

## BUNDESGERICHT VON AUSTRALIEN

### Lesbian Action Group Inc. gegen die Australian Human Rights Commission [2026]

FCA 432

Einspruch von:	<i>Lesbian Action Group und Australian Human Rights Commission [2025] ARTA 34</i>
Aktenzeichen:	VID 170 von 2025
Urteil über:	<b>MOSHINSKY J</b>
Datum des Urteils:	15. April 2026
Schlagwörter:	<b>SEX DISCRIMINATION ACT</b> – Geschlechtsdiskriminierung – Ausnahmebefugnis – Die Antragstellerin beantragte bei der australischen Menschenrechtskommission die Gewährung einer Ausnahme von den Verboten der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität gemäß dem <i>Sex Discrimination Act 1984 (Cth)</i> , um öffentliche Veranstaltungen ausschließlich für „als Frauen geborene Lesben“ durchführen zu können. Die Kommission lehnte den Antrag auf die Gewährung der Ausnahme ab. Das Tribunal bestätigte diese Entscheidung. Es stellt sich die Frage, ob das Tribunal die Ausnahmebefugnis fehlerhaft ausgelegt und ob es gegen seine Pflichten gemäß § 10A des <i>Australian Human Rights Commission Act 1986 (Cth)</i> verstoßen hat. Der Berufung wird stattgegeben.
Gesetzgebung:	<i>Administrative Review Tribunal Act 2024 (Cth)</i> , s 172 <i>Australian Human Rights Commission Act 1986 (Cth)</i> , §§ 10A, 11, 20, 32, 46PF <i>Australian Telecommunications Corporation Act 1989 (Cth)</i> , s 27 <i>Behindertendiskriminierungsgesetz 1992 (Cth)</i> , § 6 <i>Sex Discrimination Act 1984 (Cth)</i> , §§ 1-13A, 14, 15, 21, 22, 23, 25, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 41A, 41B, 42, 44, 45, 46, 47 <i>Gesetz über die Charta der Menschenrechte und Verantwortlichkeiten 2006 (Vic)</i> <i>Gleichstellungsgesetz 1995 (Vic)</i> <i>Gleichstellungsgesetz 1984 (WA)</i> , § 135 <i>UN-Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau</i>
Angeführte Fälle:	<i>Antragsteller WAEE gegen Minister für Einwanderung und Multikulturelle und Indigene Angelegenheiten [2003] FCAFC 184; 236 FCR 593</i> <i>Carr gegen Western Australia [2007] HCA 47; 232 CLR 138</i> <i>Certain Lloyd 's Underwriters v Cross [2012] HCA 56; 248 CLR 378</i> <i>Commissioner for Equal Opportunity v ADI Ltd [2007] WASCA 261</i> <i>Environment East Gippsland Inc gegen VicForests [2010] VSC 335; 30 VR 1</i> <i>Menschenrechts- und Gleichstellungskommission gegen Mount Isa Mines Ltd (1993) 46 FCR 301</i> <i>Nojin gegen Commonwealth [2012] FCAFC 192; 208 FCR 1</i> <i>R gegen Commercial Industrial Construction Group Pty Ltd [2006] VSCA 181; 14 VR 321</i> <i>Re Citizen Limbo (1989) 92 ALR 81</i> <i>Re Lifestyle Communities Ltd (Nr. 3) [2009] VCAT 1869; 31 VAR 286</i>

*Tickle gegen Giggle for Girls Pty Ltd (Nr. 2) [2024] FCA 960*  
*Water Conservation and Irrigation Commission (NSW) v*  
*Browning [1947] HCA 21; 74 CLR 492*  
*Wheeler gegen Leicester City Council [1985] AC 1054*  
*Yarmirr gegen Australian Telecommunications Corporation*  
*(1990) 96 ALR 739*  
 Harding, AJ, *Öffentliche Pflichten und öffentliches Recht* (Oxford  
 University Press, 1989)  
 Wade, HWR, *Verwaltungsrecht* (Oxford University Press, 6. Aufl.,  
 1988)

Division:	Generalabteilung
Registrierung:	Victoria
Nationales Tätigkeitsfeld:	Verwaltungs- und Verfassungsrecht und Menschenrechte
Anzahl der Absätze:	127
Datum der Anhörung:	23.-24. Februar 2026
Rechtsbeistand des Antragstellers:	Herr L. Howard mit Dr. M. Blake
Rechtsanwalt des Antragstellers:	Sladen Legal
Rechtsbeistand des Beklagten:	Frau C Winnett mit Herrn A Bell
Rechtsanwalt des Beklagten:	Australian Human Rights Commission

## ENTSCHEIDUNGEN

**VID 170 von 2025**

**ZWISCHEN:** **LESBIAN ACTION GROUP Inc.**  
Antragstellerin

**UND:** **AUSTRALIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION**  
Beklagte

**URTEIL DURCH:** **MOSHINSKY J**

**DATUM DES URTEILS:** **15. APRIL 2026**

### **DAS GERICHT ENTSCHEIDET:**

1. Der Berufung wird stattgegeben.
2. Die Entscheidung des Administrative Review Tribunal (Tribunal) vom 20. Januar 2025 wird aufgehoben.
3. Die Angelegenheit wird zur Entscheidung an das Tribunal (in anderer Zusammensetzung) zurückverwiesen.
4. Innerhalb von sieben Tagen übermitteln die Parteien ein vereinbartes Protokoll für die Anordnung über die Kosten.
5. Können sich die Parteien nicht einigen, so hat jede Partei innerhalb von 14 Tagen eine kurze Kostenaufstellung einzureichen und zuzustellen, und innerhalb weiterer 7 Tage hat jede Partei eine kurze Gegendarstellung zu den Kosten einzureichen; die Kostenfrage wird dann auf Grundlage der Aktenlage entschieden.

*Hinweis: Die Eintragung von Anordnungen ist in Regel 39.32 der Federal Court Rules 2011 geregelt.*

## URTEILSBEGRÜNDUNG

### MOSHINSKY J: Einführung

1 Die Lesbian Action Group Inc. (**LAG**) ist ein eingetragener Verein von Lesben mit einer lesbisch-feministischen Kritik als Programm. Vor der Gründung der LAG existierte ein nicht eingetragener Verein namens Lesbian Action Group (im Folgenden: **Lesbian Action Group**). Obwohl die Unterscheidung zwischen LAG und Lesbian Action Group aus Gründen der Genauigkeit notwendig ist, spielt sie für die vorliegende Betrachtung keine wesentliche Rolle.

2 Im August 2023 beantragte die Lesbian Action Group gemäß § 44 des *Sex Discrimination Act 1984* (Cth) (im Folgenden: **SDA**) bei der Australian Human Rights Commission (im Folgenden: **Kommission**) eine fünfjährige Ausnahmegenehmigung von der Anwendung bestimmter Regelungen des SDA. Die Lesbian Action Group beschrieb sich in ihrem Antrag als gemeinnützige, in der Community verankerte Gruppe von „als Frauen geborene Lesben“, die sich gegen die Diskriminierung von als Frauen geborene Lesben einsetzt. Die Gruppe beantragte die Ausnahmegenehmigung, um regelmäßig öffentliche Veranstaltungen ausschließlich für als Frauen geborene Lesben durchführen zu können, beginnend mit einer Veranstaltung nur für als Frauen geborene Lesben zum Internationalen Lesbentag.

3 Ohne eine Ausnahmegenehmigung bestünde für die Lesbian Action Group (LAG) bei der Durchführung solcher Veranstaltungen die Gefahr, gegen § 22 des SDA zu verstoßen, der Diskriminierung aufgrund von Geschlecht, sexueller Orientierung oder Geschlechtsidentität bei der Bereitstellung von Waren, Dienstleistungen und Einrichtungen verbietet. Der Paragraph lautet:

#### 22 Waren, Dienstleistungen und Einrichtungen

Es ist rechtswidrig, wenn eine Person, ob entgeltlich oder unentgeltlich, Waren oder Dienstleistungen anbietet oder Einrichtungen zur Verfügung stellt, eine andere Person aufgrund ihres Geschlechts, ihrer sexuellen Orientierung, ihrer Geschlechtsidentität, ihres Intersex-Status, ihres Familien- oder Beziehungsstatus, ihrer Schwangerschaft oder potenziellen Schwangerschaft oder ihres Stillens diskriminiert:

a) indem sie sich weigert, der anderen Person diese Waren oder Dienstleistungen bereitzustellen oder ihr diese Einrichtungen zur Verfügung zu stellen;

b) in den Bedingungen, zu denen die erstgenannte Person der anderen Person diese Waren oder Dienstleistungen liefert oder ihr diese Einrichtungen zur Verfügung stellt; oder

c) in der Art und Weise, wie die erstgenannte Person der anderen Person diese Waren oder Dienstleistungen bereitstellt oder ihr diese Einrichtungen zur Verfügung stellt.

4. Im Mittelpunkt des vorliegenden Falles steht die Auslegung der Befreiungsbefugnis gemäß § 44 SDA. Dieser Paragraph lautet:

#### 44. Die Kommission kann Ausnahmen gewähren

(1) Die Kommission kann auf Antrag von:

(a) eine Person, die in eigenem Namen oder im Namen dieser Person und einer oder mehrerer anderer Personen handelt;

b) zwei oder mehr Personen, die in eigenem Namen oder im Namen von sich selbst und einer oder mehreren anderen Personen handeln; oder

c) eine oder mehrere Personen, die zu einer Personengruppe gehören, im Namen der zu dieser Personengruppe gehörenden Personen;

Mit einer schriftlichen Urkunde kann der Person, den Personen oder der Personengruppe, je nach Fall, eine Ausnahme von der Anwendung einer Bestimmung des Abschnitts 1 oder 2 [einschließlich § 22] oder des Absatzes 41(1)(e) oder des Absatzes 41B(1)(b) gewährt werden, wie in der Urkunde angegeben.

(2) Die Kommission kann auf Antrag einer Person, der oder für die eine Ausnahme von einer Bestimmung des Abschnitts 1 oder 2 oder von Absatz 41(1)(e) gemäß Absatz (1) gewährt wurde, und zwar vor Ablauf des Zeitraums, für den diese Ausnahme gewährt wurde, eine weitere Ausnahme von der Anwendung dieser Bestimmung gewähren.

(3) Eine Ausnahme oder weitere Ausnahme von der Anwendung einer Bestimmung des Abschnitts 1 oder 2 oder von Absatz 41(1)(e) oder Absatz 41B(1)(b):

(a) kann vorbehaltlich der in dem Dokument festgelegten Bedingungen gewährt werden;

b) kann so ausgelegt werden, dass sie nur unter solchen Umständen oder in Bezug auf solche Tätigkeiten gilt, wie sie in dem Instrument angegeben sind; und

c) wird für einen bestimmten Zeitraum von höchstens fünf Jahren gewährt.

5 Am 12. Oktober 2023 beschloss die Kommission, den Antrag der Lesbian Action Group auf vorübergehende Ausnahme nicht zu gewähren (**Entscheidung der Kommission**). In einem Dokument mit dem Titel „Mitteilung über die Entscheidung zum Antrag auf vorübergehende Ausnahme: Lesbian Action Group“ vom 12. Oktober 2023 (Appeal Book **(AB)** Teil C, S. 534–559) (**Begründung der Kommission**), das vom Präsidenten der Kommission im Namen der Kommission unterzeichnet wurde, legte die Kommission die Gründe für ihre Entscheidung dar. Bei ihrer Entscheidung berücksichtigte die Kommission unter anderem die von ihr im Jahr 2009 veröffentlichten Leitlinien „Vorübergehende Ausnahmen nach dem Sex Discrimination Act“ (AB Teil C, S. 560–568) (**Leitlinien von 2009**).

6 Die Lesbian Action Group beantragte (gemäß § 45 SDA) beim damaligen Administrative Appeals Tribunal die Überprüfung des Kommissionsbeschlusses. Später wurde das Administrative Appeals Tribunal durch das Administrative Review Tribunal (das **Tribunal**) ersetzt, das den Überprüfungsantrag gemäß den Übergangsbestimmungen bearbeitete.

7 Mangels Widerspruchs einer der Parteien nahm die Kommission aktiv an dem Verfahren vor dem Tribunal teil.

8 Nach der Gründung der LAG wurde diese als Partei in den Überprüfungsantrag aufgenommen (sie ersetzte jedoch nicht die Lesbian Action Group als Antragstellerin).

9 Im September 2024 fand eine zweitägige Anhörung vor dem Tribunal statt.

10 Am 20. Januar 2025 entschied das Tribunal, die Entscheidung der Kommission zu bestätigen (die Entscheidung **des Tribunals**) und veröffentlichte die Gründe dafür: *Lesbian Action Group und Australian Human Rights Commission* [2025] ARTA 34 (die **Gründe des Tribunals**).

11. Die LAG legt gemäß § 172 des *Administrative Review Tribunal Act 2024* (Cth) gegen die Entscheidung des Tribunals Rechtsmittel ein. Obwohl es sich um ein „Rechtsmittel“ handelt, fällt das Verfahren in die erstinstanzliche Zuständigkeit des Gerichts. Es wird nicht bestritten, dass der ursprüngliche Antrag auf Gewährung einer Ausnahme von der *Lesbian Action Group* gestellt wurde; die Berufung vor diesem Gericht wird jedoch von der LAG eingelegt.

12. Die LAG stützt sich auf vier Rechtsfragen und vier damit verbundene Gründe, die in ihrer Berufungsmitteilung vom 17. Februar 2025 dargelegt sind. Die Rechtsfragen lauten:

1. Ist Abschnitt 44 [SDA] nach seiner korrekten Auslegung dazu bestimmt, Diskriminierungsformen zuzulassen, die im Rahmen des [SDA] vorgesehen sind oder entstehen können?

2. Ist das [Tribunal] bei der Ausübung aller Befugnisse und Ermessensspielräume der [Kommission] verpflichtet, die der [Kommission] in § 10A(1) des *Australian Human Rights Commission Act 1986* (Cth) auferlegte zwingende Pflicht anzuwenden?

3. Legt der [SDA] Wert auf den Schutz und die Förderung der Menschenrechte von Frauen und Lesben, und falls ja, sollte die Ausnahmeregelung in § 44 entsprechend angewendet werden?

4. Ist die Entscheidung des [Tribunals] rechtlich unvertretbar?

13 Abschnitt 10A des *Australian Human Rights Commission Act 1986* (Cth) (**AHRCA**), der für die zweite Rechtsfrage relevant ist, lautet:

#### **10A Aufgaben der Kommission**

(1) Es obliegt der Kommission, dafür zu sorgen, dass die Aufgaben der Kommission gemäß diesem oder einem anderen Gesetz wahrgenommen werden:

(a) im Hinblick auf:

i) die Unteilbarkeit und Universalität der Menschenrechte; und

(ii) den Grundsatz, dass jeder Mensch frei und gleich an Würde und Rechten ist; und

b) effizient und zum größtmöglichen Nutzen für die Bevölkerung Australiens.

(2) Dieser Abschnitt begründet keine Pflicht der Kommission, die durch ein Gerichtsverfahren durchgesetzt werden könnte.

14 Die vier Gründe der LAG, wie sie in der Berufungsmitteilung dargelegt sind, sind umfangreich. Nachfolgend eine Zusammenfassung dieser Gründe:

(a) Das Gericht hat die Ausnahmeregelung in § 44 SDA fehlerhaft ausgelegt, indem es behauptete, § 44 sei nicht dazu bestimmt, „offene Diskriminierungshandlungen zu billigen“ (Rn. 172) und erlaube keine „Ausnahme, die die Wirksamkeit des SDA grundlegend beeinträchtigt“ (Rn. 164). Nach korrekter Auslegung bezweckt § 44 jedoch, Diskriminierungsformen zuzulassen, die im Rahmen des SDA vorgesehen sind oder entstehen können (**Antragsgrund 1**).

b) Das Tribunal hat sich geirrt, als es (unter [127]) zu dem Schluss kam, dass es bei der Überprüfung der Ausübung des Ermessens nach § 44 des SDA nicht der Pflicht nach §

10A(1) des AHRC-Gesetzes unterliegt (siehe auch die Urteilsbegründung des Tribunals unter [153]) (**Antragsgrund 2**).

(c) Bei korrekter Auslegung bezeichnet der Begriff „Geschlecht“ im SDA das biologische Geschlecht. Demnach räumt das SDA in jedem Fall Frauen (einschließlich Lesben) Vorrang ein. Das Gericht hat einen Fehler begangen, indem es die Ausübung des Ermessens nach § 44 nicht unter diesem Gesichtspunkt betrachtete (z. B. in den Absätzen [153], [156] und [163]) (**Antragsgrund 3**).

(d) Der Entscheidung des Tribunals fehlt eine erkennbare und nachvollziehbare Begründung und sie ist daher rechtlich unvertretbar (**Antragsgrund 4**).

15. Im Zusammenhang mit dem zweiten Antragsgrund begehrt die LAG eine Feststellungsklage hinsichtlich der Leitlinien von 2009. Die LAG begehrt die Feststellung, dass die Leitlinien insoweit rechtswidrig sind, als sie die Kommission nicht zur Anwendung von § 10A(1) des AHRCA anweisen.

16 Wie schon im Verfahren vor dem Tribunal hat die Kommission auch im Verfahren vor diesem Gericht aktiv teilgenommen. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Entscheidung des Tribunals keinen Fehler enthält und die Berufung daher zurückgewiesen werden sollte.

17 In der Anhörung zu diesem Fall brachte die LAG vor, dass die Gründe 3 und 4 Fragen aufwerfen, die sich mit den Fragen überschneiden, die dem Obersten Gerichtshof in der Rechtssache *Giggle for Girls Pty Ltd gegen Tickle* (Verfahren NSD1386/2024) vorliegen. Diese Rechtssache ist eine Berufung gegen das Urteil *Tickle gegen Giggle for Girls Pty Ltd (Nr. 2)* [2024] FCA 960 (**Tickle (Nr. 2)**). Die Berufung wurde bereits verhandelt und ruht derzeit. Angesichts meiner Schlussfolgerungen zu den Gründen 1 und 2 (siehe unten) ist es nicht erforderlich, auf die Gründe 3 und 4 einzugehen. Dadurch erübrigt sich die Auseinandersetzung mit Fragen, die sich möglicherweise mit den Angelegenheiten überschneiden, die diesem Gericht in seiner vollen Besetzung als Berufungsinstanz vorliegen.

18 Aus den nachfolgenden Gründen bin ich zu folgenden Schlussfolgerungen gelangt:

(a) Hinsichtlich des ersten Antragsgrundes hat das Gericht meiner Ansicht nach § 44 SDA fehlerhaft ausgelegt und angewendet. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Gericht die Ausnahmefugnis mit der Begründung angegangen ist, dass eine Ausnahme, die den Zielen des § 3 und den Diskriminierungsverboten des SDA widerspricht, nicht gewährt werden sollte. Diese Auslegung des Anwendungsbereichs der Ausnahmeregelung war zu eng. Klagegrund 1 ist daher begründet.

(b) Hinsichtlich des zweiten Klagegrundes bin ich der Ansicht, dass das Gericht fälschlicherweise angenommen hat, es unterliege bei der Überprüfung der Ausübung des Ermessens nach § 44 SDA nicht der Pflicht nach § 10A(1)(a) AHRC. Klagegrund 2 ist daher begründet.

(c) Ich halte es nicht für notwendig oder angemessen, eine Erklärung in Bezug auf die Leitlinien von 2009 abzugeben, wie es die LAG beantragt hat.

(d) Angesichts meiner Schlussfolgerungen zu den Gründen 1 und 2 erübrigt sich eine Entscheidung zu den Gründen 3 und 4.

19 Bei der Abfassung dieser Urteilsbegründung habe ich mich bemüht, eine Terminologie zu verwenden, die alle Personen respektiert, die ein Interesse am Gegenstand dieses Verfahrens haben könnten. Ich habe versucht, die von den Parteien in ihren Schriftsätzen verwendeten Ausdrucksweisen zu übernehmen und, wo Unterschiede zwischen den Parteien bestehen, die von der Kommission verwendeten Ausdrucksweisen heranzuziehen.

### **Sex Discrimination Act (SDA)**

20 Bevor ich auf die Entscheidung des Tribunals und die Berufungsgründe eingehe, gebe ich einen Überblick über den SDA. Ich beziehe mich dabei auf die am 20. Januar 2025, dem Datum der Entscheidung des Tribunals, geltende Fassung des SDA.

21 Teil I des SDA (Abschnitte 1-13A) befasst sich mit einleitenden Fragen.

22 Die Ziele des SDA sind in § 3 festgelegt, der folgendes vorsieht:

### § 3 Objekte

Ziel dieses Gesetzes ist:

a) um bestimmte Regeln des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau und Bestimmungen anderer einschlägiger internationaler Instrumente umzusetzen; und

b) **die Diskriminierung von Personen aufgrund des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, der Geschlechtsidentität**, des Intersex-Status, des Familienstands, einer Schwangerschaft oder potenziellen Schwangerschaft oder des Stillens **in den Bereichen Arbeit, Unterkunft, Bildung, Bereitstellung von Waren, Einrichtungen und Dienstleistungen**, Veräußerung von Grundstücken, Aktivitäten von Vereinen und der Anwendung von Gesetzen und Programmen des Commonwealth so weit wie möglich zu beseitigen; und

(ba) die Diskriminierung aufgrund familiärer Verpflichtungen im Arbeitsbereich so weit wie möglich zu beseitigen; und

c) Diskriminierung im Zusammenhang mit sexueller Belästigung und Diskriminierung aufgrund des Geschlechts am Arbeitsplatz, in Bildungseinrichtungen und in anderen Bereichen des öffentlichen Lebens so weit wie möglich zu beseitigen; und

(ca) die Diskriminierung, die darin besteht, Personen aufgrund ihres Geschlechts einem feindseligen Arbeitsumfeld auszusetzen, zu beseitigen, soweit dies möglich ist; und

d) die Anerkennung und Akzeptanz des Grundsatzes der Gleichstellung von Mann und Frau innerhalb der Gemeinschaft zu fördern; und

e) die materielle Gleichstellung von Mann und Frau so weit wie möglich zu erreichen.

(Hervorhebung hinzugefügt.)

23 Abschnitt 4(1) des SDA enthält eine Reihe definierter Begriffe, darunter:

**Club** bezeichnet eine Vereinigung (ob eingetragen oder nicht) von mindestens 30 Personen, die sich zu sozialen, literarischen, kulturellen, politischen, sportlichen oder anderen rechtmäßigen Zwecken zusammengeschlossen haben:

(a) stellt seine Einrichtungen ganz oder teilweise aus den Mitteln des Vereins bereit und unterhält sie; und

(b) alkoholische Getränke zum Verzehr vor Ort verkauft oder liefert.

...

**Geschlechtsidentität** bezeichnet die geschlechtsbezogene Identität, das Aussehen oder die Verhaltensweisen oder andere geschlechtsbezogene Merkmale einer Person (unabhängig davon, ob diese durch medizinische Eingriffe hervorgerufen wurden oder nicht), mit oder ohne Berücksichtigung des bei der Geburt benannten Geschlechts der Person.

...

**Zu den Dienstleistungen** gehören:

(a) Dienstleistungen im Zusammenhang mit Bankgeschäften, Versicherungen und der Gewährung von Zuschüssen, Darlehen, Krediten oder Finanzierungen;

(b) Dienstleistungen im Zusammenhang mit Unterhaltung, Erholung oder Erfrischung;

(c) Dienstleistungen im Zusammenhang mit Transport oder Reisen;

(d) Dienstleistungen, wie sie von Mitgliedern eines Berufsstandes oder Gewerbes erbracht werden; und

(e) Dienstleistungen der Art, die von einer Regierung, einer Regierungsbehörde oder einer lokalen Regierungsstelle erbracht werden.

...

**Sexuelle Orientierung** bezeichnet die sexuelle Orientierung einer Person gegenüber:

(a) Personen gleichen Geschlechts; oder

(b) Personen unterschiedlichen Geschlechts; oder

(c) Personen gleichen Geschlechts und Personen unterschiedlichen Geschlechts.

...

**Als freiwillige Körperschaft** gilt ein Verein oder eine andere Körperschaft (ob eingetragen oder nicht eingetragen), deren Tätigkeit nicht auf Gewinnerzielung ausgerichtet ist; ausgenommen sind:

(a) ein Verein;

(b) eine eingetragene Organisation;

(c) eine durch ein Gesetz des Commonwealth, eines Bundesstaates oder eines Territoriums errichtete Einrichtung; oder

(d) eine Vereinigung, die ihren Mitgliedern Zuschüsse, Darlehen, Kredite oder Finanzierungen gewährt.

24 Es scheint, dass die LAG wahrscheinlich unter die Definition einer „freiwilligen Organisation“ fällt. In diesem Fall käme sie in den Genuss der nachstehend aufgeführten Ausnahmeregelung gemäß § 39 SDA.

25 Geschlechtsdiskriminierung ist in § 5 definiert; Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung in § 5A; und Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität in § 5B. Beide Parteien gingen im vorliegenden Fall davon aus, dass der Ausschluss von Transfrauen von öffentlichen Veranstaltungen der LAG eine Diskriminierung aus einem dieser Gründe darstellen könnte, ohne dass es erforderlich war, den oder die zutreffenden Gründe zu bestimmen. Ich werde auf derselben Grundlage verfahren.

26 Abschnitt 7D befasst sich mit Sondermaßnahmen und sieht unter anderem Folgendes vor:

#### **7D Besondere Maßnahmen zur Erreichung der Gleichstellung**

(1) Eine Person kann besondere Maßnahmen ergreifen, um materielle Gleichstellung zwischen folgenden Gruppen zu erreichen:

(a) Männer und Frauen; oder

(aa) Menschen mit unterschiedlicher sexueller Orientierung; oder

(ab) Menschen mit unterschiedlicher Geschlechtsidentität; oder

...

(2) Eine Person diskriminiert eine andere Person nicht gemäß §§ 5, 5A, 5B, 5C, 6, 7, 7AA oder 7A, indem sie besondere, nach Absatz (1) zulässige Maßnahmen ergreift.

(3) Eine Maßnahme gilt als zu einem in Absatz (1) genannten Zweck getroffen, wenn sie ergriffen wird:

a) ausschließlich zu diesem Zweck; oder

b) für diesen Zweck sowie für andere Zwecke, unabhängig davon, ob dieser Zweck der überwiegende oder wesentliche ist.

(4) Dieser Abschnitt berechtigt nicht zur Ergreifung oder weiteren Ergreifung von Sondermaßnahmen für einen in Absatz (1) genannten Zweck, der erreicht wird.

27. Teil II des SDA befasst sich mit dem Verbot der Diskriminierung. Dieser Teil ist in fünf Abschnitte unterteilt:

- (a) Abschnitt 1 – Diskriminierung am Arbeitsplatz (§§ 14-20);
- (b) Abschnitt 2 – Diskriminierung in anderen Bereichen (§§ 21-27);
- (c) Abschnitt 3 – Belästigung usw. (§§ 28A-28M);
- (d) Abschnitt 4 – Ausnahmen (§§ 30-47); und
- (e) Abschnitt 5 – Viktimisierung (§ 47A).

28 Die Abschnitte 1 und 2 von Teil II enthalten eine Reihe von Diskriminierungsverboten. Dazu gehört auch § 22, der sich auf die Bereitstellung von Waren, Dienstleistungen und Einrichtungen bezieht und in der Einleitung zu dieser Begründung dargelegt wurde.

29 Eine Reihe von Bestimmungen der Abschnitte 1 und 2 enthalten Ausnahmen, die in den Verbotstext selbst eingebaut sind. Dies ist Teil des Kontextes, der für die Auslegung von § 44 relevant ist. Zum Beispiel:

(a) § 14 befasst sich mit Diskriminierung aufgrund des Geschlechts usw. im Beschäftigungsverhältnis oder bei der Altersversorgung. Abschnitt 14(3) bestimmt, dass „eine Bestimmung in Absatz (1)(a) oder (b) es einer Person nicht untersagt, eine andere Person aufgrund ihres Geschlechts im Zusammenhang mit einer Beschäftigung zur Verrichtung von Hausarbeiten in den Räumlichkeiten, in denen die erstgenannte Person wohnt, zu diskriminieren“.

b) § 21 befasst sich mit Diskriminierung aufgrund des Geschlechts usw. im Bildungsbereich. Abschnitt 21(3) enthält eine Ausnahme in Bezug auf die Zulassung von Studierenden, insbesondere dann, wenn „die Bildungseinrichtung ausschließlich für Studierende eines anderen Geschlechts als dem des Bewerbers betrieben wird“.

(c) § 23 befasst sich mit Diskriminierung aufgrund des Geschlechts usw. im Zusammenhang mit Unterkünften. Abschnitt 23(3) enthält eine Ausnahme, unter anderem für Unterkünfte, die von Wohltätigkeitsorganisationen und bestimmten gemeinnützigen Einrichtungen „ausschließlich für Personen eines Geschlechts oder ausschließlich für Personen mit einem oder mehreren bestimmten Familien- oder Beziehungsstatus“ bereitgestellt werden.

(d) § 25 befasst sich mit der Diskriminierung durch Vereine aufgrund des Geschlechts usw. Absatz (3) bestimmt, dass „eine Bestimmung in Absatz (1) oder (2) die Diskriminierung einer Person aufgrund ihres Geschlechts nicht rechtswidrig macht, wenn die Mitgliedschaft im Verein nur Personen des anderen Geschlechts offensteht“. Die Absätze (4) und (5) enthalten eine detailliertere Ausnahme in Bezug auf die Nutzung von Vereinsleistungen, wenn es nicht praktikabel ist, dass Männer und Frauen diese Leistungen gleichzeitig oder im gleichen Umfang nutzen können.

30 Aus einigen dieser Ausnahmen geht hervor, dass das SDA nicht *um jeden Preis* das Ziel verfolgt, Diskriminierung aufgrund des Geschlechts usw. in den relevanten Bereichen zu beseitigen (siehe *Carr v Western Australia* [2007] HCA 47; 232 CLR 138, Rn. [5], Gleeson CJ). Vielmehr hat das Parlament es in bestimmten Kontexten und unter bestimmten Umständen für angemessen erachtet, den Umfang des Verbots der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts usw. angesichts anderer, konkurrierender Interessen einzuschränken. 31 Abschnitt 4 (§§ 30–47) trägt die Überschrift „Ausnahmen“. Dieser Abschnitt enthält Ausnahmen von bestimmten Verboten sowie allgemeine Ausnahmen von den Verboten in den Abschnitten 1 und 2. Zu den Ausnahmen gehören:

(a) Gemäß § 30 ist eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nicht rechtswidrig. Absatz 30(1) bestimmt, dass es bestimmte Absätze der §§ 14 und 15 nicht verbieten, eine andere Person aufgrund ihres Geschlechts zu diskriminieren, „im Zusammenhang mit einer Stelle als Arbeitnehmer, Handelsvertreter oder Vertragsarbeiter, sofern es sich um eine Stelle handelt, für die es eine wesentliche berufliche Anforderung ist, ein anderes Geschlecht als die andere Person zu haben“. Absatz (2) präzisiert den Begriff der „wesentlichen beruflichen Anforderung“, ein bestimmtes Geschlecht zu haben.

(b) § 31 sieht vor, dass „es keine Bestimmung in Abschnitt 1 oder 2 einer Person untersagt, einen Mann aufgrund seines Geschlechts zu diskriminieren, nur weil die erstgenannte Person einer Frau Rechte oder Privilegien im Zusammenhang mit Schwangerschaft, Geburt oder Stillen gewährt“.

(c) § 32 sieht vor, dass „keine Bestimmung in Abschnitt 1 oder 2 auf die Erbringung von Dienstleistungen Anwendung findet, die aufgrund ihrer Art nur Mitgliedern eines Geschlechts erbracht werden können“.

(d) § 34 enthält Ausnahmen in Bezug auf Unterkünfte für Arbeitnehmer oder Studenten.

(e) § 35 enthält Ausnahmen in Bezug auf die stationäre Betreuung von Kindern.

(f) § 36 sieht eine Ausnahme für Wohltätigkeitsorganisationen vor.

(g) § 37 sieht eine Ausnahme für religiöse Körperschaften vor.

(h) § 38 sieht Ausnahmen für Bildungseinrichtungen vor, die zu religiösen Zwecken errichtet wurden.

(i) § 39 betrifft freiwillige Organisationen und sieht Folgendes vor:

### **§ 39 Freiwillige Organisationen**

Nichts in Abschnitt 1 oder 2 verbietet es einer freiwilligen Organisation, eine Person aufgrund ihres Geschlechts, ihrer sexuellen Orientierung, ihrer Geschlechtsidentität, ihres Intersex-Status, ihres Familienstands, ihrer Schwangerschaft, ihres Stillens oder ihrer familiären Verpflichtungen im Zusammenhang mit Folgendem zu diskriminieren:

(a) die Aufnahme von Personen als Mitglieder der Organisation; oder

(b) die Bereitstellung von Vergünstigungen, Einrichtungen oder Dienstleistungen für die Mitglieder der Organisation.

(j) § 40 enthält Ausnahmen für Handlungen, die auf Grundlage gesetzlicher Befugnisse vorgenommen werden.

(k) § 41 enthält eine Ausnahme in Bezug auf Versicherungen.

(l) §§ 41A und 41B enthalten Ausnahmen in Bezug auf die Bedingungen für Pensionsfonds.

(m) § 42 enthält eine Ausnahmeregelung für den Sport. Er sieht vor, dass vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen „es keine Bestimmung in Abschnitt 1 oder 2 rechtswidrig macht, aufgrund des Geschlechts, der Geschlechtsidentität oder des Intersex-Status zu diskriminieren, indem Personen von der Teilnahme an einer wettbewerbsorientierten Sportaktivität ausgeschlossen werden, bei der die Kraft, Ausdauer oder Körperbau der Wettkämpfer relevant sind“.

32 Diese Ausnahmen verdeutlichen ferner, dass der SDA die in § 3 des Gesetzes genannten Ziele nicht um jeden Preis verfolgt und dass das Parlament es in bestimmten Kontexten und unter bestimmten Umständen für angemessen gehalten hat, den Umfang der Verbote im Hinblick auf andere konkurrierende Interessen einzuschränken.

33. Gemäß § 44 Abs. 1, der in der Einleitung zu diesen Gründen dargelegt wurde, hat die Kommission das Recht, auf Antrag einer oder mehrerer Personen eine Ausnahme von der Anwendung einer Bestimmung des § 1 oder § 2 zu gewähren. Die Kommission ist ferner befugt, eine weitere Ausnahme zu gewähren (§ 44 Abs. 2). Eine Ausnahme kann unter bestimmten Bedingungen gewährt werden, kann auf bestimmte Umstände oder bestimmte Tätigkeiten beschränkt sein und gilt für einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren (§ 44 Abs. 3).

34 § 45 sieht die Überprüfung von Entscheidungen der Kommission gemäß § 44 durch das Gericht vor. Abschnitt 46 sieht die Veröffentlichung von Bekanntmachungen von Entscheidungen gemäß § 44 vor. § 47 bestimmt, dass „es keine Bestimmung in Abschnitt 1 oder 2 einer Person, der eine Ausnahme von einer Bestimmung dieses Abschnitts gewährt wurde, oder einer Person, die im Dienst oder unter der Leitung oder Kontrolle einer Person steht, der eine solche Ausnahme gewährt wurde, untersagt, eine Handlung in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des Dokuments vorzunehmen, durch das die Ausnahme gewährt wurde“.

35 Teil IIA des SDA befasst sich mit der Pflicht zur Beseitigung unzulässiger Geschlechterdiskriminierung usw.

36 Teil III des SDA legt die Aufgaben der Kommission fest.

37 Teil IV befasst sich mit Straftaten.

38 Teil V bezieht sich auf den Beauftragten für Geschlechtsdiskriminierung.

39 Teil VI befasst sich mit verschiedenen Angelegenheiten.

40 Der Anhang zum SDA enthält den Text des *Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)*.

## Gründe des Tribunals

41 Das Tribunal erläuterte den Hintergrund des Antrags auf Gewährung einer Ausnahme unter [1]-[20].

42 In Absatz [2] stellte das Tribunal fest, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt des ursprünglichen Antrags auf Gewährung einer Ausnahme aus acht Personen bestanden und dass die Mehrheit dieser Personen inzwischen einen eingetragenen Verein (die LAG) gegründet hatte. Das Gericht führte aus: „Die Satzung der LAG sieht unter anderem vor, dass sie sich als politische Interessenvertretung für, von und über Lesben in Australien und international für die biologische Tatsache einsetzt, dass das Geschlecht binär und unveränderlich ist, und dass sie Unterdrückung und Diskriminierung von Lesben bekämpft, wo immer sie ihnen begegnen.“

43 Im nächsten Abschnitt der Urteilsbegründung, unter [21]-[39], erläuterte das Tribunal die einschlägigen Rechtsvorschriften und die Richtlinien von 2009.

44 Das Tribunal erläuterte den Antrag auf Gewährung einer Ausnahme in den Absätzen [40]-[46] seiner Begründung. In dem Antrag führte die Lesbian Action Group folgende

Gründe für die Beantragung der Gewährung einer Ausnahme an (dargestellt in der Begründung des Tribunals unter Absatz [43]):

Wir treffen uns regelmäßig als Lesben, die als Frauen geboren wurden, um unser eigenes Wohlbefinden zu fördern, Informationen auszutauschen, Workshops zu verschiedenen Themen, die für Lesben relevant sind, zu veranstalten und unsere vielen Erfolge zu feiern.

Um unsere sozialen und politischen lesbischen Netzwerke zu festigen und auszubauen.

Um zu bestätigen, dass Lesben eine eigenständige und etablierte Gemeinschaftsgruppe mit eigener Kultur und eigenem Lebensstil sind.

Aufbauend auf der Tatsache, dass wir uns als Lesben in den vergangenen fünfzig Jahren und darüber hinaus auf vielfältige Weise getroffen haben – auf Konferenzen, Tanzveranstaltungen, Treffen und gesellschaftlichen Anlässen – und wir bezeugen können, wie vorteilhaft und notwendig es ist, dass diese Zusammenkünfte fortgesetzt werden.

In Anerkennung dessen, dass Lesben eine starke und spezifisch lesbische Kultur aufgebaut haben und dass wir als Lesben besondere Bedürfnisse haben, die in einem Umfeld mit ausschließlich als Frauen geborenen Lesben diskutiert und gewürdigt werden müssen.

Um breit und öffentlich werben zu können, um sozial isolierte Lesben, insbesondere in ländlichen Gebieten, Lesben mit Behinderungen und Lesben aus sprachlich vielfältigen Kulturen darüber zu informieren, dass exklusive Lesbenveranstaltungen zu ihrem Nutzen organisiert werden.

Um die Souveränität der Aborigines und der Torres-Strait-Insulaner weiterhin anzuerkennen, indem wir weiterhin die Miete zahlen, indem wir einen Zuschlag von 10 % auf alle Registrierungsgebühren erheben, die bei Veranstaltungen für lesbische Frauen erhoben werden, und indem wir lesbischen Frauen, die Aborigines oder Torres-Strait-Insulanerinnen sind, freien Eintritt gewähren.

45 In ihrem Antrag auf Gewährung einer Ausnahme beschrieb die Lesbian Action Group eine geplante Veranstaltung im Oktober 2023 als „ganztägige, unterhaltsame und kulturell angemessene Veranstaltung für Lesben, die als Frauen geboren wurden“, die verschiedene Unterhaltungsformen umfasse und „jungen Lesben ein Beispiel dafür geben soll, wie dynamisch und mutig die älteren lesbischen Gemeinschaften in den letzten mehr als fünfzig Jahren waren“ (siehe die Begründung des Tribunals unter [45]).

46 In den Absätzen [47] bis [50] seiner Begründung erläuterte das Tribunal die Entscheidung der Kommission. Wie bereits erwähnt, entschied die Kommission, die Ausnahme nicht zu gewähren.

47 Das Tribunal legte die Beweismittel zur Begründung der Gewährung der Ausnahme unter [51]–[76] dar. Zu den Beweismitteln in der Anhörung vor dem Tribunal gehörten schriftliche Stellungnahmen von Carol Ann (einem Ausschussmitglied der LAG). Frau Ann wurde während der Anhörung von der Kommission befragt. Die Beweismittel zur Begründung des Antrags umfassten auch ein Gutachten von Prof. Sheila Jeffreys, Fellow an der Fakultät für Sozial- und Politikwissenschaften der Universität Melbourne. Auch Prof. Jeffreys wurde von der Kommission befragt.

48 In Absatz [76] stellte das Tribunal fest, dass die Lesbian Action Group in ihren Schlussvorträgen den Wortlaut der beantragten Gewährung einer Ausnahme vorgelegt hatte. Der relevante Text lautete wie folgt:

Die Gewährung einer Ausnahme erlaubt es der Lesbian Action Group Inc. aus den folgenden Gründen rechtmäßig zu diskriminieren:

1. Geschlecht - unter Ausschluss aller Männer, und, um Zweifel auszuschließen, werden nur Männer erfasst, die bei der Geburt als männlich registriert waren;
2. Sexuelle Orientierung – unter Ausschluss aller anderen Orientierungen als lesbisch;
3. Geschlechtsidentität - durch Ausschluss derjenigen, die sich als [Transfrau] identifizieren, und der Männer, die eine andere Geschlechtsidentität als das ihr bei der Geburt eingetragenes männliches Geschlecht annehmen.

Personen, die einer der ausgeschlossenen Kategorien angehören, werden höflich gebeten, nicht teilzunehmen.

Die Lesbian Action Group ist eine politische Interessenvertretung von, für und über Lesben in Australien und international. Sie setzt sich unter anderem für die Vereinigungsfreiheit, die Meinungsfreiheit, die Freiheit von Diskriminierung, die Freiheit von Gewalt und die Gleichbehandlung vor dem Gesetz für alle Lesben ein.

Die Veranstaltungen der Lesbian Action Group Inc. dienen der Organisation und Verfolgung ihrer politischen Ziele. Die Gruppe bittet darum, die Meinungs- und Vereinigungsfreiheit ihrer Mitglieder und Unterstützer zu respektieren.

Wenn Sie mehr Informationen über die Lesbian Action Group wünschen, besuchen Sie [\[Link zur LAG-Website\]](#).

Wenn Sie mehr Informationen über andere Organisationen wünschen, die besser zu Ihren Bedürfnissen und Interessen passen könnten, besuchen Sie [\[Link zu einer geeigneten LGBTIQ+-Ressource oder einem Verzeichnis, das für den jeweiligen geografischen Standort gilt\]](#).

Weitere Informationen zu der vom AAT gewährten Ausnahme finden Sie unter [\[Link zu den Entscheidungsgründen\]](#).

49 Das Tribunal legte in seinen Urteilsgründen unter [77]–[91] die Argumente gegen die Gewährung der Ausnahme dar. Dazu gehörte ein Gutachten von Dr. Elena Jeffreys, Advocacy and Policy Manager bei Scarlet Alliance, dem australischen Verband der Sexarbeiterinnen. Dr. Jeffreys wurde, wie in den Urteilsgründen unter [82]–[85] zusammengefasst, im Kreuzverhör befragt. Zu den Argumenten gegen die Gewährung der Ausnahme zählten auch mehrere Stellungnahmen der Kommission. Diese befassten sich mit den negativen Auswirkungen der Ausnahme, insbesondere auf Transfrauen (siehe Urteilsgründe unter [87]). Ebenfalls zu den Argumenten gegen die Gewährung der Ausnahme gehörte ein Gutachten von Prof. Paula Gerber, Professorin an der Juristischen Fakultät der Monash University. Professor Gerbers Gutachten behandelte unter anderem folgende Themen: Fragen der Terminologie; Auslegung der CEDAW; Rechtstexte des CEDAW-Ausschusses zu Transfrauen; weitere Rechtstexte der Vereinten Nationen zu Transfrauen. Die Stellungnahmen des CEDAW-Ausschusses zu Transfrauen in Australien; internationales Menschenrechtsrecht und der SDA; sowie die Auswirkungen von Inklusion und Exklusion im öffentlichen Raum auf Transfrauen.

50 Nach Zusammenfassung der Beweislage geht das Tribunal in den Absätzen [92]–[169] auf den Antrag auf Gewährung einer Ausnahme ein. Zunächst erörterte das Tribunal in den

Absätzen [92]–[100] das Urteil in der Rechtssache *Tickle (Nr. 2)*. In Absatz [100] stellte das Tribunal fest, dass im vorliegenden Fall eine andere Bestimmung des SDA zur Anwendung kommt als in der Rechtssache *Tickle (Nr. 2)*.

51 Das Tribunal erörterte die Art des Ermessensspielraums bei der Gewährung einer Ausnahme in den Absätzen [101]–[128] seiner Urteilsbegründung. Nach Darlegung der Schriftsätze der Parteien stellte das Tribunal in Absatz [109] fest, dass es auf Bundesebene keine Präzedenzfälle hinsichtlich der Befugnis zur Gewährung einer Ausnahme nach § 44 SDA gibt. Das Gericht berücksichtigte daher eine Reihe von Entscheidungen der Bundesstaaten (einschließlich Entscheidungen von Landesgerichten) zu vergleichbaren Bestimmungen in den Antidiskriminierungsgesetzen der Bundesstaaten (siehe Urteilsbegründung, Absätze [110]–[118]). Das Tribunal legte besonderes Augenmerk auf die Entscheidung *Re Lifestyle Communities Ltd (Nr. 3)* [2009] VCAT 1869. 31 VAR 286 (**Re Lifestyle Communities**) (ein Urteil von Richter Bell in seiner Funktion als Präsident des Victorian Civil and Administrative Tribunal) und stellte fest, dass Richter Bell den Ansatz von Richter Martin CJ in *Commissioner for Equal Opportunity v ADI Ltd* [2007] WASCA 261 (ADI) als eine „sehr weite Formulierung“ bezeichnete, die mit den Zielen der in **Re Lifestyle Communities** behandelten Gesetzgebung unvereinbar zu sein schien (siehe die Urteilsbegründung unter [117]–[118]). Das Tribunal hob (unter [122]) die Zielbestimmung des SDA und die darin verwendete Formulierung hervor, die nach Ansicht des Tribunals (unter [123]) „eine hohe Schwelle der Intoleranz gegenüber der Benachteiligung von Personen mit bestimmten Merkmalen gegenüber anderen Personen festlegt“.

52 In diesem Abschnitt der Urteilsbegründung (der sich mit der Art des Ermessensspielraums befasst) erörterte das Tribunal § 10A des AHRCA, der für den zweiten Berufungsgrund der vorliegenden Beschwerde relevant ist. Das Tribunal führte unter [127]–[128] Folgendes aus:

127. Die Antragsteller beabsichtigen ferner, die Ausnahmebefugnis und die übergeordnete Verpflichtung gemäß § 10A des AHRCA in die Prüfung der Ausübung der Befugnisse einzubeziehen. Meiner Ansicht nach bezieht sich diese Bestimmung nicht unmittelbar auf den Anwendungsbereich der Befugnis in § 44 SDA. § 10A des AHRC-Gesetzes erscheint auf den ersten Blick eher als Empfehlung oder Aufforderung. Dies liegt an dem Verweis darauf, dass die Kommission ihre Aufgaben „im Hinblick auf“ bestimmte Menschenrechtsgrundsätze wahrnimmt, und an der Tatsache, dass die Bestimmung selbst ausdrücklich festlegt, dass sie keine einklagbare Pflicht begründet.

128. Es ist möglich, obwohl die Antragsteller dies nicht geltend gemacht haben, dass § 10A(1)(b) des AHRC zur Stützung des in ihren Eingaben angeführten Kriteriums des öffentlichen Interesses herangezogen werden könnte. Dies könnte sich aus dem Verweis darauf ergeben, dass die Befugnisse der Kommission zum größtmöglichen Nutzen der australischen Bevölkerung ausgeübt werden sollen. Ich bin jedoch der Ansicht, dass diese Auslegung angesichts der Natur von § 10A nicht aufrechterhalten werden kann.

53 Das Tribunal befasste sich anschließend mit der Anwendung der zuvor erörterten Grundsätze auf den Antrag auf Gewährung einer Ausnahme: [129]–[169].

54 In Absatz [132] bezog sich das Tribunal auf ein von der Kommission in ihren Schriftsätzen vorgeschlagenes *dreistufiges* Analyseverfahren. Im ersten Schritt war zu prüfen, ob das geplante Verhalten eine Diskriminierung darstellen würde. Der zweite und dritte Schritt betrafen die Ausübung des Ermessens und umfassten die Prüfung, ob die beantragte Ausnahme mit dem Zweck des SDA vereinbar ist, und die Prüfung, ob die den von der Diskriminierung betroffenen Personen auferlegte Belastung unter den gegebenen Umständen angemessen und zumutbar ist. Offenbar übernahm das Gericht diesen Gedankengang für seine Begründung.

55 In Bezug auf den *ersten Schritt* stellte das Tribunal unter [133] fest, dass es unstrittig sei, dass die Durchführung einer Aktivität, die eine Personengruppe aufgrund ihres

Geschlechts, ihrer sexuellen Orientierung oder ihrer Geschlechtsidentität ausdrücklich ausschließt, die einschlägigen Definitionen von Diskriminierung gemäß dem SDA erfüllt. Es merkte jedoch an, dass eine Handlung nicht als diskriminierend einzustufen sei, wenn sie eine Sondermaßnahme zur Erreichung materieller Gleichstellung darstelle (siehe § 7D SDA). Es bezog sich unter [135] auf von der Kommission angeführte Präzedenzfälle zu Sondermaßnahmen und hielt unter [136] fest, dass die Kommission argumentierte, die Lesbian Action Group dürfe Männer und Nicht-Lesben von einer Veranstaltung ausschließen, solange dies mit dem SDA vereinbar sei. Dies erfordere: (a) die subjektive Absicht, materielle Gleichstellung zwischen Männern und Frauen sowie zwischen Menschen unterschiedlicher sexueller Orientierung zu erreichen; und b) eine objektive Bewertung der Notwendigkeit der Sondermaßnahme und ihrer Eignung zur Erreichung substantzieller Gleichstellung. Das Tribunal stellte fest (Rn. 140), dass die Kommission seiner Meinung nach der Auffassung zustimme, dass die lesbische Gemeinschaft gegenüber Männern aufgrund ihres Geschlechts und allgemeiner aufgrund ihrer sexuellen Orientierung substantzieller Ungleichheit ausgesetzt war bzw. weiterhin ausgesetzt ist. Das Tribunal merkte an, die Kommission habe in ihrer Begründung entschieden, dass eine Veranstaltung für die lesbische Gemeinschaft am Internationalen Lesbentag durchaus als Sondermaßnahme zur Erreichung substantzieller Gleichstellung zwischen Männern und Frauen sowie zwischen lesbischen und heterosexuellen Frauen angesehen werden könne. Das Gericht äußerte sich in Rn. 143 zu diesem Thema vorläufig:

... Ich halte es für angemessen anzunehmen, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen eine Sondermaßnahme zur Erreichung der substantziellen Gleichstellung von Männern und Frauen sowie von lesbischen und heterosexuellen Frauen darstellen können.

56 Das Tribunal war jedoch der Ansicht, dass diese Argumentation nicht auf den Ausschluss lesbischer Transfrauen anwendbar sei. Es führte unter [144] aus:

144. Schließlich bin ich der Ansicht, dass die vorgebrachten Beweise und Argumente nicht substantziell belegen, dass insbesondere als Frauen geborene Lesben im Vergleich zu lesbischen Transfrauen eine wesentliche Ungleichbehandlung erfahren. Ich muss daher die Anwendung des SDA fortsetzen.

57 Das Tribunal erörterte anschließend (Rn. 146), ob das von der Lesbian Action Group vorgeschlagene Verhalten prima facie gegen die Bestimmungen des SDA verstoßen würde. Es nahm die Argumentation der Kommission zur Kenntnis, wonach das Verhalten prima facie gegen § 22 verstoßen würde. Das Tribunal führte aus, dass die weite Definition von „Dienstleistungen“ im SDA diese Auffassung wahrscheinlich stütze.

58 Im Hinblick auf den *ersten Schritt* der von der Kommission vorgeschlagenen Analyse kam das Tribunal daher zu dem Schluss, dass das geplante Verhalten dem Anschein nach gegen das SDA verstößt. Bei dieser Schlussfolgerung konzentrierte es sich auf den Aspekt des geplanten Verhaltens, der lesbischen Transfrauen diskriminieren würde.

59 Das Tribunal wandte sich dann (Rn. 149 ff.) den Ermessenserwägungen zu (dem *zweiten und dritten Schritt*, den die Kommission vorgeschlagen hatte).

60 Nachdem das Tribunal zuvor in seiner Begründung auf die Eingaben der Lesbian Action Group eingegangen war, die auf Menschenrechten (insbesondere der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit) beruhen, führte es unter [153] (was für die Gründe 2 und 3 relevant ist) aus:

153. Es ist erforderlich, die zur Begründung der Ausnahme vorgebrachten Gründe und die sie stützenden Beweise unmittelbar zu behandeln. Die größte Herausforderung besteht darin, dass die Gründe in der Sprache der Menschenrechte formuliert sind. Ich habe oben festgestellt, dass **diesen Rechten nach dem SDA faktisch keine besondere Priorität eingeräumt werden kann. Dies mindert weder die Berechtigung noch das Gewicht**

**der Anträge der Antragstellerinnen.** Sie müssen jedoch im Lichte des Umstands betrachtet werden, dass das SDA diskriminierendes Verhalten verbietet.

(Hervorhebung hinzugefügt.)

61 Das Tribunal begründete dies dann in den Absätzen [154]-[155]:

154. Vereinfacht zusammengefasst, möchten die Antragstellerinnen sich an politischen Debatten und Reformen beteiligen, sich als Gemeinschaft treffen und austauschen sowie sich für Gesundheits- und Sozialfragen einsetzen. Zur Untermauerung dieser Ziele haben sie verschiedene persönliche und meinungsbasierte Belege angeführt, die die Marginalisierung der lesbischen Gemeinschaft belegen sollen. Insbesondere haben sie die angebliche Feindseligkeit gegenüber jenen hervorgehoben, die ihre spezifischen Ansichten gegen die Anerkennung der Geschlechtervielfalt in Recht und Politik vertreten.

155. Jedem Tätigkeitsbereich und jeder herangezogenen Beweisquelle wurden Argumente und Beweise entgegengesetzt. **Dies bedeutet, dass ich, rein hinsichtlich der für die Gewährung einer Ausnahme erforderlichen Tatsachenfeststellung, mit weitgehend gleichgewichtigen Argumenten konfrontiert bin.** Allein dies erhöht die Anforderungen an akzeptable oder überzeugende Beweise, die zur Begründung der Ausübung des Ermessens zugunsten einer Ausnahme erforderlich sind. Ein weiterer, in der Gendarstellung vorgebrachter Aspekt ist die Auswirkung der Gewährung einer Ausnahme auf die Mitglieder der ausgeschlossenen Bevölkerungsgruppe, nämlich Transfrauen.

(Hervorhebung hinzugefügt.)

62 Das Tribunal argumentierte unter [156], es wäre ein „perverses Ergebnis“, die Ausnahme mit der Begründung zu gewähren, die Lesbian Action Group halte die Bestimmungen des SDA oder die darin zum Ausdruck kommende Politik für unangemessen. Das Gericht führte unter [157] aus, die Lesbian Action Group habe ihre „grundlegende Ablehnung“ des Genderschutzes im Gesetz nicht belegt. Ich stelle fest, dass fraglich ist, ob die Lesbian Action Group tatsächlich eine grundsätzliche Ablehnung des Genderschutzes vertreten hat.

63 Das Tribunal erörterte anschließend einige der Beweismittel hinsichtlich der Frage, ob (und in welchem Ausmaß) die lesbische Gemeinschaft soziale Isolation oder Marginalisierung erfuhr (Rn.159). Das Gericht führte aus: „Nach Abwägung aller Umstände halte ich die Beweislage nicht für ausreichend überzeugend, um zu belegen, dass eine anhaltende soziale Marginalisierung der lesbischen Gemeinschaft in der Öffentlichkeit die Ausübung des Ermessens in diesem Fall rechtfertigen könnte.“

64 Das Gericht stellte unter [162] fest:

162. **Es ist wichtig zu verstehen, dass die Gewährung einer Ausnahme unter den gegebenen Umständen zu einer oder mehreren Diskriminierungen einer klar identifizierbaren Gruppe führen würde, deren Rechte durch die Antidiskriminierungsbestimmungen des SDA geschützt sind.** Die Antragstellerinnen argumentieren, dies sei lediglich eine Folge der Auslegung des SDA durch den Antragsgegner und sie wollten generell diskriminieren, ohne ein bestimmtes Element der Gemeinschaft hervorzuheben. Diese Antwort ist insofern scheinheilig, als der Fall der Antragstellerinnen insgesamt deutlich zeigt, dass sie den geltenden Antidiskriminierungsrahmen des SDA in Bezug auf Geschlechtsidentität ablehnen. Konkret haben sie ihre Ablehnung der Ausweitung des Schutzes auf Transfrauen sowie der zugrunde liegenden politischen und sozialwissenschaftlichen Argumentation zum Ausdruck gebracht.

(Hervorhebung hinzugefügt.)

65 Der obige Absatz verdeutlicht, dass ein zentrales Anliegen des Tribunals darin bestand, dass die vorgeschlagenen Aktivitäten eine Diskriminierung von Transfrauen (oder lesbischen Transfrauen) darstellen würden, deren Rechte durch die Bestimmungen des SDA zur Geschlechterdiskriminierung geschützt sind.

66 Das Tribunal führte unter [164] (was für den ersten Klagegrund relevant ist) Folgendes aus:

164. Die von mir angeführte Rechtsprechung und Kommentierung verdeutlichen, dass die angemessene Tragweite von Ausnahmeregelungen umstritten ist. **Angesichts der eindeutigen Intention des Gesetzgebers erscheint es mir jedoch folgerichtig, dass eine Ausnahme, die die Wirksamkeit des SDA grundlegend beeinträchtigt, nicht zulässig sein sollte.** Konkret meine ich damit – im vorliegenden Fall –, dass eine Ausnahme, die aktiv Diskriminierung erzeugt oder fördert, die zuvor nicht bestand, nicht zulässig sein sollte.

(Hervorhebung hinzugefügt.)

67 Das Tribunal begründete dies auch unter [165]:

165. Die Ablehnung einer Ausnahmegewährung schränkt meiner Ansicht nach die gegenwärtigen oder zukünftigen Aktivitäten der Antragstellerinnen bei der Verfolgung ihrer erklärten politischen oder strategischen Ziele nicht unangemessen ein. Die Ablehnung hindert sie auch nicht daran, in dem nach dem SDA zulässigen begrenzten Umfang als kleiner Verein zu diskriminieren.

68 Das Tribunal verwies in den Absätzen [166]–[168] auf weitere Umstände, die für die „allgemeine Angemessenheit“ der Gewährung der Ausnahme relevant seien (siehe Absatz [169]). Es war der Ansicht, dass diese Faktoren die Feststellung stützten, dass das Ermessen nicht zugunsten der Lesbian Action Group ausgeübt werden sollte.

69 Die Schlussfolgerungen des Tribunals wurden unter [170]–[172] dargelegt. Dies umfasste (relevant für den ersten Antragsgrund):

172. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Antragstellerinnen sich als eine klar abgegrenzte Minderheit innerhalb einer Gruppe innerhalb der Gesellschaft verstehen, die bereits durch ihr Geschlecht und ihre sexuelle Orientierung definiert ist – Merkmale, die ihnen den Schutz des SDA gewähren. **Sie beabsichtigen, eine andere Gruppe innerhalb der Gesellschaft, die durch ihre Geschlechtsidentität identifizierbar ist – ein ebenfalls durch den SDA geschütztes Merkmal –, aktiv zu diskriminieren. Ich bin zu dem Schluss gekommen, dass die Billigung offener Diskriminierungshandlungen nicht die beabsichtigte Wirkung der Ausnahmeregelung gemäß § 44 SDA sein kann.**

(Hervorhebung hinzugefügt.)

## Antragsgrund 1

70. Mit dem ersten Antragsgrund macht die LAG zusammenfassend geltend, dass das Tribunal die Ausnahmeregelung in § 44 SDA fehlerhaft ausgelegt habe, indem es behauptete, § 44 sei nicht dazu bestimmt, „offene Diskriminierungshandlungen zu billigen“ (Rn. 172) und erlaube keine „Ausnahme, die die Wirksamkeit des SDA grundlegend beeinträchtigt“ (Rn. 164). Die LAG argumentiert, dass § 44 bei korrekter Auslegung vielmehr „Formen der Diskriminierung zulässt, die im Rahmen des SDA vorgesehen sind oder entstehen können“.

## Die Schriftsätze der Parteien

71 Die LAG trägt vor, dass entgegen den Absätzen [164] und [172] der Urteilsbegründung des Tribunals § 44 Diskriminierungshandlungen zulässt, die unter dem SDA vorgesehen sind oder entstehen können, und dass nicht erklärt wird, wie das Tribunal zu dem gegenteiligen Schluss gekommen ist, weder in [164] noch in [172] noch an anderer Stelle in seiner Urteilsbegründung.

72 Die LAG trägt vor, dass die Schlussfolgerung des Tribunals nicht durch die „klare Absicht des Gesetzgebers“ gerechtfertigt sei (vgl. Tribunal Reasons, [164]). Sie führt aus, dass die Absicht des Gesetzgebers aus dem Wortlaut und der Struktur des SDA (*Certain Lloyd's Underwriters v Cross* [2012] HCA 56; 248 CLR 378, [25], French CJ und Hayne J) zu ermitteln und für den vorliegenden Fall offensichtlich sei.

73 Die LAG trägt vor, dass der Umfang der Ausnahmeregelung in § 44 in den Absätzen [16]–[27] der Sachverhaltsdarstellung der Lesbian Action Group vor dem Tribunal (AB Teil C, Registerkarte 15) zutreffend dargelegt wurde. Diese Darlegung umfasst Folgendes:

(a) Teil I des SDA enthält Vorbemerkungen, darunter Definitionen von Diskriminierung und ähnlichen Begriffen. Die Abschnitte 1 bis 3 von Teil II enthalten die zentralen Verbote gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung und Belästigung in bestimmten Bereichen des öffentlichen Lebens, darunter Beschäftigung, Bildung, Waren und Dienstleistungen, Einrichtungen, Unterkünfte, Grundstücke und Vereine. Für den vorliegenden Zweck ist Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität relevant (siehe §§ 5, 5A und 5B). Ebenso relevant ist Diskriminierung im Zusammenhang mit Dienstleistungen (siehe § 22).

b) Im weiteren Verlauf des SDA wird in Abschnitt 4 von Teil II darauf eingegangen, wo eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zulässig ist.

(i) Abschnitt 4 von Teil II sieht eine Reihe von Ausnahmen vor, in denen Geschlechtsdiskriminierung in bestimmten Bereichen des öffentlichen Lebens zulässig ist, darunter Religion, Wohltätigkeitsorganisationen, Sport, stationäre Pflegeeinrichtungen, Unterkunft, Versicherungen und Altersvorsorge. Eine kurze Prüfung dieser Ausnahmen zeigt, dass sie jeweils auf die Besonderheiten der ausgenommenen öffentlichen Tätigkeit zugeschnitten sind, die die Geschlechtsdiskriminierung rechtfertigen soll.

(ii) Es war dem Gesetzgeber unmöglich, jede einzelne öffentliche Tätigkeit aufzuzählen, bei der eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im öffentlichen Interesse zulässig sein sollte. Aus diesem Grund enthält Abschnitt 4 in § 44 auch die Ausnahmebefugnis.

(c) Dies erklärt die uneingeschränkte Auslegung von § 44. Er soll als Ventil dienen, um gerechtfertigte Formen der Geschlechtsdiskriminierung in weiteren Aktivitäten und Bereichen des öffentlichen Lebens zu ermöglichen, deren Auftreten der Gesetzgeber nicht vorhersehen konnte. Nichts im Anwendungsbereich, Gegenstand und Zweck des SDA rechtfertigt eine Einschränkung dieses Ventils im Sinne von *Water Conservation and Irrigation Commission (NSW) v Browning* [1947] HCA 21; 74 CLR 492. Vielmehr gibt es Bestimmungen (wie die Regelung zu Sondermaßnahmen in § 7D), die darauf hindeuten, dass ein Restinteresse an bestimmten Formen der Geschlechtsdiskriminierung besteht, und dieses öffentliche Interesse soll durch § 44 gefördert werden.

(d) Mit anderen Worten: Die bei der Ausübung des Ermessens nach § 44 anzuwendenden Erwägungen bleiben nicht durch Gegenstand, Anwendungsbereich und Zweck des SDA eingeschränkt. Daher ist es falsch, dem SDA den Zweck zuzuschreiben, jegliche Geschlechtsdiskriminierung auszuschließen. Geschlechtsdiskriminierung ist „so weit wie möglich“ zu beseitigen (SDA, § 3(b)). Rechte und Interessen, die mit der Absicht der Beseitigung von Geschlechtsdiskriminierung in Konflikt stehen könnten, können weiterhin durch eine Ausnahme nach § 44 berücksichtigt und umgesetzt werden, sofern alle Umstände dies rechtfertigen.

74 Die Kommission trägt daraufhin zusammenfassend vor, das Tribunal habe zwar anerkannt, dass § 44 die Gewährung einer Ausnahme zur Genehmigung bestimmter Arten von Diskriminierung zulasse; es hat jedoch entschieden, dass unter den gegebenen Umständen keine Ausnahme gewährt werden sollte, um eine Diskriminierung zu ermöglichen, die zu einem Zweck angestrebt wird, der mit der Förderung der Ziele des SDA

unvereinbar ist, *und* um eine schutzbedürftige Personengruppe, für die der SDA Schutz bietet, aktiv zu diskriminieren.

75 Die Kommission legt folgende Stellungnahme vor:

- (a) Erstens ist die Behauptung, das Tribunal habe (in den Absätzen [164] und [172]) argumentiert, § 44 könne kein Verhalten genehmigen, das ansonsten nach dem SDA diskriminierend wäre, unzutreffend. Vielmehr entschied es, dass ein Faktor, der gegen die Gewährung einer Ausnahme in diesem Fall spreche, darin bestehe, dass diese die Wirksamkeit des SDA „grundlegend beeinträchtigen“ würde ([164]). Dieser Ansatz war vollkommen legitim. Wie Richter Katzmann in Erwiderung auf ein ähnliches Argument bezüglich § 6(b) des *Disability Discrimination Act 1992* (Cth) erläuterte, „müssen Art und Umfang der diskriminierenden Wirkung [des vorgeschlagenen Verhaltens] gegen die dafür vorgebrachten Gründe abgewogen werden“: *Nojin v Commonwealth* [2012] FCAFC 192; 208 FCR 1, Absatz [247]. Aus demselben Grund stellt sich die erste Rechtsfrage des LAG nicht.
- (b) Das Tribunal erkannte an, dass § 44 eine Ausnahme von Verhaltensweisen ermöglicht, die eine verbotene Diskriminierung darstellen oder darstellen könnten (siehe Urteilsbegründung, Rn. 38(a)). Dies war die Grundlage des vorliegenden Verfahrens. Die Ausführungen des Tribunals unter Rn. 164 und 172 betrafen hingegen die Bewertung des in diesem Fall beantragten Ausnahmeverhaltens und die Frage, ob dieses nach Ermessen zulässig sein sollte. Es entschied, dass die Ausübung der Ausnahmeregelung gemäß § 44 nicht angemessen sei, da das vorgeschlagene Verhalten nicht auf die langfristige Förderung der Gleichstellung im Einklang mit den Zielen des SDA abzielte und aktiv Diskriminierung einer schutzbedürftigen Personengruppe schuf und förderte, für die der SDA einen Schutz bietet. Das Tribunal prüfte die für und gegen die Ausnahme sprechenden Faktoren im Kontext der Verbote diskriminierendes Verhaltens ([153]) und insbesondere vor dem Hintergrund der Ziele des SDA (siehe die Urteilsbegründung, [120]–[125]). Sachlich kam es zu dem Schluss, dass Art und Umfang der von der Lesbian Action Group angestrebten Diskriminierung die Grenzen des nach § 44 Zulässigen überschritten.
- (c) Zweitens werden die Tatsachenfeststellungen des Tribunals unter [144], [159], [161], [166]–[168] jedenfalls nicht durch den angeblichen Fehler, der Gegenstand von Grund 1 ist, berührt. Selbst wenn die Analyse des LAG zu diesem Grund richtig wäre (was bestritten wird), würde dies keinen Unterschied machen, da die Begründung des Tribunals unabhängig von diesen Feststellungen und den Ausführungen des Tribunals unter [122], [123], [125], [155], [156], [159], [162], [164], [165] schlüssig ist. Dies gilt ungeachtet der drei Absätze am Ende der Entscheidung des Tribunals unter der Überschrift „Schlussfolgerung“ ([170]–[172]), die, richtig im Kontext ausgelegt, die Wirkung der materiellen Begründung des Tribunals weiter oben in seiner Entscheidung nicht verändern: siehe [129]–[169].

### **Auslegung von § 44 SDA**

76 Bevor wir uns unmittelbar mit der Frage befassen, ob das Gericht in der von der LAG behaupteten Weise einen Fehler begangen hat, ist es notwendig, die Auslegung von § 44 zu erörtern.

77 Es scheint keine Rechtsprechung zur Auslegung von § 44 zu geben. (Der Paragraph wurde zwar in *Human Rights and Equal Opportunity Commission v Mount Isa Mines Ltd* (1993) 46 FCR 301, S. 306, erwähnt, aber nicht detailliert erörtert.) Es liegen jedoch Entscheidungen von Landesgerichten und -tribunalen zu vergleichbaren Bestimmungen der Landesgesetzgebung zur Antidiskriminierung vor. Das Urteil, das ich als besonders hilfreich empfand, ist das von Martin CJ (dem Wheeler JA und Pullin JA zustimmten) in *ADI* in Bezug auf die Ausnahmeregelung bzw. den Ermessensspielraum in § 135 des *Equal Opportunity Act 1984* (WA) (dem ***Equal Opportunity Act***). **In der mir vorliegenden Anhörung akzeptierte die Kommission, dass die Ausführungen in *ADI* auf der Ebene allgemeiner Grundsätze auf § 44 (T86) anwendbar sind.**

78 Martin CJ begann sein Urteil im Fall *ADI* mit einer detaillierten Darlegung der Bestimmungen des *Equal Opportunity Act* in den Absätzen [2]–[13]. Es umfasste Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, des Familienstands oder einer Schwangerschaft, familiärer Verantwortung oder des Familienstands, der sexuellen Orientierung, der Rasse, der religiösen oder politischen Überzeugung, einer Behinderung, des Alters und in

bestimmten Fällen der Genderentwicklung. Somit deckte das Gesetz einerseits ein breiteres Spektrum an Diskriminierungsgründen ab als der SDA und umfasste andererseits nicht alle vom SDA abgedeckten Gründe. Die allgemeine Struktur der Gesetzgebung war jedoch ähnlich. Wie der SDA enthielt auch der *Equal Opportunity Act* Ausnahmen von bestimmten Verboten und allgemeine Ausnahmen (siehe [10]–[12]). Die Befugnis oder das Ermessen zur Gewährung von Ausnahmen war in § 135 geregelt, den Richter Martin CJ in Absatz [13] wie folgt beschrieb:

§ 135 des Gesetzes sieht vor, dass das Gericht auf Antrag dem Antragsteller eine Befreiung von der Anwendung bestimmter Bestimmungen verschiedener Teile des Gesetzes, einschließlich Teil III, gewähren kann. Die Befreiung kann „vorbehaltlich der im Beschluss festgelegten Bedingungen gewährt werden“, „kann auf die im Beschluss genannten Umstände oder Tätigkeiten beschränkt sein“ und darf nicht länger als fünf Jahre gelten. Der Paragraph sieht die Möglichkeit der Gewährung einer erneuten Befreiung nach Ablauf des Befreiungszeitraums vor. § 137 bestimmt, dass eine Handlung, die gemäß den Bestimmungen eines Befreiungsbeschlusses vorgenommen wurde, nicht aufgrund der Bestimmung, von der die Befreiung gewährt wurde, rechtswidrig wird.

79 Richter Martin CJ erörterte den Umfang des Ermessensspielraums bei der Gewährung von Ausnahmen in den Absätzen [43]–[54]. Ein von ihm angesprochener Punkt, der im vorliegenden Fall nicht relevant ist, betraf die Frage, ob das Gericht seine Prüfung des Ausnahmeantrags anhand von drei Fragen aus einer früheren Gerichtsentscheidung (siehe *ADI*, Absatz [30]) vorgenommen hatte. Er führte aus, dass diese drei Fragen „nicht notwendigerweise alle Erwägungen umfassen, die in jedem Einzelfall unter die Ziele, den Anwendungsbereich und den Zweck des Gesetzes fallen könnten“ (Absatz [49]) und dass der Ansatz des Gerichts in jenem Fall „mit einem hohen Fehlerrisiko behaftet“ sei (Absatz [54]).

80 Richter Martin CJ prüfte anschließend in den Absätzen [55]–[75], ob das Gericht in jenem Fall einen Fehler begangen hatte, indem es Erwägungen des öffentlichen Interesses berücksichtigte (oder ihnen alternativ ausschlaggebendes Gewicht beimaß), die nicht den Zielen, dem Anwendungsbereich oder dem Zweck des *Equal Opportunity Act* dienten. Er führte in Absatz [55] aus, dass die von ihm zuvor angeführten Präzedenzfälle belegten, dass der dem Gericht durch § 135 eingeräumte Ermessensspielraum ausschließlich durch die Ziele, den Anwendungsbereich und den Zweck des Gesetzes beschränkt sei und dass diese Aspekte aus einer Auslegung des Gesetzes als Ganzes zu ermitteln seien. Er beschrieb die Struktur des *Equal Opportunity Act* in den Absätzen [56]–[58]. Diese Struktur ist weitgehend mit der des SDA vergleichbar, wie aus seiner Zusammenfassung in Absatz [58] hervorgeht.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es eine Reihe von Verboten gibt, die sich auf den jeweiligen Diskriminierungsgrund beziehen und durch Ausnahmen eingeschränkt werden, die sich speziell auf Diskriminierung aufgrund dieses einen Grunds beziehen. Darüber hinaus gibt es allgemeine Ausnahmen, die unabhängig vom Diskriminierungsgrund gelten. Trifft keine der spezifischen oder allgemeinen Ausnahmen zu, **hat das Gericht ein allgemeines Befreiungsrecht, das ausschließlich durch die Ziele, den Anwendungsbereich und den Zweck des Gesetzes sowie die zeitliche Beschränkung der Befreiung eingeschränkt ist.**

(Hervorhebung hinzugefügt.)

81 Richter Martin CJ führt dann unter [59] aus:

In diesem Zusammenhang ist der gesetzgeberische Zweck der Übertragung einer allgemeinen Ausnahmeregelung an das Gericht meines Erachtens klar. Das Gesetz verbietet nicht jegliches diskriminierende Verhalten. Vielmehr hängt der Umfang des verbotenen Verhaltens vom Diskriminierungsgrund ab. Auch verbietet das Gesetz nicht jegliches Verhalten einer bestimmten Art, nur weil es aus einem bestimmten Grund diskriminierend ist. Vielmehr sieht

das Gesetz sowohl spezifische als auch allgemeine Ausnahmen von seinen Verboten vor. Der Gesetzgeber hat damit anerkannt, dass diskriminierendes Verhalten unter bestimmten Umständen, die er sowohl spezifisch unter Bezugnahme auf den jeweiligen Diskriminierungsgrund als auch allgemein benannt hat, gerechtfertigt sein kann und nicht verboten werden sollte. **Und für den wahrscheinlichen Fall, dass das Parlament nicht alle Umstände vorhersehen konnte, unter denen diskriminierendes Verhalten dennoch gerechtfertigt sein könnte, hat es das Gericht ermächtigt, in Einzelfällen Ausnahmen zu gewähren.**

(Hervorhebung hinzugefügt.)

82 Der Richter führte unter [60] aus: „Diese Herangehensweise an die Auslegung des Umfangs des in § 135 des Gesetzes eingeräumten Ermessensspielraums ergibt sich meines Erachtens aus der Gesamtstruktur des Gesetzes.“ Er führte weiter aus, dass diese Herangehensweise durch Verweise auf die Gesetzesgrundlagen untermauert werde. Obwohl sich die Gesetzesgrundlagen speziell auf das *Equal Opportunity Act* bezogen, basierte die von Richter Martin CJ vertretene Auslegung im Wesentlichen auf der Gesamtstruktur des Gesetzes, und das SDA weist eine vergleichbare Struktur auf.

83 Richter Martin CJ prüfte anschließend, ob die vom Gericht in jenem Fall berücksichtigten Erwägungen zu Recht als im Rahmen von Zielen, Anwendungsbereich und Zweck des *Equal Opportunity Act* liegend angesehen wurden (siehe [61]). Im Zuge der Prüfung dieser Frage führte er in den Absätzen [67]–[70] Folgendes aus:

67 Betrachtet man also Abschnitt 4 von Teil III des [*Equal Opportunity Act*], so zeigt sich, dass **der Gesetzgeber von der Anwendung dieses Teils nicht nur Verhaltensweisen ausgenommen hat, die den Interessen dessen dienen, was oft als „positive Diskriminierung“ bezeichnet wird, sondern auch Verhaltensweisen, die zwar diskriminierend sind, aber durch Bezugnahme auf eine Vielzahl anderer Zwecke oder Interessen gerechtfertigt werden können, die nicht mit den in § 3 des Gesetzes genannten spezifischen Zielen oder dem Ziel der Verringerung diskriminierenden Verhaltens zusammenhängen.**

...

70 Daraus folgt, dass das Gericht bei der Prüfung eines Antrags auf Befreiung von der Anwendung des Gesetzes berücksichtigen **kann und sollte, dass der Gesetzgeber anerkannt hat, dass es Umstände gibt, unter denen diskriminierendes Verhalten durch Erwägungen gerechtfertigt werden kann, die nicht mit den Antidiskriminierungszielen des Gesetzes zusammenhängen**, und dass er dem Gericht die Befugnis eingeräumt hat, über die im Gesetz genannten hinausgehende Umstände zu identifizieren, unter denen ein ansonsten diskriminierendes Verhalten dennoch rechtmäßig sein sollte.

(Hervorhebung hinzugefügt.)

84 In Absatz [71] führte Richter Martin CJ aus, dass es für die Gewährung einer Ausnahme nicht erforderlich sei, dass diese dem „Geist“ einer Ausnahme im Gesetz entspreche. Seine Auslegung fasste er in Absatz [72] wie folgt zusammen:

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es meiner Ansicht nach im Einklang mit Ziel, Umfang und Zweck des Gesetzes steht, wenn das Gericht bei der Ausübung seines Ermessens nach § 135 des Gesetzes alle Erwägungen berücksichtigt, die seiner Ansicht nach ein Verhalten rechtfertigen würden, das ansonsten nach dem Gesetz rechtswidrig wäre. Sofern also eine rationale Grundlage für das diskriminierende Verhalten besteht, obliegt es dem Gericht zu entscheiden, ob die durch die Duldung dieses Verhaltens gewährten Interessen die daraus resultierenden Nachteile überwiegen. Häufig handelt es sich bei den vom Gericht in diesem

Zusammenhang zu berücksichtigenden Interessen um öffentliche Interessen, dies ist jedoch keine zwingende Voraussetzung.

85 Meiner Ansicht nach ist die von Richter Martin CJ vertretene Auslegung gleichermaßen auf die Ausnahmeregelung in § 44 des SDA anwendbar. Die Auslegung basiert im Wesentlichen auf der Struktur des *Equal Opportunity Act*, und das SDA weist eine vergleichbare Struktur auf.

86 Ich weise darauf hin, dass Richter Bell in *Re Lifestyle Communities unter* [65] feststellte, es sei „schwierig, die in [ADI] vertretene weite Auslegung der Ausnahmeregelung mit dem Hauptzweck des betreffenden Gleichstellungsgesetzes in Einklang zu bringen“. Wie jedoch von Richter Martin CJ erläutert, mussten Ziel, Anwendungsbereich und Zweck des Gleichstellungsgesetzes als Ganzes berücksichtigt werden. Darüber hinaus wurde *Re Lifestyle Communities* im Kontext der Berücksichtigung des *Charter of Human Rights and Responsibilities Act 2006* (Vic) entschieden. Es wurde festgestellt, dass die Ausnahmeregelung als mit diesem Gesetz vereinbar auszuüben sei. Daher waren die Ausführungen zu ADI für die Entscheidung nicht relevant. Soweit zwischen der in ADI und der in *Re Lifestyle Communities* vertretenen Auslegung ein Unterschied besteht, ziehe ich aus den bereits genannten Gründen die in ADI vertretene Auslegung vor.

87 Dem entsprechend halte ich, gestützt auf die Ausführungen in ADI, die folgenden Sätze auf § 44 für anwendbar:

- (a) Der der Kommission durch § 44 eingeräumte Ermessensspielraum wird durch die Ziele, den Umfang und den Zweck des SDA eingeschränkt; diese Aspekte sind aus einer Auslegung des Gesetzes als Ganzes zu ermitteln.
- (b) Der Gesetzgeber hat von der Anwendung der Abschnitte 1 und 2 von Teil II des SDA nicht nur Verhaltensweisen ausgenommen, die den Interessen dessen dienen, was oft als „positive Diskriminierung“ bezeichnet wird, sondern auch Verhaltensweisen, die zwar diskriminierend sind, aber durch Bezugnahme auf eine Vielzahl anderer Zwecke oder Interessen, die nicht den in § 3 des SDA genannten spezifischen Zielen entsprechen, gerechtfertigt werden können.
- (c) Für den wahrscheinlichen Fall, dass das Parlament nicht alle Umstände vorhersehen konnte, unter denen diskriminierendes Verhalten dennoch gerechtfertigt sein könnte, hat es die Kommission ermächtigt, in bestimmten Fällen Ausnahmen zu gewähren.
- (d) Wenn die Kommission einen Antrag auf Befreiung von der Anwendung des SDA prüft, kann und sollte sie berücksichtigen, dass der Gesetzgeber anerkannt hat, dass es Umstände gibt, unter denen diskriminierendes Verhalten durch Erwägungen gerechtfertigt werden kann, die nicht mit den Antidiskriminierungszielen des Gesetzes zusammenhängen, und dass er der Kommission die Befugnis eingeräumt hat, über die im SDA genannten Umstände hinausgehende Umstände zu ermitteln, unter denen ein ansonsten diskriminierendes Verhalten dennoch rechtmäßig sein sollte.

88 Obwohl diese Grundsätze in Bezug auf die „Kommission“ formuliert sind, gelten sie auch für das Tribunal, wenn es eine Überprüfung einer Entscheidung der Kommission durchführt.

### **Votum**

89 Ich wende mich nun der Frage zu, ob das Tribunal, wie in Grund 1 behauptet, einen Fehler begangen hat.

90 Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass es sich beim Tribunal um eine Verwaltungsbehörde und nicht um ein Gericht handelt und seine Begründung nicht „mit scharfem Blick auf Fehler“ zu prüfen ist: *Antragsteller WAEE gegen Minister für Immigration und Multikulturelle und Indigene Angelegenheiten* [2003] FCAFC 184; 236 FCR 593 (**Antragsteller WAEE**), Rn. 46, French CJ, Sackville und Hely JJ. Das Tribunal ist auch nicht verpflichtet, eine Begründung zu liefern, wie sie von einem Gericht erwartet werden könnte: *Antragsteller WAEE*, Rn. 46. Darüber hinaus ist die Begründung des Tribunals im Gesamtzusammenhang zu lesen. Daher muss eine ungeschickte Formulierung in einem Teil der Begründung nicht zwangsläufig den wahren Kern der Argumentation widerspiegeln.

91 Meiner Ansicht nach hat das Gericht bei der Auslegung und Anwendung von § 44 SDA einen Fehler begangen. Im Wesentlichen ging das Gericht bei der Auslegung der Ausnahmeregelung davon aus, dass eine Ausnahme, die den Zielen des § 3 und den Diskriminierungsverboten des SDA widerspricht, nicht gewährt werden sollte. Aus den nachfolgend dargelegten Gründen war diese Auslegung des Anwendungsbereichs der Ausnahmeregelung jedoch zu eng.

92 Dass das Tribunal den von mir dargelegten Ansatz verfolgte, zeigt sich an mehreren Stellen. Erstens legte es in seiner Erörterung der Art des Ermessensspielraums (beginnend mit [101]) besonderen Wert auf *Re Lifestyle Communities* (Rn. [116]-[118]) und stellte fest, dass Richter Bell in dieser Entscheidung den Ansatz in *ADI* als eine „sehr weite Formulierung“ bezeichnete, die mit den Zielen des *Equal Opportunity Act 1995* (Vic) unvereinbar zu sein schien.

93 Zweitens bezog sich das Gericht in den Absätzen [122]-[123] auf die Zielbestimmungen und die Bestimmungen des SDA, die diskriminierendes Verhalten verbieten, und stellte fest, dass die Gesetzgebung „dazu dient, eine hohe Schwelle der Intoleranz gegenüber einer weniger günstigen Behandlung von Personen festzulegen, die bestimmte Unterscheidungsmerkmale gegenüber anderen Personen aufweisen“.

94 In der Folge konzentrierte sich das Gericht bei der Prüfung der Frage, ob eine Ausnahme gewährt werden sollte, auf die Diskriminierung, die diese gegenüber Transfrauen zur Folge hätte. Das Gericht wog dies nicht nur als einen Faktor ab, der gegen die Gewährung der Ausnahme sprach; es maß diesem Faktor entscheidendes Gewicht bei, da es der Ansicht war, dass die vorgeschlagene Ausnahme den Zielen von § 3 und den Diskriminierungsverboten des SDA widerspräche und dass dieser Umstand die Möglichkeit der Gewährung der Ausnahme gemäß § 44 ausschloss. In Absatz 162 führte das Gericht aus:

Es ist wichtig zu verstehen, dass die Gewährung einer Ausnahme unter den gegebenen Umständen zu einem oder mehreren Fällen von Diskriminierung einer klar identifizierbaren Gruppe führen würde, deren Rechte durch die Bestimmungen des SDA zur Geschlechtsdiskriminierung geschützt sind.

95 Dann führte das Tribunal in Absatz [164] aus:

164. Die von mir angeführte Rechtsprechung und Kommentierung verdeutlichen, dass die angemessene Tragweite von Ausnahmeregelungen umstritten ist. **Angesichts der eindeutigen Intention des Gesetzgebers erscheint es mir jedoch folgerichtig, dass eine Ausnahme, die die Wirksamkeit des SDA grundlegend beeinträchtigt, nicht zulässig sein sollte.** Konkret meine ich damit – im vorliegenden Fall –, dass eine Ausnahme, die aktiv Diskriminierung erzeugt oder fördert, die zuvor nicht bestand, nicht zulässig sein sollte.  
(Hervorhebung hinzugefügt.)

96 Ferner führte das Tribunal in seiner Begründung unter [172] Folgendes aus:

172. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Antragstellerinnen sich als eine klar abgegrenzte Minderheit innerhalb einer Gruppe innerhalb der Gesellschaft verstehen, die bereits durch ihr Geschlecht und ihre sexuelle Orientierung definiert ist – Merkmale, die ihnen den Schutz des SDA gewähren. **Sie beabsichtigen, eine andere Gruppe innerhalb der Gesellschaft, die durch ihre Geschlechtsidentität identifizierbar ist – ein ebenfalls durch den SDA geschütztes Merkmal –, aktiv zu diskriminieren. Ich bin zu dem Schluss gekommen, dass die Billigung offener Diskriminierungshandlungen nicht die beabsichtigte Wirkung der Ausnahmeregelung gemäß § 44 des SDA sein kann.**  
(Hervorhebung hinzugefügt.)

97 Die Kommission trägt vor, dass sich die Ausführungen des Tribunals unter [164] und [172] auf eine Bewertung des in diesem Fall beantragten Ausnahmezustands und die Frage bezogen, ob dieser im Ermessen des Tribunals zulässig sein sollte. Meiner Ansicht nach gehen sie jedoch darüber hinaus und deuten darauf hin, dass das Tribunal die Ausnahmeregelung auf eine bestimmte Weise ausgelegt hat. Die Ausführungen des Tribunals bezogen sich auf die „klare Absicht des Gesetzgebers“ (unter [164]) und die „beabsichtigte Wirkung der Ausnahmeregelung nach § 44“ (unter [172]). Bei Lektüre der Urteilsbegründung insgesamt bin ich der Ansicht, dass das Tribunal die Ausnahmeregelung auf eine bestimmte Weise ausgelegt hat, nämlich dass eine Ausnahme, die den Zielen des § 3 und den Diskriminierungsverboten des SDA widerspricht, nicht gewährt werden sollte.

98 Meiner Ansicht nach war die Auslegung der Ausnahmeregelung zu eng gefasst. Die Befugnis zur Gewährung einer Ausnahme ist durch Ziel, Anwendungsbereich und Zweck des SDA beschränkt, wobei diese Aspekte im Lichte des *gesamten Gesetzes* zu ermitteln sind. Das Gesetz enthält eine Reihe von Ausnahmen, die den Umfang der Verfolgung der in § 3 genannten Ziele im Lichte widerstreitender Interessen begrenzen. Trifft eine Ausnahme zu, ist es einer Person unter den entsprechenden Umständen gestattet, aufgrund des Geschlechts usw. zu diskriminieren. Ebenso ist es einer Person, der gemäß § 44 eine Ausnahme gewährt wurde, unter den in der Ausnahme festgelegten Umständen gestattet, aufgrund des Geschlechts usw. zu diskriminieren. Zwar kann eine Ausnahme unter Umständen gewährt werden, die als „positive Diskriminierung“ bezeichnet werden könnte, doch ist die Befugnis zur Gewährung einer Ausnahme nicht auf solche Fälle beschränkt. Es kann eine Ausnahme gewährt werden, die anderen Interessen dient, obwohl sie einer Person Handlungen erlaubt, die aufgrund des Geschlechts usw. diskriminieren und ansonsten verboten wären. Indem das Tribunal dem Umstand, dass die vorgeschlagene Ausnahme den Zielen in § 3 und den Verboten im SDA widersprechen würde, entscheidendes Gewicht beimaß, unterlag es einem Fehler.

99 Dies bedeutet nicht, dass die Kommission oder das Tribunal nicht berücksichtigen kann, inwieweit *eine* vorgeschlagene Ausnahme den Zielen des § 3 entgegenwirken oder diskriminierendes Verhalten ermöglichen würde, das ansonsten durch das SDA verboten ist. Im vorliegenden Fall hat das Tribunal diese Faktoren jedoch nicht nur als für die Ausübung des ihm nach § 44 eingeräumten Ermessens relevant angesehen. Vielmehr hat es § 44 so ausgelegt, dass das Vorliegen dieser Faktoren die Ausübung des Ermessens zugunsten der Gewährung der Ausnahme zwangsläufig ausschließt.

100 Die Kommission trägt vor, selbst wenn die Analyse des LAG zu Grund 1 zuträfe (was bestritten wird), würde dies keinen Unterschied machen, da die Begründung durch bestimmte Feststellungen und Argumentationspunkte des Tribunals unabhängig gestützt werde. Dieser Auffassung stimme ich nicht zu. Meiner Ansicht nach war der oben erörterte Fehler zentral für die Entscheidung des Tribunals über die Gewährung der Ausnahme und beeinflusste somit dessen Kernbegründung. Daher ist der Fehler wesentlich.

101 Aus diesen Gründen ist Antragsgrund 1 begründet.

## **Antragsgrund 2**

102 Mit dem zweiten Klagegrund macht die LAG zusammenfassend geltend, dass das Tribunal zu Unrecht zu dem Schluss gekommen sei (Rn. 127), dass es bei der Überprüfung der Ausübung des Ermessens nach § 44 SDA nicht der Pflicht nach § 10A(1) AHRCA unterliege (siehe auch die Urteilsbegründung des Tribunals unter Rn. 153).

103 In diesem Zusammenhang begehrt die LAG auch eine Feststellungsklage hinsichtlich der Leitlinien von 2009. Ich werde zunächst auf Grund 2 im Allgemeinen und anschließend auf den Antrag auf Feststellungsklage eingehen.

104 Abschnitt 10A des AHRCA wurde in der Einleitung zu diesen Gründen dargelegt.

105 Die entscheidenden Absätze der Urteilsbegründung (nämlich [127]-[128] und [153]) wurden oben in [52] und [60] wiedergegeben.

## Die Schriftsätze der Parteien

106 Die LAG trägt vor, dass (im Gegensatz zu den Gründen des Tribunals unter [127]) § 10A weder eine Empfehlung noch eine Aufforderung darstellt; er legt der Kommission und dem Tribunal (das an der Stelle der Kommission steht) bei der Überprüfung eine ausdrückliche Pflicht auf.

107 Unter Bezugnahme auf eine Erklärung von Sir Ronald Wilson anlässlich des Inkrafttretens von § 10A trägt die LAG folgendes vor:

- (a) In § 10A wird das Bestehen einer „Pflicht“ festgestellt, d. h. es handelt sich um eine Formulierung, die eine Verpflichtung begründet.
- (b) Die Pflicht besteht darin, „zu sichern“, was im Allgemeinen „sicherstellen“ bedeutet: *R v Commercial Industrial Construction Group Pty Ltd* [2006] VSCA 181; 14 VR 321 at [25].
- (c) Es gilt die „Ausführung von Funktionen“ zu gewährleisten – wie etwa die Funktion in § 44 des SDA.
- (d) Bei den genannten Funktionen handelt es sich um Funktionen gemäß „diesem ... Gesetz“ (dem AHRCA) oder „einem anderen Gesetz“ – einschließlich des SDA.

108 Die LAG trägt vor, dass das Tribunal demnach verpflichtet gewesen wäre, die in § 10A(1)(a) und (b) genannten Punkte anzuwenden; stattdessen habe es sich jedoch entschieden gegen jeden einzelnen Punkt gestellt, was die gesamte Analyse beeinträchtigt habe: siehe z. B. die Urteilsbegründung des Gerichts unter [121], [153], [163], [171].

109 Die LAG trägt vor, dass § 10A(2) die Pflicht gemäß § 10A(1) nicht in eine bloße Aufforderung umwandelt (vgl. die Urteilsbegründung des Tribunals, Rn. 127–128). Sie führt weiter aus, dass der Wortlaut von § 10A(2) darauf abzielt, die „Durchsetzung durch gerichtliche Verfahren“ zu verhindern; dies habe nichts mit der Anwendung der Pflicht durch die Kommission oder durch das Tribunal im Revisionsverfahren zu tun.

110 Die Kommission hat zwei Antworten auf die Einwände der LAG. Die *erste* Antwort lautet, dass gemäß § 10A Absatz 2 die Pflicht nach § 10A nicht gerichtlich durchsetzbar ist. Die Kommission führt dazu Folgendes aus:

- (a) Abschnitt 10A stellt eine „unvollkommene Verpflichtung“ dar, die nicht per Mandamus [gerichtliche Anweisung] durchgesetzt werden kann. Es handelt sich um eine unbedingte Richtlinie, die den Kern der Ziele der Kommission berührt und auf alle verschiedenen Funktionen anwendbar ist, die die Kommission gemäß § 11 des AHRCA ausüben kann. Ihre Anwendung wirft weitreichende Ermessens- und Grundsatzfragen auf.
- (b) Wenn Bestimmungen wie § 10A im Rahmen einer gerichtlichen Überprüfung durchsetzbar wären, wären die Gerichte aufgefordert, die Art und Weise zu beurteilen, wie Gremien sehr allgemein formulierte Ideale verfolgen, und weitreichende politische Urteile zu Fragen wie der Effizienz der Kommission zu fällen: siehe *Re Citizen Limbo* (1989) 92 ALR 81, S. 82; *Yarmirr v Australian Telecommunications Corporation* (1990) 96 ALR 739 (*Yarmirr*), S. 748-749.
- (c) Wie die Kommission die Anforderungen von § 10A erfüllt, ist daher Sache der Kommission selbst und nicht eines Gerichts, das die richterliche Gewalt des Bundes ausübt.

111 Die *zweite* Antwort der Kommission lautet, dass der unter Grund 2 geltend gemachte Fehler keine Auswirkungen auf das Ergebnis gehabt haben konnte. Die Kommission führt aus:

- (a) Abschnitt 10A(1) scheint auf den ersten Blick eher die Argumentation der LAG zu behindern als zu fördern. Die Pflicht, Aufgaben „zum größtmöglichen Nutzen für die Bevölkerung Australiens“ (Abs. 10A(1)(b)) wahrzunehmen, würde auch die Gewährleistung umfassen, dass trans und bisexuelle Frauen nicht leichtfertig des gesetzlichen Schutzes vor Diskriminierung beraubt werden. Ebenso würde die Pflicht, Aufgaben „unter Berücksichtigung der Anteilbarkeit und Universalität der Menschenrechte“ (Abs. 10A(1)(a)(i)) und „des Grundsatzes, dass jeder Mensch frei und gleich an Würde und Rechten ist“ (Abs. 10A(1)(a)(ii)), wahrzunehmen, die Kommission verpflichten, die Rechte trans und bisexueller Frauen zu berücksichtigen.
- (b) Aus der Begründung des Tribunals geht hervor, dass es sich aktiv mit den von den Mitgliedern der Lesbian Action Group geltend gemachten Rechten auseinandergesetzt hat,

darunter das Recht auf Vereinigung und Diskriminierung als kleine Vereinigung sowie die Freiheit der politischen Kommunikation (siehe die Begründung des Tribunals unter [129], [150], [153], [154], [155], [165]).

112 In ihren mündlichen Ausführungen argumentierte die Anwältin der LAG, dass § 10A keine „unvollkommene Pflicht“ darstelle, und verwies auf Harding, AJ, *Public Duties and Public Law* (Oxford University Press, 1989), S. 25–28; *Environment East Gippsland Inc v VicForests* [2010] VSC 335; 30 VR 1, Rn. [306], [311]–[312]; und *Wheeler v Leicester City Council* [1985] AC 1054, S. 1077–1078. Die LAG trug außerdem vor, dass die Pflicht hier ohnehin vollständig verletzt worden und ein solches Versäumnis überprüfbar sei (*Public Duties and Public Law*, S. 28, 52).

### **Votum**

113 Ich werde zunächst prüfen, ob die angebliche Pflichtverletzung des Tribunals gemäß § 10A(1) in diesem Verfahren als Grund für eine Berufung geltend gemacht werden kann. Obwohl die Eingaben der LAG sowohl auf Absatz (b) als auch auf Absatz (a) von § 10A(1) Bezug nahmen, lag der Schwerpunkt ihrer Eingaben (und ihrer Berufungsbegründung) auf der angeblichen Missachtung der „Unteilbarkeit und Universalität der Menschenrechte“ (§ 10A(1)(a)(i)) und des „Grundsatzes, dass jeder Mensch frei und gleich an Würde und Rechten ist“ (§ 10A(1)(a)(ii)). Daher werde ich mich auf Absatz (a) von § 10A(1) konzentrieren.

114 In *Public Duties and Public Law* schreibt Harding auf den Seiten 25-26 (in einem Abschnitt mit der Überschrift „Duties of Imperfect Obligation“):

Eine gesetzliche Pflicht kann sich folglich als für Einzelpersonen nicht durchsetzbar erweisen, beispielsweise weil ein gleichwertiger Rechtsbehelf zur Verfügung steht. Es wird jedoch argumentiert, dass manche Pflichten, außer durch den zuständigen Minister, nur politisch durchsetzbar seien, da sie zu vage formuliert seien. Da solche Pflichten in modernen Gesetzen, insbesondere solchen zur Einrichtung verschiedener Arten von Behörden mit der Aufgabe, öffentliche Güter oder Dienstleistungen bereitzustellen, immer häufiger vorkommen, lohnt es sich, ihren Status und ihre Wirkung zu untersuchen.

(Fußnote ausgelassen.)

115 Nachdem Harding bestimmte Regelungen aus dem Gesetz zur Gründung der Australian Postal Commission dargelegt hat, die vorsahen, dass die Kommission bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben nach einer besonderen Bestimmung unter anderem „die Notwendigkeit, ihre Dienstleistungen so effizient und wirtschaftlich wie möglich zu betreiben“, zu berücksichtigen hat, schreibt er (auf den Seiten 26-27):

Diese Pflichten sind typischerweise „unvollkommen“, weil (1) es sich um allgemeine Richtlinien handelt, (2) sie bedingungslos sind und den Kern der Tätigkeit der Behörde betreffen, (3) sie sich auf die Erbringung von Dienstleistungen beziehen, (4) sie ein hohes Maß an Ermessen und Einschränkungen beinhalten, (5) sie ausdrücklich als nicht durchsetzbar erklärt werden und (6) sie der ministeriellen Kontrolle unterliegen.

116 Harding führt aus, dass eine Pflicht auch dann indirekt durchsetzbar sein kann, wenn sie nicht direkt einklagbar ist (S. 27). Harding schreibt (S. 27–28):

Wenn die Pflicht lediglich darin besteht, bestimmte Angelegenheiten zu berücksichtigen, wie in Abschnitt 7(2)(b) oben, kann sie in einigen Fällen dennoch indirekt durchsetzbar sein, beispielsweise wenn eine Entscheidung wegen Ermessensmissbrauchs für ungültig erklärt wird, weil die Behörde eine gesetzlich relevante Erwägung nicht berücksichtigt hat, wie im Fall *Bromley London Borough Council v. Greater London Council* [fn: [1982]

2 WLR 62 (HL) ...], wo ein Zusatztarif zur Subventionierung des Personenverkehrs aufgehoben wurde, weil die zuständige Behörde ihrer Pflicht zum wirtschaftlichen Betrieb des Systems nicht nachgekommen war.

117 *Yarmirr* befasste sich mit Bestimmungen des *Australian Telecommunications Corporation Act 1989* (Cth), insbesondere mit Abschnitt 27, der Telecom verpflichtete, den Standardtelefondienst „so effizient und wirtschaftlich wie möglich“ bereitzustellen. Der Abschnitt sah außerdem vor, dass Telecom sicherstellen musste, dass der Dienst „allen Menschen in Australien auf einer gerechten Grundlage angemessen zugänglich ist ...“. Richter Burchett entschied, dass dieser Abschnitt kein „solches private Klagerecht, wie es die Kläger geltend machen wollten“, begründe (S. 750). Er führte weiter aus (S. 749):

Wenn das Parlament einem Beamten eine umfassende Pflicht auferlegt, die die Entwicklung und Anwendung von Politik umfasst und auf nationaler Ebene auszuführen ist, deren Erfüllung vielen Einschränkungen unterliegt und auf viele verschiedene Arten erreicht werden kann, je nach den diesen Einschränkungen möglichen Maßnahmen, aber nicht absolut erreicht werden kann, schon allein deshalb, weil sie eine ideale, detaillierte Überwachung der Art und Weise der Pflichterfüllung durch die Gerichte erfordert, so ist es unwahrscheinlich, dass dies beabsichtigt war.

118 Der Richter zitierte dann mit offensichtlicher Zustimmung die folgenden Passagen aus Wade, HWR, *Administrative Law* (Oxford University Press, 6. Aufl., 1988):

In *Wade on Administrative Law*, 6. Auflage, 1988, S. 614, heißt es:

Eine *Befugnis* ermöglicht es einer Behörde, etwas zu tun, was andernfalls illegal oder unwirksam wäre. Sie unterliegt stets rechtlichen Grenzen, und man kann davon ausgehen, dass das Parlament nicht beabsichtigte, sie über diese Grenzen hinaus auszuüben. Eine *Pflicht* hingegen kann rechtlich durchsetzbar sein oder auch nicht. Das Parlament hat in letzter Zeit vermehrt Pflichten auferlegt, die aufgrund ihres allgemeinen und unbestimmten Charakters eher als politische Pflichten denn als gerichtlich durchsetzbare Pflichten zu betrachten sind. Viele solcher Pflichten finden sich in Gesetzen zu Sozialleistungen und Verstaatlichung. So lauten die einleitenden Worte des National Health Service Act von 1977: „Es ist die Pflicht des Staatssekretärs, die Förderung eines umfassenden Gesundheitsdienstes in England und Wales fortzusetzen ...“.

Wade verweist im Folgenden auf die gesetzliche Pflicht des Kohleverbandes, „die Kohleversorgung sicherzustellen“. Dies ähnelt bemerkenswert der Formulierung in § 27, der Telecom verpflichtet, „sicherzustellen, dass der Dienst in angemessener Weise zugänglich ist“. Wade führt weitere Beispiele und Kommentare an (S. 615):

„Nur im unwahrscheinlichen Fall eines vollständigen Zahlungsausfalls bestünde für die oben genannten Behörden die Gefahr eines rechtlichen Zwangs hinsichtlich der Erfüllung ihrer allgemeinen Pflichten.“

119 Abgesehen von § 10A(2) halte ich die in § 10A(1)(a) genannte Pflicht nicht für so weit gefasst und allgemein gehalten, dass sie von den Gerichten nicht geprüft und angewendet werden könnte. § 10A(1)(a) verpflichtet die Kommission, sicherzustellen, dass ihre Aufgaben gemäß dem AHRCA und allen anderen Gesetzen unter Berücksichtigung der „Unteilbarkeit und Universalität der Menschenrechte“ und des „Grundsatzes, dass jeder Mensch frei und gleich an Würde und Rechten ist“, wahrgenommen werden. Es gibt mehrere Gesetze, die Gerichte verpflichten, Bestimmungen zu Menschenrechten zu prüfen und anzuwenden. Ein Beispiel hierfür ist die *Charta der Menschenrechte und Verantwortlichkeiten 2006* (Victoria). Die in § 10A(1)(a) genannten Angelegenheiten sind hinreichend begrenzt, um ihre Prüfung und Anwendung durch die Gerichte zu ermöglichen. Anders verhält es sich möglicherweise

im Fall von § 10A(1)(b), der die Kommission verpflichtet, sicherzustellen, dass ihre Aufgaben „effizient und zum größtmöglichen Nutzen für die australische Bevölkerung“ erfüllt werden. Diese Bestimmung ähnelt eher der in *Yarmirr* behandelten Regelung. Wie bereits erwähnt, lag der Schwerpunkt der Stellungnahme der LAG jedoch auf Absatz (a) und nicht auf (b), und für den vorliegenden Zweck genügt es, Absatz (a) zu betrachten.

120 Dies führt mich zu § 10A(2), der besagt, dass „keine Bestimmung dieses Abschnitts der Kommission eine gerichtlich durchsetzbare Pflicht auferlegt“. Ich weise darauf hin, dass mehrere andere Abschnitte des AHRCA vergleichbare Formulierungen enthalten: siehe §§ 20(11), 32(6) und 46PF(11). Mir wurde kein Fall vorgelegt, der mit dem vorliegenden Fall identisch oder auch nur ähnlich ist. Ausgehend von den Grundprinzipien bin ich nicht davon überzeugt, dass § 10A(2) die Geltendmachung von Einwand 2 in diesem Verfahren ausschließt. Das Verfahren zielt nicht auf die „Durchsetzung“ der Pflicht gemäß § 10A(1)(a) im Sinne einer Anordnung an das Tribunal ab, diese Pflicht zu erfüllen. Das Verfahren, eine Berufung in einer Rechtsfrage, wirft die relevante Frage auf, ob das Tribunal die Pflicht gemäß § 10A(1) AHRCA anwenden muss, und beinhaltet den Antrag, dass das Tribunal einen Fehler begangen hat, indem es sein Ermessen gemäß § 44 des SDA nicht im Einklang mit der Pflicht gemäß § 10A(1)(a) ausgeübt hat. Der beantragte Rechtsschutz besteht (relevanterweise) darin, dass die Entscheidung des Tribunals aufgehoben und die Überprüfung von einem gemäß dem Gesetz neu zusammengesetzten Tribunal durchgeführt und entschieden wird. Obwohl das Verfahren die Prüfung beinhaltet, ob das Tribunal sein Ermessen gemäß § 44 im Einklang mit der Pflicht gemäß § 10A(1)(a) ausgeübt hat, beinhaltet es nicht die „Durchsetzung“ der Pflicht gemäß § 10A(1)(a). Daher halte ich es für zulässig, dass sich die LAG auf Antragsgrund 2 beruft.

121 Die nächste Frage ist, ob das Gericht in der unter Punkt 2 angeführten Weise einen Fehler begangen hat. Zwischen den Parteien besteht offenbar Einigkeit darüber, dass das Gericht (in Vertretung der Kommission) der Pflicht gemäß § 10A(1)(a) nachkommen muss: Die Kommission räumte in ihrer mündlichen Verhandlung ein, dass § 10A seinem Wortlaut nach auf das Tribunal (in Vertretung der Kommission) anwendbar ist (T101). Streitpunkt ist lediglich, ob es dieser Pflicht inhaltlich nachgekommen ist. Meiner Ansicht nach hat es inhaltlich der Pflicht, die in § 10A(1)(a) genannten Sachverhalte zu berücksichtigen, nicht entsprochen. Es führte aus, § 10A spreche nicht „direkt über den Anwendungsbereich der Befugnis in § 44“, da die in dem Paragraphen genannten Sachverhalte „empfehlender oder ermahnender Natur“ seien (Rn. 127). Später in seiner Urteilsbegründung bezog sich das Tribunal auf seine frühere Feststellung, dass den Menschenrechten nach dem SDA „keine besondere Priorität“ beigemessen werden könne (Rn. 153). Diese Passagen lassen darauf schließen, dass das Tribunal sich nicht verpflichtet sah, der Pflicht gemäß § 10A(1)(a) nachzukommen. Darüber hinaus bin ich angesichts der gesamten Urteilsbegründung der Ansicht, dass das Tribunal die auf Menschenrechten beruhenden Argumente der Lesbian Action Group (zusammengefasst in Rn. 129 der Urteilsbegründung) nicht umfassend geprüft hat. Obwohl sich einige Aspekte der Urteilsbegründung mit den Menschenrechtsargumenten der Lesbian Action Group überschneiden, hat das Tribunal diese Argumente nicht vollständig geprüft und sah sich auch nicht dazu verpflichtet.

122 Aus diesen Gründen ist Antragsgrund 2 begründet.

### **Der Antrag auf Feststellung**

123. Hinsichtlich des zweiten Antragsgrunds begehrt die LAG eine Feststellung mit folgendem Inhalt (wie in ihrer Berufungsbegründung dargelegt):

Gemäß § 21 des *Federal Court of Australia Act 1976* (Cth) wird festgestellt, dass die AHRC-Richtlinie *Temporary Exemptions Under the Sex Discrimination Act* (**Exemption Guidelines**) insofern ultra vires ist [ihre Befugnisse überschritten hat], als die Exemption Guidelines die Kommission nicht anweisen, ihrer zwingenden Verpflichtung gemäß § 10A(1) des AHRC nachzukommen.

124 Dieser Aspekt des Falles fand in den schriftlichen und mündlichen Stellungnahmen der Parteien wenig Beachtung. Zusammenfassend argumentiert die LAG, dass die Leitlinien von 2009 ihre Befugnisse überschreiten, da sie die Kommission nicht selbst zur Einhaltung der Pflicht gemäß § 10A verpflichten. Die Kommission trägt vor, dass die Leitlinien von 2009 mit § 10A des AHRC-Gesetzes vereinbar sind. Sie trägt außerdem vor, dass die vorgeschlagene Erklärung nutzlos sei.

125 Meiner Ansicht nach sind die Leitlinien von 2009 insofern mangelhaft, als sie zwar das Verfahren und die für einen Antrag auf Befreiung nach § 44 des SDA relevanten Erwägungen detailliert beschreiben, jedoch die Pflicht in § 10A des AHRCA nicht erwähnen. Ich halte es jedoch weder für notwendig noch für angemessen, eine Erklärung abzugeben. Meiner Ansicht nach wäre eine Erklärung nutzlos, da zu erwarten ist, dass die Kommission die Leitlinien entsprechend der Begründung des Berufungsgerichts überarbeiten wird. Daher weise ich den Antrag auf eine Erklärung zurück.

### **Antragsgründe 3 und 4**

126 Angesichts meiner Schlussfolgerungen zu den Gründen 1 und 2 erübrigt sich die Betrachtung der Gründe 3 und 4.

### **Fazit**

127 Aus den oben genannten Gründen ist der Berufung stattzugeben, die Entscheidung des Tribunals aufzuheben und die Sache zur Entscheidung nach geltendem Recht an das Tribunal (in geänderter Besetzung) zurückzuverweisen. Den Parteien wird Gelegenheit zur schriftlichen Kostenbegründung gegeben, sofern keine Kostenvereinbarung erzielt werden kann.

Ich bestätige, dass die vorstehenden einhundertsiebenundzwanzig (127) nummerierten Absätze eine getreue Abschrift der Urteilsbegründung des ehrenwerten Richters Moshinsky sind.  
Justizbeschäftigte/r:

---

Datum: 15. April 2026