

# Möglichkeiten zur Verbesserung der Chancen für Menschen mit Migrationshintergrund/Migrati- onsgeschichte durch eine Novellierung des PartIntG Berlin

## **Rechtswissenschaftliches Gutachten**

Im Auftrag der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales des Landes Berlin, Beauftragte des Senats von Berlin für Integration und Migration

Erstellt von Doris Liebscher, Ass. Jur. LL.M. Eur  
Berlin, 10.12.2019

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Teil I. Welche positiven Maßnahmen zum Zwecke des Nachteilsausgleichs sind für die Zielgruppe des PartIntG – Menschen mit Migrationshintergrund / Migrationsgeschichte – im Lichte europarechtlicher, verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Vorgaben zulässig?.....</b> | <b>1</b>  |
| <b>1. Kontext und rechtlicher Rahmen der Untersuchung .....</b>   | <b>1</b>  |
| 1.1. Rechtliche Verantwortung, Verpflichtung und Kompetenz zum Erlass positiver Maßnahmen für Menschen mit Migrationshintergrund bzw. mit tatsächlicher oder zugeschriebener Migrationsgeschichte .....   | 1         |
| 1.2. Begrenzende Rechtspositionen .....   | 2         |
| <b>2. Positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund im Überblick .....</b>  | <b>4</b>  |
| 2.1 Internationales Recht .....   | 4         |
| 2.2. Recht der Europäischen Union .....   | 6         |
| <b>3. Besondere positive Maßnahmen im Bereich Beschäftigung und Ausbildung.....</b>   | <b>6</b>  |
| 3.1. Vereinbarkeit mit internationalem Recht .....  | 7         |
| 3.2. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.....  | 8         |
| 3.2.1. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des AGG .....  | 8         |
| 3.2.2. Positive Maßnahmen als Rechtfertigungsgrund .....  | 10        |
| 3.2.3. Zweck der positiven Maßnahme: Verhinderung und Ausgleich tatsächlicher struktureller Nachteile .....   | 10        |
| 3.2.4. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen .....  | 12        |
| 3.2.4.1 Geeignetheit der Maßnahmen.....   | 13        |
| 3.2.4.2 Erforderlichkeit der Maßnahmen.....   | 14        |
| 3.2.4.3 Angemessenheit der Maßnahmen.....   | 14        |
| 3.2.5. Verhältnismäßigkeit der statistischen Referenzgröße .....  | 18        |
| 3.3. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz .....  | 19        |
| 3.3.1. Der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG.....  | 19        |
| 3.3.2. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG .....   | 21        |
| 3.3.2.1 Asymmetrische Tatbestandslösung .....   | 22        |
| 3.3.2.2. Striktes Differenzierungsverbot .....  | 22        |
| 3.3.2.3. Relatives Differenzierungsverbot.....  | 25        |
| 3.3.3. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung.....   | 26        |
| 3.4. Vereinbarkeit mit der Berliner Landesverfassung .....  | 27        |
| <b>4. Aufstellung von Förderplänen.....</b>   | <b>27</b> |

|  |           |
|--|-----------|
| <b>5. Einrichtung besonderer Beauftragter .....</b>  | <b>29</b> |
| <b>5.1. Einrichtung und Anzahl der Partizipationsbeauftragten .....</b>  | <b>30</b> |
| <b>5.2. Umfang der Freistellung der Partizipationsbeauftragten.....</b>  | <b>30</b> |
| <b>5.3. Wahl des*der Partizipationsbeauftragten .....</b>  | <b>31</b> |
| 5.3.1. Übertragbarkeit der Grundsätze zur Frauenförderung auf die Förderung der Partizipation von Menschen mit Migrationshintergrund.....  | 31        |
| 5.3.2. Verhältnismäßigkeit der Einschränkung der Wahl auf Menschen mit Migrationshintergrund/Migrationsgeschichte .....  | 33        |
| 5.3.2.1 Geeignetheit.....  | 33        |
| 5.3.2.2 Erforderlichkeit .....   | 34        |
| 5.3.2.3 Angemessenheit.....  | 35        |
| <b>6. Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung .....</b>  | <b>38</b> |
| <b>6.1. Öffentliche Auftragsvergabe .....</b>  | <b>38</b> |
| <b>6.2 Staatliche Leistungsgewährung .....</b>   | <b>41</b> |
| <b>7. Besetzung von Gremien .....</b>  | <b>42</b> |
| <b>8. Integrationsausschuss .....</b>  | <b>44</b> |
| <b>9. Repräsentanz und Richtigkeit der Angaben.....</b>  | <b>45</b> |
| 9.1. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit verpflichtender Angaben.....   | 45        |
| 9.2. Verwendung freiwilliger Angaben zum Nachweis von Unterrepräsentanz .....  | 47        |
| <b>10. Menschen mit Migrationsgeschichte .....</b>   | <b>47</b> |
| <b>11. Zusammenfassende Hinweise an die Gesetzgebung .....</b>   | <b>51</b> |
| <b>Teil 2 Konkrete Formulierungsvorschläge für eine Änderung des PartIntG (ausgewählte Vorschriften).....</b>  | <b>53</b> |
| <b>Teil 3 Kann der Geltungsbereich des PartIntG auf nationale Minderheiten erweitert und ein gesonderter Landesbeirat für Sinti und Roma bzw. nationale Minderheiten geschaffen werden?.....</b> | <b>60</b> |
| <b>Literatur .....</b>   | <b>62</b> |

**Teil I. Welche positiven Maßnahmen zum Zwecke des Nachteilsausgleichs sind für die Zielgruppe des PartIntG – Menschen mit Migrationshintergrund / Migrationsgeschichte<sup>1</sup> – im Lichte europarechtlicher, verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Vorgaben zulässig?**

## **1. Kontext und rechtlicher Rahmen der Untersuchung**

---

### **1.1. Rechtliche Verantwortung, Verpflichtung und Kompetenz zum Erlass positiver Maßnahmen für Menschen mit Migrationshintergrund bzw. mit tatsächlicher oder zugeschriebener Migrationsgeschichte**

Eine rechtliche Verantwortung für die Partizipation und Integration aller Bürger\*innen ergibt sich aus der Zusammenschau der Freiheits- und Gleichheitsrechte des Grundgesetzes und dem Demokratie- und Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG. Mit Blick auf Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte ergibt sie sich auch aus den Diskriminierungsverboten des Art. 3 Abs. 1 GG (Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit) und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (rassistische Diskriminierung und Diskriminierung wegen der Sprache).

Mit einer Erhöhung der Chancen und der Repräsentation von Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte im öffentlichen Dienst können verschiedene Ziele verfolgt werden:

- die Herstellung von Chancengleichheit und Teilhabegerechtigkeit für eine benachteiligte Bevölkerungsgruppe,
- die interkulturelle Öffnung der Verwaltung,
- die Erweiterung des Rekrutierungspotenzials des öffentlichen Dienstes,
- die Verbesserung der Legitimation und der Kommunikationsfähigkeit der Verwaltung im Bürger\*innenkontakt.<sup>2</sup>

Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind solche Maßnahmen, die Herstellung von Chancengleichheit und Teilhabegerechtigkeit für eine strukturell benachteiligte Bevölkerungsgruppe, mithin nachteilsausgleichende Maßnahmen. Im Europäischen Kontext werden diese als positive Maßnahmen bezeichnet.<sup>3</sup> Während sogenannte angemess-

---

<sup>1</sup> Das Kriterium Migrationsgeschichte ist weiter und erfasst auch alle Menschen mit Migrationshintergrund. Ausführlich zu den Unterschieden beider Definitionen und zu Vorteilen des Kriteriums „Migrationsgeschichte“ siehe unten Kapitel I.10.

<sup>2</sup> Ähnlich Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (765).

<sup>3</sup> Der Begriff „positive Maßnahmen“ entspricht dem etablierten Sprachgebrauch im Rechtskreis der EU. Im US-amerikanischen Gebrauch entspricht dem der Begriff „Affirmative Action“.

senen Vorkehrungen sich an einem besonderen, im Einzelfall nachzuweisenden Förderbedarf einer spezifischen Person orientieren<sup>4</sup>, richten sich positive Maßnahmen an strukturellen Nachteilen einer sozialen Gruppe aus, von ihnen profitieren einzelne Personen, die einer solchen Gruppe angehören bzw. ihr zugeordnet werden.<sup>5</sup> Es muss daher kein Nachweis der Benachteiligung im Einzelfall erbracht werden. Es reicht vielmehr, dass der Nachweis der strukturellen Benachteiligung von Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte getroffen wird. Nachteilsausgleichende Maßnahmen zielen über die formale Gleichbehandlung von Personen hinaus auf tatsächliche Gleichheit. Das heißt in einem konkreten Einzelfall, zum Beispiel einem Einstellungsverfahren, werden Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte und Menschen ohne Migrationshintergrund/-geschichte individuell ungleich behandelt, damit allgemeine strukturelle Nachteile ausgeglichen werden können, also gesamtgesellschaftlich die tatsächliche Gleichheit von Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte befördert wird. Positive Maßnahmen reagieren damit auf die Einsicht, dass Diskriminierung nicht nur eine individuelle, sondern auch eine strukturelle Komponente hat.<sup>6</sup>

Die grundsätzliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für eigene Partizipations- und Integrationsgesetze ergibt sich aus Art. 30, 70 Abs. 1 GG. Die Gesetzgebung verfügt dabei auch über eine Einschätzungsprärogative dahingehend, mit welchen besonderen und konkreten positiven Maßnahmen die Ziele der Partizipation und Integration effektiv und angemessen erreicht werden können.

## **1.2. Begrenzende Rechtspositionen**

Im Zusammenhang mit der Regelung solcher positiven Maßnahmen hat die Landesgesetzgebung Rechtspositionen zu beachten, die einer Partizipations- und Integrationsregelung verfassungsrechtliche oder anderweit vorrangige Grenzen ziehen. Vorliegend sind die Vorgaben des internationalen Rechts, des Rechts der Europäischen Union sowie die Grundrechte des Grundgesetzes (GG) und der Berliner Landesverfassung (VvB) zu beachten. Da es sich vorliegend ausschließlich um partizipations- und integrationsfördernde Maßnahmen handelt, die Unionsbürger\*innen keine Verpflichtungen auferlegen,

---

<sup>4</sup> Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen wird bislang vor allem mit Blick auf Behinderungen diskutiert, vgl. für das AGG *Eichenhofer*, Behindertenrecht 2019, 117ff.

<sup>5</sup> Grundlegend zum Konzept *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, 2010.

<sup>6</sup> Grundlegend *Gomolla*, Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in: Scherr u.a. (Hrsg.): Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 133-155.

ist ein Verstoß gegen § 18 Abs. 1 AEUV ausgeschlossen und musste vorliegend nicht geprüft werden.

## **2. Positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund im Überblick**

---

Positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund sind im internationalen Recht sowie im Recht der Europäischen Union verankert.

### **2.1 Internationales Recht**

Die von Deutschland ratifizierte UN-Antirassismus-Konvention (ICERD)<sup>7</sup> ist speziell auf die Verhinderung und Bekämpfung rassistischer Diskriminierung zugeschnitten; sie soll sicherstellen, dass Menschen in rechtlicher und in tatsächlicher Hinsicht vor rassistischer Diskriminierung geschützt werden. Art. 2 Absatz 2 ICERD verpflichtet die Vertragsstaaten ausdrücklich dazu, „besondere und konkrete Maßnahmen zu treffen, um die angemessene Entwicklung und einen hinreichenden Schutz bestimmter rassialisierter Gruppen oder ihnen angehörender Einzelpersonen sicherzustellen, damit gewährleistet wird, dass sie in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen“. Nach der Allgemeinen Empfehlung Nr. 32 des CERD-Ausschusses umfassen die in Art. 2 Absatz 2 ICERD beschriebenen positiven Maßnahmen jedenfalls die gesamte Bandbreite der Legislativ-, Exekutiv-, Verwaltungs-, Haushalts- und Regulierungsinstrumente auf allen Ebenen sowie Pläne, Politiken, Programme und Präferenzregelungen in Bereichen wie Beschäftigung, Wohnungsbau, Bildung, Kultur und Beteiligung an der öffentlichen Lebensgestaltung für benachteiligte Gruppen, die auf der Grundlage dieser Instrumente konzipiert und umgesetzt werden.<sup>8</sup>

Der Begriff der Zielgruppe solcher Maßnahmen ist dabei über Art. 1 Abs. 1 ICERD weitgefasst. Dort wird rassistische Diskriminierung definiert als „jede auf der [vermeintlichen, Anmerkung DL] Rasse, der Hautfarbe, der Abstammung, dem nationalen Ursprung oder der ethnischen Herkunft beruhende Unterscheidung, Ausschließung, Beschränkung oder Bevorzugung, die zum Ziel oder zur Folge hat, dass dadurch ein gleichberechtigtes Anerkennen, Genießen oder Ausüben von Menschenrechten und Grundfreiheiten im politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen oder jedem sonstigen Bereich des öffentlichen Lebens vereitelt oder beeinträchtigt wird.“ Als nationale und ethnische Gruppe gelten in Deutschland neben den anerkannten nationalen Minderheiten und Spätaussied-

---

<sup>7</sup> Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von rassistischer Diskriminierung (ICERD), BGBl. 1969 II, 961.

<sup>8</sup> Siehe auch CERD, General Recommendation No. 32 8/2009, III.B.13); [www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/100429\\_CERD\\_GeneralComment\\_32\\_engl.pdf](http://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/100429_CERD_GeneralComment_32_engl.pdf) (Stand 20.11.2019).

lern auch Menschen mit Migrationshintergrund deutscher oder nichtdeutscher Staatsangehörigkeit.<sup>9</sup> Die Definition in Art. 1 Abs. 1 ICERD erfasst auch Menschen mit Migrationshintergrund, die nach PartIntG wie folgt definiert werden: „Eine Person hat einen Migrationshintergrund, wenn sie selbst oder mindestens ein Elternteil nicht mit deutscher Staatsangehörigkeit geboren ist.“

Durch die Ratifizierung der Konvention sind auch die Bundesländer verpflichtet, die Konvention im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz umzusetzen. Die amtliche deutsche Übersetzung von ICERD ist durch das Zustimmungsgesetz Bestandteil des Bundesrechts, das ergibt sich aus Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG. Aus dieser Stellung folgt in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG auch, dass deutsche Gerichte und Behörden die vertraglichen Vorschriften von ICERD wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung beachten und anwenden müssen.

Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass ICERD auch als Auslegungshilfe bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes durch staatliche Stellen zu berücksichtigen ist.<sup>10</sup> Das ergibt sich aus dem Bekenntnis des Grundgesetzes zu den unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten (Art. 1 Abs. 2 GG, in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG). Diese Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes findet dort ihre Grenzen, wo die Auslegung nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsin-terpretation nicht mehr vertretbar erscheint oder wo eine völkerrechtsfreundliche Interpretation den Grundrechtsschutz aus dem Grundgesetz selbst einschränken würde.<sup>11</sup> Auch die Empfehlungen und Stellungnahmen von internationalen Menschenrechtsaus-schüssen, wie dem UN-Anti-Rassismus-Ausschuss CERD besitzen institutionelle und nor-mative Legitimität und „erhebliches Gewicht“<sup>12</sup> bei der Auslegung von ICERD. Nationale Gerichte müssen sich im Rahmen einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung des nationa-len Rechts mit den Empfehlungen von CERD auseinandersetzen, auch wenn sie sie nicht übernehmen müssen.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Däubler, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 37ff.

<sup>10</sup> BVerfG, Beschluss vom 14.10.2004, 2 BvR 1481/04 - Görgülü.

<sup>11</sup> Ebd., Rn. 32; BVerfG, Beschluss vom 8.7. 2010, 2 BvR 2485/07 u.a., Rz. 24; BVerfG, Urteil vom 4.5. 2011, 2 BvR 2333/08 u.a., Rz. 90, 93; BVerfG, Beschluss vom 05.07.2013, 2 BvR 708/12, Rz. 21; BGH, Beschluss vom 13.1.2014, X ZB 18/12, Rz. 20, 21.

<sup>12</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.01.2019, 2 BvC 62/14 -, Rn. 65.

<sup>13</sup> Ebd., Rn. 65; Payandeh, JZ 2013, 980, 986.

## 2.2. Recht der Europäischen Union

Art. 5 der EU-Antirassismus-Richtlinie RL 43/2000/EG<sup>14</sup> regelt die Zulässigkeit positiver Maßnahmen im Anwendungsbereich der Richtlinie. Bei Art. 5 RL 43/2000/EG handelt sich um eine asymmetrisch ausgerichtete Vorschrift, die vorwiegend zugunsten von Personen Anwendung findet, die potentiell in der sozialen Realität unter Diskriminierung leiden.<sup>15</sup> Danach hindert der Gleichbehandlungsgrundsatz die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Maßnahmen im Geltungsbereich der Richtlinie beizubehalten oder zu beschließen mit denen Benachteiligungen aufgrund von rassistischen Zuschreibungen<sup>16</sup> oder der ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden. Der Geltungsbereich umfasst nach Art. 3 RL 43/2000/EG nur die Bereiche Beschäftigung und Beruf sowie Soziales, Bildung und Waren- und Dienstleistungsverkehr, er ist also eingeschränkter als der umfassende Geltungsbereich von Art. 2 Abs. 2 ICERD. Art. 5 RL 43/2000/EG wurde durch § 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) umgesetzt.<sup>17</sup>

### **3. Besondere positive Maßnahmen im Bereich Beschäftigung und Ausbildung**

*Fragen: Inwieweit können Dienststellen des Landes Berlin dazu verpflichtet werden, auf die Erhöhung des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund unter den Beschäftigten gemäß ihrem Anteils an der Berliner Bevölkerung hinzuwirken sowie die Möglichkeit einer bevorzugten Einstellung bei gleicher Qualifikation vorzusehen (vgl. §§ 3, 6, 7, 8 LGG)?*

*Inwieweit können Vorgaben zur Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund gemäß ihres Anteils an der Berliner Bevölkerung gemacht werden in Bezug auf*

- a) Stellenausschreibungen in Anlehnung an § 5 LGG (Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung bei Unterrepräsentanz, gezielte Ansprache, öffentliche Bekanntmachung),*
- b) Auswahlverfahren in Anlehnung an § 6 LGG (Einladung zum Vorstellungsgespräch, Dokumentationspflichten),*

---

<sup>14</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000, ABl. L 180/22 vom 19.07.2000.

<sup>15</sup> Schiek, in: Schiek, AGG, § 5, Rn. 14.

<sup>16</sup> Die Richtlinie verwendet den Begriff der Rasse, sie meint damit keine Rassezugehörigkeiten, sondern rassistische Zuschreibungen. Zum Ganzen Tyson, European Journal of Migration and Law 3/2001, 199ff; Cremer, ... und welcher Rasse gehören Sie an?, 2009; LADG, SenJustVA, VzB vom 04.06.2019, S. 20.

<sup>17</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.08.2006; BGBl. I S. 1897, BGBl. I S. 610; im einzelnen siehe unten Kapitel I.3.2.

*c) Mindestrepräsentanz in Ausbildungsplätzen in Anlehnung an § 7 LGG (gemäß Anteil von Menschen mit Migrationshintergrund an Bevölkerung)?*

### **3.1. Vereinbarkeit mit internationalem Recht**

Wie dargestellt, sind solche positive Maßnahmen im Bereich Beschäftigung und Beruf nach Art. 2 Abs. 2 ICERD zulässig, die gewährleisten sollen, dass Menschen mit Migrationshintergrund in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen. Die Möglichkeit einer bevorzugten Einstellung bei gleicher Qualifikation, die Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung, die Möglichkeit der gezielten Ansprache und die Verpflichtung zur öffentlichen Bekanntmachung der Ausschreibung bei zu besetzenden Vorstands- und Geschäftsleitungspositionen der Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts bei Unterrepräsentanz sowie die Sicherstellung der Mindestrepräsentanz in Ausbildungsplätzen sind folglich von Art. 2 Abs. 2 ICERD umfasst.

Fraglich ist, inwieweit solchen Maßnahmen die Rechtspositionen nichtbegünstigter Personen ohne Migrationshintergrund entgegenstehen. Nach Art. 1 Abs. 4 ICERD gelten positive Maßnahmen, die einzig zu dem Zweck getroffen werden, eine angemessene Entwicklung der in Art. 1 Abs. 1 ICERD benannten Gruppen und Personen zu gewährleisten und die notwendig sind, damit sie die Menschenrechte und Grundfreiheiten gleichberechtigt genießen und ausüben können, nicht als Diskriminierung von jenen Menschen, die nicht von diesen Maßnahmen begünstigt sind. Voraussetzung dafür ist, dass diese Maßnahmen nicht die dauerhafte Beibehaltung getrennter Rechte für verschiedene Gruppen zur Folge haben und dass sie nicht weiter fortgeführt werden, sobald die Ziele, um derentwillen sie getroffen wurden, erreicht sind. In der Allgemeinen Empfehlung Nr. 32 hat der UN-Antirassismus-Ausschuss CERD die Bedingungen zur Ergreifung und Umsetzung von positiven Maßnahmen genauer beschrieben. Diese sollten der Situation angepasst, notwendig, verhältnismäßig und zeitlich beschränkt sein; sie sollten auf der Basis von korrekt ermittelten Daten konzipiert und aufgrund von Konsultationen und aktiver Teilnahme seitens der betroffenen Gemeinschaften geplant und implementiert werden.<sup>18</sup> Die Formulierung „zeitlich beschränkt“ bedeutet im Lichte von Art. 1 Abs. 4 ICERD, dass die Maßnahmen zur Erhöhung des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund unter den Auszubildenden und Beschäftigten und die Möglichkeit einer bevorzugten Einstellung bei gleicher Qualifikation nur so lange gelten, bis ihr Ziel, die Erhöhung des Anteils der Beschäftigten mit Migrationshintergrund, erreicht ist. Dem wird

---

<sup>18</sup> Siehe auch CERD, General Recommendation No. 32 8/2009, III. D.); [www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/100429\\_CERD\\_GeneralComment\\_32\\_engl.pdf](http://www.humanrights.ch/cms/upload/pdf/100429_CERD_GeneralComment_32_engl.pdf) (Stand 20.11.2019).

dadurch Rechnung getragen, dass konkrete positive Maßnahmen an tatsächliche und statistisch nachzuweisende Unterrepräsentation geknüpft werden.

### **3.2. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz**

Die EU-Antirassismusrichtlinie RL 43/2000/EG wurde durch das AGG umgesetzt, als Bundesrecht ist es auch von der Landesgesetzgebung und -verwaltung zu beachten.

#### **3.2.1. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich des AGG**

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AGG sind die Bereiche Beschäftigung und Beruf einschließlich Berufsausbildung und Weiterbildung vom Anwendungsbereich des AGG umfasst. § 7 Abs. 1 AGG verbietet die Benachteiligung von Beschäftigten wegen eines in § 1 genannten Grundes. Nach § 24 AGG gelten die Vorschriften des AGG auch für Beamt\*innen unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtstellung. Fraglich ist, ob eine Ungleichbehandlung, die an den Migrationshintergrund anknüpft, von dem Diskriminierungsverbot des § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 AGG erfasst ist.

Der Anwendungsbereich des § 1 AGG umfasst im Einklang mit RL 43/2000/EG Benachteiligungen aufgrund der „Rasse oder ethnischen Herkunft“. Auf die tatsächliche Zugehörigkeit zu einer ethnischen oder rassistischen Gruppe kommt es dabei nicht an. Das ergibt sich bereits aus der Entstehungsgeschichte der RL 43/2000/EG, mit der die Europäische Union auf Rassismus und Antisemitismus reagieren wollte.<sup>19</sup> Zudem stellt Erwägungsgrund 6 RL 43/2000/EG klar: „Die Europäische Union weist Theorien, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen, zurück. Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ in dieser Richtlinie impliziert nicht die Akzeptanz solcher Theorien“. Auch die Gesetzesbegründung zu § 1 AGG stellt fest, „dass nicht das Gesetz das Vorhandensein verschiedener menschlicher „Rassen“ voraussetzt, sondern dass derjenige, der sich rassistisch verhält, eben dies annimmt.“<sup>20</sup> Die Verwendung des Begriffs „Rasse“ knüpft somit an rassistische Zuschreibungen an. In der Rechtsprechung, Kommentar- und Aufsatzliteratur zu § 1 AGG gibt es eine starke Tendenz ethnische Herkunft, im Unterschied zu Rasse als tatsächliche Zugehörigkeitskategorie zu interpretieren. Rechtsprechung und Literatur definieren ethnische Herkunft oft unter Rückgriff auf ei-

---

<sup>19</sup> Tyson, European Journal of Migration and Law 3/2001, 199ff.

<sup>20</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 31.

nen veralteten Ethnizitätsbegriff als „Zugehörigkeit zu einer Gruppe in Gebräuchen, Herkunft und Erscheinung“<sup>21</sup>, „als gemeinsame Geschichte und Kultur, die Verbindung zu einem bestimmten Territorium und ein Gefühl der solidarischen Gemeinsamkeit für eine bestimmbare Population von Menschen, [...] als gemeinsame Sprache, tradierte Gewohnheiten u.Ä.“<sup>22</sup> Auch Menschen, die eine Ungleichbehandlung erfahren, weil sie deutsche Staatsangehörige ohne Migrationshintergrund sind, können sich nach herrschender Rechtsauffassung auf § 1 AGG wegen Benachteiligung wegen der ethnischen Herkunft berufen, denn auch sie haben eine Ethnizität. Andererseits ist eingewendet worden, dass das Merkmal „Migrationshintergrund“ gar nicht zwangsläufig etwas über eine bestimmte ethnische Herkunft i.S.e. ethnischen Identität einer Person aussagt.<sup>23</sup> Dann wäre das AGG vorliegend gar nicht einschlägig und auch positive Maßnahmen, die an den Migrationshintergrund anknüpfen, könnten nicht auf § 5 AGG gestützt werden. Dagegen ist einzuwenden: Was für „Rasse“ gilt, gilt aber auch für ethnische Herkunft. Beide Begriffe zielen auf ein „einheitliches Phänomen“,<sup>24</sup> die Verhinderung rassistischer und ethnischer Diskriminierung. Bei Diskriminierung, egal ob sie an vermeintliche rassistische Merkmale oder an ethnische Herkunft anknüpft, handelt es sich immer vor allem um Diskriminierung durch Zuschreibung, also Askription.<sup>25</sup> Die Orientierung an tatsächlicher Abstammung oder Zugehörigkeit wird der Realität von Diskriminierung nicht gerecht. Bei Diskriminierung ist die Abstammung bzw. die tatsächliche Herkunft oft gar nicht bekannt. Däubler und auch Schiek argumentieren von „Rasse und ethnischer Herkunft“ würden „alle Personen erfasst, die als fremd wahrgenommen werden, weil sie aufgrund bestimmter Unterschiede von der regionalen Mehrheit als nicht zugehörig angesehen werden“.<sup>26</sup> Auch Menschen mit Migrationshintergrund sind von Diskriminierungen aufgrund von rassistischen Zuschreibungen oder der tatsächlichen oder zugeschriebenen Herkunft betroffen und nach dieser Auffassung vom Anwendungsbereich

---

<sup>21</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (772f).

<sup>22</sup> Für viele *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 2017, Rn. 57 ff. m.w.N.; ArbG Stuttgart, Urteil vom 15.04.2010 – 17 Ca 8907/09; kritisch dazu *Schiek*, AGG, § 1, Rn. 13; Liebscher, Zur Diskriminierung Ostdeutscher als Ethnie, KJ 2020 (im Erscheinen).

<sup>23</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (772f).

<sup>24</sup> *Schiek*, AGG, § 1, Rn. 13.

<sup>25</sup> *Schiek*, AuR 2003, 44 (45), ebenso *Cremer*, ... und welcher Rasse gehören Sie an?, 2009; LADG, SenJustVA, VzB vom 04.06.2019, S. 20

<sup>26</sup> *Däubler* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 1 Rn. 32; *Schiek*, AuR 2003, 44 (46).

des § 1 AGG erfasst.<sup>27</sup> Deutsche Staatsangehörige ohne Migrationshintergrund fallen dagegen nach dieser Auffassung gar nicht unter § 1 AGG, weil sie weder rassistisch zugeschrieben noch als fremd und nicht zugehörig angesehen werden.

### **3.2.2. Positive Maßnahmen als Rechtfertigungsgrund**

Eine Ungleichbehandlung ist keine sozial verwerfliche und verbotene Diskriminierung, wenn sie nach den §§ 5, 8 -10 AGG erlaubt ist. § 5 AGG erlaubt in Umsetzung von Art. 5 RL 43/2000/EG eine unterschiedliche Behandlung im Anwendungsbereich des Gesetzes, „wenn durch geeignete und angemessene Maßnahmen bestehende Nachteile wegen eines in § 1 genannten Grundes verhindert oder ausgeglichen werden sollen“. Ausweislich der Gesetzesbegründung richtet sich diese Vorschrift auch an den Gesetzgeber.<sup>28</sup> Darunter fallen somit auch Menschen mit Migrationshintergrund, weil sie von Diskriminierungen aufgrund von rassistischen Zuschreibungen erfasst sind, die an äußere rassialisierte Merkmale, wie Haut- oder Haarfarbe, aber auch an kulturalisierte Merkmale, wie Herkunft, Sprache, Namen, Kultur oder Religion anknüpfen.<sup>29</sup>

### **3.2.3. Zweck der positiven Maßnahme: Verhinderung und Ausgleich tatsächlicher struktureller Nachteile**

Unter auszugleichenden Nachteilen versteht § 5 AGG Nachteile tatsächlicher oder struktureller Art wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes.<sup>30</sup> Damit sind alle Umstände angesprochen, die bei Personen, die vom Anwendungsbereich des § 1 AGG umfasst sind, zu einer Chancenungleichheit mit Blick auf Positionen, Güter oder Leistungen führen.<sup>31</sup> Angesprochen sind damit einerseits objektive Eigenschaften der tendenziell benachteiligten Gruppen, zum Beispiel werden in der Regel Frauen schwanger.<sup>32</sup> Übertragen auf Menschen mit Migrationshintergrund entspräche dem das Beispiel von Personen mit nichtdeutscher Erstsprache. Nachteilige Umstände können auch auf gesellschaftlich verbreiteten Verallgemeinerungen, Vorurteilen und Ressentiments beruhen.<sup>33</sup> So sind viele Menschen mit Migrationshintergrund von unterschiedlichen Ausformungen rassistischer

---

<sup>27</sup> Zum insofern präziseren Kriterium Migrationsgeschichte siehe unten Kapitel I.10.

<sup>28</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 34; *Roloff* in: BeckOK-ArbR, AGG, § 5; *Bauer/Krieger*, AGG, § 5 Rn. 3; *Schlachter* in: ErfK-AGG, § 5 Rn. 2.

<sup>29</sup> *Guillaumin*, Zur Bedeutung des Begriffs „Rasse“, in: Institut für Migrations- und Rassismusforschung (Hrsg.), 1992, S. 77ff.

<sup>30</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 33 f.; *Colling* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 5 AGG; *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 21f.

<sup>31</sup> *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 20.

<sup>32</sup> Das Beispiel nennt *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 22.

<sup>33</sup> Ebd.

(kolonialrassistischer, antiziganistischer, antimuslimischer, antislawistischer) und antisemitischer Ressentiments betroffen. Schließlich können nachteilige Umstände aus traditionellen Rollenverteilungen, institutionalisierten Routinen und sozioökonomisch überformten Ungleichheitslagen hervorgehen. Hier ist mit Blick auf Menschen mit Migrationshintergrund und Migrationsgeschichte unter anderem auf die Forschung zu institutioneller Diskriminierung in der Bildung und auf dem Arbeitsmarkt hinzuweisen.<sup>34</sup>

Es genügt, dass die Nachteile, dass diese ernsthaft drohen. Damit sind ausdrücklich auch präventive Maßnahmen erlaubt.<sup>35</sup> Nachteile, die in der Vergangenheit einmal bestanden haben, aber nicht mehr bestehen, genügen nicht.<sup>36</sup>

Der Nachweis kann quantitativ durch den statistischen Nachweis der Unterrepräsentation einer über rassialisierende oder ethnisierende Zuschreibungen definierten Gruppe erbracht werden. Eine Unterrepräsentanz ist nach herrschender Auffassung in der Literatur und der Rechtsprechung grundsätzlich ein ausgleichsfähiger Nachteil i.S.v. § 5 AGG.<sup>37</sup>

Die Gesetzesbegründung zu § 22 AGG weist ausdrücklich darauf hin, dass „auch die Ergebnisse von Statistiken [...] im Rahmen der richterlichen Würdigung des Sachverhalts einen tatsächlichen Anhaltspunkt“ für eine Benachteiligung „darstellen können“<sup>38</sup>. Jens Colling weist in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des BAG zur geschlechtsspezifischen Diskriminierung hin, in der der 8. Senat urteilte, eine Nachteilsvermutung könne sich aus statistischen Daten nur dann ergeben, wenn diese sich konkret auf den konkreten Arbeitgeber beziehen und im Hinblick auf dessen Verhalten aussagekräftig seien.<sup>39</sup> Er schlussfolgert daraus, dies gelte auch für den Nachweis positiver Maßnahmen. Dieses Argument überzeugt indessen nicht, da es sich in diesem Fall nicht um eine Klage gegen positive Maßnahmen, sondern um die Klage einer Frau handelte, die ihre

---

<sup>34</sup> Grundsätzlich *Gomolla/Radtke*, Institutionelle Diskriminierung, 2009; für Berlin *Karakayali/zur Nieden*; Rassismus und Klassen-Raum. Segregation nach Herkunft an Berliner Grundschulen, in: *Suburban 2/2013*, S. 61-78; *WZB*, Ethnische Hierarchien in der Bewerberauswahl 2018; ADS, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland 2017; *Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration*, Diskriminierung am Ausbildungsmarkt 2014; ADS, Diskriminierung im Bildungsbereich und im Arbeitsleben 2013; ADS, Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben 2010; *IZA*, Ethnic Discrimination in Germany's Labour Market: A Field Experiment 2010.

<sup>35</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 34; *Colling* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, § 5 AGG, Rn. 9; *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, HK-AGG, § 5 Rn. 22; *Schiek*, in: Schiek, AGG, § 5, Rn. 13.

<sup>36</sup> *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, HK-AGG, § 5 Rn. 22; *Colling* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, § 5 AGG, Rn. 7.

<sup>37</sup> *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach AGG, § 5 Rn. 23; ArbG Berlin, Urteil vom 05. Juni 2014 – 42 Ca 1530/14 –, juris, Rn. 23.

<sup>38</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 47.

<sup>39</sup> *Colling* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, § 5 AGG, Rn. 7; BAG vom 22.07.2010 - 8 AZR 1012/08 - juris Rn. 68 - NZA 2011, 93, 99.

Diskriminierung (Nichtbeförderung) als Frau durch das Unternehmen unter Rückgriff auf Statistiken nachweisen wollte. Es ging also darum, Indizien für Diskriminierung im Einzelfall durch Statistiken zu beweisen. Positive Maßnahmen sollen dagegen auf strukturelle Nachteile reagieren, die gerade auch unabhängig von den Verhältnissen in einem einzelnen Unternehmen oder einer einzelnen Dienststelle auftreten. Die Nachteile müssen für die grundsätzliche Zulässigkeit positiver Maßnahmen daher nach richtiger und vorherrschender Auffassung nicht einem konkreten Betrieb oder einer bestimmten Dienststelle bestehen, Bezugsrahmen können vielmehr auch eine bestimmte Region, ein bestimmter Wirtschaftszweig oder die gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse sein.<sup>40</sup> Bei Vorliegen entsprechender aussagekräftiger Statistiken mit Blick auf Menschen mit Migrationshintergrund im bundesweiten Durchschnitt und im Durchschnitt des Landes Berlin wäre ein durch positive Maßnahmen zu adressierender Nachteil daher vorliegend hinreichend nachgewiesen. Darüber hinaus kann dieser Befund auch durch qualitative Studien gestützt werden, die strukturelle Nachteile bzw. ein gesteigertes Diskriminierungsrisiko der zu fördernden Gruppe im Bereich der Bildung, Ausbildung und auf dem Arbeitsmarkt zeigen.

Maßnahmen sind schließlich nur zulässig, wenn sie gezielt und unmittelbar zur Verhinderung oder zum Ausgleich der strukturellen Nachteile ergehen.<sup>41</sup> Maßnahmen, die nur tendenziell oder mittelbar positive Effekte auf die Zielgruppe haben, sind im Lichte der Rechtsprechung des EuGH keine zulässigen positiven Maßnahmen nach § 5 AGG.<sup>42</sup> Grundsätzlich besteht aber eine Einschätzungsprärogative der Gesetzgebung, welche konkreten Maßnahmen je nach Ungleichheitslage gewährt werden können. Die in Rede stehenden Maßnahmen zielen unmittelbar auf die Erhöhung des Anteils von Beschäftigten mit Migrationshintergrund und sind auch vor diesem Hintergrund zulässig.

#### **3.2.4. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen**

Positive Maßnahmen die auf den Ausgleich struktureller Nachteile zielen, sind nach dem Recht der Europäischen Gemeinschaft keine „umgekehrte“ Diskriminierung von Menschen ohne Migrationsgeschichte, auch wenn dabei im Einzelfall eine Person gegenüber einer anderen bevorzugt wird.<sup>43</sup> Trotzdem muss die Maßnahme verhältnismäßig sein.

---

<sup>40</sup> *Bauer/Krieger*, § 5 Rn. 9; *Franke/Merx*, AuR 2007, 235; *Zimmer* in: *Däubler/Bertzbach AGG*, § 5 Rn. 25;

<sup>41</sup> *Zimmer* in: *Däubler/Bertzbach AGG*, § 5 Rn. 20; *Schlachter* in: *ErfK, AEUV Art. 157 Rn. 31*; EuGH vom 17.07.2014, Rs. C-173/13.

<sup>42</sup> EuG vom 25.10.1988, Rs. 312/86, *Slg. 1988 -06315*, NJW 1989, 3086 für begünstigende Maßnahmen, die an Eigenschaften anknüpfen, die bei Männern und Frauen vorliegen.

<sup>43</sup> *Armbrüster* in: *Erman, BGB*, 15. Aufl. 2017, § 5 AGG, Rn. 1; id.S. auch *Zimmer* in: *Däubler/Bertzbach, HK-AGG*, § 5 Rn. 20.

Nach dem Wortlaut von § 5 AGG bedeutet das, sie muss „geeignet und angemessen“ sein, Rechtsprechung und Literatur präzisieren, sie muss „objektiv geeignet, erforderlich und angemessen“<sup>44</sup> sein.

### 3.2.4.1 Geeignetheit der Maßnahmen

Nach der Gesetzesbegründung zum AGG müssen die Maßnahmen zunächst „nach objektivem Maßstab geeignet“ sein.<sup>45</sup> Die Kommentar- und Aufsatzliteratur konkretisiert diese Vorgabe dahingehend, dass objektiv die Wahrscheinlichkeit bestehen muss, dass das bezweckte Ziel auch erreicht wird.<sup>46</sup> An die Wahrscheinlichkeit dürfen dabei keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, weil dies dem Ziel, Chancengleichheit zu erhöhen zuwiderlaufen würde.<sup>47</sup> Einige Autor\*innen gehen sogar davon aus, dass nur offensichtlich ungeeignete Maßnahmen ausgeschlossen sind.<sup>48</sup> Nicht geeignet sind nach der Rechtsprechung Maßnahmen, die die herkömmliche Rollenverteilung eher verfestigen oder die unter der Vorgabe, schützen zu wollen, tatsächlich einen benachteiligenden Effekt auf dem Arbeitsmarkt haben.<sup>49</sup>

Fraglich ist, ob Maßnahmen, die an die Unterrepräsentanz von Menschen mit Migrationshintergrund und damit auch an die Staatsangehörigkeit und an den grenzüberschreitenden Zuzug anknüpfen, geeignet sind, Nachteile der von § 1 AGG geschützten Gruppe, „Rasse und ethnische Herkunft“ auszugleichen. Die in der Definition des Vorliegens eines Migrationshintergrunds verwendeten Anknüpfungen an die Staatsangehörigkeit und den grenzüberschreitenden Zuzug erfassen auch solche Personen mit Migrationshintergrund, die nicht dem Risiko rassistischer Diskriminierung ausgesetzt sind. Zu denken wäre an weiße französische Staatsangehörige und ihre Nachkommen. Zur Ermittlung von Unterrepräsentation müssen jedoch handhabbare Verallgemeinerungen zur Operationalisierung der Gruppenbildung zugelassen werden, weil sonst das Ziel der Maßnahme nie erreicht werden könnte.<sup>50</sup> Angesichts der Notwendigkeit einer handhabbaren Vergleichsgruppenbildung im Rahmen der positiven Maßnahmen zum Nachteilsausgleich können

---

<sup>44</sup> Für viele *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach AGG, § 5 Rn. 20 m.w.N.

<sup>45</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 34.

<sup>46</sup> *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach AGG, § 5 Rz. 23; Schlachter in: ErfK, AEUV Art. 175, Rn. 31; *Schiek*, § 5 AGG, Rn. 13.

<sup>47</sup> *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach AGG, § 5 Rz. 28; *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, S. 22; *Schleuser/Suckow/Voigt*, § 5, Rn. 19.

<sup>48</sup> *Meinel/Heyn/Herms*, § 5 Rn. 9; *Epiney/Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, S. 210.

<sup>49</sup> BVerfGE 85, 191 – 214 (Nachtarbeitsverbot für Frauen)

<sup>50</sup> So auch *Ziekow*, DÖV 18/2014, 765 (774). Zur Kategorie „Menschen mit Migrationsgeschichte“ als trennschärferer Kategorie siehe auch unten Teil 2.

und müssen kleinere Verzerrungen daher vernachlässigt werden.<sup>51</sup> Abweichungen sind daher verhältnismäßig, wenn sich eine andere Vergleichsgruppe nicht sachgerecht bilden lässt.<sup>52</sup> Voraussetzung ist allerdings, dass eine allgemeine Definition des Begriffs des Migrationshintergrunds vorgenommen wird.<sup>53</sup> Dies ist durch eine entsprechende Regelung im PartIntG zu gewährleisten.

Die gezielte Ansprache, die bevorzugte Behandlung im Auswahlverfahren und die bevorzugte Einstellung von Menschen mit Migrationshintergrund sind vor diesem Hintergrund geeignete Maßnahmen um das Ziel zu erreichen, „Menschen mit Migrationshintergrund die Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilhabe in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens zu geben“ (§ 1 Abs. 1 PartIntG).

#### 3.2.4.2 Erforderlichkeit der Maßnahmen

Erforderlich sind Maßnahmen, wenn es kein gleichermaßen wirksames bzw. gleich effektives Mittel gibt, das sich weniger nachteilig auf die nichtbegünstigte Gruppe auswirkt.<sup>54</sup> Dies ist vorliegend nicht ersichtlich, so dass die Maßnahmen erforderlich sind.

#### 3.2.4.3 Angemessenheit der Maßnahmen

Im Rahmen der Angemessenheit sind die mit den Maßnahmen verbundenen negativen Auswirkungen auf die im Einzelfall nicht begünstigten Personen in besonderem Maße abzuwägen.<sup>55</sup> Der EuGH hat hierbei den Handlungsmöglichkeiten im Bereich der positiven Maßnahmen anhand seiner Rechtsprechung zu Fördermaßnahmen zu Gunsten von Frauen deutliche Konturen gegeben. Ein absoluter Vorrang der zu fördernden Gruppe im Sinne von starren Quoten ist nach der Rechtsprechung von EuGH und BAG zur geschlechtsspezifischen Diskriminierung im Bereich Beschäftigung und Beruf ausgeschlossen.<sup>56</sup> Diese Rechtsprechung ist auf alle Diskriminierungskonstellationen nach § 1 AGG übertragbar, keiner begünstigten Gruppe darf ein absoluter, unbedingter Vorrang eingeräumt werden, erforderlich ist vielmehr eine Abwägung im Einzelfall.<sup>57</sup> Zulässig sind

---

<sup>51</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (773).

<sup>52</sup> LAG Düsseldorf, Urteil vom 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08 -, juris Rdnr. im Zusammenhang mit der Feststellung geschlechtsbezogener Unterrepräsentanz.

<sup>53</sup> Zum auch insoweit präziseren Kriterium Migrationsgeschichte siehe unten Kapitel I.10.

<sup>54</sup> EuGH vom 19.03.2002 – Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, 1-2891, NZA 2002, 501, Rn. 42.

<sup>55</sup> *Armbrüster* in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 5 AGG, Rn. 1; ebenso BT-Drs. 16/1780, S. 34.

<sup>56</sup> EuGH vom 19.03.2002 – Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, 1-2891, NZA 2002, 501; BAG, Urteil vom 05. März 1996 – 1 AZR 590/92 (A) –, BAGE 82, 211-230; zur Entwicklung der Rechtsprechung *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, S. 13ff.

<sup>57</sup> BT-Drs. 16/1780, S. 34; EuGH vom 17.10.1995, Rs. C-450/93 - juris Rn. 22; BAG vom 05.03.1996 - 1 AZR 590/92 (A), 1 AZR 590/92 - juris Rn. 53 - NZA 1996, 751, 754; *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, HK-AGG,

nachteilsausgleichende Maßnahmen unter bestimmten Bedingungen. Dabei kann grundsätzlich zwischen zwei Kategorien von Maßnahmen unterschieden werden: einerseits positive Maßnahmen, die für die nicht begünstigte Gruppe (Menschen ohne MHG) gar keinen Vorteil bringen würden und andererseits positive Maßnahmen, die für die nicht begünstigte Gruppe (Menschen ohne MHG) einen tatsächlichen Nachteil erbringen.

#### 3.2.4.3.1 Positive Maßnahmen, die keinen individuellen Nachteil darstellen können: öffentliche Ausschreibung, besondere Aufforderung zur Bewerbung, Einladung zum Vorstellungsgespräch

Maßnahmen, die zwar die strukturell benachteiligte Gruppe (Personen mit MGH) begünstigen, aber der anderen Gruppe (Personen ohne MGH) gar keinen Vorteil bringen würden, sind unproblematisch angemessen.<sup>58</sup> Ein Beispiel wären Förderprogramme für Migrant\*innen zur Erlangung bzw. Verbesserung der Kenntnisse der deutschen Sprache.<sup>59</sup> Auch die öffentliche Ausschreibung von Stellen benachteiligt Menschen ohne Migrationshintergrund nicht. Die öffentliche und gezielte Ansprache von Menschen mit Migrationshintergrund zur Gewinnung für den öffentlichen Dienst, angelehnt an § 5 LGG und § 4 Abs. 4 S. 2 PartIntG, ist danach zulässig. Solche Regelungen zielen allein darauf ab, Personen aus der erstgenannten Gruppe zu Bewerbungen zu motivieren, um den Bewerberkreis zu vergrößern, sie halten anderen Gruppen angehörende Bewerber\*innen nicht von einer Bewerbung ab. Dies ist durch die Rechtsprechung für die Formulierung „Es besteht ein besonderes Interesse an Bewerbungen von Frauen (und von Schwerbehinderten)“ ausdrücklich geklärt.<sup>60</sup> Auch in der Literatur besteht Einigkeit, dass eine Stellenausschreibung, die bestimmte der in § 1 AGG genannten Kategorien ausdrücklich aufgreift, rechtlich zulässig ist, wenn es sich um eine positive Maßnahme nach § 5 AGG handelt.<sup>61</sup> Eine vorgreifliche Wirkung auf die Auswahlentscheidung besteht dadurch nicht.

Auch Einladungsquoten und Dokumentationspflichten im Zusammenhang mit der Einladung zum Vorstellungsgespräch in Anlehnung an § 6 LGG sind zulässig. Der EuGH hat

---

§ 5 Rn. 31; *Ziekow*, DÖV 18/2014, 765 (769); *Schmidt*, Quotenorientierte Einstellungs- und Beförderungsentscheidungen, 2011, S. 157ff.

<sup>58</sup> *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 32.

<sup>59</sup> Ähnlich LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14. Januar 2011 – 9 Sa 1771/10 –, juris, wonach ein "Trainee-Programm" öffentlicher Arbeitgeber für Berufsanfänger keine Altersdiskriminierung der nicht davon profitierenden Personen darstellt.

<sup>60</sup> LArbG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.01.2011 – 9 Sa 1771/10 –, juris Rn. 39f.; LAG Düsseldorf, Urteil vom 12.11.2008 – 12 Sa 1102/08 –, juris Rn. 68.

<sup>61</sup> *Laws*, MDR 2013, 625ff.; *Thüsing*, in: MüKo, Bd. 1, 2018, § 11 AGG, Rn. 4; *Ziekow*, DÖV 18/2014, 765 (773).

entschieden dass nationale Regelungen die in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, sicherstellen, dass alle gleich qualifizierten Frauen zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden, den EU-Antidiskriminierungsrichtlinien nicht entgegensteht.<sup>62</sup> Eine Regelung, die in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, bei gleicher Qualifikation der Bewerber\*innen sicherstellt, dass qualifizierte Frauen zu Vorstellungsgesprächen eingeladen werden, ist auch dann zulässig, wenn sie so durchgeführt wird, dass nur ein Teil der qualifizierten Bewerberinnen und höchstens ebenso viele Bewerber eingeladen werden.<sup>63</sup> Diese Rechtsprechung kann auf die anderen Kategorien in § 1 AGG übertragen werden,<sup>64</sup> also auch auf Menschen mit Migrationshintergrund.

#### 3.2.4.3.2 Positive Maßnahmen, die einen individuellen Nachteil darstellen können: Einstellung, Beförderung oder Ausbildungsplatzvergabe

Maßnahmen, die die strukturell benachteiligte und durch die Maßnahme begünstigte Gruppe besserstellen und für die andere, strukturell nicht benachteiligte und daher von der Maßnahme nicht begünstigte Gruppe ebenfalls anstrebenswert sind, müssen strengen Kriterien der Angemessenheitsprüfung genügen. Dazu zählen Bevorzugungsregeln für die Einstellung, Beförderung oder Ausbildungsplatzvergabe. Hier ist wiederum zu unterscheiden, ob es erstens um befristete Qualifikationsstellen geht, oder zweitens um die Besetzung von Arbeitsplätzen oder Beförderungsstellen.

Bei Qualifikationsstellen räumt der EuGH der tatsächlichen Gleichstellung wegen der besonderen Bedeutung der Qualifikationsstellen für die weiteren beruflichen Chancen den Vorrang vor dem individuellen Gleichbehandlungsanspruch von Personen der nichtbegünstigten Gruppe ein.<sup>65</sup> Im Zusammenhang mit Frauenförderung hat der Gerichtshof entschieden, dass bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen in denen Frauen unterrepräsentiert sind und in denen die Ausbildungsstelle nicht über ein Ausbildungsmonopol verfügt, auch starre Ergebnisquoten zulässig sind, bei denen bestimmter Mindestprozentsatz für weibliche Auszubildende reserviert ist.<sup>66</sup> Dies gilt jedoch nur für Ausbildungen, die auch von Privaten angeboten werden können. Dann steht einer feste Quotierung von Ausbildungsplätzen zugunsten einer nach § 1 AGG definierten Gruppe nichts entgegen, solange diese in dem betreffenden Ausbildungsberuf unterrepräsentiert ist.<sup>67</sup> Sofern es

---

<sup>62</sup> EuGH vom 28.03.2000, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, NZA 2000, 473.

<sup>63</sup> Ebd.

<sup>64</sup> So auch *Zimmer*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 AGG, Rn. 41.

<sup>65</sup> So EuGH vom 28.03.2000, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, NZA 2000, 473 für Promovend\*innenstellen an einer hessischen Universität.

<sup>66</sup> EuGH vom 28.03.2000, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, NZA 2000, 473.

<sup>67</sup> Ebd., Rn. 63.

sich um eine verwaltungsinterne Ausbildung ohne Studium handelt, die ausschließlich staatlicherseits und nicht auch von Privaten angeboten wird, ist das nicht möglich. Es gelten vielmehr die gleichen Regelungen, wie für die Einstellung und die Beförderung: Bei der Besetzung von Arbeitsplätzen oder Beförderungsstellen darf die Bevorzugung nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH erst erfolgen, wenn festgestellt wurde, dass die\*der zu begünstigende Bewerber\*in über eine gleiche bzw. gleichwertige Eignung wie die\*der nicht zu begünstigende Bewerber\*in verfügt.<sup>68</sup> Das Auswahlverfahren muss zudem transparent und nachprüfbar sein und auf objektiven Kriterien beruhen, wobei alle den\*die Bewerber\*in betreffende Kriterien berücksichtigt werden müssen. Schließlich dürfen die Kriterien selbst keine diskriminierende Wirkung haben. Dabei dürfen auch solche Auswahlkriterien, die die Zielgruppe tendenziell, aber nicht zwangsläufig eher besitzt mit herangezogen werden, zum Beispiel interkulturelle Kompetenz.<sup>69</sup>

Auch bei festgestellter gleicher bzw. gleichwertiger Eignung muss eine Abweichung von einer Bevorzugungsregel im Einzelfall möglich sein. Auch hierfür kann die Rechtsprechung zur Frauenförderung übertragen werden. So ist zu prüfen, ob überwiegende soziale Interessen im Einzelfall doch für die Berücksichtigung von Angehörigen der nicht begünstigten Gruppe sprechen.<sup>70</sup> Das ist zum Beispiel der Fall, wenn eine Person im Einzelfall durch die Nichtberücksichtigung besonders hart getroffen würden, weil sie selbst strukturell benachteiligt ist.<sup>71</sup> So kann trotz einer Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund einer\*m gleich qualifizierten erheblich älteren oder behinderten Bewerber\*in ohne Migrationshintergrund der Vorzug gegeben werden müssen.

Bei Ausbildungen, Einstellungen und Beförderungen sind folglich leistungsabhängige, flexible Bevorzugungsregeln für Menschen mit Migrationshintergrund zulässig. Dem Erfordernis zur Einzelfallprüfung sollte in Anlehnung an das LGG mit einer Öffnungsklausel bzw. Härtefallklausel im PartIntG nachgekommen werden. Aufgrund der Gleichrangigkeit der in § 1 AGG genannten Merkmale, bestehen keine Vorgaben, welche Gruppe die Gesetzgebung fördern soll. Das Land Berlin kann sich also entscheiden, Menschen mit Migrationshintergrund zu fördern.

---

<sup>68</sup> EuGH vom 17.10.1995, Rs. 450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I- 3051; EuGH vom 11.11. 1997, Rs. 409/95 (Marschall), Slg. 1997, I- 6363; EuGH vom 06.07.2000, C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, NZA 200, 935.

<sup>69</sup> Zusammengefasst in EuGH vom 06.07.2000, C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, NZA 200, 935.

<sup>70</sup> EuGH vom 19.03.2002, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, 1-2891, NZA 2002, 501 zum Anspruch eines alleinerziehenden Vaters auf einen Platz in der Betriebskindertagesstätte.

<sup>71</sup> EuGH vom 19.03.2002, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, 1-2891, NZA 2002, 501 zum Anspruch eines alleinerziehenden Vaters auf einen Platz in der Betriebskindertagesstätte.

Zu berücksichtigen sind dann im Rahmen von Entscheidungen zur Einstellung, Beförderung oder Ausbildungsplatzvergabe auch bereits bestehende Gleichstellungsvorschriften des Landes und des Bundes, die positive Maßnahmen für andere Gruppen vorschreiben. Vorliegend sind das das LGG für die Frauenförderung und das SGB IX für Menschen, die als schwerbehindert oder gleichgestellt gelten. Nach § 8 LGG sind bei gleicher Eignung unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit Frauen gegenüber Männern bevorzugt einzustellen oder zu übernehmen bis Parität hergestellt ist. Nach § 205 SGB IX entbinden Regelungen, wie im PartIntG, den\*die Arbeitgeber nicht von der Verpflichtung zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach den besonderen Regelungen des SGB IX. Diese Regelungen sehen zum einen eine bestimmte Beschäftigungsquote für schwerbehinderte Menschen vor, § 154 Abs. 1 SGB IX. Besonders zu berücksichtigen sind dabei nach § 154 Abs. 1 S. 2 SGB IX schwerbehinderte Frauen und nach § 155 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX schwerbehinderte Menschen, die das 50. Lebensjahr vollendet haben.

Das bedeutet nicht, dass Frauen mit Migrationshintergrund oder schwerbehinderte Menschen mit Migrationshintergrund immer und automatisch Vorrang gegenüber anderen Menschen mit Migrationshintergrund genießen. Vielmehr ist auch hier – wie bereits nach geltender Rechtslage bei Entscheidungen nach dem LGG – immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen.<sup>72</sup>

### **3.2.5. Verhältnismäßigkeit der statistischen Referenzgröße**

*Frage: Kann die „statistische Definition“ als Referenzgröße („gemäß des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund an der Berliner Bevölkerung (bzw. Anteil im Bezirk, Frage 8)“ genommen werden? Wenn ja, bei welche Maßnahmen?*

Die gewählte Referenzgröße zu Erreichung des Ziels der angemessenen Repräsentation muss ihrerseits verhältnismäßig sein, sie darf also Angehörige der nichtbegünstigten Gruppe nicht unverhältnismäßig benachteiligen. Dies wäre der Fall, wenn eine Referenzgröße gewählt wird, die die Unterrepräsentation von potentiell gleich geeigneten Menschen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst nicht richtig abbildet und daraus ein Nachteil der Nichtbegünstigten entsteht. Die in § 8 LGG gewählte Referenzgröße 50% entspricht dem statistischen Durchschnittswert, weil Frauen 50% der Gesamtbevölkerung bilden. Die Referenzgröße, „gemäß des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund an der Berliner Bevölkerung“ entspräche diesem Vergleichswert. Dieser Vergleich hinkt jedoch, weil Menschen mit Migrationshintergrund durchschnittlich in höherem

---

<sup>72</sup> Ebenso Zimmer in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 32; Raasch, in: Rust/Falke, § 5 Rn. 90, 92.

Maße als Frauen aufgrund arbeitserlaubnisrechtlicher Vorschriften vom Zugang zum Arbeitsmarkt ausgeschlossen sind. Die Referenzgröße, „gemäß des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund an der Berliner Bevölkerung“ verzerrt damit die tatsächliche Zahl derer, die überhaupt von den nachteilsausgleichenden Maßnahmen profitieren könnten, weil die unterschiedlichen rechtlichen Ausgangsbedingungen nicht in gleichem Maße berücksichtigt werden. Eine weniger in die Rechte der nichtbegünstigten Bevölkerungsgruppe eingreifende Regelung mit gleicher nachteilsausgleichender Wirkung wäre daher eine Regelung, die an den Anteil der Menschen mit Migrationshintergrund an der Gesamtzahl der Erwerbstätigen im Land Berlin anknüpft.

Mit einer solchen Regelung würde das Land Berlin kein Neuland betreten. § 6 Abs. 1 Nr. 2 PartIntG BaWü aus dem Jahr 2015 formuliert: „Das Land verfolgt die Ziele, [...] in der Landesverwaltung unter Beachtung des Vorrangs der in Artikel 33 Absatz 2 des Grundgesetzes festgelegten Grundsätze einen Anteil von Beschäftigten mit Migrationshintergrund zu erreichen, der dem Anteil der Menschen mit Migrationshintergrund an der Gesamtzahl der Erwerbstätigen im Land entspricht.“<sup>73</sup>

### **3.3. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz**

Im Hinblick auf die Partizipations- und Integrationsförderung sind die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 2 GG und die Diskriminierungsverbote des Art. 3 Abs. 3 GG zu beachten. Das gilt auch für gemischtes und für rein privatrechtliches Handeln der Verwaltung, da die Verwaltung auch hier an die Grundrechte gebunden ist.

#### **3.3.1. Der Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG**

Bei Einstellungen und Beförderungen im öffentlichen Dienst ergibt sich aus Art. 33 Abs. 2 GG, dass nur unter der Voraussetzung gleicher Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung) auf andere Auswahlkriterien zurückgegriffen werden darf.<sup>74</sup> Dieser Grundsatz der Bestenauslese (auch Leistungsprinzip oder Leistungsgrundsatz) bindet den Staat als objektiv-rechtlicher Grundsatz bei allen personellen Auswahlentscheidungen.<sup>75</sup> Das BVerfG hat dazu entschieden: „Art. 33 Abs. 2 GG gibt somit die entscheidenden Beurteilungsgesichtspunkte für die Bewerberauswahl zur Besetzung von öffentlichen Ämtern abschließend vor. Die von Art. 33 Abs. 2 GG erfassten Auswahlentscheidungen kön-

---

<sup>73</sup> Gesetz zur Verbesserung von Chancengerechtigkeit und Teilhabe in Baden-Württemberg vom 01.12.2015, Gbl. vom 04.12.2015.

<sup>74</sup> Ausführlich *Kämmerling*, DÖD 2010, 213ff.

<sup>75</sup> *Ziekow*, DÖV 18/2014, 765 (766).

nen grundsätzlich nur auf Gesichtspunkte gestützt werden, die unmittelbar Eignung, Befähigung und fachliche Leistung der Bewerber betreffen. Anderen Gesichtspunkten darf nur Bedeutung beigemessen werden, wenn sich aus dem Vergleich anhand von unmittelbar leistungsbezogenen Gesichtspunkten kein Vorsprung von Bewerbern ergibt. Belange, die nicht im Leistungsgrundsatz verankert sind, können bei der Besetzung öffentlicher Ämter nur Berücksichtigung finden, wenn ihnen ebenfalls Verfassungsrang eingeräumt ist.<sup>76</sup> In das von der Dienststelle zu entwickelnde und dem Bewerbungsverfahren zu Grunde zu legende Anforderungsprofil können auch Kriterien wie interkulturelle Kompetenz aufgenommen werden, insoweit besteht eine nicht der gerichtlichen Überprüfung zugängliche Einschätzungsprärogative der Dienststelle.<sup>77</sup> Das rechtfertigt jedoch nicht eine automatische Bevorzugung von Menschen mit Migrationshintergrund im Sinne einer strikten Quote, da auch Menschen ohne Migrationshintergrund über interkulturelle Kompetenz verfügen können.<sup>78</sup>

Mit Art. 33 Abs. 2 GG vereinbar sind nach der deutschen Rechtsprechung zur Frauenförderung daher nur Bevorzugungsregelungen mit Öffnungsklausel, „die im Rahmen einer Auswahlentscheidung zugunsten weiblicher Mitbewerber erst Anwendung finden können, wenn der Dienstherr nach Auswertung aller ihm zur Verfügung stehenden leistungsbezogenen Erkenntnisse zu einem Qualifikationsgleichstand mit den männlichen Mitbewerbern gelangt und keine in der Person eines Mannes liegenden Gründe überwiegen.“<sup>79</sup> Diese Rechtsprechung orientiert sich an der bereits dargestellten Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit von Bevorzugungsregeln bei gleichzeitiger Unzulässigkeit eines Vorrangautomatismus. Von einer im Wesentlichen gleichen Qualifikation ist nicht bereits auszugehen, wenn die aktuelle dienstliche Beurteilung der Frau und des Mannes ein gleichwertiges Gesamturteil aufweist.<sup>80</sup> Die Zugehörigkeit zu einer förderwürdigen Gruppe kann daher als auswahlentscheidendes Hilfskriterium herangezogen werden, solange sich aus dem Vergleich leistungsbezogener Kriterien kein Vorsprung von Bewerber\*innen ergibt.<sup>81</sup> Das Hilfskriterium der Frauenförderung steht dann an ers-

---

<sup>76</sup> BVerfG, Beschluss vom 26. 11. 2010 – 2 BvR 2435/10 –, juris Rn. 10 (ständige Rechtsprechung), ebenso BVerwG, Urteil vom 26. 1. 2012 – 2 A 7/09 –, juris Rn. 17 (ständige Rechtsprechung).

<sup>77</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (767).

<sup>78</sup> Ebd., S. 770f.

<sup>79</sup> Zuletzt OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 05.09.2019 – 6 B 852/19 –, juris Rn. 10 m.w.N.

<sup>80</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 21.02.2017 – 6 B 1109/16 –, juris.

<sup>81</sup> BVerwG, Urteil vom 30.06.2011 – 2 C 19/10 für Geschlecht und Behinderung, dazu auch v. Roetteken, jurisPR-ArbR 4/2012 Anm. 5.

ter Stelle und gibt den Ausschlag, „solange nicht die auch sonst herangezogenen Hilfskriterien zugunsten eines männlichen Mitbewerbers deutlich überwiegen und ihrerseits keine diskriminierende Wirkung gegenüber einer Mitbewerberin haben“.<sup>82</sup>

Zu beachten ist, dass im Bereich des öffentlichen Dienstes strengere Maßstäbe an eine Verhältnismäßigkeitsprüfung anzulegen sind, als im Bereich der Privatwirtschaft. Daraus ergibt sich, dass die Bevorzugungsregel nur bei Unterrepräsentation von Frauen in Vorgesetzten- oder Leitungsfunktionen im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamts der Ämtergruppe eines Einstiegsamtes in einer Laufbahn eingreift.<sup>83</sup> Eine allgemeine gesellschaftliche Unterrepräsentation reicht für den Nachweis nicht aus.

Diese Grundsätze können auf positive Maßnahmen für Menschen mit Migrationshintergrund übertragen werden.<sup>84</sup> Voraussetzung ist, dass eine allgemeine Definition des Begriffs des Migrationshintergrunds vorgenommen wird. Dies ist durch eine entsprechende Regelung im PartIntG zu gewährleisten.<sup>85</sup>

### **3.3.2. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG**

Positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund dürfen nicht gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstoßen. Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG darf niemand „wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Nach der herrschenden Interpretation der Kategorie der „Rasse“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG sind auch deutsche Staatsangehörige ohne Migrationshintergrund vom Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes umfasst, auch wenn sie als Angehörige der weißen Mehrheitsgesellschaft nicht von struktureller rassistischer Diskriminierung betroffen sind.<sup>86</sup> Fraglich ist, ob nachteilsausgleichende positive Maßnahmen eine solche Ungleichbehandlung verfassungsrechtlich zu rechtfertigen vermögen.

---

<sup>82</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 05.09.2019 – 6 B 852/19 –, juris Rn 10.

<sup>83</sup> In der Sache OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 05.09.2019 – 6 B 852/19 –, juris Rn 41.

<sup>84</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (771).

<sup>85</sup> Siehe auch die Ausführungen zur Geeignetheit der Maßnahmen oben Kapitel 3.2.3.1.

<sup>86</sup> Für viele Bergmann, in: Hömig, GG 2005, Art. 3 Rn. 18; anders wohl Baer/Markard in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 GG, Rn. 470, 484, 495, die auf rassistische Stigmatisierungen abstellen.

### 3.3.2.1 Asymmetrische Tatbestandslösung

Nach der Tatbestandslösung sind nachteilsausgleichende Maßnahmen der öffentlichen Hand bereits keine „Bevorzugung“, weil Antidiskriminierungsrecht mit positiven und asymmetrische Maßnahmen auf ungleiche, also auch asymmetrische Ausgangsverhältnisse reagiert.<sup>87</sup> Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet nach diesem Verständnis nicht die Bevorzugung, die in der positiven Maßnahme liegt, sondern zielt auf „diejenige Bevorzugung, die eine Privilegierung darstellt“<sup>88</sup>, weil mit der Zugehörigkeit zur Mehrheitsgesellschaft als Mann oder deutsche\*r Staatsangehörige\*r ohne Migrationshintergrund strukturelle Vorteile einhergehen. Positive Maßnahmen sind danach mit Blick auf alle in Art. 3 Abs. 3 GG geschützten Diskriminierungspositionen eine Ausgestaltung und nicht eine Verletzung von Diskriminierungsverboten. Sie sind deshalb solange nicht rechtfertigungsbedürftig, solange sie nicht selbst stigmatisieren.<sup>89</sup> Dies wäre mit Blick auf die vorliegend geplanten Maßnahmen der Fall. Vorzunehmen ist danach nur eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen (siehe Kapitel 3.2.3.4.).

### 3.3.2.2. Striktes Differenzierungsverbot

Nach der vorherrschenden Meinung in der Literatur (Differenzierungsverbot bzw. Anknüpfungsverbot) ist dagegen jede Unterscheidung, die an eine Kategorie des Art. 3 Abs. 3 GG anknüpft, zunächst tatbestandlich eine Diskriminierung und zwar unabhängig von ihrem Ziel.<sup>90</sup> Auch nachteilsausgleichende Maßnahmen sind danach nimmer eine zu rechtfertigende Ungleichbehandlung der nicht von diesen Maßnahmen profitierenden Individuen, hier Menschen ohne Migrationshintergrund. Nach dem sogenannten strikten Anknüpfungsverbot können Differenzierungen, die unmittelbar an eine der genannten Kategorien anknüpfen, nur durch kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.<sup>91</sup> Das wäre Art. 3 Abs. 2 GG, das Fördergebot des Staates für das Geschlecht<sup>92</sup> und in abgeschwächter Form auch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der Abbau tatsächlicher Nachteile aufgrund von Behinderungen.<sup>93</sup> Eine Rechtfertigung anderer positiver Maßnahmen,

---

<sup>87</sup> Baer/Markard, in: v Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 GG, Rn. 481, 422; Baer/Liebscher, RphZ 2017, 117; Baer, Chancen und Risiken, in: Heinrich Böll Stiftung (Hrsg.), 2010, S. 11.

<sup>88</sup> Ebd., Rn. 422.

<sup>89</sup> Ebd., Rn. 423.

<sup>90</sup> Für viele Starck, in: vom Mangoldt/Klein/Starck, GG 2005, Art. 3 Rn. 304; Sacksofsky, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, 67/2019, 377ff.

<sup>91</sup> Für viele Sachs, in: Isensee/Kirchhof, HdStR Bd. VIII 2010, § 182 Rn. 153.

<sup>92</sup> BVerfG, Urteil vom 28. Januar 1992 – 1 BvR 1025/82 –, BVerfGE 85, 191-214, juris Rn. 53.

<sup>93</sup> BVerfG, Beschluss vom 08. Oktober 1997 – 1 BvR 9/97 –, BVerfGE 96, 288-315, juris Rn. 2b.

zum Beispiel zugunsten von Rassismus betroffenen Minderheiten, wäre nach dieser strikten Auffassung unzulässig.

Diese Auffassung ist mit einer völker- und europarechtfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes nicht mehr vereinbar. Tatsächlich stehen nach § 5 AGG zulässige positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund in einem Spannungsverhältnis zu Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 GG, da diese verfassungsrechtlichen Vorgaben eine Bevorzugung ausdrücklich nur für Geschlecht (Art. 3 Abs. 2 GG) und Behinderung (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG) vorsehen. Einige Autor\*innen leiten daraus die verfassungsrechtliche Unzulässigkeit positiver Maßnahmen für andere als diese Gruppen ab.<sup>94</sup> Die Bevorzugungsmöglichkeiten und Gleichstellungsgebote in Art. 3 Abs. 2 GG (für Geschlecht) und in Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG (für Behinderung) formulieren jedoch Fördereraufträge an den Staat. Daraus resultiert nach herrschender Meinung im Umkehrschluss aber nicht, dass freiwillige positive Maßnahmen von Privaten bzw. im Bereich privatrechtlicher Vertragsbeziehungen zugunsten von strukturell benachteiligten Gruppen, die durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erfasst werden, eine Diskriminierung darstellen.<sup>95</sup> Zu diesen Gruppen zählen auch Menschen mit Migrationshintergrund, die von den Diskriminierungskategorien „Rasse“, „Sprache“ und „Heimat“ betroffen sein können. „Rasse“ verweist auf rassistische Zuschreibungen und Stigmatisierungen, Sprache verweist auf die Erstsprache und Heimat auf die örtliche Herkunft nach Geburt oder nach Ansässigkeit.<sup>96</sup> § 5 AGG ist daher auch nicht verfassungswidrig und positive Maßnahmen für Menschen mit Migrationshintergrund sind unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips zulässig.

Nichts anderes kann für staatliches Handeln gelten, auch wenn die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit hier höher sind als beim Handeln Privater. Bereits aus dem allgemeinen Gleichbehandlungssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG ergibt sich auch eine Pflicht des Staates gravierenden Unterschieden in der sozialen Wirklichkeit realitätsnah entgegenzutreten.<sup>97</sup> Diese gravierenden Unterschiede ergeben sich auch mit Blick auf Menschen mit Migrationshintergrund, die in wesentlichen Bereichen des politischen und ökonomischen Lebens in Deutschland unterrepräsentiert und damit benachteiligt sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und im Einklang mit den Vorgaben des Rechts der Europäischen Union sind zudem auch mittelbare Diskriminierungen wegen aller in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Kategorien

---

<sup>94</sup> Wendeling-Schröder, Ausschuss für Familie etc., A-Drs 15 (12) 440-G, S. 9f.

<sup>95</sup> Für viele *Armbrüster* in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 5 AGG, Rn. 2.

<sup>96</sup> *Baer/Markard* in: v.Mangoldt/Klein/Starck, Art. 3 GG, Rn. 470, 484, 495.

<sup>97</sup> *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 9; *Schmidt* in: ErfK GG, Art. 3 Rn. 11 m.w.N.; Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 58; *Osterloh/Nußberger* in: Sachs, GG 2014, Art. 3 Rn. 264.

verboten, obwohl auch das nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut hervorgeht.<sup>98</sup> Auch das spricht für eine Gleichbehandlung aller Kategorien mit Blick auf positive Maßnahmen.

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet es danach nicht, begünstigende nachteilsausgleichende Regelungen mit Blick auf die dort genannten Diskriminierungskategorien zu treffen, um faktische Nachteile auszugleichen, die typischerweise mit der Zugehörigkeit bzw. Zuschreibung zu einer der dort genannten Kategorien verbunden sind. Sonst würde sich der Schutz in sein Gegenteil verkehren.<sup>99</sup> Positive Maßnahmen sollen gerade vor Diskriminierung schützen und auch die Ausübung von Grundrechten, wie die Berufsfreiheit, Art. 12 GG, ermöglichen.<sup>100</sup> Eine kompensierende Bevorzugung hinsichtlich einer der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Kategorien kann daher angesichts von Nachteilen, die anders nicht auszugleichen sind, zur Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit erforderlich sein.<sup>101</sup>

Dies gebietet auch die Auslegung des Grundgesetzes im Lichte von ICERD und RL 43/2000/EG wonach positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund zulässig (Art. 5 RL 43/2000/EG)<sup>102</sup> bzw. sogar geboten (Art. 2 Abs. 2 ICERD)<sup>103</sup> sind. Sowohl ICERD als auch das Recht der Europäischen Union und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten zu berücksichtigen.<sup>104</sup> Völkervertragliche Bindungen haben innerstaatlich nicht den Rang von Verfassungsrecht. Gleichwohl besitzen sie verfassungsrechtliche Bedeutung als Auslegungshilfe für die Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes.<sup>105</sup> Ihre Heranziehung ist Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, das einer Einbindung der Bundesrepublik Deutschland in inter- und supranationale Zusammenhänge sowie deren Weiterentwicklung nicht entgegensteht, sondern diese voraussetzt und erwartet. Das Grundgesetz ist nach Möglichkeit so auszulegen, dass ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland nicht entsteht.<sup>106</sup> Die Möglichkeit völ-

---

<sup>98</sup> BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 27.08.2003 – 2 BvR 2032/01 –, juris, Rn. 17 m.w.N.

<sup>99</sup> Zimmer in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 9; Eckertz-Höfer, in: AK-GG, Art. 3 Abs. 2,3, Rn. 89, 94ff.

<sup>100</sup> Klose/Merx, Positive Maßnahmen, S. 19.

<sup>101</sup> Ebd., S. 20; Sacksofsky, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, 67/2019, 377ff.

<sup>102</sup> Siehe oben Kapitel I.2.2.

<sup>103</sup> Siehe oben Kapitel I.2.1.

<sup>104</sup> Grundlegend BVerfG vom 14.10. 2004, 2 BvR 1481/04 – juris für ICERD; BVerfG vom 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 –, juris für EU-Recht.

<sup>105</sup> BVerfG, Beschluss vom 29.01.2019 - 2 BvC 62/14 -, Rn. 62.

<sup>106</sup> Ebd., Rn. 62.

kerrechtsfreundlicher Auslegung endet nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erst dort, „wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint“.<sup>107</sup> Soweit im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte sogar die Pflicht, der konventions- oder vertragsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben.<sup>108</sup> Die Auslegung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als Grundrecht mit nachteilsausgleichendem Gehalt zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund ist nach alldem unproblematisch möglich und geboten. Vor diesem Hintergrund kommt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG seinerseits als kollidierendes Verfassungsrecht zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Menschen ohne Migrationshintergrund im Rahmen von Bewerbungs-, Auswahl-, Einstellungs-, und Beförderungsverfahren in Frage. Da nunmehr gleichrangige Verfassungsnormen miteinander kollidieren, kommt das verfassungsrechtliche Prinzip der praktischen Konkordanz zur Anwendung. Die konfligierenden Verfassungsschutzgüter – hier das Recht auf Gleichbehandlung von Menschen ohne Migrationshintergrund/-geschichte und das das Recht auf Gleichbehandlung von Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte sollen dabei in einen schonenden Ausgleich gebracht werden.<sup>109</sup> Dabei ist eine bedingte Vorrangrelation möglich.<sup>110</sup> Bei dieser Abwägung kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu.<sup>111</sup>

### 3.3.2.3. Relatives Differenzierungsverbot

Auch nach dem sogenannten relativen Anknüpfungsverbot dürfen die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kategorien grundsätzlich nicht als Anknüpfung dienen.<sup>112</sup> Die Anknüpfung kann hier jedoch nicht nur durch kollidierendes Verfassungsrecht, sondern zur Herstellung praktischer Konkordanz auch „durch andere, Gewicht und Eigenart des betroffenen Merkmals betreffende besonders schwerwiegende sachliche Gründe“ gerechtfertigt sein kann.<sup>113</sup> Das ermöglicht eine völker- und europarechtsfreundliche Auslegung. Das in § 1 Abs. 1 PartIntG definierte Ziel „Menschen mit Migrationshintergrund die Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilhabe in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens zu geben

---

<sup>107</sup> Ebd., Rn. 63.

<sup>108</sup> Ebd., Rn. 63.

<sup>109</sup> BVerfG, Urt. v. 05.05.2015 - 2 BvL 17/09 -, BVerfGE 139, 64, juris Rn. 125 (ständige Rechtsprechung).

<sup>110</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, S. 81.

<sup>111</sup> BVerfG, Beschluss vom 03.11. 1987- 1 BvR 1257/84 -, BVerfGE 77, 240 (253).

<sup>112</sup> Für viele *Osterloh/Nußberger*, in: Sachs, GG 2014, Art. 3 Rn. 238; BVerfG Erster Senat, Beschluss vom 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 –, Rn. 49 = BVerfGE 89, 276 (geschlechtsbezogene Diskriminierung).

<sup>113</sup> *Klose/Merx*, Positive Maßnahmen, 2010, S. 19 f.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG 2018, Art. 3 Rn. 135 m.w.N.

[...]“, ist ein solcher sachlicher Grund. Denn auch wenn Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG kein ausdrückliches Fördergebot enthält, so enthält er doch „insbesondere für den Schutz von Minderheiten eine objektive Grundentscheidung, die den Ausgleich tatsächlich bestehender, durch eines der in der Vorschrift genannten Merkmale induzierter Nachteile durch Fördermaßnahmen zulässt“.<sup>114</sup>

Nach allen Auffassungen sind daher auch positive Maßnahmen der Verwaltung und des Gesetzgebers, die an die tatsächliche oder vermeintliche ethnische Herkunft anknüpfen und auf den Abbau struktureller rassistischer Benachteiligungen zielen, grundsätzlich zulässig. Die Möglichkeit auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Maßnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit zu stützen, ist jedoch nur eröffnet, wenn und soweit Unterrepräsentanz von Menschen mit Migrationshintergrund tatsächlich besteht. Die Beurteilung, ob und inwieweit faktische, zu kompensierende Nachteile von Menschen mit Migrationshintergrund anzunehmen sind, unterliegt dabei grundsätzlich der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers. Bei der Prüfung, ob solche Nachteile entstanden sind, wie lange sie fortwirken und welche Maßnahmen als Ausgleich in Betracht kommen, ist daher grundsätzlich von der Einschätzung des Gesetzgebers auszugehen.<sup>115</sup> Diese Einschätzung kann auch landesweit typisierend erfolgen, weil das Verhältnis von Menschen mit und ohne Migrationshintergrund im Hinblick auf Führungspositionen nicht in jeder Dienststelle gleich sein kann.<sup>116</sup> Die Einschätzung darf jedenfalls nicht unvertretbar sein.<sup>117</sup> Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass Beschäftigte mit Migrationshintergrund in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes weiterhin unterrepräsentiert sind, ist dann nicht zu beanstanden, wenn sie ausreichend belegt ist.<sup>118</sup> Weiterhin muss dargelegt sein, dass diese Unterrepräsentanz das Ergebnis einer strukturellen Benachteiligung ist, der Migrant\*innen spezifisch ausgesetzt sind.<sup>119</sup> Dies sollte in der Gesetzesbegründung zur Novellierung des PartIntG nachvollziehbar und quellengestützt geschehen.

### **3.3.3. Ergebnis der verfassungsrechtlichen Prüfung**

Eine Bevorzugung von Menschen mit Migrationshintergrund bei Ausbildungen, Einstellungen und Beförderungen in den öffentlichen Dienst ist mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 1

---

<sup>114</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (768).

<sup>115</sup> BVerfG, Beschluss vom 28.01.1987 - 1 BvR 455/82 -, BVerfGE 74, 163 (180), juris Rn. 47.

<sup>116</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 - 7/16 -, juris, Rn. 74.

<sup>117</sup> VG Berlin, Beschluss v. 07.12.2012 - 5 L 419.12 -, juris Rn. 12; Ruffert, JuS 2013, 664 (665).

<sup>118</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 - 7/16 -, juris, Rn. 75, für Unterrepräsentation von Frauen.

<sup>119</sup> Ebd., Rn 77f., für Unterrepräsentation von Frauen.

GG unproblematisch, mit Blick auf Art. 33 Abs. 2 GG jedoch nur für den Fall der gleichwertigen Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zulässig.<sup>120</sup> Eine Regelung, die eine objektive Beurteilung jedes Einzelfalls ermöglicht und keinen absoluten Vorrang der Begünstigten statuiert ist damit verfassungsrechtlich unbedenklich.

### **3.4. Vereinbarkeit mit der Berliner Landesverfassung**

Art. 10, 11 und 19 Abs. 2 VvB enthalten für den hier interessierenden Bereich im Wesentlichen vergleichbare Garantien wie die Grundrechte des Grundgesetzes. Die Ausführungen zu 3.1. bis 3.3. sind insofern übertragbar. Die geplanten Regelungen verstoßen danach nicht gegen Art. 10, 11 und 19 Abs. 2 VvB soweit sie eine Öffnungsklausel bzw. Härtefallklausel enthalten und eine allgemeine Definition des Begriffs des Migrationshintergrunds bzw. des Begriffs Migrationsgeschichte enthalten. Dies ist durch entsprechende Regelungen im PartIntG zu gewährleisten.

### **4. Aufstellung von Förderplänen**

---

*Frage: Inwieweit ist eine Vorschrift in Anlehnung an § 4 LGG (Frauenförderplan) zur Förderung der Zielgruppe dieses Gesetzes möglich (vorgesehenes Pendant: „Plan zur Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund“)?*

Ein solcher Förderplan knüpft an den bestehenden § 4 Abs. 5 PartIntG an, wonach der Senat Zielvorgaben zur Erhöhung des Anteils der Beschäftigten mit Migrationshintergrund und Maßnahmen zur interkulturellen Öffnung festlegt: „Eine Überprüfung der Zielerreichung erfolgt über ein einheitliches Benchmarking. In der regelmäßigen Berichterstattung über die Personalentwicklung des öffentlichen Dienstes und der juristischen Personen des Privatrechts, an denen das Land Berlin Mehrheitsbeteiligungen hält, wird die Entwicklung des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund ausgewiesen.“

In Anlehnung an § 4 Abs. 2 S. 2 LGG wäre für jede einzelne Besoldungs-, Vergütungs-, Entgelt- und Lohngruppe sowie jede Vorgesetzten- und Leitungsebene festzustellen, ob Menschen mit Migrationshintergrund unterrepräsentiert sind. In Anlehnung an § 4 Abs. 3 LGG wäre Zahl die Auszubildenden, getrennt nach Menschen mit Migrationshintergrund und ohne Migrationshintergrund, Laufbahn oder Berufsfachrichtung und Ausbildungsberuf darzustellen und in die Personalentwicklungsplanung einzubeziehen. Bestandteil eines Förderplans können in Anlehnung an § 4 Abs. 2 S. 3 LGG auch verbindliche Zielvorgaben zur Erhöhung des Frauenanteils in den einzelnen Besoldungs-,

---

<sup>120</sup> *Mahlmann*, in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 24 Rn. 4.

Vergütungs-, Entgelt- oder Lohngruppen der einzelnen Laufbahn oder Berufsfachrichtung sowie auf den Vorgesetzten- und Leitungsebenen sein, in denen diese Personengruppe unterrepräsentiert ist.

Um dieses Instrument auch für die Rechtfertigung positiver Maßnahmen für Menschen mit Migrationshintergrund nach § 5 AGG nutzen zu können, wird empfohlen „keine landesweit geltenden numerisch festgelegten Zielquoten vorzugeben, sondern Vorgaben zu formulieren, anhand derer die Zielquoten jeweils in Bezug auf die jeweils konkret bestehende Unterrepräsentation berechnet werden.“<sup>121</sup> Einem solchen Förderplan käme auch die aus rechtlicher Sicht wichtige Funktion eines Monitorings der Unterrepräsentation zu, denn er stellt erst das Datenmaterial zur Begründung genau zu geschnittener künftiger positiver Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund oder Migrationsgeschichte zur Verfügung. Ein Förderplan stellt damit Transparenz über die Beschäftigtenstruktur her und dient auch dazu künftige positive Maßnahmen nach den Vorgaben des Gemeinschafts- und des Verfassungsrechts verhältnismäßig zu formulieren.

Eine entsprechende an § 4 LGG angelehnte Vorschrift im PartIntG ist rechtlich unproblematisch. Zwar werden die Förderpläne für den Bereich Beschäftigung und Beruf aufgestellt, also im Anwendungsbereich der RL 2000/34 und von Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 2 GG sowie Art. 10 Abs. 2 VvB, sie verstoßen aber nicht gegen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts oder gegen Grundrechte.<sup>122</sup> Die Zielquoten sind zwar für die einstellenden Behörden verbindlich und sollen diese zu Maßnahmen zur Erreichung der Quoten zwingen. Die Förderpläne selbst enthalten aber weder strikte Quoten noch Bevorzugungsregeln noch Eignungs- oder Hilfskriterien für die Auswahl. Das Instrumentarium zur Sicherstellung der Einhaltung der Zielquoten sind vielmehr Beteiligungs-, Berichts-, Begründungs- und Beanstandungsrechte. Förderpläne sind Maßnahmen, die zwar die benachteiligte Gruppe (Personen mit Migrationshintergrund) im Ergebnis begünstigen können, die aber konkreten Personen ohne Migrationshintergrund gar keinen Vorteil bringen würden, da diese von den Fördermaßnahmen, die dann vermittels der Förderpläne eingeschätzt, evaluiert, angepasst und kontrolliert werden, nicht betroffen werden können.

---

<sup>121</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (774).

<sup>122</sup> So auch Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (774).

Förderpläne mit Zielquoten berühren somit nicht den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG. Sie führen auch nicht zu einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 2 VvB oder § 7 Abs. 1 AGG.

## **5. Einrichtung besonderer Beauftragter**

---

*Frage: Inwieweit können in den Dienststellen des Landes Berlin sogenannte dezentrale Partizipationsbeauftragte (Arbeitsbegriff) eingerichtet werden, die mit Rechten ausgestattet sind wie die Frauenvertreterinnen (vgl. § 16 ff. LGG (z.B. Beteiligung an Stellenausschreibungen und Auswahlverfahren, Auskunftsrecht, Beanstandungsrecht, „Gesamtpartizipationsbeauftragte“)?*

Die Einrichtung besonderer Beauftragter dient der Umsetzung und Kontrolle der Förderpläne mit Zielquoten sowie der Regelungen zur besonderen Ansprache und bevorzugten Einstellung von Menschen mit Migrationshintergrund. Die besonderen Beauftragten wären in Anlehnung an § 17 LGG bei allen sozialen, organisatorischen und personellen Maßnahmen, sowie bei allen Vorlagen, Berichten und Stellungnahmen zu Fragen der Förderung der Partizipation von Menschen mit Migrationshintergrund zu beteiligen.

Ihre Einrichtung berührt daher den Bereich Beschäftigung und Beruf und damit den Anwendungsbereich der RL 2000/34 und von Art. 3 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 2 GG sowie Art. 10 Abs. 2 VvB. Die Einrichtung verstößt aber nicht gegen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts oder gegen Grundrechte. Sie berührt nicht den Leistungsgrundsatz des Art. 33 Abs. 2 GG. Sie führt auch nicht zu einer Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 2 VvB oder § 7 Abs. 1 AGG.

Auch das in Art. 20 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 GG, für Berlin konkretisiert durch Art. 2, 3 VvB normierte Demokratieprinzip wird durch die Einrichtung von Partizipationsbeauftragten nicht berührt. Die staatlichen Organe und die für sie handelnden Organwalter bedürfen danach zur Ausübung von Staatsgewalt einer besonderen Legitimation, die sich auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lassen muss.<sup>123</sup> Von einer Ausübung von Staatsgewalt, die der demokratischen Legitimation bedarf, wird bei amtlichem Handeln mit Entscheidungscharakter gesprochen. Dies gilt für Entscheidungen, die unmittelbar nach außen wirken, wie auch für Entscheidungen, die nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schaffen, sowie für die

---

<sup>123</sup> BVerfG, Urteil vom 05.12.2002 - 2 BvL 5/98 -, BVerfGE 107, 59, 87, juris Rn. 132 ff. zu Art. 20 Abs. 2 und Art. 28 Abs. 1 GG.

Wahrnehmung von Mitentscheidungsbefugnissen einschließlich der Ausübung von Vorschlagsrechten.<sup>124</sup> Der Partizipationsbeauftragten werden keine entsprechenden Entscheidungs- oder Mitwirkungskompetenzen eingeräumt, daher scheidet ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip aus.<sup>125</sup>

### **5.1. Einrichtung und Anzahl der Partizipationsbeauftragten**

Die Gesetzgebung ist frei Partizipationsbeauftragte einzusetzen, solange dadurch nicht das verfassungsrechtliche Schutzgut der Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen, hier der Verwaltung, in Frage gestellt wird. Ein verstärkter Personalbedarf bei einer einzelnen Dienststelle stellt die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsbereichs in aller Regel nicht in Frage.<sup>126</sup> Die Einrichtung von Partizipationsbeauftragten in jeder Dienststelle im Sinne des Personalvertretungsgesetzes in Anlehnung an § 13 Abs. 1 LGG und in Hochschulen in Anlehnung an § 13 Abs. 1 LGG, § 59 BerlHG ist daher rechtlich zulässig. § 59 Berliner Hochschulgesetz müsste entsprechend ergänzt werden.

Zu berücksichtigen ist, dass der tatsächliche Arbeitsaufwand der dezentralen Partizipationsbeauftragten wahrscheinlich nicht dem der dezentralen Frauenbeauftragten entspricht, dies ist auf den ungleich höheren Frauenanteil in der Verwaltung im Vergleich zum Anteil von Menschen mit Migrationshintergrund zurückzuführen. Dies sollte bei der Anzahl der zu wählenden oder zu ernennenden Partizipationsbeauftragten berücksichtigt werden. Eine Möglichkeit wäre auch die Einrichtung eines\*er zentralen hauptamtlichen Beauftragten statt von dezentralen Partizipationsbeauftragten auf der Ebene der Hauptverwaltung i.S.v. § 2 AZG und an den Berliner Hochschulen in Anlehnung an § 59 BerlHG.

### **5.2. Umfang der Freistellung der Partizipationsbeauftragten**

Auch der Regelungsumfang der Freistellung sollte nicht wörtlich aus § 16 Abs. 3 S. 1 2.Hs LGG übernommen, sondern dem tatsächlichen Arbeitsumfang angepasst werden. Ein\*e dezentrale Partizipationsbeauftragte\*r pro Dienststelle würde möglicherweise keine der Frauenbeauftragten entsprechende Freistellung (vgl. § 16 Abs. 3 S. 1 2.Hs LGG) benötigen. Anders wäre die Lage, wenn nur zentrale Partizipationsbeauftragte\*r auf der Ebene der Hauptverwaltung der unmittelbaren und mittelbaren Landesverwaltung sowie der

---

<sup>124</sup> Ebd.

<sup>125</sup> So für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten und § 16 aLGG OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2015 - OVG 4 N 42.14 -, juris Rn. 14; Verfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 10.10.2017 – 7/16 –, juris Rn. 42.

<sup>126</sup> BVerwG, Urteil vom 25.11.2004 – 2 C 17/03 –, BVerwGE 122, 237-244, Rn. 19.

Hochschulen eingerichtet würden, da ihr Arbeitsumfang wesentlich höher wäre. Zu berücksichtigen ist in jedem Fall die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu Frauenbeauftragten, die auf Partizipationsbeauftragte übertragen werden kann. Danach hat die Beurteilung, in welchem Umfang eine Freistellung zur Erledigung der gesetzlichen Aufgaben einer Frauenvertreterin erforderlich ist, auf Grund einer Einzelfallbetrachtung unter Berücksichtigung der konkreten Aufgaben und nicht schematisch nach dem Anteil der weiblichen Beschäftigten zu erfolgen.<sup>127</sup> Bei dieser Beurteilung können die Anzahl der in einer Dienststelle Beschäftigten und der jeweilige Frauenanteil jedoch mitberücksichtigt werden, „weil der Umfang der zeitlichen Belastungen der Frauenvertreterin nach der gesetzlichen Ausgestaltung ihrer Aufgaben im besonderen Maße von diesen Faktoren, insbesondere den Belangen der dort tätigen weiblichen Beschäftigten, abhängig ist“.<sup>128</sup>

### **5.3. Wahl des\*der Partizipationsbeauftragten**

Auch mit Blick auf § 16 a Abs. 1 LGG ist eine Übertragung auf den\*die Partizipationsbeauftragte\*n nicht ohne weiteres möglich. Für den Fall, dass möglicherweise keine oder nur sehr wenige Menschen mit Migrationshintergrund in einer Dienststelle arbeiten, würde eine demokratische Wahl verunmöglicht werden. Hier sollte bei Einrichtung eines\*r dezentralen Partizipationsbeauftragte\*n pro Dienststelle eine Ausnahmvorschrift eingeführt werden. Eine andere Möglichkeit ist, dass alle Beschäftigten einer Dienststelle zur Wahl zugelassen werden. Damit verbunden ist die grundsätzliche Frage, ob das aktive und passive Wahlrecht für das Amt der\*des Partizipationsbeauftragte\*n in Anlehnung an § 16 a LGG auf Menschen mit eigenem Migrationshintergrund beschränkt werden darf.

#### **5.3.1. Übertragbarkeit der Grundsätze zur Frauenförderung auf die Förderung der Partizipation von Menschen mit Migrationshintergrund**

Regelungen, wonach Gleichstellungsbeauftragte nur Frauen sein können und nur von den weiblichen Beschäftigten der jeweiligen Dienststelle aus ihrem Kreise gewählt werden, sind nach der Rechtsprechung verfassungskonform. Das hat für § 16 a LGG das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg entschieden.<sup>129</sup> Zuletzt äußerte sich das

---

<sup>127</sup> BAG, Urteil vom 21.11.2002 – 6 AZR 53/01 –, BAGE 104, 22-31, Rn. 16f.

<sup>128</sup> Ebd. Rn. 17.

<sup>129</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2015 – OVG 4 N 42.14; ebenso für NRW LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 23. Juli 1998 – 17 Sa 870/98 –, juris.

Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern VerfG M-V mit dem gleichen Ergebnis ausführlich zu dieser Frage.<sup>130</sup> Das LVerfG M-V sah in einer entsprechenden Regelung im Gesetzes zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst des Landes Mecklenburg-Vorpommern (GIG M-V) zwar eine Ungleichbehandlung. Diese sei aber durch kollidierendes Verfassungsrecht, konkret durch den Verfassungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG, gerechtfertigt. Mit Blick auf den aktuellen Stand der Gleichberechtigung und die noch bestehenden strukturellen Benachteiligungen von Frauen sei es derzeit kein Verfassungsverstoß, Männern das passive und aktive Wahlrecht vorzuenthalten.

Das Gericht befindet sich damit im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG. In ständiger Rechtsprechung geht das BVerfG davon aus, dass sich aus der Verfassung nicht nur der Auftrag ergibt, Rechtsnormen zu beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchgesetzt werden soll.<sup>131</sup> Über Maßnahmen der Frauenförderung entschied das BVerfG bislang noch nicht. Das LVerfG M-V urteilte aber ausdrücklich in Anknüpfung an die bisherige Rechtsprechung des BVerfG, dass Art. 3 Abs. 2 GG frauenfördernde Maßnahmen auch im beruflichen Bereich rechtfertigen kann.<sup>132</sup> Die Art und Weise, wie der Staat seine Verpflichtung zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Hinwirken auf die Beseitigung bestehender Nachteile nachkommt, obliegen dabei der gesetzgeberischen Ausgestaltungsbefugnis.<sup>133</sup> Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit einer landesrechtlichen Vorschrift ist danach allein, dass sie im Spannungsfeld von Frauenförderung und wahlrechtlicher Benachteiligung von Männern einen schonenden Ausgleich herstellt, und dass sich die Beschränkung des Wahlrechts von Männern als verhältnismäßig, also als geeignet, erforderlich und angemessen erweist.<sup>134</sup>

Fraglich ist, ob sich diese Grundsätze zur Frage der Gleichstellung der Geschlechter auf die Einschränkung der Wahl auf Menschen mit Migrationshintergrund übertragen lassen. Wie bereits unter 3.3.2. dargestellt, enthält Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG keinen mit Art. 3

---

<sup>130</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 – 7/16 –, juris, siehe auch Anmerkung von *Flügge*, Streit 2017, 163-164; ebenso schon OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 11.12.2015 – OVG 4 N 42.14 –, juris für § 16 a LGG; LAG Hamm (Westfalen), Urteil vom 23. Juli 1998 – 17 Sa 870/98 –, juris für NRW.

<sup>131</sup> Siehe nur BVerfG, Beschluss vom 18.11.2003 – 1 BvR 302/96 –, BVerfGE 109, 64, 89, Rn. 111 zur Herstellung gleicher Erwerbschancen; BVerfG, Beschluss vom 25.10.2005, – 2 BvR 524/01 –, BVerfGE 114, 357, 364, Rn. 25 zur Überwindung tradierter Rollenverteilungen.

<sup>132</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 – 7/16 –, juris, Rn. 60f.

<sup>133</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.11.2003 - 1 BvR 302/96 –, BVerfGE 109, 64, 90, juris Rn. 212.

<sup>134</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 – 7/16 –, juris, Rn. 64; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, GG*, 14. Aufl., 2016, Art. 3 Rn. 97a.

Abs. 2 GG vergleichbaren Förderauftrag zugunsten von Menschen mit Migrationshintergrund. Eine mit Art. 3 Abs. 2 GG vergleichbare Staatszielbestimmung<sup>135</sup> zur Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund kennt das Grundgesetz nicht. Eine kompensierende Bevorzugung hinsichtlich der in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Kategorien kann jedoch angesichts vergleichbarer struktureller Nachteile, die anders nicht auszugleichen sind, zur Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit erforderlich sein.<sup>136</sup>

Dies gebietet, wie gezeigt, auch die Auslegung des Grundgesetzes im Lichte von Art. 2 ICERD und des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, die positive Maßnahmen auch für Menschen mit Migrationshintergrund zulassen (RL 43/2000/EG), bzw. die Staaten zu solchen verpflichten (ICERD). Sie sind bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu berücksichtigen.<sup>137</sup> Vor diesem Hintergrund kommt Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als kollidierendes Verfassungsrecht zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Menschen ohne Migrationshintergrund in Frage. Bei dieser Abwägung kommt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit besondere Bedeutung zu.<sup>138</sup> Für die Prüfung können die Maßstäbe herangezogen werden, die die Rechtsprechung für die Wahl von Frauenbeauftragten entwickelt hat.

### **5.3.2. Verhältnismäßigkeit der Einschränkung der Wahl auf Menschen mit Migrationshintergrund/Migrationsgeschichte**

Die Möglichkeit auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Maßnahmen zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit zu stützen, ist eröffnet, wenn und soweit Unterrepräsentanz von Menschen mit Migrationshintergrund tatsächlich besteht und davon auszugehen ist, dass sie Folge einer strukturellen Benachteiligung ist. Hierzu wird auf die Ausführungen unter 3.3.2. verwiesen.

#### **5.3.2.1 Geeignetheit**

Das Mittel der Beschränkungen des aktiven und passiven Wahlrechts auf Beschäftigte mit Migrationshintergrund muss zur Zielerreichung geeignet sein. Ein Mittel ist im verfassungsrechtlichen Sinne schon dann geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt also. Dabei müssen die Beschränkungen in Bezug auf die Aufgaben der Partizipationsbeauftragten

---

<sup>135</sup> Zur Einordnung von Art. 3 Abs. 2 GG als Staatszielbestimmung vgl. den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission vom 5. November 1993, BT-Drs. 12/6000, S. 50.

<sup>136</sup> Ebd., S. 20; *Sacksofsky*, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, 67/2019, 377ff.

<sup>137</sup> Grundlegend BVerfG vom 14.10. 2004, 2 BvR 1481/04 – juris für ICERD; BVerfG vom 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 –, juris für EU-Recht.

<sup>138</sup> BVerfG, Beschluss vom 03.11. 1987- 1 BvR 1257/84 -, BVerfGE 77, 240 (253).

betrachtet werden, die nach der gesetzlichen Festlegung auf die Förderung von Beschäftigten mit Migrationshintergrund ausgerichtet sind. Kann ein\*e unter den Beschränkungen des aktiven und passiven Wahlrechts auf Beschäftigte mit Migrationshintergrund bestellte\*r Partizipationsbeauftragte\*r nicht mehr als geeignet angesehen werden, ihre Aufgaben zu erfüllen, so gilt dies auch für die Wahlrechtsbeschränkungen selbst. Ein Mittel ist im verfassungsrechtlichen Sinne bereits dann geeignet, wenn es nicht offensichtlich oder schlechthin ungeeignet ist.<sup>139</sup> Der\*die Partizipationsbeauftragte\*r unterstützt die Dienststelle bei der Durchführung des PartIntG der Umsetzung der in § 1 PartIntG normierten Ziele, insbesondere Menschen mit Migrationshintergrund die Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilhabe in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens zu geben und gleichzeitig jede Benachteiligung und Bevorzugung gem. Art. 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes und Art. 10 Abs. 2 VvB auszuschließen. Es spricht nichts dagegen, dass eine allein von den Beschäftigten mit Migrationshintergrund gewählte\*r Partizipationsbeauftragte\*r mit Migrationshintergrund auch für die Aufgabe geeignet ist.

Eine Einflussnahme auf das Amt durch die Gruppe der nach Auffassung des Gesetzgebers strukturell nicht benachteiligten Dienstkräfte wird hierdurch ausgeschlossen.<sup>140</sup> Das PartIntG kommt zudem vor allem Beschäftigten mit Migrationshintergrund zugute, weil allein mit Blick auf sie eine strukturelle Benachteiligung und darauf beruhende Unterrepräsentanz in Führungspositionen festgestellt werden kann. Mit der Beschränkung des aktiven Wahlrechts auf die Beschäftigten wird diesem Umstand Rechnung getragen. Die Beschränkung stellt auch sicher, dass Beschäftigten mit Migrationshintergrund eine\*n Ansprechpartner\*in für Partizipationsangelegenheiten haben, was ihre Bereitschaft, die Hilfe des\*r Partizipationsbeauftragten tatsächlich in Anspruch zu nehmen, steigern kann und auch somit ein geeignetes Mittel zur Umsetzung des Diskriminierungsverbotes in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 10 Abs. 2 VvB darstellt.

### 5.3.2.2 Erforderlichkeit

Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn es keine das beeinträchtigte Rechtsgut weniger belastende Maßnahme gibt, die das Ziel, um das es geht, ebenso gut fördert. Erforderlichkeit setzt aber nicht voraus, dass alle anderen, weniger einschneidenden Mittel ungeeignet zur Förderung des Ziels faktischer Chancengleichheit sind. Mit dem alternativen

---

<sup>139</sup> BVerfG, Beschluss vom 03.12.1985 - 1 BvL 15/84 -, BVerfGE 71, 206 (215), juris Rn. 36; Jarass, a.a.O., Art. 20 Rn. 118.

<sup>140</sup> Vgl. auch VG Berlin, Beschl. v. 07.12.2012 - 5 L 419.12 -, juris Rn. 13 für § 16 a LGG.

Mittel dürfte sich zugleich für Dritte und die Allgemeinheit keine zusätzliche Belastung verbinden.<sup>141</sup>

Grundsätzlich können auch Menschen ohne Migrationshintergrund an der Umsetzung von nachteilsausgleichenden Maßnahmen mitwirken. Wenn nach den festgestellten tatsächlichen Verhältnissen weiterhin faktisch vor allem Menschen mit Migrationshintergrund von struktureller Benachteiligung betroffen sind, erweist sich die Wahl und Bestellung mehrerer Beauftragter (mit und ohne Migrationshintergrund) oder die Wahlberechtigung auch von Menschen ohne Migrationshintergrund und sei es mit verringertem Stimmgewicht nicht als gleich geeignet, um das Ziel zu erreichen. Das gilt zumal, wenn solche Alternativen mit zusätzlichen Lasten für das Land Berlin verbunden sind. Soweit die Gefahr besteht, dass durch die Bestimmung der Person des\*r Partizipationsbeauftragten auf die Effektivität dessen\*deren Arbeit Einfluss genommen werden kann, erscheint der Ausschluss sowohl des passiven als auch des aktiven Wahlrechts für Beschäftigten mit Migrationshintergrund auch als erforderlich.<sup>142</sup>

### 5.3.2.3 Angemessenheit

Bei der abschließend gebotenen Güterabwägung sind die Bedeutung der in Rede stehenden Rechtsgüter, die Intensität der Beeinträchtigung und der Gewinn an Förderung zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Rechtsgüter besteht dabei ein Gleichgewicht - es geht um verschiedene Aspekte der Gleichberechtigung von Menschen ohne und mit Migrationshintergrund. Die Intensität der Beeinträchtigung der Rechtsgüter der formal benachteiligten Menschen ohne Migrationshintergrund ist eher gering. Sie beschränkt sich auf die dem Gleichberechtigungsgebot immanente Begünstigung der benachteiligten Gruppe zum Zweck des Nachteilsausgleichs. Konkret wird den Menschen ohne Migrationshintergrund durch die Verwehrung des passiven Wahlrechts allein die Möglichkeit genommen, eine Schutzfunktion zu übernehmen, die nach der vertretbaren Einschätzung des Gesetzgebers faktisch im Wesentlichen insbesondere Menschen mit Migrationshintergrund zu Gute kommen soll. Auf die unmittelbare arbeits-, dienst- oder statusrechtliche Stellung des Beschäftigten hat die angegriffene Regelung keinen Einfluss.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> BVerfG, Beschluss vom 18.07.2005 - 2 BvF 2/01 -, BVerfGE 113, 167, 259, juris Rn. 243; Jarass, a.a.O., Art. 20 Rn. 119.

<sup>142</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 – 7/16 –, juris, Rn. 93, für Unterrepräsentation von Frauen.

<sup>143</sup> Ebd., Rn. 100

Demgegenüber könnte die Tauglichkeit der Maßnahme zur Erreichung der Ziele von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 10 Abs. 2 VvB beeinträchtigt werden, wenn der\*die Partizipationsbeauftragte, der\*die sich aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten derzeit noch ganz überwiegend der Belange der Beschäftigten mit Migrationshintergrund annehmen soll, von allen Beschäftigten und nicht nur durch die Gruppe derjenigen Beschäftigten gewählt wird, deren Gleichberechtigung sichergestellt werden soll. Dies folgt nach der Rechtsprechung und Literatur zur Frauenförderung schon daraus, dass dann eine Einflussnahme durch die Gruppe der nach Auffassung des Gesetzgebers bevorzugten Beschäftigten möglich wäre.<sup>144</sup> Berücksichtigt werden muss auch, dass sich Beschäftigte mit Migrationshintergrund mit ihren Problemen bei einer Person mit ähnlicher Erfahrung zumindest überwiegend besser aufgehoben und vertreten fühlen werden.<sup>145</sup> Für das Amt der Frauenbeauftragten wird zusätzlich ins Feld geführt, dass diese Beauftragten auch die Aufgabe haben, Maßnahmen zum Schutz vor sexueller Belästigung in der Dienststelle zu begleiten.<sup>146</sup> Dieses Argument wäre dann übertragbar, wenn dem\*der Partizipationsbeauftragten angelehnt an § 17 Abs. 7 LGG ähnliche Aufgaben mit Blick auf rassistische Diskriminierung gesetzlich übertragen werden. Schließlich wird die Beschränkung des passiven Wahlrechts auch dadurch gerechtfertigt, dass es gerade für den\*die Partizipationsbeauftragten wichtig ist, die Verhältnisse im Einzelfall aus der Sicht der strukturell benachteiligten Gruppe beurteilen zu können. Letztlich kann auch die Akzeptanz von Partizipationsbeauftragten ohne Migrationshintergrund bei den zu fördernden Beschäftigten aus unterschiedlichen Gründen geringer sein oder ganz fehlen, was die Aufgabenerfüllung konterkarieren könnte.<sup>147</sup>

Damit sprechen insgesamt gewichtige Gesichtspunkte für eine Einschätzung des Gesetzgebers, dass die Interessen der Beschäftigten mit Migrationshintergrund jedenfalls derzeit mit einer\*m Partizipationsbeauftragten mit Migrationshintergrund wirksamer gefördert werden, für deren Wahl die angegriffenen Beschränkungen gelten.

---

<sup>144</sup> Ebd., Rn. 102; v. Roetteken, Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenanhörung zum Entwurf u.a. eines Bundesgleichstellungsgesetzes - BT-Drs. 18/3784 -, S. 15; VG Berlin, Beschluss vom 07.12.2012 - 5 L 419.12 -, juris Rn. 13; Ruffert, JuS 2013, 664 (665); nach Kischel, in: Epping/Hillgruber, GG, 2. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 207 wäre eine Wahl durch die tatsächlich bevorzugte Gruppe (dort Frauen, hier Migrant\*innen) „widersinnig“.

<sup>145</sup> VG Augsburg, Beschluss vom 16.06.2004 - Au 2 E 04.890 - juris Rn. 16.

<sup>146</sup> Für viele LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 - 7/16 -, juris, Rn. 103.

<sup>147</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 - 7/16 -, juris, Rn. 104 für Frauenbeauftragte.

*Frage: Inwieweit würde sich an der Beurteilung der Frage Nr. 3.1. etwas ändern, wenn anstelle von „dezentralen Partizipationsbeauftragten“ sogenannte „Diversity-Beauftragte“ eingerichtet würden, deren Aufgabe es ist, alle Diskriminierungsmerkmale des Artikel 3 Absatz 3 GG in den Blick zu nehmen?*

Die Einrichtung solcher Diversity-Beauftragten ist nicht geeignet, das Ziel der durch das LGG und das PartIntG (neue Fassung) gesetzlich beschriebenen Fördermaßnahmen des Landes Berlin besser zu erreichen. Ziel dieser Gesetze sind die Unterstützung und Kontrolle der Umsetzung des LGG und des PartIntG und damit die Förderung von Frauen und von Menschen mit Migrationshintergrund und. Dabei handelt es sich um strukturell benachteiligte gesellschaftliche Gruppen, deren Benachteiligung auch qualitativ und quantitativ nachweisbar ist. Das gilt nicht für alle in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Kategorien. So war das Merkmal Heimat vor allem vor dem Hintergrund der zur Entstehung des Grundgesetzes relevanten Frage der Flüchtlinge aus Osteuropa mit deutscher Staatsangehörigkeit (sogenannte Vertriebene) aufgenommen worden, eine Gruppe, die heute nicht mehr von Diskriminierung bedroht ist. Auch mit Blick auf die Kategorien Sprache, Religion, Glauben und religiösen oder politischen Anschauungen liegen keine vergleichbaren strukturellen Diskriminierungslagen vor oder sie sind bereits vom Begriff Migrationshintergrund erfasst. Zudem wäre ein Rückgriff auf Art. 3 Abs. 3 GG ein Rückfall gegenüber dem weiteren Katalog in § 1 AGG (Lebensalter, sexuelle Identität) und in Art. 10 Abs. 2 VvB (Sexuelle Identität).

## 6. Öffentliche Auftragsvergabe und staatliche Leistungsgewährung

---

*Inwieweit können Vorgaben in Anlehnung an §§ 13, 14 LGG zur Förderung von Menschen mit Migrationshintergrund bei der öffentlichen Auftragsvergabe und bei staatlicher Leistungsgewährung gemacht werden?*

### 6.1. Öffentliche Auftragsvergabe

Seit 1999 gilt für Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte das GWB. Im Bereich der Vergabe im Oberschwellenbereich bestimmt § 129 GWB, dass zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden können.<sup>148</sup> Für Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, die die Regel der Vergabepaxis darstellen, gilt das Berliner Vergabegesetz.

Die Nutzung öffentlicher Auftragsvergabe für andere Zwecke als die wettbewerbliche Vergabe öffentlicher Aufträge, zum Beispiel für qualitative, soziale und umweltbezogene Aspekte ist rechtlich grundsätzlich zulässig (§ 97 Abs. 3 GWB, § 58 Abs. 2 Nr. 1 VgV, Art. 19, 23, 26, 53 Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)<sup>149</sup> und wird allgemein praktiziert.<sup>150</sup> Auch die Einhaltung der Grundrechte, der Grundsätze der Gleichbehandlung, der ILO-Kernarbeitsnormen und der Nichtdiskriminierung sind zulässige Zwecke im Rahmen der Berücksichtigung sozialer Belange, die mit der Vergabe verfolgt werden können.<sup>151</sup>

Im Land Berlin wurden bislang nur Maßnahmen der Frauenförderung in den § 13 LGG als Vergabekriterien verankert. Konkretisiert wird die Vorschrift durch die Berlin Frauenförderverordnung, FFV<sup>152</sup> und in § 9 Berl-AVG, der auf § 13 LGG verweist.<sup>153</sup> Nach §§ 1 Abs. 2, 2, 3 FVV müssen Betriebe mit dem Angebot eine Erklärung über die Anzahl der in der Regel im Unternehmen Beschäftigten abgeben und je nach Unternehmensgröße weitere

---

<sup>148</sup> Im einzelnen *Opitz*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage 2017, § 129 GWB, Rn. 2ff.

<sup>149</sup> Für das Land Berlin als öffentlich-rechtlichem Auftraggeber gilt die VKR.

<sup>150</sup> *Lausen*, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2 (Hrsg. Burgi/Dreher), 3. Aufl. 2019, VgV § 58 Zuschlag und Zuschlagskriterien, Rn. 28 ff.

<sup>151</sup> *Baer/Ölcüm*, Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, 2008, S. 15 m.w.N.; *Fasselt*, Antidiskriminierung im Vergaberecht, Gutachten im Auftrag von verdi Bezirk München und GEW Stadtverband München, 2013; *Zimmer* in: Däubler/Bertzbach, AGG, § 5 Rn. 46; Müller-Wrede (Hrsg.), Kompendium des Vergaberechts 2., Auflage 2013, 15.2. Soziale Kriterien, Rn. 9; EuGH, Urteil vom 20.9.1988 – Rs. 31/87 (Beentjes); BGH, Urteil vom 7.11.2006 – KZR 2/06, RZ 16.

<sup>152</sup> Frauenförderverordnung, FFV, vom 19.07.2011, GVBl. S. 362.

<sup>153</sup> Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) vom 08.07.2010: „Für Auftragsvergaben gilt § 13 des Landesgleichstellungsgesetzes in der jeweils geltenden Fassung. Bei allen Auftragsvergaben ist von den bietenden Unternehmen eine Erklärung zur Förderung von Frauen entsprechend den dazu erlassenen Regelungen in der jeweils geltenden Frauenförderverordnung abzugeben“.

Erklärungen zu Frauenfördermaßnahmen vorlegen. Wer den Verpflichtungen zur Durchführung dieser Frauenfördermaßnahmen nicht nachkommt oder bei der Vergabe Falschangaben macht, kann nach § 6 FVV bis zu zwei Jahre von der Auftragsvergabe ausgeschlossen werden.

Eine Stellungnahme des Deutschen Juristinnen Bundes aus dem Jahr 2008 kommt zu dem Schluss, dass diese Regelungen wettbewerbsneutral und vergaberechtskonform sind.<sup>154</sup> Ein ebenfalls im Jahr 2008 im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung und gegen Diskriminierung Berlin von Baer/Ölcüm erstelltes Rechtsgutachten kommt zu dem gleichen Ergebnis. Die Autor\*innen konstatieren zugleich ausdrücklich, dass jenseits der Regelungen im LLG /FFV noch Handlungsbedarf besteht.<sup>155</sup>

Bereits jetzt ist nach § 1 Abs. 1 Berl-AVG ein Prinzip der Vergabe die Gesetzestreue und Zuverlässigkeit der Bieter. Das Kriterium der Zuverlässigkeit kann dabei so ausgelegt werden, dass Bieter sozialrechtliche Vorschriften einschließlich Vorschriften zur Förderung der Gleichbehandlung, wie z.B. im AGG, zu beachten haben, um nicht von der Auswahl ausgeschlossen zu werden.<sup>156</sup> Eine gesetzgeberische Klarstellung würde dies absichern.<sup>157</sup> Bei der Prüfung der Unterlagen zur Eignung kann darüber hinaus eine Erklärung der Bieter verlangt werden, dass sie die Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes einhalten.<sup>158</sup> § 8 Berl-AVG verweist schließlich im Zusammenhang mit der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen auf die Einhaltung des Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958 (BGBl. 1961 II S. 98), das auch Diskriminierungen aufgrund rassistischer Zuschreibungen und der Herkunft umfasst.

All dies spricht für eine Ausweitung der Regelung des § 13 LGG und des § 9 Berl-AVG auf Menschen mit Migrationshintergrund. Solche Regelungen sind, ebenso wie die Regeln zur Maßgabe der Frauenförderung mit dem Verfassungsrecht und dem EU Recht, namentlich mit dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot vereinbar, wenn die Vorgabe grundsätzlich alle Vertragspartnerinnen gleich trifft und transparent ist.

---

<sup>154</sup> Stellungnahme zum Berliner Vergabegesetz anlässlich der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Technologie und Frauen im Abgeordnetenhaus von Berlin am Montag, den 25. Februar 2008.

<sup>155</sup> Baer/Ölcüm, Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe 2008, S. 32, 39.

<sup>156</sup> Ebd., S. 39; ebenso Fasselt, S. 7; Stellungnahme Deutscher Juristinnen Bund vom 23.09.2009 zum Referentenentwurf zur Verordnung zur Anpassung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) – Stand: 11.12.2009 <http://www.djb.de/Kom/K1/St09-13/> (download 2.1.2013); Baer 2008, S.39; Gesetzesbegründung zu § 97 GWB; BT-Drs. 16/10117, S. 16

<sup>157</sup> Baer/ Ölcüm, S. 39.

<sup>158</sup> Fasselt, S. 7.

§ 2 FFV zählt insgesamt 21 Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im Sinne des § 13 LGG auf:

1. Umsetzung eines qualifizierten Frauenförderplans,
2. verbindliche Zielvorgaben zur Erhöhung des Frauenanteils an den Beschäftigten in allen Funktionsebenen,
3. Erhöhung des Anteils der weiblichen Beschäftigten in gehobenen und Leitungspositionen,
4. Erhöhung des Anteils der Vergabe von Ausbildungsplätzen an Bewerberinnen,
5. Berücksichtigung von weiblichen Auszubildenden bei der Übernahme in ein Arbeitsverhältnis zumindest entsprechend ihrem Ausbildungsanteil,
6. Einsetzung einer Frauenbeauftragten,
7. Überprüfung der Entgeltgleichheit im Unternehmen mit Hilfe anerkannter und geeigneter Instrumente,
8. Angebot von Praktikumsplätzen für Mädchen und junge Frauen, insbesondere in Berufen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind,
9. Teilnahme an anerkannten und geeigneten Maßnahmen und Initiativen, die Mädchen und junge Frauen für männlich dominierte Berufe interessieren sollen,
10. spezielle Bildungsmaßnahmen nur für Frauen, die zur Erreichung qualifizierter Positionen befähigen sollen,
11. Bereitstellung der Plätze bei sonstigen betrieblichen Bildungsmaßnahmen für Frauen zumindest entsprechend ihrem Anteil an den Beschäftigten,
12. Bereitstellung der Plätze außerbetrieblicher, vom Betrieb finanzierter Bildungsmaßnahmen für Frauen zumindest entsprechend ihrem Anteil an den Beschäftigten,
13. bevorzugte Berücksichtigung von Frauen beim beruflichen Aufstieg nach erfolgreichem Abschluss einer inner- oder außerbetrieblichen Bildungsmaßnahme,
14. Angebot flexibler, den individuellen Bedürfnissen entsprechender Gestaltung der Arbeitszeit,
15. Angebot alternierender Telearbeit,
16. Möglichkeit befristeter Teilzeitarbeit, vorzugsweise vollzeitnah, mit Rückkehroption in eine Vollzeitarbeit, auch in Führungspositionen,
17. Kontakthalteangebote, Möglichkeit zur Teilnahme an betrieblicher Fortbildung, zu Vertretungseinsätzen und Rückkehrvereinbarungen für Beschäftigte in Elternzeit,
18. Bereitstellung betrieblicher oder externer Kinderbetreuung, auch für Arbeitszeiten außerhalb der üblichen Öffnungszeit der regulären Kinderbetreuung,
19. Bereitstellung geeigneter Unterstützung und Flexibilität am Arbeitsplatz für Beschäftigte, die Erziehungs- und Pflegeaufgaben wahrnehmen,
20. Umwandlung geringfügiger Beschäftigungsverhältnisse in mindestens Teilzeitarbeitsplätze sowie
21. Vermeidung einer überproportionalen Verringerung des Frauenanteils an der Gesamtzahl der Beschäftigten bei Personalabbaumaßnahmen.

Gemäß § 3 FFV müssen Unternehmen gestaffelt nach der Anzahl der Beschäftigten eine Mindestanzahl zwischen einer bis drei dieser Maßnahmen erfüllen. Unternehmen mit regelmäßig mehr als 500 Beschäftigten müssen dabei mindestens eine Maßnahme der Nummern 1 bis 6 erfüllen. Die in § 2 FFV Nr. 14 bis Nr. 21 aufgelisteten Maßnahmen sind speziell auf die Zielgruppe Frauen zugeschnitten und auf Maßnahmen der Förderung der

Partizipation nicht übertragbar. Dies muss bei der Formulierung einer Partizipationsförderverordnung berücksichtigt werden.

Gemäß § 4 FFV nennt weitere Vertragsbedingungen: die Beachtung des geltenden Gleichbehandlungsrechts, die Sicherstellung, dass Nachunternehmer, derer sich die Auftragnehmen zur Vertragserfüllung bedienen, sich nach Maßgabe des § 3 zur Durchführung von Maßnahmen gemäß § 2 und zur Einhaltung der Verpflichtungen nach § 4 bereit erklären. Eine schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung durch die Nachunternehmer wird den Auftragnehmen zugerechnet.

§ 7 FFV bestimmt Sanktionen, für den Fall, dass die Unternehmen ihrer Verpflichtung zur Durchführung von Fördermaßnahmen nicht nachkommen oder die vertraglichen Verpflichtungen nach § 4 FFV verletzen. Sie sollen bis zur Dauer von drei Jahren von der Auftragsvergabe auch als Nachunternehmer ausgeschlossen werden. Gleiches gilt bei Falschangaben. Im Übrigen wird auf die Sanktionen gem. § 6 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes verwiesen. Danach ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von einem Prozent, bei mehreren Verstößen zusammen bis zur Höhe von fünf Prozent der Auftragssumme zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch Nachunternehmer begangen wird. Die Auftraggeber haben mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der aus § 9 BerlAVG i.V.m. § 13 LGG resultierenden Anforderungen durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigen. Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag sowie als Nachunternehmer sollen alle Unternehmen bis zu einer Dauer von drei Jahren ausgeschlossen werden, die gegen § 9 BerlAVG i.V.m. § 13 LGG verstoßen.

## **6.2 Staatliche Leistungsgewährung**

§ 14 LGG bindet in Anlehnung an § 13 LGG die Bewilligung von freiwilligen Leistungen aus Landesmitteln an die Auflage, dass bei den geförderten Projekten, Trägern oder Unternehmen Maßnahmen der Frauenförderung für die dort beschäftigten Frauen umgesetzt werden. Einzelheiten zur Umsetzung des § 14 LGG sind in der Leistungsgewährungsverordnung – LGV geregelt.<sup>159</sup> § 3 Abs. 1 LGV normiert, dass die Bewilligung der

---

<sup>159</sup> Verordnung über die Berücksichtigung der aktiven Förderung der Beschäftigung von Frauen und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Gewährung freiwilliger Leistungen aus Landesmitteln vom 15.11.2011, GVBl. S. 710.

Leistung mit einer entsprechenden Auflage verbunden ist, auf die bereits im Antragsverfahren hinzuweisen ist, in dem der oder die Antragstellende eine entsprechende Verpflichtungserklärung zu unterzeichnen hat. Nach § 3 Abs. 3 LGV muss die Auflage spätestens bei Einreichung des Verwendungsnachweises erfüllt sein. § 4 LGV, enthält die gleichen Kriterien, die in § 3 FFV aufgelistet sind. Die Vorgabe ist auch für Menschen mit Migrationshintergrund zulässig, wenn sie grundsätzlich alle, die Mittel des Landes Berlin für ihre Projekte bzw. Institutionen haben wollen, gleich trifft und transparent ist. Die unter 6.1. gemachten Ausführungen zur Anpassung der Kriterien des § 3 FFV gelten entsprechend.

Ausnahmen von der Verpflichtung, Fördermaßnahmen durchzuführen, erlaubt § 14 Absatz 1 Satz 2 LGG nur in begrenztem Umfang, sofern Leistungsempfangende aus rechtlich oder tatsächlich unabdingbaren Gründen nur oder ganz überwiegend Männer beschäftigen können. Die Ausnahmeregelung greift die rechtlich gemäß § 8 AGG bestehende eng begrenzte Möglichkeit zulässiger geschlechterspezifischer Differenzierung aufgrund unverzichtbarer beruflicher Anforderungen auf. Mit Blick auf das Kriterium Migrationshintergrund hieße das, dass eine Ausnahme nur dann möglich wäre, wenn das Nichtvorliegen eines Migrationshintergrunds „wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt“. Ein solcher Fall ist schlicht nicht denkbar auf eine entsprechende Regelung kann daher verzichtet werden.

## **7. Besetzung von Gremien**

---

*Frage: Inwieweit kann bei der Besetzung von Gremien eine Regelung getroffen werden, die hinsichtlich ihrer Zielrichtung über die bestehende Regelung des § 4 Absatz 6 PartIntG hinaus geht und z.B. einen konkreten Mindestanteil von Menschen mit Migrationshintergrund (gemäß Anteil an Berliner Bevölkerung) fordert? Was wäre im Verhältnis zu § 15 LGG zu beachten?*

§ 4 Absatz 6 PartIntG lautet:

In den Gremien aller Einrichtungen ist eine stärkere Beteiligung von Vertreterinnen und Vertretern mit Migrationshintergrund anzustreben.

§ 15 LGG lautet:

(1) Gremien sind geschlechtsparitatisch zu besetzen, soweit für deren Zusammensetzung keine besonderen gesetzlichen Vorgaben gelten.

(2) Werden bei Einrichtungen nach § 1 oder Dienststellen im Sinne des Personalvertretungsgesetzes Gremien gebildet, benennen die entsendenden Einrichtungen oder

Dienststellen mindestens ebenso viele Frauen wie Männer. Dürfen sie nur eine Person benennen, ist für das Mandat nach Ablauf der Amtsperiode eine dem jeweils anderen Geschlecht angehörende Person zu benennen.

(3) Absatz 2 gilt für die Entsendung von Vertreterinnen und Vertretern in Aufsichtsräte und andere Gremien außerhalb der Verwaltung entsprechend.

Nach § 15 AVLGG sind Gremien Beiräte und Kommissionen, Ausschüsse, Verwaltungs- und Aufsichtsräte, kollegiale Organe und vergleichbare Gruppierungen, soweit eine Einrichtung nach § 1 LGG für deren Mitglieder Berufungs- oder Entsendungsrechte hat. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie zur Beratung und/oder Beschlussfassung über einen speziellen Themenkomplex dauerhaft eingerichtet werden und über einen festen Mitgliederstamm verfügen. Vorstände und Geschäftsleitungen sind in der Regel keine Gremien im Sinne der Vorschrift. Etwas anderes kann für ehrenamtlich Tätige gelten. Runden der Staatssekretär\*innen sowie verwaltungsinterne Steuerungs- oder Abstimmungsrunden, soweit spezielle Fachkenntnisse nötig sind, sind in der Regel ebenso keine Gremien im Sinne der Vorschrift.

Die geschlechterparitätische Gremienbesetzung ist in § 15 Absatz 1 LGG zwingend formuliert. Die Regelung zur geschlechterparitätischen Besetzung und Entsendung gilt nach § 15 AV-LGG sowohl für die Mitglieder eines Gremiums als auch für die stellvertretenden Mitglieder. Die Mitglieder der Gremien und ihre Stellvertretungen sind, was die Geschlechterparität angeht, getrennt voneinander zu betrachten. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, Mitgliedschaften ausschließlich an Männer und Stellvertretungen an Frauen zu vergeben. Das in § 15 Abs. 2 LGG geregelte Rotationsprinzip bezieht sich nach § 15 AV-LGG auf die jeweilige Amtsperiode, das heißt nicht auf die persönliche Amtszeit eines Mitglieds bzw. eines stellvertretenden Mitglieds. Sofern die persönliche Amtszeit eines Gremienmitglieds (Mandat) vor Ablauf der Amtsperiode endet, greift das Rotationsgebot grundsätzlich nicht. Im Hinblick auf den Grundsatz der geschlechterparitätischen Besetzung eines Gremiums ist die vorzeitige Benennung einer Frau jedoch bereits vor Ablauf der Amtsperiode zulässig. § 15 Absatz 3 LGG betrifft beispielsweise Entsendungen außerhalb der Berliner Verwaltung in Gremien des Bundes oder der Europäischen Union oder in Gremien bei (Beteiligungs-) Unternehmen im Sinne des § 1a LGG.

Die geschlechterparitätische Zusammensetzung von Gremien soll in genereller Form dazu beitragen, die Perspektive von Frauen auf dienststelleninterne Vorgänge stärker zu Gehör zu bringen und so auch die inhaltliche Ausgestaltung von Entscheidungskriterien

zu beeinflussen.<sup>160</sup> Damit soll auch die Akzeptanz von Besetzungsentscheidungen verbessert werden.<sup>161</sup> Eine Diskriminierung von Männern nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 2 VvB ist darin nicht zu sehen, wenn diese in gleicher Weise weiterhin vertreten sind.

Dies gilt bei einer entsprechenden Regelung auch für die Repräsentation von Menschen mit Migrationshintergrund in Gremien gemäß ihrem Anteil an der Berliner Bevölkerung. Eine Diskriminierung von Menschen ohne Migrationshintergrund nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 2 VvB ist darin nicht zu sehen, weil Menschen ohne Migrationshintergrund ebenfalls weiterhin gemäß ihrem Anteil an der Bevölkerung vertreten sind. Zu beachten ist jedoch, dass die verfassungsrechtlich geschützte Funktionsfähigkeit der Verwaltung dabei gewahrt werden muss. Diese beinhaltet, die Qualität staatlicher Leistungen zu sichern und die Arbeitsfähigkeit der öffentlichen Verwaltung zu erhalten. Diese wäre dann gefährdet, wenn Gremien nicht besetzt werden könnten, weil nicht genügend Personen mit Menschen mit Migrationshintergrund zur Verfügung stehen. Dem kann zum Beispiel mit einer Regelung begegnet werden, die eine Mindestzahl festlegt („jedenfalls mindestens eine Person mit Migrationshintergrund“).

## **8. Integrationsausschuss**

---

*Frage: Kann § 20 Bezirksverwaltungsgesetz insoweit geändert werden, als dass im Integrationsausschuss*

- a) ausschließlich Bürgerdeputierte mit Migrationshintergrund oder*
- b) ein Mindestanteil von Menschen mit Migrationshintergrund (gemäß Anteil an Bezirksbevölkerung) als Bürgerdeputierte oder*
- c) jedenfalls mindestens zwei Plätze für Bürgerdeputierte mit Migrationshintergrund vorzusehen sind oder*
- d) jedenfalls eine Person aus dem jeweiligen bezirklichen Migrationsbeirat als Bürgerdeputierter vorzusehen ist?*

§ 20 BezVerwG lautet:

„Bürgerdeputierte sind sachkundige Bürgerinnen und Bürger, die stimmberechtigt an der Arbeit der Ausschüsse der Bezirksverordnetenversammlung teilnehmen. Auch Personen, die nicht Deutsche im Sinne des Artikels 116 Absatz 1 des Grundgesetzes sind, können Bürgerdeputierte werden. Bei den in den Integrationsausschuss zu wählenden Bürgerdeputierte sollen insbesondere Bürgerinnen und Bürger mit Migrationshintergrund im Sinne des § 2 des Partizipations- und Integrationsgesetzes berücksichtigt werden.“

---

<sup>160</sup> VG Frankfurt, Beschluss vom 10.01.2008 – 9 G 3464/07 –, juris Rn. 7.

<sup>161</sup> Ebd.; ebenso LAG Hamm, Urteil vom 01.07.2017 – 11 Sa 1023/16 –, juris Rn. 40.

Nach § 32 BezVerwG ist der Integrationsausschuss zuständig „für Angelegenheiten, die nicht nur unerhebliche Auswirkungen auf die Integration der Menschen mit Migrationshintergrund im Sinne von § 2 PartIntG haben“.

Es sprechen keine rechtlichen Bedenken dagegen, dass Angelegenheiten, die nicht nur unerhebliche Auswirkungen auf die Integration der Menschen mit Migrationshintergrund haben, von Menschen mit Migrationshintergrund wesentlich bestimmt werden.

Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot von Menschen ohne Migrationshintergrund nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 10 Abs. 2 VvB besteht nicht. § 9 Abs. 1 BezVerwG regelt, dass die Bezirksverordnetenversammlung aus ihrer Mitte den Integrationsausschuss bildet und diesen mindestens vier bis höchstens sieben Bürgerdeputierte hinzuwählt, wobei die Bezirksverordneten die Mehrheit bilden müssen. Dadurch ist gewährleistet, dass nicht ausschließlich Menschen mit Migrationshintergrund im Integrationsausschuss vertreten sind. Die Ausschüsse besitzen zudem kein selbstständiges Entscheidungsrecht, sondern haben nur Beratungs- und Kontrollfunktion.

Die Gesetzgebung ist daher frei, eine der Varianten a) bis c) zu wählen. Mit Blick auf die Erforderlichkeit der Regelung, werden die Varianten b) bis d) vorliegend als rechtssicherer eingeschätzt.

## **9. Repräsentanz und Richtigkeit der Angaben**

---

*Frage: Vorausgesetzt im geplanten Gesetz wird Mensch mit Migrationshintergrund gemäß der aktuellen Definition vom statistischen Bundesamt/Landesamt definiert („Eine Person hat einen Migrationshintergrund, wenn sie selbst oder mindestens ein Elternteil nicht mit deutscher Staatsangehörigkeit geboren ist.“) und eine verpflichtende Angabe des Migrationshintergrundes gegenüber dem Land Berlin als Arbeitgeber ist datenschutzrechtlich unzulässig, wären o.g. Maßnahmen (Fragen 1-8) auch möglich auf Basis von freiwilligen Angaben der Beschäftigten zum Migrationshintergrund? Wenn ja, welche?*

### **9.1. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit verpflichtender Angaben**

Art. 9 Abs. 1 DSGVO untersagt die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen „die rassische und ethnische Herkunft“ hervorgeht. Darunter fallen auch die Erfassung des Migrationshintergrunds und der tatsächlichen oder zugeschriebenen Migrationsgeschichte.

Soweit bei der Erhebung sichergestellt ist, dass die Daten in anonymisierter Form erhoben werden, werden jedoch bereits keine personenbezogenen Daten verarbeitet. Dies ergibt sich aus § 4 DSGVO i.V.m. Erwägungsgrund 26 EU-Datenschutzrichtlinie RL

95/46/EG, wonach die Grundsätze des Datenschutzes für alle Informationen gelten, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen:

„Die Grundsätze des Datenschutzes sollten daher nicht für anonyme Informationen gelten, d.h. für Informationen, die sich nicht auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, oder personenbezogene Daten, die in einer Weise anonymisiert worden sind, dass die betroffene Person nicht oder nicht mehr identifiziert werden kann. Diese Verordnung betrifft somit nicht die Verarbeitung solcher anonymer Daten, auch für statistische oder für Forschungszwecke.“

Die anonymisierte Erhebung und Verarbeitung von Daten zu Migrationshintergrund oder der tatsächlichen oder zugeschriebenen Migrationsgeschichte von Beschäftigten allein zu statistischen Zwecken ist danach zulässig.

Soweit Daten zu einem Migrationshintergrund oder der tatsächlichen oder zugeschriebenen Migrationsgeschichte nicht anonymisiert erhoben werden, ist die vorliegend geplante Erhebung unter zwei Voraussetzungen zulässig. Erstens ist sie nach § 9 Abs. 2 a) DSGVO zulässig, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt hat. Zweitens ist sie nach § 9 Abs. 2 g) DSGVO aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses zulässig. Ein solches Interesse ist auch das Ziel des § 1 PartIntG, Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte die Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilhabe in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens zu geben und gleichzeitig jede Benachteiligung und Bevorzugung gem. Art. 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes und Art. 10 Abs. 2 VvB auszuschließen. Auch der Erlass von positiven Maßnahmen nach § 5 AGG ist ein solches Ziel. Die Datenerhebung ist, wie dargestellt notwendig, um die Unterrepräsentation von Menschen mit Migrationshintergrund/-geschichte im öffentlichen Dienst des Landes von Berlin nachzuweisen und damit die Zulässigkeit positiver Maßnahmen zu begründen und ihre Effektivität zu evaluieren.

Eine rechtliche Grundlage für die Erfassung solcher Daten müsste ihrerseits sicherstellen, dass die konkreten Daten nicht für Maßnahmen oder Entscheidungen gegenüber einzelnen Betroffenen mit oder ohne Migrationshintergrund/-geschichte verwendet werden, sondern nur statistischen Zwecken dienen. Die Datenerhebung zu statistischen Zwecken ist darüber hinaus nach § 9 Abs. 2 j) DSGVO zulässig. Nach Erwägungsgrund 162 RL 95/46/EG ist unter dem Begriff „statistische Zwecke“ jeder für die Durchführung statistischer Untersuchungen und die Erstellung statistischer Ergebnisse erforderliche Vorgang der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten zu verstehen. Diese statisti-

schen Ergebnisse können für verschiedene Zwecke, so auch für wissenschaftliche Forschungszwecke, weiterverwendet werden. Nach § 89 Abs. 1 DSGVO sollten daher technische und organisatorische Maßnahmen gewährleistet sein, mit denen insbesondere die Achtung des Grundsatzes der Datenminimierung gewährleistet wird. Zu diesen Maßnahmen kann die Pseudonymisierung gehören, sofern es möglich ist, diese Zwecke auf diese Weise zu erfüllen. Im Zusammenhang mit den statistischen Zwecken wird vorausgesetzt, dass die Ergebnisse der Verarbeitung zu statistischen Zwecken keine personenbezogenen Daten, sondern aggregierte Daten sind und diese Ergebnisse oder personenbezogenen Daten nicht für Maßnahmen oder Entscheidungen gegenüber einzelnen natürlichen Personen verwendet werden.

## **9.2. Verwendung freiwilliger Angaben zum Nachweis von Unterrepräsentanz**

Es sprechen keine Einwände gegen die Erhebung und Verarbeitung von Daten aus freiwilliger Angabe, § 9 Abs. 2 a) DSGVO. Die Einschätzung des Gesetzgebers, dass Beschäftigte mit Migrationshintergrund/Migrationsgeschichte in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes unterrepräsentiert sind, kann jedoch beanstandet werden, wenn sie nicht ausreichend belegt ist.<sup>162</sup> Zur Ermittlung des Repräsentanzverhältnisses von Beschäftigte mit und ohne Migrationshintergrund/Migrationsgeschichte müssen daher genug freiwillig abgegebene Daten erhoben werden, um eine Unterrepräsentanz im Streitfall glaubhaft nachweisen zu können.

## **10. Menschen mit Migrationsgeschichte**

---

*Frage: In wieweit lassen sich die Ergebnisse der bisher geprüften Fragestellungen (positive Maßnahmen zum Zwecke des Nachteilsausgleichs für die Zielgruppe des PartIntG) auf Menschen mit Migrationsgeschichte, vor dem Hintergrund der folgenden Definition übertragen? „Menschen mit Migrationsgeschichte sind*

- 1. Menschen mit Migrationshintergrund sowie*
- 2. Menschen, denen (nach eigenen Angaben) ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird.“*

Die vorgeschlagene Definition ist zulässig, wenn sie sich im Anwendungsbereich von Art. 1 Abs. 1 ICERD, Art. 3 Abs. 3 S.1 GG, RL 43/2000/EG und § 1 AGG bewegt. Alle diese Normen betreffen Diskriminierungen, die an die vermeintliche Rasse, die Hautfarbe, die Abstammung, den nationalen Ursprung oder die ethnische Herkunft anknüpfen. Es handelt sich also um intentionale oder um strukturelle rassistische bzw. migrations- und Nicht-deutsche-herkunftsbezogene Diskriminierungen. Erfasst sind andererseits auch

---

<sup>162</sup> LVerfG M-V, Urteil vom 10.10.2017 – 7/16 –, juris, Rn. 75, für Unterrepräsentation von Frauen.

solche Menschen mit Migrationsgeschichte, die keinen Migrationshintergrund haben, aber denen Menschen ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird.<sup>163</sup> Dazu zählen im deutschen Kontext zum Beispiel Schwarze Deutsche, Asiatische Deutsche, arabisch- oder türkeistämmige Deutsche oder deutsche Sinti und Roma, denen aufgrund einer rassialisierten und ethnisierten Vorstellung von deutscher Staatsangehörigkeit mangelnde Zugehörigkeit zugeschrieben wird.<sup>164</sup> Erfasst sind ebenfalls Juden und Jüdinnen, denen das Deutschsein oft abgesprochen wird, bzw. die antisemitische Diskriminierung erfahren. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs des PartIntG auf Menschen, denen nach eigenen Angaben ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird, bewegt sich mithin im normativen Rahmen der genannten Vorschriften. Die erweiterte Definition ist sogar besser als die Formulierung „Menschen mit Migrationshintergrund“ geeignet, rassistische bzw. migrations- und Nicht-deutsche-herkunftsbezogene Diskriminierungen genau zu adressieren. Das Kriterium Menschen mit Migrationsgeschichte, das auch Zuschreibungen umfasst, trifft die Definition von „Rasse und ethnischer Herkunft“ also noch präziser als die von Menschen mit Migrationshintergrund.

ICERD, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 2 VvB und AGG sind antidiskriminierungsrechtliche Grund- und Menschenrechte. Sie sind auf die Beseitigung von Diskriminierungen gerichtet, es geht dabei nicht um Zugehörigkeiten, sondern um soziale Zuschreibungen im Kontext von Machtverhältnissen, wie kolonialer Rassismus, Antisemitismus, Antiziganismus, Antislawismus und antimuslimischer Rassismus. Der Migrationshintergrund gibt nur sehr bedingt darüber Aufschluss, ob jemand Diskriminierungen ausgesetzt ist und benachteiligt wird. Nachkommen der ehemaligen Einwanderer\*innen in der dritten oder vierten Generation sowie Schwarze Menschen oder Sinti und Roma, deren Familien seit mehreren hundert Jahren in Deutschland leben, sind davon nicht erfasst. Die strukturelle Benachteiligung dieser Menschen, auf die positive Maßnahmen gerade zielen, kann damit nicht abgebildet werden. Die Definition, „Menschen, denen aufgrund von rassialisierten und ethnisierten Vorstellungen ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird“, erfasst dagegen auch diese Menschen. Sie erfasst insbesondere auch Angehörige nationaler Minderheiten. Die Ausweitung des PartIntG auf „Menschen mit Migrationsgeschichte“ ist angesichts dessen zu empfehlen.

Eine weite Definition von Menschen mit Migrationsgeschichte entspricht auch den Empfehlungen des UN-Antirassismus-Ausschuss CERD und der Europäische Kommission gegen Rassismus und Intoleranz, ECRI an Deutschland. Beide Organisationen mahnen

---

<sup>163</sup> Ebd.

<sup>164</sup> Vgl. El Tayeb, Undeutsch. Die Konstruktion des Anderen in der postmigrantischen Gesellschaft, 2016.

Deutschland seit langem, verlässliche und vergleichbare Daten über die Situation einzelner rassistisch diskriminierter Bevölkerungsgruppen und Minderheiten in der deutschen Bevölkerung zu erheben, um effektive Maßnahmen zur Förderung vollständiger und effektiver Gleichstellung zu konzipieren.<sup>165</sup>

Die Erhebung von Daten aufgrund der Definition „wem nach eigenen Angaben ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird“ entspricht der Auto-Hetero-perspektive. Sie ist ebenso, wie die Auto-Perspektive, die an Selbstwahrnehmungen bzw. -identifizierungen anknüpft, ein in der Forschung für die Erhebung von Gleichheitsdaten anerkanntes und bewährtes Instrument.<sup>166</sup> Auch im US-amerikanischen<sup>167</sup> und im englischen Zensus<sup>168</sup> werden *race* und *ethnicity* ausschließlich auf der Basis von Selbstidentifizierung und nicht über Verwandtschaftsverhältnisse und Staatsangehörigkeit erfasst. Für den deutschen Kontext ist besonders zu beachten, dass auf Grund der Erfahrung aus der nationalsozialistischen Verfolgung von Juden und Jüdinnen sowie von Sinti und Roma in Deutschland ein Grundkonsens zwischen Bundesregierung und dem Minderheitenrat darüber besteht, dass keine ethnischen Daten vom Staat ohne Einwilligung erhoben werden.<sup>169</sup> Zudem ist das Bekenntnis zu einer Minderheit frei wählbar und darf nicht von Amts wegen überprüft werden.<sup>170</sup> Zu achten ist daher auf eine strikte Bindung der Datenerhebung und Nutzung an Gleichstellungszwecke sowie eine ausschließliche Erhebung von Selbstidentifikationsdaten.<sup>171</sup>

Das ist auch bei der Datenerhebung nach dem Gesetz über die Statistik der Personalstruktur und der Personalkosten im unmittelbaren Landesdienst (Personalstrukturstatistik)

---

<sup>165</sup> CERD, Concluding Observations of the Committee, Germany, 2008, CERD/C/DEU/CO/18 Rn 6, 14, 15; CERD, Concluding Observations of the Committee, Germany, 2015, CERD/C/DEU/CO/19-22 Rn 6; ECRI, Zweiter Bericht über Deutschland 15.12.2000, CRI (2001) 36, S. 15.

<sup>166</sup> *Ahyoud/Aikins (Hrsg.)*, Wer nicht gezählt wird, zählt nicht, 2018, S. 26.

<sup>167</sup> <https://www.census.gov/topics/population/race/about.html>, Abruf 10.12.2019.

<sup>168</sup> <https://www.ons.gov.uk/methodology/classificationsandstandards/measuringequality/ethnicgroupnationalidentityandreligion>, Abruf 10.12.2019.

<sup>169</sup> Stellungnahme des Minderheitenrates im Rahmen des Berichtswesens des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten vom 19.03.2015; Pressemitteilung des Zentralrats Deutscher Sinti und Roma vom 27.07.2018; ausführlich zur Debatte [www.minderheitensekretariat.de/aktuelles/a/artikel/detail/minderheitenrat-bekraeftigt-seine-position-hinsichtlich-neuester-anfragen-zu-volkszaehlungen-oder-gar/](http://www.minderheitensekretariat.de/aktuelles/a/artikel/detail/minderheitenrat-bekraeftigt-seine-position-hinsichtlich-neuester-anfragen-zu-volkszaehlungen-oder-gar/), Abruf 10.12.2019.

<sup>170</sup> Art. 3 Rahmenübereinkommen Nationaler Minderheiten; Charta der autochthonen, nationalen Minderheiten/Volksgruppen in Europa 2006, Grundprinzip Nr. 6.

<sup>171</sup> Zum Ganzen *Ahyoud/Aikins u.a. (Hrsg.)*, Wer nicht gezählt wird, zählt nicht, 2018; *Neue Deutsche Organisationen*, Dossier zu Gleichstellungsdaten, 2017.

tikgesetz – PSSG) zu beachten. § 6 Abs. 5 PSSG enthält mehrere „sachliche Merkmalskomplexe“, Nr. 2 normiert den Merkmalskomplex „soziodemografische Zuordnung“, dazu zählen

- a) Geburtsmonat,
- b) Staatsangehörigkeit(en),
- c) Geburtsland,
- d) Familienstand,
- e) Anerkennung der Schwerbehinderteneigenschaft, Beginn, Ende,
- f) Grad der Schwerbehinderung,
- g) personenbezogene Zuweisung der anerkannten Pflichtplätze

Ein Merkmalskomplex „Diskriminierungsdaten“ bzw. „Gleichstellungsdaten“ fehlt bisher im PSSG. Daten, die als Grundlage für positive Maßnahmen für Menschen mit Behinderungen dienen können, also Maßnahmen, die nach der UN-Behindertenrechtskonvention, nach Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und nach Art. 11 VvB zulässig bzw. vorgeschrieben sind, können auf dieser Grundlage ebenso wenig erhoben werden, wie Daten zur Begründung und Evaluation von positiven Maßnahmen, die wie vorliegend diskutiert, auf den Abbau rassistischer Nachteile zielen. Eine Ergänzung des § 6 Abs. 5 PSSG durch den Merkmalskomplex „Diskriminierungsdaten“ bzw. „Gleichstellungsdaten“ ist daher notwendig und zulässig, wobei Daten zu erheben wären, die sich an den Diskriminierungskategorien in § 5 AGG und Art. 10, 11 VvB orientieren. Da es sich bei den Diskriminierungskategorien um die rechtliche Abbildung von Zuschreibungen handelt und Kategorien, wie Behinderung jenseits von Schwerbehinderung, sexuelle Orientierung und zugeschriebene Migrationsgeschichte/rassistische Zuschreibung, nicht durch staatliche Einschätzungsakte erfasst werden (dürfen), ist eine Erfassung auf Basis von Selbsteinschätzung (Autoperspektive oder Auto-Heteroperspektive) notwendig und zulässig.

*Frage: Kann dennoch die „statistische Definition“ als Referenzgröße (gemäß des Anteils von Menschen mit Migrationshintergrund an der (erwerbstätigen) Berliner Bevölkerung bzw. Anteil im Bezirk) genommen werden? Wenn ja, bei welchen Maßnahmen?*

Angesichts der Notwendigkeit einer handhabbaren Vergleichsgruppenbildung im Rahmen der positiven Maßnahmen zum Nachteilsausgleich können und müssen kleinere Verzerrungen, die durch die unterschiedlichen Referenzgrößen entstehen hingenommen

werden.<sup>172</sup> Abweichungen sind daher verhältnismäßig, wenn sich eine andere Vergleichsgruppe nicht sachgerecht bilden lässt.<sup>173</sup> Gegen die Verwendung der Referenzgröße Menschen mit Migrationshintergrund bestehen keine Einwände, solange keine vergleichbare aussagekräftige Datenbasis für Menschen mit Migrationsgeschichte vorliegt.

## **11. Zusammenfassende Hinweise an die Gesetzgebung**

---

1. Positive Maßnahmen, die Menschen mit Migrationsgeschichte begünstigen, sind rechtlich zulässig, wenn sie an eine tatsächliche und statistisch nachzuweisende Unterrepräsentation dieser Menschen geknüpft werden. Damit wird der aus Art. 1 Abs. 4 und Art. 2 Abs. 2 ICERD hervorgehenden völkerrechtlichen Verpflichtung nachgekommen, wonach solche Maßnahmen nicht die dauerhafte Beibehaltung getrennter Rechte für verschiedene Gruppen zur Folge haben dürfen und sie nicht weiter fortgeführt werden dürfen, sobald die Ziele, um derentwillen sie getroffen wurden, erreicht sind.
2. Mit Blick auf den Zugang zu Ausbildung, auf Einstellungen und auf Beförderungen im öffentlichen Dienst ist die Unterrepräsentation konkret mit Blick auf die Repräsentation in Vorgesetzten- oder Leitungsfunktionen, in einer Besoldungs-, Vergütungs-, Entgelt- oder Lohngruppe einer Laufbahn bzw. Berufsfachrichtung nachzuweisen.
3. Das Kriterium „Menschen mit tatsächlicher und zugeschriebener Migrationsgeschichte“ ist besser geeignet, rassistische bzw. migrations- und herkunftsbezogene Diskriminierungen zu adressieren, als das Kriterium „Menschen mit Migrationshintergrund“, dass große Bevölkerungsteile, welche nach ICERD, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 2 VvB und dem AGG schützenswert und förderwürdig sind, von positiven Maßnahmen ausschließt.
4. Mit Blick auf die Erhebung und Auswertung von Daten zum Nachweis von Unterrepräsentation und zur Aufstellung, Anpassung und Kontrolle von Förderplänen wird eine Ergänzung von § 6 Abs. 5 PSSG um den Komplex Gleichstellungsdaten empfohlen. Zu achten ist dabei auf eine strikte Bindung der Datenerhebung und Nutzung an Gleichstellungszwecke sowie eine ausschließliche Erhebung von Selbstidentifikationsdaten. Es sprechen keine Einwände gegen die Erhebung und Verarbeitung von Daten aus freiwilliger Angabe, § 9 Abs. 2 a) DSGVO.

---

<sup>172</sup> Ziekow, DÖV 18/2014, 765 (773).

<sup>173</sup> LAG Düsseldorf, Urteil vom 12. 11. 2008 – 12 Sa 1102/08 -, juris im Zusammenhang mit der Feststellung geschlechtsbezogener Unterrepräsentanz.

5. Die Einrichtung von besonderen Partizipationsbeauftragten muss mit einer Ergänzung des Berliner Hochschulgesetzes in Anlehnung an § 59 BerlHG einhergehen.
6. Die Bindung der öffentlichen Auftragsvergabe an positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte muss mit dem Erlass einer Förderverordnung und einem Verweis im Berl-AVG auf das PartIntG einhergehen.
7. Die Bindung der staatlichen Leistungsgewährung an positive Maßnahmen zugunsten von Menschen mit Migrationsgeschichte muss mit der entsprechenden Ergänzung der Leistungsgewährungsverordnung einhergehen.
8. Die Gesetzgebung ist frei § 20 Bezirksverwaltungsgesetz dahingehend zu ändern, dass im Integrationsausschuss ausschließlich Bürgerdeputierte mit Migrationsgeschichte oder einen Mindestanteil von Menschen mit Migrationsgeschichte (gemäß Anteil an der Bezirksbevölkerung) als Bürgerdeputierte vorzusehen sind oder jedenfalls mindestens zwei Plätze für Bürgerdeputierte mit Migrationsgeschichte oder jedenfalls eine Person aus dem jeweiligen bezirklichen Migrationsbeirat als Bürgerdeputierter vorzusehen sind.

## **Teil 2 Konkrete Formulierungsvorschläge für eine Änderung des PartIntG (ausgewählte Vorschriften)<sup>174</sup>**

### **§ 1 Ziele und Grundsätze des Gesetzes**

(1) Das Land Berlin setzt sich zum Ziel, Menschen mit Migrationsgeschichte die Möglichkeit zur gleichberechtigten Teilhabe in allen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens zu geben und gleichzeitig jede Benachteiligung gemäß Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes und Artikel 10 Absatz 2 der Verfassung von Berlin auszuschließen.

(2) Das Land Berlin fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Menschen mit und ohne Migrationsgeschichte und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile für Menschen mit Migrationsgeschichte hin.

(3) Das Land Berlin stellt sich allen Formen von Rassismus, Antisemitismus und Diskriminierung entgegen.

(4) Das Land Berlin trägt den unterschiedlichen Lebenssituationen und sozialen, kulturellen, religiösen und sprachlichen Bedarfen von Menschen mit Migrationsgeschichte Rechnung.

(5) Die besonderen Belange und der besondere Förderbedarf von Frauen mit Migrationsgeschichte und Menschen mit Migrationsgeschichte und Behinderungen werden berücksichtigt.

### **§ 2 Begriffsbestimmungen**

(1) Menschen mit Migrationshintergrund sind Menschen,

1. die selbst nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen.
2. Menschen mit deutscher Staatsangehörigkeit, von denen mindestens ein Elternteil nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.

(2) Menschen mit Migrationsgeschichte sind

1. Menschen mit Migrationshintergrund sowie
2. Menschen, denen aufgrund von rassistischen und ethnisierten Vorstellungen ein Migrationshintergrund zugeschrieben wird. Diese Zuschreibungen können insbesondere an phänotypische Eigenschaften, Sprache, Namen, Herkunft, Nationalität und Religion anknüpfen.

### **§ 3 Geltungsbereich**

[...]

### **§ 4 Gleichberechtigte Teilhabe im öffentlichen Dienst**

(1) Der Senat strebt die Erhöhung des Anteils der Beschäftigten mit Migrationsgeschichte entsprechend ihrem Anteil an der erwerbstätigen Bevölkerung an.

(2) Die Einrichtungen nach § 3 sind verpflichtet, aktiv auf die Gleichstellung Menschen mit und ohne Migrationsgeschichte in der Beschäftigung und auf die Beseitigung bestehender Unterrepräsentanzen hinzuwirken. Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist besondere Aufgabe der Beschäftigten mit Vorgesetzten- und Leitungsfunktionen. Sie ist in den jeweiligen vertraglichen Vereinbarungen als Leistungskriterium festzuschreiben sowie bei der Beurteilung ihrer Leistung einzubeziehen.

---

<sup>174</sup> Zur Änderung von § 20 Bezirksverwaltungsgesetz siehe Teil 1 8.

(3) Menschen mit Migrationsgeschichte sind unterrepräsentiert, wenn in Vorgesetzten- oder Leitungsfunktionen, in einer Besoldungs-, Vergütungs-, Entgelt- oder Lohngruppe einer Laufbahn bzw. Berufsfachrichtung in einer Einrichtung nach § 3 weniger Menschen mit Migrationsgeschichte beschäftigt sind, als es dem Anteil der Menschen mit Migrationsgeschichte an der erwerbstätigen Bevölkerung Berlins entspricht.

#### **§ 5 Plan zur Förderung von Menschen mit Migrationsgeschichte**

(1) Jede Einrichtung nach § 3 erstellt auf der Grundlage einer Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenstruktur sowie der zu erwartenden Fluktuation oder Einsparungsmaßnahmen einen Plan zur Förderung von Menschen mit Migrationsgeschichte. Der Förderplan ist für einen Zeitraum von sechs Jahren zu erstellen und danach fortzuschreiben. Spätestens nach drei Jahren ist er an die aktuelle Entwicklung anzupassen.

(2) Im Förderplan ist mindestens festzulegen, in welcher Zeit und mit welchen personellen, organisatorischen und fortbildenden Maßnahmen die Gleichstellungsverpflichtung nach § 3 innerhalb der jeweiligen Einrichtung oder Dienststelle gefördert werden kann. Dazu ist für jede einzelne Besoldungs-, Vergütungs-, Entgelt- und Lohngruppe sowie jede Vorgesetzten- und Leitungsebene festzustellen, ob Menschen mit Migrationsgeschichte unterrepräsentiert sind. Für jeweils drei Jahre sind verbindliche Zielvorgaben zur Erhöhung des Anteils von Menschen mit Migrationsgeschichte in den einzelnen Besoldungs-, Vergütungs-, Entgelt- oder Lohngruppen der einzelnen Laufbahn oder Berufsfachrichtung sowie auf den Vorgesetzten- und Leitungsebenen festzulegen. Es ist festzulegen, wie viele Menschen mit Migrationsgeschichte an Qualifikationsmaßnahmen teilnehmen, die für die Besetzung einer Stelle in Bereichen, in denen Menschen mit Migrationsgeschichte unterrepräsentiert sind, förderlich sind.

(3) Die Zahl der Auszubildenden, getrennt nach mit/ohne Migrationsgeschichte, Laufbahn oder Berufsfachrichtung und Ausbildungsberuf ist darzustellen und in die Personalentwicklungsplanung einzubeziehen.

(4) Die Festlegungen im Förderplan sind Bestandteil der Personalentwicklungsplanung.

(5) Wird ein Förderplan nicht erstellt, angepasst oder fortgeschrieben oder ein bestehender nicht umgesetzt, so kann die zuständige Vertretung für Menschen mit Migrationshintergrund das unmittelbar gegenüber dem für Migration und Partizipation zuständigen Senatsmitglied beanstanden.

#### **§ 6 Stellenausschreibungen**

(1) Bei Stellenausschreibungen ist darauf hinzuweisen, dass Bewerbungen von Menschen mit Migrationshintergrund ausdrücklich erwünscht sind.

(2) Alle Stellen und Funktionen sind intern auszuschreiben. In Bereichen oberhalb der Besoldungsgruppe A 9 bzw. der entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen, in denen Menschen mit Migrationsgeschichte unterrepräsentiert sind, sind Stellen und Funktionen öffentlich auszuschreiben. Zur gezielten Ansprache von Menschen mit Migrationsgeschichte soll zusätzlich in der Tagespresse oder in anderen geeigneten Publikationsorganen ausgeschrieben werden.

(3) Zu besetzende Vorstands- und Geschäftsleitungspositionen der Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts sind in Form einer Ausschreibung öffentlich bekannt zu machen, sofern eine Unterrepräsentanz von Menschen mit Migrationsgeschichte besteht. Entsprechendes gilt nach für solche Positionen der juristischen Personen des privaten Rechts und Personengesellschaften mit Mehrheitsbeteiligungen des Landes Berlin. Die öffentliche Bekanntmachung für genannten Positionen erfolgt überregio-

nal in der Tages- und Wochenpresse oder in anderen geeigneten Publikationsorganen wie Fachzeitschriften und im Internet. Sie erfolgt auf der Grundlage eines Anforderungsprofils zu den fachlichen und persönlichen Voraussetzungen für die zu besetzenden Positionen.

(4) Von der Verpflichtung zur Bekanntmachung können Wiederbestellungen von Vorständen und Geschäftsleitungen ausgenommen werden. Von der Verpflichtung zur Bekanntmachung oder Ausschreibung werden ebenfalls herausragende künstlerische Positionen ausgenommen sowie Arbeitsbereiche im Leitungsbereich der Einrichtungen gemäß § 1, die regelmäßig an die laufende Legislatur oder Bestellung gebunden sind und ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis erfordern, insbesondere persönliche Referentinnen und Referenten sowie Pressesprecherinnen und Pressesprecher.

(5) Ausschreibungspflichten und Ausnahmen hiervon aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften bleiben von den vorstehenden Regelungen unberührt.

### **§ 7 Auswahlverfahren**

(1) In Bereichen, in denen Menschen mit Migrationsgeschichte unterrepräsentiert sind, sind ebenso viele Menschen mit Migrationsgeschichte wie Menschen ohne Migrationsgeschichte einzuladen, sofern sie die in der Ausschreibung vorgegebene Qualifikation für die Stelle oder Funktion besitzen und Bewerbungen von Menschen mit Migrationsgeschichte in ausreichender Zahl vorliegen.

(2) Entsprechendes gilt für die Besetzung von Vorstands- und Geschäftsleitungspositionen der Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts und der juristischen Personen des privaten Rechts und Personengesellschaften mit Mehrheitsbeteiligungen des Landes Berlin.

(3) Die Berücksichtigung von Menschen mit Migrationsgeschichte im Auswahlverfahren ist in Bereichen, in denen sie unterrepräsentiert sind, in geeigneter Form zu dokumentieren und den an der Personalfindung Beteiligten rechtzeitig vor der Auswahlentscheidung zur Kenntnis zu bringen.

(4) Soweit Dritte mit der Personalfindung beauftragt werden, ist sicherzustellen, dass die Regelungen dieses Gesetzes Beachtung finden.

### **§ 8 Ausbildung**

(1) Ausbildungsplätze sind in Bereichen, in denen Menschen mit Migrationsgeschichte unterrepräsentiert sind, in jeder Einrichtung nach § 3 oder Dienststelle im Sinne des Personalvertretungsgesetzes je Ausbildungsgang und Vergaberunde mindestens zu einem Anteil an Menschen mit Migrationsgeschichte zu vergeben, der dem Anteil der Menschen mit Migrationsgeschichte an der Bevölkerung Berlins entspricht.

### **§ 9 Einstellungen und Beförderungen**

(1) Menschen mit Migrationsgeschichte, die eine zur Ausfüllung der Stelle oder Funktion gleichwertige Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachliche Leistung) besitzen wie Mitbewerber oder Mitbewerberinnen ohne Migrationsgeschichte, sind diesen gegenüber unter Achtung der unter Beachtung des Vorrangs der in Artikel 33 Absatz 2 des Grundgesetzes festgelegten Grundsätze und unter Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit solange bevorzugt einzustellen, zu übernehmen oder zu befördern bis der Anteil der Menschen mit Migrationsgeschichte in der betreffenden Laufbahn, Berufsfachrichtung, Vorgesetzten- oder Leitungsebene und Funktionsstelle der jeweiligen Einrichtung nach § 3 oder Dienststelle im Sinne des Personalvertretungsgesetzes mindestens dem Anteil der Menschen mit Migrationsgeschichte an der erwerbstätigen Bevölkerung Berlins entspricht.

(2) Die Qualifikation ist ausschließlich an den Anforderungen des Berufs, der zu besetzenden Stelle, Funktion oder der Laufbahn zu messen. Spezifische, zum Beispiel durch interkulturelle Familienarbeit, durch soziales Engagement oder ehrenamtliche Tätigkeit erworbene Erfahrungen und Fähigkeiten sind Teil der Qualifikation im Sinne der Absätze 1 und 2.

(3) Für die Besetzung von Vorstands- und Geschäftsleitungspositionen der Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts gilt Absatz 1 entsprechend.

### **§ 10 Öffentliche Auftrags- und Leistungsgewährung**

(1) Beim Abschluss von Verträgen über Leistungen mit einem Auftragswert von voraussichtlich mindestens 25 000 Euro oder über Bauleistungen mit einem Auftragswert von voraussichtlich mindestens 200 000 Euro sind in den jeweiligen Verträgen die Verpflichtungen der Auftragnehmer festzuschreiben, Maßnahmen zur Förderung von Menschen mit Migrationsgeschichte durchzuführen sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten. Diese Regelung gilt nicht für Auftragnehmer, die in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, beschäftigen.

(2) Die Vergabestellen der in § 1 genannten Einrichtungen oder Dienststellen im Sinne des Personalvertretungsgesetzes erfassen regelmäßig die im Zusammenhang mit der Durchführung der Maßnahmen zur Förderung von Menschen mit Migrationsgeschichte anfallenden Daten.

(3) Der Senat wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung insbesondere den Inhalt der Maßnahmen zur Förderung von Menschen mit Migrationsgeschichte, die Kontrolle der Durchführung, die Folgen der Nichterfüllung von Verpflichtungen sowie den Kreis der betroffenen Unternehmen zu regeln.

(4) Die Gewährung von Leistungen aus Landesmitteln, auf die kein Anspruch besteht, ist ab einem Betrag von 25 000 Euro von der Verpflichtung des Leistungsempfängenden zur Durchführung von Maßnahmen zur aktiven Förderung der Beschäftigung von Menschen mit Migrationsgeschichte abhängig zu machen. Von dieser Bedingung können Leistungsempfänger ausgenommen werden, bei denen die Beschäftigung von Menschen ohne Migrationsgeschichte aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unabdingbar ist. Satz 1 gilt nicht für Leistungsempfänger, die in der Regel zehn oder weniger Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, beschäftigen. Der Bewilligungsbescheid ist mit einer entsprechenden Auflage zu versehen. § 10 Absatz 2 und 3 gelten entsprechend.

### **§ 8 Gremien**

(1) Gremien sind gemäß dem Anteil von Menschen mit Migrationsgeschichte an der Berliner Bevölkerung mit Menschen mit Migrationsgeschichte, mindestens jedenfalls mit einer Person mit Migrationsgeschichte zu besetzen, soweit für deren Zusammensetzung keine besonderen gesetzlichen Vorgaben gelten.

(2) Werden bei Einrichtungen nach § 1 oder Dienststellen im Sinne des Personalvertretungsgesetzes Gremien gebildet, benennen die entsendenden Einrichtungen oder Dienststellen mindestens ebenso viele Menschen mit Migrationsgeschichte wie es ihrem Anteil an der Berliner Bevölkerung entspricht, mindestens jedenfalls eine Person mit Migrationsgeschichte. Das gilt nicht, wenn sie nur eine Person für das Mandat benennen.

(3) Absatz 2 gilt für die Entsendung von Vertreterinnen und Vertretern in Aufsichtsräte und andere Gremien außerhalb der Verwaltung entsprechend.

## **§ 9 Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte (oder Partizipationsbeauftragte)**

Vorbemerkung: Die konkrete Ansiedlung, Anzahl und Freistellung von Partizipationsbeauftragten eine politische Entscheidung ist. Siehe die Ausführungen in Teil I 5. Rechtlich zulässig ist jedenfalls eine Regelung in Anlehnung an § 16 LGG.

(1) In jeder Dienststelle im Sinne des Personalvertretungsgesetzes mit Ausnahme der Hochschulen im Sinne des § 1 des Berliner Hochschulgesetzes, wird eine Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte und eine Stellvertretung gewählt. In den Hochschulen ist dies die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte nach § 59 des Berliner Hochschulgesetzes. Es findet eine geheime, unmittelbare Mehrheitswahl statt, wobei die höchste Stimmenzahl entscheidet. Die Stellvertretung rückt mit allen Rechten und Pflichten in das Amt nach, wenn die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte vor Ablauf der Wahlperiode aus dem Amt scheidet. Scheidet die Stellvertretung vorzeitig aus, so rückt die mit der nächsthöheren Stimmenzahl gewählte Person mit allen Rechten und Pflichten nach. Sofern die Ämter nicht besetzt werden können, bestellt die Dienststelle die Amtsinhabenden aus dem Kreis der Beschäftigten mit Migrationsgeschichte für die Zeit bis zur nächsten regelmäßigen Wahl. Sofern nicht genügend Beschäftigte mit Migrationsgeschichte zur Verfügung stehen, bestellt sie die Amtsinhabenden aus dem Kreis aller Beschäftigter.

(2) Ist die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte an der Ausübung ihres Amtes durch Abwesenheit oder sonstige Gründe gehindert, so wird sie von der Stellvertretung vertreten. Diese hat in diesem Fall die gleichen Rechte und Pflichten.

(3) Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte ist im erforderlichen Umfang von ihren Dienstgeschäften freizustellen und mit den zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen personellen und sachlichen Mitteln auszustatten.

(4) Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte darf in der Ausübung ihres Amtes nicht behindert und wegen ihres Amtes nicht benachteiligt oder begünstigt werden; dies gilt auch für ihre berufliche Entwicklung. Sie wird vor Kündigung, Versetzung und Abordnung in gleicher Weise geschützt wie ein Mitglied des Personalrats. Im Rahmen ihrer Aufgabenstellung und der damit zusammenhängenden Erledigung ist sie von Weisungen frei.

(5) Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte und ihre Stellvertretung sind verpflichtet, über die persönlichen Verhältnisse von Beschäftigten, die ihnen aufgrund ihres Amtes bekannt geworden sind, sowie über Angelegenheiten, die ihrer Bedeutung oder ihrem Inhalt nach einer vertraulichen Behandlung bedürfen, Stillschweigen zu bewahren. Dies gilt über ihre Amtszeit hinaus. Diese Verpflichtung besteht bei Einwilligung der Beschäftigten nicht gegenüber der Dienststellenleitung und der Personalvertretung und im Fall der die persönlichen Verhältnisse von weiblichen oder diversgeschlechtlichen Beschäftigten mit Migrationsgeschichte die Frauenvertreterin und der Gesamtfrauenvertreterin.

## **§ 10 Wahl**

Hier wird auf einen Vorschlag verzichtet. Siehe die Ausführungen in Teil I 5. Eine Übertragung der Grundsätze des § 16a LGG ist rechtlich jedenfalls zulässig. Wahlberechtigt und wählbar wären dann ausschließlich Menschen mit Migrationsgeschichte i.S.v. § 2 PartIntG.

## **§ 11 Aufgaben und Rechte der Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte**

Vorbemerkung: Die konkrete Ansiedlung, Anzahl und Freistellung von Partizipationsbeauftragten ist eine politische Entscheidung. Siehe die Ausführungen in Teil I 5. Von der Formulierung des § 9 sind auch die Ressourcen der Vertretung abhängig sind. Rechtlich zulässig ist jedenfalls eine umfangreiche Kompetenzzuweisung in Anlehnung an §§ 17, 18 LGG:

(1) Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte ist bei allen sozialen, organisatorischen und personellen Maßnahmen, sowie bei allen Vorlagen, Berichten und Stellungnahmen zu Fragen der Förderung von Menschen mit Migrationsgeschichte zu beteiligen.

(2) Dazu hat sie insbesondere die folgenden Rechte:

- Beteiligung an Stellenausschreibungen,
- Beteiligung am Auswahlverfahren,
- Teilnahme an Bewerbungsgesprächen,
- Beteiligung an Beurteilungen,
- Einsicht in die Personalakten, sofern und soweit auf deren Inhalt zur Begründung von Entscheidungen Bezug genommen wird oder die Einwilligung von den betroffenen Beschäftigten vorliegt,
- Einsicht in Bewerbungsunterlagen einschließlich der Unterlagen von Bewerberinnen und Bewerbern, die nicht in die engere Auswahl einbezogen wurden.

Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte hat ein Recht auf Auskunft in allen mit ihren Aufgaben in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten, einschließlich des Rechts auf entsprechende Akteneinsicht. Das Recht auf Beteiligung umfasst über die in Satz 1 genannten Rechte hinaus die frühzeitige und umfassende Unterrichtung der Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte durch die Dienststelle in allen in Absatz 1 genannten Angelegenheiten sowie die Gewährung einer Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Beteiligung der Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte erfolgt vor dem Personalrat, in dringenden Fällen zeitgleich.

(3) Wird die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte nicht oder nicht rechtzeitig beteiligt, so ist die Entscheidung über eine Maßnahme für zwei Wochen auszusetzen und die Beteiligung nachzuholen. In dringenden Fällen ist die Frist auf eine Woche, bei außerordentlichen Kündigungen auf drei Arbeitstage zu verkürzen.

(4) Bei der Besetzung von Vorstands- und Geschäftsleitungspositionen der Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts, prüft die zuständige Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte, ob die Vorgaben dieses Gesetzes in Bezug auf

- das Erfordernis sowie die Art und den Inhalt der öffentlichen Bekanntmachung,
- die Anzahl der zu einem Vorstellungsgespräch einzuladenden Menschen mit Migrationsgeschichte,
- die Dokumentation des Verfahrens

eingehalten wurden.

Dazu sind ihr alle hierfür wesentlichen, anonymisierten Informationen rechtzeitig in geeigneter Form zur Verfügung zu stellen. Sie legt das Ergebnis ihrer Prüfung innerhalb einer Woche vor der Besetzungsentcheidung dem dafür zuständigen Organ vor.

- (5) Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte kann Sprechstunden während der Arbeitszeit einrichten. Zeit und Ort bestimmt sie im Einvernehmen mit der Dienststellenleitung.
- (6) Unbeschadet der Rechte auf Beteiligung ist die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte in allen mit ihren Aufgaben in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten durch die Dienststellenleitung frühzeitig zu informieren. Geschieht dies nicht, so findet Absatz 3 entsprechend Anwendung.
- (7) Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte nimmt Beschwerden über rassistische Benachteiligungen und Belästigungen i.S.v. § 3 AGG entgegen, berät die Betroffenen und leitet Mitteilungen über rassistische Benachteiligungen und Belästigungen mit Einverständnis der Betroffenen der Dienststellenleitung zu.
- (8) Die Vorschriften des § 92a Absatz 1 des Personalvertretungsgesetzes in der Fassung vom 14. Juli 1994 (GVBl. S. 337, 1995 S. 24), das zuletzt durch Artikel III des Gesetzes vom 25. Januar 2010 (GVBl. S. 22) geändert worden ist, über die Behandlung der Verschlussachen der Verfassungsschutzbehörde gelten für die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte der Verfassungsschutzabteilung bei der für Inneres zuständigen Senatsverwaltung entsprechend.
- (9) Beanstandet die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte bei personellen oder sonstigen Maßnahmen einen Verstoß gegen dieses Gesetz, ist der Vorgang von der Dienststellenleitung unverzüglich erneut zu entscheiden. Die Beanstandung erfolgt spätestens 14 Tage, nachdem die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte durch die Dienststelle schriftlich von der Maßnahme unterrichtet wurde. § 11 Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.
- (10) Die Vertretung für Menschen mit Migrationsgeschichte kann die erneute Entscheidung innerhalb von 14 Tagen nach schriftlicher Unterrichtung durch die Dienststelle bei dem Integration zuständigen Mitglied des Senats beanstanden. Dieses legt der Dienststellenleitung einen Entscheidungsvorschlag vor. § 11 Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.
- (11) Bis zur Entscheidung durch die Dienststellenleitung und bis zur Vorlage des Entscheidungsvorschlags durch das für Integration zuständige Mitglied des Senats wird die Entscheidung über die Maßnahme ausgesetzt. Der Vollzug der beanstandeten Maßnahme vor Ablauf der in Absatz 8 und 9 genannten Beanstandungsfristen ist unzulässig.
- (4) Hält im Bereich der Berliner Hauptverwaltung (§ 2 Absatz 1 und 2 des Allgemeinen Zuständigkeitsgesetzes) eine Dienststellenleitung trotz gegenteiligen Entscheidungsvorschlags des für Integration zuständigen Mitglieds des Senats an einer beanstandeten Maßnahme fest, so hat diese unverzüglich Mitteilung an das für Integration zuständige Mitglied des Senats zu erstatten. Dieses legt den Vorgang dem Senat zur Beratung und Beschlussfassung vor. Die Beratung und Beschlussfassung erfolgt durch die Personalkommission des Senats. Bis zur Beschlussfassung der Personalkommission wird die Entscheidung über die Maßnahme weiterhin ausgesetzt.
- (6) Das für Integration zuständige Mitglied des Senats ist Mitglied der Personalkommission des Senats.

### Teil 3

**Kann der Geltungsbereich des PartIntG auf die ethnische Minderheit der Roma und Sinti erweitert und ein gesonderter Landesbeirat für Sinti und Roma geschaffen werden, der aus Vertreter\*innen der Sinti und Roma und der Verwaltung besteht und anderen Gremien und Organen beratend zur Seite steht? Ist es dabei möglich, mindestens einen Platz für eine\*n Vertreter\*in der nationalen Minderheit der deutschen Sinti und Roma vorzusehen?** <sup>175</sup>.

---

In Deutschland leben sowohl Sinti und Roma mit deutscher Staatsangehörigkeit mit Migrationshintergrund, Sinti und Roma mit deutscher Staatsangehörigkeit ohne Migrationshintergrund sowie Sinti und Roma ohne deutsche Staatsangehörigkeit. Sinti und Roma mit deutscher Staatsangehörigkeit (auch „deutsche Sinti und Roma“) stellen neben Dänen, Friesen und Sorben eine nationale Minderheit im Sinne des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten des Europarates dar.<sup>176</sup> Rheinland-Pfalz, Bayern, Bremen, Baden-Württemberg und Hessen haben mit den Landesverbänden des Zentralrates Deutscher Sinti und Roma Staatsverträge, bzw. vertragliche Vereinbarungen abgeschlossen, die den Minderheitenschutz nach dem Rahmenübereinkommen des Europarates umsetzen. In Berlin steht eine Umsetzung noch aus.

In Deutschland lebende Sinti und Roma sind unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und einem Migrationshintergrund von den Kategorien nationaler Ursprung, rassistische Zuschreibung („Rasse“) und ethnische Herkunft in Art. 1 Abs. 1 ICERD, RL 43/2000/EG, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, Art. 10 Abs. 2 VvB und § 1 AGG erfasst. Sie unterscheiden sich von der Mehrheitsbevölkerung zum Teil dadurch, dass sie eine eigene Sprache, Kultur und Geschichte haben, die sie auch weiterhin bewahren möchten und dass sie Diskriminierungserfahrungen machen, weil sie als nicht zur Mehrheitsgesellschaft zugehörig angesehen werden oder rassistischen Zuschreibungen unterliegen. Sinti und Roma sind aufgrund tradierter antiziganistischer Ressentiments eine besonders vulnerable, diskriminierungsbedrohte Bevölkerungsgruppe.<sup>177</sup> Deutsche Sinti und Roma ohne Migrationshintergrund sind vom Anwendungsbereich des PartIntG unproblematisch erfasst, wenn die

---

<sup>175</sup> Hintergrund der Frage ein im Berliner Abgeordnetenhaus erarbeiteter Vorschlag, vgl. Ergebnis – Protokoll Roma-Runde vom 26.09.2018 und vom 26.11.2018 im Abgeordnetenhaus Berlin.

<sup>176</sup> Gesetz zu dem Rahmenübereinkommen des Europarats vom 1. Februar 1995 zum Schutz nationaler Minderheiten vom 22.07.1997, BGBl. II 1997 S. 1406; Erklärung der Bundesrepublik Deutschland bei der Zeichnung des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten am 11. Mai 1995, BT-Drs. 13/6912, S. 18.

<sup>177</sup> Siehe nur Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Zwischen Gleichgültigkeit und Ablehnung Bevölkerungseinstellungen gegenüber Sinti und Roma, 2014.

weite Definition „Menschen mit zugeschriebener Migrationsgeschichte“ gewählt wird, eine diesbezügliche Klarstellung in der Gesetzesbegründung des PartIntG wird angeregt.

Die Vertretung der Angehörigen der nationalen Minderheit der Sinti und Roma, sowie der Roma ohne deutsche Staatsangehörigkeit in einem eigenen Beirat ist eine politische Entscheidung. Rechtliche Bedenken stehen dem nicht entgegen, zumal die Sonderstellung gegenüber anderen Menschen mit Migrationsgeschichte sowohl durch das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten als auch die besondere historische Verfolgung der Sinti und Roma in Deutschland und der daraus resultierenden Verantwortung der Bundesrepublik Deutschland begründet werden kann. Grundrechtspositionen von anderen Menschen mit Migrationsgeschichte oder von Menschen ohne Migrationsgeschichte werden nicht berührt, wenn der Beirat nur begleitende und beratende Funktionen und also keine eigene Entscheidungsbefugnisse hat.

Die Quotierung eines solchen Beirates dahingehend, dass diesem mindestens ein\*e Vertreter\*in der deutschen Sinti und Roma angehören muss, ist rechtlich geboten, da sich die Bundesrepublik durch Ratifikation und Umsetzung des Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten verpflichtet hat: „erforderlichenfalls angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um in allen Bereichen des wirtschaftlichen, sozialen, politischen und kulturellen Lebens die vollständige und tatsächliche Gleichheit zwischen den Angehörigen einer nationalen Minderheit und den Angehörigen der Mehrheit zu fördern“, Art. 4 Abs. 2 Rahmenübereinkommen. Die Quotierung ist auch rechtlich zulässig, da sie nicht zu einer Benachteiligung migrierter Sinti und Roma führt, wenn diese ebenfalls mindestens mit einem Sitz vertreten sind.

Angeregt wird darüber hinaus die Repräsentation eines\*r Vertreter\*in der Sinti und der Roma im Landesbeirat für Integrations- und Migrationsfragen. Im Land Berlin leben jedoch nicht nur Minderheiten, die als nationale Minderheiten im Sinne des Rahmenübereinkommens zum Schutz nationaler Minderheiten gelten. Insofern wird empfohlen, in einen entsprechenden Beirat auch von Diskriminierung betroffene Minderheiten einzubeziehen, die vom Schutzbereich von Art. 1 Abs. 1 ICERD umfasst sind und die bisher im Landesbeirat für Integrations- und Migrationsfragen nicht vertreten sind. Dazu zählen: Juden, Muslime, Sinti und Roma ohne deutsche Staatsangehörigkeit.

## Literatur

---

*Ahyoud, Nasiha /Aikins, Joshua Kwesi u.a. (Hrsg.):* Wer nicht gezählt wird, zählt nicht. Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsdaten in der Einwanderungsgesellschaft – eine anwendungsorientierte Einführung, 2018.

*Alexy, Robert:* Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1994.

*Armbrüster, Christian:* § 5 AGG, in: Erman, BGB Kommentar, 15. Aufl. 2017.

*Baer, Susanne:* Chancen und Risiken positiver Maßnahmen: Grundprobleme des Antidiskriminierungsrechts, in: Heinrich Böll Stiftung (Hrsg.), Positive Maßnahmen: von Antidiskriminierung zu Diversity, 2010, S. 11–20.

*Baer, Susanne/ Markard, Nora:* Art. 3 GG, in: Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian, 7. Auf. 2018.

*Baer, Susanne / Ölcüm, Ipek:* Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe. Gutachten im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung und gegen Diskriminierung, 2008.

*Bergmann, Reinhard:* Art. 3 GG, in: Hömig, Dieter (Hrsg.): Kommentar zum Grundgesetz 10. Aufl. 2005.

*Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens:* Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz: AGG EntgTranspG, 5. Aufl. 2018

*Colling, Jens:* § 5 AGG, in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), juris Praxiskommentar-BGB, 8. Aufl. 2017.

*Cremer, Hendrik:* "... und welcher Rasse gehören Sie an?", Poliy Paper Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Aufl. 2009.

*Däubler, Wolfgang:* § 1 AGG; in: Däubler/Bertzbach, Handkommentar AGG, 4. Aufl. 2018.

*Eckertz-Höfer, Marion:* Art. 3 GG, in: Stein /Denninger /Hoffmann-Riem, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2010.

*Eichenhofer, Eberhard:* „Angemessene Vorkehrungen" in das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz!, in: Behindertenrecht 2019, S. 117-120.

*El Tayeb, Fatima:* Undeutsch. Die Konstruktion des Anderen in der postmigrantischen Gesellschaft, 2016.

*Epiney, Astrid/ Freiermuth Abt, Marianne:* Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003.

*Flügge, Sibylla:* Wahl der von Gesetz wegen weiblichen Gleichstellungsbeauftragten nur durch Frauen ist verfassungsgemäß, Anmerkung zu einer Entscheidung des Verfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 10.10.2017, 7/16, Streit 2017, S. 163-164.

*Franke, Bernhard/Merx, Andreas*: Positive Maßnahmen – Handlungsmöglichkeiten nach § 5 AGG, in: AuR 7/8/2007, 235-239.

*Gomolla, Mechthild*: Direkte und indirekte, institutionelle und strukturelle Diskriminierung, in: Scherr, Albert /El-Mafaalani, Aladin/ Yüksel, Gökçen (Hrsg.): Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 133-155.

*Guillaumin, Collette*: Zur Bedeutung des Begriffs „Rasse“, in: Institut für Migrations- und Rassismuskforschung (Hrsg.), 1992, S. 77ff.

*Jarass, Hans*: Art. 3 GG, in: Jarass /Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 15. Aufl. 2018.

*Kämmerling, Guido*: Das Leistungsprinzip als Hauptkriterium für Beförderungen und Stellenbesetzungen, in: DÖD 2010, S. 213-220.

*Kischel, Egon*: Art. 3 GG, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2013.

*Klose, Alexander/Merx, Andreas*: Positive Maßnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG, Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2010.

*Langenfeld, Christine*: Art. 3 Abs. 3 GG, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Loseblattslg., 74. EL Mai 2015, Stand 2019.

*Laws, Ralf*: Die AGG-konforme Gestaltung von Stellenanzeigen, in: MDR 2013, S. 625-632.

*Liebscher, Doris*: Gleiche Rechte für marginalisierte Subjektpositionen? Probleme subjektiver Rechte im deutschen Antidiskriminierungsrecht, RphZ 2/2017, 117.

*Mahlmann, Mathias*: § 24 AGG; in: Däubler/Bertzbach, Handkommentar AGG, 4. Aufl. 2018.

*Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.)*: Grundgesetz: Kommentar, München: C.H. Beck, 6. Auflage 2010.

*Meinel, Gernod*: § 5 AGG, in: Meinel/Heyn/Herms (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz: Kommentar, 2007.

*Neue Deutsche Organisationen*: Dossier zu Gleichstellungsdaten, 2017.

*Osterloh, Lerke /Nußberger, Angelika*: Art. 3 GG, in: Sachs, Michael (Hrsg.): GG Kommentar, 7. Aufl. 2014.

*Ottenberg, Peter/ Wolf, Robert*: Das Bezirksverwaltungsgesetz Berlin, Praxiskommentar für Kommunalpolitik und Verwaltung, Bearbeitungsstand:30. September 2018

*Payandeh, Mehrdad*: Die Entscheidung des UN-Ausschusses gegen Rassendiskriminierung im Fall Sarrazin, in: JZ 2013, S. 980-986.

*von Roetteken, Torsten*: Anmerkung zu BVerwG 2. Senat, Urteil vom 30.06.2011 - 2 C 19/10, juris Praxiskommentar Arbeitsrecht 4/2012 Anm. 5.

- Roloff, Sebastian*: § 5 AGG, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beck Online Kommentar Arbeitsrecht, 52. Edition, Stand: 01.06.2019.
- Ruffert, Matthias*: Verfassungsrecht, Besonderes Verwaltungsrecht: Mann als Frauenvertreterin, JuS 2013, S. 664–665.
- Sacksofsky, Ute*: Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, 67/2019, 377-402.
- Schiek, Dagmar (Hrsg.)*: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG): ein Kommentar aus europäischer Perspektive, 2007.
- Schleusener, Aino / Suckow, Jens / Burkhard, Voigt*: AGG Kommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, 2. Aufl 2007.
- Schmidt, Julian*: Quotenorientierte Einstellungs- und Beförderungentscheidungen nach § 5 AGG, 2011.
- Thüsing, Gregor*: Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2017.
- Thüsing, Gregor*: § 11 AGG, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Aufl. 2018.
- Tyson, Adam*: The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination, in: European Journal of Migration and Law, European Journal of Migration and Law 3/2001, S. 199–218.
- Sachs, Michael*: § 182, in Isensee, /Kirchhof, (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2010.
- Schlachter, Monika*: § 5 AGG, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019.
- Ziekow, Jan*: Möglichkeiten und Grenzen der Verbesserung der Chancen von Personen mit Migrationshintergrund im öffentlichen Dienst, in: DÖV 18/2014, S. 765-776.
- Zimmer, Reingard*: § 5 AGG; in: Däubler/Bertzbach, Handkommentar AGG, 4. Aufl. 2018.