
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

NZA Online Aufsatz 2/2012

25. Juli 2012 · 29. Jahrgang · Seite 1–6

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von:

Prof. Dr. Jobst-Hubertus Bauer, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Johannes Peter Francken, Präsident des LAG Baden-Württemberg a. D., Freiburg – Edith Gräfl, Vorsitzende Richterin am BAG, Erfurt – Dr. Thomas Klebe, Justitiar der IG Metall, Frankfurt a. M. – Wolfgang Koberski, Vorstand bei den Sozialkassen des Baugewerbes, Wiesbaden – Prof. Dr. Eckhard Kreßel, Leiter Personal- und Arbeitspolitik der Daimler AG, Stuttgart – Prof. Dr. Klaus Neef, Rechtsanwalt, Hannover – Prof. Dr. Ulrich Preis, Universität zu Köln – Prof. Dr. Reinhard Richardi, Universität Regensburg – Prof. Dr. Rainer Schlegel, Abteilungsleiter im Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin – Ingrid Schmidt, Präsidentin des BAG, Erfurt – Prof. Dr. Klaus Schmidt, Präsident des LAG Rheinland-Pfalz a. D., Heidelberg – Prof. Dr. Achim Schunder, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder, Universität Hannover – Prof. Dr. Hellmut Wißmann, Präsident des BAG a. D., Erfurt

Schriftleitung: Prof. Dr. Klaus Schmidt, Prof. Dr. Achim Schunder und Dr. Jochen Wallisch
Beethovenstr. 7b, 60325 Frankfurt a. M.

Online-Aufsatz

Professor Dr. Annegret Döse*

Die anonyme Bewerbung und das Berliner Partizipations- und Integrationsgesetz

Zwei „positive Maßnahmen“ auf dem Prüfstand

Die Chancengleichheit von Menschen mit Migrationshintergrund auf dem Arbeitsmarkt kann durch Antidiskriminierungsmaßnahmen kaum verbessert werden. Vielmehr bedarf es einer Integrations- und Gleichstellungspolitik mit einem breiten Spektrum von Maßnahmen, um den durch die Migration bedingten Herausforderungen zu begegnen. In diesem Beitrag werden sog. „positive Maßnahmen“ im Allgemeinen und zwei dieser Maßnahmen im Besonderen (die anonyme Bewerbung und das Berliner Partizipations- und Integrationsgesetz) unter rechtlichen und integrationspolitischen Aspekten untersucht.

I. Neue Herausforderungen durch Migration

1. Migration und Arbeitsmarkt

Migration in der Europäischen Union ist eine selbstverständliche Realität geworden¹. Einwanderer und ihre Nachkommen – inzwischen in der zweiten und dritten Generation – sind von den europäischen Arbeitsmärkten nicht mehr wegzudenken. Fragt man sich aber, ob diese Personengruppe gleiche Chancen wie die einheimischen Bevölkerungen auf den Arbeitsmärkten haben, fällt die Antwort eher negativ aus. Zwar wird inzwischen in manchen Großunternehmen und Zweigen der öffentlichen Verwaltung nach den Grundsätzen des Diversity Managements, d. h. des bewussten und fördernden Umgangs mit Heterogenität, verfahren, und zum Teil wird aus betriebswirtschaftlichen Gründen gerade der Migrationshintergrund von Bewerbern als besonderes Poten-

zial angesehen². Eine an diesen Grundsätzen ausgerichtete Personalpolitik dürfte allerdings nur einen kleinen Teil der hier ins Visier genommenen Personengruppe begünstigen. Die Benachteiligung von Menschen mit Migrationshintergrund auf den Arbeitsmärkten ist in den vergangenen Jahren evident geworden und empirisch durch Studien belegt. Bewerber werden oft bereits wegen äußerlich erkennbarer Merkmale wie Namen, Geburtsort oder Adresse, die auf die ethnische Herkunft schließen lässt, nicht zum Vorstellungsgespräch eingeladen. Eine Studie des Instituts zur Zukunft der Arbeit (IZA) erbrachte kürzlich für Deutschland, dass die Angabe eines türkisch klingenden Namens die Chancen auf

* Die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Wirtschaftsprivatrecht und Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Beuth Hochschule für Technik in Berlin.

1 Im Jahre 2007 hielten sich 18,5 Mio. Einwanderer aus Ländern außerhalb der – das entspricht etwa 4% der Gesamtbevölkerung – legal in den Mitgliedstaaten der EU auf. Rund 9 Mio. Unionsbürger/innen lebten in einem anderen Mitgliedstaat als dem eigenen (Europäische Union, Chance und Herausforderung zugleich: Migration in der Europäischen Union, 2009, S. 1).

2 Dies belegt eine 500 Berliner Unternehmen erfassende Feldstudie. Dazu s. Ortlieb/Sieben, in: Badura/Schröder, Fehlzeitenreport 2010, 2010, S. 121 ff.

eine Einladung zum Vorstellungsgespräch um ca. 14%, in kleineren Unternehmen sogar um bis zu 24% vermindert³. Im Rahmen der Untersuchung waren fingierte Online-Bewerbungen deutscher Männer und Frauen sowie türkisch-stämmiger Männer und Frauen verschickt worden, jeweils mit gleichen Qualifikationen. Als Ergebnis wurde nicht nur deutlich, dass die deutschen Bewerber deutlich öfter zum Bewerbungsgespräch eingeladen wurden als die türkisch-stämmigen, sondern es zeigte sich auch ein geschlechtsspezifischer Unterschied: Die türkischen Männer wurden den türkischen Frauen stets vorgezogen⁴. Ähnliche Ergebnisse wurden auch in Frankreich durch Studien belegt. Danach hatten Bewerber nordafrikanischer Herkunft im Bewerbungsverfahren fünfmal so schlechte Chancen auf einen Arbeitsplatz wie die Gesamtbevölkerung. Deutlich negativ wirkte sich nach diesen Studien bereits eine Adresse in einer schlecht beleumundeten Banlieue aus⁵.

Folge dieser Auswahlmechanismen ist zum einen, dass viele Betroffene sich in Zukunft gar nicht mehr in Deutschland bewerben, sondern in ihre Herkunftsländer „zurück“ kehren. Zum anderen gehen den deutschen Unternehmen Potenziale von gut qualifizierten Personen verloren. Diese Gefahr besteht insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die sich in der Regel durch eine größere Homogenität in der Belegschaft auszeichnen, da die Rekrutierung von Personal hier nicht selten über soziale Netzwerke im Bekanntschaftskreis erfolgt.

2. „Positive Maßnahmen“ zur Förderung der Chancengleichheit

Dass die Chancengleichheit von Menschen mit Migrationshintergrund im Arbeitsleben durch Antidiskriminierungsgesetze allein nicht wesentlich verbessert werden kann, wurde in den letzten Jahren in vielen Staaten und auch auf der Ebene der Europäischen Kommission erkannt⁶. Einigkeit herrscht darüber, dass eine Integrations- und Gleichstellungspolitik mit einem breiten Spektrum von Maßnahmen erforderlich ist, um über Generationen hinweg gewachsene gesellschaftliche Strukturen der Nichtintegration und Ausgrenzung von Personengruppen aufzubrechen, und dass es „positiver Maßnahmen“ bedarf, um den Herausforderungen, die Migration und kulturelle Vielfalt mit sich bringen, zu begegnen. Was versteht man genau unter diesem Begriff (im Englischen: positive action measures), der auf der Ebene der EU seit längerem verwendet wird? Vorbild war sicherlich die in den USA seit langem praktizierte Politik der „affirmative action“, die ihren Ausgangspunkt in der Bekämpfung von Rassismus hatte. Hierbei handelt es sich um Maßnahmen, die über die einfache Beseitigung einer diskriminierenden Praktik hinausgehen, um einstige und heutige Diskriminierungen zu korrigieren und zu kompensieren und in Zukunft zu verhüten⁷. Da solche Maßnahmen nicht selten mit den Rechten anderer konkurrieren, gibt es hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit im Einzelfall Streit⁸. In Europa dagegen ging es bei positiv-fördernden Maßnahmen zunächst um die Verbesserung der gesellschaftlichen Position von Frauen; die strukturelle Benachteiligung von anderen Gruppen wurde erst später erkannt. Positive Maßnahmen wollen, ähnlich wie „Affirmative-Action“-Politik nicht nur tatsächliche Diskriminierungen verhindern oder sanktionieren, sondern bestimmte Gruppen in aktiver Weise fördern. Sie können sowohl von staatlicher Seite als auch von privaten Akteuren, auf regionaler, nationaler oder supranationaler Ebene, durch Gesetz oder andere Mechanismen durchgeführt werden. Je nach den nationalen Besonderheiten sind sie in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU verschieden gestaltet. Eine allgemeine Legal-

definition für positive Maßnahmen gibt es bisher nicht. In einer im Auftrag der EU-Kommission durchgeführten Studie⁹ wird folgende Definition vorgeschlagen: „verhältnismäßige Maßnahmen, die das Ziel haben, in der Realität volle und effektive Gleichheit für Mitglieder von Gruppen, die in sozialer oder ökonomischer Hinsicht benachteiligt sind oder in sonstiger Weise mit den Folgen vergangener oder gegenwärtiger Diskriminierung oder Benachteiligung konfrontiert sind, zu erzielen“. Zu beachten ist, dass nicht jede Fördermaßnahme für Mitglieder von strukturell benachteiligten Gruppen automatisch rechtlich zulässig ist.

In diesem Beitrag werden zwei dieser in letzter Zeit diskutierten und zum Teil praktizierten Maßnahmen näher betrachtet. In Teil II und III erfolgt zunächst eine Vorstellung der anonymen Bewerbung und des Berliner Partizipations- und Integrationsgesetzes von 2010 (PartIntG), das Maßnahmen zur Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund enthält. Die anonyme Bewerbung wird in vielen Ländern schon seit längerem praktiziert und überwiegend als erfolgreich bewertet¹⁰. Zurzeit wird sie in Deutschland und in Frankreich in Pilotprojekten getestet. Das im Dezember 2010 verabschiedete PartIntG ist das erste Landesgesetz in Deutschland, das ausdrücklich auf eine bessere Teilhabe von Menschen mit Migrationshintergrund im gesellschaftlichen Leben abzielt. Auf Schranken, die die europäische und nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung für positiv-fördernde Maßnahmen entwickelt haben, wird in Teil IV eingegangen.

II. Die anonyme Bewerbung

Die anonyme (oder anonymisierte) Bewerbung¹¹ ist keine positive Maßnahme im engeren Sinne. Sie begünstigt theoretisch nicht nur Personen einer bestimmten „Risikogruppe“, z. B. der Gruppe von Personen mit Migrationshintergrund, sondern sie kann auch anderen auf dem Arbeitsmarkt benachteiligten Gruppen wie älteren Menschen oder Menschen mit Behinderungen zu Gute kommen. In diesem Bewerbungsverfahren werden die Angaben von Bewerbern zu ihrer Identität wie Name, Alter und Adresse zunächst anonymisiert, bevor im Bewerbungsgespräch eine Aufdeckung erfolgt. In

3 *Kaas/Manger*, Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment, IZA Discussion Paper 4741, Hg.: Institute for the Study of Labor, 2010; *Lüders*, Fremde Federn, in FAZ v. 8. 8. 2010, S. 10. Nach einer Untersuchung der Freien Universität Berlin aus dem Jahre 2005 waren die Ergebnisse sogar noch negativer: Danach waren Bewerber und insbesondere Bewerberinnen mit türkisch klingendem Namen gegenüber deutschen Bewerbern nahezu chancenlos.

4 Zu derartigen Unterschieden *Ortlieb/Sieben*, in: *Krell*, Chancengleichheit durch Personalpolitik, 6. Aufl. (2011).

5 *Finkenzyler*, Namenlos sucht einen Job, in: *Zeit-online* v. 30. 6. 2010, Internetquelle: <http://www.zeit.de/2010/27/Anonyme-Lebenslaue-Frankreich/komp>.

6 *Reding*, Positive Action Measures in the Context of Integration, Migration and Cultural Diversity: Building a Consensus on the Basis of Reasoned Policies, Internetquelle: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2668.asp; ferner, auch zur verfassungsrechtlichen Perspektive: *Raasch*, Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, Internetquelle: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2627.asp, S. 3.

7 *Raasch*, Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, Internetquelle: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2627.asp, S. 3.

8 S. hierzu unten IV 1.

9 International Perspectives on Positive Action Measures, A Comparative Analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa, 2009, S. 24, zitiert nach *Reding*, Positive Maßnahmen – Von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, Internetquelle: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2627.asp.

10 IZA Research Report, Anonymisierte Bewerbungsverfahren, Internetquelle: www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Download/DE/publikation/anonymisierte_Bewerbungsverfahren_iza_studie/langversion.

11 Allgemein hierzu *Krause/Rinne*, Anonymisierte Bewerbungsverfahren, Hg.: IZA, 2010.

Frankreich wird die anonyme Bewerbung anhand eines größeren Pilotprojekts seit Ende 2009 getestet. Die deutsche Antidiskriminierungsstelle des Bundes erprobt dieses Verfahren seit November 2010 in wesentlich kleinerem Rahmen.

1. Das französische Pilotprojekt

Viel stärker als die deutsche ist die französische Politik auf Integration ethnischer Minderheiten ausgerichtet¹². Hintergrund ist die koloniale Vergangenheit Frankreichs, in Folge derer sich viele Menschen nicht-französischer Ethnizität sowie die so genannten „Übersee-Franzosen“ dort niederließen. Allerdings sind staatliche positive Maßnahmen, die ausdrücklich auf die Integration von Personen mit Migrationshintergrund abzielen, nach verbreiteter Auffassung¹³ nicht mit dem in Art. 1 I¹⁴ der französischen Verfassung von 1952 verankerten strikten Egalitätsgrundsatz vereinbar, wonach „die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschiede der Herkunft, Rasse oder Religion“ gewährleistet ist. Dies bedeutet allerdings nicht, dass der französische Staat keine aktive Politik zur Bekämpfung von Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft betreiben würde. Seit Ende der neunziger Jahre werden verschiedene Maßnahmen verfolgt, die indirekt, insbesondere durch die Fokussierung auf bestimmte soziokulturelle Gruppen und städtische Quartiere, Migranten und deren Nachkommen privilegieren. Stadtteil- und Quartierspolitik sowie spezielle Programme, die Schülern aus unteren sozialen Schichten den Zugang zu Elite-Hochschulen sichern sollen, gehören zu den wichtigsten dieser Maßnahmen.

Mit der effektiven Durchsetzung der Politik der positiven Maßnahmen ist die zentrale Behörde HALDE¹⁵ beauftragt, zu deren Aufgaben die Bekämpfung und Überwachung von Diskriminierungen gehört. Die Behörde ist durch ein beachtliches Netzwerk von Verbindungsleuten mit Regionen, Organisationen und Unternehmen verknüpft. Auf die Initiative von HALDE geht auch die Erprobung des anonymen Lebenslaufs bei Bewerbungen in Unternehmen mit mehr als 50 Mitarbeitern zurück. Das Projekt, das zunächst zögerlich angelaufen war, wird seit dem Jahre 2009 in acht Departements Frankreichs von einer begrenzten Anzahl freiwillig mitwirkender Unternehmen getestet. Zum Teil erfolgt eine Unterstützung durch die Arbeitsämter. Offiziell soll mit diesem Projekt die Chancengleichheit aller möglichen „Risikogruppen“ hergestellt werden, wie z. B. älterer und behinderter Menschen, Frauen, Franzosen ausländischer Abstammung oder mit Wurzeln in den ehemaligen Kolonien sowie Bewohner bestimmter Stadtteile. Inoffiziell aber herrscht Einigkeit darüber, dass es in erster Linie um die Bekämpfung von Diskriminierung auf Grund der ethnischen Herkunft geht. Während einige große Unternehmen inzwischen auf freiwilliger Basis ihre Bewerbungsverfahren auf eine anonyme Basis umgestellt haben, wird die Effektivität dieses Pilotprojekts – insbesondere wegen der Gefahr der Umgehung – von etlichen Kritikern mit Skepsis betrachtet. Der Vorsitzende der Beobachtungsstelle für Diskriminierungen fordert deshalb inzwischen, eine gesetzliche Verpflichtung für Unternehmen einzuführen, Bewerbungsverfahren zu anonymisieren¹⁶.

2. Das deutsche Pilotprojekt

Ausgehend von der These, dass das anonymisierte Bewerbungsverfahren prinzipiell geeignet sei, verschiedene Formen von Diskriminierung zu reduzieren, hat im November 2010 die Antidiskriminierungsstelle des Bundes das Modellprojekt „Anonymisierte Bewerbungen“ gestartet, allerdings in viel kleinerem Umfang als in Frankreich. Nach einer sechsmonatigen Erprobungsphase wurde im Juni 2011 ein Zwischenbe-

richt¹⁷ vorgelegt, der eine gemäßigt positive Tendenz ausdrückt. Endgültige Ergebnisse über die Effekte werden im Frühjahr oder Sommer 2012 erwartet. Inzwischen scheinen viele Unternehmen den Feldversuch aufmerksam zu verfolgen¹⁸, obwohl es im Vorfeld viel Skepsis, ja sogar Ablehnung aus Kreisen der Wirtschaft gab. Die ablehnende Haltung wird zum Teil mit dem „krassen Widerspruch zu der Kultur der Offenheit und dem Ende der Privatsphäre, wie sie sich im Augenblick im Internet abzeichnet“¹⁹, begründet. Insbesondere von familiengeführten Unternehmen, die dem Bereich der KMU zuzurechnen sind, wurde argumentiert, dass Personalsuche und Einstellungen erheblich verteuerten²⁰. In der juristischen Literatur liegt bisher, soweit ersichtlich, eine positive Stellungnahme vor, die sogar vorschlägt, dass der deutsche Gesetzgeber bei positiven Ergebnissen des Pilotprojekts gegebenenfalls „ergänzend tätig“ werden solle²¹.

Das deutsche Pilotprojekt geht von zwei Fragestellungen aus: Zum einen, welches Verfahren in welchem Rekrutierungsprozess zum Ergebnis führt, Diskriminierungen bei der Personalauswahl zu verhindern, und zum anderen, wie die Personalverantwortlichen sowie die Bewerber/innen das anonyme Bewerbungsverfahren bewerten. An dem Modellprojekt beteiligen sich acht Organisationen aus dem Bereich von Großunternehmen²² und öffentlicher Verwaltung²³. Kleine und mittlere Unternehmen sind nicht dabei. Angewendet werden vier verschiedene Varianten der Anonymisierung, die die unterschiedlichen Rahmenbedingungen der Organisation berücksichtigen²⁴. Wie aus dem Zwischenbericht hervorgeht, sind von ca. 4000 eingegangenen Bewerbungen 111 Stellen besetzt worden. Die Rückmeldungen der Personalverantwortlichen werden als grundsätzlich positiv geschildert, insbesondere was die Fokussierung auf die Qualifikationen der Bewerber angeht. Auch scheint die Umsetzbarkeit der angewendeten Methoden gegeben. Die Bewertungen der Bewerber sind dagegen eher gemischt: Zwar bevorzugen 45% der Stellensuchenden das anonyme Verfahren vor dem herkömmlichen, doch immerhin finden 36% die herkömmliche Methode besser. Beim Zeitaufwand gaben 44% an, dass es für sie keinen zeitlichen Unterschied mache, ob sie sich herkömmlich oder anonymisiert bewerben. Ca. 32% erklärten, mehr Zeit

12 Zum folgenden s. *Keller/Tucci/Jossin*, Antidiskriminierung und Positive Maßnahmen in Frankreich, Internetquelle: www.migration-boell.de/web/diversity/48_2672.asp.

13 *Weil*, La République et sa diversité. Immigration, intégration, discriminations, Paris 2005.

14 Übersetzung der Vorschrift durch den Sprachendienst des deutschen Bundestages: „Frankreich ist eine unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik. Sie gewährleistet die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschied der Herkunft, Rasse oder Religion. Sie achtet jeden Glauben. Sie ist dezentral organisiert“.

15 Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité.

16 Angabe nach *Finkenzeller*, Namenlos sucht einen Job, in: *Zeit-online* v. 30.6. 2010, Internetquelle: <http://www.zeit.de/2010/27/Anonyme-Lebenslaufe-Frankreich/komp>.

17 Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Zwischenbericht des Pilotprojekts „Anonymisierte Bewerbungsverfahren, 2011.

18 Anonyme Bewerbung, „Bitte schicken Sie keine Zeugnisse“, in: *Spiegel Online* und *Manager Magazin*, 16. 6. 2011, Internetquelle: <http://www.spiegel.de/karriere/berufsleben/0,1518,768733.html>.

19 So die Aussage eines großen Personaldienstleisters, Zitat nach *Social Media*, „Die anonymisierten Bewerbungen sind eine Sackgasse“, <http://www.business-on.de/muenchen/social-media-bewerbungen-fa>.

20 *Süddeutsche Zeitung* v. 5. 8. 2010.

21 *Husemann/Betzinger*, ZRP 2011, 15 f.

22 Deutsche Post, Deutsche Telekom, L'Oréal Deutschland, Procter&Gamble, Mydays.

23 Bundesfamilienministerium, Bundesagentur für Arbeit in Nordrhein-Westfalen, Stadtverwaltung Celle.

24 Ein standardisiertes Bewerbungsformular zum Herunterladen aus dem Internet, das Blindschalten sensibler Daten durch ein Online-System, die Übertragung von Bewerberdaten in eine Tabelle und das Schwärzen per Hand oder in einem Pdf-Dokument.

für das herkömmliche Bewerbungsverfahren zu benötigen, und immerhin 24% erklärten, für das anonymisierte Verfahren mehr Zeit zu brauchen.

III. Das Berliner Partizipations- und Integrationsgesetz

Am 9.12. 2010 wurde das Partizipations- und Integrationsgesetz des Landes Berlin (PartIntG) verabschiedet²⁵. Es ist wohl kein Zufall, dass das erste Landesgesetz dieser Art Berlin, wo der Ausländeranteil ca. 25% beträgt, entstanden ist. Das PartIntG zielt nach offizieller Stellungnahme des Berliner Senats auf den zentralen Bereich der Integrationspolitik, der „Teilhabe“, ab²⁶. Aktivitäten in anderen integrationspolitischen Handlungsfeldern wie der Bildungs- oder Arbeitsmarktpolitik will es nicht ersetzen. Im Wesentlichen enthält das Gesetz, das für die Berliner Verwaltung samt allen Behörden, Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und landeseigenen Unternehmen gilt, sowie auch dann, wenn das Land juristische Personen des Privatrechts hält oder errichtet, folgende Regelungen:

Nach der Zielbestimmung in § 1, wonach Menschen mit Migrationshintergrund die Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilhabe in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens gegeben werden und gleichzeitig jede Benachteiligung und Bevorzugung gem. Art. 3 III 1 des Grundgesetzes und Art. 10 II der Berliner Verfassung ausgeschlossen werden soll²⁷, nimmt § 2 eine Begriffsbestimmung des Migrationshintergrundes vor. Einen solchen haben danach, außer Personen, die nicht Deutsche i.S. des Art. 116 GG sind, im Ausland geborene und seit dem 1.1. 1965 nach Deutschland eingewanderte Personen sowie Personen, bei denen mindestens ein Elternteil diese Kriterien erfüllt. Im Unterschied zu der vom Statistischen Bundesamt verwendeten Definition, wonach auch Enkel von Eingewanderten noch einen Migrationshintergrund haben, wird somit nur die erste und die zweite Generation von Einwanderern erfasst. Kritisiert worden ist an diesem Konzept, dass typische Diskriminierungsmuster nicht an Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsdauer, sondern an unveränderliche Merkmale wie z.B. Namen oder Aussehen anknüpfen, die auch in der dritten oder vierten Generation noch relevant sein könnten.

Kernvorschrift des Gesetzes ist § 4, wo zunächst die Mobilisierung der Verwaltung samt allen Behörden, Körperschaften, Anstalten, Stiftungen und landeseigenen Unternehmen in Richtung einer interkulturellen Anerkennung vorgesehen ist. Die „interkulturelle Kompetenz“ der Landesbediensteten – eine Definition hierfür findet sich leider nicht im Gesetz – soll durch Fortbildungsangebote und Qualifizierungsmaßnahmen verbessert werden. Weiterhin wird die Erhöhung des Anteils von Beschäftigten mit Migrationshintergrund in der Verwaltung – entsprechend ihrem Anteil in der Bevölkerung – als Zielbestimmung formuliert. Diese soll allerdings nicht durch starre Quoten, sondern durch Zielvorgaben des *Senats* erreicht werden. Ähnlich wie nach den Landesgleichstellungsgesetzen ist künftig bei Stellenausschreibungen darauf hinzuweisen, dass Bewerbungen von Menschen mit Migrationshintergrund, die die Einstellungsvoraussetzungen erfüllen, ausdrücklich erwünscht sind. Kritik hatte sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens an der Formulierung in § 4 III 3 entzündet, wonach die interkulturelle Kompetenz bei Beurteilung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung im Rahmen von Einstellungen und beim Aufstieg im öffentlichen Dienst grundsätzlich berücksichtigt werden soll²⁸. Bemängelt wurde insbesondere die Konkurrenz im Verhältnis zu der Regelung in § 8 des AGG, die bereits die Möglichkeit der

bevorzugten Einstellung einer Person vorsehe, sofern diese über Fähigkeiten verfüge, die eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellten. Für den Fall, dass die behördliche Praxis darüber hinausgehen, z.B. muttersprachliche Kenntnisse dort verlangen sollte, wo diese für die Ausübung der Tätigkeit nicht relevant seien, würden unzulässige Schranken für ansonsten besser geeignete Bewerber errichtet, die über diese Kenntnisse nicht verfügten. Entsprechend liege – ähnlich wie in Frankreich argumentiert wird – ein Verstoß gegen das Grundgesetz (Art. 3 III GG) nahe, wonach niemand wegen seiner Herkunft oder Abstammung benachteiligt oder bevorzugt werden dürfe. Tatsächlich hat der Gesetzgeber durch den pauschalen Hinweis auf den Wortlaut des Art. 3 III GG sowie des Art. 10 II Berliner Verfassung in § 1 PartIntG versucht, diesen Einwand zu entkräften. Allerdings wirkt dieser Versuch etwas laienhaft – dass die Grundsätze der Verfassung beachtet werden müssen, versteht sich von selbst.

Ein weiteres wichtiges Anliegen des PartIntG ist die Stärkung der Institutionen. Einrichtungen wie der Landesbeauftragte von Berlin für Integration und Migration, der Landesbeirat für Integrations- und Migrationsfragen sowie die Bezirksintegrationsbeauftragten erhalten in den §§ 5, 6 und 7 eine gesetzliche Grundlage. Jeder der zwölf Bezirke Berlins erhält eine/n Integrationsbeauftragte/n. Im Unterschied zum Landesbeauftragten, der bei entsprechenden Gesetzes- und sonstigen Vorhaben Gelegenheit zur Stellungnahme erhält, haben die Bezirksbeauftragten nur eine recht vage Rechtsposition. Sie sind laut § 7 IV lediglich Ansprechpartner für Vereine, Initiativen etc., die sich mit Fragen der Lebenssituation von Menschen mit Migrationshintergrund befassen, sowie für Einzelpersonen.

Insgesamt wird das PartIntG von vielen Beobachtern und Verbänden im Kern positiv und als Schritt in die richtige Richtung bewertet. Der Beauftragte des Berliner Senats für Integration und Migration erhofft, dass das Gesetz langfristig die gleiche Wirkung haben könnte wie die Landesgleichstellungsgesetze zur Förderung von Frauen²⁹. In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis des PartIntG zum Berliner Landesgleichstellungsgesetz³⁰, das in § 8 bei Einstellung und Beförderung grundsätzlich die Bevorzugung von Frauen postuliert, sofern sie über gleichwertige Qualifikationen verfügen, nicht geklärt worden ist. Diesbezüglich könnte also in Zukunft ein Konfliktfeld entstehen.

IV. Die rechtliche Zulässigkeit positiver Integrationsmaßnahmen

1. Allgemeines

Warum ist die rechtliche Zulässigkeit positiv-fördernder Maßnahmen für gesellschaftlich benachteiligte Personengruppen bzw. diesen Gruppen angehörende Individuen nicht selbst-verständlich? Einen Automatismus kann es nicht geben, da Individuen, die diesen Gruppen nicht angehören,

25 Art. I des Gesetzes zur Regelung von Partizipation und Integration Berlin, GVBl S. 15. 12. 2010, S. 560.

26 Hierzu *Günter Piening* (Beauftragter des Berliner *Senats* für Integration und Migration), Internetquelle: www.berlin.de/lb/intmig/presse/archiv/20100803.1000.305232.html.

27 Dieser Halbsatz wurde im Laufe des Gesetzgebungsprozesses eingefügt.

28 *Oberwetter*, in: Legal Tribune online, Internetquelle: www.lto.de/lb/intmig/presse/archiv/20100803.1000.305232.html.

29 Angaben nach *Piening*, (Beauftragter des Berliner *Senats* für Integration und Migration), Internetquelle: www.berlin.de/lb/intmig/presse/archiv/20100803.1000.305232.html.

30 GVBl S. 27. 11. 2010, S. 502 ff.

durch solche Maßnahmen unter Umständen benachteiligt werden. Verdeutlicht wird dieser Konflikt z. B. in einer hoch umstrittenen Grundsatzentscheidung des *US-Supreme-Courts* im Fall *Grutter versus Bollinger* aus dem Jahre 2003³¹. In dieser Entscheidung ließ der *EuGH* die Aufrechterhaltung der Affirmative-Action-Politik der Michigan Law School, die auf Förderung farbiger und anderer Minderheitenbewerber zielt, zwar zu, forderte aber eine Ausgestaltung der Auswahlverfahren mit Augenmaß, d. h. nach „weichen“ individuellen Auswahlkriterien. Harte Auswahlkriterien wie Quotierungen wurden nicht anerkannt³².

2. EU-Recht

Im EU-Recht wurden positive Maßnahmen, d. h. Fördermaßnahmen, die die Mitgliedstaaten ergreifen können, aber nicht müssen, lange Zeit nur im Zusammenhang mit dem Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts geregelt. Der heutige Art. 157 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)³³, der in Abs. 1 die Gleichbehandlung von Männern und Frauen für gleiche und gleichwertige Arbeit postuliert, sieht in seinem Abs. 4 vor, dass „im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“...“der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran (hindert), zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen“. Und in vielen Entscheidungen des *EuGH* sind Aussagen darüber zu finden, unter welchen Voraussetzungen eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts im Arbeitsleben ausnahmsweise erlaubt ist³⁴. Nach der bisherigen im Zusammenhang mit Quotenregelungen ergangenen Rechtsprechung dürfen entsprechende Maßnahmen einem Geschlecht – in der Praxis bisher Frauen – keinen absoluten Vorrang einräumen. Auch die individuelle Lage der männlichen Mitbewerber muss, insbesondere unter sozialen Gesichtspunkten, berücksichtigt werden. Frauen müssen im quotierten Bereich unterrepräsentiert sein, und die Qualifikationen der begünstigten Frau für die angestrebte Position müssen im Verhältnis zu denen der konkurrierenden Männer gleichwertig sein³⁵.

In den letzten Jahrzehnten sind durch die Gesetzgebungstätigkeit der EU und durch sonstige Aktivitäten der Europäischen Kommission inhaltliche Standards für eine Politik der Nichtdiskriminierung unter anderem wegen der ethnischen Herkunft und der Staatsangehörigkeit entwickelt worden. Seit dem Jahre 2000 erlauben zwei Richtlinien der EU den Mitgliedstaaten ausdrücklich, Regelungen zu positiven Maßnahmen zu erlassen, die Ungleichheiten aus anderen als geschlechtsbezogenen Gründen beseitigen sollen. Nach Art. 5 der so genannten Antirassismusrichtlinie (Richtlinie 2000/43/EG) und Art. 7 der so genannten Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/78/EG) können die Mitgliedstaaten „zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung im Berufsleben“ positive Maßnahmen ergreifen, mit denen Benachteiligungen auf Grund der Rasse/ethnischen Herkunft oder auf Grund eines sonstigen anerkannten Diskriminierungsmerkmals³⁶ verhindert oder ausgeglichen werden sollen.

3. Deutsches Recht

Schranken für positive Maßnahmen können sich zum einen ergeben durch das AGG, das das europäische Antidiskriminierungskonzept ergänzt. Nach § 5 AGG ist es zulässig, positive Maßnahmen zu ergreifen, wenn *bestehende Nachteile* durch geeignete und angemessene Maßnahmen wegen eines

durch das AGG geschützten Merkmals verhindert oder ausgeglichen werden sollen. Die Voraussetzungen für positive Maßnahmen sind hier jedenfalls enger gefasst als für das Merkmal Geschlecht in Art. 157 IV AEUV, wonach es ausreicht, wenn „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts“ positive Maßnahmen ergriffen werden. „Bestehende Nachteile“ für Personen mit Migrationshintergrund müssen gegebenenfalls durch Statistiken belegt werden, was angesichts der vorhandenen empirischen Studien nicht schwer fallen dürfte.

Zu beachten ist weiterhin die verfassungsrechtliche Schranke des Art. 3 III GG, wonach niemand wegen seiner Abstammung, Herkunft etc. benachteiligt oder bevorzugt werden darf³⁷. Der Gesetzgeber muss deshalb mit Augenmaß vorgehen, wenn er Personen mit Migrationshintergrund besonders fördern will. Eine ausdrückliche Privilegierung in dieser Hinsicht hat nach Art. 3 II 2 GG nur das Geschlecht erfahren.

4. Rechtliche Zulässigkeit des anonymisierten Bewerbungsverfahrens

Grundsätzlich bestehen hinsichtlich des anonymisierten Bewerbungsverfahrens in seiner jetzigen Ausgestaltung keine rechtlichen Bedenken. Die bisher in Deutschland und in Frankreich erprobten Formen befinden sich noch in der Testphase und sind jedenfalls zur Zeit nicht als zwingende Verfahren geplant, sondern nur als eine Möglichkeit für Unternehmen, die diese auch ohne rechtliche Vorgaben ergreifen könnten. Sollte zukünftig ins Auge gefasst werden, das Verfahren auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen, insbesondere für Unternehmen zwingend auszugestalten, müssten sowohl die Grundsätze, die der *EuGH* bisher zu positiven Maßnahmen im Rahmen der Geschlechtergleichbehandlung aufgestellt hat, als auch die Maßstäbe des Grundgesetzes beachtet werden. Insbesondere müsste in Bezug auf die mit zusätzlichen Verfahrensanforderungen belasteten Unternehmen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden, was insbesondere auf eine Befreiung von kleinen und eventuell mittleren Unternehmen hinauslaufen würde. Der Vorschlag von *Husemann/Betzinger*³⁸, die in § 82 SGB IX für den Arbeitgeber verankerte Pflicht, behinderte Bewerber – sofern sie für die ausgeschriebene Stelle nicht offensichtlich ungeeignet sind – zwingend zum Bewerbungsgespräch einzuladen, auf alle relevanten Diskriminierungstatbestände und somit auch auf die Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft zu übertragen, ist jedenfalls mit Vorsicht zu betrachten, denn das Merkmal „ethnische Herkunft“ hat im EU-Recht nicht den gleichen Rang wie das Merkmal „Behinderung“ erhalten, das in Art. 7 II der Rahmenrichtlinie 2000/78/EG dadurch besonders privilegiert wird, dass die Mitgliedstaaten ausdrücklich zum Erlass von Bestimmungen oder Vorkehrungen ermäch-

31 539 U.S. 306 (2003).

32 Außerdem schwelt der Konflikt weiter. Die unterlegene Klägerin – eine Studentin, die als Folge dieser Zulassungspolitik nicht aufgenommen wurde – kämpft seitdem für eine Änderung der Verfassung des US-Bundesstaates Michigan.

33 Ex-Art. 141 EGV, Art. 119 EWGV.

34 Allerdings spielte das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit in der Rechtsprechung des *EuGH* wegen der Gewährleistung des Freizügigkeitsrechts in den Verträgen (Art. 45 ff. AEUV, Ex-Art. 39 ff.) in der Rechtsprechung des *EuGH* von Anfang an auch eine Rolle.

35 Vgl. die Fälle *Kalanke* (*EuGH*, Slg. 1995 I-3051 = NZA 1995, 1095 = NJW 1995, 3109 Rdnr. 35 – *Kalanke*) und *Marschall* (*EuGH*, Slg. 1997-I, 6363 = NZA 1997, 1337 = NJW 1997, 3429 – *Marschall*).

36 Sonstige Merkmale sind neben dem Geschlecht: Religion/Weltanschauung, Alter, Behinderung und sexuelle Orientierung.

37 S. hierzu auch die französische Diskussion, oben II 1.

38 *Husemann/Betzinger*, ZRP 2011, 15.

tigt werden, die einer Eingliederung von Behinderten in die Arbeitswelt dienen oder diese Eingliederung fördern.

5. Rechtliche Zulässigkeit des Berliner PartIntG

Das Gesetz enthält eindeutig positive Maßnahmen im engeren Sinne zu Gunsten einer bestimmten gesellschaftlich benachteiligten Gruppe: der Personen mit Migrationshintergrund. Nicht zu beanstanden ist die „weiche“ Zielvorgabe in § 4 IV 1 wonach eine Erhöhung des MigrantInnenanteils in der öffentlichen Verwaltung entsprechend ihrem Anteil an der Bevölkerung angestrebt wird.

Trotz der pauschalen Aussage in § 1 I, wonach jede Benachteiligung und Bevorzugung von Menschen mit Migrationshintergrund zu vermeiden ist, bestehen gewisse Vorbehalte gegenüber der Privilegierung von Angehörigen ethnischer Minderheiten im Bewerbungsverfahren, jedenfalls was die derzeitige Ausgestaltung in § 4 Berliner PartIntG betrifft. Da der *EuGH* über Fördermaßnahmen für benachteiligte Gruppen außerhalb des Merkmals „Geschlecht“ noch nicht entschieden hat, ist ungewiss, ob in Zukunft die Zulässigkeit solcher Maßnahmen für alle geschützten Merkmale einheitlich zu beurteilen sind, oder der Spielraum für positive Maßnahmen, die nicht das Merkmal Geschlecht betreffen, enger zu interpretieren sind³⁹. Bezüglich der tendenziellen Begünstigung dieser Personengruppe für die Wahrnehmung bestimmter Aufgaben fehlt meines Erachtens aber eine Aussage, was das Verhältnis zu einem anderen gleichrangigen Gesetz, dem Berliner Landesgleichstellungsgesetz, das tendenziell die Bevorzugung von Frauen anstrebt, angeht. Nach welchen Maßstäben soll ein Konflikt beurteilt werden, der entsteht, wenn ein männlicher Bewerber mit Migrationshintergrund und eine weibliche Bewerberin ohne Migrationshintergrund, mit gleichen Qualifikationen, sich bewerben? Deutlich hätte

meines Erachtens auch zum Ausdruck gebracht werden müssen, dass Bewerberinnen mit Migrationshintergrund, die nach den vorliegenden Studien doppelt benachteiligt werden, vor männlichen Bewerbern Vorrang genießen.

V. Fazit

Positive Maßnahmen sind dringend geboten, um Benachteiligungen von Menschen mit Migrationhintergrund auszugleichen und ihre Chancengleichheit zu verbessern, auch angesichts rasanter Veränderungen in der Bevölkerungsstruktur. Die rechtliche Zulässigkeit dieser Maßnahmen ist jedoch nicht selbstverständlich, sondern muss von Fall zu Fall an den Anforderungen des EU-Rechts und des deutschen Rechts gemessen werden. Die anonyme Bewerbung und die im Berliner PartIntG vorgesehenen Regelungen zur Herstellung von „Teilhabe“ von Menschen mit Migrationshintergrund sind grundsätzlich zu begrüßende Maßnahmen aus dem breiteren Spektrum von Integrations- und Gleichstellungspolitik, die in Zukunft mit Aufmerksamkeit zu verfolgen sind. Bezüglich ihrer tatsächlichen Effizienz können zurzeit noch keine definitiven Aussagen getroffen werden. Der Zwischenbericht des Pilotprojekts „Anonyme Bewerbung“ lässt auf insgesamt positive Ergebnisse hoffen, allerdings dürfte die Aussagekraft des – im Vergleich zum französischen Pilotprojekt – sehr „klein“ angelegten Projekts beschränkt sein. Ob das Berliner PartIntG langfristig ähnliche Wirkungen im Hinblick auf die Erhöhung der Chancengleichheit von Menschen mit Migrationshintergrund erzielen wird wie die Landesgleichstellungsgesetze im Hinblick auf die Chancengleichheit von Frauen, bleibt abzuwarten. Seine Anwendung in der Praxis wird – auch aus rechtlicher Perspektive – aufmerksam zu beobachten sein. ■

39 *Reding*, Positive Action Measures in the Context of Integration, Migration and Cultural Diversity: Building a Consensus on the Basis of Reasoned Policies, Internetquelle: http://www.migration-boell.de/web/diversity/48_2668.asp, S. 11.