

**Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen
von Personen mit Migrationshintergrund im öf-
fentlichen Dienst**

Rechtswissenschaftliche Stellungnahme

für

das Ministerium für Integration Baden-Württemberg

von

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow

Gliederung

- I. Hintergrund
- II. Problemhorizont
- III. Rechtliche Bewertung
 - 1. Maßnahmen bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst
 - a) Rechtlicher Rahmen
 - aa) Europäische Regelungen
 - bb) Nationales Verfassungsrecht
 - α) Der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG
 - β) Das Bevorzugungs- und Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG
 - cc) Einfaches Gesetzesrecht
 - α) Bundesrecht
 - β) Baden-württembergisches Landesrecht
 - b) Bewertung in Betracht kommender Maßnahmen
 - aa) Strikte Quote zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund
 - α) Vorliegen eines den Leistungsgrundsatz einschränkenden verfassungskräftigen Belangs
 - β) Abwehr von ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes
 - bb) Interkulturelle Kompetenz als Eignungsmerkmal im Sinne des Leistungsgrundsatzes
 - cc) Bevorzugte Einstellung von Personen mit Migrationshintergrund bzw. mit interkultureller Kompetenz bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung
 - dd) Aufforderung zur Bewerbung „besonders“ von Personen mit Migrationshintergrund in der Stellenausschreibung
 - ee) Hinweis auf interkulturelle Öffnung des öffentlichen Dienstes in der Ausschreibung
 - ff) Förderkonzepte mit Zielquoten
 - gg) Zielgruppenspezifische Werbemaßnahmen
 - hh) Zugang zur Ausbildung
 - 2. Förderung und Qualifizierung
- IV. Zusammenfassung und Empfehlungen

I. Hintergrund

Dass der deutsche öffentliche Dienst hinsichtlich der Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund einen gewissen Nachholbedarf hat, hat nicht erst die OECD-Studie „Integration von Zuwanderern“ aus dem Jahre 2012 belegt¹. Der Befund ist vielfach erhoben² und als solcher nicht in Frage zu stellen. Bezieht man die Beschäftigungsquote von Personen mit Migrationshintergrund auf die Wohnbevölkerung derselben Personengruppe, so stehen in Baden-Württemberg nach den Daten des Statistischen Landesamtes auf der Basis des Mikrozensus 13,9 % im öffentlichen Dienst Beschäftigte mit Migrationshintergrund 26,2 % derselben Personengruppe an der Wohnbevölkerung gegenüber³. Für die unmittelbar in der öffentlichen Verwaltung Beschäftigten ist der Anteil mit rund 10 % noch geringer. Gemessen am Anteil an der Wohnbevölkerung müsste also die Zahl der im öffentlichen Dienst Beschäftigten mit Migrationshintergrund ungefähr doppelt so hoch sein. Besonders signifikant ist das Missverhältnis bei den Beamten. Hier betrug 2009 bei den Personen ohne Migrationshintergrund der Anteil der Beamten an der erwerbstätigen Bevölkerung 6,8 %, bei Personen mit Migrationshintergrund nur 1,4 %⁴.

Welche Konsequenzen hieraus folgen, ist hingegen weniger deutlich. Das beginnt mit der zentralen Frage, was eine konstantierte Ungleichheit eigentlich besagt: Eine Diskriminierung aufgrund der Herkunft? Oder die Konsequenz unterschiedlicher materieller Bildungschancen? Oder eine geringere Affinität bestimmter Bevölkerungsgruppen zu den spezifischen Beschäftigungsmerkmalen des öffentlichen Dienstes? Oder eine wenig vorausschauende Allokation der Ressource Personal mit Blick auf die Anforderungen der Personalgewinnung unter den Bedingungen des demografischen Wandels? Oder die versäumte Sicherstellung einer 360°-Kommunikationsfähigkeit der Verwaltung?

¹ OECD, Integration von Zuwanderern – OECD-Indikatoren 2012, 2012, S. 128 ff.

² Siehe nur *Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan Integration, 2011, S. 141.

³ Stellungnahme des baden-württembergischen Innenministeriums auf den Antrag des Abgeordneten Andreas Deuschle u.a., LT-Drucks. 15/2839 S. 2 f.

⁴ Konferenz der für Integration zuständigen Ministerinnen und Minister / Senatorinnen und Senatoren der Länder, 1. Bericht zum Integrationsmonitoring der Länder 2005-2009, Teil 2, 2011, S. 149.

Um bei dem weiten Auseinanderlaufen des Anteils an den Beamten zu bleiben: Heisst das, dass Personen mit Migrationshintergrund aus den wegen Art. 33 Abs. 4 GG Beamtinnen und Beamten vorbehaltenen staatlichen Kernfunktionen systematisch ferngehalten werden? Oder dass Personen mit Migrationshintergrund weniger häufig über die entsprechende Ausbildung verfügen? Oder ist es Ausdruck des Fehlens der für die Begründung eines Beamtenverhältnisses erforderlichen staatsangehörigkeitsrechtlichen Voraussetzungen, also mehr ein Problem der Staatsangehörigkeitspolitik als der Personalwirtschaft?

Nach dem derzeitigen Stand der Verfügbarkeit statistischer Daten wird man diese Fragen nicht alle verlässlich beantworten können. Das gilt auch für diverse andere Fragen wie Karrierewege, Beurteilungunterschiede und anderes. Diese empirischen Unsicherheiten wird man in Rechnung stellen müssen, wenn man sich mit möglichen Konzepten auseinandersetzt.

Unerlässlich ist allerdings eine Klarheit über die verfolgten Ziele. Welche Ziele mit einer Erhöhung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst verfolgt werden sollen, ist in erster Linie eine politische Frage. Im Rahmen der folgenden Überlegungen kann es daher nur darum gehen, denkbare Ziele zu identifizieren und im Rahmen der Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit denkbarer Maßnahmen heranzuziehen. Als solche Ziele kommen in erster Linie in Betracht:

- die Herstellung von Chancengleichheit für eine benachteiligte Bevölkerungsgruppe;
- die Öffnung der Verwaltung für eine Vielfalt kultureller Zugänge;
- die Erweiterung des Rekrutierungspotenzials des öffentlichen Dienstes;
- die Verbesserung der interkulturellen Kommunikationsfähigkeit der Verwaltung im Kundenkontakt.

II. Problemhorizont

Die Frage nach den Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund in der öffentlichen Verwaltung führt zu verschiedenen Antworten. Es gibt eine Reihe von Ansätzen, die in unterschiedlicher Weise zu einer Chancenverbesserung beitragen können. Sie unterscheiden sich in ihrer instrumentellen Ausgestaltung, ihrer Verbindlichkeit, der Phase des Kontakts zwischen den betreffenden Personen und der Verwaltung, der zeitlichen Wirkung und der durch sie entstehenden Kosten.

Zur Verdeutlichung dieser mehrdimensionalen Matrix zwei Beispiele:

- Das „härteste“ Instrument ist unzweifelhaft eine strikte Quote zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst. Sie bedürfte – unabhängig von der Frage ihrer Zulässigkeit – der rechtlichen Verankerung, wäre verbindlich, würde kurzfristig wirken und nur geringe Primärkosten verwirklichen. Eine Folgefrage wäre die Weiterführung der Quote bei der Besetzung von Führungsfunktionen und das Entstehen eventueller Sekundärkosten in Gestalt einer Leistungsminderung der Verwaltung, wenn die Quote nur unter Rückgriff auf extrem leistungsschwache Bewerberinnen und Bewerber erfüllt werden könnte.
- Gleichsam am anderen Ende der Skala würden etwa Veränderungen in der Ausbildung stehen, die Personen mit Migrationshintergrund die Erlangung der für eine Verwaltungskarriere benötigten Qualifikationen durch die Berücksichtigung der Situation dieser Bevölkerungsgruppe erleichtert. Eine solche Maßnahme bedürfte wohl keiner rechtlichen Verbindlichkeit, würde Interessenten sehr früh erfassen, langfristig wirken und wäre voraussichtlich mit Kostenfolgen verbunden.

Zwischen diesen beiden „Polen“ ist eine Reihe weiterer Maßnahmen denkbar, die die genannten Parameter in unterschiedlichen Konfigurationen erfassen⁵. Selbstverständlich sind alle diese Maßnahmen nicht in dem Sinne als exklusiv zu verstehen, dass die Ergreifung einer Maßnahme die Verwirklichung anderer

⁵ Vgl. nur die Beispiele bei *Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan Integration, 2011, S. 142 ff.; *Netzwerk „Integration durch Qualifizierung IQ“*, Mehr Vielfalt im öffentlichen Dienst, Arbeitspapier 01/2012, S. 3 f.

ausschließen würde. Vielmehr lassen sich verschiedene Maßnahmen kombinieren bzw. entfalten ihre volle Wirkung erst in einer solchen Kombination. Dies ändert allerdings nichts daran, dass es für eine rechtliche Bewertung zunächst einer getrennten Betrachtung der möglichen Maßnahmen bedarf.

Für die rechtliche Bewertung wiederum sind verschiedene Regelungsebenen in horizontaler und vertikaler Schichtung in die Betrachtung einzubeziehen. Vertikal betrifft dies die Ebenen des EU-Rechts sowie des nationalen Verfassungsrechts und des einfachen Gesetzesrechts. Horizontal stehen u. a. die Vorschriften der Beamten Gesetze und des allgemeinen Gleichstellungsrechts nebeneinander. Hieraus ergeben sich komplexe Prüfungsprogramme, die sich mit dem Verhältnis der verschiedenen Normierungen zueinander auseinandersetzen müssen.

III. Rechtliche Bewertung

Im Folgenden werden die in Betracht kommenden Maßnahmen zur Verbesserung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund einer rechtlichen Bewertung unterzogen. Dabei wird zunächst zwischen Maßnahmen im Umfeld der Einstellung von Personen in den öffentlichen Dienst (unten III.1) und Maßnahmen, die im Vorfeld des Einstellungsprozesses oder nach dessen Beendigung (unten III.2) liegen, unterschieden.

1. Maßnahmen bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst

Bevor zu einzelnen Maßnahmen, die zur Verbesserung der Chancen im Zuge des Prozesses der Einstellung in den öffentlichen Dienst in Betracht gezogen werden können, aus rechtlicher Perspektive Stellung genommen wird (unten III.1.b), soll zunächst der relevante rechtliche Rahmen im Allgemeinen skizziert werden (unten III.1.a).

a) Rechtlicher Rahmen

aa) Europäische Regelungen

Auf europäischer Ebene enthält Art. 21 EU-GR-Charta ein umfassendes Diskriminierungsverbot, das auch die Merkmale der Rasse, Hautfarbe, ethnischen Herkunft und der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit umfasst. Ebenso verboten ist jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Das Grundrecht bindet die Ausübung von Staatsgewalt durch die Mitgliedstaaten nicht umfassend, sondern nur insoweit, wie die Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen.⁶ Es schützt vor unmittelbaren und mittelbaren Ungleichbehandlungen, die an eines der in der Regelung genannten personengebundenen

⁶ *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 21 Rdnr. 4.

Merkmale anknüpfen.⁷ Hingegen ermächtigt Art. 21 EU-GR-Charta nicht zu positiven, Diskriminierungen entgegenwirkenden Maßnahmen.⁸

Art. 18 AEUV verbietet jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Allerdings tritt diese Regelung hinter die besonderen Bestimmungen des AEUV, die das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit bereichsspezifisch ausdifferenzieren, zurück.⁹ Um eine solche Regelung handelt es sich bei Art. 45 AEUV, der allen Arbeitnehmern Gleichbehandlung bei der Bewerbung um eine Beschäftigung, in der Beschäftigung sowie mit Blick auf die Entlohnung und Arbeitsbedingungen gewährleistet. Zwar geht der Gewährleistungsgehalt des Art. 45 AEUV über ein reines Diskriminierungsverbot hinaus und beinhaltet auch ein Beschränkungsverbot. Dieses tritt Maßnahmen entgegen, die unterschiedslos auf Staatsangehörige des betreffenden Mitgliedstaats und anderer Mitgliedstaaten anwendbar sind, aber die Wahrnehmung der jeweiligen Grundfreiheit faktisch beeinträchtigen, sie insbesondere unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.¹⁰ Jedoch fordert Art. 45 AEUV von den Mitgliedstaaten nur ein Unterlassen freizügigkeitsbehindernder Maßnahmen, hingegen kein aktives Tätigwerden zugunsten einer Verbesserung der Berufschancen ausländischer Arbeitnehmer.

Überdies ist zu beachten, dass Art. 45 AEUV zum einen nur für Angehörige anderer EU-Staaten gilt, also einen grenzüberschreitenden Bezug voraussetzt und die innerstaatliche Chancengleichheit eigener Staatsangehöriger mit Migrationshintergrund nicht erfasst. Innerstaatliche Sachverhalte erfasst Art. 45 AEUV nur insoweit, wie es um Maßnahmen gegen eigene Staatsangehörige geht, die ihm die Ausübung seines Freizügigkeitsrechts in einem anderen Mitgliedstaat erschweren.¹¹ Zum anderen findet die Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit ausweislich des Art. 45 Abs. 4 AEUV keine Anwendung auf die

⁷ *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 21 Rdnr. 8 f.

⁸ *Hans D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Art. 21 Rdnr. 16.

⁹ *Astrid Epiney*, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 18 AEUV Rdnr. 6.

¹⁰ Vgl. nur EuGH Slg. 1995, S. 4921 Rdnr. 94 ff.; 1999, S. I-345 Rdnr. 36 ff.; 2000, S. I-493 Rdnr. 23.

¹¹ Vgl. EuGH Slg. 2006, S. I-10685 Rdnr. 18 ff.

Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung. Wenngleich hierunter nicht alle Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst der Mitgliedstaaten, sondern nur solche Stellen fallen, die eine unmittelbare oder mittelbare Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse und an der Wahrnehmung solcher Aufgaben mit sich bringen, die auf die Wahrung der allgemeinen Belange des Staates und anderer öffentlicher Körperschaften gerichtet sind,¹² beschränkt die Vorschrift die Relevanz der Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit für die Beschäftigung im öffentlichen Dienst.

Die aktive Ergreifung von Maßnahmen gegen Diskriminierungen ist hingegen in Art. 19 AEUV angesprochen. Danach kann der Rat geeignete Vorkehrungen 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. Anders als Art. 18 und Art. 45 AEUV ist Art. 19 AEUV nicht unmittelbar anwendbar, sondern enthält lediglich eine Ermächtigung der darin bezeichneten Organe, antidiskriminierende Maßnahmen zu ergreifen.¹³ Diese Ermächtigung erstreckt sich nicht nur auf die Ergreifung von Maßnahmen zum Abbau von Diskriminierungen, sondern auch auf Maßnahmen, durch die – positiv – faktische Schlechterstellungen beseitigt werden sollen.¹⁴ Darüber hinaus muss der persönliche Anwendungsbereich solcher Maßnahmen nicht – wie der Anwendungsbereich der Art. 18, 45 AEUV – auf EU-Bürger beschränkt bleiben, sondern kann auch Personen mit der Staatsangehörigkeit von Drittstaaten einbeziehen.¹⁵ Zu beachten ist, dass Art. 19 AEUV nur EU-Organe, nicht aber Stellen der Mitgliedstaaten zu Maßnahmen ermächtigt.

Auf Art. 19 AEUV sind folgende Maßnahmen gestützt worden:

- Die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft

¹² EuGH Slg. 1996, S. I-3285, Rdnr. 2; 2003, S. I-8219, Rdnr. 40; 2003, S. I-10391, Rdnr. 39.

¹³ *Astrid Epiney*, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 19 AEUV Rdnr. 1.

¹⁴ *Astrid Epiney*, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 19 AEUV Rdnr. 4.

¹⁵ *Astrid Epiney*, in: Calliess / Ruffert, EUV / AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 19 AEUV Rdnr. 5.

vom 29. 6. 2000¹⁶ zielt auf eine Bekämpfung von Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft ab (Art. 1). Diskriminierungen im Sinne der Richtlinie sind nicht nur unmittelbare, eine Benachteiligung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft herbeiführende Maßnahmen, sondern auch mittelbare Diskriminierungen. Um eine solche handelt es sich, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können (Art. 2 Abs. 2 lit. b). Hiervon zu unterscheiden sind positive Maßnahmen, durch die zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Sie sind nach Art. 5 RL 2000/43/EG zulässig, jedoch nicht pflichtig zu ergreifen.

Unter sehr engen Voraussetzungen kann eine Ungleichbehandlung aufgrund eines mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft zusammenhängenden Merkmals zulässig sein. Dies ist gemäß Art 4 dann der Fall, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt, ein rechtmäßiger Zweck verfolgt wird und es sich um eine angemessene Anforderung handelt.

Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/43/EG erfasst auch den Zugang zur Beschäftigung bei öffentlichen Stellen, den beruflichen Aufstieg, die berufliche Aus- und Weiterbildung sowie die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen (Art. 3 Abs. 1). Die Diskriminierungsverbote der Richtlinie beziehen sich auch auf Drittstaatsangehörige (vgl. Erwägungsgrund 13).

- Ausweislich ihres Art. 1 bezweckt die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27. 11. 2000¹⁷ die Bekämpfung von Diskriminierungen wegen der Religion oder der Weltanschau-

¹⁶ ABl. Nr. L 180/22.

¹⁷ ABl. Nr. L 303/16.

ung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung in Beschäftigung und Beruf. Der Abbau von Benachteiligungen mit Blick auf die Herkunft einer Person liegt außerhalb des Regelungsbereichs dieser Richtlinie.

- Entsprechendes gilt im Ergebnis für die Richtlinie 2004/113/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen vom 13.12.2004¹⁸.

Nicht auf Art. 19 AEUV, sondern auf den früheren Art. 141 EGV (heute: Art. 157 AEUV) gestützt ist die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 5. 7. 2006¹⁹. Bereits ihr Titel macht deutlich, dass sie für das vorliegend behandelte Thema nicht einschlägig ist. Allerdings kann die zu dieser Richtlinie und ihren Vorgängern sowie den Richtlinien 2000/78/EG und 2004/113/EG vorliegende Rechtsprechung möglicherweise unter Beachtung der Besonderheiten der jeweiligen Regelungskontexte für die Auslegung der Richtlinie 2000/43/EG und des zu deren Umsetzung erlassenen deutschen Rechts fruchtbar gemacht werden.

bb) Nationales Verfassungsrecht

α) Der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG

Zentrale verfassungsrechtliche Norm für die Auswahl zwischen mehreren Bewerbern für den öffentlichen Dienst ist Art. 33 Abs. 2 GG. Nach dieser Vorschrift hat jeder Deutsche nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. Der für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs wesentliche Begriff des Amtes ist nicht identisch mit dem im Beamtenrecht verwendeten Begriff des Amtes²⁰, sondern meint neben öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnissen auch durch privatrechtl-

¹⁸ ABl. Nr. L 373/37.

¹⁹ ABl. Nr. L 204/23.

²⁰ Zu dessen unterschiedlichen Ausformungen siehe nur *Fritjof Wagner*, Der Amtsbe-
griff im Beamtenrecht, VR 1982, S. 202 f.

che Arbeitsverträge begründete Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst²¹.

In personeller Hinsicht erstreckt sich der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG auf „Deutsche“. Ausweislich des Art. 116 Abs. 1 GG sind hierunter Personen mit deutscher Staatsangehörigkeit zu verstehen, ohne dass es darauf ankäme, ob diese Personen einen Migrationshintergrund besitzen oder nicht. Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit können in ein Beamtenverhältnis berufen werden, wenn sie die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der EU oder des EWR-Abkommens besitzen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a und b BeamtStG), Staatsangehörige eines Drittstaates im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. c BeamtStG sind oder wegen eines dringenden dienstlichen Interesses eine Ausnahme gewährt wird (§ 7 Abs. 3 Nr. 1 BeamtStG). Für Tarifbeschäftigte gelten grundsätzlich keine Staatsangehörigkeitserfordernisse.

Diese Divergenz zwischen dem auf Deutsche beschränkten Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 2 GG und dem auch Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit offenen Zugang zum deutschen öffentlichen Dienst bedeutet jedoch nicht, dass die Kriterien der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung nicht auch für die letztgenannte Personengruppe gelten würden. Art. 33 Abs. 2 GG enthält vielmehr zwei Dimensionen: eine subjektiv-rechtliche im Sinne der Statuierung eines grundrechtsgleichen Rechts und eine objektiv-rechtliche, der Gewährleistung einer rationalen Staatsorganisation verpflichtete²². Während die Berufung auf den subjektiv-rechtlichen Gehalt Deutschen vorbehalten ist, bindet das Leistungsprinzip als objektiv-rechtlicher Grundsatz den Staat bei allen personellen Auswahlentscheidungen²³.

Der durch die Elemente der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung konstituierte Bestenauslesegrundsatz dient – neben seinem subjektiv-rechtlichen

²¹ *Peter Badura*, in: Maunz / Dürig, Grundgesetz, Art. 33 (Stand: Mai 2009) Rdnr. 23; *Philip Kunig*, in: von Münch / Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 33 rdnr. 20.

²² *Wolfram Höfling*, in: Dolzer / Graßhof / Kahl, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Abt. 33 Abs. 1 bis 3 (Stand: Aug. 2007) Rdnr. 60 ff.; *Helmut Lecheler*, in: Friauf / Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 33 (Stand: 2000) Rdnr. 17.

²³ Dazu etwa *Angelika Eck*, Die Bestenauswahl gem. Art. 33 Abs. 2 GG, RiA 2012, S. 16 ff.; *Guido Kämmerling*, Das Leistungsprinzip als Hauptkriterium für Beförderungen und Stellenbesetzungen, DöD 2010, S. 213 ff.; *Marc Wagner*, Das Prinzip der Bestenauslese im öffentlichen Dienst, 2009.

Gehalt – dem öffentlichen Interesse der bestmöglichen Besetzung des öffentlichen Dienstes, dessen fachlichem Niveau und rechtlicher Integrität²⁴. Die Begriffe Eignung, Befähigung und fachliche Leistung werden dabei wie folgt definiert:

„Der Begriff der fachlichen Leistung im Sinne von Art. 33 Abs. 2 GG zielt auf die Arbeitsergebnisse des Beamten bei Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben, auf Fachwissen und Fachkönnen ab. Mit dem Begriff der Befähigung werden die allgemein für die dienstliche Verwendung bedeutsamen Eigenschaften wie Begabung, Allgemeinwissen, Lebenserfahrung und allgemeine Ausbildung umschrieben. Der Begriff der Eignung im engeren Sinne erfasst Persönlichkeit und charakterliche Eigenschaften.“²⁵

Die daraus für die Bewerberauswahl folgenden Konsequenzen hat das Bundesverfassungsgericht wie folgt zusammengefasst:

„Art. 33 Abs. 2 GG gibt somit die entscheidenden Beurteilungsgesichtspunkte für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern abschließend vor. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen können grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Gesichtspunkten darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist.“²⁶

²⁴ BVerfG, Beschl. v. 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. -, juris, Rdnr. 11; Beschl. v. 4. 10. 2012 – 2 BvR 1120/12 -, juris Rdnr. 10.

²⁵ BVerwG, Urt. v. 26. 9. 2012 – 2 C 74/10 -, juris Rdnr. 20.

²⁶ BVerfG, Beschl. v. 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. -, juris Rdnr. 11; ebenso BVerfG, Beschl. v. 20. 9. 2007 – 2 BvR 1972/07 -, juris Rdnr. 8; Beschl. v. 26. 11. 2010 – 2 BvR 2435/10 -, juris Rdnr. 10; BVerwG, Urt. v. 25. 2. 2010 – 2 C 22/09 -, juris Rdnr. 14; Urt. v. 26. 9. 2012 – 2 C 74/10 -, juris Rdnr. 19; Urt. v. 13. 12. 2012 – 2 C 11/11 -, juris Rdnr. 22 f.; in der Sache auch BVerfG, Beschl. v. 2. 10. 2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rdnr. 10; BVerwG, Urt. v. 26. 1. 2012 – 2 A 7/09 -, juris Rdnr. 17.

Ein Gesetzesvorbehalt, der dem Gesetzgeber die beliebige Hinzufügung weiterer Kriterien erlauben würde, besteht also nicht.²⁷ Da die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes durch den Leistungsgrundsatz gewährleistet wird, ist seine Einschränkung unmittelbar durch einen verfassungskräftigen Belang nur möglich, wenn anders eine unmittelbar drohende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit nicht abgewendet werden kann.²⁸ Unterhalb dieser Ebene, wenn also der durch Art. 33 Abs. 2 GG zum Ausdruck gebrachte Leistungsgrundsatz mit anderen verfassungskräftig geschützten Interessen zu einem optimierenden Ausgleich zu bringen ist, bedarf die Herstellung dieses Ausgleichs der Form des Gesetzes. Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Gesetzes ist, dass es dem Zweck des Art. 33 Abs. 2 GG verpflichtet ist, ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes vorzubeugen.²⁹

Allerdings ist es allein Sache des jeweiligen Dienstherrn, über die Einrichtung und den Zuschnitt von Dienstposten nach seinen organisatorischen Bedarfen und Möglichkeiten zu entscheiden,³⁰ sofern dem sachliche Erwägungen zugrunde liegen. Letzteres ist nicht der Fall, „wenn dem Dienstposten eine Leistungsbeschreibung zugeordnet würde, die den tatsächlich auf diesem Dienstposten anfallenden Tätigkeiten nicht oder im Wesentlichen nicht entspricht, sondern den Zweck verfolgt, »Alleinstellungsmerkmale« für einen bevorzugten Bewerber zu schaffen, um eine Auswahlentscheidung zu seinen Gunsten zu erleichtern“³¹.

Aus diesem Zuschnitt und einem vom Dienstherrn daraus ggf. abgeleiteten Anforderungsprofil sind dann die der Bewerberauswahl zugrunde zu legenden Kri-

²⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 2. 10. 2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rdnr. 10; Beschl. v. 26. 11. 2010 – 2 BvR 2435/10 -, juris Rdnr. 10; Beschl. v. 25. 11. 2011 – 2 BvR 2305/11 -, juris Rdnr. 12; Beschl. v. 4. 10. 2012 – 2 BvR 1120/12 -, juris Rdnr. 10; Beschl. v. 7. 3. 2013 – 2 BvR 2582/12 -, juris Rdnr. 15.

²⁸ BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2012 – 2 C 11/11 -, juris Rdnr. 23.

²⁹ BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2012 – 2 C 11/11 -, juris Rdnr. 23.

³⁰ BVerfG, Beschl. v. 20. 9. 2007 – 2 BvR 1972/07 -, juris Rdnr. 13; Beschl. v. 2. 10. 2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rdnr. 16; Beschl. v. 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. -, juris Rdnr. 16; Beschl. v. 25. 11. 2011 – 2 BvR 2305/11 -, juris Rdnr. 13; BVerwG, Urt. v. 26. 1. 2012 – 2 A 7/09 -, juris Rdnr. 18.

³¹ BVerwG, Urt. v. 26. 1. 2012 – 2 A 7/09 -, juris Rdnr. 18.

terien abzuleiten.³² Das Bestehen eines Einschätzungsspielraums des Dienstherrn hinsichtlich der Festlegung eines Anforderungsprofils kann nur bereichsspezifisch festgestellt werden.³³ Die Vereinbarkeit des Anforderungsprofils mit Art 33 Abs. 2 GG unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle.³⁴ Für den Vergleich der Bewerberinnen und Bewerber nach Eignung, Befähigung und fachliche Leistung ist der Aufgabenbereich des in concreto ausgeschriebenen Amtes maßgebend.³⁵

Ihre Personal- und Organisationshoheit erlaubt es der das Personal einstellenden öffentlichen Verwaltung dabei, den Kreis der Bewerber um ein öffentliches Amt durch eine entsprechende Festlegung des Anforderungsprofils einzunengen. Voraussetzung ist, dass diese Einengung aufgrund sachlicher Erwägungen erfolgt.³⁶ Welche Erwägungen sachlich und welche sachwidrig sind, ist am Maßstab des Grundsatzes der Bestenauslese zu bestimmen.³⁷

In diesem Fall erfolgt die Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung dann nur unter den Bewerbern, die sich in diesem eingengten Kreis befinden. Beispiele für eine solche zulässige Verengung sind der Ausschluss von Bewerbern, für die keine Freigabe ihres bisherigen Dienstherrn vorliegt,³⁸ oder die Festlegung eines bestimmten Mindeststatus (die Eingruppierung in ei-

³² BVerfG, Beschl. v. 20. 9. 2007 – 2 BvR 1972/07 -, juris Rdnr. 13, 15; Beschl. v. 2. 10. 2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rdnr. 16; Beschl. v. 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. -, juris Rdnr. 16; Beschl. v. 25. 11. 2011 – 2 BvR 2305/11 -, juris Rdnr. 15; Beschl. v. 4. 10. 2012 – 2 BvR 1120/12 -, juris Rdnr. 11; Beschl. v. 7. 3. 2013 – 2 BvR 2582/12 -, juris Rdnr. 16; BVerwG, Urt. v. 26. 1. 2012 – 2 A 7/09 -, juris Rdnr. 18 f.

³³ BVerfG, Beschl. v. 25. 11. 2011 – 2 BvR 2305/11 -, juris Rdnr. 15.

³⁴ BVerwG, Urt. v. 26. 1. 2012 – 2 A 7/09 -, juris Rdnr. 19.

³⁵ BVerfG, Beschl. v. 26. 11. 2010 – 2 BvR 2435/10 -, juris Rdnr. 12; Beschl. v. 4. 10. 2012 – 2 BvR 1120/12 -, juris Rdnr. 11; Beschl. v. 7. 3. 2013 – 2 BvR 2582/12 -, juris Rdnr. 16; BVerwG, Urt. v. 26. 1. 2012 – 2 A 7/09 -, juris Rdnr. 18.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 11. 11. 1999 – 2 BvR 1992/99 -, juris Rdnr. 6; Beschl. v. 28. 2. 2007 – 2 BvR 2494/06 -, juris Rdnr. 11; Beschl. v. 20. 9. 2007 – 2 BvR 1972/07 -, juris Rdnr. 14; Beschl. v. 2. 10. 2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rdnr. 17; Beschl. v. 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. -, juris Rdnr. 17; Beschl. v. 26. 11. 2010 – 2 BvR 2435/10 -, juris Rdnr. 13.

³⁷ BVerfG, Beschl. v. 20. 9. 2007 – 2 BvR 1972/07 -, juris Rdnr. 14; Beschl. v. 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. -, juris Rdnr. 17; Beschl. v. 26. 11. 2010 – 2 BvR 2435/10 -, juris Rdnr. 13.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 11. 11. 1999 – 2 BvR 1992/99 -, juris Rdnr. 6.

ne bestimmte Besoldungsgruppe) als Mindestvoraussetzung für die Einbeziehung in den Bewerberkreis³⁹.

Eine nachträgliche Erweiterung der Kriterien zur Festlegung des Kreises in Betracht kommender Bewerberinnen und Bewerber ist nur dann möglich, wenn alle dann möglichen Bewerberinnen und Bewerber hiervon Kenntnis erhalten.⁴⁰

Bei der Anwendung der danach zulässigen Kriterien zur Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung steht dem Dienstherrn ein gerichtlich nur begrenzt kontrollierbarer Beurteilungsspielraum zu.⁴¹ Die Auswahl von Gesichtspunkten, auf die bei gleichem gleichem Gesamturteil über die Eignung etc. abzustellen ist, liegt ebenfalls in erster Linie beim Dienstherrn und unterliegt nur eingeschränkter gerichtlicher Überprüfung, sofern es sich um einzelne, im Vorhinein festgelegte Leistungskriterien handelt und der Dienstherr die Auswahl begründet.⁴²

Die durch Art. 33 Abs. 2 GG festgelegten Maßstäbe sind nicht nur auf Einstellungen und Beförderungen, sondern ebenso auf die Auswahl unter mehreren Bewerberinnen und Bewerber auf einen Beförderungsdienstposten⁴³ sowie bei statusverändernden Ernennungsakten⁴⁴ anzuwenden.

β) Das Bevorzugungs- und Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet Benachteiligungen und Bevorzugungen wegen des Geschlechts, der Abstammung, der Rasse, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens und der religiösen oder politischen Anschauungen. Ohne dass an dieser Stelle auf die Abgrenzung dieser Begriffe im Einzelnen eingegangen werden müsste, erfasst eine Zusammenschau der Merkmale

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 20. 9. 2007 – 2 BvR 1972/07 -, juris Rdnr. 17 ff.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 28. 2. 2007 – 2 BvR 2494/06 -, juris Rdnr. 7.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 11. 5. 2011 – 2 BvR 764/11 -, juris Rdnr. 10; Beschl. v. 25. 11. 2011 – 2 BvR 2305/11 -, juris Rdnr. 12; Beschl. v. 4. 10. 2012 – 2 BvR 1120/12 -, juris Rdnr. 10; Beschl. v. 7. 3. 2013 – 2 BvR 2582/12 -, juris Rdnr. 17.

⁴² BVerwG, Urt. v. 30. 6. 2011 – 2 C 19/10 -, juris Rdnr. 16, 20; Beschl. v. 27. 9. 2011 – 2 BvR 3/11 -, juris Rdnr. 24.

⁴³ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 2. 10. 2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rdnr. 11.

⁴⁴ BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2012 – 2 C 11/11 -, juris Rdnr. 10.

„Abstammung“ und „Heimat“ wesentliche Elemente dessen, was unter dem Begriff des Migrationshintergrunds verstanden wird⁴⁵. Dies könnte zu dem Schluss führen, dass eine Förderung der Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst eine Bevorzugung unter Anknüpfung an in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannte Merkmale darstellt und deshalb unzulässig ist.

Allerdings enthält Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG insbesondere für den Schutz von Minderheiten eine objektive Grundentscheidung, die den Ausgleich tatsächlich bestehender, durch eines der in der Vorschrift genannten Merkmale induzierter Nachteile durch Fördermaßnahmen zulässt.⁴⁶ Handelt es sich verfassungssystematisch dabei um die Herstellung praktischer Konkordanz, so müssen Fördermaßnahmen mit Bezug auf die Merkmale des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit genügen.⁴⁷

Hierdurch ist allerdings noch nicht festgestellt, dass Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als objektive Grundentscheidung über die gleichsam „innere Konkordanz“ mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in der Dimension als Diskriminierungsverbot hinaus auch zu einer Einschränkung anderer verfassungsrechtlicher Vorgaben – etwa des Leistungsgrundsatzes des Art. 33 Abs. 2 GG – führen kann.

cc) Einfaches Gesetzesrecht

α) Bundesrecht

Auf der Ebene des einfachen Bundesrechts ist für die vorliegend behandelte Fragestellung vor allem das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) von Bedeutung, das zur Umsetzung der oben (III.1.a.aa) genannten vier europäischen Richtlinien erlassen wurde. Es regelt – soweit hier relevant – Folgendes:

⁴⁵ Ähnlich für den Schutz ethnischer Minderheiten *Robert Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: Merten / Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, 2013, § 128 Rdnr. 53 ff.

⁴⁶ *Robert Uerpmann-Witzack*, Strikte Privilegierungs- und Diskriminierungsverbote, in: Merten / Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. V: Grundrechte in Deutschland: Einzelgrundrechte II, 2013, § 128 Rdnr. 22, 46 f.

⁴⁷ *Alexander Klose / Andreas Merx*, Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG, 2010, S. 19 f.

- Laut seines § 1 zielt das AGG auf die Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ab. Verboten sind sowohl unmittelbare Diskriminierungen *wegen* eines dieser Gründe (§ 3 Abs. 1 AGG) als auch mittelbare Benachteiligungen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines der genannten Gründe gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können (§ 3 Abs. 2 AGG), wobei allerdings mittelbare Benachteiligungen unter Umständen gerechtfertigt werden können. Auf die Frage, inwieweit der geringe Anteil im öffentlichen Dienst beschäftigter Personen mit Migrationshintergrund in diesem Sinne eine mittelbare Benachteiligung darstellt, wird noch einzugehen sein.
- Unzulässig sind Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund u. a. in Bezug auf die Bedingungen, einschließlich Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen, für den Zugang zu unselbstständiger Erwerbstätigkeit sowie für den beruflichen Aufstieg, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen sowie beim beruflichen Aufstieg und den Zugang zur Berufsbildung einschließlich der Berufsausbildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1-3 AGG).
- Gemäß § 5 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung zulässig, wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Eine Pflicht zur Ergreifung von derartigen Maßnahmen ergibt sich aus § 5 AGG nicht.⁴⁸

Seine Vorschriften gelten ausweislich des § 24 Nr. 1 auch für Beamtinnen und Beamte. Angestellte im öffentlichen Dienst von Bund, Ländern und Gemeinden unterfallen bereits dem Anwendungsbereich nach § 6 AGG⁴⁹. Auf Beamtinnen

⁴⁸ Vgl. *Hildegund Ernst / Anna Braunroth / Bernhard Franke / Angelika Wascher / Martin Lenz*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2012, § 5 Rdnr. 3.

⁴⁹ *Hildegund Ernst / Anna Braunroth / Bernhard Franke / Angelika Wascher / Martin Lenz*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2012, § 6 Rdnr. 2.

und Beamte finden die Vorschriften des AGG allerdings nur unter Berücksichtigung der besonderen beamtenrechtlichen Rechtsstellung entsprechende Anwendung. Hiermit rekurriert das Gesetz auf die Geltung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG⁵⁰, die auf Angestellte im öffentlichen Dienst nicht erstreckt werden können⁵¹.

Demgegenüber unterfallen Beamten- wie Angestelltenverhältnisse im öffentlichen Dienst gleichermaßen Art. 33 Abs. 2 GG (oben III.1.a.bb.α). Das Verhältnis zwischen Art. 33 Abs. 2 GG und den Regelungen des AGG ist insoweit unproblematisch wie die nach § 1 AGG verbotenen Gründe einer Benachteiligung auch nicht als Eignungskriterien im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG verwendet werden dürfen⁵². Vor dem Leistungsprinzip des Art. 33 Abs. 2 GG zulässigen Differenzierungen wird durch die §§ 8 bis 10 AGG Rechnung getragen werden können. Ein solcher Gleichklang lässt sich zwischen der Zulässigkeit positiver Maßnahmen gemäß § 5 AGG und dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG nicht ohne Weiteres herstellen.⁵³ Denn die auf der Grundlage des § 5 AGG gerechtfertigte Bevorzugung einer Person wird häufig nicht mit deren Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verknüpft sein. Dies bedeutet allerdings nicht von vornherein, dass eine solche unterschiedliche Behandlung im Sinne des § 5 AGG ausnahmslos gegen Art. 33 Abs. 2 GG verstoßen würde. Vielmehr bedarf es einer fallgruppenspezifischen Analyse (dazu im Einzelnen unten III.1.b).

β) Baden-württembergisches Landesrecht

Aus dem baden-württembergischen Landesrecht ist zunächst – soweit es sich um die Einstellung von Personen im Beamtenverhältnis handelt – das Landesbeamtengesetz zu beachten, das allerdings für die vorliegend behandelten Fragen keine spezifischen Regelungen enthält.

⁵⁰ *Hildegund Ernst / Anna Braunroth / Bernhard Franke / Angelika Wascher / Martin Lenz*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2012, § 24 Rdnr. 3.

⁵¹ *Ulrich Battis*, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 33 Rdnr. 69.

⁵² *Philip Kunig*, in: von Münch / Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 33 Rdnr. 34 „Gleichbehandlung im Allgemeinen/AGG“.

⁵³ Zum Vorrang von Art. 33 Abs. 2 GG *Markus Pander*, Auswirkungen des AGG auf das Beamtenverhältnis, LKV 2013, S. 454 (456).

Anders als beispielsweise Nordrhein-Westfalen, das in § 6 des Teilhabe- und Integrationsgesetzes eine Vorschrift zur interkulturellen Öffnung der Landesverwaltung verankert hat, beschränkt sich das baden-württembergische Gleichstellungsrecht bislang auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern in den Behörden des Landes – wie § 1 Chancengleichheitsgesetz formuliert. Die Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern wird dabei als „durchgängiges Leitprinzip“ in allen Aufgabenbereichen vorgegeben (§ 2 ChancenG). Wesentliche Elemente sind:

- Die Erstellung eines Chancengleichheitsplans für die Dauer von fünf Jahren (§ 5 ChancenG), der Bereiche mit einer Unterrepräsentation von Frauen darstellen und die Zielvorgabe enthalten muss, mindestens die Hälfte der durch Einstellung zu besetzenden Stellen in diesen Bereichen zur Besetzung durch Frauen vorzusehen, wobei der Vorrang der Auswahl nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zu beachten ist (§ 6 ChancenG). Gründe für die Nichterreichung der Zielvorgaben sind darzulegen, bei einer erheblichen Unterschreitung kann sich die Dienstaufsichtsbehörde die Zustimmung bei jeder weiteren Einstellung oder Beförderung in dem betroffenen Bereich vorbehalten (§ 7 ChancenG).
- In Bereichen, in denen Frauen geringer repräsentiert sind, müssen Stellen grundsätzlich in der Dienststelle sowie öffentlich ausgeschrieben werden, wobei Frauen ausdrücklich zur Bewerbung aufzufordern sind (§ 8 Abs. 1 ChancenG). Sofern sie die Voraussetzungen für die Besetzung der betreffenden Stelle erfüllen, sind Frauen in diesen Bereichen in mindestens ebenso großer Zahl wie Männer zu Vorstellungsgesprächen einzuladen (§ 9 Abs. 1 ChancenG).
- Bei Besetzung von Stellen, auch mit Vorgesetzten- und Leitungsfunktionen, und bei Beförderungen in Bereichen mit einer Unterrepräsentation von Frauen ist deren Anteil entsprechend den Vorgaben des Chancengleichheitsplans deutlich zu erhöhen, sofern die Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG dies zulassen (§ 10 Abs. 1 ChancenG).
- In den Grenzen des für die betroffene Stelle Relevanten sind bei der Eignungsbeurteilung die in der Familienarbeit und in ehrenamtlicher Tä-

tigkeit erworbenen überfachlichen Kompetenzen einzubeziehen (§ 10 Abs. 2 ChancenG).

- § 11 Abs. 1 ChancenG formuliert die Vorgabe der beruflichen Fort- und Weiterbildung weiblicher Beschäftigter, insbesondere zur Ermöglichung einer Weiterqualifikation oder zur Vorbereitung auf die Übernahme von Tätigkeiten in Bereichen geringerer Repräsentanz von Frauen.

b) Bewertung in Betracht kommender Maßnahmen

aa) Strikte Quote zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund

Bei der im Folgenden behandelten strikten Quotierung würde vorgegeben werden, dass bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst Personen mit Migrationshintergrund mit mindestens dem Anteil eingestellt werden müssen, der dem Anteil dieser Personengruppe an der Gesamtbevölkerung oder an den Gesamtbeschäftigten entspricht. Eine Variante bestünde etwa darin, dass in Bereichen, in denen Personen mit Migrationshintergrund unterrepräsentiert sind, ein über den genannten Anteil hinausgehender Prozentsatz von Einstellungen zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund erfolgen muss, bis in diesem Bereich jener Anteil erreicht ist.

Verfassungsrechtlich besteht das Problem darin, dass bei einer strikten Quotierung bis zur Ausschöpfung der betreffenden Quote die Einstellung vorrangig nach dem Kriterium „Migrationshintergrund“ und nicht nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung – wie durch Art. 33 Abs. 2 GG vorgegeben – erfolgen würde. Wie dargestellt (oben III.1.a.bb.α) muss eine solche – zumindest teilweise – Verdrängung der Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG nicht von vornherein verfassungswidrig sein. Vielmehr unterliegt der Leistungsgrundsatz Einschränkungen durch andere verfassungskräftige Belange. Da eine strikte Quote zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund offenkundig nicht einziges Mittel zur Abwendung einer unmittelbar drohenden Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes ist, bedürfte eine strikte Quote in jedem Fall einer gesetzlichen Regelung. Auch dann wäre aber Voraussetzung,

dass die Quote ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes vorbeugen soll.⁵⁴

Um zulässigerweise durch Gesetz den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG einschränken zu können, müssen also zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

- Es muss erstens ein verfassungskräftiger Belang bestehen, aus dem eine Einschränkung des Leistungsgrundsatzes abgeleitet werden kann (unten III.1.b.aa.α).
- Zweitens muss die Quote darauf gerichtet sein, ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes vorzubeugen (unten III.1.b.aa.β).

α) Vorliegen eines den Leistungsgrundsatz einschränkenden verfassungskräftigen Belangs

Zur Beantwortung der Frage, ob ein Belang vorliegt, aus dem eine Einschränkung des verfassungskräftigen Leistungsgrundsatzes abgeleitet werden kann, ist es hilfreich, auf die seit längerem geführte Diskussion um die Zulässigkeit von Quoten zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst zu rekurrieren⁵⁵.

Für das europäische Antidiskriminierungs-Recht, das möglicherweise – ohne dass dieses Problem hier abschließend geklärt werden muss – zu einer Überlagerung des Leistungsgrundsatzes in der Lage wäre, hat der Europäische Gerichtshof in seiner grundlegenden Kalanke-Entscheidung ausgeführt, dass ein Vorrangautomatismus zugunsten von Frauen bei Beförderungsentscheidungen eine Diskriminierung der Männer aufgrund des Geschlechts hervorruft.⁵⁶ Eine Zulässigkeit einer solchen Schlechterstellung der Männer aufgrund der europarechtlichen Zulässigkeit von Fördermaßnahmen zur Beseitigung der tatsächlich

⁵⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 13. 12. 2012 – 2 C 11/11 -, juris Rdnr. 23.

⁵⁵ Aus der neueren Diskussion *Michael Grünberger*, Vielfalt durch Quote – Umgekehrte Diskriminierung zu Lasten des Leistungsprinzips?, NZA Beil. 4/2012, S. 139 (142 ff.); *Michael Sachs*, Quotenregelungen für Frauen im staatlichen und im gesellschaftlichen Bereich, insbesondere für die Wirtschaft, ZG 2012, S. 52 ff.; *Tilman Scheinert*, Quotennormen im Arbeitsrecht, 2009, S. 167 ff.

⁵⁶ EuGH, Urt. v. 17. 10. 1995 – Rs. C-450/93 -, Slg. 1995, S. I-3051 Rdnr. 16.

bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen beeinträchtigen, lehnte der Gerichtshof ab:

„Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, geht aber über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreitet damit die Grenzen der in Artikel 2 Absatz 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme.

Ausserdem setzt eine solche Regelung insofern, als sie darauf abzielt, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviel Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Artikel 2 Absatz 4 vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte.“⁵⁷

Dabei ist zu beachten, dass sich das Urteil des EuGH auf eine nationale Regelung bezog, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wurde. Die vorstehenden Ausführungen müssen daher erst recht für Regelungen gelten, die einen Vorrang von Frauen sogar dann vorsehen würden, wenn keine gleiche Qualifikation mit anderen Bewerbern vorliegt.

Hinsichtlich der Frage der Übertragbarkeit der vom EuGH vorgenommenen Bewertung auf eine absolute und unbedingte Bevorzugung von Personen mit Migrationshintergrund ist zu beachten, dass der positive Maßnahmen betreffende Art. 5 RL 2000/43/EG eine von Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG⁵⁸ abweichende Fassung aufweist: Während die letztgenannte Vorschrift sich auf Maßnahmen zur Förderung der *Chancengleichheit* für Männer und Frauen bezieht, betrifft Art. 5 RL 2000/43/EG Maßnahmen zur Gewährleistung der *vollen Gleichstellung* in der Praxis.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 17. 10. 1995 – Rs. C-450/93 -, Slg. 1995, S. I-3051 Rdnr. 23 f.

⁵⁸ Richtlinie 76/207/EWG vom 9. 2. 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 039/40.

In der Literatur wird zu Recht darauf hingewiesen, dass durch den von der RL 76/207/EWG abweichenden Wortlaut der Antirassismusrichtlinie kein Paradigmenwechsel von der Chancengleichheit zu einer Erfolgsgleichheit intendiert war, sondern die Kalanke-Rechtsprechung des EuGH auch auf die späteren Antidiskriminierungsrichtlinien übertragbar ist.⁵⁹ In der Tat wird man davon ausgehen müssen, dass es die Querschnittsklausel des Art. 10 AEUV betr. die Bekämpfung von Diskriminierungen u. a. wegen der ethnischen Herkunft ausschließt, die ethnische Herkunft durch Maßnahmen der Union als alleiniges Kriterium zur unbedingten Bevorzugung einer ethnischen Gruppe und damit automatisch zur Diskriminierung anderer ethnischer Gruppen zugänglich zu machen. Art. 5 RL 2000/43/EG legitimiert deshalb den nationalen Gesetzgeber nicht zu Regelungen einer strikten Quotierung zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund.

Selbst wenn man dies anders sehen wollte, würde sich daraus nicht die Möglichkeit ergeben, durch ein auf Art. 5 RL 2000/43/EG gestütztes Gesetz den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG einzuschränken. Denn auch in diesem Falle würde sich nur eine *Ermächtigung*, keine *Verpflichtung* des nationalen Gesetzgebers ergeben. Dem Gebrauchmachen von dieser Ermächtigung aber stünde Art. 33 Abs. 2 GG entgegen.

Auch aus Art. 3 Abs. 3 GG lässt sich ein Belang, der den Leistungsgrundsatz zugunsten der Zulässigkeit einer strikten Quotierung einschränken könnte, nicht ableiten. Geht man davon aus, dass sich eine Schutzwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG insoweit jedenfalls weitgehend durch eine Zusammenschau verschiedener der in der Norm genannten Merkmale erreichen lässt (oben III.1.a.bb.β), so ist der Unterschied zu Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG augenfällig: Während die letztgenannte Vorschrift dem Staat aufgibt, die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, enthält Art. 3 Abs. 3 GG lediglich ein Verbot der Benachteiligung und der Bevorzugung wegen der dort genannten Merkmale. Hieraus wird man zumindest entnehmen können, dass po-

⁵⁹ *Susanne Baer*, Chancen und Risiken Positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: Heinrich-Böll-Stiftung, Positive Maßnahmen. Von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, S. 23 (35 Fußn. 20); *Julian Schmidt*, Quotenorientierte Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen nach § 5 AGG, 2012, S. 157 ff.

sitive Maßnahmen auf Art. 3 Abs. 3 GG zumindest nicht in weitergehendem Umfang gestützt werden können als sie nach Art. 3 Abs. 2 GG zulässig wären.

Insoweit ist ständige Rechtsprechung, dass eine „starre Festlegung auf Frauen oder Männer“ am Maßstab des Art. 33 Abs. 2 GG unzulässig⁶⁰ und „der Verfassungsgrundsatz der Förderung der Gleichberechtigung (Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG) ... nicht darauf gerichtet (ist), die Geltung des Leistungsgrundsatzes nach Art. 33 Abs. 2 GG für die Stellenvergabe generell einzuschränken“⁶¹. Dies muss erst recht für Art. 3 Abs. 3 GG gelten.

Dementsprechend gebietet Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht die Ergreifung von Maßnahmen, um tatsächlich vorhandenen Nachteilen einer Gruppe von Merkmalsträgern entgegenzuwirken oder sie abzubauen:

„Nicht jede Benachteiligung oder Bevorzugung reicht für eine Verletzung des Art. 3 III GG aus, vielmehr hat dieses Differenzierungsverbot nur die Bedeutung, daß die aufgeführte Verschiedenheit keine rechtlichen, nicht aber auch, daß sie keine sonstigen Wirkungen haben dürfte ... Zum Ausgleich sprachbedingter Erschwernisse, die im Tatsächlichen auftreten, verpflichtet das Diskriminierungsverbot des Art. 3 III GG nicht.“⁶²

β) Abwehr von ernsthaften Gefährdungen der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes

Zwar liegt nach den vorstehenden Überlegungen schon kein verfassungskräftiger Belang vor, aus dem eine Einschränkung des Leistungsgrundsatzes abgeleitet werden könnte, jedoch sei ergänzend darauf hingewiesen, dass nach derzeitigem Stand auch keine ernsthafte Gefährdung der Leistungsfähigkeit des öffentlichen Dienstes in Baden-Württemberg vorliegt, dem durch eine strik-

⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 20. 9. 2007 – 2 BvR 1972/07 -, juris Rdnr. 14; Beschl. v. 2. 10. 2007 – 2 BvR 2457/04 – juris Rdnr. 17; Beschl. v. 8. 10. 2007 – 2 BvR 1846/07 u.a. -, juris Rdnr. 17.

⁶¹ BVerwG, Beschl. v. 27. 9. 2011 – 2 BvR 3/11 -, juris Rdnr. 22; ebenso BVerwG, Urt. v. 30. 6. 2011 – 2 C 19/10 -, juris Rdnr. 21.

⁶² BVerfG, Beschl. v. 17. 5. 1983 – 2 BvR 731/80 -.

te Quote zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund vorzubeugen wäre.

bb) Interkulturelle Kompetenz als Eignungsmerkmal im Sinne des Leistungsgrundsatzes

Während eine strikte Quote zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund gleichsam „von außen“ auf den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG einwirken würde, ließen sich möglicherweise zumindest ähnliche Effekte „von innen“ durch eine Definition von Eignungskriterien, die auf spezifische Potenziale von Personen mit Migrationshintergrund rekurrieren, erreichen. Dass das Merkmal „Migrationshintergrund“ selbst keinen Bezug zu Eignung, Befähigung oder fachlicher Leistung aufweist, ist offensichtlich.

Aus diesem Grund findet sich des Öfteren die Empfehlung, das Merkmal „interkulturelle Kompetenz“ in die Beschreibung der Stellenprofile aufzunehmen und dort ggf. stärker zu gewichten.⁶³ Aufgegriffen wurde dieser Ansatz etwa durch das Partizipations- und Integrationsgesetz des Landes Berlin, dessen § 4 Abs. 3 S. 3 bestimmt:

„Die interkulturelle Kompetenz soll bei der Beurteilung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Rahmen von Einstellungen und Aufstiegen der Beschäftigten im öffentlichen Dienst grundsätzlich berücksichtigt werden.“

Für die rechtliche Bewertung derartiger Ansätze sollte zwischen den Möglichkeiten zur Berücksichtigung interkultureller Kompetenz als Eignungsmerkmal bei der Festlegung des Profils der einzelnen Stelle und auf gesetzlicher Ebene nach Berliner Vorbild unterschieden werden:

Nach der oben (III.1.a.aa.α) dargestellten Rechtsprechung liegt die Entscheidung über den Zuschnitt eines Dienstpostens und des daraus zu entwickelnden Anforderungsprofils, aus dem die der Bewerberauswahl zugrunde zu legenden Kriterien zu entwickeln sind, beim Dienstherrn. Dabei kann die Festlegung des Anforderungsprofils auch zu einer Verengung des Kreises der in Betracht

⁶³ Vgl. nur *Netzwerk „Integration durch Qualifizierung IQ“*, Mehr Vielfalt im öffentlichen Dienst, Arbeitspapier 01/2012, S. 3.

kommenden Bewerber führen. Unzulässig sind allerdings Dienstpostenzuschnitte und Anforderungsprofilfestlegungen, die nicht auf sachlichen Erwägungen beruhen.⁶⁴ Sachfremd sind Erwägungen, die sich nicht auf den Aufgabenbereich des in concreto ausgeschriebenen Amtes und die sich daraus für die Bestenauslese ergebenden Anforderungen beziehen. Dies führt zur eindeutigen Rechtswidrigkeit solcher Leistungsbeschreibungen, die ohne deutlichen Bezug zum Dienstposten eine Auswahlentscheidung zugunsten bestimmter Bewerber oder Bewerbergruppen erleichtern sollen.

In der Konsequenz dessen ist die Berücksichtigung der interkulturellen Kompetenz im Rahmen des Leistungsgrundsatzes zwar möglich, dies muss jedoch aus dem *jeweiligen* Aufgabenbereich abgeleitet werden. Es bedarf insoweit einer Begründung, weshalb eine interkulturelle Kompetenz für diese Stelle erforderlich ist und was mit dem Begriff der interkulturellen Kompetenz in diesem Zusammenhang verbunden wird.

Keine Bedenken dürften dagegen obwalten, den Begriff der interkulturellen Kompetenz in ähnlicher Weise wie durch § 4 Abs. 3 S. 1 des Berliner Partizipations- und Integrationsgesetzes in Verbindung mit der Gesetzesbegründung⁶⁵ erfolgreich gesetzlich zu definieren und dabei darauf hinzuweisen, dass bei der Festlegung der der Bewerberauswahl zugrunde zu legenden Kriterien auch zu prüfen ist, ob das Anforderungsprofil eine dann allerdings zu spezifizierende interkulturelle Kompetenz verlangt.

Der in Berlin beschrittene umgekehrte Weg hingegen, grundsätzlich allen Stellen des öffentlichen Dienstes interkulturelle Kompetenz als relevantes Merkmal zuzuordnen, Abweichungen als Ausnahmefall anzusehen und für den Regelfall lediglich eine arbeitsbereichsbezogene Differenzierung der konkreten Anforderungen hinsichtlich interkultureller Kompetenz zu verlangen⁶⁶, dürfte hingegen nicht zur Nachahmung zu empfehlen sein. Soll interkulturelle Kompetenz tatsächlich eine auf dem Leistungsprinzip ermöglichende Bestenauslese ermöglichen, dann muss sie als Merkmal mit einer eine Auswahl auch wirklich ermöglichenden Trennschärfe gefasst sein. In diesem Fall steht jedoch ihre ge-

⁶⁴ Zur Unterscheidung zwischen konstitutiven und deskriptiven Anforderungen im Anforderungsprofil vgl. nur OVG Bautzen SächsVBl. 2013, S. 142 (143 ff.).

⁶⁵ Abgeordnetenhaus Berlin Drucks. 16/3524 S. 18.

⁶⁶ So Abgeordnetenhaus Berlin Drucks. 16/3524 S. 18.

setzliche Vorgabe als grundsätzlich zu beachtendes Eignungskriterium jedenfalls in der akuten Gefahr einer Kollision mit Art. 33 Abs. 2 GG. Die Möglichkeit, ausnahmsweise unter Abgabe einer Begründung auf das Merkmal der interkulturellen Kompetenz zu verzichten, dürfte hieran nichts ändern. Denn für die Praxis steht nicht zu erwarten, dass diese Ausnahmemöglichkeit in nennenswertem Umfang genutzt wird. Geringer würde die Gefahr einer Kollision mit Art. 33 Abs. 2 GG, wenn das Kriterium der interkulturellen Kompetenz inhaltlich sehr weit gefasst wird, wie es § 4 Abs. 3 S. 1 des Berliner Partizipations- und Integrationsgesetzes – lässt man die Gesetzesbegründung außer acht – auch andeutet. In diesem Fall allerdings ist die die Bewerberauswahl steuernde Kraft des Kriteriums vernachlässigbar. Insbesondere verlieren allgemeine Bekenntnisse zur interkulturellen Kompetenz der im öffentlichen Dienst Beschäftigten jeden Bezug zu einem Migrationshintergrund.

Eine Überlegung zur Berücksichtigung von interkultureller Kompetenz in einem über das Profil der konkreten Stelle hinausreichenden Rahmen könnte möglicherweise darin bestehen, auf die Vorteile einer breiten Vertretung von kultureller Vielfalt im öffentlichen Dienst für die Verwaltung als Organisation, ihr Handeln und ihre Kommunikation zum Bürger hinzuweisen. Insoweit ist zwischen den organisationalen und den umweltbezogenen Effekten zu unterscheiden:

In organisationsbezogener Hinsicht stünde der aus der Privatwirtschaft bekannte Ansatz des Diversity Managements im Vordergrund, durch eine kulturelle Pluralität von Zugängen, Erfahrungen und Lösungsansätzen die Basis der Handlungs- und Reaktionskonzepte der Organisation zu verbreitern und intraorganisationale Lernprozesse zu erleichtern.⁶⁷ Derjenige Beschäftigte, der in der Lage ist, zu diesen organisationalen Effekten beizutragen, würde ein besseres Eignungsprofil aufweisen als Mitarbeiter ohne einen zusätzlichen kulturellen Hintergrund.

Für die rechtliche Bewertung eines solchen Ansatzes kann Orientierung an der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Relevanz des Interesses des Dienstherrn an der Schaffung oder Aufrechterhaltung ausgewogener Altersstrukturen gesucht werden, wobei zwischen den Anforderungen des Art. 33

⁶⁷ Dazu etwa *Lucy Chebout/Sarah Elsuní*, *Recht und Diversity Management*, *Archiv für wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* 2012, S. 17 (21 ff.); *Hartwig Mallmann*, *Diversity Management*, *AiB* 2012, S. 298 (299 ff.).

Abs. 2 GG und denen des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts zu differenzieren ist. Während das Gericht das genannte Interesse an ausgewogenen Altersstrukturen als legitimes Ziel im Sinne von § 10 AGG anerkannt hat⁶⁸, hat es Dienst- und Lebensalter nicht als Art. 33 Abs. 2 GG unterfallende Eignungskriterien und besagtes organisationales Interesse als nicht gewichtig genug angesehen, diese Bewertung modifizieren zu können⁶⁹. Dass die Frage der kulturellen Diversität als Eignungskriterium anders als bei der generationalen Diversität zu beantworten wäre, dürfte rechtlich kaum begründbar sein.

Die umweltbezogenen Effekte einer verbreiterten kulturellen Diversität des öffentlichen Dienstes bestünden in erster Linie darin, dass das Verwaltungshandeln und die Kommunikation gegenüber Verwaltungsexternen eine breitere interkulturelle Kompetenz abbilden würden. Hierzu ist bereits Stellung genommen worden.

cc) Bevorzugte Einstellung von Personen mit Migrationshintergrund bzw. mit interkultureller Kompetenz bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung

Soweit ersichtlich noch nicht gewählt wurde der Weg, Personen mit Migrationshintergrund bevorzugt einzustellen, wenn sie im Vergleich mit anderen Bewerbern für die Einstellung in den oder die Beförderung im öffentlichen Dienst die gleiche Eignung, Befähigung und fachliche Leistung aufweisen. Für die bevorzugte Einstellung von Frauen sind vergleichbare Regelungen hingegen weit verbreitet. So bestimmt etwa § 8 S. 1 BGlG für den öffentlichen Dienst des Bundes:

„Sind Frauen in einzelnen Bereichen unterrepräsentiert, hat die Dienststelle sie bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, Einstellung, Anstellung und beruflichem Aufstieg bei Vorliegen von gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Qualifikation) bevorzugt zu berücksichtigen, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen.“

⁶⁸ BVerwG, Urt. v. 19. 2. 2009 – 2 C 18/07 -, juris Rdnr. 16.

⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 28. 10. 2004 – 2 C 23/03 -, juris Rdnr. 15, 18 f.; Urt. v. 13. 12. 2012 – 2 C 11/11 -, juris Rdnr. 19, 24.

Vergleichbare Regelungen für die Länder enthalten etwa die §§ 7 Abs. 1 Landesgleichstellungsg NRW i. V. m. 15 Abs. 3, 20 Abs. 6 LBG NRW und § 7 Abs. 2 Landesgleichstellungsg NRW sowie Vorschriften anderer Länder.

Hieraus kann allerdings nicht ohne nähere Prüfung geschlossen werden, dass eine vergleichbare Regelung zugunsten von Personen mit Migrationshintergrund ohne Weiteres zulässig wäre. Vielmehr bedarf es zunächst einer Analyse der Rechtsprechung zur Zulässigkeit der bevorzugten Berücksichtigung von Frauen bei Eignungsgleichheit.

Für die Auslegung des europäischen Rechts grundlegend ist diesbezüglich das sog. Kalanke-Urteil des EuGH zur Unzulässigkeit eines Vorrangautomatismus bei Bestehen von Qualifikationsgleichheit wegen der dadurch eintretenden Diskriminierung von Männern (siehe oben III.1.b.aa.α). Diesen Ansatz hat der Gerichtshof in späteren Entscheidungen weiter ausdifferenziert:

- Das Urteil in der Sache Marschall betraf eine Vorrangregel zugunsten von Frauen bei gleicher Eignung, der eine Öffnungsklausel dergestalt beigefügt war, dass die Begünstigung der Frau nicht erfolgen muss, wenn die in der Person des männlichen Mitbewerbers liegenden Gründe überwiegen. Der Gerichtshof erachtete eine solche Klausel für europarechtskonform, sofern erstens „männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall garantiert (ist), daß die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen“. Zweitens dürfen diese Kriterien gegenüber weiblichen Bewerbern nicht diskriminierend wirken.⁷⁰
- Nachdem der Gerichtshof in seinem Urteil vom 28. 3. 2000 die Notwendigkeit wiederholt hatte, dass eine zugunsten von männlichen Bewerbern eine Öffnungsklausel gegenüber der sonst vorgesehenen Bevorzugung von Frauen bei Eignungsgleichheit enthaltende Regelung dazu führen müsse, dass dabei die besondere persönliche Lage aller Bewerber

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 11. 11. 1997, Rs. C-409/95, Rdnr. 33.

berinnen und Bewerber berücksichtigt wird⁷¹, betraf das Urteil in der Sache Abrahamsson eine nationale Regelung, die es ermöglicht, einem Bewerber des unterrepräsentierten Geschlechts Vorrang einzuräumen, welcher zwar hinreichend qualifiziert ist, aber nicht die gleiche Qualifikation wie Bewerber des anderen Geschlechts besitzt. Zwar sollte dies nur in Fällen gelten, in denen der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber verschiedenen Geschlechts nicht so groß war, dass sich daraus ein Verstoß gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit bei der Einstellung ergeben würde. Jedoch bewertete der Gerichtshof dieses einschränkende Kriterium als zu unscharf, um die erforderliche objektive Beurteilung der besonderen persönlichen Lage aller Bewerber leisten zu können und deshalb die Gesamtregelung als im Verhältnis zum verfolgten Ziel unverhältnismäßig.⁷²

Unter diesen Voraussetzungen hält die deutsche Rechtsprechung Regelungen, nach denen Frauen bei gleicher Qualifikation grundsätzlich bevorzugt einzustellen oder zu befördern sind, für mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar.⁷³

In Anbetracht dessen, dass die Zulässigkeit positiver Maßnahmen zugunsten von unter die Antidiskriminierungsrichtlinie fallenden Personen sich nicht von der von Maßnahmen zugunsten von Frauen unterscheidet (oben III.1.b.aa.α), wird man grundsätzlich davon ausgehen können, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den Voraussetzungen, unter denen eine bevorzugte Berücksichtigung von Frauen bei gleicher Qualifikation zulässig ist, auch auf unter die Antidiskriminierungsrichtlinie fallende Personen übertragbar ist. Zusätzlich wären die strengen Voraussetzungen zu beachten, die die deutschen Gerichte mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG an die Zulässigkeit von Hilfskriterien stellen. Grundsätzlich ist der Dienstherr zwar darin frei, welche Hilfskriterien er für die Bewerberauswahl bei gleicher Eignung heranziehen will, sofern diese Hilfskriterien nicht ihrerseits dem Leistungsgrundsatz widersprechen. Dementsprechend könnte er wie auf das Geschlecht, die Zugehörigkeit zu ei-

⁷¹ EuGH, Urt. v. 28. 3. 2000, Rs. C-158/97, Rdnr. 45.

⁷² EuGH, Urt. v. 6. 7. 2000, Rs. C-407/98, Rdnr. 53 ff.

⁷³ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 27. 9. 2011 – 2 BvR 3/11 -, juris Rdnr. 22.

ner Alterskohorte⁷⁴ oder die Eigenschaft als Behinderter⁷⁵ auch auf andere gruppenbezogene Merkmale rekurren. Doch können die Hilfskriterien erst dann ausschlaggebende Bedeutung gewinnen, wenn sich aus dem Vergleich anhand leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung von Bewerbern ergibt.⁷⁶ Dies verpflichtet den Dienstherrn, nicht nur Gesamtbeurteilungen heranzuziehen, sondern alle unmittelbar leistungsbezogenen Erkenntnisquellen vollständig auszuschöpfen, bevor ein Hilfskriterium herangezogen werden kann.⁷⁷

Selbst wenn all diesen Anforderungen Genüge getan werden sollte, erschiene eine Statuierung des Migrationshintergrunds eines Bewerbers als Hilfskriterium problematisch. Sind z. B. sowohl Frauen als auch Personen mit Migrationshintergrund in dem betreffenden Bereich des öffentlichen Dienstes unterrepräsentiert, so bedarf es der Festlegung einer Vorrangregel, die zwar grundsätzlich möglich ist, aber zu schwierigen Zielhierarchien führen kann. Denkbar wäre eine allgemeine Vorrangregel – Frauen vor Migranten oder umgekehrt –, die aber zu heftigen politischen Zielkonflikten führen kann. Ein denkbare sekundäres Hilfskriterium könnte etwa der Grad der Unterrepräsentation der verschiedenen Gruppen in dem jeweiligen Bereich sein. Jedoch würde dieses Kriterium wiederum die Gefahr laufen, die notwendigen individuellen Relationierungen zu verschütten. Ein Beispiel: Führt der Grad der Unterrepräsentation zur Auswahl der qualifikationsgleichen Person mit Migrationshintergrund, so kann die notwendige Anwendung der Öffnungsklausel dazu führen, dass der männliche Mitbewerber ohne Migrationshintergrund gegenüber der Person mit Migrationshintergrund überwiegende Gründe geltend machen kann, die die Anwendung der Bevorzugungsregelung hier ausschließen, nicht aber gegenüber der weiblichen Mitbewerberin, die wiederum auf der Ebene des sekundären Hilfskriteriums gegenüber der Person mit Migrationshintergrund unterliege würde. Derartige Überkomplexitäten dürften der Personalauswahl im öffentlichen Dienst nicht dienlich sein.

⁷⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 28. 10. 2004 – 2 C 23/03 -, juris Rdnr. 18.

⁷⁵ Vgl. BVerwG, Urt. v. 30. 6. 2011 – 2 C 19/10 -, juris Rdnr. 20; VGH Mannheim, Beschl. v. 21. 6. 2011 – 4 S 1075/11 -.

⁷⁶ BVerwG, Urt. v. 30. 6. 2011 – 2 C 19/10 -, juris Rdnr. 20.

⁷⁷ VGH Mannheim, Beschl. v. 21. 6. 2011 – 4 S 1075/11 -.

Schwerer aber wiegt ein zweiter Gesichtspunkt: Der Kreis derjenigen Personen, denen das Merkmal „Migrationshintergrund“ zugeordnet werden kann, unterscheidet sich – zumindest in Nuancen – je nach verwendeter Definition:

- Nach der auch vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge verwendeten⁷⁸ Definition des Statistischen Bundesamts sind Menschen mit Migrationshintergrund „alle nach 1949 auf das heutige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Zugewanderten, sowie alle in Deutschland geborenen Ausländer und alle in Deutschland als Deutsche Geborenen mit zumindest einem zugewanderten oder als Ausländer in Deutschland geborenen Elternteil“.⁷⁹
- Nach § 6 S. 2 der Verordnung zur Erhebung der Merkmale des Migrationshintergrundes liegt ein Migrationshintergrund „vor, wenn
 1. die Person nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder
 2. der Geburtsort der Person außerhalb der heutigen Grenzen der Bundesrepublik Deutschland liegt und eine Zuwanderung in das heutige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nach 1949 erfolgte oder
 3. der Geburtsort mindestens eines Elternteiles der Person außerhalb der heutigen Grenzen der Bundesrepublik Deutschland liegt sowie eine Zuwanderung dieses Elternteiles in das heutige Gebiet der Bundesrepublik Deutschland nach 1949 erfolgte“.
- An der vorstehenden Begriffsbestimmung orientiert sich beispielsweise auch § 2 des Berliner Partizipations- und Integrationsgesetzes: „Menschen mit Migrationshintergrund sind ...
 1. Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels 116 Absatz 1 des Grundgesetzes sind,
 2. im Ausland geborene und nach 1949 nach Deutschland ein- und zugewanderte Personen und
 3. Personen, bei denen mindestens ein Elternteil die Kriterien der Nummer 2 erfüllt.“

⁷⁸http://www.bamf.de/DE/Service/Left/Glossary/_function/glossar.html?lv2=1364186&lv3=3198544.

⁷⁹ Statistisches Bundesamt: Fachserie 1, Reihe 2.2 Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Bevölkerung mit Migrationshintergrund – Ergebnisse des Mikrozensus 2011, 2012, S. 6.

Zwar ließe sich dieses Problem dadurch lösen, dass in einem baden-württembergischen Landesgesetz der bei gleicher Eignung bevorzugt zu berücksichtigende Kreis von Personen mit Migrationshintergrund definiert würde. Jedoch bliebe die Schwierigkeit, dass eine Bevorzugung einer Gruppe wegen ihrer benachteiligenden Wirkung gegenüber anderen Gruppen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten allenfalls dann gerechtfertigt werden kann, wenn sie sich als positive Maßnahme auf die Antidiskriminierungs-RL 2000/43/EG stützen ließe. Nach der Rechtsprechung kann der den Kern des Merkmals der ethnischen Herkunft bildende „Begriff der Ethnie ... nur mit Sinn erfüllt werden, wenn er die gemeinsame Geschichte und Kultur, die Verbindung zu einem bestimmten Territorium und ein Gefühl der solidarischen Gemeinsamkeit für eine bestimmbare Population von Menschen darstellbar macht. Dazu mögen eine gemeinsame Sprache, tradierte Gewohnheiten und Ähnliches gehören.“⁸⁰ Entsprechend greift die Literatur zur Definition auf die Zugehörigkeit zu einer Gruppe in Gebräuchen, Herkunft und Erscheinung zurück.⁸¹ So können etwa aus der Türkei eingewanderte Personen durch eine ethnische Herkunft verbunden sein⁸². Zwingend ist dies allerdings nicht. Das Merkmal „Migrationshintergrund“ besagt mithin nicht zwangsläufig etwas über die ethnische Herkunft einer Person. Dies entspricht auch der neueren sozialwissenschaftlichen Forschung, die Migrationshintergrund und ethnische Verwurzelung als nichtidentische Faktoren betrachtet.⁸³

Die oben wiedergegebenen Definitionen des Begriffs des Migrationshintergrunds lassen diesen Unterschied deutlich werden: Dass das Kind 1950 in Deutschland geborene Kind einer Person ohne Migrationshintergrund und einer Person mit Migrationshintergrund der Ethnie des Elternteils mit Migrationshintergrunds zuzuordnen ist und deshalb bei gleicher Eignung bevorzugt werden darf, ist in dieser Allgemeinheit nicht zu begründen. Es ist daher zu bezweifeln,

⁸⁰ ArbG Stuttgart, Urt. v. 15. 4. 2010 – 17 Ca 8907/09 –.

⁸¹ *Gregor Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 1 AGG Rdnr. 56.

⁸² *Gregor Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 1 AGG Rdnr. 57.

⁸³ Vgl. *Carsten Wippermann/Berthold Bodo Flaig*, Lebenswelten von Migrantinnen und Migranten, APuZ 5/2009, S. 3 (5 ff.).

dass ein Kriterium „Migrationshintergrund“ zulässiges Hilfskriterium bei gleicher Eignung sein könnte.

Selbst wenn man es zur Ermöglichung einer Anwendung des § 5 AGG auf positive Maßnahmen zur Beseitigung einer Unterrepräsentation wegen der ethnischen Herkunft für grundsätzlich zulässig hält, statt auf den Begriff der ethnischen Herkunft auf den des Migrationshintergrunds zu rekurrieren (dazu unten III.1.b.dd), wiegt bei der im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmenden Abwägung die durch die Bevorzugung von Bewerbern durch Rekurs auf das eine Ungleichbehandlung eigentlich nicht rechtfertigende Merkmal „Migrationshintergrund“ eintretende Zurücksetzung der Bewerber ohne dieses Merkmal zu schwer, um dieses Merkmal als Hilfskriterium verwenden zu können.

Anderes könnte jedoch für eine nicht mit dem Anforderungsprofil als Eignungskriterium verbundene interkulturelle Kompetenz als (alleiniges) Hilfskriterium gelten, die vor allem auf die organisationale Diversität des öffentlichen Dienstes (dazu oben III.1.b.bb) abzielen würde. Ein solches Hilfskriterium stünde allerdings zunächst vor dem Problem der Inhaltsbestimmung: Entweder handelt es sich um ein Kriterium, das tatsächlich an erwerbbar – und zu definierende – Kompetenzen anknüpft; dann sind diese auch von in Deutschland als Kind von Eltern ohne Migrationshintergrund geborenen Deutschen erwerbbar, der Bezug zur Steigerung der Zahl der Beschäftigten mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst träte zurück. Gegen ein solches Hilfskriterium dürften keine Bedenken obwalten.

Zielt das Hilfskriterium hingegen auf die Verbreiterung der im öffentlichen Dienst vertretenen kulturellen Hintergründe ab, so müsste dies zwangsläufig zu einer Verengung der vorzunehmenden Definition der interkulturellen Kompetenz führen, welche auf im öffentlichen Dienst des Landes bislang weniger zahlreich vertretene Kulturen fokussiert. Dies bedürfte der Entwicklung einer plausiblen und nachvollziehbaren Planung des angestrebten interkulturellen Mixes⁸⁴, die sich mithin nicht darin erschöpfen dürfte, Personen ohne Migrationshintergrund interkulturelle Kompetenz ab- und sie Personen mit Migrations-

⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 19. 2. 2009 – 2 C 18/07 -, juris Rdnr. 21 zum Interesse an einer ausgewogenen Altersstruktur.

hintergrund zuzusprechen. Selbst wenn eine solche Planung gelänge, dürfte das Risiko, dass sie jedenfalls faktisch zu einer Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft im Sinne von § 1 AGG führen könnte, beträchtlich sein. Ob in Anbetracht dessen ein Hilfskriterium der genannten Art als positive Maßnahme auf § 5 AGG gestützt werden könnte, mutet durchaus zweifelhaft an. Denn nach § 5 AGG müssen *durch* eine positive Maßnahme bestehende Nachteile wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden *sollen*. Erforderlich ist mithin eine funktionale Beziehung zwischen Maßnahme und Nachteil dergestalt, dass die Maßnahme gerade auf die Verhinderung oder den Ausgleich des Nachteils gerichtet sein muss.⁸⁵ Besteht jedoch das Ziel in einer organisationalen Diversität zur Steigerung der Leistungs- und Kommunikationsfähigkeit der Verwaltung als Organisation, so fehlt es an einer solchen funktionalen Beziehung.

dd) Aufforderung zur Bewerbung „besonders“ von Personen mit Migrationshintergrund in der Stellenausschreibung

Unterhalb der Schwelle einer Bevorzugungsregelung verbliebe die Aufnahme eines Hinweises in Stellenausschreibungen, dass Bewerbungen von Personen mit Migrationshintergrund begrüßt werden. Eine solche Klausel könnte – in Anlehnung an § 4 Abs. 4 S. 2 des Berliner Partizipations- und Integrationsgesetzes – z. B. lauten: „Bewerbungen von Menschen mit Migrationshintergrund, die die Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, sind ausdrücklich erwünscht.“

Eine solche Klausel würde ohne unmittelbaren Bezug zur Bestenauslese nach Art. 33 Abs. 2 GG bleiben, da durch sie weder ein Anforderungsprofil bestimmt noch Hilfskriterien bestimmt würden. Allerdings lässt sich nicht von vornherein ausschließen, dass eine derartige Klausel eine Vorwirkung auf den durch Art. 33 Abs. 2 GG geregelten Bereich entfalten könnte. Denn wenn in Befolgung des § 8 Abs. 1 S. 2 ChancenG BW Frauen ausdrücklich zur Bewerbung aufgefordert werden und zusätzlich die Bewerbung von Personen mit Migrationshintergrund explizit begrüßt würde, könnten sich Männer ohne Migrationshinter-

⁸⁵ Gregor Thüsing, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 5 AGG Rdnr. 12.

grund möglicherweise als unerwünscht ansehen und deshalb auf eine Bewerbung verzichten.

Art. 33 Abs. 2 enthält nicht nur den objektiven Grundsatz der Bestenauslese, sondern gewährleistet dem Einzelnen auch ein grundrechtsgleiches Recht auf Entscheidungen über Einstellungen und Beförderungen allein nach den Kriterien Eignung, Befähigung und fachliche Leistung.⁸⁶ Darüber hinaus stellt Art. 33 Abs. 2 GG Anforderungen an das Verfahren der Bestenauswahl, die u. a. in einer Pflicht zur Ausschreibung zu besetzender Stellen bestehen.⁸⁷ Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht zur Bedeutung der Gestaltung des Auswahlverfahrens betont:

„Durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens wird unmittelbar Einfluß auf die Konkurrenzsituation und damit auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung genommen. Insbesondere durch die Art der Bekanntgabe der offenen Stellen und die Terminierung von Bewerbungen und Stellenbesetzungen läßt sich die Zusammensetzung des Bewerberkreises steuern.“⁸⁸

Unabhängig von der Frage, ob diese zu Art. 12 Abs. 1 GG ergangene Entscheidung auf Art. 33 Abs. 2 GG übertragen werden kann⁸⁹, bezog sie sich allein auf die Pflicht zur Stellenausschreibung als solche, nicht die Gestaltung der Ausschreibung. Eine Vorwirkung dieser Gestaltung auf die durch Art. 33 Abs. 2 GG geforderte Bestenauslese wird man allenfalls dann annehmen können, wenn die gewählte Gestaltung bei objektiver Betrachtung eine Gruppe geeigneter Bewerber von einer Bewerbung abschrecken und damit zu einer Reduzierung des Kreises der Bewerber führen kann. Der Umstand, dass Bewerbungen einer in dem betreffenden Bereich des öffentlichen Dienstes unterrepräsentierten Gruppe zugehöriger Personen als erwünscht bezeichnet werden, Bewer-

⁸⁶ *Wolfram Höfling*, in: Dolzer / Graßhof / Kahl, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Abt. 33 Abs. 1 bis 3 (Stand: Aug. 2007) Rdnr. 66.

⁸⁷ *Helmut Lecheler*, in: Friauf / Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 33 (Stand: 2000) Rdnr. 24. Dazu auch *Gert A. Neuhäuser*, Die verfassungsrechtliche Pflicht zu einer Ausschreibung öffentlicher Ämter und ihre (allein) verfassungsimmanenten Grenzen, NVwZ 2013, S. 176 ff.

⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 18. 6. 1986 – 1 BvR 787/80 –, juris Rdnr. 40.

⁸⁹ Bejahend etwa *Wolfram Höfling*, in: Dolzer / Graßhof / Kahl, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Abt. 33 Abs. 1 bis 3 (Stand: Aug. 2007) Rdnr. 247.

bungen einer Gruppe (mindestens) ausreichend repräsentierter Bewerber jedoch nicht, zielt bei objektiver Betrachtung allein darauf ab, Personen aus der erstgenannten Gruppe zu Bewerbungen zu motivieren, um den Bewerberkreis zu vergrößern, nicht aber darauf, anderen Gruppen angehörende Bewerber von einer Bewerbung abzuhalten. Dies hat die Rechtsprechung für den Passus „Es besteht ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen (und von Schwerbehinderten)“ ausdrücklich bestätigt und ihm eine vorgreifliche Wirkung auf die Auswahlentscheidung abgesprochen.⁹⁰

Steht mithin Art. 33 Abs. 2 GG der Aufnahme einer Klausel der genannten Art in den Ausschreibungstext nicht entgegen, so ist die Zulässigkeit einer solchen Klausel zentral am Maßstab des Gleichbehandlungsrechts zu messen. Hierzu bestimmt § 11 AGG, dass ein Arbeitsplatz nicht unter Verstoß gegen § 7 Abs. 1 AGG, der die Benachteiligung von Beschäftigten wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe verbietet, ausgeschrieben werden darf. Zu den in § 1 AGG genannten Gründen gehört auch die ethnische Herkunft. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass eine Ausschreibung, die nur die Bewerbung bestimmter ethnischer Gruppen ausdrücklich als erwünscht bezeichnet, zu einer Benachteiligung anderer ethnischer Gruppen im Sinne des § 3 Abs. 1 und 2 AGG führen kann.

Im Ergebnis kann dies jedoch dahinstehen. Es besteht Einigkeit darüber, dass einer bestimmte der in § 1 AGG genannten Merkmale aufgreifenden Stellenausschreibung nichts entgegensteht, wenn dies als positive Maßnahme nach § 5 AGG zulässig ist. Dies ist für Formulierungen, die das besondere Interesse an der Bewerbung von Frauen auf Stellen in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, anerkannt.⁹¹

Dass es sich bei der Unterrepräsentanz einer durch eines der Merkmale des § 1 AGG verbundenen Gruppe um einen ausgleichsfähigen Nachteil im Sinne

⁹⁰ LAG Düsseldorf, Urt. v. 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08 -, juris Rdnr. 68.

⁹¹ LAG Düsseldorf, Urt. v. 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08 -, juris Rdnr. 61 ff.; *Hildegund Ernst / Anna Braunroth / Bernhard Franke / Angelika Wascher / Martin Lenz*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2012, § 11 Rdnr. 2; *Gregor Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 11 AGG Rdnr. 4. Allgemein *Ralf Laws*, Die AGG-konforme Gestaltung von Stellenanzeigen, MDR 2013, S. 625 ff.

des § 5 AGG handelt, kann als geklärt angesehen werden.⁹² Ebenso ist die Aufnahme eines bestimmte Gruppen zur Bewerbung auffordernden Passus in die Stellenausschreibung als geeignetes und angemessenes Mittel zur Beseitigung der Unterrepräsentanz bewertet worden, da ein solcher Passus für die Mitglieder der betreffenden Gruppe „ein notwendiger oder zusätzlicher Anreiz sein (kann), sich um die Stelle zu bewerben“⁹³.

Hinsichtlich der Übertragbarkeit dieser für die Ermutigung von Frauen zur Bewerbung entwickelten Grundsätze auf die explizite Begrüßung der Bewerbung von Personen mit Migrationshintergrund stellen sich zwei, inhaltlich verbundene Probleme:

Das erste Problem tritt bereits bei der durch § 5 AGG gebotenen Feststellung der Unterrepräsentanz auf. Sie darf erstens nur spezifisch gerade für den Bereich erfolgen, in dem die auszuschreibende Stelle angesiedelt sein wird.⁹⁴ Sollte es sich bei dem betreffenden Bereich hingegen um einen solchen handeln, in dem Personen mit Migrationshintergrund nicht unterrepräsentiert sind, so lässt sich die allgemeine Aufnahme einer „Begrüßungsklausel“, beispielsweise zur Verdeutlichung einer „Willkommenskultur“, nicht auf § 5 AGG stützen.

Dies wirft die Frage auf, nach welchen Maßstäben die Feststellung der Unterrepräsentanz zu erfolgen hat. Diesbezüglich soll hier nicht auf das allgemeine Problem der bereichsbezogenen Vergleichsgruppenbildung eingegangen werden.⁹⁵ Vielmehr stellt sich dieses allgemeine Problem für die von § 1 AGG erfassten Merkmale in unterschiedlicher Weise. Während das Merkmal „Geschlecht“ – von der Frage der Transsexualität abgesehen – ohne Schwierigkeiten zur Bildung zwei miteinander für den jeweiligen Bereich vergleichbarer Gruppen führt, ist dies – wie für andere Merkmale – auch für das Merkmal der „ethnischen Herkunft“ in der Regel nicht möglich. In Anbetracht der Gruppenbezogenheit des Begriffs der Ethnie (oben III.1.b.cc) würde eine nach ethni-

⁹² LAG Düsseldorf, Urt. v. 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08 -, juris Rdnr. 63.

⁹³ Für einen die Bewerbung von Frauen begrüßenden Passus LAG Düsseldorf, Urt. v. 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08 -, juris Rdnr. 67.

⁹⁴ *Julian Schmidt*, Quotenorientierte Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen nach § 5 AGG, 2012, S. 208 ff.

⁹⁵ Dazu *Julian Schmidt*, Quotenorientierte Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen nach § 5 AGG, 2012, S. 186 ff.

scher Herkunft differenzierende Vergleichsgruppenbildung zu einem nach Ethnien gegliederten multipolaren Vergleichssystem führen. Demgegenüber knüpft der Begriff des Migrationshintergrunds nicht zentral an die ethnische Herkunft an (oben III.1.b.cc) und könnte deshalb zur Vergleichsgruppenbildung an und für sich nicht herangezogen werden.

Allerdings würde eine solche Betrachtungsweise dazu führen, dass positive Maßnahmen nach § 5 AGG zum Ausgleich von Nachteilen wegen der ethnischen Herkunft faktisch weitgehend unmöglich wären, § 5 AGG also insoweit leer liefe. Da nicht davon auszugehen ist, dass ein solches Leerlaufen der gesetzgeberischen Intention entspricht, muss für die Feststellung der Unterrepräsentanz wegen der ethnischen Herkunft ein praktikables Verfahren zur Verfügung stehen. In der Rechtsprechung ist bei der Feststellung einer geschlechtsbedingten Unterrepräsentanz zugelassen worden, eine verallgemeinernde Vergleichsgruppenbildung zu wählen, wenn „eine andere Vergleichsgruppe ... sich nicht sachgerecht bilden“ lässt⁹⁶. Dementsprechend wird man auch zur Ermittlung von Unterrepräsentanzen wegen der ethnischen Herkunft handhabbare Verallgemeinerungen zulassen müssen.

Als eine solche Verallgemeinerung dürfte das Merkmal „Migrationshintergrund“ zunächst zur Vergleichsgruppenbildung zulässig sein. Es ist nicht ersichtlich, dass ein trennschärferes Gruppenmerkmal zur Feststellung ethnisch induzierter Unterrepräsentanz zur Verfügung steht. Voraussetzung ist allerdings, dass eine anlassunabhängige Definition des Begriffs des Migrationshintergrunds vorgenommen wird.

Das Problem der fehlenden Deckungsgleichheit der Begriffe „ethnische Herkunft“ und „Migrationshintergrund“ stellt sich auch auf einer zweiten Ebene, nämlich hinsichtlich der Eignung und Angemessenheit der Aufnahme der genannten Klausel in die Stellenausschreibung zur Beseitigung der Unterrepräsentanz. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs stellen positive Maßnahmen „Ausnahmen von einem Individualrecht wie dem in der Richtlinie verankerten Recht von Männern und Frauen auf Gleichbehandlung (dar, für die) der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist, wonach Ausnahmen nicht über das hinausgehen dürfen, was zur Erreichung des ver-

⁹⁶ LAG Düsseldorf, Urt. v. 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08 -, juris Rdnr. 63.

folgten Zieles angemessen und erforderlich ist, und dass der Grundsatz der Gleichbehandlung so weit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Zieles in Einklang gebracht werden muss⁹⁷.

Insoweit könnten die Bedenken formuliert werden, dass eine in die Stellenausschreibung aufgenommene Klausel, durch die die Bewerbung von Personen mit Migrationshintergrund begrüßt wird, einerseits schon nicht geeignet ist, die an die ethnische Herkunft anknüpfende Unterrepräsentanz zu beseitigen. Jedenfalls dann, wenn auf die wiedergegebenen Bestimmungen des Begriffs „Migrationshintergrund“ rekurriert wird, werden Migrantenecken und deren Abkömmlinge nicht mehr erfasst, soweit sie deutsche Staatsangehörige sind. Diesbezüglich ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass damit eine an die Ethnie anknüpfende Betrachtungsweise verfehlt und dem – unabhängig von der Staatsangehörigkeit erfolgenden – teilweise festzustellenden Phänomen der Re-Ethnisierung späterer Abkömmlinge von Migranten nicht ausreichend Rechnung getragen würde.

Andererseits könnte eingewandt werden, dass die genannte Klausel über das hinausgeht, was zur Erreichung des Ziels, der Beseitigung von Unterrepräsentanzen verschiedener Ethnien, erforderlich ist. Denn die in den wiedergegebenen Definitionen des Vorliegens eines Migrationshintergrunds verwendeten Anknüpfungen an die Staatsangehörigkeit und den grenzüberschreitenden Zuzug erfassen möglicherweise auch Personen, deren Ethnie nicht unterrepräsentiert ist.

Diese Bedenken dürften ausräumbar sein. Unabhängig von der Frage, ob es nicht sinnvoll wäre, den Kreis der Personen mit Migrationshintergrund über die unmittelbaren Abkömmlinge von Migranten hinaus zu erstrecken, fehlt es an der Eignung einer Maßnahme zur Erreichung eines Ziels erst dann, wenn sie nicht tauglich ist, die Erreichung des verfolgten Ziels überhaupt zu fördern⁹⁸. In Anbetracht dessen, dass über den Begriff des Migrationshintergrundes der größte Teil der im öffentlichen Dienst mit Blick auf ihre ethnische Herkunft unterrepräsentierten Personen angesprochen werden kann, kann von einer Un-

⁹⁷ EuGH, Urt. v. 19. 3. 2002, Rs. C-478/99, Rdnr. 39.

⁹⁸ Vgl. EuGH NVwZ 2010, S. 1422 Rdnr. 65; 2012, S. 1165 Rdnr. 22.

tauglichkeit der Verwendung dieses Begriffs zur Minderung des Repräsentationsdefizits keine Rede sein.

Zum anderen ist hinsichtlich des durch die Verwendung des Begriffs „Migrationshintergrund“ u. U. angesprochenen „überschießenden“ Personenkreises darauf hinzuweisen, dass – wie dargelegt – der Begriff der ethnischen Herkunft zur Ansprache bestimmter Personengruppen kaum zu operationalisieren und deshalb ohne eine „Vergrößerung“ eine Erreichung des verfolgten Ziels der Beseitigung von Unterrepräsentanzen kaum möglich ist. Anders als bei der bevorzugten Einstellung von Personen mit Migrationshintergrund bei gleicher Eignung (dazu oben III.1.b.cc) ist der Belastungsgehalt für den durch den Passus in der Stellenausschreibung nicht angesprochenen Personenkreis gering, da der mit dem Passus verbundene „Abschreckungseffekt“ kaum vorhanden sein dürfte. Verbleibenden Bedenken könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass auf das Ziel der Beseitigung der Unterrepräsentation wegen der ethnischen Herkunft im öffentlichen Dienst hingewiesen wird.

Der Passus könnte dann etwa lauten: „Zur Steigerung der Pluralität unterschiedlicher Kulturen im öffentlichen Dienst des Landes Baden-Württemberg sind Bewerbungen von Menschen mit Migrationshintergrund, die die Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, ausdrücklich erwünscht.“

Soweit die gewählte Formulierung nicht zu der Verwechslung führen kann, dass es sich bei dem Merkmal des Migrationshintergrundes um ein auswahlrelevantes Hilfskriterium handelt, kann der genannte Passus selbstverständlich variiert werden. Unproblematisch wäre daher beispielsweise die Ersetzung des Wortes „erwünscht“ durch „begrüßt“ oder Ähnliches. Von Wortkombinationen wie „vorrangig begrüßt“ ist hingegen abzuraten.

Es sei nur kurz darauf hingewiesen, dass die Zulässigkeit einer Aufforderung von Personengruppen zur Bewerbung, um eine Unterrepräsentation im öffentlichen Dienst abzubauen, Folgefragen aufwirft. Grundsätzlich ist der Arbeitgeber – und zwar auch der Staat als Arbeitgeber für den öffentlichen Dienst – zur Erreichung positiver Maßnahmen im Sinne von § 5 AGG nicht verpflichtet.⁹⁹ Auch

⁹⁹ *Alexander Klose*, Mehr Verbindlichkeit wagen – Positive Pflichten zu Positiven Maßnahmen, in: Heinrich-Böll-Stiftung, Positive Maßnahmen. Von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, S. 40 (47).

dann, wenn er positive Maßnahmen zugunsten des Abbaus von Benachteiligungen wegen eines der von § 1 AGG erfassten Merkmale ergreift, ist ein Arbeitgeber nicht verpflichtet, zugunsten von Gruppen, die andere in § 1 AGG beschriebene Merkmale aufweisen, in gleicher Weise tätig zu werden.¹⁰⁰ Dies gilt zunächst uneingeschränkt für private Arbeitgeber. Der Staat als Arbeitgeber ist allerdings zusätzlich an das allgemeine Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Sieht man die Unterrepräsentation in einem bestimmten Bereich des öffentlichen Dienstes wegen eines der in § 1 AGG genannten Merkmale als das die Gleichheitsprüfung prägende Merkmal an, so bestünde jedenfalls im Ansatz eine Pflicht zur Gleichbehandlung mit Blick auf positive Maßnahmen. Doch kann dieser Frage und evtl. bestehenden Differenzierungsmöglichkeiten, z. B. mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, im vorliegenden Zusammenhang nicht näher nachgegangen werden.

ee) Hinweis auf interkulturelle Öffnung des öffentlichen Dienstes in der Ausschreibung

Nach dem Vorstehenden ebenfalls grundsätzlich unproblematisch ist die Aufnahme des Hinweises in die Stellenausschreibung, dass das Land Baden-Württemberg ein Konzept der interkulturellen Öffnung des öffentlichen Dienstes des Landes verfolgt und deshalb Menschen mit verschiedenen kulturellen Hintergründen zur Bewerbung für den öffentlichen Dienst einlädt. Ein solches leitbildgesteuertes Konzept könnte auch Elemente einer „Ermutigungskultur“ enthalten, die Bewerberinnen und Bewerbern mit Migrationshintergrund deutlich machen, dass der öffentliche Dienst der kulturellen Diversität aktiv Rechnung trägt und es sich deshalb „lohnen“ kann, sich dort zu bewerben.

Derartige Elemente könnten etwa eine Fortbildung von Personalentscheidung treffenden Personen und Auswahlkommissionen in der Durchführung „kulturfairer“ Auswahlprozesse sowie Förderkonzepte bei der Einstellung und Beförderung (dazu unten III.1.b.ff) sein.

¹⁰⁰ *Hildegund Ernst / Anna Braunroth / Bernhard Franke / Angelika Wascher / Martin Lenz*, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2012, § 5 Rdnr. 3.

ff) Förderkonzepte mit Zielquoten

Ein weiterer Ansatz könnte darin liegen, das aus der Genderdiskussion bekannte Instrument eines Förderplans mit Zielquoten auf die Verbesserung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund beim Zugang zum und im öffentlichen Dienst zu übertragen. Vorbild könnte etwa der Chancengleichheitsplan nach §§ 5-7 ChancenG BW sein. Ein solcher Förderplan wäre einzubetten in das angesprochene leitbildgesteuerte Konzept der interkulturellen Öffnung der Verwaltung. Einen Ansatz in diese Richtung enthält etwa § 4 Abs. 5 des Berliner Partizipations- und Integrationsgesetzes, wonach die Berliner Landesregierung verpflichtet ist, Zielvorgaben zur Erhöhung des Anteils der Beschäftigten mit Migrationshintergrund und Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung festzulegen. Die Überprüfung der Zielerreichung erfolgt dabei über ein Benchmarking.

Bestandteil eines solchen Förderplans könnten auch Zielquoten für die Einstellung und den Aufstieg von Personen mit Migrationshintergrund in Verwaltungsbereichen sein, in denen diese Personengruppe unterrepräsentiert ist. Um dieses Instrument auch für die Rechtfertigung positiver Maßnahmen nach § 5 AGG nutzen zu können, dürfte es sich empfehlen, keine landesweit geltenden, numerisch festgelegten Zielquoten vorzugeben, sondern Vorgaben zu formulieren, anhand derer die Zielquoten in Bezug auf die jeweils konkret bestehende Unterrepräsentation berechnet werden. Einem solchen Förderplan käme auch die aus rechtlicher Sicht wichtige Funktion eines laufend fortzuschreibenden „Unterrepräsentations-Monitoring“ zu, damit für die Begründung positiver Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund das notwendige Datenmaterial verfügbar ist.

Das Charakteristikum derartiger Zielquoten besteht darin, dass sie zwar für die einstellenden Behörden verbindlich sind und zu einem „Nachdenken“ über Instrumente zur Erreichung der Quoten zwingen, aber als solche weder strikte Auswahlquoten (dazu oben III.1.b.aa) noch Eignungs- oder Hilfskriterien für die Auswahl (dazu oben III.1.b.cc) enthalten. Nach dem Vorbild des § 7 ChancenG BW besteht das Instrumentarium zur Sicherstellung der Einhaltung der Zielquoten in erster Linie in Berichts- und Begründungspflichten sowie der Kontrolle durch die Dienstaufsichtsbehörde.

Da derartige Förderpläne mit Zielquoten weder den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG berühren noch selbst zu einer Ungleichbehandlung wegen in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG oder § 1 AGG genannter Merkmale führen, werfen sie aus rechtlicher Sicht keine Schwierigkeiten auf.

gg) Zielgruppenspezifische Werbemaßnahmen

Aus rechtlicher Sicht ebenfalls unproblematisch sind spezifische Werbemaßnahmen für eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst bei Personen mit Migrationshintergrund. Sie sind ohne Bezug sowohl zum Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG als auch zum Antidiskriminierungsrecht des AGG.

hh) Zugang zur Ausbildung

Langfristig das größte Potential zu einer interkulturellen Öffnung des öffentlichen Dienstes hinsichtlich der Personalstruktur hat die Einbeziehung der Ausbildung für den öffentlichen Dienst in ein Konzept. Nur wenn eine entsprechend größere Zahl jüngerer Personen mit Migrationshintergrund Zugang zu einer für eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst qualifizierenden Ausbildung findet, stehen diese Personen später auch für Beförderungspositionen zur Verfügung.

Diesbezüglich gibt es verschiedene Stellschrauben, die für ein nachhaltig wirksames Konzept in Betracht kommen. Insbesondere sollten die Möglichkeiten ausgeschöpft werden, Personen mit Migrationshintergrund für eine Ausbildung im öffentlichen Dienst zu gewinnen. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich dabei auf den Zugang zur verwaltungsinternen Ausbildung ohne Studium und auf den Zugang zu den Hochschulen Kehl und Ludwigsburg.

Da die diese Ausbildungen / Studiengänge durchlaufenden Personen bereits während der Ausbildung im öffentlichen Dienst beschäftigt sind, gilt im Ausgangspunkt nichts anderes als für die Steigerung des Anteils von Beschäftigten mit Migrationshintergrund im Allgemeinen. Ein Unterschied besteht allerdings darin, dass beim Zugang zu einer Ausbildung im öffentlichen Dienst das Anforderungsprofil der Stelle, die nach Beendigung der Ausbildung möglicherweise angetreten wird, noch nicht feststeht. Allerdings ist die Frage der

Prognostizierbarkeit der für eine spätere Stellenbesetzung zu erwartenden Anforderungen auch von der Laufbahn, in der die Ausbildung angetreten wird, abhängig. Der Antritt einer Ausbildung für den allgemeinen nichttechnischen Verwaltungsdienst lässt insoweit eine geringere Prognosedichte im Verhältnis zu einer Ausbildung in einem spezialisierten Ausbildungsbereich wie z. B. der Polizei zu.

Mit Blick auf die Vorwirkungen, die Art. 33 Abs. 2 GG auch mit Blick auf die *spätere* Verwendung im öffentlichen Dienst entfaltet¹⁰¹, lassen sich die prognostizierbaren – aber auch nur diese – Anforderungen, die nach Beendigung der Ausbildung voraussichtlich gestellt werden, nicht ausblenden. Die für den Zugang zur Ausbildung gestellten Anforderungen müssen sich deshalb zum einen an der Erreichung des Ausbildungsziels, zum anderen aber an den bei einer späteren Stellenbesetzung zu erwartenden Profilen orientieren. In letzterer Hinsicht ist dabei eine Typisierung zulässig und erforderlich¹⁰², die die Bandbreite späterer Einsatzmöglichkeiten aufgreift. Je schmaler diese Bandbreite ist, desto näher liegen die Anforderungen für den Ausbildungszugang bereits an den Anforderungsprofilen später ggf. anzutretender Stellen.

In der Konsequenz dürften sich hieraus allerdings im Vergleich zur Definition des Anforderungsprofils bei der Stellenbesetzung größere Möglichkeiten zur Berücksichtigung von interkultureller Kompetenz als Eignungsmerkmal (dazu oben III.1.b.bb) ergeben. Bei der Auswahl von Bewerbern für eine Ausbildung für den öffentlichen Dienst ist – von Ausnahmefällen abgesehen – regelmäßig nicht auszuschließen, dass sie nach Abschluss der Ausbildung Stellen antreten werden, die interkulturelle Kompetenzen voraussetzen. Dies ermöglicht eine generalisierende Einbeziehung der interkulturellen Kompetenz als Eignungs-

¹⁰¹ *Michael Fehling / Sascha Arnold*, Verfassungsfragen eines privilegierten Zugangs von Abiturienten mit Migrationshintergrund zum Lehramtsstudium, RdJB 2011, S. 316 (321).

¹⁰² Vgl. *Michael Fehling / Sascha Arnold*, Verfassungsfragen eines privilegierten Zugangs von Abiturienten mit Migrationshintergrund zum Lehramtsstudium, RdJB 2011, S. 316 (322).

merkmal, deren Gewicht zusätzlich je nach bei der späteren Verwendung zu erwartenden möglichen Anforderungsprofilen variiert werden kann.¹⁰³

Weniger zielführend dürfte auch hier das Nachdenken über die Einführung strikter Quoten zugunsten von Ausbildungs- / Studienplatzbewerbern mit Migrationshintergrund sein. Sofern es sich um Ausbildungen / Studiengänge handelt, die ausschließlich staatlicherseits und nicht auch von Privaten angeboten werden, dürfte das Urteil des EuGH zum hessischen Gleichberechtigungsgesetz dahingehend zu verstehen sein, dass in diesem Fall die zur strikten Quotierung im öffentlichen Dienst zum allgemeinen Gleichbehandlungsrecht entwickelten Maßstäbe (oben III.1.b.aa) auch hier gelten.¹⁰⁴

Handelt es sich hingegen um Ausbildungen, die auch bei Privaten absolviert werden können, so steht das allgemeine Gleichbehandlungsrecht einer festen Quotierung von Ausbildungsplätzen zugunsten einer durch Merkmale im Sinne von § 1 AGG verbundenen Gruppe nicht entgegen, wenn diese Gruppe in dem betreffenden Ausbildungsberuf unterrepräsentiert ist.¹⁰⁵ Verfassungsrechtlich bliebe allerdings zu beachten, dass – soweit es im vorliegenden Kontext relevant ist – die Ausbildung gleichwohl in einem Art. 33 Abs. 2 GG unterliegenden Dienstverhältnis erfolgen würde. Insoweit könnte für die fehlende Rechtfertigbarkeit einer Beschränkung des Leistungsgrundsatzes durch eine strikte Quote nichts anderes gelten als für eine Beschäftigung im öffentlichen Dienst außerhalb eines Ausbildungsverhältnisses (dazu oben III.1.b.aa).

2. Förderung und Qualifizierung

Ein nachhaltiger Kulturwandel der öffentlichen Verwaltung im Sinne einer interkulturellen Öffnung wird auch erfordern, dass Interkulturalität auf allen Personalebene vorhanden ist und gelebt wird. Darüber hinaus sind Personen mit Migrationshintergrund in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes Vorbil-

¹⁰³ Vgl. zum Vorgehen der Stadt München *Anja Kühner*, Neues Auswahlverfahren in München: Bewusstsein schärfen, in: *clavis* 2/2012: Integration im öffentlichen Sektor – Wir sind bunt, S. 14.

¹⁰⁴ EuGH, Urt. v. 28. 3. 2000, Rs. C-158/97, Rdnr. 50 ff.

¹⁰⁵ EuGH, Urt. v. 28. 3. 2000, Rs. C-158/97, Rdnr. 63.

der, die jüngere Bewerber ermutigen können, eine Karriere im öffentlichen Dienst einzuschlagen.

§ 50 S. 1 LBG BW macht auch die sog. Förderungsqualifizierung, also die Fortbildung zur Vorbereitung auf die Übernahme höherer Dienstposten, zur Pflicht der Beamten. Im Gegenzug verpflichtet Satz 2 dieser Vorschrift die Dienstherrn zur Förderung der dienstlichen Fortbildung. Die Pflicht des Dienstherrn, dem Beamten weiterqualifizierende Fortbildungen zu ermöglichen, ist Ausfluss der Fürsorgepflicht des Dienstherrn¹⁰⁶, die ihrerseits zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne von Art. 33 Abs. 5 GG gehört¹⁰⁷.

Verfassungsrechtlich steht es nicht im freien Belieben des Dienstherrn, welche Bediensteten er fördert und welche nicht. Vielmehr ist dem Fürsorgeanspruch des Bediensteten ein „Recht auf chancengleiche Behandlung“ immanent.¹⁰⁸ Diese Pflicht zur chancengleichen Behandlung entspricht grundsätzlich den Maßstäben des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG¹⁰⁹, nicht denen des Art. 33 Abs. 2 GG. Allerdings entfaltet Art. 33 Abs. 2 GG insoweit eine Vorwirkung, als die Einbeziehung in Qualifizierungsmaßnahmen nicht ohne jede Berücksichtigung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung erfolgen darf. Denn sollen solche Maßnahmen zur Bewerbung auf höherwertige Dienstposten qualifizieren, dann ist für deren Besetzung hinsichtlich der Auswahl unter mehreren Bewerbern Art. 33 Abs. 2 GG zu beachten.

Für die Formulierung eines verfassungsrechtlichen Maßstabs bedeutet dies, dass alle Bediensteten die gleiche Chance auf Einbeziehung in Qualifizierungsmaßnahmen haben müssen, es sei denn, es liegt ein rechtfertigender Grund für eine Ungleichbehandlung vor, der seinerseits nicht gegen das Willkürverbot verstößt. Ein solcher rechtfertigender Grund – wohlgemerkt zur Herstellung eines Ausgleichs mit den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 33 Abs. 5 GG, nicht des Art. 33 Abs. 2 GG – besteht in dem auf

¹⁰⁶ *Fritjof Wagner / Sabine Leppek*, Beamtenrecht, 10. Aufl. 2009, Rdnr. 216.

¹⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1976 – 2 BvR 841/73 -, juris Rdnr. 30; Beschl. v. 13. 11. 1990 – 2 BvF 3/88 -, juris Rdnr. 31; Beschl. v. 15. 12. 2009 – 2 BvR 1978/09 -, juris Rdnr. 5; Beschl. v. 27. 9. 2011 – 2 BvR 86/11 -, juris Rdnr. 10.

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 28. 10. 1970 – VI C 48.68 -, juris Rdnr. 68.

¹⁰⁹ *Ulrich Battis*, Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl. 2009, § 78 Rdnr. 7.

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG stützbarer Ausgleich tatsächlicher Nachteile durch Fördermaßnahmen (oben III.1.a.bb.β). Verfassungsrechtlich ist es daher zulässig, bereits im öffentlichen Dienst befindliche Mitarbeiter mit Migrationshintergrund zur Vorbereitung auf die Übernahme höherwertiger Dienstposten besonders zu fördern.

Voraussetzung ist, dass ein tatsächlicher Nachteil feststellbar ist, wofür auf eine Unterrepräsentation von Personen mit Migrationshintergrund bei der Besetzung entsprechender Dienstposten in dem betreffenden Verwaltungszweig zu rekurrieren ist. Eine Grenze für eine solche bevorzugte Förderung ergibt sich dann, wenn sie die Konsequenz zeitigen würde, dass qualifizierungsinteressierten anderen Mitarbeiter, die gegenüber den geförderten Mitarbeitern mit Migrationshintergrund einen deutlichen Vorsprung in Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung haben, keine Förderung zuteil werden würde.

Da das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ausweislich seines § 2 Abs. 1 Nr. 3 auch den Zugang zur beruflichen Weiterbildung erfasst, enthält zwar eine besondere Förderung von Beschäftigten mit Migrationshintergrund gleichzeitig eine Benachteiligung von Beschäftigten ohne Migrationshintergrund. Jedoch wären Fördermaßnahmen als positive Maßnahmen nach § 5 AGG zulässig, sofern sie zur Beseitigung einer Unterrepräsentation erfolgen. An der Verhältnismäßigkeit derartiger Maßnahmen dürften keine Zweifel bestehen, soweit sie nicht zur Zurücksetzung deutlich geeigneterer Bewerber von Qualifizierungsmaßnahmen führen.

IV. Zusammenfassung und Empfehlungen

Wenn vorstehend die Rede primär von rechtlichen Grenzen und all dem, was nicht geht, war, so soll der Zusammenfassung eine positive Wende gegeben werden: Es gibt eine ganze Reihe sinnvoller Maßnahmen, mit denen man die Chancen von Menschen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst erhöhen kann.

Da von den – vordergründig – einfachen Lösungen wie strikte Quote und Bevorzugung bei gleicher Eignung aus rechtlicher Sicht abzuraten ist, braucht man Kreativität, die Bereitschaft zur Arbeit am Detail und einen langen Atem, will man etwas erreichen. Das Wort „Kulturwandel“ nimmt sich leicht in den Mund. Wer sich mit der Wandlungsfähigkeit großer Organisationen, wie es öffentliche Verwaltungen sind, beschäftigt hat, weiß, dass das eher eine Generationenaufgabe als politisches Tagewerk ist.

Dementsprechend umfassend und nachhaltig sollte man die Aufgabe „Kulturwandel durch interkulturelle Öffnung“ verstehen. Unverzichtbar ist die Entwicklung eines Leitbildes und eines daraus hervorgehenden Konzepts der interkulturellen Öffnung, das die geplanten Maßnahmen in einen reflektierten Zusammenhang bringt. Das hat nichts mit „politischer Lyrik“ zu tun, sondern ist 1. als verwaltungskulturelle Leitmarke und 2. auch zur Schaffung von rechtlich tragfähigen Begründungszusammenhängen unverzichtbar. Ggf. kann es sich auch empfehlen, zentrale Bestandteile des Konzepts in die Form eines Gesetzes zu überführen.

Ein solches Konzept muss eigentlich schon ansetzen, wenn sich zukünftige potentielle öffentlich Bedienstete noch in der Schule befinden, indem die zentrale Bedeutung des öffentlichen Dienstes für die Gestaltung des Miteinanders verschiedener Kulturen und die sich daraus für den Einzelnen ergebenden beruflichen Verwirklichungschancen vermittelt werden. Hieran kann dann durch gezielte Ansprache entsprechender Personengruppen zur Gewinnung für den öffentlichen Dienst angeknüpft werden. Weiterhin sollte das Konzept Elemente einer z. B. in Stellenausschreibungen aktiv kommunizierten „Ermutigungskultur“ enthalten, die auch im Weiteren Bewerbern mit Migrationshintergrund deutlich machen, dass der öffentliche Dienst der kulturellen Diversität aktiv Rechnung trägt und es sich deshalb „lohnen“ kann, sich dort zu bewerben.

Soweit die Ausbildung bereits in einem Beschäftigungsverhältnis im öffentlichen Dienst erfolgt, kann eine interkulturelle Kompetenz der Ausbildungsbeerber als Eignungskriterium in generalisierender Weise in Ansatz gebracht und ggf. zusätzlich je nach bei der späteren Verwendung zu erwartenden möglichen Anforderungsprofilen gewichtet werden. Keinesfalls darf interkulturelle Kompetenz dabei auf das Vorhandensein eines Migrationshintergrundes verengt werden. Vielmehr bedarf es der Entwicklung einer allgemeinen Beschreibung und der Ausdifferenzierung von abprüfbareren Kriterien.

Eine solche generalisierende Heranziehung von interkultureller Kompetenz als Eignungsmerkmal ist bei der Definition des Anforderungsprofils bei nicht zu Ausbildungszwecken erfolgenden Einstellungen nicht möglich. Sie kann auch nicht auf organisationsbezogene Ansätze eines Diversity Managements gestützt werden. Zulässig wäre aber die Verbindung der bereits erwähnten Begriffsbestimmung von interkultureller Kompetenz mit dem Hinweis, dass bei der Festlegung der der Bewerberauswahl zugrunde zu legenden Kriterien auch zu prüfen ist, ob das Anforderungsprofil eine dann allerdings für die jeweilige Stelle zu spezifizierende interkulturelle Kompetenz verlangt.

Weiterhin sollte das Konzept der interkulturellen Öffnung einen bereichsspezifischen Förderplan mit Zielquoten der Beschäftigung von Personen mit Migrationshintergrund auf allen Hierarchieebenen enthalten, der zu einem „Nachdenken“ über Instrumente zur Erreichung der Quoten anhält. Einem solchen Förderplan käme auch die aus rechtlicher Sicht wichtige Funktion eines laufend fortzuschreibenden „Unterrepräsentations-Monitoring“ zu, damit für die Begründung positiver Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund das notwendige Datenmaterial verfügbar ist. Eine solche Maßnahme sollte beispielsweise eine ausdrückliche „Einladung“ zur Bewerbung in Stellenausschreibungen sein. Sie könnte beispielsweise lauten: „Zur Steigerung der Pluralität unterschiedlicher Kulturen im öffentlichen Dienst des Landes Baden-Württemberg sind Bewerbungen von Menschen mit Migrationshintergrund, die die Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, ausdrücklich erwünscht.“

Zur Erreichung der Zielquoten auf der Ebene von Beförderungs- und Führungspositionen könnten Beschäftigte mit Migrationshintergrund besonders ge-

fördert werden, soweit dies nicht zu einer Zurücksetzung deutlich qualifizierter anderer Mitarbeiter führt.