

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 Vertragsabschlusentscheidungen nach Bewerberauswahl</i>	17
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 Diskriminierung 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 Diskriminierungsverbots 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. <i>Einführung</i>	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
B. Hilfsfunktionen von Vergleichstatbeständen und konstitutive Entscheidungsgründe	99
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 Geschlechterdiskriminierung: 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. Unabwerbbare Differenzierungen: Differenzierungsdogmatik am Beispiel der Rekonstruktion der Diskriminierung Trans- und Homosexueller als Geschlechterdiskriminierung	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> 157	
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: Geschlechterdiskriminierung durch Differenzierung nach der Schwangerschaft ein Paradox? ..	203
a) Schwangerschaft als Ungleichheitsfaktor	203
b) Schwangerschaft als dem Geschlechterdiskriminierungs- verbot 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. Vorkehrungsansprüche allenfalls aus unmittelbarer Diskriminie- rung: 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 Ungewissheits- problems diesseits echter Beweislastverlagerung	246
II. Die Beweiserleichterung des § 22 AGG: mehr als eine Beweis- maßreduktion 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) Verfehlens 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 Überwechsels 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 bestehendem 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 Prämissen der Möglichkeit rechtswidriger Auswahlentscheidungen	379

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