



Constanze Janda, Milena Herbig

Positive Maßnahmen für mehr Vielfalt in der öffent- lichen Verwaltung

Ein Rechtsgutachten

FES diskurs

FRIEDRICH
EBERT 
STIFTUNG

FES diskurs

Mai 2022

Die Friedrich-Ebert-Stiftung

Die Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) wurde 1925 gegründet und ist die traditionsreichste politische Stiftung Deutschlands. Dem Vermächtnis ihres Namensgebers ist sie bis heute verpflichtet und setzt sich für die Grundwerte der Sozialen Demokratie ein: Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität. Ideell ist sie der Sozialdemokratie und den freien Gewerkschaften verbunden.

Die FES fördert die Soziale Demokratie vor allem durch:

- politische Bildungsarbeit zur Stärkung der Zivilgesellschaft;
- Politikberatung;
- internationale Zusammenarbeit mit Auslandsbüros in über 100 Ländern;
- Begabtenförderung;
- das kollektive Gedächtnis der Sozialen Demokratie mit u. a. Archiv und Bibliothek.

Die Abteilung Analyse, Planung und Beratung der Friedrich-Ebert-Stiftung

Die Abteilung Analyse, Planung und Beratung der Friedrich-Ebert-Stiftung versteht sich als Zukunftsradar und Ideenschmiede der Sozialen Demokratie. Sie verknüpft Analyse und Diskussion. Die Abteilung bringt Expertise aus Wissenschaft, Zivilgesellschaft, Wirtschaft, Verwaltung und Politik zusammen. Ihr Ziel ist es, politische und gewerkschaftliche Entscheidungsträger_innen zu aktuellen und zukünftigen Herausforderungen zu beraten und progressive Impulse in die gesellschaftspolitische Debatte einzubringen.

FES diskurs

FES diskurse sind umfangreiche Analysen zu gesellschaftspolitischen Fragestellungen. Auf Grundlage von empirischen Erkenntnissen sprechen sie wissenschaftlich fundierte Handlungsempfehlungen für die Politik aus.

Über die Autor_innen

Prof. Dr. Constanze Janda ist Inhaberin des Lehrstuhls für Sozialrecht und Verwaltungswissenschaft an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer. Sie ist außerdem Senior Fellow an der Forschungsstelle Öffentlicher Dienst am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung in Speyer.

Milena Herbig ist Forschungsreferentin an der Forschungsstelle Öffentlicher Dienst am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung in Speyer.

Für diese Publikation ist in der FES verantwortlich

Susan Javad war von 2018 bis Anfang 2022 für den Arbeitsbereich Migration und Integration in der Abteilung Analyse und Planung der Friedrich-Ebert-Stiftung zuständig.

Positive Maßnahmen für mehr Vielfalt in der öffentlichen Verwaltung

Ein Rechtsgutachten

3	VORWORT
4	1 EINLEITUNG
4	1.1 Gegenstand des Gutachtens
4	1.1.1 Zielsetzungen der interkulturellen Öffnung der Verwaltung
4	1.1.2 Begriff der positiven Maßnahmen
4	1.1.3 Interkulturelle Öffnung und Migrationshintergrund
5	1.2 Ziel des Gutachtens
5	1.3 Gang der Untersuchung
6	2 POSITIVE MASSNAHMEN IM VÖLKERRECHT
6	2.1 Allgemeine Zulässigkeit positiver Maßnahmen
6	2.2 Zugang zu öffentlichen Ämtern nach dem IPbpR
7	2.3 Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung
8	3 POSITIVE MASSNAHMEN IM LICHT DES EUROPARECHTS
8	3.1 Primärrecht
8	3.2 Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG
9	3.2.1 Entscheidende berufliche Anforderung
9	3.2.2 Positive Maßnahmen
9	3.3 Rahmenrichtlinie 2000/78/EG
9	3.3.1 Verbot religiöser Symbole am Arbeitsplatz
10	3.3.2 Positive Maßnahmen
10	3.4 Parallelen zu positiven Maßnahmen zum Abbau geschlechtsbezogener Ungleichheiten auf dem Arbeitsmarkt
10	3.4.1 Strikte Quotenregelungen
10	3.4.2 Flexible Quoten
10	3.4.3 Zwischenergebnis
12	4 VERFASSUNGSRECHT
12	4.1 Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern, Art. 33 Abs. 2 GG
12	4.1.1 Bedeutung der Staatsangehörigkeit
13	4.1.2 Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG

13	4.1.3	Prinzip der Bestenauslese
16	4.2	Allgemeiner Gleichheitsgrundsatz, Art. 3 GG
16	4.2.1	Positive Maßnahmen zugunsten von Frauen nach Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG
17	4.2.2	Diskriminierungsverbote aus Art. 3 Abs. 3 GG
18	4.2.3	Positive Maßnahmen als verbotene Diskriminierung?
19	4.3	Schutz der Religionsfreiheit
19	4.3.1	Verbot der Benachteiligung aus religiösen Gründen, Art. 33 Abs. 3 GG
20	4.3.2	Religionszugehörigkeit und Eignung i. S. v. Art. 33 Abs. 2 GG
21	4.4	Fazit
22	5	POSITIVE MASSNAHMEN IM EINFACHEN RECHT
22	5.1	Das Prinzip der Bestenauslese
22	5.2	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
22	5.2.1	Benachteiligungsverbot nach § 7 AGG
22	5.2.2	Positive Maßnahmen als „Benachteiligung“?
23	5.2.3	Positive Maßnahmen und „entscheidende berufliche Anforderungen“
23	5.2.4	Positive Maßnahmen nach § 5 AGG
24	5.3	Integrationsgesetze der Länder
25	5.4	Parallelen zur Frauenförderung nach dem BGleig
27	6	ZULÄSSIGKEIT KONKRETER POSITIVER MASSNAHMEN
27	6.1	Allgemeine Maßnahmen im Vorfeld einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst
27	6.2	Positive Maßnahmen im Bewerbungsverfahren
28	6.2.1	Ausdrückliche Aufforderung zur Bewerbung
28	6.2.2	Anonyme bzw. anonymisierte Bewerbung
29	6.2.3	Quote für die Einladung zum Auswahlverfahren
29	6.2.4	Spezifische Eignungskriterien im Anforderungsprofil
31	6.2.5	Hilfskriterien bei gleich geeigneten Bewerber_innen
32	6.3	Positive Maßnahmen im laufenden Beschäftigungsverhältnis
32	6.3.1	Verzicht auf das Verbot des Tragens religiöser Symbole am Arbeitsplatz
33	6.3.2	Mentoring-Programme
33	6.3.3	Sensibilisierungstrainings
33	6.3.4	Gleichstellungsbeauftragte
33	6.3.5	Interkulturelle Kompetenz als Kriterium von Beurteilungen
33	6.3.6	Fortbildungen
34	6.3.7	Aufstellen von Strategien und Berichtspflichten
35	7	ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN
35	7.1	Systematisierung und rechtliche Bewertung der möglichen Maßnahmen
35	7.2	Gebotene Gesetzesänderungen
35	7.2.1	Gleichstellungsgesetzgebung
36	7.2.2	Abschaffung des Verbots des Zeigens religiöser Symbole
36	7.2.3	Etablierung einer verfassungsrechtlichen Schutz- und Förderpflicht
36	7.3	Schlussbemerkung
37	8	Literaturverzeichnis
39	9	Abkürzungen

VORWORT

Die Vielfalt der Gesellschaft in Deutschland spiegelt sich bisher nur unzureichend in den Institutionen der öffentlichen Verwaltung wider. Mit Bezug auf die Dimension migrationsbezogener Vielfalt belegen mittlerweile zahlreiche Studien (Ette et al. 2021, Baumann et al. 2019) und auch Befragungsdaten aus dem Mikrozensus (Statistisches Bundesamt 2021) diese Feststellung.

Dabei liegt es gerade in Zeiten eines sich immer deutlicher abzeichnenden demografischen Wandels im öffentlichen Interesse, qualifiziertes Personal aus der gesamten Breite der Bevölkerung zu gewinnen. Gleichzeitig darf keinesfalls die symbolische Dimension einer vielfältigeren Zusammensetzung des Personals in der öffentlichen Verwaltung unterschätzt werden, denn dieses verkörpert für die hier lebenden und mit den Institutionen interagierenden Menschen im Alltag „den Staat“. Im de facto Einwanderungsland Deutschland, in dem mittlerweile rund 25 Prozent der Einwohner_innen einen statistisch so erfassten Migrationshintergrund haben, tut sich damit eine deutliche Kluft zu den laut Mikrozensusdaten von 2019 nur neun Prozent Beschäftigten mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst auf. Diese Kluft zu schließen ist eine wichtige Gelingensbedingung für den gesamtgesellschaftlichen Zusammenhalt in diesem Land.

Der Vorstoß der Ampel-Parteien in ihrem Koalitionsvertrag, in der Bundesverwaltung und den Unternehmen mit Bundesbeteiligung Diversity-Strategien mit konkreten Fördermaßnahmen und Zielvorgaben auf den Weg zu bringen, ist vor diesem Hintergrund zu begrüßen. Migrationsbedingte Vielfalt dürfte hier mit Sicherheit eine der zu bedenkenden zentralen Diversity-Kategorien sein, und es bleibt abzuwarten, welche konkreten Maßnahmen nun ergriffen werden, um auf größere Vielfalt im Personalkörper der öffentlichen Verwaltung – und das idealerweise auf allen Funktionsebenen – hinzuwirken.

Schließlich wird in der breiteren Fachöffentlichkeit unter der Chiffre der „interkulturellen Öffnung“ mittlerweile schon Jahrzehnte über die Frage diskutiert, wie sich migrationsbezogene Vielfalt in den öffentlichen Institutionen angemessener widerspiegeln sollte und kann. Obwohl sich Behörden vielerorts in den vergangenen Jahren auf den Weg gemacht haben, diese Herausforderung anzugehen, sind bisher lediglich begrenzte Fortschritte erzielt worden. Mittlerweile auf allen föderalen Ebenen existierende Kampagnen und Programme, deren Ziel es ist, diese „neuen“ Zielgruppen für die Personalrekrutierung besser zu erreichen, konnten bisher strukturell in der Breite nur wenig Veränderungen bewirken.

Dabei bestehen über gezielte Programme und Kampagnen hinaus viele Möglichkeiten, die Rahmenbedingungen

so zu gestalten, dass sich die Personalstruktur in den öffentlichen Institutionen in Richtung einer Angleichung an die Gesamtbevölkerung entwickelt. Mithilfe sogenannter positiver Maßnahmen („affirmative actions“ im angelsächsischen Raum) können Prozesse so gestaltet werden, dass unterrepräsentierte Gruppen strukturell, beispielsweise in einem Rekrutierungs- und Bewerbungsprozess, gestärkt werden.

Bei vielen für die Personalgewinnung zuständigen Verantwortlichen in den einzelnen Behörden besteht jedoch Unsicherheit, welche positiven Maßnahmen für mehr migrationsbezogene Vielfalt rechtlich zulässig sind. Schließlich gilt es, bei der Personalrekrutierung für die öffentliche Hand den im Grundgesetz in Art. 33, Abs. 2 formulierten Grundsatz der „Bestenauslese“ und den in Art. 3 formulierten allgemeinen Gleichheitsgrundsatz zu berücksichtigen.

Dieser Unsicherheit wirkt die hier nun vorliegende Publikation fundiert entgegen*. Constanze Janda, Professorin an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer und Senior Fellow am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV) Speyer in der Forschungsstelle Öffentlicher Dienst, sowie Milena Herbig, die als Forschungsreferentin am FÖV tätig ist, legen in einem detaillierten Rechtsgutachten dar, dass eine große Anzahl positiver Maßnahmen mit dem Ziel, die migrationsbedingte (aber potenziell auch andere) Vielfalt in den Personalbeständen der öffentlichen Verwaltung zu erhöhen, durchaus rechtens ist.

Damit haben veränderungswillige Behörden bereits jetzt eine Auswahl an Instrumenten zur Hand, die sie im Sinne einer interkulturellen Öffnung bei der Personalgewinnung rechtssicher einsetzen können. Nun braucht es noch den Mut und die Durchsetzungskraft, diese auch zu nutzen.

Wir hoffen, dass möglichst viele die Erkenntnisse dieses Gutachtens in eben diesem Sinne einsetzen können, um in ihren institutionellen Kontexten konkrete Veränderungen auf den Weg zu bringen. Es ist höchste Zeit dafür.

Susan Javad
Abteilung Analyse, Planung und Beratung
Friedrich-Ebert-Stiftung

* Bedanken möchte ich mich in diesem Zusammenhang bei Andreas Merx für hilfreiche Hinweise.

1 EINLEITUNG

1.1 GEGENSTAND DES GUTACHTENS

Die Vielfalt der Gesellschaft bildet sich unter den Beschäftigten im öffentlichen Dienst nur unzureichend ab. Zwar haben ca. 25 Prozent der Bevölkerung einen sogenannten Migrationshintergrund (Statistisches Bundesamt 2021b: 31). In der öffentlichen Verwaltung ist dieses Viertel jedoch nur mit einem Anteil von ca. sechs Prozent vertreten (Baumann et al. 2019: 11). In der Bundesverwaltung hatten im Jahr 2018 immerhin zwölf Prozent der Beschäftigten eine eigene oder familiäre Migrationsgeschichte (Beauftragte der Bundesregierung 2020: 21). Aber auch dieser Wert zeigt eine deutliche Unterrepräsentation von Migrant_innen und ihren Nachkommen – und zwar sowohl im Verhältnis zu ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung als auch im Vergleich zu ihrem Anteil an den Beschäftigten in der Privatwirtschaft (Beauftragte der Bundesregierung 2020: 21).

1.1.1 ZIELSETZUNGEN DER INTERKULTURELLEN ÖFFNUNG DER VERWALTUNG

Nicht nur im Hinblick auf den gleichberechtigten Zugang zum Arbeitsmarkt ist dieser Befund bedenklich, sondern deutet auch auf diskriminierende Strukturen hin (Grünberger et al 2021: 5). Dass diverse Teams Aufgaben effizienter und effektiver bewältigen als homogene Arbeitsgruppen, ist seit Langem belegt. Dies gilt auch für die Verwaltung. Insofern wirkt die fehlende (interkulturelle) Diversität auch die Frage nach der Responsivität der öffentlichen Verwaltung gegenüber den Interessen und Bedürfnissen von Menschen in der Einwanderungsgesellschaft auf. Auch die symbolischen Aspekte sollten nicht unterschätzt werden. Sind die Bevölkerungsgruppen in den öffentlichen Institutionen und Ämtern nicht gleichmäßig vertreten, kann sich dies auf die Akzeptanz von Verwaltungshandeln und die Identifikation mit dem Staat als solchen auswirken (Beauftragte der Bundesregierung 2020: 11).

Positive Maßnahmen gewährleisten die Chancengleichheit aller Bewerber_innen und Beschäftigten. Sie wirken sich auch auf die Tätigkeit der Verwaltung als solche aus. Eine vielfältige Beschäftigtenstruktur kann das Verständnis für die mannigfaltigen Bedürfnisse der Bürger_innen fördern, damit Raum für unterschiedliche Herangehensweisen wie auch unkonventionelle Problemlösungsstrategien geben und nicht zuletzt die Kommunikation mit den Kund_innen und Nutzer_innen verbessern (Ziekow 2014: 765). Vorbilder verstärken Diversität dabei gleichsam, in-

dem sie eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst für diejenigen, die sich mit ihnen identifizieren, attraktiv machen. Eine breitere personelle Aufstellung des öffentlichen Dienstes nützt auch deshalb, weil der demografische Wandel einen erheblichen Bedarf an Beschäftigten erwarten lässt (Beauftragte der Bundesregierung 2020: 12).

1.1.2 BEGRIFF DER POSITIVEN MASSNAHMEN

Der Begriff der positiven Maßnahmen ist nicht definiert (Raasch 2010: 4). Er findet sich lediglich in der Überschrift zu § 5 AGG. Danach handelt es sich um Maßnahmen, die bestehende Nachteile wegen der „Rasse“¹ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität verhindern oder ausgleichen sollen. Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass strukturelle Ungleichheiten aktiv ausgeglichen werden müssen, um tatsächlich Chancengleichheit zu erzielen (Baer 2010: 11). Als positive Maßnahmen werden im Kontext dieses Gutachtens daher solche verstanden, mit denen der Anteil der bisher unterrepräsentierten Menschen mit Migrationshintergrund in der öffentlichen Verwaltung erhöht werden soll. Quoten bleiben explizit außer Betracht, da sie vielfältige verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen (dazu Ziekow 2014: 768f.; von Roetteken 2021a: 421ff.).

1.1.3 INTERKULTURELLE ÖFFNUNG UND MIGRATIONS Hintergrund

Die interkulturelle Öffnung wird als wesentlicher Beitrag zur Integration² von Migrant_innen und ihren Nachkommen angesehen (Baumann et al. 2019: 16). Sie sind folglich Adressat_innen der zu untersuchenden Maßnahmen.

Insofern wird oftmals auf den Migrationshintergrund einer Person verwiesen. Dieser hat die frühere Unterscheidung zwischen Deutschen und Ausländer_innen abgelöst,³

¹ Zur Diskussion des problematischen Begriffs „Rasse“ im Grundgesetz und im AGG sowie Forderungen nach seiner Ersetzung siehe Deutsches Institut für Menschenrechte 2021 und Liebscher 2021.

² Ausführlich zu diesem facettenreichen und damit zugleich unbestimmten Begriff vgl. Eichenhofer (2013) sowie Bolat (2016).

³ Diese Differenzierung knüpft an die Staatsangehörigkeit an und wurde angesichts der zunehmenden Zahl von Einbürgerungen und des Zuzugs von Aussiedler_innen und Spätaussiedler_innen in den 1990er Jahren nicht mehr als zeitgemäß angesehen (vgl. Statistisches Bundesamt 2021a).

ist jedoch starker Kritik ausgesetzt, denn der Begriff perpetuiert die Wahrnehmung der Nachkommen von Migrant_innen und ihren Nachkommen als „fremd“. In welcher Generation ein Nachkomme keinen Migrationshintergrund (mehr) aufweist, bleibt offen (El-Mafaalani 2017: 467). Nach der Definition des Statistischen Bundesamtes kommt es darauf an, ob eine Person oder mindestens einer ihrer Elternteile mit deutscher Staatsangehörigkeit geboren worden ist (Statistisches Bundesamt 2021b: 30). Damit setzt der Migrationshintergrund Migration gerade nicht voraus, sondern erfasst alle Nichtdeutschen und eingebürgerten Menschen, egal ob sie zugewandert sind oder nicht, desgleichen Spätaussiedler_innen oder Personen, die die deutsche Staatsangehörigkeit durch Adoption erhalten haben (Statistisches Bundesamt 2021b: 30). Die Nachkommen der dritten Generation haben in der offiziellen Statistik keinen Migrationshintergrund, wiewohl ihnen dieser in der Gesellschaft oftmals zugeschrieben wird. Die unkritische Verwendung des Begriffs kann dazu führen, dass Menschen auf ihre eigene oder ihre familiäre Migrationserfahrung reduziert und dadurch einerseits nicht in all ihren Facetten als Person wahrgenommen, andererseits einer vermeintlich homogenen Gruppe von Menschen zugeordnet werden (Janda 2022: § 25). Wegen dieser Schwierigkeiten wird der Begriff im Rahmen dieses Gutachtens nach Möglichkeit vermieden; er wird jedoch immer dann herangezogen, wenn im statistischen oder personalwirtschaftlichen Kontext darauf Bezug genommen wird.

Auch in rechtlicher Hinsicht wirft der Begriff des Migrationshintergrunds Fragen auf, wird er in Gesetzestexten doch nicht verwendet. Vielmehr wird auf die Kategorien „Rasse“, ethnische Herkunft und Religion abgestellt. Dies zieht ebenfalls die Gefahr nach sich, Menschen mit Migrationshintergrund pauschal als „anders“ wahrzunehmen, nämlich als Menschen, die sich durch ihre Hautfarbe oder andere vererbte Merkmale, ihre Sprache, Kultur und Geschichte wie auch durch ihre Religion von der Inlandsgesellschaft unterscheiden. Zugleich wird eine – ethnische, kulturelle oder religiöse – Homogenität der Inlandsgesellschaft suggeriert (Janda 2022: § 25). Überdies bildet der Terminus die Problemlagen nicht zuletzt deshalb unzureichend ab, weil nicht alle Menschen mit Migrationshintergrund beispielsweise von Rassismus betroffen sind ebenso wie rassistische Diskriminierungen nicht ausschließlich Menschen betrifft, die eigene Migrationserfahrungen haben oder Nachfahren von Migrant_innen sind (Grünberger et al 2021: 17). Indes kennt das Recht keine anderen Kategorien; ein Rechtsgutachten muss folglich zwangsläufig

mit der vorgefundenen Terminologie arbeiten. Zudem wird deutlich, dass Diskriminierungserfahrungen im Zusammenhang mit der „Integration“ in den Arbeitsmarkt oftmals auf einem Zusammenspiel der Kategorien „Rasse“, Ethnie und Religion beruhen (Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2017: 75).

1.2 ZIEL DES GUTACHTENS

Obwohl über die Notwendigkeit der interkulturellen Öffnung des Arbeitsmarktes weitreichend Einigkeit besteht, werden immer wieder rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit positiver Maßnahmen geäußert. Für den öffentlichen Dienst wird dabei auf das verfassungsrechtlich verbürgte Leistungsprinzip (auch: Prinzip der Bestenauslese) rekurriert (Baumann et al. 2019: 30). Das Rechtsgutachten soll daher aufzeigen, welche Maßnahmen zur Förderung der interkulturellen Öffnung der öffentlichen Verwaltung ergriffen werden dürfen. Auf diese Weise soll den Personalverantwortlichen Klarheit über die Rechtslage verschafft und sollen sie zu rechtssicherem Agieren befähigt werden. Zugleich werden die Spielräume verdeutlicht, mit denen sich unter Wahrung des Prinzips der Bestenauslese mehr Diversität in der Verwaltung erreichen lässt.

Sollte der Rechtsrahmen keine hinreichenden Spielräume für positive personalpolitische Maßnahmen eröffnen, werden Änderungsbedarfe und Änderungsmöglichkeiten aufgezeigt.

1.3 GANG DER UNTERSUCHUNG

Das zweite und dritte Kapitel stecken den Rechtsrahmen ab, an dem Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung zu messen sind. Dabei werden zunächst die einschlägigen Vorgaben im Völkerrecht (2) wie auch im Recht der Europäischen Union aufgezeigt (3). Im Anschluss daran wird der verfassungsrechtliche Rahmen, namentlich das Prinzip der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG, aufgezeigt (4). Sodann wird das einfache Recht dargestellt (5). Dabei wird auf die Parallelen, aber auch auf die Unterschiede zur weitgehend etablierten Förderung von Frauen hingewiesen. Das sechste Kapitel wird konkrete Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung der Verwaltung vorstellen und aufzeigen, inwiefern diese mit dem geltenden Recht im Einklang stehen. Die Erkenntnisse werden im siebten Kapitel zusammengefasst und systematisiert, um abschließend konkrete Empfehlungen zu unterbreiten. ←

POSITIVE MASSNAHMEN IM VÖLKERRECHT

Das Völkerrecht beruht auf dem Gedanken der Gleichheit aller Menschen. Dieser Gedanke trägt die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) ebenso wie die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und zahlreiche Übereinkünfte und völkerrechtliche Verträge. Neben Prinzipienklärungen, in denen die Gleichheit aller Menschen an Würde und Rechten verbürgt ist, enthalten die internationalen Menschenrechtsakte ein breites Spektrum von Diskriminierungsverboten.

2.1 ALLGEMEINE ZULÄSSIGKEIT POSITIVER MASSNAHMEN

Der negative Ansatz der Diskriminierungsverbote als Abwehrrecht wird in verschiedenen Rechtsakten um die Verpflichtung zur Ergreifung positiver Maßnahmen ergänzt. So verpflichten sich die Signatarstaaten der UN-Antirassismus-Konvention ICERD zu „besondere[n] und konkrete[n] Maßnahmen, um die angemessene Entwicklung und einen hinreichenden Schutz bestimmter Rassengruppen oder ihnen angehörender Einzelpersonen sicherzustellen“.⁴ Diese sollen sich auf soziale, wirtschaftliche, kulturelle sowie sonstige Aspekte erstrecken und zielen darauf ab, dass alle Menschen ungeachtet ihrer Hautfarbe oder Abstammung, ihres nationalen Ursprungs oder Volkstums ihre Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt wahrnehmen können. Art. 1 Abs. 4 ICERD stellt klar, dass solche Sondermaßnahmen nicht als Diskriminierung aus Gründen der „Rasse“ gelten. Ihr Ziel sei es gerade nicht, getrennte Rechte für verschiedene „Rassengruppen“ aufrechtzuerhalten oder zu begründen. Daher werden die Maßnahmen auch eingestellt, sobald die mit ihnen verfolgten Ziele – nämlich die gleichberechtigte Teilhabe – erreicht worden sind.

Ähnliches gilt auch für das Recht des Europarats. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat positive Maßnahmen gebilligt und verweist insofern auf den Wortlaut des Art. 14 EMRK, wonach die „in [der] Konvention verbürgten Rechte und Freiheiten [...] ohne Diskriminierung [...] zu gewährleisten“ sind. Es könne nicht unterschieden werden, ob „die Achtung des betreffenden Rechts ein positives Handeln oder eine bloße Unterlassung [*der Staaten*] voraussetzt“ (EGMR, 23.7.1968, Az. 1474/62, Rn. 9).⁵ Das Diskriminierungsverbot verbür-

ge keine absolute Gleichheit, sondern lasse Differenzierungen zu: „bestimmte rechtliche Ungleichheiten [tendieren] lediglich dazu, faktische Ungleichheiten zu korrigieren“ (EGMR, 23.7.1968, Az. 1474/62, Rn. 10).⁶ Positive Maßnahmen sind dem Völkerrecht daher immanent und anerkannt, um einen wirksamen Schutz der Menschenrechte zu ermöglichen (Grünberger et al. 2021: 55f.; Krieger 2014: 189).

2.2 ZUGANG ZU ÖFFENTLICHEN ÄMTERN NACH DEM IPBPR

Für positive Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung der Verwaltung ist vor allem Art. 25 lit. c) des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) von Interesse. Danach hat jede_r Staatsbürger_in das Recht und die Möglichkeit auf Zugang zu öffentlichen Ämtern seines bzw. ihres Landes. Dieses Recht ist ungeachtet der in Art. 2 IPbPR genannten Kategorien – unter anderem „Rasse“, Hautfarbe, Sprache, Religion, Herkunft oder Geburt – und ohne unangemessene Einschränkungen zu gewährleisten.

Art. 25 IPbPR beschränkt sich auf Staatsbürger_innen des ratifizierenden Staats. Die Regelung vermittelt ihnen keine Garantie für eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst,⁷ aber ein Recht auf gleichberechtigten Zugang. Anforderungen an die Ausbildung, die fachliche Qualifikation oder persönliche Fähigkeiten sind zulässig (Hofmann/Boldt 2005: Art. 25 Rn. 4).

Nach Art. 2 Abs. 1 IPbPR sind die Rechte des Pakts allen Personen ohne Unterschied zu gewähren. Bedingungen, die zu einer nach dem Pakt verbotenen Diskriminierung bzw. ihrer Aufrechterhaltung beitragen, sollen beseitigt werden. Die ratifizierenden Staaten haben zu diesem Zweck spezifische Maßnahmen zu ergreifen, auch indem „dem betreffenden Teil der Bevölkerung für eine gewisse Zeit eine gewisse Vorzugsbehandlung in bestimmten An-

of these rights and freedoms and of their correlative obligations, and for instance as to whether the respect due to the right concerned implies positive action or mere abstention. This is, moreover, clearly shown by the very general nature of the terms employed in Article 14 (art. 14): „the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured“; sogenannter „Belgischer Sprachenfall“.

⁶ „[...] certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities. The extensive interpretation mentioned above cannot consequently be accepted.“

⁷ Human Rights Committee, 31.3.1993, CCPR/C/60/D/552/1993 (Wiesław Kall v. Poland).

⁴ Art. 2 Abs. 2 Satz 1 ICERD.

⁵ „No distinctions should be made in this respect according to the nature

gelegenheiten gegenüber der übrigen Bevölkerung gewährt wird“.⁸ Solche Maßnahmen beinhalten, solange sie erforderlich sind, eine legitime Differenzierung (Human Rights Committee 1989: Rn. 10). Ist der gleichberechtigte Zugang zu öffentlichen Ämtern in der Praxis nicht gewährleistet, sind konkrete Maßnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen zu ergreifen.

2.3 GRUNDSATZ DER VÖLKERRECHTSFREUNDLICHEN AUSLEGUNG

In der Normenhierarchie steht das Völkerrecht nicht an oberer Stelle. Völkerrechtsakte sind nicht unmittelbar wirksam, sondern bedürfen der Ratifizierung durch Erlass eines Parlamentsgesetzes (Art. 25 Abs. 2 GG), sodass Völkerrecht in Deutschland den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat (BVerfGE 74, 358, 370; BVerfGE 82, 106, 120). Nationales Recht ist jedoch völkerrechtsfreundlich auszulegen. Dies schließt die Auslegung der Grundrechte ein, sofern diese dadurch nicht eingeschränkt oder in ihrer Schutzwirkung gemindert werden (BVerfGE 111, 307, 317). Die ratifizierenden Staaten sind daher verpflichtet, das gesamte nationale Recht so anzuwenden, dass es nicht in Konflikt zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen gerät. ←

⁸ „Such action may involve granting for a time to the part of the population concerned certain preferential treatment in specific matters as compared with the rest of the population.“

3 POSITIVE MASSNAHMEN IM LICHT DES EUROPARECHTS

Auch das Unionsrecht ist durch den Gedanken der Gleichheit aller Menschen und umfangreiche Diskriminierungsverbote geprägt. Der Einfluss des Völkerrechts ist unverkennbar.⁹

3.1 PRIMÄRRECHT

Art. 19 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verpflichtet den Rat, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Möglich sind nach allgemeiner Ansicht auch positive Maßnahmen, mit denen der faktischen Benachteiligung bestimmter Gruppen begegnet werden soll, da die Gleichheit im Recht allein nicht genügt, um Chancengleichheit in der Gesellschaft zu erreichen (Epiney 2016: Rn. 4). Positive Maßnahmen lassen sich zwar nicht unmittelbar auf Art. 19 AEUV stützen; dieser bildet aber eine Grundlage für die weitere Rechtssetzung auf Unionsebene, auch zugunsten von Drittstaatsangehörigen (Ziekow 2014: 766).

Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) statuiert ein umfassendes Diskriminierungsverbot, dessen Anwendungsbereich jedoch nur Unionsbürger_innen erfasst (Köchle 2019: Rn. 88). Die Kategorien gehen über Art. 19 AEUV hinaus und nennen etwa auch die Hautfarbe, die soziale Herkunft oder die Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit. Der Wortlaut der Norm verbietet „Diskriminierungen“. Damit ist nicht jede Differenzierung ausgeschlossen, sondern diese sind der Rechtfertigung zugänglich. „Affirmative actions“ werden explizit genannt (Köchle 2019: Rn. 80). Auch insgesamt sind der Grundrechtecharta positive Maßnahmen nicht fremd.¹⁰ Dies erklärt sich daraus, dass den Gleichheitsverbürgungen nicht zuletzt eine freiheitssichernde Dimension zukommt: Sie sollen ein Leben in gleicher Freiheit ermöglichen (Mohr 2020: Rn. 3).

Die Grundrechtecharta bindet jedoch vor allem die Union und ihre Organe. Die Mitgliedstaaten müssen die Grundrechte beachten, wenn und soweit sie Unionsrecht ausführen (Art. 51 GRC). Sachverhalte ohne grenzüberschreitenden oder sonstigen unionsrechtlichen Bezug sind folglich nicht erfasst. Unionsrecht führen die Mitgliedstaaten etwa aus, wenn sie Richtlinien umsetzen oder „innerstaatliche Begleitmaßnahmen“ zur Richtlinienumsetzung ergreifen – sofern sie Sekundärrecht nicht überobligatorisch umsetzen (Holoubek/Oswald 2019: Rn. 22f.). Da sich die Teilhabe von Menschen mit Migrationshintergrund am Arbeitsmarkt den antidiskriminierungsrechtlichen Richtlinien zuordnen lässt (dazu 3.2), ist die GRC auch bei der Interpretation dieser umsetzenden AGG beachtlich. Drittstaatsangehörige können sich zwar nicht auf diese berufen, würden aber von entsprechenden Maßnahmen profitieren, da es nicht denkbar ist, etwa bei anti-rassistischen Maßnahmen nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren.

Von der Ermächtigung in Art. 19 AEUV hat der Rat umfassend Gebrauch gemacht. Für die interkulturelle Öffnung der Verwaltung sind insbesondere die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/43/EG und die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG von Interesse. Während erstere auf einen umfassenden Schutz vor rassistischen und ethnisch motivierten Diskriminierungen im Arbeits- und im Zivilrecht abzielt, erstreckt sich der Anwendungsbereich letzterer allein auf das Arbeitsrecht und soll Schutz vor Diskriminierungen unter anderem aufgrund der Religion eröffnen. Das Richtlinienrecht konkretisiert das Diskriminierungsverbot aus Art. 21 GRC (EuGH, 16.7.2015, C-83/14, CHEZ, Rn. 72).

3.2 ANTIDISKRIMINIERUNGSRICHTLINIE 2000/43/EG

Die Antidiskriminierungsrichtlinie zielt auf die Verwirklichung des Gleichheitsgrundsatzes in den Mitgliedstaaten und verbietet unmittelbare wie mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der „Rasse“ und der ethnischen Herkunft (Art. 1, Art. 2 RL 2000/43/EG). Damit soll nicht nur ein allgemein hohes Beschäftigungsniveau in der EU und eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen für alle Menschen erreicht, sondern zugleich die Toleranz in der Gesellschaft insgesamt gefördert werden (Mohr 2020a: Art. 1 Rn. 1).¹¹ Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich

⁹ Siehe auch Köchle 2019: 16 zum Vorbildcharakter der EMRK für die GRC.

¹⁰ Art. 23 Abs. 2 GRC sieht vor, dass Maßnahmen zum Ausgleich der Unterrepräsentation eines Geschlechts getroffen werden können. Dass solche Ausgleichsmaßnahmen explizit nur im Kontext geschlechtsbezogener Benachteiligungen genannt werden, soll aber keine Schlüsse darauf zulassen, dass positive Maßnahmen im Hinblick auf andere Kriterien der GRC unzulässig wären (Grünberger et al. 2021: 57f.).

¹¹ Vgl. auch den 12. Erwägungsgrund: „Um die Entwicklung demokrati-

unter anderem auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit, und zwar ungeachtet des Tätigkeitsfeldes. Damit ist auch der öffentliche Dienst erfasst. Explizit genannt werden Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen in Art. 3 Abs. 1 lit. a) RL 2000/43/EG.

3.2.1 ENTSCHEIDENDE BERUFLICHE ANFORDERUNG

Zwar erlaubt Art. 4 RL 2000/43/EG Differenzierungen aus Gründen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft, sofern damit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung erfüllt werden soll. Dies setzt jedoch voraus, dass die anfallenden Tätigkeiten gar nicht oder nicht ordnungsgemäß erledigt werden können, wenn eine Person das betreffende Merkmal (nicht) aufweist. Faktisch sind keine Konstellationen und Gründe ersichtlich, in denen eine solche Differenzierung greifen könnte. Spielräume werden allenfalls im Hinblick auf die ethnische Herkunft eines Bewerbers oder einer Bewerberin gesehen, etwa um eine vermeintliche Authentizität der zu erbringenden Arbeitsleistung zu erreichen (Mohr 2020a: Art. 4 Rn. 3) oder im Hinblick auf Sprachkenntnisse, die im Rahmen der Tätigkeit beherrscht werden müssen (Mohr 2020a: Art. 1 Rn. 4).

3.2.2 POSITIVE MASSNAHMEN

Das Gebot der Gleichbehandlung steht spezifischen Maßnahmen zum Ausgleich oder zur Verhinderung bestehender Ungleichheiten nicht entgegen (Art. 5 RL 2000/43/EG). Dies gilt, solange die volle Gleichstellung in der Praxis nicht gewährleistet ist.¹² Die Richtlinie vermittelt den Mitgliedstaaten die Befugnis, durch positive Maßnahmen faktische Benachteiligungen aufgrund rassistischer Zuschreibungen beim Zugang zur Erwerbstätigkeit abzubauen. Teilweise wird vertreten, dass allein die Förderung individueller Personen zulässig sei, etwa durch Sprachkurse, mit denen die individuelle Qualifikation eines Bewerbers bzw. einer Bewerberin verbessert wird (Mohr 2020a: Art. 5 Rn. 1f.). Für ein solch enges Verständnis lässt der Wortlaut der Richtlinie jedoch keinen Raum. Es ist überdies von der Annahme ge-

scher und toleranter Gesellschaften zu gewährleisten, die allen Menschen – ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft – eine Teilhabe ermöglichen [...]“

¹² Diese Vorgabe ist in § 5 AGG umgesetzt worden (dazu ausführlich 5.2.4).

tragen, dass fehlende Teilhabe am Arbeitsmarkt auf individuellen Defiziten der betreffenden Personen beruht, nicht aber auf strukturellen Hindernissen. Auch der 8. Erwägungsgrund der Richtlinie macht deutlich, dass die Beseitigung der Diskriminierung bestimmter gesellschaftlicher Gruppen wesentliches Anliegen ist, sodass über die einzelne Person hinaus auch das Kollektiv geschützt sein muss.

3.3 RAHMENRICHTLINIE 2000/78/EG

Die Rahmenrichtlinie ist breiter gefasst als die Antidiskriminierungsrichtlinie. Sie soll einen Rahmen für die Bekämpfung von Diskriminierungen wegen der Religion oder Weltanschauung, Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung setzen. In sachlicher Hinsicht beschränkt sie sich jedoch auf Beschäftigung und Beruf (Art. 1 RL 2000/78/EG). Untersagt sind unmittelbare wie mittelbare Diskriminierungen, auch im Hinblick auf die Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen (Art. 2, Art. 3 RL 2000/78/EG). Dies betrifft auch Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst (Mohr 2020b: Art. 3 Rn. 10d).

3.3.1 VERBOT RELIGIÖSER SYMBOLE AM ARBEITSPLATZ

Im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Religion schützt die Richtlinie nicht nur die Freiheit des Bekenntnisses, sondern auch dessen Betätigung nach außen, insbesondere durch das Tragen religiöser Symbole (Mohr 2020b: Art. 1 Rn. 22). Hierzu sind verschiedene Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) ergangen, die zu teilweise heftigen Diskussionen geführt haben. Im Kern geht es um die Frage, ob Arbeitgeber_innen ihren Beschäftigten im Interesse einer religiösen wie kulturellen und politischen Neutralitätspolitik das Tragen solcher Symbole untersagen können.

Nach Auffassung des EuGH liegt keine Ungleichbehandlung wegen der Religion vor, wenn das Tragen sämtlicher religiöser Symbole unterschiedslos untersagt wird. Entscheidet sich ein_e Arbeitgeber_in, nach außen hin ein Bild der Neutralität wahren zu wollen, sei dies durch die unternehmerische Freiheit gerechtfertigt. Eine entsprechende Politik müsse aber auch kohärent und konsequent verfolgt werden, da sie anderenfalls nicht geeignet sei, um tatsächlich Neutralität zu dokumentieren (EuGH, 14.3.2017, C-157/15, Rs. Achbita). Beruht das Verbot dagegen nicht auf einer unternehmerischen Neutralitätspolitik, kommt es darauf an, ob die Art der Tätigkeit bestimmte Kleidungsvorschriften

rechtfertigt (vgl. Art. 4 RL 2000/78/EG). Andere Gründe, die damit nicht in Zusammenhang stehen – etwa (vermeintliche) Kundenwünsche oder -beschwerden –, seien weder rechtmäßig noch angemessen (EuGH, 14.3.2017, C-188/15, Rs. Bougnaoui). Die Neutralitätspolitik muss zudem „einem wirklichen Bedürfnis des Arbeitgebers“ entsprechen; auch die Religionsfreiheit der Arbeitnehmer_innen nach Art. 21 GRC ist zu würdigen.¹³

3.3.2 POSITIVE MASSNAHMEN

Nach Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG steht die Einführung oder Beibehaltung spezifischer Maßnahmen zur Gewährleistung der völligen Gleichstellung im Berufsleben dem Diskriminierungsverbot nicht entgegen, wenn damit auf die Kategorien des Art. 1 gestützten Benachteiligungen abgewehrt werden sollen.

3.4 PARALLELEN ZU POSITIVEN MASSNAHMEN ZUM ABBAU GESCHLECHTSBEZOGENER UNGLEICHHEITEN AUF DEM ARBEITSMARKT

Im unionsrechtlichen Kontext sind positive Maßnahmen bisher allein im Zusammenhang mit dem Abbau geschlechtsbezogener Benachteiligungen auf dem Arbeitsmarkt diskutiert worden, konkret ging es um feste Quoten, bis zu deren Erreichen Frauen bei gleicher Eignung generell vor männlichen Bewerbern zu bevorzugen waren.

3.4.1 STRIKTE QUOTENREGELUNGEN

In der Rechtssache *Kalanke* (EuGH, 17.10.1995, C-450/93) stand eine Klausel des Bremischen Landesgleichstellungsgesetzes in Streit, nach der Frauen bei Einstellungen und Beförderungen im Falle gleicher Qualifikation vorrangig vor Männern zu berücksichtigen sind, solange sie unterrepräsentiert sind. Eine Unterrepräsentation sollte immer dann vorliegen, wenn in den jeweiligen Personalgruppen einer Dienststelle nicht mindestens zur Hälfte Frauen beschäftigt sind. Der EuGH sah in der Quotenregelung eine automatische Bevorzugung von Frauen, die Männer aufgrund ihres Geschlechts benachteilige. Zwar seien Maßnahmen zulässig, die Frauen spezifisch begünstigen und darauf ausgerichtet sind, ihre Konkurrenzfähigkeit gegenüber Männern auf dem Arbeitsmarkt zu verbessern.¹⁴ Frauen hätten ein individuelles Recht auf Chancengleichheit; gruppenbezogene Fördermaßnahmen stellten eine eng auszulegende Ausnahme dar. Ein absoluter und unbedingter Vorrang von Frauen gehe jedenfalls über das zum Erreichen von Chancengleichheit Erforderliche hinaus, zumal eine solche Bevorzugung das Ergebnis der Chancengleichheit unmittelbar herbeiführe statt Chancengleichheit als solche zu gewährleisten (EuGH, 17.10.1995, C-450/93, Rn. 22f.).

3.4.2 FLEXIBLE QUOTEN

Eine ähnliche Vorrangklausel im Beamtengesetz Nordrhein-Westfalens stand in der Rechtssache *Marschall* (EuGH, 11.11.1997, C-409/95) zur Diskussion, hier jedoch ergänzt um den Passus, dass die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Eignung geboten sei, „sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen“. Wegen dieser Öffnungsklausel, so der EuGH, sei sichergestellt, dass auch Bewerbungen von Männern objektiv anhand bestimmter – freilich nichtdiskriminierend festgelegter – Kriterien gewürdigt werden, sodass Frauen bei gleicher Eignung nicht automatisch bevorzugt würden, sondern nur wenn kein Mann diese Kriterien eher erfülle als eine Frau.

Dies hat der EuGH in der Rechtssache *Badeck* für eine Klausel des Hessischen Gleichstellungsgesetzes (EuGH, 28.3.2000, C-158/97) bestätigt. In der Rechtssache *Abrahamsson und Anderson* lehnte der EuGH jedoch eine Regelung im schwedischen Recht ab, nach der „hinreichend geeignete“ Frauen bevorzugt werden, selbst wenn ein männlicher Konkurrent besser geeignet wäre. Eine Grenze zog das schwedische Recht nur, wenn der Qualifikationsunterschied so groß war, dass dem Erfordernis der sachgerechten Stellenbesetzung nicht mehr entsprochen wurde. Nach Auffassung des EuGH war daher nicht gewährleistet, dass die Beurteilung der Bewerber_innen auf klaren und eindeutigen Kriterien beruht, mit denen strukturelle Benachteiligungen ausgeglichen werden können (EuGH, 6.7.2000, C-407/98).

3.4.3 ZWISCHENERGEBNIS

Die Zulässigkeit positiver Maßnahmen nach der Antidiskriminierungsrichtlinie verfolgt das gleiche Ziel wie die Richtlinien zur Geschlechtergleichheit, die den EuGH-Entscheidungen zu den Frauenquoten zugrunde lagen: Sie sollen Chancengleichheit für strukturell benachteiligte Gruppen gewährleisten; deren Ergebnis kann rechtlich jedoch nicht unmittelbar durchgesetzt werden (Ziekow 2014: 769). Positive Maßnahmen dürfen folglich nicht in der Weise zugunsten strukturell benachteiligter Bewerber_innen wirken, dass Personen, die bestimmte Kategorien nicht erfüllen, automatisch und unbeding ausgeschlossen werden. Vielmehr ist zu gewährleisten, dass sämtliche Bewerbungen anhand objektiver Kriterien gewürdigt werden und damit Raum für die Berücksichtigung jeder einzelnen Person bleibt. Im Hinblick auf die Auswahl dieser Kriterien hat der EuGH keine näheren Vorgaben gemacht – abgesehen davon, dass diese nicht diskriminierend sein dürfen.

¹³ Ausführlich unter 6.3.1.

¹⁴ Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG.

ZUSAMMENFASSUNG

Positive Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung der Verwaltung finden im inter- und supranationalen Recht eine breite Stütze. Historisch hat das Völkerrecht dabei eine Vorreiterrolle eingenommen. Durch den Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung finden seine Zielsetzungen Eingang in das nationale Recht. Im Rang über dem nationalen Recht steht dagegen das Unionsrecht. Auch dieses verfolgt das Anliegen, Toleranz und Akzeptanz durch das Sichtbarmachen von Diversität zu fördern (Stein 2021: 163). Ins-

gesamt richtet sich die Zulässigkeit positiver Maßnahmen vor allem danach, ob damit eine pauschale und systematische Ausgrenzung von Menschen einhergeht, die nicht explizit Adressat_innen der Förderung sind. Keine Gruppe darf absoluten Vorrang vor anderen haben, und es ist stets das individuelle Profil einzelner Bewerber_innen zu würdigen (Döse 2012: 5). Zudem sind die Grundrechte aller Beteiligten angemessen zu berücksichtigen. ←

4 VERFASSUNGSRECHT

Durch positive Maßnahmen sollen Migrant_innen und ihre Nachfahren besonders ermutigt werden, eine Stelle im öffentlichen Dienst anzutreten. Möglicherweise werden auch Maßnahmen ins Auge gefasst, mit denen sie gegenüber Menschen ohne Migrationsgeschichte bevorzugt werden sollen. Dies wirft verfassungsrechtliche Fragen auf, vor allem im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG, aber auch im Hinblick auf das Prinzip der Bestenauslese für öffentliche Ämter aus Art. 33 Abs. 2 GG. Positive Maßnahmen sind daher nur zulässig, wenn und soweit sie den durch das Verfassungsrecht gesteckten Rahmen einhalten.

4.1 GLEICHER ZUGANG ZU ÖFFENTLICHEN ÄMTERN, ART. 33 ABS. 2 GG

Bei der Einstellung von Beschäftigten im öffentlichen Dienst gilt ebenso wie im Verhältnis zwischen Bewerber_innen und privaten Arbeitgeber_innen der Grundsatz der Privatautonomie (Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.1). Diese ist Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit. Die Beteiligten können grundsätzlich frei entscheiden, mit wem und zu welchen Bedingungen sie einen Arbeitsvertrag schließen. Diese Freiheit besteht freilich nur im Rahmen der durch die Verfassung und das einfache Recht (Art. 2 Abs. 1 GG: „die verfassungsmäßige Ordnung“) gezogenen Grenzen. Für die Beschäftigung im öffentlichen Dienst ist Art. 33 Abs. 2 GG von besonderer Bedeutung. Danach hat „jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte“. Es handelt sich dabei um eine Spezialregelung zum allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG und eine ergänzende Vorgabe zu Art. 3 Abs. 3 GG (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 210).

Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG ist offen, daher ist der Begriff des öffentlichen Amtes weit auszulegen. Er bezieht sich nicht nur auf die Statusämter von Beamt_innen, sondern auch auf die Stellen im öffentlichen Dienst von Bund, Ländern und Gemeinden, die mit Arbeitnehmer_innen besetzt werden.¹⁵ Entscheidend ist, dass die Beschäftigten öffentliche, also staatliche Aufgaben wahrnehmen (BAGE 155, 29, Rn. 16; Kümper 2017: 417).

¹⁵ BVerwGE 61, 325, Rn. 29; BVerwGE 81, 212, Rn. 9; BAGE 103, 212, Rn. 22; BAGE 104, 295, Rn. 34; BAGE 124, 80, Rn. 19; BAGE 148, 123, Rn. 10; BAGE 155, 29, Rn. 16; Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 84; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 15; Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.19.

Die Regelung schützt die Funktionsfähigkeit und Integrität sowie das fachliche Niveau des öffentlichen Dienstes.¹⁶ Damit wird die Stabilität der Verwaltung gewährleistet und zugleich ein Ausgleich zu den „politischen Kräften“ geschaffen, die das Staatswesen gestalten.¹⁷ Öffentliche Aufgaben dürfen daher ausschließlich von Personen ausgeführt werden, die nach dem Prinzip der Bestenauslese ausgewählt worden sind (Kümper 2017: 414).

4.1.1 BEDEUTUNG DER STAATSANGEHÖRIGKEIT

Art. 33 Abs. 2 GG bezieht sich allein auf Deutsche. Nach Art. 116 Abs. 1 GG sind dies nur Menschen mit deutscher Staatsangehörigkeit oder Menschen deutscher Volkszugehörigkeit.

Dies heißt jedoch nicht, dass Art. 33 Abs. 2 GG für die Beschäftigung von Menschen nichtdeutscher Staatsangehörigkeit in der Verwaltung bedeutungslos ist. Auf die subjektiv-rechtlichen Verbürgungen des sogenannten Bewerbungsverfahrensanspruchs (dazu 4.1.2) können sich zwar ausschließlich deutsche Staatsangehörige berufen. Ihnen gleichgestellt sind aufgrund des Unionsrechts die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU, soweit nicht der Anwendungsbereich des Art. 45 Abs. 4 AEUV¹⁸ eröffnet ist (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 74). Der objektiv-rechtliche Gewährleistungsgehalt, der mit dem Grundsatz der Bestenauslese oder dem Leistungsprinzip umschrieben ist (Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.23; dazu 4.1.3), gilt dagegen für alle Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, und zwar ungeachtet der Staatsangehörigkeit der Bewerber_innen oder Beschäftigten (Ziekow 2014: 766), da es insofern allein auf die bestmögliche Besetzung der Stellen ankommt.

¹⁶ BVerfG, NVwZ 2008, 69, 60; BVerwGE 122, 237, Rn. 13; BVerwGE 145, 237, Rn. 22; BAGE 104, 295, Rn. 39; BAG, 10.2.2015, 9 AZR 554/13, Rn. 12.

¹⁷ So BVerfGE 7, 155, 162 für das Beamtenrecht.

¹⁸ Danach gilt die Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht für die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Der Begriff der öffentlichen Verwaltung wird vom EuGH eng ausgelegt und auf solche Tätigkeiten beschränkt, die mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse verbunden sind und deshalb eine besondere Verbundenheit des Stelleninhabers oder der Stelleninhaberin mit dem jeweiligen Staat voraussetzen (EuGH, C-66/85; Lawrie-Blum).

4.1.2 BEWERBUNGSVERFAHRENSANSPRUCH AUS ART. 33 ABS. 2 GG

Art. 33 Abs. 2 GG vermittelt deutschen Staatsangehörigen, und nur diesen bzw. den gleichgestellten Ausländer_innen, ein grundrechtsgleiches Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern.¹⁹ Dieser schützt das Interesse der Bewerber_innen an ihrem beruflichen Fortkommen.²⁰

Als Bewerbungsverfahrensanspruch vermittelt Art. 33 Abs. 2 GG der einzelnen Person kein subjektives Recht, im öffentlichen Dienst auf einer bestimmten Stelle eingestellt zu werden. Gegenstand des Anspruchs ist die chancengleiche Teilhabe am Bewerbungsverfahren (BAGE 103, 212, Rn. 19; Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.17). Ein_e Bewerber_in hat daher das Recht auf eine ermessens- und beurteilungsfehlerfreie Entscheidung über die Bewerbung, bei der ausschließlich leistungsbezogene Aspekte zu berücksichtigen sind.²¹ Wird dieser Anspruch verletzt, haben Bewerber_innen einen Anspruch auf eine erneute Entscheidung über ihre Bewerbung; bis dahin ist die Besetzung der Stelle mit einer anderen Person zu unterlassen.²² Ist die Stelle rechtswidrig besetzt worden, kann die übergangene Person Schadensersatzansprüche geltend machen, wenn sie der bzw. die am besten geeignete Bewerber_in gewesen ist.²³

Art. 33 Abs. 2 GG schützt auf diese Weise nicht nur das öffentliche Interesse, dass Stellen im öffentlichen Dienst bestmöglich besetzt werden, um dem Rechtsstaatsprinzip zu genügen und einen hohen fachlichen Standard bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu gewährleisten. Auch die Interessen der Bewerber_innen bzw. der Beschäftigten im öffentlichen Dienst werden geschützt, insbesondere die Gewährleistung von Chancengleichheit (Hense 2021: Rn. 8).

¹⁹ BVerfGE 108, 282, 295; BVerwGE 122, 237, Rn. 13; BVerwGE 145, 237, Rn.22; BAGE 124, 80, Rn. 28; BAGE 126, 26, Rn. 24.

²⁰ BAGE 126, 26, Rn. 24; BAG, 10.2.2015, 9 AZR 554/13, Rn. 10.

²¹ BVerwGE 122, 147, Rn. 13; BVerwGE 124, 99, Rn. 18.

²² BAGE 92, 112, Rn. 38; BAGE 104, 295, Rn. 28.

²³ BAGE 126, 26, Rn. 27ff.; BAG, NZA 2021, 497, 499. Es besteht jedoch kein Anspruch auf Freimachen einer rechtswidrig besetzten Stelle, BAGE 101, 153, Rn. 25ff.; BAGE 124, 80, Rn. 21ff.

4.1.3 PRINZIP DER BESTENAUSLESE

Die Furcht vor Konkurrentenklagen – die außerhalb des Beamtenrechts recht selten sind – könnte sich durchaus als Hürde für die Berücksichtigung von Diversity in Bewerbungsverfahren der öffentlichen Verwaltung erweisen. Sie verzögern nicht nur die Einstellungsverfahren, sondern drohen auch zur finanziellen Belastung zu werden. Berechtigt sind solche Befürchtungen jedoch nur, wenn das Prinzip der Bestenauslese dem tatsächlich entgegensteht.

Zulässige Auswahlkriterien

Als zulässige Auswahlkriterien nennt Art. 33 Abs. 2 GG abschließend (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 89; Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.24) die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung. Sie leiten sämtliche Verfahren zur Personalauswahl durch staatliche Arbeitgeber_innen bzw. Dienstherr_innen.

- Der Begriff der **Eignung** bezieht sich auf die körperlichen, intellektuellen, psychischen bzw. seelischen und charakterlichen Eigenschaften einer Person.²⁴ Ob auch die charakterliche Eignung gewürdigt werden darf, ist umstritten.²⁵ Die Rechtsprechung sieht diese als Unterfall der persönlichen Eignung und damit als legitimes Auswahlkriterium an.²⁶ Das Merkmal bezieht sich auf allgemeine Persönlichkeitsmerkmale, die von den anderen Auswahlkriterien nicht erfasst sind, insbesondere die Bereitschaft, das Amt entsprechend den Verfassungsgrundsätzen wahrzunehmen.²⁷ Genannt werden etwa Loyalität gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin,²⁸ Straffreiheit, Verlässlichkeit, Teamfähigkeit und Umgangsformen (Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 17) oder das Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung.²⁹

²⁴ BVerfGE 92, 140, 151; BVerfGE 110, 304, 322; BVerfGE 139, 19, 49; BAGE 28, 62, Rn. 38.

²⁵ Vgl. BVerwGE 47, 330, Rn. 58 zum Missbrauch dieses Merkmals während des Nationalsozialismus; siehe auch Badura 2021: Rn. 33.

²⁶ BVerwGE 47, 330, Rn. 59; BVerwGE 122, 147, Rn. 15; BVerwGE 144, 186, Rn. 20; BVerwG, NVwZ-RR 2016, 831.

²⁷ BVerfGE 92, 140, 151.

²⁸ BAGE 33, 43, Rn. 26.

²⁹ BBVerwGE 47, 330, Rn. 59; für Arbeitnehmer_innen im öffentlichen Dienst ist kein den strengen Maßstäben des Beamtenrechts entsprechendes Treuebekenntnis zu fordern, BAGE 28, 62, Rn. 41.

- Das Merkmal der **Befähigung** rekurriert auf die Ausbildung und das Allgemeinwissen, die Lebenserfahrung und Begabungen des Bewerbers bzw. der Bewerberin.³⁰
- Die **fachliche Leistung** beschreibt die berufliche Erfahrung, das Fachwissen und -können sowie die beruflichen Kompetenzen des Bewerbers bzw. der Bewerberin und die bisher erzielten Arbeitsergebnisse.³¹

Diese Kriterien dienen der Bestimmung der „Eignung im weiteren Sinne“ (Hense 2021: Rn. 14). Mit ihrer Hilfe soll ermittelt werden, welche_r Bewerber_in die Anforderungen der Stelle am besten erfüllt (BVerfGE 108, 282, 296). Dabei ist die *gesamte Persönlichkeit* der Bewerber_innen zu würdigen, und zwar bezogen auf die konkret zu besetzende Stelle und die dort anfallenden Aufgaben.³²

Dies gilt für jede_n Bewerber_in im Einzelnen sowie im Vergleich der Bewerber_innen untereinander (BAGE 104, 295, Rn. 33; Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 90; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 17). Ansatzpunkt für die Würdigung der fachlichen Leistung sind die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen des Bewerbers bzw. der Bewerberin, die wiederum Basis für eine Prognose der künftig zu erwartenden fachlichen Leistung bildet (Hense 2021: Rn. 15; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 17). Auch die Eignung ist nicht lediglich aus der Vergangenheit heraus festzustellen, sondern im Rahmen einer Prognose anhand des Anforderungsprofils (dazu 4.1.3) zu beurteilen.

Der Wortlaut des Art. 33 Abs. 2 GG steht der Einbeziehung weiterer Kriterien entgegen, jedoch bietet das Leistungsprinzip Spielräume für eine Stärkung der interkulturellen Vielfalt in der Verwaltung. Nach der Rechtsprechung des BVerwG kann – je nach Stelle – bestimmten persönlichen Qualitäten im Verhältnis zu einem breiten fachlichen Wissen, Zeugnissen oder Abschlussnoten Vorrang zukommen. Zu solchen persönlichen Eigenschaften, die typischerweise im Rahmen des Vorstellungsgesprächs ermittelt werden, zählen etwa der Umgang mit Kund_innen bzw. Nutzer_innen³³ oder das Einfühlungsvermögen und Verständnis für die besonderen Bedürfnisse der Kund_innen der Verwaltung. Das Merkmal der Befähigung schließt beispielsweise Sprachkenntnisse ein (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 92; Hense 2021: Rn. 15; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 17). Die interkulturelle Kompetenz wird als weiteres Beispiel für die Fähigkeit zum Umgang mit Menschen und damit als allgemeines, leistungsrelevantes Persönlichkeitsmerkmal eingestuft (Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 17). Auch die eigene Lebenserfahrung von Migrant_innen und ihren Nachkommen kann in die Beurteilung einflie-

ßen, wenngleich diese nicht zu automatischen Schlüssen im Hinblick auf die interkulturelle Kompetenz führen darf. Das Prinzip der Bestenauslese ist damit keineswegs auf formale Aspekte wie etwa Abschlüsse und Noten beschränkt, sondern lässt eine Würdigung des persönlichen Hintergrunds eines Bewerbers bzw. einer Bewerberin durchaus zu, wenn dieser einen unmittelbaren Bezug zur Eignung bzw. Leistung, das heißt einen inhaltlichen Bezug zu der zu besetzenden Stelle aufweist.

Heranziehung weiterer Kriterien

Da Art. 33 Abs. 2 GG die Auswahlkriterien abschließend nennt, muss die Auswahl unter verschiedenen Bewerber_innen unmittelbar an der Leistung ansetzen.³⁴ Dies setzt der Anwendung leistungsfremder Kriterien zwangsläufig Grenzen.

Hilfskriterien bei gleicher Eignung

Art. 33 Abs. 2 GG ist schranken- und vorbehaltlos gewährleistet.³⁵ Über Eignung, Befähigung und fachliche Leistungen hinausgehende Kriterien dürfen bei der Bewerber_innenauswahl daher nur herangezogen werden, wenn sich allein aus dem Leistungsprinzip kein eindeutiger Schluss auf eine_n bestimmte_n Bewerber_in ergibt, der oder die gegenüber den Konkurrent_innen um die Stelle einen Vorsprung hat.³⁶ Es handelt sich um eine Ausnahme, die nur dann zur Anwendung kommen darf, wenn alle eignungs- und leistungsbezogenen Kriterien erschöpfend gewürdigt worden sind. Der Leistungsbezug des Auswahlverfahrens darf durch Hilfskriterien nicht überlagert werden.

Grundsätzlich müssen die Bewerber_innen „gleich geeignet“ sein, um zusätzliche Auswahlkriterien heranziehen zu können. Ob mehrere Personen gleich geeignet sind, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls – die Prüfung setzt jedoch voraus, dass die Eignung jeweils aufgrund gleicher Kriterien und Maßstäbe ermittelt worden ist.³⁷ In der Rechtsprechung wird zuweilen gefordert, dass die Bewerber_innen „absolut gleich geeignet“ sind,³⁸ zuweilen wird darauf abgestellt, dass sie „im Wesentlichen gleich geeignet“ sind.³⁹ Dies ist auch eine Frage der Praktikabilität, um den mit der Absolutheit des Vergleichsmaßstabs verbundenen Schwierigkeiten zu begegnen. Wegen der zunehmend strengen Rechtsprechung zu den zulässigen Hilfskriterien (dazu 4.1.3) wird in der Literatur (Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.26) jedoch für einen eher engen Maßstab plädiert.

Als Verfassungsgüter, die das Prinzip der Bestenauslese einschränken können, werden beispielsweise der föderale

³⁰ BVerfGE 110, 304, 322; BVerwGE 122, 147, Rn. 15.

³¹ BVerfGE 110, 304, 322; BVerwGE 122, 147, Rn. 14; BVerwGE 144, 186, Rn. 20.

³² BVerfGE 108, 282, 296; BVerfG, NVwZ 2013, 573, 574; BVerfG, NVwZ 2016, 59, 60; BVerwGE 124, 99, Rn. 19; BAGE 104, 295, Rn. 33; BAGE 126, 26, Rn. 32.

³³ BVerwGE 61, 325, Rn. 31.

³⁴ BVerwGE 122, 237, Rn. 14; BVerwGE 124, 99, Rn. 19.

³⁵ BVerfGE 139, 19, 49.

³⁶ BVerfG, NVwZ 2011, 746, 747; BVerfG, NVwZ 2008, 69, 69; BVerwGE 144, 186, Rn. 19; BVerwGE 145, 237, Rn. 24; Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 116 bezeichnet diese Situation treffend als „Leistungsstätt“.

³⁷ BVerwGE 141, 361, Rn. 17; Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.39.

³⁸ BVerwGE 86, 244, Rn. 21.

³⁹ BVerwGE 122, 147, Rn. 15; BVerfG, NVwZ 2013, 573, 574.

Proporz nach Art. 36 Abs. 1 GG, die Förderpflicht für schwerbehinderte Menschen aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG oder das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 117; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 21; von Roetteken 2021a: 425) genannt. Insbesondere das **Sozialstaatsprinzip** ist jedoch sehr schwach konturiert, um allein daraus das Ziel der interkulturellen Öffnung der Verwaltung abzuleiten. Womöglich ließe sich damit für eine allgemeine Förderung der Beschäftigung unterrepräsentierter Gruppen argumentieren, jedoch wäre auch dies mit Unsicherheiten verbunden, zumal der Begriff „soziale Erwägungen“ (so Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 21) sehr vage ist.

Wegen Art. 3 Abs. 2 GG, der den Staat zum Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile in der **Gleichstellung von Frauen und Männern** verpflichtet und ihm damit auch den Abbau struktureller Benachteiligungen von Frauen aufgibt, wird das Geschlecht als zulässiges Hilfskriterium angesehen. Dies setzt aber voraus, dass Männer nicht schematisch zurückgewiesen werden. Auch eine gänzliche Missachtung des Leistungsprinzips ist unzulässig – wie etwa im Fall strikter Quoten oder einer Bevorzugung von Frauen ungeachtet gleicher Leistung – (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 199; Badura 2021: Rn. 32; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 20). Die Bevorzugung gleich qualifizierter Frauen ist dagegen mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar.⁴⁰

Auch das Abstellen auf das Vorliegen einer **Behinderung** wird als zulässiges Hilfskriterium angesehen. Zur Begründung wird auf den Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verwiesen, der die Benachteiligung, nicht aber die Bevorzugung wegen einer Behinderung verbietet (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 120; vgl. BVerfGE 96, 288, 302 f.)

Das vormals in der Praxis oft herangezogene **Lebens- oder Dienstalder** ist dagegen kein zulässiges Hilfskriterium, da es in Art. 3 GG keine entsprechende Schutznorm gibt (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 199). Von einem hohen Dienstalder kann zwar auf die praktische Bewährung in einem Amt, aber nicht per se auf einen höheren Leistungsstand oder eine Eignung als Führungskraft geschlossen werden.⁴¹

Auch **haushaltsrechtliche Fragen** (BAGE 103, 212, Rn. 28) oder die **Personalpolitik** der Dienstherr_innen und Arbeitgeber_innen im öffentlichen Dienst zählt nicht zu den mit Verfassungsrang ausgestatteten Interessen (Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.35). So hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) das Anliegen, eine ausgewogene Altersstruktur unter den Beschäftigten zu schaffen, mangels Verfassungsrang nicht als hinreichend gewichtig erachtet, auch wenn das Anliegen personalpolitisch wünschenswert sein mag.⁴² Die Argumentation ist auf das Anliegen der interkulturellen Vielfalt in der Verwaltung übertragbar (Ziekow 2014: 771).

Hilfskriterien bei ungleicher Eignung

Sind verschiedene Bewerber_innen nicht gleich geeignet oder sollen leistungsfremde Kriterien ungeachtet der Eignung die Auswahlentscheidung leiten, sind die Hürden hoch. Die Berücksichtigung anderer als unmittelbar leistungsimmanenter Aspekte setzt voraus, dass Ziele mit Verfassungsrang verfolgt werden, die bei strikter Anwendung des Leistungsprinzips nicht erreicht werden können.⁴³ Allgemeine sozial- oder gesellschaftspolitische Ziele oder „exekutivische Eigeninteressen“ bilden keine hinreichende Rechtfertigung für die Abkehr vom Leistungsprinzip (BAGE 155, 29, Rn. 17; Badura 2021: Rn. 26).

Zudem bedarf es dafür einer gesetzlichen Grundlage. Es ist also Aufgabe des Gesetzgebers, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Leistungsprinzip und den sonstigen in der Verfassung geschützten Belangen vorzunehmen.⁴⁴ Da Art. 33 Abs. 2 GG die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes gewährleisten soll, dürfen leistungsfremde Hilfskriterien bei der Bewerber_innenauswahl nur berücksichtigt werden, wenn eine „ernsthafte Gefährdung der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes“ besteht, die anders nicht abgewendet werden kann.⁴⁵ Nur wenn die Funktionsfähigkeit bereits beeinträchtigt ist, dürfen Hilfskriterien auch ohne gesetzliche Grundlage herangezogen werden. Dies ist jedoch erst der Fall, wenn „schwerwiegende Defizite“ bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestehen. Eine Beeinträchtigung des Dienstbetriebs durch Personalmangel reicht jedenfalls nicht aus.⁴⁶

Reichweite und Grenzen des Auswahlermessens

Aufgrund ihrer Organisations- und Planungshoheit haben Dienstherr_innen bzw. Arbeitgeber_innen im öffentlichen Dienst einen weiten Beurteilungsspielraum. Sie dürfen ihre Personalpolitik an den eigenen „organisatorischen Bedürfnissen und Möglichkeiten“ ausrichten.⁴⁷ Innerhalb des Rahmens, der durch das Leistungsprinzip – aber auch durch die Grundrechte oder andere Verfassungsgüter⁴⁸ – gesteckt ist, können sich die einstellenden Körperschaften daher frei bewegen.⁴⁹ Sie dürfen nicht nur frei entscheiden, ob bestimmte Stellen geschaffen werden, sondern auch über deren Zuschnitt und die Gewichtung der Qualifikationsmerkmale.⁵⁰ Ob und welche Hilfskriterien ein_e Dienstherr_in bzw. ein_e Arbeitgeber_in anwendet, liegt in seinem bzw. ihrem Ermessen, solange damit keine Ab-

⁴⁰ BAGE 104, 264, Rn. 39; vgl. auch BVerwG, NVwZ 2018, 1.573, 1.577.

⁴¹ BVerwGE 122, 147, Rn. 15; BVerwGE 144, 186, Rn. 23.

⁴² BVerwGE 145, 237, Rn. 25; BVerwGE 122, 147, Rn. 19.

⁴³ BVerfGE 139, 19, 56; NVwZ 2008, 69, 69; BVerwGE 122, 147, Rn. 12; BVerwGE 122, 237, Rn. 14; BVerwGE 124, 99, Rn. 18; BVerwGE 133, 143, Rn. 10.

⁴⁴ BVerfGE 139, 19, 50; BVerwGE 134, 59, Rn. 37.

⁴⁵ BVerwGE 122, 237, Rn. 14; BVerwGE 124, 99, Rn. 18; BVerwGE 145, 237, Rn. 23 und 25; Ziekow 2014: 767.

⁴⁶ BVerwGE 122, 237, Rn. 20; BVerwGE 145, 237, Rn. 25.

⁴⁷ BVerwGE, 101, 112, Rn. 19; BVerwGE 115, 58, Rn. 28; BVerfG, 20.9.2007, 2 BvR 1972/07, Rn. 13; Badura 2021: Rn. 27.

⁴⁸ BVerfGE 108, 282, 296.

⁴⁹ BVerwGE 61, 325, Rn. 29; BAGE 148, 123, Rn. 14.

⁵⁰ BVerfG, NVwZ 2008, 69, 70; BVerfG, NVwZ 2016, 764, 766; BVerwGE 145, 237, Rn. 20; BVerwGE 147, 20, Rn. 25.

kehr vom Prinzip der Bestenauslese bewirkt wird (Ziekow 2014: 771).

Anforderungsprofil

Nicht nur die Auswahlentscheidung, sondern das gesamte Bewerbungsverfahren muss dem Grundsatz der Bestenauslese genügen (BAGE 104, 295, Rn. 31; Kümper 2017: 414). Daher muss vor der Auswahlentscheidung – wenn auch nicht bereits bei Ausschreibung der Stelle – ein Anforderungsprofil für die zu besetzende Stelle feststehen.⁵¹ Das Anforderungsprofil muss zwingend einen inhaltlichen Bezug zu der zu besetzenden Stelle aufweisen.⁵² Leistungsbezogene Anforderungen und Hilfskriterien, die nur darauf abzielen, einer bestimmten Person einen Vorteil im Bewerbungsverfahren zu verschaffen, sind unzulässig (BVerwGE 141, 361, Rn. 18). Die Anforderungen dürfen sich folglich nur auf die im Rahmen der zu besetzenden Stelle anfallenden Aufgaben und unmittelbar auf die zu erbringenden Leistungen beziehen und müssen sich am Grundsatz der Bestenauslese orientieren.⁵³ Nur ein Anforderungsprofil, das diesen Voraussetzungen genügt, darf zum Maßstab der Bewerber_innenauswahl gemacht werden.

Beurteilungsspielräume in der Auswahlentscheidung

Auch die Auswahlentscheidung ist durch Spielräume geprägt – bei der Prognose über die Leistung und Eignung der Bewerber_innen handelt es sich um einen „Akt wertender Erkenntnis“.⁵⁴ Einzustellen ist nicht der oder die „objektiv beste“ Bewerber_in, sondern Dienstherr_in bzw. Arbeitgeber_in haben einen recht weiten Beurteilungsspielraum bei der Würdigung der besten Eignung (BVerwGE 61, 325, Rn. 31). Maßgeblich ist, ob ein_e Bewerber_in den fachlichen Anforderungen des zu übertragenden Amtes genügt und dieses zuverlässig ausüben kann.

Dem Organisations- und Auswahlermessen sind jedoch verfassungsimmanente Grenzen gezogen; diese können sich beispielsweise aus dem Gleichheitssatz nach Art. 3 GG oder den Grundrechten der Bewerber_innen ergeben. Auch das Unionsrecht schränkt den Spielraum ein; dies betrifft namentlich die Gleichbehandlungsgebote des Primär- und Sekundärrechts (dazu 3.). Das Ermessen wird überdies durch gesetzliche Vorgaben, etwa zur bevorzugten Einstellung von Frauen nach § 8 Satz 1 des Bundesgleichstellungsgesetzes (BGleIG) oder die Benachteiligungsverbote des AGG, aber auch untergesetzliche Vorgaben wie Richtlinien und Verwaltungsvorschriften eingeschränkt (Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.28ff., dazu 4.1.3). Letztere sind verbindlich, sofern sie nicht höherrangiges Recht verletzen.

Dienstherr_innen bzw. Arbeitgeber_innen dürfen ihren Beurteilungsspielraum folglich nicht in diskriminierender Weise wahrnehmen. Gerade das Auswahlermessen eröffnet aber auch Ansatzpunkte für eine interkulturelle Öffnung der Verwaltung: In der Praxis wird es oftmals darum gehen, die Wahrnehmung der Leistungen und Leistungsfähigkeit von Menschen mit Migrationshintergrund zu verbessern und Zugangshindernisse abzubauen, die aus einer diskriminierenden Würdigung ihrer Lebensläufe resultieren können. Zugleich muss das Bewusstsein für besondere Kompetenzen und Fähigkeiten gestärkt werden, die Migrant_innen und ihre Nachkommen in die Verwaltung einbringen können (aber nicht notwendigerweise müssen).

Gerichtliche Kontrolle von Auswahlentscheidungen

Mit dem Anforderungsprofil besteht durchaus die Möglichkeit, das Bewerber_innenfeld zu beeinflussen und einzuengen (BAGE 148, 123, Rn. 13). Bei Beamt_innen wird mit der Festlegung des Anforderungsprofils unter Umständen sogar „ein wesentlicher Teil der Auswahlentscheidung [für die spätere Zuweisung des Statusamtes] vorweggenommen“ (BVerfG, 20.9.2007, 2 BvR 1972/07, Rn. 15). Daher ist die gerichtliche Überprüfung einer Stellenbesetzung möglich. Sie beschränkt sich angesichts der Personal- und Organisationshoheit aber darauf, ob der Auswahlentscheidung ein zutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt worden ist, ob allgemeingültige Wertmaßstäbe herangezogen und keine sachfremden Erwägungen angestellt worden sind und schließlich die Einhaltung des Verfahrens (BVerfGE 108, 282, 296; BAGE 126, 26, Rn. 35) gewährleistet ist. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Auswahlentscheidung.

4.2 ALLGEMEINER GLEICHHEITSSATZ, ART. 3 GG

Neben Art. 33 Abs. 2 GG ist Art. 3 GG zu beachten. Dieser enthält in Absatz 2 und Absatz 3 besondere Gleichheitssätze und in Absatz 1 den allgemeinen Gleichheitssatz. Die besonderen Gleichheitssätze ergänzen sich untereinander und gehen dem allgemeinen Gleichheitssatz aufgrund ihrer Spezialität vor. Wegen der Vorgaben zur Gleichheit der Geschlechter in Art. 3 Abs. 2 GG ist die Frauenförderung in Beschäftigungsverhältnissen weitgehend etabliert. Dies allein lässt jedoch nicht den Schluss auf die Zulässigkeit positiver Maßnahmen im Hinblick auf andere Kategorien zu, sondern es bedarf wegen der Systematik Art. 3 GG der Differenzierung.

4.2.1 POSITIVE MASSNAHMEN ZUGUNSTEN VON FRAUEN NACH ART. 3 ABS. 2 SATZ 2 GG

In Bezug auf die Gleichberechtigung von Männern und Frauen enthält Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG ausdrücklich einen Auftrag an den Staat, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Ein solcher ausdrücklicher Handlungsauftrag findet sich bezüglich anderer Kate-

⁵¹ BAGE 104, 295, Rn. 33; BAGE 126, 26, Rn. 32.

⁵² BVerwGE 141, 361, Rn. 19; BAGE 148, 123, Rn. 13; BAG, 10.2.2015, 9 AZR 554/13, Rn. 15.

⁵³ BVerfG, 20.9.2007, 2 BvR 1972/07, Rn. 8; BVerfG, NVwZ 2011, 746, 747.

⁵⁴ BVerfGE 108, 282, 321; BVerwGE 115, 60, Rn. 31.

gorien bisher⁵⁵ nicht. Daraus wird teilweise im Umkehrschluss gefolgert, dass positive Maßnahmen zugunsten anderer Gruppen unzulässig seien (Majer/Pautsch 2020: 417). Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, warum allein aus dem Umstand, dass Art. 3 Abs. 3 GG keinen expliziten Auftrag zur Förderung anderer benachteiligter Gruppen normiert, auf die Unzulässigkeit entsprechender Maßnahmen geschlossen wird (vgl. hierzu Payandeh 2021: 15). Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG berührt die Zulässigkeit positiver Maßnahmen zugunsten von Migrant_innen und ihren Nachkommen nicht. Sie mögen vielleicht nicht verpflichtend geboten sein, sind aber zumindest nicht wegen des Gebots der Frauenförderung von vornherein ausgeschlossen.

4.2.2 DISKRIMINIERUNGSVERBOTE AUS ART. 3 ABS. 3 GG

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet die Benachteiligung oder Bevorzugung wegen des Geschlechts, der Abstammung, der „Rasse“, der Sprache, Heimat und Herkunft, des Glaubens sowie der religiösen oder politischen Anschauungen.

Migrant_innen und ihre Nachkommen können von den Diskriminierungskategorien „Rasse“, Sprache, Heimat und Abstammung betroffen sein (vgl. Liebscher 2019: 23; Ziekow 2013: 16f.); auch der Glaube und die Religion sind von Bedeutung (dazu 1.1.2). Darüber hinaus kann im Einzelfall die soziale Herkunft tangiert sein, die gemeinhin als „ständisch-soziale Abstammung“ (BVerfGE 5, 17, 22; BVerfGE 48, 281, 287f.) einer Person verstanden wird. Sie beschreibt die Zugehörigkeit zu einer sozialen Schicht oder Klasse, die von den eigenen Vorfahren vermittelt ist.⁵⁶ Zur Frage, inwieweit Art. 3 Abs. 3 GG positiven Maßnahmen zu ihren Gunsten entgegensteht, werden verschiedene Auffassungen vertreten.

Da Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG wegen der Behinderung nur Benachteiligungen – also nicht wie Satz 1 bezüglich der dort genannten Merkmale auch Bevorzugungen – verbietet, wird zum Teil angenommen, die Norm erlaube allein Maßnahmen zur Förderung der Gleichberechtigung von Menschen mit Behinderung und verbiete im Umkehrschluss solche bezüglich anderer Merkmale (Majer/Pautsch 2020: 416f.). Voraussetzung für diese Schlussfolgerung ist allerdings, dass positive Maßnahmen überhaupt unter den Begriff der Bevorzugung fallen. Dies ist umstritten und hängt davon ab, wie der Schutzzweck des Art. 3 Abs. 3 GG verstanden wird.

Materielles Gleichheitsverständnis

Nach einem „asymmetrisch-materiellen Verständnis“ werden positive Maßnahmen, die lediglich bestehende Nachteile ausgleichen, ohne zusätzliche Nachteile für Dritte zu bewirken, nicht als Bevorzugung verstanden. Es handele sich um eine schlichte Differenzierung, die tatbestandlich

nicht von Art. 3 Abs. 3 GG erfasst sei (Baer/Markard 2018: 419, 423; wohl auch Grünberger et al. 2021: 54). Diskriminierung wird danach nicht mehr als Vorwurf an die einzelnen Täter_innen, sondern als Erfahrung der Ausgrenzung oder geringeren Berücksichtigung bei der Verteilung von Ressourcen, das heißt strukturell begriffen (Sacksofsky 2019: 387). Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die gesellschaftliche Realität, in der Chancen, Ressourcen und Anerkennung ungleich verteilt sind (Baer 2010: 14). Maßnahmen, die solche historischen Benachteiligungen ausgleichen, sich gegen Stigmatisierung wenden oder sonst tatsächlich Gleichstellung fördern, seien nicht rechtfertigungsbedürftig, sondern zulässig, solange sie tatsächlich Gleichberechtigung erreichen, ohne selbst wieder stigmatisierend zu wirken (Baer/Markard 2018: Rn. 423). Positive Maßnahmen stellten danach schon keine Bevorzugung dar, weil mit asymmetrischen Maßnahmen auf ungleiche, also asymmetrische Ausgangsverhältnisse reagiert werde (Liebscher 2019: 25).

Formales Gleichheitsverständnis

Nach anderer Ansicht – der ein eher formales, symmetrisches Verständnis zugrunde liegt (vgl. Baer/Markard 2018: Rn. 418) – kommt der Unterscheidung zwischen Benachteiligung und Bevorzugung keine Bedeutung zu (Kischel 2021: Rn. 211). Denn die Benachteiligung der einen Gruppe sei notwendigerweise mit der Bevorzugung der anderen Gruppe verbunden (Langenfeld 2021: Rn. 27; Majer/Pautsch 2020: 417). Weil mit nahezu jeder Differenzierung Benachteiligungen oder Bevorzugungen verbunden seien, müssten die Kriterien des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als „Differenzierungsverbote“ verstanden werden (Heun 2013: Rn. 117 und 119; vgl. auch BVerfGE 96, 288–315, 302). Das Bundesverfassungsgericht spricht davon, dass die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden dürften.⁵⁷

Von Vertreter_innen dieser Ansicht als zulässig erachtet werden allerdings Regelungen, die nicht gegenüber einzelnen Personen rechtlich differenzieren, sondern Teil einer allgemeinen (Förder-)politik sind (Langenfeld 2021: Rn. 30; vgl. auch Majer/Pautsch 2020: 417). Der Gesetzgeber dürfe kulturelles, religiöses und politisches Leben sowie sprachliche oder regionale Vielfalt insgesamt fördern (Heun 2013: Rn. 119). Begründet wird dies nicht zuletzt damit, dass Art. 3 Abs. 3 GG eine Grundentscheidung für den staatlichen Schutz von Minderheiten beinhalte, sodass der Ausgleich tatsächlicher Nachteile zulässig sei, solange dieser an eines der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale anknüpfe und verhältnismäßig sei (Ziekow 2014: 768). Auch das BVerfG verweist auf den Zweck der Regelung: Dieser liege darin, „strukturell diskriminierungsgefährdete Gruppen von Benachteiligungen zu schützen“ (BVerfGE 147, 1, 28).

⁵⁵ Die Aufnahme eines ausdrücklichen Schutz- bzw. Handlungsauftrags des Staates wird diskutiert (vgl. Gesetzesentwurf BT-Drs. 19/24434).

⁵⁶ Die individuelle aktuelle wirtschaftliche oder soziale Situation spielt insofern keine Rolle, BVerfGE 9, 124, 128f.

⁵⁷ BVerfGE 85, 191, 206; BVerfGE 147, 1, 27.

Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Ansonsten können positive Maßnahmen auch nach letzterer Ansicht zulässig sein, wenn die Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann. Dies ist durch kollidierendes Verfassungsrecht möglich.⁵⁸ Darunter fallen etwa die Freiheitsrechte, das Sozialstaatsprinzip oder Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG selbst (Baer/Markard 2018: Rn. 476). Letzteres, also ob Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG selbst als kollidierendes Verfassungsrecht herangezogen werden kann, ist allerdings umstritten.

In der Literatur wird vertreten, dass sich positive Maßnahmen aufgrund des Gleichheitsprinzips nur in Bezug auf das Geschlecht (Art. 3 Abs. 2 GG) sowie auf Behinderungen (Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG) rechtfertigen ließen, da nur aus diesen Verbürgungen eine Schutzpflicht abgeleitet werden könne (Langenfeld 2021: Rn. 74; a. A. beispielsweise: Jarass 2020, Rn. 150). Die Frage der Schutzpflichten selbst ist allerdings auch umstritten. Anhaltspunkte dafür, dass dem Gleichheitssatz nicht nur ein Abwehrrecht gegen Benachteiligungen innewohnt, sondern sich daraus auch eine staatliche Schutzpflicht ableiten lässt, finden sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) (Payandeh 2021: 17). So hat das Gericht im November 2020 in der Pflicht der Arbeitgeber_innen, das Personal vor rassistischen Anfeindungen zu schützen,⁵⁹ eine Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gesehen (BVerfG, 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19, Rn. 19). Es bleibt in seiner Argumentation damit knapp hinter der ausdrücklichen Annahme einer Schutzpflicht zurück (Payandeh 2021: 18). Schon 2017 hatte das BVerfG in der Entscheidung zur „Dritten Option“ festgestellt, dass der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligungen schützen soll (BVerfGE 147, 1, 28). Auch der vom BVerfG betonte enge Bezug zwischen Gleichheitssatz und Menschenwürdegarantie spreche für die Annahme einer staatlichen Schutzpflicht (Grünberger et al. 2021: 52; vgl. hierzu BVerfGE 144, 20, 207f.)

Zwischen den konkurrierenden Verfassungsgütern muss ein sachgerechter Ausgleich hergestellt werden (Jarass 2020: Rn. 153). Der Konflikt zwischen verschiedenen Träger_innen eines vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechts und anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern ist nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz zu lösen. Dies bedeutet, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren (BVerfGE 93, 1, 21). Die Art und Weise der Unterscheidung im Vergleich beider Gruppen darf daher nicht unverhältnismäßig sein (vgl. BVerfG, 20.9.2007 – 2 BvR 855/06, Rn. 18).

4.2.3 POSITIVE MASSNAHMEN ALS VERBOTENE DISKRIMINIERUNG?

Vieles spricht dafür, mit einem materiellen Gleichheitsverständnis nicht jede Ungleichbehandlung, die sich zugunsten von Migrant_innen und ihren Nachfahren auswirkt, als unzulässige Bevorzugung anzusehen. Art. 3 Abs. 3 GG lässt sich nicht entnehmen, dass jede Differenzierung verboten ist.

Wortlaut des Gleichheitssatzes

Der Wortlaut spricht gerade nicht von Differenzierung oder Ungleichbehandlung, sondern von „Benachteiligung“ und „Bevorzugung“. Zwar mag mit der Bevorzugung einer Gruppe im Einzelfall eine Benachteiligung einer anderen Gruppe verbunden sein. Es gibt jedoch auch Ungleichbehandlungen, die sich weder als Bevorzugung noch als Benachteiligung darstellen. Dies gilt insbesondere, wenn Personen der einen Gruppe mangels struktureller Benachteiligung gar keiner Fördermaßnahmen bedürfen und durch den Nachteilsausgleich folglich keine Nachteile haben. Wird beispielsweise für Kinder mit mangelnden Deutschkenntnissen in der Schule zusätzlicher Deutschunterricht angeboten, würde man wohl kaum von einer Benachteiligung der Schüler_innen sprechen, deren Deutsch bereits sehr gut ist und die daher vom Unterricht nicht weiter profitieren würden. Zudem hängt es immer auch von der individuellen Situation ab, ob sich eine Ungleichbehandlung vorteilhaft oder nachteilig auswirkt.

Systematische Zusammenhänge zur Förderung von Menschen mit Behinderung

Der Abbau bestehender Nachteile mag sich für diejenigen, die bisher nicht von diskriminierenden Strukturen betroffen waren, vielleicht als Benachteiligung ihrer selbst und Bevorzugung der bisher Benachteiligten anfühlen. Dies lässt jedoch keine Rückschlüsse auf die objektive rechtliche Bewertung des Nachteilsabbaus zu.

In Bezug auf Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG hat das BVerfG hierzu treffend ausgeführt, dass eine Benachteiligung nicht nur in Ungleichbehandlungen gesehen werden kann, die die Situation der jeweiligen Gruppe verschlechtern, sondern auch bei einem Ausschluss von Entfaltungs- und Beteiligungsmöglichkeiten gegeben sein kann, der nicht hinlänglich durch Fördermaßnahmen kompensiert wird (BVerfGE 96, 288, 303). Dieses Verständnis kann auch auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG angewandt werden. Dem steht nicht entgegen, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG jede Benachteiligung und jede Bevorzugung verbietet, wohingegen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG wegen der Behinderung nur Benachteiligungen untersagt. Daraus lässt sich weder auf die Definition der Bevorzugung schließen noch spricht dies für eine unterschiedliche Auslegung des Begriffs der Benachteiligung in Satz 1 und Satz 2. Der Unterschied zwischen einer Behinderung und den von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG erfassten Kategorien liegt darin, dass sich die Behinderung oftmals nicht erst im Zusammenwirken mit entsprechenden Einstellungen und Vorurteilen im gesellschaftlichen Umfeld nachteilig auswirkt. Vielmehr handelt es sich um eine

⁵⁸ BVerfGE 92, 91, 109; BVerfGE 114, 357, 364.

⁵⁹ § 3 Abs. 3, § 12 Abs. 3 AGG und § 75 Abs. 1 BetrVG.

Eigenschaft, die die Lebensführung im Verhältnis zum Nichtbehinderten unabhängig von Einstellungen der Gesellschaft grundsätzlich schwieriger macht (BVerfGE 96, 288, 302).

Aus diesem Grund sind Bevorzugungen von Menschen mit Behinderung gegenüber Nichtbehinderten verfassungsrechtlich nicht grundsätzlich verboten (BVerfGE 96, 288, 302f.). Ausgleichende Fördermaßnahmen sind in Bezug auf Behinderungen zwar leichter möglich als solche im Hinblick auf die übrigen Kategorien des Absatzes 3, da sogar bevorzugend wirkende Fördermaßnahmen zulässig sind. Aus diesem Unterschied lässt sich allerdings nicht herleiten, dass jede Fördermaßnahme eine nach Satz 1 verbotene Bevorzugung darstellt. Im Gegenteil weist die Definition der Benachteiligung darauf hin, dass Fördermaßnahmen nötig sein können, um Benachteiligungen zu verhindern oder auszugleichen.

Sinn und Zweck des besonderen Gleichheitssatzes

Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen (BVerwGE 147, 1, 28). Dies gebietet es gerade nicht, strukturell bestehende Vorteile anderer Gruppen zu erhalten. Vielmehr ist es angebracht, ausgleichende Maßnahmen zuzulassen und nicht als Bevorzugung von Angehörigen der strukturell diskriminierungsgefährdeten Gruppe zu sehen. Dies entspricht auch dem völkerrechtlichen Verständnis von „affirmative actions“, etwa zur Beseitigung der „Rassendiskriminierung“ nach Art. 1 Abs. 4 INCERD (dazu 2.1). Da auch die Grundrechte nach dem Prinzip der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zu interpretieren sind, bleibt für ein anderes Verständnis positiver Maßnahmen kein Raum.

Zwischenergebnis

Auch die Entstehungsgeschichte des Gleichheitssatzes steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Dass Gleichheit zunächst als „Gleichheit vor dem Gesetz“ verstanden wurde, spiegelte nur die Funktion des Gesetzgebers als Hersteller von Gleichheit wider (Boysen 2021: Rn. 4). Das Verständnis des Gleichheitssatzes hängt zudem eng mit den jeweiligen gesellschaftlichen Gegebenheiten zusammen, sodass die historische Auslegung nur eine geringe Rolle spielen kann (vgl. hierzu Boysen 2021: Rn. 3–6). Den Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG liegen insbesondere die Erfahrungen mit menschenverachtender Diskriminierung in der NS-Zeit zugrunde; es muss durch Auslegung erfasst werden, was heute entsprechend bedeutsam ist (Baer/Markard 2018: Rn. 387f; vgl. hierzu auch BVerfGE 147, 1, 29). Selbst wenn dem Verfassungsgeber 1949 also nur Diskriminierungen „vor dem Gesetz“ vor Augen gestanden haben sollten, würde dies heute einem auf materielle Gleichheit gerichteten Verständnis, dessen Ziel es ist, auch den aktiven Abbau anderer struktureller Benachteiligungen zu ermöglichen, nicht entgegenstehen.

Auch wenn demnach nicht jede positive Maßnahme als nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Bevorzugung anzusehen ist, hat dies nicht zur Folge, dass diese in jedem Fall zulässig sind. Gehen sie mit einer Ungleichbehandlung einher,

sind sie jedenfalls am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen. Sie sind rechtfertigungsbedürftig und müssen daher verhältnismäßig sein. Am Ende bleibt die Frage der Zulässigkeit eine Frage des Einzelfalls (Payandeh 2021: 23).

4.3 SCHUTZ DER RELIGIONSFREIHEIT

Für die Förderung der Diversität in der Verwaltung – wie auch in der Gesellschaft insgesamt – kommt der Religionsfreiheit besondere Bedeutung zu. Die intensiv geführte Debatte um das Tragen des islamischen Kopftuchs hat dies verdeutlicht, wurde in diesem Kontext doch immer wieder die Frage nach der „Integration“ von Muslim_innen⁶⁰ aufgeworfen.

4.3.1 VERBOT DER BENACHTEILIGUNG AUS RELIGIÖSEN GRÜNDEN, ART. 33 ABS. 3 GG

Art. 33 Abs. 3 GG ergänzt den Gleichheitsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG (BVerwGE 47, 330, Rn. 89). Die Regelung statuiert ebenso wie Art. 3 Abs. 3 GG ein allgemeines Benachteiligungsverbot aus religiösen Gründen, mit dem einerseits die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates gewährleistet, andererseits der gleichberechtigte Zugang zu öffentlichen Ämtern Art. 33 Abs. 2 GG konkretisiert werden soll (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 139; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 24b). Das Benachteiligungsverbot bezieht sich nicht nur auf den „Genuß bürgerlicher und staatsbürgerlicher Rechte“, sondern explizit auch auf die Zulassung zu öffentlichen Ämtern, der unabhängig vom religiösen Bekenntnis auszugestalten ist. Die Regelung hat grundrechtsgleichen Charakter (BVerfGE 79, 69, 65). Ihr Anwendungsbereich beschränkt sich nicht auf deutsche Staatsangehörige (Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 24b).

Art. 33 Abs. 3 GG zielt nicht allein auf eine Verknüpfung des Ämterzugangs mit einem bestimmten religiösen Bekenntnis. Art. 33 Abs. 3 GG untersagt jede Benachteiligung beim Zugang zu öffentlichen Ämtern⁶¹ aus Gründen der Religion. Der Zugang zu öffentlichen Ämtern darf daher nicht aus Gründen verwehrt werden, die mit der Religionsfreiheit unvereinbar sind.⁶² Dies schließt nach der Rechtsprechung des BVerfG zwar Dienstpflichten nicht aus, die in die Glaubensfreiheit eingreifen und damit für glaubensgebundene Bewerber_innen den Zugang zum öffentlichen Dienst erschweren oder ausschließen. Jedoch gelten insofern strenge Anforderungen an die Rechtfertigung, zumal die Glaubensfreiheit vorbehaltlos gewährleistet ist (BVerfGE 108, 282, 298).

Ausnahmen von der Gleichbehandlung aller Religionen sind folglich nur gerechtfertigt, wenn mit ihnen Ziele von Verfassungsrang verfolgt werden. So wird Art. 33 Abs. 3

⁶⁰ Speziell zu den Leitbildern der Integration bei Muslim_innen: Bolat 2014: 111.

⁶¹ Der Begriff ist deckungsgleich mit dem in Art. 33 Abs. 2 GG und umfasst damit auch Arbeitnehmer_innen im öffentlichen Dienst (Hense 2021: Rn. 25)

⁶² BVerfGE 108, 282, 298; BVerfGE 153, 1, 37.

GG aufgrund des Interesses an der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes durch Art. 33 Abs. 2 GG beschränkt. Politische oder religiöse Überzeugungen dürfen dann zum Maßstab einer Auswahlentscheidung bei der Stellenbesetzung gemacht werden, wenn sie zur fehlenden Eignung eines Bewerbers oder einer Bewerberin führen, etwa wenn dieser oder diese politische Überzeugungen vertritt, die voraussichtlich zum Konflikt mit der Treuepflicht gegenüber der demokratischen Grundordnung führen (BVerwGE 47, 330, Rn. 89). Insofern werden etwa eine Gefährdung des schulischen Bildungsauftrags nach Art. 7 Abs. 1 GG oder das Mäßigungsgebot für Beamt_innen aus Art. 33 Abs. 5 GG herangezogen (Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 144). Beide Ziele haben Verfassungsrang. Wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist jedoch kein Raum für pauschale Verbote gegeben, sondern lediglich im Einzelfall, wenn es zu konkreten Störungen der Arbeitsabläufe kommt oder diese zu befürchten sind.

Wie bereits erörtert, ist die Religion wesentlicher Bestandteil der individuellen kulturellen Prägung, sodass die Regelung für die interkulturelle Öffnung der Verwaltung ein gewisses Gewicht erlangt. In der Vergangenheit wurden immer wieder Debatten um die Zulässigkeit des Zeigens religiöser Symbole durch Arbeitnehmer_innen und Beamt_innen diskutiert. Entsprechende Verbote richten sich zwar oftmals gegen alle religiösen Symbole gleichermaßen. Faktisch betreffen sie jedoch Musliminnen am stärksten, deren Kopftuch ein deutlich sichtbares Zeichen der Religionszugehörigkeit ist, das zudem – anders als womöglich andere Symbole – nicht ohne Weiteres abgelegt werden kann. Verbote können daher der interkulturellen Diversität unter den Beschäftigten in der Verwaltung entgegenstehen, wenn sich Menschen aufgrund ihrer Religion Ablehnung ausgesetzt sehen.

4.3.2 RELIGIONSZUGEHÖRIGKEIT UND EIGNUNG I. S. V. ART. 33 ABS. 2 GG

Das religiöse Bekenntnis wird auch im Zusammenhang mit dem Prinzip der Bestenauslese diskutiert. Es kann einerseits ein Bestandteil der Eignung i. S. v. Art. 33 Abs. 2 GG eines Bewerbers oder einer Bewerberin sein, wenn es um die Besetzung von Stellen geht, die so stark durch die Religionszugehörigkeit geprägt sind, dass daneben andere Gesichtspunkte zurücktreten – beispielsweise bei Religionslehrer_innen (Brosius-Gersdorf 2015: 98).

Für die interkulturelle Diversität der Verwaltung weit aus folgenreicher dürfte jedoch die in die entgegengesetzte Richtung zielende Wertung sein, wonach das offenkundige, äußerlich erkennbare Bekenntnis zu einer bestimmten Religion ein Indiz gegen die Eignung für ein öffentliches Amt sein kann (dazu Hense 2021: Rn. 15; Badura 2021: Rn. 43). Dabei wird das äußere Erscheinungsbild einer Person argumentativ mit dem Vertrauen der Bürger_innen in die Integrität von Amtsträger_innen verknüpft, da diese womöglich nicht bereit und in der Lage seien, die Rechte der Bürger_innen und rechtsstaatliche Regeln zu akzeptieren (vgl. von Schwandenflug/Szczerbak 2018: 443 zu Beamt_innen). Exemplarisch wird dabei nahezu aus-

schließlich auf das islamische Kopftuch verwiesen (dazu Wißmann 2019: 219).

Mit der Begründung, dass der Staat zur religiös-weltanschaulichen Neutralität verpflichtet sei, wird daher das Zeigen religiöser Symbole am Arbeitsplatz untersagt. Explizite Verbote gelten in Deutschland vor allem im Beamtenrecht des Bundes und der Länder. Sie gelten nicht generell, sondern nur bei der Ausübung hoheitlicher Tätigkeiten mit Außenwirkung. Dies betrifft Situationen, in denen Kund_innen bzw. Nutzer_innen staatlicher Einrichtungen einer deutlich sichtbaren religiösen Bekundung gleichsam unentrinnbar ausgeliefert wären – etwa beim Sitzungsdienst von Rechtsreferendar_innen (dazu BVerfGE 153, 1). Nach dem jüngst neu gefassten § 61 Abs. 2 des Bundesbeamtengesetzes (BBG) und § 34 Abs. 1 des Beamtenstatusgesetzes (BeamtStG) darf Beamt_innen das Tragen „religiös konnotierter Merkmale des Erscheinungsbildes“ untersagt werden, wenn „wenn sie objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die neutrale Amtsführung der Beamtin oder des Beamten zu beeinträchtigen“. Nach dem Berliner Neutralitätsgesetz ist das Tragen sichtbarer religiöser oder weltanschaulicher Symbole allen Beschäftigten – und damit auch Arbeitnehmer_innen – im Schuldienst verboten (§ 2 BlnNeutrG). Die Verhüllung des Gesichts ist in den Beamtengesetzen nahezu aller Bundesländer sowie im Hessischen Tarifrecht für Tarifbeschäftigte untersagt (Reidel 2019: 71).

Selbst wenn sich dieses Verbot auf Symbole aller Religionen gleichermaßen bezieht, beinhaltet es einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff in die Religionsfreiheit (Payandeh 2018: 483). Zudem werden Menschen, deren Religionen Kleidungs Vorschriften beinhalten und die für sich keine Wahlfreiheit zum Tragen oder Ablegen bestimmter Kleidungsstücke sehen, gegenüber solchen ungleich behandelt, die keiner Religion angehören oder einer Religion, die keine solchen Vorgaben macht (Stein 2021: 165; Wißmann 2019: 220).⁶³ Die Freiheit des Glaubens und des religiösen Bekenntnisses – die auch die Freiheit des Bekenntnisses nach außen einschließt – sind in Art. 4 Abs. 1 GG ohne Schranken gewährleistet. Folglich hat das BVerfG einen strengen Maßstab angelegt und die verfassungsimmanenten Schranken des Grundrechts aufgezeigt. Durch die Duldung der Religionsausübung einzelner Beschäftigter identifiziere sich der Staat nicht mit dieser und verletze daher nicht per se das Neutralitätsgebot.⁶⁴ Einer Lehrerin darf das Tragen eines Kopftuchs daher nur verboten werden, wenn im Einzelfall der schulische Bildungsauftrag nach Art. 7 Abs. 1 GG verletzt wird, etwa wegen einer ernsthaften Gefährdung des Schulfriedens. Dies könne aber nicht per se allein wegen des Tragens des Kopftuchs angenommen werden, sodass ein pauschales Verbot unzulässig sei.⁶⁵ Auch in der Privatwirtschaft lässt das

⁶³ Zu dieser Frage sowie zur faktisch stärkeren Belastung von Frauen durch entsprechende Verbote ist derzeit ein Verfahren beim EuGH anhängig, Az. C-344/20 (L.F. / C.L.R.S.).

⁶⁴ BVerfGE 108, 282, 305; BVerfGE 138, 296, 336; BVerfGE 153, 1, 38; Brosius-Gersdorf 2015: Rn. 99; Stein 2021: 165.

⁶⁵ BVerfGE 108, 282, 303; BVerfGE 138, 296, 335.

BVerfG den bloßen Verdacht, Kund_innen würden durch eine Verkäuferin mit Kopftuch abgeschreckt, nicht ausreichen (BVerfG, 30.7.2003 – 1 BvR 792/03). Das bloße Tragen eines Kopftuchs kann daher nicht generell untersagt werden – entscheidend ist, ob das individuelle Verhalten der betreffenden Person Zweifel an deren Neutralität auslöst (Badura 2021: Rn. 43).

Im Hinblick auf das Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen nahm das BVerfG dagegen Bezug auf die Pflicht zum Tragen einer Amtstracht, die dem Amt der Richterin weniger Offenheit und Pluralität zugestehe als dem Beruf der Lehrerin; das Tragen eines Kopftuchs könne daher in diesen Fällen von einem objektiven Betrachter dem Staat zugerechnet werden. Die öffentliche Kundgabe von Religiosität sei daher geeignet, das Bild von der Justiz zu beeinträchtigen (BVerfGE 153, 1, 41).

Unmittelbare Rückschlüsse auf die Eignung lässt im Übrigen nur das Tragen gesichtsverhüllender Kleidungsstücke zu, die eine Identifikation der betreffenden Mitarbeiterin unmöglich machen – etwa eine Burka oder ein Niqab. Sie

beeinträchtigen die Kommunikation und Interaktion im Kolleg_innenkreis wie mit den Bürger_innen, was der angemessenen Erledigung der beruflichen Aufgaben entgegensteht (vgl. Brosius-Gersdorf 2015: 99 für Lehrer_innen).

4.4 FAZIT

Das Grundgesetz ermöglicht Vielfalt; diesem Ziel dienen nicht zuletzt die Grundrechte, die für jeden Menschen in unterschiedlicher Ausprägung die Entfaltung seiner Persönlichkeit und die gleichberechtigte Teilhabe gewährleisten. Positive Maßnahmen, die lediglich bestehende Nachteile ausgleichen, stehen im Einklang mit dem Gleichheitsgrundsatz. Diese Möglichkeit besteht nicht grenzenlos, sondern wird im öffentlichen Dienst durch das Prinzip der Bestenauslese beeinflusst. Die interkulturelle Öffnung der Verwaltung ist aber auch danach zulässig, wenn und sofern die Stellen und Ämter mit Personen besetzt werden, die über die erforderliche Eignung, Befähigung und Leistung verfügen.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Prinzip der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet Dienstherr_innen und Arbeitgeber_innen, ihre Auswahlentscheidung ausschließlich auf die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber_innen zu stützen. Hilfskriterien dürfen nur ausnahmsweise herangezogen werden. Soll die interkulturelle Vielfalt im öffentlichen Dienst gestärkt werden, bietet das Leistungsprinzip dafür gleichwohl hinreichende Spielräume, wenn und soweit interkulturelle Belange für die Erfüllung der mit der aus-

geschriebenen Stelle verbundenen Aufgaben von Bedeutung sind. Positive Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung der Verwaltung behandeln zwar wesentlich Gleiches ungleich und beziehen sich auf die Kriterien des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Da sie lediglich bestehende Nachteile ausgleichen, ohne zusätzliche Nachteile für Dritte zu bewirken, sind sie nach vorzugswürdigem materiellem Verständnis von Gleichheit zulässig, ohne dass es einer Rechtfertigung bedarf. ←

POSITIVE MASSNAHMEN IM EINFACHEN RECHT

Den durch die Grundrechte sowie das Unions- und Völkerrecht gesetzten Rahmen hat der Gesetzgeber durch Erlass des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ausgefüllt. Einzelne Bundesländer haben zudem Integrationsgesetze erlassen, um die Gleichstellung von Migrant_innen und ihren Nachfahren zu fördern.

5.1 DAS PRINZIP DER BESTENAUSLESE

Das Prinzip der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG ist gesetzlich ausgeformt, jedoch nur für Beamt_innen. Die Vorgaben können nicht auf Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst angewendet werden; für sie gelten ausschließlich Art. 33 Abs. 2 GG sowie das Tarifrecht, aus welchem bisher jedoch keine Vorgaben zu positiven Maßnahmen hervorgehen.

§ 9 BeamtStG statuiert für die Beamt_innen der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie der sonstigen der Aufsicht eines Landes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, dass Ernennungen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen sind. Geschlecht, Abstammung, „Rasse“ oder ethnische Herkunft, Behinderung, Religion oder Weltanschauung, politische Anschauungen, Herkunft, Beziehungen oder sexuelle Identität der Bewerber_innen sind explizit nicht zu berücksichtigen.

Eine entsprechende Regelung findet sich für die Beamt_innen des Bundes in § 9 S. 1 BBG, hier jedoch ergänzt um den Passus, dass die Aufzählung der Auswahlkriterien „gesetzliche[n] Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben“ nicht entgegensteht. Beispielhaft werden Maßnahmen zur Förderung schwerbehinderter Menschen genannt. Für die Bevorzugung von Menschen mit Migrationshintergrund bedarf es ausweislich des Wortlauts des § 9 BBG einer gesetzlichen Grundlage. Eine solche ist zwar, anders etwa als die Geschlechtergleichstellung nach dem Bundesgleichstellungsgesetz (BGleIG) oder die Beschäftigungspflicht zugunsten von schwerbehinderten Menschen im SGB IX, nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus § 5 AGG (dazu 5.2.4).

5.2 ALLGEMEINES GLEICHBEHANDLUNGSGESETZ

Mit dem AGG sind die verschiedenen Antidiskriminierungsrichtlinien der EU umgesetzt worden. Es enthält Vorgaben zur Verhinderung oder Beseitigung von Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“ oder der ethnischen Her-

kunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§ 1 AGG). Dabei wird zwischen dem allgemeinen Zivilrecht – also dem Zugang zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen – und dem Arbeitsrecht unterschieden. Ist eine Benachteiligung nicht nach Maßgabe des Gesetzes gerechtfertigt, kann die betroffene Person, gegebenenfalls mit Unterstützung von Interessenverbänden, Schadenersatz und Schmerzensgeld nach § 15 AGG beanspruchen. Das AGG bindet auch die Arbeitgeber_innen im öffentlichen Dienst und schränkt deren Auswahlermessen ein (Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.31).

5.2.1 BENACHTEILIGUNGSVERBOT NACH § 7 AGG

Nach § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht aus den in § 1 AGG genannten Gründen benachteiligt werden. Auch Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung der Verwaltung dürfen nicht gegen dieses Benachteiligungsverbot verstoßen. Sie sind unproblematisch, wenn sie schon keine Benachteiligung im Sinne des § 3 AGG darstellen oder aber nach §§ 8 bis 10 AGG bzw. § 5 AGG zulässig sind.

Beschäftigte sind gemäß § 6 Abs. 1 AGG sowohl Arbeitnehmer_innen und Auszubildende als auch Bewerber_innen. Außerdem gelten die Regelungen gemäß § 24 AGG für Beamt_innen und Richter_innen entsprechend. Das Gesetz verbietet unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen. Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn eine Person wegen eines der genannten Gründe eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Wenn dagegen dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines der genannten Gründe gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, spricht man gemäß § 3 Abs. 2 AGG von einer mittelbaren Benachteiligung. Etwas anderes gilt nur, wenn diese Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt werden können und zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (Kamanabrou 2006: 325).

5.2.2 POSITIVE MASSNAHMEN ALS „BENACHTEILIGUNG“?

Positive Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung der Verwaltung können insbesondere die Merkmale der „Ras-

se“ sowie der ethnischen Herkunft berühren. Nach der Rechtsprechung des BAG können unter einer ethnischen Gruppierung Bevölkerungsteile verstanden werden, die durch gemeinsame Herkunft, eine lange gemeinsame Geschichte, Kultur oder Zusammengehörigkeitsgefühl verbunden sind (BAG, 21.6.2012, 8 AZR 364/11, Rn. 31). Teilweise wird angenommen, dieses Kriterium beziehe sich ebenso wie das der „Rasse“ auf all jene, die aufgrund bestimmter Unterschiede von der Mehrheitsgesellschaft als nicht zugehörig eingeordnet würden (Schieck 2003: 46). Dies hätte jedoch zur Folge, dass deutsche Staatsangehörige ohne sogenannten Migrationshintergrund von vornherein nicht benachteiligt werden könnten, da sie weder Opfer rassistischer Zuschreibungen sind noch als fremd und nicht zugehörig angesehen würden (Liebscher 2019: 10). Positive Maßnahmen, die rassistisch oder ethnisch motivierte strukturelle Nachteile ausgleichen, wären demnach keine Benachteiligung. Dieser Lesart liegt jedoch ein ausgesprochen homogener Blick auf Menschen ohne Migrationshintergrund zugrunde, der etwa außer Acht lässt, dass die Hautfarbe keine Frage eigener oder familiärer Migrationserfahrungen ist. Zum anderen kommt es im Kontext des Antidiskriminierungsrechts nicht darauf an, ob ein Mensch einer bestimmten, gar „fremden“ Ethnie angehört. Maßgeblich sind allein negative Zuschreibungen, die auf einer vermeintlichen Andersartigkeit beruhen (Liebscher 2019: 10; Janda 2022: § 25). Es kann also nicht von vornherein angenommen werden, dass positive Maßnahmen im Hinblick auf diejenigen Bewerber_innen ohne Migrationshintergrund von vornherein keine Benachteiligung i. S. d. AGG darstellen (vgl. Kamanabrou 2006: 333). Etwas anderes gilt jedoch – ebenso wie im Kontext des Art. 3 GG – für Maßnahmen einer allgemeinen Förderpolitik wie etwa Maßnahmen zur Sprachförderung, Diversity-Trainings oder die öffentliche Ausschreibung freier Stellen: Da diese nur strukturelle Nachteile ausgleichen, aber den Menschen, die von diesen nicht betroffen sind, keinerlei Nachteile zufügen, liegt hier schon begrifflich keine Benachteiligung vor (Liebscher 2019: 15).

5.2.3 POSITIVE MASSNAHMEN UND „ENTSCHEIDENDE BERUFLICHE ANFORDERUNGEN“

Unmittelbare Benachteiligungen wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe sind der Rechtfertigung zugänglich.⁶⁶ Die Rechtfertigungsmöglichkeiten im Hinblick auf Beschäftigungsverhältnisse sind in den §§ 8–10 AGG abschließend aufgeführt; mit diesen Regelungen wird nicht zuletzt auch die Einhaltung der Grundsätze der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG sichergestellt (Ziekow 2014: 768).

Als Rechtfertigungsgrund kommen insbesondere berufliche Anforderungen nach § 8 AGG in Betracht. Die Rechtfertigung nach § 8 AGG setzt zwingend voraus, dass die ordnungsgemäße Durchführung der Tätigkeit davon abhängt, dass eine Person einer der in § 1 AGG genannten Kategorien zuzuordnen – oder eben gerade nicht zuzuordnen ist (BAG, 27.8.2020 – 8 AZR 62/19, Rn. 51). Die berufliche Anforderung muss folglich objektiv durch die Tätigkeit oder die Bedingungen ihrer Ausübung vorgegeben sein (BAG, 27.8.2020, 8 AZR 62/19, Rn. 51). Die gemessen am Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG zulässigen Differenzierungen (dazu 4.1.3) dürften auch hier entsprechend zu rechtfertigen sein (Ziekow 2013: 19).

5.2.4 POSITIVE MASSNAHMEN NACH § 5 AGG

Für positive Maßnahmen enthält zudem § 5 AGG eine besondere Regelung.⁶⁷ § 5 AGG erlaubt eine unterschiedliche Behandlung wegen Gründen der „Rasse“ oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Mithilfe solcher Maßnahmen sollen Stereotype und unbewusste Verhaltensmuster überwunden werden, denen sich mit den Diskriminierungsverboten allein nicht wirksam begegnen lässt (von Roetteken 2021a: 422).

⁶⁶ Eine mittelbare Benachteiligung liegt dagegen schon tatbestandsmäßig nicht vor, wenn die Anknüpfung an ein bestimmtes, vermeintlich neutrales Merkmal durch sachliche Anforderungen gerechtfertigt ist (Kamanabrou 2006: 326).

⁶⁷ Ob es sich dabei um einen weiteren Rechtfertigungsgrund neben den §§ 8–10 handelt oder ob hier tatbestandlich schon keine Benachteiligung vorliegt, ist umstritten (siehe hierzu mwN Horcher 2021: Rn. 5), macht aber im Ergebnis keinen Unterschied.

Der Begriff der Maßnahme ist weit zu verstehen. Er kann sich auf einen konkreten Einzelfall oder auf abstrakt-generelle Regelungen wie den Erlass von Vorschriften, Leitlinien, Geschäftsanweisungen oder Richtlinien für die Personalauswahl beziehen (von Roetteken 2021: § 5 Rn. 114a). Eine Maßnahme ist geeignet, Nachteile zu verhindern oder auszugleichen, wenn sie faktische Nachteile zumindest verringert (von Roetteken 2021: § 5 Rn. 80 mwN). Sie ist angemessen, wenn sie auch erforderlich ist, das heißt, wenn sie nicht über das zur Zielerreichung Notwendige hinausgeht (von Roetteken 2021: § 5 Rn. 140 mwN). Auswahlregelungen, die eine automatische Auswahl – also etwa die pauschale Bevorzugung von Frauen – vorgeben, sind unangemessen. Es muss eine Würdigung jeder einzelnen Bewerbung und eine Abwägung aller Umstände im Einzelfall möglich bleiben (von Roetteken 2021: § 5 Rn. 149 mwN). Dies ist aufgrund des unionsrechtlichen Hintergrunds des AGG geboten.

Ein im Rahmen von § 5 AGG ausgleichsfähiger Nachteil kann immer dann angenommen werden, wenn eine bestimmte von § 1 AGG erfasste Personengruppe unterrepräsentiert ist. Geht man davon aus, dass in dieser Gruppe Talente und Neigungen, Stärken und Schwächen nicht anders verteilt sind als in der restlichen Bevölkerung, ist die fehlende Diversität ein Anzeichen für Strukturen und Verhaltensweisen, die die volle Wahrnehmung der Freiheit und Entfaltung aller Menschen behindert (vgl. Grünberger et al. 2021: 3). Dies muss einzelfallbezogen für die konkrete Stelle ermittelt werden. Es ist demnach ein Vergleich unterschiedlicher Gruppen anzustreben, was jedoch gerade im Hinblick auf die interkulturelle Vielfalt problematisch sein kann, ist der Migrationshintergrund in § 1 AGG doch nicht genannt. Zudem ist die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie nicht mit einem Migrationshintergrund gleichzusetzen. Im Interesse der Praktikabilität und um ein Leerlaufen des § 5 AGG zu verhindern, wird gleichwohl dafür plädiert, die Vergleichsgruppe verallgemeinernd zu bilden (Ziekow 2014: 773f.). Darüber hinaus ließe sich infrage stellen, ob eine binäre Gruppenbildung – Menschen mit vs. Menschen ohne Migrationshintergrund – geboten wäre oder eine weitere Ausdifferenzierung von Vergleichsgruppen im Sinne einer „plausiblen und nachvollziehbaren Planung des angestrebten interkulturellen Mixes“ (Ziekow 2014: 773f.). Letzteres scheint jedoch weder praktikabel noch ist es zu rechtfertigen, denn mit welcher Begründung wollte man gezielt Menschen einer bestimmten ethnischen Herkunft einstellen? Daher ist im Zweifel der binären Gruppenbildung der Vorzug zu geben, wenngleich auch dies rechtliche Schwierigkeiten aufwirft.⁶⁸ Aufgrund der erheblichen Unterrepräsentation von Migrant_innen und ihren Nachkommen in der Beschäftigtenstruktur der öffentlichen Verwaltung können insofern jedenfalls strukturelle Nachteile angenommen werden. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist aber stets

zu prüfen, inwieweit sich positive Maßnahmen negativ auf die nicht von ihnen begünstigten Personen auswirken (BT-Drs 16/1780, S. 34).

5.3 INTEGRATIONSGESETZE DER LÄNDER

Integrationsgesetze können Ziele und Grundsätze für die Verwaltung sowie auch konkret zu ergreifende Maßnahmen vorgeben. Sie können Strukturen, Verfahren und Institutionen schaffen (Eichenhofer 2016: 253) – etwa Integrationsausschüsse, Integrationsräte oder Integrationsbeauftragte. Sie können darüber hinaus konkrete Verhaltenspflichten begründen oder individuelle Ansprüche gewähren. Letzteres geschieht bisher jedoch vor allem auf der Ebene der Sozialintegration, nicht aber für die interkulturelle Öffnung der Verwaltung, die zur Systemintegration zählt.

Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein haben eigene Integrationsgesetze erlassen. Sie definieren das jeweils verfolgte Ziel allerdings teilweise unterschiedlich und unterscheiden sich durchaus erheblich in den vorgesehenen Maßnahmen. Allen Landesgesetzen ist gemein, dass sie sich eher dem Anliegen einer allgemeinen Förderpolitik verpflichtet sehen und kaum konkrete Vorgaben beinhalten. Die nähere Ausgestaltung wird somit der Verwaltung überlassen. Sachsen und Thüringen erarbeiten derzeit Gesetzentwürfe.

Das **BayIntG**⁶⁹ kann als Reaktion auf die sogenannte „Flüchtlingskrise“ im Jahr 2015 gesehen werden (Eichenhofer 2016: 256), ersichtlich wird dies aus Art. 1 BayIntG, wonach die Integrationsförderung und Integrationspflicht im Rahmen des „Gast- und Aufenthaltsstatus“ erreicht werden soll. Das **PartIntG BW**⁷⁰ enthält sehr allgemein formulierte Maßnahmen und Ziele, die viel Spielraum hinsichtlich der Umsetzung lassen. Auch das **TIntG NRW**⁷¹ bleibt eher vage. § 1 TIntG enthält – unter anderem – ein Bekenntnis zur weiteren interkulturellen Öffnung der Verwaltung und zur Entwicklung einer „die Integration fördernde[n] Struktur auf Landes- und Kommunalebene“. **IntTeilhG SH**⁷² enthält ebenfalls wenig konkrete Vorgaben. Das Berliner **PartMigG**⁷³ ist vergleichsweise umfangreich und enthält neben allgemein formulierten Zielen auch konkrete Verpflichtungen.

⁶⁹ Bayerisches Integrationsgesetz (BayIntG) vom 13.12.2016, GVBl. S. 335.

⁷⁰ Partizipations- und Integrationsgesetz für Baden-Württemberg (PartIntG BW) vom 1.12.2015, GBl. S. 1.048.

⁷¹ Gesetz zur Förderung der gesellschaftlichen Teilhabe und Integration in Nordrhein-Westfalen (TIntG) vom 14.2.2012, GV. NRW S. 95.

⁷² Integrations- und Teilhabegesetz für Schleswig-Holstein (IntTeilhG) vom 23.6.2021, GVBl. S. 730.

⁷³ Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berlin (PartMigG) vom 5.7.2021, GVBl. S. 842.

⁶⁸ Zum Migrationshintergrund als Einstellungsvoraussetzung unter 6.2.4.

Tabelle 1 Übersicht zu den landesrechtlichen Vorgaben zur interkulturellen Öffnung der Verwaltung

	BaWü	Bay	B	NRW	SH
interkulturelle Öffnung der Gesellschaft	X	-	X	X	X
interkulturelle Öffnung der Verwaltung	X	-	X	X	-
Förderung der Beschäftigung von Menschen mit Migrationshintergrund im Allgemeinen	X	-	X	X	X
Erhöhung des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund in der Verwaltung	-	-	-	X	-
Beschäftigung von Menschen mit Migrationshintergrund in der Verwaltung entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung	X	-	X	-	-
Besetzung von Ausbildungsplätzen mit Menschen mit Migrationshintergrund entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung	-	-	X	-	-
ausdrückliche Aufforderung von Menschen mit Migrationshintergrund zur Bewerbung	-	-	X	-	-
Pflicht zur Einladung von Menschen mit Migrationshintergrund zu Vorstellungsgesprächen entsprechend Anteil an der Bevölkerung	-	-	X	-	-
angemessene Vertretung der Menschen mit Migrationshintergrund in Gremien	X	-	-	X	X
Vertretung der Menschen mit Migrationshintergrund in Gremien entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung	-	-	X	-	-
Förderung und Anerkennung interkultureller Kompetenz in Aus- und Fortbildung	X	-	X	X	-
Förderung und Anerkennung interkultureller Kompetenz bei den Beschäftigten	-	-	X	X	x
Berücksichtigung interkultureller Kompetenz bei der Bewertung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung	-	-	X	-	-
Förderung interkultureller Kompetenz bei den Arbeitgeber_innen	-	-	-	-	X
Integrationsbeauftragte	X	X	X	X	-
Berichtspflichten	X	-	X	X	X
Datenerhebung	-	-	X	-	-

Quelle: eigene Darstellung

5.4 PARALLELEN ZUR FRAUENFÖRDERUNG NACH DEM BGLEIG

Im Unterschied zur Förderung der Beschäftigung von Migrant_innen und ihren Nachkommen ist die Frauenförderung bereits etabliert. Das Bundesgleichstellungsgesetz (BGleIG) gilt für Beschäftigte in den Bundesgerichten, Behörden und Verwaltungsstellen der unmittelbaren Bundesverwaltung sowie in den Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts des Bundes, §§ 2, 3 Nr. 5 BGleIG. Für die Beschäftigten der Länder haben diese eigene Gleichstellungsgesetze erlassen, die mit den Vorgaben des BGleIG weitgehend übereinstimmen (Hauck-Scholz 2020: Rn. 2.30).

In § 9 BGleIG finden sich umfangreiche Vorgaben zur Ermittlung der Eignung von Bewerber_innen. Zugleich ist geregelt, welche Kriterien bei der Auswahl von Bewerber_innen außer Betracht zu bleiben haben. § 9 Abs. 1 BGleIG stellt klar, dass die Qualifikation von Bewerber_innen

auf Grundlage der Anforderungen der zu besetzenden Stelle zu ermitteln sind – genannt werden Ausbildung, Qualifikationsprofil und Berufserfahrungen. Dies entspricht dem Prinzip der Bestenauslese. Spezifische Erfahrungen und Fähigkeiten, die im Zusammenhang mit Familien- oder Pflegeaufgaben erworben worden sind, sind zu berücksichtigen, soweit sie für die Ausübung der Tätigkeit von Bedeutung sind. Dies ließe sich als Vorbild für die Berücksichtigung interkultureller Kompetenzen oder von Mehrsprachigkeit heranziehen. Nicht berücksichtigt werden dürfen beispielsweise Unterbrechungen der Berufstätigkeit oder reduzierte Arbeitszeiten aufgrund von Sorgearbeit, aber auch personalwirtschaftliche Erwägungen wie etwa eine „ausgewogene Personalstruktur“, § 9 Abs. 2 BGleIG. Mit dieser Vorgabe wird strukturellen Benachteiligungen von Frauen auf dem Arbeitsmarkt Rechnung getragen, die auf traditionellen Rollenzuschreibungen bei der Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit beruhen.

Im Hinblick auf die Verfahren zur Stellenbesetzung ist in § 6 Abs. 1 BGlG die geschlechtsneutrale Ausschreibung von Stellen zwingend vorgegeben. Ausschreibungen sind so zu formulieren, dass sie Männer wie Frauen gleichermaßen ansprechen und das unterrepräsentierte Ge-

schlecht ausdrücklich zur Bewerbung auffordern. Sind Frauen oder Männer in einem Bereich unterrepräsentiert, sollen freie Arbeitsplätze öffentlich, über die Dienststelle bzw. den Arbeitsbereich hinaus, ausgeschrieben werden, § 6 Abs. 2 BGlG.

ZUSAMMENFASSUNG

Eine positive Maßnahme zugunsten einer interkulturellen Öffnung der Verwaltung ist nach § 5 AGG zulässig, wenn sie den legitimen Zweck des Ausgleichs bestehender struktureller Nachteile verfolgt, geeignet und angemessen ist und insbesondere keine Gruppe automatisch und unbedingt bevorzugt. Einige Maßnahmen werden allerdings schon keine Benachteiligung im Sinne des Gesetzes darstellen oder können nach § 8 AGG gerechtfertigt sein. Die Integrationsgesetze der Länder formulieren zumindest grundsätzliche Ziele zur interkulturellen Öffnung, die auch mit positiven Maßnahmen verfolgt werden können, beinhalten aber kaum Vorgaben für konkrete Maßnahmen. Eine Ausnahme ist das Berliner PartMigG, das vergleichsweise präzise Regelungen für die Durchführung von Ver-

fahren zur Stellenbesetzung macht. Auch das BayIntG stellt eine Ausnahme dar, wenngleich in gegenteiliger Hinsicht, da es keinerlei Ansatzpunkte für eine interkulturelle Öffnung der Gesellschaft im Allgemeinen oder der Verwaltung im Besonderen aufweist. Das BGlG wie auch die Gleichstellungsgesetze der Länder zielen auf eine Erhöhung des Anteils von Frauen unter den Beschäftigten ab. Sie betonen den Grundsatz der Bestenauslese, sehen aber Verfahrensgestaltungen vor, durch die Frauen einerseits besser zu Bewerbungen motiviert werden und andererseits ihre bestehenden strukturellen Benachteiligungen ausgeglichen werden. Diese Vorgaben lassen sich womöglich als Vorbild für positive Maßnahmen zugunsten von Migrant_innen und ihren Nachkommen heranziehen. ←

6

ZULÄSSIGKEIT KONKRETER POSITIVER MASSNAHMEN

Ob und inwiefern positive Maßnahmen zulässig sind, lässt sich nicht pauschal feststellen. Vielmehr kommt es auf die jeweilige Maßnahme und die konkreten Umstände des Einzelfalls an. Im Folgenden wird daher auf verschiedene positive Maßnahmen eingegangen, um für den konkreten Fall Anhaltspunkte zur Orientierung zu bieten. Strikte Quoten für die Einstellung von Menschen mit Migrationsgeschichte bleiben außer Betracht, da sie vielfältige verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen (dazu Ziekow 2014: 768f.).

6.1 ALLGEMEINE MASSNAHMEN IM VORFELD EINER TÄTIGKEIT IM ÖFFENTLICHEN DIENST

Positive Maßnahmen müssen weit im Vorfeld konkreter Bewerbungsverfahren ansetzen. Wenn Migrant_innen oder ihre Nachkommen Ausbildungs- und Studiengänge, die sie für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst befähigen, gar nicht erst in Betracht ziehen, können spätere personalwirtschaftliche Maßnahmen nicht greifen. Um den Kreis potenzieller Interessent_innen zu vergrößern, sollten daher verschiedene allgemeine Maßnahmen ergriffen werden, welche die öffentliche Verwaltung als Arbeitgeberin gerade für Menschen mit Migrationshintergrund attraktiver werden lassen.

So könnten etwa **Werbung und Imagekampagnen** eingesetzt werden, mit denen „Vielfalt, Offenheit, Respekt und Anerkennung“ als Werte der öffentlichen Verwaltung präsentiert und die Chancengleichheit aller Menschen „unabhängig von ihrer sexuellen Identität, von Alter, Behinderung, Hautfarbe, Religion sowie kultureller und sozialer Herkunft“ als besonderes Anliegen dargestellt werden.⁷⁴ Solche Maßnahmen werfen keinerlei rechtliche Bedenken auf, da sie an einen unbestimmten Adressatenkreis gerichtet sind und somit keinen Raum für Benachteiligungen der Personen bieten, die von ihnen nicht unmittelbar angesprochen werden.

Auch diskriminierende Erfahrung im eigenen Kontakt mit der Verwaltung mögen Migrant_innen und ihre Nachfahren davon abhalten, im Staat einen möglichen Arbeitgeber zu sehen und sich auf Stellen im öffentlichen Dienst zu bewerben (Grünberger et al. 2021: 38). Darum ist es wichtig, die Beschäftigten in der Verwaltung entsprechend zu

sensibilisieren und **weiterzubilden**, damit sie in die Lage versetzt werden, alle Kund_innen und Nutzer_innen gleichermaßen respektvoll zu behandeln und Stereotype wie Vorurteile abzubauen.

Rechtlich ebenfalls unproblematisch ist das **Informieren** und Ansprechen von potenziell Interessierten in Schulen und im Rahmen der **Berufsberatung**. Beispielsweise lässt die Stadt München ihre Ausbildungsabteilung auf öffentlichen Veranstaltungen nach Möglichkeit auch von ihren Nachwuchskräften mit Migrationshintergrund präsentieren (Schröder/Szoldatits 2010: 111). Derzeit fehlen allerdings häufig noch **Vorbilder mit Migrationshintergrund** in der Verwaltung – was wiederum ein Erklärungsansatz dafür ist, dass sich entsprechende Berufswünsche nicht herausbilden: In diesen Fällen ist fehlende Diversität Ursache und Wirkung zugleich (Grünberger et al. 2021: 44).

Der Zugang zu Ausbildungsgängen im öffentlichen Dienst ist nicht unmittelbar von Art. 33 Abs. 2 GG erfasst, sodass hier breitere Möglichkeiten bestehen als bei Einstellungen und Beförderungen. Gleichwohl wird auch die Auswahl unter den Ausbildungssuchenden von dem Gedanken geleitet, die Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes zu sichern und dafür die besten Bewerber_innen zu rekrutieren – dies gilt zumindest bei Ausbildungen, die der Vorbereitung auf ein öffentliches Amt dienen (BVerwGE 144, 186, Rn. 18; Jachmann-Michel/Kaiser 2018: Rn. 15). Dient die **Ausbildung** dagegen der Vorbereitung auf einen Beruf, der auch **außerhalb des öffentlichen Dienstes** ausgeübt werden kann, kommt es darauf nicht an. Eine Bevorzugung von Menschen mit Migrationshintergrund beim Zugang zur Ausbildung lässt sich in diesen Fällen als positive Maßnahme nach § 5 AGG werten, soweit und solange damit Ausbildungssuchende ohne Migrationshintergrund nicht unangemessen benachteiligt werden, etwa weil keinerlei leistungsbezogene Kriterien angelegt werden. Diese werden Ausbilder_innen aber ohnehin schon im eigenen Interesse berücksichtigen, um die Ausbildungsfähigkeit zu gewährleisten.

6.2 POSITIVE MASSNAHMEN IM BEWERBUNGSVERFAHREN

Generell wird im Fall der Unterrepräsentanz bestimmter Gruppen die **öffentliche Ausschreibung** freier Stellen empfohlen. Dadurch wird gleichsam automatisch der Kreis potenzieller Bewerber_innen erweitert. Dieser Gedanke trägt etwa auch die Ausschreibungspflicht, die § 6 BGlG als Soll-Vorschrift im Interesse der Frauenförderung vor-

⁷⁴ Ein solches Marketing betreibt etwa die Stadt München (Schröder/Szoldatits 2010: 110).

gibt. Einer spezifischen gesetzlichen Grundlage bedarf die Stellenausschreibung nicht, sondern sie liegt im Organisationsermessen der Arbeitgeber_innen. Diese sollten aber für die positiven Effekte öffentlicher Stellenausschreibungen auf die Diversität des Bewerber_innenfeldes sensibilisiert werden. Darüber hinaus sind verschiedene Maßnahmen denkbar, die an der Auswahl unter den Bewerber_innen ansetzen.

6.2.1 AUSDRÜCKLICHE AUFFORDERUNG ZUR BEWERBUNG

In die Stellenausschreibung können **Hinweise auf die interkulturelle Öffnung** der Verwaltung oder eine ausdrückliche **Aufforderung von Menschen mit Migrationshintergrund zur Bewerbung** aufgenommen werden. Maßnahmen dieser Art erweisen sich gegenüber der nicht explizit zur Bewerbung aufgeförderten Gruppe nicht als Benachteiligung, solange die adressierte Gruppe unterrepräsentiert ist. Auch die Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG bleibt gewährleistet. Denn es wird lediglich die Zahl potenzieller Bewerber_innen erhöht, unter denen wiederum nach leistungsbezogenen Kriterien auszuwählen wäre. Etwas anderes könnte allenfalls gelten, wenn eine Stellenausschreibung so ausgestaltet ist, dass sie Menschen abschreckt, die nicht über das genannte Merkmal verfügen. Da aber die Zielsetzung solcher Formulierungen nicht in der Verkleinerung, sondern in der Vergrößerung des Bewerber_innenkreis liegt, fehlt es insofern an der benachteiligenden Einschränkung, namentlich wenn die Bewerbungsaufforderung nicht vorgreiflich für die Auswahlentscheidung ist (Ziekow 2014: 773).

Insbesondere im Kontext des § 5 AGG sind Aufforderungen an bislang unterrepräsentierte Gruppen als geeignetes und legitimes Mittel zum Abbau bestehender Nachteile anerkannt (vgl. LAG Düsseldorf, Urt. v. 12.11.2008, 12 Sa 1102/08, Rn. 68; Beauftragte der Bundesregierung 2020: 46). Im Hinblick auf die Frauenförderung ist in § 6 Abs. 1 BGleG vorgegeben, dass Ausschreibungen so zu formulieren sind, dass sie Männer wie Frauen gleichermaßen ansprechen und das unterrepräsentierte Geschlecht ausdrücklich zur Bewerbung auffordern. Um eine (bundesweit) einheitliche Praxis zu gewährleisten, könnte nach diesem Vorbild eine gesetzliche Verpflichtung von Arbeitgeber_innen begründet werden, Menschen mit Migrationshintergrund zur Bewerbung aufzufordern, solange diese unterrepräsentiert sind. Ohne eine solche explizite Regelung ist es der Organisationshoheit der Arbeitgeber_innen überlassen, wie sie Stellenausschreibungen inhaltlich ausgestalten.

Denkbar wären auch einladende Formulierungen wie etwa, dass Bewerbungen aller Menschen unabhängig von ihrer kulturellen und sozialen Herkunft, Alter, Religion, Weltanschauung, Behinderung oder sexueller Identität zur Bewerbung erwünscht sind.

6.2.2 ANONYME BZW. ANONYMISIERTE BEWERBUNG

Zur Vermeidung von Diskriminierungen könnten Bewerbungsunterlagen auf die erforderlichen Angaben zur Eignung, Befähigung und Leistung begrenzt werden, indem anonyme Bewerbungsformulare zur Verfügung gestellt werden oder Bewerbungsunterlagen nach Eingang anonymisiert werden. Dabei wird auf persönliche Angaben verzichtet, die Rückschlüsse auf das Vorliegen bestimmter Merkmale zulassen oder an die eine verbotene Diskriminierung anknüpfen könnte (Mätzig 2017: 186). Damit wird allen Bewerbenden die gleiche Chance auf eine Einladung zu einem Bewerbungsgespräch gegeben (Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2012: 47). Auf diese Weise soll verhindert werden, dass Faktoren, die nicht mit der Qualifikation im Zusammenhang stehen, in die Entscheidung über die Stellenbesetzung einfließen (Mätzig 2017: 186).

Im Ergebnis dienen anonymisierte Bewerbungsverfahren gerade der Sicherstellung der Bestenauslese. Die ausgeblendeten Merkmale stehen in keinem Zusammenhang mit Eignung, Befähigung oder fachlicher Leistung, weshalb Art. 33 Abs. 2 GG anonymisierten Bewerbungen nicht entgegensteht. Da Ungleichbehandlungen ebenso wie die Anknüpfung an nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Kategorien von vornherein weitgehend ausgeschlossen werden, ist ein solches Bewerbungsverfahren auch mit Art. 3 GG vereinbar. Als problematisch könnte sich ein anonymes oder anonymisiertes Bewerbungsverfahren allenfalls im Hinblick auf etwaige Förderpflichten der Arbeitgeber_innen erweisen. Da aber aus dem Gleichheitsgrundsatz – abgesehen von der Förderung von Frauen oder von Menschen mit Behinderungen – überwiegend keine Förderpflichten abgeleitet werden oder diese jedenfalls nicht so interpretiert werden, dass das Vorliegen eines Merkmals eine zwingende Rechtsfolge nach sich zieht (dazu 4.2.2), ist auch insofern in der Regel kein Verstoß gegen Art. 3 GG anzunehmen.

Jedoch können sich konkrete Förderpflichten aus einfachem Recht ergeben. Beispielsweise verpflichtet § 165 Satz 3 SGB IX öffentliche Arbeitgeber_innen dazu, grundsätzlich schwerbehinderte Menschen zu einem Vorstellungsgespräch einzuladen (von Roetteken 2021a: 424). Den Bewerbenden muss es daher ermöglicht werden, die hierzu erforderliche Angabe über die Schwerbehinderteneigenschaft im Bewerbungsverfahren zu machen (Mätzig 2017: 188). Da sich im einfachen Recht weit überwiegend keine expliziten Vorgaben zur Einladung von Menschen mit Migrationshintergrund finden, stellt sich das Problem für die interkulturelle Öffnung der Verwaltung nicht. Eine Ausnahme gilt in Berlin, wo gemäß § 11 PartMigG Bewerber_innen mit Migrationshintergrund im bestimmten Umfang zum Vorstellungsgespräch einzuladen sind. Hier ist Bewerber_innen diese Angabe zu ermöglichen – wenngleich sie auch nicht dazu verpflichtet werden können, wenn sie hierzu keine Angaben machen wollen.

6.2.3 QUOTE FÜR DIE EINLADUNG ZUM AUSWAHLVERFAHREN

Eine Quote nach dem Vorbild von § 11 PartMigG kann ebenfalls als positive Maßnahme in Betracht gezogen werden. Danach sind zum Auswahlverfahren Personen mit Migrationshintergrund mindestens entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung einzuladen, sofern sie die geforderte Qualifikation besitzen und ausreichend Bewerbungen solcher Personen vorliegen.

Art. 33 Abs. 2 GG wird durch eine solche Regelung nicht verletzt, solange die grundlegenden verfahrensmäßigen Anforderungen berücksichtigt werden. Das **Prinzip der Bestenauslese** gebietet es, das gesamte Bewerbungsverfahren so auszugestalten, dass unter allen Bewerber_innen eine materiell-rechtlich korrekte Auswahlentscheidung getroffen werden kann (BAGE 104, 295, Rn. 31; siehe auch 4.1.3). Dies wird dadurch gewährleistet, dass vor der Auswahlentscheidung ein Anforderungsprofil festgelegt wird, aus dem die für die zu besetzende Stelle erforderliche Qualifikation sowie die Kriterien zur Würdigung der persönlichen Eignung und Leistung ersichtlich sind. Das Anforderungsprofil darf keine Anforderungen und Hilfskriterien aufstellen, die nur darauf abzielen, bestimmten Personen einen Vorteil zu verschaffen (dazu 4.1.3). Bei einer „Einladungspflicht“ zum Auswahlgespräch nach dem Vorbild des § 11 PartMigG wird der sogenannte Migrationshintergrund allerdings nicht als Anforderung oder Hilfskriterium verwendet. Vielmehr kommt es für die Frage, ob zum Auswahlverfahren einzuladen ist, dezidiert auf die geforderte Qualifikation an. Werden Personen ohne Migrationshintergrund eingeladen, hätte eine entsprechende Regelung lediglich zur Folge, dass auch Personen mit Migrationshintergrund eingeladen werden müssen, sofern entsprechende Bewerbungen eingegangen sind. Die Auswahlentscheidung anhand des Leistungsgrundsatzes wird dadurch nicht beeinträchtigt, da weder Bewerbende von vornherein ausgeschlossen werden, obwohl sie den Anforderungen entsprechen, aber keinen Migrationshintergrund haben, noch solche eingeladen werden, die den Anforderungen nicht entsprechen, aber einen Migrationshintergrund haben.

Ein solches Verfahren ist auch mit dem **Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 GG** vereinbar. Zwar bewirkt eine Regelung wie § 11 PartIntG eine Ungleichbehandlung von Personen mit und ohne Migrationshintergrund, da die Einladungspflicht entsprechend ihres Anteils an der (in diesem Fall Berliner) Bevölkerung nur für Erstere gilt, obwohl es sich bei beiden Personengruppen um hinreichend qualifizierte Bewerbende handelt. Wird wegen des Migrationshintergrundes differenziert, mögen zwar einzelne Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG berührt sein (dazu 4.2.2), es wird aber nicht unmittelbar an diese angeknüpft. Nach dem vorzugswürdigen materiellen Gleichheitsverständnis kann außerdem nicht von einer unzulässigen Bevorzugung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG gesprochen werden, da sich der Anteil der zum Auswahlverfahren einzuladenden Personen an dem Anteil in der Bevölkerung orientiert. Denn wären die Chancen in der Gesellschaft

tatsächlich gleich verteilt, müsste diese Quote bereits ohne diese Regelung erreicht werden.

6.2.4 SPEZIFISCHE EIGNUNGSKRITERIEN IM ANFORDERUNGSPROFIL

Eine weitere Möglichkeit, um Migrant_innen und ihre Nachkommen zur Bewerbung auf eine Stelle im öffentlichen Dienst zu motivieren und ihre Einstellung zu fördern, ist das Ausweisen spezifischer Sprachkenntnisse oder interkultureller Kompetenzen im Anforderungsprofil. Aufgrund des Prinzips der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG setzt dies voraus, dass Bewerber_innen mit diesem Profil die Anforderungen der Stelle und die damit verbundenen Aufgaben tatsächlich besser erfüllen können als jene, die diese Merkmale nicht aufweisen. Die einzelnen Anforderungen sind daher differenziert zu betrachten.

Migrationshintergrund als Einstellungsvoraussetzung

Offensichtlich unzulässig ist eine Stellenausschreibung, in der explizit eine eigene oder familiäre Migrationsgeschichte zur Einstellungsvoraussetzung gemacht wird. Schwierigkeiten würde bereits die genaue Formulierung einer solchen Anforderung auslösen, da etwa der Begriff des Migrationshintergrundes keineswegs eindeutig ist, sondern beispielsweise verschiedene Generationen umfassen kann (dazu bereits 1.1.2). Je nachdem, wie weit der Begriff gefasst wäre, wären Bewerber_innen gezwungen, in ihrer Bewerbung auf die Familienbiografie und damit sehr persönliche Erfahrungen einzugehen – dies könnte abschreckend wirken.

Hinzu kommt, dass die Migrationsgeschichte eines Bewerbers bzw. einer Bewerberin als solche keine Rückschlüsse auf die Eignung, Leistung und fachliche Befähigung zulässt. Schließlich würde eine solche Einstellungsvoraussetzung bestimmte Gruppen – nämlich Menschen ohne Migrationshintergrund – automatisch und pauschal benachteiligen, da ihre Bewerbungen nicht individuell gewürdigt würden.

Zwar hat das Kölner Arbeitsgericht (ArbG) eine entsprechende Stellenausschreibung eines Vereins gebilligt (ArbG Köln, 6.8.2008, 9 Ca 7687/07), dies jedoch auf dessen spezifisches Tätigkeitsfeld als Informations-, Bildungs- und Beratungsstelle für Migrantinnen und Flüchtlingsfrauen gestützt. Eigene Migrationserfahrungen würden, so das Gericht, Authentizität herstellen und den Erwartungen der Klientinnen des Vereins entsprechen. Die Aufgaben im öffentlichen Dienst sind jedoch typischerweise nicht derart eng auf eine bestimmte migrantische Zielgruppe ausgerichtet, dass solche Authentizitätserwägungen als entscheidende berufliche Anforderung (vgl. § 8 AGG) gewertet werden können. Dies betrifft auch Verwaltungstätigkeiten wie etwa bei den Ausländerbehörden. Der mögliche Kund_innen- und Nutzer_innenkreis ist divers und umfasst sehr unterschiedliche Migrationsmotive und Aufenthaltszwecke mit entsprechend breit gefächerten Anliegen, sodass sich eine eigene oder familiäre Migrationserfahrung nicht zwangsläufig als Eignungskriterium aufdrängt.

Sprachkenntnisse als Einstellungsvoraussetzung

Indes können Migrant_innen und ihre Nachkommen über spezifische Kenntnisse und Kompetenzen verfügen, die sich auf ihre Eignung, Leistung und fachliche Befähigung auswirken. Je nach Profil der zu besetzenden Stelle kann sich daraus ein Vorteil ergeben. Denkbar ist es, den Nachweis bestimmter Sprachkenntnisse in das Anforderungsprofil aufzunehmen.

Damit werden Menschen ohne Migrationsgeschichte **nicht automatisch aus dem Bewerbungsprozess ausgeschlossen**, weil Sprachen auch erlernt werden können. Daraus ergibt sich, dass es nur auf die bloßen Sprachkenntnisse ankommen darf, nicht dagegen auf Muttersprachlichkeit. Diese ist so eng mit der ethnischen Herkunft verknüpft (dazu Köhler 2018: 1.174), dass sie als Einstellungsvoraussetzung mittelbar diskriminierend wirkt. Überdies ist eine sachliche Rechtfertigung nicht denkbar, da auch Nichtmuttersprachler_innen profunde Kenntnisse einer Fremdsprache haben können (BAG, 29.6.2017 – 8 AZR 402/15, Rn. 55ff. = BAGE 159, 334). Zugleich ist zu bedenken, dass die Nachkommen von Migrant_innen zwar unter Umständen eine nichtdeutsche Muttersprache haben, diese aber aufgrund ihrer Sozialisierung im Inland womöglich nicht hinreichend gut beherrschen; auch deshalb ist dieses Kriterium ungeeignet.

Der **Nachweis „sehr guter“ Kenntnisse einer bestimmten Fremdsprache** in Wort und Schrift ist demgegenüber zulässig. Nach Auffassung des BAG liegt in der Anforderung, eine bestimmte Sprache gut zu beherrschen, nicht einmal eine mittelbare Benachteiligung aus Gründen der ethnischen Herkunft, da dieses Erfordernis weder an eine bestimmte Ethnie anknüpfe noch untrennbar mit einer solchen verbunden sei (BAG, 23.11.2017, 8 AZR 372/16, Rn. 34). Die Entscheidung ist auf Kritik gestoßen. Dabei wird vor allem damit argumentiert, dass Personen, die eine Sprache nicht von Kind auf erlernt haben, üblicherweise Schwierigkeiten beim Erwerb der (Schrift)Sprache, insbesondere im Ausland, haben werden (Köhler 2018: 1.172). In früheren Entscheidungen hat das BAG jedenfalls gefordert, dass die Sprachkenntnisse der „optimalen Erledigung der anfallenden Arbeit“ dienen müssen (BAG, 28.01.2010, 2 AZR 764/08, Rn. 21). Selbst wenn diese Art der Rechtfertigung mit der neueren Rechtsprechung des BAG in privatwirtschaftlichen Beschäftigungsverhältnissen nicht mehr geboten sein sollte, ist dies im öffentlichen Dienst wegen des Bewerbungsverfahrensanspruchs und des Prinzips der Bestenauslese aus Art. 33 Abs. 2 GG jedoch weiterhin zwingend. Sowohl die geforderte Sprache als auch das Sprachniveau in Wort und gegebenenfalls Schrift müssen daher für die **Erledigung der mit der Stelle verbundenen Aufgaben** notwendig sein. Nur in diesem Fall wären Bewerber_innen, die über diese Kenntnisse verfügen, objektiv besser geeignet als andere.

Die Notwendigkeit lässt sich nicht generell für alle Stellen in der öffentlichen Verwaltung unterstellen. Begründen ließe sich dies damit, wenn ein großer Teil der Kund_innen bzw. Nutzer_innen typischerweise nicht hinreichend Deutsch, sondern stattdessen eine andere Sprache spricht, in der sie ihr Anliegen gegenüber der Verwaltung besser

vorbringen und verfolgen können. Zwar ist die **Amtssprache** in der Verwaltung gemäß § 23 VwVfG und § 19 SGB X Deutsch. Jedoch hat die Stellung etwa von Anträgen in einer anderen Sprache nicht zur Folge, dass die betreffende Verfahrenshandlung unwirksam wäre – dem stehen nicht nur der Grundsatz der Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens (§ 10 VwVfG, § 9 SGB X) und der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 24 VwVfG, § 20 SGB X) entgegen. Die allgemeinen behördlichen Auskunft- und Beratungspflichten (§ 25 VwVfG, §§ 13–15 SGB I) können es vielmehr sogar gebieten, bestimmte Informationen mehrsprachig anzubieten. Lediglich Bescheide sind zwingend auf Deutsch zu erlassen (Heßhaus 2021: Rn. 10f.; Schmitz 2018: Rn. 34ff.).

Das Erfordernis von Sprachkenntnissen kann jedoch auch in umgekehrter Hinsicht der Diversität in der Verwaltung entgegenstehen, nämlich dann, wenn hervorragende oder sehr gute Deutschkenntnisse zur Anforderung gemacht werden. Dies kann Personen nichtdeutscher Herkunft von einer Bewerbung abschrecken, die erst seit vergleichsweise kurzer Zeit Deutsch lernen (Köhler 2018: 1.175). Es sollte daher bei der Erstellung des Anforderungsprofils sorgfältig geprüft werden, ob gegebenenfalls weniger gute Deutschkenntnisse ausreichen, um den auf der ausgeschriebenen Stelle konkret zu erbringenden Aufgaben gerecht zu werden.

Schließlich sind auch die Anforderungen an den **Nachweis der Sprachkenntnisse** diskriminierungsfrei auszugestalten. Daher ist es beispielsweise nicht zulässig, den Nachweis an die Vorlage eines bestimmten, ausschließlich im Inland zu erwerbenden Zertifikats zu knüpfen. Damit würde es unmöglich, in anderen Ländern erworbene Sprachkenntnisse individuell zu würdigen, die betroffenen Personen würden gleichsam automatisch ausgegrenzt (EuGH, 6.6.2000, C-281/98, Rn. 44 – Angonese; EuGH, 5.2.2015, C-317/14, Rn. 29 – Kommission/Belgien).

Interkulturelle Kompetenz als Einstellungsvoraussetzung

Eine weitere Möglichkeit zur Gewinnung eines diversen Bewerber_innenfeldes ist die Forderung interkultureller Kompetenz als Einstellungsvoraussetzung. Dies wirft wiederum terminologische Fragen auf. Gemeinhin wird unter interkultureller Kompetenz die Fähigkeit verstanden, mit „Individuen und Gruppen anderer Kulturen erfolgreich und angemessen zu interagieren“ (Wikipedia 2021). Insofern werden gleich mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe – „erfolgreich“ und „angemessen“ – verwendet, die es sicher zu interpretieren gilt. Legaldefinitionen wie etwa im früheren § 4 Abs. 3 PartIntG Berlin helfen nur begrenzt weiter. Danach ist interkulturelle Kompetenz eine „auf Kenntnissen über kulturell geprägte Regeln, Normen, Werthaltungen und Symbole beruhende Form der fachlichen und sozialen Kompetenz“. Diese Umschreibung lässt einerseits offen, welche kulturellen Prägungen gefragt sind und unterschlägt andererseits den Aspekt der „Inter“Kulturalität, da auch Kenntnisse ausschließlich über die eigenen kulturell geprägten Regeln und Werten vom Wortlaut – wenngleich wohl nicht vom Sinn und Zweck – der Defini-

tion erfasst sind. Im Anforderungsprofil wäre folglich zu dokumentieren, welche konkreten Eigenschaften mit der gewünschten Kompetenz verbunden sein sollen, damit ihr Vorhandensein bzw. Fehlen im Bewerbungsverfahren zuverlässig festgestellt werden kann.

Eine klare und nachvollziehbare Begriffsklärung vorausgesetzt, ist die Anforderung interkultureller Kompetenz insofern unproblematisch, als dass sie keine Gruppe von vornherein und automatisch aus dem Kreis der Bewerber_innen ausschließt. Offenheit für „andere“ und Freiheit von Vorurteilen sind Eigenschaften, die jeder Mensch aufweisen kann. Zudem können derartige Kompetenzen im Lebenslauf durch interkulturelles Lernen gefördert und (weiter)entwickelt werden. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass Migrant_innen und ihre Nachkommen nicht per se eine höhere interkulturelle Kompetenz zugeschrieben werden kann als anderen Menschen; diese Gruppe kann folglich **nicht automatisch bevorzugt** werden, sondern es bedarf der auch unionsrechtlich gebotenen Würdigung jeder einzelnen Bewerbung.

Schließlich ist zu beachten, dass die Berücksichtigung interkultureller Kompetenzen bei der Erstellung des Anforderungsprofils nur zulässig ist, wenn sie sich sachlich aus den **im Rahmen der Tätigkeit anfallenden Aufgaben** ergibt. Dies bedarf der Begründung (Ziekow 2014: 769); diese kann sich beispielsweise aus den Informations- und Beratungsbedarfen einer diversen Struktur von Kund_innen bzw. Nutzer_innen der betreffenden Verwaltungsleistungen ergeben.

6.2.5 HILFSKRITERIEN BEI GLEICH GEEIGNETEN BEWERBER_INNEN

Lassen sich die genannten Eignungskriterien nicht rechtsicher im Anforderungsprofil verankern, weil im Rahmen der ausgeschriebenen Stelle weder spezifische Sprachkenntnisse noch besondere kulturelle Fähigkeiten erforderlich sind, stellt sich die Frage, ob etwaige Merkmale als Hilfskriterien bei gleich geeigneten Bewerber_innen herangezogen werden dürfen. Gemessen am Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG setzt dies einen Leistungspat voraus, das heißt, die in Betracht kommenden Kandidat_innen müssen in ihrer Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung unter Anlegung gleicher Maßstäbe gleich sein (dazu 4.1.3).

Ein Hilfskriterium hätte dann zur Folge, dass im Falle gleicher Eignung Personen, die der betreffenden Kategorie zuzuordnen sind bzw. die betreffende Eigenschaft vorweisen, zu bevorzugen sind. Eine solche Regelung findet sich etwa zur Förderung der Gleichheit der Geschlechter in § 8 Abs. 1 BGlG. Danach hat eine Dienststelle u. a. bei der Einstellung Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre Mitbewerber bevorzugt zu berücksichtigen, wenn diese in einem Bereich unterrepräsentiert sind. Dies gilt jedoch nicht, wenn rechtlich schutzwürdige Interessen in der Person eines Mitbewerbers überwiegen. Nur eine solche **flexible Quotenregelung**, die die Berücksichtigung der besonderen persönlichen Voraussetzungen aller Bewerber_innen ermöglicht, genügt den Anforderungen des EuGH (dazu

3.4). Sie wäre folglich auch bei Hilfskriterien geboten, die der interkulturellen Öffnung der Verwaltung dienen. Im Hinblick auf die zulässigen Kriterien selbst ist wiederum zu differenzieren.

1.1.1.1 Migrationshintergrund als Hilfskriterium

Soll ein sogenannter Migrationshintergrund als Hilfskriterium herangezogen werden, gelten zunächst die gleichen Bedenken wie bei der dezidierten Einstellungsvoraussetzung: Einerseits ist der Begriff zu unbestimmt, andererseits mag die Notwendigkeit, im Bewerbungsanschreiben die eigene Migrationsgeschichte oder die der Familie zu thematisieren, manche Bewerber_innen abschrecken.

Hinzu kommt ein verfassungsrechtliches Problem, das im Prinzip der Bestenauslese gründet: Es bedarf einer gesetzlichen Grundlage. Diese ist nur entbehrlich, wenn ohne die Anwendung des Hilfskriteriums die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes gefährdet wäre – dieser Fall scheint kaum denkbar – oder wenn damit Ziele verfolgt werden, die ihrerseits Verfassungsrang haben (siehe 4.1.3). Zwar ist der Schutz vor Benachteiligungen in Art. 3 Abs. 3 GG verankert. Ein Migrationshintergrund wird dort jedoch nicht erwähnt, sondern würde sich allenfalls der Kategorie der ethnischen Herkunft zuordnen lassen. Diese setzt gemeinhin die Prägung durch eine gleiche Sprache, Geschichte und Kultur voraus – eine Gemeinsamkeit, die jedenfalls nicht alle Menschen mit Migrationsgeschichte teilen, ebenso wie nicht alle Angehörigen einer bestimmten Ethnie Migrationserfahrungen in der eigenen oder der Familienbiografie aufweisen können. Als Hilfskriterium ist die Kategorie folglich nicht geeignet, da sie **weder hinreichend präzise noch konsistent** wäre (Ziekow 2014: 772).

1.1.1.2 Sprachkenntnisse und interkulturelle Kompetenz als Hilfskriterien

Wie bereits erwähnt, ist auch das Kriterium der interkulturellen Kompetenz mit begrifflichen Unsicherheiten behaftet. Sofern damit **Offenheit, Toleranz und Einfühlungsvermögen** für Menschen anderer Kulturen verbunden werden, begegnet dies keinen Bedenken, würde aber nicht zwingend zu mehr Diversität unter den Beschäftigten der Verwaltung führen, da jeder Mensch ungeachtet seiner Herkunft über diese Eigenschaften verfügen kann (Baumann et al. 2019: 45).

Im Hinblick auf die Sprachkenntnisse würde sich ebenfalls die Frage nach der Präzision des Kriteriums stellen: Es bedürfte der Klärung, welche konkreten Sprachkenntnisse bei gleicher Eignung die Bevorzugung eines Bewerbers bzw. einer Bewerberin nach sich ziehen sollen. Denkbar wäre hier wohl allein das **Kriterium der Mehrsprachigkeit**, da es anderenfalls einer abstrakten, da nicht an Eignungskriterien orientierten Auswahl von Sprachen erforderte, die kaum zu leisten sein dürfte. Da grundsätzlich jeder Mensch mehrsprachig sein kann, würde auch dieses Kriterium zudem nicht zwangsläufig zu mehr Diversität in der Verwaltung beitragen (Baumann et al. 2019: 45).

Bedenklich ist die Heranziehung von interkultureller Kompetenz und Mehrsprachigkeit als Hilfskriterium, wenn damit nicht in erster Linie strukturelle Nachteile ei-

ner bestimmten Gruppe beseitigt werden sollen, sondern wenn die Verwaltung damit eigene Zwecke verfolgt, nämlich die **Verbesserung der eigenen Leistungsfähigkeit durch divers zusammengesetzte Teams**. Eine solche Zweck-Mittel-Relation wäre zwar von einem legitimen Anliegen getragen, aber vom Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 GG wie auch seiner einfachgesetzlichen Umsetzung in § 5 AGG nicht mehr gedeckt (Ziekow 2014: 772). Dies ist in der Rechtsprechung für das Anliegen einer „ausgewogenen Altersstruktur“ unter den Beschäftigten geklärt und lässt sich auch auf andere personalpolitische Erwägungen übertragen.

6.3 POSITIVE MASSNAHMEN IM LAUFENDEN BESCHÄFTIGUNGSVERHÄLTNISS

Auch zugunsten der bereits eingestellten Beschäftigten können positive Maßnahmen ergriffen werden. Diese kommen nicht nur den Beschäftigten selbst zugute, sondern können zur Attraktivität der öffentlichen Verwaltung als Arbeitgeberin beitragen. Denn gute Arbeitsbedingungen sind auch eine gute Werbung.

6.3.1 VERZICHT AUF DAS VERBOT DES TRAGENS RELIGIÖSER SYMBOLE AM ARBEITSPLATZ

Ob und inwiefern Frauen muslimischen Glaubens durch die Debatte um sogenannte Kopftuchverbote abgeschreckt werden, einen Beruf im öffentlichen Dienst zu ergreifen, kann im Rahmen dieses Rechtsgutachtens nicht untersucht, aber auch nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Musliminnen, die ein Kopftuch tragen, haben aus ihrem individuellen Religionsverständnis heraus keine Wahl, dieses abzulegen (Wißmann 2019: 220). Sie werden sich daher im Zweifel nicht gegen das Kopftuch, sondern gegen eine Berufstätigkeit in den Branchen entscheiden, in denen sie dieses nicht tragen können oder wenn sie zu befürchten haben, dass sie lediglich in Bereichen ohne Kundenkontakt eingesetzt werden (vgl. Stein 2021: 165).

Auch wenn gesetzliche Verbote in der Regel nur für Beamt_innen gelten (dazu 4.3.2) und BVerfG wie EuGH hohe Anforderungen an deren Verhältnismäßigkeit stellen, können sie zu Verunsicherung beitragen und auf die **Wahrnehmung des Staates als Arbeitgeber_in** zurückwirken. Daher ziehen muslimische Frauen womöglich auch Tätigkeiten als Arbeitnehmer_in im öffentlichen Dienst nicht in Betracht, die vom Kopftuchverbot unter Umständen gar nicht betroffen wären. Die explizite Erlaubnis, religiös konnotierte Kleidungsstücke zu tragen, kann als Ausweis von Toleranz des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin und somit als deutliches Bekenntnis zu Diversität interpretiert werden.

Solange und soweit es keine gesetzliche oder tarifliche Regelung gibt, die den Dienstherr_innen oder eine_n öffentliche_n Arbeitgeber_in zur Beachtung des sogenannten Kopftuchverbots zwingt, sollten diese im Rahmen ihrer Organisationshoheit eingehend prüfen, ob eine auch nach außen sichtbar und erkennbar diverse religiöse Zusammensetzung der Belegschaft tatsächlich Zweifel an der neu-

tralen Ausübung der Tätigkeit zu wecken geeignet ist. Insofern ist nicht auf **Vorurteile und Stereotype** abzustellen, sondern auf das objektive Anforderungsprofil, das für die Stelle erstellt worden ist. Der pauschale Schluss vom Zeigen eines religiösen Symbols und dem öffentlichen Ausdruck des eigenen Glaubens auf die Unzuverlässigkeit und fehlende Eignung ist herabsetzend. Es kann nicht von vornherein angenommen werden, dass kopftuchtragende Musliminnen ihre Verwaltungstätigkeit anders ausüben als andere Beschäftigte (anders von Schwanenflug/Szczerbak 2018: 443). Nur wenn im Einzelfall anhand früheren oder aktuellen Verhaltens Hinweise auf eine wie auch immer geartete Voreingenommenheit oder „religiöse Befangenheit“ bestehen, ist eine andere Beurteilung angezeigt; dann werden aber auch dienst- oder arbeitsrechtliche Maßnahmen möglich (Wißmann 2019: 219). Arbeitgeber_innen im öffentlichen Dienst können sich nicht auf die unternehmerische Freiheit berufen, aufgrund derer der EuGH privaten Arbeitgeber_innen die **Einführung einer unternehmerischen Neutralitätspolitik** zugestanden hat. Sie sind vielmehr dem öffentlichen Interesse verpflichtet. Insofern ist zu bedenken, dass auch die negative Religionsfreiheit niemandem das Recht vermittelt, im öffentlichen Raum von religiösen Symbolen „unbehelligt“ zu bleiben (BVerfGE 108, 282, 302; BVerfGE 153, 1, 41). Dies gilt auch für Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung (VG Kassel, 28.2.32018, 1 K 2514/17.KS, Rn. 30ff.; dazu Hecker 2020: 426). BVerfG wie EuGH haben zudem wiederholt darauf hingewiesen, dass die bloße Furcht vor negativen Reaktionen der Kund_innen bzw. Nutzer_innen nicht hinreicht, um einen derart schweren Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Der Maßstab liegt vielmehr in der individuellen Amtsausübung, sodass jedem/jeder Beschäftigten zunächst das Vertrauen in die sorgfältige **Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen oder beamtenrechtlichen Pflichten** entgegengebracht werden sollte – auch wenn sie sich offen zu ihrer Religion bekennen. Die Offenheit für das Zeigen religiöser Symbole könnte beispielsweise im Leitbild der Behörde verankert werden; entsprechende Ministerialerlasse sollten hinterfragt werden.

Auch die gesetzlich verankerten Verbote zur Sicherstellung der staatlichen Neutralitätspflicht sind keineswegs zwingend (Wißmann 2019: 219). Sie fokussieren stark auf den (vermeintlichen) Empfängerhorizont der Bürger_innen und lassen die Rechte der Beschäftigten weitgehend außer Acht. Da die Rechtsänderungen – etwa im BeamtStG oder im BBG – aber durchweg jüngeren Datums sind, scheint ein grundlegendes Überdenken der Regelungen vorerst kaum realistisch. Das BAG hat jedoch einer Lehrerin jüngst Schadenersatz nach § 15 Abs. 2 GG zugesprochen, der aufgrund des Berliner Neutralitätsgesetzes die Einstellung verweigert worden ist, da sie ein islamisches Kopftuch trug. Das pauschale Verbot sei unangemessen und unverhältnismäßig und daher verfassungskonform zu interpretieren, dass negative Rechtsfolgen nur dann an das Zeigen religiöser Symbole geknüpft werden dürfen, wenn eine konkrete Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralitätspflicht vorliegt (BAG, 27.8.2020, 8 AZR 62/19).

Daher sollte das **Festhalten an den pauschalen und rigorosen Verbotsnormen überdacht** werden (kritisch auch Muckel 2021: 564f.). So blieb trotz des Bekenntnisses im Berliner PartMigG zur kulturellen und religiösen Vielfalt das Neutralitätsgesetz unangetastet. Allein der Umstand, dass der Gesetzgeber eine Regelung zur Neutralität des äußeren Erscheinungsbildes für geboten hält, um eine rechtsstaatlichen Prinzipien entsprechende Verwaltungstätigkeit zu ermöglichen, kann Vorurteile hervorrufen, bestätigen oder verstärken. Soweit ersichtlich, fehlt es an empirischer Forschung, in der nicht nur die Einstellungen der Bevölkerung zu sichtbaren Zeichen des religiösen Bekenntnisses abgefragt, sondern auch der Frage nachgegangen wird, ob und in welchem Ausmaß sich überhaupt Unterschiede in der Amtsführung und Arbeitsweise religiöser Beschäftigter in der Verwaltung feststellen lassen. Es stellt sich daher die Frage, ob es überhaupt eine hinreichend tragfähige Tatsachenbasis für die Annahme gibt, dass das Vertrauen der Bevölkerung in die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes bei sichtbarer religiöser Pluralität gefährdet sei.

6.3.2 MENTORING-PROGRAMME

Als positive Maßnahme während des Beschäftigungsverhältnisses könnten Mentoring-Programme aufgesetzt werden. Es sind verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten denkbar. In Frankfurt am Main wurde 2005 ein Mentoring-Programm für Migrant_innen vom Frauenrat der Stadt initiiert. Durchgeführt wurde das Projekt allerdings von dem gemeinnützigen Verein *berami berufliche Integration e.V.* Die Teilnehmenden kamen nicht nur aus der Verwaltung, sondern auch aus der Privatwirtschaft (Sacaliuc 2012: 128). Dadurch, dass das Programm nicht von der Verwaltung selbst, sondern von einem Verein durchgeführt wurde, ergeben sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Gemessen an **Art. 33 Abs. 2 GG** sind solche Projekte ohnehin unproblematisch, da es nicht um den Zugang zum öffentlichen Dienst selbst geht. Die Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Mentoring-Programmes stellt sich jedoch im Hinblick auf **Art. 3 Abs. 3 GG**, wenn dieses von der Verwaltung selbst durchgeführt werden soll. Sollte ein Programm für alle Beschäftigten gleichermaßen offen sein, so fiel es in die Kategorie der allgemeinen Fördermaßnahmen, welche sowohl nach materiellem als auch nach formellem Gleichheitsverständnis mit Art. 3 GG vereinbar sind. Richtet sich ein Programm ausschließlich an Migrant_innen und ihre Nachfahren, ist es nach materiellem Gleichheitsverständnis mit Art. 3 GG vereinbar, solange strukturelle Nachteile für Migrant_innen und ihre Nachfahren existieren. Mentoring-Programme sind verhältnismäßig, um das Ziel des Ausgleichs von Benachteiligungen zu erreichen: In der Frauenförderung konnte bereits gezeigt werden, dass solche Programme geeignet sind, die Betroffenen zu stärken und strukturellen Diskriminierungen entgegenzuwirken (Grünberger et al. 2021: 77f.). Auch die Erforderlichkeit kann bejaht werden, da Programme, die sich an alle Beschäftigten richten, nicht als mildere Mittel in Betracht kommen, da nicht davon ausgegangen

werden kann, dass diese die Betroffenen in gleicher Weise gezielt stärken würden.

6.3.3 SENSIBILISIERUNGSTRAININGS

Hilfreich können Sensibilisierungstrainings für Personalverantwortliche sein (Dälken 2012: 93). Sie dienen der Aufdeckung von Stereotypen und Vorurteilen, die unbewusst die eigene Arbeit prägen (anti-bias), können das Bewusstsein für bestehende strukturelle Benachteiligungen schärfen und Kenntnisse über Antidiskriminierungsregeln vermitteln. Da diese das Prinzip der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG nicht berühren und mit ihnen keinerlei Ungleichbehandlungen oder gar Benachteiligungen oder Bevorzugungen nach Art. 3 GG einhergehen, sind solche Maßnahmen unproblematisch zulässig.

6.3.4 GLEICHSTELLUNGSBEAUFTRAGTE

Denkbar wäre auch die Ausweitung des Auftrags von Gleichstellungsbeauftragten auf weitere Diversity-Aspekte (vgl. Grünberger et al. 2021: 71). Da sich der gesetzliche Auftrag der Gleichstellungsbeauftragten auf die Geschlechtergleichstellung bezieht, ist trotz des behördlichen Organisationsermessens eine gesetzliche Regelung geboten, damit den Beauftragten dieses neue Tätigkeitsfeld zugewiesen werden kann. Eine solche institutionelle Verankerung würde als allgemeine Fördermaßnahme weder gegen Art. 3 GG noch gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen. Sie hätte zudem den Vorteil, dass die Gleichstellungsbeauftragten zum diskriminierungsfreien Ablauf des Auswahlverfahrens insgesamt beitragen, da sie unter anderem an den Bewerbungsgesprächen teilnehmen.

6.3.5 INTERKULTURELLE KOMPETENZ ALS KRITERIUM VON BEURTEILUNGEN

Sollen dienstliche Beurteilungen auch den Aspekt der interkulturellen Kompetenz erfassen (vgl. hierzu Schröder/Szoldatits 2012: 113) und sie damit auch für Beförderungen eine Rolle spielen, so gelten die gleichen Maßstäbe wie bei Einstellungen. Beförderungen richten sich ebenso wie Einstellungen nach dem Leistungsprinzip, sind also an Art. 33 Abs. 2 GG zu messen (BVerfGE 117, 372, 382; BAGE 148, 123, Rn. 10). Insofern kann auf die Ausführungen unter 6.2.4 zur interkulturellen Kompetenz als Einstellungskriterium verwiesen werden.

6.3.6 FORTBILDUNGEN

Damit alle Beschäftigten interkulturelle Kompetenz erwerben, ausbauen und bewerten können, sollten hierzu Fortbildungen angeboten werden (vgl. zu Konzepten der Stadt München Schröder/Szoldatits 2012: 113). Diese Fortbildungen wären nicht nur offen für alle Beschäftigten unabhängig von etwaigen Migrationshintergründen, eine Teilnahme aller wäre auch wünschenswert, um eine interkulturelle Öffnung der Verwaltung insgesamt zu erzielen. Es handelt sich um allgemeine Fördermaßnahmen, die

weder Art. 3 GG noch Art. 33 GG berühren und daher zulässig sind.

6.3.7 AUFSTELLEN VON STRATEGIEN UND BERICHTSPFLICHTEN

Wissen und Bewusstsein sind Vorbedingung für die Veränderung von Ungleichheit (Bothfeld 2021: 121; Beauftragte der Bundesregierung 2020: 48; Deutscher Juristinnenbund 2021: 34). Daher erscheint es sinnvoll, zunächst Strukturen in den Dienststellen zu erfassen (Bothfeld 2021: 121).⁷⁵ Dabei ist darauf zu achten, dass es keine Offenbarungs- oder Auskunftspflichten der Beschäftigten zu Diskriminierungsmerkmalen geben darf und die Erhebung und Verarbeitung der Daten grundsätzlich anonym erfolgt (Deutscher Juristinnenbund 2021: 12f.). Unter diesen Voraussetzungen dürften sich keinerlei Ungleichbehandlungen ergeben, sodass Art. 3 GG und Art. 33 Abs. 2 GG nicht berührt sind. ←

75 Bei der Erfassung sowie auch Analyse und Bewertung der Daten könnten digitale Tools dafür sorgen, dass sich die bürokratische Belastung in Grenzen hält (Bothfeld 2021: 121; ausführlicher hierzu Konzeption eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft des Deutschen Juristinnenbundes 2021: 21). Auf der Grundlage dieser Daten können Ziele gesetzt und die Entwicklung durch Berichtspflichten nach außen kontrolliert werden (Konzeption eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft des Deutschen Juristinnenbundes 2021: 19).

7

ZUSAMMENFASSUNG UND EMPFEHLUNGEN

7.1 SYSTEMATISIERUNG UND RECHTLICHE BEWERTUNG DER MÖGLICHEN MASSNAHMEN

Unproblematisch und im Rahmen des geltenden Rechts nach hier vertretener Ansicht grundsätzlich zulässig sind **allgemeine Fördermaßnahmen**, die an benachteiligenden Strukturen ansetzen und nicht der Förderung konkreter Personen dienen. Sie dienen neben der Ermächtigung Benachteiligter (Empowerment) auch der Schärfung des allgemeinen Bewusstseins für strukturelle Benachteiligungen. Dazu zählen:

- Marketingkampagnen für den öffentlichen Dienst als Arbeitgeber und Aktionen von „Vorbildern mit Migrationshintergrund“;
- Bereitstellen von Informationen im Rahmen der Ausbildungs- und Berufsberatung;
- Mentoring-Programme;
- Sensibilisierungsmaßnahmen für Personalabteilungen wie Führungskräfte und Beschäftigte im öffentlichen Dienst im Allgemeinen und entsprechende Fortbildungen;
- öffentliche Stellenausschreibungen mit Hinweisen auf eine interkulturelle Öffnung der Verwaltung und die ausdrückliche Aufforderung an Menschen mit Migrationshintergrund, sich zu bewerben;
- Quoten für die Einladung von Menschen mit Migrationshintergrund zum Vorstellungsgespräch;
- anonyme und anonymisierte Bewerbungsverfahren;
- Aufstellen einer Integrationsstrategie oder eines interkulturellen Leitbildes der öffentlichen Verwaltung.

Zulässig sind auch **positive Maßnahmen im Rahmen personeller Einzelmaßnahmen**. Dabei ist jedoch der geltende Rechtsrahmen zu beachten, insbesondere das Prinzip der Bestenauslese, welches das gesamte Bewerbungsverfahren und die Auswahl unter allen Bewerber_innen leiten muss. Dies betrifft:

- die Definition zwingender beruflicher Anforderungen wie beispielsweise von Sprachkenntnissen oder interkulturellen Kompetenzen, sofern diese tatsächlich erforderlich sind, um die mit der ausgeschriebenen Stelle verbundenen Aufgaben zu erfüllen;
- nicht dagegen das Erfordernis eines Migrationshintergrundes als Einstellungsvoraussetzung, da damit nicht per se leistungsbezogene Anliegen verbunden sind.

Unzulässig ist:

- die Etablierung von Hilfskriterien wie etwa der interkulturellen Kompetenzen, um damit verwaltungsinterne Zielsetzungen zu verfolgen, zum Beispiel eine Erhöhung der Leistungsfähigkeit durch divers zusammengesetzte Teams – es handelt sich um eine unzulässige Zweck-Mittel-Relation;
- die Etablierung von Hilfskriterien auch im Übrigen, da weder die Bevorzugung mehrsprachiger Bewerber_innen noch von Bewerber_innen mit interkultureller Kompetenz zwangsläufig zu einer Erhöhung des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund führen würde – es handelt sich daher um ein ungeeignetes Instrument, das zudem Schwierigkeiten im Hinblick auf die Bestimmtheit der zu treffenden Regelung aufwerfen würde;
- die unmittelbare Anknüpfung an die Diskriminierungskategorien nach Art. 3 Abs. 3 GG, namentlich der „Rasse“, der ethnischen Herkunft oder der Religion, da keine Tätigkeitsfelder denkbar sind, in der diese notwendige Bedingung für die Ausübung der mit der Stelle verbundenen Aufgaben sind.

7.2 GEBOTENE GESETZESÄNDERUNGEN

7.2.1 GLEICHSTELLUNGSGESETZGEBUNG

Auch wenn die vorgenannten Maßnahmen im Rahmen des bestehenden Rechts zulässig sind, würde sich im Interesse einer bundesweit einheitlichen Anwendung eine gesetzliche Regelung empfehlen. Dies betrifft beispielsweise die **Ausschreibungspflicht** für freie Stellen sowie Leitlinien für die Formulierung von Ausschreibungstexten. Auch unbestimmte Begriffe wie etwa „Migrationshintergrund“ oder „interkulturelle Kompetenzen“ könnten auf diese Weise in einer **Legaldefinition** einheitlich bestimmt werden, was zu mehr Klarheit in der Rechtsanwendung beitragen würde. Dies würde die Rechtssicherheit auch in den Fällen erhöhen, in denen derartige Kriterien als strikt leistungsbezogene Anforderungen im Anforderungsprofil verankert werden dürfen. Nach dem Vorbild des PartIntG könnte Arbeitgeber_innen aufgegeben werden, bei jeder Stellenbesetzung zu prüfen, ob interkulturelle Kompetenzen berücksichtigt werden können (dazu Ziekow 2014: 769f.). Damit würde nicht nur ein **integrationspolitisches Signal** gesetzt, sondern aufgrund einer Rechtspflicht für die Verwaltung dazu beigetragen, dass hier tatsächlich eine Sensibilisierung stattfindet. Gleiches gälte für die Etablie-

zung von Dokumentations- und Berichtspflichten. Das Einsetzen von Integrationsbeauftragten sollte verbindlich vorgegeben werden. Nur so ist gewährleistet, dass diese ihre Aufgaben effektiv wahrnehmen können und beispielsweise am Auswahlverfahren beteiligt werden. Konsistent und umfassend ließen sich diese Änderungen etwa in einem Partizipationsgesetz auf Bundesebene verankern.

7.2.2 ABSCHAFFUNG DES VERBOTS DES ZEIGENS RELIGIÖSER SYMBOLE

Soweit das **sichtbare Tragen religiöser Symbole** gesetzlich verboten ist, sollten die bestehenden Regelungen überdacht werden. Entsprechende Verbote sind auf solche Tätigkeiten zu beschränken, bei denen dies im Hinblick auf die Gewährleistung staatlicher Neutralität erforderlich ist. Nur so ist sichergestellt, dass nicht nur vom Erwartungshorizont der Kund_innen und Nutzer_innen ausgegangen wird, sondern auch die Grundrechte der Beschäftigten gewahrt bleiben. In diesem Zusammenhang ist es dringend anzuraten, die angenommene Beeinträchtigung des Vertrauens in die rechtsstaatliche Aufgabenerledigung durch sichtbar religiöse Beschäftigte auf eine empirische Grundlage zu stellen. Stereotype und Vorurteile sollten nicht Basis der Rechtssetzung sein.

7.2.3 ETABLIERUNG EINER VERFASSUNGSRECHTLICHEN SCHUTZ- UND FÖRDERPFLICHT

Art. 3 Abs. 2 GG gibt dem Staat auf, bestehenden Benachteiligungen von Frauen entgegenzuwirken. In Art. 3 Abs. 3 GG dagegen ist sowohl die Benachteiligung als auch die Bevorzugung aufgrund der ethnischen Herkunft etc. verboten. Indes lassen sich Sprache und interkulturelle Kompetenz Letzterem nicht zuordnen. Ein Vorschlag zur Aufnahme eines ausdrücklichen **Schutz- bzw. Handlungsauftrags für strukturell benachteiligte Gruppen in Art. 3 GG** fand in der vergangenen Legislaturperiode zwar keine Mehrheit;⁷⁶ eine entsprechende Regelung könnte jedoch Rechtssicherheit bewirken. Mit einer solchen Grundgesetzänderung wären Fördermaßnahmen zur interkulturellen Öffnung, ebenso wie sie heute bereits hinsichtlich des Geschlechts und der Behinderung anerkannt sind, unproblematisch und eindeutig zulässig. Außerdem könnten dann die Kategorien des Art. 3 Abs. 3 GG im Rahmen der Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG als Hilfskriterien berücksichtigt werden. Daran schließen sich jedoch weitere Rechtsfragen an, die durch den Gesetzgeber zu beantworten wären: So ist ungeklärt, in welchem Verhältnis weitere Hilfskriterien zu den bisher verankerten und etablierten Zielen der Frauenförderung nach dem BGleG oder den Gleichstellungsgesetzen der Länder oder der Förderung der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach dem SGB IX stehen. Da sich die Bevorzugung von Menschen mit interkultureller Kompetenz oder bestimmten Sprachkenntnissen nicht per se dem verfas-

sungsrechtlichen Gedanken des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der ethnischen Herkunft zuordnen lässt und mit ihnen auch die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes nicht stehen und fallen würde, bedürfte es einer **gesetzlichen Grundlage für eine Vorzugsregelung**, die freilich die oben beschriebenen terminologischen Unsicherheiten bewältigen müsste. Überdies wäre das Verhältnis zu kollidierenden Regelungen zu klären, wenn etwa eine Frau und ein Mann gleich geeignet sind, aber nur der Mann über die zugeschriebenen interkulturellen Eigenschaften verfügt.

7.3 SCHLUSSBEMERKUNG

Anders als oftmals befürchtet, stehen der interkulturellen Öffnung der Verwaltung nur wenige rechtliche Hindernisse entgegen. Den Arbeitgeber_innen stehen aufgrund ihrer Organisationshoheit vielfältige Möglichkeiten offen. Sie sollten diese nutzen – im Interesse der Chancengleichheit aller in Deutschland lebenden Menschen auf dem Arbeitsmarkt, aber auch im Interesse der Akzeptanz und Vorbildwirkung der Verwaltung selbst. ←

⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 19/29466.

LITERATURVERZEICHNIS

Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2012: Pilotprojekt „Anonymisierte Bewerbungsverfahren“-Abschlussbericht, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/AnonymBewerbung/abschlussbericht_anonymisierte_bewerbungsverfahren_20120417.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (13.9.2021).

Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2017: Diskriminierung in Deutschland: Dritter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Berlin, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/BT_Bericht/gemeinsamer_bericht_dritter_2017.html (30.9.2021).

Badura, Peter 2021: Art. 33, Staatsbürgerliche Rechte, in: Herzog, Roman; Scholz, Rupert; Herdegen, Matthias; Klein Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, 94. Lieferung, München.

Baer, Susanne 2010: Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.): Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Dossier, S. 11–20, Berlin, https://heimatkunde.boell.de/sites/default/files/dossier_positive_massnahmen.pdf (30.9.2021).

Baer, Susanne; Markard, Nora 2018: GG Art. 3 Abs. 2, 3, in: Huber, Peter M.; Voßkuhle, Andreas: Grundgesetz: Kommentar, München.

Baumann, Anne-Luise; Feneberg, Valentin; Kronenbitter, Lara; Naqshband, Saboura; Nowicka, Magdalena; Will, Anne-Kathrin 2019: Ein Zeitfenster für Vielfalt: Chancen für die interkulturelle Öffnung der Verwaltung, Berlin.

Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration 2020: Kulturelle Diversität und Chancengleichheit in der Bundesverwaltung, Berlin.

Bolat, Hacer 2014: Rechtliche Leitbilder der Integration von Muslimen, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR) 2014, S. 111–115.

Bothfeld, Silke 2021: Der Neustart eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft – die Innovativität der Konzeption, in: Zeitschrift des Deutschen Juristinnenbundes, S. 120–122.

Boysen, Sigrid 2021: GG Art. 3, in: Münch, Ingo von; Kunig, Philip; Kämmerer, Jörn Axel; Kotzur, Markus (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar Band 1: Präambel bis Art. 69, München.

Brosius-Gersdorf, Frauke 2015: Art. 33, Gleichheit staatsbürgerlicher Rechte und Pflichten; öffentlicher Dienst, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Tübingen.

Dälken, Michaela 2012: Betriebsvereinbarungen als Positive Maßnahmen zur Gleichstellung von Menschen mit Migrationshintergrund in der Arbeitswelt, in: Heinrich-Böll-Stiftung: Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Dossier, S. 90–95, Berlin.

Deutsches Institut für Menschenrechte 2021: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikel 3 Absatz 3 – Streichung des Begriffs Rasse), BT-Drs 19/20628, der Fraktion DIE LINKE, sowie zum Gesetzentwurf der Grünen zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 – Ersetzung des Wortes Rasse und Ergänzung zum Schutz gegen gruppenbezogene Menschenwürdeverletzungen), BT-Drs.19/24434, https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme_zum_Entwurf_Gesetzes_zur_Aenderung_des_Grundgesetzes_Artikel_3_Absatz.pdf.

Deutscher Juristinnenbund 2021: Konzeption eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft, https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/Konzeption_Gleichstellungsgesetz_Langfassung_djb.pdf (29.9.2021).

Döse, Annegret 2012: Die anonyme Bewerbung und das Berliner Partizipations- und Integrationsgesetz, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, NZA Online Aufsatz 2 (2012), S. 1–6.

Eichenhofer, Johannes 2013: Begriff und Konzept der Integration im Aufenthaltsgesetz, Baden-Baden.

Eichenhofer, Johannes 2016: Integrationsgesetzgebung, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, S. 251.

El-Mafaalani, Aladin 2017: Diskriminierung von Menschen mit Migrationshintergrund, in: Scherr, Albert; El-Mafaalani, Aladin; Yüksel, Gökçen (Hrsg.): Handbuch Diskriminierung, Wiesbaden, S. 465–478.

Epiney, Astrid 2016: Artikel 18. Bekämpfung von Diskriminierungen, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV, AEUV Kommentar, München.

Grünberger, Michael; Mangold, Anna Katharina; Markard, Nora; Payandeh, Mehrdad; Towfigh, Emanuel V. 2021: Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis: Ein Essay, Baden-Baden, <https://doi.org/10.5771/9783748927617> (29.9.2022).

Hauk-Scholz, Peter 2020: Auswahlentscheidung, Art. 33 Abs. 2 GG, in: Groeger, Axel (Hrsg.): Arbeitsrecht im Öffentlichen Dienst, Köln.

Hecker, Wolfgang 2020: Das BVerfG, das Kopftuchverbot im Justizbereich und die Folgen für die öffentliche Verwaltung, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2020, S. 423–427.

Hense, Ansgar 2021: GG Art. 33, in: Epping, Volker; Hillgruber, Christian (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, 47. Edition, München.

Heßhaus, Matthias 2021: § 23 Amtssprache, in: Bader, Johann; Ronellenfisch, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 52. Edition, München.

Heun, Werner 2013: GG Art. 3, in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, Tübingen.

Hofmann, Rainer; Boldt, Nicki 2005: Kommentar zu dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte, München.

Holoubek, Michael; Oswald, Melina 2019: Art. 51 Anwendungsbereich, in: Holoubek, Michael; Lienbacher, Georg (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, Wien.

Horcher, Michael 2021: AGG § 5, in: Hau, Wolfgang; Poseck, Roman (Hrsg.): BeckOK BGB, Stand: 1.8.2021, 59. Edition, München.

Human Rights Committee 1989: Thirty Seventh Session, General Comment No. 18: Non Discrimination, <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/pages/tbgeneralcomments.aspx> (29.9.2021).

Jachmann-Michel, Monika; Kaiser, Anna-Bettina 2018: Artikel 33, in: Mangoldt, Hermann von; Klein, Friedrich; Starck, Christian (Hrsg.): Grundgesetz, Kommentar, Band 2, Art. 20–82 GG, München.

Janda, Constanze 2022: Diskriminierungsschutz und Migration, in: Mangold, Katharina von; Payandeh, Mehrdad (Hrsg.): Handbuch Antidiskriminierungsrecht, Tübingen (im Erscheinen).

Jarass, Hans D. 2020: GG Art. 3, in: Jarass, Hans D.; Kment, Martin (Hrsg.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar, München.

Kamanabrou, Sudabeh 2006: Die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, in: Recht der Arbeit (RdA) 2006, S. 321–339.

Kischel, Uwe 2021: GG Art. 3, in: Epping, Volker; Hillgruber, Christian (Hrsg.): BeckOK Grundgesetz, 15.5.2021, 47. Edition, München.

Köchle, Cornelia 2019: Art. 21 Nichtdiskriminierung, in: Holoubek, Michael; Lienbacher, Georg (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, Wien.

Kümper, Boas 2017: Bestenauslese als Organisationsprinzip, in: Die Öffentliche Verwaltung 2017 (10), S. 414–420.

Krieger, Heike 2014: Positive Verpflichtungen unter der EMRK: Unentbehrliches Element einer gemein-europäischen Grundrechtsdogmatik, leeres Versprechen oder Grenze der Justiziabilität?, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 2014, S. 187–213.

Langenfeld, Christine 2021: GG Art. 3 Abs. 3, in: Herzog, Roman; Scholz, Rupert; Herdegen, Matthias; Klein, Hans H. (Hrsg.): Grundgesetz: Kommentar, Stand: Januar 2021, München.

Liebscher, Doris 2019: Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund/Migrationsgeschichte durch eine Novellierung des PartIntG Berlin: Rechtswissenschaftliches Gutachten: Im Auftrag der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales des Landes Berlin, Beauftragte des Senats von Berlin für Integration und Migration, Berlin, https://www.berlin.de/iblintmig/_assets/themen/partizipation/rechtsgutachten-partintg_dl.pdf (29.9.2021).

Liebscher, Doris 2021: Rasse im Recht - Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie, Berlin.

Majer, Christian F.; Pautsch, Arne 2020: „Positive Diskriminierung“: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten“ und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik, S. 414.

Mätzig, Sarah 2017: Erfolgsfaktor Anonymität? Eine rechtliche Einordnung anonymisierter Personalauswahlverfahren, in: Recht der Arbeit, S. 185–189.

Mohr, Jochen 2020: Art. 21 GRNichtdiskriminierung, in: Franzen, Martin; Gallner, Inken; Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München.

Mohr, Jochen 2020a: Richtlinie 2000/43/EG, in: Franzen, Martin; Gallner, Inken; Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München.

Mohr, Jochen 2020b: Richtlinie 2000/78/EG, in: Franzen, Martin; Gallner, Inken; Oetker, Hartmut (Hrsg.): Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, München.

Muckel, Stefan 2021: Religionspolitik im Namen der Neutralität?, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2021, S. 557–565.

Payandeh, Mehrdad 2018: Das Kopftuch der Richterin aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2018, S. 482–488.

Payandeh, Mehrdad 2021: Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten: Rechtswissenschaftliche Analyse zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 19/24434 vom 18.11.2020) im Hinblick auf eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG zum Schutz gegen gruppenbezogene Menschenwürdeverletzungen, erstellt im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/pdf/Payandeh_-_Analyse.pdf (17.8.2021).

Raasch, Sibylle 2010: Positive Maßnahmen: Eine Einführung, in: Heinrich-Böll-Stiftung: Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Dossier, S. 4–10, Berlin, https://heimatkunde.boell.de/sites/default/files/dossier_positive_massnahmen.pdf (30.9.2021).

Reidel, Alexandra-Isabel 2019: Die Zulässigkeit von Gesichtsverhaltensverboten im öffentlichen Dienst: Symbolpolitik oder vorausschauendes Handeln des Gesetzgebers?, in: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht 2019, S. 71–74.

Roetteken, Torsten von 2021: AGG, in: Roetteken, Torsten von: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG: Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, 1.8.2021, 76. Update August 2021, Heidelberg.

Roetteken, Torsten von 2021a: Quoten und Bestenauslese, in: Zeitschrift für Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (ZESAR) 2021, S. 421–429.

Sacksofsky, Ute 2019: Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 67 (1), S. 377, DOI: 10.1628/joer-2019-0015.

Sacaliuc, Ana-Violeta 2012: Vielfalt zählt: Adressatenorientierte Positive Maßnahmen am Beispiel des Mentoring-Programms BERAMI, in: Heinrich-Böll-Stiftung: Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity, Dossier, S. 126–130, Berlin, https://heimatkunde.boell.de/sites/default/files/dossier_positive_massnahmen.pdf (30.9.2021).

Schieck, Dagmar 2003: Diskriminierung wegen „Rasse“ oder „ethnischer Herkunft“: Probleme bei der Umsetzung der RL 2000/43/EG im Arbeitsrecht, in: Arbeit und Recht (AuR) 2003, S. 44–51.

Schmitz, Heribert 2018: § 23 Amtssprache, in: Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim; Sachs, Michael (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, München.

Schröer, Hubertus; Szoldatits, Franziska 2010: Interkulturelle Öffnung des Personalmanagements: Das Beispiel der Landeshauptstadt München, in: Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.): Positive Maßnahmen: Von Antidiskriminierung zu Diversity: Dossier, Berlin, S. 108–116, https://heimatkunde.boell.de/sites/default/files/dossier_positive_massnahmen.pdf (30.9.2021).

Schwanenflug, Noreen von; Szczerbak, Simone 2018: Das Tragen eines Kopftuches im Lichte des Neutralitätsgebots im Öffentlichen Dienst, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2018, S. 441–447.

Statistisches Bundesamt 2021: Indikator 7.0 Erhöhung des Anteils der Beschäftigten im Öffentlichen Dienst, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/Tabellen/integrationsindikatoren-beschaefigte-oeffentldienst.html> (13.3.2022).

Statistisches Bundesamt 2021a: Migration und Integration: Personen mit Migrationshintergrund, Berlin, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/Methoden/Erlauterungen/migrationshintergrund.html> (30.9.2021).

Statistisches Bundesamt 2021b: Datenreport 2021: Sozialbericht für Deutschland, Berlin, <https://www.destatis.de/DE/Service/Statistik-Campus/Datenreport/Downloads/datenreport-2021.html> (30.9.2021).

Wikipedia 2021: Interkulturelle Kompetenz, https://de.wikipedia.org/wiki/Interkulturelle_Kompetenz (29.9.2021).

Wißmann, Hinnerk 2019: Neutrale Justiz in der pluralistischen Gesellschaft: Anforderungen an innere Haltung und äußere Erscheinung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 2019, S. 218–220.

Stein, Peter 2021: Neutralitätsanordnungen von Arbeitgebern zwischen Unternehmerfreiheit, mittelbarer und unmittelbarer Ungleichbehandlung, in: Recht der Arbeit (RdA) 2021, S. 163–167.

Ziekow, Jan 2013: Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst: Rechtswissenschaftliche Stellungnahme für das Ministerium für Integration Baden-Württemberg, https://sozialministerium.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-sm/intern/downloads/Downloads_Interkulturelle-%C3%96ffnung/Verbesserung-Chancen-Migranten-oeff-Dienst_Prof-Ziekow_2013.pdf (26.8.2021).

Ziekow, Jan 2014: Möglichkeiten und Grenzen der Verbesserung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst, in: Die Öffentliche Verwaltung 2014 (18), S. 765–776.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	andere Ansicht	NRW	Nordrhein-Westfalen
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
Abs.	Absatz	NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte	PartIntG Berlin	Partizipations- und Integrationsgesetz des Landes Berlin
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union	PartIntG BW	Partizipations- und Integrationsgesetz für Baden-Württemberg
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	PartMigG	Gesetz zur Förderung der Partizipation in der Migrationsgesellschaft des Landes Berlin
Art.	Artikel	RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
B	Berlin	SGB V	Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
BAG	Bundesarbeitsgericht	SH	Schleswig-Holstein
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Amtliche Sammlung)	TIntG NRW	Gesetz zur Förderung der gesellschaftlichen Teilhabe und Integration in Nordrhein-Westfalen
BaWü	Baden-Württemberg	UN	United Nations (Vereinte Nationen)
Bay	Bayern	VO	Verordnung
BayIntG	Bayerisches Integrationsgesetz		
BBG	Bundesbeamtengesetz		
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz		
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz		
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz		
BlnNeutrG	Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin vom 27.1.2005 (Berliner Neutralitätsgesetz)		
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache		
BVerfG	Bundesverfassungsgericht		
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)		
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht		
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)		
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)		
EG	Europäische Gemeinschaften		
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte		
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention		
EU	Europäische Union		
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union		
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft		
GBl.	Gesetzblatt für Baden-Württemberg		
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland		
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union		
GV NRW	Gesetz- und Ordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen		
GVBl.	Bayerischen Gesetz- und Ordnungsblatt bzw. Gesetz- und Ordnungsblatt [Berlin] bzw. Gesetz- und Ordnungsblatt für Schleswig-Holstein		
ICERD	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (UN-Antirassismus-Konvention)		
IntTeilhG SH	Integrations- und Teilhabegesetz für Schleswig-Holstein		
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt)		

WEITERE VERÖFFENTLICHUNGEN DIESER REIHE

Der Corona-Effekt: Was wissen wir über die Arbeitsmarktsituation von Migrant_innen und Geflüchteten in der Pandemie?

→ [FES diskurs Januar/2022](#)

Ohne sie geht nichts mehr – Welchen Beitrag leisten Migrant_innen und Geflüchtete zur Sicherung der Arbeitskräftebedarfe in Fachkraftberufen in Deutschland?

→ [FES diskurs November/2022](#)

Das Gründungspotenzial von Geflüchteten - Selbstständigkeit als Weg zur Arbeitsmarktintegration?

→ [FES diskurs November/2021](#)

Arbeit, Ausbildung und Integration von Geflüchteten im kommunalen Spiegel – Erfahrungen aus fünf Jahren Pankower Runder Tisch

→ [WISO diskurs 13/2021](#)

Repräsentativität in der öffentlichen Verwaltung – Was kann Deutschland von anderen Ländern lernen?

→ [WISO direkt 19/2021](#)

Der „Migrationshintergrund“ und seine Fallstricke – Wie weiter in der interkulturellen Öffnung des öffentlichen Dienstes in Deutschland

→ [WISO direkt 18/2021](#)

Geflüchtete Frauen und ihre Teilhabe an Erwerbsarbeit

→ [WISO direkt 17/2021](#)

Geschlechtergerechte Arbeitsmarktintegration von Migrant_innen – Erfahrungen aus dem schwedischen Projekt „Equal Entry“

→ [WISO direkt 12/2021](#)

Deutsch lernen auf dem Land – Handlungsempfehlungen für die Sprachförderung von Migrantinnen und Migranten in Deutschland

→ [WISO diskurs 07/2020](#)

Mehr als nur ein Job: Die qualitative Dimension der Integration in Arbeit von Geflüchteten in Deutschland

→ [WISO diskurs 09/2020](#)

Die Integrationskurse werden evaluiert – Eine erste Analyse des Zwischenberichts

→ [WISO direkt 10/2020](#)

In Integration investieren! Für eine Reform der Deutschsprachförderung des Bundes

→ [WISO direkt 16/2019](#)

Aktuelle und zukünftige Einwanderungsbedarfe von IT-Fachkräften nach Deutschland: Wie attraktiv sind die Bundesländer

→ [WISO direkt 09/2019](#)

Volltexte und weitere Publikationen der Friedrich-Ebert-Stiftung unter www.fes.de/publikationen



Impressum

© 2022

Friedrich-Ebert-Stiftung

Herausgeberin: Abteilung Analyse, Planung und Beratung

Godesberger Allee 149, 53175 Bonn

Fax 0228 883 9205

www.fes.de/apb

apb-publikation@fes.de

ISBN: 978-3-98628-112-0

Titelfoto: © picture alliance/Westend61/Roy Jankowski

Gestaltungskonzept: www.leitwerk.com

Umsetzung/Satz: www.minus.de

Druck: www.bub-bonn.de

→ Die in dieser Publikation zum Ausdruck gebrachten Ansichten sind nicht notwendigerweise die der Friedrich-Ebert-Stiftung. Eine gewerbliche Nutzung der von der FES herausgegebenen Medien ist ohne schriftliche Zustimmung durch die FES nicht gestattet. Publikationen der Friedrich-Ebert-Stiftung dürfen nicht für Wahlkampfzwecke verwendet werden.



Die Vielfalt der Gesellschaft bildet sich unter den Beschäftigten im öffentlichen Dienst nur unzureichend ab. Zwar haben rund 25 Prozent der Bevölkerung einen sogenannten Migrationshintergrund. In der öffentlichen Verwaltung ist dieses Viertel jedoch stark unterrepräsentiert. Auch im Vergleich zum Anteil der Beschäftigten mit Migrationsgeschichte in der Privatwirtschaft scheidet der öffentliche Dienst schlecht ab. Positive Maßnahmen, die deutsche Übersetzung des englischen Begriffs „affirmative actions“, sind Maßnahmen, mit denen dieses Ungleichgewicht abgebaut werden kann. Doch bestehen in vielen Verwaltungen und ihren Personalabteilungen Unsicherheiten, wie rechtssicher solche Maßnahmen sind. Dieser Frage geht der vorliegende FES diskurs nach und schlüsselt detailliert auf, dass bereits jetzt viele konkrete und rechtssichere Handlungsmöglichkeiten bestehen, um die migrationsbezogene Vielfalt unserer Gesellschaft in der öffentlichen Verwaltung besser als bisher widerzuspiegeln.

ISBN 978-3-98628-112-0

**FRIEDRICH
EBERT** 
STIFTUNG