

Erster Teil

Die Geschlechtertrennung im gleichheitsrechtlichen System

Geschlechtertrennung und Geschlechtergleichheit scheinen einander zunächst als gegensätzliche Konzepte gegenüberzustehen. Da Gleichheit gemeinhin als Gleichbehandlung verstanden oder zumindest mit dieser assoziiert wird, erscheint die Trennung nach Geschlechtern damit im Widerspruch zu stehen. In dem ersten Teil dieser Arbeit wird diese scheinbare Widersprüchlichkeit einer näheren Untersuchung unterzogen. Scheinbar deswegen, weil sich das Verhältnis der Geschlechtertrennung und der Gleichheit zwar durchaus als komplex und teilweise spannungsvoll, aber trotzdem als komplementär und nicht unbedingt widersprüchlich erweist. Dieser erste Teil dient als Grundlegung für die geschlechtertheoretischen Fragestellungen im zweiten Teil.

Um der Mannigfaltigkeit und Vielschichtigkeit der im Zusammenhang mit diesem Thema relevanten Aspekte annähernd gerecht werden zu können, werden diese der Reihe nach in den Fokus genommen. Außerdem bewegt sich die Untersuchung von oben nach unten: von der abstrakteren Ebene des Gleichheitsgrundsatzes, über die konkretere rechtliche Ausgestaltung bis hin zur konkreten Ebene der Fallkonstellationen, mit welchen sich die Gleichbehandlungskommission auseinandergesetzt hat. In Wirklichkeit greifen die unterschiedlichen Aspekte und Ebenen ineinander und stehen in Wechselwirkung miteinander. Daher kann die hier gewählte schrittweise Vorgehensweise anfangs nicht allem gleichzeitig und gleichermaßen gerecht werden. Es ermöglicht allerdings, zuerst die grundlegenden Konzepte zu untersuchen und in der voranschreitenden Analyse darauf aufbauend weitere Aspekte und Ebenen hinzuzufügen.

Zuerst erfolgt eine grundlegende Auseinandersetzung mit dem Gleichheitsgrundsatz (Kapitel I). Einerseits geht es dabei um die Frage, wie das Gleichheitsrecht aufgebaut ist. Andererseits ist es notwendig zu klären, was mit „Gleichheit“ überhaupt gemeint ist. Bereits an dieser Stelle kann vorweggenommen werden, dass diese Arbeit ein substantielles Konzept

der Gleichheit vertritt, die Gleichheit also nicht als rein formelles Gleichbehandlungsgebot betrachtet. Darauf folgt eine Untersuchung der rechtlichen Grundlagen der Geschlechtergleichheit und Geschlechtertrennung im Gleichheitsrecht der EU und der innerösterreichischen Umsetzung (Kapitel II). Anschließend wird auch die rechtliche Verortung von positiven Maßnahmen gem Art 6 RL 2004/113/EG bzw § 34 GIBG und der geschlechtsspezifischen Angebote gem Art 4 Abs 5 RL 2004/113/EG bzw § 33 GIBG vorgenommen (Kapitel III und IV). Dabei erfolgt auch die Auseinandersetzung mit konkreten Fallkonstellationen, die von der Gleichbehandlungskommission geprüft wurden.

I. Das Konzept der Gleichheit

A. Verschiedene Gleichheitskonzepte

Um zu erklären, was der Gleichheitsgrundsatz gebietet, wird meist auf die aristotelische Gerechtigkeitsformel zurückgegriffen, nach der Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden soll.² Diese bezieht sich auf die distributive Gerechtigkeit nach *Aristoteles*, die bei der Verteilung von Gütern wirksam wird.³ Die Güter sollen angemessen verteilt werden: „Denn wenn die Personen nicht gleich sind, so werden sie nicht gleiche Anteile haben können“.⁴ Dabei stellt sich das Problem, dass keineswegs klar ist, was denn nun als „Gleiches“ bzw „Ungleiches“ angesehen werden soll. Insgesamt erweist sich diese Formel daher als wenig hilfreich. *Pöschl* merkt in diesem Zusammenhang an: „Nimmt man die Formel, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, ernst, dann müsste allerdings jede

2 So ist die Gleichheitsformel des EuGH auch lediglich eine Variante dieser Formel: „[...] daß vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, daß eine unterschiedliche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre [...]“; EuGH 17.4.1997, C-15/95, *EARL de Kerlast*, Rz 35. Siehe auch zB VfGH 8.5.1980, G1/80 ua, *Gebührengesetz 1957* 8806/1980; 28.6.2002, G8/02, *Beitrag Krankenversicherung* VfSlg 16.585/2002. Ausführlich dazu unten erster Teil Pkt II.A.

3 *Aristoteles* unterscheidet bei der spezifischen Gerechtigkeit (welche die Achtung der Gleichheit bezeichnet) zwischen der verteilenden (*iustitia distributiva*) und der ausgleichenden Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*). Die ausgleichende Gerechtigkeit wird in den „vertraglichen Beziehungen“ bzw den Transaktionen zwischen den Menschen wirksam. Die Verteilungsgerechtigkeit sollte bei der Verteilung von öffentlichen Gütern beachtet werden. Jene, die in Würdigkeit gleich sind, sollen bei der Verteilung der Güter gleich behandelt werden. Es handelt sich also um eine Formel der Gerechtigkeit, welche die gleiche Würdigkeit als Maßstab für die Distribution ansetzt; *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik* (2013) Buch V, 5–6.

4 *Aristoteles* (2013) 1131a 21-b9.

Ungleichbehandlung zwischen Rechtsunterworfenen auf Unterschiede rückführbar sein, die zwischen den Vergleichsgruppen bestehen“.⁵ Die Beantwortung der Frage, was gleich und was ungleich ist, kann letztendlich nicht ohne Wertungen erfolgen, die außerhalb des Begriffs der „Gleichheit“ gefunden werden müssen.⁶

Bei Betrachtung der reichhaltigen Literatur zur Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes, der in den meisten Rechtsordnungen der sogenannten westlichen Welt (in der EU und somit auch in Österreich) enthalten ist, fällt auf, dass die jeweiligen Analysen auf unterschiedlichen Ebenen ansetzen. Es gibt solche, die der Ebene der Rechtspraxis bzw Rechtsdogmatik verhaftet sind, und solche, die der Frage nach der philosophischen Grundlage des Gleichheitsgrundsatzes nachgehen.⁷ An dieser Stelle erfolgt ein beispielhafter Überblick der möglichen Deutungen der Gleichheit, von denen manche wertvolle Anhaltspunkte für die Beantwortung der Fragestellungen dieser Arbeit bieten, jedoch für sich genommen nicht gänzlich dafür ausreichen.

Vielschichtige Deutungen

McCrudden etwa hat in „The New Concept of Equality“⁸ auf Grundlage einer Analyse des Gleichheitsrechts der EU vier Modelle der Gleichheit identifiziert, die als Grundlagen („underpinnings“) dienen. Bei dieser Beschreibung der „underpinnings“ begibt sich *McCrudden* auch auf eine Ebene der Betrachtung, die über die konkrete Rechtspraxis hinausgeht. Das Modell der individuellen Gerechtigkeit trachtet danach, bestimmte Merkmale aus dem Entscheidungsfindungsprozess zu eliminieren.⁹ Das Modell der Gruppengerechtigkeit wendet den Blick auf das Ergebnis, das die Redistribution zum Ziel hat.¹⁰ Das Modell der Anerkennung der Identität zielt auf die Diversität der sozialen Gruppen.¹¹ Das Modell der Partizipation schließlich zielt auf die Ermöglichung von politischer Partizipation im weitesten Sinne.¹² Diese vier Modelle bestehen nach *McCrudden* nebeneinander und sind trotz des Spannungsverhältnisses der Modelle untereinander notwendig, um die

5 *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, Zugl: Innsbruck, Univ, Habil, 2004 (2008) 191.

6 Vgl *Pöschl* (2008) 172–186.

7 Dabei ist zu beachten, dass sich Letztere trotz des philosophischen Bezugspunkts ihrer Suche immer dadurch auszeichnen, dass sie sich auf eine oder mehrere konkrete Rechtsordnungen beziehen. Dies folgt daraus, dass rechtsphilosophische Fragestellungen, die sich mit historisch kontingenten Konzepten der Gleichheit und Ungleichheit befassen, notwendigerweise eine bestehende Gesellschafts- und Rechtsordnung als Bezugspunkt ihrer Analyse nehmen müssen.

8 *McCrudden*, The New Concept of Equality.

9 *McCrudden*, New Concept, 17.

10 *McCrudden*, New Concept, 17–18.

11 *McCrudden*, New Concept, 18–19.

12 *McCrudden*, New Concept, 21.

Vielschichtigkeit der Gleichstellungspolitik der EU erfassen zu können.¹³ *McCruddens* Untersuchung des Gleichheitsrechts der EU zeigt die Vielfalt und Komplexität des Themenbereichs auf, bietet jedoch gerade deswegen keinen Anhaltspunkt, um die Frage nach der Bedeutung der Gleichheit im Verhältnis zur Geschlechtertrennung sowie nach der Rechtsnatur der geschlechtsspezifischen Angebote und positiven Maßnahmen zu beantworten. Sowohl die positiven Maßnahmen als auch die geschlechtsspezifischen Angebote könnten wohl vertretbarer Weise mehreren dieser Gleichheitsmodelle zugeordnet werden, wobei sich letztlich wiederum die Schlussfolgerung ergeben würde, dass die Gleichheitsthematik und die prüfgegenständlichen Maßnahmen vielschichtig und komplex sind.

Aus demselben Grund würde eine Analyse anhand der von *Fredman* dargestellten vier möglichen Grundlagen der Gleichheit (Würde, Kompensation für vergangenes Unrecht, distributive Gerechtigkeit und partizipative Demokratie)¹⁴ ähnlich ergebnislos sein. Die Darstellung und Feststellung der Vielschichtigkeit der Gleichheit führt nicht zu der notwendigen Klarheit, aus der heraus man die Rechtsnatur der positiven Maßnahmen und geschlechtsspezifischen Angebote erklären könnte.

Eindeutige Deutungen

Eine insofern klare Deutung der Gleichheit ist bei *Sacksosfsky* und *Baer* zu finden. *Sacksosfsky* begreift den Gleichheitsgrundsatz als Dominierungsverbot, das berücksichtigt, dass Vorurteile und Abwertungen gegenüber einer Gruppe auf die einzelnen Personen als Mitglieder dieser Gruppe übertragen werden.¹⁵ *Sacksosfsky* führt das im Zusammenhang mit dem Merkmal Geschlecht aus. Demnach sei es einerseits verboten, Frauen auf die traditionelle Frauenrolle festzulegen, andererseits sei es aber auch verboten, an die Wahrnehmung der traditionellen Frauenrolle ungerechtfertigte Nachteile zu knüpfen.¹⁶ Frauen sollen also frei wählen können, ob sie die traditionelle Frauenrolle übernehmen möchten oder nicht. Das Konzept der Rolle von *Sacksosfsky* ermöglicht, die Wirksamkeit von Geschlechternormen in der Gesellschaft zu benennen und einer systematischen Analyse zu unterziehen. Diskriminierungsverbote werden so als Dominierungsverbote zugunsten von Frauen verständlich.

Baer merkt an, dass die Bezugnahme auf Geschlechterrollen die Gefahr birgt, dass Rollen, die in der Gesellschaft nach einem männlichen Maßstab

13 *McCrudden*, New Concept, 22.

14 *Fredman*, Discrimination law (2002) 16–23.

15 *Sacksosfsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Zugl.: Freiburg (Breisgau), Univ., Diss., 1990² (1996) 312–314.

16 *Sacksosfsky* (1996), 352–353.

gefertigt werden, statisch verfestigt werden könnten und das Bemühen um eine Änderung der Rollenverteilung nicht unbedingt das Bemühen um eine Änderung der Geschlechterrollen als solche beinhalte.¹⁷ Sie bezeichnet die Gleichheit als Hierarchisierungsverbot.¹⁸ Sie rekuriert dabei auf die Analysen von *MacKinnon*, die das Machtgefälle zwischen Männern und Frauen dargestellt hat.¹⁹ So sagt *Baer*:

„Recht muss [...] auf die gesellschaftlich-hierarchische Bedeutung des Geschlechts als geschlechtlichem Unterschied reagieren, also auf soziale Tatbestände, in denen Menschen aufgrund ihrer Geschlechtszugehörigkeit benachteiligt werden. Das wird derzeit in fast allen Konstellationen der Fall sein, in denen Geschlechtszugehörigkeit überhaupt relevant wird.“²⁰

Obgleich die Konzepte Dominierungsverbot und Hierarchisierungsverbot einen unerlässlicher Bestandteil jeder Auseinandersetzung mit dem Gleichheitsgrundsatz darstellen,²¹ bedarf es für die Beantwortung der in dieser Arbeit gestellten Fragen nach dem Verhältnis zwischen der Gleichheit und der Geschlechtertrennung eines Wechsels der analytischen Ebene. Es ist nötig, nach den philosophischen Grundlagen des Gleichheitsrechts zu suchen.

Khaitan untersucht das Antidiskriminierungsrecht²² anhand dessen, was es erreichen möchte, dh anhand dessen Zielsetzungen: „The point of discrimination law is to promote (an aspect of) personal well-being.“²³ Zur Realisierung des Wohlbefindens identifiziert er vier Basisgüter: Güter zur Befriedigung der basalen Bedürfnisse;²⁴ die negative Freiheit von ungerechtfertigten

17 *Baer*, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Univ., Diss. – Frankfurt (Main), 1995¹ (1995) 226–227.

18 *Baer* (1995), 235.

19 Für viele siehe beispielsweise *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*¹ (1991) 215 und 233; *MacKinnon*, *Reflections on Sex Equality under Law*, *Yale Law Journal*, 1281 (1297 und 1302).

20 *Baer* (1995), 235.

21 Die von *Baer* vertretene Perspektive auf das Geschlecht als Hierarchisierung wird daher auch ein wesentliches Element des in dieser Arbeit vertretenen Gleichheitskonzepts darstellen; siehe unten erster Teil Pkt I.B.5.b).

22 *Khaitan* selber verwendet bewusst den Begriff des „discrimination law“, weil er sich von egalitären Konzepten abgrenzen möchte und stattdessen ein vergleichsbasiertes Konzept der Freiheit vertritt; siehe *Khaitan*, *Theory of discrimination law* (2016) 113, 130–151. Der Begriff „discrimination law“ bezeichnet bei *Khaitan* bestimmte Vorschriften, die sich auf Gruppen beziehen, die über persönliche Merkmale definiert werden, wobei ein Ungleichgewicht zwischen zwei Gruppen besteht; ebd 42. Insofern deckt sich *Khaitans* Begriff des Diskriminierungsrechts mit dem in dieser Arbeit verwendeten „Antidiskriminierungsrecht“.

23 *Khaitan* (2016), 92.

24 *Khaitan* (2016), 95.

Eingriffen in die Person, die Projekte, das Eigentum, die Beziehungen und Angelegenheiten;²⁵ eine adäquate Bandbreite von wertvollen Möglichkeiten;²⁶ und schließlich die Selbstachtung bezogen auf den eigenen Status und auf die selber verfolgten Ziele.²⁷ Das Antidiskriminierungsrecht ziele, so *Khaitan*, darauf ab, signifikante Vorteilsgefälle in Bezug auf diese Basisgüter zu verringern bzw. ultimativ zu beseitigen.²⁸ Dabei bezeichnet er die Freiheit als Grundlage des Antidiskriminierungsrechts und lehnt den Rekurs auf die Gleichheit als Wert an sich ab.²⁹ Die in dieser Arbeit vertretene These stützt sich ebenfalls auf die Freiheit als wesentliches Element des Antidiskriminierungsrechts. Es ist allerdings hilfreicher, die Freiheit nicht so sehr als Grundlage zu betrachten, die als Basis unter dem Antidiskriminierungsrecht zu finden ist. Vielmehr ist die Freiheit das, wofür das Antidiskriminierungsrecht aktiv wird. Die Freiheit soll mithilfe des Antidiskriminierungsrechts realisiert werden.³⁰

Réaume hingegen stellt ein Konzept des Gleichheitsrechts³¹ vor, dessen Grundlage die Würde ist.³² Demnach rufe die Würde ein Bild einer privilegierten Person mit gesellschaftlich angesehenen Eigenschaften hervor. Dieses Bild solle als erstrebenswertes Ideal generalisiert werden und als Maßstab in der gleichheitsrechtlichen Prüfung dienen. Wo das Recht einen Statusvorteil vorsieht, solle geprüft werden, ob dieser Vorteil ein Leben in Würde bzw. ein Leben von Wert nach dem Maßstab des oben genannten idealisierten Bildes fördert. Falls ja, solle der Vorteil auch allen anderen zugutekommen. Es werde demnach nicht geprüft, ob beispielsweise Männer einen bestimmten Vorteil bekommen, nur damit Frauen diesen auch bekommen. Vielmehr werde geprüft, ob der Vorteil für die jeweils anderen Personen, die sich im Nachteil sehen, ebenfalls von Interesse ist, um dem erstrebten Ideal eines Menschen von Würde näher zu kommen. Das von *Réaume* entwickelte Gleichheitskonzept versucht, den Begriff der Gleichheit mit dem Wert der Menschenwürde zu füllen. Dabei bleibt jedoch der verwendete Wert, die

25 *Khaitan* (2016), 95–101.

26 *Khaitan* (2016), 102–107.

27 *Khaitan* (2016), 108.

28 *Khaitan* (2016), 121.

29 Siehe *Khaitan* (2016), 113–114.

30 Siehe dazu im folgenden Kapitel, erster Teil Pkt I.B.

31 *Réaume* nimmt in ihrer Analyse den allgemeinen Gleichheitssatz in s. 15(1) der Canadian Charter of Rights and Freedoms als Ausgangspunkt und bezieht sich auf die Rechtsprechung des Supreme Court of Canada; *Réaume*, *Discrimination and Dignity*, *Louisiana Law Review* 2003, 645 (645). An anderer Stelle spricht sie etwas allgemeiner von „equality rights“; *Réaume*, *Dignity, Equality, and Comparison*, in Hellman/Moreau (Hrsg), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, *Philosophical Foundations of Law* (2013) 7–27 (22).

32 *Réaume* in Hellman/Moreau, 22.

Menschenwürde, selbst inhaltlich vage. Das heraufbeschworene idealisierte Bild eines würdevollen Menschen wird mit empirischen Eigenschaften wie etwa der Selbstbeherrschung, Unverletzlichkeit („invulnerability“) und Selbstsicherheit assoziiert, ohne zu erklären, woher, von wem und auf welche Weise dieses Bild der Würde gezeichnet werden soll. Damit bleibt das von *Réaume* skizzierte Gleichheitskonzept zu unbestimmt und offen für eine große Bandbreite von Interpretationen der Gleichheit.

Das in dieser Arbeit vertretene Verständnis der Gleichheit gründet sich ebenfalls auf die Menschenwürde. Anders als bei *Réaume* wird dabei ein Konzept der Menschenwürde entworfen, das als wesentliches Element die Anerkennung enthält. Der folgende Abschnitt ist diesem Konzept der Gleichheit der Freiheit, die in der Würde aller Menschen begründet ist und über die Anerkennung vermittelt wird, gewidmet.

B. Die gleiche Freiheit, die über die Anerkennung vermittelt wird

In dieser Arbeit wird die These vertreten, dass die Gleichheit als gleiche Freiheit aller Menschen so zu sein, wie sie sind, verstanden werden sollte. Alle Menschen sollen die gleiche Freiheit zur Selbstverwirklichung haben. Diese Forderung nach Anerkennung und Freiheit gründet sich in der gleichen Würde jedes Menschen. Um diese These näher zu erläutern, bedarf es zunächst einer Darstellung der Struktur des Gleichheitsrechts, dh der Erklärung, wie das Gleichheitsrecht aufgebaut ist. Das dient einer grundsätzlichen Orientierung in der Art eines Übersichtsplans, der zeigt, wo sich die einzelnen Teilelemente (allgemeiner Gleichheitssatz, Willkürverbot, Verhältnismäßigkeitserfordernis, Diskriminierungsverbote, positive Maßnahmen) befinden. Darauf aufbauend kann in der Folge das Antidiskriminierungsrecht näher analysiert werden.

1. Das Gerüst des Gleichheitsrechts

Somek hat den normativen Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes dahingehend beschrieben, dass grundsätzlich Gleichbehandlung gefordert ist, sofern die Ungleichbehandlung durch nichts gerechtfertigt werden kann.³³ Eine mögliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung bietet der gleichheitsrechtliche Rationalitätsstandard, dh, es darf aus rationalen Gründen

33 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht (2001) 43; *Somek*, Gleichheit und politische Autonomie, in *Bornmüller/Hoffmann/Pollmann* (Hrsg), Menschenrechte und Demokratie (2013) 207–224 (211). Grünberger hat gezeigt, dass diese Gleichheitspräsumption auf alle gleichbehandlungsrelevanten Sachverhalte im Privatrecht angewendet werden kann; *Grünberger*, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, teilw zugl: Köln, Univ., Habil.-Schr., 2011¹ (2013) insb 59–61.

ungleich behandelt werden. Allerdings erfährt die Rechtfertigungsmöglichkeit eine Schranke im Antidiskriminierungsgrundsatz. Wie *Somek* an einem Beispiel zeigt, könnte ein Wirtshausbetreiber, dessen vornehmlich männliche Kunden sich durch Sexismus und Rassismus auszeichnen, die Überlegung anstellen, dass die Anstellung einer weiblichen Kellnerin, die einer ethnischen Minderheitengruppe zugeordnet werden könnte, zu sexistischen und rassistischen Übergriffen gegenüber der Kellnerin und möglicherweise zu einem Fernbleiben der Kunden führen könnte. Aus der Perspektive des Wirtshausbetreibers, der als Unternehmer die Sicherung und möglichst die Maximierung seines Gewinns verfolgt und alleine aus dieser Überlegung heraus agiert,³⁴ könnte die Entscheidung, statt dieser Kandidatin den männlichen Bewerber, welcher der ethnischen Mehrheitsgruppe zugeordnet werden kann, einzustellen, daher als rational angesehen werden. Die Einschränkung dieser rationalen Überlegungen durch den Antidiskriminierungsgrundsatz bedeutet allerdings, dass eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und der ethnischen Zugehörigkeit ausgeschlossen ist. Dh, die Ungleichbehandlung ist somit nicht mehr von der Rechtfertigung durch das Rationalitätsprinzip erfasst.³⁵ Da die Ungleichbehandlung durch nichts gerechtfertigt werden könnte, wäre sie verboten.³⁶

Dazu merkt *Pöschl* kritisch an, dass *Somek* den allgemeinen Gleichheitssatz auf ein Diskriminierungsverbot reduziere, was der Bedeutungsvielfalt des Gleichheitssatzes nicht gerecht werde. Es sei „eben nicht plausibel, dass jede Ungleichbehandlung prima facie diskriminierend ist.“³⁷ Diesem letzten Satz ist an sich zuzustimmen, auch wenn sich der Widerspruch der beiden Positionen bei näherer Betrachtung aufzulösen scheint. Dies deshalb, weil auch nach *Someks* Verständnis des Gleichheitssatzes nicht jede Ungleichbehandlung an sich der Diskriminierung verdächtig wird. Vielmehr sieht der Gleichheitssatz als grundsätzliches Gleichbehandlungsgebot die Möglichkeit

34 Falls der Wirt allein aus eigenen rassistischen oder auch sexistischen Überlegungen handelt, also die rassistische bzw sexistische Diskriminierung selbst Zweck seiner Handlung ist, könnte seine Entscheidung ebenfalls nicht als rational bezeichnet werden; siehe *Somek* (2001), 310–313 und 315. Siehe auch *Gardner*, On the ground of her sex(uality), *Oxford Journal of Legal Studies* 1998, 167 (168) für das ursprüngliche Pub-Beispiel.

35 Im Gegensatz zu der hier vertretenen Position trifft *Somek* eine klare Unterscheidung zwischen dem gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard und dem Antidiskriminierungsgrundsatz, die einander in binärer Opposition gegenüber stehen, wobei entscheidend ist, dass dieses Verhältnis durch den Ausschluss von bestimmten Gründen der Ungleichbehandlung ein asymmetrisches ist; *Somek* (2001), 329; *Somek*, *Rechtliches Wissen*¹ (2006) 201.

36 Vgl *Somek* (2001), 204–318; *Somek* (2006); *Somek* in *Bornmüller/Hoffmann/Pollmann*, 209–218; *Somek*, Neoliberale Gerechtigkeit. Die Problematik des Antidiskriminierungsrechts, *DZPhil Berlin* 51 2003, 45 (51).

37 *Pöschl* (2008), 151.

von Ungleichbehandlungen aus rationalen Gründen vor.³⁸ Der Antidiskriminierungsgrundsatz stellt eine Grenze für zweckrationale Begründungen der Ungleichbehandlungen dar.

Diskriminierend ist eine Ungleichbehandlung³⁹ nach *Somek* dann, wenn dadurch „die Geringschätzung oder der ungleiche Wert von Personen zum Ausdruck gebracht wird.“⁴⁰ Er unterscheidet drei Erscheinungsformen der Diskriminierung. Die Demütigung nimmt jemanden nicht als gleichwertige Person zur Kenntnis. Eine Person wird in einer Gemeinschaft so behandelt, als ob sie mit ihrer Perspektive in ihr nicht vorhanden sei. Die Stereotypisierung berücksichtigt eine Person nur innerhalb der Grenzen eines Stereotyps. Und die Überdeterminierung bürdet den Menschen ein gewisses Sosein und damit eine Selbstentfremdung auf, um Nachteile zu vermeiden.⁴¹ Gemeinsam ist diesen Formen der Diskriminierung, dass den Personen mit ihren jeweiligen persönlichen Merkmalen, also in ihrem jeweiligen Sosein, die Anerkennung als Menschen gleicher Würde vorenthalten wird.⁴² Aufschlussreich ist auch *Pöschls* Feststellung, dass die Ungleichbehandlung nicht per se suspekt sei, sondern:

„dann, wenn sie den Einzelnen in seinem nicht oder nicht zumutbar veränderlichen ‚So-Sein‘ ignoriert oder ihn deshalb benachteiligt, wenn sie ihn zu einer Anpassung an eine Gruppe zwingt, der er mehr oder weniger zufällig angehört, oder über ihn wegen dieser Gruppenzugehörigkeit rechtliche Nachteile verbhängt, und auch dann, wenn sie auf Stereotypen, Vorurteilen und fehlerhaften Eigenschaftszuschreibungen beruht, die den Einzelnen an einer freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern.“⁴³

Die verschiedenen Erscheinungsformen der Diskriminierung werden im Folgenden⁴⁴ noch eingehender untersucht. An dieser Stelle soll nur ein Über-

38 „Das Gleichheitsrecht lässt mannigfaltige Gründe der Ungleichbehandlung zu und schließt manche aus“; *Somek* in *Bornmüller/Hoffmann/Pollmann*, 210.

39 Zu beachten ist, dass der Terminus „Ungleichbehandlung“ hier im wertneutralen Sinne der Differenzierung zu verstehen ist. Es ist lediglich die *diskriminierende* Ungleichbehandlung, also die Diskriminierung im Sinne des modernen Sprachgebrauchs mit der ihr inhärenten negativen Konnotation, die verwerflich ist. Vgl auch die Ausführungen zu der rechtsdogmatischen Verwendung der Begrifflichkeiten unten, erster Teil Pkt II.D.

40 *Somek* (2006), 200.

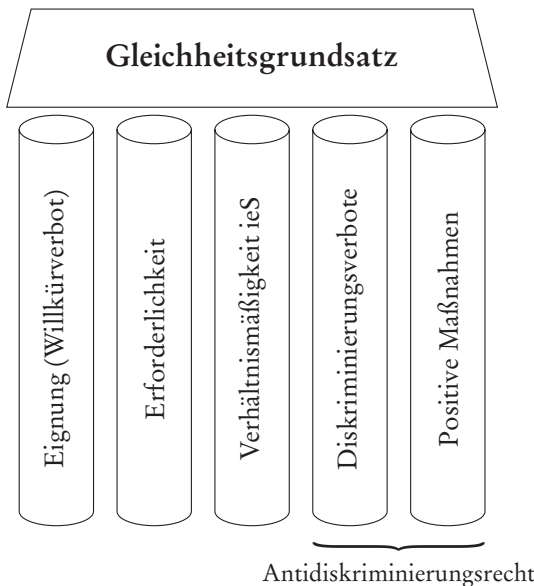
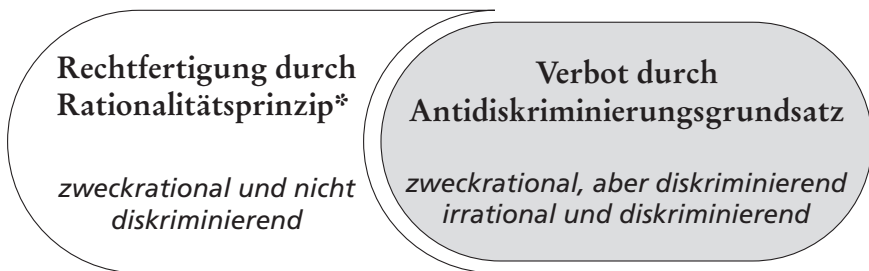
41 *Somek* (2001), 379–384. Vgl auch *Somek*, DZPhil Berlin 51 2003, 49: „Die Ungleichbehandlung interessiert als demütigender Akt.“

42 In Fällen der mittelbaren Diskriminierung werden über konkrete Handlungen hinaus strukturelle Gegebenheiten, in denen die Missachtung der Perspektiven, Positionen, Bedürfnisse, Eigenschaften etc von Personen mit bestimmten (zugeschriebenen) persönlichen Merkmalen in Erscheinung treten, in den Fokus genommen.

43 *Pöschl* (2008), 464.

44 Erster Teil Pkt I.B.3.

blick über die Struktur des Gleichheitsrechts geboten werden, um in der Folge eingehend analysieren zu können, was Gleichheit überhaupt bedeutet bzw. welcher Art das Verhältnis zwischen dem Antidiskriminierungsrecht und dem sich darüber spannenden Gleichheitsgrundsatz ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt nämlich die Klärung der Frage ab, ob und welchen Unterschied es zwischen den positiven Maßnahmen und den geschlechtsspezifischen Angeboten gibt. Die Struktur des Gleichheitsrechts könnte wie folgt gezeichnet werden:



Das Säulenmodell dient der beispielhaften Veranschaulichung, dass unter dem Bogen des Gleichheitsgrundsatzes unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe angewendet werden, die unterschiedliche Arten von Fragestellungen zu beantworten suchen, und kombiniert dies mit einer strukturellen Analyse des

Gleichheitsrechts. Daran zeigt sich, dass die antidiskriminierungsrechtlichen Säulen Teil dieser gleichheitsrechtlichen Struktur sind. So zeigt ein Blick auf die verfassungsrechtliche Praxis der Gleichheitssätze in Österreich, Deutschland und den USA, dass die Gleichheit vor dem Gesetz anhand eines abgestuften Prüfungsmaßstabs untersucht wird. In Deutschland setzt die Prüfung unten bei einer bloßen Willkürkontrolle an und steigert sich auf einer gleitenden Skala hinauf zu strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen.⁴⁵ In Österreich ergibt sich nach *Pöschl* aus der Judikatur des VfGH: „ein Recht, in wesentlich gleicher Lage gleich und in wesentlich ungleicher Lage entsprechend ungleich behandelt zu werden und schließlich – mit fließenden Übergängen – konkrete nichtkomparative Rechte, einem bestimmten Maßstab entsprechend behandelt zu werden.“⁴⁶ Auch der US Supreme Court wendet unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe je nach Gruppenzugehörigkeiten an und unterscheidet zwischen „rational basis review“ und „heightened scrutiny“.⁴⁷

Das Säulenmodell nimmt sich die Freiheit, die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe im Zusammenhang mit den allgemeinen Gleichheitssätzen exemplarisch darzustellen und eine allgemeine Struktur des Gleichheitsrechts zu veranschaulichen: Der Gleichheitsgrundsatz enthält ein grundsätzliches Gebot der Gleichbehandlung (das Dach im Modell), das die Ungleichbehandlung dann erlaubt, wenn es dem gleichheitsrechtlichen Rationalitätsstandard entspricht (als Beispiele die Säulen „Eignung (Willkürverbot)“, „Erforderlichkeit“ und „Verhältnismäßigkeit i.e.S.“), wobei die Ungleichbehandlung aber jedenfalls dann nicht erlaubt ist, wenn sie den Antidiskriminierungsgrundsatz verletzt (die Säulen „Diskriminierungsverbote“ und „positive Maßnahmen“). Ob der Antidiskriminierungsgrundsatz verletzt ist oder nicht, kann anhand einer Entsprechungsprüfung und einer Verhältnismäßigkeitsprüfung festgestellt werden.⁴⁸

2. Distribution und die Intervention durch das Antidiskriminierungsrecht

Das Antidiskriminierungsrecht steht im Dienste der distributiven Gerechtigkeit, obgleich sie dieser nur im eingeschränkten Maße gerecht werden kann. Dies kann dem Antidiskriminierungsrecht als solchem jedoch nicht zum Vorwurf gemacht werden, sondern sollte im Kontext des in der westlichen industrialisierten Welt vorherrschenden, neoliberalen Wirtschafts- und Gesellschaftssystems gesehen werden. Das Antidiskriminierungsrecht interveniert lediglich in einem gegebenen Gesellschaftssystem an bestimmten

45 Siehe zweiter Teil Pkt III.B.1.

46 *Pöschl* (2008), 308.

47 Ausführlicher dazu *Lee*, *Being Wary of Categories. Is It Possible to Move Away from Categorisations in Anti-Discrimination Law?* *University of Vienna Law Review* 2017, 107 (109–110, 116–117).

48 Dazu ausführlicher unter erster Teil Pkt III.B.3, III.B.5 und IV.C.2.

Schlüsselstellen der Distribution von konditionalen Gütern, indem es sogenannten „Distributionsagenten“⁴⁹ die Bürde der Diskriminierungsverbote auferlegt.

Die Wirtschaftssysteme der westlichen industrialisierten Länder sind durchgehend marktwirtschaftlich geprägt. Die liberalen Wirtschaftstheorien beruhen auf der Vorstellung, dass Einzelne einander auf dem freien Markt als gleichermaßen freie und berechnete Personen begegnen und aus den angebotenen Optionen frei wählen können. Dies setzt voraus, dass sie ihre Entscheidungen gegenseitig respektieren.⁵⁰ Allerdings ist dies eine Freiheit, die von der Notwendigkeit geprägt ist, sich um die Befriedigung der eigenen basalen Bedürfnisse zu kümmern. Wenn die einzelne Person nicht bietet, was auf dem Markt nachgefragt wird, kann die Sicherung der grundlegenden Bedürfnisse gefährdet sein. Diesfalls wäre zu hinterfragen, wie viel „Freiheit“ Personen tatsächlich haben, wenn für sie Heim, Nahrung, Kleidung und andere Dinge für ein bescheidenes Auskommen in Würde in der jeweiligen Gesellschaft nicht gesichert sind. Die „Freiheit“ im marktwirtschaftlichen Sinne bezeichnet also lediglich die Freiheit, zwischen verschiedenen Optionen zu wählen, und verdeckt die Notwendigkeit bzw. Not, aus der heraus sich die Marktteilnehmer*innen der Nachfrage anpassen müssen.⁵¹

Bei dieser Betrachtung ist zu beachten, dass es nicht nur Güter, Dienstleistungen und Arbeitsplätze sind, die von den Einzelnen auf dem Markt angeboten werden, sondern im übertragenen Sinne auch die eigene Person als solche. Geschlecht, ethnische Herkunft, Alter, Fähigkeiten, Talente, Intelligenz, Bildungsstand, Vorlieben, charakterliche Eigenheiten etc sind alle Teil der Person und bestimmend für das, was sie anbietet. Die Ablehnung dieses Angebots kann daher auch aufgrund eines oder mehrerer solcher persönlicher Merkmale erfolgen. Der Begriff des „Marktes“ dient zur Beschreibung der Tatsache, dass in einer Gesellschaft, die von den Gesetzen einer liberalen Marktwirtschaft beherrscht ist, die einzelne Person kommodifiziert und den Marktkräften unterworfen ist.⁵² Deshalb kann beispielsweise die Einlassverweigerung eines Mannes mit dunklerer Hautfarbe in eine Diskothek

49 *Somek*, DZPhil Berlin 51 2003, 50; *Somek*, Engineering equality. An essay on European anti-discrimination law (2011) 106.

50 Siehe *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit² (1983) 98–99 und 170.

51 Siehe *Somek*, The cosmopolitan constitution (2014) 158–160. Zur Ökonomisierung von immer mehr Lebensbereichen ist die Ausweitung des Anwendungsbereichs ökonomischer Rationalität auf diese Lebensbereiche und die Wahrnehmung des Menschen als *homo oeconomicus* vgl auch *Brown*, Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution (2015) 30–34.

52 Vgl dazu auch *Brown*, die argumentiert, dass sich der moderne Liberalismus dadurch auszeichnet, dass sich der *homo oeconomicus* vermehrt als Humankapital im Wettbewerb mit anderen positionieren muss. Der Mensch wird nicht nur kommodifiziert, sondern darüber hinaus auch zum Unternehmer seiner selbst; *Brown* (2015), 33–37.

als Ablehnung des Angebots seiner Person durch die Diskothek beschrieben werden, weil seine Hautfarbe vom Marktgegenüber als integraler Bestandteil dessen, was er anbietet, angesehen wird. Das ist die Stelle, an der das Antidiskriminierungsrecht ansetzt.

Das Antidiskriminierungsrecht steht im Dienste der Verwirklichung oder zumindest Förderung von gerechten Verhältnissen in einer Gesellschaft. Bei *Somek* ist die soziale Gerechtigkeit Rawlschen⁵³ Typs der Ausgangspunkt, von dem er auf die distributive Funktion des Antidiskriminierungsrechts schließt.⁵⁴ Das Antidiskriminierungsrecht diene der Verwirklichung der Verteilungsgerechtigkeit, dh, konditionale Güter sollen gerecht verteilt werden. Konditionale Güter werden hier weit gefasst und umfassen solche Güter, „deren Innehabung final auf die Sicherung eines gleichwertigen Zugangs zur gesellschaftlichen Kooperation oder Interaktion bezogen sind.“⁵⁵ Als Beispiele nennt *Somek* Gesundheit, Bewegungsfreiheit, Möglichkeiten zur Kommunikation und Kooperation, Bildungschancen, Arbeitsplätze, sakrale Stätten etc. Deren Mangel bedeute soziale Deklassierung.⁵⁶ In dieser Arbeit werden die Diskriminierungsverbote und positiven Maßnahmen unter dem Begriff des Antidiskriminierungsrechts zusammengefasst, weil beide mit der Bekämpfung von Missachtungen im distributiven Kontext aufgrund persönlicher Merkmale befasst sind.⁵⁷

An dieser Stelle sei angemerkt, dass die distributive Gerechtigkeit nicht alleine durch das Antidiskriminierungsrecht bewerkstelligt werden kann. Es bedarf darüber hinaus weiterer sozialpolitischer Maßnahmen, um einen gerechten Zugang zu Wohnraum, Gesundheit, Bildung, öffentlichen Verkehrsmitteln, kulturellen Einrichtungen etc sicherzustellen.⁵⁸ *Schiek* geht

53 Wie sie von *Rawls* dargelegt wurde in *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit²⁰ (2017 [1979]).

54 Siehe *Somek*, DZPhil Berlin 51 2003, 47; *Somek* (2011), 88–89 und 99–111.

55 *Somek* (2001), 455.

56 Vgl *Somek* (2001), 450–456.

57 *Someks* Gleichheitskonzeption befasst sich in erster Linie mit einer Analyse des Gleichheitssatzes und seines Antidiskriminierungsgrundsatzes und enthält keine spezifischen Aussagen über die positiven Maßnahmen. Eine rechtsdogmatische Einordnung der positiven Maßnahmen im Gefüge des Gleichheitsrechts erfolgt unter erster Teil Pkt III.

58 Vgl *Somek* (2011), 186–190. Die von *Somek* gegenüber dem Antidiskriminierungsrecht formulierte Kritik ist in Wahrheit eine am hegemonialen Neoliberalismus, welcher die Menschen atomisiert, kommodifiziert und entfremdet. Im Rahmen seiner Kritik, dass das Antidiskriminierungsrecht nicht zur Herbeiführung von sozialer Gerechtigkeit reiche, identifiziert er zwar ein diesem Rechtsgebiet inhärentes Problem, was sich an der mittelbaren Diskriminierung besonders deutlich zeigt (vgl *Somek* [2011], 130–158; *Somek* [2001], 555–558 und 577), allerdings richtet sich seine Kritik genau genommen nicht gegen das Antidiskriminierungsrecht als solches, sondern vielmehr gegen das neoliberale Modell der individuellen Eigenverantwortung, welches die Menschen ihrer Würde beraubt. Der Appell für sozialpolitische Maßnahmen ist letztlich einer, der auf

noch weiter und vertritt, dass sich die Zielsetzungen von „Antidiskriminierung“⁵⁹ und Sozialpolitik überhaupt fundamental unterscheiden. Antidiskriminierungspolitik „adressiert sehr spezifische Ungleichheiten, ist also in seiner Zieldimension einzugrenzen. [...] Es zielt auf Überwindung derjenigen sozialen Benachteiligung ab, die auf zugeschriebener Differenz beruhen.“⁶⁰ Im Gegensatz dazu zielt Sozialpolitik „auf Eliminierung von Ungleichheiten ganz allgemein und verfolgt die Mission der Einschließung durch partielle Egalisierung. Einkommensdifferenzen sollen eingeebnet werden, Unterschiede im Zugang zu Bildung oder Erwerbsleben relativiert werden. Diese egalisierende Tendenz erstreckt sich auf jede gesellschaftliche Ungleichheit und ist auf deren Eliminierung gerichtet.“⁶¹ *Schiek* ist der Meinung, dass Antidiskriminierungsrecht und -politik sich daher nicht in das weite Feld der Sozialpolitik einfügen lassen⁶² und argumentiert hier *contra Somek*.⁶³ Sie sieht Umverteilung nicht als Zweck des Antidiskriminierungsrechts, sondern als möglichen Effekt eines wirksam umgesetzten Antidiskriminierungsrechts.⁶⁴

Tatsächlich gibt es mE sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede zwischen den Maßnahmenbereichen des Antidiskriminierungsrechts einerseits und der Sozialpolitik andererseits. Gemeinsam ist ihnen, dass sie mit der Verbesserung der sozialen und wirtschaftlichen Stellung von Benachteiligten bzw der Verhinderung des Abstiegs unter ein gewisses politisch determiniertes Niveau befasst sind. Sie haben gleichermaßen die Gewährleistung bzw Förderung eines lebenswerten Lebens, eines Lebens in Würde,⁶⁵ als zentrales Anliegen ihrer Bemühungen.

Es besteht jedoch auch ein erkennbarer Unterschied zwischen dem Antidiskriminierungsrecht und der Sozialpolitik. In industrialisierten westlichen Ländern werden sozialpolitische Maßnahmen vornehmlich vom Staat bzw von staatsnahen Institutionen gesetzt. Diese sprechen, *Someks* Terminologie folgend, eine distributive Sprache.⁶⁶ Das Antidiskriminierungsrecht hingegen, so *Somek*, richte sich an einzelne Personen und spreche eine deonto-

eine andere Art der wirtschaftlichen Zusammenarbeit, einer transzendierenden Solidarität, gerichtet ist. Siehe *Somek* (2011), 186–188.

59 *Schiek* verwendet die Begriffe „Antidiskriminierung“ und „Diskriminierungsschutz“ und schließt darin auch positive Maßnahmen ein; *Schiek*, Zwischenruf: Den Pudding an die Wand nageln? Überlegungen zu einer progressiven Agenda für das EU-Antidiskriminierungsrecht, KJ Kritische Justiz 2014, 396 (402).

60 *Schiek*, KJ Kritische Justiz 2014, 403.

61 *Schiek*, KJ Kritische Justiz 2014, 403.

62 *Schiek*, KJ Kritische Justiz 2014, 402.

63 *Schiek*, KJ Kritische Justiz 2014, 397.

64 *Schiek*, KJ Kritische Justiz 2014, 401.

65 Zu der Anerkennung der gleichen Würde aller Menschen siehe sogleich unter erster Teil Pkt I.B.6.

66 Siehe *Somek*, DZPhil Berlin 51 2003, 47–48; *Somek* (2011), 88–89.

logische Sprache.⁶⁷ Deontologisch deshalb, weil es bestimmten Personen ein bestimmtes Verhalten vorschreibt, nämlich nicht zu diskriminieren. Es handelt sich dabei um solche Personen, die an gewissen Schlüsselstellen der Distribution sitzen, wie etwa Arbeitgeber*innen oder Anbieter*innen von Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit angeboten werden. Zu beachten ist, dass nicht nur Private in Schlüsselpositionen, sondern auch staatliche Institutionen in Ausübung ihrer Funktionen an Diskriminierungsverbote gebunden sind.

Diese Distributionsagent*innen entscheiden über die Verteilung von besonders wertvollen Ressourcen, von konditionalen Gütern, welche Voraussetzung für eine gleichberechtigte und vollwertige Partizipation am gesellschaftlichen Leben sind. Deshalb wird ihnen vom Antidiskriminierungsrecht die „Bürde“ (man könnte auch Verantwortung sagen) der Diskriminierungsverbote auferlegt. Das entspricht im Wesentlichen auch der Ansicht *Schieks*, die sagt: „[T]he principle of equal treatment of persons [...] should be accepted as a general principle of law, which is to be applied to all areas of law, irrespective of whether the main actors [...] are public or non-state actors.“⁶⁸ Das Antidiskriminierungsrecht interveniert also einerseits bei der Verteilung von konditionalen Gütern im Rahmen der Sozialpolitik und andererseits bei der Verteilung durch Private an bestimmten Schlüsselpositionen. Es setzt sich auch über etwaige Überlegungen, die nach rein marktwirtschaftlicher Logik als rational beschrieben werden könnten, hinweg.⁶⁹ An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass aus dem Umstand, dass das Antidiskriminierungsrecht an den Distributionsagent*innen ansetzt, folgt, dass notwendiger Weise die Reichweite der Intervention eine beschränkte ist. Dadurch kann das Antidiskriminierungsrecht der distributiven Gerechtigkeit nur in eingeschränktem Maße gerecht werden. Es stellt lediglich eine punktuelle Intervention an bestimmten Schlüsselstellen dar, die das herrschende wirtschaftliche, politische und gesellschaftliche System unangetastet lässt; es ist Teil dieses Systems.

67 Siehe *Somek*, DZPhil Berlin 51 2003, 48–49; *Somek* (2011), 106–108. *Somek* sagt, dass dem Antidiskriminierungsrecht der Versuch immanent sei, „die distributive Sichtweise der Theorie der Gerechtigkeit in die deontologische Sprache des Rechts zu übersetzen“, was diesem nicht gelinge. Dieses normative Defizit („normative deficiency“; *Somek* (2011), 141) der Antidiskriminierungsrechts identifiziert er als Grund, weshalb sich dieses zu Zwecken der neoliberalen Gesellschaftsordnung einsetzen ließe und ein unzureichendes Mittel zur Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit sei; *Somek* (2011), 166. Tatsächlich ist, wie bereits angemerkt, das Antidiskriminierungsrecht alleine nicht zur Realisierung der distributiven Gerechtigkeit geeignet. Dafür bedarf es einer breit angesetzten Sozialpolitik mit einer entsprechenden Vielfalt von Maßnahmen.

68 *Schiek*, Broadening the Scope and the Norms of EU Gender Equality Law. Towards a Multidimensional Conception of Equality Law, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2005, 427 (432).

69 Siehe dazu das obige Beispiel des Gasthausbetreibers; erster Teil Pkt I.B.1.