

Aufsätze

Madita Block

„Separate But Equal“ auf dem Sportplatz. Zur Geschlechtertrennung im Sport

Das Geschlecht spielt im Sport eine überragende Rolle.¹ In seiner Funktion als Differenzierungsmerkmal trennt es Männer und Frauen, es repräsentiert körperliche Leistungsfähigkeit und sportliche Fähigkeiten, und es steht – ungeachtet des rechtlichen Personenstands – im Einzelfall zur Disposition der Sportverbände.

I. Einleitung

Wie ernst die Geschlechtszugehörigkeit einer Athletin bzw. eines Athleten genommen wird, offenbarte sich jüngst an dem Fall der US-amerikanischen Nationaltorhüterin Hope Solo: Nachdem die *Women's Professional Soccer League* (WPS) die anstehende Saison wegen rechtlicher Streitigkeiten abgesagt hatte,² zog die betroffene Ausnahmespielerin in Betracht, in einer zweitklassigen Herrenmannschaft in St. Louis zu spielen, um sich auf die Olympischen Sommerspiele in London 2012 vorzubereiten.³ Obwohl das offizielle Reglement der FIFA⁴ sich nicht explizit mit der Trennung der Geschlechter befasst, schoben die Verantwortlichen dieser Idee einen Riegel vor. Wie bereits in anderen Fällen, in denen Frauen in Männerteams mitspielen wollten, verwiesen sie auf die strikte Geschlechtertrennung im Fußball und das Fehlen einer Ausnahmeregelung.⁵ Es lässt sich anhand diverser Beispiele belegen, wie vehement die Segregation der Geschlechter, insbesondere die Sonderbehandlung der Frauen im Sport, aufrechterhalten wird. Zum einen perpetuieren unterschiedliche Regelwerke die Grundeinstellung, dass Athletinnen physisch unterlegen und weniger belastbar sind als ihre männlichen Pendants.⁶ Zum anderen verdeutlicht die sprachliche Abgrenzung des Frauensports durch die Betonung des Geschlechts, dass Männer- sport das "Normale" ist (Fußballweltmeisterschaft), während Frauensport

1 Vgl. MacKinnon, Sex Equality, 2. Ed. 2007, 371 ff.

2 http://www.womensprosoccer.com/news/press_releases/120130-wps-suspends-2012season.

3 <http://www.goal.com/en-us/news/1698/womens-soccer/2012/03/09/2956469/women-should-be-allowed-to-play-in-mens-teams-and-soccer-will-be->.

4 Fédération Internationale de Football Association.

5 Siehe Weichselgärtner, Das AGG im Leistungssport, 2011, 20.

6 Beim Kugelstoßen der Männer wiegt die Kugel genau 16 Pfund (7,257 kg), bei den Frauen 4 kg; im Softball, der Frauen-Variante des Baseball, wird mit einem größeren und weicheren Ball gespielt, der das Spiel verlangsamt; und im Damen-Eishockey ist das Tackling verboten.

Vergegenwärtigt man sich, dass das Geschlecht ein Differenzierungsmerkmal ist, an das gleichbehandlungsrechtlich grundsätzlich nicht angeknüpft werden darf (Art. 3 Abs. 2, 3 GG und § 1 AGG), stellt sich die Frage, ob die Trennung von Männern und Frauen im Sport überhaupt zulässig ist. Dass Segregation durchaus von Relevanz im Antidiskriminierungsrecht ist, auch, wenn für vermeintlich vergleichbare Einrichtungen gesorgt ist, zeigt die *Separate But Equal* Doktrin des US-amerikanischen *Supreme Court*. Dieser Doktrin lag der Gedanke zu grunde, dass die absolute Gleichheit vor dem Gesetz nicht darüber hinweg täuschen könnte, dass zwischen den Rassen natürliche und soziale Unterschiede bestehen, die auch beachtenswert seien.⁸ Obwohl die Trennung nach der Hautfarbe auf den ersten Blick beide Rassen gleichermaßen betraf, war doch eindeutig, dass Schwarze von den Privilegien der Weißen ferngehalten werden sollten.⁹ Erst 1954 erkannte der *Supreme Court*, dass die Rassentrennung grundlegende Ungleichheit erzeugt, da sie ein Gefühl von Minderwertigkeit vermittelten würde.¹⁰ Tatsächliche Gleichheit verlange nicht nur die gleiche materielle Ausstattung, sondern auch die gleiche Wertschätzung.¹¹

Übertragen auf den Sport muss man kritisch hinterfragen, ob Frauen und Männern die gleichen materiellen Vorteile zur Verfügung gestellt werden¹² und ob Wertschätzung und Prestige vergleichbar sind.¹³ Ist *separate* im Sport tatsächlich *equal*?

II. Der weibliche Athlet in der Geschichte des Sports

Die Wahrnehmung der Frauen im Sport spiegelt die Rolle von Frauen in Gesellschaft und im Recht grundlegend wieder. Frauen galten gegenüber Männern lange Zeit als unvollkommen, sowohl in physischer als auch in psychischer Hinsicht. Dieses zur Zeit der Industrialisierung aufgekommene Frauenbild legitimierte die bürgerliche und rechtliche Isolation der Frauen. Biologisch prädestiniert für das Private und ausgeschlossen aus dem öffentlichen Leben, wurden Frauen auf ihre reproduktiven Fähigkeiten reduziert.¹⁴ Der Frauenkörper wurde als ein passives Objekt, als das "Andere", wahrgenommen, während der Männerkörper als aktives Subjekt verstanden wurde.¹⁵ Der Mann war dieser Perzeption zufolge das Normalmaß, an dem sich die Gesellschaft und vor allem das als rational empfundene Recht orientierten.

7 So auch *Rulof/Dahmen*, Gender 2010, 41, 44; *McDonagh/Pappano*, Playing with the Boys, 2008, 17; *Young*, The exclusion of women from sport: conceptual and existential dimensions, in: *Davis/Weaving* (Eds.), Philosophical Perspectives on Gender in Sport and Physical Activity, 2010, 13. Exemplarisch für die Sonderbehandlung aus dem FIFA Reglement Saison 2011/12, Seite 3, Anmerkungen: "Wenn der betroffene Mitgliedsverband zustimmt und die Grundsätze dieser Regeln eingehalten werden, können die Regeln für Spiele von Teams mit unter 16-Jährigen, Frauen, über 35-Jährigen oder Behinderten angepasst werden".

8 Erstmals in *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 at 544 (1896).

9 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 at 559-560 (Harlan, Diss.) (1896).

10 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 at 494 (1954).

11 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 at 492 (1954).

12 Beispiellohaft erwähnt seien die finanzielle Förderung, die Ausrüstung sowie die verfügbaren Trainingsstätten, vgl. *Vieweg/Lettmaier*, Anti-discrimination law and policy, in: *Nafziger/Ross* (Eds.), Handbook on International Sports Law, 2011, 258, 260.

13 *Robinson*, 9 J. Contemp. Legal Issues 1998, 321, 339 f.

14 *Duden*, Geschichte unter der Haut, 1987, 43; *Honegger*, Ordnung der Geschlechter: Die Wissenschaften vom Menschen und das Weib 1750-1850, 1991, 30.

15 *De Beauvoir*, Das andere Geschlecht, 1951, passim.

1. Sport als Männerdomäne

Der Sport ähnelt insofern dem Recht: Er ist traditionell männlich ausgerichtet.¹⁶ Die Verortung von Frauen als passives Objekt widerspricht dem Konzept des Sports, etwas Aktives – und damit genuin männliches – zu sein, grundlegend.¹⁷ Die Integration von Frauen in den Sport lässt sich dementsprechend als zäh und beschwerlich beschreiben. Moraleische, soziale, medizinische und religiöse Vorwände hielten Frauen lange Zeit davon ab, an sportlichen Wettkämpfen teilzunehmen.¹⁸

Wenig überraschend ist es daher, dass Frauen ursprünglich jeder Zugang zum Sport verweigert wurde. Die Olympischen Spiele im antiken Griechenland standen nur freien Männern offen, die nicht straffällig geworden waren und sich dem olympischen Gedanken per Eid verdingt hatten.¹⁹ Frauen hingegen war sowohl die Teilnahme, als auch das Zuschauen unter Androhung der Todesstrafe untersagt.²⁰ Auch die Wiedereinführung der Olympischen Spiele der Neuzeit 1896 änderte zunächst nichts daran, vielmehr sollte sich die Rolle der Frau auf die Unterstützung und die Bewunderung der athletischen Fähigkeiten der Männer beschränken.²¹ Die Teilnahme am Sport war für Mädchen und Frauen unschicklich, vor allem widersprachen unanständige Bewegungen, wie ein Heben oder Grätschen der Beine beim Turnen, den Sittlichkeits- und Schönheitsidealen. Zudem waren die mit der Ausübung einhergehenden Erschütterungen und Stöße gynäkologischen Bedenken ausgesetzt.²² Dementsprechend gering war die Anzahl der weiblichen Teilnehmer an den Spielen auch nach deren Öffnung für Frauen: Bis einschließlich der Olympiade 1936 in Berlin waren weniger als 10 Prozent der aktiven Athleten weiblich. Die nunmehr für Frauen geöffneten Sportarten waren ausschließlich Nichtkontaktsportarten, die den ästhetischen Ansprüchen der Zuschauer gerecht werden sollten. Die Begründung für die Exklusion von den anderen, "männlichen" Sportarten beruhte also auf einem Zirkelschluss: Frauen waren als das schwächere Geschlecht per definitionem weniger sportlich, da Sportlichkeit mit männlichen Attributen verknüpft war, welche Frauen nicht haben konnten, so dass Weiblichkeit prima facie den Ausschluss vom Sport rechtfertigte.²³ Die niedrigere Beteiligung von Frauen im Sport wird bis heute darauf zurück geführt, dass Frauen konstant weniger Anreize und Möglichkeiten zur Teilnahme angeboten wurden und werden.²⁴

16 *Grahn*, 9 Cardozo Women's L. J. 2002, 449; *Kosofsky*, 4 Hastings Women's L. J. 1993, 209, 216.

17 *Young*, The exclusion of women from sport: conceptual and existential dimensions, in: *Davis/Weaving* (Eds.), *Philosophical Perspectives on Gender in Sport and Physical Activity*, 2010, 13, 14 f.

18 *Lebrun*, Women and Sports, in: *Harries*/et.al. (Eds.), *Oxford Textbook of Sports Medicine*, 2. Ed. 1998, 743.

19 *Ferguson-Smith*, Gender verification and the place of XY females in sport in: *Harries*/et.al. (Eds.), *Oxford Textbook of Sports Medicine*, 2. Ed. 1998, 355.

20 *Kyle*, Origins, in: *Pope/Nauright* (Eds.), *Routledge Companion to Sports History*, 2010, 114, 120; *Guttmann*, *Women's Sports. A History*, 1991, 19.

21 *Teetzel*, Equality, equity, and inclusion: Issues in women and transgendered athletes' participation at the Olympics, in: *Crowther/Heine/Barney* (Eds.), *Cultural Imperialism in Action: Critiques in the Global Olympic Trust*, 2006, 331, 332.

22 *Pfister*, Körper, Sport und Geschlecht aus historischer Sicht, in: *Krüger/Langenfeld*, *Handbuch Sportgeschichte*, 2010, 337, 339; *Kosofsky*, 4 Hastings Women's L. J. 1993, 209, 218.

23 *Pauli*, Die Selbstdarstellung von Spitzensportlerinnen und -sportlern auf persönlichen Homepages im Internet – Eine Analyse der sozialen Konstruktion von Geschlechterverhältnissen, 2008, 58; *English*, *Sex Equality in Sports*, in: *Morgan* (Ed.), *Ethics in Sport*, 2. Ed. 2007, 303, 307.

24 *Gavin*, 35 *McGeorge L. Rev.* 2004, 445, 455.

Da der überwiegende Teil der Sportarten von Männern für Männer konzipiert wurde, liegt diesen ein maskulines Profil zugrunde: Sie werden von Stärke, Durchsetzungsfähigkeit, Schnelligkeit und vor allem von Aggressivität bestimmt.²⁵ Diese Eigenschaften werden Frauen indes konsequent abgesprochen. Folglich scheinen die sportlichen Ideale und der Gedanke des Wettkampfsports nicht kompatibel mit dem den Frauen zugeschriebenen Bild.

Sport wird vielfach mit Männlichkeit gleichgesetzt, so dass weibliche Athletinnen regelmäßig als unfeminin wahrgenommen werden.²⁶ Zwar ist das Bild der Idealfrau sportlich-schlank, allerdings widersprechen zu starke bzw. zu muskulöse Frauen den gängigen Weiblichkeitsstereotypen und werden abgelehnt.²⁷ Femininität wird auch im Sport häufig gleichgesetzt mit Weichheit, Anmut, Grazie und Schwäche; die Abwesenheit dieser Attribute wird als fehlende weibliche Heterosexualität verortet.²⁸ Um diesem Stigma vorzubeugen, ist der Sport nach wie vor darum bemüht, den Körper von Athletinnen in seiner weiblichen Form darzustellen. Anschaulichstes Beispiel bietet das Cheerleading, bei dem die Frauen die sportlichen Glanztaten der Männer unterstützen sollen, während sie lasziv tanzen.²⁹ In anderen Sportarten soll körperbetonende Kleidung dafür Sorge tragen, dass die Athletinnen als Frauen wahrgenommen werden. Beim Feldhockey, Tennis und Lacrosse tragen Frauen kurze Röcke, beim Beachvolleyball bestimmt ein offizielles Maß die Breite der Bikinihose an der Hüfte auf maximal 7 cm. In überwiegend männlich konnotierten Sportarten wie beispielsweise Boxen und Fußball inszenieren sich Frauen häufig eigenständig und gezielt als besonders feminin, um nicht als Mannsweib zu gelten.³⁰ Gerade diese Inszenierung birgt jedoch die Gefahr, dass der Fokus weg vom Sport auf die weiblichen Attribute gelenkt wird.³¹ Dadurch wird das Bild vermittelt, Frauensport sei nur sehenswert, wenn er sexy ist. Gleichzeitig wird impliziert, dass er von geringerem sportlichen Wert ist als Männer sport.

3. Geschlechtsverifizierung

Für einige Sportlerinnen erweist sich die zur Schau gestellte Weiblichkeit der Konkurrentinnen als ernstzunehmendes Problem. Athletinnen, die über ein vermeintlich männliches Äußeres verfügen und besonders muskulös sind, kommen in Rechtfertigungsnot hinsichtlich ihrer Geschlechtszugehörigkeit. Dahinter stehen zuvorderst die Grundprinzipien des Sports, Chancengleichheit und Fairplay, die voraussetzen, dass die Sportlerinnen und Sportler unter anderem in geschlechtsbezogene Leistungsklassen unterteilt werden. Beeinflusst die körperliche Konstitution den sportlichen Erfolg bei einer Sportart maßgeblich, wird eine nach Leistungsklassen getrennte Ausübung für notwendig erachtet, um in diesem

25 Howe, Being and Playing. Sport and the Valorization of Gender, in: Morgan (Ed.), Ethics in Sport, 2. Ed. 2007, 331, 332; Schottenfeld, 10 U. Miami Bus. L. Rev. 2002, 649, 675; Postow, Women and Masculine Sports, in: Morgan/Meier (Eds.), Philosophic Inquiry in Sport, 2. Ed. 1995, 323, 324.

26 Kosofsky, 4 Hastings Women's L. J. 1993, 209, 219.

27 Kugelmann, Starke Mädchen – schöne Frauen? Weiblichkeitszwang und Sport im Alltag, 1996, 80.

28 Schneider, On the definition of 'woman' in the sporting context, in: Tännjö/Tamburini (Eds.), Values in Sport, 2000, 123, 126; Pauli (Fn. 23), 64, MacKinnon, Feminism Unmodified (1987), 122; Kosofsky, 4 Hastings Women's L. J. 1993, 209, 219; Kleindienst-Cachay/Heckemeyer, Frauen in den Männerdomänen des Sports, in: Hartmann-Tews/Rulofs (Hrsg.), Handbuch Sport und Geschlecht, 2006, 112, 120.

29 Jay, 7 Tex J. Women & L. 1997, 1, 29.

30 Pauli (Fn. 23), 64; Kosofsky, 4 Hastings Women's L. J. 1993, 209, 224.

31 Einige Spielerinnen der deutschen Fußballnationalmannschaft der Damen haben sich im Vorfeld der Weltmeisterschaft 2011 in Deutschland für den Playboy fotografieren lassen, um das Klischee zu widerlegen, es gäbe nur Mannweiber im Frauenfußball. Online abrufbar unter <http://www.playboy.de/stars-stories/stars/fifa-frauen-wm-2011>.

Fall Frauen einen sinnvollen sportlichen Wettkampf zu ermöglichen.³² Ist eine Frau zu sportlich oder zu männlich, erlangt sie einen vermeintlich wettbewerbswidrigen Vorteil, den es bei entsprechendem Verdacht zu erkennen und anschließend zu eliminieren gilt.

Aus diesem Grund haben sich die internationalen Spitzensportverbände seit den 1960er Jahren eine autonome Bestimmung des Geschlechts vorbehalten. Sportlerinnen wurden infolgedessen von 1966 bis zu den Olympischen Sommerspielen in Sydney im Jahr 2000 gezwungen, ihr "Frau-Sein" unter Beweis zu stellen.³³ Die Regelwerke der Sportverbände entwickelten dabei unterschiedliche Anknüpfungspunkte, anhand derer das Geschlecht der Athletinnen festgestellt werden sollte. Die ursprüngliche Sorge der Funktionäre beschränkte sich auf den sog. *sex fraud*, die Angst vor maskierten Männern, die sich in den Frauenwettbewerben einen unlauteren Vorteil verschaffen wollten. Mangels Sensibilität hinsichtlich des zu dieser Zeit aufkommenden anabolen Dopingproblems vermutete man hinter jeder muskulösen und erfolgreichen Athletin einen betrügenden Mann.³⁴ Dementsprechend erfolgte die Determinierung des Geschlechts mittels einer optischen Inspektion der primären und sekundären Geschlechtsmerkmale, die bei allen Athletinnen durchgeführt wurde.³⁵ Sah die Sportlerin in den Augen der begutachtenden Ärzte prima facie weiblich aus, durfte sie an den Wettkämpfen teilnehmen. Da die Athletinnen öffentlich gegen die erniedrigenden und demütigenden Untersuchungen protestierten,³⁶ entschied sich das *Internationale Olympische Komitee* (IOK) für eine vermeintlich weniger invasive Überprüfung der Weiblichkeit. Fortan sollte mittels eines Geschlechtschromosomentests festgestellt werden, ob es sich bei den Athletinnen tatsächlich um Frauen handelte. Damit waren nicht mehr die äußereren Geschlechtsmerkmale ausschlaggebend für die Beurteilung, sondern die Gonosomen.³⁷ Weiblich im Sinne des Sports waren nunmehr nur Sportlerinnen, die den Karyotyp 46,XX hatten. Diese auf den ersten Blick sinnvolle Regelung schloss jedoch intersexuelle Athletinnen, nämlich sog. XY-Frauen, und transsexuelle Mann-zu-Frau Sportlerinnen von den Wettkämpfen aus. Der Versuch, sich auf die Ergebnisse der Geschlechtschromosomentests zu verlassen, hatte die unheilvolle Büchse der Pandora geöffnet: Athletinnen, die weibliche sekundäre Geschlechtsmerkmale hatten, weiblicher Geschlechtsidentität waren und rechtlich als Frauen anerkannt waren, stellten für den Sport unter Umständen keine vollwertigen weiblichen Athletinnen dar.³⁸

Nach langen, kontrovers geführten Diskussionen wurde der verbindliche Geschlechtstest für Athletinnen vor den Olympischen Sommerspielen 2000 in Sydney abgeschafft. Allerdings wurden die Spitzensachverbände dazu ermächtigt, eigene Regeln aufzustellen, die bei Verdachtsfällen zur Anwendung kommen würden.³⁹ Vor allem das öffentliche Aufsehen um die Südafrikanerin Caster Semenya, die in Berlin 2009 Weltmeisterin über 800m und anschließend für ein Jahr

32 Gutzeit, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Sportrecht – Erste Gedanken zu sportarbeitsrechtlichen Konsequenzen, in: Vieweg (Hrsg.), *Facetten des Sportrechts*, 2009, 55, 65.

33 Ferris, Br. Med. Bulletin 1992, 683, 685; Beamish/Ritchie, Fastest, Highest, Strongest. A critique of high-performance sport (2006), 43.

34 Teetzel, (Fn. 21), 331, 333; Ferris, Br. Med. Bulletin 1992, 683, 685; Wiederkehr, IJHS 2009, 556, 558.

35 McDonagh/Pappano (Fn. 7), 41.

36 Pilgrim/Martin/Binder, 13 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2002/03, 495, 509; Conradi/Wiesemann, Hess. Ärzteblatt 2009, 656.

37 McDonagh/Pappano (Fn. 7), 41.

38 McDonagh/Pappano (Fn. 7), 41; Reeser, Br. J. Sports Med. 2005, 695, 696.

39 Buzwisi, 6 Mod. Am. 2011, 36, 37; Conradi/Wiesemann, Hess. Ärzteblatt 2009, 656, 657; Ritchie/Reynard/Lewis, J. R. Soc. Med. 2008, 395, 398.

wegen Zweifeln an ihrem Geschlecht gesperrt wurde,⁴⁰ veranlasste das IOK und den internationalen Leichtathletikverband (IAAF)⁴¹ dazu, die Richtlinien zu überarbeiten. Das durchaus umfangreiche Regelwerk verfolgt den fortwährenden Zweck, die "Sonderkategorie" der Frauen von Athletinnen freizuhalten, die aufgrund einer höheren Aussetzung von Testosteron eine ungewöhnliche sportliche Leistungsfähigkeit im Vergleich ihren Konkurrentinnen haben.⁴² Ungeachtet des chromosomal und des phänotypischen Geschlechts determinieren nunmehr die Hormone, ob eine Athletin bei den Frauen starten darf oder nicht. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass das männliche Sexualhormon Testosteron der ausschlaggebende Faktor für sportliche Leistungsfähigkeit ist. Welcher Verdachtsmoment die Einleitung von geschlechtsdeterminierenden Untersuchungen zur Folge haben soll, wird indes nicht erläutert. Obwohl man von einer Überprüfung aller weiblichen Teilnehmerinnen Abstand genommen hat, bleibt ein fader Beigeschmack: Die Verantwortlichen werden sich weiterhin auf Anschuldigungen von Konkurrentinnen oder stereotype Vorstellungen von Weiblichkeit verlassen, um „betroffene Athletinnen“ ausfindig zu machen.⁴³

III. Separate But Equal?

Der Sport muss sich schon aufgrund der dargestellten exklusiven Kontrolle des Geschlechts nur bei weiblichen Athletinnen den Vorwurf gefallen lassen, Frauen und Männer unterschiedlich zu behandeln. Deutlich grundlegender ist – wie eingangs angedeutet – aber bereits die Trennung von Männern und Frauen im Sport diskriminierungsrechtlich zu überprüfen. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch zum einen, dass den Verbänden und Vereinen verfassungsrechtlich gemäß Art. 9 Abs. 1 GG die Regelungshoheit in eigenen Angelegenheiten garantiert wird.⁴⁴ Insofern sind die Richtlinien und Regelwerke, die eine Trennung von Männern und Frauen aus Gesichtspunkten der Chancengleichheit, der obersten Maxime des Sports,⁴⁵ festlegen, dem Grunde nach von der Vereinsautonomie erfasst. Zum anderen bewegt sich der Sport auf einem privatrechtlichen Spielfeld, so dass die grundrechtlichen Gewährleistungen bloß mittelbar Beachtung finden können.⁴⁶ Einen geeigneten Maßstab für die Zulässigkeit der Geschlechtersegregation im Sport können insoweit die Prinzipien des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) bieten. Das private Nichtdiskriminierungsrecht untersagt nach § 1 AGG die ungleiche Behandlung wegen des Geschlechts, sofern kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist. Die folgende rechtliche Beurteilung orientiert sich an den Wertungen des AGG, um den Umgang des privaten Diskriminierungsrechts mit dem Sport zu veranschaulichen, ohne jedoch auf dogmatische Detailfragen einzugehen.

40 Siehe Kocher, KJ 2009, 387, 398.

41 International Association of Athletics Federations.

42 IAAF Regulations Governing Eligibility of Females with Hyperandrogenism to compete in Women's Competition, Preface. Online abrufbar unter: <http://www.iaaf.org/aboutiaaf/publications/regulations/index.html>.

43 Crincoli, World Sports Law Report 06/2011, 3, 4.

44 Kannengießer in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 12. Auflage 2011, Art. 9 Rn. 11; Lukes, Erstreckung der Vereinsgewalt auf Nichtmitglieder durch Rechtsgeschäft, in: Hefermehl/Gmür/Brox (Hrsg.), FS Westermann (1974), 325, 327; BGHZ 47, 381, 384; 49, 396, 398; 128, 93, 105.

45 Zum sog. "Level Playing Field": Murray, 40 HCR 2010, 13; Reeser, 39 Br. J. Sports Med. 2005, 695; Dreger, 40 HCR 2010, 22, 23.

46 Zinger, Diskriminierungsverbote und Sportautonomie, 2003, 83. Zur mittelbaren Drittirkung der Grundrechte, die von der ganz h.M. vertreten wird, statt aller Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1 – Allgemeine Lehren der Grundrechte, 1988, § 76, II, 1f.

1. Ungleiche Behandlung

Jedem Gleichheitskonzept liegt der Gedanke zugrunde, dass wesentlich Gleicher gleich behandelt werden soll,⁴⁷ so dass insbesondere stereotype Vorstellungen außer Acht zu bleiben haben.⁴⁸ Der Forderung nach Gleichheit wohnt allerdings auch immer die Prämisse einer Vergleichbarkeit der Situation inne. Erforderlich ist folglich ein *tertium comparationis*, ein konkretes Merkmal, in dem die Gleichheit gelten soll.⁴⁹ Das Nichtdiskriminierungsrecht fasst diese Grundvoraussetzungen in § 3 Abs. 1 AGG zusammen: Eine unmittelbare Benachteiligung liegt vor, wenn eine Person aufgrund eines verpönten Merkmals eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in vergleichbarer Lage erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.⁵⁰

a. Weniger günstige Behandlung

Probleme bereitet zunächst die Feststellung, ob die Trennung von Männern und Frauen im Sport überhaupt eine weniger günstige Behandlung für die jeweils Betroffenen darstellt. In Anbetracht dessen, dass die meisten Sportarten für Männer und Frauen gleichermaßen angeboten werden, erscheint dies auf den ersten Blick eher theoretisch. Etwas offensichtlicher wird das Problem für Sportlerinnen, die bei den Olympischen Sommerspielen vom Ringe- bzw. Barrenturnen aufgrund ihres Geschlechts ausgeschlossen sind, und für Sportler, die nicht an den olympischen Wettkämpfen in der Rhythmischen Sportgymnastik oder dem Synchronschwimmen teilnehmen dürfen.⁵¹ Die ausgeschlossenen Athletinnen und Athleten werden also gegenüber den teilnehmenden Sportlerinnen und Sportlern anders behandelt. Noch anschaulicher verdeutlichen die zu erspielenden Preisgelder eine unterschiedliche Behandlung: Auf der Golf-Tour der Herren werden bei den höchstdotierten Turnieren jeweils 8,5 Mio Euro als Siegprämie ausgerufen. Die höchsten Preisgelder der Frauen belaufen sich hingegen auf 2,5 Mio Euro.⁵²

Anders als im letztgenannten Beispiel, in dem sich der tatsächliche Nachteil⁵³ in Form materieller Einbußen verwirklicht, ist die bloße Geschlechtertrennung möglicherweise eine zulässige unterschiedliche Behandlung und damit unbeachtlich.⁵⁴ Die Verfügbarkeit einer eigenen geschlechtsbezogenen Leistungsklasse würde dann den Erfordernissen der Gleichbehandlung entsprechen. Mit dieser Argumentation bewegt man sich jedoch zurück in die Nähe des *Separate but Equal* Prinzips: So lange jede Sportlerin und jeder Sportler überhaupt an irgendwelchen Wettkämpfen teilnehmen kann, sei die Gleichheit doch gewährte. Um diesem Trugschluss nicht zu erliegen, muss man die weniger günstige Behandlung

47 Statt aller: *Fredman*, Discrimination Law (2002), 7; *MacKinnon*, Sex Equality (2. Ed. 2007), 5; *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 1982, 537, 539.

48 *Jay*, 7 Tex. J. Women & L. 1997, 1, 18.

49 *Hein* in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte Band 2/I, 2006, § 34 Rn. 18; *Gosepath*, Gleiche Gerechtigkeit, 2004, 116; *Westen*, 95 Harv. L. Rev. 1982, 537, 551.

50 *Schrader/Schubert* in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2. Auflage, 2008, § 3 Rn. 15.

51 Mit weiteren Beispielen *Anders*, Geschlechtsbezogene Partizipation im Spitzensport, in: *Hartmann-Tews/Rulofs* (Hrsg.), Handbuch Sport und Geschlecht, 2006, 164, 166.

52 <http://golfwomen.de/blog/profi-turniere-warum-golfschlag-nicht-gleich-golfschlag-ist/>.

53 Zu dem Erfordernis, ob eine Person aufgrund eines Verhaltens einer anderen Personen einen tatsächlichen Nachteil erlitten hat: *BAG NZA* 2010, 273; *Thüsing* in: *MüKo*, BGB, Bd. I, 6. Auflage 2012, § 3 AGG Rn. 2; *Schlachter* in: *ErfK-ArbR*, 12. Auflage 2012, § 3 AGG Rn. 2; *Scholten*, Diskriminierungs-schutz im Privatrecht, 2004, 23 ff.

54 *Schleusener* in: *Schleusener/Suckow/Voigt*, AGG, 3. Auflage, 2011, § 3 Rn. 10; *Wendeling-Schröder* in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, 2008, § 3 Rn. 4; *Hey*, AGG (2009), § 3, Rn. 1; *Schlachter* (Fn. 53), § 3 AGG Rn. 2.

normativ bestimmen.⁵⁵ Entscheidend ist also, ob die betroffene Sportlerin bzw. der betroffene Sportler irgendwelche Nachteile erleidet oder erlitten hat, gleich ob sie materieller oder immaterieller Natur sind.⁵⁶ Nicht relevant ist demgegenüber, ob die weniger günstige Behandlung von der betroffenen Person subjektiv als solche wahrgenommen wird.⁵⁷ Folglich bleibt an dieser Stelle außer Acht, dass Sportlerinnen und Sportler den Ausschluss von den jeweils andersgeschlechtlichen Wettkämpfen möglicherweise gar nicht als benachteiligend empfinden. Unabhängig vom Einzelfall erweist sich die Beschränkung der gleichen Freiheit, an jedem selbst gewählten Wettkampf ohne geschlechtliche Differenzierung teilzunehmen, im Ergebnis als objektiv weniger günstige Behandlung jeder vom Wettkampf ausgeschlossenen Person gegenüber jeder zum Wettkampf zugelassenen Person.⁵⁸ Die Segregation ist damit eine besondere Kategorie der weniger günstigen Behandlung, indem sie in einem bestimmten Kontext jede einzelne weniger günstige Behandlung aufgrund eines bestimmten Diskriminierungsmerkmals erfasst und bündelt.⁵⁹

b. Vergleichbarkeit

Die von einer Person erfahrene ungünstige Behandlung wird anschließend in Relation zu der Behandlung einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation gesetzt. Die Feststellung der Vergleichbarkeit erfordert, dass es, außer der anderen Ausprägung des Differenzierungsmerkmals, keinen wesentlichen Unterschied zwischen der benachteiligten Person und der Vergleichsperson gibt.⁶⁰ Übertragen auf den Sport müsste – unter Ausschluss des Geschlechts – ein anderes Anknüpfungskriterium die Trennung begründen, damit es von vornherein an einer Vergleichbarkeit der Situation fehlen würde. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts könnte man die objektive Eignung⁶¹ der Sportlerinnen und Sportler, an den jeweils andersgeschlechtlichen Wettkämpfen teilzunehmen, in Frage stellen und die Segregation durch unterschiedliche sportliche und körperliche Fähigkeiten begründen.⁶² Letztere begründen jedoch keine objektive Eignung, sondern eine individuelle Qualifikation der bzw. des Einzelnen an einer bestimmten Sportart überhaupt teilzunehmen. Der Sport schließt eigenständig diejenigen vom Wettkampf aus, die eine bestimmte sportliche Norm nicht erbringen können, sich also nicht qualifizieren. Die objektive Eignung, überhaupt einen bestimmten Sport auszuüben, hat zunächst also jeder. Unter diesem Blickwinkel ergibt sich auch die erforderliche Vergleichbarkeit. Vergleichsperson für jede ausgeschlossene Sportlerin und jeden ausgeschlossenen Sportler ist die bzw. der zu dem Wettkampf zugelassene Sportlerin bzw. Sportler.

c. Merkmalsbezogenheit

Das Anknüpfungskriterium für die Ungleichbehandlung muss eines der rechtlichen Diskriminierungsverbote bilden.⁶³ Die Trennung von Männern und Frauen

55 Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 284 ff.; Grünberger, Personale Gleichheit, 2011, 610 (online abrufbar unter http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1895366).

56 Robinson, 9 J. Contemp. Legal Issues 1998, 321, 339 f.

57 Armbrüster in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, 2007, 288.

58 Block, SpuRt 2012, 46, 49.

59 Schiek in: Schiek, AGG, 2007, § 3 Rn. 8.

60 Schiek (Fn. 59), § 3 Rn. 11; Adomeit/Mohr, AGG, 2. Auflage 2011, § 3 Rn. 45; Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 3. Auflage 2011, § 3 Rn. 11.

61 BAG NZA 2010, 872; NZA 2010, 1129.

62 Schottenfeld, 10 U. Miami Bus. L. Rev. 2002, 649, 677.

63 Armbrüster (Fn. 57), 289.

im Sport vollzieht sich ganz offenkundig entlang des Differenzierungsverbotes des Geschlechts.⁶⁴ Denn obwohl sich der Sport eine autonome Bestimmung des Geschlechts offenhält, macht er sich die binären Grenzen der gesellschaftlichen und rechtlichen Gesellschaftsverhältnisse zu eigen: *tertium non datur*.⁶⁵ Entscheidend für die Zuordnung in die jeweilige Leistungsklasse ist also die durch den Sport gegebenenfalls autonom bestimmte Geschlechtszugehörigkeit als Mann oder als Frau. Diese muss für die unmittelbare ungleiche Behandlung der Sportlerin bzw. des Sportlers im Sinne des § 3 Abs. 1 AGG kausal sein. Ob eine ungleiche Behandlung aufgrund des Geschlechts vorliegt, lässt sich anhand der hypothetischen Frage beantworten, inwieweit Frauen und Männern gleichermaßen die Widerlegung von Annahmen über ihre Körperkräfte oder sonstigen Eigenschaften zugestanden wird.⁶⁶ Erfasst wird insbesondere die ungleiche Behandlung aufgrund von Geschlechtsstereotypen zulasten von Frauen mit dem pauschalen Hinweis auf allgemein mangelnde Körperkräfte und Durchsetzungsvermögen, ohne eine entsprechende Überprüfung im Einzelfall vorzunehmen.⁶⁷ Im Sport werden die inhärenten physiologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen jedoch konstant als Begründung für die Trennung herangezogen.⁶⁸ Denn die weiblichen und männlichen Körper sowie deren scheinbar eindeutige unterschiedliche Leistungsfähigkeit bieten vermeintlich eine Anschaulichkeit der „natürlichen“ Geschlechterunterschiede, die keine Infragestellung erlaubt.⁶⁹ Frauen, so der logische Rückschluss, können im Sport ohnehin nicht mit den schnelleren, stärkeren und genuin besseren Männern mithalten.⁷⁰ Denn dass Sportlerinnen ihren männlichen Kollegen im direkten Vergleich regelmäßig unterlegen sein müssen, zeigt sich bereits an physiologischen Unterschieden: Männer haben längere Arme, kräftigere Beine, mehr Muskelmasse, ein um 10 Prozent größeres Herz und Lungenvolumen sowie breitere Schultern.⁷¹ Demnach ist das Geschlecht nur *prima facie* das Anknüpfungsmerkmal für die Trennung im Sport. Tatsächlich ist das Kriterium und damit das Hauptmerkmal, aufgrund dessen Männer und Frauen getrennt voneinander an sportlichen Wettkämpfen teilnehmen, die unterschiedliche körperliche Leistungsfähigkeit. Das Geschlecht ist insofern nur das Stellvertretermerkmal, um eine homogene und sportlich sinnvolle Trennung vornehmen zu können.⁷² In Gestalt der Leistungsfähigkeit zeigt sich also die sportliche Qualifikation des Einzelnen, die zur Teilnahme an bestimmten geschlechtsbezogenen Wettkämpfen befähigt. Das Diskriminierungsmerkmal Geschlecht wird somit in signifikanten Zusammenhang zu der Leistungsfähigkeit der jeweiligen Personen gesetzt.

64 Der EuGH erstreckt das Merkmal des Geschlechts ausdrücklich auf transsexuelle Personen, EuGH, Urte. v. 30.4.1996 – C-13/94 – *P v. S* = NJW 1996, 2421. Ebenso erfasst ist nach ganz h.M. auch die ungleiche Behandlung intersexueller Personen, *Thüsing* (Fn. 53), § 1 AGG, Rn 56; *Schiak* (Fn. 59), § 1 Rn. 27, 32; *Däubler* in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2. Auflage 2008, § 1 Rn. 90.

65 *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht. Eine interdisziplinäre Untersuchung, 2010, 97; *Koch*, MedR 1986, 172; *Coester-Waltjen*, JZ 2010, 852, 856. Die in diesem Zusammenhang auftretenden rechtlichen Fragen bei trans- und intersexuellen Sportlerinnen behandelt das Dissertationsprojekt der Verfasserin eingehend.

66 *Schiak* (Fn. 59), § 1 Rn. 28.

67 *Thorne v. City of El Segundo*, 726 F 2d 459, 464 (9th Circ. 1983); *Jay*, 7 Tex. J. Women & L. 1997, 1, 19.

68 *Woods*, 53 Ohio St. L. J. 1992, 891, 897; *Schottenfeld*, 10 U. Miami Bus. L. Rev. 2002, 649, 677; *Block*, SpuRt 2012, 46, 49.

69 Vgl. *Hartmann-Tews*, Soziale Konstruktion von Geschlecht im Sport und in den Sportwissenschaften, in: *Hartmann-Tews/Rulofs* (Hrsg.), Handbuch Sport und Geschlecht, 2006, 40, 41.

70 *Robinson*, 9 J. Contemp. Legal Issues 1998, 321, 346.

71 *Kosofsky*, 4 Hastings Women's Law Journal, 1993, 209, 214. So auch schon BVerfGE 92, 91, 110.

72 Zu den Besonderheiten statistischer Diskriminierungen *Britz*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung (2008), *passim*.

Der Sport bietet ein Musterbeispiel für Stereotypisierung. Denn dass im Einzelfall ein Mann eine schwächere körperliche Grundkonstitution hat als eine Frau oder eine Sportlerin über eine höhere Leistungsfähigkeit verfügt als ein Sportler, wird vollständig außer Acht gelassen. Sportlerinnen und Sportlern wird eine geschlechtsbezogene Leistungsfähigkeit unwiderlegbar zugeschrieben. Die ungleiche Behandlung erfolgt somit wegen des Geschlechts.

2. Rechtfertigung

Die Trennung von Männern und Frauen im Sport vollzieht sich sowohl durch die Begrenzung der Frauenwettbewerbe auf Frauen als auch durch den Ausschluss von Frauen von Männerwettbewerben. Die Trennung lässt sich in beiden Fällen jedoch nur rechtfertigen, wenn das Geschlecht in Gestalt der körperlichen Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die sportliche Leistung als relevantes Kriterium anzusehen ist.⁷³

a. Fördermaßnahmen

Unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung des Frauensports lässt sich der Ausschluss von Männern mittels Fördermaßnahmen zugunsten von Frauen rechtfertigen. Sog. positive Maßnahmen zur Förderung von Personen oder Personengruppen, die wegen eines Differenzierungsmerkmals typischerweise benachteiligt werden, kennt sowohl das Verfassungsrecht als auch das besondere Nichtdiskriminierungsrecht. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG normiert besondere Förderpflichten des Staates zur tatsächlichen Durchsetzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes von Männern und Frauen.⁷⁴ § 5 AGG ist demgegenüber nicht auf das Merkmal Geschlecht beschränkt, sondern erfasst alle in § 1 AGG genannten Merkmale. Die Anknüpfung an das Geschlecht ist zur Beseitigung bzw. Verringerung unmittelbar bestehender Nachteile in beiden gleichbehandlungsrechtlichen Normkomplexen rechtfertigungsfähig.⁷⁵ Übertragen auf den Sport könnte der Ausschluss von Männern dem Schutz der körperlich unterlegenen Frauen dienen und zudem deren Teilnahme an einem chancengleichen Wettkampf gewährleisten. Neben dieser Zweckgebundenheit muss eine positive Maßnahme darüber hinaus noch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit genügen.

Um Frauen überhaupt einen sinnvollen Wettkampf auf Spitzenniveau zu ermöglichen, ist der Ausschluss leistungsfähigerer Männer in den meisten Sportarten erforderlich.⁷⁶ Die Desegregation hätte nämlich wahrscheinlich zur Folge, dass sich auf internationalem Top-Level vor allem in den leichtathletischen Disziplinen keine Frauen mehr qualifizieren würden.⁷⁷ Grundsätzlich verfolgt die Einteilung in Leistungsklassen den Zweck des Wettkampfs unter "Gleichguten", so dass es bei der Begrenzung der Frauenwettkämpfe auf Sportlerinnen nur um eine Abschottung nach oben gehen kann. Insofern lässt sich der Ausschluss der Männer

73 Müller, Frauen, Männer, Leistungsklassen: Geschlecht und funktionale Differenzierung im Hochleistungssport, Schriften der DVS, Bd. 169 (2007), 15, 17.

74 BVerfGE 85, 191, 207; *Boysen* in: v. Münch/Kunig, GG (6. Auflage 2012), Bd. I, Art. 3, Rn. 162; *Kannengießer* in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG (12. Auflage 2011), Art. 3, Rn. 56; *Starck* in: Mangoldt/Klein/Stark, GG (6. Auflage 2010), Art. 3 Abs. 2, Rn. 311; *König*, DÖV 1995, 837, 840.

75 Raasch in Rust/Falke, AGG (2007), § 5, Rn. 3; *Armbriüster* (Fn. 57), 308. Der EuGH spricht auch von "positiver Diskriminierung", EuGH Urt. v. 17.10.1995, Rs. C-450/93 – *Kalanke*; EuGH Urt. v. 6.7.2000, Rs. C-407/98 – *Abrahamsen u. Anderson*.

76 Vieweg, Verbandsrechtliche Diskriminierungsverbote und Differenzierungsgebote, in: Württembergischer Fußballverband e.V. (Hrsg.), Minderheitenrechte im Sport (2005), 71, 87; Zinger (Fn. 46), 92.

77 Die Weltrekorde der Männer sind bei direkt vergleichbaren Wettkämpfen zwischen 9 % und 18 % besser als die der Frauen, vgl. *Tucker/Collins*, SAJSM 2009 (Vol. 21), 147, Fig. 1.

ner – oder genauer genommen die Beschränkung der Freiheit, unter allen verfügbaren Wettkämpfen jeden auswählen zu dürfen – zugunsten der Sportlerinnen rechtfertigen.⁷⁸ Zu einem anderen Abwägungsergebnis muss man jedoch gegebenenfalls kommen, wenn die geschlechtsspezifische körperliche Leistungsfähigkeit nicht ausschlaggebend ist und es sich um eine reine Frauendisziplin handelt. So könnte man erwägen, insbesondere beim Synchronschwimmen⁷⁹ oder der Rhythmischen Sportgymnastik auch männliche Athleten zuzulassen, da die gesteigerte Muskelkraft des männlichen Athleten deutlich weniger ins Gewicht fällt und gegenüber Synchronität und Grazie zu vernachlässigen ist.⁸⁰ Vor allem, da Frauen in diesen Sportarten ein physiologischer Vorteil zugestanden wird, scheint die Inklusion männlicher Athleten in diesen Fällen grundsätzlich nicht sportlich unfair.⁸¹

b. Sachlicher Grund

Der Ausschluss von Frauen bei Männerwettkämpfen lässt sich unter Heranziehung eines sachlichen Grundes rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht zieht als Rechtfertigung für geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen (wenn auch inzwischen äußerst restriktiv) die körperliche unterschiedliche Leistungsfähigkeit heran. Die körperliche Leistungsfähigkeit im Gewand des Differenzierungskriteriums Geschlecht kann also gleichermaßen ein sachlicher Grund und eine berufliche Anforderung i.S.v. § 8 Abs. 1 AGG sein. Letztere rechtfertigt eine ungleiche Behandlung aufgrund des Geschlechts, wenn es wegen der Art der Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine entscheidende Anforderung für die Tätigkeit ist.⁸² Wie relevant bzw. entscheidend die Geschlechtszugehörigkeit ist, spiegelt sich letztlich in der individuellen Qualifikation wider, die zur Teilnahme an den Männerwettkämpfen befähigt. Das oben beschriebene körperliche Leistungsvermögen von Männern ist, insbesondere soweit es um Meter-Gramm-Sekunden-Sportarten⁸³ geht, von weiblichen Sportlerinnen regelmäßig nicht zu erwarten. Männliche Spitzensportler erzielen gegenüber ihren weiblichen Pendants bessere Zeiten und größere Weiten, so dass in der Regel das männliche Geschlecht als Synonym für höhere Leistungsfähigkeit von Relevanz für die Teilnahme ist. Anders als im Rahmen der tatbeständlichen Ungleichbehandlung darf an dieser Stelle auf Stereotypen zurückgegriffen werden, da die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit ein Korrektiv für Einzelfälle bereit hält.⁸⁴ Der erforderliche rechtmäßige Zweck der Ungleichbehandlung⁸⁵ ist auch hier das Paradigma der Chancengleichheit. Denn der Sport will in jeder Hinsicht

78 *Gutzeit* (Fn. 32), 55, 65; *Zinger* (Fn. 46), 169.

79 Ein besonders prominenter Fall ist der des U.S.-Amerikaners Bill May, der als männlicher Synchronschwimmer an den Olympischen Sommerspielen 2004 in Athen teilnehmen wollte, aber mit dem Hinweis auf die Geschlechterexklusivität des Synchronschwimmens abgelehnt wurde. Vgl. *Zinger* (Fn. 46), 85.

80 Der Verweis auf die Grazie der Athletinnen findet sich auf der offiziellen Seite der Olympischen Sommerspiele in London 2012: "Synchronised Swimming is all about grace under pressure, as athletes use pinpoint precision and immense stamina to deliver beautiful routines in the pool." <http://www.london2012.com/synchronized-swimming/about/> und "Grace and beauty will be on show throughout the four days of Rhythmic Gymnastics competition at Wembley Arena." <http://www.london2012.com/gymnastics-rhythmic/about/> (zuletzt online abgerufen am 12. Juni 2012).

81 Vgl. *Duffy*, 19 QLR 2000, 67, 82.

82 *Schmidt* in: *Schick*, AGG, 2007, § 8 Rn. 2; *Resch*, SpuRt 2007, 98, 99.

83 Dazu *Müller*, Geschlecht als Leistungsklasse, ZfS 2006, 392, 397.

84 *Bryos* in: *Däubler/Bertzbach*, AGG, 2. Auflage 2008, § 8, Rn. 21.

85 *Adomeit/Mohr* (Fn. 60), § 8 Rn. 19; *Wendeling-Schröder* (Fn. 54), § 8, Rn. 11; *Hey*, AGG, 2009, § 3 Rn. 22.

gewährleisten, dass sich jeder Sportler und jede Sportlerin ausschließlich mit "Gleichguten" messen kann und darf.⁸⁶

Der Ausschluss der Frauen von Männerwettkämpfen in Form der Beschränkung der Freiheit, ungeachtet des Geschlechts an jedem Wettkampf teilzunehmen, ist damit grundsätzlich rechtfertigungsfähig, da die körperliche Leistungsfähigkeit einen sachlichen Grund bzw. eine berufliche Anforderung darstellt, die eine Differenzierung erlauben. Eine andere Bewertung ist jedoch zwingend, wenn eine Sportlerin körperlich dazu in der Lage ist, die Qualifikationsnormen für die Teilnahme an Männerwettkämpfen zu erfüllen und sich an Männern messen will.⁸⁷ Während in diesen Fällen schon der legitime Zweck der Chancengleichheit entfällt, ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit ergänzend zu erwägen, dass der Sportlerin materielle und immaterielle Vorteile unzulässiger Weise vorenthalten werden. Einer Frau, die unter den gleichen Startvoraussetzungen wie ihre männlichen Konkurrenten an einem Wettkampf teilnehmen möchte und dazu in der Lage ist, muss somit gleichbehandlungsrechtlich die Möglichkeit der Teilnahme gewährt werden.⁸⁸ So könnte man durchaus erwägen, Hope Solo in einer Männermannschaft spielen zu lassen oder eine Turnerin, die sich auch gegen Männer an den Ringen behaupten kann, in der Herrenkonkurrenz eines Turniers starten zu lassen. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Trennung steht einer Ausnahme von der Regelbestimmung im Einzelfall nicht entgegen, da die Athletin letztlich zu ihren Lasten auf die Geschlechtertrennung verzichtet.⁸⁹ Dies muss nicht nur bei Nicht-Kontaktsportarten gelten,⁹⁰ sondern auch bei Vollkontaktsportarten. Das paternalistische Argument des Schutzes von Frauen vor Verletzungen ist nicht geeignet, die gleiche Freiheit der Wahl des Wettkampfes zu beschränken.⁹¹ Ganz im Gegenteil verstärkt es die stereotypen Vorstellungen von Frauen im Sport sogar noch und wirkt sich damit konträr zu den Zielen des Nichtdiskriminierungsrechts aus.

IV. Fazit

Die Geschlechtertrennung im Sport dient grundlegend und auch überzeugend dem Gedanken des Sports, dass jede Athletin und jeder Athlet die gleiche Chance haben soll, einen möglichst unvorhersehbaren Wettkampf unter "Gleichguten" zu gewinnen.⁹² Dies ist diskriminierungsrechtlich grundsätzlich auch nicht zu beanstanden. Im Falle von Hope Solo vermag der bloße Hinweis auf die fehlende Regel, die ausnahmsweise die Teilnahme einer Fußballerin am Männerfußball erlaubt, jedoch nicht rechtfertigend zu wirken. Wenn sie für gut genug erachtet wird, um in einer Männermannschaft zu spielen, gibt es weder einen legitimen Grund für den Ausschluss, noch ist dieser verhältnismäßig im Hinblick auf die

86 Breivik, Against Chance, in: Tännöö/Tamburri (Eds.), *Values in Sport*, 2000, 141, 154.

87 So im Ergebnis auch LAG Köln, NZA-RR 2001, 232 f., demzufolge ausschließlich auf die Leistungsfähigkeit abgestellt werden muss.

88 In diese Richtung weist auch BVerfGE 92, 91, in der das Bundesverfassungsgericht feststellt, dass die geschlechtsbezogenen Besonderheiten nicht den generellen Ausschluss von Frauen von der Dienstpflicht fordern, sondern dass diesen durch eine auf die individuelle Konstitution abstellende Tauglichkeitsuntersuchung Rechnung getragen werden kann.

89 Zinger (Fn. 46), 173.

90 So *Reed v. Nebraska School Activities Association*, 341 F. Supp. 258 (D. Nebraska 1972) und *Haas v. South Bend Community School Corporation*, 289 N. E. 2nd 495 (Ind. 1972); *Robinson*, 9 J. Contemp. Legal Issues 1998, 321, 350.

91 A.A. Schubert/Smith/Trentadue, *Sports Law* (1986), 92; *Fortin v. Darlington Little League*, 376 F.Supp. 473 (479) (D. Rhode Island 1974).

92 Tännöö, Against sexual discrimination in sports, in: Tännöö/Tamburri (Eds.), *Values in Sport*, 2000, 101, 103.

ihr entgehenden Vorteile.⁹³ *Separate But Equal* ermöglicht im Sport die Teilnahme der leistungsschwächeren Sportlerinnen in eigenen Leistungsklassen. Das Fehlen von Ausnahmeverordnungen ist diskriminierungsrechtlich jedoch unzulässig.

Legal Gender Studies

Quellensammlung



Legal Gender Studies

Rechtliche Geschlechterstudien

Eine kommentierte Quellensammlung

Von Prof. Dr. Andrea Büchler
und Prof. Dr. Michelle Cottier

unter Mitarbeit von Dr. Sandra Hotz

2012, ca. 500 S., brosch., ca. 44,- €

ISBN 978-3-8329-7680-4

Erscheint ca. August 2012

Der Sammelband enthält rechtswissenschaftliche Beiträge zur theoretischen Auseinandersetzung mit der Kategorie Geschlecht und mit den Beziehungen zwischen den Geschlechtern. Auf diese Weise präsentiert die Quellensammlung den aktuellen Forschungsstand der „Legal Gender Studies“.

Weitere Informationen: www.nomos-shop.de/19374



Nomos

93 Dieses Argument wurde im Fall des behinderten Läufers Oscar Pistorius, der letztlich bei der Leichtathletik-WM 2011 in Daegu, Südkorea, starten durfte, anerkannt.