

## 4. Diskriminierungsschutz über die diskriminierungsschutzrechtlichen Vorgaben

### Beispiel

Kennen Personalverantwortliche den Einfluss von Stereotypen auf die Urteilsbildung, können sie Maßnahmen setzen, um diesen zu umgehen. So können bspw die Bewerbungen von Frauen oder Personen mit nichtösterreichisch klingendem Namen einem Vieraugenprinzip unterzogen oder von einem\_einer Mitarbeiter\_in vor der Durchsicht anonymisiert werden. Aber auch die neuerliche Prüfung der Unterlagen hinsichtlich der erforderlichen Qualifikationen kann sinnvoll sein, um sicherzustellen, die Auswahl ausschließlich auf Basis der Kompetenzen von Bewerber\_innen zu treffen.<sup>196</sup>

**Dass Personen mit spezifischen Merkmalen** (weiblich/Schwarz<sup>197</sup>/homosexuell/muslimisch etc) in einer relevanten Rolle im Unternehmen beschäftigt sind, kann dazu dienen, nach außen zu argumentieren, dass es kein Diskriminierungsproblem gibt. Dieses Argument ist allerdings zu kurz gegriffen, wie das Phänomen des Tokenismus zeigt.

Der von *Kanter* 1977<sup>198</sup> entwickelte Begriff des **Tokenism** (Tokenismus), bezeichnet die quantitative Unterrepräsentation (15 % oder weniger) sozialer Gruppen in einem spezifischen Kontext und die damit einhergehende – meist negative – Erfahrung der Mitglieder dieser Gruppen (Tokens) im Arbeitskontext. Es ist zu unterscheiden zwischen der gesamtgesellschaftlichen Repräsentation einer sozialen Gruppe, in der sie möglicherweise keine Minorität darstellt (wie insbesondere Frauen), und ihrer Repräsentation in einem spezifischen Umfeld (wie bspw Frauen in Vorständen). Durch die in diesem Umfeld notwendige Anpassung an das dort herrschende System bleiben die Machtverhältnisse **de facto** aufrecht.

### Beispiele

- Eine Mechanikerin in einem ansonsten männlichen Team,
- ein Schwarzer<sup>199</sup> Finanzvorstand, während die anderen Vorstandsmitglieder *weiß*<sup>200</sup> sind,
- ein 63-jähriger Mitarbeiter in einem Unternehmen für Onlinemarketing, während die anderen Mitarbeiter\_innen alle unter 35 Jahre alt sind.

Es besteht Grund zur Annahme, dass Tokenismus den Status quo perpetuiert **und einen wirksamen Wandel verhindert**.<sup>201</sup> Studien weisen nach, dass die Position

196 Aus *Schmid Mast/Krings*, Stereotype und Informationsverarbeitung, in *Petersen/Six*, Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung<sup>2</sup> (2020) 40.

197 Schwarz wird großgeschrieben, weil es sich um eine politische Selbstbezeichnung handelt (und kein Adjektiv im Zusammenhang mit der Hautfarbe darstellt) und sich auf die Gemeinsamkeiten im Zusammenhang mit sozialen (Rassismus-)Erfahrungen bezieht (*Ogette*, exit RACISM<sup>8</sup> [2020] 77).

198 Vgl *Kanter*, Men and women of the corporation (1977).

199 Siehe FN 197.

200 *Weiß* wird kursiv ausgezeichnet, weil es sich nicht um eine (Haut-)Farbenbezeichnung, sondern um eine privilegierte gesellschaftliche Position handelt (vgl *Ogette*, exit Racism<sup>8</sup> [2020] FN 2).

201 Siehe Empfehlung hierzu: das kurze Erklärvideo zu Tokenismus von *Ciani-Sophia Hoeder*, abrufbar unter <https://rosa-mag.de/was-bedeutet-tokenism/> [zuletzt abgerufen am 19.3.2021].

eines Tokens unterschiedliche negative und karrierebehindernde Konsequenzen nach sich ziehen kann:<sup>202</sup>

- Tokens, und damit auch die von ihnen produzierten Fehler, unterliegen einer höheren Sichtbarkeit, wodurch sich deren Leistungsdruck und Angst vor etwaigen Fehlern verstärkt,
- Tokens werden von anderen aus einer stereotypen Sichtweise betrachtet. Die vermeintlichen Unterschiede zwischen den Gruppen werden stärker wahrgenommen, als sie tatsächlich vorhanden sind,
- Tokens sind der stereotypen Bedrohung ausgesetzt: Sie haben Angst, dass sie die negativen Stereotype, die ihrer sozialen Gruppe zugeschrieben werden, bestätigen. Dadurch wird ihre Leistung gemindert,
- Tokens haben ein höheres Risiko, diskriminiert und/oder sexuell belästigt zu werden,
- Tokens empfinden weniger berufliche Zufriedenheit, ihre Leistung, aber auch die Bewertung ihrer Leistung, ist schlechter als bei Mitgliedern der Mehrheitsgruppe.

Diese negativen Konsequenzen wirken für ethnische Minderheiten und Frauen sehr viel stärker als für Männer.<sup>203</sup> Dies könnte mit deren gesellschaftlich allgemein höherem Status zusammenhängen.<sup>204</sup>

**Vorurteile** entstehen, wenn die stereotypen Inhalte, die bestimmten sozialen Kategorien zugeschrieben werden, nicht zutreffen und dadurch **Urteilsfehler** entstehen.<sup>205</sup> Zudem kommt eine positive oder negative Bewertung zu der deskriptiven Stereotypisierung hinzu, die auf ein Mitglied der sozialen Kategorie übertragen wird. Vorurteile führen zu **Diskriminierung**, wenn das Verhalten der vorurteilsbehafteten Person gegenüber der anderen auf Basis deren negativer Bewertung erfolgt.<sup>206</sup>

Es können im Wesentlichen drei Vorurteilstypen unterschieden werden:

- **vorurteilsfreie** Personen, deren internalisierte Stereotype nicht mit ihren tatsächlichen Einstellungen übereinstimmen. Sie sind sich der internalisierten Stereotype allerdings bewusst und damit in der Lage, sie durch einen aktiven kontrollierten Prozess zu vermeiden,

202 Siehe die Studienübersicht bei *Watkins/Simmons/Umphress*, It's not black and white, *Academy of Management Perspectives* 2019/33/3, 334–365.

203 Vgl *Watkins/Simmons/Umphress*, It's not black and white, in *Academy of Management Perspective* 2019/33/3, 351.

204 Vgl *Watkins/Simmons/Umphress*, It's not black and white, in *Academy of Management Perspectives* 2019/33/3, 351.

205 Vgl für eine differenzierte Abgrenzung unterschiedlicher Definitionsansätze von Vorurteilen ua bei *Devine*, Stereotypes and prejudice: Their automatic and controlled components, in *Journal of Personality and Social Psychology* 1989/56, 5.

206 Vgl *Klauer*, Soziale Kategorisierung und Stereotypisierung in *Petersen/Six*, Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung<sup>2</sup> (2020) 23.

#### 4. Diskriminierungsschutz über die diskriminierungsschutzrechtlichen Vorgaben

- Personen mit **offenen Vorurteilen**, die die diskriminierungsschutzrechtlichen Normen schlicht ignorieren und zurückweisen,
- Personen mit **subtilen Vorurteilen**, die sich zwar nicht nach außen gerichtet diskriminierend verhalten, sich aber diskriminierend verhalten, sobald sie sich in einem Umfeld befinden, das ein solches Verhalten akzeptiert, bzw sobald sie zu einem solchen aufgefordert werden (und sie somit im engeren Sinn nicht selbst dafür verantwortlich sind) oder es sich um eine vordergründig neutrale oder gerechtfertigte Maßnahme handelt.<sup>207</sup> Subtile Vorurteile können also insbesondere dann zu diskriminierendem Verhalten führen, wenn dieses mit einem **vermeintlich sachlichen vordergründig objektiven Grund gerechtfertigt werden kann** oder in einem Umfeld geschieht, in dem diskriminierendes Verhalten geduldet wird.<sup>208</sup>

Auch subtile Vorurteile können – selbst wenn sie sich nicht in offen diskriminierenden Handlungen manifestieren – negative Auswirkungen für die von den Vorurteilen betroffenen Personen haben.

#### Beispiel

Es konnte nachgewiesen werden, dass eine Arbeitsgruppe aus Schwarzen<sup>209</sup> und *weißen*<sup>210</sup> Amerikaner\_innen mit subtilen Vorurteilen nicht nur die schlechtesten Arbeitsergebnisse erzielte (auch im Vergleich zur Gruppe mit Schwarzen und *weißen* Amerikaner\_innen mit offenen Vorurteilen), die Schwarzen Gruppenmitglieder schätzten das Verhalten der *weißen* Amerikaner\_innen mit subtilen Vorurteilen auch vergleichbar (negativ) ein, wie jenes der *weißen* mit offenen Vorurteilen. Im Gegensatz zu den *Weißen*, die ihr Verhalten vor allem auf Basis ihrer expliziten Handlungen bewerteten, wurden sie von den Schwarzen Kolleg\_innen vor allem anhand der – für diese spürbaren – impliziten Haltung bewertet. Das effektivitätsbeeinträchtigende Problem scheint hier insbesondere in dem widersprüchlichen verbalen und impliziten Verhalten zu liegen. Die besten Arbeitsergebnisse erzielten im Übrigen die Gruppen der Schwarzen und vorurteilsfreien *Weißen*.<sup>211</sup>

Während Mitglieder der Majoritätsgruppen in Gruppenarbeiten überwiegend mit Mitgliedern der Eigengruppe arbeiten, haben Mitglieder der Minoritäten das Problem, dass sie häufig mit Personen zusammenarbeiten müssen, die (subtile) Vorurteile ihnen gegenüber haben. Das kann ihre objektive Leistung auch dann beeinträchtigen, wenn es zu keinen expliziten Diskriminierungshandlungen kommt.<sup>212</sup> Das Fehlen offener Vorurteile ist somit kein ausreichender Indikator für ein diskriminierungsfreies Arbeitsumfeld.

207 Vgl *Petersen/Tandler*, Vorurteile und Diskriminierung, in *Petersen/Six*, Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung<sup>2</sup> (2020) 239.

208 Vgl *Petersen/Dietz*, Diversity Management, in *Petersen/Six*, Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung<sup>2</sup> (2020) 361 f.

209 Siehe FN 197.

210 Siehe FN 200.

211 Vgl *Dovido et al*, Why can't we just get along? Cultural Diversity and Ethnic Minority Psychology 2002/8/2, 88–102 (98).

212 Vgl *Dovido et al*, Why can't we just get along? Cultural Diversity and Ethnic Minority Psychology 2002/8/2, 98.

**Beispiel**

Eine Vorgesetzte kann sehr freundlich zu einer Schwarzen Mitarbeiterin sein, aber ihr gleichzeitig aufgrund ihrer inneren Haltung nicht dasselbe zutrauen wie deren *weißer* Kollegin. Das kann sich sodann in den Aufgaben widerspiegeln, wenn die Schwarze Mitarbeiterin bei allen herausfordernden und interessanten Projekten übergangen wird. Allerdings ist es, aufgrund fehlender offener Handlungsweisen, äußerst schwierig für die – tatsächlich von Rassismus betroffene, aber von außen her freundlich behandelte – Mitarbeiterin, dies auf Diskriminierung zurückzuführen und sich dagegen zu wehren. Die Wahrscheinlichkeit, dass sich diese Behandlung negativ auf ihr Selbstbewusstsein auswirkt, ist sehr hoch. Das kann einen langfristigen negativen Effekt auf ihre persönliche und berufliche Laufbahn haben.<sup>213</sup>

**Sprache** ist ein wichtiges Mittel zum Abbau von Diskriminierung und zur Herstellung eines inklusiven Arbeitsumfelds (siehe auch Kap 6.10.2.). Sprache formt Denken und Vorstellungskraft und wirkt dadurch handlungsweisend. Mitgemeint ist nicht mitgedacht, wie umfassend belegt ist.<sup>214</sup> Der Bias kann sich auch dadurch manifestieren und verstärken, *wie* wir über andere Menschen sprechen.

Je nachdem auf welcher Abstraktionsebene sich eine Beschreibung befindet, sind unterschiedliche (positive/negative) Rückschlüsse auf die handelnden Personen oder nur auf die konkrete Situation möglich. Werden bspw Adjektive stärker zur Beschreibung der handelnden Personen als zur Beschreibung der Situation benutzt, so werden daraus häufig Persönlichkeitseigenschaften abgeleitet, die scheinbar unabhängig von der konkreten Situation bestehen würden.<sup>215</sup>

**Beispiel**

Ein und dieselbe Situation kann wie folgt beschrieben werden:

- Die Stimmung zwischen Frau A und Herrn B war sichtlich angespannt.  
*Die Situation wird negativ eingeschätzt.*
- Frau A verhielt sich bissig gegenüber Herrn B.  
*Das Verhalten von Frau A wird negativ eingeschätzt und dadurch werden möglicherweise Rückschlüsse auf ihre Persönlichkeit gezogen.*

**4.2.5. Positive Maßnahmen zur Erreichung von Gleichstellung**

Bei Diskriminierungsverboten handelt es sich um Handlungsverbote (und somit Wertungsentscheidungen) durch den Gesetzgeber. Durch sie werden individuelle diskriminierende Handlungen rechtswidrig. Um „*in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten zu beseitigen oder zu verringern*“<sup>216</sup> und fakti-

213 Vgl Lerch, Psychotherapie im Kontext von Differenz, (Macht-)Ungleichheit und globaler Verantwortung, Psychotherapie Forum 2019, 55.

214 Vgl bspw zu den Effekten gendergerechter Sprache in Ausschreibungen bei Horvath/Sczesny, Reducing women's lack of fit with leadership positions? in European Journal of Work and Organizational Psychology (2015).

215 Vgl Schöl/Stahlberg/Maass, Sprachverzerrungen im Intergruppenkontext, in Petersen/Six, Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung<sup>2</sup> (2020) 64.

216 Gerhartl, Förderung durch positive Diskriminierung, ecolex 2018, 355.

#### 4. Diskriminierungsschutz über die diskriminierungsschutzrechtlichen Vorgaben

sche Gleichstellung zu ermöglichen, kann es allerdings erforderlich sein, auch positive Maßnahmen (Fördermaßnahmen)<sup>217</sup> zu setzen.

Hintergrund solcher Maßnahmen ist, dass rein formale Gleichbehandlung nicht in der Lage ist, **strukturell bedingte** Vor-/Nachteile und **unbewusste Bewerbungsprozesse** zu beeinflussen.<sup>218</sup> Vermeintlich neutrale Regelungen können einen negativen bzw. diskriminierenden Effekt für jene Personen haben, die nicht der dominanten Gruppe angehören, an den Bedürfnissen der letzteren sich die Regelungen orientieren. Positive Maßnahmen sollen nur so lange gesetzt werden, bis faktische Gleichstellung erreicht ist.

##### **Beispiel**

Ein Unternehmen sieht folgende Mindestqualifikation für die Einladung zum Vorstellungsgespräch von Berufsanfänger\_innen vor:

- i) einen Universitätsabschluss in Mindeststudienzeit, wobei ein bestimmter Notendurchschnitt nicht überschritten werden darf,
- ii) mindestens einen längeren Auslandsaufenthalt sowie
- iii) mindestens drei einschlägige Praktika.

Auf die soziale Herkunft des\_der Bewerber\_in wird demgegenüber keine Rücksicht genommen, formal werden alle Bewerber\_innen gleichbehandelt. Personen, die ihr Studium finanziell sowie ihre Lebenserhaltungskosten selbst tragen mussten, haben hier jedoch faktisch sehr viel schlechtere Chancen als jemand, der sich völlig aufs Studium konzentrieren konnte und dem unbezahlte Praktika sowie Auslandsaufenthalte zB von den Eltern ermöglicht wurden. **Formal** sind die Voraussetzungen für alle Kandidat\_innen **gleich, faktisch** führen sie aber zu einer **Ungleichbehandlung**.

**Materielle Gleichstellungsgebote** verpflichten Körperschaften öffentlichen Rechts, „zur Herstellung von minderheiten-, behinderten- und geschlechtergerechten Lebensumständen“<sup>219</sup> beizutragen. Im Bereich der Privatwirtschaft **bestehen solche Gebote dagegen nicht**. Arbeitgeber\_innen, die faktische Gleichstellung erreichen wollen, können jedoch freiwillig positive Maßnahmen setzen.

Eine der bedeutendsten positiven Maßnahmen sind Quotenregelungen. Sie führen grundsätzlich dazu, dass die Nachteile für bestimmte soziale Gruppen, die auf Bias (siehe Kap 4.2.4.) und strukturellen Gegebenheiten beruhen und denen sowohl Entscheider\_innen als auch Betroffene ausgesetzt sind, ausgeglichen werden und

---

217 Der in diesem Zusammenhang fallweise noch verwendete Begriff der „positiven“ oder auch „umgekehrten“ Diskriminierung ist abzulehnen, denn er impliziert, dass eine Diskriminierung vorliegt. Damit wird allerdings der Zweck einer solchen Maßnahme, nämlich eine substantielle Gleichstellung zu erreichen, semantisch verfehlt. Positive Maßnahmen stellen vielmehr eine Ergänzung der reaktiven Diskriminierungsverbote dar (vgl. Lee, Grenzen der Maßnahmen zur Förderung faktischer Gleichstellung [„positive action“], ZÖR 2019/74, 894).

218 Vgl. Lee, Grenzen der Maßnahmen zur Förderung faktischer Gleichstellung („positive action“), ZÖR 2019/74, 897, die richtigerweise darauf hinweist, dass in die Beurteilung mittelbarer Diskriminierung auch gesellschaftlich-strukturelle Betrachtungen einfließen.

219 Ulrich, Unions- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Förderungsmaßnahmen, in *Neuwirth/Salinger/Senk*, Gleichbehandlung in Unternehmen (2016) 39.

es so zu einer, für einen strukturellen Wandel notwendigen, quantitativen Veränderung der Verhältnisse kommt. In ihrer experimentellen Studie kamen *Centola et al* zum Ergebnis, dass die kritische Masse für die Veränderung sozialer Normen bei rund 25 % liegt. Änderungen betreffend Fragen, was innerhalb eines Unternehmens als normal oder erwünscht angesehen wird (Schlagwort: Väterkarenz oder Präsenzzeiten), benötigen also mindestens 25 % der Entscheidungsträger\_innen.<sup>220</sup> Zudem ist für den Abbau negativer Vorurteile gegenüber einer bestimmten Gruppe der Kontakt mit dieser allein nicht ausreichend, vielmehr bedarf es des Umstands, als eine der weiteren Voraussetzungen, dass die Angehörigen dieser Gruppe zumindest denselben, besser einen höheren, Status haben als jene Personen, die die negativen Vorurteile ihnen gegenüber hegen.<sup>221</sup>

Kritisch wird immer wieder angemerkt, dass Quoten dem Ansehen jener Personen, die auf Basis der Quote ausgewählt werden, schaden, und ihre Qualifikation infrage gestellt würde.<sup>222</sup> Diese Bedenken führen aber auch dazu, dass Angehörige von tatsächlich benachteiligten Personen(-Gruppen) sich selbst gegen Quotenregelungen aussprechen, weil sie befürchten, von ihren (privilegierten) Kolleg\_innen als „Quotenperson“ gesehen zu werden, und ihnen so abgesprochen wird, ihren Erfolg aufgrund ihrer Kompetenz bzw Leistung erreicht zu haben.<sup>223</sup> Dabei wird übersehen, dass **vermeintlich objektive Stellenbesetzungsverfahren** ebenfalls von **nichtobjektiven Mechanismen** beeinflusst werden. Denn diese Argumentation lässt die faktischen Umstände sowie subjektiven Entscheidungsmomente außer Acht, die durch einen rein formalen Gleichbehandlungsgrundsatz nicht geändert werden. Vor dem Hintergrund, dass nur ein Teil der zu besetzenden Stellen überhaupt ausgeschrieben wird (sogenannter versteckter Stellenmarkt), spielen Kontakte und Netzwerke, die abseits der eigentlichen Arbeit passieren, noch immer eine bedeutende Rolle, wobei der Zugang zu diesen Netzwerken wiederum beschränkt ist. Zudem wird suggeriert, dass bei einer Quotenregelung die Besetzungsentscheidung *nur* auf Basis eines Merkmals des\_der Bewerber\_in erfolgt. Das Gegenteil ist der Fall: Personen, die aufgrund einer Quote eingestellt werden, müssen **mindestens genauso gut qualifiziert sein wie die anderen Bewerber\_innen**.

Die interne Kommunikation eines Unternehmens (siehe zu dieser näher bei Kap 6.9.) kann maßgeblich dazu beitragen, dass diese fehlerhaften Rückschlüsse („unqualifizierte Quotenfrau“) nicht getroffen werden. Auch kann die Quote zum Anlass genommen werden, kritisch zu hinterfragen, wie das Anforderungsprofil gestaltet ist,

220 Vgl *Centola et al*, Experimental evidence for tipping points in social convention, *Science* 2018/360, 1116–1119.

221 Vgl *Stürmer/Kauff*, Die Kontakthypothese, in *Petersen/Six*, Stereotype, Vorurteile und soziale Diskriminierung<sup>2</sup> (2020) 329 mwN.

222 Vgl ua *Haberer*, Gleichbehandlung im Betrieb (2013) 65.

223 Vgl *Fereidooni/Massumi* Affirmative Action, in *Scherr/El-Mafaalani/Yüksel* (Hg), Handbuch Diskriminierung (2017) FN 15.

#### 4. Diskriminierungsschutz über die diskriminierungsschutzrechtlichen Vorgaben

und ob es möglicherweise dazu führt, dass sich nur eine kleine Gruppe an Personen davon angesprochen fühlt.

##### **Anmerkung**

Studien in unterschiedlichen Staaten, unter anderem auch in Österreich, konnten aufzeigen, dass Personen mit Migrationshintergrund auch bei gleicher Qualifikation schlechtere Chancen haben, die ausgeschriebene Stelle zu erhalten.<sup>224</sup> Dies ist nicht zuletzt auf das (diskriminierende) Phänomen der Eigengruppenfavorisierung zurückzuführen, das zu homosozialen Auswahlprozessen führt und durch Quoten ausgeglichen werden kann.

Zwar stellen positive Maßnahmen eine Durchbrechung der formalen Gleichbehandlungsverpflichtung dar, Arbeitgeber\_innen dürfen solche aber dennoch setzen, sofern es sich um Fördermaßnahmen handelt, die dem Ausgleich struktureller Ungleichheit dienen. Der Gesetzgeber ermöglicht dies für privatwirtschaftliche Arbeitgeber\_innen in § 8 und § 22 GIBG sowie in § 7c Abs 9 BEinstG. Voraussetzung für das Setzen einer positiven Maßnahme ist, dass diese eine „*tatsächlich bestehende Ungleichheit*“ beseitigt (§ 8 GIBG) bzw. „*Benachteiligungen*“ wegen eines der festgelegten Diskriminierungsgründe<sup>225</sup> (§ 22 GIBG, § 7c Abs 9 BEinstG) verhindert oder ausgleicht. Indem der Gesetzgeber diese Möglichkeit eröffnet, erkennt er an, dass die **Durchbrechung des (formalen) Gleichbehandlungsgrundsatzes** notwendig sein kann, um die faktische Gleichstellung zu erreichen.<sup>226</sup> Denn tatsächlich kann der formale Gleichbehandlungsgrundsatz erst voll greifen, wenn faktische Gleichstellung gegeben ist.

Bei der Setzung positiver Maßnahmen haben Arbeitgeber\_innen den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** zu beachten. Das heißt, dass sie nur Maßnahmen setzen dürfen, die „*zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich*“<sup>227</sup> sind. Das bedeutet auch, dass keine weniger einschneidende Maßnahme zur Erreichung des Ziels verfügbar sein darf. In Zusammenhang mit Quotenregelungen für die Besetzung bestimmter Posten ist auch die **Öffnungsklausel** zu beachten: Demnach ist die automatische bzw absolute Bevorzugung einer Person aufgrund eines Merkmals nicht zulässig. Es muss die Berücksichtigung von in der Person des\_der Mitbewerbers\_Mitbewerberin liegenden Gründe im Einzelfall möglich sein. Zudem muss die auf Basis einer Quotenregelung berücksichtigte Person mindestens die **gleiche Qualifikation** aufweisen wie die anderen Bewerber\_innen.<sup>228</sup> Das bedeutet, dass auch wenn die zu bevorzugende Person grundsätzlich geeignet ist, die

224 Vgl Weichselbaumer, Discrimination against migrant job applicants in Austria: an experimental study, German Economic Review 2016/18/2, 237–265.

225 Ethnische Zugehörigkeit, Religion, Weltanschauung, Alter, sexuelle Orientierung, Behinderung.

226 Vgl Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG<sup>2</sup> § 8 Rz 9 mwN.

227 Hopf/Mayr/Eichinger, GIBG<sup>2</sup> § 8 Rz 9 mwN.

228 Vgl Lee, Grenzen der Maßnahmen zur Förderung faktischer Gleichstellung („positive action“), ZÖR 2019/74, 889 ff mwN.

nicht zu bevorzugende Person ihr gegenüber aber eine bessere fachliche Qualifikation aufweist, die Bevorzugung nicht erfolgen darf.<sup>229</sup>

### Beispiel

Das Unternehmen schreibt eine Stelle aus und lädt insbesondere Menschen mit Behinderung ein, sich auf diese zu bewerben. Es wird angekündigt, bei gleicher Qualifikation einer Bewerberin oder einem Bewerber mit Behinderung den Vorzug zu geben. Bislang hat das Unternehmen die Ausgleichstaxe bezahlt, es ist derzeit lediglich eine weitere Person mit Behinderung angestellt (*vorliegende Benachteiligung*). Es bewerben sich drei Personen auf die Stelle, davon eine Person mit Behinderung. Es werden die Lebensläufe und Kompetenzen aller drei Personen vom Unternehmen geprüft (*Öffnungsklausel*), alle drei sind gleich gut qualifiziert (*gleiche Qualifikation vorhanden*). Die bevorzugte Aufnahme der konkret bewerbenden Person mit Behinderung ist daher zulässig.

Insofern dem Anschein nach neutrale Regelungen eine Umgehung des Diskriminierungsverbots darstellen und tatsächlich diskriminierend wirken, stellen sie eine mittelbare Diskriminierung dar (siehe dazu in Kap 3.2.2.3.). In diesem Fall verstoßen sie an sich gegen das Diskriminierungsverbot und sind damit verboten. Eines Ausgleichs durch eine positive Maßnahme bedarf es in solchen Fällen nicht, vielmehr muss die diskriminierende Maßnahme so umgestaltet werden, dass sie zu keiner Diskriminierung mehr führt.

### Beispiel

Der OGH stellte fest, dass das Abstellen auf eine Teilzeitbeschäftigung als Grundlage für eine ungleiche Behandlung eine mittelbare Diskriminierung darstellt, weil im Allgemeinen davon ausgegangen werden kann, dass Teilzeitbeschäftigte überwiegend Frauen sind.<sup>230</sup>

Die Förderung von Diversity, also Vielfalt, an sich ist aus rechtlicher Sicht kein Rechtfertigungsgrund für die Setzung positiver Maßnahmen, sofern dieses Ziel lediglich von ökonomischen Gründen getragen ist.<sup>231</sup> Vielmehr müssen positive Maßnahmen der Gleichstellung im Berufsleben dienen, indem tatsächlich bestehende Ungleichheiten bzw Benachteiligungen aufgrund eines der konkret definierten Diskriminierungsgründe beseitigt bzw ausgeglichen oder verhindert werden.

### Anmerkung

Zu unterscheiden sind **allgemeine Maßnahmen**, die zu einer positiven Veränderung beitragen sollen, aber niemanden individuell in den eigenen Rechten beschneiden (zB Einführung flexibler Arbeitszeitmodelle, Überarbeitung von allgemein geltenden Leistungsabteilungen, Angebot von Sprachkursen für alle Mitarbeiter\_innen, Informations-

229 Vgl *Hopf/Mayr/Eichinger*, GIBG<sup>2</sup> § 8 Rz 20 mwN.

230 RIS-Justiz RS0120417; siehe auch OGH 19.12.2005, 8 ObA 11/05h; siehe auch § 19d Abs 6 AZG, der die Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten untersagt.

231 Vgl *Lee*, Grenzen der Maßnahmen zur Förderung faktischer Gleichstellung („positive action“), ZÖR 2019/74, FN 20.



## 4. Diskriminierungsschutz über die diskriminierungsschutzrechtlichen Vorgaben

kampagnen, um bestimmte bislang unterrepräsentierte Gruppen anzusprechen etc) und **gezielte positive Maßnahmen**, die das individuelle Recht auf formale Gleichbehandlung berühren (zB Auswahlentscheidungen im Einstellungs- und Beförderungsprozess, Gewährung von Weiterbildungsmaßnahmen oder Wiedereinstellungshilfen für bestimmte Personen). Nur bei solchen positiven Maßnahmen, die das individuelle Recht auf Nichtdiskriminierung tangieren, sind die strengen gesetzlichen Voraussetzungen zu beachten.

Nach § 92b ArbVG hat der\_die Betriebsinhaber\_in die **Pflicht**, im Rahmen der zumindest vierteljährlich abzuhaltenden Beratung zwischen Betriebsinhaber\_in und Betriebsrat (§ 92 ArbVG) über Maßnahmen der betrieblichen Frauenförderung bzw der Vereinbarkeit von Betreuungspflichten und Beruf zu beraten. Diese Pflicht entsteht nicht erst auf Verlangen des Betriebsrats, kommt der\_die Betriebsinhaber\_in ihr nicht nach, bleibt dies allerdings sanktionslos. Wird die Beratung vom Betriebsrat allerdings verlangt und kommt der\_die Betriebsinhaber\_in diesem Verlangen nicht nach, kann der Betriebsrat das Beratungsrecht klagsweise durchsetzen. Der Betriebsrat hat zudem das Recht, **Vorschläge** einzubringen und **Maßnahmen** zu beantragen. Der\_die Betriebsinhaber\_in ist diesfalls verpflichtet, mit dem Betriebsrat über dessen Vorschläge und Anträge zu beraten. Konkrete Maßnahmen (wie unter anderem eine interne Quotenregelung) können sodann in einer (freiwilligen) **Betriebsvereinbarung** (§ 97 Abs 1 Z 25 ArbVG) festgelegt werden.<sup>232</sup>

### 4.2.6. Mögliche Complianceziele

Aus den Ausführungen zu den antidiskriminierungsrechtlichen Bestimmungen sowie den Konzepten CSR und Diversität lassen sich nun unterschiedliche Complianceziele ableiten, die über die reine Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben hinausgehen. Die diskriminierungsschutzrechtlichen Vorschriften beschränken sich auf konkrete gesetzlich klar abgegrenzte Diskriminierungsformen. Darüber hinausgehende Complianceziele sind:

- ein Bekenntnis zum umfassenden und effektiven Diskriminierungsschutz, der sowohl hinsichtlich der Diversitätsdimensionen als auch hinsichtlich der Diskriminierungshandlungen über die abschließenden rechtlichen Tatbestände hinausgeht,
- der Abbau von Strukturen, wie Arbeitszeit- und Prämienzahlungssystemen, die begünstigend auf Diskriminierung wirken,
- das Erreichen einer kritischen Masse unterschiedlicher Diversitätsdimensionen auf allen Hierarchieebenen und somit insbesondere auch auf der obersten Führungsebene durch offen kommunizierte Selbstverpflichtung zu klar gestellten quantitativen Zielen,

<sup>232</sup> Vgl Reissner, in Neumayr/Reissner, ZellKomm<sup>3</sup> § 92b ArbVG Rz 21 mwN.

- die Etablierung transparenter Verfahren für interne und externe Bewerber\_innen zur Besetzung von Stellen,
- Einkommenstransparenz, die über die Verpflichtung nach § 11a GIBG hinausgeht und es den Mitarbeiter\_innen ermöglicht, ihr Gehalt mit jenem gleichwertiger Kolleg\_innen zu vergleichen,
- die Vorgabe von Mindestanforderungen im Bereich Diskriminierungsschutz für Geschäftspartner\_innen, deren Einhaltung auch überprüft wird.

Über all diesen Aspekten sollte das Ziel einer inklusiven Unternehmenskultur stehen, in der sich alle Mitarbeiter\_innen wohl, wertgeschätzt und angenommen fühlen, sodass die psychologische Sicherheit (siehe Kap 6.8.3.) hoch und die Hemmschwelle, Missstände oder Probleme aufzuzeigen, niedrig ist.