



Marita Körner

Age Discrimination in the Context of Employment

Altersdiskriminierung im Beschäftigungsverhältnis

Rechtswissenschaftliche
Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie

Heft 14

Marita Körner

Age Discrimination in the Context of Employment

Altersdiskriminierung im Beschäftigungsverhältnis

Rechtswissenschaftliche
Beiträge der
Hamburger Sozialökonomie

Heft 14

Prof. Dr. Marita Körner

Professor for German and International Labour and Social Law and Comparative Law, Faculty of Business, Economics and Social Sciences and Faculty of Law, Universität Hamburg.

Professorin für Deutsches und Internationales Arbeits- und Sozialrecht und Rechtsvergleichung am Fachbereich Sozialökonomie der Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der Universität Hamburg; Zweitmitglied der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg.

Translation: John A. Foulks, J.D. (Rutgers)

Impressum

Kai-Oliver Knops, Marita Körner, Karsten Nowrot (Hrsg.)
Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

Heft 14, Juli 2017

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikations in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

ISSN 2366-0260 (print)
ISSN 2365-4112 (online)

Reihengestaltung: Ina Kwon
Produktion: UHH Druckerei, Hamburg
Schutzgebühr Euro 5

Die Hefte der Schriftenreihe „Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie“ finden sich zum Download auf der Website des Fachgebiets Rechtswissenschaft am Fachbereich Sozialökonomie unter der Adresse:

<https://www.wiso.uni-hamburg.de/fachbereich-sozoek/professuren/koerner/fiwa/publikationsreihe.html>

Fachgebiet Rechtswissenschaft
Fachbereich Sozialökonomie
Fakultät für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Universität Hamburg
Von-Melle-Park 9
20146 Hamburg

Tel.: 040 / 42838 - 3521
Fax: 040 / 42838 - 8129
E-Mail: Beate.Hartmann@wiso.uni-hamburg.de

Contents

A. Background	5
B. Anti-Discrimination Trolls	5
C. Objectively Suitable Applicants	6
D. Subjective Genuineness of the Employment Application	6
E. Abuse of Process – View of the European Court of Justice	7
F. “Private Enforcement”	8
G. Further Clarification of the Merits by the Land Labour Court	9

Deutsche Version

A. Hintergrund	11
B. AGG-Hopper	11
C. Objektive Eignung von Bewerbern	12
D. Subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung	12
E. Rechtsmissbrauch – Sicht des EuGH	13
F. „Private enforcement“	13
G. Weitere Sachaufklärung durch das LAG	15

A. Background

Once again the Federal Labour Court (Bundesarbeitsgericht - BAG) was confronted with an age discrimination case in the context of employment (BAG, 19.05.2016 - 8 AZR 470/14). Based on EU directive 2000/78/EG, the prohibition against age discrimination in employment was implemented into German law with passage of the Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz [AGG] [General Equal Treatment Act] of 2006. Alongside unjustified unequal treatment on account of gender, age is probably the one classification from the list in § 1 AGG that gives rise most often to discriminatory violations as potentially any employee might fall victim to it. In the current labour market, older employees in particular are in need of special protection because not infrequently, they are either forced into early retirement arrangements or have a difficult time finding new employment should they find themselves out of a job later in life. In light of this, one can certainly find fault with the list of reasons justifying differential treatment based on age in § 10 AGG. The legal consequences for violating the law in § 15 AGG are not much of a deterrent, at least not for larger employers. Thus the German law does not go far enough to provide comprehensive, efficient protection against discrimination. Especially at the procedural level, there is a failure of efficient judicial remedies. To be sure, affected individuals can bring individual actions for damages and/or compensation pursuant to § 15 AGG. But no group right of action is provided. Moreover the individual cause of action is seldom brought to bear, whether because employees in an existing employment relationship do not relish taking their employers to court over labour law violations of any nature, or because job applicants, unfamiliar with business-internal processes, cannot make out a prima facie case of so much as the indicia of discrimination, in spite of the burden-shifting provision in § 22 AGG, unless they can point to an apparently discriminatory vacancy announcement. As a result, the fears of critics from ten years ago that the AGG would open the floodgates to litigation have not materialized. This circumstance resides – unspoken – at the heart of the BAG decision of 19 May 2016.

B. Anti-Discrimination Trolls

At the root of it, age discrimination against the 55-year-old complainant is not the primary issue. Certainly the BAG too is aware of the precarious development in the legal profession. With low barriers to entry by solo practitioners, that route has become something of a collection bin for low-calibre graduates. One result has been aberrations of professional ethics, such as abuse of rights by copyright trolls (*Wagner, Vorsicht Rechtsanwalt, Munich 2014*). Thus it must also be clear to the BAG that a job applicant who is not qualified in the substantive areas in which the employer is seeking to hire, whose scores on the qualifying exam are modest, who has been an established solo practitioner in a totally different part of the country for decades and who within a single year has lodged 16 comparable claims for compensation exclusively on the basis of vacancy announcements that failed to be non-discriminatory, is not really seeking a new professional challenge but rather, in all likelihood, is an anti-discrimination troll. Yet it is as though the BAG's long-and-involved opinion were meant obliterate this circumstance. It may well be that this particular plaintiff is not primarily concerned with getting himself compensated, as a typical troll would be, but instead is stepping up in the name of

justice. Be that as it may, the BAG's decision overall tends to ennoble those who operate as professional anti-discrimination plaintiffs.

Of course the BAG, the highest tribunal for labour disputes, does not call this class of complainants by name in the same opinion in which it finds little question the matter before it did not involve abuse of process. The lower courts on the other hand, adhering to the BAG's previous position, found abuse of process indeed existed and had dismissed the action. Accordingly the Landesarbeitsgericht (LAG) (*Land Labour Court*) was no longer tasked with examining whether age discrimination actually existed. In textbook fashion, the Federal Labour Court now explains the General Equal Treatment Act to the LAG in relation to European law and sets forth the method by which the existence of age discrimination is to be determined—here, where it involves indirect prejudicial treatment on account of the fact that applicants were to present with a maximum of two years' experience. There has been no determination that discrimination existed; the case has been remanded for further evaluation by the LAG of Hamburg. The BAG however has furnished very narrow instructions.

C. Objectively Suitable Applicants

The BAG begins by overturning its earlier jurisprudence regarding objective suitability of applicants. The BAG had already held that an applicant who was not objectively suitable would nonetheless qualify as an applicant for purposes of § 6 (1) sentence 2 AGG (BAG, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht [NZA]* 2010, 872, 873). Until now, however, the jurisprudence of the Eighth Senate had held that an applicant's objective suitability was relevant to determining whether a "comparable situation" existed among applicants for purposes of § 3 (1) sentence 1 AGG. Under the present ruling, applicants are in a "comparable situation" to other applicants for purposes of § 3 (1) and (2) AGG even where they do not demonstrate objective suitability for the advertised vacancy.

This new course is welcome because otherwise an employer would be able to raise its hiring standards inappropriately even subsequently to its announcement of the vacancy, above all where the announcement is vaguely worded. Objective suitability, however, can be examined at a later stage, particularly where abuse of process is involved (as already noted in *Kocher*, *Arbeit und Recht [ArbuR]* 2009, 78). But although it continues to allow courts to examine whether abuse of process is an issue, the BAG has now adopted a much more limited view than previously.

D. Subjective Genuineness of the Employment Application

Initially the BAG's jurisprudence was unstable with regard to the proper scope of examination of the subjective genuineness of an employment application. But then the court was guided by the Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) (Federal Administrative Court) (BVerwG, *Neue Juristische Wochenschrift [NJW]* 2011, 2452, 2455), held that lodging a claim for compensation pursuant to § 15 (2) AGG based on a sham application constituted abuse of process in accordance with § 242 of the German Civil Code (BAG *Arbeitsrechtliche Praxis [AP]* AGG § 15 no. 9), and expressly indicated that the proscription against abuse of process was also a

recognized general principle of European Union law. By itself, the fact that an applicant has lodged several complaints at once should not – and rightly so – be deemed sufficient to establish that an employment application is not genuine (BAG, NZA 2013, 498; BAG, NZA 2015, 1063). The present decision now clarifies that recognition of a complainant’s standing as an applicant does not require a “subjectively earnest application.” When examining whether abuse of process exists, courts may still continue to question the genuineness of an application. The thing is that the burden of proof to show abuse of process, and therefore also to prove the applicant’s subjective motive, lies with the employer. Here, as always where subjective factors come in, the evidentiary challenges are obvious. These could be ameliorated—or not—by requiring a prima facie showing, or by staggering the burden of going forward with evidence. The BAG has elected the second route and thereby raised the demand on defendant employers seeking to establish abuse of process in the context of the AGG, as compared to the showing required to prove abuse of process in other statutory contexts.

E. Abuse of Process – View of the European Court of Justice

The BAG found the defendant’s showing insufficient to establish abuse of process. To be sure, the *Land* Labour Court could have provided more thorough arguments in that area, and possibly did not do so because it felt it could rely on the BAG’s earlier jurisprudence. But nevertheless the BAG finds the reasoning of the *Land* Labour Court “improbable” in several places even though it is no less “improbable” to treat a case in which the complaint was one of 16 lodged in a single year by a solo practitioner, established as such for decades and a familiar anti-discrimination plaintiff at that, whose claims footed exclusively on vacancy advertisements the substantive requirements of which he does not fulfil but which were not worded so as to be non-discriminatory, as a case involving the elements of serious discrimination.

The Court of Justice of the European Union (ECJ) weighed in on the topic (ECJ – C-423/15, NJW 2016, 2796) on 28 July 2016, subsequently to the instant decision by the BAG of 19 May 2016 and upon referral by the very same Eighth Senate (BAG, NZA 2015, 1063), expressly upholding its previous jurisprudence in that sham applicants do not have a claim for compensation. Under the ECJ’s decision they do not come within the scope of protection of the anti-discrimination directives and consequently are not applicants *ab initio* (or in the wording of the Directive, are not persons seeking “access to employment”) or, at least, are engaging in abuse process by suing for compensation. Before this decision, established case law of the ECJ was already clear that abusive assertion of legal positions arising under Union law was inadmissible subject matter (ECJ, 13 May 2014 – C-155/1, Beck online Rechtsprechung [BeckRS] 2014, 80525 paras. 31 and 32 with further references). The referral by the BAG sought guidance whether assertions of claims for compensation on the basis of the anti-discrimination directives were controlled by the same rule. The first question in its referral order shows that the BAG was operating under the premise that a genuine application was a prerequisite to finding that applicant standing exists. It was merely in the alternative that it asked the ECJ to declare whether in any event a sham application would not constitute abuse of legal process. But in the end compliance with the requirements of European Union law does not turn on the doctrinal situation under German law.

F. “Private Enforcement”

The ECJ answered both questions to the effect that sham applicants are not persons seeking “access to employment” and for that reason sham applications may constitute abuse of process. With that, the ECJ shut the door on efforts to read a kind of “private enforcement” model of legal recourse into the anti-discrimination directives (as previously discussed *inter alia* in *Rolfs*, NZA 2016, 586, 589), such that professional anti-discrimination complainants who litigate their way to ownership of not insignificant sums of money are gratuitously elevated to Robin Hoods of equal treatment law. Even if it would be a welcome anti-discrimination measure were the Bundestag finally to provide a right of class action, as the directives enable it to do, the German law of remedies in particular does not, unlike that of United States jurisdictions, aim to provide punitive damages (as discussed in, though failing to recognize the very different legal systems, *Müller*, comment on BAG, judgment of 12 November 1998 – 8 AZR 365/97, *Monatsschrift für Deutsches Recht [MDR]* 1999, 750) but instead is intended to equalize risk by compensating the harmed parties rather than giving them a windfall. Non-economic damages are narrowly circumscribed in this system: recovery is only available where expressly provided, as in, *e.g.*, § 15 (2) AGG, and only to an individual for “pain and suffering” in excess of actual damages. In the context of discrimination violations, pain and suffering is the harm which results from injury of the individual’s personality rights. One who has not applied in earnest for a job vacancy cannot have suffered a remediable dignitary harm. This is also consistent with the spirit and purpose of the labour-law sections of the AGG: access to gainful employment, or advancement within an existing employment relationship, must not be obstructed due to unjustified unequal treatment. If no position is sought, it is impossible for the employer to stand in the way.

However the ECJ did not separately answer the staggered questions posed to it in the referral and thus did not clarify whether sham applicants are not applicants *ab initio* and for that reason are never entitled to lodge a claim under § 15 AGG, the burden of proof of which would be on the applicant, or whether a claim does indeed vest but is then extinguished due to abuse of process, in which case the employer would bear the burden of proof (*cf. Linge-mann/Steinhauser*, *Arbeitsrecht [ArbR]* Aktuell 2016, 515). Even if the ECJ’s posture toward sham applications is more critical than the one the BAG espouses in the instant decision, the general position of the ECJ can be displaced by national jurisprudence because the European court does not lay down clear criteria by which an application may be deemed a sham but rather only clarifies the legal consequences of being an anti-discrimination troll. Therefore national courts may impose impossibly high standards to show that an application is a sham or that abuse of process exists in connection therewith. So, according to the BAG, behaviour amounting to abuse of process is to be found only where the employer can prove purposeful activity on the part of the applicant, conceived solely in order to obtain economic advantages. Does the reverse then also hold? Namely, are professional anti-discrimination plaintiffs who have assumed the unwarranted authority of private enforcement – itself highly questionable as a matter of government by rule of law – *per se* no longer liable to the charge of abuse of process because, along with their own economic advantage, they are stepping up for a good cause?

Probably aware of Bundesverfassungsgericht (BVerfG) (Federal Constitutional Court) jurisprudence holding that judicial development of the law must not be such that a judge “substitutes his own substantive view of justice in place of that of the legislature” (BVerfG, 25 January 2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, 836), the BAG is silent regarding the dubious

concept of private enforcement. Instead it takes a more elegant approach: the LAG itself ought to be tasked with examining the discriminatory act.

Where the complainant is actually affected by discrimination, this is the correct course indeed. Therefore it is welcome in principle to apply a more rigorous test when examining subjective elements. But paving the road for professional anti-discrimination plaintiffs erodes one's faith in the litigation process, for it is not the function of private third parties to make up for the shortcomings of an act of the legislature by engaging in a kind of self-help or vigilantism (though the courts play along), especially where a major proportion of cases involving anti-discrimination trolls are traceable to a small number of individuals familiar to the courts (*Schleusener*, NZA Insert 2/2016, 50, 51; *Diller*, 'Scheinbewerber agieren immer dreister', *Frankfurter Allgemeine Zeitung* [FAZ] 24 June 2015). It is also doubtful that actual victims of discrimination will be aided thereby, because, it is to be feared, the application process going forward will become even less transparent, vacancy announcements even less informative and indicia of discrimination therefore more difficult to establish. Going forward, applicants who are flagged as potential complainants under the AGG may well be invited more often for a routine interview only to be eliminated at a later stage of the process. Thus little is gained. Overall, however, the credibility and justification for anti-discrimination law suffer.

G. Further Clarification of the Merits by the Land Labour Court

In the case at hand, additional clarification by the LAG may result in the employer being able to substantiate its claim of abuse of process after all. But due to the high, itself indefinite bar set by the BAG, this is unlikely. The required proof will have to be of the complainant's motives. Because subjective factors of this kind are never provable to a scientific certainty, plausible indicia are usually sufficient in comparable circumstances – which is also true under § 22 AGG, it should be noted. The LAG is thus likely to focus its examination on the grounds for justification under § 10 AGG. Here at least, the BAG reveals exactly of what the employer must go forward with evidence and persuade the court in order to rebut the claim of discrimination (para. 87).

Deutsche Version

Besprechung des BAG-Urteils vom 19.05.2016 - 8 AZR 470/14 (Nr. 11 zu § 3 AGG Diskriminierungskläger)*

* Es handelt sich um den Nachdruck eines Beitrags für die Arbeitsrechtliche Praxis (AP Nr. 11 zu § 3 AGG Diskriminierungskläger).

A. Hintergrund

Einmal mehr hatte das BAG einen Fall zur Altersdiskriminierung im Beschäftigungsverhältnis zu entscheiden (BAG, Urt. v. 19.05.2016 - 8 AZR 470/14). Dieses auf der EU-Richtlinie 2000/78/EG basierende Diskriminierungsverbot ist im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz von 2006 (AGG) in deutsches Recht umgesetzt worden. Neben der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts, ist eine Diskriminierung wegen des Alters wohl das Diskriminierungsmerkmal aus der Liste von § 1 AGG, bei dem am häufigsten Verstöße festzustellen sind, da potentiell jeder Arbeitnehmer/jede Arbeitnehmerin betroffen sein kann. Vor dem Hintergrund, dass gerade ältere Beschäftigte besonders schutzbedürftig sind, da sie auf dem derzeitigen Arbeitsmarkt nicht selten entweder in vorzeitige Ruhestandsregelungen gedrängt werden oder bei Verlust des Arbeitsplatzes in vorgerücktem Alter nur schwer eine neue Beschäftigung finden, kann man schon die Liste an Rechtfertigungen für Altersdifferenzierungen in § 10 AGG problematisch finden. Auch die Rechtsfolgen bei Verstößen in § 15 AGG sind jedenfalls für größere Arbeitgeber nicht wirklich abschreckend. Für einen effizienten und umfassenden Diskriminierungsschutz geht das deutsche Gesetz also nicht weit genug. Insbesondere auf der prozessualen Ebene fehlen effiziente Klagemöglichkeiten. Zwar können einzelne Betroffene individuell Klage auf Schadensersatz oder/und Entschädigung gem. § 15 AGG erheben. Ein Verbandsklagerecht aber fehlt. Vom individuellen Klagerecht wird nur wenig Gebrauch gemacht, sei es, weil Beschäftigte im bestehenden Beschäftigungsverhältnis, wie auch bei anderen arbeitsrechtlichen Rechtsverstößen, ungern gegen ihren Arbeitgeber klagen, sei es, weil sie als Bewerber trotz der Beweiserleichterung in § 22 AGG die internen Abläufe in einem Unternehmen nicht kennen und daher, wenn nicht gerade eine diskriminierend anmutende Stellenausschreibung vorliegt, noch nicht einmal Indizien für eine Diskriminierung glaubhaft machen können. So ist es also zu der vor zehn Jahren von Kritikern des AGG befürchteten Klageflut nicht gekommen. Dieser Umstand steht – unausgesprochen – im Mittelpunkt der BAG-Entscheidung vom 19.5.2016.

B. AGG-Hopper

Es geht im Grunde nicht primär um die Altersdiskriminierung des 55-jährigen Klägers. Auch das BAG kennt sicher die kritische Entwicklung der Rechtsanwaltschaft. Die ist wegen niedriger Zugangshürden für Einzelanwälte massenhaft zum Sammelbecken für schlechte Absolventen geworden, was u.a. zu berufsethischen Fehlentwicklungen wie dem Rechtsmissbrauch bei Abmahnanwälten führt (*Wagner, Vorsicht Rechtsanwalt, München 2014*). Daher dürfte auch dem BAG klar sein, dass ein nicht für die gesuchten Fachgebiete qualifizierter Bewerber mit mäßigen Examensnoten, der seit Jahrzehnten in seinem selbständigen Rechtsanwaltsberuf in einer völlig anderen Region etabliert ist und allein innerhalb eines Jahres 16 vergleichbare Entschädigungsklagen ausschließlich auf der Basis nicht diskriminierungsfrei formulierter Stellenausschreibungen erhoben hat, nicht wirklich eine andere berufliche Herausforderung sucht, sondern mit hoher Wahrscheinlichkeit ein sog. AGG-Hopper ist. Die lange, aufwendige Begründung des BAG soll diesen Umstand aber vergessen lassen. Es mag ja sein, dass dieser Kläger nicht, wie typische Abmahnanwälte, primär die finanzielle Kompensation für sich selbst im Auge hat, sondern für „die gerechte Sache“ eintreten will. Das BAG adelt aber mit seiner Entscheidung insgesamt professionelle Diskriminierungskläger.

Natürlich tituliert das BAG diese Klägergruppe nicht so, zumal das höchste Arbeitsgericht zu dem Ergebnis kommt, dass im zu entscheidenden Fall von Rechtsmissbrauch wohl keine Rede sein könne. Die Vorinstanzen hatten dagegen, der bisherigen Rechtsauffassung des BAG folgend, einen Rechtsmissbrauch angenommen und die Klage abgewiesen. Konsequenterweise hatte das LAG dann das tatsächliche Vorliegen einer Diskriminierung wegen des Alters nicht mehr zu prüfen. Das BAG erläutert dem LAG nun lehrbuchmäßig das AGG mit Bezug zum europäischen Recht und legt dar, wie man eine Altersdiskriminierung zu prüfen hat – hier eine mittelbare Benachteiligung wegen der maximal zweijährigen Berufserfahrung, die Bewerberinnen und Bewerber aufweisen sollten. Eine Diskriminierung steht noch gar nicht fest – die Sache ist zurückverwiesen worden und muss vom LAG Hamburg neu bewertet werden. Die Vorgaben des BAG sind allerdings sehr eng.

C. Objektive Eignung von Bewerbern

Zunächst verwirft das BAG seine bisherige Rechtsprechung zur objektiven Eignung von Bewerbern. Zwar entscheidet das BAG schon seit 2010 – anders als zu Scheinbewerbungen vor Erlass des AGG (z.B. BAG, NZA 1999, 371) –, dass es auf die objektive Eignung für die zu besetzende Stelle für den Bewerberbegriff iSv. § 6 Abs. 1 S. 2 AGG nicht ankommt (BAG, NZA 2010, 872, 873). Bisher hat aber in der Rechtsprechung des 8. Senats die objektive Eignung für die Frage eine Rolle gespielt, ob eine „vergleichbare Situation“ iSv. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG vorliegt. Nun gilt, dass sich Bewerber auch dann in einer „vergleichbaren Situation“ bzw. „vergleichbaren Lage“ mit anderen Bewerbern iSv. § 3 Abs. 1 und 2 AGG befinden, wenn die objektive Eignung für die ausgeschriebene Stelle fehlt.

Diese neue Linie ist zu begrüßen, da Arbeitgeber Eignungsvoraussetzungen ansonsten auch noch im Nachhinein unangemessen hochschrauben könnten, vor allem wenn die Formulierungen in der Stellenausschreibung vage sind. Auf die objektive Eignung kann es allerdings nach wie vor in späteren Prüfungsschritten ankommen, vor allem beim Rechtsmissbrauch (so auch schon *Kocher*, ArbuR 2009, 78). Den sieht das BAG jetzt allerdings viel enger als bisher, wenn er auch nach wie vor nicht völlig ausgeschlossen wird.

D. Subjektive Ernsthaftigkeit der Bewerbung

Zu der Frage, inwieweit es auf die subjektive Ernsthaftigkeit einer Bewerbung ankommen soll, war die Rechtsprechung des BAG zunächst schwankend. Dann folgte das Gericht dem BVerwG (BVerwG, NJW 2011, 2452, 2455), hielt die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs nach § 15 Abs. 2 AGG gemäß § 242 BGB bei fehlender Ernsthaftigkeit der Bewerbung für rechtsmissbräuchlich (BAG AP AGG § 15 Nr. 9) und verwies dabei ausdrücklich darauf, dass das Verbot des Rechtsmissbrauchs auch ein anerkannter Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sei. Mehrere gleichzeitig eingelegte Entschädigungsklagen sollten aber – richtigerweise - allein noch kein ausreichendes Indiz für mangelnde Ernsthaftigkeit der Bewerbung sein (BAG, NZA 2013, 498; BAG, NZA 2015, 1063). In der vorliegenden Entscheidung wird nun klargestellt, dass es auf eine „subjektiv ernsthafte Bewerbung“ jedenfalls für den Bewerberstatus nicht ankommt. Im Rahmen der Rechtsmissbrauchsprüfung kann die Ernsthaftigkeit der Bewerbung aber nach wie vor eine Rolle spielen. Allerdings ist für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs

und also auch das subjektive Moment der Motivation des Bewerbers der Arbeitgeber beweispflichtig. Hier sind wie immer bei subjektiven Merkmalen Beweisschwierigkeiten offensichtlich. Denen könnte durch Anscheinsbeweis oder eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast abgeholfen werden – oder eben nicht. Das BAG entscheidet sich für diesen zweiten Weg und erhöht damit die Anforderungen an den Rechtsmissbrauch im Rahmen des AGG im Vergleich zur Bewertung von Rechtsmissbrauch in anderen Normzusammenhängen.

E. Rechtsmissbrauch – Sicht des EuGH

Zum Rechtsmissbrauch hält das BAG den Vortrag des Beklagten nicht für ausreichend. Zwar hätte das LAG dazu noch sorgfältiger argumentieren können (und hat das womöglich deshalb nicht getan, weil es sich auf die bisherige Sichtweise des BAG glaubte stützen zu können), aber einen Sachverhalt, bei dem die zu beurteilende Klage eine von 16 innerhalb eines Jahres des seit Jahrzehnten beruflich etablierten selbständigen und als Diskriminierungskläger bekannten Rechtsanwalts auf ausschließlich nicht diskriminierungsfrei formulierte Stellenausschreibungen, deren fachliche Voraussetzungen nicht vorlagen als ernstzunehmenden Diskriminierungstatbestand zu behandeln, kann man ebenso „fernliegend“ finden, wie das BAG an mehreren Stellen die Argumentation des LAG.

Der EuGH hat sich zum Thema zeitlich nach der vorliegenden Entscheidung des BAG vom 19.5.2016 und auf Vorlage desselben 8. Senats (BAG, NZA 2015, 1063) am 28.7.2016 geäußert (EuGH – Rs. C-423/15, NJW 2016, 2796) und ausdrücklich dessen bis dahin verfolgte Linie bestätigt, dass Scheinbewerber keinen Entschädigungsanspruch haben. Sie unterfallen gemäß der EuGH-Entscheidung nicht dem Schutzbereich der Anti-Diskriminierungsrichtlinien und sind daher entweder schon keine Bewerber (bzw. in der Formulierung der Richtlinie Personen, die „Zugang zu Beschäftigung suchen“) oder handeln jedenfalls durch das Erstreiten einer Entschädigung rechtsmissbräuchlich. Auch schon vor dieser Entscheidung hatte der EuGH in ständiger Rechtsprechung klargestellt, dass die missbräuchliche Geltendmachung von Rechtspositionen, die aus Unionsrecht erwachsen, unzulässig ist (EuGH v. 13.3.2014 – C-155/1, BeckRS 2014, 80525, Rn. 31 f. mwN). Bei der Vorlage des BAG war es darum gegangen, ob das auch für die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen auf der Basis der Anti-Diskriminierungsrichtlinien gilt. In seinem Vorlagebeschluss geht das BAG in seiner ersten Frage noch davon aus, dass der Bewerberstatus eine ernsthafte Bewerbung erfordern kann und fragt den EuGH nur alternativ, ob eine nicht ernst gemeinte Bewerbung nicht jedenfalls rechtsmissbräuchlich sei. Auf die dogmatische Einordnung nach deutschem Recht kommt es allerdings letztlich für die Einhaltung der unionsrechtlichen Vorgaben nicht an.

F. „Private enforcement“

Der EuGH hat die beiden Fragen gemeinsam dahingehend beantwortet, dass Scheinbewerber keine Personen sind, die „Zugang zu Beschäftigung“ suchen und Scheinbewerbungen daher rechtsmissbräuchlich sein können. Damit hat der EuGH Bestrebungen eine Absage erteilt, den Anti-Diskriminierungsrichtlinien eine Art „private enforcement“-Funktion als dort angeblich angelegtes Rechtsschutzkonzept anzudichten (so u.a. *Rolfs*, NZA 2016, 586, 589), bei dem professionelle Diskriminierungskläger, die nicht unerhebliche Summen für sich selbst

erstreiten, zu Robin Hoods des Diskriminierungsschutzes überhöht werden. Auch wenn es für den Diskriminierungsschutz zu begrüßen wäre, wenn der Gesetzgeber endlich das in den Richtlinien ermöglichte Verbandsklagerecht vorsehen würde, zielt das deutsche Schadensersatzrecht gerade nicht, wie das US-amerikanische, auf „punitive damages“, also Strafschadensersatz (so aber in Verkennung der sehr unterschiedlichen Rechtssysteme *Müller*, Anm. zu BAG, Urt. v. 12.11.1998 – 8 AZR 365/97, MDR 1999, 750), sondern soll als Risikoausgleich den Geschädigten kompensieren, nicht aber bereichern. Immaterieller Schadensersatz ist in diesem System daher eng konzipiert: Ersatz gibt es nur, wo er ausdrücklich geregelt ist (so etwa in § 15 Abs. 2 AGG) und nur individuell für über materiellen Schaden hinausgehende „Schmerzen“. Bei Diskriminierungsverstößen bestehen die in der Verletzung des eigenen Persönlichkeitsrechts. Wer sich nicht ernsthaft bewirbt, kann keine ersatzfähige „Schmach“ erleiden. Das passt auch zu Sinn und Zweck des arbeitsrechtlichen Teils des AGG: Zugang zu Erwerbstätigkeit oder das Fortkommen innerhalb eines Beschäftigungsverhältnisses sollen nicht wegen ungerechtfertigter Ungleichbehandlung verwehrt werden. Wenn eine Stelle gar nicht angestrebt wird, kann kein Arbeitgeberverhalten den Zugang verwehren.

Allerdings hat der EuGH die abgestuften Vorlagefragen des BAG nicht getrennt beantwortet und daher auch nicht klargestellt, ob ein Scheinbewerber schon kein Bewerber ist und daher ein Anspruch aus Art. 15 AGG gar nicht erst entsteht – wofür der Bewerber beweispflichtig wäre - oder ob ein Anspruch zwar entsteht, aber wegen Rechtsmissbrauchs wieder erlischt – was der Arbeitgeber zu beweisen hätte (vgl. *Lingemann/Steinhauser*, ArbR Aktuell 2016, 515). Auch wenn die Haltung des EuGH zu Scheinbewerbungen kritischer ist als die im vorliegenden Urteil vertretene des BAG, lässt sich die grundsätzliche Position des EuGH durch die nationale Rechtsprechung aushebeln, da das europäische Gericht keine klaren Kriterien für das Vorliegen einer Scheinbewerbung aufstellt, sondern nur die Rechtsfolgen des AGG-Hopping klarstellt. Daher können die nationalen Gerichte an eine Scheinbewerbung bzw. deren Missbräuchlichkeit nicht erfüllbar hohe Anforderungen stellen. So soll laut BAG ein rechtsmissbräuchliches Verhalten nur dann vorliegen, wenn ein zielgerichtetes Vorgehen nachgewiesen werden kann, das ausschließlich darauf abstellt, wirtschaftliche Vorteile zu erlangen. Heißt das umgekehrt, dass der professionelle Diskriminierungs-Kläger, der sich ein Recht zum rechtsstaatlich äußerst bedenklichen „private enforcement“ anmaßt, per se nicht mehr rechtsmissbräuchlich handeln kann, weil er neben dem eigenen wirtschaftlichen Vorteil auch für „die gute Sache“ eintritt?

Das BAG spricht den zweifelhaften Zusammenhang mit dem „private enforcement“ – Konzept nicht aus, sondern geht, vermutlich im Bewusstsein der BVerfG-Rechtsprechung, wonach die richterliche Rechtsfortbildung nicht dazu führen darf, dass der Richter „seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt“ (BVerfG 25.1.2011 – 1 BvR 918/10, NJW 2011, 836), eleganter vor: das LAG soll dazu gebracht werden, die Diskriminierung selbst zu prüfen.

Das ist bei tatsächlich von Diskriminierung Betroffenen auch der richtige Weg. Daher ist ein strengerer Maßstab bei der Prüfung von subjektiven Elementen im Prinzip zu begrüßen. Professionellen Diskriminierungsklägern den Weg zu ebnen, kratzt aber am Vertrauen in Rechtsprechung, da es nicht die Aufgabe privater Dritter ist, Mängel eines Gesetzes in einer Art Selbstjustiz auszugleichen, zumal ein Großteil der AGG-Hopping-Fälle offenbar auf eine kleine Zahl von – gerichtsbekanntenen – Personen zurückgeht (*Schleusener*, NZA Beilage 2/2016, 50, 51; *Diller*, „Scheinbewerber agieren immer dreister“, FAZ v. 24.6.2015). Es ist auch zweifelhaft, ob tatsächlich diskriminierten Personen geholfen wird, da zu befürchten ist, dass Bewerbungsverfahren in Zukunft noch intransparenter, Stellenanzeigen noch nichtssagender – und daher Indizien für eine Diskriminierung noch schwerer darzutun sein werden.

Als potentielle AGG-Kläger identifizierte Bewerber mögen in Zukunft häufiger routinemäßig eingeladen werden und dann in einer etwas späteren Phase des Verfahrens aussortiert. Gewonnen ist also nicht viel. Insgesamt leiden aber Glaubwürdigkeit und Berechtigung des Diskriminierungsschutzes.

G. Weitere Sachaufklärung durch das LAG

Im konkreten Fall mag die weitere Sachaufklärung durch das LAG dazu führen, dass doch noch ein Rechtsmissbrauch vom Arbeitgeber belegt werden kann. Wahrscheinlich ist das angesichts der hohen, aber ihrerseits unbestimmten Messlatte des BAG nicht. Es müsste die Motivation des Klägers belegt werden. Da derartige subjektive Faktoren nie mit naturwissenschaftlicher Bestimmtheit beweisbar sind, reichen in vergleichbaren Zusammenhängen idR plausible Indizien – wie übrigens auch bei § 22 AGG. Das LAG wird sich daher wohl auf die Prüfung der Rechtfertigungsgründe in § 10 AGG konzentrieren. Immerhin zeigt das BAG hier auf, was der Arbeitgeber genau substantiiert vortragen und beweisen müsste, um eine Diskriminierung zu widerlegen (Rn. 87).

Rechtswissenschaftliche Beiträge der Hamburger Sozialökonomie

ISSN 2366-0260 (print)

ISSN 2365-4112 (online)

Bislang erschienene Hefte:

Heft 1

Felix Boor, Die Yukos-Enteignung. Auswirkungen auf das Anerkennungs- und Vollstreckungssystem aufgehobener ausländischer Handelsschiedssprüche

Heft 2

Karsten Nowrot, Sozialökonomie als disziplinäre Wissenschaft. Alternative Gedanken zur sozialökonomischen Forschung, Lehre und (Eliten-) Bildung

Heft 3

Florian Hipp, Die kommerzielle Verwendung von frei zugänglichen Inhalten im Internet

Heft 4

Karsten Nowrot, Vom steten Streben nach einer immer wieder neuen Weltwirtschaftsordnung. Die deutsche Sozialdemokratie und die Entwicklung des Internationalen Wirtschaftsrechts

Heft 5

Karsten Nowrot, Jenseits eines abwehrrechtlichen Ausnahmecharakters. Zur multidimensionalen Rechtswirkung des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG

Heft 6

Karsten Nowrot, Grundstrukturen eines Beratungsverwaltungsrechts

Heft 7

Karsten Nowrot, Environmental Governance as a Subject of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements

Heft 8

Margaret Thornton, The Flexible Cyborg: Work-Life Balance in Legal Practice

Heft 9

Antonia Fandrich, Sustainability and Investment Protection Law. A Study on the Meaning of the Term *Investment* within the ICSID Convention

Heft 10

Karsten Nowrot, Of "Plain" Analytical Approaches and "Savior" Perspectives: Measuring the Structural Dialogues between Bilateral Investment Treaties and Investment Chapters in Mega-Regionals

Heft 11

Maryna Rabinovych, The EU Response to the Ukrainian Crisis: Testing the Union's Comprehensive Approach to Peacebuilding

Heft 12

Marita Körner, Die Datenschutzgrundverordnung der Europäischen Union: Struktur und Ordnungsprinzipien

Heft 13

Christin Krusenbaum, Das deutsche Krankenversicherungssystem auf dem Prüfstand - Ist die Bürgerversicherung die ultimative Alternative?

