest fehlt es an einem ordnungsgemäßen Beweisantritt.

Gegen dieses ihm am 02.04.2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 10.04.2008 durch Telekopie und am 11.04.2008 durch Originalschriftsatz Berufung eingelegt und die Berufung am 17.04.2008 durch Telekopie und am 18.04.2008 durch Originalschriftsatz begründet.

Der Kläger ist der Auffassung, das Arbeitsgericht habe die Klage rechtsfehlerhaft abgewiesen. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts habe er schlüssig vorgetragen und unter Beweis gestellt, dass er als einziger Mitarbeiter mit „schwarzer Hautfarbe“ von der Beklagten nicht übernommen worden sei. Er habe substantiiert vorgetragen, dass er nicht aus einer unbestimmten Anzahl von Arbeitnehmern, die bei der Firma R. gearbeitet habe und von der Beklagten nicht übernommen worden und unberücksichtigt geblieben sei, sondern dass er aus einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern, mit denen er zusammengearbeitet habe, die die gleichen Arbeiten verrichteten, nicht übernommen worden sei. Das habe er unter Beweis gestellt. Das Vorbringen der Beklagten, dass 40 - 70 R.-Mitarbeiter bei der Beklagten beschäftigt gewesen und davon 21 eingestellt worden seien habe er bestritten. Die Angaben hätten sich auch auf einen unbestimmten Zeitraum bezogen. Im Übrigen sei es ihm nicht möglich, zu diesem Vorbringen substantiiert Stellung zu nehmen.

Durch Schriftsatz vom 23.04.2008 hat der Kläger ergänzend vorgetragen, dass er ab 22.06.2005 zu 40 % schwerbehindert sei. Er hat hierzu auf die Anlagen K 4/K 5 Bezug genommen. Die Beklagte habe das auch gewusst. Er sei auch der einzige Schwerbehinderte in der Gruppe der 22 Arbeitnehmer gewesen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 13.03.08 zu obigem Aktenzeichen abzuändern und nach dem Schlussantrag des Klägers in I. Instanz zu erkennen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt vor:

Allein die Zugehörigkeit zur geschützten Personengruppe reiche als Sachvortrag nicht aus. Hierfür seien weitere Umstände erforderlich, die vom Kläger nicht vorgetragen seien und auch nicht vorlägen. Sie bestreite weiterhin, dass der Kläger der einzige Mitarbeiter sei, der nicht übernommen worden sei. Auch andere R.-Mitarbeiter seien nicht übernommen worden. Hinsichtlich der Gründe für die Nichtübernahme des Klägers nehme sie auf ihren Vortrag in erster Instanz Bezug. Die Leistung des Klägers habe sich während der Dauer seines Einsatzes zunehmend verschlechtert. Entgegen der Darlegung des Klägers habe sie dargelegt, auf welche Zeiten sich die angegebene Zahl der überlassenen Arbeitnehmer erstreckt habe. Sie nehme insoweit auf ihren Schriftsatz vom 06.03.2008, S. 2 Bezug. Sie habe durchschnittlich 40 Leiharbeiter im Monat seit dem 01.06.2007 eingesetzt, davor seien es bis zu 70 Leiharbeiter gewesen, von denen insgesamt 21 R.-Mitarbeiter übernommen worden seien. Seit dem 01.06.2007 habe sie folgende Zahl von R.-Mitarbeitern eingesetzt:

22. KW: 46, 23. KW: 32, 24. KW: 41, 25. KW: 43, 26. KW: 42, 27. KW: 44, 28. KW: 42, 29. KW: 50, 30. KW: 43 (Beweis: Zeugnis der Frau S.). Vor der 22. Kalenderwoche habe sie im Jahre 2007 in Spitzenzeiten 71 Mitarbeiter beschäftigt, z. B. in der 15. KW (Beweis: wie vor).

Sie bestreite mit Nichtwissen, dass der Kläger zu 40 % als Schwerbehinderter anerkannt worden sei. Sie habe keine Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft gehabt und erstmals durch den Schriftsatz vom 23.04.2008 Kenntnis hiervon erlangt.

Im Übrigen sei der Kläger auch aus formellen Gründen mit diesem Vortrag ausgeschlossen, da er die Ausschlussfristen gemäß §§ 61 b Abs. 1 ArbGG bzw. 15 Abs. 4 ArbGG nicht eingehalten habe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsrechtszuge wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sind, Bezug genommen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist dem Wert nach statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§ 66 Abs. 1 S. 1, 64 Abs. 6 ArbGG i.V.m. §§ 519, 520 Abs. 3 ZPO). In der Sache ist sie nicht gerechtfertigt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Angriffe in der Berufung rechtfertigen keine abweichende Entscheidung. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entschädigung wegen Verstoßes gegen das AGG.

§ 22 AGG verteilt die Darlegungs- und Beweislast dergestalt, dass zunächst der Kläger Indizien beweisen muss, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen. Gelingt ihm dies, trägt die andere Partei (vorliegend die Beklagte) die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz von Benachteiligten vorgelegen hat. Vorliegend beruft sich der Kläger darauf, dass er wegen seiner Hautfarbe, mithin aus Gründen der Rasse oder wegen ethnischer Herkunft“ nicht übernommen worden sei (I.). Im Verlauf des Berufungsverfahrens hat er sich ergänzend darauf berufen, dass er auch wegen einer Behinderung benachteiligt worden sei, weil er Schwerbehinderter sei (II.).

I. Weder liegen Umstände vor, die eine Benachteiligung wegen der Hautfarbe des Klägers vermuten lassen noch hat der Kläger für solche Umstände ordnungsgemäß Beweis angeboten.

1. Dem Arbeitsgericht ist zunächst darin zu folgen, dass die Tatsache allein, dass der Kläger „schwarzer Hautfarbe“ ist und damit eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft vorliegen kann, kein hinreichendes Indiz im Sinne von § 22 AGG ist. Hierzu bedarf es weiterer Umstände. Der Kläger greift das Urteil insoweit auch nicht an.

2. Das Berufungsgericht kann offenlassen, ob der Kläger die ihm im Rahmen des § 22 AGG obliegende Darlegungslast erfüllt hat. Jedenfalls hat der Kläger für die von ihm behaupteten Tatsachen keinen ordnungsgemäßen Beweis angetreten. Das geht zu seinen Lasten.

a) Der Kläger hat vorgetragen, dass er als einziger von 22 eingesetzten R.-Mitarbeitern nicht von der Beklagten übernommen worden ist. Er hat damit zunächst die ihm obliegende Darlegungslast erfüllt. Die Beklagte hat hierauf gemäß § 138 Abs. 2 ZPO detailliert erwidert und die einzelnen Zahlen unter Beweisantritt und in der Berufungsinstanz auch einzelnen Zeitabschnitten zugeordnet. Da dem Kläger die internen Personalvorgänge bei der Beklagten nicht bekannt sind, war von ihm auch nicht zu verlangen, hierauf seinerseits nochmals substantiiert zu erwidern.

b) Hierauf kommt es jedoch letztlich nicht an. Der Kläger hat nämlich keinen ordnungsgemäßen Beweis angetreten.

(aa) Soweit der Kläger sich auf das Zeugnis der acht R.-Mitarbeiter bezieht, hat er diese lediglich zum Beweis dafür angeboten, dass diese acht Mitarbeiter übernommen worden seien.

bb) Dem von ihm angetretenen Urkundsbeweis durch Antrag auf Vorlage der Arbeitsverträge bzw.- Personalunterlagen durch die Beklagte und die Firma R. ist Gründen unzulässig.



(1) Der Beweisantritt durch den Antrag auf Vorlage der „Arbeitsverträge oder sonstigen Nachweise“ der von der Fa. R. übernommen Mitarbeiter durch die Beklagte ist aus mehreren Gründen unzulässig. Der Beweisantritt entspricht nicht den gesetzlichen Anforderungen. Weder sind die Arbeitsverträge oder sonstigen Nachweise konkret bezeichnet (§ 424 Nr. 1 und 3 ZPO) noch hat der Kläger den Grund dargelegt, woraus sich die Verpflichtung der Beklagten zur Vorlage ergibt (§ 424 Nr. 5 ZPO). Eine Vorlegungspflicht der Beklagten besteht auch nicht. Gemäß § 422 ZPO ist der Gegner zur Vorlage verpflichtet, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann. Allein aus der prozessualen Mitwirkungs- und Förderungspflicht ergibt sich dieser Anspruch nicht (hierzu Zöller/Geimer, ZPO, § 422 Rz. 3). Die Beklagte hat auch nicht auf diese Unterlagen Bezug genommen (§ 423 ZPO), Schließlich wäre die Beklagte auch aus Datenschutzgründen daran gehindert, die Arbeitsverträge oder sonstigen Nachweise der betreffenden Arbeitnehmer ohne deren Zustimmung vorzulegen.

(2) Die vorstehenden Darlegungen gelten für den Antrag auf Vorlage von „Personalunterlagen“ durch die Fa. R.. Überdies erfüllt der Beweisantrag des Klägers auch insoweit nicht die gesetzlichen Anforderungen. Gemäß § 428 wird der Beweis, wenn sich eine Urkunde im Besitz eines Dritten befindet, dadurch angetreten, dass zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen oder eine Anordnung nach § 142 ZPO zu erlassen ist.

cc) Dem Kläger war es im Übrigen auch möglich, einen anderen Beweis für sein Vorbringen anzutreten. Die Beklagte hat nämlich für ihr Vorbringen über die Beschäftigung und Einstellung der R.-Mitarbeiter bereist im ersten Rechtszug und nochmals in der Berufungserwiderung Zeugenbeweis angeboten. Auf das Zeugnis der benannten Zeugin S. hätte der Kläger sich seinerseits berufen können.

II. Der Kläger kann auch keine Entschädigung wegen Benachteiligung aufgrund seiner Behinderung fordern. Zwar dürfte aufgrund der vom Kläger vorgelegten Unterla-

gen feststehen, dass der Kläger bereits seit dem Jahre 2005 einem Schwerbehinderten gleichgestellt ist. Es liegen jedoch keine Umstände vor, die den Schluss rechtfertigen, dass die Beklagte den Kläger wegen seiner Behinderung nicht übernommen hat. Das Berufungsgericht kann offen lassen ob der Kläger sich vorliegend im Hinblick auf die Ausschlussfristen (§§ 15 Abs. 4 AGG, § 61 b Abs. 1 ArbGG) noch hierauf berufen kann. Voraussetzung für eine Benachteiligung ist in jedem Fall, dass der Beklagten die Behinderung des Klägers im Zeitpunkt ihrer Entscheidung, den Kläger nicht zu übernehmen, bekannt gewesen ist. Die Beklagte hat dies bestritten und vorgetragen, dass sie erst durch den Schriftsatz des Klägers vom 23.04.2008 hiervon Kenntnis erlangt habe. Dem zufolge wäre es Sache des Klägers gewesen, Beweis für die Kenntnis der Beklagten anzutreten. Ein solcher Beweisantritt fehlt. Dass eine Partei für die ihr günstigen streitigen Tatsachen Beweis anzutreten hat, ist selbstverständlich und bedarf keines Hinweises gemäß § 139 ZPO:

Der Kläger hat nach alledem für seine Behauptungen keinen ordnungsgemäßen Beweis für Indiztatsachen angetreten, die vermuten lassen, dass die Beklagte ihn wegen seiner Hautfarbe oder wegen seiner Behinderung nicht eingestellt und damit benachteiligt hat. Deswegen kommt es auch nicht darauf an, ob die Beklagte Gründe für die Nichtberücksichtigung des Klägers gehabt hat, die mit seiner Hautfarbe oder seiner Behinderung nichts zu tun haben.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da es sich um eine Tatsachenentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung handelt.

gez. ...

gez. ...

gez. ...