

Quoten im öffentlichen Dienst zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte

Verfassungsrechtliches Kurzgutachten

von

Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M. (Yale)*

anlässlich des von der Bundeskonferenz der Migrant*innenorganisationen (BKMO) vorgelegten Entwurfs des Gesetzes zur Förderung von Teilhabe und Partizipation und zur Bekämpfung der rassistischen Diskriminierung (Bundespartizipationsgesetz)

* Lehrstuhl für Internationales Recht, Europarecht und Öffentliches Recht, Bucerius Law School, Hamburg. Das vorliegende Kurzgutachten baut zum Teil auf Vorarbeiten auf, die ich für verschiedene wissenschaftliche Publikationen sowie für die wissenschaftliche Beratung der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag und Each One Teach One (EOTO) e.V. unternommen habe.

I. Einleitung

Der von der Bundeskonferenz der Migrant*innenorganisationen (BKMO) vorgelegte Entwurf eines Bundespartizipationsgesetzes zielt unter anderem auf die Förderung der Teilhabe und Partizipation von Menschen mit Migrationsgeschichte und Personen mit Diskriminierungserfahrungen ab. Für Menschen mit Migrationsgeschichte sieht der Entwurf für alle Behörden, Gerichte und Unternehmen des Bundes eine Quote vor. § 3 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs lautet:

„Sind Personen mit Migrationsgeschichte in einem bestimmten Bereich nach § 2 Absatz 2 Nr. 2¹ unterrepräsentiert, hat die Dienststelle oder das Unternehmen sie bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, bei Einstellung und beruflichem Aufstieg bevorzugt zu berücksichtigen. Dies gilt auch bei der Abordnung, Versetzung und Umsetzung für jeweils mehr als drei Monate, wenn diesen ein Ausschreibungsverfahren vorausgeht. Voraussetzung für die Bevorzugung ist, dass Bewerberinnen oder Bewerber mit Migrationsgeschichte die gleiche Qualifikation aufweisen wie ihre Mitbewerberinnen oder Mitbewerber. Die Bevorzugung ist ausgeschlossen, wenn rechtlich schützenswerte Gründe überwiegen, die in der Person einer Mitbewerberin oder eines Mitbewerbers liegen.“

Dieser Vorschlag wirft die Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Fördermaßnahmen und insbesondere Quoten im öffentlichen Dienst auf. Zweifel könnten einerseits mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geäußert werden, wonach niemand wegen seiner „Rasse“ benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Andererseits wird im Rahmen des Rechts auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Art. 33 Abs. 2 GG über die Zulässigkeit von ergänzenden Kriterien im Fall eines „Leistungspatts“, also bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, diskutiert.² Entscheidend für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit entsprechender Quoten ist damit das Verständnis von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG: Wenn danach Quoten zulässig sind, lässt sich auch die Berücksichtigung der Migrationsgeschichte als Kriterium für Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen als ergänzendes Hilfskriterium im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG rechtfertigen.

¹ § 2 Abs. 2 Nr. 2 definiert Bereiche folgendermaßen: „Besoldungs- und Entgeltgruppen oder Laufbahngruppen, Laufbahnen und Fachrichtungen, Berufsausbildungen einschließlich des Vorbereitungsdienstes sowie Ebenen mit Vorgesetzten- oder Leitungsaufgaben einschließlich der Stellen und Planstellen Vorsitzender Richterinnen und Vorsitzender Richter“.

² Zum Meinungsstand *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 116 ff. Allerdings lassen sich auch darüber hinaus Einschränkungen des Leistungsgrundsatzes durch kollidierendes Verfassungsrecht rechtfertigen, siehe BVerfGE 139, 19 (56 f.). Das Problem stellt sich ohnehin nicht, wenn man an nicht leistungsbezogene Hilfskriterien keine weiteren Anforderungen knüpft wie etwa *Groß*, JZ 2021, 880 (882).

II. Quoten im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Eine Antwort auf die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit von Fördermaßnahmen und insbesondere von Quoten im Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wird dadurch erschwert, dass diese Frage noch nicht höchstrichterlich geklärt ist und auch im Schrifttum nur selten adressiert wird. Zudem wird vielfach die völkerrechtliche Dimension der Frage nicht hinreichend in den Blick genommen.

1. Zulässigkeit von Fördermaßnahmen im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Zum Teil wird aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG der Schluss gezogen, dass die Berücksichtigung der Kategorie Migrationsgeschichte bei Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen verfassungsrechtlich unzulässig ist.³ Dahinter steht ein Verständnis der Diskriminierungsverbote als Anknüpfungsverbote und damit ein strikt formales Gleichheitsverständnis.⁴ Gegen ein derart enges Verständnis des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots sprechen indes mehrere Gründe:

a) Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als Gebot materialer Gleichheit

Zu berücksichtigen ist zunächst der historische Kontext des Verbots der Diskriminierung wegen der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Dieses wird allgemein als Absage an den rassistischen Terror des Nationalsozialismus verstanden.⁵ Ein kategorisches Verbot von Fördermaßnahmen zugunsten von Angehörigen von Gruppen, die sich Diskriminierung und Benachteiligung ausgesetzt sehen, entspräche kaum dem historischen Hintergrund des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, das gerade der Bekämpfung von Diskriminierungen dient. Zudem zielen die Diskriminierungsverbote – und insbesondere das Verbot der rassistischen Diskriminierung – zumindest auch auf den Schutz von Minderheiten ab.⁶ Daher fallen auch strukturelle Benachteiligungen bestimmter Gruppen in den

³ Siehe etwa *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 30; *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414 (416 f.).

⁴ Siehe zum Verständnis von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als Anknüpfungs- bzw. Begründungsverbot insbesondere *Sachs*, in: Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, 1702 (1743 ff.); *Sachs*, in: I-sensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 62 ff.; *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 302 ff.; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 119; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Stand: 15.11.2022, Art. 3 Rn. 211 ff.

⁵ Siehe nur *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 179; ausführlich *Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, 376 ff.; mit Rückschlüssen auf die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen *Groß*, JZ 2021, 880 (882).

⁶ BVerfGE 136, 152 (181); *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 294; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 135; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 131; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 412.

Anwendungsbereich der Vorschrift. Da die Diskriminierungsverbote nicht nur subjektive Rechte, sondern auch eine objektive Grundentscheidung der Verfassung zum Ausdruck bringen,⁷ lässt sich Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die Zulässigkeit von Maßnahmen ansehen, die auf den Ausgleich tatsächlich bestehender Nachteile abzielen.⁸ Insofern liegt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ein asymmetrisches⁹ und materiales¹⁰ Verständnis der Diskriminierungsverbote zugrunde. Als Gebot materialer Gleichheit erlaubt die Norm Maßnahmen und grundsätzlich auch Quoten zur Beseitigung struktureller Diskriminierung und bestehender Nachteile.¹¹

b) Bestätigung und Bekräftigung durch Art. 3 Abs. 2 S. 2 und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG

Etwas anderes gilt im Übrigen auch nicht vor dem Hintergrund, dass Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG ein explizites Gebot der Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und der Beseitigung bestehender Nachteile beinhaltet und Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG das Diskriminierungsverbot für die Kategorie der Behinderung asymmetrisch ausgestaltet, indem nur Benachteiligungen untersagt werden. Hieraus lässt sich nicht der Umkehrschluss ziehen, dass Fördermaßnahmen für andere Kategorien als das Geschlecht oder die Behinderung verfassungsrechtlich untersagt wären.¹² Denn einerseits statuiert insbesondere Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG explizit eine *Pflicht* zu staatlichem Handeln, sodass sich schon aus diesem Grund keine tragfähigen Rückschlüsse auf die Frage der *Zulässigkeit* staatlicher Fördermaßnahmen im Rahmen anderer Diskriminierungskategorien ziehen lassen. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 2 GG bereits vor der Einfügung von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG, also auch ohne explizite Verankerung des Fördergebots, ein Gleichberechtigungs*gebot* entnommen.¹³ Insofern sieht das Bundes-

⁷ Allgemein hierzu *Sachs*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 137 ff.

⁸ *Uerpmann-Witzack*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 32 f.; *Ziekow*, DÖV 2014, 765 (768); *Groß*, JZ 2021, 880 (882).

⁹ *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 418 ff.; *Sacksofsky*, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, 63 (66 ff.); *Liebscher*, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, 460 ff.

¹⁰ *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 187 ff.

¹¹ So auch *Schuler-Harms*, in: Mangoldt/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 16 Rn. 68; *Uerpmann-Witzack*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 128 Rn. 32 f.; *Ziekow*, DÖV 2014, 765 (768); *Groß*, JZ 2021, 880 (882); *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 423; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 134 ff.

¹² So aber *Majer/Pautsch*, ZAR 2020, 414 (416 f.).

¹³ BVerfGE 74, 163 (180); 85, 191 (206 f.).

verfassungsgericht in dem eingefügten Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG im Wesentlichen eine „Klarstellung“.¹⁴ Und auch Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, der positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderung für zulässig erklärt,¹⁵ lässt sich nicht im Umkehrschluss entnehmen, dass derartige Maßnahmen im Zusammenhang mit anderen Kategorien kategorisch ausgeschlossen sein sollten. Im Zusammenhang mit dem Merkmal der Behinderung wirkt das Diskriminierungsverbot nahezu zwangsläufig asymmetrisch, die Verfassungsänderung sollte ein Signal an die Öffentlichkeit darstellen¹⁶ und bringt einen Wandel im Verständnis des gesellschaftlichen wie auch staatlichen Umgangs mit Menschen mit Behinderung zum Ausdruck.¹⁷ Dass das Bundesverfassungsgericht Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG mittlerweile sogar einen Förderauftrag entnimmt,¹⁸ obwohl ein solcher im Wortlaut nicht zum Ausdruck kommt und entsprechende Forderungen sich im Rahmen der Diskussion um die Einfügung der Vorschrift nicht durchsetzen konnten,¹⁹ zeigt vielmehr die generelle Aufgeschlossenheit des Bundesverfassungsgerichts für positive Maßnahmen im Zusammenhang mit Diskriminierungsverboten.

2. Bestätigung und Bekräftigung des verfassungsrechtlichen Befundes im Lichte des Völkerrechts

Dass Fördermaßnahmen auch im Rahmen des Anwendungsbereichs von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht per se unzulässig sind, bestätigt auch das Völkerrecht. Völkerrechtlich verbindliche Vorgaben folgen dabei aus universellen Menschenrechtsabkommen, denen die Bundesrepublik beigetreten ist, wie insbesondere dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) und dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD), sowie auf regionaler Ebene aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Für das innerstaatliche Recht gilt dabei ein Gebot der völkerrechtsfreundlichen, insbesondere menschenrechtskonformen Auslegung des innerstaatlichen Rechts. Das Bundesverfassungsgericht bezieht dieses Gebot ausdrücklich auf die Grundrechte des Grundgesetzes und zwar sowohl im Hinblick auf die EMRK und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

¹⁴ BVerfGE 92, 91 (109); 109, 64 (89); ebenso *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 112; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 366 („klarstellende Erweiterung“); *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 164.

¹⁵ BVerfGE 96, 288 (302 f.); *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 166; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 138.

¹⁶ *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 194.

¹⁷ *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 534.

¹⁸ BVerfGE 151, 1 (24 f.).

¹⁹ *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 194.

(EGMR)²⁰ als auch auf die universellen Menschenrechtsgarantien.²¹ Soweit das Völkerrecht Fördermaßnahmen im Zusammenhang mit dem Verbot rassistischer Diskriminierung für zulässig erklärt, folgt hieraus zwar kein zwingendes Gebot einer entsprechenden Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, aber gleichwohl ein starkes Argument; soweit das Völkerrecht derartige Maßnahmen – unter bestimmten Umständen – sogar als geboten ansieht, darf das innerstaatliche Verfassungsrecht zudem nicht so ausgelegt werden, dass es derartige Maßnahmen kategorisch ausschließen würde.²²

a) UN-Menschenrechtsabkommen

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte normiert in Art. 26 IPbPR ein Diskriminierungsverbot, das sich nicht auf ein striktes Verbot beschränkt, sondern die Staaten auch dazu verpflichtet, wirksamen Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten. Auf dieser Grundlage betont der UN-Menschenrechtsausschuss, dass die Vertragsparteien aktiv Maßnahmen ergreifen müssen, um das Recht auf Gleichheit zu gewährleisten.²³ Fördermaßnahmen können dem UN-Menschenrechtsausschuss zufolge nicht nur zulässig, sondern sogar notwendig sein, um bestehende Benachteiligungen zu beseitigen.²⁴

Spezifischere Vorgaben enthält das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung. Neben Diskriminierungsverboten²⁵ und Schutzpflichten²⁶ enthält das Übereinkommen in Art. 1 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 2 ICERD Regelungen über Fördermaßnahmen (*special measures*): Während Art. 1 Abs. 4 ICERD die Zulässigkeit positiver Maßnahmen regelt,²⁷ begründet Art. 2 Abs. 2 ICERD eine Pflicht der Staaten, positive Maßnahmen zu ergreifen.²⁸ In diesem Zusammenhang betont der UN-Ausschuss die

²⁰ BVerfGE 111, 307 (308 ff.); 112, 1 (13 ff.); 128, 326 (359); 148, 296 (350 ff.).

²¹ BVerfGE 128, 282 (306); 149, 293 (329); 151, 1 (26 ff.); BVerfG, Beschl. v. 16.12.2021 – 1 BvR 1541/20, Abs.-Nr. 100 ff.

²² Payandeh, in: Froese/Thym (Hrsg.), Grundgesetz und Rassismus, 2022, 217 (241 f.).

²³ UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 18: Non-discrimination (1989), Rn. 5.

²⁴ UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 18: Non-discrimination (1989), Rn. 10.

²⁵ Vor allem in Art. 2 bis Art. 5 ICERD.

²⁶ Vor allem in Art. 2, Art. 4 und Art. 6 ICERD.

²⁷ CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention in the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 20; Gragl, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 1 Rn. 37.

²⁸ CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention in the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 29 f.; Kanalan, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Art. 2 Abs. 2 Rn. 7 und Rn. 11; Thornberry, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, A Commentary, 2016, 227 f.; Barskanmaz, Recht und Rassismus, 2019, 228 f.

Erforderlichkeit eines kontextsensiblen Verständnisses von Diskriminierung, das objektive Unterschiede in der Situation von verschiedenen Personen bzw. Gruppen berücksichtigt, sodass Unterschiede in der Behandlung nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten sein können.²⁹ Fördermaßnahmen dienen damit der Verwirklichung des Verbots rassistischer Diskriminierung.³⁰ Ihnen kommt eine kompensatorische Funktion zu. Sie sollen dazu dienen, bestehende, zum Teil historisch gewachsene, strukturelle oder faktische Benachteiligungen auszugleichen und zu ihrer Beseitigung beizutragen.³¹ Durch Art. 1 Abs. 4, Art. 2 Abs. 2 ICERD sind die Staaten verpflichtet, eine rechtliche Grundlage für positive Maßnahmen zu schaffen,³² und sie müssen für eine hinreichend aussagekräftige Datengrundlage sorgen, um bestimmen zu können, wann Fördermaßnahmen geboten erscheinen.³³ Zulässig sind Fördermaßnahmen nach Art. 1 Abs. 4 ICERD, wenn sie allein zu dem Zweck ergriffen werden, eine angemessene Entwicklung der nach dem Übereinkommen geschützten Gruppen zu gewährleisten.

b) Europäische Menschenrechtskonvention

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält ein Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK, das allerdings als akzessorisches Recht ausgestaltet ist: Es kommt nur mit Blick auf Sachverhalte zur Anwendung, die zumindest in den Anwendungsbereich eines anderen Konventionsrechts fallen.³⁴ Daneben begründet das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK ein allgemeines Diskriminierungsverbot, das die Bundesrepublik allerdings noch nicht ratifiziert hat und das daher in der deutschen Rechtsordnung keine unmittelbaren Wirkungen entfaltet. Die Präambel des 12. Zusatzprotokolls erkennt dabei explizit die Zulässigkeit von Fördermaßnahmen an, soweit eine objektive und vernünftige Begründung für diese Maßnahmen besteht.

²⁹ CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention in the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 8.

³⁰ CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention in the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 11.

³¹ CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention in the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 22.

³² CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention in the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 13.

³³ CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention in the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 17; siehe auch UN General Assembly, Resolution 69/19 v. 18.11.2014, Programme of activities for the implementation of the International Decade for People of African Descent, UN Doc. A/RES/69/16, Rn. 13 ff. und Rn. 18.

³⁴ Dazu *Sauer*, in: *Karpenstein/Mayer* (Hrsg.), *EMRK*, 3. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 15 ff.

Der EGMR sieht Art. 14 EMRK nicht allein als an Staaten gerichtetes Verbot von Diskriminierungen an, sondern geht in ständiger Rechtsprechung von einem positiven Verpflichtungsgehalt der Vorschrift aus. Ganz allgemein betont er das Erfordernis, dass Staaten entschlossen gegen rassistische Diskriminierung vorgehen.³⁵ Auf dieser Grundlage hat er eine ausführliche Schutzpflichtendogmatik entwickelt, wonach die Staaten dazu verpflichtet sind, Diskriminierungen vorzubeugen und auf sie zu reagieren.³⁶ Und auch zur grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit von Fördermaßnahmen im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot hat sich der EGMR bereits verhalten.³⁷ Bereits 1968 hat er festgestellt, dass Ungleichbehandlungen auch dazu dienen können, faktisch bestehende Ungleichheiten zu korrigieren.³⁸ In späteren Entscheidungen hat der Gerichtshof dann betont, dass das Diskriminierungsverbot nicht nur ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen untersagt, sondern, dass signifikante Unterschiede zwischen Personen eine unterschiedliche Behandlung verlangen können.³⁹ Darauf aufbauend, aber noch einen Schritt weitergehend führt der Gerichtshof schließlich aus, dass Art. 14 EMRK von den Staaten unter bestimmten Umständen sogar verlangt, dass sie bestimmte Gruppen in besonderer Weise behandeln, um „faktische Ungleichheiten“ auszugleichen.⁴⁰

Damit erkennt der EGMR dem Grunde nach an, dass aus dem Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen zugunsten von Gruppen und Personen, die von Diskriminierung betroffen sind, folgt.⁴¹ Die Vertragsparteien der EMRK haben dieses Verständnis von Gleichheit und Nichtdiskriminierung explizit bekräftigt: Im erläuternden Bericht zum 12. Zusatzprotokoll betonen sie, dass bestehende Benachteiligungen von bestimmten Gruppen oder Kategorien von Personen sowie faktische Ungleichheiten Fördermaßnahmen rechtfertigen können, wenn diese dazu dienen, den Grundsatz der Gleichheit

³⁵ EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 573250/00, D.H. u.a./Tschechien, Rn. 176; siehe auch EGMR, Urt. v. 26.7.2007, Beschwerde-Nr. 55523/00, Angelova und Iliev/Bulgarien, Rn. 116; EGMR, Urt. v. 5.6.2008, Beschwerde-Nr. 32526/05, Sampanis/Griechenland, Rn. 68; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 34.

³⁶ Ausführlich hierzu *Altwicker*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, 316 ff.

³⁷ Siehe *Altwicker*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, 387 ff.

³⁸ EGMR, Urt. v. 23.6.1968, Beschwerde-Nr. 1474/62 u.a., Belgischer Sprachenfall, S. 31.

³⁹ EGMR, Urt. v. 6.4.2000, Beschwerde-Nr. 34369/97, Thlimmenos/Griechenland, Rn. 44.

⁴⁰ EGMR, Urt. v. 12.4.2006, Beschwerde-Nr. 65731/01 and 65900/01, Stec u.a./Vereinigtes Königreich, Rn. 51; bestätigt in EGMR, Urt. v. 29.6.2006, Beschwerde-Nr. 23960/02, Zeman/Österreich, Rn. 32; EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 573250/00, D.H. u.a./Tschechien, Rn. 175; EGMR, Urt. v. 29.1.2013, Beschwerde-Nr. 11146/11, Horváth und Kiss/Ungarn, Rn. 101.

⁴¹ So auch *Peters/Altwicker*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 3. Aufl. 2022, Kap. 21 Rn. 114 ff.; *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 15; *Hofmann/Malkmus*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), ICERD, 2020, Instrumente des Europarates zum Schutz vor Rassendiskriminierung Rn. 29; gegen die Annahme einer Verpflichtung zu positiven Maßnahmen *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 47; kritisch *Heyden/v. Ungern-Sternberg*, EuGRZ 2009, 81 (86 ff.); *Langenfeld*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 33.

zu verwirklichen, soweit gleichzeitig der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wird.⁴²

III. Schlussfolgerungen

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erteilt Fördermaßnahmen und auch Quoten zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte keine verfassungsrechtliche Absage. Im Gegenteil: Die Norm enthält eine objektive Grundentscheidung für die Bekämpfung von Diskriminierung und Benachteiligungen und lässt Maßnahmen, die auf die Förderung von Teilhabe und Partizipation von Menschen mit Migrationsgeschichte in staatlichen und gesellschaftlichen Zusammenhängen, in denen sie unterrepräsentiert sind, abzielen, verfassungsrechtlich legitim erscheinen. Gegen die Verfassungsmäßigkeit von § 3 Abs. 3 des Gesetzentwurfs bestehen daher keine Bedenken. Indem die Bevorzugung nur in Bereichen zur Anwendung gelangt, in denen Menschen mit Migrationsgeschichte unterrepräsentiert sind, stellt sie sicher, dass die bevorzugte Behandlung nur dann und soweit greift, wie Anzeichen für eine tatsächliche Benachteiligung vorliegen. Da sie die Bevorzugung nur im Fall gleicher Eignung vorsieht, stellt sie keine Abweichung vom Leistungsprinzip und keinen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in Art. 33 Abs. 2 GG dar. Sie normiert vielmehr in verfassungsrechtlich zulässiger Weise ein ergänzendes Kriterium. Sie erweist sich auch mit Blick auf die Rechte anderer Personen als verhältnismäßig, indem sie die Bevorzugung nur vorsieht, soweit keine rechtlich schützenswerten Gründe überwiegen, die in der Person einer Mitbewerberin oder eines Mitbewerbers liegen.



Hamburg, 20. Januar 2023

Prof. Dr. Mehrdad Payandeh, LL.M. (Yale)

⁴² Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms v. 4.11.2000, ETS Nr. 177, Rn. 16.