

BUNDES-GLEICHBEHANDLUNGSKOMMISSION

**Die Gleichbehandlungskommission des Bundes
Senat I**

hat in der Sitzung am ... über den Antrag von A (= Antragsteller), in einem Gutachten nach § 23a Bundes-Gleichbehandlungsgesetz (B-GIBG), BGBl. I Nr. 65/2004 i.d.g.F., festzustellen, dass er durch die Bestimmung des Abschnittes II Ziffer 2b „Haartracht“ des Erlasses „45. Verhaltensnormen für Soldatinnen und Soldaten“, GZ S93105/5-MFW/2016, aufgrund des Geschlechts gemäß § 4 Z 6 B-GIBG bei den sonstigen Arbeitsbedingungen diskriminiert worden sei, folgendes

Gutachten

beschlossen:

Die Bestimmung des Abschnitt II Ziffer 2b „Haartracht“ des Erlasses „45. Verhaltensnormen für Soldatinnen und Soldaten“, GZ S93105/5-MFW/2016, stellt eine Diskriminierung von A aufgrund des Geschlechts gemäß § 4 Z 6 B-GIBG bei den sonstigen Arbeitsbedingungen dar.

Begründung

Der Antrag von A (...) langte am ... bei der Bundes-Gleichbehandlungskommission (B-GBK) ein. In diesem wurde das Folgende vorgebracht:

Es handle sich in der gegenständlichen Sache um eine systemgetragene, mit Verlautbarungsblatt (VBI I 03/2018) verordnete Betrachtung der Geschlechter. Im VBI I 03/2018, Abs. II. Pkt. 2 b werde im Punkt Haartracht zwischen männlichen Soldaten und weiblichen Soldatinnen, betreffend die Normierung der Haartracht, unterschieden. Da beide Personengruppen im Rahmen des militärischen Dienstes und der Ausbildung gleiche Aufgaben und Tätigkeiten hätten, sei diese Unterscheidung nicht nachvollziehbar. Eine Berücksichtigung von inter/divers bei Personen fände überhaupt nicht statt. Diese Sachlage sei von ihm auch schon über die Gleichbehandlungsbeauftragte an die Arbeitsgruppe für Gleichbehandlung im BMLV herangetragen worden. In einer ersten Reaktion sei auf ein Gutachten der Rechtsabteilung des BMLV aus dem Jahr 2006 verwiesen worden, welches auf einer Studie aus dem Jahr 1999 beruht, in der festgehalten werde, dass eine Unterscheidung zwischen männlichen und weiblichen Soldaten zulässig sei. Gegen den Antragsteller sei, basierend auf der Grundlage des VBI I 03/2018, von einer dritten Person Beschwerde eingebracht und verlangt worden, ein Disziplinarverfahren einzuleiten, da er eine für einen männlichen Soldaten nicht zulässige Frisur trage. Der Antragsteller trage ..., wobei er seine Haare im Dienst, wie für Soldatinnen vorgegeben, zu einem Zopf zusammenbinde.

Für seinen Antrag an die B-GBK nutzte der Antragsteller das Muster-Formular der B-GBK. In diesem ist durch Ankreuzen das Geschlecht des/der Antragsteller/in bekannt zu geben. Der Antragsteller kreuzte das Feld „...“ an.

Auf Ersuchen der B-GBK übermittelte der Antragsteller mit Schreiben vom ... eine Konkretisierung zu seinem Antrag, in der er Folgendes anführt:

Am ... sei seine Dienststellenleitung aufgefordert worden, gegen ihn ein Disziplinarverfahren (Kommandantenverfahren) einzuleiten, da er mit seiner Frisur nicht den Vorgaben der VBI I 03/2018 für „männliche“ Soldaten entspreche. Diese Aufforderung sei von ... ergangen. Über diese Aufforderung sei er von der Dienststellenleitung in Kenntnis gesetzt worden. Dies sei mit dem Vermerk erfolgt, dass sie den Antragsteller nicht bestrafen wolle. Der Antragsteller entgegnete, dass er kein Problem mit einem Verfahren und einer Bestrafung hätte, jedoch gegen diese Maßnahme Berufung einlegen würde. Daraufhin habe die Dienststellenleitung beschlossen, kein Verfahren gegen ihn einzuleiten. Der Status sei seit diesem Zeitpunkt un-

verändert. Innerhalb der eigenen Dienststelle würde er nicht diskriminiert werden, von anderen Dienststellen innerhalb der Kaserne erfolge keine offene Anfeindung ihm gegenüber, was aber sicherlich auch seinem Dienstgrad geschuldet sei. Er orte in dem Erlass eine systemische Diskriminierung für nicht binäre Personen, denen sich nicht die Möglichkeit biete sich als nicht binär einstufen zu lassen bzw. sich gemäß Art. 8 EMRK auch außerhalb der genetischen Geschlechtsrolle zu bewegen.

Mit Schreiben vom ... übermittelte das BMLV eine Stellungnahme zum Antrag. In dieser führte das BMLV aus, dass der Erlass GZ 593105/19-MFW/2017 vom 18. Dezember 2017, der dem derzeit gültigen VBI I Nr. 3/2018 „Verhaltensnormen für Soldatinnen und Soldaten“ zugrunde liege, ua. das äußere Erscheinungsbild von Soldaten und Soldatinnen, und damit auch die unterschiedlichen, geschlechtsspezifischen Regelungen bezüglich Haartracht regle. Der Verfassungsgerichtshof habe am 15. Juni 2018 (VfGH G 77/2018-9) festgestellt, dass intersexuelle Menschen, deren biologisches Geschlecht also nicht eindeutig „männlich“ oder „weiblich“ ist, ein Recht auf eine ihrer Geschlechtlichkeit entsprechende Eintragung im Personenstandsregister oder in Urkunden haben. Diese Personen würden daher auch „amtlich“ weder als männlich noch als weiblich gelten.

Nach Art. 9a Abs. 3 B-VG sei jeder männliche Staatsbürger wehrpflichtig. Staatsbürgerinnen (Frauen) könnten freiwillig Dienst im Bundesheer als Soldatinnen leisten und hätten das Recht, diesen Dienst zu beenden.

Eine Erhebung des Geschlechts im Personenstandsregister habe ergeben, dass der Antragsteller dem männlichen Geschlecht angehöre.

Die Wehrverfassung gehe derzeit weiterhin ausdrücklich von einer geschlechtlichen Zweiteilung in Männer und Frauen aus. Daraus folge, dass Personen, die aufgrund einer entsprechenden Eintragung im Personenstandsregister weder „männlich“ noch „weiblich“ sind, mangels verfassungsrechtlicher Grundlage keinen Wehrdienst (auch nicht freiwillig) leisten könnten. Unabhängig davon werde der Beschwerdeführer gem. Personenstandsregister als männliche Person geführt.

Da es sich beim Antragsteller um einen Soldaten des ... und ... handle, unterliege dieser den oa. gültigen Regelungen für Soldaten. Eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts könne demzufolge nicht erkannt werden.

Der Stellungnahme war die Behördenabfrage aus dem Zentralen Melderegister angeschlossen.

Aufgrund der unstrittigen Aktenlage konnte eine mündliche Befragung des Antragstellers sowie des BMLV unterbleiben. Der Senat I der B-GBK hat in zwei Sitzungen (am ... und am ...) über den Antrag von A beraten.

Die B-GBK hat erwogen:

Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nach § 4 Z 6 B-GIBG liegt vor, wenn jemand im Zusammenhang mit einem Dienstverhältnis bei den sonstigen Arbeitsbedingungen, auf Grund des Geschlechtes unmittelbar oder mittelbar diskriminiert wird.

Gemäß § 25 Abs. 2 B-GIBG hat die Vertreterin oder der Vertreter des Dienstgebers darzulegen, dass bei Abwägung aller Umstände eine höhere Wahrscheinlichkeit dafürspricht, dass ein anderes von ihr oder ihm glaubhaft gemachtes Motiv für die unterschiedliche Behandlung ausschlaggebend war. Von der B-GBK war also die Begründung des BMLV im Hinblick auf die Sachlichkeit der unterschiedlichen Vorschriften für die Haartracht von Männern und Frauen zu prüfen.

Eingangs stellt der Senat fest, dass das BMLV durch Vorlage der Behördenanfrage aus dem Zentralen Melderegister glaubhaft darlegen konnte, dass der Antragsteller laut Register männlichen Geschlechts ist. Der Antragsteller wird daher auch vom Senat rechtlich dem männlichen Geschlecht zugeordnet. Das die potentielle Benachteiligung von inter/trans-Personen betreffende Vorbringen des Antragstellers konnte folglich mangels individueller Betroffenheit nicht Gegenstand des Verfahrens sein. Der Senat beschäftigt sich nicht mit abstrakten gleichbehandlungspolitischen Fragen, sondern hat zu beurteilen, ob in einem konkreten Fall eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes gemäß dem B-GIBG vorliegt.

Der Senat hatte im gegenständlichen Verfahren daher nur zu prüfen, ob der Erlass „45. Verhaltensnormen für Soldatinnen und Soldaten“, GZ S93105/5-MFW/2016, in Abschnitt II Ziffer 2 lit. b mit der Überschrift „Haartracht“ dem B-GIBG entspricht.

Abschnitt II Ziffer 2 lit. b „Haartracht“ lautet:

„Die Haartracht darf den vorschriftsmäßigen Sitz der Kopfbedeckung sowie die Funktionalität der militärischen Ausrüstung nicht behindern. Sie muss sauber und gepflegt sein. Modische Frisuren sind erlaubt, sofern sie nicht in Schnitt und Form besonders auffällig sind.

Haarfärbungen bzw. Tönungen, zu denen auch einzelne Haarpartien (z.B. Strähnen) zählen, dürfen nur dem Spektrum der natürlichen Haarfarben entsprechen.

Die Haare von Soldaten müssen kurz geschnitten sein. Augen und Ohren dürfen nicht bedeckt sein. Das Haar ist so zu tragen, dass bei aufrechter Kopfhaltung Uniform- und Hemdkragen nicht berührt werden.

Die Haartracht von Soldatinnen darf die Augen nicht bedecken. Haare, die bei aufrechter Körper- und Kopfhaltung die Schulter berühren würden, sind am Hinterkopf gezipft, mit einem Band zusammengehalten (Pferdeschwanz) oder hochgesteckt zu tragen. Dabei sind Form und Farbe der Haarspangen bzw. Bänder dezent zu halten.“

Der Antragsteller brachte vor, dass diese Unterscheidung zwischen Männern und Frauen nicht sachlich nachvollziehbar ist. Er trägt seine Haare als „...“, wobei er seine Haare im Dienst, wie für weibliche Soldatinnen vorgegeben, zu einem Zopf zusammenbindet. Damit entspricht er nicht den Vorgaben des Abschnitt II Ziffer 2 lit. b für Männer, wiewohl daraus bisher keine negativen Folgen entstanden sind, insbesondere wurde kein Disziplinarverfahren gegen ihn eingeleitet.

Nach Ansicht des Senates konnte das BMLV keine sachlichen Gründe darlegen, weswegen die Unterscheidung zwischen Männern und Frauen hinsichtlich der zulässigen Haartracht notwendig ist. Der Senat stellt fest, dass Soldatinnen und Soldaten, welche den gleichen Dienst verrichten, dies auch mit der gleichen Frisur tun können. Einem einheitlichen Erscheinungsbild steht dies nicht entgegen. Es ist für den Senat außerdem nicht nachvollziehbar, dass Frauen das Tragen aller Frisuren, somit kurze wie auch lange Haare, erlaubt ist, den Männern aber nur kurz geschnittene Haare. Es ist beiden Geschlechtern zumutbar, ihre Haare im Dienst den Anforderungen entsprechend zu einem Zopf zusammenzubinden. Nur für die gefährliche Arbeit oder aus hygienischen Gründen wäre die Vorschreibung von kurzen Haaren nachvollziehbar, was aber auch dann für Männer und Frauen gleichermaßen zum Tragen käme. Eine größere Einschränkung der Wahlfreiheit betreffend die Haartracht stellt sohin eine weniger günstige Behandlung auf Grund des Geschlechts im Sinne des § 4a Abs. 1 B-GIBG für Männer dar, die umso schwerer wiegt, als sie auch in das Privatleben hineinwirkt.

Das Österreichische Bundesheer ist ein moderner Arbeitgeber und hat als öffentlicher Arbeitgeber auch Vorbildwirkung, somit hat das Heer auch veraltete gesellschaftliche Anschauungen, wie z.B. die Notwendigkeit geschlechtsspezifischer Unterschiede in der Haartracht, die nicht mehr sachlich zu rechtfertigen sind, abzubauen, nicht nur bei der Berufskleidung/Uniform, und kann dadurch auch dazu beitragen, Männer mit längeren Haaren als potentielle Bewerber für den Dienst im Österreichischen Bundesheer anzusprechen. Differenzierte Anordnungen zum äußeren Erscheinungsbild von Soldatinnen und Soldaten in der Arbeitswelt entsprechen auch nicht mehr den gesellschaftlichen Gepflogenheiten.

Der Senat stellt daher fest, dass die Bestimmung des Abschnittes II Ziffer 2 lit. b „Haartracht“ des Erlasses „45. Verhaltensnormen für Soldatinnen und Soldaten“, GZ S93105/5-MFW/2016, eine unmittelbare Diskriminierung von A aufgrund des Geschlechts gemäß § 4 Z 6 B-GIBG bei den sonstigen Arbeitsbedingungen darstellt.

Auf die schadenersatzrechtlichen Ansprüche des § 18 B-GIBG wird verwiesen.

Wien, Juli 2023