Landesarbeitsgericht Hamm, 18 Sa 888/22

Datum:	23.03.2023
Gericht:	Landesarbeitsgericht Hamm
Spruchkörper:	18. Kammer
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	18 Sa 888/22
ECLI:	ECLI:DE:LAGHAM:2023:0323.18SA888.22.00

Vorinstanz:	Arbeitsgericht Gelsenkirchen, 2 Ca 547-22
Schlagworte:	Benachteiligung wegen des Geschlechts, Stellenausschreibung, Sekretärin, Be-werbung, Entschädigung, Rechtsmissbrauch
Normen:	§ 15 Abs. 2 AGG, § 242 BGB

Leitsätze:

1.
An die Annahme des durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwands gegen den Entschädigungsanspruch aus § 15 Abs. 2 AGG sind hohe Anforderungen zu stellen. Zu berücksichtigen sind die Gesamtumstände des Einzelfalls.

2.
Der Arbeitgeber muss Indizien vortragen und im Bestreitensfall beweisen, die den rechtshindernden Einwand des Rechtsmissbrauchs begründen. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Darlegungslast insoweit abgestuft. Hat die beklagte Partei hinreichende Tatsachen vorgetragen, die einen rechtshindernden Einwand – wie rechtsmissbräuchliches Verhalten – indizieren, so muss sich die klagende Partei hierzu substantiiert, d. h. mit näheren positiven Angaben, äußern.

3.
Folgende Umstände können in ihrer Gesamtheit hinreichende Indizien für ein rechtsmissbräuchliches

Vorgehen sein: wenig aussagekräftige Bewerbung ohne Unterlagen, gezielte Nachfrage („Suchen Sie ausschließlich eine Frau“) wegen des Inhalts der Stellenausschreibung („Sekretärin“), weite Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstelle, Mitteilung „Ich wäre ab sofort verfügbar“ (wie in der Stellenausschreiben erwartet) trotz bestehender langandauernder Arbeitsunfähigkeit, eine Vielzahl von Entschädigungsklagen (im Streitfall etwa 20 Verfahren) vor dem gleichen Hintergrund (Bewerbung auf Stellenanzeigen für eine „Sekretärin“ im Portal ebay-Kleinanzeigen).

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 03.08.2022 – 2 Ca 547/22 – wie folgt abgeändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d 1

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung einer Entschädigung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz gegen die Beklagte zusteht. 2

Der Kläger wurde 1994 geboren. Er ist ledig und keiner Person zum Unterhalt verpflichtet. Der Kläger ist wohnhaft in A. Nachdem der Kläger eine von ihm angemietete Wohnung infolge einer Räumungsklage, die vermieterseits angestrengt wurde, verloren hatte, lebte er zunächst in einer Unterkunft für Obdachlose in der C Straße 79 in A. Seit November 2021 hatte er unter der gleichen Adresse eine Wohnung angemietet. Infolge eines Sturzes mit dem Fahrrad war der Kläger seit dem 06.01.2022 arbeitsunfähig krankgeschrieben. Er bezog bis Mai 2022 Krankengeld und danach Arbeitslosengeld. Der Kläger absolviert ein Fernstudium zum Wirtschaftsjuristen. 3

Bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen, das B-Leuchtmittel vertreibt. Der Firmensitz befindet sich in D. Die Beschäftigten der Beklagten sind muslimischen Glaubens. Seit dem Jahr 2021 befindet sich eine Mitarbeiterin der Beklagten, die in Vollzeit als Sekretärin tätig war und zuletzt ein Entgelt in Höhe von 1.800,00 Euro brutto monatlich bezog, in der Elternzeit. Die Schwester des Geschäftsführers, die ebenfalls für die Beklagte tätig ist, bat darum, als Ersatzkraft eine weibliche Bürokraft einzustellen, da ihr Glaube und ihr Ehemann es nicht zuließen, dass sie mit einem Mann in einem Büroraum arbeitete. Die Beklagte veröffentlichte daraufhin auf dem Portal „Ebay-Kleinanzeigen“ am 17.01.2022 folgende Stellenausschreibung: 4

Art: Sekretärin 5

6

Berufserfahrung: Mit Berufserfahrung

Arbeitszeit: Vollzeit 7

Wir die Firma E GmbH 8

Großhandel mit B Beleuchtungen 9

Suchen zur Verstärkung unseres Teams 10

nach einer Sekretärin 11

Arbeitsstelle in D 12

Gesucht Vollzeit oder nach Absprache auch Teilzeit 13

Arbeitszeiten Mo-Fr 8-16 14

Stelle ist ab sofort frei 15

Wenn dieses Ihnen passt melden sie sich oder senden uns ihr unterlagen 16

Per mail 17

MFG 18

E Team 19

Der Kläger bewarb sich hierauf über die Chatfunktion bei ebay-Kleinanzeigen am 18.01.2022 mit folgender Nachricht: 20

„Hallo, ich habe gerade auf Ebay Kleinanzeigen ihre Stellenausschreibung gefunden, womit Sie eine Sekretärin suchen. Ich suche derzeit eine neue Wohnung im Umkreis und habe Interesse an Ihrer Stelle. Ich habe Berufserfahrung im Büro und kenne mich mit Word und Excel und Gesetzen gut aus. Lieferscheine und Rechnungen kann ich auch schreiben und sonst typische Arbeiten einer Sekretärin. 21

Ich bewerbe mich hiermit auf ihrer Stelle. 22

Suchen Sie nur ausschließlich eine Sekretärin, also eine Frau? In Ihrer Stellenanzeige haben Sie dies so angegeben. 23

Ich habe eine kaufmännische abgeschlossene Ausbildung als Industriekaufmann und suche derzeit eine neue Herausforderung. 24

Über eine Rückmeldung würde ich mich sehr freuen. 25

Ich wäre ab sofort verfügbar. 26

Mit freundlichen Grüßen Herr F“ 27

Die Beklagte antwortete darauf: 28

„schönen guten morgen ja wir suchen eine dame 29

30

sorry“

Zudem fertigte der Kläger ein Bewerbungsanschreiben mit folgendem Inhalt, das er der Beklagten postalisch übersandte: 31

„Sehr geehrte Damen und Herren, 32

mit Freude und Interesse habe ich ihre Stellenausschreibung auf Ebay Kleinanzeigen gelesen. Ich suche derzeit eine neue Wohnung in ihrem Umkreis oder könnte mir einen Umzug sehr gut vorstellen. Ich habe Berufserfahrung im Büro und kenne mich mit Word, Excel sowie typischen Bürotätigkeiten und Gesetzen gut aus. Lieferscheine kann ich auch schreiben und Rechnungen und sonstige typische Tätigkeiten. 33

Ich bewerbe mich hiermit auf ihrer Stelle. 34

Ich habe eine kaufmännische abgeschlossene Ausbildung als Industriekaufmann und suche derzeit eine neue Herausforderung. 35

Über eine Rückmeldung würde ich mich sehr freuen. 36

Ich wäre ab sofort verfügbar. 37

Mit freundlichen Grüßen 38

F“ 39

Weitere Unterlagen wie einen Lebenslauf übersandte der Kläger nicht. Der Kläger wurde von der Beklagten nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen. 40

Mit Schreiben vom 18.02.2022 forderte der Kläger die Beklagte auf, an ihn eine Entschädigung in Höhe von 7.800,00 Euro zu zahlen, da sie ihn wegen des Geschlechts diskriminiert habe. Dem Schreiben war ein ausformulierter Vergleichsvorschlag beigefügt, der die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 3.000,00 Euro vorsah. Mit seiner Klage, die am 03.03.2022 bei dem Arbeitsgericht eingegangen und der Beklagten am 10.03.2022 zugestellt worden ist, hat der Kläger den Anspruch auf Entschädigungszahlung weiterverfolgt. Der Kläger hatte sich im April 2021 auf die Stellenanzeige eines Unternehmens, dessen Betriebssitz sich ca. 250 Kilometer vom Wohnort des Klägers befand, beworben. Ausweislich des Wortlauts der Stellenanzeige, die im Internetportal ebay-Kleinanzeigen veröffentlicht wurde, suchte das Unternehmen eine „Sekretärin“. Auf Nachfrage des Klägers wurde mitgeteilt, dass das Unternehmen tatsächlich nur eine Frau suche. Der Kläger erhob daraufhin vor dem Arbeitsgericht Elmshorn Klage auf Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 7.800,00 Euro. Nachdem das Arbeitsgericht die Klage abwies, wurde das Unternehmen, das die Stellenanzeige geschaltet hatte, auf die Berufung des Klägers vom Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein antragsgemäß verurteilt (Urteil vom 21.06.2022 – 2 Sa 21/22). In welchem Umfang der Kläger sich bei anderen Unternehmen bewarb, die über das Portal ebay-Kleinanzeigen eine „Sekretärin“ suchten, ist zwischen den Parteien streitig. 41

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, er sei aufgrund seines Geschlechts von der Beklagten benachteiligt worden. Die Benachteiligung sei ungerechtfertigt. Da die Beklagte vorsätzlich gehandelt und nichts zur Wiedergutmachung unternommen habe, sei eine Entschädigung in Höhe von drei Monatseinkommen gerechtfertigt; dabei sei das durchschnittliche Entgelt einer Sekretärin in D zugrunde zu legen, das 2.600,00 Euro brutto monatlich betrage. Der Einwand des Rechtsmissbrauchs stehe dem 42

Entschädigungsanspruch nicht entgegen. Aus seinem Bewerbungsschreiben ergäben sich keine Anhaltspunkte für rechtsmissbräuchliches Handeln. Das Schreiben enthalte lediglich zwei Flüchtigkeitsfehler. Mit der Nachfrage, ob tatsächlich nur eine Frau gesucht werde, habe er etwaige Missverständnisse ausräumen und der Beklagten die Gelegenheit zu einer positiven Reaktion geben wollen. Die Entfernung zwischen dem Firmensitz der Beklagten und seinem Wohnort sei irrelevant; der Kläger sei zwar in A verwurzelt, habe aber auch viele Freunde, die ins Ruhrgebiet bzw. nach Nordrhein-Westfalen gezogen seien. Er plane, nach H oder in den Umkreis zu ziehen; er könne sich einen Umzug ins Ruhrgebiet für eine neue Stelle gut vorstellen. Die bestehende Arbeitsunfähigkeit stelle kein Verbot zur Aufnahme einer Arbeit dar.

Nachdem die Klage zunächst im Wege des Versäumnisurteils vom 22.03.2022 abgewiesen worden war, hat der Kläger beantragt, 43

das Versäumnisurteil vom 22.03.2022 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, an ihn eine Entschädigungszahlung wegen Diskriminierung nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sei Rechtshängigkeit der Klage zu zahlen, wobei die Höhe der Entschädigung in das Ermessen des Gerichts gestellt wird und 7.800,00 Euro nicht unterschreiten sollte. 44

Die Beklagte hat beantragt, 45

das Versäumnisurteil vom 22.03.2022 aufrechtzuerhalten. 46

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dem Anspruch des Klägers stehe der Rechtsmissbrauchseinwand entgegen. Er habe keine förmliche Bewerbung geschrieben, wie man sie von einem ausgebildeten Industriekaufmann mit einem wirtschaftsjuristischen Studium habe erwarten können. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger nicht beabsichtigt habe, die ausgeschriebene Stelle anzutreten, da aufgrund der Entfernung zwischen seinem Wohnort und dem Firmensitz der Beklagten das tägliche Aufsuchen der Arbeitsstelle für den Kläger zeitlich unzumutbar und finanziell nicht darstellbar sei. Da der Kläger bis heute in A wohnhaft und dort sozial verwurzelt sei, habe keine Absicht eines Umzugs in die Nähe des Firmensitzes der Beklagten bestanden. Der Kläger habe unwahre Angaben in der Bewerbung gemacht, indem er angegeben habe, ab sofort zur Verfügung zu stehen, obgleich er arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei. 47

Das Arbeitsgericht hat der Klage in Höhe von 5.400,00 Euro nebst Zinsen stattgeben und sie im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat das Arbeitsgericht im Wesentlichen ausgeführt: Der Kläger sei aufgrund der Nichtberücksichtigung seiner Bewerbung wegen seines Geschlechts benachteiligt worden. Die Beklagte habe ausdrücklich eine Sekretärin und damit nur eine weibliche Person für die ausgeschriebene Stelle gesucht. Der Wunsch der weiteren Bürokraft, aus religiösen Gründen nicht mit einer männlichen Person in einem Büro zusammenarbeiten zu müssen, stelle keinen hinreichenden Rechtfertigungsgrund für die Benachteiligung dar. Die Bewerbung des Klägers sei auch nicht als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Die vorliegenden Umstände rechtfertigten nicht den Schluss, die Bewerbung des Klägers sei Teil eines systematischen und zielgerichteten Vorgehens im Rahmen eines „Geschäftsmodells“. Angemessen sei eine Entschädigung in Höhe von drei Monatseinkommen, wobei von dem Entgelt auszugehen sei, das die vormalige Stelleninhaberin erhalten habe. 48

Das Urteil erster Instanz ist der Beklagten am 16.08.2022 zugestellt worden. Die Beklagte hat mit einem Schriftsatz, der am 09.09.2022 bei dem Landesarbeitsgericht eingegangen ist, 49

Berufung eingelegt. Sie hat die Berufung mit einem am 16.11.2022 eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem zuvor die Berufungsbegründungsfrist durch gerichtlichen Beschluss bis zum 16.11.2022 verlängert worden war.

Die Beklagte meint, das Arbeitsgericht habe verkannt, dass der Kläger sich in rechtsmissbräuchlicher Weise beworben habe. Die Beklagte behauptet, dem Kläger sei bei Übersendung seiner Bewerbungsnachricht bekannt gewesen, dass er die Stelle aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit nicht zeitnah habe antreten können. Der Kläger habe auch zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, in die Nähe des Firmensitzes der Beklagten umzuziehen. Der Kläger habe sich im April 2021 auf eine andere Stelle im Internetportal ebay-Kleinanzeigen beworben, mit der eine „Sekretärin“ gesucht wurde. Der Kläger habe sich darüber hinaus mit wörtlich gleichen Erstanschreiben bei Unternehmen in Düsseldorf, Nagold, Hamburg, Hagen und Berlin sowie bei einem weiteren Unternehmen in D beworben. In allen Fällen seien die Stellenanzeigen nicht geschlechtsneutral ausgeschrieben gewesen. Der Kläger habe nach dem Erhalt von Absagen Entschädigungsklagen gegen die inserierenden Unternehmen angestrengt. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Kläger tatsächlich geplant habe, die ausgeschriebenen Stellen anzutreten und in die Nähe des jeweiligen Arbeitsplatzes zu ziehen. Im Gütetermin des Verfahrens, das der Kläger gegen das weitere D Unternehmen geführt habe, habe die Kammervorsitzende mitgeteilt, dass 10 bis 12 weitere AGG-Verfahren des Klägers gerichtsbekannt seien – Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten den Ausdruck eines Urteils (Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 23.06.2022 –42 Ca 716/22) vorgelegt. Ausweislich der Ausführungen in diesem Urteil lag der Entscheidung folgender Sachverhalt zugrunde: Die beklagte Partei suchte über das Internetportal ebay-Kleinanzeigen eine „Sekretärin“. Die in A wohnhafte klagende Partei jenes Verfahrens bewarb sich und fragte ausdrücklich nach, ob ausschließlich eine Frau gesucht werde. Das inserierende Unternehmen als beklagte Partei bejahte dies. Die daraufhin erhobene Entschädigungsklage wurde vom Arbeitsgericht Berlin abgewiesen. In den Entscheidungsgründen heißt es, die klagende Partei habe beim Arbeitsgericht Berlin binnen 15 Monaten 11 Klagen auf Entschädigung wegen Diskriminierung durch Ausschreibungen von Stellen als „Sekretärin“ anhängig gemacht. Die Beklagte hat vorgebracht, bei der klagenden Partei des Rechtsstreits vor dem Arbeitsgericht Berlin handele es sich um den Kläger des vorliegenden Verfahrens. 50

Die Beklagte beantragt, 51

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Gelsenkirchen vom 03.08.2022, Az. 2 Ca 547/22, die Klage abzuweisen. 52

Der Kläger beantragt, 53

die Berufung zurückzuweisen. 54

Der Kläger verteidigt die klagestattgebende Entscheidung des Arbeitsgerichts als zutreffend. Der Kläger meint, er habe sich nicht rechtsmissbräuchlich verhalten. Es komme nicht darauf an, wieviel Mühe er sich mit der Bewerbung gegeben habe. Er habe jedenfalls eine Absage nicht provoziert. Die Entfernung zwischen seinem Wohnort und dem Firmensitz stelle kein Indiz für einen Rechtsmissbrauch dar, da der Kläger die Entfernung durch „Pendeln“ hätte überbrücken oder umziehen können. Der Kläger habe die Stelle auch antreten können, da lediglich eine „partielle Arbeitsunfähigkeit“ vorgelegen habe und krankgeschriebene Arbeitnehmer wieder zur Arbeit gehen könnten, wenn sie sich gesund fühlten. Die Bewerbung des Klägers bei dem Düsseldorfer Unternehmen bestätige gerade seine Absicht, nach Nordrhein-Westfalen umzuziehen. Die Zahl der vom Kläger angestrengten gerichtlichen 55

Verfahren sei nicht geeignet, ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen zu belegen. Der Kläger habe sich auch auf eine Stellenanzeige als Bürokraft beworben, die ordnungsgemäß entsprechend § 11 AGG ausgeschrieben worden sei. Der Kläger meint, die Beklagte habe unzulässigerweise eine Recherche hinsichtlich der von ihm platzierten Bewerbungen angestellt und sich dabei „offensichtlich nicht allgemein kundiger Quellen“ bedient. Dies führe dazu, dass die so erlangten Beweismittel der Beklagten unzulässig seien und einem Beweisbewertungsverbot unterlägen. Im Hinblick auf das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 23.06.2022, hat der Kläger erklärt, er sei in jenem Verfahren klagende Partei gewesen. Er habe gegen das Urteil Berufung eingelegt; das Arbeitsgericht Berlin habe den Beibringungsgrundsatz verletzt, indem es von Amts wegen Recherchen vorgenommen habe, obgleich der Einwand des Rechtsmissbrauchs gar nicht erhoben worden sei. Der Kläger hat gerügt, der Hinweis der Beklagten auf dieses Urteil sei verspätet.

Zur näheren Darstellung des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf das Urteil des Arbeitsgerichts sowie auf den weiteren Inhalt der Gerichtsakten Bezug genommen. 56

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e 57

I. Die Berufung ist zulässig. 58

Die Beklagte hat die Berufung insbesondere form- und fristgerecht gemäß § 66 Abs. 1 ArbGG eingelegt und begründet. 59

II. Die Berufung hat in der Sache Erfolg. 60

Der Tenor des klageabweisenden Versäumnisurteils vom 22.03.2022 ist aufrechtzuerhalten. Dem Kläger steht kein Anspruch auf die begehrte Entschädigungszahlung aus § 15 Abs. 2 S. 1 AGG zu (andere Anspruchsgrundlagen sind nicht ersichtlich). Dabei kann zugunsten des Klägers angenommen werden, dass die Beklagte gegen § 7 Abs. 1 AGG verstieß, weil sie den Kläger durch die Ablehnung seiner Bewerbung benachteiligte und diese Benachteiligung unzulässigerweise wegen seines Geschlechtes erfolgte. Dem Anspruch steht der Einwand des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB entgegen. 61

1. Zur Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Entschädigungsverlangen gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich ist, sind folgende Grundsätze maßgeblich: 62

a) Sowohl der Schadensersatzanspruch eines erfolglosen Bewerbers aus § 15 Abs. 1 AGG als auch der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG können dem durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwand ausgesetzt sein (*BAG, Urteil vom 31.03.2022 – 8 AZR 238/21, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 406/14).* 63

Nach § 242 BGB sind Rechte oder Rechtsstellungen, die durch unredliches Verhalten begründet oder erworben wurden, nicht schutzwürdig. Der Ausnutzung einer rechtsmissbräuchlich erworbenen Rechtsposition kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegenstehen, wenn der Anspruchsteller sich die günstige Rechtsposition durch ein treuwidriges Verhalten verschafft hat. 64

b) Im Hinblick auf das Entschädigungsverlangen nach § 15 Abs. 2 AGG ist Rechtsmissbrauch anzunehmen, sofern der Anspruchsteller sich nicht beworben hat, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, sondern es ihm darum ging, nur den formalen Status als 65

Bewerber im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 1 AGG zu erlangen mit dem ausschließlichen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen (*BAG, Urteil vom 31.03.2022 – 8 AZR 238/21, Urteil vom 25.10.2018 – 8 AZR 562/16, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 406/14).*

Dabei ist anhand der vorgetragenen Umstände zu prüfen, ob diese Umstände für sich betrachtet oder in einer Gesamtschau den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten zulassen (*EuGH, Urteil vom 28.07.2016 – C-423/15; BAG, Urteil vom 31.03.2022 – 8 AZR 238/21, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 406/14; LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 21.06.2022 – 2 Sa 21/22; Korinth, ArbRB 2019, 82, 85).* Macht der Anspruchsteller als erfolgloser Bewerber Ansprüche geltend, so können (*jedenfalls in der Regel, BAG, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13)* nur solche Umstände zur Begründung des Rechtsmissbrauchseinwands herangezogen werden, die zeitlich vor der Absage liegen (*BAG, Urteil vom 31.03.2022 – 8 AZR 238/21)*. Denn der maßgebende Zeitpunkt für die Beurteilung der Frage, ob es dem Bewerber gar nicht darum ging, die ausgeschriebene Stelle zu erhalten, ist der Zeitpunkt der Bewerbung. 66

An die Annahme des durchgreifenden Rechtsmissbrauchseinwands sind hohe Anforderungen zu stellen (*BAG, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13, Urteil vom 19.05.2016 – 8 AZR 470/14).* Es müssen im Einzelfall besondere Umstände vorliegen, die ausnahmsweise den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten rechtfertigen. Erforderlich ist ein systematisches und zielgerichtetes Vorgehen des Anspruchsstellers, das auf der Erwägung beruht, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise werde letztlich ein auskömmlicher „Gewinn“ verbleiben, weil der Arbeitgeber letztlich bereit sein wird, die angestrebte Entschädigung zu zahlen. Die Feststellung einer missbräuchlichen Praxis verlangt das Vorliegen eines objektiven und eines subjektiven Elements (*BAG, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 406/14)*. Hinsichtlich des objektiven Elements muss sich aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände ergeben, dass trotz formaler Einhaltung der normativen Bedingungen für eine Entschädigungszahlung das Ziel der Regelung nicht erreicht wurde. In Bezug auf das subjektive Element muss aus einer Reihe objektiver Anhaltspunkte die Absicht ersichtlich sein, einen ungerechtfertigten Vorteil aus der Regelung zu generieren, indem die entsprechenden Voraussetzungen willkürlich geschaffen werden. 67

c) Unter diesen Voraussetzungen begegnet der Rechtsmissbrauchseinwand nach § 242 BGB auch keinen unionsrechtlichen Bedenken (*EuGH, Urteil vom 28.07.2016 – C-423/15; BAG, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 406/14, Urteil vom 26.01.2017 – 8 AZR 848/13)* . 68

Das Verbot des Rechtsmissbrauchs ist ein anerkannter Grundsatz des Unionsrechts. Die betrügerische oder missbräuchliche Berufung auf das Unionsrecht ist nicht gestattet (*EuGH, Urteil vom 28.01.2015 – C-417/13)*. Auch nach Unionsrecht kann das Vorgehen einer Person, die mit ihrer Stellenbewerbung nicht die betreffende Stelle erhalten, sondern nur den formalen Status als Bewerber erlangen möchte, und zwar mit dem alleinigen Ziel, eine Entschädigung geltend zu machen, als Rechtsmissbrauch bewertet werden (*EuGH, Urteil vom 28.07.2016 – C-423/15)*. 69

d) Für das Vorliegen der Voraussetzungen, die gegenüber einem Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG die Einwendung des Rechtsmissbrauchs begründen, ist der Arbeitgeber darlegungs- und beweisbelastet (*BAG, Urteil vom 31.03.2022 – 8 AZR 238/21, Urteil vom 25.10.2018 – 8 AZR 526/16, Urteil vom 11.08.2016 – 8 AZR 848/13).* 70

Der Arbeitgeber muss Indizien vortragen und im Bestreitensfall beweisen, die den rechtshindernden Einwand begründen (*BAG, Urteil vom 31.03.2022 – 8 AZR 238/21, Urteil vom 23.08.2012 – 8 AZR 285/11)*. Nach allgemeinen Grundsätzen ist die Darlegungslast insoweit abgestuft. Hat die beklagte Partei hinreichende Tatsachen vorgetragen, die einen rechtshindernden Einwand – wie rechtsmissbräuchliches Verhalten – indizieren, so muss sich die klagende Partei hierzu substantiiert, d. h. mit näheren positiven Angaben, äußern; mit einem bloß schlichten Bestreiten darf sie sich regelmäßig nicht begnügen (*vgl. BGH, Urteil vom 15.08.2019 – 3 ZR 205/17)*. Steht die darlegungspflichtige Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs, während der Prozessgegner nähere Kenntnisse der maßgebenden Tatsachen besitzt, weil sie in seinem Wahrnehmungsbereich fallen, so bestehen für den Prozessgegner sekundäre Darlegungspflichten gemäß § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO (*BAG, Urteil vom 20.11.2003 – 8 AZR 580/02)*. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man einen Auskunftsanspruch des Arbeitgebers, der den Rechtsmissbrauchseinwand erheben will, verneint (*so LAG Hamm, Urteil vom 13.06.2017 – 14 Sa 1427/16 mit dem zutreffenden Hinweis, dass ein Auskunftsanspruch nur da ergänzend eingreifen kann, wo die Verteilung der Darlegungslast einer entsprechenden Korrektur bedarf*). 71

2. Nach diesen Grundsätzen kann sich die Beklagte im Streitfall erfolgreich auf den Rechtsmissbrauchseinwand gegenüber dem Entschädigungsanspruch berufen, den der Kläger einfordert. 72

Der Kläger bewarb sich nicht, um die ausgeschriebene Stelle zu erhalten. Vielmehr ging es ihm allein darum, den formalen Status eines Bewerbers im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 2 AGG zu erlangen, um einen Entschädigungsanspruch einfordern zu können. Dies folgt aus den Umständen, die sich dem beiderseitigen Parteivorbringen entnehmen lassen. Die Beklagte hat hinreichende Indizien vorgetragen, die auf ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers hindeuten und den Schluss auf das Vorliegen des objektiven sowie des subjektiven Elements für eine missbräuchliche Praxis erlauben. Der Kläger ist dem nicht hinreichend konkret entgegengetreten. 73

a) Das objektive Element für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers ist gegeben. 74

Aus einer Gesamtwürdigung der objektiven Umstände folgt, dass der Kläger zwar formal den Status eines benachteiligten Bewerbers für sich in Anspruch nehmen kann, dass es aber nach dem Zweck des § 15 Abs. 2 AGG nicht gerechtfertigt wäre, ihm eine Entschädigung zuzusprechen. Es liegen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass der Kläger nur an einer Entschädigungszahlung, nicht jedoch an der ausgeschriebenen Stelle interessiert war. Ein „Scheinbewerber“, dem es nur um die finanzielle Schädigung des ausschreibenden Unternehmens durch das Einfordern einer Entschädigungszahlung und nicht um den Zugang zu abhängiger Erwerbstätigkeit geht, missbraucht den in § 15 Abs. 2 AGG vorgesehen Anspruch in zweckwidriger Weise. Die Entschädigungszahlung nach § 15 Abs. 2 AGG ist kein Selbstzweck und keine „Strafe“ für eine nicht ordnungsgemäße Stellenausschreibung. Sie dient vielmehr dazu, den Zweck des AGG zu verwirklichen, der im Hinblick auf den Schutz der Beschäftigten nach Maßgabe des zweiten Abschnitts des AGG darin besteht, einen diskriminierungsfreien Zugang zur Erwerbstätigkeit und zum beruflichen Aufstieg zu gewährleisten (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG). 75

aa) Anzeichen für ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen des Klägers ergeben sich schon aus dem Inhalt seiner Bewerbung. 76

77

Der Kläger erwähnte seine Qualifikation und Berufserfahrung nur sehr pauschal. Er machte keine konkreten Angaben zu seinem beruflichen Werdegang und der zuvor von ihm ausgeübten Tätigkeit. Unterlagen, wie etwa Zeugnisse oder einen Lebenslauf, übersandte der Kläger weder mit seiner Chat-Nachricht noch mit dem schriftlichen Bewerbungsanschreiben. Solche Unterlagen leitete er der Beklagten auch nicht, wie die Beklagte es in der Stellenausschreibung erbat, per E-Mail zu. Ein Bewerber, der ernsthaft an der Stelle interessiert gewesen wäre, hätte sich ansprechender präsentiert und hätte sich, wenn er schon neben der elektronischen Bewerbung noch ein schriftliches Bewerbungsschreiben verfasst, auch der Mühe unterzogen, jedenfalls dem schriftlichen Bewerbungsanschreiben aussagekräftige Unterlagen beizufügen. Der Kläger ließ die Beklagte noch nicht einmal wissen, dass er bereit ist, bestimmte noch erwünschte Unterlagen auf Nachfrage zu übersenden.

Es kommt hinzu, dass der Kläger in seiner Chat-Nachricht ausdrücklich nachfragte, ob die Beklagte ausschließlich eine weibliche Mitarbeiterin sucht. Wäre der Kläger davon ausgegangen, dass die Beklagte nur versehentlich die Berufsbezeichnung „Sekretärin“ in weiblicher Form gewählt hatte und tatsächlich auch an der Einstellung eines Mannes interessiert war, so hätte es dieser ausdrücklichen Nachfrage nicht bedurft. Es hätte ausgereicht, die Bewerbung zu übersenden. Die an die Beklagte gerichtete ausdrückliche Frage verbessert lediglich die Aussichten des Klägers auf eine Entschädigungszahlung, wenn sie – wie im Streitfall – so beantwortet wird, dass nur weibliche Mitarbeiter eingestellt werden sollen. 78

bb) Darüber hinaus ist angesichts der erheblichen Entfernung zwischen dem Wohnort des Klägers und dem Betriebssitz der Beklagten nicht ersichtlich, wie der Kläger hätte sicherstellen wollen, täglich die Arbeit antreten zu können. 79

Nach allgemeiner Lebenserfahrung kann nicht ernsthaft angenommen werden, dass ein Arbeitnehmer, um einer unterdurchschnittlich bezahlte Bürotätigkeit nachgehen zu können, den Zeitaufwand und die Kosten für die Überbrückung der (einfachen) Entfernung von 172 Kilometern täglich aufzuwenden bereit ist. Der Kläger hat zwar vorgebracht, „pendeln“ zu wollen, er hat aber nicht näher aufzeigen können, wie er dies bewerkstelligt hätte. 80

Der Kläger hat sich allerdings darauf berufen, bereit gewesen zu sein, in die Nähe des Firmensitzes der Beklagten zu ziehen und bereits „Anfragen“ wegen eines Umzuges gestellt zu haben. Nachdem die Beklagte in Abrede gestellt hatte, dass der Kläger tatsächlich einen Umzug beabsichtigte, hat der Kläger allerdings keine näheren Angaben zu etwaigen Umzugsplänen und „Anfragen“ gemacht. Er hat zwar angegeben, vorübergehend bei einem „Freund“ in Bochum leben zu können. Nähere Angaben dazu, wann er diesen „Freund“ wegen einer Unterkunftsmöglichkeit kontaktierte, wie lange er in dessen Wohnung hätte einziehen und wann er den endgültigen Umzug angesichts eines sofortigen Arbeitsantritts und des Risikos, dass die Beklagte während der Probezeit eine Kündigung ausspricht, hätte realisieren wollen, ist der Kläger schuldig geblieben. Der Kläger hat auch nichts Näheres dazu vorgetragen, mit welcher Frist er den Vertrag über die von ihm in A angemietete Wohnung hätte aufkündigen können und ob seinem „Freund“ in Bochum das Untervermieten der Wohnung für diesen Zeitraum gestattet gewesen wäre. 81

cc) Schließlich ist zu berücksichtigen, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Bewerbung arbeitsunfähig war und daher die Stelle gar nicht, wie von der Beklagten erwartet, „ab sofort“ hätte bekleiden können. 82

83

Es lässt sich nicht feststellen, dass der Kläger ungeachtet der attestierten Arbeitsunfähigkeit im Stande gewesen wäre, die Arbeitsleistung für die Beklagte zu erbringen. Die Erfüllung der Arbeitspflicht ist für den arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich (*BAG, Urteil vom 09.04.2014 – 10 AZR 637/13; LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 09.08.2018 – 7 Ta 1244/18; LAG Köln, Urteil vom 12.04.2017 – 11 Sa 336/16).* Das gilt entgegen § 266 BGB auch dann, wenn der Arbeitnehmer noch einen Teil der Arbeitsleistung erbringen könnte. Das Arbeitsrecht kennt keine Teilarbeitsunfähigkeit (*LAG Köln, Urteil vom 29.06.2007 – 11 Sa 238/07)*. Der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt insoweit ein hoher Beweiswert zu; sie begründet die tatsächliche Vermutung, dass der Arbeitnehmer infolge Krankheit arbeitsunfähig war (*BAG, Urteil vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21, Urteil vom 19.02.1997 – 5 AZR 83/96)*. Angesichts dessen hätte der Kläger näher vortragen müssen, aufgrund welcher körperlicher Beeinträchtigung er arbeitsunfähig krankgeschrieben war, welche Symptome bestanden und welche Arbeiten er ungeachtet dessen noch hätte erledigen können. Dies gilt umso mehr, als der Kläger während eines nicht unerheblichen Zeitraum von Januar bis Mai 2022 arbeitsunfähig krankgeschrieben war und Krankengeld bezog. Der Kläger hat aber zur Art seiner Erkrankung nur pauschale Angaben gemacht (Knieverletzung), aus denen nicht hervorgeht, dass es für ihn ohne weiteres möglich gewesen wäre, den Arbeitsplatz bei der Beklagten aufzusuchen und der Tätigkeit vollzeitig nachzukommen. Der Kläger hat seine Angaben trotz des gerichtlichen Hinweises in der mündlichen Verhandlung vor der erkennenden Kammer, dass sich aus der Arbeitsunfähigkeit ein Indiz für eine rechtsmissbräuchliche Bewerbung ergeben könnte, nicht ergänzt. Er hat insbesondere nicht angegeben, mit dem behandelnden Arzt Rücksprache im Hinblick auf die geplante Arbeitsaufnahme bei der beklagten gehalten und vom Arzt erfahren zu haben, dass die Aufnahme der Tätigkeit gesundheitlich unbedenklich ist.

b) Dem Vorgehen des Klägers wohnt auch das für einen Rechtsmissbrauch erforderliche subjektive Element inne. 84

Es bestehen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger die Absicht verfolgte, sich einen ungerechtfertigten Vorteil dadurch zu verschaffen, dass er die Voraussetzungen für einen (formalen) Status des Bewerbers im Sinne des § 6 Abs. 1 S. 2 AGG willkürlich herbeiführte. 85

aa) Dies ergibt sich bereits aus den vorstehend geschilderten Umständen. 86

Der Kläger gab lediglich vor, sich für die ausgeschriebene Stelle zu interessieren und bereit zu sein, die Arbeit – wie von der Beklagten erwartet – zeitnah aufzunehmen. Eine andere Motivation als die, eine Entschädigungszahlung durchzusetzen, ist hierfür nicht ersichtlich. 87

bb) Dafür spricht überdies, dass der Kläger in anderen Fällen auf ähnlich Weise vorging und die ausschreibenden Unternehmen jeweils auf Zahlung einer Entschädigung in Anspruch nahm, um sich einen finanziellen Vorteil zu verschaffen. 88

(1) Der Kläger führte eine Vielzahl von Verfahren nach dem gleichen „Muster“ mit dem Ziel, eine Entschädigungszahlung gerichtlich zu erstreiten. 89

Das ist im Hinblick auf das norddeutsche Unternehmen, das beklagte Partei im Rechtsstreit vor dem Arbeitsgericht Elmshorn und vor dem LAG Schleswig-Holstein war, zwischen den Parteien unstreitig. Unstreitig ist zudem, dass der Kläger mit teilweise gleichlautenden Anschreiben im Jahr 2021 eine Entschädigungszahlung von einem Düsseldorfer Unternehmen und Anfang 2022 eine Entschädigungszahlung von einem Gladbecker Unternehmen einklagte. Die Beklagte hat vorgetragen, die Kammervorsitzende hätte im 90

Gütetermin des Verfahrens, mit dem das letztgenannte Unternehmen in Anspruch genommen wurde, mitgeteilt, dass 10 bis 12 weitere AGG-Verfahren des Klägers gerichtsbekannt seien. Der Kläger ist dem nicht konkret entgegengetreten, weshalb das Vorbringen der Beklagten insoweit entsprechend § 138 Abs. 3 ZPO als unstreitig anzusehen ist.

Die Kammer geht ferner davon aus, dass der Kläger vor dem Arbeitsgericht Berlin nicht nur einen Rechtsstreit unter dem Aktenzeichen 42 Ca 716/22 führte, dem eine Bewerbung aus November 2021 zugrunde lag, sondern auch noch 10 weitere Verfahren innerhalb eines Zeitraums von 15 Monaten bis zur Entscheidung des Arbeitsgerichts Berlin vom 23.06.2022 zum Geschäftszeichen 42 Ca 716/22. Die Beklagte hat dies im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der erkennenden Kammer unter Bezugnahme auf den überreichten Ausdruck des Urteils vom 23.06.2022 vorgetragen. 91

Mit diesem Vortrag ist die Beklagte nicht ausgeschlossen. Es besteht kein Grund für die Nichtzulassung des Vorbringens nach § 67 ArbGG. Zwar ist das Vorbringen entgegen § 67 Abs. 4 S. 1 ArbGG nicht in der Berufungsbegründung erfolgt. Nach der freien Überzeugung der erkennenden Kammer beruht dies aber nicht auf dem Verschulden der Partei. Der Prozessbevollmächtigte der Beklagten hat erklärt, erst vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht recherchiert und die in Bezug genommene Entscheidung gefunden zu haben. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Beklagte bereits vorher von den Bewerbungen des Klägers bei Berliner Unternehmen wusste oder hätte wissen können. Nach der freien Überzeugung der erkennenden Kammer verzögert das Vorbringen auch nicht die Erledigung des Rechtsstreits. Der Kläger hat die Gelegenheit wahrgenommen, in der mündlichen Verhandlung vor der erkennenden Kammer zu dem Vorbringen Stellung zu nehmen. 92

Das Vorbringen der Beklagten ist als unstreitig anzusehen. Der Kläger hat eingeräumt, klagende Partei des Verfahrens zu sein, das vor dem Arbeitsgericht Berlin unter dem Geschäftszeichen 42 Ca 716/22 geführt worden ist. Er hat nicht in Abrede gestellt, noch weitere Verfahren vor dem Arbeitsgericht Berlin geführt zu haben. Er ist den Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Urteils vom 23.06.2022, wonach er sich stets auf Ausschreibungen von Stellen als „Sekretärin“ auf dem Internetportal ebay-Kleinanzeigen bewarb und dann einen vorformulierten Text als Anschreiben an die Ersteller der Stellenanzeige versendete., nicht entgegengetreten. 93

(2) Angesichts der Vielzahl von Verfahren in einem relativ kleinen Zeitraum und angesichts des standardisierten methodischen Vorgehens des Klägers muss davon ausgegangen werden, dass er es darauf anlegte, sich an den eingeforderten Entschädigungszahlungen zu bereichern. 94

Der Kläger ging systematisch und zielgerichtet vor. Er nutzte die Situation aus, dass der gewählten Formulierung nach geschlechtsdiskriminierende Stellenanzeigen in einem Internetportal veröffentlicht wurden, das sich durch wenig formale Strenge und einen lockeren Umgangston auszeichnet. Der Kläger bewarb sich in der Erwartung, Absagen zu erhalten und durch nachfolgende Entschädigungsforderungen einen auskömmlichen „Gewinn“ zu haben. Es ist nicht ersichtlich, dass der Kläger sich überhaupt auf Stellen bewarb, die ordnungsgemäß entsprechend § 11 AGG ausgeschrieben waren. Der Kläger hat dies in der Berufungserwiderung lediglich unsubstantiiert behauptet. Damit ist er der ihn treffenden sekundären Darlegungslast (siehe oben unter II 1 d der Entscheidungsgründe) nicht nachgekommen. 95

96

c) Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass die vorstehend unter II 2 a und b der Entscheidungsgründe berücksichtigten Umstände einem Verwertungsverbot unterliegen.

Zwar ist es anerkannt, dass im Gerichtsverfahren die Verwertung von grundrechtswidrig erlangten Beweismitteln (*BAG, Urteil vom 20.06.2013 – 2 AZR 797/11, Urteil vom 13.12.2007 – 2 AZR 537/06)* und von Tatsachenvortrag, der auf einem grundrechtswidrigen Eingriff beruht (*BAG, Urteil vom 20.10.2016 – 2 AZR 395/15, Urteil vom 16.12.2010 – 2 AZR 485/08)* unzulässig sein kann. Im Streitfall hat die Beklagte die vorgetragenen Umstände jedoch nicht durch grundrechtswidrige Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht des Klägers erlangt. 97

Der Schutz des Persönlichkeitsrechts wird konkretisiert durch den Inhalt der Datenschutzvorschriften (*BAG, Urteil vom 23.08.2018 – 2 AZR 133/18)*. War eine Maßnahme zur Informationsbeschaffung nach den datenschutzrechtlichen Vorschriften zulässig, liegt insoweit keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor. Ein Verwertungsverbot scheidet dann aus. 98

Es kann zugunsten des Klägers angenommen werden, dass sein Bewerbungs- und Prozessverhalten gegenüber anderen Unternehmen unter den Schutz der personenbezogenen Daten gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO fällt. Es kann ferner angenommen werden, dass jedenfalls der Vortrag der Beklagten vor dem erkennenden Gericht eine Datenverarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO darstellt und dass die personenbezogenen Daten des Klägers in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 1, 4 Nr. 6 DSGVO). Die Datenverarbeitung ist jedenfalls nach Art. 6 Abs. 1 f DSGVO rechtmäßig. Sie ist zur Wahrung berechtigter Interessen der Beklagten erforderlich. 99

Da die Beklagte im Rechtsstreit die Darlegungslast für das Vorliegen von Indizien trägt, die auf Rechtsmissbrauch hindeuten, ist sie insoweit auf die Beschaffung von Informationen angewiesen. Das Interesse des Klägers muss insoweit zurückstehen. Die Beklagte führt die Ermittlungen nicht mit rechtswidrigen persönlichkeitsrechtsverletzenden Maßnahmen durch. Eine Recherche aus allgemein zugänglichen Quellen des Internets, wie etwa juristischen Datenbanken, ist von vornherein nicht zu beanstanden. Aber auch die Nachfrage bei anderen Unternehmen, die der Kläger auf Zahlung einer Entschädigung verklagt hat, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Ob das Ausnutzen von Kenntnissen, die Dritte rechtswidrig erlangt haben, unzulässig wäre, kann offenbleiben (*vgl. zu Nachrichten in Messengerdiensten Baade/Hagen, BB 2021, 1588, 1593; Köhler/Schürgers, DB 2018, 1013, 1016*). Die Beklagte erfragte lediglich Informationen, die die anderen Unternehmen rechtmäßigerweise – und nicht etwa durch unerlaubte Ausspähung persönlicher Daten des Klägers – in ihren Besitz gebracht haben. 100

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO. Der Kläger unterlag im Rechtsstreit und hat die Kosten zu tragen. 101

IV. Es besteht keine Veranlassung, die Revision gemäß § 72 Abs. 2 ArbGG zuzulassen. 102

1. Der Rechtsstreit wirft keine entscheidungserhebliche Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf (§ 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG). 103

Die Voraussetzungen, unter denen einem Entschädigungsverlangen der Rechtsmissbrauchseinwand entgegengesetzt werden kann, sind durch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und des Gerichtshofes der Europäischen Union hinreichend 104

geklärt. Die erkennende Kammer hat die insoweit entwickelten Grundsätze auf den Streitfall angewandt und keinen davon abweichenden neuen Rechtssatz gestellt.

2. Das vorliegende Urteil weicht auch nicht in entscheidungserheblicher Weise von einer Entscheidung eines anderen Arbeitsgerichts ab (§ 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG). 105

Zwar hat das LAG Schleswig-Holstein im Urteil vom 21.06.2022 – 2 Sa 21/22 dem Kläger, nachdem er sich auf eine Stellenausschreibung für eine „Sekretärin“ erfolglos bewarb, eine Entschädigungszahlung zugesprochen. Die klageabweisende Entscheidung im hiesigen Verfahren allein begründet aber keine Divergenz i.S.d. § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG. 106

Divergenz setzt eine relevante Abweichung voraus (*Ulrich in: Schwab/Weth, 6. Aufl. 2022, § 72 ArbGG Randnr. 38*). Eine relevante Abweichung liegt nur vor, wenn das Urteil des LAG zu einer Rechtsfrage einen abstrakten Rechtssatz aufgestellt hat, der von einem abstrakten Rechtssatz zu der gleichen Rechtsfrage in der Referenzentscheidung des Divergenzgerichtes abweicht (*BAG, Beschluss vom 23.07.1996 – 1 ABN 18/96*). Daran fehlt es, wenn nur ähnliche Lebenssachverhalte von verschiedenen Gerichten unterschiedlich bewertet werden (*Klug in: Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, § 72 ArbGG Randnr. 15*). 107

Das LAG Schleswig-Holstein hat im Hinblick auf die Frage des Rechtsmissbrauchseinwandes keinen von der vorliegenden Entscheidung abweichenden Rechtssatz aufgestellt. Das LAG Schleswig-Holstein ist insoweit, ebenso wie die erkennende Kammer, von den Grundsätzen ausgegangen, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH und des BAG ergeben. Die erkennende Kammer ist nicht aufgrund eines abweichenden Rechtssatzes zu einem anderen Ergebnis gekommen, sondern weil der hier unterbreitete Sachverhalt sich im Hinblick auf die bestehende Arbeitsunfähigkeit des Klägers sowie im Hinblick auf seine anderen Bewerbungen und die von ihm angestrengten gerichtlichen Verfahren von dem Sachverhalt unterscheidet, den das LAG Schleswig-Holstein zu beurteilen hatte. 108

RECHTSMITTELBELEHRUNG 109

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. 110

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen. 111

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE