

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
§1 Ausgangsthese und Methode der Untersuchung	1
A. Gleichheit und Diskriminierung	4
B. Die Ambivalenz des Diskriminierungsbegriffs	12
C. Eine verfassungstheoretische Analyse von Antidiskriminierungsrecht	22
D. Methode dieser Abhandlung: Rationale Rekonstruktion des geltenden Antidiskriminierungsrechts	29
E. Ausgangsthese: Die demokratische Legitimation von privatem Antidiskriminierungsrecht	40
F. Gang der Untersuchung	42
§2 Zwei Traditionen des rechtlichen Diskriminierungsbegriffs ...	45
A. Diskriminierung im Wirtschaftsrecht	46
B. Menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz im Völkerrecht	78
C. Wirtschaftsrechtlicher und menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz: Parallelen und Unterschiede	94
§3 Fallstudie USA: Das Ringen um Antidiskriminierungs- recht in der Demokratie	97
A. „All men are created equal“ (1776) und Dred Scott v. Sandford (1857) – Universelles Gleichheitsversprechen und partikulare Interpretation	99
B. Reconstruction – Der Kampf um ein Ende der „legal discrimination“	106
C. Ein Vorläufer der mittelbaren Diskriminierung aus dem Jahr 1886	127
D. Rückschlüsse: Jim Crow Laws und „Separate but equal“	132

E. „Suspect Classification“: Ausnahmezustand im Zweiten Weltkrieg	142
F. Die „Civil Rights Revolution“ im 20. Jhd.	147
G. Was lange ausgespart blieb: „sex discrimination“ und andere Gründe von Diskriminierung.	172
H. Fazit: Keine teleologische Erfolgsgeschichte	179
 § 4 Konzepte rechtlicher Bewältigung von Diskriminierung	181
A. Gleichheitsverständnisse.	182
B. Schutz nur gegen den Staat oder auch gegen Private?	196
C. Die Rolle von Intention im Antidiskriminierungsrecht und die Figur der mittelbaren Diskriminierung	208
D. Rechtsverständnis im Antidiskriminierungsrecht: „Law as a Tool“	215
E. Zusammenfassung	220
 § 5 Dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts	223
A. Das AGG im Überblick	223
B. Die Unterscheidung zwischen reaktivem und proaktivem Antidiskriminierungsrecht	230
C. Reaktiver Diskriminierungsschutz	231
D. Proaktives Gleichstellungsrecht	290
 § 6 Geschützte Personengruppen.	305
A. Die historisch-geographische Kontingenz von Kategorien	306
B. Die Konstruktionsleistung von Kategorien	313
C. Komplexitätssteigerungen	321
D. Konstruktiver Umgang mit Kategorien	334
 § 7 Die Legitimation von Antidiskriminierungsrecht.	347
A. Vorschläge zur Legitimation von Antidiskriminierungsrecht.	348
B. Deliberatives Demokratieverständnis	376
C. Demokratische Legitimation von Antidiskriminierungsrecht in Deutschland	397
D. Fazit: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung deliberativer Demokratie	427
 Literaturverzeichnis.	429
Entscheidungsregister	461
Sach- und Personenregister	471

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
§ 1 Ausgangsthese und Methode der Untersuchung	1
A. Gleichheit und Diskriminierung	4
I. Der rechtliche Kampf um Gleichheit und seine Phasen	4
II. Diskriminierung als gruppenbezogene Ungleichbehandlung ..	5
III. Formales und materiales Gleichheitsverständnis	7
IV. Gleichheitssätze als dynamische Versprechen	9
V. Antidiskriminierungsrecht zwischen Oppression und Emanzipation	10
B. Die Ambivalenz des Diskriminierungsbegriffs	12
I. Diskriminierung, etymologisch	13
II. Benachteiligung und Diskriminierung	15
III. Die rechtlich-moralische Doppelnatur des Diskriminierungsbegriffs	16
C. Eine verfassungstheoretische Analyse von Antidiskriminierungsrecht	22
D. Methode dieser Abhandlung: Rationale Rekonstruktion des geltenden Antidiskriminierungsrechts	29
I. Die Methode „rationaler Rekonstruktion“ gesellschaftlicher Entwicklungen	29
II. Theoretischer Ausgangspunkt: Rechtliche Konfliktlösung als rationales (und nicht nur hegemoniales) Unterfangen	32
III. Rationale Rekonstruktion eines kontingenten Antidiskriminierungsrechts	39
E. Ausgangsthese: Die demokratische Legitimation von privatem Antidiskriminierungsrecht	40
F. Gang der Untersuchung	42

§2 Zwei Traditionen des rechtlichen Diskriminierungsbegriffs ...	45
A. Diskriminierung im Wirtschaftsrecht	46
I. Diskriminierungsverbote im Kartell- und Wettbewerbsrecht ..	46
1. US-amerikanisches Antitrust Law: Die Erfindung des Diskriminierungsverbotes	47
2. Britisches Monopolrecht: „Collective Discriminations“	48
3. Französisches Wettbewerbsrecht: Diskriminierungsverbote für Anbieter	50
4. Diskriminierungstatbestände im deutschen Kartell- und Wettbewerbsrecht	50
a. §9 KartVO 1923: Kartellfreundliche Grundhaltung	51
b. Kartellrecht im Nationalsozialismus: Erlaubte Diskriminierung gegen „unzuverlässige Personen“	53
c. Alliiertes Dekartellierungsrecht: Diskriminierung zur Verhinderung von Wettbewerb	54
d. GWB 1957 und Fortentwicklungen	55
5. Europäisches Gemeinschaftswettbewerbsrecht	57
6. Zusammenfassung	60
II. Diskriminierungsfreier Kontrahierungszwang für Monopolunternehmen	61
1. Gesetzlich angeordnete Kontrahierungszwänge für Monopolunternehmen	61
2. Nipperdeys Konzept eines allgemeinen Kontrahierungszwangs für Monopolunternehmen	64
3. Verhältnis von Kontrahierungszwang und wettbewerbsrechtlichem Diskriminierungsverbot	66
III. Nichtdiskriminierung in Freihandelsregimen	66
IV. Europäisches Gemeinschaftsrecht: Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit	70
V. Ergebnisse: Grundfragen wirtschaftsrechtlicher Diskriminierungsverbote	72
1. Diskriminierungsverbote auf der Grenze von öffentlichem und privatem Recht: „Es gibt keine neutrale Privatrechtsordnung.“	72
2. Wettbewerbsrecht und relationale Privatautonomie	73
3. Verhältnis von Diskriminierungsverbot und Gleichheit	74
4. Formales und materielles Diskriminierungsverständnis	75
5. Absolutes und relatives Diskriminierungsverbot	76
6. Intentionalität und Motive von Diskriminierung	76
7. Mittelbare und unmittelbare Diskriminierung	78
B. Menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz im Völkerrecht	78

I. Völkerrechtliches Fremdenrecht	79
II. Völkerrechtlicher Minderheitenschutz	79
1. Historische Minderheitenschutzbestimmungen	80
2. Unterscheidung zwischen rechtlicher und faktischer Gleichheit	82
III. Diskriminierungsschutzvorschriften in Verträgen der Vereinten Nationen	83
IV. Antidiskriminierungsvorgaben des Europarates	88
V. Diskriminierungsverbote als „Querschnittsprinzip“ des Menschenrechtsschutzes	92
C. Wirtschaftsrechtlicher und menschenrechtlicher Diskriminierungsschutz: Parallelen und Unterschiede	94
 § 3 Fallstudie USA: Das Ringen um Antidiskriminierungs- recht in der Demokratie	 97
A. „All men are created equal“ (1776) und Dred Scott v. Sandford (1857) – Universelles Gleichheitsversprechen und partikulare Interpretation	99
B. Reconstruction – Der Kampf um ein Ende der „legal discrimination“	106
I. Die neuen Zusatzartikel 13, 14 und 15 nach dem Ende des Bürgerkriegs	107
II. Föderale Ebene gegen Bundesstaaten: Der föderale Twist der Gleichheit in den USA	109
III. Diskriminierungsschutz im Privatrechtsverkehr durch Bundesgesetze	113
1. Die Federal Civil Rights Acts von 1866 und 1875	114
2. Die Civil Rights Cases (1883): Diskriminierungsschutz gegen Private?	117
a. Mehrheitsmeinung	118
b. Sondervotum von John Marshall Harlan	122
C. Ein Vorläufer der mittelbaren Diskriminierung aus dem Jahr 1886	127
I. Yick Wo v. Hopkins (1886)	127
II. Die Problemkonstellation der mittelbaren Diskriminierung ...	129
D. Rückschläge: Jim Crow Laws und „Separate but equal“	132
I. Plessy v. Ferguson (1896)	133
1. Mehrheitsmeinung (per Brown J)	135
2. Ein weiteres Sondervotum von John Marshall Harlan	138
II. Die Argumentationskette von „separate but equal“	141

E. „Suspect Classification“: Ausnahmezustand im Zweiten Weltkrieg	142
F. Die „Civil Rights Revolution“ im 20. Jhd.	147
I. Diskriminierungsschutz im Personentransport: Die zwei Traditionslinien des Diskriminierungsbegriffs treffen zusammen	148
II. Diskriminierende private Verträge: Shelley v. Kraemer (1948) ..	150
III. Brown v. Board of Education (1954)	152
IV. Der Civil Rights Act 1964	155
V. Voting Rights Act 1965 – Sicherstellung der vollen Staatsbürgerschaft	158
VI. Gemischte Ehen: Loving v. Virginia (1967)	159
VII. Die Unterscheidung von „disparate treatment“ und „disparate impact“	162
1. Von Füchsen und Störchen: Griggs v. Duke Power Co. (1971)	163
2. Beschränkung der disparate impact doctrine: Wards Cove Packing Co. v. Atonio (1989)	167
3. Die Reaktion des Kongresses im Civil Rights Act 1991	168
4. Das Ende von disparate impact?: Ricci v. DeStefano (2009)	169
G. Was lange ausgespart blieb: „sex discrimination“ und andere Gründe von Diskriminierung	172
H. Fazit: Keine teleologische Erfolgsgeschichte	179
 § 4 Konzepte rechtlicher Bewältigung von Diskriminierung	181
A. Gleichheitsverständnisse	182
I. Das universelle Gleichheitsversprechen und sein dynamischer Charakter	182
II. Das Drei-Phasen-Modell rechtlicher Gleichheitskämpfen	185
1. Gleiche Rechte verwehren	185
2. Gleiche Rechte gewähren	186
3. Gleiche Rechte durchsetzen	186
4. Die „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“ oder „Wider teleologische Narrative“	187
III. Von formalem zu materialem Gleichheitsverständnis	187
1. Formales Gleichheitsverständnis	187
a. „Logische“ Gleichheit	188
b. Symmetrisches Gleichheitsverständnis	189
2. Materiales Gleichheitsverständnis	190

a. Dekonstruktion des „Normalmodells“ vermeintlich neutraler rechtlicher Regelungen	192
b. Heterogenität der geschützten Personengruppen: Das Phänomen der Intersektionalität	193
IV. Das Verhältnis von allgemeinem Gleichheitssatz und Diskriminierungsverboten	193
B. Schutz nur gegen den Staat oder auch gegen Private?	196
I. State Action Doctrine und staatliche Ermöglichung privatautonomes Handeln	197
1. Soziale und rechtliche Lage	197
2. Keine vorrechtliche Vertragsfreiheit	199
3. Diskriminierungsverbote als Grenze der Vertragsfreiheit ...	202
4. Die schwierige Unterscheidung von privat und öffentlich ...	203
a. Das Fortwirken traditioneller Vorstellungen im privaten Stifterwillen	203
b. Abstraktion v. Kontextualisierung	205
II. Die reziproke Verknüpfung des Status von Bourgeois und Citoyen	206
C. Die Rolle von Intention im Antidiskriminierungsrecht und die Figur der mittelbaren Diskriminierung	208
I. Intendierte Diskriminierungen	209
1. Diskriminierender Vertragsinhalt	209
2. Vertragsverweigerung aufgrund einer verbotenen Kategorie	210
3. Errichtung von Zugangshürden durch Ersatzkriterien	210
4. Das Hauptproblem: Der Nachweis der Intention	211
II. Nicht-intendierte Diskriminierung	212
1. Strukturelle Diskriminierung	212
2. Stereotype Vorstellungen und Bias	213
III. Zusammenfassung: Funktionen des Verbots mittelbarer Diskriminierung	214
D. Rechtsverständnis im Antidiskriminierungsrecht: „Law as a Tool“	215
I. „Law as a tool“ oder sozialer Wandel in Rechtsform	216
II. Die Nutzung von Antidiskriminierungsrecht in transformatorischer Absicht	218
E. Zusammenfassung	220
§5 Dogmatische Figuren des Antidiskriminierungsrechts	223
A. Das AGG im Überblick	223
I. Gesetzgebungsgeschichte	223

II. Systematik des AGG	227
III. Schutz vor Benachteiligung im Arbeitsrecht	228
IV. Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr	229
V. Prozessuale Regelungen	230
B. Die Unterscheidung zwischen reaktivem und proaktivem Antidiskriminierungsrecht	230
C. Reaktiver Diskriminierungsschutz	231
I. Verbot unmittelbarer Diskriminierung	232
1. „Weniger günstige Behandlung“	232
2. „In einer vergleichbaren Situation“	232
3. „Wegen“ eines geschützten Grundes	234
a. Nur vermeintliche Zugehörigkeit zu einer geschützten Personengruppe	234
b. Unbewusste Benachteiligung	234
c. Unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an einen geschützten Grund?	235
4. Rechtfertigung	237
5. Prozessuale Ausgestaltung: Wo kein individueller Kläger, da kein Recht? (Die Rs. Feryn)	238
II. Verbot mittelbarer Diskriminierung	241
1. Drei Funktionen der mittelbaren Diskriminierung	242
a. Umgehungsverhinderung: Flankierung des Verbots unmittelbarer Diskriminierung	242
b. Beweislast erleichterung beim Nachweis diskriminierender Intention	243
c. Transformatorisches Potential? Stereotype, Bias und strukturelle Diskriminierung	243
d. Exkurs: Verbot mittelbarer Diskriminierung – auch in Art. 3 Abs. 3 GG?	247
2. Wandel der europarechtlichen Definitionen von mittelbarer Diskriminierung	248
3. Die Regelung des § 3 Abs. 2 AGG	252
a. „In besonderer Weise benachteiligen“: Statistische und andere Beweise am Beispiel der „Gläsernen Decke“	253
b. „Wegen“ eines geschützten Grundes: Kausalität oder Korrelation?	259
c. „Es sei denn“: Sachliche Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel	263
4. Allgemeine Rechtfertigungsgründe	266
III. Verbot von Belästigung	266
1. Würde und Gleichheit	267
2. „Harmlose“ Witze und andere alltägliche Belästigungen	268

IV. Anweisung zur Diskriminierung	271
V. Benachteiligung aufgrund Näheverhältnisses	272
VI. Angemessene Vorkehrungen (reasonable accomodation)	275
1. Angemessene Vorkehrungen für Menschen mit Behinderung	275
a. Unions- und völkerrechtliche Vorgaben	275
b. Fehlende Umsetzung im deutschen Recht	276
c. Ein bahnbrechendes Urteil des BAG: Symptomlose HIV-Infektion als Behinderung	278
2. Verständnis der angemessenen Vorkehrungen: Vom Defizit zur Lösung	280
3. Rechtsdogmatisches Verständnis der angemessenen Vorkehrungen	285
4. Grenzen angemessener Vorkehrungen: Unverhältnismäßige Belastung	287
5. Vorzugswürdigkeit gesetzlicher Umsetzung bei angemessenen Vorkehrungen	289
D. Proaktives Gleichstellungsrecht	290
I. Begriffsbestimmung	290
II. Typologie	292
1. Indirekte Fördermaßnahmen	293
2. Individuelle Ansprache und Förderung von Personen aus benachteiligten Gruppen	294
3. Gruppenbasierte Fördermaßnahmen: Gezielte Förderung ..	296
III. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und proaktive Fördermaßnahmen	300
§6 Geschützte Personengruppen	305
A. Die historisch-geographische Kontingenz von Kategorien	306
I. Geographische und historische Differenzen in der Anerkennung von Diskriminierungslagen	306
II. „Constitutional moments“ des Diskriminierungsschutzes	308
III. Was nicht diskriminierungsrechtlich relevant ist: sozio-ökonomische Herkunft	310
B. Die Konstruktionsleistung von Kategorien	313
I. Die „neutrale“ Konstruktion von „natürlichen“ und „normalen“ Kategorien	313
1. Natürlichkeitsargument	313
2. Normalitätsargument	314
3. Neutralitätsargument	314

II. Kategorien in sozialwissenschaftlicher Sicht	315
1. Zwei Sichtweisen auf soziale Gruppen: Zuschreibung und Identität	315
2. Rechtswissenschaftlicher Umgang mit sozialwissenschaftlichen Beschreibungen	318
III. Aktive Markierung und dominierende Ausprägung von Kategorien	319
C. Komplexitätssteigerungen	321
I. Ausdifferenzierung geschützter Kategorien	322
1. Exemplarische Kategorienkataloge	322
a. Art. 14 EMRK	322
b. Unionsrechtliche Diskriminierungskataloge	322
c. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG	323
d. § 1 AGG	324
2. Die Rollen der Gerichte	324
3. Offene Fragen zu Kategorienkatalogen	327
II. Das Zusammentreffen mehrerer Kategorien: Intersektionalität	328
1. Intersektionalität als Phänomen	328
2. Rechtswissenschaftliche Behandlung von Intersektionalität	331
3. Intersektionalität als Re-entry der Debatte um „Gleichheit oder Differenz“	332
D. Konstruktiver Umgang mit Kategorien	334
I. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht?	335
1. Das Konzept des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts	335
2. Kritikpunkte am Konzept des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts	337
a. Zuschreibungspraktiken und Intentionalität	338
b. Überforderung der Gerichte	339
c. Kategorien verschwinden nicht aus dem Recht	341
d. Die emanzipatorischen Potentiale des Antidiskriminierungsrechts	341
e. Überschätzung der Bedeutung rechtlicher Kategorien	342
II. Kategorien im Antidiskriminierungsrecht	343
1. Kategorien im reaktiven Diskriminierungsschutz	343
2. Kategorien im proaktiven Gleichstellungsrecht: Rechtlicher Gruppismus?	346

§ 7 Die Legitimation von Antidiskriminierungsrecht	347
A. Vorschläge zur Legitimation von Antidiskriminierungsrecht	348
I. Individualrechtliche Rechtfertigungen von Antidiskriminierungsrecht	349
1. Antidiskriminierungsrecht zum Schutz der Menschenwürde	349
2. Antidiskriminierungsrecht zur Sicherung von Freiheitsentfaltung	352
3. Antidiskriminierungsrecht als Gleichheitsfunktion	354
4. Pluralistische Legitimation	355
a. Umstellung von Gleichheit auf Freiheit (und Würde) in den USA	355
b. Abstrakte Rechte und konkrete Verfassungsordnung	357
c. Perspektive der politischen Philosophie im Unterschied zur rechtswissenschaftlichen	360
5. Fazit: Keine singuläre, sondern pluralistische Legitimation	361
II. Kollektive Legitimation: Antidiskriminierungsrecht als Sozialstaatsgebot?	362
1. Habermas' Kritik am Paternalismus von Antidiskriminierungsrecht	363
2. Someks Kritik an der fehlenden Umverteilungsfunktion des Antidiskriminierungsrechts (der EU)	369
B. Deliberatives Demokratieverständnis	376
I. Argumentationsverfahren: Das Kommunikationsmodell	376
1. Kommunikative Vernunft	376
a. Detranszendente Wendung von Kant	377
b. Bedeutung von sprachlicher Kommunikation für Überzeugung	378
c. Gegenseitige Perspektivenverschränkung	379
2. Die Spannung von idealen und faktischen Argumentationsverfahren	380
a. Entbehrlichkeit anthropologischer Prämissen	381
b. Universelle Rationalität und Positionalität	382
3. Minimalerfordernis: Anerkennung der kommunikativen Freiheit der Anderen	386
II. Private und öffentliche subjektive Rechte	387
1. Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher subjektiver Rechte	388
2. Zirkularität als Ausweg aus dem Münchhausen-Trilemma des letzten Grundes	389
3. Gleichheit als zirkuläres Rechtsprinzip und „reflexive Schleife“	390

III. Die Bedeutung von öffentlicher Deliberation in der Demokratie.....	391
1. Das „Schleusenmodell“ der Demokratie	391
2. Öffentlichkeit	393
3. Abhängigkeit der Demokratie von „internen Ermöglichungsbedingungen“	394
4. Feministische Kritik an Habermas' Unterscheidung von öffentlicher und privater Sphäre	395
C. Demokratische Legitimation von Antidiskriminierungsrecht in Deutschland	397
I. Das Gleichheitsversprechen als „reflexive Schleife“ zur Einforderung von Inklusion	399
1. Einfordern von Gleichberechtigung durch exkludierte und marginalisierte Personen	399
2. Das rechtliche Gleichheitsversprechen im Modell deliberativer Demokratie	400
3. Kommunikative Rechtfertigung von Konventionen	402
4. Bürgerschaft ohne Staatsangehörigkeit als legitimatorische Grundlage von Antidiskriminierungsrecht	403
II. Legitimation privaten Antidiskriminierungsrechts	405
1. Öffentliches Recht und Privatrecht als zeitbedingte Unterscheidung	406
2. Staat und Gesellschaft bei Böckenförde: homogenes demokratisches Ethos der Gesellschaft	407
a. Das Homogenitätserfordernis	408
b. Demokratisches Ethos	412
c. Böckenförde weiterdenken: Antidiskriminierungsrecht als Gewährleistung der demokratischen Rahmenordnung	413
3. Private und öffentliche Autonomie im Antidiskriminierungsrecht	415
4. Reaktiver Diskriminierungsschutz als demokratisches Mindesterfordernis	417
a. Kommunikative Abwertung durch intentionale Diskriminierung	418
b. Demokratischer Selbstwiderspruch bei Verweigerung von Diskriminierungsschutz	419
5. Proaktives Gleichstellungsrecht als politische Option	421
6. Antidiskriminierungsrecht und eine Sphärentheorie der Privatautonomie	421
III. Ein liberales Verständnis von Antidiskriminierungsrecht	425

D. Fazit: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung deliberativer Demokratie	427
Literaturverzeichnis	429
Entscheidungsregister	461
Sach- und Personenregister	471