

Rieke Dolde

# AGG-Hopping

Zu unterbindendes Verhalten oder Beitrag  
zur effektiven Rechtsdurchsetzung?



**Nomos**

**Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln

Prof. Dr. Martin Franzen, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Felix Hartmann, LL.M. (Harvard), Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Clemens Höpfner, Universität zu Köln

Prof. Dr. Abbo Junker, Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof. Dr. Peter Schüren, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Prof. Dr. Katharina Uffmann, Ruhr-Universität Bochum

Band 104

Rieke Dolde

# AGG-Hopping

Zu unterbindendes Verhalten oder Beitrag  
zur effektiven Rechtsdurchsetzung?



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Konstanz, Univ., Diss., 2022

u.d.T.: AGG-Hopping – Zu unterbindendes Verhalten oder Beitrag zur effektiven Rechtsdurchsetzung?

ISBN 978-3-8487-7525-5 (Print)

ISBN 978-3-7489-3375-5 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Für meine Eltern*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis Stand Frühjahr 2022 eingearbeitet.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Christian Picker für die lehrreiche Zeit an seinem Lehrstuhl und die Unterstützung bei der Erstellung dieser Arbeit sowie Herrn Jun.-Prof. Dr. Stephan Gräf für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Bei den Herausgebern dieser Schriftenreihe bedanke ich mich für die Aufnahme.

Auch meinen Eltern, die mich seit meiner Kindheit in allen meinen Vorhaben unterstützen und dadurch einen wesentlichen Beitrag zur Entstehung dieser Arbeit beigetragen haben, gilt mein allergrößter Dank. Schließlich bedanke ich mich bei meinem Partner Thilo, der mir in allen Lebensphasen verständnisvoll und bedingungslos zur Seite steht.

Stuttgart, im Oktober 2022

*Rieke Dolde*



# 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-Hoppers   | 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-Hoppnern                    | 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-Hopperrn  | 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. 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 |

## Einleitung

Diskriminierungen sind in Deutschland ein alltägliches Problem.<sup>1</sup> Vom Ansatz richtig sind daher gesetzgeberische Versuche, Diskriminierungen im Alltag zu begegnen. Im Bereich des Arbeitsrechts unternimmt der Gesetzgeber seit jeher diesen Versuch.<sup>2</sup>

Auch das im Jahr 2006 eingeführte Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verfolgt diesen Zweck.<sup>3</sup> Es will Benachteiligungen aus Gründen<sup>4</sup> der Rasse oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität im Bereich der Beschäftigung und des Zivilrechtsverkehrs verhindern oder beseitigen. Die Ausführungen im Folgenden werden sich allein auf den Bereich der Beschäftigung beschränken, da dieser, mit (vermeintlich) diskriminierend ausgeschrieben Stellenanzeigen, den Hauptanwendungsbereich für das AGG-Hopping darstellt, das Gegenstand dieser Arbeit ist.

Das Gesetz setzt mehrere europäische Richtlinien um, die im Fortgang auch als Diskriminierungsrichtlinien bezeichnet werden: Die Richtlinie 2000/43 EG,<sup>5</sup> die Richtlinie 2000/78/EG,<sup>6</sup> die Richtlinie 2002/73/EG<sup>7</sup> und

- 
- 1 Dazu der Jahresbericht 2020 der Antidiskriminierungsstelle des Bundes „Gleiche Rechte, gleiche Chancen“, aufrufbar unter [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2021/20210511\\_jahresbericht.html](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/pressemitteilungen/DE/2021/20210511_jahresbericht.html) [3.9.2022].
  - 2 So verbot bereits § 611a BGB a.F. eine Benachteiligung wegen des Geschlechts. Ferner sind § 75 Abs. 1 BetrVG und der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu nennen, dazu *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583.
  - 3 BT-Drs. 16/1780, S. 20 ff.
  - 4 Aufgrund der Festlegung auf diese Merkmale zeigt sich, dass nicht alles, was als diskriminierend empfunden wird, auch gesetzlich verboten ist. Der Begriff der Diskriminierung ist im allgemeinen Sprachgebrauch weiter (Diskriminierung wegen der Größe...). Eine verbotene Benachteiligung im Sinne des AGG liegt jedoch nur vor, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Merkmals eine schlechtere Behandlung erfährt und die Benachteiligung nicht nach den §§ 8-10 AGG gerechtfertigt ist. Wenn im Folgenden von Diskriminierung gesprochen wird, ist damit eine Benachteiligung im Sinne des AGG gemeint.
  - 5 RL 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG Nr. L 180, S. 22.

die Richtlinie 2004/113/EG.<sup>8</sup> Das Arbeitsrecht ist damit auch in diesem Bereich europarechtlich geprägt.

Trotz der grundsätzlichen Einsicht, dass Diskriminierungen zu unterbinden sind, hat die Einführung des AGG zu angeregten Diskussionen geführt. Mit dem Antidiskriminierungsrecht werden zentrale Grundfragen aufgeworfen. Zum einen die nach dem Verhältnis von Freiheit und Gleichheit,<sup>9</sup> zum anderen die nach dem Verhältnis von Privatautonomie und staatlicher Regulierung.<sup>10</sup>

Neben diesen Grundsatzfragen kam auch die Besorgnis auf, dass es durch die Regelungen im AGG zu einer regelrechten Klagewelle kommen könnte. Die in § 11 AGG Gesetz gewordene Verpflichtung des Arbeitgebers, Arbeitsplätze nicht benachteiligend auszuschreiben<sup>11</sup> und die Beweislastregel aus § 22 AGG, die eine Benachteiligung bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung regelmäßig vermuten lässt,<sup>12</sup> hat die Befürchtung ge-

---

6 RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG Nr. L 303, S. 16.

7 RL 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der RL 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 269, S. 15. Die RL 2002/73/EG wurde zwischenzeitlich ersetzt durch die RL 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. EG Nr. L 204, S. 23.

8 RL 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG Nr. L 373, S. 37.

9 *Bader*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, S. 28; *Baer*, ZRP 2002, 290; *Dammann*, Grenzen zulässiger Diskriminierung, S. 25, 114 ff.; *Grünberger*, Personale Gleichheit, S. 7, 53; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht, S. 323 f.: „Die Geschichte der Vertragsfreiheit ist die ihrer Beschränkung!“; *Lobinger*, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, S. 117.

10 *Grünberger*, Personale Gleichheit, S. 53; *Jestaedt*, VVDStRL (64) 2005, 299 (333); *Krause*, in: FS Adomeit, S. 377; *E. Picker*, JZ 2003, 540 (541); *Reichold*, ZfA 2006, 257 ff.; *Säcker*, ZRP 2002, 286 (287); *ders.*, ZG 2005, 154 ff.; *ders.*, ZEuP 2006, 1 ff.

11 Ein Verstoß gegen § 11 AGG stellt für sich noch keine Benachteiligung dar, regelmäßig aber ein Indiz für eine Benachteiligung, dazu *J. Kern*, Professionelle Diskriminierungskläger, S. 71.

12 BT-Drs. 16/1780, S. 47; BAG vom 19.8.2010 – 8 AZR 530/09, NZA 2010, 1412 (Rn. 59); 11.8.2016 – 8 AZR 809/14, BeckRS 2016, 110546 (Rn. 50).

weckt, Personen ohne ernstes Interesse, sogenannte AGG-Hopper,<sup>13</sup> könnten sich auf (vermeintlich) diskriminierend ausgeschriebene Stelle bewerben, um dann Entschädigungszahlungen geltend zu machen.

Die Diskussionen rund um das AGG sind abgeebbt und auch die prohezeitige Klagewelle ist ausgeblieben.<sup>14</sup> Über die Funktion der Diskriminierungsverbote im AGG besteht jedoch nach wie vor Uneinigkeit. Den gleichheitlichen Ansätzen, wozu der verteilungs- und integrationspolitisch motivierte und der sozial- und moralpädagogisch motivierte Erklärungsansatz der Diskriminierungsverbote zählen, steht ein integritätsschützendes Verständnis der Diskriminierungsverbote gegenüber.<sup>15</sup>

Anhand des AGG-Hoppings wird untersucht, ob der Streit über die Funktion auch eine praktische Relevanz hat. Je nach Funktion könnte die Bewertung des Verhaltens des AGG-Hoppers unterschiedlich ausfallen. Im ersten Teil dieser Arbeit werden daher zunächst die verschiedenen Erklärungsansätze zur Funktion der Diskriminierungsverbote im AGG dargestellt und jeweils eine Bewertung des Verhaltens des AGG-Hoppers unter dieser Lesart vorgenommen.

Im zweiten Teil wird anschließend die Behandlung des AGG-Hoppers in der Rechtsprechung – unter Zugrundelegung der herausgearbeiteten, zu präferierenden Funktion der Diskriminierungsverbote – kritisch betrachtet. Insbesondere wird dabei auch die Rechtsprechung des EuGH zur Behandlung von AGG-Hoppnern in den Blick genommen, die 2016 auf Vorlagefrage des BAG in der Rechtssache *Kratzer gegen R+V-Versicherung* (Rechtssache *Kratzer*) erging.<sup>16</sup>

Im dritten Teil werden schließlich noch Korrekturansätze der Rechtslage *de lege lata* im Umgang mit AGG-Hoppnern aufgezeigt.

---

13 Zur Definition des AGG-Hoppers ausführlich in Teil 1, A. I. Es ist darauf hinzuweisen, dass in dieser Arbeit aus Darstellungsgründen und dabei frei von jeglicher Wertung darauf verzichtet wird, jedes Geschlecht in der korrekten Form zu erfassen, obgleich alle Formen gemeint sind. Durchgängig ist deshalb z.B. die Rede vom Bewerber oder vom AGG-Hopper.

14 Helm, AiB 2019, 43 (45); Kocher, ZRP 2017, 112; Rolfs, NZA 2016, 586; Seebacher, AiB 2015, 47 ff.

15 Lobinger, Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, S. 99 ff.; ders., Entwicklung, Stand und Perspektiven, S. 35 ff.; ders., AcP 216 (2016), 28 (82 ff.); dazu näher in Teil 1, B.

16 Vorlagebeschluss des BAG vom 18.6.2015 – 8 AZR 848/13 (A), NZA 2015, 1063; Antwort des EuGH vom 28.7.2016 – C-423/15 (Kratzer), EU:C:2016:604.