

Michael Fehling/Sascha Arnold

## Verfassungsfragen eines privilegierten Zugangs von Abiturienten mit Migrationshintergrund zum Lehramtsstudium\*

### 1 Problemstellung

In der Lehrerschaft sind Personen mit Migrationshintergrund im Vergleich zu deren Anteil an der Gesamtbevölkerung und deren Schüleranteil deutlich unterrepräsentiert. Dies wird zunehmend auch in der Politik<sup>1</sup> als Missstand angesehen, dem durch Fördermaßnahmen abgeholfen werden soll. Von Lehrern und Lehrerinnen mit Migrationshintergrund erhofft man sich eine Vorbildwirkung für die entsprechenden Schülergruppen. Außerdem seien diese Lehrkräfte besonders gut in der Lage, Schüler bei migrationspezifischen Problemen gezielt zu unterstützen, nicht nur in sprachlicher Hinsicht. Insgesamt soll so an den Schulen das Bewusstsein für die Probleme, aber auch Chancen geschärft werden, die in der unterschiedlichen kulturellen Identität der Schüler liegen.<sup>2</sup>

Juristisch stehen Kapazitätsengpässe beim Zugang zum Universitätsstudium im Vordergrund. Der daraus resultierende örtliche Numerus Clausus ist zum Teil für die genannte Zielgruppe zu hoch, um einen direkten Zugang zum Studium (ohne längere abschreckende Wartezeiten) zu erlangen. Ähnliche Probleme können sich auch bei der Zulassung zum Referendariat und bei der späteren Einstellung als Lehrer stellen, doch gibt es auf diesen Ebenen gegenwärtig wohl weniger Engpässe.

### 2 Diskussionswürdige gesetzliche Förderungsstrategien

Die vielfältigen Regelungsalternativen lassen sich auf zwei „Stellschrauben“ zurückführen.

#### 2.1 Anknüpfungspunkt für die rechtliche Förderung

Zunächst gilt es, die konkrete Gruppe zu definieren, deren Zugang zum Lehramtsstudium gefördert werden soll. Dazu lässt sich – erstens – direkt an den Migrationshintergrund der Bewerber

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten für die ZEIT-Stiftung Ebelin und Gerd Bucerus. In die Druckfassung sind die Anregungen aus dem von der ZEIT-Stiftung veranstalteten interdisziplinären Fachgespräch „Mehr Migranten werden Lehrer“ vom 19.11.2010, eingeflossen.

1 Vgl. etwa „Zuwanderung“, Beschluss der Kultusministerkonferenz vom 24.5.2002 i. d. F. vom 16.11.2006, Typoskript S. 4 u. 18; *Arbeitskreis Forum Bildung* in der Geschäftsstelle der Bund-Länder-Kommission für Bildungsplanung und Bildungsförderung, Empfehlungen des Forums Bildung, Bonn, 19.11.2001, Typoskript insbes. S. 22; wissenschaftliche Untersuchungen bestätigen dies, etwa *Georgi, V.*, Lehrende mit Migrationshintergrund in Deutschland: Eine empirische Untersuchung zu Bildungsbiographien, professionellem Selbstverständnis und schulischer Integration, Berlin 2010, Typoskript S. 1.

2 Zum Ganzen zusammenfassend *Georgi* (Anm. 1), S. 226 ff.

anknüpfen, der dazu allerdings gesetzlich definiert werden müsste.<sup>3</sup> Oder aber man verwendet – zweitens – verwandte Kriterien wie namentlich das der Bilingualität. Dabei wird sogar erwogen, nur bestimmte Sprachen (aus den klassischen Migrationsländern) zu privilegieren. Zur gesetzlichen Definition von Bilingualität scheint sich ein Verweis auf den Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen anzubieten,<sup>4</sup> doch ist unter Experten umstritten, inwieweit die dortigen Abstufungen für die Erfassung gerade von Bewerbern mit Migrationshintergrund tatsächlich taugen.<sup>5</sup> Drittens schließlich könnte direkt auf die eigentlich gewünschte interkulturelle Kompetenz abgestellt werden. Diese ist allerdings als solche besonders schwierig trennscharf zu definieren<sup>6</sup> und lässt sich in einem Studienplatz-Auswahlverfahren mit vertretbarem Aufwand wohl auch nur schwer ermitteln.<sup>7</sup>

Verfassungsrechtlich kommt es bei der Definition der begünstigten Bewerbergruppe darauf an, ein hinreichend bestimmtes Kriterium zu verwenden und einen Konflikt mit den verbotenen (Art. 3 Abs. 3 GG) Differenzierungsmerkmalen „Heimat“ und „Herkunft“ zu vermeiden.

## 2.2 Förderungs- bzw. Bevorzugungsmethode und -intensität

Bewerber mit Migrationshintergrund können beim Zugang zum Lehramtsstudium unterschiedlich gefördert bzw. bevorzugt werden. Als rechtlich unproblematisch erweisen sich insoweit bloße Werbemaßnahmen einschließlich der offiziellen Aufforderung gezielt an Bewerber mit Migrationshintergrund, ein Lehramtsstudium aufzunehmen. Die verfassungsrechtlichen Probleme beginnen, wenn Bewerber mit Migrationshintergrund bei im Übrigen gleicher Qualifikation (orientiert vor allem am Abiturdurchschnitt) im Einzelfall den Vorrang gegenüber anderen Bewerbern erhalten sollen. Eine weiter reichende Bevorzugung kann mit der Ausweisung einer (Vorab-)Quote von Studienplätzen speziell für Bewerber mit Migrationshintergrund – nach dem Vorbild der Auslän-

3 Eine allgemein anerkannte Definition existiert nicht. Häufig wird auf die Definition des *Statistischen Bundesamtes*, *Leben in Deutschland – Ergebnisse des Mikrozensus 2005, 2006*, S. 73 f., zurückgegriffen; so z. B. das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in seinem Bundesweiten Integrationsprogramm vom September 2010, S. 9 f. Diese Definition umfasst zunächst alle zugewanderten Ausländer und eingebürgerten Deutschen (inklusive Spätaussiedler). Erfasst werden außerdem die Kinder von Zugewanderten („zweite Generation“) oder der bereits in Deutschland geborenen eingebürgerten ausländischen Eltern („dritte Generation“). In § 2 Berliner Partizipations- und IntegrationsG wird hingegen die „dritte Generation“ ausgeklammert (hierzu unten 3.). Die Kultusministerkonferenz hingegen bejaht (bezogen auf Schüler) einen Migrationshintergrund dann, wenn eines der folgenden drei Merkmale vorliegt: 1. Keine deutsche Staatsangehörigkeit, 2. nicht deutsches Geburtsland, 3. nicht deutsche Verkehrssprache in der Familie bzw. im häuslichen Umfeld (wiedergegeben nach der Mitteilung des Senats, Konzept zur Förderung von mehr Migrantinnen und Migranten im Lehramt und im Bereich der sozialen Arbeit, Bremische Bürgerschaft Drs. 17/1071 v. 24.11.2009, S. 6 f.). Das Deutsche Studentenwerk wiederum knüpft stärker an die Staatsangehörigkeit (Einbürgerung, doppelte Staatsangehörigkeit oder Bildungsinländer) an, vgl. Bremische Bürgerschaft Drs. 17/677 v. 27.1.2009.

4 Zur entsprechenden Bremer Definition s.u. 3.

5 So wurde im Expertengespräch vom 19.11.2010 vorgebracht, die höchste Kompetenzstufe werde zum Abitur in der deutschen Sprache nicht einmal von deutschen Muttersprachlern durchweg erreicht, während die zweithöchste Kompetenzstufe im Englischen nach den Lehrplänen grundsätzlich auch von „normalen“ deutschen Englisch-Abiturienten gemeistert werden müsse.

6 Zur Definition von interkultureller Kompetenz in § 4 Abs. 3 S. 1 Berliner Partizipations- und IntegrationsG s.u. 3. Ferner untersucht eine Studie der *Bertelsmann Stiftung* (Interkulturelle Kompetenz – Schlüsselkompetenz des 21. Jahrhunderts?, 2006, S. 5) zahlreiche Definitionen und Elemente von interkultureller Kompetenz und beschreibt diese schließlich als „die Kompetenz, auf Grundlage bestimmter Haltungen und Einstellungen sowie besonderer Handlungs- und Reflexionsfähigkeiten in interkulturellen Situationen effektiv und angemessen zu interagieren.“

7 An der Universität Hamburg bewarben sich zuletzt rund 2600 Bewerber auf etwa 260 Plätze für das Lehramt für Gymnasien (Auskunft von Herrn *Schoeler*, Referatsleiter im Zentrum für Studierende der Universität Hamburg).

derquoten<sup>8</sup> – verbunden sein, wenn innerhalb dieser Quote im Ergebnis die NC-Anforderungen geringer sind als bei den übrigen Bewerbern. Dies hängt freilich von der Größe der Quote im Verhältnis zur Zahl und zum Abiturdurchschnitt der in dieser Quote zu berücksichtigenden Bewerber ab.<sup>9</sup> Vorstellbar wären schließlich auch Bonuspunkte zur Aufbesserung des zugrunde gelegten Abiturdurchschnitt für Bilingualität oder andere Parameter, in denen sich typischerweise besondere interkulturelle Kompetenz widerspiegelt.<sup>10</sup>

Verfassungsrechtlich steigen die Rechtfertigungsanforderungen, je weitreichender Bewerber mit Migrationshintergrund bei der Vergabe knapper Lehramts-Studienplätze bevorzugt und damit sonstige Bewerber spiegelbildlich benachteiligt werden.

### 3 Bisherige gesetzliche Regelungen

Bislang gibt es einschlägige gesetzliche Regelungen nur in Bremen und (nur am Rande die Hochschulen betreffend) in Berlin.<sup>11</sup> Außerhalb der Stadtstaaten scheinen bislang keine besonderen Kapazitätsengpässe beim Zugang zum Lehramtsstudium zu bestehen; zumindest in den größeren Flächenstaaten stehen den Bewerbern mehrere Hochschulen mit Lehramtsstudiengängen zur Verfügung und auch der Bevölkerungsanteil von Menschen mit Migrationshintergrund dürfte außerhalb der Großstädte weit geringer sein.<sup>12</sup>

Die *bremische* „Verordnung über die Vergabe von Studienplätzen durch die Hochschulen“ in der geänderten Fassung vom 1.7.2010<sup>13</sup> knüpft an die Bilingualität an und bezieht die entsprechenden Bewerber in die ansonsten für Ausländer reservierte (bislang nicht ausgeschöpfte)<sup>14</sup> Vorabquote mit ein: Von den festgesetzten Zulassungszahlen sind vorweg 8 % für die Zulassung von ausländischen Staatsangehörigen und Staatenlosen sowie für Bewerber „mit bilingualer Sprachkompetenz auf dem Niveau des europäischen Referenzrahmens“ abzuziehen (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 VO). Innerhalb dieser Quote werden die Bewerber „in erster Linie nach dem Grad der Qualifikation“ ausgewählt, der sich „nach der Durchschnittsnote der Hochschulzugangsberechtigung“ bestimmt (§ 13 Abs. 1 S. 1, 2 VO). Man geht davon aus, dass die Bewerber mit bilingualer Sprachkompetenz durch Einbeziehung in die Ausländerquote tendenziell mit einem etwas schlechteren Abiturdurchschnitt zum Zuge kommen als bei Einreihung in den allgemeinen Bewerberkreis. Verlässliche Daten fehlen jedoch. Die so bevorzugten Bewerber dürfen in den übrigen in der Verordnung vorgesehenen Quoten nicht mehr berücksichtigt werden (§ 13 Abs. 5 VO).

8 Vgl. Art. 9 Abs. 1 Nr. 3 „Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung“; stellvertretend für die aktuellen Landesregelungen § 3 Hochschulzulassungsgesetz Hamburg (HmbGVbl. 2004, S. 515, zuletzt geändert HmbGVbl. 2010, S. 473, 476).

9 Nach Auskunft von Herrn *Schoeler* (Anm. 7) führt die Ausländervorabquote von 10 % bei Lehramtsstudiengängen in Hamburg im Ergebnis nicht dazu, dass Ausländer leichter als Deutsche einen Studienplatz bekommen. Denn deren ungerechneter Abiturdurchschnitt sei grundsätzlich nicht schwächer (soweit sich dies wegen der großen Umrechnungsschwierigkeiten realistisch beurteilen lässt).

10 Teilweise vergleichbare Bonussysteme finden sich derzeit bei Ausländern für Deutschkenntnisse oder als Ausfluss spezifischer Studierfähigkeits-Tests, so z. B. in Hamburg, Auskunft von Herrn *Schoeler* (Anm. 7).

11 In Hamburg wird ohne gesetzliche Abstützung eine Quote „unter Beachtung der Bestenauslese ggf. zur Abdeckung eines schulischen Bedarfs an Bewerberinnen und Bewerbern mit Migrationshintergrund“ für den Eintritt in den Vorbereitungsdienst angewandt; für den Hochschulzugang findet sich keine solche Regelung.

12 So auf telefonische Anfrage die Vermutung der zuständigen Referenten im Wissenschaftsministerium NRW, *Dr. Zils*, und (auf das Referendariat bezogen) im Schulministerium NRW, *Dr. Filmer*.

13 Gesetzblatt der Freien Hansestadt Bremen v. 22.6.2010, S. 375 ff.

14 Mitteilung des Bremischen Senats v. 16.3.2010, Drs. 17/1222, S. 48.

Auf eine direkte Anknüpfung an den Migrationshintergrund wurde in Bremen wohl auch deshalb verzichtet, weil man verfassungsrechtliche Probleme fürchtete.<sup>15</sup> Letztlich hofft man jedoch, über das Hilfskriterium der Bilingualität doch Bewerber mit Migrationshintergrund zu erreichen.<sup>16</sup>

Im Berliner „Gesetz zur Regelung von Partizipation und Integration in Berlin“<sup>17</sup> sind „Menschen mit Migrationshintergrund“ als Personen definiert, die entweder keine deutschen Staatsangehörigen sind, im Ausland geboren und seit 1949 nach Deutschland zugewandert sind oder bei denen mindestens ein Elternteil entsprechend zugewandert ist (§ 2). Diese Berliner Definition stieß teilweise auf Kritik, denn in der Fachliteratur werden oftmals auch noch Zuwanderer der „dritten Generation“ (Zuwanderung bereits in der Generation der Großeltern) zu den Menschen mit Migrationshintergrund gezählt.<sup>18</sup> Der Berliner Senat wollte aber bewusst stärker auf die eigene Migrationserfahrung bzw. die eines Elternteils abstellen und daher die „dritte Generation“ ausklammern. Dies entspreche auch der fachlichen und wissenschaftlichen Kritik an der deutlich weitergehenden Definition des Statistischen Bundesamtes.<sup>19</sup> Der Hochschulzugang ist im Integrationsgesetz selbst nicht angesprochen, wohl aber der Zugang zum Öffentlichen Dienst. Insoweit soll „die interkulturelle Kompetenz bei der Beurteilung der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistungen (...) grundsätzlich berücksichtigt werden“ (§ 4 Abs. 3 S. 3). Dies kann sich mittelbar als Bevorzugung von Bewerbern mit Migrationshintergrund auswirken. Interkulturelle Kompetenz ist in § 4 Abs. 3 S. 1 als „eine auf Kenntnissen über kulturell geprägte Regeln, Normen, Werthaltungen und Symbole beruhenden Form der fachlichen und sozialen Kompetenz“ definiert, in der Begründung werden Einzelmerkmale genannt.<sup>20</sup> Zudem ist bei Stellenausschreibungen darauf hinzuweisen, dass Bewerbungen von Menschen mit Migrationshintergrund, die die Einstellungs Voraussetzungen erfüllen, ausdrücklich erwünscht sind (§ 4 Abs. 4).

Zugleich wurde das Berliner Hochschulgesetz ergänzt: „Die Hochschulen regen durch ihre Öffentlichkeitsarbeit insbesondere bei an der jeweiligen Hochschule unterrepräsentierten Bevölkerungsgruppen die Aufnahme eines Studiums an. Sie beraten und unterstützen bei der Entscheidung über die Aufnahme eines Studiums und die Wahl des Studienfaches“ (§ 4 Abs. 6 S. 1 u. 2 HG). Diese Regelung knüpft mittelbar an den Migrationshintergrund an, sieht aber für den Studienzugang bloße Werbemaßnahmen und – anders als beim Zugang zum öffentlichen Dienst – keine rechtliche Bevorzugung vor.

15 In diese Richtung *Senat der Bremischen Bürgerschaft*, Antwort auf die Große Anfrage der Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen und der SPD v. 27.1.2009, Drs. 17/677, S. 4 f.

16 So die Abg. *Bösch* (Bremische Bürgerschaft), Plenarprotokoll v. 27.1.2010, S. 4441.

17 GVBl. Berlin v. 28.12.2010, S. 560.

18 Nachweise oben Anm. 3.

19 Zu den Erwägungen des Berliner Abgeordnetenhaus Drs. 16/3524 v. 29.9.2010, S. 16; kritisch zur Definition im Gesetzentwurf die Abg. *Bayram*, Plenarprotokoll v. 7.10.2010, S. 6733. Zur Definition des Statistischen Bundesamtes s.o. Anm. 3.

20 Abgeordnetenhaus Berlin Drs. 16/3524 v. 29.9.2010, S. 18: „Die/der Bewerber/in, die/der zu Beurteilende (i) nimmt kulturelle Unterschiede wahr, setzt sie in Beziehung zueinander und leistet kulturelle Übersetzungsarbeit, (ii) respektiert unterschiedliche kulturelle Gruppen als gleichwertig, (iii) reflektiert die eigene Sichtweise und das Orientierungs- und Regelungssystem der eigenen Kultur emotional und kognitiv, (iv) tritt vorurteilsfrei gegenüber fremden Orientierungs- und Regelungssystemen der Wahrnehmung, des Denkens, Empfindens, Urteilens und Handelns auf, (v) erkennt rechtzeitig, wodurch interkulturelle Konflikte entstehen, und lässt die Erkenntnis in ihr/sein Handeln einfließen.“

## 4 (Verfassungs-)Rechtliche Grundlagen

Sämtliche Modelle müssen zunächst den folgenden (verfassungs-)rechtlichen Vorgaben genügen.

### 4.1 Art. 12 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG als genereller Maßstab für die Studienplatzvergabe bei Kapazitätsmangel

Aus dem Grundrecht der freien Wahl der Ausbildungsstätte (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) folgt für deutsche Staatsbürger im Grundsatz auch ein Anspruch darauf, zum Studium ihrer Wahl an einem Studienort ihrer Wahl zugelassen zu werden, sofern sie die subjektiven Hochschulzulassungsvoraussetzungen (in der Regel Abitur) erfüllen.<sup>21</sup>

Bei (örtlichen oder gar allgemeinen) Kapazitätsmängeln tritt an die Stelle des Zulassungsanspruchs ein Recht auf chancengleiche Berücksichtigung bei der unvermeidlichen Auswahlentscheidung. Dieses derivative Teilhaberecht geht über einen bloßen Anspruch auf Gleichbehandlung hinaus. Die Verantwortlichen „sind [...] gehalten, sich in steter Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken um eine auch für den Benachteiligten zumutbare Auswahl zu bemühen. Insbesondere muss die Regelung jedem zulassungsberechtigten Bewerber eine Chance belassen“.<sup>22</sup> Danach ist ein strikter Numerus Clausus, kombiniert allein mit einer Wartezeitregelung, dann ausgeschlossen, wenn und soweit die Wartezeit mehrere Jahre beträgt und damit kaum überbrückbar erscheint.

Darüber hinaus gilt der Allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Die Auswahlkriterien und -verfahren dürfen also nicht willkürlich sein.<sup>23</sup> Wegen des engen Zusammenhangs mit Art. 12 GG<sup>24</sup> wird man mit den strengeren Anforderungen der „neuen Formel“<sup>25</sup> verlangen müssen, dass die Unterschiede zwischen Studenten mit und Studenten ohne Migrationshintergrund von solcher Art und solchem Gewicht sind, dass sie auch unter Verhältnismäßigkeitsaspekten eine Ungleichbehandlung rechtfertigen. Insoweit hat das Bundesverfassungsgericht Sonderquoten für soziale Härtefälle mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und solche für Ausländer durch das Interesse am internationalen Austausch gerechtfertigt.<sup>26</sup>

Im Übrigen bezieht sich diese Verfassungsrechtsprechung auf einen absoluten bundesweiten Numerus Clausus, der im Vergleich zu bloß örtlichen Zulassungsbeschränkungen und Auswahlnot-

21 Vgl. BVerfGE 33, 303 (332); *Mann, T.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG-Kommentar, 5. Aufl. München 2009, Art. 12 Rn. 18; *Manssen, G.*, in: v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), GG-Kommentar, Band 1, 6. Aufl. München 2010, Art. 12 Rn. 16.

22 Grundlegend BVerfGE 33, 303 (345). Teilweise wird behauptet, diese Rechtsprechung passe nicht mehr auf das heutige wettbewerblichere Hochschulsystem, so etwa *Hailbronner, K.*, Hochschulzugang, zentrale Studienplatzvergabe und Hochschulauswahlverfahren, *WissR* 35 (2002), S. 209 (215 ff.); *Steinberg, R./Müller, H.*, Art. 12 GG, Numerus Clausus und die neue Hochschule, *NVwZ* 2006, S. 1113 (1115 ff.). Das überzeugt indes nicht, da die Studienbewerber im neuen System ebenso schutzbedürftig sind, dazu *Hauck-Scholz, P./Brauhardt, B.*, Verfassungsrechtliche Aspekte des neuen Studienplatzvergaberechts, *WissR* 41 (2008), S. 307 (322 ff.); vgl. auch OVG Münster, DVBl. 2011, S. 303 (307).

23 Zur Deutung von Art. 3 Abs. 1 GG als Willkürverbot BVerfGE 4, 144 (155); *Heun, W.*, in: Dreier, H. (Hrsg.), GG-Kommentar, Band 1, 2. Aufl. Tübingen 2004, Art. 3 Rn. 19.

24 Zur Anwendung der „neuen Formel“ statt des schwächeren Willkürverbots, wenn gleichzeitig der Gebrauch grundrechtlicher Freiheiten massiv erschwert wird, siehe *Pieroth, B./Schlink, B.*, Grundrechte Staatsrecht II, 26. Aufl. Heidelberg 2010, Rn. 470.

25 Zur „neuen Formel“ z. B. BVerfGE 55, 72 (88); E 74, 9 (24); *Pieroth/Schlink*, (Anm. 24), Rn. 472 ff.

26 Vgl. BVerfGE 33, 303 (345).

wendigkeiten einen weitaus schwereren Eingriff in die freie Wahl der Ausbildungsstätte darstellt. An das Gewicht der Differenzierungsgründe bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind daher im Falle bloßer örtlicher Zulassungsbeschränkungen geringere Anforderungen zu stellen.<sup>27</sup>

#### 4.2 Vorwirkung des Leistungsprinzips des Art. 33 Abs. 2 GG bei exklusiv auf den Öffentlichen Dienst ausgerichteten Studiengängen

Für die Auswahlentscheidung beim Zugang zum Öffentlichen Dienst greift die spezielle Regelung des Art. 33 Abs. 2 GG, der mit der Begriffstrias „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ das Leistungsprinzip und den Grundsatz der Bestenauslese verfassungsrechtlich festschreibt.<sup>28</sup>

Diese Bestimmung gilt nicht unmittelbar für den Zugang zum Studium; die „Ausbildungsstätte“ ist damit abzugrenzen vom „Öffentlichen Dienst“, zu dem erst der Vorbereitungsdienst und die Lehrerstellen an öffentlichen Schulen zählen. Wenn das Studium jedoch im Grundsatz ausschließlich auf einen Beruf im Öffentlichen Dienst vorbereitet, wie es bei „echten“ Lehramtsstudiengängen der Fall ist (im Gegensatz zu allgemeinen fachbezogenen Studiengängen ohne Fokussierung auf eine spätere Berufstätigkeit im Öffentlichen Dienst), so sind die Ziele des Art. 33 Abs. 2 GG schon bei der Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG zu berücksichtigen.<sup>29</sup> Denn letzten Endes geht es gerade darum, möglichst gute Bewerber für den Öffentlichen Dienst wissenschaftlich auszubilden. Kriterien, die Art. 33 Abs. 2 GG für die Einstellung im Öffentlichen Dienst zulässt, müssen daher auch beim Hochschulzugang zum spezifischen Lehramtsstudium als willkürfrei und verhältnismäßig anerkannt werden.

##### 4.2.1 Interkulturelle Kompetenz als Eignungskriterium

In der Trias „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung“ meint die „Befähigung“ die durch Ausbildung erworbene fachliche Qualifikation, wie sie sich hier vor allem in den Schulnoten niederschlägt.<sup>30</sup> Das Merkmal „fachliche Leistung“ zielt auf die fachliche Bewährung in der Praxis,<sup>31</sup> was beim Studienzugang noch keine Bedeutung erlangen dürfte. Der Schlüsselbegriff ist hier vielmehr derjenige der „Eignung“. Dieser erfasst alle sonstigen im Hinblick auf die Anforderungen des jeweiligen Amtes relevanten Persönlichkeitsmerkmale.<sup>32</sup> Beim Lehrerberuf gehören dazu zweifelsohne alle pädagogischen Fähigkeiten. Demzufolge wird hier auch die interkulturelle Kompetenz relevant, wenn typisierend davon auszugehen ist, dass ein Lehrer auch eine signifikante Anzahl von Schülern mit Migrationshintergrund unterrichten wird.

Welches Gewicht solche Eignungskriterien im Vergleich zur Befähigung und fachlichen Leistung bei einer Auswahlentscheidung gewinnen dürfen, legt die Verfassung nicht fest. Beim Zugang zum Öffentlichen Dienst sind die Anforderungen des konkret zu besetzenden Amtes maßge-

27 In diese Richtung BayVGh v. 21.3.2006 – Az. 7 CE 06.10178 –, Rn. 34 f., die durch eine dezentrale Vergabe von Studienplätzen mögliche Vielfalt von Zulassungsmöglichkeiten betonend.

28 *Jachmann, M.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 21), Art. 33 Rn. 12.

29 *Battis, U.*, in: Sachs (Anm. 21), Art. 33 Rn. 25; *Jachmann, M.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 21), Art. 33 Rn. 15.

30 *Masing, J.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 33 Rn. 44.

31 BVerfGE 110, 304 (322); *Masing, J.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 33 Rn. 45.

32 *Masing, J.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 33 Rn. 45.

bend.<sup>33</sup> Dies lässt sich für den Zugang zum lehramtsspezifischen Studium aber nicht ohne Weiteres übertragen, weil zu diesem Zeitpunkt ein später konkret übernommenes Amt noch nicht absehbar ist. Man wird stattdessen typisierend auf die beruflichen Anforderungen des jeweiligen Lehramtsfaches und der jeweiligen Schulart bzw. Schulstufe, auf die das Studium ausgerichtet ist, abzustellen haben. Dabei erscheint es prima facie vertretbar, der allgemeinen pädagogischen Eignung ein ebenso hohes Gewicht einzuräumen wie der durch Abiturnoten nachgewiesenen Befähigung. Die interkulturelle Kompetenz wird freilich bei der pädagogischen Eignung wieder nur einer von mehreren Faktoren sein können. Letztlich liegt das verfassungsrechtliche Problem hier nicht im Auswahlkriterium „interkulturelle Kompetenz“ als solchem, sondern in dessen rechtssicherer Feststellung, etwa durch Rückgriff auf besser definier- und abprüfbare Hilfskriterien wie den (vor Art. 3 Abs. 3 GG problematischen) „Migrationshintergrund“.<sup>34</sup>

#### 4.2.2 Abgrenzung zur positiven Diskriminierung

Zu beachten ist hier der Unterschied zwischen umfassender Eignungsbewertung und positiver Diskriminierung („affirmative action“): Werden Bewerber durch eine wie auch immer festgestellte besondere interkulturelle Kompetenz trotz schlechteren Abiturdurchschnitts als besser für eine spätere Lehrerposition geeignet i.S.v. Art. 33 Abs. 2 GG eingestuft und deshalb bei der Studienplatzvergabe gegenüber anderen Bewerbern mit besserem Abiturdurchschnitt bevorzugt, so handelt es sich nicht um eine (verfassungsrechtlich besonders umstrittene) positive Diskriminierung. Vielmehr wird das Prinzip der Bestenauslese uneingeschränkt verwirklicht, wenn und soweit die interkulturelle Kompetenz typisierend zu den Eignungsmerkmalen der letztendlich zu besetzenden Lehrerstellen gehört. Die Probleme sind dann gegebenenfalls solche des Art. 3 Abs. 3 GG, nicht aber des Art. 33 Abs. 2 GG. Nur wo kein direkter Zusammenhang zwischen interkultureller Kompetenz oder einem verwandten Hilfskriterium zu den Anforderungen des angestrebten Lehramtes herzustellen ist, stellt sich die vor allem aus der Frauenförderung bekannte Frage, inwieweit über die Qualifikationsmerkmale des Art. 33 Abs. 2 GG hinaus weitere Kriterien (wie etwa das Geschlecht) herangezogen werden dürfen. Insoweit sind die Gerichte sehr restriktiv.

Bei der Frauenförderung hat sich die allgemeine Leitlinie durchgesetzt, dass nur dann hilfsweise auf andere Kriterien zurückgegriffen werden darf, wenn es um die Auswahl zwischen weitgehend gleich qualifizierten Bewerbern geht.<sup>35</sup> Auch dann ist aber keine schematische Bevorzugung anhand eines solchen Zusatzkriteriums (etwa Unterrepräsentation der betreffenden Gruppe im jeweils angestrebten Amt) erlaubt,<sup>36</sup> sondern es muss eine Gesamtabwägung möglich bleiben.<sup>37</sup>

Auf diese verfassungsrechtliche Grenze stößt man indes nur, wenn es sich um eignungsfremde Zusatzkriterien handelt, nicht aber dann, wenn der gewählte Anknüpfungspunkt – wie hier die interkulturelle Kompetenz – zulässiges Eignungsmerkmal gemäß Art. 33 Abs. 2 GG ist.

33 BVerfGE 92, 140 (155); BVerfG v. 8.10.2007 – 2 BvR 1846/07; *Jachmann, M.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 21), Art. 33 Rn. 17.

34 Die interkulturelle Kompetenz selbst erscheint mangels hinreichender Bestimmtheit und Operationalisierbarkeit als unmittelbarer gesetzlicher Anknüpfungspunkt wenig geeignet; siehe bereits oben 2.1. sowie unten 5.3.

35 BAGE 73, 269 (279); OVG Lüneburg, ZBR 1997, 188 (190 f.); *Masing, J.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 33 Rn. 37; allerdings gibt es auch Gegenstimmen, die eine Anknüpfung am Geschlecht sogar als Hilfskriterium für verboten erachten, z. B. *Sachs, M.*, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VIII, 3. Aufl. Heidelberg 2010, § 182 Rn. 173 u. 175.

36 OVG Münster, NVwZ 1991, S. 501 (503) für Frauenquoten.

37 In diese Richtung *Masing, J.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 33 Rn. 52.

### 4.3 Verbot bestimmter in Art. 3 Abs. 3 GG normierter Differenzierungsmerkmale

Durchweg verboten ist eine Bevorzugung oder Benachteiligung – also jede Differenzierung – wegen der in Art. 3 Abs. 3 GG normierten Merkmale, insbesondere wegen Abstammung, Rasse, Heimat oder Herkunft. Dies gilt für den Zugang zum Öffentlichen Dienst – die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale dürfen also grundsätzlich nicht als Eignungskriterien im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG herangezogen werden<sup>38</sup> – und gleichermaßen für die Auswahl von Studierenden bei Kapazitätsengpässen, unabhängig von einer Vorwirkung des Art. 33 Abs. 2 GG.

#### 4.3.1 *Ethnische Herkunft als von Art. 3 Abs. 3 GG erfasstes Differenzierungsmerkmal*

Wird auf den Migrationshintergrund eines Bewerbers abgestellt, so weist dies eine gewisse Nähe zu verschiedenen verbotenen Differenzierungskriterien auf:

„Heimat“ im Sinne des Art. 3 Abs. 3 GG meint nicht etwa „Staatsangehörigkeit“<sup>39</sup>, sondern vielmehr die persönlichkeitsprägende Bedeutung der örtlichen Umgebung während Kindheit und Jugend, die zur diskriminierungsgefährdeten Fremdheit in anderer Umgebung führt.<sup>40</sup> Der Migrationshintergrund verknüpft sich in diesem Sinne mit einer (anderen) Heimat, wenn der/die Betreffende selbst in Deutschland eingewandert ist. Für Zuwanderer der zweiten Generation wäre dagegen diese Heimat-Definition wörtlich verstanden nicht einschlägig, da Anknüpfungspunkt nicht die örtliche Umgebung ihrer Kindheit wäre, sondern die Tatsache, dass sie von einer bestimmten Person mit Migrationserfahrung abstammen. Die gängige Definition von „Migrationshintergrund“ erfasst aber gerade auch solche in Deutschland geborenen und aufgewachsenen Personen, von denen mindestens ein Elternteil zugewandert ist.<sup>41</sup> Versteht man „Heimat“ im obigen Sinne eng, ist eine andere „Heimat“ also nicht deckungsgleich mit „Migrationshintergrund“.

Die „Herkunft“ soll in Abgrenzung zur „Heimat“ stärker sozial statt örtlich zu verstehen sein, meint also in erster Linie die schichtspezifische Verwurzelung (Arbeiterklasse u. Ä.).<sup>42</sup> Dies kann, muss aber keineswegs mit einem Migrationshintergrund einhergehen. Ein zu enges Verständnis verbietet sich jedoch wegen des historisch-genetischen Zwecks der Regelungen, den im Nationalsozialismus erfahrenen Diskriminierungen umfassend entgegenzuwirken.<sup>43</sup> Vor diesem Hintergrund besteht anscheinend Einigkeit, dass auch die sogenannte „ethnische Herkunft“ unter die in Art. 3 Abs. 3 GG normierten Differenzierungsverbote fällt, unabhängig davon, ob sie in der Geburt und dem Aufwachsen in einem anderen Land gründet (wie dies bei Zuwanderern selbst der Fall ist) oder aber in der Familie (Migrationshintergrund in der zweiten Generation).<sup>44</sup>

Beachtung verdient im vorliegenden Kontext schließlich auch das Differenzierungsverbot wegen der „Sprache“. Dabei ist vieles noch ungeklärt. Vor Benachteiligung geschützt werden soll wohl vor allem, wer im Alltag eine andere Sprache oder Dialekt spricht.<sup>45</sup> Das Bundesverfassungs-

38 BVerwGE 61, 325 (330); *Masing, J.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 33 Rn. 46.

39 Vgl. BVerfGE 51, 1 (30) u. *Pieroth/Schlink* (Anm. 24), Rn. 480.

40 BVerfGE 5, 17 (22); E 17, 199 (203).

41 Siehe oben Anm. 3. Insoweit macht sogar § 2 Berliner Partizipations- und IntegrationsG keine Ausnahme, wo die dritte Generation ausgeklammert wird; siehe oben 3.

42 BVerfGE 5, 17 (22); E 48, 281 (287 f.).

43 Zu diesem Hintergrund eingehend *Britz, G.*, *Kulturelle Rechte und Verfassung*, Tübingen 2000, S. 149 ff., unter Verweis auf die Materialien des Parlamentarischen Rats, JöR n.F. Bd. 1, 1951, S. 67.

44 Vgl. VGH München, NVwZ-RR 2009, S. 110 (113).

45 *Starck, C.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 21), Art. 3 Rn. 389.

gericht hat aber beiläufig Sprachenkenntnisse als selbstverständlich zulässige Eignungsvoraussetzung für Beamte bezeichnet.<sup>46</sup> Die Berücksichtigung zusätzlicher Sprachkenntnisse in Form von Bilingualität erscheint vor dem NS-Hintergrund der Diskriminierungsverbote erst recht grundsätzlich unproblematisch. Denn die Anknüpfung an zusätzliche Sprachkenntnisse weist kein spezifisches Diskriminierungspotential auf, wie es den in Art. 3 Abs. 3 GG aufgeführten Begriffen gerade in historischer Perspektive innewohnt.<sup>47</sup>

Die beim Abstellen auf den Migrationshintergrund problematischen Begriffe sind im Lichte des Art. 3 Abs. 3 GG damit allein „Heimat“ und „Herkunft“ in Form der ethnischen Herkunft.

#### 4.3.2 Verknüpfung zwischen Bevorzugung oder Benachteiligung und der ethnischen Herkunft („wegen“)

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Feststellung, wann eine Differenzierung „wegen“ der in Art. 3 Abs. 3 GG verpönten Merkmale vorliegt. Im Ausgangspunkt kommt es auf die Ursächlichkeit der Merkmale für die Benachteiligung oder Bevorzugung an.<sup>48</sup> Freilich ist dieses Kausalitätsmodell seinerseits offen für verschiedene Varianten wertender Zurechnung. Die Rechtsprechung hat insoweit mittlerweile deutlich gemacht, dass ein Diskriminierungswille (Finalität) nicht nachgewiesen werden muss,<sup>49</sup> hat sich im Übrigen aber nicht klar festgelegt. Die folgenden Interpretationsmöglichkeiten beruhen weitgehend auf Systematisierungsversuchen im Schrifttum.

Verbreitet versteht man Art. 3 Abs. 3 GG als *absolutes Anknüpfungsverbot*, das jede Verwendung eines der verpönten Merkmale als Voraussetzung einer Rechtsfolge ausschließt, selbst wenn die Regelung nicht auf die verbotene Ungleichbehandlung abzielt, sondern andere Ziele verfolgt.<sup>50</sup> Zur Vermeidung von Umgehungen kann es dabei nicht allein auf den gewählten Begriff ankommen, vielmehr ist die sachliche Identität mit einem oder mehreren der in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmale maßgeblich. Legt man ein derart weit verstandenes Anknüpfungsverbot zugrunde, so dürfte der Migrationshintergrund als Anknüpfung an die ethnische Herkunft unter Art. 3 Abs. 3 GG fallen. Von vornherein unproblematisch ist nur die direkte Bezugnahme auf interkulturelle Kompetenz.

Eine ebenfalls verbreitete Lesart sieht Art. 3 Abs. 3 GG als *Begründungsverbot*. Danach muss die Ungleichbehandlung begründet werden können, ohne auf die genannten Merkmale zurückzugreifen.<sup>51</sup> Auch dann stößt die Bevorzugung wegen eines Migrationshintergrundes und die damit spiegelbildlich verbundene Zurücksetzung sonstiger Bewerber auf verfassungsrechtliche Bedenken. Allerdings stellt der Migrationshintergrund nicht die eigentliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung dar, sondern dient nur dem Nachweis interkultureller Kompetenz, was als solches nicht unter die verbotenen Merkmale fällt. Wenn aber mit dem Migrationshintergrund diese interkulturelle Kompetenz gleichsam unwiderleglich vermutet wird, ist letztlich doch schon die

46 BVerfGE 39, 334 (368).

47 In diese Richtung *Rüfner, W.*, in: Dolzer, R./Graßhof, K./Kahl, W./Waldhoff, C. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, 76 Lfg. Mai 1996, Art. 3 Rn. 834.

48 BVerfGE 19, 119 (126); E 39, 334 (368); *Heun, W.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 3 Rn. 120.

49 BVerfGE 97, 35 (43); E 114, 357 (364).

50 BVerfGE 85, 191 (206); E 97, 35 (43); E 114, 357 (364); *Rüfner, W.* Die mittelbare Diskriminierung und die speziellen Gleichheitssätze in Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, in: Wendt, R. (Hrsg.), FS Friauf, Heidelberg 1996, S. 331 (336).

51 BVerfGE 39, 334 (368); *Starck, C.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 21), Art. 3 Rn. 379; *Heun, W.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 3 Rn. 124.

ethnische Herkunft als maßgebliche Begründung für die Differenzierung anzusehen. Denn beide Kriterien (interkulturelle Kompetenz und Migrationshintergrund als Frage der ethnischen Herkunft) werden dann gesetzlich als de facto deckungsgleich behandelt.

Allerdings erscheint auch eine etwas *engere Interpretation* von Art. 3 Abs. 3 GG nicht gänzlich ausgeschlossen. Darauf deutet die Parabolantennen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hin. Dort ging es um die Frage, ob ein Mieter mit Wurzeln im Ausland bei fehlendem Kabelempfang einen Anspruch gegen seinen Vermieter auf Zulassung einer Parabolantenne hat, damit der Mieter Rundfunkprogramme aus seiner Heimat empfangen kann. Das Gericht hat das Interesse ständig in Deutschland lebender Ausländer am Empfang von Rundfunkprogrammen ihrer Heimatländer trotz Art. 3 Abs. 3 GG als besonderes Abwägungskriterium in diesem Mietrechtsstreit anerkannt, denn dabei gehe es „nicht um die generelle Bevorzugung einer Personengruppe wegen ihrer Heimat, sondern um die Berücksichtigung aller entscheidungserheblichen Faktoren bei der Abwägung“ zwischen den Mieter- und den Vermieterinteressen. „Der Inländerstatus führt nicht notwendig zur Versagung, der Ausländerstatus nicht notwendig zur Anerkennung des Anspruchs auf Errichtung einer Parabolantenne“.<sup>52</sup> Dieses Judikat lässt sich womöglich auf ein Modell übertragen, bei dem der Migrationshintergrund nur ein Auswahlkriterium unter mehreren darstellt und insoweit in eine Gesamtbeurteilung (etwa im Rahmen eines Punktesystems) einfließt. Verboten wäre nach dieser Lesart eine Bevorzugung wegen der „Heimat“ oder der „Herkunft“ nur, wenn dies als alleiniges oder zumindest ganz vorrangiges Differenzierungskriterium (etwa im Rahmen einer Quote) dient.

Teilweise wird Art. 3 Abs. 3 GG (vor allem beim Verständnis als Begründungsverbot, vereinzelt aber auch bei Interpretation als Anknüpfungsverbot) jedoch dergestalt weiter interpretiert, dass er auch *indirekte, verdeckte Diskriminierungen* erfassen soll. Nach dieser Lesart ist die jeweilige Begründung der Ungleichbehandlung auch darauf zu untersuchen, ob sie im Hinblick auf die Auswirkungen hinreichend tragfähig oder aber nur vorgeschoben ist und ein tatsächlich zugrunde liegendes verbotenes Differenzierungsmerkmal kaschieren soll.<sup>53</sup> Eine solche Einbeziehung indirekter, mittelbarer Diskriminierungen nähert das Verständnis des Art. 3 Abs. 3 GG an dasjenige der europäischen Grundfreiheiten (z. B. Niederlassungsfreiheit)<sup>54</sup> an. Legt man diese Auffassung zugrunde, so könnte sogar das Kriterium der Bilingualität verfassungsrechtlich bedenklich werden, sofern Bilingualität und ausländische Herkunft weitestgehend deckungsgleich sind und dies als Indiz dafür gewertet wird, das Kriterium der Bilingualität sei nur vorgeschoben, um das eigentlich gemeinte verbotene Kriterium der ethnischen Herkunft zu verschleiern. Dies liegt besonders nahe, wenn die Bevorzugung auf bestimmte typische Migrationssprachen beschränkt würde.

Die Verfassungsrechtsprechung hat allerdings bislang bloße mittelbare Diskriminierungen nur beim Merkmal „Geschlecht“ beanstandet,<sup>55</sup> wo noch Art. 3 Abs. 2 GG hinzutritt.<sup>56</sup> Sofern man allerdings versteckte Diskriminierungen allgemein in Art. 3 Abs. 3 GG einbezieht,<sup>57</sup> wird man – wie

52 BVerfGE 90, 27 (37); dazu vgl. *Britz* (Anm. 43), S. 147.

53 Hierzu *Sachs, M.*, in: Insensee/Kirchhof (Anm. 36), § 182 Rn. 31, vgl. Rn. 69 ff.; *Heun, W.*, in: Dreier (Anm. 23), Art. 3 Rn. 122 ff., insbes. 124.

54 Zum dortigen Verbot auch mittelbarer Diskriminierungen z. B. EuGH, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153, Rn. 11 f. – *Sotgiu*; EuGH verb. Rs. 62 u. 63/81, Slg. 1982, 223 (235, Rn. 8) – *Seco*; zusammenfassend *Ehlers, D.*, Allgemeine Lehren, in: *Ehlers, D.* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. Berlin 2009, § 7 Rn. 22.

55 So z. B. BVerfGE 97, 35 (43); E 104, 373 (393) für zwar geschlechtsneutral formulierte, letztlich aber vor allem Frauen betreffende Regelungen.

56 Darauf stellt insbesondere ab *Eckertz-Höfer, M.*, in: Denninger, E. et al. (Hrsg.), Alternativkommentar zum GG, 3. Aufl. Neuwied 2001–2002, Art. § 3 Abs. 2, 3 Rn. 109.

57 Zweifelnd insbesondere *Eckertz-Höfer*, in: Denninger et al. (Anm. 56), § 3 Abs. 2, 3 Rn. 109.

derum in Parallele zur Dogmatik der europäischen Grundfreiheiten<sup>58</sup> – eine erleichterte Rechtfertigung solcher nur mittelbaren Diskriminierungen zulassen müssen.<sup>59</sup> Dies trüge auch den Bedenken Rechnung, dass eine Ausweitung des Art. 3 Abs. 3 GG auf bloße indirekte Diskriminierungen die erforderliche Flexibilität vermissen ließe.<sup>60</sup> Folgt man dieser – vom Schutzzweck her überzeugenden – Argumentation, so liefe es letztlich auf eine Abwägung zwischen dem Gewicht des Verbots auch mittelbarer Diskriminierung und den für das Differenzierungskriterium sprechenden wichtigen Gemeinwohlbelangen hinaus. Man hätte dann zu fragen, ob die drängenden Anforderungen an die schulische Ausbildung auf der Rechtfertigungsebene schwerer wiegen als das inhärente mittelbare Diskriminierungspotential.

Daran würde sich im übrigen kaum etwas ändern, wenn man mit der Gegenauffassung mittelbare Diskriminierungen nur am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) messen würde. Denn im Rahmen der „neuen Formel“<sup>61</sup> müssen die Differenzierungsgründe um so höheres Gewicht besitzen, je näher sie den nach Art. 3 Abs. 3 GG verpönten Merkmalen kommen.<sup>62</sup>

#### 4.3.3 Verfassungsimmanente Schranken der Differenzierungsverbote

Auch die absoluten Bevorzugungs- und Benachteiligungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG, etwa im Bezug auf die ethnische Herkunft, sind nicht gänzlich unüberwindbar. Sie finden ihre Grenze in kollidierendem Verfassungsrecht. Weil andere Verfassungsgüter im Rang dem Art. 3 Abs. 3 GG gleichstehen, muss dort, wo sie miteinander in Konflikt geraten, ein möglichst schonender Ausgleich zwischen ihnen im Wege der Abwägung gefunden werden.<sup>63</sup> Dies gilt auch und gerade für direkte Diskriminierungen, gleichgültig, ob man insoweit das Verständnis als absolutes Anknüpfungsverbot oder als Begründungsverbot zugrunde legt. Im Ausgangspunkt ist dies weitgehend unbestritten. Einigkeit besteht aber auch darüber, dass solche Durchbrechungen der grundsätzlich absoluten Differenzierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG ein seltener Ausnahmefall sind.<sup>64</sup> Bei nur indirekten, versteckten Diskriminierungen gehen die Rechtfertigungsmöglichkeiten dagegen noch weiter, wie zuvor ausgeführt wurde; hier bedarf es nicht zwingend des Nachweises kollidierenden Verfassungsrechts, sondern es reichen auch andere hochrangige Rechtsgüter.<sup>65</sup>

58 Zur Anwendung der Cassis-Formel auf mittelbare (im Gegensatz zu direkten) Diskriminierungen EuGH Rs. 55/98, Slg. 1999, I-7641, Rn. 21 ff. – *Vestergaard*; EuGH Rs. C-388/01, Slg. 2003, I-721, Rn. 21 ff. – Kommission/Italien; *Ehlers* (Anm. 54), § 7 Rn. 90.

59 In diese Richtung *Osterloh, L.*, in: Sachs (Anm. 21), Art. 3 Rn. 256. Siehe auch Anm. 65.

60 So namentlich *Rüfner*, in: FS Friauf (Anm. 50), S. 331 (334); ähnlich *Sachs, M.*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, Berlin/Heidelberg 2000, S. 247, die Notwendigkeit vielfacher Durchbrechung der strikten Verbotswirkung befürchtend.

61 Nachweis oben Anm. 25.

62 BVerfGE 88, 87 (96); E 99, 367 (388); vgl. auch *Pieroth/Schlink* (Anm. 24), Rn. 470.

63 BVerfGE 114, 357 (364); *Osterloh, L.*, in: Sachs (Anm. 21), Art. 3 Rn. 254. Man spricht von der Herstellung praktischer Konkordanz; zurückgehend auf *Hesse, K.*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Heidelberg 1995, Rn. 72.

64 Ein Beispiel (das in der Rechtsprechung freilich nicht klar als solches benannt wird) bildet die Zusammensetzung der Aufsichtsgremien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten. Die Vorschriften über die im jeweiligen Rundfunkrat vertretenen gesellschaftlichen Gruppen beziehen Vertreter gerade wegen ihrer Heimat (Vertriebenenvertreter) oder ihrer Religion (Vertreter der christlichen Kirchen und der jüdischen Religionsgemeinschaft) als solche mit ein. Insoweit wird man eine Durchbrechung von Art. 3 Abs. 3 GG zugunsten der in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG angelegten Pluralität des öffentlich-rechtlichen Rundfunks annehmen können; in diese Richtung wohl *Britz* (Anm. 43), S. 140, unter Verweis auf BVerfG NVwZ 1999, S. 175 (176), wo diese Frage umgangen wird, ebenso wie in BVerfGE 83, 238 (336 ff.), wo bei Vertriebenenvertretern Art. 3 Abs. 3 GG nicht geprüft wird.

65 Vgl. *Sachs, M.*, in: Isensee/Kirchhof (Anm. 36), § 182 Rn. 153: „hinreichende sachliche Gründe“, unter Verweis auf BVerfGE 113, 1 (20); vgl. auch *Osterloh, L.*, in Sachs (Anm. 21), Art. 3 Rn. 256.

Als kollidierendes Verfassungsrecht kommt hier Art. 7 Abs. 1 GG in Betracht, wonach das gesamte Schulwesen unter der Aufsicht des Staates steht. Über den Wortlaut hinaus ist der staatliche Bildungs- und Erziehungsauftrag in der Schule garantiert, der im Konfliktfall mit den Elternrechten und den Grundrechten der Schüler als kollidierende Verfassungspositionen abgewogen werden muss.<sup>66</sup> Daran anknüpfend lässt sich Art. 7 Abs. 1 GG eine staatliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Verfassungsinstitution „Schule“ und zur zeitgemäßen Erfüllung ihres Bildungsauftrags entnehmen. Dann erscheint es recht naheliegend, diese Garantie als kollidierendes Verfassungsrecht nicht nur gegen Eltern- und Schülergrundrechte, sondern auch gegen das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG in Stellung zu bringen.<sup>67</sup>

Mehrfach hat das Bundesverfassungsgericht die Funktionsfähigkeit bestimmter verfassungsrechtlich geschützter Institutionen als kollidierendes Verfassungsrecht zur Rechtfertigung der Einschränkung von Grundrechten ins Feld geführt. Besonders bekannt ist die einschränkende Auslegung der Bestimmung, dass der Ersatzdienst die Dauer des Wehrdienstes nicht übersteigen darf (Art. 12a Abs. 2 S. 2 GG).<sup>68</sup> Die wissenschaftliche Kontroverse um diese Urteile macht jedoch zugleich die Problematik eines solchen Ansatzes deutlich. Wenn man die Funktionsfähigkeit von im Grundgesetz genannten Institutionen (wie der Bundeswehr) in zu weitem Umfang als Verfassungsgut stilisiert und dieser weit verstandenen Funktionsfähigkeit dann auch noch zu leichtfertig in Abwägungen mit Grundrechten den Vorrang einräumt, droht der Grundrechtsschutz wesentlich verkürzt und drohen die in der Verfassung selbst differenziert ausgestalteten Schrankenregelungen der einzelnen Grundrechte umgangen zu werden.<sup>69</sup> Dies mahnt zur Vorsicht bei der Handhabung dieses verfassungsdogmatischen Ansatzes.

Legt man diese Überlegungen hier zugrunde, so ergibt sich folgende Konsequenz: Sofern der vermehrte Einsatz von Lehrern mit Migrationshintergrund (zwingend) erforderlich erscheint, damit die Schule bei einer zunehmend multikulturellen Zusammensetzung der Schüler ihren Bildungsauftrag noch erfüllen kann, und sofern zusätzlich ein bevorzugter Zugang von Abiturienten mit Migrationshintergrund zum Lehramtsstudium (zwingend) notwendig ist, damit später ausreichend Lehrer mit entsprechendem Hintergrund zur Verfügung stehen, dann erweist sich Art. 7 Abs. 1 GG als verfassungsimmanente Schranke des Differenzierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG wegen der ethnischen Herkunft. Die Schwierigkeit besteht insoweit darin, die genannte doppelte Erforderlichkeit zu konkretisieren und nachzuweisen. Die dargestellten Risiken sprechen dafür, dabei einen strengen Maßstab anzulegen. Es reicht nicht aus, dass dies jeweils bloß wünschenswert ist, vielmehr darf es keine praktikable Alternative geben, um die Sicherung des schulischen Bildungs- und Erziehungsauftrags auch bei einer multikulturellen Schülerschaft sicherzustellen.

66 BVerfGE 34, 165 (181); E 93, 1 (21); *Robbers, G.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 21), Art. 7 Rn. 80; zum Hintergrund vgl. *Wißmann, H.*, Volksbildung und Integration, in: Sahlfeld, K. et al. (Hrsg.), *Integration und Recht*, München et al. 2003, S. 289 (300 ff.); *Langenfeld, C.*, Integration und kulturelle Identität zugewanderter Minderheiten, Tübingen 2001, insbes. S. 212 ff. u. 425 ff.

67 Vgl. aber auch BVerfGE 97, 289 (302 f.), wonach eher umgekehrt die staatliche Organisationshoheit für die Schule ihre Grenzen an Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG findet.

68 Vgl. BVerfGE 48, 130 (170); E 69, 1 (36): Eine längere Dauer des Zivildienstes als der Grundwehrdienst sei (damals noch in Zeiten des kalten Krieges) zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Bundeswehr als Verfassungsgut erforderlich, weil nur bei Ausgestaltung des Zivildienstes als lästige Alternative eine massenhafte Flucht in den scheinbar bequemeren Zivildienst effektiv verhindert werden könne.

69 Kritik z. B. bei *Pieroth/Schlink* (Anm. 24), Rn. 328; BVerfGE 69, 57 (59) (Sondervotum Mahrenholz u. Böckenförde).

#### 4.4 Parallele Problematik der Rechtfertigung von Herkunfts-Diskriminierungen im AGG

Eine mit Art. 3 Abs. 3 GG verwandte Problematik ergibt sich aus § 1 i. V. m. § 8 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Deren Lösungen lassen womöglich Rückschlüsse auf eine vernünftige und überzeugende Interpretation der Rechtfertigungsmöglichkeiten auch bei Art. 3 Abs. 3 GG zu. Ferner ist das AGG wohl auch direkt für den Hochschulzugang anwendbar, weil § 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG ausdrücklich die „Bildung“ und § 2 Abs. 1 Nr. 3 AGG ausdrücklich die „Berufsausbildung“ als Anwendungsfeld der Diskriminierungsverbote des AGG nennt.<sup>70</sup>

Grundsätzlich sind „Benachteiligungen“ aus Gründen der „ethnischen Herkunft“ unzulässig (§ 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 AGG). Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes, „ist [nur] zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist“ (§ 8 Abs. 1 AGG). Voraussetzung für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung ist, dass ein Angehöriger der jeweils anderen Gruppe – hier Lehrer ohne Migrationshintergrund – die vertragsgemäße Leistung – hier die Erfüllung des schulischen Ausbildungsauftrags im Unterricht und zugehörigen Betreuungsaufgaben – nicht oder nur untauglich erbringen könnte. Dies kann auch der Fall sein, wenn eine solche Person die Leistung zwar grundsätzlich erbringen kann, aber nicht mit annähernd gleichem Erfolg.<sup>71</sup>

Überträgt man diese Grundsätze auf die vorliegende Konstellation, so ist entscheidend, ob Lehrer ohne Migrationshintergrund ihren pädagogischen Auftrag typischerweise nicht gleichermaßen erfüllen können wie Lehrer mit Migrationshintergrund. Das Arbeitsgericht Köln hatte für eine Hilfseinrichtung speziell für misshandelte Migrantinnen mit dem spezifischen Vertrauensverhältnis argumentiert, das nur Migrantinnen zu ihresgleichen in vollem Umfang aufbauen könnten.<sup>72</sup> Teile der dortigen Argumentation lassen sich auch für unser Problem fruchtbar machen, doch ist nicht zu übersehen, dass die Zusammenhänge zwischen Migrationshintergrund und beruflichen Aufgaben dort weit enger waren. Im beklagten Verein wurden nämlich nur Migrantinnen betreut, während in der Schule Migranten als Schüler typischerweise nur eine – freilich in den Stadtstaaten oft große – Minderheit ausmachen. Auch ist das persönliche Vertrauensverhältnis beim Austausch über Misshandlung und ähnliche Probleme gewiss noch weit wichtiger als im Schulunterricht.

## 5 Konsequenzen für die einzelnen Regelungsmodelle

### 5.1 Vorabquoten für Studienbewerber mit Migrationshintergrund

Der Migrationshintergrund kann zwar grundsätzlich als Indiz für interkulturelle Kompetenz dienen und insoweit ein Element persönlicher Eignung gemäß Art. 33 Abs. 2 GG bilden. Die dort genannten Kriterien sind ferner sachgerechte Auswahlkriterien zur Konkretisierung des chancengleichen Zugangs zu knappen Studienplätzen bei auf den Öffentlichen Dienst ausgerichteten Stu-

70 VGH München, NVwZ-RR 2009, S. 110 (113); weniger klar und möglicherweise auch a.A. Franke, B., in: Däubler, W./Bertzbach, M. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 1. Aufl. Baden-Baden 2008, § 2 Rn. 49.

71 ArbG Köln v. 6.8.2008, Az. 9 Ca 7687/07, Rn. 49.

72 ArbG Köln (Anm. 71), Rn. 49; vgl. auch Brors, C., in: Däubler/Bertzbach (Anm. 70), § 8 Rn. 44: Differenzierung zulässig, wenn ethnische Zugehörigkeit Voraussetzung für ein Vertrauensverhältnis ist, das die Tätigkeit erst ermöglicht. Ausdrücklich genannt wird der Sozialarbeiter, der ausländische Jugendliche betreut.

diengängen. Erst recht gilt dies, wenn man keine Vorwirkung von Art. 33 Abs. 2 GG annähme, sondern stattdessen zunächst allein vom allgemeineren Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG ausginge. Doch weist der Migrationshintergrund eine sehr hohe, wahrscheinlich zu hohe Nähe zur (ethnischen) Herkunft auf, was ein nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenes Differenzierungsmerkmal darstellt. Denn eine verbotene direkte Diskriminierung liegt auch vor, wenn das verpönte Merkmal nicht wörtlich, sondern nur der Sache nach zugrunde gelegt wird.

Eine solche verbotene Ungleichbehandlung lässt sich nur ausnahmsweise dann rechtfertigen, wenn in einer Abwägung kollidierendes Verfassungsrecht, hier in Gestalt des staatlichen Bildungsauftrags (Art. 7 Abs. 1 GG), den Vorrang verdient. Dies setzte erstens voraus, dass die vermehrte Einstellung von Lehrern mit Migrationshintergrund nicht nur wünschenswert, sondern (zwingend) erforderlich ist, um unter veränderten Umständen (multikulturelle Schülerschaft) den Bildungsauftrag der Schule noch erfüllen zu können. Zweitens (kumulativ) darf die erforderliche Zahl von Lehrern mit Migrationshintergrund nur zu erreichen sein, wenn dieser Personengruppe eine Sonderquote bei der Vergabe der Studienplätze eingeräumt wird. Hierfür wird man eine aussagekräftige Datenbasis fordern müssen. Bei der genauen Definition dieses Bildungsauftrags gebührt allerdings der (sachverständig beratenen) Politik ein Gestaltungsspielraum; ein gewisser Einschätzungsspielraum wird auch bei der Eignung und Erforderlichkeit einer Vorabquote für Studienbewerber mit Migrationshintergrund anzuerkennen sein.<sup>73</sup>

Klare Leitlinien in Rechtsprechung und Schrifttum fehlen, so dass die Beurteilung notwendig spekulativ bleiben muss. Zieht man die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zu § 8 Abs. 1 AGG vergleichend und konkretisierend heran, so deutet dies darauf hin, dass grundsätzlich mit einem besonderen, gerade durch den Migrationshintergrund geschaffenen Vertrauensverhältnis sowie entsprechender interkultureller Kompetenz argumentiert werden kann. Offen und unsicher bleibt dagegen, ob die entsprechenden kausalen Bande wirklich eng genug sind, um eine Durchbrechung des grundsätzlich absoluten Differenzierungsverbots des Art. 3 Abs. 3 GG zu rechtfertigen. Zwar dürfte sich die Notwendigkeit, mehr Menschen mit Migrationshintergrund für den Lehrerberuf zu gewinnen, hinreichend darlegen lassen. Doch wird man wahrscheinlich beim „Wie“ der Förderung nicht ausreichend belegen können, dass gerade eine Vorabquote für Studienbewerber mit Migrationshintergrund erforderlich ist. Auch wenn bloße Werbemaßnahmen u. Ä. wohl weniger geeignet wären, dürfte doch bei einer Vorabquote das Ausweichen auf verfassungsrechtlich weniger verdächtige Merkmale wie das der Bilingualität zumutbar sein.

Eine auf den Migrationshintergrund abstellende gesetzliche Vorabquote würde damit ein erhebliches verfassungsrechtliches Risikopotential bergen.

Im Übrigen ist die Prozentzahl der für Kandidaten mit Migrationshintergrund reservierten Studienplätze wesentlich für den Grad der Bevorzugung und damit auch für die Beurteilung der Angemessenheit der Regelung. Die Verhältnismäßigkeit wird allerdings erst dann zum Thema, wenn die geschilderten Kausalzusammenhänge dem Grunde nach festgestellt sind, weil nur dann eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung überhaupt in Betracht kommt.

Wird eine Vorabquote für Studienbewerber mit Migrationshintergrund nicht getrennt ausgewiesen, sondern mit der Ausländerquote verknüpft, ist zusätzlich die Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG zweifelhaft. Denn dabei würden wesentlich unterschiedliche Sachverhalte – Ausländer können sich nicht auf das Deutschengrundrecht des Art. 12 GG berufen und haben ihre Hochschulzu-

73 Allgemein zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers z. B. BVerfGE 115, 276 (308 f.).

gangsberechtigung im Gegensatz zu Abiturienten mit Migrationshintergrund im Ausland erworben – ohne hinreichenden sachlichen Grund „in einen Topf geworfen“.

## 5.2 Vorabquote für bilinguale Studierende (Bremer Modell)

Bilingualität stellt als solche kein nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenes Differenzierungsmerkmal dar. Sieht man in Art. 3 Abs. 3 GG ein bloßes Verbot unmittelbarer Diskriminierungen, sei es in Form eines Anknüpfungs- oder eines Begründungsverbots, ist somit das Kriterium der Bilingualität nach Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 33 Abs. 2 GG (oder Art. 3 Abs. 1 GG) nicht zu beanstanden.

Ein verfassungsrechtliches Restrisiko ergibt sich aber aus der Frage, ob es sich womöglich um eine verdeckte, mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft handelt. Dies setzt zweierlei voraus. Erstens muss man dafür Art. 3 Abs. 3 GG als Begründungsverbot weit interpretieren, indem man auf die tatsächlichen Gründe und nicht nur auf die formal gelieferte Begründung für die Differenzierung abstellt. Dies wird verbreitet vertreten, ist aber in der Verfassungsrechtsprechung bislang nicht klar bestätigt. Zweitens wäre eine verbotene Diskriminierung auch dann nur gegeben, wenn das Kriterium der Bilingualität nur vorgeschoben wäre und sich der Sache nach dahinter doch die ethnische Herkunft verbirgt. Realiter geht es um interkulturelle Kompetenz. Diese wird nur deshalb nicht unmittelbar zum gesetzlichen Differenzierungskriterium erhoben, weil sich interkulturelle Kompetenz kaum hinreichend bestimmen und im Auswahlverfahren um Studienplätze auch nicht operationalisierbar prüfen lässt.<sup>74</sup> Da interkulturelle Kompetenz ihrerseits als Differenzierungskriterium zulässig ist, dürfte aus diesem Blickwinkel das Abstellen auf Bilingualität unbedenklich sein. Anders freilich, wenn Bilingualität und fremde ethnische Herkunft der Sache nach fast deckungsgleich sind. Würde mit beiden Kriterien genau die gleiche Personengruppe bevorzugt und würden dadurch spiegelbildlich die gleichen sonstigen Studienplatzbewerber benachteiligt, so wäre dies ein starkes Indiz dafür, dass Bilingualität eben doch nur das verpönte Kriterium der ethnischen Herkunft verdecken soll. Dies liegt besonders nahe, wenn nur bestimmte „typische Migrantensprachen“ herausgegriffen werden.

Zumindest wäre aber eine bloße verdeckte Diskriminierung unter leichteren Voraussetzungen rechtfertigungsfähig als eine unmittelbare Diskriminierung. Überträgt man die europarechtliche Dogmatik zu den Grundfreiheiten, so lässt der Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter eine solche verdeckte Diskriminierung zu, wenn dies in einer Abwägung als verhältnismäßig erscheint. Im Unterschied zur oben dargestellten Dogmatik bei unmittelbaren Diskriminierungen muss das kollidierende Rechtsgut hier nicht zwingend Verfassungsrang besitzen. Da es sich jedoch um ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut handeln muss, ist der Unterschied zum Verfassungsgut nicht allzu groß. Der Maßstab bliebe annähernd derselbe, wenn für verdeckte Diskriminierungen Art. 3 Abs. 1 GG herangezogen würde.<sup>75</sup> Einiges spricht dafür, interkulturelle Kompetenz, wozu auch die Bilingualität zählt, als wichtige Voraussetzung für den durch Art. 7 Abs. 1 GG gewährleisteten schulischen Ausbildungsauftrag anzusehen.<sup>76</sup> Deshalb dürfte eine Vorabquote für bilinguale Studienbewerber grundsätzlich zu rechtfertigen sein.<sup>77</sup>

74 Siehe unten 5.3.

75 Siehe oben 4.3.2 mit Anm. 61.

76 Siehe oben 5.1.

77 Die oben (4.3.2.) bei der Rechtfertigungsfähigkeit verbliebenen Zweifel sind im vorliegenden Kontext weniger gewichtig, weil auch insoweit an die Rechtfertigung bloßer verdeckter Diskriminierungen etwas geringere Anforderungen gestellt werden.

Wenn jedoch die begünstigten Sprachen begrenzt werden, so steigt die grundrechtliche Rechtfertigungslast beträchtlich. Eine Beschränkung auf als besonders wichtig erachtete Migrationssprachen würde sich so sehr einer Differenzierung unmittelbar wegen der ethnischen Herkunft annähern, dass die Verfassungswidrigkeit nahe läge.

Ob eine Bilingualitäts-Vorabquote im konkreten Fall verfassungskonform ist, hängt nicht zuletzt von der Höhe der Quote ab. Ist sie zu hoch, wird die Bevorzugung bilingualer Studienbewerber unverhältnismäßig. Wird sie dagegen sehr niedrig bemessen, so kann sie den Förderungszweck nur unzureichend erfüllen, ja sie kann sich sogar – sofern bilinguale Bewerber ausschließlich innerhalb ihrer speziellen Quote Berücksichtigung finden, wie dies bei Ausländern mit der Ausländerquote der Fall ist<sup>78</sup> – umgekehrt zu einer zweifelsohne verfassungswidrigen Benachteiligung auswachsen.

Eine Zusammenfassung der Bilingualitäts- mit der Ausländerquote in einer einzigen Vorabquote, wie im Bremer Modell,<sup>79</sup> ist am allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messen. Danach setzt eine Gleichbehandlung voraus, dass zwischen den gleich behandelten Gruppen keine Unterschiede von solchem Gewicht bestehen, dass eine Differenzierung notwendig erscheint.<sup>80</sup> Eine solche hinreichende Gleichheit von Ausländern und Studienbewerbern mit Migrationshintergrund im Hinblick auf Förderungszweck und Förderungsbedürftigkeit erscheint zweifelhaft. Zwar könnte man pauschalierend argumentieren, dass sowohl Ausländer als auch sonstige bilinguale Studienbewerber ähnliche interkulturelle Kompetenz mitbringen, wodurch die Zusammenfassung nahe liegt. Doch bestehen auch erhebliche Unterschiede: Ausländer können sich schon nicht auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Außerdem sind Ausländer, die ihre Studienberechtigung im Ausland erworben haben, in ihrer Qualifikation nicht voll mit deutschen bilingualen Bewerbern (mit oder ohne Migrationshintergrund) und Bildungsinländern vergleichbar. Deshalb erscheint eine gesonderte Quote für bilinguale Studienbewerber verfassungsrechtlich weit weniger risikoreich.

### 5.3 Vorabquote für Studienbewerber mit nachgewiesener (näher definierter) interkultureller Kompetenz

Eine direkte Anknüpfung an die interkulturelle Kompetenz wäre mit Art. 3 Abs. 3 GG vereinbar, selbst dann, wenn man diese Norm als Verbot auch mittelbarer Diskriminierungen versteht. Das Problem liegt hier in der hinreichend bestimmten gesetzlichen Definition von interkultureller Kompetenz. Dabei dürfen zwar grundsätzlich auch partiell unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden, doch der Grad der zulässigen Unbestimmtheit variiert. Allgemein sind umso höhere Anforderungen zu stellen, als die Regelung wesentliche Bedeutung für die Grundrechtsverwirklichung hat.<sup>81</sup>

Eine Vorabquote wirkt sich je nach Höhe unterschiedlich stark zum Nachteil der anderen Studienbewerber aus, weil sie deren Chance vermindert, ihren Zugangsanspruch aus Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG im Auswahlverfahren zu realisieren. Man wird damit die Bestimmtheitsanforderungen an eine Definition der interkulturellen Kompetenz nicht zu niedrig ansetzen

78 Vgl. Art. 9 Abs. 1 „Staatsvertrag über die Errichtung einer gemeinsamen Einrichtung für Hochschulzulassung“.

79 Siehe oben 3.

80 Zu diesem Maßstab allgemein *Starck, C.*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Anm. 21), Art. 3 Rn. 10; zur Abgrenzung vom bloßen Willkürverbot oben. 4.1.

81 *Sachs, M.*, in: Sachs (Anm. 21), Art. 20 Rn. 126.

dürfen. In den vorliegenden Dokumenten gibt es keine gehaltvolle „echte“ Definition interkultureller Kompetenz; eine solche ist anscheinend wissenschaftlich bislang kaum möglich.<sup>82</sup> Von der substanzarmen Definition des § 4 Abs. 3 Berliner Integrationsgesetz<sup>83</sup> abgesehen finden sich nur Leitlinien und Einzelmerkmale, die in eine Gesamtwürdigung einfließen können.<sup>84</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint schon die hinreichende Bestimmbarkeit des Kriteriums „Interkulturelle Kompetenz“ für eine Studienplatz-Vorabquote zweifelhaft. Hinzu kommt, dass die entsprechende Kompetenz auch in einem Auswahlverfahren mehr oder minder standardisierbar nachgeprüft werden müsste. In einem individuellen Vorstellungsgespräch für die Einstellung in den öffentlichen Dienst ist dies eher möglich; dort kann der persönliche Eindruck verknüpft mit dem konkreten zu besetzenden Amt möglicherweise auch gewisse Bestimmtheitsdefizite bei der abstrakten Definierbarkeit von interkultureller Kompetenz ausgleichen. Auf die Zulassung zum Studium ist dieses aufwändige Verfahren kaum übertragbar. Zu denken wäre allenfalls an einen mehr oder minder standardisierten Test, dessen Entwicklung aber angesichts der ganz unterschiedlichen zu erfassenden Kulturen sehr große Schwierigkeiten bereiten dürfte.

Mangels hinreichender Definierbarkeit und Operationalisierbarkeit eignet sich das Kriterium der interkulturellen Kompetenz als solches demnach kaum für eine Studienplatz-Vorabquote.

#### 5.4 NC-Bonus für Abiturienten mit Migrationshintergrund oder nachgewiesener Bilingualität

Statt über eine Quote können Hilfskriterien für interkulturelle Kompetenz auch zur Anreicherung des Abiturdurchschnitts zwecks Besserstellung beim Numerus Clausus verwendet werden. Im Ausgangspunkt ist dieser Förderungsmechanismus verfassungsrechtlich ebenso zu beurteilen wie eine Förderung über Vorabquoten. Grundsätzlich unproblematisch erscheint auch hier das Kriterium der Bilingualität, während ein Bonus für Migrationshintergrund in bedenkliche Nähe zu einer verbotenen Differenzierung wegen der ethnischen Herkunft (Art. 3 Abs. 3 GG) rückt.

Im Detail kommt es auch hier auf die Verhältnismäßigkeit der Förderungsintensität an, also darauf, ob die Höhe des Bonus im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative noch als angemessen erscheint. Vor dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG ließe sich eine solche Bonusregelung zudem um so eher rechtfertigen, je mehr sie in ein breiteres Bonus-system auch für andere Zusatzqualifikationen eingebunden würde. Eine Prämierung ausschließlich der Zusatzqualifikation „Bilingualität“ wäre sachlich kaum zu begründen.

#### 5.5 NC-Bonus zwecks Nachteilsausgleichs für Abiturienten, deren erste Muttersprache nicht Deutsch ist

Bei einer solchermaßen begründeten Bonusregelung würden keine zusätzlichen Qualifikationen prämiert, sondern die Anforderungen an das gleiche Befähigungsmerkmal – den Abiturnotendurchschnitt – für eine spezielle, als benachteiligt angesehene Gruppe abgesenkt. Daher handelt es sich um einen echten Fall positiver Diskriminierung („affirmative action“). Nach deutschem Ver-

82 So die Auskünfte von Prof. Dr. *Lehberger* (Leiter des Zentrums für Lehrerbildung in Hamburg) und von Herrn *Daschner* (Direktor des Landesinstituts für Lehrerbildung und Schulentwicklung in Hamburg).

83 Zu den Details siehe schon oben 3.

84 Siehe bereits Anm. 20.

fassungsverständnis ist dies vor Art. 33 Abs. 2 GG allenfalls zu rechtfertigen, wenn dadurch eine vorangehende strukturelle Benachteiligung ausgeglichen wird. Selbst dann dürfen solche Kompensationsmechanismen nur als Hilfskriterien bei ansonsten gleicher Qualifikation (also hier annähernd gleichem Notendurchschnitt) Verwendung finden; außerdem wird man für andere Fälle ähnliche Härtefallregelungen fordern müssen.

Nach den uns vorliegenden Auskünften gibt es keine hinreichende Datenbasis für die Annahme, dass Schüler mit Migrationshintergrund, so sie bis zum Abitur vorgezogen sind, in der Schule als Gruppe strukturell benachteiligt werden.<sup>85</sup> Allenfalls schlechtere Ausgangsbedingungen im Fach Deutsch erscheinen plausibel; konkrete Untersuchungen, wie sehr sich dies auswirkt, scheinen aber auch insoweit nicht vorzuliegen.<sup>86</sup> Schon diese sehr dünne Datenbasis dürfte einem solchen Regelungsmodell entgegenstehen. Darüber hinaus würden womöglich Bewerber gefördert, die wegen schlechterer Beherrschung der deutschen Sprache für das Studium und später als Lehrer sogar weniger gut geeignet wären.

#### 5.6 Bevorzugter Studienzugang für eine bestimmte Abiturientengruppe bei im Übrigen gleicher Eignung

Eine solche Lösung sähe sich vor Art. 33 Abs. 2 GG keinen Bedenken ausgesetzt. Denn hier würden, wie auch immer die Bevorzugung im Einzelnen ausgestaltet ist (für Studienbewerber mit Migrationshintergrund, Bilingualität oder besonders nachgewiesener interkultureller Kompetenz), nicht die verfassungsrechtlich vorgesehenen Eignungskriterien umgangen, sondern im Falle gleicher Qualifikation zusätzliche Hilfskriterien herangezogen. Dies ist grundsätzlich zulässig.

Auch hier bleibt jedoch das Problem, dass die Anknüpfung an den *Migrationshintergrund* eine (zu) große Nähe zu den verbotenen Differenzierungskriterien „Heimat“ und „Herkunft“ (Art. 3 Abs. 3 GG) aufweist. Wenn allerdings keine strikte Bevorzugung angestrebt würde, sondern der Migrationshintergrund nur in eine abwägende Gesamtbeurteilung einflüsse, erschiene dies vor dem Hintergrund der Parabolantennen-Entscheidung<sup>87</sup> grundsätzlich zulässig. Insoweit stellte sich jedoch wieder das Problem, wie eine solche Gesamtwürdigung bei einem standardisierten Studienplatz-Auswahlverfahren, ohne persönliche Auswahlgespräche, überhaupt durchgeführt werden kann. Entscheidet man sich daher doch für einen starren Vorrang bei im Übrigen gleicher Qualifikation, so wäre bei einer eventuellen Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Abwägung mit kollidierendem Verfassungsrecht in Rechnung zu stellen, dass sich diese Form der Bevorzugung spiegelbildlich weniger gravierend nachteilig auf andere Bewerber auswirkt als die oben diskutierte Berücksichtigung des Migrationshintergrundes schon in einer Vorabquote. Letztlich sieht sich aber diese Vorrang-Lösung bei im Übrigen gleicher Qualifikation dem Grunde nach den gleichen Bedenken ausgesetzt, wie sie gegen eine Vorabquote für Bewerber mit Migrationshintergrund bestehen. Damit bleibt ein signifikantes Risiko der Verfassungswidrigkeit.

Eine Bevorzugung *bilingualer Studienbewerber* bei im Übrigen gleicher Eignung ist in den Grundzügen verfassungsrechtlich einer entsprechenden Vorabquote<sup>88</sup> vergleichbar. Sollte man

85 Siehe aber *Georgi* (Anm. 1), S. 229 zu verschiedenen Diskriminierungserfahrungen von Lehrenden mit Migrationshintergrund aus deren eigener Schulzeit.

86 So die telefonischen Auskünfte von Prof. Dr. *Lehberger* (Leiter des Zentrums für Lehrerbildung in Hamburg) und von Herrn *Daschner* (Direktor des Landesinstituts für Lehrerbildung und Schulentwicklung in Hamburg).

87 BVerfGE 90, 27 (27 ff.); dazu allgemein oben 4.3.2.

88 Dazu oben 5.2.

eine verdeckte Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft annehmen und eine solche auch gemäß Art. 3 Abs. 3 GG für verboten erachten, so wären hier die Rechtfertigungsanforderungen noch etwas geringer als bei einer Quote. Denn die Bevorzugung nur bei im Übrigen gleicher Eignung wirkt sich spiegelbildlich weniger schwerwiegend zum Nachteil anderer Bewerber aus, als dies bei einer Vorabquote der Fall wäre. Dieses Modell wäre somit den geringsten verfassungsrechtlichen Restrisiken ausgesetzt. Es würde freilich auch nur wenig dabei leisten, Abiturienten mit Migrationshintergrund den Zugang zum Studium in Knappheitssituationen zu erleichtern.

Knüpft man die Bevorzugung bei im übrigen gleicher Qualifikation direkt an *nachgewiesene interkulturelle Kompetenz*, so stellen sich dem Grundsatz nach die gleichen Probleme bei deren Definition und Nachweis wie bei einer entsprechenden Quote.<sup>89</sup> Da hier die Bevorzugung indes etwas weniger weit reicht, sind auch die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen an die Definition interkultureller Kompetenz etwas geringer als bei einer Vorabquote. Dennoch bleiben zumindest die Probleme der Prüf- und Umsetzbarkeit in der Studierendenauswahl.

Entscheidend gegen all diese Modelle spricht, dass der Förderungserfolg sehr gering bleibt, wenn die Bevorzugung nur bei im Übrigen gleicher Qualifikation der Studienbewerber greift. Dafür lohnt es sich wohl kaum, auch nur ein geringes Risiko der Verfassungswidrigkeit einzugehen.

## 6 Zusammenfassung der Ergebnisse

(1) Eine *Vorabquote für Studienbewerber mit Migrationshintergrund* stünde zwar im Einklang mit Art. 33 Abs. 2 GG. Die direkte Anknüpfung an den Migrationshintergrund gerät jedoch in bedenkliche Nähe zu den nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Differenzierungsmerkmalen der „Heimat“ und/oder der „Herkunft“. Eine Rechtfertigung der Differenzierung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Gestalt des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags aus Art. 7 Abs. 1 GG bleibt ungewiss. Die Rechtfertigungsanforderungen in der Abwägung hängen auch von der Größe der Vorabquote ab. Insgesamt besteht ein beträchtliches Risiko der Verfassungswidrigkeit.

(2) Eine *Vorabquote für bilinguale Studienbewerber* ist vor Art. 3 Abs. 3 GG weit weniger problematisch. Selbst wenn man (über das Merkmal „Geschlecht“ hinaus) verdeckte Diskriminierungen für erfasst hielte und zusätzlich in der Anknüpfung an Bilingualität eine versteckte Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft erblickte, wäre diese wohl zu rechtfertigen. Gleiches gilt, wenn man allein auf Art. 3 Abs. 1 GG abstellt, dabei aber die Nähe zu den verbotenen Kriterien des Abs. 3 berücksichtigt. Wird die Vorabquote für bilinguale Bewerber nicht auf einzelne migrationstypische Sprachen beschränkt und auch in der Höhe angemessen festgelegt, dürfte eine solche Regelung verfassungsgemäß sein.

Die Zusammenfassung von bilingualen Bewerbern und Ausländern in einer gemeinsamen Quote (Bremer Modell) stößt freilich vor Art. 3 Abs. 1 GG auf erhebliche Bedenken.

(3) Eine *Quote für Studienbewerber mit besonderer nachgewiesener interkultureller Kompetenz* wäre im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 GG unproblematisch. Doch lässt sich interkulturelle Kompetenz kaum bestimmt genug definieren; vor allem kann sie wohl kaum hinreichend sicher und praktikabel in einem standardisierten Studienplatz-Vergabeverfahren nachgeprüft werden.

89 Näher oben 5.3.

(4) Für einen *NC-Bonus für Bewerber wegen Migrationshintergrund oder Bilingualität als Zusatzqualifikation* gelten die gleichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe wie für eine entsprechende Vorabquote. Ein solcher (für Bilingualität wohl zulässiger) Bonus müsste jedoch wegen Art. 3 Abs. 1 GG in ein Bonussystem eingebunden werden, das auch andere besondere Qualifikationen erfasst.

(5) Ein *NC-Nachteilsausgleich für Studienbewerber, deren erste Muttersprache nicht Deutsch ist*, oder eine ähnliche positive Diskriminierung („affirmative action“) wäre wohl mit Art. 33 Abs. 2 GG und Art. 12 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG kaum vereinbar. Schon die dafür notwendige strukturelle Benachteiligung solcher Schüler erscheint nicht hinreichend belegt. Darüber hinaus besteht bei der Ausgestaltung als Nachteilsausgleich die Gefahr, wegen ihrer potenziellen Deutsch-Defizite letztlich weniger geeignete Studierende und zukünftige Lehrer zu fördern.

(6) Sollen Bewerber mit Migrationshintergrund, bilinguale Bewerber oder solche mit besonderer interkultureller Kompetenz nur *bei im Übrigen annähernd gleicher Qualifikation bevorzugt* werden, gelten im Ausgangspunkt die gleichen verfassungsrechtlichen Leitlinien wie bei Vorabquoten. Diese Ungleichbehandlung wiegt jedoch weniger schwer und ist dadurch leichter zu rechtfertigen als eine Quote. Die Förderungsintensität bleibt jedoch (zu) gering.

(7) Im *Endergebnis* erscheint eine gesonderte Vorabquote für bilinguale Studienbewerber ohne Begrenzung auf bestimmte Sprachen vorzugswürdig. Dieser Förderungsmechanismus kann ein Stück weit an die erprobten Ausländerquoten anknüpfen. Allerdings müsste eine angemessene Definition und ein Nachweis der Bilingualität festgelegt werden; die Eignung des europäischen Referenzrahmen bedarf noch näherer Prüfung. Die Quote wäre auf der Basis sorgfältiger Ermittlungen so festzulegen, dass sowohl der Bedarf an zusätzlichen Studierenden mit Migrationshintergrund als auch die gegenläufigen Belange sonstiger Bewerber abwägend angemessen berücksichtigt werden. Dann bleibt das verfassungsrechtliche Restrisiko gering.

Ein ähnlicher Effekt ließe sich verfassungskonform auch mit einem *NC-Bonus für bilinguale Studienbewerber* erreichen. Doch bedürfte es dazu eines elaborierten Bonussystems, das auch andere Zusatzqualifikationen einbezieht.

*Verf:* Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Bucerius Law School Hamburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg, E-Mail: michael.fehling@law-school.de

Sascha Arnold, LL.M. (Berkeley), Bucerius Law School Hamburg, Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Rechtsvergleichung, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg, E-Mail: sascha.arnold@law-school.de