

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-Hoppern	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 Konnotation des Begriffs „Hopper“	25
B. Erklärungsansätze zur Funktion der Diskriminierungsverbote	27
I. Integritätsschützender 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 Ehrschutzes 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 Rechtsgebot 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-Hoppern	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] Nichterreichung 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 Ordnungswidrigkeitstatbestand	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. Beweislast erleichterungen 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