

Bekleidungs Vorschriften und Genderperformance

Gutachten für die Gleichbehandlungsanwaltschaft

Klosterneuburg, 21.10.2015

Elisabeth Holzeithner

Universitätsprofessorin für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies

Universität Wien

<http://homepage.univie.ac.at/elisabeth.holzeithner/>

Inhalt

Intro – eine Geschichte aus Schweden	3
Ausgangslage und Problematiken	4
I. Theoretische Grundlagen	9
1. Geschlechter im Rechtsdiskurs.....	9
a. Erweiterung des Geschlechterbegriffs: Zum rechtlichen Umgang mit Transsexualität.....	9
b. Geschlecht im Antidiskriminierungsrecht	11
2. Zur Problematik von Geschlechterstereotypen.....	14
a. Prinzip der Menschenwürde	14
b. CEDAW	16
c. Menschenwürde, individuelle Entfaltung und Dress Codes: EMRK, ABGB.....	18
Exempel 1: Die goldene Königskette	21
Exempel 2: Das rosafarbene Haarband	23
d. Spezifische Problematik von geschlechtsspezifischen Bekleidungs Vorschriften – Stereotypen	26
3. Geschlecht intersektionell gelesen – Überlegungen entlang des EU-Rechts.....	30
a. Mehrfachdiskriminierung – ein komplexes Phänomen.....	35
b. Positionierung und Thematisierung von Mehrfachdiskriminierung	38
c. Konzept der Diskriminierung	38
d. Gerechtfertigte Ungleichbehandlung.....	40
Exempel 3: Herrenmodenausstatter.....	41
4. Conclusio aus Theorie und rechtlichen Grundlagen.....	45
II. Anwendungen	47
1. Geschlechterperformance – Regulierungen & Problemlagen.....	47
2. Probleme und Lösungsvorschläge: Arbeitsleben.....	48
a. Bekleidungs Vorschriften, die mittelbar oder intersektionell nach dem Geschlecht differenzieren - Tragen von Kopfbedeckungen aus religiösen Motiven	48
Spezialfall Vollverschleierung.....	57
b. Bekleidungs Vorschriften, die unmittelbar nach dem Geschlecht differenzieren	60
i. Am Arbeitsplatz	60
ii. Im Sport	65
3. Probleme und Lösungsvorschläge: Zugang zu Gütern und Dienstleistungen	71
a. Mittelbare und intersektionelle Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts	71
b. Direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts	73
Abschließend.....	76
Abkürzungsverzeichnis	77
Anhang	78
Nachweise	79

Intro – eine Geschichte aus Schweden

Anfang Juni 2013 geht eine Nachricht durch Europa: Die Lokführer der Vorortezüge von Stockholm wehren sich auf ungewöhnliche Art gegen die seit der Übernahme durch den neuen Betreiber *Arriva* strengeren Bekleidungs Vorschriften, die vorsehen, dass sie selbst in der ärgsten Sommerhitze keine kurzen Hosen tragen dürfen. Sie kommen daher aus Protest in Röcken zur Arbeit. Ein Clip der BBC zeigt Interviews mit den berockten Herren sowie mit einem Unternehmenssprecher, der noch am 8. Juni betont, kurze Hosen würden der Anforderung angemessener Bekleidung widersprechen. Das Tragen von Röcken sei aber erlaubt, denn: „To tell them to do something else would be discrimination.“¹ Der Ton des BBC-Berichts ist launig; die Sprecherin schließt, während die Kamera auf ein nacktes Männerknie fokussiert:

„... who knows, they may just start a trend – hairy legs and all.“²

Während die BBC bereits am 10. Juni 2013 berichtet, dass das Verbot der kurzen Hosen aufgehoben wurde,³ kommt die ursprüngliche Geschichte just erst an jenem Tag in den österreichischen Medien an. Der Standard titelt „Schwedens Lokführer: Protest im Rocker!“ und bebildert mit dem Hauptprotagonisten – Fotounterschrift: „Dienst im Rockerl. Lokführer Martin Akersten schaut damit recht fesch aus.“⁴ Wohl in schlichter Weitergabe einer APA-Meldung wird ohne weitere Begründung als Meinung des Unternehmenssprechers wiedergegeben: „Wenn ein Mann lieber Frauenkleidung tragen wolle, etwa einen Rock, dann sei das in Ordnung“. Vom Diskriminierungsverbot ist keine Rede. In den Salzburger Nachrichten ist man noch



¹ <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-22828150> (21.10.2015).

² Clip auf <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-22828150> bei 0:55-1:00.

³ <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-22847008> (21.10.2015).

⁴ <http://derstandard.at/1369363163937/Schwedens-Lokfuehrer-protestierten-im-Rockerl> (21.10.2015).

einen Tag später dran und verfrachtet die Meldung am 11. Juni unter die Rubrik „Verrückt“⁵.

Aber warum soll es „verrückt“ sein, wenn ein Mann sich einengenden Bekleidungs Vorschriften nicht beugen möchte und im Fall eines Verbots von kurzen Hosen kurzerhand einen Rock anzieht?⁶ Und was sagt die Art der Berichterstattung über das auch rechtlich angemessene Verständnis von legitimen Bekleidungs Vorschriften aus, die häufig geschlechtlich differenziert sind? Nicht nur die unbefangene österreichische Beobachterin mag sich über die Selbstverständlichkeit wundern, mit der die schwedische Bahnlinie die Position vertritt, es sei unzulässig, einem Mann das Tragen von Frauenkleidern zu verbieten, weil dies aufgrund des Geschlechts diskriminieren würde. Genau das ist aber die Position, die im vorliegenden Gutachten vertreten und im Einklang mit dem geltenden Recht argumentiert wird.

Ausgangslage und Problematiken

In Übereinstimmung mit den entsprechenden Bestimmungen des Europarechts, wie sie sich in diversen Richtlinien⁷ niederschlagen, verbietet das österreichische Recht Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Was ist darunter zu verstehen? Früher hätte man wohl einfach gesagt: Wenn eine Frau gegenüber einem in relevanter Hinsicht gleich situierten Mann benachteiligt wird – und umgekehrt.⁸ Heute sind die Dinge etwas komplexer zu betrachten: Zum einen, weil sich der Begriff des Geschlechts verändert hat – er wird nun breiter gefasst und hat gleichsam seine biologistische Unschuld

⁵ <http://www.salzburg.com/nachrichten/diverse/verrueckt/sn/artikel/schwedische-zugfahrer-tragen-aus-protest-roecke-62306/> (21.10.2015).

⁶ Die Schwedischen Zugfahrer waren nicht die ersten, die derart auf das Verbot von kurzen Hosen reagierten: Günther (2000, 406) referiert, „dass es im heißen Sommer 1995 [...] Streit zwischen den Duisburger Verkehrsbetrieben und einem Busfahrer über das Tragen kurzer Hosen gab. Der Bekleidungskonflikt gipfelte darin, dass der Busfahrer an einem sonnigen Tag statt der nicht vom Arbeitgeber zugelassenen kurzen Hose mit einem (für weibliche Busfahrer) zugelassenen Damenrock zum Busfahrdienst antrat.“ Wie damit umgegangen wurde, wird nicht berichtet.

⁷ Siehe insbesondere RICHTLINIE 2006/54/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) und RL 2004/113/EG DES RATES vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen.

⁸ Verstöße gegen den Gleichheitssatz wurden oft dann festgestellt, wenn Männer sich als gegenüber Frauen benachteiligt dargestellt haben; siehe nur VfSlg. 8871/1980 (Witwerpensionserkenntnis) und 12568/1990 (Pensionsantrittsalterserkenntnis).

verloren. Zum anderen, weil die Sensibilität für die Benachteiligung durch Ungleichbehandlungen gestiegen ist, die lange Zeit – und von vielen auch heute noch – als unproblematische Differenzierungen zwischen den Geschlechtern wahrgenommen werden, derart selbstverständlich erscheinen sie. Nach dem Geschlecht differenzierende Dress Codes gehören dazu.

Vor diesem Hintergrund stellen sich zunehmend Herausforderungen, denen mit einem konventionellen, an die Zuschreibung eines bestimmten biologischen Geschlechts anknüpfenden Genderbegriff nicht angemessen begegnet werden kann, weil dadurch gravierende Benachteiligungen rechtlich nicht hinreichend erfasst werden.⁹ Die Problematiken liegen nicht selten an der Schnittstelle zu anderen Diskriminierungsgründen wie Religion, ethnische Herkunft, sexuelle Orientierung oder Behinderung. Um dieser Komplexität angemessen begegnen zu können, sollte die in den Gender Studies bereits seit längerer Zeit vollzogene normative Wendung und Erweiterung des Geschlechterbegriffs¹⁰ auch in den Rechtsdiskurs Eingang finden.¹¹ Damit ist gemeint, dass Geschlecht im Licht der *Anforderungen* gesehen wird, die an ein *geschlechterkonformes Verhalten* gerichtet werden.¹²

Die normative Wendung und Erweiterung des Genderbegriffs betrifft zwei Dimensionen, die unter dem Titel der Genderperformance erfasst werden können – zum einen die Anreicherung von Gender um Intersektionen mit anderen Dimensionen wie ethnische Herkunft, Religion oder sexuelle Orientierung; zum anderen die weitgehende Entkoppelung des Begriffs Geschlecht von der Zuschreibung bestimmter als männlich oder weiblich konnotierter biologischer Attribute. Denn Geschlecht „existiert“ nicht einfach, sondern ist ein Prozess vielfältiger individueller Identifikationen in Auseinandersetzung mit der eigenen Körperlichkeit. Vor diesem Hintergrund erweisen sich stereotypisierende Anforderungen an Genderdarstellungen im Einklang mit der Zuschreibung biologischer Weiblichkeit oder Männlichkeit ebenso wie mit spezifischen kulturellen Erwartungshaltungen prinzipiell als problematisch. Entsprechend wird als Ausgangspunkt der vorgeschlagenen Überlegungen die Prämisse angenommen, dass die

⁹ Siehe dazu bereits Franke 1995.

¹⁰ Der Beginn dieser Entwicklung wird häufig mit der Publikation von Judith Butlers *Gender Trouble* (1990; dt 1991) in Verbindung gebracht.

¹¹ Dies fordert etwa auch Hannett 2003. Siehe dazu Holzleithner 2009a.

¹² Adamietz (2011) spricht in diesem Sinn von „Geschlecht als Erwartung“. Die in Verhaltensanforderungen enthaltenen Geschlechterimplikationen können offen oder versteckt sein.

Anforderung auf dem Arbeitsmarkt wie auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, Männer und Frauen mögen sich im Rahmen der kulturell üblichen Konventionen von (attraktiver, d.h. auch: heterosexueller) Männlichkeit und Weiblichkeit bewegen, im Lichte des Antidiskriminierungsrechts *prinzipiell unhaltbar* ist. Vielmehr ist das Recht angehalten, die individuelle Genderperformance unabhängig von biologistischen Zuschreibungen anzuerkennen. *Geschlecht* erweist sich so als *Anerkennungsverhältnis*, das auch und gerade im Recht seinen Niederschlag finden soll.

Wie sieht es nun aus, wenn sich jemand keinem der beiden konventionellen Geschlechter als zugehörig erachtet? Dem österreichischen Recht ist – anders als dem deutschen¹³ – diese Konstellation bislang fremd. Es sollte allerdings nur eine Frage der Zeit sein, bis auch hierzulande ernsthaft darüber diskutiert wird – im Lichte einer zunehmenden Sensibilität gegenüber Transgender-Personen ebenso wie gegenüber Intersexuellen, die ja auch und gerade im Lichte der konventionellen Genderkategorien für sich in Anspruch nehmen können, „zwischen“ den Geschlechtern zu stehen. In diesem Sinne hat jedenfalls eine Diskriminierung aufgrund „mangelnder“ Identifikation mit einem der beiden Geschlechter genauso als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu gelten.

Welche Fallgruppen sind von diesem erweiterten Verständnis des Antidiskriminierungsrechts betroffen? Ich werde im Folgenden zwischen drei Konstellationen unterscheiden:

1) *Erweiterung des Geschlechterbegriffs*: Diese Kategorie ist relevant für Personen, die Geschlechtergrenzen überschreiten; sie bezieht nach geltendem Rechtsverständnis Intersexuelle und Transsexuelle mit ein. In Anknüpfung an die Judikatur des EuGH wie der österreichischen Höchstgerichte schlägt das Gutachten vor, den Begriff „transsexuell“ weit zu verstehen und die große Bandbreite von transgender-Lebensweisen einzubeziehen, unabhängig davon, ob der Körper mittels medizinischer Eingriffe modifiziert wird oder nicht.

¹³ Gemäß § 22 Abs 2 dPStG ist auf einen Geschlechtseintrag in das Geburtenregister zu verzichten, wenn ein Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugewiesen werden kann. Umschreibungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ sind gemäß Nr 21.4.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz nicht zulässig. Gegen diese Einschränkung läuft derzeit unter dem Titel „Dritte Option“ ein Verfahren; gegen einen Beschluss des Amtsgerichts Hannover (17 W 28/14; 85 III 105/14 vom 13.10.2014) wurde eine Beschwerde vor dem BGH eingebracht. Aktuelle Informationen sind abrufbar unter <http://dritte-option.de/> (21.10.2015).

2) *Unkonventionelle Geschlechterperformances*: Hier sind Personen gemeint, die auf Geschlechterstereotypen basierende Handlungsanforderungen ablehnen, ohne sich selbst als transgender zu identifizieren. In einschlägigen Fällen geht es häufig um die Behauptung, Bekleidung sei unangemessen, weil sie den Vorstellungen dahingehend, wie sich ein Mann oder eine Frau in einem bestimmten Beruf kleiden sollte, widersprechen. Ein klassisches Beispiel aus der österreichischen Rechtsprechung ist der Fall eines Bankbeamten, dem das Tragen einer 65 cm langen und 1 cm dicken Goldkette, einer sogenannten „Königskette“, zum Verhängnis geworden ist, „weil dies massiv dem Verständnis der Bevölkerung vom Erscheinungsbild eines *männlichen* Bankbeamten widerspricht“.¹⁴

3) *Intersektionelle Betroffenheiten*: Hier geht es um Personen, die sich aus religiösen, kulturellen oder anderen Motiven auf eine bestimmte Art und Weise genderspezifisch verhalten und aufgrund dessen eine Benachteiligung erleiden, die nicht primär als Benachteiligung aufgrund des Geschlechts wahrgenommen wird. Typisch für diese Konstellation ist die Diskriminierung von Frauen, die aus religiösen Motiven eine Kopfbedeckung tragen.

Von einer angemessenen Wahrnehmung dieser Fallkonstellationen sollen jedenfalls alle diejenigen profitieren können, die nicht gängigen Geschlechterstereotypen entsprechen, seien ihre jeweiligen Darstellungen von Geschlecht nun unkonventionell feminin oder maskulin, transgender, intergender oder im Einklang mit religiösen Vorgaben.

Im Folgenden werden die drei Konstellationen genauer erörtert und in Bezug zu rechtlichen Vorgaben gesetzt. Dabei erfolgt neben der Einbeziehung gendertheoretischer und rechtswissenschaftlicher Literatur eine Auseinandersetzung mit Judikaten von diversen Gerichten wie EGMR, EuGH, VfGH und OGH, aber auch mit der Spruchpraxis der jeweils zuständigen Senate der Gleichbehandlungskommission. Miteinbezogen wird zudem Judikatur aus anderen Rechtskreisen, wie etwa den Vereinigten Staaten, wo einschlägige Fragestellungen das Höchstgericht bereits verhältnismäßig früh, nämlich Ende der 1980er Jahre, beschäftigt haben.¹⁵ Das Ziel der Ausführungen besteht darin, eine Grundlage für rechtlich annehmbare

¹⁴ OGH, 11.02.1999, 8 ObA 195/98d, Kursivsetzung E.H.; mit Verweis auf Peschek 1992, 343; Tinhofer 1994, 16; Firlei 1997, 510.

¹⁵ Etwa im Fall *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989); siehe dazu etwa Raskin 2006.

Lösungsvorschläge für spezifische Problematiken zu erarbeiten. Dabei wird jeweils zwischen direkter und indirekter Diskriminierung differenziert, und es werden mögliche Rechtfertigungsgründe für Gebote und Verbote in Betracht gezogen, die an das Geschlecht anknüpfen.

Ein *zentrales Ergebnis* der Untersuchung sei an dieser Stelle bereits vorweggenommen: Entlang der Ausführungen zur rechtlichen Wahrnehmung von Geschlecht und gemäß der Ausgangsthese der prinzipiellen Unzulässigkeit von nach dem Geschlecht differenzierenden Bekleidungs Vorschriften dürfen im Arbeitsleben Normen der Geschlechterperformance nur dann als Anforderung an Mitarbeiter_innen gerichtet werden, wenn sie als Charakteristikum erwiesen werden können, das „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“ (Art 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG).¹⁶ Im Einklang mit der langjährigen, konstanten Judikatur des EuGH ist diese Bestimmung eng zu interpretieren.¹⁷

Diese Vorgabe wird entsprechend für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen adaptiert. Zum einen stellen sich analoge Herausforderungen bei der Frage, wie zu interpretieren ist, dass die Wahl eines Vertragspartners „nicht vom Geschlecht“ abhängig gemacht werden darf (§ 3 Abs. 2 RL 2004/113/EG). Etwaige gerechtfertigte unterschiedliche Behandlungen werden davon abhängig gemacht, dass es um die Verfolgung eines legitimen Zieles geht und die Mittel zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich sind (Art 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG). In der Präambel wird extra darauf hingewiesen, dass bei der Auslegung dieser Bestimmung die „in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften festgelegten Kriterien“ zu beachten sind (Bestimmungsgrund 16, RL 2004/113/EG).

¹⁶ Die Formulierung im österreichischen Gleichbehandlungsgesetz ist erheblich strenger: Sie spricht davon, dass das Geschlecht „unverzichtbare“ Voraussetzung für die Ausübung des Berufs sein muss (§ 9 Abs 1 GIBG). Siehe dazu ausführlich weiter unten im Text am Beispiel des Falls eines Herrenmodenausstatters.

¹⁷ Beginnend mit EuGH, *Marguerite Johnston gegen Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 15.05.1986, Rs. 222/84, Slg. 1986, 1651, Rn 36.

I. Theoretische Grundlagen

1. Geschlechter im Rechtsdiskurs

Die folgenden Überlegungen befassen sich mit der Erweiterung des Geschlechterbegriffs, insoweit diese bereits in das Recht Eingang gefunden hat, und sie explorieren deren Reichweite. Noch vor wenigen Jahren hätte ein Gutachten im Feld von Recht und Geschlecht mit der Beobachtung beginnen müssen, dass das Recht eine starre, biologistische Vorstellung von Geschlecht verfiel und Menschen auferlegt. Diese Diagnose kann in der Zwischenzeit etwas relativiert werden, wenngleich sie in Grundzügen weiterhin zutrifft: Noch immer ist in Österreich in das Geburtenbuch unter dem Personenstand das „Geschlecht“ einzutragen (§ 11 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Z 3 PStG); darunter versteht das österreichische Recht einen Eintrag als „männlich“ oder „weiblich“;¹⁸ der Vorname soll mit dem zugewiesenen Geschlecht im Einklang stehen (§ 13 Abs. 2 PStG); eine Änderung des Personenstands ist an erhebliche Hürden gebunden; das Geschlecht spielt in Bereichen wie Ehe, Eingetragener Partnerschaft, Grundwehrdienst, aber auch bei der Frauenförderung eine entscheidende Rolle. In einigen Bereichen ist es allerdings zu einer Aufweichung der starren rechtlichen Vorgaben gekommen, und genau diese geänderten Wahrnehmungen sind im Kontext des vorliegenden Gutachtens von Bedeutung. Sie betreffen zunächst eine Erweiterung des Geschlechterbegriffs. Diese hat über die Medizin auch Eingang in den Rechtsdiskurs gefunden, namentlich in die rechtliche Befassung mit Transsexualität. Das wiederum hat Auswirkungen auf die Wahrnehmung von Geschlecht überhaupt.

a. Erweiterung des Geschlechterbegriffs: Zum rechtlichen Umgang mit Transsexualität

Die Geschichte der rechtlichen Befassung mit Transsexualität ist verschlungen. Lange Zeit ist man davon ausgegangen, dass Transsexuelle Personen sind, deren Wunsch,

¹⁸ Anders ist die Situation, wie bereits erwähnt, seit November 2013 in Deutschland: § 22 PStG verfügt neuerdings: „Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.“ Siehe dazu Sieberichs 2013. Zur (teils massiven) Kritik siehe zB <http://blog.zwischengeschlecht.info/post/2013/08/20/Intersex-Geschlechtseintrag-Saure-Gurken-Fantasien-Reale-Genitalverstümmelungen> (05.12.2013).

tatsächlich dem „anderen“ Geschlecht anzugehören, typischerweise darin mündet, dass eine operative Geschlechtsanpassung angestrebt und durchgeführt wird.¹⁹ Die Identifikation mit dem anderen Geschlecht musste – im Sinne einer „Geschlechtsidentitätsstörung“ – psychiatrisch belegt werden und mit entsprechenden chirurgischen Eingriffen einhergehen; neben einer optischen Anpassung an die körperlichen Insignien des Identifikationsgeschlechts war insbesondere eine Entfernung der reproduktiven Kapazitäten erforderlich. Erst dann konnte durch einen entsprechenden Eintrag im Geburtenbuch auch rechtlich festgehalten werden, dass die betreffende Person nun nicht mehr ihrem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht angehört. Dass dann aber auch eine Änderung des Personenstands geboten ist, gilt in Österreich bereits seit langem als Standard,²⁰ der EGMR hat zu einer solchen Sichtweise (erst) im Jahr 2002 gefunden.²¹

Mittlerweile hat sich – im Zuge der Rezeption neuerer medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse und im Sinne einer sensibleren Einschätzung der Frage, was wem aus welchem Grund zumutbar ist – die rechtliche Situation in einigen Staaten, darunter Österreich, ganz erheblich verändert. Insbesondere sind die Vorgaben hinsichtlich der Eingriffe zur sichtbaren körperlichen Anpassung an das Identifikationsgeschlecht stark reduziert worden – inklusive der Möglichkeit, mit intakten Reproduktionsorganen einen Personenstandswechsel zu erringen.²² Immer noch ist aber – sehr zum Leidwesen vieler Betroffener²³ – die Diagnose der „Geschlechtsidentitätsstörung“²⁴ Grundlage für das weitere Behandlungsregime wie auch für die Herbeiführung personenstandsrechtlicher

¹⁹ Siehe etwa die Definition des EGMR im Fall *Rees v. United Kingdom*, 17.10.1986, Serie A, Nr 106, # 38: Transsexuelle seien „those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other, they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing medical treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature. Transsexuals who have been operated upon thus form a fairly well-defined and identifiable group.“

²⁰ Siehe nur VwGH 95/01/0061 vom 30.09.1997.

²¹ Im Fall *Christine Goodwin gegen Vereinigtes Königreich*, Application no. 28957/95 vom 11.07.2002. Siehe dazu im Detail und mit weiteren Nachweisen Holzleithner 2002b.

²² Grundrechtswidrigkeit des Operationszwangs: VwGH 2008/17/564 vom 27.02.2009; 2008/06/0032 vom 15.09.2009; VfGH B 1973/08 vom 03.12.2009; VwGH 2009/17/0263 vom 17.02.2010). Schon vorher war der Scheidungszwang als Voraussetzung für den Eintrag des Identifikationsgeschlechts nach erfolgter Geschlechtsanpassung aufgehoben worden; VfGH V 4/06 vom 08.06.2006.

²³ Siehe etwa die internationale Kampagne von STP, Stop Trans Pathologization, <http://www.stp2012.info/old/de> (24.10.2013).

²⁴ Mit der Publikation des DSM V der Amerikanischen Psychiatrischen Vereinigung ist es nun zu einem Begriffswechsel gekommen, der sich in Europa allerdings erst durchsetzen muss: Der Begriff „Geschlechtsidentitätsstörung“ wurde durch jenen der „Gender Dysphorie“ ersetzt (<http://www.dsm5.org/Documents/Gender%20Dysphoria%20Fact%20Sheet.pdf>; 13.08.2013).

Konsequenzen. Durch die rasanten Entwicklungen in der Medizin ist freilich damit zu rechnen, dass es über deren rechtliche Rezeption zu weiteren Änderungen kommen wird, die eine Anerkennung von Transgenderpersonen auch jenseits der jetzigen Grenzen bewirken. Das bedeutet insbesondere eine Entkoppelung von psychiatrischen Diagnosen im Sinne einer konsequenten Entpathologisierung.²⁵

b. Geschlecht im Antidiskriminierungsrecht

Neben der Frage des Personenstands stellt sich jene nach dem Umgang des Antidiskriminierungsrechts mit Benachteiligungen aufgrund der Performance im Identifikationsgeschlecht. Dass eine Diskriminierung aufgrund eines Wechsels des geschlechtlichen Personenstandes als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anzusehen ist, wurde durch den EuGH bereits verhältnismäßig früh anerkannt: in *P. v. S. und Cornwall County Council*.²⁶ In diesem Fall bekämpfte P ihre Kündigung, die wegen ihrer Transformation vom männlichen ins weibliche Geschlecht erfolgt war – und sie war erfolgreich. Dieses Urteil ist in seiner Bedeutung kaum zu überschätzen. Es führt in das Europarecht einen erweiterten Begriff des Geschlechts ein, der über die Kombination von biologischem und sozialem Geschlecht hinausgeht und die Geschlechtsidentifikation miteinbezieht.²⁷ Vorgezeichnet wurde diese Linie durch Generalanwalt Tesaro, der die Crux der rechtlichen Frage wie folgt formulierte: Es komme darauf an „ob der Ausdruck ‚Diskriminierung aufgrund des Geschlechts‘ einzig und allein die Diskriminierung Mann/Frau oder aber, allgemeiner, jede Schlechterbehandlung erfasst, die mit dem Geschlecht zusammenhängt.“²⁸ Tesaro argumentierte nachgerade emphatisch für die zweite Variante und hielt fest:

Eines ist [...] sicher: P. wäre nicht entlassen worden, wenn sie ein Mann geblieben wäre. Wie kann man daher behaupten, dass es sich nicht um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts handelt? Wie kann man leugnen, dass das

²⁵ Eine gewisse Problematik ergibt sich diesfalls aber für die Frage nach der Übernahme der Behandlungskosten. Im Fall der Behandlung einer *Krankheit* ist dafür die Solidargemeinschaft der Krankenversicherten zuständig. Wenn der Krankheitsbegriff wegfällt, müsste hier eine andere Lösung gesucht werden. Die Frage übersteigt freilich das Thema dieses Gutachtens.

²⁶ Rs. C-13/94 (1996).

²⁷ Diskriminierungen, die sich im Wege einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auf die sexuelle Orientierung zurückführen lassen, wurden demgegenüber nicht als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts kategorisiert – entgegen dem Schlussantrag des Generalanwalts Michael B. Elmer vom 30.09.1997 (Rn 23-26) im Fall *Lisa Grant v. South West Trains Limited*, Rs C-249/96 vom 17.02.1998.

²⁸ Tesaro, Schlussanträge zu *P. v. S.*, I – 2145, Rn 16.

diskriminierende Kriterium gerade und nur das Geschlecht ist? Meiner Meinung nach liegt, wenn die Schlechterbehandlung des Transsexuellen mit dem Wechsel des Geschlechts zusammenhängt (oder besser: dadurch bestimmt wird), eine Diskriminierung wegen oder, wenn man dies vorzieht, aufgrund des Geschlechts vor.²⁹

Der EuGH griff diesen Gedanken auf und formulierte eines seiner vielleicht stärksten Urteile überhaupt im Bereich der Geschlechtergerechtigkeit. Dem „Grundsatz der Gleichbehandlung ‚von Männern und Frauen‘, auf den sich die Richtlinie in ihrem Titel, ihrer Präambel und ihren Vorschriften bezieht,“ sei, „wie insbesondere aus den Artikeln 2 Absatz 1 und 3 Absatz 1 hervorgeht,“ die Bedeutung zuzumessen, dass „keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgt“.³⁰ Die Geschlechtergleichheit sei eine „Ausprägung des Gleichheitsgrundsatzes“ und damit eines der „Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts“.³¹ Entsprechend wiederholter Festlegungen seitens des EuGH stelle „das Recht, nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert zu werden, eines der Grundrechte des Menschen dar, deren Einhaltung er zu sichern hat“.³² In den folgenden Paragraphen, die hier im Wortlaut zitiert werden, wendet der EuGH diese Grundlegungen auf den vorliegenden Fall an:

20 Unter diesen Umständen kann der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf die Diskriminierungen beschränkt werden, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Geschlecht ergeben. In Anbetracht ihres Gegenstands und der Natur der Rechte, die sie schützen soll, hat die Richtlinie auch für Diskriminierungen zu gelten, die ihre Ursache, wie im vorliegenden Fall, in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen haben.

21 Denn solche Diskriminierungen beruhen hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht des Betroffenen. Wenn also eine Person entlassen wird, weil sie beabsichtigt, sich einer Geschlechtsumwandlung zu unterziehen, oder sich ihr bereits unterzogen hat, wird sie im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde, schlechter behandelt.

²⁹ Tesauo, Rn 18.

³⁰ *P. v. S.*, Rn 17.

³¹ *P. v. S.*, Rn 18.

³² *P. v. S.*, Rn 19. Der EuGH zitiert an dieser Stelle die Urteile vom 15. Juni 1978 in den Rechtssachen 149/77, *Defrenne*, Slg. 1978, 1365, Rn 26 und 27, und vom 20. März 1984 in den Rechtssachen 75/82 und 117/82, *Razzouk und Beydoun/Kommission*, Slg. 1984, 1509, Rn 16.

22 Würde eine solche Diskriminierung toleriert, so liefe dies darauf hinaus, dass gegenüber einer solchen Person gegen die Achtung der Würde und der Freiheit verstoßen würde, auf die sie Anspruch hat und die der Gerichtshof schützen muss.

Das Urteil ist zur Zeit der Verfassung dieses Gutachtens bald zwanzig Jahre alt. Es ist in seinem spezifischen Spruch – entsprechend der Vorlagefrage – eng, weil es auf die Situation von Transsexuellen bezogen ist, die eine Geschlechtsanpassung durchführen lassen.³³ Die möglichen Konsequenzen weisen aber – mit Blick auf die Fassung des Geschlechterbegriffs im Rechtsdiskurs – weit darüber hinaus. Sie betreffen sowohl Transgenderpersonen verschiedenster Identifikationen als auch Intersexuelle. Den überschießenden Gehalt des Urteils kann man auch den Schlussanträgen von Generalanwalt Tesauro entnehmen, der die dynamische Natur der Interpretation des Begriffs Geschlecht mit dem Anspruch des EU-Rechts, sich neuen Herausforderungen auf adäquate Weise zu stellen, in Verbindung bringt:

Meiner Meinung nach kann sich das Recht nicht von der gesellschaftlichen Wirklichkeit lösen, sondern es muss sich ihr in möglichst kurzer Zeit anpassen. Andernfalls besteht die Gefahr, dass es überholte Auffassungen vorschreibt und so eine statische Rolle spielt. Da das Recht die gesellschaftlichen Beziehungen regeln soll, muss es sich vielmehr der gesellschaftlichen Entwicklung anpassen und somit imstande sein, neue Situationen zu regeln, die sich aus dieser Entwicklung und aus dem wissenschaftlichen Fortschritt ergeben.³⁴

Dies entspricht nicht zuletzt auch dem Selbstverständnis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Die Europäische Menschenrechtskonvention ist, so formuliert dies der EGMR regelmäßig, ein „living instrument“,³⁵ das sich entwickelnde erweiterte Vorstellungen der Anerkennungswürdigkeit von menschlichem Verhalten aufgreifen muss. Damit verbieten sich eng an die Biologie anknüpfende Vorstellungen dessen, was im Bereich der Geschlechterdarstellung als geschütztes Verhalten dem Antidiskriminierungsrecht untersteht. Insbesondere scheint eine Anknüpfung an eine medikalisierte Definition von Geschlecht inadäquat, wenn es um die Frage der

³³ Siehe in diesem Zusammenhang die vorsichtigen Bemerkungen von Barnard (1997, 15): „P v S may well not be authority for all I have suggested. [...] The rhetoric of liberalism may in reality mask a limited concession to transsexuals, who are relatively few in number. It may also be seen as a pragmatic judgment dovetailing with the approach adopted by the European Convention on Human Rights.“

³⁴ Tesauro, Rn 9.

³⁵ Siehe zB *X und andere gegen Österreich*, EGMR, 09.01.2013, Application no. 19010/07, RN 139, unter Bezug auf Vorjudikatur.

Gleichbehandlung der Geschlechter im Bereich des Arbeitslebens, aber auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen geht, weil hier, in den Worten von Skidmore, primär „the social position of men and women and unfavourable stereotyping“³⁶ im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

2. Zur Problematik von Geschlechterstereotypen

Der im vorangegangenen Absatz zu findende Verweis auf die Problematik von Stereotypisierungen führt uns zur nächsten Achse der Thematik. Sie ist mit der Transgender-Frage verbunden, weist aber gleichzeitig über sie hinaus: Es geht um die Anknüpfung von Verhaltensanforderungen an stereotypisierende Erwartungen aufgrund des Geschlechts.³⁷ Bei Dress Codes wird dies mit größter Selbstverständlichkeit getan. Aber ist es auch zulässig?

a. Prinzip der Menschenwürde

Um die Grundlage für eine Antwort zu schaffen, wird etwas weiter ausgeholt: Auf höchster Ebene ist zunächst die Menschenwürde ins Spiel zu bringen – ein elementares Prinzip des modernen Menschenrechtsdenkens.³⁸ Bekanntlich findet sich in der österreichischen Verfassung das Prinzip der Menschenwürde nicht wörtlich aufgeführt, und bedeutende Protagonist_innen der österreichischen Verfassungsrechtswissenschaft stehen ihr überaus skeptisch gegenüber.³⁹ Offensiver ist der OGH in seiner Judikatur zu § 16 ABGB. Die Bestimmung wird als „Zentralnorm unserer Rechtsordnung“ angesehen, „mit normativem subjektive Rechte gewährenden Inhalt. Sie anerkennt die Persönlichkeit als Grundwert. In seinem Kernbereich schützt § 16 ABGB die Menschenwürde.“⁴⁰

Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist die EU-Grundrechtecharta (GRC) bindender Bestandteil des EU-Rechts, und sie verfügt in ihrem Artikel 1: „Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie ist zu achten und zu schützen.“⁴¹ Gemäß eines von der Literatur durchaus kontrovers aufgenommenen Erkenntnisses des VfGH können die

³⁶ Skidmore 1997, 106.

³⁷ Laura Adamietz (2011) befasst sich entsprechend mit „Geschlecht als Erwartung“.

³⁸ Siehe dazu Baer 2005 sowie sehr umfassend McCrudden 2008.

³⁹ Siehe nur Kopetzky 2012, 322-324.

⁴⁰ So RS0008993 unter Anführung einer Vielzahl von OGH-Judikaten.

⁴¹ Siehe dazu ausführlich die Kommentierung von Borowski in Meyer, 3. Auflage 2011, 85-121.

in der GRC garantierten Rechte vor dem VfGH „als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte geltend gemacht werden, sofern der Anwendungsbereich der GRC eröffnet ist.“⁴² Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts ist dies der Fall; eine Bezugnahme auf die GRC bei Interpretation der einschlägigen Bestimmungen des Antidiskriminierungsrechts ist daher jedenfalls möglich, ja rechtlich geradezu geboten. Wenn es um die Frage geht, wie das Antidiskriminierungsrecht interpretiert werden soll, wie also der Gehalt des Rechts auf Gleichheit bestimmt werden soll, kann und soll, zumal in schwierigen Fragen, auf dieses Prinzip zurückgegriffen werden.⁴³

In diversen Rechtsordnungen ist das Prinzip der Menschenwürde entsprechend in die Judikatur zum Gleichheitssatz eingewandert. In diesem Sinne sieht das kanadische Supreme Court als Ziel des Gleichheitssatzes „to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and deserving of concern, respect and consideration“.⁴⁴ Entsprechend sollen staatliche Organe ihre Argumentation selbst nicht auf Geschlechterstereotypen stützen;⁴⁵ sie sollen Geschlechterstereotypisierungen dort, wo sie vorkommen, benennen, und sie

⁴² Formulierung aus VfGH, 13.03.2013, U 1175/12 ua, unter Bezugnahme auf VfSlg 19.632/2012. Siehe generell zur Frage des Verhältnisses der GRC zur nationalen Grundrechtsgewährleistung sowie zur EMRK Heißl 2013.

⁴³ Siehe nur die Argumentation von Ronald Dworkin in Bezug auf „Schwierige Fälle“ (Dworkin 1990, 144-221).

⁴⁴ *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1999] 1 SCR 497, # 51. Zur Frage, wie brauchbar das Prinzip der Menschenwürde mit Blick auf intersektionelle Fälle ist, siehe leicht skeptisch Chege 2012, 287

⁴⁵ Timmer (2011, 718) schlägt vor, zwischen schädlichen und unschädlichen Genderstereotypen zu differenzieren. Damit meint sie, dass nicht jede Art von Stereotyp schädlich ist: Es sei weder möglich noch wünschenswert, alle Stereotypen aus der Gesellschaft zu entfernen; manche Stereotypen würde eine legitime Funktion erfüllen “namely making the countless amount of information we have to process in day-to-day life manageable”. Das Recht an sich stütze sich unvermeidlich auf Generalisierungen. Sie fährt fort: “However, there is a line between permissible generalisations and harmful stereotypes. When a gender stereotype halts the emancipation process States are under an obligation to address it on the basis of Articles 2(f) and 5(a) CEDAW, and ... the Court should not let the use of such a gender stereotype pass by.” In der Fußnote expliziert Timmer weiter: “Whether a stereotype halts the emancipation process depends on the context in which the stereotype is used. Some scholars argue that stereotypes can have positive uses and that we should therefore take pause before denouncing them. [...] For this reason, the court will have to assess stereotypes and their impact on a case-by-case basis.” Siehe zur Problematik mit einer gewissen Sympathie für die Verwendung von Gender Stereotypen im Bereich der Vereinbarkeitsproblematik Suk 2010. Ich selbst würde allerdings den Begriff des Genderstereotyps eher für problematische Argumentationen verwenden und ihn von zulässigen Generalisierungen unterscheiden.

sollen dagegen als „particularly damaging form of discrimination“⁴⁶ vorgehen. Eine entsprechende Argumentation ist auch unter Bezugnahme auf die GRC möglich – und geboten.

b. CEDAW

Die eben ausbuchstabierte Vorgabe kann sich auch auf Bestimmungen in der „Magna Charta“ der Menschenrechte der Frauen stützen, nämlich der *UN-Konvention zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau* (CEDAW).⁴⁷ Sie wurde bereits 1982 in den österreichischen Rechtsbestand aufgenommen (BGBl.Nr. 443/1982),⁴⁸ ihr Einfluss auf die Gestaltung der österreichischen Rechtsordnung wäre aber durchaus noch auszubauen. Die CEDAW sieht vor, dass alle diskriminierenden Rechtsvorschriften aufzuheben sind und dass angemessene Maßnahmen gegen nicht rechtlich angeordnete, aber doch real existierende Vorschriften, Bräuche und Praktiken zu setzen sind, die sich der Gleichheit der Geschlechter in den Weg stellen. Der Diskriminierungsbegriff der CEDAW ist breit: Sie versteht darunter

jede mit dem Geschlecht begründete Unterscheidung, Ausschließung oder Beschränkung, die zur Folge oder zum Ziel hat, dass die auf die Gleichberechtigung von Mann und Frau gegründete Anerkennung, Inanspruchnahme oder Ausübung der Menschenrechte und Grundfreiheiten durch die Frau – ungeachtet ihres Familienstands – im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen, staatsbürgerlichen oder jedem sonstigen Bereich beeinträchtigt oder vereitelt wird. (Art 1)

Die Konvention umfasst bürgerliche, politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte und geht weit über einen bloßen Versuch, formale Gleichheit zu erzeugen, hinaus. So wird in Art 4 verfügt, dass „[v]orübergehende Sondermaßnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der De-facto-Gleichberechtigung von Mann und Frau“ keine Diskriminierung darstellen. Sie sind demzufolge erlaubt, gelten aber nur so lang als legitim, als die Ziele der Chancengleichheit und Gleichberechtigung

⁴⁶ Timmer 2011, 717 – die Ratschläge sind an jene von Timmer angelehnt, die sie an den EGMR richtet; diese lassen sich aber durchaus verallgemeinern.

⁴⁷ <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/index.html> (03.04.2013).

⁴⁸ Zu Inhalt und Umsetzung der CEDAW siehe die einschlägigen Beiträge in Schläppi/Ulrich/Wytenbach 2015.

noch nicht erreicht sind. Art 4 wurde – wie auch Art 1-3 – in Österreich in Verfassungsrang erlassen.

Im Kontext der Fragen des vorliegenden Gutachtens von zentraler Bedeutung sind Art 2, insb. lit. a und f sowie Art 5 CEDAW, die jeweils ein dynamisches Verständnis des Gleichheitssatzes zum Ausdruck bringen:

Art 2. Die Vertragsstaaten verurteilen jede Form von Diskriminierung der Frau; sie kommen überein, mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau zu verfolgen, und verpflichten sich zu diesem Zweck,

a) den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in ihre Staatsverfassung oder in andere geeignete Rechtsvorschriften aufzunehmen, sofern sie dies noch nicht getan haben, und durch gesetzgeberische und sonstige Maßnahmen für die tatsächliche Verwirklichung dieses Grundsatzes zu sorgen; [...]

f) alle geeigneten Maßnahmen einschließlich gesetzgeberischer Maßnahmen zur Änderung oder Aufhebung aller bestehenden Gesetze, Verordnungen, Gepflogenheiten und Praktiken zu treffen, die eine Diskriminierung der Frau darstellen;

Art 5. Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen, a) die einen Wandel in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern von Mann und Frau bewirken und so zur Beseitigung von Vorurteilen sowie von herkömmlichen und allen sonstigen auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder des anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken führen; [...]

Diese teilweise sogar in Verfassungsrang stehenden Bestimmungen richten den Auftrag an die Vertragsstaaten der CEDAW,⁴⁹ in eingefrorene Geschlechterverhältnisse zu intervenieren und so einen Beitrag zu mehr Geschlechtergerechtigkeit zu leisten.⁵⁰ Diese Aufgabe wird auch von der Europäischen Union aufgegriffen. In diversen Dokumenten wird von Seiten der Kommission wie des Europäischen Parlaments betont,

⁴⁹ Art 5 CEDAW hat auch Relevanz für den EGMR: Alle Mitgliedstaaten des Europarats sind Parteien der CEDAW, keiner dieser Staaten hat einen Vorbehalt zu Art 5 gemacht. Die Verpflichtung auf die Bestimmungen der CEDAW hat der EGMR im Kontext des Anliegens, Gewalt gegen Frauen zu bekämpfen, thematisiert und affirmiert; siehe *Opuz v. Turkey*, Application no. 33401/02, Merits, 9 June 2009, Rn 185-186.

⁵⁰ Zu Art 5 CEDAW siehe Wytttenbach 2015; Holzleithner 2015.

dass Stereotypen bekämpft werden müssen, „damit Frauen und Männer ihr Potenzial voll ausschöpfen können“.⁵¹ Diese Zielbestimmung findet sich als einer von sechs Schwerpunkten im Fahrplan für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2006-2010⁵² ebenso wie – als Querschnittsmaterie etwas weniger prominent – in der Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015.⁵³ Letztlich geht es darum, dass Menschen sich individuell – autonom – entfalten können, ohne von strikten kulturellen Vorgaben „wahrer Weiblichkeit“ oder „richtiger Männlichkeit“ in Lebensschemata hineingedrängt zu werden.

c. Menschenwürde, individuelle Entfaltung und Dress Codes: EMRK, ABGB

Die Möglichkeit, sich autonom zu entfalten, steckt nicht nur im Prinzip der Menschenwürde.⁵⁴ Sie ist auch durch die EMRK geschützt, namentlich durch Art 8, den Schutz des Privatlebens. Fragen im Kontext des vorliegenden Gutachtens werden häufig Art 8 in Kombination mit Art 14 EMRK betreffen, dem akzessorischen Diskriminierungsverbot. Darüber hinaus bezieht der Allgemeine Gleichheitssatz des 12. ZP das Diskriminierungsverbot auch auf sonstige Gründe, die durch die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gewährleistet werden. Die Art, sich zu geben, fällt grundsätzlich in den höchstpersönlichen Lebensbereich, in Österreich geschützt durch §§ 16-17 ABGB und Art 8 EMRK – es ist die Rede vom „Recht auf Schutz der personalen Integrität“.⁵⁵

Freilich gibt es in den verschiedenen Sphären des öffentlichen Lebens unterschiedliche Einschränkungen der Freiheit des individuellen Ausdrucks. So geht man selbstverständlich davon aus, dass Menschen üblicherweise überhaupt Bekleidung tragen – mit Ausnahme von Zonen der Freikörperkultur in öffentlichen Bädern. Diverse Unternehmen machen den Zugang zu ihren Dienstleistungen vom „Auftreten“ abhängig,

⁵¹ Europäische Kommission, Bericht an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Gleichstellung von Frauen und Männern – 2009, KOM(2009) 77 endgültig, 10.

⁵² Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Ein Fahrplan für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2006-2010, KOM(2006) 92 endg, 2.

⁵³ Europäische Kommission, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Strategie für die Gleichstellung von Frauen und Männern 2010-2015, KOM(2010) 491 endg, 3;12; 14.

⁵⁴ Siehe dazu Holzleithner 2009a.

⁵⁵ So etwa Firlei 1997, 145.

also vom Tragen „angemessener“ oder „gehobener“ Kleidung, wie etwa beim Besuch von Bällen. Und auch Arbeitgeber ist häufig daran gelegen, dass Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einen bestimmten Standard wahren, indem sie sich jedenfalls angemessen (§ 1153 ABGB) kleiden, oder auch im Einklang mit spezifischen Anforderungen der Arbeitgeberin. Die folgenden Ausführungen befassen sich mit der Situation am Arbeitsplatz.

Angesichts der grundrechtlichen Schutzvorgaben begibt sich ein Arbeitgeber, der Vorgaben hinsichtlich des äußeren Erscheinungsbildes macht, in ein sensibles Feld. Denn an sich sind die genannten rechtlichen Vorgaben auch im Bereich des Arbeitslebens relevant, sodass eine Person prinzipiell frei darüber entscheiden kann, wie sie sich mit Blick auf Bekleidung, Schmuck und Make Up gibt. Das bedeutet aber nicht, dass diese Dimension der Gestaltungsmöglichkeit von Arbeitgeber_innen vollständig entzogen wäre. Im Folgenden werden zunächst die rechtlichen Regelungsmöglichkeiten technischer Art skizziert, wie sie sich im österreichischen Recht darstellen.⁵⁶

Vorgaben des Arbeitgebers zur Art der Bekleidung und der sonstigen Performance können als „allgemeine Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der AN im Betrieb regeln“ Gegenstand einer *Betriebsvereinbarung* sein (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG). Solche betriebsbezogenen Ordnungsvorschriften „betreffen das allgemeine, nicht in den Bereich der Arbeitspflicht fallende Verhalten der AN im Betrieb. Sie sollen deren Verhalten, als Teil komplexer betrieblicher Vorgänge und in Einbettung in vernetzte organisatorische Anforderungen und Zwänge, koordinieren und regeln.“⁵⁷ Dazu sind neben Rauchverboten, Meldevorschriften oder Verkehrsvorschriften auch Bekleidungs Vorschriften zu zählen. Bestimmte Einschränkungen der Selbstdarstellung können weiters im Rahmen des *Arbeitsvertrags* vereinbart werden. In der Literatur wird als Maßstab angegeben, dass „nicht jede sachliche Rechtfertigung fehl[en]“ darf; es darf sich demnach nicht um eine bloße Schikane handeln. In den Worten von Rauch: „So kann etwa mit einer im Kundenverkehr tätigen Verkaufskraft das Tragen eines Anzugs und einer Krawatte rechtswirksam vereinbart werden (falls dies nicht für die betreffende

⁵⁶ Für das deutsche Recht siehe zB Brose/Greiner/Preis 2011.

⁵⁷ Firlei 1997, 510. Solche Betriebsvereinbarungen sind gemäß § 97 Abs 2 der erzwingbaren Mitbestimmung unterworfen.

Branche völlig ungewöhnlich und unüblich wäre und dies keinem nachvollziehbaren Verkaufskonzept entsprechen würde).⁵⁸

Wenn es keine arbeitsvertragliche Vereinbarung gibt, kann der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin schließlich gegebenenfalls eine *Weisung* erlassen. Als Grundlage dafür kommen Arbeitspflicht, Treuepflicht und betriebsbezogene Ordnungsbedürfnisse in Frage.⁵⁹ Die Zulässigkeit derartiger Vorschriften muss eigens dargetan werden (§ 17 ABGB); sie dürfen jedenfalls nicht den guten Sitten widersprechen (§ 879 ABGB). Firlei vermutet einen Verstoß gegen die guten Sitten im Fall von Schminkvorschriften.⁶⁰ Er sieht auch in einer „Weisung, offenherzige Dekolletees zu tragen“ eine substantielle Verletzung der Persönlichkeit.⁶¹ Einschränkungen der Bekleidung und der sonstigen Art sich zu geben (Make Up, Piercings, auffällige Tattoos⁶²) durch Weisung erfolgen einseitig durch Arbeitgeber_innen und sind daher noch strengeren Sachlichkeitsvoraussetzungen zu unterstellen als arbeitsvertragliche Regelungen. Rauch nimmt ein Weisungsrecht jedenfalls dort an „wo sich aus dem Gegenstand des Betriebes, in den der Arbeitnehmer integriert ist, ergibt, dass auch ein bestimmter Standard der Bekleidung zur Erzielung des Arbeitsergebnisses erforderlich ist.“⁶³ Wenn Rauch im Weiteren – im Einklang mit der Argumentation des OGH im gleich zu besprechenden „Goldkettenfall“ – darauf abstellt, dass der Arbeitgeber dort Weisungen erteilen darf, wo „das Erscheinungsbild eines im Kundenbereich arbeitenden Arbeitnehmers nicht dem Verständnis des überwiegenden Teils der Kundschaft

⁵⁸ Rauch 2006, Abschnitt 3.

⁵⁹ Firlei 2000, 145-146.

⁶⁰ Anders ein amerikanisches Gericht, das – zumal im Lichte von *Price Waterhouse* – ein in seiner mangelnden Sensibilität für die durch Schminkvorschriften erwachsenden, überproportionalen Belastungen für Frauen überaus betrübliches Präjudiz gesetzt hat (*Jespersen v. Harrah's Operating Co., Inc.*, 280 F. Supp. 2d 1189 (D. Nev. 2002), aff'd, 392 F.3d 1076 (9th Cir. 2004), vacated, 409 F.3d 1061 (9th Cir. 2005), aff'd en banc, 444 F.3d 1104 (9th Cir. 2006)). Entsprechend kritisch waren sowohl die dissenting opinions als auch die Reaktionen in der wissenschaftlichen Literatur (zB Friedman 2007; Levi 2008; Myerst 2008; Pizer 2007).

⁶¹ Firlei 1997, 146-147.

⁶² Übermäßig apodiktisch formuliert Rauch 2006, Abschnitt 6: „Bei Tätowierungen an nicht verdeckbaren Körperstellen (zB im Gesicht oder an den Händen), die nicht entfernt werden können, liegt ein persönlicher Kündigungsgrund iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG vor, wenn die sonstigen Voraussetzungen (insbesondere Kundenverkehr) gegeben sind. Lässt sich ein Arbeitnehmer mit Kundenkontakt im Laufe des Arbeitsverhältnisses an nicht verdeckbaren Körperstellen in auffälliger Weise und dauerhaft (keine kurzfristige Entfernbarkeit) tätowieren (etwa mit Totenköpfen) und widerspricht dies eindeutig dem branchenüblichen Auftreten, so wird eine Entlassung zu prüfen sein, weil der Arbeitnehmer nicht mehr einsetzbar ist (und somit eine verschuldete Arbeitsunfähigkeit iSd § 27 Z 2 AngG vorliegt).“

⁶³ Rauch 2006, Abschnitt 4.

entspricht“, dann spricht er ihm eine ausgesprochen weitgehende Befugnis zu, die im Licht des Antidiskriminierungsrecht problematisch ist.

Eine entsprechende Weisung kann, wie Firlei ausführt, weiters „als Ausfluss der Arbeitspflicht“ angesehen werden. Denn die pflichtgemäße Erfüllung der Arbeitsleistung umfasst „auch die Präsentation der Person (Bekleidung, Umgangsformen; [...]) und Verhaltensweisen, die nicht als unmittelbare Arbeitsleistung anzusehen sind (zB Höflichkeit gegenüber Kunden ist Arbeitspflicht iwS).“⁶⁴ Gleichwohl geht man selbst dann davon aus, dass eine Interessenabwägung stattfinden muss, und dass die Weisung nur dann befolgt werden muss, „wenn die Abwägung das Überwiegen der betrieblichen Interessen über den Schutz der Persönlichkeitssphäre ergibt (...).“⁶⁵

Ebenfalls ins Spiel gebracht wird bei der Frage nach der Beurteilung der Zulässigkeit solcher Weisungen die Treuepflicht von Arbeitnehmer_innen: „Die Treuepflicht kann Weisungen im angesprochenen Bereich deswegen rechtfertigen, weil Aussehen und persönliches Verhalten auch Konnexitäten zum Gesichtspunkt der Loyalität gegenüber wichtigen Interessen des Betriebes, der Wahrung des Ansehens des Unternehmens nach außen, oder auch der Aufrechterhaltung der Autorität der Unternehmensleitung aufweisen.“⁶⁶ Es bleibt aber auch und gerade in diesem Zusammenhang mit Firlei darauf hinzuweisen, dass „die Hochrangigkeit des Persönlichkeitsschutzes besonders intensive Rechtfertigungen für ein [solches] Weisungsrecht erfordert“.⁶⁷

Bei Betrachtung der hier vorgetragenen Argumentationen muss man Firlei recht geben, wenn er von einem „fast unentwirrbare[n] Gestrüpp an hochgradig wertungsabhängigen Überlegungen und Begründungen“⁶⁸ spricht, in das man sich hinein begibt, wann immer derartige Fragen behandelt werden.

Exempel 1: Die goldene Königskette

Paradigmatisch für diese Problematik ist der vom OGH im Jahr 1999 entschiedene, bereits mehrfach erwähnte „Goldkettenfall“.⁶⁹ Er betraf einen Bankbeamten, der seinen

⁶⁴ Firlei 2000, 145.

⁶⁵ Firlei 2000, 145.

⁶⁶ Firlei 2000, 146.

⁶⁷ Firlei 2000, 146. Siehe in diesem Sinne auch Mitschka/Steiner 2014, 307.

⁶⁸ Firlei 2000, 146.

⁶⁹ OGH, 11.02.1999, 8 OB A 195/98d, DRdA 2000/13 mit Anmerkung von Firlei.

Arbeitsplatz „an einem Schreibtisch im Hintergrund des Kassenraums“ hatte. „Dabei war er im Blickfeld der Kunden, hatte jedoch mit den im Kassenraum abgewickelten Bankgeschäften nichts zu tun.“ Zu einem hohen Ausmaß war er im Außendienst eingesetzt. Nach dem Tod seines Bruders trug er ein Erbstück um den Hals: eine 65 cm lange, 1 cm dicke sogenannte „Königskette“ aus Gold – und zwar über dem Hemd, das er immer offen getragen hatte. Insofern hatte er immer schon einen Ausnahmestatus in der Bank gehabt. Gemäß Sachverhaltsdarstellung des OGH trug er die Kette ein Jahr lang praktisch ohne Schwierigkeiten; es gab auch keine negative Entwicklung der Umsätze und bloß eine einzige Kundenbeschwerde. Im Zuge eskalierender Konflikte um andere Angelegenheiten wurde die Kette dann aber zum Thema und mutierte schließlich zu einem Entlassungsgrund, als sich der Arbeitnehmer weigerte, einer Weisung nachzukommen, der zufolge er die Kette nicht über dem Hemd tragen sollte. Diese Weisung sei, so der OGH im Ergebnis, „insoweit gerechtfertigt“ gewesen, weil eine derartige Kette sichtbar über dem Hemd zu tragen „massiv dem Verständnis der Bevölkerung vom Erscheinungsbild eines männlichen Bankbeamten widerspricht.“

Rauch bezeichnet das Urteil des OGH im Ergebnis als „zweifellos zutreffend“⁷⁰ und will sich damit („zweifellos“) eine etwaige Argumentation mit Blick auf die Frage ersparen, warum genau es unzulässig sein soll, zumal als *männlicher* Bankbeamter eine solche Königskette über dem Hemd zu tragen. Firlei ist hier differenzierter und sieht das Tragen einer „massiveren Goldkette“ im Bankbereich als „Grenzfall“: „Hinweise auf die massive Anstößigkeit und auf das angeblich krasse Abweichen des Verhaltens von Vorstellungen in der Bevölkerung über die Bekleidung von ‚männlichen Bankbeamten‘ scheinen doch etwas übertrieben und schablonenhaft, zumal der AG die dann so heftig bekämpfte Deviation vorerst überaus großmütig toleriert hat.“⁷¹ Firlei sieht dies treffend als „dramatisierende Bewertungslinie“ und fragt rhetorisch, wo denn das „Recht des AG, über die persönliche Sphäre zu verfügen“, ende: „Bei zu dicken Ringen, beim Verbot, süßliche Parfums zu tragen (nur für Männer, oder auch für Frauen?), beim Verbot gefärbter Haare für Männer, bei der Bestimmung der Höhe (oder Tiefe) des

⁷⁰ Rauch 2006, Abschnitt 4.

⁷¹ Firlei 2000, 146.

Rocksaums, bei chronischer Verwendung atypischer Grußformeln (hi, hola, salam ua), bei tätowierten Unterarmen?⁷²

Exempel 2: Das rosafarbene Haarband

Das Goldkettenjudikat hat erst unlängst eine erhebliche Relativierung erfahren. Dem OGH lag der Fall einer Kündigung eines Busfahrers vor, dem zum Verhängnis geworden war, dass er seine üppige Haartracht mit einem rosafarbenen Haarband zusammenhielt.⁷³ Erstgericht (Landesgericht Linz als Arbeits- und Sozialgericht) wie Zweitgericht (OLG Linz) hatten die Kündigung als legitim angesehen: Es gebe „ein gerechtfertigtes betriebliches Interesse der Klägerin, dass ihre in regelmäßigem Kundenkontakt stehenden Mitarbeiter den Kunden in einer einheitlichen Uniform und nicht mit einem auffälligen, dem einheitlichen Erscheinungsbild der Uniform entgegenstehenden Haarband gegenübertreten.“⁷⁴ Ziel der Uniformierung sei die Vermittlung eines höheren Maßes an Autorität, was insbesondere „in Gefahrensituationen förderlich“ sei, „weil sich dann die Mitarbeiter der Klägerin durch die Uniformen eindeutig von den Fahrgästen hervorheben würden.“⁷⁵ Ideelle oder materielle Interessen des Gekündigten konnte das Gericht nicht ausmachen. Das OLG sah auf Seiten des Unternehmens, ganz im Sinne des Goldkettenjudikats, ein betriebliches Interesse daran, dass „das Vertrauen ihrer – tatsächlichen bzw. potentiellen – Fahrgäste in die Professionalität und Seriosität der von ihr zur verantwortungsvollen Tätigkeit der Personenbeförderung eingesetzten Buslenker erhalten bleibe und das einheitliche Erscheinungsbild ihrer im Fahrbetrieb tätigen Mitarbeiter nicht durch auffällige Kleidungsstücke bzw. Accessoires gestört werde, die dem Verständnis der Bevölkerung vom Erscheinungsbild von Buslenkern im öffentlichen Linienverkehr massiv widersprechen“.⁷⁶ Hier wird nicht besonders betont, dass es sich um einen männlichen Buslenker handelt, aber das geschlechtstypische Erscheinungsbild spielt wohl mit, selbst wenn es sich um eine angebliche geschlechtsneutrale Verwendung des männlichen Plurals handeln würde.

⁷² Firlei 2000, 146.

⁷³ <http://kurier.at/chronik/oberoesterreich/oeffi-buslenker-wegen-rosa-haarband-gekuendigt/137.101.985> (21.10.2015). Auf dieser Seite ist auch ein Foto des Klägers – mit rosafarbenem Haarband – zu sehen.

⁷⁴ Zitiert nach OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 4.

⁷⁵ Zitiert nach OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 5.

⁷⁶ Zitiert nach OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 5.

Der OGH gab der außerordentlichen Revision des klagenden Buslenkers mit Verve Recht – ohne Bezugnahme auf das Diskriminierungsverbot. Zum Ausgangspunkt der Überlegungen: Im Sinne des § 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG müssen für die Zulässigkeit einer Kündigung Gründe im Verhalten eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin liegen, „die betriebliche Interessen so weit nachteilig berühren, dass sie bei objektiver Betrachtungsweise einen verständigen Betriebsinhaber zur Kündigung veranlassen würden und die Kündigung als gerechte, dem Sachverhalt adäquate Maßnahme erscheinen lassen (subjektiv betriebsbedingte Gründe).“⁷⁷ Zusätzlich ist im vorliegenden Fall noch zu beachten, dass der Arbeitnehmer sich in Elternteilzeit befand und seine Weiterbeschäftigung daher als „unzumutbar“ iSd § 10 Abs 4 MSchG angesehen werden musste. Der Gesetzesbegriff der Unzumutbarkeit wird keiner näheren Definition zugeführt; der OGH hält erklärend fest, dass es sich „[a]ufgrund der Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer“ jedenfalls „um besonders schwerwiegende Umstände in der Person des Arbeitnehmers oder auf betrieblicher Ebene“ handeln muss. Zur Kündigung darf es so gesehen „keine sinnvolle Alternative“ geben.⁷⁸

Was die in diesem Kontext gebotene Abwägung der jeweiligen Interessen von Arbeitgeber_in und Arbeitnehmer_in im Kollisionsfall anbelangt, so ist einerseits zu beachten, dass der Dienstgeber das Recht hat, die aus dem Arbeitsvertrag sich ergebende Arbeitspflicht durch ein Direktions- oder Weisungsrecht zu konkretisieren; andererseits sollen die ideellen und materiellen Interessen des Arbeitnehmers gewahrt bleiben. Diese sind insbesondere dann besonders betroffen, wenn Persönlichkeitsrechte, wie sie sich aus § 16 ABGB und Art 8 EMRK ergeben, berührt werden. Unter Rekurs auf Kreil (2006) wird festgehalten, dass „Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers durch Vorschriften bezüglich Haartracht, Piercings und Tätowierungen stärker eingeschränkt [werden] als durch Vorgaben bei der Dienstkleidung, weil erstere auch in die Freizeit nachwirken.“⁷⁹ Im vorliegenden Fall ging es freilich nicht um die Haartracht überhaupt, sondern darum, wie sie zusammengehalten wird. Für die Dienstgeberin war das rosafarbene Haarband nicht hinreichend „unauffällig und dezent“⁸⁰.

⁷⁷ OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 7.

⁷⁸ OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 7, mit Verweis auf 9 ObA 91/12s.

⁷⁹ OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 9.

⁸⁰ OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 10.

Die Weisung, das Haarband nicht mehr zu tragen, wird vom OGH als Eingriff in die Persönlichkeitsrechte nach § 16 ABGB und Art 8 EGMR klassifiziert. Legitimierende Gründe für diesen Eingriff kann das Gericht nicht erkennen: „Weshalb [...] Fahrgäste an der Professionalität und Seriosität eines im öffentlichen Verkehr tätigen Buslenkers zweifeln sollten, nur weil dieser ein farblich auffallendes Haarband trägt, wurde von der Klägerin nicht nachvollziehbar dargelegt.“⁸¹ Das einheitliche äußere Erscheinungsbild werde, ebenso wie der Sicherheitsaspekt, durch das Tragen der Dienstkleidung gewährleistet. Überhaupt würden die gesellschaftlichen Vorstellungen hinsichtlich einer „angemessenen Bekleidung“ und Ausstattung einzelner Berufsgruppen und damit dem Erscheinungsbild nach außen [...] naturgemäß dem Wandel der Zeit“ unterliegen, und sie seien „selbst zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht in allen Bevölkerungsschichten gleich. Allgemein gültige Aussagen, die über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sind, sind daher kaum möglich.“ Ein rosafarbenes Haarband eines Buslenkers überschreitet das Kriterium der Angemessenheit nicht. Der OGH bringt mit diesem Urteil zum Ausdruck, dass einschränkende Vorgaben hinsichtlich der Bekleidung einer genauen, kontextsensiblen Überprüfung unterzogen werden müssen – entlang der von dem Gericht aufgestellten, strengen Kriterien.

Die Geschlechterdimension war für den OGH kein Thema. Der Kläger hatte in seiner Revision vorgebracht, er sei aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden. Da im vorliegenden Fall die Persönlichkeitsrechte des Klägers durchschlagen, sah sich der OGH veranlasst, auf die Überprüfung der Diskriminierungsfrage zu verzichten. Ob der Goldkettenfall heute vom OGH anders entschieden würde als im Jahr 1999, bleibt eine offene Frage – freilich wird man dieses ältere Judikat im Lichte des Haarbandurteils nicht mehr unbefangen als Präjudiz heranziehen können. Da im Haarbandurteil aber der Geschlechteraspekt nicht bearbeitet wird, bleiben weiterhin einige Fragen offen und es ist nicht davon auszugehen, dass die weit verbreitete Intuition einfach obsolet ist, wonach die Bekleidungsstandards für Männer und Frauen unterschiedlich sein dürfen – weil es so Sitte ist. Aber ist das der Fall? Und worauf beruhen derartige unterschiedliche Standards? Mit dieser Frage befasst sich der folgende Abschnitt zur spezifischen Problematik von nach dem Geschlecht differenzierenden Verhaltensvorschriften.

⁸¹ OGH, 9 ObA 82/15x vom 24.09.2015, 11.

d. Spezifische Problematik von geschlechtsspezifischen Bekleidungs Vorschriften – Stereotypen

Im vorangegangenen Abschnitt wurde herausgearbeitet, dass Vorgaben hinsichtlich Bekleidung und sonstigem äußeren Auftreten nicht prinzipiell unzulässig sind. Wie im Recht nicht anders zu erwarten, stellen sich bei der Setzung von Zulässigkeitsgrenzen schwierige Fragen der Interpretation im Spannungsfeld von arbeitgeberischem Ordnungswunsch und arbeitnehmerischem Entfaltungswillen. Als zusätzliche Einschränkung der Kompetenz von Arbeitgeber_innen kommt das Antidiskriminierungsrecht hinzu – im Sinne des bereits genannten Prinzips, dass es prinzipiell problematisch ist, Verhaltensanforderungen auf stereotype Geschlechtervorstellungen zu stützen. Für diese Einschränkung gibt es noch wenig Sensibilität – zu selbstverständlich erscheinen trotz aller akademischen Dekonstruktionen und urbanen Avantgarden geschlechtsspezifische Dress Codes. Jene, die sich ihnen nicht unterwerfen wollen, erscheinen eher als seltsame Gestalten, die persönliche Probleme haben. Dies gilt mehr noch für Männer als für Frauen, wie aus der im Intro erzählten Geschichte aus Schweden ersichtlich ist – Männer, die Frauenkleidung anziehen, werden dann schon mal in die Rubrik „verrückt“ verfrachtet.

Die Bandbreite der Fragestellungen, die sich in diesem Kontext ergeben, reicht von geschlechtsspezifischen Dress Codes an sich über stark sexualisierende Vorgaben als deren ein Extrem bis hin zur benachteiligenden Wahrnehmung von geschlechtsatypischem Verhalten, selbst wenn dieses nicht im expliziten Widerspruch zu unternehmensinternen Dress Codes steht.

Eine mittlerweile nachgerade klassisch zu nennende gerichtliche Stellungnahme zu solchen Konstellationen findet sich im Urteil des US Supreme Court in *Price Waterhouse v. Hopkins*.⁸² Ann Hopkins war seit fünf Jahren erfolgreich als Rechtsanwältin in der Firma Price Waterhouse tätig; als es darum ging, sie zu Partnerin zu machen, wurde sie allerdings übergangen. Zu dieser Zeit waren in der gesamten Firma von 662 Partner_innen bloß sieben Frauen; im Jahr, in dem Hopkins vorgeschlagen wurde, war sie die einzige Frau unter 88 Anwärter_innen. Die Befürworter_innen ihrer Partnerschaft brachten vor, sie habe einen hoch dotierten

⁸² 490 U.S. 228 [1989].

Vertrag mit dem Department of State an Land gezogen, dabei eine „outstanding performance“ gezeigt, die „virtually at partner level“ gewesen sei. Gemäß der Beweisaufnahme des unterinstanzlichen Gerichts hatte im relevanten Jahr kein anderer Kandidat für eine Partnerschaft eine vergleichbare Leistung erbracht.⁸³

Im Weiteren ging es im Wesentlichen um Charakter und Auftreten von Frau Hopkins. Was die einen als professionelles, zielstrebiges Verhalten einer Person mit „strong character, independence and integrity“ sahen, einer „extremely competent, intelligent, strong and forthright, very productive, energetic and creative“ Person – das war für die anderen einen Tick zu bestimmt. Das Bild beginnt tendenziell bereits zu kippen, wenn es über ihre Qualitäten als Führungskraft heißt, sie wäre hoch kompetent, „worked long hours, pushed vigorously to meet deadlines and demanded much from the multidisciplinary staffs with which she worked.“⁸⁴ Sie dürfte, dies geht aus dem Urteil hervor, aus der Perspektive ihrer Mitarbeiter_innen bisweilen übertrieben viel verlangt haben, und das auf eine etwas unangenehme Art; selbst ihre Befürworter_innen beschrieben sie als ab und an „overly aggressive, unduly harsh, difficult to work with, and impatient with staff.“⁸⁵ Dass dies von einer weiblichen Kandidatin nur schwer zu ertragen war, ging aus diversen Bewertungen von jenen hervor, die sich gegen ihre Partnerschaft aussprachen:

One partner described her as “macho” (Defendant’s Exh. 30); another suggested that she “overcompensated for being a woman” (Defendant’s Exh. 31); a third advised her to take “a course at charm school” (Defendant’s Exh. 27). Several partners criticized her use of profanity; in response, one partner suggested that those partners objected to her swearing only “because it’s a lady using foul language.” Tr. 321.⁸⁶

Der Vogel wurde dann aber von jenem Partner abgeschossen, der Frau Hopkins die Gründe dafür mitteilen sollte, dass sie in dieser Tranche nicht berücksichtigt, dass ihr Antrag auf Partnerschaft zurückgestellt worden war: Thomas Beyer. Er gab ihr den Rat, sie solle „walk more femininely, talk more femininely, dress more femininely, wear

⁸³ 618 F.Supp. at 1112, zit. n. *Price Waterhouse*, 234.

⁸⁴ 618 F.Supp. at 1112-1113, ebda.

⁸⁵ 618 F.Supp. at 1113, ebda.

⁸⁶ Zitiert nach *Price Waterhouse*, 235.

make-up, have her hair styled, and wear jewelry.“⁸⁷ Das Höchstgericht stellte sich in seiner Mehrheitsmeinung deutlich gegen solche abwertenden, stereotypisierenden Klassifizierungen von Hopkins’ Auftreten und brach eine Lanze für ein entschiedenes, weit reichendes Vorgehen gegen die darauf basierenden Benachteiligungen:

„[W]e are beyond the day when an employer could evaluate employees by assuming or insisting that they matched the stereotype associated with their group for ‘[i]n forbidding employers to discriminate against individuals because of their sex, Congress intended to strike at the entire spectrum of disparate treatment of men and women resulting from sex stereotypes.’ *Los Angeles Dept. of Water and Power v. Manhart*, 435 U.S. 702, 707, n. 13, 98 S.Ct. 1370, 1375, n. 13, 55 LEd.2d 657 (1978), quoting *Sprogis v. United Air Lines, Inc.*, 444 F.2d 1194, 1198 (CA7 1971). An employer who objects to aggressiveness in women but whose positions require this trait places women in an intolerable and impermissible catch 22: out of a job if they behave aggressively and out of a job if they do not. Title VII lifts women out of this bind.“⁸⁸

Ziel des Gleichheitsrechts aus dieser stark formulierten Perspektive, die als exemplarisch gelten darf, ist es, gegen das gesamte Spektrum von unterschiedlichen, auf geschlechtlichen Stereotypen basierten Behandlungen von Männern und Frauen vorzugehen. Denn Stereotypisierung in der Bewertung von beruflicher Performance hat diverse, bisweilen verheerende Folgen: Sie führt in besonders kompetitiven Bereichen dazu, dass Frauen es im Grunde gar nicht richtig machen können. Um im Beruf erfolgreich zu sein, müssen sie eine gewisse Aggressivität an den Tag legen; wenn sie dies aber tun, werden sie als unweiblich wahrgenommen, und es wird ihnen der berufliche Aufstieg erst recht verwehrt.

Die Kritik ist aber auch gegen die Stereotypisierung an sich zu richten und den Schaden, den sie verursacht. Dieser liegt darin, an einem von außen auferlegten Standard gemessen und als Person für ungenügend befunden zu werden. Im Fall von Frauen bedeutet dies die Anforderung, eine Rolle einzunehmen, in der die Unterordnung unter Männer klar zum Ausdruck gebracht wird – indem etwa deutlich gemacht wird, dass es bei Frauen, egal, worauf es sonst noch ankommt, primär um ihre Attraktivität gemäß herrschenden Konventionen geht. Jene, die sich dadurch als belastet wahrnehmen,

⁸⁷ 618 F.Supp. at 1117, zitiert nach *Price Waterhouse*, 235.

⁸⁸ *Price Waterhouse*, 251 (plurality opinion).

werden durch die Stereotypen selbst benachteiligt – sie werden in ihrer Autonomie eingeschränkt.⁸⁹ Das bedeutet aber auch, mit Timmer gesprochen, dass jene Art und Weise, wie Geschlechterstereotypen die Autonomie bestimmter Frauen einschränken, eine Benachteiligung darstellt, die für sich allein steht: „the disadvantage is not dependent on a comparison with another group of people.“⁹⁰

Mit Blick auf die Frage, wie mit welchen Stereotypen umgegangen werden soll, werden teils heftige Auseinandersetzungen geführt – etwa hinsichtlich der Frage, welche Bilder von Männern und Frauen eliminiert werden müssen, damit Geschlechtergleichheit erreicht werden kann, oder ob gewisse Geschlechterstereotypen ihre Berechtigung haben, weil über sie personale Identität zum Ausdruck gebracht wird. Diskussionen über Bekleidungsstandards sind, so auch Cook & Cusack, das trefflichste Beispiel dafür: „Some consider the obligation of dress to wear jewelry or high heeled shoes as prescribing or scripting women’s identity in ways that oppress or subordinate them. Others consider the ability to wear jewellery or high heeled shoes as a liberating way of articulating or expressing one’s own identity.“⁹¹ Bei diesem Zitat ist bemerkenswert, dass Verpflichtung und Möglichkeit gleichsam in einen Topf geworfen werden – als müsste die Möglichkeit der einen, sich feminin „aufzubrezeln“, durch die Verpflichtung aller anderen, sich konventionell weiblich zu geben, „erkauft“ werden. Das ist aber selbstredend nicht der Fall.

Allerdings kann es vorkommen bzw. ist erfahrungsgemäß gar nicht selten, dass jene, die sich im Rahmen konventioneller Mainstream-Geschlechternormen bewegen, auf die Transgressionen anderer primär mit Unverständnis reagieren und gar nicht bereit sind, diese zu akzeptieren oder auch nur zu tolerieren. Das mag durchaus zum Anlass für Konflikte am Arbeitsplatz werden – wenn etwa Überschreitungen von Genderkonventionen von Kolleg_innen zum Anlass diverser Arten der Ausgrenzung genommen werden. Was also für die eine Person ein einengendes Stereotyp ist, mag für die andere *Conditio sine qua non* nicht nur ihrer eigenen, sondern von Weiblichkeit überhaupt sein, weswegen sie auch nicht akzeptieren will, dass andere nicht bereit sind,

⁸⁹ Friedman 2007, 226: „Disapprobation of an individual’s homosexuality or transgendered identity is nothing more or less than condemnation of that person’s failure or refusal to adhere to traditional expectations of how a ‚real‘ man or woman should live his or her life and/or present him or herself to the outside world.“

⁹⁰ Timmer 2011, 724.

⁹¹ Cook/Cusack 2010, 3.

sich dem zu fügen. In solchen Fällen ist bei Abweichterinnen bisweilen verächtlich von „Mannsweibern“ die Rede. Genau sie bedürfen des Schutzes durch das Antidiskriminierungsrecht, denn die Möglichkeit zur Entfaltung soll nicht bloß für jene gegeben sein, die sich im Einklang mit gängigen Stereotypen bewegen.

Damit schließt sich der Kreis, der mit dem Verweis auf die Menschenwürde und Art 5 CEDAW eröffnet wurde und der beinhaltet, dass gegen auf Geschlechtern basierende Stereotypisierungen vorgegangen werden soll, damit Menschen sich frei entfalten können. Er ist nun um eine weitere Dimension zu ergänzen: nämlich die Verstrickung von geschlechtsspezifischen Stereotypen mit solchen Stereotypen, die auf anderen Charakteristika beruhen. Cook und Cusack sprechen hier von „compounded stereotypes“. Darunter verstehen sie „gender stereotypes that interact with other stereotypes, which ascribe attributes, characteristics or roles to different subgroups of women.“⁹² Statt des Begriffs des „compounded“; dt. „gemischten“ oder „zusammengesetzten“ Stereotyps würde ich es freilich vorziehen, hier von „intersektionellen Stereotypen“ zu sprechen – und damit die heute gängige Begrifflichkeit für komplexe Fälle der Mehrfachbetroffenheit zu verwenden.

3. Geschlecht intersektionell gelesen – Überlegungen entlang des EU-Rechts

Dass Diskriminierung aufgrund des Geschlechts als zunehmend komplexes Phänomen wahrgenommen wird, konnte bereits entlang der verallgemeinerbaren Entwicklungen im rechtlichen Umgang mit Transsexualität aufgezeigt werden. Diese vom Recht aufgenommene Erweiterung des Geschlechterbegriffs wird darüber hinaus mit den vielfältigen Schnittstellen von Geschlecht zu anderen Diskriminierungsgründen angereichert. Die folgenden Ausführungen greifen dies auf und befassen sich mit der Problematik der Wahrnehmung von Mehrfachdiskriminierung mit Hauptfokus auf die Geschlechterproblematik. Sie setzen auf der Ebene des Europarechts an und beziehen dessen jeweiligen Niederschlag auf das österreichische Gleichbehandlungsrecht mit ein.

Bis Anfang der 2000er Jahre fokussierte die Europäische Union in ihren rechtlichen und politischen Strategien zur Gleichbehandlung ihrer Bürgerinnen und Bürger

⁹² Timmer 2011, 735, mit Verweis auf Cook/Cusack 2010, 25.

ausschließlich auf das Geschlecht und die EU-Nationalität. Erst der Beginn des 21. Jahrhunderts brachte eine Erweiterung der europarechtlichen Wahrnehmung von Gründen, die nicht herangezogen werden dürfen, um eine Benachteiligung zu legitimieren. Der in Folge des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon nunmehr einschlägige Artikel 19 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) nennt acht solche Gründe – Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung – und ermächtigt den für die Unionsgesetzgebung zuständigen Rat dazu, angemessene Schritte zu setzen, um darauf basierte Diskriminierungen zu bekämpfen. Die GRC formuliert noch breiter und listet in Artikel 21 mit Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, ethnischer oder sozialer Herkunft, genetischen Merkmalen, Sprache, Religion oder Weltanschauung, politischer oder sonstiger Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt, Behinderung, Alter und sexueller Ausrichtung gleich 13 einschlägige Gründe.

Auch die in der GRC über den AEUV hinaus aufgezählten Diskriminierungsgründe werden in Zukunft eine Rolle spielen; rechtliche Regelwerke, welche die Diskriminierungsverbote ausdifferenzieren und im Einzelnen implementieren, finden sich bislang allerdings bloß für jene Gründe, die im AEUV genannt sind. Dazu zählen neben den bereits erwähnten Richtlinien zur Geschlechtergleichbehandlung⁹³ die (unglücklich benannte) „Richtlinie 2000/43/EG zur Gleichbehandlung ohne Unterschied der Rasse“⁹⁴ sowie die „Richtlinie 2000/78/EG zur Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung“⁹⁵ (mit Vorgaben für Religion und Weltanschauung, Alter, Behinderung und sexuelle Orientierung). Diese Richtlinien umfassen die in Artikel 19 AEUV aufgezählten Diskriminierungsgründe in recht unterschiedlicher Weise, die treffend als

⁹³ Für den Bereich von Beschäftigung und Beruf RL 2006/54/EG; zum Zugang zu Gütern und Dienstleistungen: RL 2004/113/EG; siehe weiters zB RL 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Art 16 Abs 1 der RL 89/391/EWG), AB I Nr L 348 vom 28/11/1992, S. 0001–0008 und RL 96/34/EG des Rates vom 3.06.1996 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Elternurlaub AB I Nr L 145 vom 19/06/1996, S. 0004–0009, CONSLEG – 96L0034 – 16/01/1998 -11, geändert durch AB I L 010 16.01.98, S. 24.

⁹⁴ RL 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, AB I Nr L 180 vom 19/07/2000, S. 0022– 0026.

⁹⁵ RL 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf AB I Nr L 303 vom 02/12/2000, S. 0016–0022.

„fragmentiert“⁹⁶ charakterisiert wird und die eine Hierarchie der Diskriminierungsgründe schafft: Während rassistische Diskriminierung in allen für die EU relevanten Bereichen bekämpft werden soll, gilt der Schutz vor Benachteiligungen aufgrund des Alters, der sexuellen Orientierung, von Religion und Weltanschauung sowie einer Behinderung bislang nur für Beschäftigung und Beruf.

Eine Richtlinie zur Gleichbehandlung im Bereich Güter und Dienstleistungen aufgrund dieser Gründe ist seit ihrer Einbringung im Jahr 2008 immer noch (bloß) in Bearbeitung.⁹⁷ Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen verboten; ausgenommen sind allerdings die Bereiche Bildung und Medien,⁹⁸ die wiederum von der Antirassismusrichtlinie erfasst sind. In diesem Zusammenhang ist herauszustreichen, dass die österreichische Gesetzgebung die in der europäischen Antidiskriminierungsarchitektur angelegten Differenzierungen und Hierarchisierungen im Wesentlichen übernommen hat. Daher ist das entsprechende österreichische Recht in seinen Schutzniveaus gleichermaßen fragmentarisch und inhomogen. Insbesondere ist auch der österreichische Gesetzgeber schon mehrfach daran gescheitert, den Diskriminierungsschutz beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen auf die Gründe der sexuellen Orientierung, Religion und Weltanschauung, Alter und Behinderung auszudehnen.⁹⁹

Von der Grundkonzeption her lassen sich – bereits auf der Ebene der Verträge – Unterschiede in den Schutzniveaus wahrnehmen. In den allgemeinen Bestimmungen des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hat die

⁹⁶ Chege 2010, 280.

⁹⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung {SEK(2008) 2180} {SEK(2008) 2181}, KOM/2008/0426 endg. Siehe dazu Bell 2009.

⁹⁸ Die von der Europäischen Kommission ursprünglich vorgesehene Aufnahme dieser Bereiche scheiterte am Widerstand der Mitgliedstaaten.

⁹⁹ Dem Vernehmen nach war bei der letzten Runde die römisch-katholische Kirche sehr umtriebig, um die geplante Ausweitung zu Fall zu bringen. Es wurden (und werden) Kollisionen des Rechts auf Religionsfreiheit und des Schutzes vor Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung befürchtet. Siehe dazu diestandard, 21.11.2012, Gleichbehandlungsnovelle vertagt, <http://diestandard.at/1353206838284/Gleichbehandlungsnovelle-vertagt> (28.10.2013). Die darin erwähnte Stellungnahme der Bischofskonferenz trägt die Gz. 20/SN-407/ME XXIV. GP und findet sich unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/SNME/SNME_10020/imfname_270546.pdf (28.10.2013); vertiefende Argumente finden sich auf der Seite der österreichischen Bischofskonferenz unter den Titeln Gleichbehandlungsgesetz: Bischöfe gegen aktuellen Entwurf vom 13.11.2012 (<http://www.bischofskonferenz.at/content/site/home/article/558.html>; 28.10.2013) sowie „Antidiskriminierung: Kirche warnt vor Einschränkung der Freiheit“ vom 27.05.2013 (<http://www.bischofskonferenz.at/content/site/home/article/578.html>; 28.10.2013).

Geschlechtergleichheit eine herausgehobene Stellung. Die Union verpflichtet sich darauf, bei all ihren Tätigkeiten auf eine Beseitigung von Ungleichheiten hinzuwirken und die *Gleichstellung* von Frauen und Männern zu fördern (Art 8 AEUV). Damit wird das Prinzip des Gender Mainstreaming auf der Ebene des „höchsten Rechts“ verankert. Geschlechtergleichheit ist insofern nicht nur eine Angelegenheit für sektorale politische Maßnahmen in eng definierten „Frauenangelegenheiten“ am Rande des politischen Mainstreams. Vielmehr steht Gender Mainstreaming für die Idee, dass Geschlechterfragen im Zentrum der politischen Aufmerksamkeit zu stehen haben, egal, welcher politische Bereich in Angriff genommen wird. Im Zeichen der *Gleichstellung* der Geschlechter steht auch jener Abschnitt des österreichischen Gleichbehandlungsgesetzes, der die Gleichbehandlung von Männern und Frauen in der Arbeitswelt zum Gegenstand hat (§ 2 GIBG). Eine solche allgemeine Bestimmung findet sich mit Blick auf die anderen Diskriminierungsgründe nicht.

Vergleichsweise schmaler angelegt ist die durch den Vertrag von Lissabon eingefügte Vorgabe in Art 10 AEUV, wonach die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen jeweils darauf abzielt, „Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ Damit ist eine Berücksichtigung aller Diskriminierungsgründe gewährleistet. Allerdings geht die Forderung nach der Bekämpfung von Diskriminierung weniger weit als die Aufgabe, die Gleichstellung herbeizuführen. Auch das spiegelt sich im österreichischen Gleichbehandlungsgesetz, wenn der II. Abschnitt der „Gleichbehandlung in der Arbeitswelt ohne Unterschied der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung“ mit einem Klammerausdruck explizit als „Antidiskriminierung“ ausgewiesen wird. Schließlich ist das Geschlecht auch insoweit hervorgehoben, als die Bestimmung über die Lohngleichheit (Art 157 AEUV) ausschließlich auf das Verhältnis von Männern und Frauen abstellt. Dazu gehört jene Norm, welche die Möglichkeit eröffnet, Maßnahmen im Hinblick auf die „effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Frauen und Männern im Arbeitsleben“ zu beschließen; der Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschlechter stelle diesbezüglich kein Hindernis dar – solange die Förderung des einen (unterrepräsentierten) Geschlechts nicht zur

Diskriminierung des anderen führt.¹⁰⁰ Eine solche Bestimmung findet sich mit Blick auf die anderen Diskriminierungsgründe ebenfalls nicht.

Angesichts der Vervielfältigung der verbotenen Diskriminierungsgründe und der zum Teil unterschiedlichen Regelungen des EU-Antidiskriminierungsrechts stellt sich die Frage danach, wie sich diese Gründe zueinander verhalten – und, mit Blick auf die in diesem Gutachten zu behandelnden Fragen, wie sie die Wahrnehmung von Geschlecht verändern: ob und wie sie sich überkreuzen, in symbiotischer Beziehung zueinander stehen, wie sie konvergieren oder miteinander kollidieren. Die Antidiskriminierungsnormen bilden ein komplexes Geflecht, das verschiedene Felder durchzieht und im Rahmen dessen die Interessen der Angehörigen jener verschiedenen Gruppen, die davon profitieren sollen, bisweilen des Ausgleichs bedürfen.¹⁰¹ Problematiken solcher Art werden mittlerweile auch im Europarecht unter dem Begriff der „Mehrfachdiskriminierung“ diskutiert. Diese Debatte ist von der Einsicht getragen, dass Diskriminierung sehr häufig nicht bloß auf einem Grund beruht, sondern auf einem Konglomerat von Gründen, die miteinander interagieren. Diese Einsicht wird auf Metaebene konstatiert und analysiert, sie lässt sich allerdings nicht ganz einfach auf die Rechtsanwendung übertragen.¹⁰² Das ist aber wichtig, will das Recht Menschen in ihrer Gesamtheit wahrnehmen und ihre Identität nicht in unangemessener Weise fragmentieren.¹⁰³

In diesem Zusammenhang können sich die unterschiedlichen Schutzniveaus, die durch die Richtlinien etabliert und im österreichischen Recht übernommen wurden, als Problem erweisen.¹⁰⁴ Das hat auch Rückwirkungen darauf, wie Situationen der Mehrfachdiskriminierung (etwa aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Herkunft) respektive der Benachteiligung aufgrund des Zusammentreffens mehrerer Diskriminierungsfaktoren (intersektionelle Diskriminierung) angemessen entgegen zu treten ist. Die Europäische Kommission hat im Jahr 2007 eine Studie veröffentlicht, die eine Problembestandsaufnahme, exemplarische bewährte Praktiken sowie einige

¹⁰⁰ Die einschlägigen Grenzen wurden insbesondere in der Quotenjudikatur des EuGH ausgelotet. Siehe dazu Holzleithner 2002a, 72-75; 80-82.

¹⁰¹ Zu potenziellen Konfliktfeldern siehe Holzleithner 2005, 948–951.

¹⁰² Vgl. Hanneth 2003; Solanke 2009.

¹⁰³ So bereits *Lam v University of Hawaii* 40 F. 3d 1551, 1561 (9th Cir. 1994).

¹⁰⁴ Diese Unterschiede werden in der Literatur als Hierarchisierungen kritisiert; vgl. Schiek 2002, 308-311.

Empfehlungen enthält, mit denen Mehrfachdiskriminierungen begegnet werden soll. Unter Berücksichtigung dieser Studie wird im Folgenden kurz die Problematik der Mehrfachdiskriminierung skizziert. Ein zentrales Anliegen besteht darin, die komplexe Verflochtenheit von Diskriminierungsgründen in einen theoretischen Rahmen zu stellen, der es ermöglicht, Synergieeffekte im Bemühen um Gleichstellung zu erzeugen und mit Spannungen in akzeptabler Weise umzugehen. Vor dem Hintergrund dieses theoretischen Rahmens soll es dann auch möglich sein, die einzelnen Fälle zu bearbeiten, welche Herausforderungen an der Schnittstelle von Genderperformance und Bekleidungs Vorschriften darstellen.

a. Mehrfachdiskriminierung – ein komplexes Phänomen

Die Problematik der „Mehrfachdiskriminierung“ beginnt bereits mit dem Begriff. Darunter wird einerseits eine Mehrzahl von Phänomenen subsumiert, die andererseits wieder mit je eigenen Begriffen bezeichnet werden. Zunächst kann „mehrfach“ in einem *additiven* Sinn verstanden werden: Wenn eine Person mehrere Charakteristika auf sich vereint, die sie je nach Situation aufgrund des einen oder anderen Charakteristikums vulnerabel machen. So mag eine Frau aus einer ethnisch minorisierten Gruppe in einer Situation deshalb benachteiligt werden, weil sie eine Frau ist, in einer anderen deshalb, weil sie Angehörige einer ethnischen Minderheit ist.¹⁰⁵ Eine solche Sichtweise von Mehrfachdiskriminierung wurde allerdings schon frühzeitig kritisiert, weil es unmöglich ist, die einzelnen Charakteristika fein säuberlich auseinanderzuhalten, sie gleichsam zu kompartimentalisieren, d.h. in vermeintlich voneinander unabhängige Aspekte zu untergliedern¹⁰⁶

Immer noch im Paradigma der Kompartimentalisierbarkeit verbleibt das Konzept der *kumulierenden* bzw. *verstärkenden* Diskriminierung. Hier wird davon ausgegangen, dass eine Person „aus zwei oder mehreren Gründen gleichzeitig diskriminiert“¹⁰⁷ wird. Beide oder alle Gründe zusammen wirken benachteiligend, und dass die Person mehrere Gründe auf sich vereint, ist gravierender, als wenn nur ein Grund greifen würde. Denn es vermindert ihre Chancen etwa auf eine bestimmte Stelle gleich doppelt. Ein zur Illustration häufig zitierter Fall aus Großbritannien ist *Nwoke v. Government Legal*

¹⁰⁵ Europäische Kommission 2007, 16.

¹⁰⁶ Uccellari 2008, 25.

¹⁰⁷ Europäische Kommission 2007, 16.

*Service & Civil Service Commissioners*¹⁰⁸. Die Antragstellerin, eine in Nigeria geborene Frau, hatte sich für eine Stelle im Government Legal Service beworben. Die aufnehmende Stelle reihte alle Bewerberinnen und Bewerber nach den Interviews entlang einer Skala von A bis E. Frau Nwoke erhielt die schlechteste Bewertung E. Es konnte nachgewiesen werden, dass alle weißen Bewerberinnen und Bewerber besser evaluiert wurden, selbst wenn sie einen niedrigeren Ausbildungsgrad aufwiesen. Darüber hinaus stellte sich heraus, dass weiße Frauen, auch wenn sie besser eingeschätzt wurden, weißen Männern gegenüber geringere Chancen hatten, eingestellt zu werden – und wenn sie aufgenommen wurden, dann bekamen sie ein niedrigeres Gehalt. Dadurch erwies sich das Geschlecht als eigenständiges Diskriminierungsmerkmal. Die benachteiligende Behandlung, der Frau Nwoke ausgesetzt war, setzte sich somit aus zwei Elementen zusammen: Sie basierte auf dem Geschlecht ebenso wie auf der rassisierenden Zuschreibung; sie war kumulierend.

Bei der *intersektionellen* Diskriminierung schließlich ist es gerade das *Zusammenwirken* von zwei oder mehreren Diskriminierungsgründen, das zur Benachteiligung führt. Für sich würde in einer bestimmten Situation weder das eine noch das andere Charakteristikum zum Anknüpfungspunkt einer Diskriminierung werden; vielmehr ist es genau die Kombination von beiden (oder mehreren) Gründen, die das benachteiligende Ergebnis produziert.¹⁰⁹ Ein Beispiel für intersektionelle Diskriminierung könnte folgende mögliche Argumentation eines Arbeitgebers sein, der keine Frauen beschäftigen will, die aus religiösen Motiven ein Kopftuch tragen: Er könnte behaupten, er würde nicht aufgrund der Religion diskriminieren, weil er Muslime beschäftige, und auch nicht aufgrund des Geschlechts, denn bei ihm arbeiten auch Frauen. Eine Frau, die ihr Geschlecht auf eine spezifische religiöse Art präsentiere, stelle eine Subgruppe dar, die nicht eigens durch das Recht geschützt sei.¹¹⁰ Ein derartiger Rechtfertigungsversuch führt allerdings das Antidiskriminierungsrecht ad absurdum. Der benachteiligende Charakter einer Situation soll nicht dadurch rechtlich unanfechtbar werden, dass dieser erst durch eine Kombination von Kategorien entsteht. Vielmehr muss es möglich sein, gegen jenes Konglomerat von Gründen vorzugehen, die

¹⁰⁸ (1996) 28 EOR 6; siehe zur Darstellung und Kritik des Falls Hannett 2003, 68; Solanke 2009, 728.

¹⁰⁹ Crenshaw 1989.

¹¹⁰ Entsprechende Argumentationen finden sich in Urteilen US-amerikanischer Gerichte, die Kimberlé Crenshaw aufgearbeitet und kritisiert hat; vgl. Crenshaw 1989; siehe auch Fredman 2005.

all jene in eine vulnerable Position versetzen, die nicht die Eigenschaften des imaginierten Normarbeitnehmers aufweisen: männlich, weiß, heterosexuell, etc.¹¹¹ – eine soziale Norm, die umso stärker greift, je lukrativer die Stelle ist, um die es geht.

Die Problematik, die sich bei Fällen intersektioneller Diskriminierung zeigen kann, geht aber über die bloße Wahrnehmung als rechtlich verpönte Diskriminierung hinaus. Im Fall des Arbeitslebens sind sowohl das Geschlecht als auch die Religion als Diskriminierungsgründe verankert. Anders ist die Situation beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Hier ist eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verboten, nicht aber aufgrund der Religion. Wenn man nun die Relevanz von intersektioneller Diskriminierung anerkennt – was bedeutet das mit Blick darauf, dass *Religion nicht* vom Schutz des Diskriminierungsrechts im Bereich von Gütern und Dienstleistungen *erfasst* ist? Meines Erachtens muss in solchen Fällen – da beide Merkmale: Geschlecht und Religion, gegebenenfalls noch kombiniert mit einem dritten Charakteristikum, der ethnischen Herkunft – untrennbar miteinander verbunden sind, das *geschützte Merkmal durchschlagen*, sodass die Verknüpfung mit dem Geschlecht den anderen Diskriminierungsgrund gleichsam über die Pönalitätsschwelle hebt.¹¹² Damit wird dem untrennbaren Charakter der einzelnen Gründe bei der intersektionellen Diskriminierung Rechnung getragen.

Gerade am Beispiel des religiös motivierten Kopftuchtragens wird auch deutlich, dass in all der angesprochenen Komplexität das Geschlecht selbstverständlich ein wesentliches strukturierendes Merkmal bleibt, das für Frauen, bisweilen auch für Männer, aufgrund spezifischer sozialer Festlegungen und Rollenvorstellungen mit Nachteilen verbunden ist. Wie sich diese Nachteile materialisieren, hängt aber wiederum von den darüber hinausgehenden Positioniertheiten ab. Es kann sein, dass (ebenfalls in sich differenzierte) Subgruppen – wie Kopftuch tragende, ethnisch minorisierte Frauen mit Behinderung – Diskriminierungen erfahren, die sich quantitativ wie qualitativ von jenen unterscheiden, mit denen (anders situierte) Frauen typischerweise konfrontiert sind. Das Recht ist hier ganz besonders gefordert. Es kann

¹¹¹ Vgl. Holzleithner 2008; Markard 2009.

¹¹² Anderer Ansicht ist Chege 2012, 280. Sie behauptet, dass in intersektionellen Fällen „claims cannot be extended beyond the scope of the common level of protection. Thus one may not be able to bring intersectional claims on grounds of religion and sex in the supply of goods and services, because Directive 2000/78/EC does not have effect in this area.“ Diese Argumentation fällt zurück in die von der Autorin ansonsten kritisierte Fragmentierung von Diskriminierungsgründen und ist daher abzulehnen.

Formen der Mehrfachdiskriminierung nur dann gerecht werden, wenn es Opfer von Diskriminierung nicht dazu zwingt, sich beim Einklagen ihrer Rechte (jedenfalls hauptsächlich) auf eine Diskriminierungskategorie zu stützen und die anderen auszublenden. Hier wäre eine entsprechende EU-rechtliche Vorgabe wünschenswert.¹¹³

b. Positionierung und Thematisierung von Mehrfachdiskriminierung

Es ist bemerkenswert, dass die Richtlinie zur Gleichbehandlung der Geschlechter bei Beschäftigung und Beruf die Problematik der Mehrfachdiskriminierung nicht erwähnt. Demgegenüber finden sich in den Präambeln der Antirassismusrichtlinie und der Beschäftigungsrahmenrichtlinie jeweils Verweise auf die Vorgabe, man habe sich zu bemühen, „Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern, zumal Frauen häufig Opfer mehrfacher Diskriminierung sind.“ (Erwägungsgrund 14, RL 2000/43/EG; Erwägungsgrund 3, RL 2000/78/EG) Diese Diagnose ist wichtig; dabei geht aber unter, dass selbstverständlich auch Männer Opfer von mehrfachen Diskriminierungen sein können, etwa durch ein Zusammenspiel von Alter und religiösen Überzeugungen. Ein einschlägiges Beispiel findet sich im Bericht der Europäischen Kommission, wonach ein junger, traditionell gekleideter Muslim an seinem Arbeitsplatz, einem Call Center, mehrfach mit Terrorismus in Verbindung gebracht wurde: „In der Tat werden nur muslimische Männer mit dem Terrorismus in Verbindung gebracht und schnell mit dieser Art von Vorurteil belegt (wahrscheinlich sogar nur junge muslimische Männer).“¹¹⁴

c. Konzept der Diskriminierung

Hilfreich für ein mögliches Vorgehen gegen Mehrfachdiskriminierung ist immerhin, dass die Richtlinien einen einheitlichen Diskriminierungsbegriff aufweisen. So wird einheitlich davon ausgegangen, dass *direkte* Diskriminierung dann vorliegt, wenn eine Person aus einem der anerkannten Gründe „in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“¹¹⁵ Die einschlägige Bestimmung des österreichischen GIBG formuliert ganz

¹¹³ So auch Europäische Kommission 2007, 7, Empfehlung Nr 2.

¹¹⁴ Europäische Kommission 2007, 21.

¹¹⁵ Art 2 Abs 2 lit. a RL 2000/43/EG; Art 2 Abs 2 lit. a RL 2000/78/EG; Art 2 Abs 1 lit. a RL 2006/54/EG.

gleich lautend.¹¹⁶ Bemerkenswert an dieser Definition ist, dass sie auf Typizität abstellt. Sprich: Es muss keine konkrete Vergleichsperson geben, die eine günstigere Behandlung erfährt; es reicht, wenn nachgewiesen werden kann, dass eine Person etwa aufgrund ihres Geschlechts *typischerweise* eine weniger günstige Behandlung erfährt.¹¹⁷

Das Nämliche muss für Fälle der Mehrfachdiskriminierung gelten. Hier geht es darum darzulegen, inwiefern jemand aufgrund einer intersektionalen Positionierung etwa als weiblich und sichtbar religiös *typischerweise* benachteiligt ist. Ein möglicher Vergleich geht dann in beide Richtungen und betrifft sowohl Frauen, die keine Religiosität performieren als auch (ggf. sichtbar religiös performierende) Männer. Intersektionelle Diskriminierung zeichnet sich dadurch aus, dass betroffene Personen mit Blick auf mehrere Charakteristika benachteiligt sind. Es ist daran zu erinnern, dass die Benachteiligung, die aufgrund einer stereotypisierenden Zuschreibung entsteht, für sich allein steht und des Vergleichs nicht bedarf¹¹⁸ – dies betrifft Diskriminierungen „bloß“ aufgrund des Geschlechts ebenso wie intersektionelle Diskriminierungen. Hier darf auch darauf hingewiesen werden, dass der EuGH dies für den Fall der Schwangerschaft bereits in *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jonge Volwassenen Plus* (C-177/88, Slg. 1990, I-3941) entsprechend judiziert hat.

Was ist demgegenüber im Europarecht unter *mittelbarer* Diskriminierung zu verstehen? Dabei handelt es sich um jene Situationen, in denen „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ Personen mit bestimmten Merkmalen in besonderer Weise gegenüber Personen benachteiligen können, die solche Merkmale nicht aufweisen. Allerdings ist nicht jede mittelbare Diskriminierung verboten; vielmehr ist es möglich, sie entlang der Kriterien des Verhältnismäßigkeitsprinzips zu rechtfertigen, indem „die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren [...] durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel [...] zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“¹¹⁹ sind.¹²⁰ Das eröffnet ein weites Feld

¹¹⁶ „Eine unmittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person auf Grund ihres Geschlechtes in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.“ (§ 5 Abs 1 GlBG; siehe entsprechend § 19 Abs 1 GlBG mit Blick auf die Diskriminierungsgründe der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung).

¹¹⁷ Dies streicht Goldberg 2011, 805 hervor und sieht darin ein erhebliches Potential, um sich die häufig problematische Suche nach und Konstruktion einer passenden Vergleichsperson zu ersparen.

¹¹⁸ Siehe dazu unter I.2.d. mit Verweis auf Timmer 2011, 724.

¹¹⁹ Art 2(2)b RL 2000/43/EG; Art 2(2)b, i RL 2000/78/EG; Art 2(1)b RL 2006/54/EG.

möglicher Rechtfertigungen – im Gegensatz zur unmittelbaren Diskriminierung, die einer Rechtfertigung prinzipiell nicht zugänglich ist.¹²¹ Wenn eine unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts – aus einem Konglomerat von abschließend aufgezählten Gründen – erlaubt ist, dann handelt es sich so betrachtet eben nicht um eine Diskriminierung.

d. Gerechtfertigte Ungleichbehandlung

Bei den Gründen für eine gerechtfertigte Ungleichbehandlung unterscheiden sich die Richtlinien ganz erheblich. Auffällig ist, dass die Beschäftigungsrahmenrichtlinie eine Generalklausel enthält, wonach die Richtlinie solche im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen nicht berührt, die „in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.“¹²² Es ist anzunehmen, dass dieser Vorbehalt primär, wenn auch nicht ausschließlich, Verhalten auf Basis religiöser oder politischer Überzeugungen im Visier hat. Auf diese Bestimmung könnte man sich gegebenenfalls stützen, wenn eine Angelegenheit wie das Tragen eines Kopftuchs oder eine Vollverschleierung aus religiösen Motiven in der Schule, als Staatsdienerin oder sonst im öffentlichen Raum geregelt oder auch Verbote ausgesprochen werden. Inwiefern dies gleichwohl als problematisch anzusehen ist, wird im Anwendungsteil ausgeführt.

Die drei Richtlinien erlauben eine unterschiedliche Behandlung dann, wenn sie mit bestimmten beruflichen Anforderungen im Einklang sind: „[W]enn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.“¹²³ Im Zusammenhang mit dem Geschlecht greift

¹²⁰ Genauso auch die Bestimmung im österreichischen Recht: „Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechtes benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich.“ (§ 5 Abs 2 GIBG)

¹²¹ So jedenfalls mit guten Argumenten Ellis 2005, 111-113. Möglich sind allerdings legitime Ungleichbehandlungen; siehe dazu weiter unten.

¹²² Art 2 Abs 5 RL 2000/78/EG.

¹²³ Art 4 RL 2000/43/EG; Art 4 Abs 1 RL 2000/78/EG; Art 14 Abs 2 RL 2006/54/EG.

das österreichische Recht diese Erlaubnisnorm bei der Regelung für Stellenausschreibungen auf: Gemäß § 9 Abs 1 GIBG (Gebot der geschlechtsneutralen Stellenausschreibung) darf ein Arbeitsplatz ausschließlich dann nur für Männer oder nur für Frauen ausgeschrieben werden, wenn ein bestimmtes Geschlecht „unverzichtbare Voraussetzung für die Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit“ ist. Der Begriff „unverzichtbar“ mutet noch ein wenig stärker an als die in der RL gebrauchte Wortfolge „wesentlich und entscheidend“ – insofern kann davon ausgegangen werden, dass das österreichische Recht hier noch über die Anforderungen der Richtlinie hinausgeht.

Exempel 3: Herrenmodenausstatter

Der OGH hat dies in einem Fall verkannt, in dem es um die Frage ging, ob ein Herrenmodenausstatter das Recht hat, ausschließlich Männer im Außendienst zu beschäftigen, die auch dadurch für die vertriebene Herrenmode werben, dass sie diese selber tragen. Der OGH lässt hier gemäß seiner Interpretation des Begriffs der Diskriminierung bereits eine schlichte sachliche Rechtfertigung für die Geschlechterdifferenzierung gelten, indem er festhält, dass „jedenfalls als Diskriminierung nur eine solche benachteiligende Differenzierung aufzufassen ist, die ohne sachliche Rechtfertigung vorgenommen wird“ (§ 2 Abs 1 zweiter Satz GIBG idF BGBl 1990/410). Im Rahmen seiner Sachlichkeitsprüfung kommt er zu dem Ergebnis, dass „es keinesfalls unsachlich und willkürlich [ist], wenn ein Arbeitgeber ein Verkaufskonzept derart entwickelt hat, dass ein Auslandsvertreter die vertriebenen Bekleidungsmodelle nicht nur durch Kollektionen, sondern auch dadurch repräsentiert, dass er diese selbst trägt.“¹²⁴ Eine solche Vorgangsweise bedeutet aber, dass praktisch jeder sachliche Grund „die bewusst enge Voraussetzung der Unverzichtbarkeit der Geschlechtszugehörigkeit“¹²⁵ substituieren könnte – was ja gerade nicht die Intention der EU-Richtlinie und des darauf basierenden österreichischen Gesetzes ist.

Der EuGH hat die einschlägige Bestimmung im Zusammenhang mit der Geschlechtergleichheit tendenziell eng interpretiert. So hat er es zwar für zulässig gehalten, Frauen aus einer Elitetruppe der Britischen Marines auszuschließen, die nach

¹²⁴ OGH, 12.01.2000, 9 Ob A 318/99a.

¹²⁵ Gerlach 2000, nach Fn 11.

dem Prinzip der „allseitigen Verwendbarkeit“ organisiert ist.¹²⁶ Das bedeutet: Jedes Mitglied der Einheit hat „tatsächlich auch als Angehöriger eines Kampftrupps zu dienen“; alle Mitglieder der Einheit werden zu diesem Zweck eingestellt und ausgebildet und es gibt „im Zeitpunkt der Einstellung keine Ausnahme von dieser Regel“.¹²⁷ Sie vor allem würde „rechtfertigen, dass diese Einheiten ausschließlich aus Männern bestehen“.¹²⁸ Einen Ausschluss von Frauen vom gesamten Heer mit Ausnahme von Militärmusik und Sanität erklärte der Europäische Gerichtshof demgegenüber für zu weit gehend.¹²⁹

Im Fall des Herrenmodeausstatters hat der OGH es nicht für notwendig befunden, den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens anzurufen. Man kann aber durchaus die Frage stellen, ob eine andere, im Sinne der RL adäquate Interpretation der gesetzlichen Vorgaben – nämlich die Voraussetzung der *Unverzichtbarkeit* des Geschlechts im Rahmen des Verkaufskonzepts – ebenfalls zu dem legitimierenden Ergebnis gelangt. Wie Gerlach treffend festhält, sind Patentlösungen angesichts der Komplexität und Deutungsoffenheit der anstehenden Fragen nicht zu erwarten – insbesondere, weil kein Verkaufskonzept vollkommen zwingend ist. Es wäre durchaus nicht undenkbar, dass ein Herrenausstatter „aus Gründen der Originalität die von ihm entworfene Bekleidung ausschließlich von weiblichen Mitarbeiterinnen oder Models präsentieren“¹³⁰ lässt. Vor diesem Hintergrund sieht Gerlach die Rechtsanwenderin und den Rechtsanwender auf jene Position zurückgeworfen, die „bei unbestimmten Rechtsbegriffen einzig zukommt: die der sachgerechten Beurteilung des Einzelfalls“. Und hier konzidiert er dem OGH, dass sein Ergebnis als vertretbar gelten kann:

„Die unternehmerische Entscheidung, Außendienstmitarbeiter die beworbene Mode auch gleich selbst tragen zu lassen, kann insoweit akzeptiert werden, als sie lediglich das ohnehin faktisch vorhandene Naheverhältnis von Männern zu Männermode intensiviert, ihr also grundsätzlich keine diskriminierende Spitze

¹²⁶ *Angela Maria Sirdar v. The Army Board und Secretary of State for Defence*, 16.10.1999, Rs C-273/97, Slg. 1999, I-7403.

¹²⁷ *Sirdar*, Rn 30.

¹²⁸ *Sirdar*, Rn 31; Für kritische Nachfragen siehe Holzleithner 2008b, 211.

¹²⁹ *Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*, 11.01.2000, Rs. C-285/98, Slg. 2000, I-69.

¹³⁰ Gerlach 2000, 4. Abschnitt.

unterstellt werden kann. Allenfalls könnte das männliche Geschlecht tatsächlich als unverzichtbar im Sinne des Gesetzes bezeichnet werden.¹³¹

Die Formulierung „unverzichtbar im Sinne des Gesetzes“ ist eine klassische Art, auf juristische Weise den Kopf aus einer alltagssprachlich ausgelegten Schlinge zu ziehen. Letztlich lässt Gerlach die Lösung des Falls offen, wenn er meint, der Anlassfall könne „allenfalls“ als Ausnahme angesehen werden, „weil nur männliche Verkäufer Männerkleidung tragen können.“ Die Verfasserin des Gutachtens erlaubt sich an dieser Stelle zu widersprechen und stimmt Gerlach zu, wenn er selbst letztlich die besseren Argumente auf der anderen Seite sieht: dass nämlich „die Entscheidung des Arbeitgebers, seine Verkäufer die Männerkleidung auch selbst tragen zu lassen, die vom Gesetz geforderte Unverzichtbarkeit nicht erfüllt, weil objektive Unverzichtbarkeit nicht Ergebnis eines subjektiven Willensentschlusses sein kann.“¹³² Insofern kann man sich aus der Perspektive einer nicht rigoristischen Handhabung der von der RL eröffneten Ausnahmebestimmung die Frage stellen, ob der Gesetzgeber das Wort „unverzichtbar“ klug gewählt hat – der Spielraum ist jedenfalls erdenklich schmal.

Mit Blick auf die anderen Diskriminierungsgründe hat der österreichische Gesetzgeber die Formulierung aus den Richtlinien übernommen:

§ 20. (1) Bei Ungleichbehandlung wegen eines Merkmals, das im Zusammenhang mit einem der in § 17 genannten Diskriminierungsgründe [der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung; E.H.] steht, liegt keine Diskriminierung vor, wenn das betreffende Merkmal auf Grund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.

Was der Vorbehalt der beruflichen Anforderungen jedenfalls auch ermöglichen soll, sind Vorgaben für die Beschäftigung von Personen im Rahmen von Institutionen und Maßnahmen, die Menschen in bestimmten Situationen unterstützen sollen. Dazu gehören etwa Frauenhäuser oder Einrichtungen zur Unterstützung und Beratung von Angehörigen religiös oder ethnisch minorisierter Gruppen oder von sexuellen

¹³¹ Gerlach 2000, 4. Abschnitt.

¹³² Gerlach 2000, 5. Abschnitt.

Minderheiten. Die Bestimmung ist demnach auch im Kontext positiver Maßnahmen¹³³ zu sehen, die an die in den Richtlinien genannten Charakteristika anknüpfen – und die ein unterschiedlich breites Spektrum an Fördermaßnahmen ermöglichen.¹³⁴ Solche positiven Maßnahmen sollten, wie in der Literatur häufig vorgebracht wird, nicht als Ausnahme vom Prinzip der Gleichbehandlung gesehen werden sondern vielmehr als fundamental für dessen Gewährleistung.¹³⁵

Auch beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen ist es unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, nach dem Geschlecht zu differenzieren. In diesem Sinn verfügt Art 4 Abs. 5 RL 2004/113/EG, dass eine unterschiedliche Behandlung dann nicht ausgeschlossen ist, „wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechts bereitzustellen, und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.“ Punkt 16 der Präambel führt näher aus, was darunter zu verstehen sei:

Eine unterschiedliche Behandlung kann nur dann zulässig sein, wenn sie durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Ein legitimes Ziel kann beispielsweise sein: der Schutz von Opfern sexueller Gewalt (wie die Einrichtung einer Zufluchtsstätte für Personen gleichen Geschlechts), der Schutz der Privatsphäre und des sittlichen Empfindens (wie etwa bei der Vermietung von Wohnraum durch den Eigentümer in der Wohnstätte, in der er selbst wohnt), die Förderung der Gleichstellung der Geschlechter oder der Interessen von Männern und Frauen (wie ehrenamtliche Einrichtungen, die nur den Angehörigen eines Geschlechts zugänglich sind), die Vereinsfreiheit (Mitgliedschaft in privaten Klubs die nur den Angehörigen eines Geschlechts zugänglich sind) und die Organisation sportlicher Tätigkeiten (z. B. Sportveranstaltungen, zu denen ausschließlich die Angehörigen eines Geschlechts zugelassen sind). Beschränkungen sollten jedoch im Einklang mit den in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften festgelegten Kriterien angemessen und erforderlich sein.

Auch hier wird wieder ganz deutlich, dass jegliche Differenzierungen aufgrund des Geschlechts als hochgradig legitimationsbedürftig gelten. In diesem Sinn sind auch der

¹³³ Vgl. Art 5 RL 2000/43/EG; Art 7 RL 2000/78/EG; Art 3 RL 2006/54/EG.

¹³⁴ Vgl. Fredman 2008.

¹³⁵ Vgl. Rudolf 2004, 56; Solanke 2009, 749; Tobler 2007.

Nutzung von Einrichtungen gemäß der Maxime „separate but equal“ Grenzen gesetzt; sie werden in Punkt 17 der Präambel formuliert:

Der Grundsatz der Gleichbehandlung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen bedeutet nicht, dass Einrichtungen Männern und Frauen in jedem Fall zur gemeinsamen Nutzung bereitgestellt werden müssen, sofern dabei nicht Angehörige des einen Geschlechts besser gestellt sind als die des anderen.

Hier handelt es sich um eine „Tatbestandsausnahme zugunsten segregierter Angebote.“¹³⁶ Solche Ausnahmen sind grundsätzlich immer problematisch, sodass sie gemäß der Richtlinie eine strenge Hürde der Rechtfertigung überspringen müssen. Erlaubt sind sie bloß deshalb, weil – in den Worten von Schiek – „[k]ein Diskriminierungsregime [...] auf die völlige Einebnung kultureller Geschlechterunterschiede ausgerichtet“ ist. Daher können „auch jenseits der Intimsphäre ‚separate but equal‘-Angebote für Frauen und Männer“ akzeptabel sein. Das ist aber nur dann der Fall, wenn sie einem legitimen Ziel dienen „und nicht über das hinausgehen, was zu seiner Erreichung erforderlich ist.“¹³⁷ So kann etwa die in Sanitäranlagen und Freizeiteinrichtungen übliche Trennung der Geschlechter mit dem Schutz der Intimsphäre gerechtfertigt werden: An Orten, wo man sich nackt bewegt, wie in Umkleideräumen, erscheint der Schutz der Intimsphäre vielen eher gewährleistet, wenn sie sich ausschließlich unter Personen des eigenen Geschlechts befinden. Auf diese Wahrnehmung kann Rücksicht genommen werden; auch hier ist aber das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu beachten.¹³⁸

4. Conclusio aus Theorie und rechtlichen Grundlagen

Die vorangegangenen Überlegungen über die Erweiterung des Geschlechterbegriffs, die Schädlichkeit von Stereotypen sowie das komplexe Zusammenspiel mehrerer Diskriminierungsgründe wollen geschlechtsspezifische Vorschriften bezüglich Bekleidung auf zwei Arten in die Zange nehmen.

¹³⁶ Schiek 2007, 339.

¹³⁷ Schiek 2007, 339.

¹³⁸ Schiek 2007, 339. Nach Schiek 2007, 339, ist es allerdings verfehlt, „die Zugangsverweigerung für Männer bei Gewaltschutzeinrichtungen von Frauen und Mädchen“ auf die o.a. Ausnahmebestimmung zu stützen: „Die Schaffung von geschützten Räumen ist vielmehr als positive Maßnahme [...] gerechtfertigt“.

Einerseits soll es Transgender-Personen *unabhängig von ihrem Personenstand* möglich sein, im Einklang mit ihrem Identitätsgeschlecht zu agieren. Dafür spricht innerrechtlich, dass die Hürden für den entsprechenden Wechsel des Personenstandes immer niedriger werden. Der dahinter liegende Gedanke ist zu verallgemeinern Dies ist, nicht zuletzt und *andererseits* im Lichte der Schädlichkeit von Genderstereotypen an sich geboten. Solche Stereotypen kollidieren mit der vom Prinzip der Menschenwürde gebotenen Möglichkeit, sich individuell zu entfalten, sofern dies nicht auf Kosten anderer geht. Geschlecht wird je nach Kontext und je nach Einfließen anderer Dimensionen unterschiedlich gelebt und mit unterschiedlichen Bedeutungen belegt. Es ist daher nicht zulässig, enge, vom Mainstream her geleitete Vorstellungen von Geschlechterperformance zur Grundlage von Vorgaben zu machen. Sollte der Verdacht bestehen, dass dies dennoch der Fall ist, sollten Genderstereotypen als solche benannt werden; ihre jeweilige Rolle im Kontext eines individuellen Falles ist darzulegen und zu hinterfragen.¹³⁹

Wie bereits eingangs festgehalten, kann aus den juristischen Ausführungen folgender Schluss mit Blick auf Anforderungen zur Geschlechterperformance gezogen werden: Im Arbeitsleben dürfen Normen der Geschlechterperformance nur dann als Anforderung an Mitarbeiter_innen gerichtet werden, wenn sie als Charakteristikum erwiesen werden, das „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“ (Art 14 Abs 2. RL 2006/54/EG). Im Einklang mit der langjährigen, konstanten Judikatur des EuGH ist diese Bestimmung eng zu interpretieren.

Dies gilt auch für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen. Zum einen stellen sich analoge Herausforderungen bei der Frage, wie zu interpretieren ist, dass die Wahl eines Vertragspartners „nicht vom Geschlecht“ abhängig gemacht werden darf (§ 3 Abs 2 RL 2004/113/EG). Etwaige unterschiedliche Behandlungen mit Blick auf die Gender Performance werden davon abhängig gemacht, dass es um die Verfolgung eines legitimen Zieles geht und die Mittel zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich sind (Art 4 Abs 5 RL 2004/113/EG). Auch hier ist die restriktive Judikatur des EuGH zu beachten.

¹³⁹ Timmer 2011, 718-719.

II. Anwendungen

1. *Geschlechterperformance – Regulierungen & Problemlagen*

Nachdem nun der theoretische und juristische Rahmen aufgespannt worden ist – in Teilen auch schon entlang von Beispielen – soll im Folgenden auf jene Fälle eingegangen werden, die im Begleitschreiben für das Gutachten als Herausforderungen genannt worden sind. Dabei orientiere ich mich an der Einteilung, die in der Einleitung dieses Gutachtens vorgenommen worden ist und unterscheide zwischen Fällen, die 1) eine Erweiterung des Geschlechterbegriffs fordern; die 2) unkonventionelle Genderperformances beinhalten und die 3) intersektionelle Betroffenheiten in das Blickfeld bringen. Ich beginne mit der Frage der intersektionellen Betroffenheiten und buchstabiere diese am Beispiel des Kopftuchtragens aus. In Auseinandersetzung damit werden die Kriterien für die Beurteilung der einzelnen Fälle weiter verfeinert.

Nur der Vollständigkeit halber seien hier zwei Bereiche genannt, die mit Blick auf die Thematik des Gutachtens *nicht* zu Problemen führen:

1. Verbote bestimmter Arten der Selbstdarstellung, die mit Blick auf diskriminierungsgeschützte Charakteristika neutral sind. Dazu gehören etwa im Berufsleben sichtbare Piercings oder Tattoos. Solche Verbote können legitim sein, wenn die angeeigneten und sichtbaren Merkmale im Kontrast zum Selbstverständnis eines Unternehmens stehen und etwaige Probleme verursachen könnten.¹⁴⁰ Entsprechend kommt es auch hier auf den Kontext an: Was im höheren Management oder auch in der Welt des konventionellen Modeling ein „no go“ darstellt, gehört in einem Tattoo-Studio wohl zum guten Ton respektive zum gewünschten Auftritt.
2. *Gebote* bestimmter Arten der Selbstdarstellung, die eine Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe, Firma oder Marke anzeigen sollen und die mit Blick auf diskriminierungsgeschützte Charakteristika neutral sind. Dazu gehört etwa das Tragen eines weißen Mantels als Mitarbeiter_in einer Arztpraxis oder Apotheke.

¹⁴⁰ Pizer 2007, 314.

2. Probleme und Lösungsvorschläge: Arbeitsleben

a. Bekleidungs Vorschriften, die mittelbar oder intersektionell nach dem Geschlecht differenzieren - Tragen von Kopfbedeckungen aus religiösen Motiven¹⁴¹

In Diskussionen über die Benachteiligung, die Frauen erleiden, wenn sie aus religiösen Motiven Kopfbedeckungen tragen, wird als Haupt Gesichtspunkt einer Betrachtung aus Perspektive der Antidiskriminierung zumeist die Religion fokussiert – bisweilen auch die ethnische Herkunft, weil die meisten Kopftuch tragenden Muslimas einen Migrationshintergrund aufweisen. Die Frage der Geschlechtergerechtigkeit ist häufig nur ein Nebengleis¹⁴²; sie wird bisweilen mit einem gewissen Unbehagen ins Spiel gebracht, indem argumentiert wird, das Kopftuchtragen an sich und als solches stelle eine Benachteiligung von Frauen dar.¹⁴³ Demzufolge würden Geschlechtergleichheit und Religionsfreiheit miteinander kollidieren. Frauen, so kommt es aus einschlägigen Stellungnahmen heraus, lassen sich durch das Kopftuchtragen auf ihre eigene Unterdrückung ein. Aus diesem Grund scheinen sie Kindern ein schlechtes Beispiel zu geben, und das spiele zumal in der Schule eine wesentliche Rolle: Angesichts einer Kopftuch tragenden Lehrerin könnten sich muslimische Mädchen dazu aufgefordert sehen, selbst ein Kopftuch zu tragen und in Jungen könnte die Überzeugung wachsen und befördert werden, dass dies die adäquate Art ist, in der sich Frauen eben zu verhalten haben: submissiv sich dem Willen Allahs und ihrer männlichen Verwandten ergebend. So gesehen könnte die Geschlechtergleichheit nur dann befördert werden, wenn die Religionsfreiheit eingeschränkt wird. Dies sei um des höheren Ziels der Geschlechtergleichheit willen in Kauf zu nehmen.¹⁴⁴

Diese Sichtweise ist äußerst selektiv und erweist sich zumal aus einer intersektionalen Perspektive als untragbar.¹⁴⁵ Denn die Tatsache, dass das Kopftuch neben einem

¹⁴¹ Siehe zur Vollverschleierung zB Loenen 2008 sowie die Beiträge in Berghahn/Rostock 2009.

¹⁴² Vakulenko (2007, 184) spricht von einer „noticeable tendency to overlook or underestimate the gender dimensions of the hijab controversy“.

¹⁴³ Siehe dazu mit entsprechenden Nachweisen Holzleithner 2009b, 341-343.

¹⁴⁴ So etwa die Argumentation von Alice Schwarzer 2002. Zur Problematik dieser Argumentation im Lichte eines gehaltvollen Prinzips der Autonomie siehe Holzleithner 2009b.

¹⁴⁵ Vgl. Sacksofsky 2005; Schiek 2004, 68. Siehe freilich die sehr zurückhaltende Argumentation des EGMR; Kritik von Timmer (2011, 716): „Covering demands stood central in quite a number of ECtHR cases. (In)famous are the headscarf cases: Dhalab v Switzerland 2001-V; Leyla Şahin v Turkey 2005-X; 41 EHRR 8; and Dogru v France Application No 27058/05, Merits, 4 December 2008. See also

religiösen auch ein geschlechtlich konnotiertes Kleidungsstück ist, erzeugt eine Situation intersektionaler Betroffenheit, die aus der Perspektive eines umfassenden Antidiskriminierungsrechts nicht ignoriert werden darf. Das Tragen eines Kopftuchs aus religiösen Motiven ist eben nicht einfach eine religiöse, sondern eine ebenso unhintergebar *geschlechtlich* konnotierte Praxis, eine ganz bestimmte „Genderperformance“. Eine Benachteiligung einer Frau wegen des Tragens von *auch* geschlechtlich konnotierten Kleidungsstücken ist insofern immer *auch* eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts.¹⁴⁶ Dies ist auch die Sichtweise des Senates I der GBK: „Wird eine Bewerberin im Auswahlverfahren nicht berücksichtigt, da sie aufgrund des Tragens eines muslimischen Kopftuchs nicht dem vom Unternehmen vorgegebenen Erscheinungsbild der weiblichen Arbeitnehmerinnen entspricht, ist dies unter den Tatbestand der Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 3 Z 1 GIBG zu subsumieren.“¹⁴⁷

Ob direkte oder indirekte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vorliegt, hängt von der Konstellation ab: So könnte es, erstens, sein, dass ein Arbeitgeber *jegliche* Form der Kopfbedeckung verbietet; zweitens, ein Arbeitgeber verbietet unmittelbar und ausschließlich das Tragen von Kopftüchern seitens seiner weiblichen Beschäftigten. Im ersten Fall sind religiöse wie säkulare Bedeckungen erfasst und nach Geschlechtern wird nicht differenziert. Daher ist an eine mittelbare Diskriminierung auf Grund der Religion zu denken ebenso wie an eine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, wenn die Auswirkungen einer solcher Regelung typischerweise muslimische Frauen treffen. Anders stellt sich der zweite Fall dar. Wenn die Bestimmung direkt darauf abzielt, das Kopftuch und damit muslimischen Frauen die Bedeckung zu verbieten, so sind eben Frauen betroffen, die sich aus religiösen Gründen in bestimmter Weise kleiden. Die Intersektion kann so formuliert werden, wie Crenshaw dies im Fall der Diskriminierung afroamerikanischer Frauen gezeigt hat: Betroffen sind weder „Frauen“ noch „religiöse Personen“; erst die Kombination von Weiblichkeit und (sichtbarer) Religiosität erzeugt jene Subjektposition, die in dem Unternehmen unerwünscht ist.

Alekseyev v Russia Application Nos 4916/07; 25924/08 and 14599/09, Merits 21 October 2010 (concerning a prohibition on gay marches in Moscow).“

¹⁴⁶ Siehe dazu im Detail Holzleithner 2008a.

¹⁴⁷ GBK I/392/11-M, 26.05.2014, 8.

Diese Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist *unmittelbar*: Jemand, der eine Frau deshalb nicht als Arbeitnehmerin beschäftigen will, weil sie ein Kopftuch trägt, möchte dies deshalb nicht, weil sie eine bestimmte Art von Weiblichkeit zur Schau trägt. Die Argumentation kann hier entlang einer Frage vertieft werden, die Michaela Windisch-Graetz diskutiert hat, nämlich „ob nicht in Analogie zum Fall der Schwangerschaft im Kopftuchverbot sogar eine unmittelbare Frauendiskriminierung zu sehen ist, weil durch dieses Verbot nur Frauen getroffen werden können“.¹⁴⁸ Tatsächlich ist diese Analogie eine Überlegung wert. Windisch-Graetz selbst verwirft sie nach einer Auseinandersetzung mit der einschlägigen Judikatur des EuGH, die Aufschluss darüber gibt, *warum* eine Benachteiligung aufgrund einer Schwangerschaft als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts gilt. Im Folgenden soll gezeigt werden, wie der Gedanke einer solchen Analogie womöglich doch verteidigt werden könnte.

Der EuGH hatte anhand einiger Fälle zu klären, ob und inwieweit Schwangerschaft als Phänomen zu sehen ist, das für die Angehörigen nur *eines* Geschlechts charakteristisch ist, oder ob Schwangerschaft als ein Ereignis rekonstruiert werden kann, das Männer wie Frauen gleichermaßen betrifft. In diesem zweiten Sinn hatte der (potenzielle) Arbeitgeber im Fall *Dekker* argumentiert, Schwangerschaft sei analog einer *Krankheit* zu sehen und daher könne nicht die Rede davon sein, dass die Nichtbeschäftigung einer schwangeren Frau eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle.¹⁴⁹ Der Arbeitgeber sah die Problematik gleichsam rein vom Ergebnis her: Kranksein ist ein typischer Grund dafür, dass jemand die Arbeit nicht erbringen kann – subsumieren wir also auch die Schwangerschaft darunter.

Der EuGH verwehrte sich gegen eine derartige Argumentation durch Herausstreichen der Sonderstellung von Schwangerschaften als Ereignisse, die ausschließlich im Leben von Frauen vorkommen und die in ihrer Besonderheit wahrzunehmen sind.¹⁵⁰ Man müsse etwa jene Gefahr berücksichtigen, „die eine mögliche Entlassung für die physische und psychische Verfassung von schwangeren Arbeitnehmerinnen,

¹⁴⁸ Windisch-Graetz, RdA 2005, nach Fn 6.

¹⁴⁹ *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker gegen Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus*, EuGH 1990, C-177/88, Slg. 1990, I-3941, Rn 10. So auch das US Supreme Court im Fall *Geduldig v. Aiello*, 417 U.S. 484 (1974); dazu Holzleithner 2002a, 30. Gemäß dem Pregnancy Discrimination Act of 1978 (PDA) wird Schwangerschaft in den Vereinigten Staaten auch heute noch als eine „medical condition“ angesehen.

¹⁵⁰ *Dekker*, Rn 12; *Carole Louise Webb gegen EMO Air Cargo (UK) Ltd.*, EuGH 1994, C-32/93, Slg. 1994, I-03567, Rn 24–25.

Wöchnerinnen oder stillenden Arbeitnehmerinnen darstellt, einschließlich des besonders schwerwiegenden Risikos, dass eine schwangere Arbeitnehmerin zum freiwilligen Abbruch ihrer Schwangerschaft veranlasst wird¹⁵¹. Vergleichbarkeit mit Männern sei nicht erforderlich, um zum Befund einer Benachteiligung aufgrund des Geschlechts zu gelangen. Die mittlerweile gefestigte Judikatur hat auch Eingang in die entsprechenden Richtlinien gefunden: „[J]egliche ungünstigere Behandlung einer Frau im Zusammenhang mit Schwangerschaft oder Mutterschaftsurlaub im Sinne der Richtlinie 92/85/EWG“ gilt als unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts.¹⁵²

Schwangerschaft ist ein körperlicher Vorgang; die Fähigkeit dazu konstituiert „Weiblichkeit“ in ganz fundamentaler Weise. Diese Annahme scheint selbstverständlich zu sein, ist aber nicht ganz so simpel, wie es auf den ersten Blick aussieht. Sehen wir uns die Problematik daher etwas genauer an. Zunächst ist festzuhalten, dass die Verknüpfung einer bestimmten Form der Fortpflanzungsfähigkeit mit Weiblichkeit nicht bedeuten kann, dass eine Person, die nicht (mehr oder noch nicht) schwanger werden kann, nicht als weiblich anzusehen ist. Wenn einer Frau im Zuge einer „Totaloperation“ Uterus und Eierstöcke entfernt wurden, ist sie deshalb nicht „nicht weiblich“. Allerdings können derartige Eingriffe auch anders gedeutet werden: dann nämlich, wenn sie im Zuge einer Geschlechtsanpassung bei Transsexualität vorgenommen werden. Es kommt hier also auf den Kontext an. Rechtlich gesehen ist die Modifikation des Körpers in Kombination mit einer entsprechenden – mittels Diagnose einer „Geschlechtsidentitätsstörung“ verbürgten – Identifikation und unterstützt von einer einschlägigen hormonellen Behandlung ausschlaggebend, um das Geschlecht als modifiziert anzusehen.¹⁵³

Wer schwanger werden *kann*, gilt aber typischerweise¹⁵⁴ als *weiblich*. Und Schwangerschaft ist in der Tat eine Möglichkeit im Leben von Frauen, wie Windisch-Graetz notiert, in der „eine grundlegende Ursache von Frauendiskriminierung liegt

¹⁵¹ *Webb* Rn 21. Diese Formulierung wäre eine nähere Betrachtung wert.

¹⁵² Art 2(2)c RL 2006/54/EG. Interessant an dieser Formulierung ist der nicht ganz nachvollziehbare Komparativ, weil durch die Fassung von Schwangerschaft und Mutterschaft als Phänomene *sui generis* schlicht der Komparator fehlt.

¹⁵³ Auf die Problematik der Pathologisierung einer unkonventionellen Genderidentifizierung durch die Diagnose Geschlechtsidentitätsstörung kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

¹⁵⁴ Nach neuer Judikatur der österreichischen Höchstgerichte ist es allerdings möglich, dass eine reproduktionsfähige Frau den rechtlichen Personenstand „männlich“ bekommt. Daher ist im oberen Satz nur die Rede von „typischerweise“.

[und] die im Wesentlichen jede Frau im Zuge ihrer Erwerbskarriere treffen kann. Die dogmatische Einordnung von Ungleichbehandlung von Schwangerschaft als unmittelbare ‚Diskriminierung‘ will [...] Frauendiskriminierung in spezifischer Weise an der Wurzel bekämpfen und ist daher nicht verallgemeinerungsfähig.¹⁵⁵ Damit ist aber, wie ich meine, das letzte Wort noch nicht gesprochen. Denn das Europarecht sieht nicht nur die Benachteiligung aufgrund des *körperlichen Vorgangs* Schwangerschaft, sondern auch jene aufgrund eines „Mutterschaftsurlaubs“ als *unmittelbare* Benachteiligung auf Grund des *Geschlechts* an.¹⁵⁶ Damit gelangen wir aus dem Bereich des unmittelbar Körperlichen hinaus in das Feld der Vorstellungen dahingehend, was einer Frau als Mutter zuträglich erscheint, und das ist Teil eines (noch) weniger *körperlichen* als (noch viel mehr) *normativen* Konzepts von Geschlecht, also weniger von *sex* als von *gender*. Mutterschaft als spezifische Ausprägung von Weiblichkeit darf nicht zum Anknüpfungspunkt von Diskriminierung werden – das ist der Kern dieser Bestimmung.

Anknüpfend an diese Konzeption kann eine Brücke zur islamischen Bedeckung geschlagen werden. Denn das Kopftuch in seinen vielfältigen Variationen ist ebenso eine Art normativer Wahrnehmung von Geschlecht. Wer keine Frau mit Kopftuch beschäftigen möchte, will es vermeiden, eine Person zu beschäftigen, die eine bestimmte Art von Weiblichkeit *verkörpert*. Die Benachteiligung bezieht sich daher unmittelbar auf die Art, wie Geschlecht dargestellt wird, in diesem Kontext vor einem religiösen Hintergrund. Betrachtet man die Angelegenheit wie vorgeschlagen, bedeutet dies nach österreichischem Recht eine Zuständigkeit des Senats I der österreichischen Gleichbehandlungskommission, insofern es sich hier um eine Mehrfachdiskriminierung handelt, bei der das Geschlecht im Spiel ist (§ 1 Abs 3 GBK/GAW-Gesetz). Diese Sichtweise hat sich, wie bereits erwähnt, der Senat I der Gleichbehandlungskommission bereits zu Eigen gemacht.¹⁵⁷ Analog kann dies auch für religiöse Bekleidungs Vorschriften in Anschlag gebracht werden, die Männer betreffen (zB Turban, Kippa, aber auch das Tragen eines Bartes). Gegebenenfalls ist zu überlegen, die

¹⁵⁵ Windisch-Graetz 2005, nach Fn 9.

¹⁵⁶ Gemäß RL 92/85/EG handelt es sich dabei um einen obligatorischen Mutterschaftsurlaub von mindestens zwei Wochen um die Entbindung herum (Art 8 Abs 2). Der Mutterschaftsurlaub muss Teil einer Karenzzeit von mindestens vierzehn ununterbrochenen Wochen sein, welche sicherzustellen sich die Mitgliedstaaten verpflichtet haben (Art 8 Abs 1).

¹⁵⁷ GBK I/392/11-M, 26.05.2014

Zuständigkeit davon abhängig zu machen, wie prominent im jeweiligen Kontext eine Betroffenheit aufgrund des Geschlechts im Vergleich zur Betroffenheit etwa aufgrund der Religion oder ethnischen Herkunft anmutet.

Die Interpretation zum Stellenwert der Genderdimension beim Kopftuchtragen ist verallgemeinerbar. Damit kann generell eine kritische Perspektive auf Dresscodes gerichtet werden, die sicherstellen sollen, dass Frauen eine bestimmte, attraktive Performance von Weiblichkeit entlang aktueller Mainstream-Standards an den Tag legen. Das beinhaltet etwa die Pflicht zum Tragen von engen Röcken, welche manche Fluglinien ihren weiblichen Mitarbeiterinnen nach wie vor auferlegen,¹⁵⁸ oder gar die Vorgabe, dass während des Boardens der Passagier_innen High Heels zu tragen sind.¹⁵⁹ Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen ist offenkundig: Während im Fall des Kopftuchtragens „zu viel“ (kulturell abweichende) Weiblichkeit an den Tag gelegt wird, zeigt die Flugbegleiterin in Hosen und flachen Schuhen „zu wenig“ (kulturell konforme) Weiblichkeit. Aber die Logik ist die Nämliche: Frauen sollen sich im Rahmen der kulturell üblichen Konventionen (attraktiver, d.h. auch: heterosexueller) Weiblichkeit bewegen. Auf diese Art kann Antidiskriminierungsrecht ganz allgemein für Frauen in Anschlag gebracht werden, die von stereotypen Erwartungen hinsichtlich der Geschlechterperformance abweichen, sei diese nun religiös inspiriert¹⁶⁰ oder dem „bloßen“ Wunsch zur Abweichung von Geschlechterstereotypen geschuldet.

Dieser Ansatz nimmt die dekonstruktivistische These ernst, dass Geschlecht in ganz fundamentaler Weise eine normative Konstruktion darstellt. Davon sollen all jene profitieren können, die nicht gängigen Geschlechterstereotypen entsprechen, seien sie fromm, politisch religiös, unkonventionell feminin oder maskulin oder transgender. Nach diesem Ansatz dürfen Normen der Geschlechterperformance nur durchgesetzt werden, wenn sie – gemäß dem EU-Antidiskriminierungsrecht – ein Charakteristikum darstellen, das „aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche

¹⁵⁸ Siehe als ein Beispiel die von den Stewardessen selbst als zu eng und zu kurz wahrgenommenen Uniformen der chinesischen Airline Cathay Pacific; http://www.focus.de/reisen/flug/chinesische-airline-unter-druck-sexy-uniformen-werden-stewardessen-zum-verhaengnis_id_3831189.html (11.08.2015).

¹⁵⁹ So die Vorgabe von El Al; siehe Goldstein 2015. Einer Zeitungsmeldung zufolge wehr(t)en sich viele Stewardessen gegen diese Vorgabe, indem sie sie schlicht ignorierten; <http://www.haaretz.com/blogs/routine-emergencies/.premium-1.663972> (21.10.2015).

¹⁶⁰ Die einschlägigen Motivationen sind überaus divers. Vgl. Amir-Moazemi 2007, Schröter 2003.

Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.“ (Art 14 Abs. 2 RL 2006/54/EG) Diese Ausnahme ist, wie bereits mehrfach betont, eng zu interpretieren.

Was bedeutet dies nun mit Blick auf mögliche Rechtfertigungsversuche, wenn ein_e Arbeitgeber_in eine Frau nicht einstellen oder kündigen möchte, die aus religiösen Motiven ein Kopftuch trägt?

Ein Argument, das häufig kursiert, bezieht sich auf die Wünsche der Kund_innen – die sogenannten „customer preferences“. ¹⁶¹ Hier wird behauptet, die Beschäftigung einer Kopftuch tragenden Frau sei dem Unternehmen nicht zuträglich, weil die Kund_innen dies nicht wünschten – sei es im Sinne deren bloßen Anblicks (etwa einer Reinigungskraft während der Bürozeiten) oder im Umgang mit ihnen im Kontext von Verkaufsgesprächen. So war in einem rechtfertigenden Schreiben von Seiten eines Reinigungsunternehmens an die GBA die Rede davon, „auf dem ausgeschriebenen Arbeitsplatz“ seien „keine Mitarbeiter [sic] mit Kopftuch erwünscht“. Dass dies aber nicht als Ausdruck der Diskriminierung durch die Reinigungsfirma selbst gesehen werden könne, ergebe sich daraus, dass „anderen Mitarbeiterinnen des Unternehmens an anderen Einsatzorten das Tragen eines Kopftuchs bei der Arbeit sehr wohl gestattet sei.“ ¹⁶² Wenn demnach, so die Argumentation, bloß Kund_innenwünsche *weitergegeben* werden, dann könne man das Unternehmen selbst nicht wegen Diskriminierung zur Verantwortung ziehen.

Eine solche Argumentation kann vor dem Hintergrund des Ziels, einen umfassenden Diskriminierungsschutz zu verbürgen, nicht erfolgreich sein. Wenn ein Kunde von einem Unternehmen diskriminierendes Verhalten verlangt, ist dies selbst als Diskriminierung einzuordnen – nämlich im Sinne einer schadenersatzbegründenden *Anweisung* zur Diskriminierung (§ 19 Abs 3 GIBG). In diesem Fall sind beide – Unternehmen und Kunde – schadenersatzpflichtig. Wenn das Unternehmen die Auffassungen des Kunden zum Erscheinungsbild der Mitarbeiterinnen antizipiert, ohne dass es einen spezifischen Wunsch von dessen Seiten gibt, dann verstößt bloß das

¹⁶¹ Siehe die Sachverhalte von GBK II/31/07; II/70/08 sowie II/N-135/11. Allgemein dazu siehe Radlingmayr 2012.

¹⁶² GBK II/31/07, 2.

Unternehmen gegen das Diskriminierungsverbot.¹⁶³ Es ist im Wirkungsbereich des Gleichbehandlungsgesetzes eben nicht frei, „die Auffassung des überwiegenden Teiles der Kunden“¹⁶⁴ zum Maßstab für Personalauswahl zu machen, wenn diese dem Gebot der Gleichbehandlung widerspricht.

Der Kunde selbst – ein großes Kaufhaus – hatte im gegenständlichen Fall als Begründung für die Ablehnung von Kopftuch tragenden Frauen vorgebracht, es gebe „Vorschriften bezüglich einer ‚einheitlichen Arbeitskleidung‘“¹⁶⁵, die schlicht kein Kopftuch vorsehen. Dies ist ein weiteres Argument, das im Kontext der Ablehnung bestimmter Geschlechterperformances häufig vorgetragen wird. Es wurde auch in einem anderen Fall vor der GBK vorgebracht, in dem einer Ärztin mitgeteilt wurde, sie dürfe kein Kopftuch tragen, da Bekleidungs Vorschriften einzuhalten seien – in diesem Fall „das Tragen von weißer Arbeitskleidung“¹⁶⁶. Angesichts der Tatsache, dass diesem Anliegen mit dem Tragen eines weißen Kopftuchs problemlos entsprochen werden kann, darf ein solches Streben nach Einheitlichkeit jedenfalls nicht auf Kosten der Gleichbehandlung gehen.¹⁶⁷

Immer wieder wird auch das Argument aufgeboten, es sei aus arbeitstechnischen Gründen geboten, ein Kopftuchverbot zu verfügen. Dabei könnte man sich gegebenenfalls auf § 71 ArbeitnehmerInnenenschutzgesetz stützen, wonach die Arbeitskleidung „den Erfordernissen der Tätigkeit entsprechen und so beschaffen sein [muss], dass durch die Kleidung keine Gefährdung der Sicherheit und Gesundheit bewirkt wird.“ Allerdings muss jeweils im Einzelfall nachgewiesen werden, dass etwa durch das Tragen eines Kopftuchs eine Gefährdung der Sicherheit gegeben wäre. Es ist zu vermuten, dass ein solcher Versuch typischerweise zum Scheitern verurteilt ist, da ein straff gebundenes Kopftuch eher einen Schutz darstellt als eine Gefahr – schon gar im Vergleich mit offen getragenen langem Haar.

¹⁶³ So etwa in GBK II/70/08, wo der Vertreter einer Kuranstalt meinte, der „eher konservative Gästestamm“ könnte Schwierigkeiten machen, wenn eine Ärztin ein Kopftuch trägt (2).

¹⁶⁴ So eine Formulierung von Rauch 2006, Abschnitt 5.

¹⁶⁵ GBK II/31/07, 3.

¹⁶⁶ GBK II/70/08, 2.

¹⁶⁷ Siehe auch GBK I/392/11-M vom 26.05.2014. In diesem Fall ließ sich die betroffene Frau in weiterer Folge vom Klagsverband vertreten. Das Unternehmen wollte sich ein Verfahren vor dem Arbeits- und Sozialgericht ersparen und zahlte den geforderten Schadenersatz von 2.500,00 Euro; http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/site/cob_59061/6880/default.aspx (21.10.2015).

Das Nämliche gilt für hygienische Aspekte. Diese Frage wurde bereits relativ früh vom Krankenanstaltenverbund (KAV) aufgegriffen, nachdem sich eine muslimische Mitarbeiterin wegen eines Kopftuchverbots im Dienst beschwert hatte. Im Zuge dessen setzte sich eine interdisziplinäre Arbeitsgruppe in Abstimmung mit der Frauenbeauftragten der islamischen Glaubensgemeinschaft mit der Thematik auseinander und bereitete die Erarbeitung eines Erlasses zum Tragen von Kopfbedeckungen im Arbeitskontext vor. Dieser Erlass gilt, ausgehend von der Kopftuchfrage, für sämtliche religiöse Kopfbedeckungen. Er wird im Folgenden im Sinne eines best practice-Beispiels zur Gänze zitiert:

Das Tragen einer Kopfbedeckung als Ausdruck gelebter Religiosität und Teil der Glaubenspraxis bringt das individuelle Bekenntnis der/des Tragenden zum Ausdruck. Dieses Bekenntnis ist zu respektieren und das Tragen zu ermöglichen, wenn folgende maßgebliche Grundsätze nicht verletzt werden:

Die Patient/innen-Sicherheit und die Patient/innen-Rechte, der Arbeitnehmer/innen-Schutz, die hygienischen Vorschriften sowie die Dienstbekleidungs Vorschriften. Nachstehende Beispiele werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit und unter Hinweis auf die geltenden Bekleidungs Vorschriften angeführt: Operationsbereiche bzw. OP-ähnliche Einheiten, Dialyse-Einheiten, Isoliereinheiten mit festgelegter Schutzbekleidung, Intensiv- und vergleichbare Einheiten bzw. Aufwach- und Überwachungseinheiten und psychiatrische Einrichtungen.

Die Entscheidung und Verantwortung zur Umsetzung dieser Feststellungen obliegt den jeweiligen Führungskräften vor Ort. Entstehende Fragen und Diskussionen sind in partnerschaftlich wertschätzender Art und Weise zu klären bzw. zu führen.

...¹⁶⁸

Am AKH werden diese Vorgaben hinsichtlich der Hygiene wie folgt expliziert – auch dies sei im Sinne eines best practice-Beispiels zur Gänze im Wortlaut wiedergegeben:

4.2.1 Hygienische Aspekte für das Tragen von Kopfbedeckungen in medizinischen Bereichen

¹⁶⁸ Zitiert nach BMWA, Chancengleichheit in der Arbeitswelt. Best Practices und Diskussionen zur geschlechts- und herkunftsspezifischen Gleichberechtigung im Berufsleben vom 28. Oktober 2008, im Museumsquartier Wien, Veranstaltungsbericht, <http://www.chancengleichheit.at/NR/rdonlyres/2233958B-D6E7-46E8-8350-F435EBF1B92F/1976/EndberichtChancengleichheit.pdf> (17.09.2013).

Kopftücher und andere Kopfbedeckungen, die aus religiösen Gründen auch bei der Arbeit getragen werden, verursachen keine krankenhaushygienischen Probleme, wenn die folgenden hygienischen Aspekte eingehalten werden:

- Kopfbedeckungen müssen frei von sichtbaren Verschmutzungen sein. Sie müssen regelmäßig, (bevorzugt) täglich, gegen frisch gewaschene ausgetauscht werden. Empfohlen wird, saubere Kopfbedeckungen als Reserve im Dienst zu haben, um nach einer Kontamination oder sichtbaren Verschmutzung eine Tauschmöglichkeit zu haben.
- Bei Kopftüchern müssen die freien Enden von der Dienstkleidung bedeckt werden. Die Trägerin hat sich zu vergewissern, dass ihre Kopfbedeckung hygienisch korrekt gewaschen (maschinelles Waschverfahren, mindestens 60° C) und gelagert wird.¹⁶⁹

Aus all dem ist ersichtlich, dass es leicht möglich ist, Uniformität, Praktikabilität, Schutz, Hygiene, Geschlechtergerechtigkeit und Sensibilität für Ausdrucksformen vergeschlechtlichter Religiosität miteinander zu vereinbaren.

Spezialfall Vollverschleierung

Anders gelagert ist die Problematik bei Vollverschleierung mittels Burka oder Niqab. Zunächst zu den menschenrechtlichen Rahmenbedingungen: In einem bemerkenswerten, viel kritisierten Urteil hat der EGMR im Jahr 2014 das (geschlechtsneutral formulierte und nicht auf die Religion bezogene) französische Verbot der Gesichtverschleierung in der Öffentlichkeit für zulässig erklärt.¹⁷⁰ Von Bedeutung ist zunächst, welche Argumente der EGMR nicht gelten ließ: Frankreich hatte versucht, sich auf die Gleichberechtigung der Geschlechter sowie auf die Achtung der Menschenwürde zu stützen. Das Gleichberechtigungsargument gehe fehl, weil man sonst geltend machen könnte, „Personen auf dieser Grundlage vor der Ausübung ihrer eigenen Rechte und Freiheiten zu schützen“,¹⁷¹ nämlich Art 8 (Recht auf Privat- und Familienleben) und Art 9 (Gedankens-, Gewissens- und Religionsfreiheit) EMRK. Auf

¹⁶⁹ HYGIENERICHTLINIE AKH-KHH-RL-077 Personalhygiene für MitarbeiterInnen der Betriebsabteilung gültig ab: 12.07.2012, version 03, http://www.meduniwien.ac.at/orgs/fileadmin/krankenhaushygiene/HygMappe/Richtlinien/077_Personalhygiene_Betriebsabteilung.pdf

¹⁷⁰ *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11, 01.07.2014, NJW 2015, 2925-2936, m. Anm. v. Hochhuth.

¹⁷¹ *S.A.S. v. France*, Rn 119.

die Menschenwürde könne man ua sich deshalb nicht berufen, weil es keine Hinweise darauf gebe, „dass Frauen, die sich ganz verschleiern, damit eine Form von Verachtung gegenüber denen zum Ausdruck bringen wollen, denen sie begegnen, oder sonst die Menschenwürde anderer verletzen.“¹⁷² Schlagend ist für den EGMR vielmehr ein anderes Argument, das Frankreich vorbrachte, nämlich „die Beachtung von Mindestanforderungen des gesellschaftlichen Lebens [...] oder des Zusammenlebens“; dieses könne „mit dem berechtigten Ziel des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer verbunden sein.“¹⁷³ Das Argument übersteht im Lichte eines Frankreich konzidierten weiten Ermessensspielraums die Verhältnismäßigkeitsprüfung; der EGMR fasst in den leitenden Entscheidungsgründen wie folgt zusammen:

6. Das umstrittene Verbot ist [...] insoweit gerechtfertigt, als es die Voraussetzungen für das Zusammenleben der Menschen garantieren will. Es gehört zweifellos zu den Aufgaben des Staates, die Voraussetzungen für das Zusammenleben der Menschen in ihrer Unterschiedlichkeit zu garantieren. Es ist nachvollziehbar, dass ein Staat in diesem Zusammenhang den zwischenmenschlichen Beziehungen besondere Bedeutung beimisst, die beeinträchtigt werden, wenn Personen ihr Gesicht in der Öffentlichkeit verschleiern

7. Die Barriere, die gegenüber anderen durch einen das Gesicht verbergenden Schleier errichtet wird, kann als Angriff auf das Recht anderer verstanden werden, in einem sozialen Raum zu leben, der das Zusammenleben erleichtert.

Gegen das Judikat richtet sich eine Fülle von kritischen Stimmen. Denn der EGMR schafft mit seiner Bezugnahme auf „die Voraussetzungen für das Zusammenleben der Menschen“ einen „weitgehend nicht überprüfbaren Spielraum, in dem Staaten unter Verweis auf den Schutz der Rechte anderer das Fremde aus der Öffentlichkeit verbannen dürfen.“¹⁷⁴ Insoweit gehen die möglichen Konsequenzen des Judikats weit über den vorliegenden Anwendungsbereich hinaus. Eigentümlich mutet auch an, dass eine Art Pflicht zur Kommunikationsoffenheit im öffentlichen Raum statuiert wird – ein „dogmatische[r] Kniff“¹⁷⁵. Völlig plausibel halten dem die Verfasserinnen der Dissenting Opinion, Richterinnen Nußberger und Jäderblom, entgegen, dass das Recht

¹⁷² *S.A.S. v. France*, Rn 120.

¹⁷³ *S.A.S. v. France*, Rn 121.

¹⁷⁴ Finke, <https://www.juwiss.de/84-2014/> (21.10.2015).

¹⁷⁵ Hochhuth, NJW 2014, 2936.

auf Privatleben doch „auch das Recht, nicht zu kommunizieren und zu anderen Personen in der Öffentlichkeit keinen Kontakt aufzunehmen – das Recht, ein Außenseiter zu sein“, umfasst.¹⁷⁶ Moniert wurde auch, dass der EGMR dem durch das Verbot erfolgten Ausschluss von Frauen aus dem öffentlichen Raum viel zu wenig Gewicht einräumte. Lembke weist etwa darauf hin, dass Frauen eine „gleichberechtigte oder auch nur unbegleitete Nutzung des öffentlichen Raums [bis weit ins 20. Jahrhundert hinein] nicht möglich [war]. Ein (faktisches) Burka-Verbot knüpft, auch wenn seine Intention gerade die Gleichberechtigung sein sollte, an solche Traditionen an, indem es eine bestimmte Gruppe von Frauen aus dem öffentlichen Raum verdrängt.“¹⁷⁷ Mit Schadendorf ist schließlich auch noch darauf hinzuweisen, dass „sensible Diskriminierungsmerkmale wie das Geschlecht nach der Rechtsprechung des EGMR besonders gewichtige Rechtfertigungsgründe [erfordern], was umso mehr bei intersektioneller Diskriminierung gelten muss.“¹⁷⁸

Was bedeutet dies alles für Niqab und Burka im Arbeitsleben? Während ich mich mit Blick auf den öffentlichen Bereich den Kritiker_innen des EGMR-Judikats anschließe, halte ich das Kommunikationsargument für Arbeitsverhältnisse nicht für völlig untauglich. Nicht zuletzt kann man sich im Bereich des Arbeitslebens nicht darauf zurückziehen, nicht kommunizieren zu wollen – der Kontakt mit Arbeitgeber_in, Kolleg_innen wie gegebenenfalls mit Kund_innen oder Schutzbefohlenen ist inhärenter Bestandteil des Arbeitslebens.

Gleichzeitig ist aber – im Kontext der österreichischen Rechtslage, die kein Verbot der Vollverschleierung kennt – zu beachten, dass jede Form des Ausschlusses von Frauen aufgrund des Tragens eines Gesichtsschleiers eine unter dem Aspekt der Diskriminierung zu überprüfende intersektionelle Ungleichbehandlung (jedenfalls) aufgrund des Geschlechts und der Religion darstellt, die für ihre Rechtfertigung hohen Standards genügen soll. Um hier nochmals die Schlussfolgerungen aus dem theoretischen Teil zu wiederholen: Im Arbeitsleben dürfen Normen der Geschlechterperformance nur dann als Anforderung an Mitarbeiter_innen gerichtet werden, wenn sie als Charakteristikum erwiesen werden, das „aufgrund der Art einer

¹⁷⁶ *S.A.S. v. France*, Dissenting Opinion, Rn 8.

¹⁷⁷ Lembke 2014.

¹⁷⁸ Schadendorf 2014.

bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt“ (Art 14 Abs 2. RL 2006/54/EG). Diese Vorgabe ist eng zu interpretieren, und sie ist mit Aufmerksamkeit und Sensibilität auf den jeweiligen Kontext auszurichten.

Eine rein schematische Behauptung, Kommunikation werde an sich durch den Gesichtsschleier verunmöglicht und daher sei im Arbeitsleben jegliche Nichtaufnahme/Kündigung wegen des Tragens von Niqab oder Burka ohne weitere Argumentation bereits erlaubt, wird hier als im Kontext des österreichischen Rechts für zu weitgehend gehalten. Was für die Tätigkeit im Kindergarten gilt, wo in der Interaktion mit den Kindern wohl tatsächlich die Mimik eine große Rolle spielt – SPÖ-Jugendstadtradt Christian Oxonitsch spricht davon, die „Kleinen hätten ein Recht darauf, die Mimik ihrer Betreuungspersonen zu sehen“¹⁷⁹ – ist so nicht auf jeden Arbeitsbereich umlegbar. Es ist zu hoffen, dass auch die Gerichte das so sehen und SAS nicht schematisch anwenden.

b. Bekleidungs Vorschriften, die unmittelbar nach dem Geschlecht differenzieren

i. Am Arbeitsplatz

In großen Unternehmen ist es nicht unüblich, Mitarbeiter_innen eine bestimmte Arbeitskleidung vorzuschreiben und diese gegebenenfalls auch zur Verfügung zu stellen. Diese Arbeitskleidung ist meist geschlechtlich differenziert. Bisweilen greifen einschlägige Vorgaben tief in die Persönlichkeits- und Intimsphäre ein. Einer breiteren Öffentlichkeit wurde der Dresscode der Schweizer Bank UBS¹⁸⁰ bekannt, der auf 44 Seiten strikte Vorgaben machte und in der Presse ziemlich einhellig mit Spott bedacht wurde. Die Regelungstiefe reicht bis hin zur Vorgabe, die Unterwäsche von weiblichen Mitarbeiter_innen solle unauffällig fleischfarben sein und dürfe keinesfalls dunkel oder bunt durchschimmern¹⁸¹. Die breite internationale Debatte wurde von einem Sprecher der Bank „auch mit Humor“ aufgenommen – zuvor war, im Jahr 2010, UBS aufgrund

¹⁷⁹ So die Situation in der Stadt Wien – siehe dazu Klenk 2015, 14.

¹⁸⁰ Dresscode UBS à l'attention des collaborateurs PKB; französisches Original unter http://www.letemps.ch/rw/Le_Temps/Quotidien/2010/12/09/Culture%20&%20Societe/ImagesWeb/Dresscode_F.pdf (31.10.2013); eine etwas holprige englische Übersetzung findet sich unter <http://thefinanser.co.uk/files/ubs-dress-code.pdf> (31.10.2013).

¹⁸¹ Dresscode UBS, 23.

der Krise, in welche die Bank auch durch den Fall Madoff gestürzt war, nicht aus den Schlagzeilen gekommen –, und das Unternehmen versuchte, sich damit zu rechtfertigen, dass es sich bloß um „Empfehlungen“ handle, nicht um „harte Vorschriften“. ¹⁸² Wie Brose, Greiner und Preis aber richtig festgestellt haben, verdeckte die „Aufregung über die unglückliche Imagekampagne [...], dass Kleidungs Vorschriften schon seit längerem Realität in Unternehmen sind.“ ¹⁸³

In Deutschland erregte im Jahr 2011 das Landesarbeitsgericht Köln Aufsehen mit der Entscheidung, über die geäußert wurde, sie würde als „Schlüpfer-Urteil“ ¹⁸⁴ in die Annalen eingehen. Auf dem Prüfstand war die Gesamtbetriebsvereinbarung „Dienst- und Schutzkleidung (Kleiderordnung)“ seitens eines Unternehmens, das im Auftrag der Bundespolizei Fluggastkontrollen am Flughafen K/B durchführt. An dieser Stelle sei bloß herausgegriffen, dass Frauen das Tragen „von BHs, Bustiers, bzw. eines Unterhemdes“ vorgeschrieben wird (aus wörtlicher Interpretation ist nicht erkennbar, ob jedenfalls ein BH zu tragen ist oder ob gegebenenfalls auch ein Unterhemd ausreicht) und dass mit Blick auf die Fingernägel Verfügungen über Länge (max 0,5 cm über der Fingerkuppe) und Farbe (einfarbig) getroffen werden. Eine solche Bestimmung findet sich für Herren nicht; sie müssen auch keinen BH sondern bloß ein Unterhemd tragen, dieses entweder „in weiß oder in Hauptfarbe ohne Muster/Beschriftungen/Embleme“ ¹⁸⁵; die Regelung über die Farbe gilt wiederum für Männer wie für Frauen.

Das Landesarbeitsgericht hielt als Grundregel für die Zulässigkeit von Einschränkungen der durch Art 2 Bonner GG verbürgten allgemeinen Handlungsfreiheit fest, es gelte, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu achten: „Die jeweilige Regel muss geeignet, erforderlich und unter Berücksichtigung der gewährleisteten Freiheitsrechte angemessen sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen.“ ¹⁸⁶ Die „Grenze der Zumutbarkeit“ dürfe nicht überschritten werden. Bei den Vorgaben, die Fingernägel einfarbig zu halten und bei den restriktiven Regelungen hinsichtlich Haarteilen und Haarfarbe von Männern sei dies aber der Fall. Letztere wurden im Lichte des AGG für unzulässig erklärt, da sie

¹⁸² Die Presse, „Kurioser UBS-Dresscode: Schminke macht kompetent, 17.12.2010, http://diepresse.com/home/wirtschaft/international/619523/Kurioser-UBSDresscode_Schminke-macht-kompetent (31.10.2013).

¹⁸³ Brose/Greiner/Preis 2010, 369.

¹⁸⁴ LAG Köln, Beschluss vom 18.08. 2010 – 3 TaBV 15/10, NZA-RR 2011, 85; die Bezeichnung „Schlüpfer-Urteil“ findet sich in Brose/Greiner/Preis 2011, 370.

¹⁸⁵ § 2 Nr 8 b sowie § 3 Nr 7 b, abgedruckt in NZA-RR 2011, 85.

¹⁸⁶ Leitsatz 4, NZA-RR 2011, 85.

allein männliche Mitarbeiter betrafen und daher eine unmittelbare Geschlechterdiskriminierung darstellten.

Diverse andere Regelungen konnten dem prüfenden Blick des Gerichts allerdings standhalten. Dazu zählt die Pflicht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, in weiß oder Hautfarbe gehaltene Unterwäsche zu tragen: Dies wirke dem Abnutzen der Dienstkleidung entgegen und stelle, ebenso wie die Pflicht zum Tragen von Feinstrumpfhosen oder Socken, keine erhebliche Einschränkung des Persönlichkeitsrechts dar. Ebenfalls keine Bedenken zeigt das Gericht bei der für Frauen vorgeschriebenen maximalen Länge der Fingernägel von 0,5 cm über der Fingerkuppe. Das „modische Interesse der Mitarbeiterinnen an dem Tragen längerer Fingernägel“ müsse hinter ein „erhebliches und berechtigtes betriebliches Interesse daran, dass eine von ihren Mitarbeiterinnen ausgehende Verletzungsgefahr im Umgang mit den Passagieren so weit wie möglich ausgeschlossen wird“, zurücktreten. Erstaunlich an diesen Ausführungen mutet an, dass die Frage der Diskriminierung hier gar nicht aufgebracht wird. Das dürfte damit zu tun haben, dass es bei Männern kein verbreitetes modisches Statement ist, überlange Fingernägel zu tragen. Es könnte allerdings daran gedacht werden, dass sich unter den Mitarbeitern ein ambitionierter Gitarrenspieler befindet – diese tragen zumindest einzelne Fingernägel ebenfalls überlang. Nicht nur insofern wäre die Frage der Diskriminierung zu diskutieren gewesen. Darüber hinaus scheinen die Ausführungen zur Länge der Fingernägel und den Gefahren, die davon ausgehen, primär von Ängsten und Stereotypen geprägt; es ist aber zuzugeben, dass überlange Fingernägel der Aufsichtsorgane bei Menschen, die von ihnen perlustriert werden, ein Unbehagen auslösen können. Dass man dies vermeiden möchte, erscheint doch als ein legitimes Anliegen.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde Verwunderung ob des „sorglosen[n] Umgang[s] des LAG mit bis in die Intimsphäre reichenden Überregulierungen durch den Arbeitgeber“¹⁸⁷ artikuliert. Hier liegt für Deutschland ein nicht unproblematisches Präjudiz vor, nicht zuletzt angesichts dessen, dass in Zukunft die Regulierungen von Arbeitgeber_innen kaum weniger invasiv sein werden – ganz im Gegenteil ist eher eine weitere Verrechtlichung mit Blick auf Besatz, Dichte wie Tiefe der Normen zu erwarten, auch im Sinne einer Differenzierung zwischen den Geschlechtern Für

¹⁸⁷ Brose/Greiner/Preis 2011, 369.

Österreich konnte keine ähnlich elaborierte gerichtliche Auseinandersetzung mit derart weitgehenden Bekleidungs Vorschriften ausgemacht werden – mit Ausnahme der bereits im Detail geschilderten Einzelfälle (Goldkette, Herrenanzug). Im Zuge der Erstellung des vorliegenden Gutachtens wurden zwei Fälle recherchiert: die Situation bei Casinos Austria sowie bei den Austrian Airlines.

Nach Auskunft der Assistentin Human Resources bei Casinos Austria gibt es „Bekleidungs Vorschriften für alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die in einem der 12 österreichischen Casinos im Spielsaal tätig sind. Die Dienstkleidung wird den Damen und Herren teilweise kostenlos zur Verfügung gestellt; weibliches Personal kann zwischen Rock und Hose wählen.“¹⁸⁸ Daraus kann geschlossen werden, dass männlichem Personal diese Auswahlmöglichkeit nicht zur Verfügung steht. Es sei angemerkt, dass die Wahlmöglichkeit für Frauen eine Verbesserung ihrer Situation darstellt – noch vor wenigen Jahren gab es für weibliches Personal im Spielsaal die Verpflichtung, im Rock zu arbeiten.¹⁸⁹ Im Lichte des Gleichbehandlungsgebotes sollte es eine entsprechende Möglichkeit auch für Männer geben.

Die Uniformen von Austrian Airlines umfassen nach Auskunft des Unternehmens folgende Teile: Für Damen: „Blazer rot, Gilet rot, Rock/Hose/Kleid rot ... optional, Blusen weiß/Bodies rot, Halstuch silber rot, Gürtel rot, Strumpfhose rot, Schuhe rot, Handtasche rot, Kurzstreckentasche Schwarz, Weste rot, Pashmina rot, Mantel/Jacke rot ... optional.“ Für Herren: „Sakko rot, Gilet rot, Hose grau, Hemden weiß, Krawatte silber, Gürtel schwarz, Kurzstreckentasche schwarz, Schuhe schwarz, Pullover rot, Jacke rot.“¹⁹⁰ Auf die Frage, ob eine weibliche Mitarbeiterin auch eine Uniform für einen Herrn und umgekehrt anziehen könnte und ob es bereits eine entsprechende Anfrage gegeben habe, lautete die Antwort: „[S]o eine Frage ist bei uns noch nicht aufgetaucht und es ist auch nicht möglich. Unsere Uniformen sind geschlechtsspezifisch geschnitten. Einzige Ausnahme sind unsere Pilotinnen. Die bekommen natürlich auch

¹⁸⁸ Email von Eva Leopold, Assistentin Human Resources, 06.06.2013. Frau Leopold fährt fort: „Jene, die nicht direkt im Spielsaal arbeiten (Verwaltung, Back-Office, ..) unterliegen keinerlei Dresscodes und können selbst entscheiden, was sie tragen wollen. Angemessene Kleidung am Arbeitsplatz ist für unsere Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter selbstverständlich.“

¹⁸⁹ Email von Ing. Erich Buchinger, Hauptabteilung Personal, Casinos Austria, 25.06.2007.

¹⁹⁰ Email von Ingeborg Sperling, CPAB Administration & Uniform Key-Userin, Head Office, 11.06.2013.

eine Pilotenuniform – diese gibt es nur mit Hose und sie können zwischen Krawatte und Halstuch wählen.“¹⁹¹

Aus der Perspektive der Gleichbehandlung scheint das Geschlechtsspezifische des Schnitts kein hinreichendes Argument zu sein, um die Differenzierung zu legitimieren. Die Hosenpflicht für Pilot_innen könnte damit zu tun haben, dass aus funktionalen Gründen eine ungehemmte Beinbeweglichkeit gegeben sein soll, die durch einen Rock möglicherweise nicht verbürgt wird. Wenn demnach argumentiert werden kann, dass die Verpflichtung zum Tragen einer Hose durch ein solches rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und als Mittel zur Erreichung dieses Zieles angemessen und erforderlich ist, dann wäre sie in diesem speziellen Fall legitimierbar. Dieser Nachweis wäre freilich erst zu erbringen. Ansonsten müsste für Männer wie für Frauen eine Wahlmöglichkeit zwischen Hose und Rock bestehen. Mangels einer überzeugenden Gegenargumentation neigt das vorliegende Gutachten der Rechtsmeinung zu, es müsse eine Wahlmöglichkeit bestehen.

Ebenfalls um die Pflicht zum Hosentragen geht es in einem Fall, der im Sommer 2013 an die Gleichbehandlungsanwaltschaft herangetragen wurde.¹⁹² Demnach bewarb sich eine junge Frau um eine Stelle (freier Dienstvertrag) an einem Marktforschungsinstitut. Für die Tätigkeit gibt es eine Bekleidungs Vorschrift, wonach schwarze Schuhe, weiße Bluse oder weißes Hemd (jeweils langärmelig) sowie eine schwarze Hose zu tragen sind. Die Bewerberin bringt vor, dass sie aus religiösen Gründen ausschließliche Röcke und Kleider trägt und beruft sich als Pfingstlerin auf eine Stelle im Alten Testament: „Eine Frau soll keine Männersachen auf sich haben, und ein Mann soll keine Frauenkleider anziehen; denn jeder, der dies tut, ist dem Herrn, deinem Gott, ein Greuel.“ (5. Mose, 22,5)¹⁹³ Der freie Dienstvertrag wird letztlich nicht begründet. In

¹⁹¹ Email von Ingeborg Sperling, CPAB Administration & Uniform Key-Userin, Head Office, 16.06.2013. Ebenfalls um die Uniform ging es bei der deutschen Lufthansa, wo ausschließlich für männliche Piloten auf dem Flughafengelände eine Pflicht zum Tragen einer Mütze existierte. Das BAG war von den Argumenten der Lufthansa – klassisches Pilotenbild und Frisurgestaltung weiblicher Cockpitmitglieder – nicht überzeugt, erkannte die Vorschrift als diskriminierend und erklärte sie für unwirksam (APNews 2015, 36-41).

¹⁹² Die folgenden Informationen verdanke ich einer Email von Mag. Tamara Stanzinger von der Gleichbehandlungsanwaltschaft vom 20.08.2013.

¹⁹³ Zu diesem Feld gehört auch die bereits besprochene Frage, ob das Geschlecht Gegenstand einer *Verkaufsstrategie* sein darf, wenn ein Hersteller von Herrenmoden nur Männer als Vertreter einstellt, weil diese gleichzeitig die angebotene Mode präsentieren sollen; der OGH ließ dies als sachliche Rechtfertigung gelten, ohne eine tiefere Prüfung vorzunehmen (OGH 9 Ob A 318/99a, RdW 2000/598).

einem Telefonat wird der Bewerberin mitgeteilt, „dass die Bekleidungs Vorschriften nun mal nicht geändert werden können und bereits Ersatz gefunden wurde.“¹⁹⁴

Für diesen Fall gilt wie für alle anderen Fälle, die hier vorgestellt worden sind: Eine fixe und exklusive Festlegung von Bekleidungs Vorschriften, welche die Genderperformance einschränken, ist nicht zulässig. In diesem Fall handelt es sich um eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in einer Intersektion mit der Religion. Eine Rechtfertigung entlang des Prinzips der Verhältnismäßigkeit wird nach der Fall erzählung offenbar nicht einmal versucht. Es ist jedenfalls so, dass ein einheitliches Auftreten im Sinne der Marke eines Unternehmens und die Angemessenheit der Kleidung im Sinne der Seriosität nicht davon abhängen, dass jemand sich im Einklang mit Normen geschlechtsspezifischen Auftretens gibt. Eine geschlechtliche Differenzierung bei Dress Codes, die per Zwang durchgesetzt wird und deren Nichteinhaltung als Grund für eine Kündigung oder gar für eine Entlassung herhalten dürfte, ist nicht zulässig.

Fragen der Genderperformance stellen sich darüber hinaus im Zusammenhang mit körperlichen Attributen im engeren Sinn. Diskriminierung kann etwa Männer treffen, die ihr Haar unkonventionell lang tragen oder Frauen mit auffallendem Bartwuchs. In beiden wie auch in ähnlich gelagerten Fällen wird ein (potenzieller) Arbeitgeber wohl einen gewissen Standard an Gepflegtheit einfordern dürfen – dies wieder abhängig von den Konventionen der Arbeitsstelle. Wenn ein Mann in diesem Sinn gepflegtes langes Haar und eine Frau einen gepflegten Bart trägt, dann ist eine Benachteiligung aus diesem Grund als direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anzusehen und von daher unzulässig.

ii. Im Sport

Bekleidungs Vorschriften sind auch im Sport ein häufiges Thema. Regelmäßig versuchen internationale Verbände, für weibliche Athletinnen Dress Codes einzuführen oder sie fortzuschreiben, um den Sport für die Medien, ein breites Publikum und damit für die Sponsoren attraktiver zu machen. So hat der Badminton Weltverband BWF im Jahr 2011 versucht, eine Rockpflicht für Spielerinnen einzuführen. In einem Entwurf für eine aktualisierte Wettkampfordnung hieß es in Paragraph 19.2: „In order to ensure attractive

¹⁹⁴ Stanzinger, Email vom 20.08.2013.

presentation of Badminton at tournaments organised or sanctioned by the BWF, all clothing worn by players shall be acceptable Badminton sports clothing. In level 1 – 3 tournaments women must wear skirts or dresses.¹⁹⁵ Es ist bemerkenswert, dass in der Guideline derart offenherzig die Begründung angesprochen wird, die zur Vorschrift geführt hat; deren versuchte Einführung war Teil einer breiter angelegten Kampagne gewesen – mit dem Ziel „to raise the profile of women in Badminton.“ Die BWF versuchte noch, die Guideline gegen Kritik wegen mangelnder Beachtung von religiösen Sensibilitäten zu immunisieren – und weil der BWF vorgeworfen worden war, Frauen würden als Sexobjekte vorgeführt. In einer Presseaussendung erläuterte ihr Vizepräsident Paisan Rangsitkitho, es handle sich um ein Missverständnis, wenn nun so getan werde, als dürften Frauen bei Wettkämpfen nur noch kurze Röcke tragen:

It has never been the intention of the BWF to portray women as sexual objects, and nor is that what we are doing. Players can still wear [shorts or tights or track bottoms; E.H.] and from the guidelines it should be clear that these do not push any women to wear clothing they are not comfortable with. However, they have to wear a skirt over these articles of clothing, which is already commonly used by many female players.

Allerdings wurde gleich darauf sehr wohl ein Zusammenhang zwischen dem Outfit der weiblichen Spielerinnen und der Attraktivität von Damen-Badminton hergestellt. Eine breitere Zielgruppe sollte angezogen werden: „amongst both younger and older people, and amongst both women and men, where an aesthetic and stylish presentation of the players is certainly an important factor.“¹⁹⁶ Nach Protesten von Spielerinnen wurde die Erlassung dieser Regelung zunächst aufgeschoben und schließlich offenbar fallengelassen.¹⁹⁷ Besonders aktiv im Kampf gegen die Bekleidungs Vorschrift waren die indischen Sportlerinnen gewesen; sie wehrten sich nicht zuletzt aus religiösen Gründen gegen die geplanten Bekleidungs Vorschriften.¹⁹⁸

¹⁹⁵ http://www.bwfbadminton.org/file_download.aspx?id=33012 (19.08.2013). Siehe dazu auch <http://www.netzathleten.de/Nachrichten/Badminton-Rock-Pflicht-fuer-Damen/4327296439279383363/a> (19.08.2013).

¹⁹⁶ http://www.bwfbadminton.org/news_item.aspx?id=48377 vom Mai 2011 (19.08.2013).

¹⁹⁷ http://www.bwfbadminton.org/news_item.aspx?id=49389 (19.08.2013).

¹⁹⁸ http://articles.timesofindia.indiatimes.com/2011-05-30/badminton/29599590_1_indian-shuttlers-badminton-committee-ruling (19.08.2013).

Ähnliches ist im Boxsport vorgefallen. Hier haben sich die Versuche, im Vorfeld der olympischen Spiele in London 2012 eine Rockpflicht einzuführen, nicht durchgesetzt.¹⁹⁹ Die Amateur International Boxing Association (AIBA) hatte argumentiert, durch das Tragen von Röcken würden Zuschauer und Zuschauerinnen überhaupt erst in die Lage versetzt, Boxerinnen von Boxern zu unterscheiden: „I have heard many times, people say, ‘We can’t tell the difference between the men and the women,’ especially on TV, since they’re in the same uniforms and are wearing headgear,“²⁰⁰ so der Präsident der AIBA, Ching-Kuo Wu, in einem Interview im Jahr 2010. Diese Argumentation ist durchaus erstaunlich, ist es doch üblich, dass Männer mit nacktem Oberkörper boxen, Frauen dagegen ein Oberteil tragen. Schon von daher sollte das Problem – wenn es denn eines ist!²⁰¹ – nicht allzu gravierend sein. Nachvollziehbarer wirkt da schon die Argumentation des Polnischen Coach, der die Entscheidung von Poland Boxing, die Boxerinnen auf das Tragen von Miniröcken zu verpflichten, wie folgt verteidigt: „By wearing skirts, in my opinion, it gives a good impression, a womanly impression“.²⁰²

Der Widerstand dagegen war heftig. Er kam von Seiten der Boxerinnen, angeführt von Katie Taylor, einer dreifachen Weltmeisterin im Leichtgewicht: „It’s a disgrace that they’re forcing some of the women to wear those mini-skirts. ... I won’t be wearing a mini-skirt. I don’t even wear mini-skirts on a night out, so I definitely won’t be wearing mini-skirts in the ring.“²⁰³ Die Britische Meisterin im Leichtgewicht, Natasha Jones, fügte noch hinzu: „Personally, I think it’s more for the aesthetics; nothing practical is going to come from wearing a skirt. The only people who would want to see women in skirts are men.“²⁰⁴ Dass sich die Boxerinnen mit ihrem Aufstand, der auch eine von der kanadischen Boxerin Elizabeth Plank initiierte, mit nahezu 60.000 Unterschriften durchaus erfolgreiche Online Petition beinhaltete, durchsetzen konnten, stand dann sogar in der österreichischen Tageszeitung „Die Presse“ zu lesen. Unter der Zwischenüberschrift „Kampf gegen Stereotype“ wird der Boxverband kritisiert, dass er

¹⁹⁹ Siehe dazu van Ingen/Kovacs 2012, 461.

²⁰⁰ <http://blog.timesunion.com/boxing/a-conversation-with-dr-c-k-wu-more-on-warriors-in-skirts/4263/> (29.10.2013).

²⁰¹ „But what’s wrong with women boxers resembling men?“ fragt Katrina Onstad ganz zurecht (zitiert nach van Ingen/Kovacs 2012, 461).

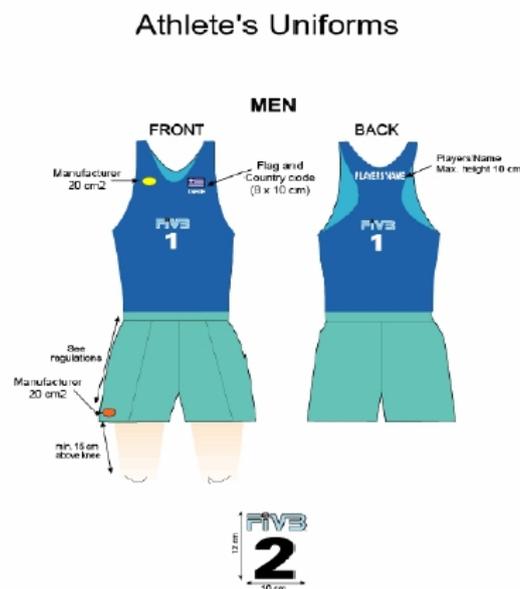
²⁰² <http://www.bbc.co.uk/sport/0/boxing/15452596> vom 26.10.2011 (29.10.2013).

²⁰³ <http://www.bbc.co.uk/sport/0/boxing/15452596> vom 26.10.2011 (29.10.2013).

²⁰⁴ <http://www.bbc.co.uk/sport/0/boxing/15452596> vom 26.10.2011 (29.10.2013).

offenbar „Frauenboxen in der ‚viktorianischen Ära halten““ wolle. Plank fährt fort: „Diese lächerliche Empfehlung hat nichts mit Sport zu tun, sondern dient nur dem Aufrechterhalten von geschlechtsspezifischen Stereotypen und der Unterwerfung von Frauen.“ Würden Boxerinnen dazu angehalten, Röcke zu tragen, würden „diese fähigen Sportlerinnen zu Sexobjekten“ gemacht.²⁰⁵

In eine völlig andere Richtung ging die Debatte im Beach Volleyball. Diese Sportart ist berüchtigt für ihre Bekleidungsvorschriften, die bis vor kurzem für Frauen, zumal im Vergleich zu Männern, äußerst offenherzig waren. Als Beispiel mögen die Olympic Beach Volleyball Tournaments Specific Competition Regulations aus dem Jahr 2004 dienen. Bei Männern hat das Top diesen Vorschriften zufolge eng anliegend zu sein und den gesamten Oberkörper zu bedecken. Die Hose darf nicht „baggy“²⁰⁶ wirken und muss mindestens 15 cm über dem Knie enden. Offensichtlich gibt es für Herren keine darüber hinausgehenden Optionen. Auf Seite 40 findet sich folgende Abbildung, welche die Vorschriften für Männer visualisiert:

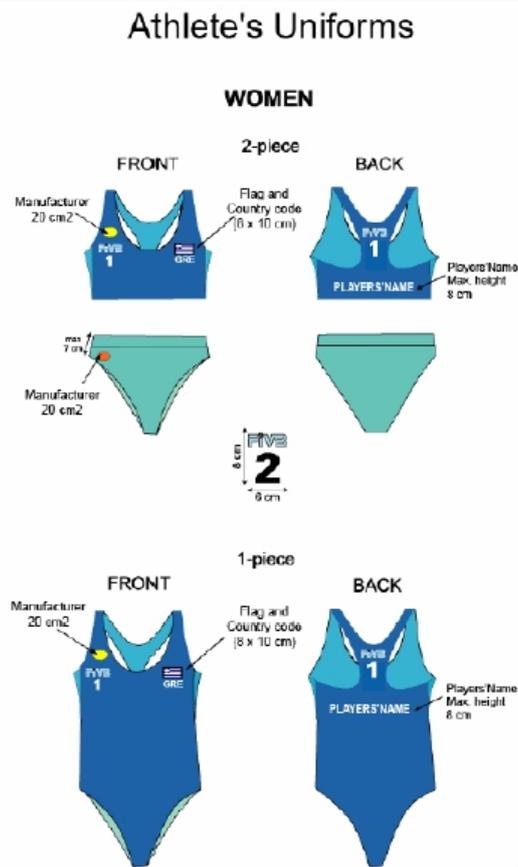


Anders war die Situation für die Damen. Sie hatten schon zu diesem Zeitpunkt die Wahl zwischen zwei Dressen: einem Einteiler und einem Zweiteiler. Beide Bekleidungsvarianten waren so gestaltet, dass sie den Blick auf möglichst viel sportlich-

²⁰⁵ Alle Zitate in Gerd Braune, Punktesieg gegen den Rock im Ring, Die Presse, 12.03.2012, 11.

²⁰⁶ Olympic Beach Volleyball Tournaments Specific Competition Regulations, Games of the XXVII Olympiad Athens – 2004, 13.07.2004, 38.

attraktive Weiblichkeit freigaben. Auch dazu die Visualisierung aus den Volleyball Tournaments Specific Competition Regulations 2004:



Die Freizügigkeit dieser Dressen – Bikini oder Einteiler mit stark ausgeschnittenen Beinen – ist selbstredend kein Zufall. Brian Shofield bringt den Appeal von Beach Volleyball in einem Artikel für die Sunday Times, der durchaus anzüglich mit „A pounding in the sand“ übertitelt ist, in exemplarischer Weise auf den Punkt: „Part of the sport's success is ... down to the regulation bikinis worn by the female participants, which has guaranteed enthusiastic media coverage. And, on a basic level, beach volleyball appeals to men who'd like to picture themselves spending long, hot summers high-fiving a bevy of flawless, perma-tanned Amazons with California smiles. ... Beach volleyball, of course, doesn't exactly shy away from promoting itself as 'sex on the beach'“. Derselbe Artikel zitiert eine Spielerin, die diese Einsicht teilt: “The people who own the sport [the Federation Internationale de Volleyball; E.H.] want it to be sexy,” so Denise Johns, eine bekannte und erfolgreiche britische Spielerin, die selbst aufgrund der

Regulierung von Shorts und T-Shirt auf Bikini gewechselt hat, und dies mit einer trockenen Bemerkung quittiert: „[I]f it gets volleyball attention, so be it.“²⁰⁷

Seit den Olympischen Spielen 2012 ist die Situation allerdings signifikant anders. Die modifizierten Regelungen sehen vor, dass Frauen Shorts tragen dürfen, die maximal 3 cm über dem Knie enden sollen; zudem sind Tops erlaubt: ärmellos oder sogar mit Ärmeln. Die neue Regelung gilt nicht nur für Olympia, sondern auch für die World Tour circuit.²⁰⁸ Der Grund dafür ist – wie im Badminton – in der Berücksichtigung religiöser und kultureller Sensibilitäten zu suchen.²⁰⁹ Damit hat nicht – wie in anderen Sportarten – der Kampf gegen sexistisch-stereotypisierende Bekleidungs Vorschriften den Sieg davon getragen. Ganz im Gegenteil; die Stimmen, die sich gegen die Bekleidungs Vorschriften und das entsprechende Outfit von Frauen im Beach Volleyball richten, sind eher vereinzelt geblieben. Stattdessen haben einige prominente Spielerinnen die knappen Bikinis verteidigt und zeigen sich mit Blick auf den Vorwurf der Frauenfeindlichkeit eher verständnislos. So meinte „Deutschlands beste Beachvolleyballerin Laura Ludwig“: „Das ist einfach meine Arbeitskleidung, in der ich mich sehr wohl fühle, ich trage sie daher ja auch im Training.“²¹⁰ Sie ist nicht allein, wenn sie in der „Sexploitation“²¹¹ der Beach Volleyballerinnen prinzipiell kein Problem sieht: „Viele wurden zwar erst durch die Ästhetik der Frauenkörper angelockt, doch das schöne ist, dass die meisten dann dabei blieben, weil sie dann auch den Sport schön finden. Leute so für sich zu gewinnen, halte ich für legitim.“²¹² Da auf diesem Wege auch Sponsorengelder lukriert werden, ist diese Position verständlich; all dies ändert nichts daran, dass das Prinzip „Sex Sells“ wieder einmal über den weiblichen Körper ausgetragen wird.

Für dieses Gutachten kann folgende Schlussfolgerung gezogen werden: Bekleidungs Vorschriften, die Frauen und Männer in stereotypische Darstellungsweisen zwingen, sind unzulässig. Routinen der Performance, durch die stereotype Bilder von sexualisierten weiblichen Körpern mit deren Einverständnis und Mitwirkung befördert

²⁰⁷ Brian Schofield, A pounding in the sand, The Sunday Times, 20.07.2008, 32.

²⁰⁸ <http://www.telegraph.co.uk/sport/olympics/volleyball/9169429/London-2012-Olympics-female-beach-volleyball-players-permitted-to-wear-less-revealing-uniforms.html> (30.10.2013).

²⁰⁹ Mitteilung des Board of Administration der FIVB, zitiert nach http://www.welt.de/13939167_vom_22.03.2012 (30.10.2013).

²¹⁰ http://www.welt.de/13939167_vom_22.03.2012 (30.10.2013).

²¹¹ Sailors 2012, 468.

²¹² http://www.welt.de/13939167_vom_22.03.2012 (30.10.2013).

werden, können allenfalls kritisch hinterfragt, nicht aber mit rechtlichen Mitteln attackiert werden. Dann bleibt nur der kritische zivilgesellschaftliche Diskurs. Sobald aber einzelne Sportverbände verpflichtende Vorgaben machen, kann rechtlich dagegen vorgegangen werden.

3. Probleme und Lösungsvorschläge: Zugang zu Gütern und Dienstleistungen

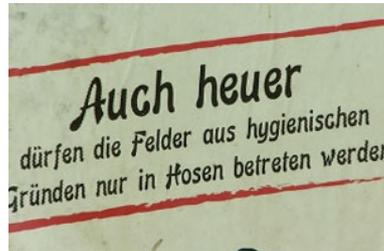
a. Mittelbare und intersektionelle Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts

Auch im Bereich des Zugangs zu Gütern und Dienstleistungen ist die Intersektion von Religion und Geschlecht ein relevantes Problemfeld. So wäre etwa daran zu denken, dass einer Frau der Besuch eines Lokals verwehrt wird, weil sie ein Kopftuch trägt. Aufgrund der in diesem Gutachten vorgetragenen Interpretation handelt es sich hier um eine intersektionelle Diskriminierung, bei welcher jener Grund durchschlägt, der stärker geschützt ist.²¹³ Das Tragen eines Kopftuchs aus religiösen Motiven ist eben nicht bloß ein von religiösen Überzeugungen getragener Akt, sondern auch eine bestimmte Art der Genderperformance. Das Nämliche würde gelten, wollte man einem Mann, der aus religiös-kulturellen Gründen ein langes Kleid trägt, den Eintritt in ein Lokal verwehren – auch in diesem Fall würde im Lichte der Intersektion der Faktor Geschlecht durchschlagen und er könnte sich darauf berufen, aus diesem Grund diskriminiert worden zu sein. Das ist aber nicht zulässig.

Auch im Bereich des Zugangs zu Gütern und Dienstleistungen ist die Vollverschleierung wieder ein eigenes Thema. Und auch hier ist darauf hinzuweisen, dass dieser Zugang nicht einfach mit der schematischen Begründung, beim Tragen eines Gesichtsschleiers handle es sich um eine Kommunikationsverweigerung, verwehrt werden darf. Vielmehr ist jeder Einzelfall einer auf Vollverschleierung basierenden Ungleichbehandlung nach strengen Kriterien legitimationsbedürftig. Dabei muss immer ein legitimes Ziel verfolgt werden, und die Mittel zu dessen Erreichung haben angemessen und erforderlich zu sein.

²¹³ Siehe dazu oben im Text bei Fußnote 98.

Ein weiteres einschlägiges Problem ist das seit 2008 bestehende Verbot seitens des Betreibers von Erdbeerlandfeldern, auf diesen im Rock bekleidet zu pflücken. „Achtung! Der Eintritt wird aus hygienischen Gründen nur in Hosen gestattet!“²¹⁴



© ORF online²¹⁵

Den Medien war zu entnehmen, dass dieses Verbot eingeführt wurde, um zu verhindern, dass Träger_innen langer Röcke, typischerweise Frauen türkischer Herkunft, heimlich auf dem Erdbeerfeld ihr Geschäft verrichten. Nach Auskunft des Betreibers, Reinhard Piribauer, wurde die Bekleidungs Vorschrift verfügt, weil es auf dem Erdbeerfeld zu entsprechenden wechselseitigen *Verdächtigungen* gekommen war. Seit deren Einführung „sind diese gegenseitigen Vorwürfe völlig verschwunden.“²¹⁶ Die Maßnahme ist, wie aus dem eingefügten Bild ersichtlich, allgemein formuliert und stellt ein nicht nach Geschlechtern differenzierendes Verbot einer bestimmten Genderperformance dar. Es handelt sich hier – wie im Fall der Pflingstlerin, die kein Dienstverhältnis begründen konnte, weil sie im Rock arbeiten wollte – um eine mittelbare Diskriminierung, indem eine „dem Anschein nach neutrale“ Vorschrift Personen aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt. Neben dem Geschlecht sind allerdings auch die ethnische Herkunft und die Religion von Relevanz. Nun lassen sich zumal türkische Frauen nicht vom Erdbeerlandbesuch abhalten, wie dessen Betreiber dem „Standard“ im Jahr 2008 mitteilte:

Er habe sich dafür entschieden, dass sein Rockverbot ausnahmslos für alle Röcke gelte, weil er „niemanden diskriminieren“ wolle. Muslimische Frauen blieben nun trotzdem nicht aus, sagt der Erdbeerfeld-Betreiber: „Die haben das kleinste Problem damit – sie sind gut informiert. Sie ziehen eine Hose an und dann einen

²¹⁴ Springer 2008, <http://derstandard.at/3391874> (21.10.2015); siehe auch vom <http://derstandard.at/1277337644743/Kleidervorschrift-Rockverbot-fuer-Frauen-im-Erdbeerland> 08.07.2010 (21.10.2015).

²¹⁵ <http://noev1.orf.at/stories/454594> vom 07.07.2010 (21.10.2015).

²¹⁶ Email von Herrn Piribauer, 05.12.2013.

Mantel drüber.“ Schwieriger sei es mit einigen Österreicherinnen, die wenig Verständnis für die Kleiderordnung auf dem Feld zeigten.²¹⁷

Ist die mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts legitimierbar? Dafür bedarf es gemäß § 32 Abs. 2 GIBG einer sachlichen Rechtfertigung durch ein rechtmäßiges Ziel, und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles müssen angemessen und erforderlich sein. Das Ziel besteht gemäß der Nachricht von Herrn Piribauer sowie gemäß seinen Aussagen in diversen Medien darin, sein Unternehmen so zu führen, dass es keinen Unfrieden unter den Kund_innen gibt, die auf seinen Erdbeerfeldern zugange sind und dass nicht aufgrund wechselseitiger Verdächtigungen Kund_innen wegbleiben, was letztlich sein Geschäft gefährdet. Dieses Ziel erscheint rechtmäßig; ist das Mittel – die Hosenpflicht – angemessen und erforderlich? Man könnte einwenden, dass der Betreiber des Erdbeerlandes schlicht durch ein Schild das Verbot verlautbaren könnte, auf den Feldern ein Geschäft zu verrichten – so wie auch das Rauchen verboten ist oder das Mitbringen von Tieren.²¹⁸ Zwar ist das Ziel – das Verhindern von „dummen gegenseitigen Verdächtigungen“²¹⁹ – mit Hilfe des Hosenzwangs bequemer zu erreichen. Angesichts dessen, dass andere „Erdbeerländer“ ohne eine solche Vorschrift auskommen,²²⁰ scheint aber doch, dass sie ganz offensichtlich nicht erforderlich ist. Zudem bleibt die diskriminierende Zuschreibung der als Reaktion getroffenen Maßnahme inhärent. Abhilfemaßnahmen aber müssen grundsätzlich diskriminierungsfrei getroffen werden. Insofern kann sie als Mittel nicht angemessen sein; eine Rechtfertigung muss daher scheitern

b. Direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Viele österreichische Traditionsbälle haben strikte nach Geschlechtern getrennte Bekleidungs Vorschriften. Gemäß den in diesem Gutachten entwickelten Kriterien handelt es sich dabei um direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, die nicht gerechtfertigt werden kann – und schon gar nicht mit Hinweis auf die Tradition. Dass es mittlerweile auch der bekannteste österreichische Ball, der Opernball, damit nicht mehr

²¹⁷ <http://derstandard.at/3391874> (05.12.2013).

²¹⁸ Email von Herrn Piribauer, 05.12.2013.

²¹⁹ Email von Herrn Piribauer, 05.12.2013.

²²⁰ So etwa die Felder der Familie Hoffelner, www.erdbeer.com, in Oberösterreich; Email von Andreas Hoffelner vom 06.12.2013.

so genau nimmt, kann am öffentlichkeitswirksamen Auftreten von Conchita Wurst im Jahr 2013 gesehen werden.



© oe24.at²²¹

Was für Transgenderpersonen möglich ist, darf aber auch Menschen nicht verwehrt werden, die – ohne identifikationsmäßig die Geschlechtergrenzen zu überschreiten – mit geschlechtsspezifischen Bekleidungs Vorschriften nichts anfangen können. In diesem Licht ist etwa eine Differenzierung, wie sie in der Einladung zum Juristenball 2014 vorgenommen wird, unzulässig. Demnach gilt folgender Dress Code: „Damen: Große (bodenlange) Abendrobe; Herren: Frack (Dekorationen), Smoking, Uniform (großer Gesellschaftsanzug)“.²²² Es bestimmten Damen – etwa Andrea Leitgeb, die als erste Frau im Bundesheer den Generalsrang erklommen hat²²³ – zu verwehren, in der Uniform zu kommen, ist ebenso Diskriminierung wie einem Mann zu verwehren, in der großen bodenlangen Abendrobe zu erscheinen. Der bloße Verweis auf geschlechtsspezifische Traditionen hat ausgedient und ist schon gar nicht geeignet, eine direkte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu legitimieren.

Das Nämliche gilt im Kontext von Praktiken, die – etwa beim Einlass in Discos – an die Geschlechterperformance anknüpfen. Ein Beispiel wäre die Vorgabe, dass eine Frau dann weniger für den Eintritt zahlt, wenn sie besonders „sexy“ gekleidet ist (oder im

²²¹ <http://images05.oe24.at/wurstapap.jpg/56.551.458> (05.12.2013).

²²² Siehe das Bild im Anhang.

²²³ <http://derstandard.at/1395363717665/Bundesheer-hat-erste-Frau-Brigadier> (14.04.2014):

Gegenzug: dass sie gar nicht in die Disco hineinkommt, wenn sie „nicht sexy genug“ aussieht). Ob eine solche Vorgabe legitim ist, muss im Lichte der Frage geprüft werden, wie eine solche „Vergünstigung“ zu bewerten ist. Senat III der Gleichbehandlungskommission hat sich bereits in einem Gutachten zur allgemeinen Frage der Vergünstigung für Frauen beim Eintritt in Discotheken geäußert und dabei zu recht festgehalten: „Dem Senat erscheint der Begriff ‚Vergünstigung‘ zB in jenen Fällen zu positiv gewählt, wo Frauen neben einem Gratis Eintritt in ein Lokal auch noch Getränkegutscheine erhalten und daher überlegt werden muss, ob in solchen Fällen Frauen nicht diskriminierend als ‚Lockvögel‘ missbraucht werden sollen und somit Stereotype geschürt werden.“²²⁴

Ein vergünstigter Eintritt bei entsprechender Genderperformance ist, wenn die Regelung ausschließlich für Frauen gilt, eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts – gegenüber Männern ebenso wie gegenüber jenen Frauen, die dem Standard nicht entsprechen. Dies ist eine Weiterentwicklung der zutreffenden Interpretation durch die Gleichbehandlungskommission, wonach eine unterschiedliche Preisgestaltung bzw. unterschiedliche Vergünstigungen für Frauen und Männer dann kein geeignetes Mittel sein können, wenn sie zur Förderung von stereotypem Geschlechterverhalten beitragen. Die hier gewählte Position ist nicht zuletzt im Kontext von Art 2 lit. a, f sowie Art 5 CEDAW zu sehen, wonach, wie bereits im Detail ausgeführt, die Mitgliedstaaten der Konvention den Auftrag haben, Maßnahmen zur Bewirkung eines Wandels in den sozialen und kulturellen Verhaltensmustern und herkömmlichen Praktiken von Männern und Frauen zu setzen, die von Unterlegenheit bzw. Überlegenheit eines Geschlechts und von Rollenstereotypen ausgehen.

Wie sind in diesem Licht die unterschiedlichen Vorgaben für Männer und Frauen mit Blick auf „oben ohne“-Performance in Bädern zu beurteilen? Hier ist auf Überlegungen zur gerechtfertigten Ungleichbehandlung zurückzukommen, die im Abschnitt I.3.a.iii. zum Schutz der Intimsphäre vorgetragen wurden. Bei aller Problematik scheint es doch akzeptabel, unterschiedliche Standards der Badebekleidung vorzuschreiben, da weibliche Brüste als sekundäre Geschlechtsmerkmale sozial signifikant anders konnotiert sind als männliche Brüste. Vor diesem Hintergrund wäre es daher auch zulässig, wenn in der Kantine eines Freibades, in dem Frauen sich „oben ohne“

²²⁴ Gutachten gemäß § 11 GBK/GAW-Gesetz, GBK III/37/08, 18.

aufhalten dürfen, andere Regeln gelten, wonach Frauen im Gegensatz zu Männern ihre Brüste bedecken sollen. Freilich wäre im Lichte der Gleichbehandlung eine andere Lösung vorzuziehen: Dass nämlich Männer wie Frauen in der Kantine ihren Oberkörper bedecken sollen – oder auch nicht.

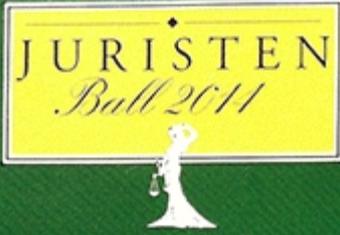
Abschließend

Ein angemessenes Verständnis von Geschlecht macht es erforderlich, den Begriff im Sinne der Genderperformance zu erfassen und ihn von konventionellen biologischen Vorstellungen zu entkoppeln. Durch die Erweiterung der Geschlechterkonzeption und durch die Beachtung von intersektionellen Verflechtungen kommt es zu einer Anhebung des Standards im Antidiskriminierungsrecht – diverse Regulierungen, die an das Geschlecht anknüpfen, erscheinen in diesem Licht als illegitim. Das Gutachten ist von dem Anliegen getragen, dies theoretisch und rechtsdogmatisch zu fundieren und die entsprechenden Konsequenzen entlang einer Fülle von Problematiken auszubuchstabieren. Es soll derart nicht nur die wissenschaftliche Debatte beleben, sondern auch und vor allem der Praxis der Gleichbehandlung Anhaltspunkte zur Orientierung bieten. Weiterführende Hinweise werden von der Verfasserin gern entgegengenommen: elisabeth.holzleithner@univie.ac.at.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Arbeitgeber/in
AN	Arbeitnehmer/in
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BSG	Bundessozialgericht
CEDAW	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GIBG	Gleichbehandlungsgesetz
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
iwS	im weiteren Sinne
KAV	Krankenanstaltenverbund
OGH	Oberster Gerichtshof
PStG	Personenstandsgesetz
RL	Richtlinie
Rs	Rechtssache
VfGH	Verfassungsgerichtshof

Anhang



FASCHING-SAMSTAG, 1. MÄRZ 2014
HOFBURG VIENNA

Einlass: 20.00 Uhr Beginn: 21.30 Uhr Ende: 5.00 Uhr

BALLKARTE: € 135,-
 Berufsanwärter geb. ab 1. 3. 1984 € 100,-
 (ReAA, RiAA, NotK, WT/StB-Anwärter mit gültigem Ausweis)
 Studierende Jugend geb. ab 1. 3. 1988 € 45,-
 (mit gültigem Hochschulausweis)

Es spielen:

Ziehler-Hofballorchester	Big Band der Gardemusik
The Raindrops	Sinus & Co
Rudi Wilfer Band	Wiener Melange
4 for Jazz mit Carole Alston	Prof. DI Fritz Brucker
Carla Natascha & Band	Disco: Waldi & Wolf

D a c h f o y e r: Heiße Rhythmen, Coole Drinks, Austernbar u. v. a.

Damen: Große (bodenlange) Abendrobe
 Herren: Frack (Dekorationen), Smoking, Uniform (großer Gesellschaftsanzug)

Kartenverkauf im Juristenverband
 Mo – Fr 9 – 13 Uhr, Mi auch 14 – 15 Uhr
 Büro dzt.: Wien 8, Landesgerichtsstraße 11, Parterre, Zi 063
 Telefon 401 27 DW 1535, Fax DW 1482, Vorwahl: 01 (Inland), +431 (Ausland)
 Post: A 1017 Wien, Justizpalast-Parlament, PF
 office@juristenball.at, www.juristenball.at

Eintrittskarten bei MANZ, Wien 1, Kohlmarkt 16
 Mo – Fr 9.30 – 18.30 Uhr, Sa 9.30 – 17 Uhr
 bei Kuppitsch, Wien 1, Schottengasse 4
 Mo, Di, Mi 8.30 – 19 Uhr, Do, Fr 8.30 – 20 Uhr, Sa 10 – 18 Uhr

Keine Abendkassa

Erste Bank der oesterreichischen Sparkassen AG, Konto Nr. 012-20098, BLZ 20111
 IBAN AT72 2011 1000 0122 0098, BIC: GIBAATWW

Ballpende: MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Zum Vormerken: JURISTEN *Ball 2015*,
 Fasching-Samstag, 14. Feber, Hofburg Vienna

Nachweise

- Adamietz, Laura 2011. *Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität*. Baden-Baden: Nomos
- Amir-Moazami, Schirin 2007. *Politisierte Religion. Der Kopftuchstreit in Deutschland und Frankreich*, Bielefeld: transcript
- Barnard, Catherine 1997. "P v S: kite flying or a new constitutional approach?" http://aei.pitt.edu/2532/1/002873_1.PDF (03.04.2013)
- Bell, Mark 2009. Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission's 2008 Proposal for a New Directive, *The Equal Rights Review*, Vol. 3, 7-18
- Berghahn, Sabine und Petra Rostock (Hg.) 2009: *Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz*. Bielefeld
- Borowski, Martin 2011. „Titel I Würde des Menschen“, in: Meyer, Jürgen (Hg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, Baden Baden: Nomos, 85-121
- Brose, Wiebke/Greiner, Stefan/Preis, Ulrich 2011. „Kleidung im Arbeitsverhältnis. Persönlichkeitsrechtliche Schranken arbeitsrechtlicher Regelungen“, *NZA*, 369-380
- Butler, Judith 1990. *Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity*, London and New York: Routledge; dt. *Das Unbehagen der Geschlechter*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1991
- Chege, Victoria 2012. „The European Union anti-discrimination directives and European Union equality law: the case of multi-dimensional discrimination“, *ERA Forum* 13, 275-293
- Cook, Rebecca J./Cusack, Simone 2010. *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press
- Crenshaw, Kimberlé 1989. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *The University of Chicago Legal Forum*, 139-167
- Dworkin, Ronald 1990. *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp
- Ellis, Evelyn 2005. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press
- Europäische Kommission 2007. *Bekämpfung von Mehrfachdiskriminierung. Praktiken, Politstrategien und Rechtsvorschriften*. Brüssel
- Firlei, Klaus 1997. „Kontrollmaßnahme Firmenausweis“, *DRdA*, 510
- Firlei, Klaus 2000. „Verstoß gegen branchenübliche Bekleidung“, *DRdA*, 142-148
- Finke, Jasper 2014. „Man bleibt halt gerne unter sich. Das französische Burka-Verbot und der Schutz von Rechten, die es nicht gibt“, <https://www.juwiss.de/84-2014/> (21.10.2015)
- Franke, Katharine 1995. "The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender", *University of Pennsylvania Law Review* 144, 1ff
- Fredman, Sandra 2005. "Double trouble: multiple discrimination and EU law", *European Antidiscrimination Law Review* 2, 13-20
- Friedman, Joel W. 2007. "Gender Nonconformity and the Unfulfilled Promise of Price Waterhouse v. Hopkins", 14 *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 205-227
- Gerards, Janneke 2013. "The Discrimination Grounds of Article 14 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 13, 99-124
- Goldberg, Suzanne B. 2011. "Discrimination by Comparison", *Yale Law Journal* 120, 728-812

- Goldstein, Jessica 2015. "Fight of Flight: Female Attendants Battle Airline's New High Heel Policy", Think Progress, <http://thinkprogress.org/culture/2015/06/17/3670766/fight-flight-female-attendants-battle-airlines-new-high-heel-policy/> (21.10.2015)
- Günther, Jörg-Michael 2000. „Die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Dienst – “Piercings”, ein (Schein-)Problem des öffentlichen Dienstes?“, *Zeitschrift für Beamtenrecht* 48, 401-413
- Hannett, Sarah 2003. "Equality at the Intersections: The Legislative and Judicial Failure to Tackle Multiple Discrimination", *Oxford Journal of Legal Studies* 23, 65-86
- Heißl, Gregor 2013. „Verhältnis der Grundrechtecharta zu nationalen Grundrechtsgewährleistungen und zur Europäischen Menschenrechtskonvention in Bezug auf Grundrechtskollisionen“, in Kahl, Arno/Raschauer, Nicolaus/Storr, Stefan (Hg.), *Grundsatzfragen der Grundrechtecharta*, Wien: Verlag Österreich, 59-86
- Holzleithner, Elisabeth 2002a. *Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung*, Wien: facultas:wuv
- Holzleithner, Elisabeth 2002b. „Geschlecht als Anerkennungsverhältnis“, *Juridikum. Zeitschrift im Rechtsstaat*, 107-110
- Holzleithner, Elisabeth 2005. "Mainstreaming Equality: Dis/Entangling Grounds of Discrimination", *Transnational Law and Contemporary Problems* 14, 927-957
- Holzleithner, Elisabeth 2008a. „Gendergleichheit und Mehrfachdiskriminierung: Herausforderungen für das Europarecht“, in: Kathrin Arioli/Michelle Cottier/Patricia Farahmand/Zita Küng (Hg.), *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch das Recht?* Zürich/St. Gallen: Dike Verlag, 305-320
- Holzleithner, Elisabeth 2008b. „Durchquerungen. Repräsentationen von Geschlecht im Rechtsdiskurs“, in: Celine Camus/Fabienne Imlinger/Annabelle Hornung/Angela Kolbe/Milena Noll/Isabelle Stauffer (Hg.), *Im Zeichen des Geschlechts: Repräsentationen, Konstruktionen, Interventionen*, Königstein: Ulrike Helmer Verlag 2008, 202-218
- Holzleithner, Elisabeth 2009a. „Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs“, in: Beate Rudolf (Hg.), *Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung*, Göttingen: Wallstein Verlag, 37-62
- Holzleithner, Elisabeth 2009b. „Der Kopftuchstreit als Schauplatz der Debatten zwischen Feminismus und Multikulturalismus: eine Analyse entlang der Bedingungen für Autonomie“, in: Sabine Berghahn/Petra Rostock (Hg.), *Der Stoff, aus dem Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Bielefeld: transcript 2009, 341-359
- Holzleithner, Elisabeth 2010. „Mehrfachdiskriminierung im europäischen Rechtsdiskurs“, in: Ulrike Hormel/Albert Scherr (Hg.), *Diskriminierung. Grundlagen und Forschungsergebnisse*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 95-113
- Holzleithner, Elisabeth 2015. "Umsetzung von Art 5 CEDAW in Österreich", in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach, 439-464
- Ingen, Cathy van/Kovacs, Nicole 2012. "Subverting the Skirt: Female boxers' 'troubling' uniforms", *Feminist Media Studies* 12:3, 460-463
- Klenk, Florian 2015. "Die Tante mit der Burka", *Der Falter* 43/15, 14-15
- Kopetzky, Christian 2012. „Altes und Neues zur Präimplantationsdiagnostik“, *Juristische Blätter*, 317-337
- Kreil, Linda 2006. „Haar- und Barttracht: Persönlichkeitsschutz contra Weisungsrecht“, *RdW* 2006/355.
- Lembke, Ulrike 2014. „Burka-Verbot: Der EGMR verkürzt den menschenrechtlichen Diskriminierungsschutz in Europa“, <https://www.juwiss.de/87-2014/> (21.10.2015)
- Levi, Jennifer L. 2008. "Misapplying Equality Theories: Dress Codes at Work", *Yale Journal of Law and Feminism* 19, 353-390
- Lindner, Katharina 2012. "Women's Boxing at the 2012 Olympics: Gender Trouble?" *Feminist Media Studies* 12:3, 464-467

- Loenen, Tizia 2008. „Kopftuch ja, Burka nein? Gedanken zur Beschränkung der Glaubensfreiheit in Bezug auf gesichtsbedeckende Schleier“. In: Arioli, K./Cottier, M./Farahmand, P./Küng, Z. (Hrsg.): *Wandel der Geschlechterverhältnisse durch das Recht?* Zürich/St. Gallen. S. 321-332
- Markard, Nora 2009. „Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht“, *Kritische Justiz* 43/3, 353-364
- McCrudden, Christopher 2008. „Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights“, *The European Journal of International Law* 19, 655-724
- Mitschka, Miriam/Steiner, Peter 2014. „Die Beistellungs- und Kostentragungspflicht für Arbeitskleidung“, *ZAS* 2014/50, 304-
- Myerst, Gretchen Adel 2008. „Why Personal Presentation in the Workplace Is Not Trivial: Performativity Theory Applied to Title VII Sex-Dependent Appearance Standard Cases“, *The Dukemier Awards* 7, 173-198
- Peschek, Ralf 1992. „Sind Miniröcke und kurze Hosen ein arbeitsrechtliches Problem?“ *RdW* 10, 343
- Pizer, Jennifer C. 2007. „Facial Discrimination: Darlene Jespersen’s Fight Against the Barbie-fication of Bartenders“, *Duke Journal of Gender Law & Policy* 14, 285-318
- Radlingmayr, Christoph 2010. „Customer Preferences und arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote“, *ZAS* 2010/33, 192-199
- Raskin, Serafina 2006. „Sex-Based Discrimination in the American Workforce: Title VII and the Prohibition Against Gender Stereotyping“, *Hastings Women’s Law Journal* 17, 247ff
- Rauch, Thomas 2006. „Sind Vorschriften des Arbeitgebers zu Bekleidung, Schmuck, Tätowierungen und Piercings zulässig? Zulässigkeit von Einschränkungen kann aus Kundenvorstellungen und arbeitnehmerschutzrechtlichen Gründen abgeleitet werden“, *ASoK*, 327ff
- Rudolf, Beate 2004. „Verankerung des Gleichstellungsgebots auf Europaebene – Fortschritt oder Regression?“ In: Koreuber, M./Mager, U. (Hrsg.): *Recht und Geschlecht. Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz*. Baden-Baden, 33-59
- Sacksofsky, Ute 2005. „Lehrerin mit Kopftuch. Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive“, in: Haug, Frigga/Reimer, Katrin (Hg.), *Politik ums Kopftuch*, Hamburg: Argument, 48-54
- Sailors, Pam R. 2012. „No Net Gain: A critique of media representations of women’s Olympic beach volleyball“, *Feminist Media Studies* 12, 468-472
- Schadendorf, Sarah 2014. „(Un-)Verschleierte Diskriminierung. Beim „Burka-Verbot“ geht es nicht nur um Freiheit, sondern auch um Gleichheit“, <https://www.juwiss.de/88-2014/> (21.10.2015)
- Schiek, Dagmar 2004. „Just a Piece of Cloth? German Courts and Employees with Headscarves“, *The Industrial Law Journal* 1, 68-73
- Schiek, Dagmar 2007. „§ 20“, in: Schiek, Dagmar (Hg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München: Sellier
- Schläppi, Erika /Ulrich, Silvia /Wytenbach, Judith (Hg.) 2015. *CEDAW. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau. Internationale Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich*, Bern: Stämpfli/Wien: Manz
- Schröter, Hiltrud 2003. *Mohammeds deutsche Töchter. Bildungsprozesse, Hindernisse, Hintergründe*, Königstein, Taunus: Ulrike Helmer Verlag [2. korrigierte und aktualisierte Auflage]
- Schwarzer, Alice 2002. *Die Gotteskrieger und die falsche Toleranz*, Köln
- Sieberichs, Wolf 2013. „Das unbestimmte Geschlecht“, *FamRZ*, 1180-1184.
- Skidmore, Paul 1997. „Can transsexuals suffer sex discrimination? Case C-13/94, P v. S and Cornwall CC [1996] IRLR 347, [1996] 2 CMLR 247“, *Journal of Social Welfare and Family Law* 19/1, 105-114
- Solanke, Iyiola 2009. „Putting Race and Gender Together: A New Approach To Intersectionality“, *The Modern Law Review* 72/5, 723-749

- Springer, Gudrun, „Hosenzwang im Erdbeerland“, 25.06.2008, <http://derstandard.at/3391874> (05.12.2013)
- Suk 2010. “Are Gender Stereotypes Bad for Women? Rethinking Antidiscrimination Law and Work-Family Conflict”, *Columbia Law Review* 110, 1-69
- Timmer, Alexandra 2011. “Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 11, 707-738
- Tinhofer, Andreas 1994. „Darf der Arbeitgeber das Tragen von ‚Personalausweisen‘ anordnen?“ *RdW*, 16
- Tobler, Christa 2007. “Substantive Equality and Positive Action in EC Sex Equality Law: Can the EC Oblige the Member States to Provide for Positive Action Measures?” <http://www.iisj.net/antBuspre.asp?cod=3659&nombre=3659&pri=1> (23.11.2009)
- Uccellari, Paola 2008. “Multiple Discrimination. How Law can Reflect Reality”. *The Equal Rights Review* 1, 24-49
- Ulrich, Silvia 2003. „Innerstaatliche Dimensionen“, in: Neuhold, Brita/Pirstner, Renate/Ulrich, Silvia, *Menschenrechte – Frauenrechte. Internationale, europarechtliche und innerstaatliche Dimensionen*, Innsbruck et al.: StudienVerlag, 225-283
- Vakulenko, Anastasia 2007. ““Islamic Headscarves’ and the European Convention on Human Rights: an Intersectional Perspective”. *Social & Legal Studies* 16/2, 183-199
- Wanderer, Rainer 2012. „Kopftuch und auffällige religiöse oder weltanschauliche Symbole am Arbeitsplatz. Wann liegt eine Diskriminierung nach dem GIBG vor?“ *RdW*, 288-292
- Wytenbach, Judith 2015. “Allgemeine Kommentierung von Art 5 CEDAW“, in: Schläppi/Ulrich/Wytenbach, 389-420
- Young, Iris Marion 2007. “Structural injustice and the politics of difference”, in: Laden, A. S./Owen, D. (Eds.): *Multiculturalism and Political Theory*. Cambridge: Cambridge University, 60-88