

Inhaltsübersicht

| | |
|--|-----|
| Einleitung | 21 |
| Teil 1 – Funktion der Diskriminierungsverbote und AGG-Hopping | 24 |
| A. Begriff des AGG-Hoppers | 24 |
| B. Erklärungsansätze zur Funktion der Diskriminierungsverbote | 27 |
| C. AGG-Hopping unter Berücksichtigung der Funktion der Diskriminierungsverbote | 56 |
| D. Entscheidung für eine Funktion der Diskriminierungsverbote | 68 |
| E. Fazit: AGG-Hopping als zu unterbindendes Verhalten bei präferierter integritätsschützender Funktion der Diskriminierungsverbote | 87 |
| Teil 2 – Der AGG-Hopper in der Rechtsprechung | 89 |
| A. Rechtsprechung des BAG im Zeitraum „Prä-Kratzer“ | 89 |
| B. Rechtssache <i>Kratzer gegen R+V-Versicherung</i> | 121 |
| C. Nationale Rechtsprechung im Zeitraum „Post-Kratzer“ | 163 |
| D. Fazit: Zu geringe Hürden für AGG-Hopper in der Praxis | 171 |
| Teil 3 – Korrekturansätze zum Umgang mit AGG-Hopfern | 172 |
| A. Systemkonforme Korrekturansätze | 172 |
| B. Sonstige Korrekturansätze | 185 |
| C. Fazit: Korrekturbedarf bei vorhandenen Korrekturmöglichkeiten | 202 |
| Teil 4 – Gesamtergebnis und Ausblick | 203 |
| A. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse | 203 |
| B. Ausblick | 206 |
| Literaturverzeichnis | 209 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| Einleitung | 21 |
| Teil 1 – Funktion der Diskriminierungsverbote und AGG-Hopping | 24 |
| A. Begriff des AGG-Hoppers | 24 |
| I. Ursprung des Begriffs und Anwendungsbereich | 24 |
| II. Vorschnelle negative Konnotierung des Begriffs „Hopper“ | 25 |
| B. Erklärungsansätze zur Funktion der Diskriminierungsverbote | 27 |
| I. Integritätschützender Erklärungsansatz | 27 |
| 1. Persönlichkeitsschutz des Benachteiligten als Ziel des Antidiskriminierungsrechts | 27 |
| 2. Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes im AGG | 29 |
| a. Harmonische Integration in die deutsche Privatrechtsordnung | 29 |
| b. Persönlichkeitsrecht <i>versus</i> Vertragsfreiheit | 31 |
| c. Erweiterter Persönlichkeitsschutz im beruflichen Bereich | 36 |
| aa. Umfassende Interessenabwägung als Grundsatz | 36 |
| bb. Unwiderlegliche Vermutung einer Rechtsverletzung bei unmittelbarer Benachteiligung | 37 |
| [1] Gesetzgeberische Entscheidung für eine Erweiterung des Ehschutzes im AGG | 38 |
| [2] Die besondere Persönlichkeitsrelevanz von Arbeit | 38 |
| cc. Interessenabwägung bei mittelbarer Benachteiligung nach § 3 Abs. 2 AGG | 40 |
| d. Persönlichkeitsschutz und Entschädigungsanspruch | 40 |
| aa. Unvereinbarkeit von Integritätsschutz und Strafschadenszahlung | 40 |
| [1] Die Grundstrukturen des deutschen Schadensersatzrechts | 41 |
| [2] Verständnis von § 15 Abs. 2 AGG als Strafschadensersatznorm in der Literatur | 42 |

| | |
|--|----|
| [3] Kein Zwang zum Strafschadensersatz nach Unionsrecht | 42 |
| [a] Sanktionsvorgaben der Diskriminierungsrichtlinien | 42 |
| [b] Deutung im Sinne einer präventiven Verhaltenssteuerung | 43 |
| bb. Kein Verzicht auf eine Persönlichkeitsrechtsverletzung in der Rechtsprechung | 45 |
| cc. Widerlegliche Vermutung eines immateriellen Schadens | 46 |
| 3. Ergebnis: Schutz eines erweiterten Persönlichkeitsrechts im AGG | 46 |
| II. Verteilungs- und integrationspolitisch motivierter Erklärungsansatz | 47 |
| 1. Herstellung von Chancengleichheit als Ziel des Antidiskriminierungsrechts | 47 |
| 2. Etablierung eines Gleichbehandlungsgrundsatzes als Rechtsgesetz nach <i>Grünberger</i> | 48 |
| 3. Diskriminierungsverbot als „normbezogenes Anknüpfungsverbot“ nach <i>Mörsdorf</i> | 49 |
| 4. Ergebnis: Allgemeinwohlorientierte Umverteilung durch das AGG | 50 |
| III. Sozial- und moralpädagogisch motivierter Erklärungsansatz | 50 |
| 1. Umerziehung von Privatrechtsakteuren als Ziel des Antidiskriminierungsrechts | 50 |
| 2. Ergebnis: Umerziehung von Privatrechtsakteuren als Ziel des AGG | 51 |
| IV. <i>Private enforcement</i> und AGG | 51 |
| 1. <i>Private enforcement</i> als Instrument zur Rechtsdurchsetzung | 52 |
| a. Verhaltenssteuerung mit Mitteln des Privatrechts | 52 |
| b. Durchsetzung öffentlicher Interessen auf dem Privatklageweg | 53 |
| c. Zwischenergebnis | 54 |
| 2. Bedeutung des <i>private enforcement</i> im AGG | 54 |
| 3. Ergebnis: Normdurchsetzung auf dem Privatklageweg im AGG | 55 |

| | |
|---|----|
| C. AGG-Hopping unter Berücksichtigung der Funktion der Diskriminierungsverbote | 56 |
| I. Integritätsschützende Funktion | 56 |
| 1. Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung des AGG-Hoppers | 56 |
| a. Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung bei fehlender Ernsthaftigkeit | 56 |
| b. Persönlichkeitsrechtsverletzung bei fehlender objektiver Eignung nur in Ausnahmefällen | 57 |
| aa. Fehlende objektive Eignung als Indiz für eine Scheinbewerbung | 57 |
| bb. Keine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch bloße Ablehnung | 58 |
| cc. Persönlichkeitsrechtsverletzung nur bei schädigendem Verhalten | 59 |
| dd. Erfordernis der einschränkenden Auslegung der Eignung | 59 |
| 2. Kein immaterieller Schaden des AGG-Hoppers | 60 |
| 3. Der richtige Begründungsansatz zur Schutzversagung | 62 |
| 4. Ergebnis: AGG-Hopping als zu unterbindendes Verhalten | 63 |
| II. Verteilungs- und integrationspolitisch motivierte Funktion | 63 |
| 1. Fehlende Vergleichbarkeit des AGG-Hoppers mit ernsthaften Bewerbern | 63 |
| 2. Ungeeignetheit des Ansatzes <i>Mörsdorfs</i> am Beispiel des AGG-Hoppers | 65 |
| 3. Ergebnis: AGG-Hopping als zu unterbindendes Verhalten | 66 |
| III. Sozial- und moralpädagogisch motivierte Funktion | 66 |
| 1. AGG-Hopper als Werkzeug zur Rechtsdurchsetzung | 66 |
| 2. Ergebnis: AGG-Hopping als Beitrag zur effektiven Rechtsdurchsetzung | 67 |
| D. Entscheidung für eine Funktion der Diskriminierungsverbote | 68 |
| I. Notwendigkeit der Funktionsbestimmung zur Bewertung des AGG-Hoppings | 68 |
| II. Bewertung des integritätsschützenden Erklärungsansatzes | 69 |
| 1. Kein Widerspruch zur Privatrechtsordnung | 69 |
| 2. Ausreichende Berücksichtigung des Unionsrechts | 70 |
| a. Rechtsquellen des Diskriminierungsschutzes auf Unionsebene | 70 |
| b. Umsetzungsspielraum nach Art. 288 AEUV | 72 |

| | |
|---|----|
| c. Kontext einzelner Entscheidungen | 74 |
| 3. Existierende Anhaltspunkte im AGG | 77 |
| 4. Eigenständiger Gehalt des integritätsschützenden Ansatzes | 78 |
| 5. Anklang des integritätsschützenden Ansatzes in der Rechtsprechung | 79 |
| 6. Ergebnis: Überzeugungskraft des integritätsschützenden Erklärungsansatzes | 79 |
| III. Bewertung des verteilungs- und integrationspolitisch motivierten Erklärungsansatzes | 80 |
| 1. In den Richtlinien existierende Anhaltspunkte | 80 |
| 2. Keine klaren Anhaltspunkte im AGG | 80 |
| 3. Widerspruch zur Privatrechtsordnung | 81 |
| a. Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit als Aufgabe des Staates | 81 |
| b. Berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Wahl seines Vertragspartners | 82 |
| 4. Schwierigkeit der Durchsetzung auf dem Privatklageweg | 83 |
| 5. Ergebnis: Fehlende Überzeugungskraft des verteilungs- und integrationspolitisch motivierten Erklärungsansatzes | 84 |
| IV. Bewertung des sozial- und moralpädagogisch motivierten Erklärungsansatzes | 84 |
| 1. Existierende Anhaltspunkte in den Richtlinien | 84 |
| 2. Keine Anhaltspunkte im AGG | 85 |
| 3. Widerspruch zur Privatrechtsordnung | 86 |
| 4. Ergebnis: Fehlende Überzeugungskraft des sozial- und moralpädagogisch motivierten Erklärungsansatzes | 87 |
| E. Fazit: AGG-Hopping als zu unterbindendes Verhalten bei präferierter integritätsschützender Funktion der Diskriminierungsverbote | 87 |
| Teil 2 – Der AGG-Hopper in der Rechtsprechung | 89 |
| A. Rechtsprechung des BAG im Zeitraum „Prä-Kratzer“ | 89 |
| I. Rechtsprechung bei Inkrafttreten des AGG | 90 |
| 1. Erweiterter Bewerberbegriff (subjektive Ernsthaftigkeit und objektive Eignung) | 90 |

| | |
|---|------------|
| 2. Stellungnahme | 92 |
| a. Gründe für eine subjektive Komponente beim Bewerberbegriff | 92 |
| aa. Bereits keine Anspruchsentstehung bei Zweifeln an der subjektiven Ernsthaftigkeit | 92 |
| bb. Möglichkeit zur Berücksichtigung auffälliger Indizien | 93 |
| cc. Rechtliche Unerheblichkeit einer nicht ernst gemeinten Willenserklärung | 95 |
| dd. Allgemeiner Sprachgebrauch | 96 |
| ee. Sachgerechte Verteilung der Darlegungs- und Beweislast | 97 |
| b. Gründe für eine objektive Komponente beim Bewerberbegriff | 100 |
| aa. Fehlende Eignung als (allein) ausschlaggebender Ablehnungsgrund | 100 |
| bb. Vergleich mit dem amerikanischen Recht | 102 |
| c. Berücksichtigung des persönlichkeitschützenden Gehalts der Diskriminierungsverbote | 103 |
| II. Rechtsprechung ab 2010 | 103 |
| 1. Objektive Eignung als Tatbestandsmerkmal der vergleichbaren Situation | 103 |
| 2. Stellungnahme | 105 |
| a. Wortlautargument des BAG als Zirkelschluss | 105 |
| b. Eignung als grundsätzlich nicht situationsbedingter Umstand | 106 |
| c. Keine Auswirkung auf die Darlegungs- und Beweislast | 106 |
| d. Berücksichtigung des persönlichkeitschützenden Gehalts der Diskriminierungsverbote | 107 |
| III. Rechtsprechung ab 2012 | 107 |
| 1. Verzicht auf die subjektive Ernsthaftigkeit beim Begriff des Bewerbers | 107 |
| 2. Stellungnahme | 107 |
| a. Fehlende Begründung des Rechtsprechungswandels | 107 |
| b. Fiktion einer Persönlichkeitsrechtsverletzung | 108 |
| c. Fehlende dogmatische Überzeugungskraft | 108 |
| IV. Rechtsprechung ab 2016 | 110 |
| 1. Verzicht auf die objektive Eignung auch bei der vergleichbaren Situation | 110 |

| | |
|---|-----|
| 2. Stellungnahme | 112 |
| a. Kein Zwang zum Schutz offensichtlich ungeeigneter Bewerber | 112 |
| b. Effektivität und Praktikabilität als Scheinargument | 114 |
| c. Sekundäre Darlegungslast als milderes Mittel | 115 |
| d. Maßgeblichkeit einer hypothetischen Vergleichsperson | 116 |
| e. Konsequenzen | 118 |
| aa. Entschädigung trotz fehlender objektiver Eignung | 118 |
| bb. Mehr potenzielle Stellenanzeigen für AGG-Hopper | 119 |
| cc. Fiktion einer Persönlichkeitsrechtsverletzung | 120 |
| V. Ergebnis: Abbau anfänglicher Hürden für AGG-Hopper durch Rechtsprechungsänderung des BAG | 121 |
| B. Rechtssache <i>Kratzer gegen R+V-Versicherung</i> | 121 |
| I. Der Ausgangsfall | 122 |
| 1. Verfahrensgang bis zur Vorlage an den EuGH | 122 |
| 2. Vorlagebeschluss an den EuGH zur Klärung des Umgangs mit AGG-Hopfern | 124 |
| a. Klärung des Begriffs „Zugang zur Beschäftigung“ | 124 |
| b. Kritik an der Vorlage in der Literatur | 125 |
| c. Stellungnahme | 125 |
| II. Scheinbewerber und EuGH | 129 |
| 1. Die Antwort des EuGH | 129 |
| 2. Keine dogmatische Klärung des Prüfungsansatzes | 130 |
| a. Missachtung des Eventualverhältnisses der gestellten Fragen | 130 |
| b. Auslegung der Antwort des EuGH in der Literatur | 131 |
| aa. Differenzierung nach der Offensichtlichkeit | 131 |
| bb. Wahlmöglichkeit | 131 |
| c. Stellungnahme | 132 |
| aa. Praktische Relevanz der Entscheidung für einen Prüfungsansatz | 132 |
| bb. Keine Befugnis des EuGH zur verbindlichen Vorgabe des Prüfungsansatzes | 134 |
| 3. Anforderungen an den Rechtsmissbrauch | 137 |
| a. Kritik in der Literatur an einer fehlenden Kategorisierung | 137 |
| aa. Bildung von Fallgruppen | 137 |

| | |
|--|-----|
| bb. Kategorisierung der Rechtssache <i>Kratzer</i> | 138 |
| b. Differenzierung zwischen zweckwidriger Nutzung von Unionsrecht und nationalem Recht | 139 |
| aa. Abgrenzungskriterien | 139 |
| bb. Bewerben zum bloßen Schein als zweckwidrige Nutzung nationalen Rechts | 140 |
| cc. Grenzen der Vorgabebefugnis bei zweckwidriger Nutzung nationalen Rechts | 141 |
| c. Würdigung der Vorgaben des EuGH in der Rechtssache <i>Kratzer</i> | 142 |
| aa. Bewertung der objektiven Elemente | 143 |
| [1] Nichteरreichung des Ziels der Unionsregelung | 143 |
| [2] Erfordernis objektiver Anhaltspunkte | 143 |
| [3] Grundsätzliche Anwendung nationaler Beweisregeln | 144 |
| [4] Alternativerklärung und Missbrauchsausschluss | 145 |
| bb. Bewertung des subjektiven Elements | 145 |
| [1] Grundsätzliche Bedeutung für das Unwerturteil | 145 |
| [2] Konstituierendes Element für das AGG-Hopping | 146 |
| 4. Zwischenergebnis | 148 |
| III. Umgang nationaler Gerichte mit den Vorgaben des EuGH in der Rechtssache <i>Kratzer</i> | 149 |
| 1. AGG-Hopping als Rechtsmissbrauch nach dem BAG | 149 |
| a. Allgemeine Anforderungen an den Rechtsmissbrauchsvorwurf | 149 |
| b. Kein Vortrag rechtsmissbräuchlich relevanter Indizien im Fall | 150 |
| aa. Qualität des Bewerbungsschreibens | 150 |
| bb. Versenden zahlreicher Bewerbungen | 150 |
| cc. Vielzahl von Entschädigungsprozessen | 151 |
| dd. Überqualifizierung des Bewerbers | 151 |
| c. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung des Rechtsmissbrauchs | 151 |
| 2. Entscheidung des LAG Hessen | 152 |

| | |
|---|-----|
| 3. Stellungnahme | 153 |
| a. Leichtfertige Annahme von Alternativerklärungen durch das BAG | 153 |
| aa. Unzureichende Berücksichtigung von Äußerungen im Bewerbungsschreiben | 153 |
| bb. Unzureichende Berücksichtigung von in der Vergangenheit geführten Entschädigungsprozessen | 155 |
| cc. Unterbliebene Gesamtbeurteilung der Indizien | 156 |
| b. Einengung des Beurteilungszeitpunkts durch das BAG | 156 |
| aa. Einbeziehung nur eines punktuellen Zeitabschnitts | 156 |
| bb. Missglückte Parallele zum Kündigungsschutzprozess? | 157 |
| cc. Keine unionsrechtliche Notwendigkeit | 158 |
| dd. Unzureichende Berücksichtigung des Beklagtenvortrags | 159 |
| c. Zu starke Akzentuierung des Entschädigungsverlangens durch das BAG | 160 |
| aa. Missbrauch und Nebenzwecke | 160 |
| bb. Überspitzung unionsrechtlicher Vorgaben und Einengung nationalen Rechts | 161 |
| d. Ablehnung einer Gesamtbetrachtung von Indizien durch das LAG Hessen | 162 |
| IV. Ergebnis: Zu hohe Anforderungen im nationalen Recht an den Missbrauchsvorwurf im AGG | 163 |
| C. Nationale Rechtsprechung im Zeitraum „Post-Kratzer“ | 163 |
| I. Rechtssache <i>Kratzer gegen Träger diakonischer Arbeit</i> | 163 |
| 1. Sachverhalt und Verfahrensgang | 164 |
| 2. Bejahung rechtsmissbräuchlich relevanter Umstände durch das BAG | 165 |
| a. Betonung des Kirchenaustritts | 165 |
| b. Betonung der langjährigen Berufserfahrung | 166 |
| c. Nichtäußerung zu Qualifikationen und positiven Eigenschaften | 167 |
| 3. Unionsrechtskonformität der Entscheidung | 167 |
| II. Unterinstanzliche Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch im AGG | 168 |
| 1. Rechtsmissbrauch verneint | 168 |
| 2. Rechtsmissbrauch bejaht | 169 |

| | |
|--|-----|
| III. Ergebnis: Unterschiedlich strenge Anforderungen an den Nachweis des Rechtsmissbrauchs in der Rechtsprechung | 170 |
| D. Fazit: Zu geringe Hürden für AGG-Hopper in der Praxis | 171 |
| Teil 3 – Korrekturansätze zum Umgang mit AGG-Hoppern | 172 |
| A. Systemkonforme Korrekturansätze | 172 |
| I. Rückkehr zum ursprünglichen Bewerberbegriff im AGG | 172 |
| 1. Vermeidung von Systemproblemen | 172 |
| 2. Anpassung an die unionsrechtlichen Vorgaben | 173 |
| II. Eigenständige Feststellung einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im AGG | 175 |
| III. Einführung weiterer Sanktionsmöglichkeiten im AGG | 175 |
| 1. Ergänzung des AGG um einen Ordnungswidrigkeitentatbestand | 176 |
| a. Verstoß gegen § 11 AGG als Ordnungswidrigkeit | 176 |
| b. Vorzüge einer Kombination zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Sanktionen | 177 |
| aa. Effektive Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts | 177 |
| bb. Verschuldensabhängige Ausgestaltung des Entschädigungsanspruchs | 177 |
| 2. Einführung einer Verbandsklage | 180 |
| a. Keine unionsrechtliche Notwendigkeit | 180 |
| b. Mögliche Ausgestaltung im nationalen Recht | 182 |
| 3. Stellungnahme | 182 |
| IV. Ahndung des AGG-Hoppings als Betrug | 183 |
| B. Sonstige Korrekturansätze | 185 |
| I. Widerlegung des Schadenseintritts beim AGG-Hopper | 185 |
| II. Ausschluss offensichtlich ungeeigneter Bewerber im Auswahlverfahren | 186 |
| 1. Zu strenge Anforderungen des BAG an den Nachweis eines Auswahlverfahrens | 186 |
| 2. Sinnvolle Dreiteilung des Bewerberfeldes nach <i>Wank</i> | 188 |
| 3. Verzicht auf den Nachweis der Durchführung eines Auswahlverfahrens | 189 |
| III. Senkung der Anforderungen an den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs | 190 |
| 1. Zu hohe Anforderungen an den Vorwurf im AGG | 190 |
| 2. Stärkere Gewichtung der Einzelindizien | 191 |

| | |
|--|-----|
| 3. Weitere Relativierungen | 192 |
| IV. Abgestufte Darlegungs- oder Beweislast zum Nachweis eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens | 192 |
| 1. Vorüberlegungen | 192 |
| 2. Sekundäre Darlegungslast des Klägers im Entschädigungsprozess | 193 |
| a. Erkenntnisgefälle im Entschädigungsprozess | 193 |
| b. Folgen der sekundären Darlegungslast | 194 |
| 3. Beweislasterleichterungen im Entschädigungsprozess | 196 |
| a. Umkehr der Beweislast | 196 |
| b. Anscheinsbeweis | 197 |
| c. Gedanke der Beweiserleichterung | 198 |
| 4. Vereinbarkeit mit Unionsrecht | 199 |
| a. Effektivitätsgrundsatz und Beweislast | 199 |
| b. Effektivitätsgrundsatz und sekundäre Darlegungslast | 201 |
| C. Fazit: Korrekturbedarf bei vorhandenen Korrekturmöglichkeiten | 202 |
| Teil 4 – Gesamtergebnis und Ausblick | 203 |
| A. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse | 203 |
| B. Ausblick | 206 |
| Literaturverzeichnis | 209 |