

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Einführung .....	1
<i>Gang der Untersuchung</i> .....	2
A. Verbotene Gründe, ungewisse Diskriminierung .....	2
B. Diffuse Diskriminierung .....	8
C. Eine Erleichterung des Beweises der Diskriminierung? .....	13
 1. Kapitel: Ungewisse Entscheidungsgründe .....	 17
<i>A. Das Problem diskriminierungsrechtlicher Kontrolle privatautonomer Vertragsabschlussentscheidungen nach Bewerberauswahl</i> .....	<i>17</i>
I. Relevanz verborgener Gründe für das verbotene Verhalten der Diskriminierung .....	17
II. Subjektive Entscheidungsgründe und objektive Sachlagen als Anknüpfungspunkt von Beschränkungen der Privatautonomie .....	21
 <i>B. Unmittelbare Diskriminierung im System des Antidiskriminierungsrechts</i> .....	 25
I. Unklarheit über subjektive Merkmale der unmittelbaren Diskriminierung .....	25
1. Unmittelbare Diskriminierung nicht nur offene Diskriminierung ..	25
2. Unsicherheit über subjektive Merkmale der Diskriminierung .....	27
II. Entscheidungsgründe – notwendige Träger der Diskriminierung durch privatrechtsgeschäftliche Entscheidungen .....	32
1. Ambivalenz des Normtextes: Differenzierung und Bewirkung .....	33
2. Unmittelbare Diskriminierung als Differenzierung im System der Diskriminierungsverbote: Rückschlüsse aus der mittelbaren Diskriminierung .....	35

a) Mittelbare Diskriminierung durch merkmalsbedingt nachteilige Auswirkungen: Unhaltbarkeit ihrer Beschränkung auf Umgehungsschutz .....	36
aa) Abzugrenzendes Verbot materieller Diskriminierung als Unangemessenheit echter Gleichbehandlung .....	39
bb) Problematik der behaupteten Abgrenzung materieller Diskriminierung .....	40
(1) Merkmalsbedingt nachteilige Auswirkungen als gemeinsame Voraussetzung mittelbarer Diskrimi- nierung durch formale und »echte« Gleichbehandlung ..	40
(2) Beseitigung mittelbarer Diskriminierung erschöpft sich nicht stets im Unterlassen .....	55
(3) Nachteilige Behandlung, zu der es in Folge allgemeiner Anforderungen kommt, am Verbot mittelbarer Diskriminierung zu messen – aber auch die Anforderungen selbst .....	57
cc) Verhältnis des Verbots mittelbarer Diskriminierung zur Vorkehrungspflicht .....	59
dd) Rechtsprechungspraxis: Mittelbare Diskriminierung jenseits eines Umgehungsverbots .....	63
ee) Pro-rata-temporis-Rechtsprechung als Argument gegen materielle Diskriminierung? .....	67
b) Gründe privater Willenserklärungen vor dem Verbot mittelbarer Diskriminierung .....	75
3. Gründe der anti-subjektiven Tendenz der Dogmatik unmittelbarer Diskriminierung .....	77
a) Verschuldensunabhängigkeit und Entwicklung des Diskrimi- nierungsverbots zum strengen Unterscheidungsverbot .....	78
b) Ausrichtung auf normative Diskriminierung: Kausalität als Abhängigkeit von Rechtsfolgen von geschützten Merkmalen ...	82
c) Diskriminierende Qualität von Normen und nicht-normierten Einzelentscheidungen: Verbotene Kriterien .....	85
d) Die Abstraktheit verbotener Differenzierung: Irrelevanz der Gründe genereller Regelungen und der Gründe der Entscheidungsgründe der Einzelentscheidung .....	88
 2. Kapitel: diffuse Diskriminierung .....	94
A. Einführung .....	94
I. Das sogenannte Vergleichspersonenkonzept .....	95

II. Diffuse Gründe – zwischen Differenzierung und formal-neutraler Anknüpfung an Umstände, die nicht notwendig auf geschützten Merkmalen beruhen müssen .....	96
<i>B. Hilfsfunktionen von Vergleichstatbeständen und konstitutive Entscheidungsgründe .....</i>	<i>99</i>
I. Ergänzung des Normtextes um ein »Vergleichspersonenkonzept« ....	99
II. Scheinbare und wirkliche Vergleichsfunktionen .....	102
1. Die Rolle der Vergleichstatbestände des Art. 141 EGV: Irrelevantwerden der Entscheidungsgründe durch ein Gebot der gleichen Entlohnung gleicher Arbeit? .....	102
2. Ungleichbehandlung als Voraussetzung der Diskriminierung? Die Bedeutung realer und hypothetischer Vergleichspersonen ....	107
3. Vergleichsdogmatik analysiert .....	111
a) Diskriminierung wegen Transsexualität und Homosexualität als Geschlechtsdiskriminierung: eine Frage des Vergleiches? ..	113
b) Keine Vergleichsfrage: Auslegung des Schutzbereiches des Merkmals .....	114
c) Absorption des Vergleichs von grundlegenden Kategorien .	116
d) Vergleichspaare als numerus clausus von Relationen verbotener Ungleichbehandlung? .....	117
e) Diskriminierung als Referenz auf wohldefinierte Andere: Ein Blick auf die britische Vergleichsdogmatik .....	119
4. Unabwerfbare Differenzierungen: Differenzierungsdogmatik am Beispiel der Rekonstruktion der Diskriminierung Trans- und Homosexueller als Geschlechtsdiskriminierung .....	127
a) Geschlechtsdifferenzierung .....	128
aa) Geschlecht als Differenzierungskriterium: Probleme mit dem Wirklichkeitsstatus geschützter Merkmale? .....	129
(1) Diskriminierungsverbote im Gegensatz zu merkmalsdifferenzierenden Rechtsinstituten .....	129
(2) Kann ein unangemessen naturalistisches Merkmalsverständnis die Rechtsanwendung beeinflussen? .....	130
(3) Normgeprägte und sozial vorfindliche Differenzierungsgründe .....	132
bb) Diskriminierung wegen Transsexualismus als Geschlechtsdifferenzierung .....	134
b) Keine Unbeachtlichkeit der Differenzierung aufgrund symmetrischer Behandlung der Gruppen .....	136

c) Gardners Kritik an der Differenzierungsanalyse des Kriteriums Homosexualität: Eingeforderte Unterscheidung zwischen Merkmal als Information und Handlungsgrund .....	138
aa) »Operative und informatorische Prämissen« .....	139
bb) Abstraktheit gegenüber Motiven, Rolle des Merkmals für informatorische und operative Prämissen .....	140
d) Geschlechtsneutrale Handlungsgründe bei der Diskriminierung wegen der Homosexualität? Schwachstellen des Differenzierungsarguments? .....	144
e) Grenzen: Keine Geschlechtsdifferenzierung bei Differenzierung wegen Sexualität als solcher .....	146
f) Das Differenzierungsargument als Buchstabenhaftung und leere Analytik? .....	148
aa) Grund des Zweifels am Differenzierungsargument: Geschlechtsrollendiskriminierung als Sonderfall? .....	149
bb) Homosexuellendiskriminierung ideengeschichtlich illuminiert .....	151
g) Unvergleichbarkeit als enges Korrektiv .....	153
 <i>C. Kausalzusammenhänge anstelle merkmalsbezogener Entscheidungsgründe? Diskriminierungsschutz der Schwangerschaft als vermeintliche Reform der Dogmatik unmittelbarer Diskriminierung ...</i>	
I. Der Status der Fragestellungen der Vergleichsdogmatik der Diskriminierung .....	157
II. Aus Gründen der Schwangerschaft. Weitung unmittelbarer Diskriminierung durch Verabschiedung des Vergleichs? .....	158
III. Dekker- und Hertz-Linie: Schwangerschaftsdiskriminierung zwischen Kausalität und Differenzierung .....	164
1. »Schwangerschaftsbedingte Nachteile als Geschlechtsdiskriminierung, weil nur Frauen schwanger werden können« ..	164
2. Revidierte Abkehr von den Gründen. Der »but for«-Test als »objektives« Intermezzo in der britischen Rechtsprechung zur unmittelbaren Diskriminierung .....	166
a) Unterbestimmte Kausalformel gegen ein Scheinproblem .....	166
b) Distanzierung von der »but for«-Formel .....	176
c) »Differenzierung nach« statt Kausalität der Rechtsinanspruchnahme: Verwerfung des »but for«-Tests in den Maßregelungsfällen .....	178
d) »Unterbewusste Entscheidungsgründe« .....	182
3. Bloße Kausalität der Schwangerschaft und die Ratio der Dekker-Linie .....	187
a) Begründungen des Gerichtshof und der Generalanwälte .....	187

b) Dekker-Rezeption der Literatur .....	195
4. Antinomische Hertz-Linie .....	197
5. Revision der Ausgangspunkte: Geschlechtsdiskriminierung durch Differenzierung nach der Schwangerschaft ein Paradox? ..	203
a) Schwangerschaft als Ungleichheitsfaktor .....	203
b) Schwangerschaft als dem Geschlechtsdiskriminierungsverbot nicht deduktiv zu entnehmender verbotener Grund: Wertungsfrage der Zuordnung von Untergruppen- und Zusammenhangsmerkmalen zum Merkmal .....	204
6. Schwangerschaft als fiktives Diskriminierungskriterium in den Fällen der Dekker-Linie .....	208
7. Dekker und Hertz als Entscheidungen zur mittelbaren Diskriminierung? .....	213
8. Diskriminierungsschutz der Schwangerschaft auch bei formal einheitlicher Behandlung als Flankierung positiver Schwangerenschutzrechte .....	217
IV. Vorgehungsansprüche allenfalls aus unmittelbarer Diskriminierung: Vermeidung der mittelbaren Diskriminierung wegen der Schwangerschaft im europäischen und amerikanischen Recht .....	226
V. Zweischneidigkeit der Materialisierung unmittelbarer Diskriminierung .....	232
VI. Schwangerschaftsrechtsprechung als vermeintliches Exempel der Unmöglichkeit fixierender Tatbestandsmerkmale unmittelbarer Diskriminierung .....	237
VII. Fazit: Rechtsprechung zur Schwangerschaft und subjektiver Tatbestand der Diskriminierung .....	241
 3. Kapitel: Das Beweisrecht der Diskriminierungsverbote ....	246
I. Zweifel an einer beweisrechtlichen Lösung des Ungewissheitsproblems diesseits echter Beweislastverlagerung .....	246
II. Die Beweiserleichterung des § 22 AGG: mehr als eine Beweismaßreduktion hinsichtlich des diskriminierenden Grundes? .....	248
1. Streit um den Anwendungsbereich der Beweismaßreduktion: Tatbestandsmerkmale oder jeglicher Tatsachenvortrag? .....	249
a) § 22 AGG als Korrektur der missverständlichen Bezeichnung der Beweismaßreduktion als Glaubhaftmachung. Fortwirkende Assoziationen der Glaubhaftmachung .....	250
b) Vermeintliche Notwendigkeit einer Beweismaßreduktion auch für Indiztatsachen .....	253

c) Verfehlen der Unterscheidung zwischen Indiztatsachen und indiziertem Tatbestandsmerkmal .....	259
d) Abgrenzung: Forderung nach der Beweismaßreduktion für alle Tatbestandsmerkmale. Das Gegenargument der h.M. trifft auch ihre eigene Forderung der Beweismaßreduktion für Indiztatsachen .....	263
e) Keine Anzeichen einer Beweismaßreduktion für tatbestandsfremde Tatsachen: Der EuGH zum Beweisrecht .....	267
aa) Terminologische Grundlegung – Beweiswürdigung, Beweismaß, Beweislast, »Umkehr der Beweislast« .....	269
bb) Reguläre Beweislastverteilung für Diskriminierungstatbestand und Rechtfertigungsgründe durch den EuGH .....	273
cc) »Änderung der Beweislast« als Gegenbeweislast infolge eines Hauptbeweises nach gemindertem Beweismaß? .....	275
dd) Übergang zur generellen Beweismaßreduktion. Fazit zum Streit um die Bezugspunkte der Beweismaßreduktion .....	287
2. Die unhaltbare Konstruktion einer zweistufigen Verteilung der objektiven Beweislast .....	289
a) »Umkehr der Beweislast« beim EuGH: Gegenbeweis und Rechtfertigung .....	291
b) Dammanns vermeintliches Dilemma der Beweismaßreduktion als Dilemma eines innerprozessualen Überwechselns der objektiven Beweislast .....	293
c) Die zweifelhafte Funktion eines Wechsels der objektiven Beweislast nach der Glaubhaftmachung als geglücktem Hauptbeweis .....	298
d) Ausschluss des direkten Gegenbeweises und Erforderlichkeit des vollen Beweises des Gegenteils als Funktion der doppelten Verteilung der objektiven Beweislast? .....	300
e) Fragwürdigkeit einer Außerachtlassung konkreter Zweifel selbst bei bestehenbleibender überwiegender Wahrscheinlichkeit .....	305
f) Der indirekte Gegenbeweis im Mittelpunkt des praktizierten Beweisrechts der Diskriminierung .....	306
g) Objektive Beweislast für den indirekten Gegenbeweis? .....	319
h) Die Entstehung der Annahme der zweifachen Beweislastverteilung in der Frühzeit des § 611a BGB .....	320
i) Das systematische Argument: Gesetzliche Rede von der Beweislast meint immer die objektive Beweislast .....	324
j) Gesetzliche und tatsächliche Vermutungen im Assoziationsraum der Annahme der Beweislastumkehr .....	326

- k) Vermeintliche Entkräftung der Kritik Prüttings an der Praktikabilität der doppelten Beweislast: Verwechslung mit Grundsätzen der »abgestuften Darlegungs- und Beweislast« ..... 332

### III. Entscheidender Beweiswert des Qualifikationsmaßstabs? ..... 336

1. Rechtfertigungsbedürftigkeit eines Qualifikationsauswahlgebots als Erweiterung antidiskriminierungsrechtlicher Bindung ..... 339
2. Bindung der Einstellungsauswahl an Eignung und Qualifikation: Eine ältere arbeitsrechtliche Debatte ..... 342
3. Antidiskriminierungsrechtliche Pflicht zur Qualifikationsauswahl? .. 345
  - a) Normtextliche Ansatzpunkte für Sachbindung über das Verbot merkmalsbezogener Diskriminierung hinaus? ..... 346
    - aa) Der Bestqualifizierte in Schadensersatz- und Entschädigungsdogmatik ..... 346
    - bb) Nur sachliche Entscheidungen als nicht-diskriminierende Entscheidungen nach § 611a Abs. 1 S. 3 BGB a.F.? ..... 351
  - b) Auslegungsergebnis: Differenz zwischen Diskriminierungsverbot und Sachbindungsgebot ..... 355
  - c) Art und Grenzen der Sachlichkeitskontrolle in der Rechtsprechung zum Beweisrecht der Diskriminierungsverbote ..... 356
    - aa) Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an sachliche Gründe als Restriktion »nachgeschobener Gründe« ..... 356
      - (1) Das Tatbestandsverständnis des BVerfG als Übertragung der Dogmatik des Anknüpfungsverbots auf Gründe privater Willenserklärungen ..... 357
      - (2) Beschränkung des »Nachschiebens von Gründen« mit Anforderungen an den indirekten Gegenbeweis kongruent? ..... 361
      - (3) Keine Bindung an einen objektiven Qualifikationsmaßstab ..... 365
    - bb) Indizien der Diskriminierung und Anforderungen an den Gegenbeweis in der arbeitsgerichtlichen Beweiswürdigung .. 366
  - d) Die Rechtsprechung des EuGH: Qualifikationsauswahl als Ausfluss eines allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes als Matrix der Diskriminierungsverbote? ..... 377
  - e) Die verbleibende Rolle des Bestqualifikationsprinzips als ideelle Prämisse der Möglichkeit rechtswidriger Auswahlentscheidungen ..... 379

Zusammenfassung und Ergebnisse .....	380
1. <i>Ungewisse Gründe als Konstituens privatrechtsgeschäftlicher Diskriminierung</i> .....	380
2. <i>Diffuse Diskriminierung, insbesondere Diskriminierung im Zusammenhang mit der Schwangerschaft</i> .....	383
3. <i>Die diskriminierungsrechtliche Beweiserleichterung: nur eine Beweismaßreduktion</i> .....	387
Literatur .....	391