

Amba Datta/Sascha Kuhn

Neue Durchführungsverordnungen in den USA – Programme zur Diversität gefährdet?

Seit der Amtseinführung von Donald Trump wurden neue Durchführungsverordnungen, sogenannte Executive Orders, in den USA eingeführt, die die Programme zur Förderung der Diversität in Bildungseinrichtungen und Unternehmen in Frage stellen und damit den Zugang von Minderheitengruppen zu Bildungs- und Arbeitsmöglichkeiten beeinträchtigen. Der Fortschritt in Bezug auf Inklusion und Chancengleichheit wurde damit ausgebremst. Amba Datta und Sacha Kuhn sprechen in einem Interview über die Auswirkungen dieser Durchführungsverordnungen und die neuen Herausforderungen für Unternehmen in den USA und Deutschland.

Interview vom 17. Februar 2025

Sascha Kuhn: Amba, schön Dich heute zumindest in einer Videokonferenz zu sehen. Ich freue mich, dass Du dir heute die Zeit nimmst, um gemeinsam mit mir über DEI und die jüngsten politischen Entwicklungen in den Vereinigten Staaten zu sprechen. Könntest Du bitte kurz deinen beruflichen Hintergrund vorstellen und erläutern, was dein Bezug zu den rechtlichen Aspekten von DEI ist, insbesondere im Hinblick auf die jüngsten politischen Entwicklungen in den USA?

Amba Datta: Ich bin Partnerin bei Steptoe LLP mit Hauptsitz in Washington, D.C., und bin spezialisiert auf das Recht öffentlicher Aufträge. Ich helfe Unternehmen, die mit der US-amerikanischen Bundesregierung Geschäfte machen, bei Untersuchungen, Rechtsstreitigkeiten und beim Verständnis der besonderen Compliance-Verpflichtungen, die mit der Zusammenarbeit mit der Bundesregierung verbunden sind. Bis vor kurzem sah meine Tätigkeit mit DEI-bezogenen Themen wie folgt aus: Bundesauftragsnehmer und Subunternehmen mit mindestens 50 Mitarbeiter*innen und einem Vertragsvolumen von 50.000 US-Dollar oder mehr waren verpflichtet, Maßnahmenpläne zur Förderung der Chancengleichheit zu implementieren, um Diskriminierung bei der Beschäftigung zu verhindern und die Chancengleichheit am Arbeitsplatz zu fördern. Dieses Vorgehen musste in schriftlichen Verfahren dokumentiert und in ein sogenanntes Affirmative-Action-Programm integriert werden, das jährlich aktualisiert werden musste. In den letzten paar Wochen hat sich dies jedoch mit der neuen Administration geändert.

Sascha Kuhn: Bevor wir über die spezifischen Änderungen sprechen, die die neue Administration mitgebracht hat, könntest Du bitte DEI (oder das erweiterte Konzept DEIA) im aktuellen rechtlichen Rahmen definieren und erklären, wie sich die jüngsten politischen Maßnahmen auf diese Definitionen in der Praxis ausgewirkt haben?

Amba Datta: DEI (*Diversity, Equity, Inclusion*) bezieht sich typischerweise auf Maßnahmen, deren Ziel es ist, ein inklusives Umfeld zu schaffen, in dem Vielfalt geschätzt und

Chancengleichheit gewährleistet wird. Ich denke, es gibt eine häufige Quelle von Verwirrung: DEI ist nicht dasselbe wie Affirmative Action, aber die Konzepte sind miteinander verbunden. Affirmative Action bezieht sich in der Regel auf einen rechtlichen Rahmen, der qualifizierten Personen aus historisch unterrepräsentierten Gruppen Vorrang einräumt. 1965 erließ Präsident Johnson die Durchführungsverordnung 11246, die eine Politik der Nichtdiskriminierung bei der Einstellung und Beschäftigung durch US-Bundesauftragsnehmer*innen und Subunternehmer*innen festlegte. Diese Durchführungsverordnung verlangte auch Affirmative Action, um sicherzustellen, dass Bewerber*innen unabhängig von Ethnie, Hautfarbe oder nationaler Herkunft eingestellt und behandelt werden. Jüngst hat Präsident Trump am 21. Januar 2025 eine Durchführungsverordnung mit dem Titel „*Ending Illegal Discrimination and Restoring Merit-Based Opportunity*“ erlassen, die festlegt, dass bestimmte DEI-Praktiken ethnische und geschlechtsspezifische Bevorzugungen darstellen und gegen das Bürgerrechtsgesetz verstoßen. Die Durchführungsverordnung fordert die Beendigung dieser nunmehr illegalen Bevorzugungen und Diskriminierungen in verschiedenen Institutionen. Präsident Trumps Durchführungsverordnung hat auch die zuvor erwähnte Durchführungsverordnung 11246 aufgehoben, die die Antidiskriminierungsanforderungen für Bundesauftragsnehmer*innen festlegte. Zudem gibt es Auswirkungen auf Unternehmen des privaten Sektors. Abschnitt 4 von Präsident Trumps Durchführungsverordnung fordert speziell das Department of Justice (DOJ) dazu auf, bis zu neun mögliche zivilrechtliche Compliance-Untersuchungen bei börsennotierten Unternehmen, großen gemeinnützigen Organisationen oder Hochschulen durchzuführen. Dies wird zweifellos erhebliche Auswirkungen auf den privaten Sektor haben.

Sascha Kuhn: Nur um kurz zum Konzept der Affirmative Action zurückzukehren: Es klang für mich gerade so, als ob dieses Konzept nur spezifische Diversitätsaspekte betrifft, nämlich in erster Linie die ethnische Herkunft. Ist das korrekt oder ist das Konzept doch weiter zu verstehen?

Amba Datta: Dieses Konzept kann auf unterschiedliche historisch unterrepräsentierte Gruppen angewendet werden, wie zum Beispiel auch auf Frauen oder Menschen mit Behinderungen. Allerdings denke ich, dass ein Schlüsselkonzept der Affirmative Action die Einführung von Bevorzugungen ist. DEI hingegen wird typischerweise als Maßnahme verstanden, die ein Arbeitsumfeld fördert, in dem Personen ihr volles Potenzial ausschöpfen und erfolgreich sein können, unabhängig von ihrer nationalen Herkunft oder ihrem Hintergrund. Es umfasst nicht notwendigerweise die Gewährung von Bevorzugungen, wie es bei Affirmative Action der Fall sein kann. Was wir im Hinblick auf die Trump-Durchführungsverordnung und einige der Memoranden der neuen Administration sehen, ist aus meiner Sicht eine Verwechslung dieser beiden Konzepte. „*Illegal DEI*“, wie Trump es nennt, ist stark gegen die Gewährung von Bevorzugungen zu lesen. Ein Teil der Verwirrung für Unternehmen entsteht, wenn sie ihre internen Richtlinien überprüfen und dabei nicht sicher sind, ob diese nur Bevorzugungen oder auch andere Maßnahmen zur Schaffung inklusiverer Arbeitsplätze beinhalten.

Sascha Kuhn: Du hast gerade die von Donald Trump unterzeichnete Durchführungsverordnung, eine Executive Order, erwähnt. Das Memorandum von Pam Bondi „*Ending Illegal DEI and DEIA Discrimination and Preferences*“ hat ebenfalls erhebliche Aufmerksamkeit erregt. Wie weit reichen die Befugnisse der Generalstaatsanwältin der USA und welche wesentlichen Auswirkungen siehst Du für US-Unternehmen und deren Diversity-Initiativen?

Amba Datta: Die US-amerikanische Generalstaatsanwältin hilft dabei, Prioritäten festzulegen, einschließlich ihrer Durchsetzung durch das Justizministerium. Pam Bondi, unsere neue Generalstaatsanwältin, zögerte nicht und erließ am ersten Tag ihrer Amtszeit, dem 5. Februar, das von Dir genannte Memorandum, das die Prioritäten des DOJ in Bezug auf DEI festlegt. Konkret stellte das Memorandum klar, dass das DOJ, oder genauer gesagt die Abteilung für Bürgerrechte, die *Civil Rights Division*, illegale DEI-Programme im privaten Sektor und in Bildungseinrichtungen, die Bundesaufträge und Bundesmittel durch Zuschüsse erhalten, untersuchen und bestrafen wird.

Sascha Kuhn: Das sind wahrscheinlich fast alle Bildungseinrichtungen, oder?

Amba Datta: Richtig. Viele Bildungseinrichtungen erhalten finanzielle Unterstützung von der Bundesregierung durch Zuschüsse und Verträge. Das macht das Memorandum weitreichend anwendbar. Das Memorandum legte auch eine Frist bis zum 1. März fest, bis zu der die Abteilungen des DOJ einen Bericht zu diesem Thema vorzubereiten haben, einschließlich eines Plans für strafrechtliche und zivilrechtliche Untersuchungen. Dies ist übrigens ein sehr unge-

wöhnlicher Aspekt des Memorandums – die Idee, die Abteilung für Bürgerrechte zu nutzen, um strafrechtlich gegen Antidiskriminierungsverstöße vorzugehen. Das Memorandum verweist auch auf einen Fall des Obersten Gerichtshofs aus dem Juni 2023, „*Students for Fair Admissions vs. Harvard*“, der entschied, dass bestimmte ethnische Präferenzen bei der Zulassung verfassungswidrig sind. Es wurde darauf hingewiesen, dass das DOJ auch eine Richtlinie zu diesem Fall erlassen und dessen Entscheidung umsetzen wird.

Sascha Kuhn: Vor welchen Compliance-Herausforderungen stehen US-Unternehmen aus rechtlicher Sicht bei der Umsetzung oder Fortführung von DEI-Programmen und wie können sie sich in diesem sich entwickelnden Umfeld zurechtfinden?

Amba Datta: In diesem neuen Umfeld wird die Arbeit sehr komplex sein. Zunächst einmal besteht die Herausforderung darin, genau zu verstehen oder zu identifizieren, welche DEI-Initiativen von der Trump-Administration als illegal betrachtet werden. Wir erhalten jedoch langsam durch die Memoranden, die von der Administration erlassen wurden, etwas mehr Klarheit. Zum Beispiel wissen wir aus dem Memorandum der Generalstaatsanwältin, dass illegale DEI-Programme Initiativen umfassen, die Personen auf der Grundlage von Ethnie oder Geschlecht diskriminieren oder spalten. Dies sind die Begriffe, die im Memorandum verwendet werden. Es verbietet jedoch nicht kulturelle Feiern wie den Black History Month, den Holocaust-Gedenktag oder andere Veranstaltungen, die Vielfalt feiern und kulturelle Beiträge anerkennen, zumindest aus der Perspektive der Generalstaatsanwältin. Es gibt auch ein weiteres Memorandum der Generalstaatsanwältin, das am 5. Februar erlassen wurde. Dieses Memorandum besagt, dass das DOJ Einstellungsziele auf der Grundlage von DEI-bezogenen Kriterien aus den Beschaffungs- und internen Richtlinien des DOJ entfernen muss. Darüber hinaus identifiziert das Memorandum die Notwendigkeit, identitätsbasierte Überlegungen bei der Beschäftigung, der Beschaffung und den Vertragsverhältnissen zu vermeiden, und betont, dass statistische Unterschiede nicht unbedingt eine unrechtmäßige Diskriminierung darstellen. Die verschiedenen Abteilungen des DOJ wurden angewiesen, einen Bericht für die Generalstaatsanwältin vorzubereiten, in dem die Abschaffung bestimmter Arten von Programmen, einschließlich Gleichstellungsplänen, Umweltgerechtigkeitsprogrammen, Positionen des Chief Diversity Officer und ähnlicher Rollen sowie aller DEI-bezogenen Leistungsanforderungen für Anbieter*innen oder Lieferant*innen bestätigt wird. DEI-Schulungsmaterialien werden ebenfalls entfernt, sodass alle Verweise auf kulturelle Sensibilität, unbewusste Vorurteile und die Betonung von ethnischen oder geschlechtsbasierten Kriterien statt von Verdienst nicht mehr beim DOJ erlaubt sind und auch nicht in Einstellungs- oder Rekrutierungsrichtlinien umgesetzt werden dürfen. Das Memorandum

dum bietet einige Leitlinien, um die Richtung der Administration zu verstehen.

Das Office of Personnel Management (OPM) hat ebenfalls Leitlinien erlassen, die im Wesentlichen Programme und Praktiken verbieten, die aus seiner Sicht bei der Einstellung, bei Stipendien und Praktika unrechtmäßig diskriminieren. Dies ist ein weiteres sehr weit zu vertehendes Memorandum, das bestimmte Handlungen am Arbeitsplatz, basierend auf geschützten Charakteristika, verbietet. Interessanterweise hat das OPM auch angegeben, dass Mitarbeitergruppen, die DEI-Policies oder -Initiativen fördern, ebenfalls verboten sind, obwohl Behörden solche Treffen oder Veranstaltungen für soziale und kulturelle Zwecke erlauben können.

Das Verständnis dieser Leitlinien wird Zeit brauchen und wir sehen immer noch, wie die Rahmenbedingungen, was unter den neuen politischen Richtlinien der Administration erlaubt ist und was nicht, gerade erst festgelegt werden. Ein weiterer wichtiger Aspekt ist das Verständnis darüber, was einzelne Behörden tun. Zum Beispiel besagte Pam Bondis Memo, dass das DOJ Feiern wie den Black History Month erlaubt. Im Verteidigungsministerium hat der neue Verteidigungsminister, Pete Hegseth, aber erklärt, dass dort keine kulturellen Gedenkveranstaltungen, also *cultural awareness events*, mehr gefeiert werden, einschließlich des Pride Month oder des Black History Month. Für Unternehmen, die Dienstleistungen für verschiedene Behörden erbringen, wird es wichtig sein zu verstehen, wie jede Behörde diese Anforderungen interpretiert, da es nicht unbedingt einen einheitlichen Ansatz geben wird.

Schließlich ist eine weitere Ebene für US-Unternehmen und multinationale Unternehmen, die in den USA tätig sind, das Verständnis, wie staatliche Antidiskriminierungsgesetze mit den Bundesvorschriften in Wechselwirkung treten. Zum Beispiel gibt es Spannungen zwischen einigen Bundesstaaten, die Programme zur Lieferanten-Diversität verlangen, bei denen ein bestimmter Anteil der Verträge oder Lieferantenvereinbarungen an Organisationen vergeben werden muss, die von Minderheiten oder Frauen geführt werden, und der neuen bundesstaatlichen Richtlinie. Staaten wie Kalifornien und Illinois haben ebenfalls DEI-Berichts- und Schulungspflichten. Das Verständnis, wie diese staatlichen Anforderungen mit den bundesstaatlichen Vorschriften zusammenwirken, wird für Unternehmen wahrscheinlich schwierig zu entwickeln sein.

Sascha Kuhn: Und dann wird es für Unternehmen, die den US-Markt von außen betrachten, wie zum Beispiel deutsche Unternehmen, ehrlicherweise wahrscheinlich noch schwieriger. Dieses Interview wird in Deutschland gelesen werden und es gibt eine große Anzahl von deutschen Unternehmen mit Tochtergesellschaften in den USA, aber

auch deutsche Unternehmen, die mit in den USA ansässigen Muttergesellschaften verbunden sind. Glaubst Du, dass es auch für diese deutschen Unternehmen Konsequenzen geben wird?

Amba Datta: Ja, ich denke, dass viele Unternehmen, einschließlich derjenigen mit Hauptsitz in Deutschland oder anderswo und mit erheblichen Aktivitäten auf dem US-Markt, feststellen werden, dass eine „one-size-fits-all“ zentrale DEI-Politik zu diesem Zeitpunkt angesichts der schnellen Veränderungen in diesem Bereich in den USA schwer aufrechtzuerhalten sein wird. Viele Unternehmen werden einen regionaleren, dezentraleren Ansatz für DEI verfolgen müssen, bei dem sie – zumindest im Hinblick auf den US-Markt – bewerten, was angesichts ihrer Regierungsaufträge und der Bundesstaaten, in denen sie tätig sind, sinnvoll ist.

Sascha Kuhn: Wie siehst Du die zukünftige Entwicklung des rechtlichen Umfelds in Bezug auf DEI in den USA? Gibt es Trends oder bevorstehende Gerichtsverfahren, die die Rolle von Diversity-Initiativen in Unternehmen neu definieren könnten? Und im Zusammenhang damit: Gibt es einen Grund, dem Justizwesen in den USA zu vertrauen, dass es die aktuellen DEI-Bemühungen von Unternehmen in den USA unterstützt wird?

Amba Datta: Ich denke, dass die Justiz eine wichtige Rolle dabei spielen wird, die Grenzen der DEI-Initiativen, die von dieser Administration erlassen wurden, rechtssicher auszuloten. In anderen Bereichen, wie zum Beispiel beim Einfrieren ausländischer Hilfe und anderen Maßnahmen, die Präsident Trump ergriffen hat, hat die Justiz bereits stark widersprochen. Es wird interessant sein zu sehen, was hier passiert. Es gibt einen Fall vor einem Bundesbezirksgericht in Maryland, eingereicht von einer Gruppe von Kläger*innen, darunter Universitätsprofessor*innen und DEI-Beauftragte von Universitäten, der mehrere verfassungsrechtliche Argumente bezüglich der DEI-Verordnungen umfasst. Konkret wird argumentiert, dass diese Verordnungen die freie Meinungsäußerung und die akademische Freiheit einschränken und außerdem Bedenken hinsichtlich des rechtlichen Gehörs auf Grund ihrer Unklarheit aufwerfen. Es ist noch früh in diesem Rechtsstreit, also werden wir sehen, wie das Ergebnis aussieht. Aber ich denke, die Justiz wird eine sehr wichtige Rolle dabei spielen, die Parameter dessen zu definieren, was verfassungsrechtlich zulässig ist.

Sascha Kuhn: Könntest Du deine Einschätzung zu den Risiken, denen private Unternehmen ausgesetzt sind, näher erläutern?

Amba Datta: Ich denke, dass das Risiko für zivile Untersuchungen durch das DOJ gestiegen ist. Die von Präsident Trump erlassenen Executive Orders sowie das Memorandum von Pam Bondi vom 5. Februar deuten darauf hin,

dass das DOJ Ermittlungen gegen Unternehmen im privaten Sektor mit DEI-Programmen einleiten wird. Wir haben bereits erste Maßnahmen gesehen, die nicht vom DOJ initiiert wurden, sondern von Staatsanwält*innen der Bundesstaaten. Einige haben Briefe an Costco, einen großen Einzelhändler in den USA, geschickt und das Unternehmen aufgefordert, entweder sein DEI-Programm abzuschaffen oder zu erklären, warum es dies nicht getan hat. Costco hat sich öffentlich für die Beibehaltung seines DEI-Programms ausgesprochen, und ich denke, Costco war hier ein prominentes Ziel. Auch einige Banken haben Briefe von Staatsanwält*innen erhalten. Ein Bereich des potenziellen Risikos ist also die Möglichkeit von Bundesuntersuchungen oder Untersuchungen durch Staatsanwält*innen der Bundesstaaten. Es besteht auch das Risiko einer Haftung gemäß dem False Claims Act (FCA). Der FCA ist das Bundesgesetz, das dazu beiträgt, Betrug in Programmen der Bundesregierung zu verhindern. Es sieht vor, dass jede Person, die wissentlich falsche Ansprüche an die Regierung stellt, zum dreifachen Schadensersatz und erheblichen Strafen verurteilt werden kann, sodass die finanziellen Risiken erheblich sind. Die Durchsetzungsverordnung vom 21. Januar 2025 sieht vor, dass jeder Vertrag oder Zuschuss nun eine Klausel enthalten muss, die die Empfänger*innen verpflichtet, zu bestätigen, dass sie keine illegalen DEI-Programme betreiben oder unterhalten. Solche Erklärungen im Rahmen von Verträgen und Zuschüssen haben das Potenzial, eine FCA-Haftung auszulösen, da die Nicht-Einhaltung der Bedingungen als Grundlage für eine FCA-Untersuchung oder -Klage dienen kann.

Die Durchsetzungsverordnung sieht auch vor, dass jeder Zuschuss oder Vertrag eine Klausel enthält, wonach die Einhaltung der bundesstaatlichen Antidiskriminierungsgesetze elementar für die Entscheidung der Regierung ist, einem*r Bundesauftragnehmer*in oder Zuschussempfänger*in Zahlungen zu leisten. Dies untergräbt effektiv eine Verteidigung im Rahmen des False Claims Act. Was diese beiden Bestimmungen im Wesentlichen bewirken, ist, dass die Fähigkeit der Regierung gestärkt wird, FCA-Klagen gegen Bundesauftragnehmer*innen und -empfänger*innen zu führen, die DEI-Programme betreiben. Dies stellt eine erhebliche Risikosituation für Unternehmen dar, die weiterhin Programme aufrechterhalten, ohne genau zu prüfen, was sie im Einklang mit den neuen rechtlichen Vorgaben noch tun können.

Ich denke jedoch, dass es noch Raum für Unternehmen gibt, interne Richtlinien zu erlassen, die ihre Belegschaft unterstützen und ihre Mitarbeiter*innen fördern, ihr jeweiliges Potenzial zu erreichen. Das ist im Wesentlichen das, worum es bei DEI geht. Bestimmte Praktiken, die Unternehmen in der Vergangenheit übernommen haben, insbesondere solche, die Quoten oder spezifische Einstellungsziele betreffen, sind nun verboten. Aber es gibt immer noch Platz für interne Rekrutierungs- und Einstellungsrichtlinien und -verfahren, die darauf abzielen, die am besten qualifizierten Personen zu finden, unabhängig von Ethnie oder Hintergrund, und gleichzeitig sicherzustellen, dass diese Merkmale nicht dazu führen, dass qualifizierte Personen übersehen werden. Es ist jetzt entscheidend, dass Unternehmen die internen Richtlinien, die sie haben, neu bewerten und überlegen, wie sie im Einklang mit den neuen Richtlinien weitermachen können. Was ich hoffe, ist, dass Unternehmen nicht entscheiden, dass die Arbeit zu schwierig ist, und ihre Programme aufgeben, ohne zu versuchen, einige Elemente beizubehalten.

Sascha Kuhn: Ich teile diese Hoffnung. Aber jetzt erst einmal vielen Dank für deine Zeit. Das war ein super spannendes Gespräch. Danke für die wertvollen Einblicke in deine Arbeit und deine mit uns geteilten Erfahrungen bedanken.

Amba Datta: Vielen Dank an dich! Es war mir eine Freude.

Amba Datta ist Partnerin bei Steptoe LLP in Washington, D.C. Sie berät ihre Mandanten insbesondere bei Verhandlungen mit Behörden und dem US-Kongress, sowie bei der Implementierung gesetzlicher Anforderungen im Unternehmen. Amba Datta ist Mitglied der Organisation Leadership Council on Legal Diversity und setzt sich als Rechtsanwältin für Vielfalt, Chancengleichheit und Inklusion ein.



Als Partner der Kanzlei Pohlmann & Company in Düsseldorf vertritt **Sascha Kuhn, M.M.**, Mandanten in komplexen Strafrechtsthemen und Complianceausforderungen. Darüber hinaus setzt Sascha Kuhn sich intensiv für den Diskriminierungsschutz ein und wurde erst kürzlich als Queermentor Role Model ausgezeichnet.

