

IV. Warum ist das Diversitätsdefizit problematisch?

Die vorliegenden Daten erlauben die begründete Vermutung, dass Rechtswissenschaft und Rechtspraxis für *People of Color* nicht gleichermaßen zugänglich sind. Die bestehenden Exklusionsmechanismen sind nicht nur im Lichte rechtlicher Diskriminierungsverbote zu betrachten (1.). Das daraus resultierende Diversitätsdefizit entfaltet auch eine Reihe negativer Konsequenzen für das Rechtssystem insgesamt (2.). Diese Probleme zu thematisieren und Strategien zur Verbesserung zu entwickeln erscheint uns geboten (3.).

1. Rechtliche Rahmenbedingungen von Diversität: Verbote, Gebote und Erlaubnisse

Dem hier behandelten Diversitätsdefizit lässt sich mit rechtlichen Vorgaben alleine nicht begegnen. Gleichwohl bilden rechtliche Vorgaben die Rahmenbedingungen, innerhalb derer das Diversitätsdefizit betrachtet und Maßnahmen zu seiner Behebung diskutiert werden müssen.

a) Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung

Öffentliche und private Akteure sind – in unterschiedlichen Graden¹⁴⁶ – an das Verbot rassistischer Diskriminierung gebunden. Als an die Staaten gerichtetes Verbot ist es völkerrechtlich in Art. 2 des UN-Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form rassistischer Diskriminierung (ICERD) sowie Art. 14 EMRK enthalten und verfassungsrechtlich in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verankert.¹⁴⁷ Unmittelbare

146 Zur Frage der Horizontalwirkung von grundrechtlichen Diskriminierungsverboten siehe *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 1004 ff.; *Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, S. 415 ff.

147 Zum Verständnis von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG als Verbot rassistischer Diskriminierung nur BVerfG, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, Rn. 11; engeres Verständnis und Kritik an einem weiten, offenen Rassismusbegriff hingegen bei *Kischel*, Rasse, Rassismus und Grundgesetz, AöR 145 (2020), S. 227 (248 ff.).

Geltung im Verhältnis zwischen Privaten erlangt das Diskriminierungsverbot insbesondere durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG),¹⁴⁸ das der Umsetzung von Vorgaben der Antirassismus-Richtlinie dient¹⁴⁹ und unionsgrundrechtlich zudem von Art. 21 GRC überformt wird, dem der EuGH unmittelbare Wirkungen im Privatrechtsverhältnis zuspricht.¹⁵⁰ Das AGG erfasst auch den Bildungssektor, allerdings ist die Richtlinienumsetzung insofern unzureichend.¹⁵¹ Diskriminierung beim Zugang zur juristischen Ausbildung ist daher direkt an Art. 3 lit. g) Antirassismus-RL zu messen.

Durch das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung sind formal diskriminierende Zugangshürden zum Arbeitsmarkt ebenso untersagt wie die aus rassistischen Gründen erfolgende Nichteinstellung, Beförderungsverweigerung oder Kündigung. Auf die subjektive Motivation oder Benachteiligungsabsicht kommt es dabei nicht an.¹⁵² Entscheidend ist allein, ob eine Benachteiligung objektiv an das verpönte Merkmal anknüpft.¹⁵³

Das Verbot mittelbarer Diskriminierung erfasst darüber hinaus verdeckte Diskriminierungen ebenso wie scheinbar neutrale Regelungen und Praktiken, die sich diskriminierend auswirken.¹⁵⁴ Im Rahmen der grundgesetzlichen Diskriminierungsverbote hat das Bundesverfassungsgericht das Verbot mittelbarer Diskriminierung hinsichtlich des Merkmals Geschlecht ausdrücklich anerkannt.¹⁵⁵ Viel spricht dafür, dass es auch für die anderen in Art. 3 Abs. 3 Satz 1

148 Siehe §§ 1, 3 AGG, allerdings beschränkt auf ausgewählte Sektoren.

149 Richtlinie 2000/43/EG v. 26.9.2000, ABl. L 180/22.

150 EuGH, Urt. v. 17.4.2018, Rs. C-414/16, Rn. 76 f., *Egenberger*; dazu *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2021, Art. 21 Rn. 4; kritisch demgegenüber statt vieler *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 21 Rn. 34.

151 Näher *Tischbirek*, Antidiskriminierungsgesetzgebung der Länder im Mehrebenensystem, ZG 2017, S. 165.

152 So bereits EuGH, Urt. v. 22.4.1997, Rs. C-180/95, *Draempaehl*; EuGH, Urt. v. 8.11.1990, Rs. C-177/88, *Dekker*.

153 Ausführlich und mit weiteren Nachweisen *Baumgärtner*, in: Beck'scher Online Großkommentar, Stand: 1.3.2021, § 3 AGG Rn. 49; siehe auch *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 46.

154 *Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, S. 656 ff.; *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 212 ff., 241 ff.

155 BVerfGE 89, 276 (290 f.); 97, 35 (43); 109, 64 (89); 121, 241 (254 f.).

GG verankerten Merkmale gilt.¹⁵⁶ Unionsrechtlich ist das Verbot mittelbarer Diskriminierung fest etabliert und in Art. 2 Abs. 1 iVm Abs. 2 lit. b) Antirassismus-RL ausdrücklich vorgesehen.¹⁵⁷ Auch der EGMR erkennt grundsätzlich an, dass mittelbare Diskriminierungen dem akzessorischen Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK unterfallen können.¹⁵⁸ Im internationalen Menschenrechtsschutz ist die mittelbare Diskriminierung ebenfalls fest etabliert.¹⁵⁹ Sie ist vom Menschenrechtsausschuss im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot nach Art. 26 IPBPR,¹⁶⁰ im Rahmen des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung rassistischer Diskriminierung¹⁶¹ sowie des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau¹⁶² anerkannt.

-
- 156 So auch *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 137; *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 248; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 430; dagegen *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2014, Art. 3 Abs. 3 Rn. 37 ff.; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 15.2.2021, Art. 3 Rn. 215 ff.; *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 32.
- 157 Statt vieler *Hölscheidt*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 21 Rn. 36.
- 158 EGMR, Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 573250/00, *D.H. u.a./Tschechien*, Rn. 182 ff.; zur Rechtsprechung *Peters/König*, Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 78; *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2015, Art. 14 Rn. 45 f.; ausführlich *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 226 ff.
- 159 Siehe dazu *Tobler*, Grenzen und Möglichkeiten des Konzepts der mittelbaren Diskriminierung, 2008; *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 266 ff.
- 160 Human Rights Committee, Communication No. 976/2001, *Cecilia Derksen v. Netherlands*, UN Doc. CCPR/C/80/D/976/2001, Rn. 9.3.
- 161 CERD, General Recommendation No. 14 on article 1, paragraph 1, of the Convention, UN Doc. A/48/18 (1993), S. 115, Rn. 1; *Gragl*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, 2020, Art. 1 Rn. 16 ff.
- 162 CEDAW, General Recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, UN Doc. CEDAW/C/GC/28 (2010), Rn. 16; *Byrnes*, Article 1, in: Freeman/Chinkin/Rudolf (Hrsg.), The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 2012, S. 51 (65 f.).

Kopftuchverbote für Referendarinnen und Richterinnen sind deshalb selbst dann verfassungsrechtlich problematisch, wenn sie in Form scheinbar allgemein geltender Neutralitätsgebote daherkommen,¹⁶³ auch wenn das Bundesverfassungsgericht Kopftuchverbote für Referendarinnen als zulässig erachtet.¹⁶⁴ Jedenfalls liegt, wie das Bundesverwaltungsgericht klargestellt hat, in der Auflage, das Kopftuch bei hoheitlichen Tätigkeiten abzulegen, ein schwerwiegender Grundrechtseingriff.¹⁶⁵

Als verfassungsrechtlich wie auch unionsrechtlich grundsätzlich zulässig erweisen sich demgegenüber Staatsangehörigkeitserfordernisse für bestimmte juristische Berufe wie insbesondere den Richterdienst,¹⁶⁶ auch wenn diesen ebenfalls eine potentiell exkludierende Wirkung zukommen kann. Art. 3 Abs. 2 der Antirassismus-RL stellt insofern klar, dass die Richtlinie unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nicht berührt. Das allgemeine Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit gilt einerseits nur im – allerdings weit verstandenen – Anwendungsbereich der europäischen Verträge und ist andererseits einer Rechtfertigung zugänglich. Anders als Art. 1 Abs. 2 ICERD auf den ersten Blick vermuten ließe, fallen Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit keineswegs per se aus dem Anwendungsbereich des ICERD heraus.¹⁶⁷ Auch insofern kann ein Staatsangehörigkeitserfordernis für bestimmte Berufe aber grundsätzlich gerechtfertigt werden.

163 *Payandeh*, Das Kopftuch der Richterin aus verfassungsrechtlicher Perspektive, DÖV 2018, S. 482 (483); zur Exklusionswirkung im Hinblick auf Rechtsanwältinnen *Bartel/Liebscher/Remus*, Rassismus vor Gericht: weiße Norm und Schwarzes Wissen im deutschen Recht, in: Fereidooni/El (Hrsg.), Rassismuskritik und Widerstandsformen, 2017, S. 361 (368).

164 BVerfGE 153, 1 (113 ff.), unter Offenlassung des mittelbar diskriminierenden Charakters der Neutralitätsvorgaben; zustimmend v. *Schwanenflug*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 14.1.20, 2 BvR 1333/17, NVwZ 2020, S. 474; kritisch *Brosius-Gersdorf/Gersdorf*, Kopftuchverbot für Rechtsreferendarin: Unanwendbarkeit des Neutralitätsgebots, NVwZ 2020, S. 428; ähnlich auch EuGH, Urt. v. 14.3.2017, Rs. C-157/15, *Achbita* (zur Kritik *Sagan*, Unionaler Diskriminierungsschutz gegen Kopftuchverbote am Arbeitsplatz, EuZW 2017, S. 457 (459)).

165 BVerwG, Urt. v. 12.11.2020, 2 C 5.19.

166 Siehe § 9 DRiG; dazu *Staats*, DRiG, 2012, § 9 Rn. 3.

167 Ausführlich hierzu CERD, General Recommendation No. 30 on discrimination against non-citizens, UN Doc. A/59/18 (2004); *Gragl*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Ras-

b) Positive Maßnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen

Gegen die aufgezeigten Exklusionsmechanismen, die nach unserer Auffassung für das Diversitätsdefizit mit verantwortlich sind, sowie die mangelnde Diversität an sich helfen die Verbote unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung nur begrenzt. Vielmehr ist die Frage aufgeworfen, inwiefern eine staatliche Pflicht besteht, diesem Defizit und seinen Ursachen aktiv entgegenzuwirken.¹⁶⁸

Mit Blick auf Diskriminierungen von Seiten Privater stellt sich damit zunächst die Frage einer staatlichen Schutzpflicht. Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist eine solche im Zusammenhang mit dem Grundrecht auf Gleichberechtigung nach Art. 3 Abs. 2 GG – also für die Kategorie des Geschlechts – anerkannt.¹⁶⁹ Im Rahmen der übrigen Kategorien des Art. 3 Abs. 3 GG wird eine solche Schutzpflicht zum Teil ebenfalls angenommen,¹⁷⁰ zum Teil abgelehnt.¹⁷¹ Das Bun-

sendiskriminierung, 2020, Art. 1 Rn. 27 ff.; engere Lesart aber bei IGH, Urt. v. 4.2.2021, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates), Rn. 74 ff.

168 Ausführlich zu den verfassungs-, völker- und unionsrechtlichen Rahmenbedingungen *Payandeh*, Positive Verpflichtungen im Zusammenhang mit verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten, Rechtswissenschaftliche Analyse zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (BT-Drs. 19/24434 vom 18. November 2020) im Hinblick auf eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 GG zum Schutz gegen gruppenbezogene Menschenwürdeverletzungen, erstellt im Auftrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Deutschen Bundestag v. 18.4.2021.

169 BVerfGE 89, 276 (285 ff.); 109, 64 (89 ff.); *Englisch*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 96; kritisch hingegen *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 (344 f.).

170 *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 144; *Frowein*, Die Überwindung von Diskriminierung als Staatsauftrag in Art. 3 Abs. 3 GG, in: Ruland/v. Maydell/Papier (Hrsg.), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift für Hans F. Zacher, 1998, S. 157 ff.; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 14; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 425; *Peters/König*, Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 91; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 150; *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 237.

171 *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 139; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3

desverfassungsgericht hat sich in dieser Frage noch nicht positioniert, betont aber in der Entscheidung zur *Dritten Option*, dass der Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darin bestehe, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen.¹⁷² In einer Entscheidung im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit um eine Kündigung aufgrund einer rassistischen Beleidigung nimmt eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts zudem an, dass die einfachgesetzlichen Normen, die eine Pflicht des Arbeitgebers begründen, sein Personal vor rassistischen Anfeindungen zu schützen, „das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ausgestalten.“¹⁷³

Im Ergebnis spricht damit viel für die Ableitung einer staatlichen Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, insbesondere aufgrund des auch vom Bundesverfassungsgericht betonten¹⁷⁴ engen Zusammenhangs zwischen Art. 3 Abs. 3 GG und der Menschenwürdegarantie, für die Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich eine Schutzpflicht begründet.¹⁷⁵ Bekräftigt wird diese Annahme dadurch, dass auf der Ebene des universellen Völkerrechts¹⁷⁶ ebenso wie im Rahmen der

Rn. 83 ff.; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 15.2.2021, Art. 3 Rn. 210; *Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 355 (361 ff.); *Jestaedt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 298 (339 ff.).

172 BVerfGE 147, 1 (28).

173 BVerfGE, Beschl. v. 2.11.2020, 1 BvR 2727/19, Rn. 19.

174 BVerfGE 144, 20 (207 f.); siehe ferner *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2009, Art. 1 Rn. 120; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 1 Rn. 35.

175 Siehe in diesem Zusammenhang *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 1 Rn. 12; *Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), Grundgesetz, 14. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 12; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 425; *Mager*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 64 (2005), S. 417; *Uerpman-Witzack*, Gleiche Freiheit im Verhältnis zwischen Privaten: Artikel 3 Abs. 3 GG als unterschätzte Verfassungsnorm, ZaöRV 68 (2008), S. 359 (367 f.).

176 Siehe insbesondere Art. 26 IPBPR; Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13 (2004), Rn. 8; Art. 2 Abs. 1 lit. d, Art. 4, Art. 5 lit. f ICERD; *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Commentary, 2016, S. 162 f.

EMRK¹⁷⁷ Schutzpflichten im Zusammenhang mit Diskriminierungen fest etabliert sind.

Während Schutzpflichten den Staat dazu verpflichten, aktiv gegen diskriminierende Praktiken von Seiten Privater vorzugehen, adressieren positive Maßnahmen bestehende Benachteiligungen. Noch nicht geklärt ist allerdings, inwieweit jenseits des Diskriminierungsverbots ein verfassungsrechtliches Gebot zur aktiven Herstellung von Chancengleichheit besteht.

Jenseits von Art. 3 Abs. 2 GG¹⁷⁸ und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG¹⁷⁹ wird eine *Pflicht*, mit entsprechenden Fördermaßnahmen auf die Beseitigung bestehender Benachteiligungen hinzuwirken, abgelehnt.¹⁸⁰ Damit ist allerdings noch keine Aussage dazu getroffen, inwiefern solche Maßnahmen *zulässig* sein können. Die pauschale Annahme ihrer verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit¹⁸¹ beruht dabei vielfach auf dem unzutreffenden Schluss von der fehlenden Pflicht auf die fehlende Berechtigung und wird der Komplexität des Art. 3 Abs. 3 GG nicht gerecht: Auf der Grundlage eines asymmetrischen Verständ-

177 EGMR, Urt. v. 6.7.2005, Beschwerde-Nr. 43577/98 und 43579/98, *Nachova u.a./Bulgarien*, Rn. 161; Urt. v. 31.5.2007, Beschwerde-Nr. 40116/02, *Šečić/Kroatien*, Rn. 66 ff.; Urt. v. 26. 7. 2007, Beschwerde-Nr. 55523/00, *Angelova und Iliev/Bulgarien*, Rn. 115 ff.; Urt. v. 14.12.2010, Beschwerde-Nr. 74832/01, *Mižigárová/Slowakei*, Rn. 119 ff.; zum Ganzen *Peters/König*, Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 88 ff.; ausführlich *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 316 ff.

178 Dazu *Kingreen*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 2020, Art. 3 Rn. 448 ff.; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 372 ff.

179 BVerfGE 151, 1 (24 f.).

180 *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2014, Art. 3 Abs. 3 Rn. 91; *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 235; *Englisch*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 76; *Kingreen*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 2020, Art. 3 Rn. 312; *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 821; *Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2005), S. 355 (361); *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 406; weitergehend *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 150.

181 Siehe etwa *Majer/Pautsch*, „Positive Diskriminierung“ – Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von „Migrantenquoten“ und Bevorzugung wegen Migrationshintergrundes beim Zugang zum öffentlichen Dienst, ZAR 2020, S. 414.

nisses des Diskriminierungsverbots, das dieses wertend¹⁸² als Ausdruck materieller Gleichheit¹⁸³ und im Sinne eines Dominierungs-¹⁸⁴ bzw. Hierarchisierungsverbots¹⁸⁵ versteht, sind Maßnahmen zur Beseitigung überkommener, bestehender Ungleichheiten schon keine rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung und damit keine Diskriminierung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG.

Auch wenn man die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG als strikte Anknüpfungs- und Differenzierungsverbote versteht,¹⁸⁶ sind Bevorzugungen, die mit einer Benachteiligung anderer einhergehen,¹⁸⁷ nicht zwangsläufig unzulässig, sondern zunächst nur rechtfertigungsbedürftig. Ungleichbehandlungen im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 GG lassen sich aber aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts rechtfertigen.¹⁸⁸ Das Diskriminierungsverbot selbst ist dann die Rechtfertigungsgrundlage von Maßnahmen zum Abbau von Unterschieden und zum Nachteilsausgleich.¹⁸⁹

182 *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 810 ff.; angedeutet auch bei *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 26.

183 *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 418 ff.; *Sacksofsky*, Was heißt: Ungleichbehandlung „wegen“, in: Kempny/Reimer (Hrsg.), Gleichheitssatzdogmatik heute, 2017, S. 63 (66 ff.).

184 *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 306 ff.

185 *Baer*, Würde oder Gleichheit, 1995, S. 221 ff.

186 Siehe insbesondere *Sachs*, Die sonstigen besonderen Gleichheitssätze, in: Stern (Hrsg.), Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1702 (1743 ff.); *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 62 ff.; *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, S. 302 ff.; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 119; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 15.2.2021, Art. 3 Rn. 211 ff.

187 Zur Zulässigkeit von Fördermaßnahmen im Übrigen *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 30; *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 119.

188 BVerfGE 114, 357 (364); *Sachs*, Die sonstigen besonderen Gleichheitssätze, in: Stern (Hrsg.), Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 1702 (1762 ff.); *Michael/Morlok*, Grundrechte, 7. Aufl. 2020, Rn. 818; *Boysen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 7. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 132; *Nußberger*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 3 Rn. 246; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 30; im Ansatz anders *Kingreen*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: 2020, Art. 3 Rn. 435.

189 *Jarass/Piero*th, Grundgesetz, 16. Aufl. 2020, Art. 3 Rn. 150 und Rn. 153; *Baer/Markard*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3

Auch das Völker- und Unionsrecht spricht für die Zulässigkeit positiver Maßnahmen zur Beseitigung diskriminierungsbedingter Benachteiligungen. So erkennt der UN-Menschenrechtsausschuss an, dass Fördermaßnahmen (*affirmative action*) unter bestimmten Voraussetzungen notwendig sein können, um bestehende Benachteiligungen zu beseitigen.¹⁹⁰ Deutlicher verhält sich das Übereinkommen zur Beseitigung rassistischer Diskriminierung zur Zulässigkeit positiver Maßnahmen: Art. 1 Abs. 4 ICERD nimmt entsprechende Maßnahmen vom Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots aus und erklärt sie somit für zulässig.¹⁹¹ Art. 2 Abs. 2 ICERD begründet darüber hinaus eine Pflicht der Vertragsstaaten, positive Maßnahmen zu ergreifen, „wenn die Umstände es rechtfertigen“.¹⁹² Maßgeblich hierfür sind bestehende Ungleichheiten, die in der besonderen Vulnerabilität und Marginalisierung ebenso wie in Praktiken der Ausgrenzung, tief verwurzeltem Rassismus und Praktiken mittelbarer Diskriminierung zum Ausdruck kommen können.¹⁹³

Rn. 406; *Rüfner*, in: Bonner Kommentar, Stand: 1996, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 590 ff.; unter Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip *Groß*, Die Verfassungskonformität einer Quote für Eingewanderte, JZ 2021, *im Erscheinen*; aus dem zivilrechtlichen Schrifttum mit weiteren Nachweisen *Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 9; *Baumgärtner*, in: Beck'scher Online Großkommentar, Stand: 1.3.2021, § 5 AGG Rn. 20 f.; kritisch *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 74.

190 UN-Menschenrechtsausschuss, General Comment No. 18: Non-discrimination, CCPR/C/21/Rev.1/Add.1 (1989), Rn. 10.

191 Hierzu *Gragl*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, 2020, Art. 1 Rn. 33 ff.

192 CERD, General Recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, UN Doc. CERD/C/GC/32 (2009), Rn. 29 f.; *Kanalan*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, 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, S. 227 f.; *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 228 f.

193 Siehe *Thornberry*, The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, A Commentary, 2016, S. 229 mit Nachweisen aus der Praxis des CERD; siehe auch *Barskanmaz*, Recht und Rassismus, 2019, S. 227 ff.

Art. 5 lit. e) ICERD konkretisiert die Pflicht der Vertragsstaaten, gegen systemische und institutionelle Erscheinungsformen rassistischer Benachteiligung aktiv vorzugehen, weshalb wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte wie das Recht auf Arbeit und das Recht auf Bildung frei von rassistischer Diskriminierung gewährleistet werden müssen. Der UN-Ausschuss betont in diesem Zusammenhang die Pflicht der Staaten zur effektiven Umsetzung dieser Verpflichtung, die sich nicht auf die Verhinderung aktiv diskriminierender Praktiken beschränkt, sondern die aktive Herstellung von Chancengleichheit in einem weiten Sinne umfasst.¹⁹⁴ Dementsprechend fordert der UN-Ausschuss die Mitgliedstaaten dazu auf, im Rahmen ihrer Berichtspflichten dazu Stellung zu nehmen, ob Angehörige geschützter Gruppen in bestimmten Berufen oder Tätigkeitsfeldern über- oder unterrepräsentiert sind.¹⁹⁵ In ähnlicher Stoßrichtung betont die Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) die Bedeutung gleichberechtigter Teilhabe aller Gruppen an der Arbeitswelt und die Notwendigkeit positiver Maßnahmen zur Förderung von Gleichbehandlung und Chancengleichheit.¹⁹⁶

Auch der EGMR geht im Rahmen des Art. 14 EMRK davon aus, dass Ungleichbehandlungen gerechtfertigt sein können, um tatsächlich bestehende Benachteiligungen auszugleichen.¹⁹⁷ Und er geht sogar noch einen Schritt weiter, indem er anerkennt, dass Art. 14 EMRK von den Staaten unter bestimmten Umständen verlangt, dass

194 Siehe CERD, General Recommendation No. 20 (48) on Article 5, UN Doc. CERD/48/Misc. 6/Rev. 2 (1996), insb. Rn. 5.

195 CERD, Guidelines for the CERD-specific document to be submitted by States Parties under Article 9, paragraph 1, of the Convention, UN Doc. CERD/C/2007/1, S. 11; siehe auch ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 14 über die Bekämpfung von Rassendiskriminierung und Rassismus in Beschäftigung und Beruf, CRI (2012) 48, Abs. 5 und Abs. 7.

196 ECRI, Allgemeine Politik-Empfehlung Nr. 14 über die Bekämpfung von Rassendiskriminierung und Rassismus in Beschäftigung und Beruf, CRI (2012) 48, insb. Abs. 5 und Abs. 7.

197 EGMR, Urt. v. 23.6.1968, Beschwerde-Nr. 1474/62 u.a., *Belgischer Sprachenfall*, S. 31; EGMR, Urt. v. 6.4.2000, Beschwerde-Nr. 34369/97, *Thlimmenos/Griechenland*, Rn. 44; *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 387 ff. Die Präambel des von der Bundesrepublik noch nicht ratifizierten 12. Zusatzprotokolls erkennt ebenfalls explizit die grundsätzliche Zulässigkeit von Fördermaßnahmen an.

sie bestimmte Gruppen in besonderer Weise behandeln, um „faktische Ungleichheiten“ auszugleichen:

„Article 14 does not prohibit a member State from treating groups differently in order to correct ‚factual inequalities‘ between them; indeed in certain circumstances a failure to attempt to correct inequality through different treatment may in itself give rise to a breach of the Article.“¹⁹⁸

Auch wenn sich aus der Rechtsprechung bislang wenig konkrete Vorgaben ergeben,¹⁹⁹ erkennt der EGMR dem Grunde nach an, dass sich aus dem Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zu positiven Maßnahmen zugunsten von Gruppen und Personen, die von rassistischer Diskriminierung betroffen sind, ableiten lässt.²⁰⁰

Die Unionsgrundrechte statuieren hingegen keine explizite Verpflichtung zu positiven Maßnahmen. Aus Art. 23 Abs. 2 GRCh, der die Beibehaltung oder die Einführung spezifischer Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht als zulässig erachtet, lässt sich allerdings auch kein Umkehrschluss dergestalt ziehen, dass positive Maßnahmen im Hinblick auf andere Diskriminierungskategori-

198 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; Urt. v. 13.11.2007, Beschwerde-Nr. 57325/00, *D.H. u.a./Tschechien*, Rn. 175; Urt. v. 29.1.2013, Beschwerde-Nr. 11146/11, *Horváth und Kiss/Ungarn*, Rn. 101.

199 So die Bewertung von *Peters/König*, Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 101.

200 So auch *Peters/König*, Das Diskriminierungsverbot, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 101; *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Art. 14 Rn. 15; *Hofmann/Malkmus*, in: Angst/Lantschner (Hrsg.), Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, 2020, Kap. 2.2 Rn. 29; gegen die Annahme einer Verpflichtung zu positiven Maßnahmen *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. 2015, Art. 14 Rn. 47; kritisch *Heyden/v. Ungern-Sternberg*, Ein Diskriminierungsverbot ist kein Fördergebot – Wider die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 14 EMRK, EuGRZ 2009, S. 81 (86 ff.); *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd. 1, Stand: 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 33.

en unzulässig sein sollen.²⁰¹ Soweit Fördermaßnahmen zugunsten Angehöriger bestimmter Gruppen zu Benachteiligungen anderer Personen führen, kann die ausgleichende Zielsetzung solcher positiven Maßnahmen jedenfalls im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung berücksichtigt werden.²⁰² Die EU-Antidiskriminierungs-Richtlinien erklären positive Maßnahmen ausdrücklich für zulässig. So bestätigt Art. 5 der Antirassismus-Richtlinie, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, „zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschließen.“ Damit erkennt die Richtlinie einerseits an, dass es in den Mitgliedstaaten auf rassistischer Diskriminierung beruhende strukturelle Benachteiligungen geben kann und gibt, und erklärt andererseits Maßnahmen, die darauf abzielen, diese zu verhindern oder auszugleichen, für zulässig. § 5 AGG setzt diese Vorgaben um. Vor diesem Hintergrund ist im zivilrechtlichen Diskurs weitgehend anerkannt, dass derartige positive Maßnahmen – auch verfassungsrechtlich – zulässig sind, wenngleich über Voraussetzungen und Grenzen diskutiert wird.²⁰³

c) Zulässigkeit von weiteren Maßnahmen im Zusammenhang mit Diversität

Gesetzliche Regelungen können allerdings nicht nur die Rahmenbedingungen aufstellen, sondern weitergehende Verpflichtungen zur Steigerung der Diversität beinhalten: So sieht etwa § 4 des Partizipa-

201 So auch *Graser/Reiter*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 22 GRCh Rn. 11.

202 *Graser/Reiter*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 22 GRCh Rn. 10; wohl auch *Schmahl*, Gleichheitsgarantien, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 2, 2014, § 15 Rn. 150.

203 Siehe *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 5 Rn. 7 ff.; *Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 19 ff.; *Baumgärtner*, in: Beck'scher Online Großkommentar, Stand: 1.3.2021, § 5 AGG Rn. 28 ff.; *Grünberger*, Vielfalt durch Quote – Umgekehrte Diskriminierung zu Lasten des Leistungsprinzips?, NZA-Beilage 4/2012, S. 140 (142 ff.); *Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 290 ff.

tions- und Integrationsgesetzes des Landes Berlin Vorgaben für die gleichberechtigte Teilhabe und interkulturelle Öffnung der Institutionen der Landesverwaltung vor, die von der Betonung der Wichtigkeit interkultureller Kompetenz über Maßnahmen zur Erhöhung des Anteils der Beschäftigten mit Migrationshintergrund bis zum Ziel einer stärkeren Beteiligung von Vertreter:innen mit Migrationshintergrund in den Gremien aller Einrichtungen reichen.

2. Konsequenzen für das Rechtssystem

Das Diversitätsdefizit hat ganz konkrete Folgen für verschiedene Teilbereiche des Rechtssystems.

a) Defizite „farbenblinder“ Rechtsanwendung

Rechtsanwendung ist allenfalls in einer utopischen Idealvorstellung ein neutraler, objektiver Vorgang. Sie wird unausweichlich von subjektiven und wertenden Präferenzen und Vorverständnissen beeinflusst.²⁰⁴ Dies gilt für die Auslegung von Rechtsnormen²⁰⁵ ebenso wie für die Ermittlung und Bewertung der relevanten Sachverhalte.²⁰⁶ Auf beiden Ebenen der Rechtsanwendung können individuelle Wissens- und Erfahrungsbestände ebenso wie subjektive Präferenzen und Einstellungen entscheidungsrelevant werden.

Besonders deutlich wird die Relevanz der rechtsanwendenden Person und ihre Positioniertheit im Rahmen dogmatischer Figuren wie dem objektiven oder objektivierten Empfängerhorizont.²⁰⁷ Wird dieser Maßstab allein von einer homogenen Gruppe von Jurist:innen

204 Siehe schon *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970; dazu *Haferkamp*, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, AcP 214 (2014), S. 60 (85 ff.).

205 Nachweise bei *Payandeh*, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 26 ff.

206 *Morlok*, Die vier Auslegungsmethoden – was sonst?, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion, 2012, S. 179 (209); *Stegmaier*, Wissen, was Recht ist, 2009, S. 265 ff.; *Riedel*, Das Zurichten des Sachverhalts, in: Hof/v. Olenhusen (Hrsg.), Rechtsgestaltung – Rechtskritik – Konkurrenz von Rechtsordnungen, 2012, S. 430.

207 Siehe *Kocher*, Die Position der Dritten, JöR 67 (2019), S. 403 ff.; *Barnert*, Der eingebildete Dritte, 2008. Zum *reasonable man* im Common Law *Herbert*, Rechtsfälle – Linksfälle, 1992, S. 7 ff.

definiert und konturiert, besteht die Gefahr, dass die Fiktion des „objektiven Dritten“ auf eine Perspektive verengt wird, die nicht hinreichend sensibel für abweichende soziale Erfahrungen ist.

Ein erhöhtes Maß an Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis eröffnet demgegenüber die Möglichkeit, die vielfältigen lebensweltlichen Erfahrungen diverser Akteur:innen mitzureflektieren und in die Rechtsauslegung und Rechtsanwendung einfließen zu lassen. Die damit verbundene Einsicht in ein unausweichliches Maß an Subjektivität und Kontingenz von Rechtsanwendung verlangt nach einer reflektierten Rechtsdogmatik.²⁰⁸

b) Fehlende Sensibilität im Rechtssystem für die Perspektiven von *People of Color*

Diversitätsdefizite werden praktisch relevant, wenn das Rechtssystem mit *People of Color* umgehen muss, weil diese als Opfer oder Tatverdächtige im Strafverfahren, als Partei im Zivilprozess oder sonst als Rechtssuchende auftreten.²⁰⁹ Die nicht immer vorhandene Sensibilität sowohl für die rassistische Dimension von Straftaten als auch für mögliche diskriminierende institutionelle Praktiken in der Strafjustiz lässt sich auch auf das Fehlen entsprechenden Erfahrungswissens zurückführen.²¹⁰ Ein mangelndes Verständnis für Diskriminierungserfahrungen ist mit Händen zu greifen, wenn Gerichte die Eingriffsintensität oder gar Eingriffsqualität einer rassistisch diskriminierenden

208 Siehe *Sow*, How to Orient Oneself in White Jurisprudence: Universality, Race, and the Law, C4eJ 60 (2020); konkreter Vorschlag bei *Grünberger/Reinelt*, Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht, 2020, S. 3 ff.

209 Eindrücklich *Sotomayor*, A Latina Judge's Voice, Berkeley La Raza Law Journal 13 (2002), S. 87. In dem Beitrag zeigt – jetzt Justice – *Sotomayor*, dass und wie sich ihre selbst zugeschriebene Identität als Latina aufgrund der damit einhergehenden Perspektiverweiterung positiv auf ihre Tätigkeit als Richterin auswirken kann; im Kontext der Anwaltschaft im Vereinigten Königreich *Wilson*, In Black and White, 2020.

210 *Payandeh*, Die Sensibilität der Strafjustiz für Rassismus und Diskriminierung, DRiZ 2017, S. 322; siehe ferner *Stix*, Rassismuskritik in der Rechtswissenschaft, in: Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht: Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung – Junge Tagung Öffentliches Recht, 2020, S. 218 (227 ff.).

Identitätsfeststellung bezweifeln²¹¹ oder wenn sie die kumulativen Erfahrungen rassistischer Diskriminierung nicht hinreichend ernst nehmen.²¹²

Das hängt auch damit zusammen, dass wir Diskriminierung gegenüber Gruppen, denen wir uns selbst zugehörig fühlen, typischerweise überschätzen, während wir solche gegenüber Gruppen, denen wir uns nicht zugehörig fühlen, als nicht stark ausgeprägt empfinden (*self-serving bias*).²¹³ Entsprechende Verzerrungen in Wahrnehmung und Urteilen bergen das Risiko, dass Diskriminierungen durch Verwaltung und Justiz nicht als solche erkannt und geahndet werden, insbesondere wenn Angehörige der von Diskriminierung betroffenen Gruppen nicht oder kaum in Justiz und Verwaltung vertreten sind und auch sonst das Bewusstsein für dieses Problem kaum ausgeprägt ist.

c) Schwächung gesellschaftlichen Vertrauens in das Rechtssystem

In pluralistischen und diversen Gesellschaften läuft ein Rechtssystem, an dem nicht alle gesellschaftlichen Gruppen hinreichend personell mitwirken, mittel- und langfristig Gefahr, erhebliche Akzeptanz- und Legitimationsdefizite aufzuwerfen.²¹⁴ Mangelnde Partizipation von *People of Color* kann sich daher negativ auf das Funktionieren des Rechtssystems insgesamt auswirken. Der demokratische Verfassungsstaat und seine Institutionen basieren auf dem grundsätzlichen Vertrauen aller Bürger:innen in den Rechtsstaat und sein Funktionieren. Diversitätsdefizite und damit einhergehende Sensibilitätsverluste für

211 Siehe z.B. VG Koblenz Urt. v. 28.2.2012, 5 K 1026/11.KO; anders dann OVG Koblenz, Beschl. v. 29.10.2012, 7 A 10532/12.OVG, siehe Pressemitteilung 30/2012 v. 30.12.2012.

212 Dazu *Bartel/Liebscher/Remus*, Rassismus vor Gericht: weiße Norm und Schwarzes Wissen im deutschen Recht, in: Fereidooni/El (Hrsg.), Rassismuskritik und Widerstandsformen, 2017, S. 361 (377 f.).

213 *Heidhues/Köszegi/Strack*, Overconfidence and prejudice, Working Paper 2019, S. 2; vgl. dazu *Horowitz/Brown/Cox*, Race in America 2019, Pew Research Center, April 2019, S. 11.

214 Vgl. dazu aus dem angelsächsischen Kontext House of Lords, Judicial Appointments, 2012, Rn. 70 ff.; *Ifill*, Racial Diversity on the Bench: Beyond Role Models and Public Confidence, Washington & Lee Law Review 57 (2000), S. 405; *Sullivan*, The Power of Imagination: Diversity and the Education of Lawyers and Judges, UC Davis Law Review 51 (2018), S. 1105 (1139 ff.).

die Lebenswirklichkeit von *People of Color* im Rechtssystem können bestehende Berührungsängste, Vorurteile und Vertrauensverluste bestätigen und verstärken.²¹⁵ Adäquate Beteiligung schafft demgegenüber Nähe und Vertrautheit.²¹⁶ Haben Bürger:innen dagegen das Gefühl, der Rechtsstaat sei nicht für alle gleichermaßen zugänglich, kann das eine Entfremdung vom Staat und vom Recht begünstigen. Die geringe Bereitschaft, Straftaten mit einem rassistischen Hintergrund anzuzeigen, ist dafür ebenso Indiz wie die geringe Anzahl von Klagen, mit denen rassistische Diskriminierungen nach dem AGG geltend gemacht werden.²¹⁷ Fehlende Repräsentation kann insofern gesellschaftliche Spaltung und Desintegration begünstigen.

d) Folgen für juristische Lehre und Forschung

Man kann in Deutschland eine juristische Ausbildung erfolgreich durchlaufen, ohne ernsthaft mit Fragen von Diskriminierung einerseits oder Privilegien andererseits konfrontiert zu werden. Das ist problematisch, weil den künftig in Rechtspraxis und Rechtswissenschaft Tätigen diese Fragen als weder praktisch noch wissenschaftlich relevante Themen vorgestellt werden. Die Ausblendung birgt zudem die Gefahr, dass sich *People of Color* dem Studium entfremden, wenn sich ihre rechtlich relevante Lebenswirklichkeit darin überhaupt nicht widerspiegelt.²¹⁸ Homogen zusammengesetzte juristische Fakultäten tun sich schwer, den Jurist:innen von morgen hinreichend diverse Perspektiven auf rechtliche Fragen und juristische Fälle zu vermitteln.²¹⁹ Das Diversitätsdefizit der Lehrenden kann – wie die empirischen Befunde nahelegen – dazu beitragen, dass sich die fehlende Sensibilität für einen diskriminierungsfreien Umgang auch im Hochschulkontext negativ auswirkt. Stereotype in Lehre

215 House of Lords, Judicial Appointments, 2012, Rn. 70 ff.

216 Solanke, Where Are the Black Lawyers in Germany?, in: Eggers/Kilomba/Piesche/Arndt (Hrsg.), *Mythen, Masken und Subjekte*, 2005, S. 179.

217 Zu Durchsetzungsdefiziten des AGG Grünberger/Reinelt, *Konfliktlinien im Nichtdiskriminierungsrecht*, 2020, S. 90 ff.

218 Siehe im US-Kontext Rhode, *In the Interests of Justice*, 2000, S. 192 ff.

219 Siehe im US-Kontext Sullivan, *The Power of Imagination: Diversity and the Education of Lawyers and Judges*, *UC Davis Law Review* 51 (2018), S. 1105 (1139 ff.).

und Prüfungen gibt es nicht nur im Hinblick auf Gender-Fragen.²²⁰ Systematischer Untersuchung harren etwa Klausursachverhalte, in denen „Ausländer“ als potentielle Straftäter in Erscheinung treten, ohne dass die Staatsangehörigkeit für die Fallbearbeitung relevant wäre.²²¹

Das Diversitätsdefizit wirkt sich auch in der rechtswissenschaftlichen Forschung aus.²²² Fragen zur geschlechtlichen Gleichbehandlung etwa sind erst relativ spät in den Aufmerksamkeitshorizont der lange Zeit nahezu ausschließlich männlichen Rechtswissenschaft gelangt.²²³ Es liegt deshalb nahe, die weitgehende Ausblendung von Rechtsfragen rund um Rassismus und rassistische Diskriminierung im rechtswissenschaftlichen Diskurs ähnlich zu erklären. Die traditionell spärlich gehaltenen Ausführungen zum Verbot der Diskriminierung aufgrund der „Rasse“ in den einschlägigen Kommentaren zu Art. 3 Abs. 3 GG²²⁴ stützen diesen Befund ebenso wie die Nicht-

220 Valentiner, Gendersensibilität als Perspektive für die rechtswissenschaftliche Fachdidaktik, in: Astleitner/Deibl/Lagodny/Warto/Zumbach (Hrsg.), Rechtsdidaktik zwischen Theorie und Praxis, 2019, S. 154; Lembke/Valentiner, Diskriminierung und Antidiskriminierung in der juristischen Ausbildung, in: Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht: Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung – Junge Tagung Öffentliches Recht, 2020, S. 279 (291 ff.).

221 Vgl. „Der Schwarzafrikaner“ im Jus-Lehrbuch“, Wiener Zeitung Online v. 16.6.2014 zu einem österreichischen Handbuch zum Nebenstrafrecht, in dem in sechs von elf Fällen die Herkunft der Täter:innen thematisiert wird, Drogendealer „Schwarzafrikaner“ und Schmuggler „polnische Staatsangehörige“ sind.

222 Lembke/Valentiner, Diskriminierung und Antidiskriminierung in der juristischen Ausbildung, in: Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht: Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung – Junge Tagung Öffentliches Recht, 2020, S. 279 ff.; Towfigh, #Ehrenmann: Gesellschaftliche Vielfalt in der Lehre, Verfassungsblog v. 23.7.2020.

223 Zur Entwicklung Mangold, Von Homogenität zu Vielfalt. Die Entstehung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet in der Berliner Republik, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 461; zum aktuellen Befund Schultz/Böning/Peppmeier/Schröder, De jure und de facto: Professorinnen in der Rechtswissenschaft, 2018.

224 Stix, Rassismuskritik in der Rechtswissenschaft, in: Bretthauer/Henrich/Völzmann/Wolckenhaar/Zimmermann (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht: Festschrift zu 60 Jahren Assistententagung – Junge Tagung Öffentliches Recht, 2020, S. 218 (224 f.).

thematisierung der deutschen Kolonial(rechts)geschichte²²⁵ und die marginale Auseinandersetzung der deutschen Rechtswissenschaft mit der im US-amerikanischen Diskurs wirkmächtigen *Critical Race Theory*.²²⁶ In diesem Sinne betont auch der Wissenschaftsrat den Zusammenhang zwischen der personellen Zusammensetzung der rechtswissenschaftlichen Institutionen und der rechtswissenschaftlichen Forschung und hebt hervor, dass eine höhere Diversität in der Rechtswissenschaft sowohl zur wissenschaftlichen Qualität als auch zu einer Erweiterung rechtswissenschaftlicher Perspektiven beitragen kann.²²⁷

e) Perspektive des juristischen Arbeitsmarkts

Diversität in der Rechtspraxis hat schließlich auch eine ökonomische Dimension. Die These, dass divers zusammengesetzte Teams wirtschaftlich erfolgreicher seien als homogene Gruppen,²²⁸ wird zwar in Organisationspsychologie und Managementforschung kontrovers diskutiert²²⁹ und fabriziert und perpetuiert essentialisierende und naturalistische Vorstellungen von typischem Verhalten etwa von

225 Siehe dazu jetzt v. Bernstorff/Dann/Feichtner (Hrsg.), (Post)Koloniale Rechtswissenschaft, 2021, *im Erscheinen*.

226 Siehe aber Barskanmaz, Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?, KJ 2008, S. 296; Barskanmaz, Recht und Rassismus, 2019, S. 14 ff.; Liebscher, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, 2021, S. 31 ff., passim; mit Bezug auf Europa Möschel, Law, Lawyers and Race, 2014, S. 75 ff.

227 Siehe Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, S. 7 f. und S. 41 ff.

228 Zum „Business Case for Diversity“ und seinen Grenzen Rhode, From Platitudes to Priorities: Diversity and Gender Equity in Law Firms, Georgetown Journal of Legal Ethics 24 (2011), S. 1041 (1060 ff.); Wald, A Primer on Diversity, Discrimination, and Equality in the Legal Profession or Who is Responsible for Pursuing Diversity and Why, Georgetown Journal of Legal Ethics 24 (2011), S. 1079 (1081 f.); Skepsis bei Wilkins/Gulati, Why Are There So Few Black Lawyers in Corporate Law Firms? An Institutional Analysis, California Law Review 84 (1996), S. 493 (514 ff.).

229 Überblick zur Forschung bei Buengeler/Hobmann, Diversity in Teams: Was macht diverse Teams erfolgreich?, in: Genkova/Ringeisen (Hrsg.), Handbuch Diversity Kompetenz, Band 1: Perspektiven und Anwendungsfelder, 2015, S. 663; Gächter, Diversity Management als Anti-Diskriminierungsstrategie, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 657 (658 ff.); den Zusammenhang mit unternehmerischem Erfolg dagegen betonend McKinsey & Company, Diversity wins: How inclusion matters, 2020.

Frauen und Männern.²³⁰ Gleichwohl gibt es Faktoren, die darauf hindeuten, dass Diversität und damit zusammenhängend Diversitätskompetenz sowie ein für Diversität offenes Arbeitsumfeld auch und gerade für die Rechtspraxis relevant sind. Es gibt belastbare Anhaltspunkte dafür, dass die Arbeitszufriedenheit mit einem guten Diversitätsmanagement ansteigt, wovon *alle* Beschäftigten profitieren.²³¹ Verzerrende Einstellungs- und Beförderungspraktiken sind zudem für Behörden, Kanzleien und Justiz nachteilig – und das nicht nur mit Blick auf die demographische Entwicklung, die den „*war for talent*“ zunehmend verschärft und den freiwilligen oder unfreiwilligen Verzicht auf Talente etwa aufgrund ihres Geschlechts oder ihrer Herkunft zu einem teuren Wettbewerbsnachteil macht. International tätige Anwaltskanzleien müssen Diversitätsdefizite vermeiden und umfassende Diversitätskonzepte umsetzen, um im Wettbewerb um Mandant:innen und Mitarbeiter:innen – zumal aus dem insoweit stärker sensibilisierten Ausland – mithalten zu können.²³²

3. Diversitätsforderungen als Handlungsgebot

Muss man sich auf Basis dieser Befunde aber nun eigentlich Gedanken über Maßnahmen zur Förderung bestimmter Gruppen machen? Immerhin ließe sich trefflich argumentieren, dass es sowohl unter rechtlichen Gesichtspunkten als auch mit Blick auf die Chancengleichheit und individuelle Gerechtigkeit genüge, diskriminierende Handlungen, die die juristischen Ausbildungschancen von *People of Color* womöglich beeinträchtigen, schlicht zu untersagen und alles

230 Grünberger, Geschlechtergerechtigkeit im Wettbewerb der Regulierungsmodelle, Rechtswissenschaft 2012, S. 1 (15 f.); Krell, Gender unter dem Dach Diversity: Eine Auseinandersetzung mit häufig geäußerten Einwänden, in: Hohmann-Dennhardt/Körner/Zimmer (Hrsg.), Geschlechtergerechtigkeit: Festschrift für Heide Pfarr, 2010, S. 147 (148).

231 Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration/ Bundesinstitut für Bevölkerungsforschung, Kulturelle Diversität und Chancengleichheit in der Bundesverwaltung, 2020, S. 42.

232 Siehe hierzu beispielsweise den Open Letter to the Global Legal Community v. 30.9.2020 von den Leitungen der Rechtsabteilungen von zwölf internationalen Großbanken (<https://www.jpmorganchase.com/news-stories/open-letter-to-diversity-in-the-legal-industry>).

Weitere dem Markt und der freien Entscheidung privater Akteure oder dem Grundsatz der Bestenauslese (Art. 33 Abs. 2 GG) zu überlassen. Eine solche Sichtweise konzipiert Nichtdiskriminierungsgebote als Recht zur Wahrung von Chancengleichheit.²³³ Dabei bleibt die zentrale gesellschaftliche Frage freilich unbeantwortet: Was bedeutet „Herstellung von Chancengleichheit“, wenn man historisch bedingte und/oder sozial konstruierte ungleiche Ausgangsbedingungen mitberücksichtigt, die tatsächlich zu ungleichen Chancen führen?

Das grund- und menschenrechtliche Gleichheitsversprechen kann durchaus auf eine rein formal verstandene Pflicht zur Gleichbehandlung beschränkt werden. Dies war sogar lange Zeit das vorherrschende Gleichheitsverständnis. Dieses blendet alle weiteren Faktoren aus, die sich etwa für *People of Color* als potentielle Hindernisse einer juristischen Karriere darstellen. Solche Hindernisse aber können die Chancengleichheit beeinträchtigen und ziehen damit zugleich das rein formale Gleichheitsverständnis selbst in Zweifel.²³⁴ Tatsächlich lassen sich, wie wir aufgezeigt haben,²³⁵ zahlreiche derartige Hindernisse identifizieren. Unseres Erachtens ist die Lage bereits so dicht und hinreichend detailliert beschrieben, dass daraus ein Handlungsgebot resultiert.

233 Vertiefend zu den konkurrierenden Konzeptionen von Ergebnis- und Chancengleichheit Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 546 ff.

234 Ausführlich zur Kritik an rein formalen Gleichheitsverständnissen als Grundlage von Antidiskriminierungsrecht Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, S. 710 ff.; Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, S. 7 f., 187 ff., insbes. 190 ff.; aus dem US-amerikanischen Kontext statt vieler Pearce/Wald/Ballakrishnen, Difference Blindness vs. Bias Awareness: Why Law Firms with the Best of Intentions Have Failed to Create Diverse Partnerships, Fordham Law Review 83 (2015), S. 2407; zur normativen Begründung des Erfordernisses gesteigerter Diversität in der juristischen Profession Wald, A Primer on Diversity, Discrimination, and Equality in the Legal Profession or Who is Responsible for Pursuing Diversity and Why, Georgetown Journal of Legal Ethics 24 (2011), S. 1079 (1101 ff.).

235 Ein weiteres Beispiel liefert auch die Auswertung sozialwissenschaftlicher Daten in der *dissenting opinion* von Stephen Breyer im Fall U.S. Supreme Court, Parents Involved In Community Schools v. Seattle School Dist. No. 1, 551 U.S. 701, 803–869 (2007) (Breyer, J., diss.).